

Michael Frey, Leipzig

# Abstrakte Körper

## Die Leere des Rechts

Als Lebewesen besitzt der Mensch einen Körper, in dem und durch den sich seine Lebenstätigkeit vollzieht. Dieser Körper ist der Ort spezifischer Bestimmungen dessen, was er tut und wie er lebt. Er ernährt sich beispielsweise im Allgemeinen von Äpfeln, oder er isst jetzt gerade eine Birne, oder er besitzt eine Wohnung und Bücher oder spielt jetzt gerade auf seinem Klavier eine Fuge. Als Rechtssubjekt hingegen ist er im Grunde genommen, das heißt hinsichtlich des Prinzips, das ihn als Rechtssubjekt konstituiert, erst einmal vollkommen unbestimmt. Er erscheint gemäß diesem Prinzip, nennen wir es das Rechtsprinzip, als ein abstrakter Körper, oder genauer: als ein solcher Körper im Verhältnis zu einem anderen abstrakten Körper. Daraus ergibt sich folgende Grundschwierigkeit des Rechts: Nämlich zu verstehen, worin die Quelle der Bestimmungen des Rechtssubjekts *als* Lebewesen liegt. Worin liegt also der Grund dessen, wie das Rechtssubjekt zu leben hat und was es in Gestalt eines konkreten menschlichen Körpers zu tun hat? Mit dieser Frage soll sich mein Beitrag beschäftigen.

## 1 Die Abstraktion des Rechts

In Kants Rechtslehre ist der Gedanke tragend, dass „Recht“ bloß das äußere Verhältnis zweier oder mehrerer Subjekte betrifft. Das heißt, was Recht ist, sieht vollkommen von *inneren* Aspekten der betreffenden Subjekte ab. Sie beziehen sich durch den Begriff des Rechts rein äußerlich aufeinander. Doch was bedeutet das?

Eine wesentliche Charakterisierung des Rechtsverhältnisses besteht darin, dass es von jeglichen materialen Bestimmungen der Willkür der Subjekte absieht, die in es eingehen. Kant beschreibt das in der *Metaphysik der Sitten* folgendermaßen: „[I]n diesem wechselseitigen Verhältnis der Willkür kommt auch gar nicht die Materie der Willkür, d. i. der Zweck, den ein jeder mit dem Objekt, was er will, zur Absicht hat, in Betrachtung, z. B. es wird nicht gefragt, ob jemand bei der Ware, die er zu seinem eigenen Handel von mir kauft, auch seinen Vorteil finden möge, oder nicht, sondern [es wird] nur nach der Form im Verhältnis der beiderseitigen Willkür [gefragt], sofern sie als frei betrachtet wird, und ob dadurch die Handlung eines von beiden sich mit der Freiheit des andern nach einem all-

gemeinen Gesetz zusammen vereinigen lasse“.<sup>1</sup> Der grundlegende Begriff des Rechtsverhältnisses zweier Subjekte abstrahiert also vollkommen von jeglichen Zwecken, durch die sie sich bestimmen könnten. Wenn beurteilt wird, ob das, was beide tun, recht ist, ist irrelevant, was beide je mit ihrem Tun beabsichtigen. Es geht lediglich darum, wie sie sich wechselseitig affizieren und ob sie sich hinsichtlich ihrer Freiheit einschränken. Das bedeutet es, dass das Recht nur „nach der *Form* im Verhältnis der beiderseitigen Willkür“ fragt, und zwar „sofern sie als frei betrachtet wird“.<sup>2</sup>

