

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie
unter: www.tfl.uni-bremen.de

This project has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (ERC-2014-CoG, No. 647313-Transnational Force of Law, Andreas Fischer-Lescano)



European Research Council

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Büro: Mar Escudero Morón • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421 218-66 230
Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

www.tfl.uni-bremen.de

Subjektlose Rechte

Andreas Fischer-Lescano¹

1	Kritik der subjektiven Rechte	2
1.1	„Wer?“ – Von subjektiven zu <i>sozialen</i> Rechten.....	4
1.1.1	Heuchlerischer Humanismus	7
1.1.2	Polygonalität der Grundrechtskonflikte	8
1.1.2.1	Gegenrechte als Prozessrechte jenseits des Subjekts (Christoph Menke)	10
1.1.2.2	Koevolutiv generierte Berechtigungsformen (Niklas Luhmann).....	11
1.1.2.3	Natürlich-juristische Personen (Christoph Menke & Niklas Luhmann)	12
1.2	„Von wem?“ – Von nationalen zu <i>transnationalen</i> Rechten	14
1.2.1	Doppelpolitik	14
1.2.2	Grundrechtstypische Gefährdungslagen.....	15
1.3	„Was? Woraus?“ – Von der Unabhängigkeit zur <i>Abhängigkeit</i> der Rechte.....	17
1.3.1	Transformationen der Rechtsgewalt.....	18
1.3.2	<i>actio socialis</i>	19
2	Ausgestaltung der Interlegalitäten	20
2.1	Ermächtigung: Transnationales Haftungsrecht bei Menschenrechtsverletzungen	21
2.1.1	Mediatisierung des Individuums	21
2.1.2	Funktionen des transnationalen Haftungsrechts.....	23
2.1.3	Politisierung des transnationalen Kompensationsrechts.....	23
2.1.4	Berechtigungsformen jenseits des Subjektes	24
2.2	Verpflichtung: Transnationale Umweltpflichten von Unternehmen	25
2.2.1	Asymmetrische Judizialisierung	26
2.2.2	Monsanto-Tribunal.....	26
2.2.3	Prozedurale transsubjektive Pflichten als Pendant zu Gegenrechten	28
2.3	Relationierung: Interlegalitäts-Kontrolle.....	29
2.3.1	Subjektivrechtsexzess.....	30
2.3.2	<i>actio socialis transnationalis</i> statt <i>actio popularis</i>	31
2.3.3	Alteritäts- statt Identitätsermöglichung.....	32
3	Fazit.....	33

Subjektive Rechte zu haben oder nicht zu haben, macht in der Welt des Rechts einen entscheidenden Unterschied aus. Dass Menschen einzeln als „natürliche Personen“ oder im Verbund als „juristische Personen“ eigene, subjektive, individuelle Rechte „haben“, „behaupten“, „beanspruchen“, „geltend

¹ Für konstruktive Kritiken danke ich Nele Austermann, Sebastian Eickenjäger, Hannah Franzki und Johan Horst.

machen“, „erkämpfen“, ihre Verletzung „rügen“, ihre Erfüllung „begehren“ und diese Rechte im Konflikt geschützt durch das Individualrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG, Art. 47 EuGRCh, Art. 6 u. Art. 13 EMRK, Art. 14 IPBPR) gerichtlich durchsetzen können, wird als Kernaufgabe modernen Rechts schlechthin verstanden. Er kämpft gegen spätabsolutistische Rechtsverweigerungen, vor allem im kontinentaleuropäischen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in dem Rechte Garantien ohne klare Bindung des Gesetzgebers und ohne einklagbare Berechtigungsfunktion darstellten, regulieren subjektive Rechte heutzutage regelmäßig den Zugang zu den Verfahren der Gerichtsbarkeiten.² Durch die Generierung von Unverfügbarkeiten strukturieren sie als Grundrechte den Gesetzgebungsprozess und spitzen staatterichtete *duties to respect, protect, and fulfill* so zu, dass Rechtssubjekte einklagbare Ansprüche aus ihnen ableiten können. Subjektlose Rechte sind in diesem System undenkbar.³

1 Kritik der subjektiven Rechte

Die Erfolgsgeschichte des subjektiven Rechts hat aber auch eine Schattenseite. Subjektive Rechte privatisieren das Öffentliche. Sie forcieren das Eigenhaben von Rechten, verpflichten die Türhüter des Rechts aufs vereinzelte (und nicht gattungsförmige) Subjekt und die Subjekte auf die individuellen Privatwege in die Welten des Rechts.⁴ Was nicht ins Schema subjektiver Rechte passt, was keine „eigenen“ Rechte verleiht, was keine individuelle Betroffenheit auslöst, kann – wenn überhaupt – nur über Umwege gerichtlich durchgesetzt werden. Subjektive Rechte öffnen daher nicht nur die Schutzpforten der Institutionen der Gerechtigkeit, sondern limitieren auch den Zugang zu ihnen. Wer nach der Schutznormtheorie keine subjektiven Rechte vorweisen, sondern sich nur auf vermeintlich „objektives Recht“ berufen kann, vermag in aller Regel den Verwaltungsrechtsweg nicht zu beschreiten (§ 42 II VwGO). Wer keine Verletzung in eigenen Rechten nachweist, kommt nicht mittels Verfassungsbeschwerde oder Organstreit zum BVerfG (Art. 93 I Ziff. 1 und 4a GG). Wer sich im Rahmen der EuGRCh nicht auf individuelle Rechte, sondern nur auf Rechtsgrundsätze beruft und keine individuelle Betroffenheit nach der Plaumann-Formel vorzuweisen hat, wird beim EuGH in Grundrechtsfragen nicht gehört. Und auch in den Individualbeschwerdeverfahren nach den UN-Pakten, der EMRK und vielen anderen speziellen und regionalen Menschenrechtsverträgen, ja selbst vor den (Schieds-) Gerichten der Investitionsschutzverträge einschließlich CETA und TTIP dringt im „Zeitalter der Rechte“⁵ nicht durch, wer nicht als Verletztenklage eigene Rechte gegen andere Rechtssubjekte geltend macht.

Gleichwohl bleiben in der Rechtswissenschaft die subjektiven Rechte, die Besonderheiten ihrer Form und Ausgestaltung trotz ihrer zentralen Funktion merkwürdig unreflektiert. Kritiken am subjektiven Recht sind eine Randnotiz im Getriebe des Rechts. Sie haben die Praxis kaum erreicht. In ihrer Entlarvung des Privatismus der Rechte, dem die „Möglichkeit einer vom ‚Eigenhaben‘ emanzipierten Subjektivität und einer sie umgreifenden Sozialität“ entgegengestellt wurde, gingen sie entweder zu ökonomistisch vor, indem sie das Subjekt zu einseitig vom „Ich der Warenbesitzer“ her konzipiert haben⁶ oder sie erschöpften sich in Dechiffrierungen des Wirkens politischer

² Zu den bestehenden Ausnahmen siehe unten S. ###.

³ Und wenn doch, dann als subjektlose subjektive Rechte wie bei Georg Hohner, *Subjektlose Rechte*, Bielefeld 1969, S. 39 ff.

⁴ In Kafkas Türhüterparabel zum Extrem verdichtet: „Hier konnte niemand sonst Einlaß erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn“ (Franz Kafka, *Der Prozeß*, Frankfurt am Main 1996, S. 182-3; zunächst 1915 veröffentlicht im Erzählband „Der Landarzt“ als eigenständige Erzählung mit dem Titel „Vor dem Gesetz“).

⁵ Louis Henkin, *The Age of Rights*, New York 1990.

⁶ Ulrich K. Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts: Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Frankfurt am Main 1979, S. 201 u. S. 18; siehe ferner Duncan Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in:

Hegemonialmacht im Recht, die die Form der subjektiven Rechte als solche nicht in Frage gestellt haben.⁷ Auch feministische und postkoloniale Kritiken an den Identitätszuschreibungen durch subjektive Rechte⁸ haben an der Zentralstellung des „subjektiven Rechts“ – gerade auch im Öffentlichen Recht – nicht zu rütteln vermocht. Bis heute ist der subjektive Anspruch der Fixstern im juristischen Weltall. Soziale Konflikte übersetzt das Recht in Kollisionslagen von Subjektivrechten mit anderen „Verfassungsgütern“, d. h. kollidierenden Subjektivrechten oder kollektiven Verfassungsgütern aus der Sphäre des Rechtssubjektes „Staat“, und verdunkelt die Aporien der Kollisionsentscheidung regelmäßig mit der Zauberformel „praktische Konkordanz widerstreitender Interessen“.

Niklas Luhmann diagnostizierte daher schon vor mehr als 50 Jahren die dadurch eintretenden Verzerrungen durch die Rechtsdogmatik, die in der Zuspitzung auf Individualkonflikte die gesellschaftlichen Verhältnisse nur ungenügend in die Rechtsfrage übersetzt, überkommenes Gegensatzdenken von Staat und Gesellschaft perpetuiert und wider alle gesellschaftliche Plausibilität private und öffentliche Sphären starr voneinander abgrenzt. Es sei ein historisch überholter Konzeptionsfehler, dass die gesamte Vorstellungswelt der Dogmatik um die Achse subjektiver Rechte geordnet werde,

daß die Wirklichkeit, die die Dogmatik voraussetzt und auf die sie ihre Interpretationen bezieht, als Welt des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft, von öffentlichem und privatem Interesse aufgefaßt wird [...] Die Verzeichnung der Wirklichkeit liegt [...] in der Annahme von nur zwei einander gegenüberstehenden Interessensphären, die jeweils durch den Kläger bzw. den Beklagten vertreten werden. Auf diese Weise wird die Prozeßsituation in die Sozialordnung projiziert, damit aus der Sozialordnung Entscheidungsgesichtspunkte reflektieren.⁹

Es ist diese Projektion der Rechtsdogmatik, an der auch Christoph Menkes „Kritik der Rechte“ ansetzt.¹⁰ Menke führt die juristische Fallfrage nach dem subjektivrechtlichen Anspruch vor ihren Ausgang zurück, indem er den Blick auf die Wirkungsweise des Rechts der Rechte lenkt und vor das Werwasvonwemworaus des Rechts die Frage platziert: Welche gesellschaftlichen Probleme löst eigentlich das subjektive Recht? Wie hat sich diese unwahrscheinliche Antwort des Rechts auf die Herausforderung sozialer und menschlicher Freiheit ausbilden können? Ist diese Form der Verknüpfung von Recht und Gesellschaft angemessen? Menke skizziert mit den Rechtsregimes in Athen, Rom und London drei Modelle, die die – europäische – Vorstellung vom subjektiven Recht geprägt haben.¹¹ Dabei geht es ihm aber nicht um das geltende Recht in einer der betreffenden

Brown/Halley, *Left Legalism/Left Critique*, Durham, London 2002, S. 178 ff. (210 u. 216); Mary Ann Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York 1991, 14.

⁷ So die Kritik bei Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, S. 409.

⁸ Statt aller Wendy Brown, *Die Paradoxien der Rechte ertragen*, in: Menke/ Raimondi (Hg.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Frankfurt am Main 2011, S. 454 ff.

⁹ Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution* (1965), 4. Aufl., Berlin 1999, S. 206; ausf. ders., *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft*, in: ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, Frankfurt am Main 1981, S. 45 ff.

¹⁰ Menke (Fn. 7), 15 ff.

¹¹ Die postkoloniale Kritik insistiert zu Recht auf den imperialen Moment der Universalisierung des Konzepts subjektiver Rechte, siehe statt aller Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge 2005; Upendra Baxi, *The Future of Human Rights*, 3. Aufl., New Delhi 2013; José-Manuel Barreto, *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*, Cambridge 2013; Makau Mutua, *Savages, Victims and Saviors: The Metaphor of Human Rights*, *Harvard International Law Journal* 42 (2001), S. 201 ff.; Sundhya Pahuja, *The Poverty of Development and the Development of Poverty in International Law*, in: *European Society of International Law* (Hg.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, 3/2010 (2012), S. 365 ff.; Shalini Randeria, *Legal Pluralism, Social Movements and the Post-Colonial State in India: Fractured Sovereignty and Differential Citizenship Rights*, in: de Sousa Santos (Hg.), *Another Knowledge is Possible: Beyond Northern Epistemologies*, London 2007, S. 41 ff.

Rechtsordnungen, sondern um das Modell des subjektiven Rechts als solches. Sein Argument wird systematisch nicht historisch geführt. Es demonstriert die Wirkungsweise und Universalisierung des subjektiven Rechts.

Christoph Menkes und Niklas Luhmanns Kritiken der Übersetzung aller Rechtsfragen in bilaterale Interessenkollisionen zielen insofern beide auf das Weltmodell „subjektive Rechte“. Ich möchte im Folgenden zunächst diese Kombination aus soziologischer (Luhmann) und philosophischer (Menke) Kritik des Subjektivrechtes im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Diskussionen zum subjektiven Recht rekonstruieren und Christoph Menkes Vorschlag der Entwicklung nicht-subjektiver, sondern „sozialer und politischer *Gegenrechte*“ in ein Modell „subjektloser Rechte“ integrieren. Drei Thesen möchte ich dabei entfalten:

1. Subjektlose Rechte sind *sozial*. Sie übersetzen gesellschaftliche Strukturkonflikte nicht universell in das verzerrende Schema kollidierender Subjektrechte, sondern *berechtigten* heterogene Rechtspersönlichkeiten und die in ihnen rechtlich rekonstituierten humanen, ökologischen und sozialen Autonomieräume. Subjektlose Rechte überwinden den Subjektivismus des Rechts (hierzu 1.).
2. Subjektlose Rechte sind *transnational*. Sie *verpflichten* nicht exklusiv staatliche Hoheitsträger, sondern heterogene Rechtspersönlichkeiten und die in ihnen rechtlich rekonstituierten humanen, ökologischen und sozialen Autonomieräume. Subjektlose Rechte überwinden den Etatismus des subjektiven Rechts (hierzu 2.)
3. Subjektlose Rechte sind *relationierend*. Sie antworten auf Gefährdungen, die aus der *wechselseitigen Abhängigkeit von Autonomieräumen* resultieren, nicht dadurch, dass Subjektivrechte zu wechselseitigen Unverfügbarkeiten stipuliert werden. Subjektlose Rechte sichern nicht Unabhängigkeiten, sondern Abhängigkeiten. Sie relationieren Autonomieräume. Subjektlose Rechte überwinden die Disjunktionsdogmen des Rechts (hierzu 3.).

1.1 „Wer?“ – Von subjektiven zu *sozialen* Rechten

„Wenn man nämlich das Problem in Begriffen der Kraft und nicht anders aufwirft, lässt man bereits jegliche Subjektivität hinter sich.“

Gilles Deleuze¹²

Für die Rechtspraxis ist es eine Selbstverständlichkeit: Das subjektive Recht ermächtigt Rechtssubjekte und konstituiert die Rechtspersönlichkeit. Das konzipiert das Pandektenrecht nicht anders als das System des öffentlichen Rechts. Das subjektive Recht stellt anspruchsförmige Beziehungen zwischen Rechtssubjekten her – im bürgerlichen Recht in der Regel auf horizontaler Ebene, im öffentlichen Recht in vertikaler Hinsicht. Diese intersubjektiven Rechtsbeziehungen sind klassischer Weise staatlich geordnet. So soll sich in den vier Jellinekschen *status* – dem passiven, negativen, positiven und dem aktiven – „die gliedliche Stellung des Individuums zum Staate“ erschöpfen.¹³ Das „subjektive Recht“ hat insofern einen „Passepartoutcharakter“.¹⁴ Die Bilder, die

¹² Gilles Deleuze, *Schluss mit dem Gericht*, in: ders., *Kritik und Klinik*, Frankfurt am Main 2000, S. 171 ff. (183).

¹³ Georg Jellinek, *Das System des öffentlichen Rechts*, 2. Aufl., Tübingen 1919, S. 87.

¹⁴ Jens Kersten, *Georg Jellineks System: Eine Einleitung*, in: Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Wiederabdruck der 2. Aufl., hg. v. Jens Kersten, Tübingen 2011, S. 7 ff. (35).

sich die Rechtsdogmatik von sozialen Konflikten macht, sind Konflikte subjektiver Rechte von „natürlichen“ und juristischen Rechtssubjekten im Staat bzw. von solchen Subjekten mit dem Staat. Die Außenbeziehungen in diesem durch den Status als Rechtsverhältnis gegliederten System werden durch das inter-nationale Recht geordnet. Auch hier entstehen subjektive Rechte, allerdings nicht als Individualansprüche, sondern als eigene Rechte von Kollektivsubjekten: Staaten. Jellinek fragt daher nach „Grund und Art der subjektiven Rechte der Staaten in der Staatengemeinschaft“.¹⁵

Es ist offensichtlich, dass dieses System des öffentlichen Rechts, das Rechtssätze und Rechtsquellen in Binnen- und Außengewässer trennt, angesichts der transnationalen Rechtsentwicklungen vor Herausforderungen gestellt ist. Wie sollen die menschenrechtlichen Anspruchslagen eingeordnet werden, die offensichtlich die gewöhnlichen Muster des *ius inter nationes* durchbrechen? Was ist mit den Weiten der *lex mercatoria*, in der nichtstaatliche Rechtspersonen mit anderen nichtstaatlichen Rechtspersonen weltumspannende Verträge schließen? Wie verhält sich das supranationale Recht der EU zur Statuslehre der subjektiven Rechte im Staat?

