

## Subjektive Rechte: Zur Form der Differenz

Christoph Menke

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Berechtigung als „Ermächtigung“
- III. Die Frage nach dem Grund der Rechte
- IV. Befähigung und Freisetzung
- V. Person und Individuum

### I. Einleitung

Menschenrechte bezeichnen normative Ansprüche, die alle Menschen zu erheben berechtigt sind. Dabei handelt es sich um normative Ansprüche auf eine bestimmte Einrichtung der jeweilig herrschenden institutionellen Ordnung.<sup>1</sup> In Diskussionen um die Menschenrechte steht häufig die Frage nach dem Inhalt solcher menschenrechtlichen Ansprüche im Zentrum: Welche der vielfältigen Wünsche, Bedürfnisse, Anliegen, die Menschen haben, gehören zu ihren menschenrechtlich verbürgten Ansprüchen? Und in wieweit hängt die Beantwortung dieser Frage von einer allgemeingültigen „Lehre vom Menschen“ ab – von einer Anthropologie, die Auskunft darüber zu geben vermag, was den „Menschen“ ausmacht? Vor diesen inhaltlichen Fragen tritt häufig in den Hintergrund, daß das Konzept der Menschenrechte den von ihr artikulierten normativen Ansprüchen auch eine spezifische *Form* gibt: eben die Form von Rechten im spezifisch neuzeitlichen Sinn, dem „subjektiven Sinn“ des Rechts oder der „subjektiven Rechte“.<sup>2</sup> Für

die Menschenrechte gilt, daß sie sich, wie alle kollektiv verbindlichen institutionellen Ordnungen der Moderne, in der „Sprache des Rechts“ artikulieren müssen, und daß „sich bereits aus dieser Rechtsform selbst die ausgezeichnete Stellung [ergibt], die subjektive Rechte in modernen Rechtsordnungen einnehmen.“<sup>3</sup> Daß diese Form subjektiver Rechte (auch) den Menschenrechten vorgegeben ist, heißt aber nicht, daß sie neutral ist. Wie Diskussionen um die Universalität der Menschenrechte zeigen, ist gerade der mit dieser Form einhergehende normative Gehalt häufig strittig.<sup>4</sup> Zum Verständnis der Idee der Menschenrechte und der Widerstände, auf die sie trifft, gehört daher wesentlich ein Verständnis des impliziten normativen Gehalts derjenigen Form, in der diese Idee formuliert ist: der Form des subjektiven Rechts.

Ich gehe im folgenden in vier Schritten vor:<sup>5</sup> Ich werde zunächst die Grundstruktur subjektiver Rechte skizzieren (II), sodann die Frage nach ihrem normativen Grund erläutern (III), sodann die interne Doppelstruktur subjektiver Rechte zwischen Befähigung und Freisetzung beschreiben (IV), um abschließend den darin liegenden normativen Gehalt zu bestim-

<sup>1</sup> Hierzu *Christoph Menke/Arnd Pollmann*, Philosophie der Menschenrechte zur Einführung, 2007, S. 30ff.

<sup>2</sup> *Helmut Coing*, Zur Geschichte des Begriffs ‚subjektives Recht‘, in: ders., Zur Geschichte des Privatrechtssystems, 1962, S. 29-55.

<sup>3</sup> *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 151.

<sup>4</sup> *Charles Taylor*, Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights, in: Joanne R. Bauer/Daniel A. Bell (Hg.), The East Asian Challenge for Human Rights, 1999, S. 124-144.

<sup>5</sup> Ich nehme dabei Überlegungen auf (und versuche sie in einigen Punkten zu präzisieren und weiter zu entwickeln), die ich begonnen habe in: *Christoph Menke*, Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, Bd. 29, Heft 1, Juli 2008, S. 81-108.

men (V). Dieser Gehalt liegt darin, daß subjektive Rechte die Differenz zwischen Person und Individuum aufrechterhalten.

