

## Das Wagnis der Freiheit. Recht, Politik und die Angst der Moderne

⇒ 1 Die beunruhigte Moderne: einige Thesen

Die Moderne, so wie wir sie heute kennen, ist das Ergebnis einer Revolution, einer *Revolution der Rechte*. Diese Einsicht ist nicht neu. Schon Kant, Hegel und Marx, aber auch Hannah Arendt oder Jürgen Habermas haben – wenngleich mit sehr unterschiedlichen Schlussfolgerungen – den revolutionären Wandel des Freiheits- und Subjektbewusstseins zur Sprache gebracht. Wir reden heute ganz selbstverständlich von Grund- und Menschenrechten, von der Würde des Einzelnen und der Gleichheit aller und verweisen so auf den *emanzipatorischen* Anspruch liberaler Gesellschaften. Unbestritten ist indes ebenso, dass diese Emanzipationsgeschichte und Emanzipationskultur der Moderne noch eine andere Seite hat: eine *macht- und ordnungsbegründende*. Macht und Ordnung – zumal die des Rechts – gelten in liberaler Lesart nicht als Gegenspieler des Subjekts oder der Gesellschaften. Sie werden vielmehr als *Medien*, als *Garantie-* und *Gestaltungsformen* verstanden, durch die Subjekte und Gesellschaften

ihre Selbstbestimmung zualterererst verwirklichen können. Gesprochen wird daher auch von einem reflexiven Freiheitsdiskurs der Moderne. Dass der individuellen und kollektiven Selbstbestimmung dennoch eine notorische Ambivalenz anhaftet (und dass wir sie häufig auch so wahrnehmen), liegt daran, dass das Beziehungsgeflecht von Macht und Ordnung, von Subjekten und Gesellschaften komplexer ist, als es vielfach zugestanden wird. Subjekte und Gesellschaften, nicht weniger Autonomie und Freiheit, beruhen zwar auf *normativen* Annahmen,

---

**Benno Zabel**, 1969, Prof. Dr., BA., Studium der Rechtswissenschaft, Philosophie und Germanistik in Leipzig und Berlin, Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, im akademischen Jahr 2018/2019 Senior-Fellow am Alfried Krupp Wissenschaftskolleg. Neueste Veröffentlichungen: Philosophie der Republik (gem. mit P. Stekeler-Weithofer), Tübingen 2018; Strafrechtspolitik 2018; Gerechtigkeit und »responsive« Demokratie. Überlegungen zu einer Idee der Selbstaufklärung des Rechts, in: A. Fischer-Lescano u.a. (Hrsg.), Gegenrechte, Tübingen 2018. S. 187-202.

**GND:** 1104194325

---

**DOI:** [10.18156/eug-2-2018-art-1](https://doi.org/10.18156/eug-2-2018-art-1)

die die ethischen Standards unseres sozialen Zusammenlebens artikulieren, gleichzeitig werden sie aber durch die *faktischen* Lebens- und Umweltbedingungen geprägt, denen sie ausgesetzt sind und die auf sie einwirken. Das führt zu erheblichen Dynamiken: Denn weil Recht und Politik sich nicht mehr auf transzendente Rückversicherungen (auf eine politische Theologie usw.) berufen dürfen und auch deshalb mit massiven Kontingenzzpotentialen zu kämpfen haben, kommt es darauf an, die Interessen, Bedürfnisse und existenziellen Erfahrungen der Menschen zu registrieren, namentlich individuelle Verunsicherungen oder kollektive Ängste einzudämmen. Nur dann, so die gängige Überzeugung, können die diversen Rechte, man denke an den Lebens- oder Eigentumsschutz, an die Handlungs- und Religionsfreiheit, garantiert werden. Diese Verknüpfung von Faktizität und Geltung, von Ordnungswillen und Kontingenzerfahrungen berührt das Selbstverständnis der Moderne in eminenter Weise. Geht es doch darum, die Rechte des Subjekts oder der Gesellschaft und das Recht der Ordnung miteinander in Einklang zu bringen. Das Brisante an dieser Kopplung des Rechts und der Rechte besteht darin, dass die Erhaltung individueller oder gesellschaftlicher Freiheiten nur durch eine kontinuierliche *Steigerung* rechtlicher oder staatlicher Regierungstätigkeit (Foucault spricht von *Dispositiven der Macht*) realisierbar zu sein scheint. Der für eine aufgeklärte Moderne beunruhigende Effekt ist dann aber nicht mehr zu übersehen: nämlich die von den freien Subjekten eingeforderte, jedenfalls aber forcierte Begrenzung der eigenen Freiheit, was nichts anderes heißt als die Rückbindung der Emanzipationskultur an ein hegemoniales Sicherheits- und Regulierungsdenken. Um die Dynamiken besser zu verstehen, die hier am Werk sind, wollen wir uns zunächst mit dem Freiheitsdiskurs der Moderne beschäftigen. Im Anschluss daran gilt es, die »Angstgrammatik« und die Krisenbewältigungsszenarien näher in den Blick zu nehmen.

## ⇒ 2 Das Wagnis der Freiheit

Beginnen wir mit einem bekannten und einflussreichen Kommentar zum aktuellen Freiheitsdiskurs der Moderne: Ernst-Wolfgang Böckenfördes Verteidigung des liberalen Verfassungsstaates. Auch wenn Böckenfördes Verteidigung allenthalben zitiert und erläutert wird, lohnt es sich, genau zu lesen und sich über die Bedeutung dieser Gegenwartsdiagnose klar zu werden. In einem zuerst 1967 erschienenen Text mit dem Titel »Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation« heißt es zusammenfassend:

»Der freiheitliche Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.« Denn, so formuliert Böckenförde in einer Anmerkung, als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, »wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des Einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots, zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat. Die verordnete Staatsideologie ebenso wie die Wiederbelebung aristotelischer Polis-Tradition oder die Proklamierung eines ›objektiven Wertsystems‹ heben gerade jene Entzweiung auf, aus der sich die staatliche Freiheit konstituiert. Es führt kein Weg über die Schwelle von 1789 zurück, ohne den Staat als die Ordnung der Freiheit zu zerstören.« (Böckenförde 1991, 112-113).

Böckenfördes Verteidigung des liberalen Verfassungsstaates (gelegentlich auch als Diktum oder Dilemma bezeichnet) ist in verschiedener Weise rezipiert worden. Die eine Rezeptionslinie hat sich vor allem mit dem Säkularisierungsnarrativ auseinandergesetzt. Hierbei geht es um die Frage, in welcher Form theologische Grundbegrifflichkeiten in die säkulare Semantik von Recht und Politik transferiert wurden, so etwa das Verständnis von Souveränität oder Gesetzgebung, und welche Konsequenzen daraus für die Legitimation freier Gemeinwesen zu ziehen sind (Kervégan 2018, 367). Diese Debatte soll hier nicht fortgeschrieben werden. Eine zweite, mit der ersten durchaus verwandte aber keineswegs identische Rezeptionslinie ist für den vorliegenden Problemkontext interessanter. Danach präsentiert Böckenfördes Verteidigung die Logik oder das immanente Prinzip liberalen Denkens und *zugleich* die damit verbundenen Aporien (Menke 2018, 113). Das heißt im Einzelnen: Der Verweis auf die Voraussetzungen des freiheitlichen Staates, die dieser selbst nicht garantieren könne, betont die *Gesellschaftsabhängigkeit* jeder politischen Ordnung. Nach liberalem Selbstverständnis, wie es spätestens seit John Locke und heute in einer Vielzahl von Variationen mobilisiert wird, stellt die Gesellschaft nicht nur die *Verwirklichungsform* der individuellen Freiheiten dar. Es sind vielmehr gerade diese individuellen

Freiheiten, bei Locke Leben, Eigentum, Unabhängigkeit vor der Willkür anderer, die an das Dasein des Einzelnen geknüpft und in diesem ganz existenziellen Sinne dem Staat vorgeordnet sind (Strauss 1956; Macpherson 1964). Dem Staat und den Staatsgewalten bleibt es vorbehalten, für die Sicherheit und die Realisierungschancen dieser Freiheiten zu sorgen. Nur, worin besteht das Wagnis? Das Wagnis besteht für Böckenförde darin, dass der freiheitliche Staat diese Freiheiten nicht nur vorfindet, sondern dass er seine Abhängigkeit selbst herbeigeführt hat. Mit anderen Worten, Freiheiten sind in ihrer sozialen Bedeutung immer vorgegeben und gemacht oder wie es Böckenförde formuliert: Sie sind *Voraussetzungen* und daher in einem doppelten Sinn des Wortes als vom Staat »freigegeben« anzusehen (Böckenförde 1991, 108).