Regelrecht hilflos wirken die Versuche, Anbauten an Jellineks Statuslehre vorzunehmen. Denn Erweiterungen um einzelne Statusformen – bei Peter Häberle um den *status procesualis*,¹⁶ bei Winfried Brugger um den *status culturalis et oecologicus* sowie den *status europaeus et universalis*,¹⁷ bei Johannes Masing um den *status procuratoris*, der die Vervielfältigung personaler Projektionspunkte des subjektiven Rechts einfangen soll¹⁸ – können die statischen Probleme des Modells nicht lösen: Der subjektive und etatistische Grund, auf dem die Statusarchitektur steht, hat sich radikal verschoben. Er trägt nicht mehr.¹⁹

Die Komplexität rechtlicher Beziehungen in der Weltgesellschaft wird im rechtlichen Passepartout der „subjektiven Rechte“ nicht adäquat abgebildet. Die Strukturkonflikte einer durch Ausdifferenzierung geprägten Weltgesellschaft, die durch das interlegale Zusammenspiel von Rechtsordnungen unterschiedlicher Provenienz geprägt ist, können nur unter großer Verzerrung als Konflikte staatlich geordneter subjektiver Rechte reformuliert werden. Die staatliche Rechtsordnung ist in vielfältige Rechtskontexte eingebettet, deren Anwendungskontexte funktional eröffnet werden. Überlappende Jurisdiktionskreise, die Parallelität unterschiedlichster Ordnungsmuster führen zu Normkollisionen im globalen Rechtspluralismus und zu einer Fragmentierung des Völkerrechts, das nicht nur aus der Perspektive der politisch organisierten internationalen Gemeinschaft gedacht werden kann, sondern in dem ein Regimepluralismus herrscht, der neuartige Rechtskollisionen provoziert. Jede Rechtsordnungs-Perspektive hat hier ihren eigenen Anspruch auf Geltung und Rechtskraft. Die Zugehörigkeitsverhältnisse zu den Institutionen Europarat, EU, aber auch zur WTO, NATO u. a. sind asymmetrisch. Eine Einheit gibt es im System polyzentrischer Global Governance nicht und im Weltrecht geht es vor allem darum, das rechtspolitische Pluriversum durch gegenseitige Berücksichtigungspflichten der Ordnungsmuster zu ordnen. Recht ist nicht mehr Ergebnis der

¹⁵ Jellinek (Fn. 13), S. 311.

¹⁶ Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 1972, S. 43 ff. (80).

¹⁷ Winfried Brugger, Georg Jellineks Statuslehre: national und international, AöR 136 (2011), S. 1 ff.

¹⁸ Johannes Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht, Berlin 1997, S. 225 ff.

¹⁹ Und selbst Wolfgang Abendroths *status socialis activus*, der Christoph Menkes Gedanken sozialer und politischer Gegenrechte wohl recht nahe kommt, bleibt in der Grammatik des Status gefangen: Der Status ist auch für ihn das grundlegende Verhältnis zweier Rechtssubjekte, der Individuen zum Staat. Auch wenn die gestalterischen Arme des *status activus* nunmehr tentakelhaft bis in die letzten Winkel der gesellschaftlichen Sphären reichen sollen, denkt auch diese Fassung Gesellschaften im Plural, knüpft rechtliche Ordnung letztlich an den Staat und trennt diesen eigentümlich von der Gesellschaft (Wolfgang Abendroth in seinem Diskussionsbeitrag zur Jahrestagung der Staatsrechtslehrer 1954, der kein Vortrag sein durfte, in der Aussprache zu „Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates“, VVDStRL 12 (1954), S. 85 ff. (86)).

Hierarchie staatlichen Letztentscheidens, sondern eines heterarchischen Kommunikationsprozesses im Netzwerk des transnationalen Rechts.

Der globale Rechtspluralismus erschöpft sich dabei nicht in Regimes politischer Regulation. Jenseits des staatsgewaltförmigen Rechts haben sich in der *lex mercatoria*, dem Recht der entfesselten globalisierten Wirtschaft, und der *lex digitalis* des Cyberspace eigene Rechtsetzungsdynamiken entfaltet. Noch dringlicher als im nationalen Rahmen stellt sich in diesen Konstellationen die Frage, wie die „öffentliche Gewalt“ in den Sphären jenseits des Staates gedacht werden kann. Gerade die Gefährdungen der Menschen- und Umweltrechte durch transnationale Unternehmen verdeutlichen, dass das dichotome Denkmuster privat/öffentlich neu konzipiert werden muss, um nach Wegen der Begründung einer horizontalen Menschenrechtsbindung zu suchen. Die Dezentrierung der öffentlichen Gewalt in der transnationalen Konstellation verlangt einen Begriff des Rechts, der den etatistischen Reduktionismus überwindet und dabei auf die neuen Gewaltphänomene reagiert. Entfesselte Partialrationalitäten schreiben sich ins Recht ein. Die Global Players spielen mit dem Recht. Gestützt auf weltumspannende Verträge bewegen sich transnationale Unternehmen auf den globalen Märkten. Wenn die Rechtsdogmatik diese weltgesellschaftlichen und polykontextualen Konflikte als Konflikte subjektiver Rechte im Staat formuliert, beschreibt sie sie bereits im Ausgang falsch und hält in der Konsequenz auch nur unzureichende Lösungen für die Entscheidung der Konflikte parat.²⁰

Die Aufdeckung der Unzulänglichkeit des „subjektiven Rechts“ und seines Junktims mit dem Konzept der Staatlichkeit verbindet Christoph Menkes philosophische und Niklas Luhmanns soziologische Analysen des subjektiven Rechts. Sie wählen für ihr Vorgehen aber unterschiedliche Strategien. Während Christoph Menkes genealogische Kritik des subjektiven Rechts die Falschheit der Kategorie subjektiver Rechte dadurch aufzeigt, dass sie die Gegensätze und Widersprüche, die in dieser Figur eingeschrieben sind, ins Extreme treibt, interessiert sich Niklas Luhmann primär dafür, wie es der Rechtsdogmatik gelingt, die Zweifel am subjektiven Recht zum Schweigen zu bringen. Während Christoph Menke gewissermaßen alteuropäisch von „Gesellschaften“ im Plural zu sprechen pflegt und sich für die konkrete Ausgestaltung des Weltrechts, der Weltpolitik und der Weltwirtschaft etc. nur am Rande interessiert, geht Niklas Luhmann von einer „Weltgesellschaft“ aus und beschreibt akribisch die Differenzierungsmuster und Gefährdungsszenarien der eigenrationalitätsmaximierenden Weltsysteme, unter denen keines mehr in der Lage ist, *den* exklusiven allesgliedernden Status zu vermitteln, der Bürger_innen, Unionsbürger_innen oder Weltbürger_innen ihren Platz in der Welt zuweist.²¹

Trotz dieser Unterschiede sind die beiden Vorgehensweisen aber nicht inkommensurabel, sondern ergänzen sich. Während Christoph Menke durch die Entlarvung *immanenter* Widersprüche im subjektiven Recht am „Aufreißen des sozialen Abgrunds“²² arbeitet, geht es Niklas Luhmanns soziologischer Deskription darum, aus einer *externen*, soziologischen Perspektive die gesellschaftliche Adäquanz des subjektiven Rechts zu hinterfragen. Aber letztlich fordert auch Luhmann radikal: Das was in der Rechtsdogmatik „selbstverständlich und gewohnter Alltag geworden ist, muß mit der nötigen Radikalität wieder in Frage gestellt werden.“²³

²⁰ Insofern ist die Lage dramatischer als dies Verwaltungsrechtler selbst lakonisch einschätzen, siehe nur Klaus Rennert, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit?, DVBl. 2015, S. 793 ff. (793f.): „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit [...] konzentriert sich auf die subjektiven Rechte des jeweiligen Klägers, gräbt dort in die Tiefe, klammert anderes aus.“

²¹ Niklas Luhmann, Die Weltgesellschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 57 (1971), S. 1 ff.

²² Menke (Fn. 7), 171.

²³ Luhmann (Fn. 9), 46; zur Infragestellung des subjektivrechtlichen Paradigmas im Abwägungsvorgang siehe auch Rudolf Wiethölter, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, Kritische Justiz 18 (1985), S. 126 ff. (139).

1.1.1 Heuchlerischer Humanismus

Schon Hans Kelsen hatte in seiner Kritik der „Ideologie des subjektiven Rechts“ die mit dieser Figur einhergehenden Dualismen von Staat und Gesellschaft sowie von öffentlichem und privatem Recht kritisiert.²⁴ Dass das objektive Recht der staatlichen Rechtsordnung schützend neben das subjektive Recht trete und diesem gegenüber eine dienende und rahmensetzende Funktion einnehme, hält Kelsen für eine liberale Lüge, die in der Behauptung gipfele, dass eine Rechtsordnung ohne subjektive Rechte undenkbar sei.²⁵ Für Kelsen ist derlei ethische Überhöhung ein grandioses Verdeckungsmanöver, das einen Mantel des Schweigens darüber lege, dass es beim subjektiven Recht um die individuelle Aneignung des Sozialen gehe, dass „die Bestimmung des Eigentums als Verhältnis zwischen Person und Sache dessen ökonomisch entscheidende Funktion verhüllt: die Funktion der Ausbeutung“.²⁶ Während liberale Ansätze insistieren, dass subjektive Rechte moralisch, ethisch, natürlich oder wie immer begründete Unverfügbarkeiten rechtlichem Fundamentalschutz zuführen und die jeweiligen Rechtssubjekte damit eine rechtliche Handhabe zur Durchsetzung ihrer Rechte erhalten, dreht Kelsen diesen Ableitungszusammenhang um: Das subjektive Recht sei ein Reflex der Rechtspflicht, finde Grund und Grenze nicht in der freien Person, sondern im objektiven Recht. Das Rechtssubjekt sei letztlich nur unter dem Druck einer „anthropomorph-personifizierenden Rechtssprache geschaffen“ und das Subjektivrecht stelle nur einen „Einheitsausdruck für ein Bündel von Rechtspflichten und Berechtigungen, d. h. aber für Normkomplexe“, dar.²⁷ Zwar bindet Kelsens Auflösung des Dualismus von subjektivem und öffentlichem Recht diese letztlich auch gesellschaftlichen Normkomplexe wiederum künstlich an den Staat und seinen Durchsetzungsapparat, indem selbst die Vertragsfreiheit als Ausübung einer staatlichen Rechtsetzungsmacht fingiert wird. Kelsens Kritik an der Ideologie der freien Person, die dem herkömmlichen subjektiven Recht zugrunde liegt, macht aber einen entscheidenden Zug, denn Kelsen stülpt die Dinge um. Daran schließt auch Christoph Menkes Kritik der Rechte an. „Es gibt“, so reformuliert Menke Kelsens These, „die moderne Form der Rechte nicht, weil es autonome Subjekte gibt, sondern es gibt autonome Subjekte, weil es die moderne Form der Rechte gibt.“²⁸

Dass die rechtliche Auflösung des in der politischen Theorie als *agent-structure*-Problem verhandelten Frage, ob die Agenten die Strukturen oder die Strukturen die Agenten schaffen,²⁹ nur unter Hinnahme von Paradoxien gelingt, haben kritische Ansätze schon immer betont: Karl-Heinz Ladeur hat die Zirkularität bei der Begründung der juristischen Personalität unter Rekurs auf Maurice Hauriou dechiffriert;³⁰ Wendy Brown hat im Anschluss an postkoloniale Rechtskritiken die Paradoxie der Rechte so beschrieben, dass subjektivierende Diskurse – wie das Recht der subjektiven Rechte – die Subjekte erst hervorbringen.³¹ Zirkularitäten überall und auch die Völkerrechtsordnung

²⁴ Hans Kelsen, *The Communist Theory of Law*, London 1955, S. 97 f.

²⁵ Hans Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 66 (1931), S. 449 ff. (489 f.) paraphrasiert das heuchlerische Credo des Liberalismus wie folgt: „Eine Ordnung, die den Menschen nicht als freie Persönlichkeit in diesem Sinne anerkennt, d.h. aber eine Ordnung, die nicht das subjektive Recht gewährleistet, eine solche Ordnung soll überhaupt nicht als Rechtsordnung gelten.“

²⁶ Kelsen, ebd., 490.

²⁷ Kelsen, ebd., 493.

²⁸ Menke (Fn. 7), 17 und S. 196.

²⁹ Alexander Wendt, *The Agent-Structure Problem in International Relations Theory*, *International Organization* 41 (1987), S. 335 ff.

³⁰ Karl-Heinz Ladeur, *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur*, Gießen 1978, S. 163.

³¹ Brown (Fn. 8), 465: „Das heißt, geschlechtliche, Klassen-, nationale, rassische, sexuelle Subjekte usw. werden durch verschiedene Geschichten, verschiedene Mechanismen und Orte der Macht, verschiedene Formationen, verschiedene Regulationsschemata hervorgebracht.“

bleibt davon nicht unberührt, steht doch in deren Zentrum der „nation state creating an international law which creates it“.³²

Die gesellschaftliche und juristische Plausibilität der Figur der „subjektiven Rechte“ beruht denn auch nicht auf ihrer logischen Stringenz, sondern auf dem praktischen Mehrwert und dem vordergründig humanistischen Überbau des Konzepts: Subjektive Rechte stellen vermeintlich die Menschlichkeit der Ordnung sicher und bieten dabei einen Mittelweg, der die Routen rechtlicher Unterverbindlichkeit und Überverbindlichkeit als Irrwege erscheinen lässt: „Subjektive Rechte“ sind mehr als nur objektives Recht, nämlich einklagbares Recht, das Akteure mit Durchsetzungsmacht ausstattet und verhindert, dass die Mächtigen das (letztlich *unterverbindliche*) Recht gerichtlich unkontrolliert biegen und brechen können. „Subjektive Rechte“ sind aber zugleich nicht starr, sondern biegsam, indem sie soziale Verhältnisse entquicken, Individuen aus dem Gefängnis rechtlich strukturierter *Überverbindlichkeit* befreien und aus starren Gesellschaftsvorgaben in ein dynamisches System entlassen. „Subjektive Rechte“ distanzieren gesellschaftliche Determinanten, die noch im *ius-* und *actio-*Denken die Rolle des Individuums in der Gesellschaft festlegten und menschliche sowie soziale Freiheiten in jeweils reziproken Rechte-Pflichten-Bündeln erstickt haben. „Subjektive Rechte“ sind insofern ein evolutionärer Schritt, als sie von der Reziprozität in die Komplementarität des Erwartens führen und die Gemeinschaft insoweit auf Distanz halten: Nicht Netzwerke der Verwandtschaft, der Verschwägerung oder der Partei strukturieren die Erwartungen an Individuen, sondern Komplementärrollen, deren rechtliche Stabilisierung es den Individuen ermöglicht, unterschiedliche Charaktermasken zugleich anzunehmen. Die Kapitalistin hat es so mit Arbeiterinnen zu tun, die Verkäufer mit Käufern, die Verwaltungsangestellten mit Antragstellerinnen, die Politiker mit Wählern (Nichtwählern und Protestwählern...) usw. Es gibt demnach keine einheitliche Repräsentanz des „Menschen“ im System, sondern komplementäre Inklusionsformen.³³

Als Ort der Inklusion wird der Staat gesetzt, dessen Rechtsordnung die relevanten Sozialbeziehungen subjektivrechtlich strukturiert. Rechtssubjektivität und Grundrechtsträgerschaft werden hierbei vom „natürlichen“ Subjekt her gedacht, wobei für „inländische juristische Personen“ Subjekterweiterungen und Grundrechtsträgerschaften nach Art. 19 III GG³⁴ in Betracht kommen, soweit die Grundrechte „ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“ und sie „Ausdruck freier Entfaltung der privaten natürlichen Personen sind“³⁵ – reifizierender kann man das insgesamt nicht fassen.³⁶

1.1.2 Polygonalität der Grundrechtskonflikte

³² Peter Fitzpatrick, Latin roots, the force of international law as events, in: Johns/ Joyce/ Pahuja (Hg.), Events: The Force of International Law The Force of International Law, New York 2011, S. 43 ff. (44).

³³ Zum ganzen siehe Luhmann (Fn. 9), 79.

³⁴ Vgl. auch Art. 34 EMRK (nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe); in der EuGRCh fehlt eine entsprechende Generalbestimmung, der EuGH entwickelt den Schutz für juristische Personen aber entsprechend aus den jeweiligen Einzelgrundrechten, auch wenn es nicht immer (wie bspw. in Art. 42 EuGRCh [„juristische Person,“]) explizite Schutzbereichseröffnungen auch auf juristische Personen gibt; im Rahmen des IPBPR hat der Menschenrechtsausschuss eine Erstreckung der Individualbeschwerde auf juristische Personen bislang abgelehnt, sieht aber u.U. die die Person tragenden „natürlichen Personen“ als antragsbefugt, siehe bspw. CCPR, B.D.B. et al. v. the Netherlands (Az. 273/1988), Entsch. v. 30. März 1989, A/44/40 (1989), Annex XI.F (S. 286) = CCPR/C/OP/3 (2002), S. 37, § 2.1.

³⁵ St.Rspr., siehe BVerfGE 68, 193/205 f.

³⁶ Freilich bietet die Norm einen möglichen Referenzpunkt, um im Geltungsbereich des Grundgesetzes den grundrechtlichen Schutz der hier diskutierten Rechtspersönlichkeiten jeweils differenziert für die juristischen Personen Umwelt, Tiere, Unternehmen, Institutionen, Kollektivakteure, Kommunikationsbereiche zu entwickeln.

Die Komplementarisierungsmaschine „subjektives Recht“ ist aber in der transnationalen Konstellation kein adäquates Mittel mehr, um die Dynamik sozialer Konfliktizität zu erfassen. Die von den autonomen Funktionssystemen ausgehenden Gefährdungen wirken nicht lediglich in Komplementärverhältnissen, sondern polygonal. Diese Polygonalitäten in Konflikte subjektiver Rechte zu übersetzen, ist nur bis zu einem gewissen Grade adäquat – und gerade die Diskussion um multipolare Grundrechtskollisionen zeigt, wie unbefriedigend die Ergebnisse bleiben,³⁷ wenn Strukturkonflikte subjektiviert und dann auch noch in polyzentrische Ordnungen eingepasst werden.³⁸ Die Subjektivierung bietet insbesondere im Hinblick auf diejenigen Probleme kein überzeugendes rechtliches Konditionalprogramm, „die sich in einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft mit relativ autonom operierenden Teilsystemen zunehmend stellen [...] Gerade in der Gesellschaftsordnung, die mit Hilfe dieser subjektbezogenen Semantik aufgebaut worden ist, mag sich deshalb eine Lage ergeben, in der diese Semantik nicht mehr überzeugt und ihre Plausibilität einbüßt“.³⁹

Allzu offensichtlich wird, dass die subjektivrechtliche Fassung gesellschaftlicher Probleme Komplementärverhältnisse voraussetzt, die einerseits angesichts des Strukturwandels des Öffentlichen und andererseits angesichts der Evidenz transsubjektiver Gefährdungslagen der Umwelt, des Institutionenschutzes, diffus organisierter Bewegungen, Gemeinschaften usw. nicht mehr überzeugend als Rechtsverhältnis der Rechtssubjekte Staat-Individuum darstellbar sind. Am deutlichsten wird das im Völkerrecht, wo die sog. „dritte Generation“ der Menschenrechte die Grenzen des subjektiven Paradigmas sprengt und Entwicklungsrechte, Nachhaltigkeitsrechte, Friedensrechte und kollektive Solidaritätsrechte vorsieht. Zudem hat das Unionsrecht zumindest im Bereich des Verwaltungsrechts die Bedeutung des subjektiven Rechts deutlich relativiert⁴⁰ und mobilisiert die Bürger_innen regelmäßig für die Durchsetzung des Rechts, auch ohne auf subjektive Rechtsansprüche zu rekurrieren.⁴¹ Und auch im nationalen Recht zeigen unter anderem die Diskussionen um transsubjektive Systemrechte,⁴² die Anerkennung neuer Kollektivakteure⁴³ und sog. „diffuse Rechte“⁴⁴, dass längst nicht mehr alle sozialen Strukturprobleme subjektivrechtlich abgebildet werden (können), zumal man angesichts der gesellschaftlichen Komplexität „die Kollision der subjektiven Rechte untereinander ins Unübersehbare vermehren“ müsste.⁴⁵

Dass die Rechtspraxis daher mit Aufweichungen versucht, zumindest die offensichtlichsten Probleme beispielsweise im Bereich des Umweltschutzes und der dort regelmäßig vorliegenden „diffusen“ Rechtelage aus der subjektiven Klammer zu lösen, ist daher nur konsequent. Letztlich bleiben diese Ausfransungen des Subjektivrechts aber nur halbherzig. Sie lösen entweder nur einen

³⁷ Statt aller Wolfgang Hoffmann-Riem, *Innovation und Recht - Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte*, Tübingen 2016, S. 228.