## II. Berechtigung als „Ermächtigung“

Das Recht ist diejenige soziale Praxis, die andere soziale Praktiken reguliert, indem es mit Sanktionsgewalt festlegt, was in ihnen zu tun erlaubt und verboten ist. Diese Regulierungsfunktion übt das traditionelle Recht aus, indem es den (potentiellen) Täter adressiert: Es erlegt ihm Verpflichtungen auf, sagt ihm, was er tun soll oder lassen und bedroht ihn mit den Folgen, die eine Unterlassung des Zutuenden oder ein Tun des Zuunterlassenden haben. Eine solche Ordnung der Verpflichtungen schafft auf ihrer Rückseite – „in der Form eines ‚Reflexes‘“<sup>6</sup> – Berechtigungen. Das gilt in dem elementaren Sinn, daß die rechtliche Auferlegung und Durchsetzung der Verpflichtung, zum Beispiel nicht zu stehlen, auf der anderen Seite die Berechtigung hervorbringt, nicht bestohlen zu werden. Die Verpflichtung nicht zu stehlen definiert den anderen als Nichtzubestehenden. Aber sie gibt dem anderen kein *Recht* darauf, nicht bestohlen zu werden – so wie nach Hart dem allgemeinen Tötungsverbot des Dekalogs kein „Recht“, nicht getötet zu werden, entspricht.<sup>7</sup> Von einem allgemeinen Recht auf Eigentum oder gar Leben spricht erst das moderne Recht – und dreht damit die Perspektive herum: Nicht mehr entspricht der Verpflichtung für jeden, nicht zu stehlen, die Berechtigung jedes anderen, nicht bestohlen zu werden, sondern aus dem Recht auf Eigentum folgt (unter anderem), daß jeder

andere verpflichtet ist, nicht zu stehlen. Die Berechtigung des einen ist nicht mehr „Reflex“ der Verpflichtung des anderen, sondern bringt sie hervor. Die Berechtigung wird zum Können – zur *facultas*, wie schon Francisco Suárez sagt, zur „Machtquelle“.<sup>8</sup> Das ist die Berechtigung im Sinn sogenannter „subjektiver Rechte“. Sie besteht darin, Macht über das Tun der Anderen zu haben – sie verpflichten zu können.

Die Bestimmung der Berechtigung als „Ermächtigung“ reicht aber noch nicht aus, um das Spezifische subjektiver Rechte zu erfassen. Denn ein Können, ein Andereverpflichten-Können, gehört zum Begriff eines Rechts als solchem, und Rechte gibt es selbstverständlich nicht erst im modernen Recht. Ein Recht im weiten Sinn ist ein (garantierter) Anspruch einer Person auf etwas gegenüber jemandem. Rechte in diesem weiten Sinn kennt auch das traditionelle Recht. Es versteht ein Recht dabei so, daß es der Anspruch einer bestimmten Person ist, die darin gründet (oder dem entspricht), daß eine bestimmte andere Person ihr etwas schuldet. Solche Rechte werden daher „spezielle“ oder „*in personam*“-Rechte genannt:<sup>9</sup> Sie haben ihren Ort in den Reziprozitätsverhältnissen zwischen einzelnen Personen, in denen diese einander wechselseitig gegenüber Rechte und Pflichten haben (die in der Regel voneinander verschieden sind: so zwischen Eltern und Kindern, Lehrern und Schülern, Herrscher und Untertanen). Rechte sind hier also gebunden an die Rollen, die Personen in bestimmten sozialen Praktiken einnehmen. Subjektive Rechte sind aber keine bloß speziellen Rechte oder *in personam*, sondern generelle und an Sachen (*in rem*). Ein subjektives Recht zu haben heißt, einen Anspruch auf etwas zu haben, der unbe-

<sup>6</sup> Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriß der verstehenden Soziologie, hrsg. von Johannes Winkelmann, 1980, S. 398. Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960, Kap. 29: „Subjektives Recht: Berechtigung und Ermächtigung“; S. 133; zit. nach dem Nachdruck in: Markus S. Stepanians (Hrsg.), *Individuelle Rechte*, 2007, S. 96-112, hier S. 98.

<sup>7</sup> Herbert L.A. Hart, *Are there Any Natural Rights*, in: Jeremy Waldron (Hrsg.), *Theories of Rights*, 1985, S. 77-90, hier S. 83.