Diese doppelte *Freigabe der Freiheit* – dieses Wagnis der Freiheit – war schon bei Locke mit dem Anspruch verbunden, das Machtspiel des Hobbesschen *Leviathan* auf Distanz zu halten. Die Freiheit des Einzelnen sollte eine eigenständige Machtquelle installieren und auf diese Weise die Legitimitätsanforderungen staatlichen Handelns zugunsten von privaten Abwehr- und Selbstorganisationsinteressen verschieben. Freilich hatte bereits Hobbes mit der Freisetzung des individuellen Gewissens – als einer Form des Selbsterhaltungsstrebens – die Abhängigkeitsdynamik des *Leviathan* in Gang gesetzt (dass bei der Einschätzung dieses Liberalisierungsschubs nicht nur Carl Schmitt und Hermann Lübbe, Reinhart Koselleck und Jürgen Habermas kontroverse Positionen vertraten, sondern dass sich daraus ganze Ideologiekonzepte entwickelten, braucht in diesem Zusammenhang nicht vertieft zu werden). Die Bedeutung der Abhängigkeitsdynamik reicht allerdings viel weiter. Denn in das Verhältnis von Gemeinschaft und Gesellschaft, Staat und Individuum ist eine Spannung, eine »Form der Entzweiung« (Menke) eingeschrieben, die sich, wie Böckenförde klar sieht, nicht ohne Rest auflösen lässt. Das Eigeninteresse der Gesellschaftsbürger und die Angelegenheiten der *res publica* scheinen sich weitgehend unverbunden oder gleichgültig gegenüberzustehen. Diese Entzweiung tritt selten in das Bewusstsein, weil sich die Moderne und ihre Akteure an eine Vergesellschaftung aller Lebensbereiche gewöhnt haben. Wir agieren ganz selbstverständlich in Rollen und Rollenmustern, soziale Steuerung erfolgt durch eine hoch komplexe Staatsorganisation und eine professionelle Bürokratie (Luhmann 1984; Kelsen, 1920/1934). Diese Selbstgenügsamkeit des gesellschaftlichen Bewusstseins sollte indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass allein auf der Basis einer Sozialtechnologie die Stabilität und die normativen Bindungskräfte eines freien Gemeinwesens kaum

zu gewährleisten sind (und dass sie auch nicht durch einen *Appell* an den Gemeinsinn der Gesellschaftsbürger ersetzt werden können). Nur wie kann dann die Form der Entzweiung überbrückt oder entdramatisiert werden?

Die Frage nach der Freiheitsregulierung liberaler Ordnungen kennt heute im Kern zwei Antworten, eine politische und eine juristische. Die politische Antwort geht davon aus, dass die Freiheitsmotivation und die Freiheitspotentiale der Subjekte (jedenfalls auch) aus einem *nicht-liberalen* Freiheitsverständnis heraus generiert werden können. Die Freiheit ist danach immer schon Ausdruck der freien Urteilskraft (Menke 2015). Dieser Position dürfte wohl auch Böckenförde nahe stehen. Die juristische Antwort dagegen knüpft an die klassische Idee individueller Freiheiten an. Der Primat individueller Freiheiten oder, wie wir auch sagen können, *subjektiver Rechte* ist der Ausgangspunkt für eine umfassende Verrechtlichung der Sozialbeziehungen. Diese Praxis der Verrechtlichung greift zwar auf Elemente der Sozialtechnologie zurück, dennoch geht sie über jene hinaus. Denn die Vorstellung, durch Verrechtlichung normative Bindungskräfte und Kohärenzpotentiale erzeugen zu können, zielt darauf ab, die individuellen Interessen, Bedürfnisse und Ansprüche – soweit möglich – in einer *Universalkultur des Rechts* zu integrieren.

Es ist unschwer zu erkennen, dass die juristische Antwort die heute dominierende Position oder Tendenz darstellt (Loick 2017). Die liberale Gesellschaft, die wir heute vor allem als »demokratisierte« erleben, vertraut einem omnipräsenten Gesetzgeber. Sie vertraut, wenn man so will, auf die Vernunft des *Leviathan*. Um die Hinwendung zu einer Universalkultur des Rechts zu verstehen, werden wir die gesellschaftlichen Bedingungen näher betrachten müssen, mit denen das Recht in Wechselwirkung steht. Das betrifft vor allem die massiven Verunsicherungen und die Ängste, die mit dem liberalen Freiheitswagnis einherzugehen scheinen. Aus dieser Perspektive werden sich auch die Dynamiken und Paradoxien erschließen, die das Kraftfeld von Recht, Staat und Gesellschaft erzeugt. Inwiefern eine politische Antwort auf das Problem der Freiheitsregulierung möglich (oder sogar notwendig) ist und was sie bewirkt, wird nachfolgend wenigstens kurz zu skizzieren sein.

## ⇒ 3 Recht, Politik und die Gesetze der Angst

## ⇒ 3.1. Metaphysik der Freiheit und das anthropologische Paradigma

Für Rousseau und Kant, nicht weniger für Hegel ist das Recht Inbegriff der Freiheit. Das Recht ist, wie es Hegel nicht müde wird zu betonen, Gradmesser für die sittliche Macht, die Menschlichkeit und für das erlangte Selbstbewusstsein eines Gemeinwesens (Hegel 1821/2009, §§ 3, 29). Nun mobilisiert Hegel ein Rechtsverständnis, das eine Reihe von Besonderheiten kennt, auf die wir nicht eingehen können. Der Verweis auf die spekulative Begründung und die holistische Deutung der sozialen Welt muss hier genügen (Quante 2011; Vieweg 2012). Entscheidend ist jedoch die Gemeinsamkeit, die diese Konzepte verbindet: Denn sie sind als Kritik und Verteidigung des Rechts gleichzeitig einer *Metaphysik* der Freiheit verpflichtet. Metaphysik in diesem Sinne beharrt darauf, dass wir unsere soziale Welt nur dann angemessen verstehen und gestalten können, wenn wir über Begriffe und Semantiken verfügen, die die *Geltungsbedingungen* zur Sprache bringen, aufgrund derer wir normative Ansprüche zu formulieren und allgemein anerkannte Urteile zu fällen berechtigt sind (Henrich 1986, 11; Brandom 2015, 48). So gesehen bestimmt das *Recht als Denk- und Praxisform* das Netzwerk aus Prinzipien, Regeln und Institutionen, das die Kooperation zwischen freien Personen, vor allem die Zuordnung von Rechten und Pflichten moderieren soll. Kant formuliert:

»Das Recht ist ... der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann. [...]« Und das Rechtsgesetz lautet dementsprechend: »handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz bestehen könne«. (Kant 1900/ 1968 AA VI, 230 f.).

Die konkreten Interessen und Bedürfnisse der Akteure, individuelle oder kollektive Ängste usw. werden damit nicht in Abrede gestellt, ganz im Gegenteil. Allerdings erhalten sie ihre *rechtliche* Bedeutung erst *in Abhängigkeit* vom jeweils verwirklichten Freiheitsrahmen in Staat und Gesellschaft (Hegel 1821/ 2009, § 218 Anm.).