³⁸ Gerade in polygonalen Situationen versagen auch in der Regel die sog. „Mindestniveaunklauseln“ (z.B. Art. 53 EuGRCh und Art. 53 EMRK), weil eine *reformatio in peius* für ein rechtliches Interesse angesichts der Vielzahl betroffener Schutzgüter letztlich nicht ausgeschlossen werden kann.

³⁹ Luhmann (Fn. 9), 80.

⁴⁰ Auch wenn Klaus Gärditz, *Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts*, in: *Verhandlungen des 71. Dt. Juristentages*, Bd. I, Gutachten D, München 2016, D 19, das kleinzureden und als Sonder-, Spezial- und Irrwege zu diskreditieren sucht, um an der Mär einer „Vollsubjektivierung“ festhalten zu können.

⁴¹ Siehe ausf. Masing (Fn. 18), 225 ff.

⁴² Siehe das Plädoyer für die Einbeziehung gesellschaftlicher Selbstorganisation bei Thomas Vesting/Stefan Koriotoh/Ino Augsberg, *Einleitung*, in: dies. (Hg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, Tübingen 2014, S. 1 ff. (6).

⁴³ Albert Ingold, *Grundrechtsschutz sozialer Emergenz. Eine Neukonfiguration juristischer Personalität in Art. 19 Abs. 3 GG angesichts webbasierter Kollektivitätsformen*, *Der Staat* 53 (2014), S. 193 ff.

⁴⁴ M.w.N. Steffen Kommer, *Diffuse Umweltrechte in Brasilien: am Beispiel von Kollektivanlagen gegen ökologische Schäden durch queimadas*, *ZUR* 2012, S. 459 ff.

⁴⁵ Luhmann (Fn. 9), 95 f.

Teil der Probleme (neue Kollektivakteure werden *als Subjekte* ermächtigt),⁴⁶ generieren in einem subjektivistisch geprägten System neue Probleme (institutionelle Grundrechte sollen keine subjektiven Durchsetzungsansprüche vermitteln können) oder bleiben letztlich zu sehr dem individualistischen Rechteschema verhaftet (so konzipiert das BVerfG selbst das subjektlose Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und bindet es letztlich doch an die Erwartung „selbstbestimmter“ Verfügungsrechte seitens der Nutzer_innen⁴⁷). Eine einfache Erweiterung des Werwasvonwemworaus unter Schaffung neuer Subjektivitätskonzepte und immer weiter geführter Subjektivierung ist daher nicht ausreichend, sondern es bedarf einer Modifikation in der Form der Rechte selbst.

1.1.2.1 Gegenrechte als Prozessrechte jenseits des Subjekts (Christoph Menke)

Das ist der Punkt, an dem die Analysen von Christoph Menke und Niklas Luhmann konvergieren. Die Korrekturen, die sie vorschlagen, führen zu Berechtigungen, die zwar auch die Form von „Rechten“ annehmen, aber eben nicht Rechte *des* Subjekts sind, sondern anders wirken; bei Christoph Menke haben sie die Form von „Gegenrechten“. Diese Gegenrechte implizieren drei zentrale Transformationen und verschieben (1) Grund, (2) Inhalt und (3) Regierungsweise der Rechte:⁴⁸

(1) *Grund der Rechte*: Von den *Subjekten*, d. h. ihrer Position „im Gefüge von Tun und Leiden, Aktivität und Passivität“, zum „Guten des Urteilens“, d. h. der Einheit zweier *Differenzen im Urteilen*: Gegenrechte zielen auf die Berücksichtigung der sinnlichen Kräfte im rationalen Urteil sowie der Passivität in der Aktivität des Urteilens (Subjekt -> Urteilsform).

(2) *Inhalt der Rechte*: Von der *Statuslehre* (activus, positivus, negativus) bzw. den drei duties to respect, protect, and fulfill als *Teilhabeformen* am Bestehenden zur Regulierung der Teilnahme, d. h. dem Recht auf *Nichtteilnahme in der Teilnahme*: Gegenrechte ermöglichen die Unterbrechung der sozialen Teilnahme (Status/Teilhabe -> Teilnahme/Nichtteilnahme).

(3) *Regierung der Rechte*: Von den drei Dimensionen der Menschenrechte (liberal, sozial und politische) bzw. den drei Generationen der Menschenrechte (erste: klassisch, zweite: sozial, dritte: kollektiv) als *Regulierungsweisen* zum *Recht des widerwilligen Regierens*: Gegenrechte berücksichtigen die Unfähigkeit zum Logos in der Regierung, d. h. sie verwirklichen die Macht der Mitregierung gegen das Erleiden und das Recht des Ohnmächtigen in der Regierung (Form- und Inhaltsregulierungen -> Prozessermöglichung).

An die Stelle subjektiver Rechte, die vorgeblich Natürliches rechtlich garantieren und dabei das Öffentliche privatisieren, treten Rechte, deren Funktion es ist, Prozesse zu ordnen. In öffentlich-rechtlicher Terminologie: Christoph Menkes Gegenrechte distanzieren sich sowohl von reinen Subjekttheorien des Rechts, die Grund, Inhalt und Weise des Rechts aus dem Subjekt ableiten, als auch von modifizierten Subjekttheorien, die Grund, Inhalt und Weise des Rechts aus der Intersubjektivität entwickeln, d. h. aus dem Rechts-Verhältnis von Subjekten. Menkes Modell

⁴⁶ Insofern greift es zu kurz von transsubjektiven „Kollektivrechten“ zu sprechen, denn auch hier wird eine vereinheitlichende Zuspitzung (auf das Kollektivsubjekt) behauptet, die der Diffusität der Rechte regelmäßig nicht gerecht wird – siehe die Engführung bei Vesting u.a. (Fn. 42), 1 ff.

⁴⁷ BVerfGE 120, 274/315: „[...] selbstbestimmt verfügt.“ Zu den Risiken des Unterlaufens rechtlicher Schutzbestimmungen über die an Selbstbestimmungsschutz via Einwilligung ansetzenden Konzeptionen siehe auch Wolfgang Hoffmann-Riem, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), S. 1 ff. (20 ff.).

⁴⁸ Menke (Fn. 7), 381-394.

sozialer Gegenrechte zielt nicht auf die Ordnung von Subjekten oder Subjektverhältnissen, sondern auf die Ordnung desjenigen „Prozesses“⁴⁹, der Subjektivierung erst hervorbringt.

Offen bleibt dann aber die Frage, *wer* durch diese rechtlich geordneten Prozesse berechtigt werden soll. Christoph Menkes Andeutungen, dass sich das „neue Recht“ in den Formen der alten Subjektivberechtigung realisiert, ihm entgegengesetzt ist, in es zurückfällt und es doch übersteigt,⁵⁰ legen nahe, dass auch die Gegenrechte letztlich an Personalisierungsformen gebunden bleiben, zumal deren Aufgabe sein soll, „die Spaltung des Subjekts zu sichern“, damit dieses an sozialen Prozessen teilnehmend und nichtteilnehmend in einem sein kann.⁵¹ Das neue Recht ist dann zwar transsubjektiv in dem Sinn, dass es nicht vorsoziale Subjekte in ihren vermeintlich natürlichen Autonomiebereichen schützt. Es bleibt aber in der Durchsetzung und Ausübung mit Rechtspersönlichkeit dergestalt verknüpft, dass die Ausübung der Gegenrechte an Berechtigungsformen gebunden ist, die Rechtspersonen zuzuordnen sind.

Freilich wird dann das Denken „vom Subjekt her“ abgelöst. Es gibt schlicht kein einheitliches Subjekt mehr, durch dessen Gravitationskraft der rechtliche Kosmos zusammengehalten würde.⁵² Die im Recht berechtigten und verpflichteten Personen, die juristischen Charaktermasken, sind jeweils juristisch konstituierte Personen. Die floskelhafte Dopplung des Personenbegriffs in „natürliche und juristische Personen“ verdeckt bislang nur, dass auch die natürliche Rechtsperson eine juristische Rechtsperson darstellt, denn Rechtsperson – in der Formulierung Kelsens – „ist ein Komplex von Rechtspflichten und subjektiven Rechten, deren Einheit im Begriff der Person figürlich zum Ausdruck kommt. Die Person ist nur die Personifikation dieser Einheit“.⁵³ Wenn das subjektive Recht als der Fixpunkt des juristischen Weltalls seine ordnende Kraft verliert, dann kommt auch das von diesem geordnete Feld der juristischen (und das heißt der Einheit der Differenz „natürlicher und juristischer“) Personen ins Wanken.

1.1.2.2 Koevolutiv generierte Berechtigungsformen (Niklas Luhmann)

Was, wenn nicht die *subjektiven* Rechte von Rechts-Subjekten, sind dann die rechtlich relevanten Einheiten? Wie die gesellschaftlichen Konflikte jenseits subjektivrechtlich gerahmter Individualkonflikte in die *quaestio iuris* transformieren?

Niklas Luhmanns rechtssoziologische Analyse gesellschaftlicher Ausdifferenzierungsprozesse setzt hier an und verortet die maßgeblichen Konflikte „in den *gesellschaftsinternen Systembeziehungen* ebenso wie im Verhältnis des Gesellschaftssystems selbst zu seiner *natürlichen und personalen Umwelt*“.⁵⁴ Das öffnet den Blick darauf, dass es um drei sehr verschiedene Grenzbeziehungen von Systemen mit Systemen oder ihrer Umwelt geht, in denen die Generierung von Rechtspersönlichkeit und die Institutionalisierung der Berechtigung je spezifisch verlaufen muss:⁵⁵

(1) *Menschenrechte* („personale Umwelt“) zielen auf die Grenzbeziehungen eigenrationalitätsmaximierender Systeme mit Menschen „aus Fleisch und Blut“, auf die Vermeidung negativer systemischer Externalitäten der Kommunikation für Menschen, auf die Eindämmung des lebens- und bewusstseinsbedrohenden Potentials.

⁴⁹ Menke (Fn. 7), 391.

⁵⁰ Menke (Fn. 7), 401.

⁵¹ Menke (Fn. 7), 397.

⁵² Preuß (Fn. 6), 207.

⁵³ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Nachdr. der 2. Aufl. 1960, Wien 2000, S. 177.

⁵⁴ Luhmann (Fn. 9), 80, meine Hervorhebung.

⁵⁵ I.d.S. auch die Systematik bei Gunther Teubner, *Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure*, *Der Staat* 44 (2006), S. 161 ff.

(2) *Ökologische Rechte* („natürliche Umwelt“) schützen die Integrität der natürlichen Lebensgrundlagen.

(3) *System- und Institutionenrechte* („gesellschaftsinterne Systembeziehungen“) schützen Systeme, Institutionen, Kollektive, Netze usw. vor der Kolonialisierung durch andere Systeme, Institutionen usw.; sie schützen die „distribuierte Erzeugung einer eigenständigen Regelmäßigkeit“.⁵⁶

Damit diffundiert die Berechtigenseite im System des „Rechts der Rechte“. Nicht mehr „natürliche Personen“, vorsoziale „Subjekte“ werden in ihren *Eigenrechten* berechtigt, sondern eine Vielfalt von Rechtspersonen *sui generis* tritt auf den Plan: Institutionen, Systeme, Netzwerke, Schwärme, intelligente Maschinen, Tiere, die Natur.⁵⁷ Schon in der Status-Lehre ist eine solche Multilateralität angelegt, denn der Schutz der persönlichen Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen folgen gerade keinem übergreifenden Rechtsansatz, sondern werden an unterschiedliche Grundrechtsgehalte angehängt. Bereits hier ist das einheitliche Subjekt eine Rechtsprojektion, die selbst für zentrale Fragen des Schutzes menschlicher Integrität mit dem „semantischen Artefakt des aufgeklärten, informierten und zur Selbstbestimmung fähigen Subjekts“ eine Folie bietet, die weder in der Ausgangsbeschreibung noch hinsichtlich der Lösungsvorschläge für den Schutz des Menschen im biopolitischen Zeitalter zureichende Antworten bietet.⁵⁸

1.1.2.3 Natürlich-juristische Personen (Christoph Menke & Niklas Luhmann)

Es ist insoweit kein Bruch, sondern eine konsequente Weiterentwicklung, wenn die Typologie der Rechtspersönlichkeit um juristische konstituierte Persönlichkeiten ergänzt wird, die nicht notwendig auf ein subjektives Substrat zurückgeführt werden. Menschen, Systeme, Institutionen und Umwelt haben Rechtspersönlichkeit, weil sie mit spezifischen Rechten ausgestattet sind – und nicht umgekehrt. Das „Wer“ im Schema des Werwasvonwemworaus beantwortet sich nicht durch den schematischen Verweis auf eine vorsoziale Rechtssubjektivität, sondern wird sozial generiert.

Es wäre aber unzureichend, lediglich den Berechtigtenkreis zu erweitern und die durch subjektive Rechte berechtigten vorsozialen Subjekte durch „Rechtspersonen“ mit „subjektlosen Rechten“ zu substantiieren. So würde letztlich nur ein rechtlicher Naturalismus (Subjekte) durch eine andere Ontologie (Sozialautonomen) abgelöst, würde nur eine überkommene Privatisierungsformel durch eine neue Partikularisierungsformel ersetzt. Das Unpersönliche, das im Personenbegriff Ausgeschlossene,⁵⁹ bliebe im unmarked space des Rechts.

Die Prozesse der Kraftentfaltung, die Christoph Menke in den Gegenrechten zu institutionalisieren sucht, die Berücksichtigung des Leidens im Regieren, der „Unfähigkeit zur Sprache, zum Logos *in der Regierung*“,⁶⁰ die er einfordert, sind denn auch komplexer. Es geht um menschliche, ökologische und soziale Kräfte, deren Entfaltungsformen durch Rechte, die nicht am vorsozialen Subjekt, sondern an sozialer Persönlichkeit ansetzen, zu relationieren sind. Diese Relationierung besteht in einer Doppelbewegung. Indem das Recht die gesellschaftlichen Verhältnisse intern spiegelt, sich regulierend auf die komplexe gesellschaftliche Welt einstellt, transformiert es die gesellschaftliche

⁵⁶ Karl-Heinz Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit, KJ 32 (1999), S. 281 ff. (290).

⁵⁷ Siehe Sophie Arndt/Malte Gruber, Einleitung in den Themenschwerpunkt „Neue Theorien der Rechtssubjektivität“, Zeitschrift für Rechtssoziologie 37 (2017), S. 1 ff. und die Beiträge ebd.

⁵⁸ Siehe die instruktive Kritik bei Vagias Karavas, Das Parlament der Körperfragmente, Zeitschrift für Rechtssoziologie (2017), S. 112 ff.

⁵⁹ Statt aller Roberto Esposito, Person und menschliches Leben, Zürich/ Berlin 2010, 29 ff. und Simone Weil, Human Personality, in: dies., Selected Essays 1934-43, 2015, 9 ff.

⁶⁰ Menke (Fn. 7), 387.

Welt. Aufgabe subjektloser Rechte ist es hierbei, den Prozess dieser Transformation zu organisieren, ohne lediglich auf konkreten Ordnungen gesellschaftlicher Provenienz aufzusetzen und diese gegen demokratische Steuerung abzudichten. Im Gegenteil: Subjektlose Rechte zielen darauf, die Ordnungsmuster und ihre rechtlichen Normierungsprozesse zu politisieren.

Soziale Freiheit, institutionelle Normkomplexe, menschliche Autonomie und ökologische Integrität sind insofern keine feststehenden Grundwerte, auf die das Recht einfach responsiv reagieren kann, sondern sind in ihrer Konstitution bereits rechtlich mitgeformt und formen so auch das Recht. Bei der Entwicklung subjektloser Rechte geht es darum, diese Wechselwirkung zwischen Nichtrecht und Recht demokratisch zu ordnen und zu dynamisieren.

Es wäre allerdings unzureichend, die rechtliche Personifizierung des bislang Unpersönlichen – Ökologie, Tiere, Maschinen, Körper usw. – lediglich dergestalt zu ermöglichen, dass staatliche Umweltplanungsbehörden, Verbände oder andere Kollektivorgane ermächtigt werden, die zu Rechtspersonen aufgewerteten natürlichen Entitäten im Recht zu vertreten. Eine solche Form der Diversifizierung der Rechtspersönlichkeit – wie sie in den Entscheidungen zum Recht der Flüsse, in Forderungen nach Subjektrechten für Tiere, Rechten für Institutionen und Persönlichkeitsrechten für Maschinen regelmäßig zum Ausdruck kommt⁶¹ – würde nur den Kreis der Personen erweitern, ohne die Form des Rechts zu verändern. Es kommt aber gerade darauf an, das subjektivrechtliche Statusdenken zu einem subjektlosen Prozessdenken zu transformieren.