<sup>8</sup> Weber (Fn. 6), S. 398. Vgl. Francisco Suárez, *Abhandlung über die Gesetze und Gott als Gesetzgeber*, 2. Buch, Kap. 17.2, zitiert nach den Auszügen in: ders., *Ausgewählte Texte zum Völkerrecht*, hrsg. von Josef de Vries, 1965, S. 28-79, hier S. 30 f.

<sup>9</sup> Hart (Fn. 7); Joel Feinberg, *Duties, Rights, and Claims*, in: ders., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, 1980, S. 130-142.

stimmt alle, „the world at large“ (Feinberg) verpflichtet (wobei das im rechtlichen Fall die Welt des jeweiligen Gemeinwesens ist). Das Reziprozitätsverhältnis, in das spezielle Rechte zwischen bestimmten Personen oder Positionen eingetragen sind, wird hier asymmetrisiert. Subjektive Rechte kann eine Person *einfachhin* haben und damit gegenüber unbestimmt anderen über die Macht der Verpflichtung verfügen, ohne mit ihnen in vorherige Gemeinschaft getreten zu sein. Zum neuen Begriff subjektiver Rechte gehört diese Macht, dieses Können: ein Verpflichtenkönnen, das der Person nicht als spezifischer und in spezifischen Verhältnissen, sondern der Person überhaupt und gegenüber unbestimmt anderen zukommt.

### III. Die Frage nach dem Grund der Rechte

Was ist der Grund für diese neue Bestimmung von Rechten, dieses neue Verständnis von Berechtigung? Die Frage nach dem Grund der subjektiven Rechte hat zwei Dimensionen. In der *ersten* Dimension ist es die Frage danach, woher Ansprüche von Personen ihre verpflichtende Kraft gewinnen; wodurch sie also zu „Berechtigungen“, zu Rechtsansprüchen werden. In einer Rechtsordnung sind es zunächst die geltenden Normen, die Berechtigungen von Personen festlegen und insofern ‚begründen‘. In der Zuschreibung von subjektiven Rechten bringen diese Rechtsnormen aber ihrerseits ein bestimmtes Verständnis der Person zum Ausdruck. Die zentrale Vorstellung des Personenkonzepts, das der Zuerkennung subjektiver Rechte zugrundeliegt, besteht darin, daß Personen nach ihrem eigenen Urteil handeln und leben und *darin* als berechtigt angesehen werden. Das subjektive Recht ist in diesem Sinn und mit Hegel gesprochen das „Recht des Subjekts“: das Recht des Subjekts darauf, daß etwas bloß allein darum schon „gilt“, das heißt: von anderen anerkannt werden muß oder andere verpflichtet, weil es das Eigene dieses Subjekts ist – weil es dessen „Hand-

lung“, ein Ausdruck seines Urteils ist.<sup>10</sup> Aus diesem ursprünglichen Recht des Subjekts folgt, daß jede Begrenzung oder Zurückweisung des Anspruchs des Subjekts, in dem was es tut – bloß weil es dies nach eigenem Urteil tut – zu „gelten“, der Rechtfertigung bedarf. Und zwar: einer Rechtfertigung diesem Subjekt gegenüber. Der Grund dafür, daß Personen Rechte haben, durch die sie andere verpflichten können, besteht darin, daß sie als Subjekte angesehen (oder anerkannt) werden, die Autoren von Urteilen und daher Adressaten von Rechtfertigungen sind. Der Grund dafür, daß Personen subjektive Rechte haben können, ist ihr Anerkanntsein als Subjekte.