Wir sind auf dieses Rechts- und Freiheitsverständnis etwas ausführlicher eingegangen, weil es uns die Kluft vor Augen führt, die zwischen dieser Metaphysik der Freiheit und sogenannten metaphysikkritischen

oder »nachmetaphysischen« Deutungen des Rechts, von Politik, Gesellschaft und Staat liegt. Aber was sind metaphysikkritische oder »nachmetaphysische« Deutungen und worin genau besteht die Kluft? Klar ist: Das Recht in der erstgenannten Lesart ist ein verbindliches und d.h. allgemeines Orientierungsmedium, es ist ein gesetzlich verfasstes Recht, ein Recht der Institutionen und Verfahren. Aber es ist kein Recht, das die Gesellschaft selbst hervorbringt oder auch nur hervorbringen könnte, sondern das in die Gesellschaft hineinwirkt und sich mit den Interessen der Gesellschaft verbindet. Metaphysikkritische oder eben »nachmetaphysische« Ansätze stehen einer solchen normativ-kategorialen Vermessung der sozialen Welt skeptisch bis ablehnend gegenüber. Nicht zuletzt aus diesem Grund sind sie auch für das liberale Rechts- und Gesellschaftsdenken attraktiv (was nicht heißt, dass sie diese nicht aus anderen Gründen ablehnen können). Diese Skepsis oder Ablehnung freiheitsmetaphysischer Positionen speist sich aus einem radikal anderen Theorie- und Rechtsbegründungsansatz, den wir auch als *naturalistisches oder anthropologisches Paradigma* bezeichnen können. Was müssen wir darunter verstehen?

Mit dem naturalistischen oder anthropologischen Paradigma wird die Vorstellung verteidigt, dass sich die Freiheit des Einzelnen und die Legitimität der gesamten Ordnungen nur durch die Annahme einer vor dem staatlichen Recht bereits gegebenen sozialen Sphäre, einer sozialen Tatsache, begründen lässt. Es ist dies – methodisch gesehen – die Umkehrung des Primats. Denn die Geltungsbedingungen der Freiheit (und des Rechts) werden nicht auf das gemeinschaftliche Handeln und Urteilen und auf einen auf diese Weise gesicherten *Raum von Gründen* zurückgeführt. Ausschlaggebend sind die Faktizität und der »Empirismus des Sozialen«. Damit aber ist schon bei Hobbes und später bei Locke oder Hume der konkrete Bezug auf die individuellen Alltags- und Freiheitserfahrungen gemeint. Individuum und Gesellschaft bezeichnen als soziale Tatsachen anthropologische Konstanten. Dieser anthropologische Diskurs, dieser Diskurs über Geburt und Tod, über Empathie und Angst, Glück und Schmerz, artikuliert aber keinen Selbstzweck. Das Gegenteil ist der Fall. Er soll vielmehr seinerseits die Grundbedingungen der Freiheit markieren. Scheint es doch die Sprache unseres Körpers, die Sprache der Sinnlichkeit und der Gefühle zu sein, die uns eine (unmittelbare) Idee von uns selbst vermittelt. Wir sehen so aber auch, dass es sich hier um einen ganz anderen Begriff von Freiheit handelt: Freiheit ist Ausdruck für ein *natürliches*, mit dem Individuum *gegebenes* Vermögen, für den

Eigenwillen, für die Urteilskraft und das entsprechende Handlungswissen, mit dem sich die soziale Welt erschließen und gestalten lässt.

### ⇒ 3.2. Subjektive Rechte und die Angst der Moderne

Es sind diese Koordinaten des naturalistischen oder anthropologischen Paradigmas, die die liberale Rechtskultur bestimmen und die, was wenig verwundert, auch dem erwähnten Böckenförde-Theorem zugrunde liegen. Weitgehend unbestritten ist insofern, dass die subjektiven Rechte als zentrale Gestalt liberaler Rechtskultur die »Logik des Gegebenen« fortschreiben. Christoph Menke hat darauf jüngst nochmals eindringlich hingewiesen. Das bürgerliche Recht, so Menke

»versteht das Nichtrechtliche (oder ›Natürliche‹), auf das sich die Normativität des modernen Rechts als ihr Anderes selbstreflexiv in sich bezieht, als Gegebenes. Das bürgerliche Recht positiviert das Andere des Rechts, es behandelt es als eine unveränderbare Gegebenheit. Der Empirismus...des bürgerlichen Rechts besteht in der Voraussetzung des Nichtrechtlichen als Vorgegebenen...Das heißt: Die Figur der subjektiven Rechte *besetzt* die empiristische Position des Gegebenen mit dem Subjekt. Da das Gegebene die Position der ›letzten Berufungsinstanz‹, die Position der ›Autorität‹ (Sellars) ist, definiert dies das Subjekt als die Instanz der Autorisierung. Das begründet die proprietäre Logik des bürgerlichen Rechtssubjekts: Alles subjektive Recht ist ›Eigenrecht‹«. (Menke 2015, 144).

Der entscheidende Schritt, den das liberale Rechtsdenken vollzieht, besteht also darin, Subjekt und Recht(e) in den gegebenen sozialen Tatsachen zu verorten und subjektive Rechte zugleich – weil hinter das Gegebene nicht zurückgegangen werden könne – als Machtquellen oder als normative Gestaltungsoptionen anzuerkennen (Jellinek 1905, 94; Suárez 1965, 30; Weber 1980, 398). Das heißt nicht, dass die liberale Position Normativität aus bloß Faktischem ableiten, eine Begründung des Sollens aus einem Sein anstreben würde. Das Verhältnis von Normativität und Normalität, von Geltung und Faktizität wird gerade nicht im Modus eines Begründungszusammenhangs gedacht (dann wäre der Vorwurf eines naturalistischen Fehlschlusses zumindest naheliegend). Es geht vielmehr um eine *Verdichtung* empirischer und normativer Semantiken im Konzept der Rechtsbeziehung und der Rechtsordnung. Auch deshalb spricht John Locke bezüglich des Faktisch-Gegebenen von einem Fundament (foundation), das

zwar das Gebäude des Rechts tragen, aber weder die besondere Gestalt festlegen noch die normativen Bindungskräfte allein garantieren kann. So liegt, wie Locke betont,

»die große Grundlage des Eigentums tief im Wesen des Menschen (weil er der Herr seiner selbst ist und *Eigentümer seiner eigenen Person* und ihrer Handlungen oder Arbeit)«. (Locke 1977, § 44; außerdem Nozick 2006, 201).

Die normative Bedeutung und die Reichweite des Eigentums dagegen ist immer auch Gegenstand gesellschaftlicher Aushandlungen, etwa durch die Anerkennung von Partizipationsmöglichkeiten, durch die Teilnahme am allgemeinen Vermögen usw. (Rawls 1975, 81; 1992, 159). Allerdings bestätigt diese Verdichtung empirischer und normativer Semantiken im Begriff des Rechts und der Rechte nur das liberale Konzept. Denn Dreh- und Angelpunkt jeden Rechtshandelns bleibt das mit natürlicher Freiheit ausgestattete Subjekt. Mit ihm verknüpfen sich die Macht und die Status (im pluralen Sinne Jellineks 1905, 51), andere zu einem Tun oder Unterlassen verpflichten zu können. Mehr noch: Subjektive Rechte beanspruchen Geltung nicht nur zwischen zwei Personen oder in überschaubaren Gruppen, sondern gegenüber allen rechtlichen Akteuren, »the world at large«, wie es Joel Feinberg formuliert (Feinberg 1978, 96), was ihren *universalen* Bindungscharakter unterstreicht.