Mit dieser Charakterisierung des Rechts vertritt Kant eine genuin moderne Auffassung des Rechts. Darauf werde ich später nochmals ausführlicher zurückkommen. Der Kern des Rechts besteht für ihn in der Idee der subjektiven Freiheit und um diese Idee zu fassen, sieht er in einem ersten Schritt von jeglichen Inhalten der Zwecksetzung, von jeglichen gegebenen Bestimmungen dessen ab, was für Bedürfnisse, was für Sitten oder welche gesellschaftlichen Zwecksetzungen für ein Rechtssubjekt maßgeblich sind. Deswegen ist das Recht in seinem Kern leer oder wie wir es auch bezeichnen können: formal. Es kennt keine materialen Bestimmungen der Subjekte, die es als konstitutiv im Verhältnis zueinander stehend begreift. Die Subjekte treten sich im Rechtsverhältnis also als abstrakte Körper gegenüber, das heißt als Materie, die durch keinen spezifischen Zweck bestimmt ist. Hierin unterscheidet sich das Rechtsverhältnis etwa vom Verhältnis zweier Subjekte, die je einer unterschiedlichen Lebensform angehören – etwa vom Verhältnis des Wolfs zum Reh. Da ist durch die jeweilige Lebensform eindeutig bestimmt, was die Zwecke der beiden Pole sind und was geschieht, wenn sie aufeinander treffen.<sup>3</sup> Das Rechtsverhältnis hingegen abstrahiert davon, dass die Rechtssubjekte, die in es eingehen, eine *spezifische* Lebensform haben.

Doch das bedeutet nun nicht, dass die Rechtssubjekte sich als rein physikalische Objekte aufeinander beziehen, wie etwa zwei Magnete derselben Polung. Das Recht bezieht sie in seinem fundamentalen Prinzip als Subjekte einer freien Willkür aufeinander, das heißt, als Subjekte, die frei sind, Zwecke zu setzen. Wenn wir also in einem Verhältnis zueinander stehen, das Recht ist, dann schränke ich *deine* Zwecksetzung nicht ein und *du* nicht die meine – dies jedoch völlig allgemein betrachtet, das heißt ganz unabhängig davon, welche Zwecke wir je *in concreto* verfolgen beziehungsweise verfolgen können. Ein Rechtssubjekt bezieht sich also auf ein anderes Rechtssubjekt als die bloße Verwirklichung eines Wesens, das frei ist darin, Zwecke zu setzen, und das frei ist, die ihm zugehörigen

---

1 Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1977), A 33.

2 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 1), A 33.

3 Vgl. hierzu etwa G.W.F. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften II* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986), §§ 367–368.

Mittel – insbesondere seinen Körper – zur Realisierung der betreffenden Zwecke einzusetzen. Das kommt in Kants Definition des ursprünglichen und einzigen Rechts zum Ausdruck, das ein Rechtssubjekt als solches besitzt – er nennt es das angeborene Recht, das sich im inneren Mein und Dein, das heißt im Körper – oder genauer: in meinem Körper im Verhältnis zum Körper eines jeden andern Rechtssubjekts – verwirklicht. Das innere Mein und Dein ist der Körper des Rechtssubjekts *als* die Verwirklichung seines fundamentalen Prinzips, nämlich des angeborenen Rechts: „Freiheit [oder auch] (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche jedem Menschen, kraft seiner Menschheit zustehende Recht“.<sup>4</sup> Freiheit ist also das erste und konstitutive Recht des Menschen. Doch was heißt hier „Freiheit“ konkret oder genauer „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“? Wann schränke ich die Freiheit eines anderen Rechtssubjekts ein; wann nötige ich ihm eine Zwecksetzung auf?

Ich schränke etwa die Bewegungsfreiheit eines Subjekts, indem ich es einzäune, nur dann ein, wenn es das entsprechende Bewegungsvermögen hat. Oder ich nötige jemandem den Zweck, wach zu sein, durch mein lautes Singen nur dann auf, wenn er im gegebenen Augenblick den Zweck haben könnte, zu schlafen. Wie kommt das Recht aber zu solchen konkreten Inhalten? Etwa wenn es um Ruhestörung geht? Zu welcher Zeit kann man den Zweck haben, zu schlafen, und zu welcher nicht? Woher kommt etwa die materiale Bestimmung einer Rechtsnorm, die Ruhestörung regelt; woher der Rechtsbegriff der Nachtruhe? Dieser Frage, der Frage nach den konkreten, inhaltlichen Bestimmungen des Rechts möchte ich im Folgenden nachgehen.