Eine Ausarbeitung des Personenkonzepts, das einer Rechtsordnung subjektiver Rechte zugrundeliegt – und das wäre nichts anderes als eine Ausarbeitung des modernen Begriffs der Menschenwürde –, kann die Frage beantworten, wie es zu verstehen ist, daß Personen dazu berechtigt sind, andere zur Respektierung ihrer Ansprüche zu verpflichten. Die Frage nach dem Grund der subjektiven Rechte hat aber noch eine zweite Dimension – und das ist der Aspekt, der mich hier interessiert. Man kann einerseits fragen, weshalb Personen überhaupt allen anderen gegenüber berechtigt sind. Die Antwort darauf lautet, wie angedeutet: weil sie als Subjekte anerkannt sind, also aufgrund ihrer „Würde“. Das Konzept subjektiver Rechte behauptet aber nicht nur, *daß* Personen in dieser Weise berechtigt sind, sondern impliziert zugleich und darüber hinaus eine Bestimmung dessen, *wozu* sie berechtigt sind. Damit ist nicht schon die Bestimmung der je konkreten und verschiedenen Inhalte der subjektiven Rechte gemeint. Die These lautet vielmehr, daß das Konzept subjektiver Rechte allein

<sup>10</sup> Vgl. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: ders., Theorie-Werkausgabe (hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel), 1970, §§ 105ff. – Zum folgenden siehe ausführlicher Christoph Menke, Von der Würde des Menschen zur Menschenwürde: das Subjekt des Rechts, in: WestEnd. Neue Zeitschrift für Sozialforschung, 2006, Nr. 2, S. 3-21.

durch seine Form, also: allein durch seine Bestimmung des Wie der Berechtigung, auch bereits eine Bestimmung des Wozu, des Gehalts der Berechtigung vornimmt. Diese These möchte ich zunächst erläutern (IV.), um sodann die Frage nach dem Grund der subjektiven Rechte auch darauf zu beziehen (V.).

#### IV. Befähigung und Freisetzung

Subjektive Rechte ermächtigen oder berechnen Personen, unbestimmt andere zu ihrer Berücksichtigung zu verpflichten. Zu ihrer Berücksichtigung aber als was oder wen? In welcher Hinsicht? In der Theorie der subjektiven Rechte herrscht Streit zwischen zwei verschiedenen Antworten auf diese Frage. Die klassisch liberale Antwort sagt mit Hobbes: die „natürliche“ Freiheit zur beliebigen Verfügung – die Freiheit als Willkürfreiheit. Das Recht des Subjekts in dem, was es tut, „zu gelten“, bloß weil es sein eigenes Tun ist, ist das Recht des Subjekts auf einen Spielraum willkürlicher Entscheidungen (die daher auch „privat“ genannt werden). Dem tritt seit dem 19. Jahrhundert die Bestimmung entgegen, daß es bestimmte grundlegende „Interessen“ seien, deren Realisierung durch subjektive Rechte gewährleistet werde.<sup>11</sup> Das Recht des Subjekts in dem, was es tut, „zu gelten“, wird hier nicht darauf bezogen, daß es selbst geurteilt hat, sondern daß es um seine eigenen Anliegen, Bedürfnisse, Interessen geht. Es gibt, so diese zweite Antwort, nicht *das* (eine) subjektive Recht auf gleiche Willkürfreiheit, von dem Kant (allerdings nur im Blick auf das „angeborene Recht“<sup>12</sup>) spricht, sondern immer nur Rechte im Plural, die je spezifische Interessen, und dabei nicht nur solche an Freiheitsspielräumen, formulieren. Rechte zielen nicht auf die Ermöglichung von Will-

kür, sondern die Sicherstellung basaler Interessen.

So stichhaltig der Einwand der Interessentheorie der Rechte ist, daß Rechte immer schon bestimmte Rechte sind und damit nicht die Ermächtigung zu Beliebigem, sondern zur Verwirklichung bestimmter Anliegen; so einleuchtend es also ist, daß subjektive Rechte das Subjekt als eines mit bestimmten Interessen beschreiben, so entscheidend ist zugleich, daß subjektive Rechte, durch ihre bloße Form, es der Willkür des Subjekts überlassen, ob es diese Interessen hat und verfolgt: Subjektive Rechte konzipieren (oder ‚adressieren‘) ihre Träger aufgrund ihrer Form und daher *notwendigerweise* als Individuen mit privater Willkürfreiheit.<sup>13</sup>