Dieser universale Bindungs- oder Verpflichtungscharakter der Rechte ist nun wenig überraschend, sind doch Rechte einerseits *embedded claims*, also auf eine Gesellschaft und eine Rechtsordnung bezogen, andererseits aber das Resultat von Reziprozitätsannahmen. D.h. die Bedeutung von Rechten wird nur dann verständlich, wenn gleichzeitig die durch die Rechtsordnung ausgesprochenen, zudem sanktionsbewehrten Pflichten berücksichtigt werden, etwa das Leben, den Körper oder das Eigentum anderer Personen zu respektieren. Dass die Pflichtensemantik nicht immer im »sozialen Bewusstsein« präsent ist, dürfte daran liegen, dass der liberale Diskurs den Primat der Rechte als Legitimationsvoraussetzung für jegliche Formen der Rechts- und Staatsgewalt betont (Locke). Nun war und ist das Freiheits- und Legitimationsprojekt des Liberalismus seit seiner Etablierung in Wissenschaft und Gesellschaft auch massiver Kritik ausgesetzt. Auf die damit einhergehende Kontroverse können wir hier nicht im Detail eingehen. Im Wesentlichen dreht sie sich darum, ob durch die Anerkennung vorstaatlicher individueller Rechte – eigentlich ein Akt der Emanzipation des Subjekts – der politische und ethische Kern eines Gemeinwesens marginalisiert wird (Marx 1977, 347; Arendt 1949, 754; Horkheimer/ Adorno 1947; Habermas 1992; Wendy Brown 2011,

454; vgl. aber auch Schmitt 1927, 1 und Mouffe 2007). Das Böckenförde-Problem taucht hier in anderer Wendung wieder auf, nämlich in der Frage, welche Bedeutung die politische, die ethische und staatliche Sphäre für den Einzelnen hat. Inwiefern kann der Einzelne seine Interessen, Bedürfnisse und Ansprüche als Privatrechts-subjekt (und mit Hilfe staatlicher Regelungen) durchsetzen und inwiefern verwirklicht er seine Freiheit erst durch politische und soziale Gestaltungsmöglichkeiten? Bemerkenswert ist jedoch, dass im Rahmen dieser Kontroverse auf einen Aspekt kaum Bezug genommen wird, der für das Verhältnis von Individuum und Staat, Recht(en) und Politik von erheblicher Bedeutung ist: Gemeint sind die Dynamik und vor allem die Verunsicherungen, die liberale Ordnungen nach dem Wegbrechen vormals unbestrittener Sinnangebote, wie religiösen Heilserwartungen, Gottesglaube etc., erfasst hat.

Das Wagnis der Freiheit, so unsere These, kommt in seiner gesamten Tragweite nur dann in den Blick, wenn wir den Stabilisierungs- und Kohärenzdruck ernst nehmen, dem sich gleichermaßen aufgeklärte und verunsicherte Gemeinwesen und ihre demokratischen Verfassungen ausgesetzt sehen.

Worauf zielt die Rede vom Stabilisierungs- und Kohärenzdruck aufgeklärter Gemeinwesen? Zunächst: Die Rede vom Stabilisierungs- und Kohärenzdruck verweist auf eine, spätestens mit den bürgerlichen Revolutionen in Amerika und Frankreich einsetzende Neubewertung menschlicher Gesellschaften. Menschliche Gesellschaften konzentrieren sich auf die prekären Interessen, Bedürfnisse und Ansprüche der Gesellschaftsmitglieder als Sinnproduzenten. Diese Neubewertung hat zur Folge, dass die Möglichkeiten individueller und kollektiver Freiheitsverwirklichung immer offensiver an die *Realbedingungen*, an die Kontingenzerfahrungen und die neuen Orientierungsbedürfnisse der Akteure gekoppelt werden. Freiheit ist keine Frage der Transzendenz oder des Transzendentalen, sondern der Immanenz (Luhmann 1981, 45). Aber diese Freiheit in der Kontingenz und Immanenz alltäglicher Lebensbewältigung, Georg Lukács spricht von der »transzendentalen Obdachlosigkeit« (Lukács 1984, 35), produziert eine völlig andere gesellschaftliche Konstellation, *die Erzeugung von Angst aus Freiheit*. Mit der Emanzipation der Individuen durch die generelle Anerkennung subjektiver Rechte wird also nicht nur das Politische erneut aus dem öffentlichen Raum verdrängt (jedenfalls in der Lesart von Marx). Die Anerkennung subjektiver Rechte aus dem Geiste der Faktizität führt – das ist das Paradox – gerade bei den Akteuren selbst zu einem Vertrauensverlust, zu einem Bewusstsein der *Entfremdung* und *Verunsicherung* gegenüber einer Welt, die sie mit ihrer

Ausdifferenzierung, Funktionalisierung und Säkularisierung irritiert und in ganz neuer Form beansprucht. Nun ist Angst als individuelles und kollektives, als persönliches oder gesellschaftliches Phänomen, kein Novum der Moderne, jede Epoche kennt sie (Delumeau 1985; Böhme 2003, 27; Kittsteiner 2006, 103). So hatten vormoderne Epochen und ihre Kohärenznarrative ein umfangreiches Arsenal an Angstverarbeitungstechniken entwickelt. Man denke nur an die Idee der christlichen Heilsordnung und die hier eingeführten Angstagenten des Teufels, der Dämonen, der Hexen, Ketzer usw. Sichergestellt wurde dadurch, dass existenzielle Angst- und Bedrohungserlebnisse benannt, erklärt und letztlich auch entdramatisiert werden konnten. Das Neuartige im Verhältnis von Angst und Moderne dürfte darin liegen, dass Subjekten und Gesellschaften solche Adressen nicht mehr zur Verfügung stehen. Das schließt nicht aus, dass andere Agenten und Projektionen gesucht und gefunden werden, nationale, gruppenspezifische Feinde, fremde Ethnien usw. Denn auch für die Moderne gilt:

»Ein gemeinsamer Feind, den man als Kollektiv fürchten kann...ist der beste Garant für die Befriedung von Gemeinschafts- und Ordnungssehnsüchten. Dieser Mechanismus der Ohnmachtsverarbeitung spielt für das Verständnis des Sozialdarwinismus des 19. Jahrhunderts ebenso eine Rolle wie für die Analyse der emotionalen Grundierung des historischen und gegenwärtigen Antisemitismus« (Koch 2013, 8; außerdem Bude 2014).

Die individual- und massenpsychologische Verarbeitung von Ängsten und Verunsicherungen vor allem in den Beschleunigungs- und Entwurzelungsprozessen des 19. und frühen 20. Jahrhunderts kann daher gar nicht überschätzt werden (Rosa 2005). Das gilt auch für die neuen Effekte, die Hysterien und Irrationalismen, die damit verbunden sind (Broch 1979; Canetti 2006). »Angst«, so Luhmanns Pointe, »widersteht jeder Kritik der reinen Vernunft. Sie ist das moderne Apriori – nicht empirisch, sondern transzendental. Sie ist das Prinzip, das nicht versagt, wenn alle Prinzipien versagen.« (Luhmann 1986, 240). Für das Recht und die Rechte ist das ein Problem. Angst kann als Form individueller oder kollektiver Selbstvergewisserung nicht ignoriert, sie kann aber auch nicht als »konkurrierendes Prinzip« einfach hingenommen werden. Das Recht würde sein Stabilisierungspotential und folglich seine Legitimationsbasis aufgeben. Angst kann nur in der normativen Grammatik des Rechts ausbuchstabiert und so zumindest eingehegt werden, was bekanntermaßen schon Hobbes gesehen hat (Leviathan 1984). Aber wie kann ein Prinzip eingehegt werden, das

den rational beruhigten Diskurs- und Kommunikationsstandards des Rechts widerspricht und welche Dynamiken werden damit in Gang gesetzt?