## 2 Die innere Spannung des Rechts

Für Niklas Luhmann oder auch für Christoph Menke ist ein Rechtssystem, das sich in seinem fundamentalen Prinzip durch die eben beschriebene Abstraktion konstituiert, modernes Recht. Laut Niklas Luhmann ist das moderne Recht modern, insofern es durch eine spezifische Form von Selbstreferenz, durch Beobachtung zweiter Ordnung, charakterisiert ist – und Christoph Menke versteht das moderne Recht dahingehend als modern, dass es im Unterschied zu traditionel-

---

<sup>4</sup> Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 1), S. A 45.

lem Recht entsittlicht ist.<sup>5</sup> In der Auffassung, dass das moderne Recht durch eine ihm eigene Abstraktion, durch eine spezifische Form der Selbstreferenz beziehungsweise durch Entsittlichung bestimmt ist, kommt die Grundproblematik eines jeden Rechtssystems zum Ausdruck. Nennen wir diese Grundproblematik die *innere Spannung des Rechts*. Das möchte ich nun ausführen, um dann auf zwei mögliche Weisen einzugehen, wie das moderne Recht mit dieser Spannung umgehen kann.

Wenn das Recht in seinem ersten und grundlegenden Prinzip in der dargestellten Weise eine Abstraktion vornimmt und von jeglichen Zwecken, von jeglichen materialen Bestimmungen absieht – wenn es sich also in seinem Fundament als formales oder abstraktes Recht begreift, dann wirft das die Frage auf, woraus sich die Gültigkeit material bestimmter Rechtsnormen erklärt. Woher stammt also die inhaltliche Bestimmtheit des Rechts? Dass das Recht die Gestalt eines Systems inhaltlich bestimmter Rechtsnormen annimmt, ist notwendig. Denn nur als ein inhaltlich bestimmtes Rechtssystem kann es als eine konkrete rechtliche Wirklichkeit auftreten. Oder anders formuliert: Nur durch inhaltlich bestimmte Normen kann es die Wirklichkeit einer Gesellschaft oder einer Pluralität von Rechtssubjekten normativ bestimmen und gestalten. Formale und zunächst leere Begriffe wie „Eigentum“ oder „Vertrag“ müssen konkretisiert werden, so dass sie anwendbar sind. Es muss etwa festgelegt werden, unter welchen Umständen ein mir entlaufenes Tier noch als mein Eigentum gilt oder zu welchen Zeiten ich mein Klavier nutzen darf, ohne dadurch die Willkür meines Nachbarn zu bestimmen oder einzuschränken, oder es muss festgelegt werden, unter welchen konkreten Umständen ein Vertrag gültig ist, ob er etwa der Schriftform bedarf oder welche Fristen oder Umstände der Bewertung der betreffenden Sache zu berücksichtigen sind. Das moderne Recht ist also mit der Frage konfrontiert, wie seine inhaltlichen Bestimmungen zustande kommen und worin der Grund ihrer Gültigkeit liegt.

In traditionellen Rechtssystemen werden die inhaltlichen Bestimmungen gerechtfertigt, indem auf Sitte, Religion oder die Natur des Menschen verwiesen wird. Das Recht stellt so die Verrechtlichung sittlicher, religiöser oder anderer Vorstellungen davon, was richtig ist, dar. Gewissermaßen kann hier noch gar nicht wirklich zwischen Recht auf der einen Seite und Sitte, Religion oder Natur auf der anderen Seite unterschieden werden. Die Ausdifferenzierung dieser Bereiche – so zum Beispiel Niklas Luhmann – ist eine Errungenschaft der Moderne. Das moderne Rechtssystem begreift sich als autonome Quelle der für es gültigen Normen

---

<sup>5</sup> Vgl. etwa Niklas Luhmann, *Die Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981) oder Christoph Menke, *Kritik der Rechte* (Berlin: Suhrkamp, 2015), Teil I.

und Begriffe. Doch dies konfrontiert das Rechtssystem mit einer grundlegenden Schwierigkeit, die ich die innere Spannung des Rechts nennen möchte.