Das gilt bereits in dem grundlegenden Sinn, daß die Inanspruchnahme zumindest einiger Rechte in das Belieben des Einzelnen gestellt ist. Hier ist die Entscheidung, ob die anderen tun müssen, wozu sie durch die Rechtsansprüche einer Person verpflichtet sind, davon abhängig, ob diese Person ihre Rechtsmacht in Anspruch nimmt; sie kann es auch lassen. Ein Recht zu haben, bedeutet hier nur die *Möglichkeit* seiner Inanspruchnahme, und die Verpflichtung der anderen ist insoweit in das Belieben des Rechtsinhabers gestellt. Das verweist auf die allgemeine Tatsache, daß in einer Ordnung subjektiver Rechte die Willkür des Einzelnen selbst rechtlich verbindliche Folgen hervorbringen kann – so offensichtlich im Bereich der (von Hohfeld und Alexy sogenannten) „Kompetenzen“.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Vgl. (mit Bezug auf Ihering) Habermas (Fn. 3), S. 113.

<sup>12</sup> Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: ders., *Werke in sechs Bänden*, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1965, Bd. IV, S. 345.

<sup>13</sup> Vgl. Georg Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1905 (Reprint 1963), S. 43. Gegen Ihering unterscheidet Jellinek zwischen dem materialen und dem formalen Element subjektiver Rechte (S. 45).

<sup>14</sup> Die „Kompetenz“ der Verheiratung oder des Verkaufens: Worauf immer (mindestens) zwei sich einigen, hat für alle anderen rechtlich verbindliche Folgen. Durch Ausübung von „Kompetenzen“ werden rechtliche Situationen verändert. Siehe Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 211ff.; im Anschluß an Wesley N. Hohfeld, *Einige Grundbegriffe des Rechts*, wie sie in rechtlichen Überlegungen Anwendung finden, in: Stepanians (Fn. 6), S. 51-85 (S. 74ff.).

Wo eine Rechtsordnung subjektive Rechte gewährleistet, bindet sie sich an den Willkür-Willen des Rechtsinhabers: „Es [das Recht] will nur wollen, wenn und soweit der Einzelne will und nicht wollen, wenn der Einzelne nicht will; es [das Recht] nimmt seinen Willen nach Maßgabe privaten Wollens zurück.“<sup>15</sup> Ebenso welchem Wollen das Recht Respekt verschafft, wie auch häufig, ob es ihm überhaupt Respekt verschafft, hängt hier von der Willkür des Einzelnen ab.

„Privat“ oder „Willkür“ kann dieses Wollen des Einzelnen genannt werden, sofern es der Beurteilung durch das Recht entzogen ist: Der rechtliche Respekt für dieses Wollen beruht nicht auf der Qualität des Gewollten, sondern der bloßen Tatsache, daß es von jemandem gewollt wird. Das betrifft auch, wozu der Einzelne seine Rechte einfordert, und mithin, was diese Rechte schützen oder ermöglichen; auch dies ist der normativen Beurteilung durch das Recht entzogen. Deshalb heißt, das Recht zu einem bestimmten Wollen und Handeln zu haben, nicht, in diesem Wollen und Handeln recht zu haben. Subjektive Rechte sind ihrer Form nach Ansprüche auf einen Möglichkeitsspielraum, den der Einzelne so oder so, im Guten oder Schlechten (oder auch gar nicht) nutzen kann. Subjektive Rechte verleihen dem Einzelnen die Macht, nach freiem Belieben andere zum rechtlich Guten, zur Respektierung seiner Ansprüche zu verpflichten *oder nicht*, und subjektive Rechte verleihen dem Einzelnen die Macht, nach freiem Belieben über ‚Sachen‘ zu verfügen und dabei selbst etwas Gutes zu tun *oder nicht*.

Die Interessentheorie subjektiver Rechte kann so verstanden werden, daß sie darauf hinweist, daß jedes Recht ein *bestimmtes* Recht ist: ein Recht auf etwas Bestimmtes. Daher ist auch die „Ermächtigung“, die