### ⇒ 3.3. Sicherheitsszenarien und Kohärenzeffekte

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen: Das Wagnis der Freiheit besteht darin, dass die Moderne und mit ihr der liberale Staat subjektive Rechte als gegeben voraussetzt. Rechte sind Gestaltungs- und Machtoptionen, die aber nicht nur auf den hegemonialen Ordnungsdiskurs der Staats-Macht – im Sinne von Abwehrrechten – reagieren, sondern auch auf ein gemeinsames Freiheitswissen bezogen *sein sollen*. Subjektive Rechte sind daher dem »Wesen des Menschen« verpflichtet, weil der Mensch, wie Locke sagt, »der Herr seiner selbst ist« (Locke a.a.O.). Das sich aus der Voraussetzungslogik ergebende Primat der Rechte führt aber in handfeste Schwierigkeiten. Denn die politische und soziale Sphäre (Kultur), die öffentliche Ordnung, scheint so dem Einzelnen nur irgendwie gegenüber zu stehen. Offen bleibt dann jedoch, wie ein politisches Gemeinwesen Bindungskräfte und Kohärenzeffekte entwickeln kann, wenn die Partizipationsmöglichkeiten allein am privatbürgerlichen Status der Gesellschaftsbürger ausgerichtet werden. Wie wir gesehen haben, ist damit die Problemtiefe noch nicht ausgelotet. Das liegt daran, dass das Verhältnis von Recht(en) und Politik, Individuum und Staat selten mit der modernen Freisetzung von Ängsten und Verunsicherungen in Verbindung gebracht wird. Dadurch droht eine sehr selektive Wahrnehmung der gesellschaftlichen Orientierungserwartungen, und, was nicht weniger wichtig ist, der Stabilisierungspotentiale freier Gemeinwesen. Gerade weil die traditionellen Sinnagenten, wie Religion, Moral usw., als allgemein verbindliche nicht zur Verfügung stehen, Angst und Unsicherheitserfahrungen dennoch kohärent verarbeitet werden müssen, tritt das Recht in diese Position ein.

Das Recht wird damit zum Kompensationsmedium und die Techniken der Verrechtlichung zum Versprechen individueller Freiheitssicherung. Zugespitzt formuliert: Die Hochschätzung des Subjekts und der Respekt vor seinen Interessen forcieren geradezu eine Anpassung staatlicher Macht- und Rechteorganisation. Hinter der Rede vom Rechts- und Verfassungsstaat verbirgt sich die liberale Idee, dass individuelle Freiheitsgewährung ohne effektive Regulierungsbefugnisse nicht zu haben ist. In diesem Sinne ist der moderne Staat notwendig ein Interventions- und Vorsorgestaat (Ewald 1993). Wie kann man diese Wechselwirkung erklären, ohne dass man die Ausnahmestellung des

Individuums in der Moderne kassiert? Emile Durkheim schlägt folgende Deutung vor:

»Diese Schwierigkeit läßt sich nur beheben, wenn wir das Postulat aufgeben, wonach die Rechte des Individuums mit dem Individuum gegeben sind, und stattdessen davon ausgehen, daß erst der Staat diese Rechte einsetzt. Wir begreifen nun«, so Durkheim weiter »daß die Funktionen des Staates sich erweitern, ohne daß deshalb das Individuum eine Schmälerung erführe; und daß der einzelne sich entfaltet, ohne daß der Staat dadurch an Bedeutung verlöre, denn das Individuum wäre in gewisser Weise das Produkt des Staates [...]. Je stärker der Staat, desto größer die Achtung vom dem Individuum.« (Durkheim 1991, 85)

Durkheims Deutung ist deshalb nicht nur ausgesprochen interessant, sondern auch höchst brisant, weil sie zwei für den traditionellen Liberalismus grundsätzlich widerstreitende Prinzipien miteinander zu verknüpfen sucht: nämlich die Achtung vor dem Individuum, also die Steigerung subjektiver Gestaltungsmacht, mit der Steigerung der staatlichen Ordnungsmacht. Durkheim demonstriert mit seiner Deutung – ohne auf das normative Konzept einer positivierten Verfassung zurückzugreifen – wie die Verknüpfung von Rechtesicherung und Herrschaftslegitimation im liberalen demokratischen Rechtsstaat zur Geltung kommen kann. Individuum, Recht und Staat bezeichnen Garantiefunktionen einer stabilen sozialen Ordnung. D.h., das Individuum als Inhaber subjektiver Rechte und der Staat als Rechte-Garant sind gleichermaßen »Interessensvertreter« der sozialen Ordnung. Dass auf diese Weise die Rechte, zumindest in ihrer Genese und Begründung, wieder vom Individuum gelöst werden, ist nicht zu übersehen. Aber genau diese Verschiebung markiert sehr deutlich (auch wenn Durkheims Position alles andere als unbestritten ist), wie sich das Selbstverständnis liberaler Gemeinwesen und ihrer Akteure durch die gesellschaftlichen Ausdifferenzierungsprozesse des 19. und frühen 20. Jahrhunderts verändert. Rechte und Rechtesicherung werden zur großen, vielleicht sogar zu *der* Herausforderung der Rechtsstaatsmoderne. Mit anderen Worten, wenn die Hochschätzung des Individuums nicht zur Debatte steht, wenn gleichzeitig Angst und Verunsicherung dauerhaft eingehegt werden sollen, dann muss sich dieses Wechselverhältnis von Subjekt und Macht, von Freiheit und Regulierung auch im gesamten Rechtsdenken und im *realen* Rechtsregime widerspiegeln. Wir erkennen das an einer massiven Aufwertung des positiven Gesetzes und einer darauf abgestimmten Gesetzge-

bungs- und Rechtsanwendungstätigkeit (Neumann 1980). Rechtsgewährleistung ist keine Sache, die die Lebenswelt mit einer naturrechtlichen Metaphysik abzugleichen hätte. Recht und Gesetz sollen die gesellschaftlichen Gegebenheiten und insbesondere deren Konflikthaftigkeit regulieren. Sie werden deshalb auch nicht als Bestandteile der Sozialverhältnisse angesehen, sondern als fungible Instrumente staatlicher Intervention. Juristen sprechen von Ermächtigungs- oder Eingriffsnormen etc. Um diesen Status zu garantieren, sind sie zugleich Objekte des positiven Wissens, Resultate einer juristischen Expertokratie und Gegenstände permanenter Anpassung. Es ist diese säkular-rationale, empirische und auf gesellschaftliche Wirkung bedachte Programmierung des Rechtsregimes, die dem liberalen Gemeinwesen die notwendige Stabilität und damit auch normative Bindungskräfte verleihen soll.

Wir können das auch die moderne *Sorge des Rechts* nennen. Das Rechtsregime, Verfassung und Gesetz sollen die Macht der Staatsgewalten effektiv organisieren und gleichzeitig begrenzen; im Gegenzug jedoch einen umfassenden und frühzeitigen Schutz der Individuen ermöglichen. Das ist schon deshalb zu betonen, weil in der Rechts- und politischen Philosophie ganz im Sinne republikanischer Ideen zwar das Spannungsfeld zwischen individuellem Schutzbedürfnis, hoheitlicher Eingriffsmacht und Eingriffsbeschränkung diskutiert wird – der Kerngedanke der *rule of law* (Pettit 2015) – selten jedoch der Normhaushalt, seine konkrete Ausgestaltung, die Funktionen und die Formen der Prozeduralisierung zur Debatte stehen (Wiethölter 2014, 101). Widmet man sich der Gesetzgebungstätigkeit und den Normarrangements genauer, dann wird schnell sichtbar, dass wir es heute mit einer exorbitanten Zunahme rechtlicher Regulierungen zu tun haben. Es gibt (fast) nichts, das nicht zum Gegenstand »polizeilichen Regierens« werden kann (Foucault 1977, 172), angefangen bei einer spezifisch ausgerichteten Biopolitik bis hin zu einer großflächigen Sozialpolitik, was Habermas bekanntermaßen bewogen hat, von einer *Kolonialisierung der Lebenswelten* zu sprechen (Habermas 1985, 470). Beobachten kann man aber auch, dass diese Gesetzgebungstätigkeit immer häufiger mit einem Vorsorgekalkül zusammengeslossen wird. Ob hinsichtlich der Wirtschaft, der Medizin, der Umwelt oder eben der Kriminalität – die Frage nach der Beherrschung von Risiken und Kontingenz muss normativ verarbeitet werden. Denn auf dem Spiel stehen, wie wir spätestens seit Luhmann wissen, die Zukunft und vor allem die »Normalitätserwartungen« ganzer Gesellschaften (Luhmann 1991; Link 2006).