Um das am Beispiel einer natürlich-juristischen Person zu erläutern: Der Fluss Ganges und sein wichtigster Nebenfluss Yamuna wurden jüngst in Indien zu Rechtspersonen erklärt. Die Vertretungsgewalt wurde einer staatlichen Behörde zugewiesen.⁶² Dieses neuartige – in Deutschland bislang schwer denkbare Arrangement – ist zwar zu begrüßen, weil der Fluss dadurch rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten erhält. Es löst alleine aber kein Problem der Umweltadäquanz von Recht und Gesellschaft. Im Gegenteil, die Probleme werden verschärft: Wie die Vertreter der Flüsse an die Integritätsinteressen des Ökosystems binden? Wie die Unterjochung des Flusses durch vorgebliche Sachwalter verhindern? Wie die intern heterogenen Interessen des Flusses organisieren und artikulieren? Wo hört der Fluss auf (Küstengewässer, hohe See)? Wo beginnt er (Quellen, Troposphäre)? Wie kann man vermeiden, dass man in die Falle der advokatorischen Gewalt tappt, wie sie bspw. Gayatri Chakravorty Spivak und Boaventura de Souza Santos zur transnationalen Menschenrechtsbewegung beschreiben?⁶³

Es ist nicht hinreichend,⁶⁴ wenn man die Systematik subjektiver Rechte auf ökologische, tierliche, systemische usw. Rechtspersonen anwendet und sie mit eigenen Status-Rechten (negativus, activus, positivus) versieht und dabei die Konstitutionsbedingungen der Rechtspersönlichkeit der Flüsse, Tiere etc. ausblendet.⁶⁵ Vielmehr ist es gerade auch im Hinblick auf natürlich-juristische Personen zentral,

⁶¹ Für einen Überblick siehe Jens Kersten, Das Anthropozän-Konzept, Zeitschrift für Rechtswissenschaft (2014), 378 ff.

⁶² High Court of Uttarakhand at Nainital, 126/2014, Order v. 20.03.2017, Rn 19 f.; zu natürlichen juristischen Personen siehe generell Caroline Raspé, Die tierliche Person, Berlin 2013.

⁶³ Gayatri Chakravorty Spivak, Righting Wrongs, The South Atlantic Quarterly 103 (2/3) (2004), S. 523 ff.; Boaventura de Sousa Santos/ César Rodríguez-Garavito, Law, Politics and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalisation, in: dies. (Hg.), Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality. Cambridge 2005, S. 1 ff.; Boaventura de Sousa Santos, The law of the oppressed, Law & Society Review Nr. 9 (1977), S. 5 ff. ders., Sociología jurídica crítica, Madrid 2009, Kapitel 2, 4, 6, 7.

⁶⁴ Siehe nur das US-amerikanische Gerichtsverfahren, in dem die Tierrechtsorganisation „Peta“ im Namen des Affen Naruto gegen den Besitzer der Fotokamera, den Fotografen David Slater, kapitalistische Verwertungsrechte im Hinblick auf das von Naruto geschossene Selfie einklagt: Laura Hertreiter, Rechtsstreit um Affen-Selfie, SZ v. 1.8.2017.

⁶⁵ Gunther Teubner, Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law, Journal of Law & Society 33 (2006), S. 497 ff.

nicht nur die Form der Person, sondern auch die Form der Berechtigung zu transformieren. Dabei kann man Prozeduralisierungserfahrungen (Einbeziehung von Experten und Interessenverbänden, Richtervorbehalt, Aufklärungspflichten, Mischung amtlicher und gesellschaftlicher Akteure) in Vertretungskontexten wie der gesetzlichen Betreuung, in denen die verbale Artikulationsfähigkeit der Vertretenen prekär ist, nutzen. Deren Effektivität sollte man aber zugleich nicht überschätzen. Sie hängt vom Engagement der Beteiligten und adäquaten Checks-and-Balances im Vertretungsmodell ab.

Entscheidend ist hierbei, dass Formen der Sozialität⁶⁶ rechtlich institutionalisiert werden, über die die Prozesse der Generierung der Rechtspersönlichkeit und die Relationierung der Rechtspersonen zu anderen Rechtspersonen so organisiert werden, dass nicht nur *über* die Unvertretenen gesprochen wird, sondern dass das Recht es ermöglicht, mit ihnen in Beziehung zu treten und eine Sensitivität für die Unvertretenen und das Exkludierte auszubilden.⁶⁷

1.2 „Von wem?“ – Von nationalen zu *transnationalen* Rechten

„Mit diesen universellen Ansprüchen meine ich transnationale
und nicht bloß kosmopolitische.
Denn das Kosmopolitische [...] setzt immer noch die Instanz des Staates und des Bürgers voraus,
selbst wenn er Weltbürger ist.“

Jacques Derrida⁶⁸

Aber nicht nur die Berechtigenseite im bipolaren Statusmodell der subjektiven Rechte ist in der transnationalen Konstellation Transformationen ausgesetzt, auch die Verpflichtetenseite: Gegenüber wem können die subjektlosen Rechte eingefordert werden?

1.2.1 Doppelpolitik

In der Statuslehre ist die Berechtigung staatsgerichtet realisiert. Die Grundrechte verpflichten unmittelbar nur den Staat. Die Monopolisierung der staatlichen Verpflichtetenseite, die Individualpflichten nur mittelbar vorsehen kann – sei es über gesetzlich auferlegte Pflichten oder über richterliche Grundrechtsbindungen bei der Entscheidung über Horizontalkonflikte –, entspricht den Konzeptionen in der politischen Philosophie, die traditionell die Jurisgenese an politischen Durchsetzungszwang und politische Kollektivität bindet.

Diese Ausgangsbeschreibung ist aber in der transnationalen Konstellation nicht mehr komplexitätsadäquat. Auch hier laufen Luhmanns und Menkes Analysen parallel. So insistiert Luhmann, dass wir es in der Weltgesellschaft mit global ausdifferenzierten Funktionssystemen zu

⁶⁶ Konsequenterweise wünscht sich Franz Kafka auf seiner Suche nach Fürsprechen an einen Ort, „wo vielerlei Menschen zusammenkommen, aus verschiedenen Gegenden, aus allen Ständen, aus allen Berufen, verschiedenen Alters [...] Am besten wäre dazu vielleicht ein großer Jahrmarkt geeignet.“ Dort wünscht er „die Tauglichen, die Freundlichen, die, welche einen Blick für mich haben, vorsichtig auszuwählen aus einer Menge“ (ders., Fürsprecher, 1922).

⁶⁷ Vgl. Rüdiger Campe, An Outline for a Critical History of *Fürsprache*: Synegoria and Advocacy, DVJS 3 (2008), S. 355 ff. siehe auch Bruno Latours Vorschlag, die Eigenrechte der Natur über Assoziationen von menschlichen und nicht-menschlichen Wesen zur Sprache zu bringen (ders., Das Parlament der Dinge, Frankfurt am Main 2001, S. 116 ff.).

⁶⁸ Jacques Derrida, Nicht die Utopie, das Un-Mögliche, in: ders., Maschinen Papier, Wien 2006, S. 321 ff. (324).

tun haben, von denen polyzentrische Gefährdungslagen ausgehen. Der Staat bzw. das politische System ist nicht das Zentralsystem der Weltgesellschaft, sondern nur eines unter vielen. Der Staat ist auch nicht der einzige Grundrechtsgefährder und schon gar nicht der einzige Grundrechtsverpflichtete. Im Gegenteil ist er, wie sich nicht zuletzt an existenzvernichtenden Austeritätsmaßnahmen zeigt, bisweilen selbst durch Grundrechte vor den Eigenrationalitätsmaximierungen einer entfesselten Weltwirtschaft zu schützen.

Und auch Christoph Menkes Analyse legt offen, dass die gesellschaftliche Ausgangssituation komplizierter ist und dass eine Grundrechtsdogmatik, die die Rechtsfragen etatistisch monopolisiert, zu kurz greift, weil sie keinen Blick für das entwickelt, was er „Doppelpolitik“ nennt: die Kombination intersegmentärer und institutioneller Herrschaftsmodi.⁶⁹ Anders als in Ernst Fraenkels Analysen zum faschistischen „Doppelstaat“ verweist Menke dabei nicht auf die Gleichzeitigkeit von Politiken im Gesetzes- und im Maßnahmestaat, sondern schließt explizit an Untersuchungen an, die das „Politische“ nicht nur im System der Politik am Werk sehen, sondern auch in den Weiten der gesellschaftlichen Funktionssysteme, wo das Politische jeweils systemisch mediatisiert hervortritt: im Recht als „herrschende Meinungen“, in der Wirtschaft als Dogmen liberaler Wettbewerbsorientierung, in den wissenschaftlichen Schulbildungen, in medizinischen Leitlinien usw. Christoph Menke bezieht sich hier auf Gunther Teubners Zivilverfassungspolitik und Michel Foucaults Gouvernementalität als „Mikro-Macht“ zugleich:

Die Politik der Hervorbringung der bürgerlichen Gesellschaft ist eine Doppelpolitik: grundrechtlich und gouvernemental, rechtsstaatliche und gesellschaftliche Verfassung. Beide Gestalten sind aneinander gekoppelt; ihre Zweierheit bildet die Einheit der bürgerlichen Politik.⁷⁰

Auch wenn Foucault die gedankliche Nähe zu einer technokratischen Systemtheorie genauso vehement zurückweisen dürfte wie Teubner die Gleichsetzung mit einem undifferenzierten Begriff des Politischen, der keine systemischen Mediatisierungen kennt: Die Unterschiede sind im Hinblick auf die gemeinsame Beobachtung von Differenzierungsprozessen im Politischen marginal und Christoph Menkes Suche nach einem Recht auf Rechte, das – wie er mit Foucault formuliert – „antidisziplinarisch, aber vom Prinzip der Souveränität befreit“ ist,⁷¹ insistiert zu Recht, dass aus der Perspektiver menschlicher Freiheit, ökologischer Integrität und sozialer Emanzipation die Gefährdungen durch die Politik und durch andere Funktionssysteme funktional äquivalent sind. Es ist, anders gesagt, kein Unterschied ums grundrechtliche Ganze, ob eine Umweltverschmutzung durch die institutionalisierte Politik („Staat“) oder die institutionalisierte Wirtschaft („Unternehmen“) oder eine Kombination beider verursacht wird.

1.2.2 Grundrechtstypische Gefährdungslagen

Die Differenzierungen, die die Grundrechtsdogmatik und auch die Völkerrechtslehre an dieser Stelle einführen, sind von der überholten Vorstellung geprägt, dass in den gesellschaftlichen Weiten die Freiheit herrscht und es Aufgabe staatlicher Politik ist, die Ausübungsbedingungen gesellschaftlicher Autonomie zu sichern.⁷² Gerade auch die Konzepte der Völkerrechtssubjektivität leiden an den Folgen des Dualismus von Staat und Gesellschaft, da sie auf staatliche Subjekte zugeschnitten sind und die Völkerrechtsbindung anderer Akteure im internationalen Raum nur als derogierte Bindung verstehen können. Die Menschenrechtsbindung von Internationalen Organisationen und Netzwerken

⁶⁹ Menke (Fn. 7), 290 ff.

⁷⁰ Menke (Fn. 7), 331.

⁷¹ Menke (Fn. 7), 400.

⁷² Thorsten Kingreen, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht. Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 65 (2017), S. 1 ff. (28 ff.).

gemeinsamer Maßnahmen Erfüllung ist daher genauso prekär wie die Bindung nichtstaatlicher Akteure ans Völkerrecht. Versucht man diese neuen Akteure ins herkömmliche Schema zu zwingen, muss man entweder wie alte Doktrinen der unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater die Staatsähnlichkeit der neuen Akteure behaupten, deren Gefährdungspotential analog konzipieren und das Private publizieren oder aber man muss versuchen, die staatlichen Schutzpflichten usw. auch in den Bereich der neuen Akteure zu erstrecken, um IOs und transnationale Unternehmen mittelbar zu binden. Hierbei läuft die Regulierung indes Gefahr, dass hohe staatliche Schutzpflichten im Wettbewerb der Rechtsordnungen als Standortnachteil verstanden werden und die unternehmerische Flucht aus der Schutzpflicht durch Standortverlagerungen, um- und ausgründende Konzerngestaltungen usw. immer neue und weitere Blüten treibt, die Ruggie-Reports oder Konventionen zur Menschenrechtsbindung Privater nur schwer wieder in rechtlich regelbare Bahnen bringen können.⁷³

Um auf die Gefährdungslagen für menschliche und soziale Freiheiten und die ökologische Integrität adäquat zu reagieren, bedarf es komplexerer Konzeptionen von Verpflichtungen, die Schutzbereiche und Beeinträchtigungslagen nicht ins Schema privat/gesellschaftlich vs. öffentlich/staatlich pressen. Es reicht insbesondere nicht, die gesellschaftlichen Freiheitsbereiche frei von gewaltförmigen Interventionen durch die Institutionen der Politik zu halten. Das verkürzt die Aufgabe der Grund- und Menschenrechte auf die Eindämmung staatlicher Gewalt. Dabei haben sich gerade auch oberhalb und unterhalb sowie neben den staatlichen Autoritäten politische Gewaltformen und rechtliche Normierungsprozesse eingenistet.

Die Frage der Rechte in der transnationalen Konstellation stellt sich daher umfassender. Ging es bei der alten Grundrechtsfrage um die Begründung und Begrenzung politischer Gewalt, so geht es in der transnationalen Konstellation „darum, ganz andere gesellschaftliche Energien, besonders sichtbar in der Wirtschaft, aber auch in Wissenschaft und Technologie, in der Medizin und in den neuen Medien, freizusetzen und diese in ihren destruktiven Auswirkungen wirksam zu beschränken.“⁷⁴ Anders ausgedrückt: Die globalen Funktionssysteme müssen in den Grenzverhältnissen zu anderen Sphären wie der Politik, der Wissenschaft, der Ökonomie etc. vor diesen Bereichen geschützt werden. Sie müssen aber auch *vice versa* selbst gewährleisten, dass sie in den Grenzverhältnissen zu anderen Systemen und der menschlichen und natürlichen Umwelt keine destruktiven Wirkungen zeigen. Auch die „Privatsphäre“ der funktionsspezifischen Kommunikation erhält damit eine öffentliche Funktion und wird auf eine Öffentlichkeit hin verpflichtet. Das Öffentliche der Sphäre der systemischen Kommunikation ist ihre intrinsische Normativität im Verhältnis zur Gesellschaft, zu den Menschen und zur Ökologie. Privat/Öffentlich ist so kein Schema der Unterscheidung zwischen privaten Rechtssubjekten und öffentlicher Staatlichkeit, sondern verweist in der polykontextuellen Gesellschaft darauf, dass die (private) Integrität autonomer Sphären mit dem (öffentlichen) weltgesellschaftlichen Kontext und der menschlichen und natürlichen Umwelt dieses Kontextes dergestalt verknüpft werden muss, dass eine Sphäre die Freiheit der anderen Sphäre ermöglicht. Freiheit ist die Freiheit der anderen. Grundrechte sind Abhängigkeitsmechanismen. Sie binden gesellschaftliche Autonomiebereiche wechselseitig aneinander.

Was heißt das für die Verpflichtetenseite im Rechteschema? Die zentrale Herausforderung ist es, Strukturen zu entwickeln, die den expansiven Tendenzen gesellschaftlicher Kommunikationsmedien jeweils sachgerecht durch Organisation und Stärkung von Selbstbegrenzungsverfahren begegnen.

⁷³ Sebastian Eickenjäger/Ibrahim Kanalan, The Horizontal Effects of Human Rights: The EU Proposal for a Non-financial Reporting Framework, in: Andreas Fischer-Lescano/Kolja Möller (Hg.), Transnationalisation of Social Rights, Cambridge u.a. 2016, S. 109 ff.

⁷⁴ Gunther Teubner, Verfassungsfragmente, Berlin 2012, S. 11.

Das betrifft die gesellschaftsschädigenden Auswirkungen einer entfesselten Weltwirtschaft genauso wie die gefährlichen Eigenrationalitätsmaximierungen des Gesundheitssystems, des Rechts, der Religion, der Wissenschaft und der Medien.⁷⁵

Neben der Effektivierung von Kontroll- und Partizipationsmöglichkeiten, die die Ebenen der Organisation mit den gesellschaftlichen Institutionen verknüpfen, müssen auch die gesellschaftlichen Voraussetzungen demokratischer Artikulations- und Partizipationsmöglichkeit abgesichert werden. Im Ergebnis geht es darum, rechtsdogmatische Konsequenzen daraus zu ziehen, dass die Staaten nicht mehr Alpha und Omega der transnationalen Rechtsordnung sind, dass sich unterhalb, oberhalb und zwischen den Staaten neue Organisationsformen entwickelt haben, die in die Gewährleistungsstruktur der Rechte in der transnationalen Konstellation einzubeziehen sind und demokratischer Gestaltung unterliegen.

Wie bei der Erweiterung des Berechtigtenkreises kann sich die Erweiterung im Hinblick auf die durch subjektlose Rechte Verpflichteten nicht darin erschöpfen, den klassischen Staatssubjektivismus lediglich dadurch auszuweiten, dass neue transnationale und soziale „Akteure“ eine Adresse im Rechtssystem erhalten und zu Rechtspersonen aufgewertet werden. Vielmehr geht es auch hier um die Initiierung eines politischen Prozesses, der die Politisierung der gesellschaftlichen Funktion von Systemen, Netzwerken, Institutionen, Organisationen usw. ermöglicht. Aufgabe des Rechts und der Rechte ist es nicht, das funktionale Setting der sozialen Akteure nachzuzeichnen und zu stabilisieren, sondern im Gegenteil: die Infragestellung des sozialen Settings zu ermöglichen. Subjektlose Rechte sind Rechte, die gegen Systeme, Institutionen und Konzerne nicht nur Schutzinstrumente liefern, sondern die es ermöglichen, die sozialen Strukturen selbst in Streit zu stellen.

1.3 „Was? Woraus?“ – Von der Unabhängigkeit zur *Abhängigkeit* der Rechte

„Freiheit ist immer Freiheit der Andersdenkenden.
Nicht wegen des Fanatismus der ‚Gerechtigkeit‘,
sondern weil all das Belebende, Heilsame und Reinigende
der politischen Freiheit an diesem Wesen hängt
und seine Wirkung versagt, wenn die ‚Freiheit‘ zum Privilegium wird.“
Rosa Luxemburg⁷⁶

An die Stelle eines bilateralen Statusverhältnisses vorsozialer Subjekte treten in einem solchen Modell komplexe Sozialbeziehungen. Die entscheidende Frage ist dann, wie die sozialen Autonomiesphären zueinander in Beziehung zu setzen sind.