durch subjektive Rechte geschieht, immer die zur gesicherten Realisierung bestimmter Interessen, von denen die Rechtsordnung annimmt, daß sie für alle von grundlegender Bedeutung sind. Diesen Gedanken kann man sehr viel besser fassen, wenn man ihn von den problematischen Implikationen des Interessenbegriffs löst und ihn statt dessen so formuliert, daß der Sinn der Ermächtigung durch subjektive Rechte in der „Befähigung“ von Subjekten zur Teilnahme an sozialen Praktiken besteht.<sup>16</sup> Das ist keine Bestimmung weiterer Absichten, die mit Rechten verfolgt werden mögen (oder nicht), sondern eine Strukturbestimmung subjektiver Rechte. Subjektive Rechte haben stets, auch wo sie zunächst klassisch liberal als Instrumente zur Freigabe des Privaten gedacht werden, nicht nur einen negativ, sondern einen positiv ermöglichenden Sinn: Sie befähigen zur Ausübung sozialer Praktiken. Aber es gilt zugleich auch, wie Hart, Feinberg und Luhmann unterstreichen, daß subjektive Rechte, bloß durch ihre Form, ihren sozialen Sinn subjektiver Befähigung unterlaufen: Das Recht will durch subjektive Rechte zur Teilnahme an sozialen Praktiken befähigen. Zugleich aber stellen subjektive Rechte die soziale Teilnahme ins Belieben des Einzelnen.

Die Ermächtigung durch subjektive Rechte hat also eine interne Doppelstruktur, ja eine interne Gegenwendigkeit: (1) Subjektive Rechte befähigen – und Fähigsein heißt: Teilnehmenkönnen an einer sozialen Praxis. Subjektive Rechte stellen die Bedingung der Teilnahme an sozialen Praktiken sicher. (2) Subjektive Rechte setzen frei – und „Freisetzung“ heißt hier, daß die Inanspruchnahme der Befähigung und damit der sozialen Teilhabe ins Belieben des Einzelnen gestellt wird. Das Subjekt des Rechts wird durch subjektive Rechte mithin ebenso sozialisiert wie privatisiert, befähigt wie freigesetzt. Was die Interessen- und die Willenstheorie subjektiver Rechte jeweils getrennt hervorheben, ist in Wahrheit nur ein Strukturelement von zweien. –

---

Siehe auch Webers Erläuterung des Begriffs der „Vertragsfreiheit“; oben Fn. 6, S. 398f.

<sup>15</sup> Niklas Luhmann, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2, 1981, S. 45-104 (S. 66).

<sup>16</sup> Amartya Sen, Inequality Reexamined, 1992.

Mit dieser Bestimmung des Wozu, des Gehalts der Berechtigung durch subjektive Rechte, können wir zu der Frage nach ihrem Grund zurückkommen: Was ist der Grund für diese Doppel-Ermächtigung durch subjektive Rechte, zu sozialer Befähigung und privater Freisetzung zugleich?

## V. Person und Individuum

Die Gegenwendigkeit in der Figur subjektiver Rechte läßt sich so beschreiben, daß sie durch ihre privatisierende Form ihren sozialen Sinn, ihre Absicht auf soziale Befähigung stets wieder unterlaufen; so hat es vor allem die linke Rechtskritik im Anschluß an Marx, zuletzt etwa Wendy Brown, gesehen.<sup>17</sup> Luhmanns zuvor zitierte Feststellung, daß das Recht in der Form subjektiver Rechte „seinen Willen nach Maßgabe privaten Wollens zurück[nehme]“, enthält dagegen den Vorschlag, die genannte Doppelstruktur rechtsförmiger Berechtigung positiv zu lesen: Luhmann sieht in der Etablierung und Offenhaltung dieser Doppelung die entscheidende Leistung des modernen Rechtssystems, die seine spezifische Funktion für moderne Gesellschaften ausmacht. Und zwar besteht die Funktion subjektiver Rechte nach Luhmann darin, daß sie das neue Verhältnis von Individuum und Gesellschaft ebenso ausdrückt wie aufrecht erhält, das moderne Gesellschaften charakterisiert. Luhmanns programmatische Formulierung dafür lautet, daß die Form des subjektiven Rechts, „das Subjekt“ als „Gegenüber der Funktionssysteme“, „den Menschen außerhalb der [sozialen] Systeme mit seinem Anspruch auf Inklusion symbolisiert“.<sup>18</sup> – Wie ist das zu verstehen?