Das moderne Recht ist durch seine für es konstitutive Abstraktion von jeglichen allgemein verbindlichen Zwecken positives Recht. Nur als positives Recht kann es sich als autonome Quelle der für es gültigen Normen begreifen. Es ist so hinsichtlich der Frage nach der Gültigkeit seiner Normen und Begriffe von allem losgelöst, was ihm als gegeben erscheint. Prinzipiell ist für es jede inhaltliche Bestimmung möglich. Ob eine solche Bestimmung jedoch eine gültige Norm wird, hängt von einer willkürlichen Setzung ab. Doch dann oszilliert es in der Entscheidung, ob eine spezifische Bestimmung nun gültig ist, zwischen *Willkür* und *Gegebenheit*. Entweder es fasst die für es relevanten normativen Bestimmungen als willkürlich auf, oder es behandelt seine normativen Bestimmungen in dogmatischer Weise als gegeben. Diese beiden Weisen, die Gültigkeit von normativen Bestimmungen aufzufassen, widersprechen jedoch je dem Anspruch des Rechtssystems, autonome Quelle inhaltlicher Bestimmungen zu sein. Denn werden diese Bestimmungen als willkürlich begriffen, kollabiert jeder Anspruch auf Gültigkeit. Werden sie aber als gegeben aufgefasst, widerspricht das der Autonomie des Rechtssystems. In der Grundoperation des modernen Rechts, das heißt in der Positivierung von inhaltlichen, rechtlichen Bestimmungen, besteht also eine *innere Spannung zwischen Willkür und Gegebenheit*.

Die innere Spannung des Rechts manifestiert sich nun in Gestalt eines Dilemmas, wenn wir – wie etwa Niklas Luhmann oder Christoph Menke – die inhaltliche Bestimmung des Rechtssystems durch den Kontrast von Innen und Außen des Rechts erläutern.<sup>6</sup> Dieser weitverbreiten Ansicht zufolge verhält sich das Rechtssystem konstitutiv zu einer Sphäre der Äußerlichkeit und nur durch dieses Verhältnis zu seinem Außen kann es spezifische normative Bestimmungen verankern oder für es relevante Entscheidungen treffen. Es ist die Überzeugung, dass die inhaltliche Bestimmtheit des Rechts durch das Verhältnis einer rechtsimmanenten Sphäre zu einer Sphäre dessen zu erläutern ist, was dem Recht als solchem äußerlich ist und ihm deshalb als gegeben erscheint. Als Sphäre der Äußerlichkeit des Rechts kann hierbei etwa die Sphäre der Sittlichkeit, die Gesellschaft, Religion, die Natur des Menschen oder die aggregierten Präferenzen einer Pluralität von Subjekten fungieren.

Wie ich nun aufzeigen möchte, ergibt sich also ein Dilemma, wenn die Autonomie des Rechts, das heißt seine Selbstbestimmung, durch den Bezug des Rechtssystems auf sein Außen, das heißt auf Sitte, Religion oder Natur, erläutert wird. Versteht man die Selbstbestimmung des modernen Rechts nicht als

---

<sup>6</sup> Vgl. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993)

rechtsimmanent, sondern als eine spezifische Interaktion von Innen und Außen, dann resultiert daraus, wie ich zeigen möchte, das Dilemma von *Liberalismus* und *Totalitarismus*, den zwei Gestalten des modernen Rechts, die dem Anspruch desselben widersprechen, letzte Quelle gültiger normativer Bestimmungen zu sein. Das möchte ich nun mit Hilfe von Niklas Luhmanns systemtheoretischer Auffassung des modernen Rechts darstellen.