In gängigen Konzeptionen der Grundrechtsdogmatik liegt die Funktion der Rechte darin, autonome Lebensbereiche herzustellen und gesellschaftliche Freiheit vor staatlichen Interventionen zu schützen. Rechte schaffen aber nicht autonome Kommunikationsstrukturen, die gegeneinander abzudichten sind, sondern sind auf Gefährdungen angesetzt, „*die aus den Systemtrennungen und den*

⁷⁵ Ausf. Andreas Fischer-Lescano, Der Kampf um die Internetverfassung, JZ 69 (2014), S. 965 ff.

⁷⁶ Rosa Luxemburg, Zur russischen Revolution, GW 4, Berlin 1974, S. 332 ff. (359, Anm. 3).

*damit verbundenen wechselseitigen Abhängigkeiten entstehen.*⁷⁷ Auch an diesem Punkt konvergieren Luhmanns systemtheoretische Analyse und Christoph Menkes Kritik der Rechte. Auch in Menkes Konzeption wird der Dualismus privat/öffentlich aufgebrochen und durch ein Arrangement von miteinander verwobenen Sozialautonomien ersetzt, in denen es vor allem darum geht, dass das Recht neue Formen der Teilnahme im Sozialen gewährleistet: Gegenrechte demokratisieren die Sozialität, indem sie in der Sphäre der Politik (politische Gegenrechte) und auch in den anderen Sozialsphären (soziale Gegenrechte) neuartige Entscheidungsstrukturen schaffen, die zur Teilnahme berechtigen und zugleich die Nichtteilnahme der Alterität in der Teilnahme ermöglichen.

Das „was“ des Rechts zielt daher nicht auf Autonomiegewährleistung, nicht auf eine Freiheit „von“, sondern auf die Regulierung von Abhängigkeiten und die Organisation eines Prozesses der Herstellung einer solchen Alteritätsorientierung. Nicht privat und öffentlich, Gesellschaft und Staat oder Individuen und Gemeinschaft werden miteinander verknüpft, sondern die segmentären und institutionellen Sozialautonomien werden untereinander und im Verhältnis zu den menschlichen und natürlichen Umwelten relationiert. Abstrakter: Rechte schützen nicht kontextlose Identität, sondern gewährleisten das differenzielle Zusammenwirken im rechtlich organisierten Entscheidungsprozess.

1.3.1 Transformationen der Rechtsgewalt

Ziel das subjektive Recht auf Subjektermächtigung zur (staatlich mediatisierten) Rechtsetzung (Verträge und allgemeine Gesetzgebung), gerichtlichen Rechtsverfolgung (*actio*) und exekutiven Durchsetzung (vertragliche und staatliche Sanktionsbewehrung von Rechtsbrüchen), errichtet das subjektlose Recht die Ordnung von Prozessen, die es ermöglichen, menschliche Kräfte freizusetzen und die intersegmentären und institutionellen Entscheidungsbetriebe zu demokratisieren und auf die Alterität zu verpflichten. Ziel ist es, die Rechtsgewalten selbst zu transformieren und die jurisgenerativen Kräfte nicht staatlich zu monopolisieren.

Am deutlichsten wird das im Hinblick auf die Prozesse der Rechtsetzung. Schon im Paradigma des subjektiven Rechts haben anspruchsvolle Ansätze herausgearbeitet, dass das subjektive Recht eine Rechtsetzungsbefugnis impliziert⁷⁸ und „Normkomplexe“ generiert.⁷⁹ Die sich in den jeweiligen Autonomiebereichen bildenden Normkomplexe existieren aber nicht etwa, wie die klassische Dogmatik es konzipiert, in Unabhängigkeit von anderen Autonomiebereichen, sondern sind in wechselseitige Abhängigkeiten eingebunden. Politische Gestaltung und soziale Selbstorganisation, private Standardsetzung und öffentliche Skandalisierung sind miteinander verwoben, verweisen wechselseitig aufeinander, kollidieren miteinander usw. Die Rechtsetzungsdimension der in den subjektlosen Rechten gebündelten Normkomplexe zu betonen, bedeutet daher nicht, konkrete Ordnungsmuster von politischer Gestaltung auszunehmen. Es geht vielmehr darum, Prozesse institutioneller Selbstreflexion freizusetzen, die die Autonomiebereiche mit ihrem anderen konstitutiv verknüpfen, ihre sozialverträglichen Energien freisetzen, zugleich aber ihr Destruktionspotential eindämmen. Die Formen dafür sind abhängig von den jeweiligen Sphären. Demokratisches Entscheiden in der Wissenschaft folgt anderen Regeln als im Arbeitskampf.

Aber auch die Aufgabe der Judikative wird transformiert: Rechtsgewährleistung realisiert sich nicht in der autoritativen richterlichen Entscheidung über konfligierende Grundwerte, sondern über die Ermöglichung von gesellschaftlichen Prozessen, in denen über die Relationierungen von

⁷⁷ Luhmann (Fn. 9), 72, Hervorhebung im Original.

⁷⁸ Ausf. Eugen Buchner, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, S. 55 ff.

⁷⁹ Kelsen (Fn. 27), 493.

menschlichen, gesellschaftlichen/sozialen/institutionellen und ökologischen Sphären zu streiten ist. In einem solch prozeduralen Paradigma geht es in erster Linie darum, die Entscheidungsprozesse so zu gestalten, dass in ihnen das jeweils Logosfremde zum Ausdruck kommen kann: In der Transformation von Grund (Urteilsform), Inhalt (Teilnahme) und Regierungsweise (Prozessermöglichung) der Rechte ändern sich die Modi der Jurisgeneration.

1.3.2 *actio socialis*

Die größten praktischen Schwierigkeiten für die Rechtsdogmatik dürfte es hierbei im Hinblick auf die Transformation der gerichtlichen Durchsetzungsregeln der subjektlosen Rechte geben. Zwar gibt es eine ganze Reihe von entgegenkommenden Instituten der Rechtspraxis: die objektiven Rechtsschutzverfahren der abstrakten Normenkontrolle und die *actio popularis* in Art. 98 Satz 4 der Verfassung des Freistaates Bayern, die nicht an die Rüge eigener Rechtsverletzung gebunden ist, sondern Züge eines abstrakten Normenkontrollverfahrens hat, wären hier zu nennen; genauso wie die Verbandsklage, wie Kollektivbeschwerdemechanismen beispielsweise in Kap. D der revESC und die Bemühungen im Völkerstrafrecht, der transsubjektiven Dimension von Makrodelinquenz durch Gruppenrechte Betroffener Rechnung zu tragen.⁸⁰ Auch an sog. Sammelklagen ist zu denken. Zu diesen wird im deutschen Recht gerade der Entwurf eines Musterfeststellungsklagegesetzes erarbeitet, der neben Verbraucherverbänden i.S.d. § 3 Nr. 1 UKlaG auch Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern Musterklagemöglichkeiten ermöglichen soll. Das bliebe zwar noch weit (zu weit) hinter den Modellen einer class action zurück, wäre aber ein begrüßenswerter Schritt zur Ablösung des subjektiven Paradigmas, der freilich im Hinblick auf advokatorische, prokuratorische, kollektive und strategische Prozessführung noch weiterzuentwickeln ist, um die gerichtliche Durchsetzung subjektloser Rechte über eine *actio socialis* adäquat zu ermöglichen und die transformatorischen Kräfte freizusetzen.

Wie schwer sich gerade die deutsche Rechtsordnung mit der Ablösung der subjektivrechtlich geprägten Klagebefugnis tut, kann man an den Diskussionen um die Arhus-Konvention sehen, wo im deutschen Recht eine transsubjektive Regelung subjektiviert und beispielsweise die Verbandsklage völker- und unionsrechtswidrig drittschutzakzessorisch interpretiert wird.⁸¹ Insofern ist bei der Konturierung eines subjektlosen Rechtebegriffs mit Widerstand zu rechnen. Dabei wäre es dogmatisch ein Leichtes, die Transsubjektivität auch unter den gegebenen Prozessordnungen anzuwenden und damit den Gedanken, dass die/der Einzelne letztlich „Funktionär der Rechtsordnung“⁸² ist, zur Geltung zu bringen, indem man den Begriff der „eigenen Rechte“ bzw. der „subjektiven Rechte“, wie sie insbesondere die § 42 VwGO, Art. 91 GG, Art. 34 EMRK usw. für Klagen und Beschwerdeverfahren verlangen, breit interpretiert und das Eingedenken des Rechts der Anderen im eigenen Recht unter die Konzeption „eigener Rechtsverletzung“ fasst, also altruistische, prozessstandschaftliche und prokuratorische Prozessinitiierungen schon durch eine Neuinterpretation bestehender Prozessregeln gewährleistet.

Behauptungen, dass eine judikative Einführung „überindividueller Klagebefugnisse“ ausgeschlossen sei,⁸³ verkennen, dass die bestehenden Prozessordnungen die transsubjektive Dimension der Rechte durchaus auch ohne gesetzgeberisches Tätigwerden aufnehmen und Dimensionen der Durchsetzung

⁸⁰ Zu letzterem siehe Elisa Hoven, Ideal und Wirklichkeit der Opferbeteiligung im Völkerstrafverfahren, ZIS (2014), 679 ff.

⁸¹ Hierzu Claudio Franzus, Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts. Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Umwelt- und Planungsrecht (UPR) 2016, S. 281 ff.

⁸² Siehe die Formulierung bei Ludwig Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, in: Tübinger Juristenfakultät (Hg.), *Summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, S. 145 ff. (159).

⁸³ Sabine Schlacke, in: Gärditz, VwGO, Köln 2013, nach § 42 „Überindividueller Rechtsschutz“ Rn. 19.

subjektloser Rechte integrieren können. So kritisiert beispielsweise Eberhard Schmidt-Aßmann zu Recht, dass das subjektive Recht bislang „zu erratisch interpretiert worden ist“ und schlägt eine Weiterentwicklung vor, „um die Verbindungen und gegenseitigen Überlagerungen öffentlicher und privater Interessen richtig zu erfassen“.⁸⁴ In völkerrechtlichen Konzepten von *erga omnes*-Pflichten, die nicht *inter partes*, sondern absolut berechtigen und ein *ius standi* eröffnen (siehe Art. 42 lit. b) (i) ASR), findet dieser Gedanke eine Entsprechung.⁸⁵

Versteht man individuelle und soziale Freiheit nicht als den Grund der Rechte, sondern als Effekt eines institutionellen Reflexionsprozesses, wird es allerdings nicht ausreichen, individuelle Rechte mit Gemeinwohlbelangen, die als aggregierte Individualinteressen konzipiert werden,⁸⁶ zu verknüpfen. Die Idee aggregierter Gesamtinteressen von Individuen verfängt sich im Arrow-Paradoxon, nach dem eine konstante Aggregation gerade nicht möglich ist. Das Ganze ist nicht die Summe seiner Teile, sondern ein *Aliud*.⁸⁷ Zudem bleibt der Dualismus private Interessen/Gemeinwohl dem überkommenden Denken im Trennungsschema privat/öffentlich zu sehr verhaftet. Er kann über den Begriff des „Gemeinwohls“ weder die polyzentrischen sozialen Sphären noch die damit verbundenen nationalen, supranationalen und internationalen Governancefelder und Rechtsordnungen aufnehmen.

Daher wird an den systemischen, menschlichen und ökologischen Autonomiesphären selbst anzusetzen sein, wird man deren je autonomen (und nicht abgeleiteten, aggregierten etc.) Regelmäßigkeiten sozial rekonstruieren und sie jeweils so relationieren müssen, dass die Alterität – vielschichtig und offen, wie sie ist und wie sie sich Festlegungen als „Gemeinwohl“ entzieht“ – im Entscheidungsprozess Stimme erhält und der Privatismus der Rechte abgelöst wird. Selbst Verbandsklagen und *class actions* als Modelle der aggregierten Partialinteressendurchsetzung gehen hier letztlich nicht weit genug, wenn sie am Verhältnis von Verkäufer_innen und Käufer_innen (Verbraucher_innenklage) oder von Produktionsmittelbesitzenden und Arbeiter_innen (Kollektivbeschwerden im Arbeitsrecht) aufsetzen, ohne dieses Verhältnis selbst in Frage zu stellen, wenn sie es nicht ermöglichen, dass die sozialen Voraussetzungen gesellschaftlicher Ungleichheit transformiert werden können. Partikularistische Rechtsgewährleistung auf die Ordnung eines politischen Prozesses umzustellen, der es letztlich ermöglicht, dass die gesellschaftlichen Verhältnisse demokratischer Transformation unterliegen – das ist das Ziel.

2 Ausgestaltung der Interlegalitäten

⁸⁴ Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen 2013, S. 113; zu einer solchen Überlagerung im Völkerrecht siehe IGH, Urteil v. 27.6.2001, I.C.J. Reports 2001, S. 446 ff. § 77, nach dem die Norm des Art. 36 I lit. b) WÜK (konsularische Unterrichtungspflichten bei Strafverfahren gegen Ausländer) neben einer kollektiven (Schutz der Personalhoheit des Staates) auch eine individuelle (Schutz der festgenommenen Person) Berechtigungsdimension hat, ein Individualrecht, das im Wege des diplomatischen Schutzes vor dem IGH geltend gemacht werden könne.

⁸⁵ Das Konzept der *erga omnes*-Pflichten hat der IGH im Barcelona Traction-Fall (Belg. v. Spain) als Pflichten „gegenüber der Internationalen Gemeinschaft als solcher“ entwickelt (I.C.J. Reports 1970, S. 32 Rn. 33); zuletzt hat er auch Gruppenrechte darunter gefasst, diese explizit auf das *ius standi* bezogen und in seinem Urteil vom 20. Juli 2012 im Fall Questions Concerning the Obligation to Prosecute or Extradite (Belg. v. Sen.) festgestellt: „That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties “have a legal interest” in the protection of the rights involved (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as “obligations erga omnes partes” in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case“ (IGH, ebd., Rn. 68).

⁸⁶ Schmidt-Aßmann, ebd., S. 113; siehe auch Julian Krüper, *Gemeinwohl im Prozess. Elemente eines funktionalen subjektiven Rechts auf Umweltvorsorge*, Berlin 2009, S. 212 ff.

⁸⁷ Kenneth Arrow, *Values and Collective Decision Making*, in: Larlett/Runciman (Hg.), *Philosophy, Politics, and Society*, New York 1967, S. 215 ff.

Ermächtigung-, Verpflichtung- und Relationierungsweise des Rechts vom subjektiven Recht auf ein Recht der subjektlosen Rechte umzustellen, führt letztlich zu einer Form des Rechts, die Christoph Menke „mimetisches Recht“ nennt: „denn Mimesis heißt, sich dem Anderen ähnlich zu machen, um das andere sich unähnlich zu machen“.⁸⁸ Das Recht, anders gesagt, stellt sich dann nicht einfach nur resorbierend auf das Nichtrecht ein, sondern es verändert, was es berechtigt, es transformiert die gesellschaftlichen Verhältnisse. Statt die Kräfte der vorgeblichen Natürlichkeit natürlicher oder sozialer Personen lediglich nachzuzeichnen, verändert das mimetische Recht sich, um das Nichtrecht zu verändern.

Wo aber kann eine solche Form der Rechtsgewährleistung anknüpfen? Ich möchte die potentiellen Anschlüsse im Folgenden an drei aktuellen Beispielen skizzieren und insofern einerseits je ein Beispiel aus den drei o. g. Koevolutionsbeziehungen der Rechte (1. Menschen; 2. Ökologie und 3. Institutionen) mit je einer der drei Wirkungsweisen der Rechte (1. Ermächtigung; 2. Verpflichtung und 3. Relationierung) kombinieren, was zu den folgenden drei Fallbeispielen, d. h. (1.) der Ermächtigung durch Rechte (Beispiel der Menschenrechte), (2.) der Verpflichtung durch Rechte (Beispiel ökologischer Rechte) und schließlich (3.) der Relationierung (Beispiel systemischer/institutioneller Rechte) führt.

2.1 Ermächtigung: Transnationales Haftungsrecht bei Menschenrechtsverletzungen

In zahlreichen Verfahren haben Betroffene gegen die Bundesrepublik Deutschland Schadensersatzforderungen nach schweren Völkerrechtsverletzungen eingeklagt. Das betrifft u. a. Verfahren, die jüdische Opfer des Nationalsozialismus in den USA initiiert haben und die zur Gründung der Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft" geführt haben; Verfahren italienischer und griechischer Opfer, die in Italien und in Griechenland mit Urteilen gegen Deutschland beendet wurden – und von der Bundesrepublik in einem Verfahren vor dem IGH mit Erfolg wegen eines Verstoßes gegen den Souveränitätsgrundsatz angegriffen worden sind, was wiederum in Italien dazu geführt hat, dass sich das Verfassungsgericht gegen den IGH stellte.⁸⁹ Neuerliche Bemühungen der Herero vor US-amerikanischen Gerichten Schadensersatz gegen die Bundesrepublik wegen des Verbrechens des Völkermords einzuklagen,⁹⁰ gehören genauso in diesen Zusammenhang wie die Entschädigungsforderungen der Opfer des Bombardements in Kunduz.

2.1.1 Mediatisierung des Individuums

Während im Bereich der Primärberechtigung weitgehend entschieden ist, dass der Grundsatz der Mediatisierung des „Menschen“ im Völkerrecht da durchbrochen wird, wo institutionalisierte Durchsetzungsverfahren eingerichtet sind, in denen Menschenrechte eingeklagt werden können, ist die Lage im Hinblick auf Sekundäransprüche wie Schadensersatz bei erlittenen Verletzungen des

⁸⁸ Menke (Fn. 7), 477, Fn. 12.

⁸⁹ Das Urteil des Italienischen Verfassungsgerichtshofs vom 22. Oktober 2014, Az. 238/2014 ist auszugsweise dokumentiert in KJ 2015, S. 202 ff. m. Anm. Fischer-Lescano, ebd., S. 218 ff.

⁹⁰ U.S. District Court, Southern District of New York, Civ. No. 17-0062, Rukooro u.a. ./ Bundesrepublik Deutschland, Class Action v. 05.01.2017.