Das Recht definiert Verhältnisse zwischen Rechtspersonen. Es legt fest, wie deren Handlungen miteinander verkettet wer-

den; was auf eine Handlung folgt (und wiederum auf diese, usw.). Handlungen werden dabei in einer spezifischen, eben: rechtlichen, Perspektive oder Sprache beschrieben (als Erwerb, Vertragsschluß, Verbrechen, Strafe, etc.), und ebenso sind die Rechtspersonen, die diese Handlungen ausführen, nicht „Einzelmenschen“, in der „individuelle[n] Einzigartigkeit“ ihrer „konkreten Natur“, sondern eine „Kollektividee“ zur „Regelung von sozialer Interaktion“.<sup>19</sup> Die Bestimmungen rechtlicher Personen und ihrer Handlungen erfolgen durch Regeln, die das Recht als soziale Praxis konstituieren; sie definieren, was es heißt, eine Rechtsperson oder ein Rechtsakt zu sein. Diese rechtskonstitutiven Regeln haben regulative Kraft für andere sozialen Praktiken; denn die Vertragspartner sind zugleich Unternehmer und Arbeiter, die Grundrechtsträger zugleich Ausübende einer Religion, Teilnehmer an politischen Kämpfen, Produzenten und Rezipienten von Kunst. Die Regulierungen durchs *traditionelle* Recht geschehen nach Luhmann so, daß je praxispezifisch inhaltliche Vorstellungen von Gerechtigkeit entwickelt und durchgesetzt werden. Die Regulierung durchs *moderne* Recht ist demgegenüber abstrakter: Sie bezieht sich nicht unmittelbar auf die Verhältnisse in den jeweiligen sozialen Praktiken (oder Systemen). Das Recht sagt also nicht, worin die gerechten Inhalte von Verträgen, religiösen Lehren, politischen Aktionen oder künstlerischen Manifestationen bestehen, sondern stellt für jeden die gleichen Bedingungen der „Inklusion“, der freien Teilnahme an den verschiedenen sozialen Praktiken sicher – und überläßt diese Praktiken der Ökonomie, der Religion, der Politik, der Kunst usw. dann sich selbst. Die Bestimmung rechtsförmiger Berechtigung als Befähigung, als Befähigung zur Teilnahme an sozialen Praktiken, muß mit Luhmann also bereits als Ausdruck einer Selbstbegrenzung des Rechts gesehen werden: Das mo-

<sup>17</sup> Wendy Brown, *Rights and Losses*, in: dies., *States of Injury. Power and Freedom in Late Modernity*, 1995, S. 96-134. Siehe auch die Beiträge in *Wendy Brown/Janet Halley* (Hrsg.), *Left Legalism / Left Critique*, 2002.

<sup>18</sup> Luhmann (Fn. 15), S. 98.

<sup>19</sup> Niklas Luhmann, *Die Form ‚Person‘*, in: ders., *Soziologische Aufklärung*, Bd. 6: *Die Soziologie und der Mensch*, 2. Aufl. 2005, S. 137-148 (S. 141f.).

derne Recht nimmt sich gegenüber der traditionellen Aufgabe des Rechts, für Gerechtigkeit zu sorgen, zurück. Das moderne Recht steuert die verschiedenen sozialen Praktiken nicht mehr inhaltlich, sondern befähigt die Individuen durch subjektive Rechte zur Teilnahme an diesen Praktiken.