Damit werden aber die handlungsleitenden (Rechts-)Normen, ja die Rechtsordnung insgesamt, in eine nicht zu unterschätzende Dynamik hineingetrieben: Geht es doch darum, das würdebezogene Autonomiekonzept, die Person als Selbstzweck (Kant), mit einem Projekt gesellschaftlicher *Folgenorientierung* zu harmonisieren. Das Ergebnis sind permanent neu zu justierende Programme der Verhaltenssteuerung und Gefahrenantizipation, der Governance und Compliance (Zabel 2017). Deutlich wird hier etwas, was in Durkheims oben erwähnter Deutung einer wechselseitigen Steigerung von staatlichen Funktionen und individuellem Achtungsanspruch unterbelichtet bleibt. Nämlich dass diese Steigerungslogik durch ein modernes *Schutzpflichtverständnis* maßgeblich mitbestimmt wird. Rechtsansprüche auf der einen Seite forcieren weiträumige Pflichtenregelungen auf der anderen. Das schlägt sich gerade im polizei- und strafrechtlichen Denken wider. Denn, wenn die Erhaltung von Gütern und Werten – von Leben, Leib, Eigentum oder der »öffentlichen Ordnung« – das Ziel und die staatliche Pflicht ist, dann sind Rechtsgefährdungen das unbedingt zu Vermeidende. Vermeiden kann man Rechtsverletzungen aber nur effektiv, wenn die »Gefahrenabschirmungsniveaus« durch Gesetze ständig optimiert und vor allem der *Risikosensibilität* gegenwärtiger Gesellschaften, den Ängsten und Verunsicherungen angepasst werden.

Diese Anpassung der Gesetze an die Risikosensibilität gegenwärtiger Gesellschaften, an die Ängste und Verunsicherungen der Akteure, an tatsächliche oder vermeintliche Bedrohungslagen usw. unternimmt der moderne Staat durch eine *Politik der realen Erfahrung*. Diese *Politik der realen Erfahrung* sollte nicht als Randerscheinung liberaler Rechtsordnung oder als sozialpsychologische Zusatzoption funktionsrierender Ordnungen marginalisiert werden. Ganz im Gegenteil, man muss sie als systemkonstitutiv bezeichnen. Die *Politik der realen Erfahrung* begreift Ängste und Verunsicherungen zuallererst als Codes öffentlicher Verständigung über die Berechtigung und die Reichweite von Sicherheitsbedürfnissen. In diesem Sinne spricht Cass Sunstein zutreffend von *Gesetzen der Angst* (Sunstein 2007; Shklar 2013, 26). Nochmals wird die bemerkenswerte Drift sichtbar, die moderne Rechtsordnungen entwickeln. Ausgehend vom Garantie- und Schutzanspruch subjektiver Rechte werden stetig Verrechtlichungsprozeduren in Gang gesetzt, die zwei Funktionsstränge in sich vereinen: Zum einen soll das staatliche Rechtsgewährleistungsmonopol zur Geltung gebracht und durchgesetzt werden. Zum anderen geht es darum, durch das Vorsorgekalkül einen *symbolischen Überschuss*, d.h. Werte zu stabilisieren, die durch andere Normproduzenten, man

denke nur an die Religion, nicht mehr als allgemein anerkannte kommuniziert werden können (Bröckling 2008).

Besonders deutlich wird das am Wert der Sicherheit, der heute mit einer umfassenden Daseinsorge identifiziert wird. Indem Recht mit der Aufgabe betraut wird, für *rechtesichernde Kohärenzstimmung* zu sorgen (besonders auffällig ist das am modernen Umgang mit Gefahren, Verbrechen und Strafen), muss es im Gegenzug die Freiheitssphären des Einzelnen neu konfigurieren. Denn die Rechte des Einzelnen, so die liberale Idee, sind nur noch als umfassend abgesicherte etwas wert. Durch diese extensive Absicherung wird allerdings das Individuum in geradezu paradoxer Wendung zum *Kontroll- und Regulierungssubjekt*; mit anderen Worten, das Recht wird hegemonial und expansiv.

»[I]m Zeichen von Präventionsgesellschaften, Gefahrenmanagement und Angstkommunikation«, so Joseph Vogl, »[hat sich] der Gesellschaftsvertrag neu konsteliert. Er hat sich zu Sicherheitsverträgen verschoben, die auf einem Emissionshandel mit Angstderivaten beruhen und zu punktuellen Abgaben von Rechten (Datenschutz, Fernmeldegeheimnis, Unverletzbarkeit der Wohnung etc.) im Tausch mit Sicherheitsversprechen aufrufen. Das prägt die politische Dimension der Angst. Hier wird die Angstbesetzung von Unsicherheit in die Angstpolitik der Gefahrenabwehr konvertiert, Angstbereitschaft also in das Verlangen verwandelt, sicherer, fürsorglicher regiert zu werden.« (Vogl 2019).

Nun ist klar, dass sich eine Gesellschaft, von bestimmten Situationen abgesehen, nicht ständig und flächendeckend über eine wie auch immer codierte Angstpolitik definiert. Wir sollten aber sehen, dass die Angstpolitik zu einem elementaren und funktional einsetzbaren Bestandteil liberaler Rechtsordnungen avanciert ist. Gerade im Umgang mit gegenwärtigen Terrorphänomenen, und damit kommen wir noch einmal auf das Strafrecht zu sprechen, wird die Virulenz der liberalen Logik augenscheinlich. Die Bekämpfung von terroristischer Gewalt, wie sie inzwischen auch in westlichen Gesellschaften an der Tagesordnung ist, setzt eine Bekämpfungsgesetzgebung in Gang, die *für die Zukunft* Schlimmeres verhindern und irritierte Gesellschaften beruhigen soll. Gelöst wird dieses Recht immer weiter von traditionellen Zurechnungsvoraussetzungen für Verbrechen. Nicht die (individuelle) Schuld ist die Referenzgröße, sondern die radikale Feindschaft, die gefährliche Gefahr. In der Sache geht es um strafrechtliche Angstbewältigung qua Risikominimierung. Das aber lässt nicht nur die Gren-

zen zwischen Recht und Politik, zwischen Rechtsperson und Moralsubjekt wieder fließend werden. Installiert wird so zugleich ein unabschließbares und sich »selbst erfüllendes« Projekt: Denn das strafgesetzlich organisierte »Zuvorkommen« – nichts anderes bedeutet Vorsorge oder Prävention – ist aus der Angstkommunikation, aus einer *Politik der realen Erfahrung* heraus nicht mehr anzuhalten oder gar zu kritisieren. Wenn der nächste Terrorakt ausbleibt, dann scheint – vorerst jedenfalls – die massive gesetzliche Aufrüstung in Form von staatlichen Eingriffsrechten die richtige (Abschreckungs-)Strategie gewesen zu sein. Wenn es aber zum nächsten Terrorakt kommt, dann war die Terrorbekämpfung durch das Recht noch nicht ausreichend, weitere Präventionsmaßnahmen mithin erforderlich. David Garland hat im Anschluss an die Gouvernamentalitätsstudien Foucaults von einer *Kultur der Kontrolle* gesprochen. Genau genommen müsste man sogar von einer Kultur der Angst- und Unsicherheitsbeherrschung reden (Garland 2008; Foucault 2004).