Kriegsvölkerrechts (humanitäres Völkerrecht) und der Menschenrechte ungeklärt.⁹¹

Regierungsorientierte Stimmen in der Völkerrechtsliteratur warnen regelmäßig vor den systemischen Schwierigkeiten solcher Individualisierungsbemühungen im internationalen Recht.⁹² In seinem – mittlerweile mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffenen – Urteil zu den Schadensersatzansprüchen im Fall Kunduz hat der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang Entschädigungsansprüchen in Deutschland eine deutliche Absage erteilt. Amtshaftungsansprüche aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG kämen nicht in Betracht. Schon die Argumentation des BGH, dass der Amtshaftungsanspruch bei Kriegsgeschehen nicht einschlägig sei, ist kritikwürdig. Im vorliegenden Zusammenhang interessanter ist aber, mit welcher Begründung der BGH individuellen Entschädigungsrechten völkerrechtlicher Provenienz eine Absage erteilt hat:

Es gibt nach wie vor keine allgemeine Regel des Völkerrechts, nach der dem Einzelnen bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht ein Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung zusteht. Ungeachtet der – stetig fortschreitenden – Entwicklungen auf der Ebene des Menschenrechtsschutzes, die zur Anerkennung einer *partiellen Völkerrechtssubjektivität des Einzelnen sowie zur Etablierung vertraglicher Individualbeschwerdeverfahren geführt haben, ist eine vergleichbare Entwicklung im Bereich der Sekundäransprüche nicht nachzuweisen [...] Dem Einzelnen steht insoweit gegenüber seinem Heimatstaat ein subjektiver Anspruch auf fehlerfreie Ermessenausübung zu.*⁹³

Da „dem Einzelnen“ zwar auf der Primärebene „partielle Völkerrechtssubjektivität“ zukomme, es einer solchen aber bei den Entschädigungsansprüchen ermangele, fehle es ihm diesbzgl. auch an einem subjektiven Durchsetzungsrecht. Die Betroffenen haben nur einen sekundärrechtlichen „Anspruch“⁹⁴ gegen ihren Herkunftsmitgliedstaat (in diesem Fall Afghanistan) auf ermessensfehlerhafte Entscheidung darüber, ob ein zwischenstaatlicher Entschädigungsanspruch Afghanistans gegenüber der Bundesrepublik im Wege des diplomatischen Schutzes geltend gemacht wird. Das ist das *ius inter nationes* des 17. Jahrhunderts verlängert in die Gegenwart. Der BGH schlussfolgert aus der mangelnden (vollen) Völkerrechtssubjektivität des Individuums, dass ein Sekundäranspruch nicht bestehe. Sekundäransprüche aus Völkerrecht hätten nur Subjekte; das Individuum sei kein volles Völkerrechtssubjekt, also habe es keinen Anspruch. Der BGH „naturalisiert“ die Völkerrechtsordnung zu einer Staatenordnung.

Der Schluss vom Nicht-Subjekt aufs Nicht-Recht ist ganz offensichtlich ein zirkuläres Manöver, denn Rechte hat man nicht, weil man Subjekt ist, sondern Subjekt ist man, weil man Rechte hat. Die Frage der „Rechtssubjektivität“ ist ein viel zu grobes Instrument, um Feinheiten wie die der Schadensersatzansprüche bei Völkerrechtsverletzungen zu beantworten. Denn tatsächlich geht es um komplizierte Regelungen der Immunität, der Verantwortungsattribution, der kriegsrechtlich gebotenen Sorgfalt, der Gestaltungsfreiheit von Friedensverträgen etc. Diese Fragen unter dem Gesichtspunkt der „Völkerrechtssubjektivität“ zu diskutieren, wie der BGH es tut, ist nicht nur tatsächlich ein Skandal, weil die Opfer rechtlos bleiben, es ist in argumentativer Hinsicht auch zu undifferenziert.

⁹¹ Ausf. Andreas Fischer-Lescano, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln. Die Individualrechte auf Entschädigung und effektiven Rechtsschutz bei Verletzungen des Völkerrechts, *Archiv des Völkerrechts* 45 (2007), S. 299 ff.

⁹² Christian Tomuschat, *State Responsibility and the individual Right to Compensation before national Courts*, in: *The Oxford Handbook of international Law in armed Conflict*, Oxford 2014, S. 811 ff. (811).

⁹³ BGH, Urt. v. 6. 10. 2016 – III ZR 140/15: Rn 17, meine Hervorhebung.

⁹⁴ Der BGH schweigt sich zum Grund dieses Anspruchs aus. Einen Cross-Over-Anspruch aus afghanisch-deutschem Verwaltungsrecht wird er kaum im Sinn haben. Sofern er den Bescheidungs-Anspruch als Sekundäranspruch aus Völkerrecht begreift (ob es einen solchen Anspruch gibt, ist streitig, siehe Vasileios Pergantis, *Towards a ‚Humanization‘ of Diplomatic Protection*, *ZaöRV* 66 [2007], S. 351 ff.), widerspricht der Senat der eigenen These, dass es Sekundäransprüche von Individuen nach Völkerrecht mangels Völkerrechtssubjektivitäten der Individuen nicht gebe.

2.1.2 Funktionen des transnationalen Haftungsrechts

Das Haftungsrecht kann ein wirksames Mittel sein, um Menschenrechte zu effektuieren. Es hat eine präventive Funktion,⁹⁵ es kann differenzierter als das Völkerstrafrecht eingesetzt werden und hat bei entsprechender Ausgestaltung das Potential, die sozioökonomische Situation der Betroffenen nachhaltig zu modifizieren. Kompensationsverfahren können wegen des sanktionierenden Elements auch eine erwartungsstabilisierende Funktion haben, was angesichts der Unterinstitutionalisierung weiter Teile gerade des humanitären Völkerrechts nicht zu unterschätzen ist. Einen Bestand an nichtdispositiven Regeln zu formulieren, auf die auch in Friedensverträgen und in Stiftungslösungen nicht verzichtet werden darf, sowie Inklusionsnormen zu generieren, wer an solchen Prozessen zu beteiligen ist, sind zentrale Herausforderungen, die mit der Logik des Völkerrechts brechen, nach der $2+4=0$ ergibt, wenn in (2+4)-Verträgen der beiden deutschen Staaten mit den vier Siegermächten Ansprüche beispielsweise italienischer und griechischer Opfer des Nationalsozialismus ausgeschlossen werden sollen. Ein transnationales Entschädigungsrecht, das seinen Namen verdient, ist inklusiv, differenziert zwischen Eigentumsverletzungen (Reparationsfragen) und *Menschenrechtsverletzungen*, formuliert bei letzteren (insbesondere bei den grave breaches des humanitären Völkerrechts, Art. 146 GA IV) Unverfügbarkeiten, die auch für staatliche Rechtsetzung gelten und berechtigt umfassend.

Dabei sind allerdings individuelle Entschädigungsansprüche, die nur einzelne Opfer subjektiv berechtigen (und andere Opfergruppen exkludieren) und an den Entscheidungsprozessen selbst nichts ändern, Teil des Problems. Sie privilegieren einzelne Opfergruppen und Errichten ein Liquidationsregime, das neue Ungleichheiten schafft, ohne die sozio-ökonomische Situation der Betroffenen und die Bedrohungslage in der Region nachhaltig zu ändern.

Individualansprüche auf Schadensersatz drohen die Differenz von Handelnden und Leidenden zu perpetuieren und ein internationales *Commercium* einzurichten, in dem die Leidenden für ihr Leiden Anerkennung (Kompensation, symbolische Unterstützung in Strafprozessen) erfahren,⁹⁶ die gesellschaftlichen Bedingungen der Differenz von Handelnden und Leidenden aber – wie so oft in den Diskursen zur *transitional justice*⁹⁷ – nicht hinterfragt und die gesellschaftliche Situation nicht verändert wird.

2.1.3 Politisierung des transnationalen Kompensationsrechts

Überschreitet man den Horizont der Täter-Opfer-Beziehung, im Rahmen derer die Haftungsfrage sich stellt, fällt auf, wie selektiv die völkerrechtliche Literatur die in der Haftungsfrage virulent werdenden Interesse rezipiert. So wird die *quaestio iuris* auf eine Kollision zwischenstaatlicher Interessen reduziert:

Some formula has to be found which, on the one hand, permits the injured nations to obtain reparation, but which, on the other hand, permits the debtor nation to survive and thereby also to generate the financial means needed for the reconstruction programmes of the victim nations.⁹⁸

Betroffenengruppen kommen in diesen Vorschlägen – die im Übrigen allgemeine Reparationen und Entschädigungen bei Verletzungen körperlicher Integrität vorschnell in eins setzen – nicht vor, sie

⁹⁵ Zur Präventivfunktion und dem gesellschaftlichen Lernprozess durch die Diskussion über die Gestaltung und Durchsetzung des Haftungsrechts siehe Gert Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts*, Baden-Baden 1999, S. 3 f. und 31 f.

⁹⁶ Zum *commercium* bei Kant siehe Menke (Fn. 7), 351.

⁹⁷ Siehe die Kritik bei Hannah Franzki, *Criminal Trials, Economic Dimensions of State Crime, and the Politics of Time in International Criminal Law*, Diss. London 2017.

⁹⁸ Tomuschat (Fn. 92), 826.

werden staatlich mediatisiert. Solange das Aushandeln der Derogierbarkeit von Entschädigungsansprüchen aber (demokratisch oder nicht demokratisch legitimierten, hier ist das Völkerrecht blind) Staatenvertreter_innen überlassen bleibt, wirken solche Verträge „zu Lasten Dritter“, nämlich konkret zu Lasten der durch Kriegsunrecht betroffenen Menschen.

Der Kampf um ein völkerrechtliches Kompensationsrecht hat genau dies zum Ausgangspunkt und Anliegen: die Entscheidungsstruktur zu verändern und Rechtspersonen jenseits der staatlichen Völkerrechtssubjekte zu ermächtigen, um in einen politischen Prozess einzutreten, in dem es nur vordergründig um Schadensersatzansprüche geht, tatsächlich aber um eine neue Entscheidungskonfiguration, in der das Unrecht des Krieges gebrandmarkt, in der die Grausamkeit publik und das Leiden spürbar wird. Das Ziel der transnational initiierten Prozesse, die vor dem EGMR genauso wie vor nationalen Gerichten der Tatortstaaten gegen Täterstaaten, vor US-amerikanischen Gerichten nach dem Grundsatz der universal jurisdiction oder auch zivilgesellschaftlich eingerichteten Tribunalen geführt werden,⁹⁹ reduziert sich denn auch nicht auf Unrechtshaftung und individuelle Schadenswiedergutmachung. Vielmehr geht es darum, die Betroffenen mit Gegenrechten auszustatten, die sich gegen realpolitische Selbstanmaßungen,¹⁰⁰ gegen „den Herrenbegriff des Werteschaffens, des Sichbestimmens, Urteilens und Regierens selbst“ richten, die Passivität des Leidens politisieren¹⁰¹ und die Teilnahme an den Normierungsprozessen ermöglicht: Was ist ein legitimes militärisches Ziel? Was sind die Grenzen im globalen Drohnenkrieg? Wie muss eine humane Flüchtlingspolitik ausgestaltet sein? – Diese Fragen sind existentiell zu bedeutsam, als dass sie den transnational vernetzten Exekutivapparaten¹⁰² zur exklusiven Regulierung überlassen werden könnten.

Die Notwendigkeit der Berücksichtigung der „Unfähigkeit zur Sprache, zum Logos, in der Regierung“¹⁰³ fordert eine Neukonfiguration des Politischen. Vor diesem Hintergrund konstatieren moderne Völkerrechtsansätze auch anders als der BGH eine umfassende Völkerrechtssubjektivität des Menschen:

Die nicht rein auf dem Staatenkonsens basierende Rechtsstellung des Einzelnen im Völkerrecht wird durch den neuen Begriff des subjektiven internationalen Rechts auf den Punkt gebracht. Das subjektive internationale Recht soll als Chiffre für die in einem ethischen und dogmatischen Sinne *primäre* Völkerrechtspersönlichkeit des Menschen stehen.¹⁰⁴

Das ist unter der Ägide der gängigen Völkerrechtspraxis eine konsequente Zusammenführung vorhandener Individualrechte im Transnationalen. Auch wenn dieser Ansatz dem Paradigma des „subjektiven Rechts“ verhaftet bleibt, ist er aber doch ein erster Schritt, um die Exklusivität der Völkerrechtssubjektivität von Staaten in der Weltgesellschaft zu durchbrechen.

2.1.4 Berechtigungsformen jenseits des Subjektes

⁹⁹ Sonja Buckel, Feministische Erfolge im transnationalen Recht: Die juristische Aufarbeitung des japanischen Systems sexueller Sklaverei, *Leviathan* 36 (2008), S. 54 ff.

¹⁰⁰ Paradigmatisch Henry Kissinger, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, *Foreign Affairs* 80 (2001), S. 86 ff.: „The role of the statesman is to choose the best option when seeking to advance peace and justice, realizing that there is frequently a tension between the two and that any reconciliation is likely to be partial.“

¹⁰¹ Menke (Fn. 7), 370 und 373.

¹⁰² Siehe hierzu bereits die Kritik von Albert Camus, *Internationale Demokratie und internationale Diktatur*, in: ders., *Unter dem Zeichen der Freiheit*, Hamburg 1993, S. 218 ff. (221): „Es ist in der Tat ein internationales Recht in Vorbereitung. Aber dieses Recht wird von Regierungen, das heißt von der Exekutive, auf- bzw. abgebaut. Damit befinden wir uns unter der Herrschaft einer internationalen Diktatur.“

¹⁰³ Menke (Fn. 7), 387.

¹⁰⁴ Anne Peters, *Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, Tübingen 2014, S. 469, Hervorhebung i.O.

Das Ziel dieser Entwicklung darf freilich nicht ein passivierendes „subjektives internationales Individualrecht“ sein, sondern muss in der Ermächtigung von Betroffenen liegen: Als Agenten der Transformation, so wie Gayatri Chakravorty Spivak¹⁰⁵ und Boaventura de Souza Santos¹⁰⁶ die Akteure im globalen Rechtssetzungsprozess „von unten“ einsetzen, ändern sie den Prozess der Entscheidungsfindung, um letztlich die Unmenschlichkeit der Ordnung in der Ordnung selbst zur Sprache bringen zu können.

Die Komplizität von Global Governance und globaler „Zivilgesellschaft“ in Prozessen des „top-down human rights enforcement“ wird letztlich nur dann aufgebrochen, wenn die Subalternen, die durch „class apartheid“ ausgegrenzten „rural poor“, der globalen Peripherien nicht lediglich mit subjektiven Abwehrrechten und gönnerhaften *ex gratia*-Zahlungen (nach Landessitte und ohne Anerkennung internationaler Rechtspflichten)¹⁰⁷ abgespeist werden, sondern wenn sie Teilnehmende werden sie selbst Stimme erhalten, die erzieherische Kraft der Menschenrechte gerade von ihnen ausgeht und nicht imperial oktroyiert wird.¹⁰⁸

Dabei ist wichtig zu sehen, dass es nicht hinreicht, schlicht das Konzept der Völkerrechtssubjektivität für nichtstaatliche Akteure – in diesem Fall: Menschen – zu erweitern, sondern dass es darum geht, Sozialisationsformen jenseits des vereinzelteten Subjektes zu stärken und dadurch die Weise der Berechtigung zu verändern: Nicht Berechtigung einheitlicher Rechtssubjekte – seien es Staaten oder Individualpersonen –, sondern Ermöglichung von politischen Prozessen. In diesem Sinne beschränkte sich auch Hannah Arendts Forderung anlässlich der Flüchtlingskatastrophe nicht auf das *Petition* neuer Subjektivrechte für Flüchtlinge, sondern beinhaltete eine politisierende Bewegung. Um zu verhindern, dass man „Menschen aus der Menschheit herausschleudern kann“, bedürfe es nicht der Individualrechte, sondern *sozialer Beziehungen*,¹⁰⁹ d. h. neue Formen des Politischen, die sich der den Exkludierten und Vergessenen annehmen.

Subjektive Kompensationsrechte im internationalen Recht zu gewähren, können daher nur ein erster Schritt auf dem Weg sein, die von Menschenrechtsverletzungen Betroffenen in die transnationalen sozialen Beziehungen einzubeziehen, sie mit Partizipationsrechten auszustatten und zugleich dafür Sorge zu tragen, dass Kompensationszahlungen nicht durch vorschnelle Subjektivierungen neue Verteilungungerechtigkeiten evozieren.¹¹⁰

2.2 Verpflichtung: Transnationale Umweltpflichten von Unternehmen

¹⁰⁵ Gayatri Chakravorty Spivak, *Righting Wrongs*, *The South Atlantic Quarterly* 103 (2/3) (2004), S. 523 ff.

¹⁰⁶ Boaventura de Sousa Santos/ César Rodríguez-Garavito, *Law, Politics and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalisation*, in: dies. (Hg.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge 2005, S. 1 ff.; Boaventura de Sousa Santos, *The law of the oppressed*, *Law & Society Review* 1977, S. 5 ff. ders., *Sociología jurídica crítica*, Madrid 2009, Kapitel 2, 4, 6, 7.

¹⁰⁷ Siehe u.a. die Kritik an dieser auch im Rahmen aktueller Militäreinsätze weitverbreiteten Entschädigungspraxis Marian Nash Leich, *Denial of Liability. Ex Gratia Compensation on a Humanitarian Basis*, *Am. J. Int'l L.* 83 (1989), S. 319 ff.

¹⁰⁸ Spivak (Fn. 105), 533 u. 575, Fn. 50.

¹⁰⁹ Hannah Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht*, in: Menke u.a. (Hg.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Berlin 2011, 394 ff. (402).

¹¹⁰ Neben einer Transformation der Beteiligungsstrukturen geht es hinsichtlich der Kompensationsleistungen auch darum, statt individueller Kapitalakkumulation über die Einrichtung von Haftungsfonds, Stiftungen usw. die soziale Verwendung Kompensationsleistungen zu ermöglichen.