### 3 Das Dilemma des modernen Rechts

Für Niklas Luhmann ist das moderne Recht dadurch modern, dass es ein autopoietisches Teilsystem einer funktional-differenzierten Gesellschaft darstellt, das ausschließlich nach eigenen Funktionsprinzipien operiert und sich als solches von anderen Teilsystemen der Gesellschaft – etwa der Religion, der Wissenschaft oder der Wirtschaft – aber auch von einzelnen Subjekten unterscheidet und diese je in die Umwelt, das heißt in eine Sphäre der Äußerlichkeit, setzt. So sind diese ihm äußerlichen Funktionen für das Recht *als* Recht nicht mehr bestimmend, außer sie werden gemäß den rechtsimmanenten Prinzipien und Funktionen beobachtet und funktionsfähig gemacht.<sup>7</sup>

Für Luhmann wie auch für Menke wird das, von dem das moderne Recht abstrahiert, zwar in seine Sphäre der Äußerlichkeit verschoben, aber das Recht bleibt *als* Recht konstitutiv darauf bezogen, um sich selbst zu bestimmen. Das moderne Recht weist also durch seinen abstrakten Charakter eine konstitutive Offenheit auf, eine Offenheit zu etwas Äußerlichem, auf das es angewiesen ist, um zu funktionieren, um zu operieren, also um überhaupt zu sein, was es ist. Diesen Gedanken will ich nun aus einer systemtheoretischen Perspektive rekonstruieren.

Systemtheoretisch betrachtet ist die Operationsweise des Rechtssystems das intrajuridische Unterscheiden von Recht und Unrecht, das im gleichen Akt den Unterschied von System und Umwelt, von Recht und Nichtrecht, das heißt den Unterschied von Innen und Außen generiert. Sinnverarbeitende, autopoietische Systeme, wie etwa das Rechtssystem, sind weiterhin durch eine genuine Selbstbezüglichkeit charakterisiert. Sie beziehen sich in ihrem operativen Vollzug immer auch in einer spezifischen Weise auf sich selbst. Denn nur dadurch ist ein systematischer Zusammenhang einer Vielheit solcher Vollzüge möglich. Selbstreferenz ist also konstitutiv für das Operieren des Systems. Durch die Selbstreferenz wird die für das System spezifische Form des Unterscheidens jedoch auf sich selbst angewandt. Die Operation, die einerseits Recht von Unrecht und anderer-

---

<sup>7</sup> Vgl. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (s. Fn. 6).

seits Recht von Nichtrecht unterscheidet, wird folglich plötzlich gemäß dem eigenen Operationsprinzip beurteilt. Es wird gefragt, ob das, was Recht ist, tatsächlich Recht ist und nicht vielmehr Unrecht beziehungsweise Nicht-Recht. Luhmann bezeichnet das als Beobachtung zweiter Ordnung oder re-entry, als Wiedereintritt der Unterscheidung in sich selbst. In dieser selbstbezüglichen Struktur kommt zum Ausdruck, dass das System ein „Bewusstsein“ davon hat, dass es sich selbst hervorbringt, dass es in seinen Vollzügen also autonom ist, das heißt ausschließlich gemäß eigener Prinzipien operiert. Es erkennt, dass es selbst die Quelle des Unterschieds von Recht und Nichtrecht beziehungsweise von Recht und Unrecht ist.