Damit bringt das moderne Recht eine doppelte Differenz zur Geltung: Das moderne Recht weiß sich selbst *erstens* als unterschieden von den anderen sozialen Praktiken, die es reguliert; es weiß, daß diese Praktiken ihrer eigenen Logik folgen und verzichtet darauf, inhaltliche Vorstellungen von Gerechtigkeit in diesen Bereichen zu entwickeln. Damit geht im modernen Recht *zweitens* das Bewußtsein einher, daß die Einzelnen, deren Recht auf „Inklusion“ oder Teilnahme an den verschiedenen sozialen Praktiken gesichert werden soll, nicht darin aufgehen, Teilnehmer in diesen sozialen Praktiken zu sein. Mit der Bestimmung der Einzelnen als Rechtsperson geht eine „Einschränkung von Verhaltensmöglichkeiten“ einher, und das bedeutet, daß „durch diese Einschränkung etwas als die andere Seite, als nicht zur Person gehörig ausgewiesen wird.“<sup>20</sup> Es „kommt dann alles darauf an, herauszufinden, was die andere Seite dieser Form ist, in welcher spezifischen Hinsicht eine Person also Unperson sein kann, ohne deswegen nicht Mensch, nicht Individuum zu sein.“<sup>21</sup> Die grundlegende Einsicht des modernen Rechts besteht darin, daß die Rechtsperson zugleich „Unperson“, das heißt: nicht soziale Person, nicht Teilnehmer in einer sozialen Praxis ist, „ohne deswegen nicht Mensch, nicht Individuum zu sein“. Die grundlegende Einsicht des modernen Rechts besteht in der Wahrnehmung der Differenz von „Person“ und „Mensch“, von Subjekt als sozialem Teilnehmer und Individuum. Ein Mensch oder Individuum zu sein, geht nicht darin auf, Person oder Teilnehmer sozialer Praktiken zu sein; ein Mensch oder Individuum zu sein bezeich-

net eine Dimension der Existenz dies- oder jenseits sozialer Teilhabe. Und diese Einsicht bringt das moderne Recht selbst zur Geltung: in der Form des subjektiven Rechts.

Luhmanns Funktionsbestimmung der subjektiven Rechte lautet mithin: In der Form des subjektiven Rechts kommt der Unterschied der sozialen Person von ihrer „anderen Seite“ als Mensch oder Individuum zum Ausdruck. Subjektive Rechte sind die Form einer Differenz: Auf der einen Seite sichern die subjektiven Rechte die gleiche Teilnahme aller an den sozialen Systemen; subjektive Rechte befähigen. Auf der anderen Seite bringen die subjektiven Rechte die Differenz zwischen dem Recht und dem „Menschen“ oder „Individuum“ zur Geltung; subjektive Rechte setzen frei, sie ermöglichen immer auch die soziale *Nicht-Teilnahme*. Genauer: Subjektive Rechte ermöglichen die soziale *Teil-Teilnahme*, eine geteilte oder halbierte Teilnahme am Sozialen, die nicht den ganzen Menschen, sondern seine Personen, also sozialen Masken betrifft. Subjektive Rechte befähigen uns so zur Teilnahme, daß sie uns zugleich ein Wollen und Handeln ermöglichen, das nicht mehr oder noch nicht als Teilnahme an sozialen Praktiken verstanden werden kann; sie sichern (auch) die Freiheit des Menschen, nicht-sozial zu sein.

Die Frage nach dem normativen Gehalt, auf den die Menschenrechte durch ihre bloße Form, die Form subjektiver Rechte, verpflichtet sind, läßt sich daher so beantworten, daß mit dieser Form ein bestimmtes Verständnis des „Menschen“ verbunden ist. Das ist kein inhaltliches Verständnis des Menschen: keine Definition des Menschen durch eine Liste ebenso fundamentaler wie universaler Bedürfnisse oder Anliegen, die den Inhalt der Menschenrechte ausmachen.<sup>22</sup> Es ist vielmehr ein strukturelles oder formales Verständnis des Menschen: ein Verständnis des Menschen als wesentlich gespalten zwischen

<sup>20</sup> Luhmann (Fn. 19), S. 142.

<sup>21</sup> Ebd.

<sup>22</sup> So etwa in Martha C. Nussbaum, *Gerechtigkeit oder Das gute Leben*, 1999.

seiner Existenz als soziale Person und als nicht- oder vorsoziales Individuum. „Menschenrechte“ sind ihrer Form nach Rechte auf eine Existenz in dieser Gespaltenheit, denn in ihr besteht ein wesentlicher Aspekt der Freiheit des Menschen: der Freiheit einerseits *zur* Teilnahme am Sozialen, andererseits *von* der Teilnahme am Sozialen. Durch ihre Form als subjektive Rechte haben die Menschenrechte einen solchen komplexen, in sich gedoppelten Begriff der Freiheit zu ihrem normativen Gehalt.