Der US-Saatguthersteller Monsanto, dessen Übernahme dem Chemiekonzern Bayer rund 58 Mrd. Euro wert ist, hat eine weltweit führende Rolle auf dem Markt für Saatgut und Agrarchemikalien inne. Das Unternehmen ist seit seiner Gründung mit Vorwürfen im Zusammenhang mit dem Einsatz von PCB, Dioxin, gentechnisch veränderter Organismen und der Kommodifizierung des Saatguthandels konfrontiert.¹¹¹

2.2.1 Asymmetrische Judizialisierung

Sucht man nach institutionalisierten Verantwortlichkeitsstrukturen im transnationalen Recht, über die Menschen- und Umweltrechtsverletzungen des Unternehmens in Verfahren aufgearbeitet werden können, wird man kaum fündig. Unternehmen werden zwar in Freihandelsverträgen und den liberalen Menschenrechtspakten mit weitreichenden Eigentums- und Investitionsschutzgarantien ausgestattet, die sie jeweils mit Klagerechten als juristische Person gelten machen können. Es handelt sich aber um eine evident asymmetrische Judizialisierung, denn es ist strukturell weitgehend ausgeschlossen, dass Unternehmen auf der Beklagtenseite vor den Investitions- oder Menschenrechtsgerichtshöfen erscheinen müssen. Dass es eine direkte Bindung von Unternehmen an völkerrechtliche Rechtsätze des Menschen- und Umweltschutzes nicht gibt, ist für klassische Völkerrechtlicher ein Naturgesetz (wenn auch der Hinweis auf die „ganz h.M.“ auf dem Hegemonialseismograph deutliche Ausschläge produziert): *„Eine direkte Bindung von TNC an Menschenrechte scheitert daran, dass diese nach ganz h.M. keine Völkerrechtssubjekte sind“*.¹¹²

2.2.2 Monsanto-Tribunal

Die bestehenden Rechtslücken dieses naturalisierenden Völkerrechtsdiskurses, der die Rechtsverpflichtung mit der Subjekteigenschaft verbindet, zu schließen und über umweltrechtliche Verletzungen des Konzerns zu judizieren, ist das Ziel des zivilgesellschaftlich instaurierten „Monsanto-Tribunals“. Das Tribunal hat im Oktober 2016 in Den Haag mündliche Anhörungen durchgeführt und hat im April 2017 eine Advisory Opinion erstattet.¹¹³ Das Tribunal sieht sich in der Tradition der sog. Russell-Tribunale,¹¹⁴ wie seine Präsidentin Françoise Tulkens, die ehemalige Vizepräsidentin des EGMR, erläutert.¹¹⁵ Als zivilgesellschaftliches Gericht hat das Monsanto-Tribunal kein rechtsverbindliches Urteil erlassen, sondern nach umfangreichen Zeug_innen- und Expert_innenanhörungen ein Gutachten erstellt, dessen rechtliche Grundlagen unter anderem die Menschenrechtspakte, aber auch die UN Principles and Guidelines on Business and Human Rights sind und in dem auch geprüft wurde, ob Monsanto auch wegen eines sog. Ökozids, d. h. einer schwerwiegende Zerstörung des Ökosystems,¹¹⁶ zu belangen ist.¹¹⁷

Monsanto war zu dem Prozess geladen, hat sich aber der Beteiligung verweigert. Der Menschenrechtsausschuss (sic!) des Unternehmens hat dies in einem Offenen Brief an das Tribunal

¹¹¹ Statt aller Marie-Monique Robin, *Mit Gift und Genen. Wie der Biotech-Konzern Monsanto unsere Welt verändert*, München 2010.

¹¹² Andreas v. Arnould, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 624, meine Hervorhebung.

¹¹³ International Monsanto Tribunal, *Advisory Opinion*, Den Haag, 18.04.2017, abrufbar unter: <http://www.monsanto-tribunald.org>, zuletzt aufgerufen am 25.09.2017.

¹¹⁴ Zu gesellschaftlichen Gerichtsformen ausf. Arthur Jay Klinghoffer/Judith Apter Klinghoffer, *International Citizen's Tribunals: Mobilizing Public Opinion to Advance Human Rights*, Basingstoke, Hampshire UK 2002.

¹¹⁵ Rémi Barroux, *Quel est le contexte juridique du vrai-faux « procès » de Monsanto ?*, *Le Monde* 16.10.2016.

¹¹⁶ Zu diesem Delikte Polly Higgins, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Stop the Destruction of the Planet*, 2. Aufl., London 2015; Mark Allan Gray, *The international crime of ecocide*, *California Western International Law Journal* 26 (1996), S. 215 ff.

¹¹⁷ Freilich mit dem Ergebnis: *„If the crime of Ecocide were recognized in international criminal law – quod non for the time being –, the activities of Monsanto could possibly constitute a crime of ecocide [...]“* (International Monsanto Tribunal, Fn. 113, 47).

damit begründet, dass dem Tribunal die Unabhängigkeit fehle. Anders als die Völkerrechtsdoktrin es konzipiert, hat sich das Unternehmen sehr wohl auf völkerrechtlichen Menschenrechte und Umweltrechte selbstverpflichtet.¹¹⁸ Und so insistiert auch der Menschenrechtsausschuss von Monsanto:

Our company's human rights policy which has been in place for more than a decade is guided by the Universal Declaration of Human Rights, and the International Labor Organization's Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. The 'Protect, Respect and Remedy' framework of the U.N. Guiding Principles for Business and Human Rights is the basis for our on-going efforts to advance human rights.¹¹⁹

Das Beispiel Monsanto zeigt hierbei vor allem die Doppelzüngigkeit der zahlreichen globalen Initiativen, im Rahmen derer Unternehmen zwar blumige „freiwillige Selbstverpflichtungen“ auf Menschen- und Umweltrechte abgeben, die sich aber häufig lediglich in einem Merchandisingeffekt erschöpfen, weil es an wirksamen, extern vernetzten Verfahren fehlt, juristische Prüfungen vorzunehmen und Rechtspflichten durchzusetzen. Der Fall offenbart wie in einem Brennglas die oben skizzierten Defizite im transnationalen System der öffentlichen Rechte:

(1) Die Kollision der eigenrationalitätsmaximierenden Weltwirtschaft mit der natürlichen Umwelt wird ins Passepartout bilateraler Völkerrechtssubjektivität gepresst. Für das Problem ökologisch destruktiver Verhaltensformen durch nicht-staatliche Rechtspersonen gibt es in der völkerrechtlichen Praxis nur unzureichende Antworten. Die entsprechenden Rechtsfragen werden unter dem Rubrum der (partiellen) Völkerrechtssubjektivität verhandelt. Die hier zur Diskussion stehende Frage Umwelt-Unternehmen findet damit insgesamt in der Welt der Völkerrechtssubjekte keine Entsprechung. Die Umwelt hat keine Stimme und auch andere nichtstaatliche Personen werden in der Völkerrechtsordnung nur unzureichend widerspiegelt. Das betrifft Unternehmen genauso wie Internationale Organisationen, Netzwerke, gemeinsame Operationen, soziale Bewegungen, Kollektive etc.

(2) Auch über eine modifizierte Subjekttheorie, die nach dem internationalrechtlichen Charakter der Maßnahmen fragt, kommt man nicht an die entsprechenden Fragen heran. Zwar gelingt es mit solchen Theorien, die den staatlichen Delegationszusammenhängen nachspüren, einige der neuen Phänomene der Ausübung von öffentlicher Gewalt im transnationalen Raum habhaft zu werden: Memoranden of Understanding, PISA-Leitlinien, Entscheidungen von völkervertraglich eingerichteten Ausschüssen. Diese Antwort auf Deformalisierungsstrategien im Transnationalen, die auch die neuen öffentlichen Handlungsformen dem Völkerrecht unterstellt, setzt aber letztlich daran an, ob staatliche Hoheitsgewalt delegiert wurde. Das trifft auf IOs zu, ggf. auch auf Unternehmen mit staatlicher Beteiligung, nicht aber auf rein privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen wie Monsanto.

(3) Auch die beiden Ergänzungen zu diesen Herangehensweisen, die die Lücken schließen sollen – Erweiterung der staatlichen Schutzpflichten vs. rechtlich ungebundene unternehmerische Selbstorganisation –, rütteln nicht an den strukturellen Bindungsdefiziten. Diese resultieren daraus,

¹¹⁸ Monsanto ist Mitglied im UN Global Compact – der auch Umweltpflichten vorsieht – und der WBCSD, hat zahlreiche andere Initiativen mitunterzeichnet und 2006 eine eigene Human Rights Policy verabschiedet, die maßgebliche internationalrechtliche Texte und auch die selbstgegebenen Global Environmental Procedures in Bezug nimmt, siehe Monsanto, Human Rights Policy, 2006, abrufbar unter: <http://www.monsanto.com/whoware/pages/human-rights.aspx>, zuletzt aufgerufen am 12.01.2017.

¹¹⁹ Monsanto Human Rights Steering Committee, An open Letter, 2016, abrufbar unter:

<http://www.monsanto.com/newsviews/pages/monsanto-tribunal-hague-open-letter.aspx>, zuletzt aufgerufen am 11.01.2017.

dass es eine „partielle Völkerrechtssubjektivität“ – die berechtigt, aber nicht verpflichtet – nicht geben kann. Wenn Unternehmen völkerrechtlich berechtigt werden, dann ist der Dispens von Rechtspflichten keine natürliche Begebenheit, sondern eine Setzung,¹²⁰ die in diesem Fall auch allein deshalb nicht den Tatsachen entspricht, weil das Unternehmen im selbstgesetzten Recht eine Bindung an die Menschen- und Umweltrechte formuliert.

2.2.3 Prozedurale transsubjektive Pflichten als Pendent zu Gegenrechten

Freilich bleibt die Frage, in welchen Bahnen eine angemessene Menschen- und Umweltrechtsbindung von Unternehmen stattfinden kann. Jenseits der Regelungsalternative – Erstreckung staatsgerichteter Menschen- und Umweltrechtspflichten auf Unternehmen vs. *laissez faire* – geht es wie oben skizziert um die Entwicklung von Strukturen, die auch nichtstaatliche Rechtspersonen und solche Rechtspersonen, bei denen ein staatlicher Delegationszusammenhang nicht hergestellt werden kann, an Menschen- und Umweltrechte bindet und ihre Selbstbindungserklärungen ernst nimmt.¹²¹ Das geht freilich nicht im Wege der Übertragung der Statuslehre auf Unternehmen, sondern bedarf der institutionellen Anpassung, insbesondere der Verknüpfung von politisch und unternehmerisch gesetzten Verpflichtungen, der Kombination von Selbst- und Fremdkonstitutionalisierung.¹²²

Die Durchsetzung dieser Pflichten setzt eine angemessene Institutionalisierung voraus. Transparenzpflichten aufzuerlegen – wie es die EU-Transparenzrichtlinie im Hinblick auf „nichtfinanzielle Berichterstattung“ tut – reicht nicht, wenn es hierzu kein Follow Up gibt und eine Überprüfung, Kommentierung und öffentliche Diskussion über die Berichte nicht stattfindet.¹²³ Nur wenn ein solcher Diskussionsprozess in Gang gesetzt wird, können die nichtfinanziellen Berichtspflichten dazu beitragen, die Auswirkungen ökonomischer Geschäftstätigkeit auf Umwelt, Menschen und Sozialautonomen in die Auseinandersetzung um den Zweck eines Unternehmens einzubeziehen. Wie wichtig die rechtliche Gestaltung dieses Transformationsprozesses ist, zeigt sich auch am Widerstand gegen diese Transparenzregeln, die von Gesellschaftsrechtler_innen kritisiert werden, weil nicht hinreichend gesichert sei, „dass das Unternehmen nicht zu einer staatlich kontrollierten Gemeinwohlveranstaltung mutiert“.¹²⁴ Die Politisierung der Aktiengesellschaft von Innen durch Berichtspflichten, die wiederum durch subjektungebundene Prozessrechte – auch im Wege von Verbandsklagen usw. – durchgesetzt werden könnten,¹²⁵ wäre ein Weg, subjektlose Rechte als transformatorische Rechte auszugestalten, um die Funktion von Unternehmen, ja von Kapitalakkumulation als solcher, zu hinterfragen und letztlich auch die obszönen Ungleichheiten der Eigentumsverteilung in der Weltgesellschaft zu skandalisieren.

Zentral ist es, dass – wenn es um ökologische Integrität geht – auch die Umwelt in diesen Prozessen Stimme erhält.¹²⁶ Das betrifft die Durchsetzung – hierauf zielen Verbandsklagen etc. – genauso wie

¹²⁰ Menke (Fn. 7), 144: „Die liberale Selbstbegrenzung des Rechts ist immer schon über sich hinausgegangen. Sie tut mehr als sie sagt, und *setzt* – positiviert – das Nichtrechtliche.“

¹²¹ Johan Horst, Transnationale Rechtserzeugung. Elemente einer normativen Theorie der Lex Financiarum, Diss. Bremen 2017.

¹²² Ausf. Gunther Teubner, Eigenverfassungen globaler Institutionen: Transformationen des *pouvoir constituant*, in: Calliess (Hg.), Transnationales Recht, Tübingen 2014, S. 77 ff.

¹²³ Sebastian Eickenjäger, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, Diss. Bremen 2016.

¹²⁴ Wolfgang Schön, Der Zweck der Aktiengesellschaft – geprägt durch europäisches Gesellschaftsrecht?, ZHR 180 (2016), S. 279 ff. (285).

¹²⁵ Zu den haftungsrechtlichen Konsequenzen fehlerhafter CSR-Berichte instruktiv Sven Asmussen, Haftung für unwahre Aussagen über Nachhaltigkeitskodizes vor Abschluss eines Kaufvertrags, NJW 2017, S. 118 ff.; wider die unionsrechtlichen Impulse, die Aktionäre in die Überwachung der Unternehmen einzubinden und shareholder activism anzuregen siehe Peter Hommelhoff, Aktuelle Impulse aus dem europäischen Unternehmensrecht: Eine Herausforderung für Deutschland, NZG 2015, S. 1329 ff.

¹²⁶ Vgl. Bruno Latour, Das Parlament der Dinge: Naturpolitik, Frankfurt am Main 2001.

den politischen Prozess der Rechtsetzung.¹²⁷ Konzeptionen eines globalen Sozialvertrags mit der Natur, über die die Natur in das rechtliche Arrangement einbezogen werden soll,¹²⁸ sind dabei zu kontraktualistisch verfasst. Vielmehr geht es darum, eine Streit- und Konfliktkultur zu etablieren, „die neben menschlichen auch nichtmenschliche Akteure anerkennt und die mit Resistenz, Resilienz und Persistenz über drei verschiedene Konflikttypen verfügt“.¹²⁹

Die Rechtspflichten von Unternehmen, die durch Codes of Conduct, Standardsetzung und transnationale Vertragsnetzwerke im transnationalen Rahmen schon längst die Rolle von etc. „Co-Legislators“¹³⁰ eingenommen haben, sind prekär, weil sich die Akteure außerhalb des Passepartouts völkerrechtlicher Pflichten bewegen. Erst durch (1.) die Ausweitung des rechtspolitischen Terrains sowohl auf der Berechtigenseite (Umwelt) als auch auf der Verpflichtetenseite (Unternehmen, Netzwerke usw.) und (2.) eine Transformation der Berechtigungs- und Verpflichtungsformen weg von Individualrechten und -pflichten hin zu prozeduralen und sozialen Berechtigungs- und Verpflichtungsformen wird man die gesellschaftlichen Herausforderungen angemessen in die *quaestio iuris* übersetzen und entsprechende Transformationsprozesse ermöglichen können.

2.3 Relationierung: Interlegalitäts-Kontrolle

Das BVerfG hat in einer Reihe von Urteilen im Hinblick auf Maßnahmen der EU eine ultra vires- und Verfassungsidentitätskontrolle entwickelt.¹³¹ Die deutsche Beteiligung bzw. Umsetzung von Unionsrechtsakten (Art. 288 AEUV) wird danach bzgl. der Wahrung der Unionskompetenzordnung kontrolliert (ultra vires). Bei evidenten, qualifizierten Kompetenzüberschreitungen der EU kann Rechtsschutz auch vor dem BVerfG eingeklagt werden. Das soll auch für eine Verletzung der Verfassungsidentität gelten. In einer besonders umstrittenen Passage hat das BVerfG neben dem Verbot der Kompetenz-Kompetenz-Übertragung auf die EU auch materielle Grenzen eingezogen und Sachbereiche benannt, die „integrationsfest“ seien:

Als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates *gelten seit jeher* Entscheidungen über das materielle und formelle Strafrecht (1), die Verfügung über das Gewaltmonopol polizeilich nach innen und militärisch nach außen (2), die fiskalischen Grundentscheidungen über Einnahmen und - gerade auch sozialpolitisch motivierte - Ausgaben der öffentlichen Hand (3), die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen (4) sowie kulturell besonders bedeutsame Entscheidungen etwa im Familienrecht, Schul- und Bildungssystem oder über den Umgang mit religiösen Gemeinschaften (5).¹³²

Das ist bereits für sich genommen eine Begründung, die die selbstformulierten Standards gerichtlicher Rechtskonkretisierung, mit denen das Gericht die Argumentationsgüte anderer Gerichte

¹²⁷ Gunther Teubner, Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteursstatus in Recht und Politik, Zeitschrift für Rechtssoziologie 27 (2006), S. 5 ff.

¹²⁸ Michel Serres, Der Naturvertrag, Frankfurt 1994; vgl. auch das Hauptgutachten des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (WBGU), Welt im Wandel - Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation, 2011, Kap. 7.2.

¹²⁹ Kersten (Fn. 61), 413.

¹³⁰ Klaus Günther, *Nulla poena sine culpa* and corporate personhood, KritV 2015, S. 376.

¹³¹ BVerfG, Urt. v. 30.07.2009 - 2 BvE 2/08, Lissabon (insbesondere Rn. 167-193 und 207-218); BVerfG, Urt. v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13, OMT (insbesondere Rn. 76-104 und 121-173); BVerfG, Urt. v. 13.10.2016 - 2 BvR 1368/16, CETA (insbesondere Rn. 50-72).