Durch das „Bewusstsein“ davon, dass das System selbst Quelle seiner Vollzüge ist, indem es selbst Quelle seiner für es konstitutiven Differenz ist, ergibt sich für das System aber eine fundamentale Schwierigkeit: Es kann nicht mehr entscheiden, ob das, was es hervorbringt, sein Vollzug, wirklich zum System gehört oder nicht. Durch die Selbstreferenz tritt also eine fundamentale Unentschiedenheit ins System ein. Es lässt sich nicht mehr dezidiert feststellen, ob ein Vollzug des Systems nun rechtlich oder nicht-rechtlich, recht oder unrecht ist. Diese Unentschiedenheit ist direkte Folge der Selbstreferenz und hat zwei Seiten: Sie ist Tautologie – das Recht ist Recht, weil es das Recht erzeugt – oder Paradoxie – das Recht ist Recht, weil es das Unrecht bzw. Nichtrecht erzeugt.<sup>8</sup> In der Selbstreferenz, die für die Vollzüge des Systems konstitutiv ist, liegt also eine Unentschiedenheit bezüglich der Frage begründet, ob es gemäß seiner eigenen Prinzipien operiert oder nicht – oder anders formuliert: ob seine Prinzipien wirklich *seine* Prinzipien sind – und, insofern seine Prinzipien normative Prinzipien sind, ob seine Normen wirklich die für es gültigen Normen sind.<sup>9</sup> Das muss so sein, denn es folgt daraus, dass es sich in der Begründung seiner selbst und seiner Gültigkeit ausschließlich auf sich selbst bezieht. Es folgt daraus, dass es

---

8 „Die Umwelt kann aber nur aufgrund interner Operationen unterschieden werden, so wie die Operation der Negation nur als systemeigene Operation produziert werden kann. Das System muß dann die Unterscheidung zwischen sich selbst und der eigenen Umwelt als eigenes Produkt beobachten. Das ist paradox, weil das System sich von einer ihm nichtzugehörigen Umwelt unterscheiden muß und zugleich beobachtet, daß diese Umwelt nichts anderes ist als ein internes Produkt seiner Operationen. Dies passiert immer dann, wenn ein selbstreferentielles, beobachtungsfähiges und deshalb negationsfähiges System sich selbst beobachtet.“ (Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997) S. 132)

9 „Das Rechtssystem, das aufgrund der Unterscheidung Recht/Unrecht operiert, befindet sich dann vor einer paradoxen Situation, wenn es die Frage stellt, mit welchem Recht es feststellt, wer recht hat und wer nicht.“ (Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme* (s. Fn. 8) S. 133)

sich selbst als autonom begreift und von jeglichen Bestimmungen seiner selbst abstrahiert, die ihm von irgendwo her gegeben wären. Das ist die fundamentale Leere des Rechts. Dies ist die spezifisch systemtheoretische Darstellung der oben bereits erwähnten inneren Spannung des Rechts: Es oszilliert bezüglich der Frage nach seiner Gültigkeit zwischen Willkür und Gegebenheit, es oszilliert zwischen Paradoxie und Tautologie seiner reinen Selbstreferenz.

Für Luhmann ist es nun essentiell, dass das Rechtssystem die für es konstitutive Unentschiedenheit auf eine produktive Weise entfaltet. Denn wenn es in seiner reinen Selbstreferenz verharrt, blockiert es seine Vollzüge, durch die es sich hervorbringt. Deshalb muss es sich in einer bestimmten Gestalt setzen: So und nicht anders, wenngleich es anders möglich wäre. Das Recht muss sich also setzen. Es ist positives Recht. Doch dies kann es, laut Luhmann, auf zwei Weisen sein: traditionell oder modern. Modern ist ein Recht, wenn es sich selbst als positives Recht versteht – oder in anderen Worten, wenn es die für es konstitutive Unentschiedenheit, anerkennt und vertieft, indem es sich selbst als völlig autonome Quelle seiner eigenen Prinzipien begreift. Daraus folgt aber die grundlegende Kontingenz dieser Prinzipien, die das moderne Recht im Gegensatz zum traditionellen Recht affirmieren muss. Das moderne Recht basiert also auf dem Bewusstsein, dass es sich *jederzeit*, das heißt stets in der Gegenwart, selbst setzt und setzen muss – während das traditionelle Recht die Kontingenz, den Setzungscharakter seines Operierens verschleiert, indem es die Setzung seiner Prinzipien zeitlich oder anderswie in eine Sphäre verlagert, auf die es keinen Zugriff (mehr) hat – etwa Natur, Tradition (Vergangenheit), Offenbarung etc. Das moderne Recht muss seine konstitutive Unentschiedenheit also aushalten, ohne dass es durch sie blockiert wird.<sup>10</sup>