Spätestens hier können wir erkennen, wie die liberale Moderne in ein Dilemma hineinsteuert: Die Revolution der Rechte hat den Einzelnen freigesetzt, hat ihn zum Freien und Gleichen vor dem Gesetz gemacht (in diesem Sinne verstehen sich jedenfalls die meisten demokratischen Gemeinwesen). Aber diese Emanzipation als Freier und Gleicher verweist den Einzelnen auf eine neue *Bedürftigkeit*. Denn als Mitglied der säkularen bürgerlichen Gesellschaft genießt er nicht nur die Hochschätzung seiner Person. Er muss auch mit den latenten Risiken und Ängsten umzugehen lernen, mit denen er beständig konfrontiert wird. Durch die Risiko- und Angstsensibilität heutiger Gesellschaften wächst dem positivem Recht und dem Staat als Gewaltmonopolisten eine Schutz- und Regulierungspflicht zu, die wir in dieser Verknüpfung nur aus der politischen Theorie des Thomas Hobbes kennen. Auch wenn die Unterschiede zwischen den Epochen und Gesellschaftsentwürfen beträchtlich sein mögen, ist doch nicht zu verkennen, dass die moderne liberale Freiheitsidee selbst nicht nur ein großes Maß an Verunsicherungen produziert, sondern auch ein höchst riskantes und gefährdetes Versprechen bleibt.

#### ⇒ 4 Die Politik der Freiheit

Gibt es einen Ausweg aus diesem Dilemma? Die Frage ist so groß und weitreichend, dass sie hier nicht beantwortet werden kann. Einige wenige kursorische Bemerkungen müssen genügen. Wenn wir beobachten können, dass das Recht und die Rechte ein solch paradoxe Wirkung entfalten, um das liberale Freiheitsversprechen verwirklichen

zu können, müssen wir dann am Recht selbst ansetzen, es sogar in Frage stellen? So sehen es etwa Christoph Menke, Daniel Loick und Andras Fischer-Lescano (Menke, 2015, 309; Loick 2017, 279; Fischer-Lescano 2015). Die damit verknüpfte Idee der Gegenrechte, eines »postjuridischen« oder menschlichen Rechts will darauf aufmerksam machen, dass das Recht vor allem zwei Gefahren hervorbringt: eine Erosion politischer Gestaltungsfähigkeit, d.h. ein weitgehendes Desinteresse an den öffentlichen Angelegenheiten des Gemeinwesens, und eine Regression normativer Orientierung durch eine nur noch an der Regierbarkeit der Subjekte ausgerichtete Gesetzgebung und Gesetzesanwendung. Mit dieser Perspektive, so die These dieser Rechtskritik, verlieren die Gemeinwesen und ihr Recht den kulturellen Horizont aus dem Blick, der sie umgibt. Sie verstehen ihre eigenen Voraussetzungen – das Ethos – nicht mehr. Gegen diese Regressionstendenzen sollen ein Recht und eine Emanzipation der Subjekte helfen, die, um mit Foucault zu sprechen, die Subjektivierungs- und Unterwerfungsprozesse nicht mehr nur hinnehmen und ertragen, sondern in ein *Gestaltungsvermögen aus Freiheit* umwidmen. Einzelheiten können wir hier nicht diskutieren (vgl. Zabel 2018, 187). Die Quintessenz ist aber klar. Es geht darum, dem Recht (wieder) eine politische und soziale Dimension einzuverleiben und auf diese Weise neue Bindungs- und Kohärenzkräfte innerhalb eines Gemeinwesens freizusetzen. Wir sollten, so lässt sich zugespitzt formulieren, das Recht und die Rechte als ein Medium interpretieren, das als Teil dieses Zusammenlebens und insofern als Motor gesellschaftlicher Teilhabe begriffen werden kann.

Diese politische und soziale Öffnung des Rechts ist grundsätzlich zu begrüßen, gerade weil sie Freiheit, Recht und die Organisationsformen des Politischen in ein direktes Verhältnis zueinander setzt. Die Stabilität eines Gemeinwesens ist eben nicht allein über eine juridische Verwaltung zu erzeugen. Nur inwiefern kann die vorgeschlagene Politisierung des Rechts etwas zur Angst- und Kontingenzbewältigung liberaler Gesellschaften beitragen? Auf den ersten Blick relativ wenig, denn die erwähnte Rechtskritik diskutiert die Dynamik der Verrechtlichung wenn überhaupt nur am Rande. Wenn aber das Recht und die Rechte als Teil des sozialen Zusammenlebens verstanden werden sollen, dann können sie möglicherweise auch zu einer Art Reflexionskraft im Umgang mit Ängsten und Kontingenz werden. Zur Erinnerung: Wir hatten betont, dass der moderne Staat die Anpassung der Gesetze an die Risikosensibilität gegenwärtiger Gesellschaften, an die Ängste der Akteure, an tatsächliche oder nur vermeintliche Bedrohungslagen durch eine *Politik der realen Erfahrung* unternimmt.

Danach begreift die Politik der realen Erfahrung Ängste und Verunsicherungen als Codes öffentlicher Verständigung über die Berechtigung und die Reichweite von Sicherheitsbedürfnissen.

Diese Idee der öffentlichen Verständigung und Kommunikation kann als Anknüpfungspunkt dienen. Allerdings ist diese Form der Kommunikation im Sinne einer regulierenden Politik ausschließlich auf die Gesellschaftsbürger als Angstsubjekte bezogen. Diese Seite der privaten und passiven Gesellschaftsbürger sollte gar nicht bestritten oder marginalisiert werden, ganz im Gegenteil. Angst ist, wie wir schon gesehen haben, ein omnipräsenter Faktor im Leben jedes Menschen. Mit Luhmann haben wir von einem transzendentalen Prinzip gesprochen und so darauf bestanden, dass Angst ein authentischer und nicht bestreitbarer Handlungsimpuls von Individuen und Kollektiven ist. Ein Recht, das als reflexives das Interesse an den öffentlichen Angelegenheiten des Gemeinwesens zur Geltung bringt, bringt die Angst nicht zum Verschwinden. Aber es kann einen anderen Umgang mit Angst und Unsicherheit veranlassen. Gerade weil sich die Gesellschaftsmitglieder immer auch in der Sprache von Angst und Sicherheitsbedürfnissen verständigen und eine staatliche Jurisdiktion darauf reagiert, kann eine reflektierte Angstkommunikation in der Öffentlichkeit dazu führen, die Dynamiken von gesetzlicher Regulierung, gesellschaftlicher Kontrolle und staatlicher Intervention kritischer zu betrachten. Angstkommunikation bezieht sich insofern auf die Verantwortung, die die Gesellschaftsmitglieder in ihren sozialen Rollen (als Familienangehörige, als Lehrerin, Politikerin oder Ministerialbeamter) wahrnehmen. Sie bezieht sich auf ein Gestaltungsinteresse der Akteure, das Verunsicherungen und Angst nicht nur hinnimmt oder ideologisch überzeichnet, sondern produktiv wendet, d.h. in den Infrastrukturen der Zivilgesellschaft, in den Vereinen und NGOs, in den Schulen und Universitäten, zu einer politischen Frage macht. Und sie bezieht sich auf eine Alltagsvernunft und politische Urteilskraft, dass wir nämlich selbst entscheiden können, ob und wie wir uns auf die Logik der Angst, auf das Kalkül der Angstmacher, einlassen wollen. In diesem Sinne können wir dann auch von einer positiven, reflektierten Angst- oder besser: von einer Gesellschaftspolitik sprechen (wie schwierig eine solche produktive Umsetzung in konkreten Situationen allerdings sein kann, zeigt die gegenwärtige Kontroverse zur Migrationsfrage). Eine Politik realer Erfahrung kann so letztlich eingebettet werden in ein Selbstkonzept liberaler Gemeinschaften, das Angst und Sicherheitsbedürfnisse ernst nimmt, das aber ebenso darauf besteht, dass diese Erfahrungen und Bedürfnisse nur in Abhängigkeit von unserem *Freiheitswillen* einen Einfluss auf uns

haben sollten. Wir sind als Angst- und Rechtssubjekte vor allem eines, Freiheitsbürger.

Böckenfördes Verweis auf das Wagnis der Freiheit, das liberale Gemeinschaften im Innersten prägt, ist damit ein Hinweis auf die Freiheitskräfte, die dem Recht eingelagert sind, aber auch darauf, dass diese Kräfte das Recht in Bewegung setzen können und d.h. über es hinausweisen. Weder geht es damit um eine frivole Verteidigung des Hobbesschen Leviathan noch um eine pauschale Kritik liberaler Werte. Entscheidend für die Stabilität moderner Gesellschaften ist vielmehr das Interesse der Akteure, sich als Teil dieser Freiheitskräfte zu verstehen. Es wäre womöglich ein erster Schritt aus dem Dilemma liberaler Rechts- und Angstvorstellungen.