¹³² BVerfG, Urt. v. 30.07.2009 - 2 BvE 2/08, Lissabon, Rn. 252, meine Hervorhebung.

im europäischen Verfassungsverbund misst, deutlich unterschreitet („gelten seit jeher“).¹³³ Es ist aber auch im Hinblick auf die hier interessierende Kritik subjektiver Rechte eine bemerkenswerte Rechtsprechung, denn das BVerfG heftet an all diese rechtlichen Vorgaben subjektive Rechte, die mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden können. Der Clou dieser Entscheidungen ist, dass sie das Staatsstrukturprinzip „Demokratie“ so mit den individuellen Wahlfreiheitsrechten verknüpfen, dass ein individuelles Recht auf Staat, auf die Bewahrung von Staatsaufgaben und der Verfassungsidentität begründet wird, dessen Verletzung im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann, Art. 38 I 1, Art. 20 I und II GG.¹³⁴

2.3.1 Subjektivrechtsexzess

Das ist ein regelrechter Subjektivrechtsexzess: In der Erfindung des subjektiven Rechts auf Nationalstaatlichkeit realisiert sich eine schon bei Jellinek benannte Gefahr, dass durch Subjektivrechte geschützte Ansprüche dort generiert werden, „wo ein Individualinteresse gar nicht vorliegen kann.“¹³⁵ Die Kritik an dieser Rechtsprechungslinie des BVerfG füllt daher Bände – und dies zurecht, denn die Figuren *ultra vires* und Verfassungsidentität privatisieren das Politische, argumentieren identitär und entziehen die Grenzen der Europäisierung dem demokratischen Prozess, indem das BVerfG sie in die Ontologie der Begebenheiten (Identität) bzw. in die Tradition („gelten seit jeher“) projiziert, um von dort reflektierende, vorgeblich existierende Integrationsgrenzen zu identifizieren.¹³⁶

Dabei ist das Anliegen des BVerfG gar nicht falsch: Das Gericht versucht in einem transnationalen Ensemble Regeln zu finden, um den demokratischen Prozess offen zu halten, an der Ausgestaltung grundlegender Prinzipien (Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit, Demokratie) im unionalen Verbund mitzuwirken und zugleich bestimmte Regelungen im kleineren Verbund in Differenz zur EU regeln zu können. Alle Kontrollvorbehalte, die das BVerfG insoweit anbringt, sind nachvollziehbar, sind wichtig und stärken im Ergebnis das europäische Projekt, weil die legitimatorischen Rahmenbedingungen gestärkt werden.

Die Grundrechtsdogmatik der subjektiven Rechte und die Verknüpfung dieser Rechte mit der Kontrolle der Machtausübung (*ultra vires*) und der Verfassungsidentität zwingen das Gericht aber in ein falsches Schema, in dem schließlich das, was eigentlich ein europäisches Anliegen sein sollte – nämlich die Stärkung der transnationaler Demokratieformen in Europa durch interlegale und transnationale Verknüpfungen nationaler und supranationaler Parlamentsprozesse, nationaler und supranationaler Rechtsprozesse sowie nationaler und supranationaler Öffentlichkeitsprozesse – als Frage der Reichweite eines nationalsubjektivistischen Abwehrrechts gedeutet wird. Soziale Fragen werden somit zu nationalen und subjektiven Fragen umdeklariert. *Im Ergebnis ordnet das BVerfG den Prozess der Beteiligung an der EU nicht dadurch, dass es die Teilnahme organisiert, an Grundsätze bindet und dabei die Abweichung in der Teilnahme ermöglicht, sondern es zieht rote Abwehrlinien nationaler Freiheit ein, die letztlich der subjektivistischen Freiheit dienen sollen.* Das

¹³³ Vgl. die schulmeisterliche Formulierung, mit der das BVerfG den EuGH im OMT-Urteil abkanzelt: „Die dem Urteil vom 16. Juni 2015 zugrundeliegende Art und Weise richterlicher Rechtskonkretisierung begegnet aus der Sicht des Senats gleichwohl gewichtigen Einwänden mit Blick auf [...]“ (BVerfG, Urte. v. 21.06.2016 - 2 BvR 2728/13, OMT, Rn. 181.).

¹³⁴ BVerfG, Urte. v. 30.07.2009 - 2 BvE 2/08, Lissabon, Rn. 210.

¹³⁵ Jellinek (Fn. 13), 71. Jellineks Warnung, dass „dieser Fall die Ausnahme bilden“ sollte, weil er „in der Praxis [...] zu bedenklichen Resultaten führen“ könne, hat Luhmann (ders., Subjektive Rechte (Fn. 9), 90) schließlich zu der polemischen Frage provoziert: „Woher sollen die Juristen die ‚Bedenken‘ nehmen, die Jellinek in Aussicht stellt?“

¹³⁶ Zur Kritik siehe beispielsweise Christoph Schönberger, Identitärä. Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 63 (2015), S. 41 ff.

ist die Statuslehre als nationaler Subjektivismus auf dem Höhepunkt ihres Scheiterns: Individuelle Subjekte werden durch die Abwehrrechte des staatlichen Subjektes vor Freiheitsbeschränkungen durch die Europäische Union geschützt. Das BVerfG organisiert durch diese Rechtsprechung nicht Abhängigkeiten in Europa, sondern pocht auf die Unabhängigkeit von Europa.

Insbesondere gegen die Reifizierung einer vom europäischen Projekt unabhängigen Verfassungsidentität ist zu Recht bemerkt worden, dass es eine solipsistische Verfassungsidentität nicht geben kann. Identitäten sind polymorph; Alteritätsvorstellungen fließen in sie ein:¹³⁷ „Der Sinn des Identischen liegt nicht mehr im In-Sich-Selbst-Ruhen, sondern in seiner Kraft, andere Möglichkeiten zu ordnen.“¹³⁸ Oder anders: Die Wechselwirkungslehre, die das Gericht im Verhältnis von Grundrechtsnormen zu einfachgesetzlichen Normen entwickelt hat, muss auch für einen Grundsatz wie den der Verfassungsidentität gelten, da diese sich im Blick auf ein historisches beispielloses Projekt wie die EU koevolutiv bildet. „Von jeher“ ist angesichts dieses dynamischen Prozesses kein Argument. Denn die Identität entwickelt sich im Verhältnis zur Alterität, die sich im Verhältnis zur Identität entwickelt. Ein solchermaßen alteritätsorientiertes Verständnis der verfassungsgerichtlichen Relationierung zum europäischen Prozess müsste als Interlegalitätskontrolle sowohl im Hinblick auf die Initiierung von Verfahren der ultra vires- und Verfassungsidentität als auch im Hinblick auf Durchführung der Rechtskontrolle anders als subjektivierend und naturalisierend verfahren.

2.3.2 *actio socialis transnationalis statt actio popularis*

Das betrifft die rechtliche Berechtigung und die Durchsetzung des Rechts gleichermaßen. Bereits die Ausgangskonstellation der Verfahrenseröffnung macht derzeit die Interlegalitätskontrolle des Nationalismus verdächtig. In der Fassung des BVerfG können deutsche Staatsangehörige (Art. 116 GG), also Wahlberechtigte, unter Berufung auf ihr subjektives Wahlrecht die Interlegalitätskontrolle initiieren. Das Gericht schafft also Unverfügbarkeiten als individuelles Deutschengrundrecht. Das ist bereits der Transnationalität des Gegenstandes nicht angemessen. Warum diese Engführung? Warum wird die Identifizierung von Unerträglichkeiten im europäischen Raum an ein Deutschengrundrecht gebunden? Diskriminiert das nicht Unionsbürgerinnen und Unionsbürger? Sind Deutsche in Deutschland intensiver oder anders von rechtsstaats- und demokratiewidrigen Regelungen in den europäischen Freihandelsabkommen betroffen als spanische Unionsbürgerinnen, die in Deutschland leben? Und auch Drittstaatsangehörige – selbst wenn sie in Deutschland geboren sein sollten, voll integriert sind etc. – werden über die Engführung durch Art. 38 GG derzeit vom Zugang zur deutschen Gerichtsbarkeit im Hinblick auf die Interlegalitätskontrolle ausgeschlossen. Wenn die unionale Austeritätspolitik in Europa die Sozialstaatlichkeit und die öffentliche Infrastruktur vernichtet, trifft dies aber gerade diejenigen, die besonders vulnerabel sind: die „Unvertretenen“, wie Jacques Derrida sie nennt, die „Exkludierten“, um Niklas Luhmann zu zitieren, die „Überflüssigen“, wie Susan Marks schreibt.¹³⁹

Dass die Interlegalitätskontrolle des BVerfG auf nationale Subjektivinteressen verkürzt wird, ist eine exkludierende Fehlkonstruktion, die letztlich schon im Verfahrensausgang einen nationalen

¹³⁷ Siehe die instruktive Kritik bei Albert Ingold, Die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik Deutschland, AöR 140 (2015), S. 1 ff. (28 ff.); siehe auch Michael Rosenfeld, The Identity of the Constitutional Subject, London 2010, S. 41 ff., der den Prozesscharakter der Bildung der Verfassungsidentität betont.

¹³⁸ Luhmann, Grundrechte als Institution (Fn. 9), 60 unter Verweis auf Leibniz Monadologie und deren Rezeption bei Whitehead.

¹³⁹ Jacques Derrida, Weltbürger aller Länder, noch eine Anstrengung!, Berlin 2003, S. 1; Niklas Luhmann, Inklusion und Exklusion, in: ders., Soziologische Aufklärung 6, Opladen 1995, S. 226 ff. (237); Susan Marks, Law and the production of superfluity, Transnational Legal Theory 2 (2011), S. 1 ff.

Container gegen Transnationalisierungsphänomene abdichtet und Nichtdeutschen die gerichtliche Unterstützung für politische Grundrechte versagt.¹⁴⁰ Die Öffnung des Verfahrens für nichtdeutsche Staatsangehörige würde hier zwar das nationalistische Dilemma lösen helfen. Es bliebe aber die Herausforderung, das subjektivrechtliche Paradigma durch ein Modell subjektloser Rechte zu ersetzen, das neben den vorhandenen natürlichen und juristischen Personen neue Berechtigungsformen kennt und die Bindung an „eigene Rechte“ in der *actio* zugunsten einer transnationalen *actio socialis* (und gerade nicht einer *actio popularis*) aufgibt.¹⁴¹ Zwar könnte man also das nationale Bias über eine Anbindung der Interlegalitätskontrolle an Art. 2 I i.V.m. Art. 20 I u. II GG und die damit verbundene Öffnung für nichtdeutsche Staatsangehörige durchbrechen. Konsequenter wäre es freilich, gleich auf den subjektivrechtlichen Aufhänger zu verzichten: Demokratie, soziale Gerechtigkeit, Solidarität, Umweltschutz, Menschenrechte, Frieden und Herrschaft des Rechts sind subjektlose Rechte par excellence; sie berechtigen erga omnes. Alle i. S. d. modernen Eingriffsbegriffs betroffenen Rechtspersonen (wenn man diese Einschränkung über die faktische Betroffenheit überhaupt machen möchte) können entsprechende Rechtsverletzungen rügen und es verbietet sich jede privatisierende Einschränkung dieser subjektlosen Rechte.

2.3.3 Alteritäts- statt Identitätsermöglichung

Letztlich zielt die Interlegalitätskontrolle auf die Gewährleistung der Beteiligung an transeuropäischen Politik- und Rechtsprozessen. Die naturalisierende Weise, in der das BVerfG die Machtverteilung in Europa dabei als feststehend behauptet („von jeher“) und die Verfassungsidentität mit subjektiven Rechten zementiert, ist dysfunktional. Die Grenzen des europäischen Projektes, die Anforderungen an transnationale Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, stehen nicht fest, sondern werden dynamisch gestaltet. Die dafür zu entwickelnde Ordnung muss den Prozess transnationaler Demokratie organisieren und darf nicht nationale Räume subjektivrechtlich abdichten. Natürlich muss es Möglichkeiten der Nichtteilnahme in der Teilnahme geben – die *margin of appreciation* ist nur eine der Rechtsfiguren, die hier einen Prozess der Entwicklung von Abweichungstoleranz initiieren.¹⁴²

Insgesamt geht es aber darum, das Zusammenspiel der Ordnungen und Kräfte so zu organisieren, dass politische Prozesse ermöglicht werden, in denen in der Teilnahme am europäischen Projekt die Nichtteilnahme berücksichtigt und die Alterität zur Geltung gebracht wird.¹⁴³ Das Netzwerk

¹⁴⁰ Zur statusunabhängigen Öffnung politischer Rechte siehe auch Catherine Colliot-Thélène, *Demokratie ohne Volk*, Hamburg 2011, S. 111 ff.

¹⁴¹ Die *actio socialis*, die von pluralen Interessengegensätzen in der Gesellschaftssphäre her konzipiert ist, unterscheidet sich damit kategorial von Vorschlägen, eine *actio popularis* zu errichten. Die *actio socialis* setzt kein einheitliches Kollektivsubjekt voraus, während das Bezugssubjekt der Popularklage regelmäßig eine politisch konstituierte Gemeinschaft darstellt. Besonders deutlich wird diese exkludierende Tendenz der Popularklage und die in ihr angelegte Gefahr der Subordination individueller Freiheitssphären unter Kollektivbelange im Vorschlag der nationalsozialistischen Verwaltungsrechtslehre eines Edgar Tatarin-Tarnheyden, der die Popularklage zur Durchsetzung des völkischen Gemeinwohls zu etablieren suchte, um über die Unterordnung subjektiver Rechte unter nationale Gesamtbelange nur noch Klagen „im nationalen Gesamtinteresse“ für zulässig zu erachten (ders., *Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat*, AöR 63 (1934), 345 ff. (353)).

¹⁴² Siehe Christian Walter/Markus Vordermayer, *Verfassungsidentität als Instrument richterlicher Selbstbeschränkung in transnationalen Integrationsprozessen*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 63 (2015), S. 129 ff.

¹⁴³ Die Kritik der Rechte als Beleg dafür zu verstehen, dass „‘etatistische’ Gemeinwohlkonzepte seit der Nachkriegszeit im politischen Spektrum von rechts nach links gewandert sind“, wie Klaus Gärditz das jüngst behauptet hat, ist aus diesem Grund ein fundamentales Fehlverständnis. Es basiert auf einer Verkürzung des Politischen und einem unzureichenden Verständnis der sozialen Gefährdungslagen, die auf gesellschaftliche Ausdifferenzierungsprozesse zurückzuführen sind. Gärditz' falsche Dichotomie von rechts und links ist irritierend einordnungsschwach. Das betrifft einerseits bereits die Zuordnung der in seiner Fußnote 293 genannten Autoren. So ist der Verweis auf Karl-Heinz Ladeur – anders als Gärditz insinuiert – gerade kein Verweis auf eine linke Rechte-Kritik. Wie könnte eine Kritik, die angesichts

europäischer Gerichte und das Recht müssen diesen Prozess transnationaler Demokratie durch Normierungen unterstützen, die die transeuropäischen Öffentlichkeiten, Parlamente und Gerichte miteinander konstitutiv verknüpfen. Die Gewährleistung sozialer, humaner und ökologischer Existenzbedingungen in einem krisengeschüttelten Europa realisiert sich im unionsweiten demokratischen Prozess – oder gar nicht.

3 Fazit

„Subjektive Rechte“ und die damit verbundene Bilateralisierung der Rechtsverhältnisse in Komplementärverhältnisse von natürlichen Personen (Berechtigte) und Staaten (Verpflichtete) sind für die Freisetzung und Begrenzung sozialer Energien in der transnationalen Konstellation ein dysfunktionales Passepartout. Die Alteritätsorientierung von humanen, sozialen/institutionellen und ökologischen Autonomieräumen in der Interlegalität zu gewährleisten, ist eine zu komplexe Aufgabe, als dass die damit einhergehenden Kollisionen in Kollisionen subjektiver Rechte übersetzt werden könnten.

Nicht die staatlich organisierte Abdichtung subjektiver Autonomieräume gegeneinander ist die Herausforderung des Rechts in der transnationalen Konstellation, sondern die Organisation einer neuen Form der Sozialität, die statt der Separierung die Relationierung der Autonomieräume ins Zentrum stellt, um über subjektlose Rechte Prozesse wechselseitiger Abhängigkeit so zu organisieren, dass die Grenzen der autonomen Sozialsphären und der Umgang mit deren destruktiven Gefährdungen in demokratischen Verfahren, in denen sich das Arationale im Rationalen als transformatorische Kraft entfalten kann, entschieden werden. Aufgabe des Rechts und der Rechte ist es hierbei, diese humanen und sozialen Kräfteentfaltungen zu ermöglichen.

Erst diese Loslösung der Rechte vom vorsozialen Subjekt und die entsprechende Entwicklung von nach Rechtspersönlichkeit differenzierenden subjektlosen Rechten stellt das Recht der Rechte, um das einschlägige Diktum Häberles zu variieren, vom subjektivistischen Kopf der Statuslehre auf die demokratischen Füße einer nicht partikularistischen Sozialität.¹⁴⁴

der Flüchtlingskrise unter Verzicht auf jedwede unions- und internationalrechtliche Einordnung pauschal den „Verlust der (Staats-)Grenze, wie die Mehrheit sie sieht,“ beklagt, die der AfD zu Gute hält, den „Schutz der institutionellen, der staatlichen Kehrseite der Grundrechte“ zu betreiben, die sich gegen Migration genauso wendet wie gegen Multikulturalismus, gegen Gleichstellung („Der Schutz der Familie [...] wird vom Recht auf Gleichbehandlung homosexueller Paare verdrängt“) und gegen soziale Rechte je links sein? Der von Gärditz bemühte rechts/links-Code ist aber nicht nur in seiner Fußnote im Einzelfall unplausibel angewandt, sondern insgesamt bei der Einordnung der hier in Rede stehenden Fragen genauso irreführend wie die von ihm aufgeworfene Scheinalternative von konservativ-etatistischer Gemeinwohlorientierung („Forsthoffs Erben“) und progressiv-liberalem Freiheitsschutz (so wohl Gärditz‘ Selbstcharakterisierung). Beide Dichotomisierungsformen belegen letztlich, dass eine liberalistische Verwaltungsrechtslehre, die im herkömmlichen Trennungsparadigma subjektiver Freiheitssphären und staatlicher Kollektivinteressen verharrt, für die Herausforderungen unserer Zeit keine adäquate Sprache findet, weil sie die Dynamiken sozialer Konfliktizität verkennt (so gegen Klaus Gärditz, Die ‚Neue Verwaltungsrechtswissenschaft‘ – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Martin Burgi (Hg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft. Die Verwaltung, Beiheft 12/2017, 105 ff. (143 und Fn. 293) und Karl-Heinz Ladeur, Weniger Rechte, in: FAZ v. 8.12.2016, 8).

¹⁴⁴ Häberle (Fn. 16), 43 ff. (80): „Statuslehre [...] ist von ihrem spätabolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen“.