Auf dieser Grundlage, das heißt im systemtheoretischen Begriffsrahmen, der die Selbstbestimmung des Rechts konstitutiv über die Differenz von Innen und Außen erläutert, gibt es für das moderne Recht meines Erachtens nun zwei Möglichkeiten, um seinem Setzungscharakter und der damit verbundenen Kontingenz seiner inhaltlichen Bestimmungen gerecht zu werden: *Entweder* das Rechtssystem ordnet sich die Sphäre dessen, was ihm äußerlich ist, unter, indem

---

**10** „Unter strukturellem Gesichtspunkt existiert also jede Unterscheidung nur in der Gleichzeitigkeit ihrer beiden Seiten; unter einem operationellen Gesichtspunkt kann sie nur im Nacheinander der Operationen aktualisiert werden, da das Operieren auf der einen Seite, das Operieren auf der anderen Seite ausschließt. Deswegen muß jedes System auf der Ebene der Strukturbildung die Paradoxie entfalten, sich selbst so entparadoxieren, daß Beobachtungen nicht blockiert werden.“ (Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme* (s. Fn. 8), S. 134) – Vgl. auch Niklas Luhmann, „Tautologie und Paradoxie in den Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft“, *Zeitschrift für Soziologie* 16:3 (1987).



es willkürlich eine spezifische, von außen gegebene inhaltliche Bestimmung positiviert und diese Positivierung als unbedingt und von nun an unanfechtbar begreift. So wird etwas, was für das Rechtssystem als ihm Äußerliches gar keine Normativität besitzen kann, mit einer juristischen Gültigkeit ausgestattet, die also unbedingt, universell und ewig erscheint. Es setzt sich als Recht gegenüber dem Nichtrecht im vollen „Bewusstsein“ der Beliebigkeit dieser Setzung. Es *totalisiert* damit seine Entscheidungsgewalt gegenüber seinem Außen, da es erkennt, dass es radikal ungebunden ist. Doch dies beruht auf einer willkürlichen Setzung von etwas als gültig, was als solches keine juristische Gültigkeit beanspruchen kann. Bei näherer Analyse muss ein solchermaßen dogmatischer Gültigkeitsanspruch deswegen also in sich kollabieren. Er wird zur Gewalt. Das ist das moderne Recht in Gestalt des Totalitarismus. Oder das Rechtssystem ordnet sich selbst der Sphäre der Äußerlichkeit unter, indem es seinen Inhalt als prinzipiell unbestimmt und durch die für es zufällige Beschaffenheit dessen, was ihm äußerlich ist, modifizierbar versteht. Es *neutralisiert* seine Setzung dahingehend, dass es seine Umwelt, das Nichtrecht, als Quelle seiner inhaltlichen Bestimmungen begreift. Es nimmt sich gewissermaßen zurück und erhebt das Außen des Rechts zur Entscheidungsgewalt bezüglich des Inhalts der Rechte. Sein Inhalt, das heißt seine konkreten normativen Bestimmungen werden dann beliebig bestimmbar und zufällig, womit der Anspruch auf Gültigkeit ebenfalls kollabiert. Er wird zur Ohnmacht. Denn wie sollte eine Norm, die beliebig bestimmbar, veränderbar und somit vergänglich ist, einen Anspruch auf Gültigkeit verkörpern? Das ist das moderne Recht in Gestalt des Liberalismus.<sup>11</sup>

Das sind die zwei möglichen Gestalten des modernen Rechts, wenn seine Selbstbestimmung vermittels des Kontrasts von Innen und Außen erläutert wird. Die beiden Aspekte der inneren Spannung des Rechts werden hier aufgespalten und auf die zwei Hörner eines Dilemmas verteilt: Willkür des Gegebenen in Gestalt des Liberalismus und Gegebenheit des Willkürlichen in Gestalt von Totalitarismus. Beide jedoch sind unhaltbar, da sie in einer je spezifischen Weise dem Charakter von Recht widersprechen, nämlich autonome Quelle normativer Bestimmungen zu sein. Beide werden zu Unrecht, einmal in Form von Gewalt und einmal in Form von Ohnmacht.