## ⇒ Literaturverzeichnis

Arendt, Hannah (1949): Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: Die Wandlung 4, 754-770.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991): Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 92-114.

Böhme, Hartmut (2003): Zur Kulturgeschichte der Angst und der Katastrophe, in: Anne Fuchs/ Sabine Strümper-Krobb (Hg.), Sedimente, Gefühle, Empfindungen. Zur Geschichte der Literatur des Affektiven von 1770 bis heute, Königshausen&Neumann: Würzburg.

Brandom, Robert B. (2015): Wiedererinnerter Idealismus, Berlin: Suhrkamp.

Bröckling, Ulrich (2008): Vorbeugen ist besser ... Zur Soziologie der Prävention. In Behemot. A Journal on Civilisation, Berlin: Akademie Verlag, 38-48.

Brown, Wendy (2011): Die Paradoxien der Rechte ertragen, in: Christoph Menke/ Francesca Raimondi (Hg.), Die Revolution der Menschenrechte, Berlin: Suhrkamp, 454-473.

Bude, Karl Heinz (2014): Gesellschaft der Angst, Hamburg: Hamburger Edition.

Delumeau, Jean (1985): Angst im Abendland. Eine Geschichtekollektiver Ängste im Europa des 14. bis 18. Jahrhunderts, Hamburg: Reinbeck.

Durkheim, Emile (1991): Physik der Sitten. Vorlesungen zur Soziologie der Moral, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Ewald, Francois (1993): Der Vorsorgestaat, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Fischer-Lescano, Andreas (2015): Rechtskraft, Berlin: August Verlag.

Foucault, Michel (1977): Sexualität und Wahrheit. Bd. 1. Der Wille zum Wissen. Frankfurt a.M. übers. von Ulrich Raulf u. Walter Seitter, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Foucault, Michel (2004): (2004): Geschichte der Gouvernementalität. Bd. 2. Die Geburt der Biopolitik. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Feinberg, Joel (1978): Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life, in: Philosophy & Public Affairs, Vol. 7, No. 2, 93-123.

Garland, David (2008): Kultur der Kontrolle, Frankfurt am Main/ New York: Campus.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1821/ 2009): Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse oder Grundlinien der Philosophie des Rechts, Gesammelte Werke Bd. 14, 1, hg. von Klaus Grotzsch und Elisabeth Weisser-Lohmann, Hamburg: Meiner.

Habermas, Jürgen (1985): Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag.

Henrich, Dieter (1986): Konzepte. Essays zur Philosophie der Zeit, Frankfurt a Main: Suhrkamp.

Horkheimer, Max/ Adorno, Theodor W. (1947): Dialektik der Aufklärung, Amsterdam: Querido.

Hobbes, Thomas (1984): Leviathan. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Jellinek, Georg (1905): System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Mohr: Tübingen.

Kant, Immanuel (1900/ 1968): Metaphysik der Sitten. Rechtslehre. Akademie-Ausgabe. Berlin, New York: De Gruyter.

Kelsen, Hans (1920): Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen: Mohr.

Kelsen, Hans (1934): Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig/Wien: Deuticke.

Kervégan, Jean-François (2018): Unsittliche Sittlichkeit? Überlegungen zum 'Böckenfördes Theorem' und seine kritische Übernahme bei Habermas und Honneth, in: Stekeler-Weithofer, Pirmin; Zabel, Benno (Hg.), Philosophie der Republik, Tübingen: Mohr Siebeck, 367-281.

Kittsteiner, Heinz-Dieter (2006): Wir werden gelebt. Formprobleme der Moderne, Hamburg: Philo.

Koch, Lars (2013): Einleitung: Angst und Moderne, in: ders. (Hg.) Angst. Ein interdisziplinäres Handbuch, Stuttgart/Weimar: Metzler.

Link, Jürgen (2006). Versuch über den Normalismus. *Wie Normalität produziert wird*, 3. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Locke, John (1977): Zwei Abhandlungen über die Regierung, hg. v. Walter Euchner, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Loick, Daniel (2017): Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Recht, Berlin: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1981): Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: ders.: Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 45–104.

Luhmann, Niklas (1984): Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1986): Ökologische Kommunikation. Kann sich die moderne Gesellschaft auf ökologischen Gefährdungen einstellen? Westdeutscher Verlag: Opladen.

Ders. (1991): Soziologie des Risikos. Berlin/ New York: De Gruyter.

Macpherson, Crawford Brough (1962) *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford: Clarendon.

Marx, Karl (1977): Zur Judenfrage, in: Karl Marx/ Friedrich Engels – Werke, Bd. 1, Berlin: Dietz-Verlag, 347-377.

Menke, Christoph (2015): Kritik der Rechte, Berlin: Suhrkamp.

Menke, Christoph (2018): Am Tag der Krise, Berlin: August Verlag.

Mouffe, Chantal (2007): Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion, Berlin: Suhrkamp.

Neumann, Franz L. (1980): Die Herrschaft des Gesetzes. eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Nozick, Robert (2006): Anarchie Staat Utopia, München: Olzog.

Pettit, Philip (2015): Gerechte Freiheit. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag.

Quante, Michael (2011): Die Wirklichkeit des Geistes. Studien zu Hegel, Berlin: Suhrkamp.

Rawls, John (1975): Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Rawls, John (1992): Die Idee des politischen Liberalismus, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Rosa, Hartmut (2005): Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Schmitt, Carl (1927): Der Begriff des Politischen, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 58, 1-33.

Shklar, Judith (2013): Liberalismus der Furcht. Berlin. Matthes & Seitz.

Strauss, Leo (1953): Natural Right and History, Chicago & London: Chicago Press.

Suárez, Francisco (1965): Abhandlung über die Gesetze und Gott als Gesetzgeber, in: Josef de Vries (Hg.), Ausgewählte Texte zum Völkerrecht, Tübingen: Mohr.

Sunstein, Cass (2007): Gesetze der Angst, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.

Vieweg, Klaus (2012): Das Denken der Freiheit. Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts, München: Wilhelm Fink.

Vogl, Joseph (2019): Artikel: Angst, Bibliothek 100 Jahre Gegenwart, Berlin: Matthes & Seitz.

Weber, Max (1980): Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Mohr: Tübingen.

Wiethölter, Rudolf (2014): Recht in Recht-Fertigungen. Ausgewählte Schriften, hg. von Zumbransen, Peer, Amsturz, Marc, Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag.

Zabel, Benno (2017): Die Ordnung des Strafrechts, Tübingen: Mohr Siebeck.

Zabel, Benno (2018): Gerechtigkeit und »responsive« Demokratie, in: Gegenrechte, Fischer-Lescano, Andreas et al. (Hg.), Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts, Tübingen; Mohr Siebeck, 187-292.

---

**Zitationsvorschlag:**

Zabel, Benno (2018): Das Wagnis der Freiheit. Recht, Politik und die Angst der Moderne. (Ethik und Gesellschaft 2/2018: Rechtsbrüche). Download unter: <https://dx.doi.org/10.18156/eug-2-2018-art-1> (Zugriff am [Datum]).

---



**ethikundgesellschaft**  
**ökumenische zeitschrift für soziaethik**

**2/2018: Rechtsbrüche**

Benno Zabel

Das Wagnis der Freiheit. Recht, Politik und die Angst der Moderne

Judith Hahn

Entgrenzte Bukowina. Was ist und leistet Recht in einer normpluralistischen Perspektive?

Christian Polke

Vom Bruch im Recht. Kulturtheoretische Vorüberlegungen mit Ernst Cassirer

Franziska Dübgen

Rechtsbruch und Strafe. Gerechtigkeitstheoretische Erwägungen

Markus Babo

Das Asylrecht als sperrige Institution in der Rechtsordnung