Das moderne Recht und seine Selbstbestimmung, das heißt die Weise, in der es selbst Quelle seiner inhaltlichen Bestimmungen ist, muss also anders verstanden werden – so dass sich das dargestellte Dilemma nicht aufdrängt. Die

---

<sup>11</sup> Die Begriffe „Totalitarismus“ und „Liberalismus“ sind hier im Sinne Weber'scher Idealtypen zu verstehen. Sie erfassen nichts, was in dieser Reinform existierte. Sie spannen jedoch als Extrempunkte das Spektrum dessen auf, wie politisch-rechtliches Denken und Handeln in der Moderne fehlgehen kann.

Selbstbestimmung des modernen Rechts darf nicht über die Differenz von Innen und Außen erklärt werden. Wir müssen also die Überzeugung zurückweisen, dass die inhaltliche Bestimmtheit des Rechts durch das Verhältnis einer rechtsimmanenten Sphäre zu einer Sphäre dessen zu erläutern ist, was dem Recht als solchem äußerlich ist und ihm deshalb als gegeben erscheint – wie etwa Sitte, Religion, Wissenschaft, Wirtschaft oder die Natur des Menschen. Ich will nun mit Verweis auf Hegel eine mögliche alternative Auffassung der Selbstbestimmung des modernen Rechts skizzieren.

## 4 Hegel: Widerspruch und innere Opposition der bürgerlichen Gesellschaft

Für Hegel verhält sich das moderne Recht nicht äußerlich zu Sitte, Gesellschaft und Lebendigkeit des Menschen. Das bedeutet aber, dass Hegel das moderne Recht im Gegensatz zu Kant nicht als eine Abstraktion von jeglichen Zwecken und inhaltlichen Bestimmungen begreift. Ihm zufolge ist die gesamte Wirklichkeit einer Gesellschaft rechtsimmanent. Staat, Gesellschaft, Familie oder einzelne Subjekte sind allesamt die Verwirklichung des Rechts, also das, in dem das Recht seine konkrete Wirklichkeit findet. Die Selbstbestimmung des modernen Rechts kann für ihn also nur rechtsimmanent gedacht werden.<sup>12</sup> Denn es gibt kein Außen des Rechts. Das will ich nun kurz erläutern.

Hegels Gedanke, dass das moderne Recht einen spezifischen Widerspruch hervorbringt, nämlich das, was man als den Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft bezeichnen kann, könnte nun den Ausgangspunkt darstellen, um über die Möglichkeit einer Auflösung des genannten Dilemmas nachzudenken – um also ein adäquates Verständnis der Selbstbestimmung des modernen Rechts zu formulieren.

Die bürgerliche Gesellschaft ist für Hegel ein Charakteristikum und eine Er-rungenschaft der Moderne. Das moderne Recht verwirklicht sich ihm zufolge als bürgerliche Gesellschaft. Doch diese Wirklichkeit bringt einen für sie konstitutiven Widerspruch hervor. Der Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft manifestiert sich, wie Hegel meint, konkret in Ausschweifung, Elend und Verderben.<sup>13</sup> Doch abstrakter zeigt er sich in der Möglichkeit einer *inneren Opposition des modernen, bürgerlichen Rechts gegen sich selbst*. Das moderne Recht kann in der bürgerlichen Gesellschaft in eine innere Opposition zu sich selbst treten. Anders

<sup>12</sup> Vgl. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970)

<sup>13</sup> Vgl. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (s. Fn. 12), § 185.

formuliert: Es kann sich selbst als Äußerlichkeit gegenüber treten. Das ist ein Widerspruch. Doch was bedeutet das? Und wie hilft es uns, die für meinen Beitrag leitende Frage nach der Quelle der inhaltlichen Bestimmungen des modernen Rechtssystems zu beantworten?

Das moderne Recht kann in Gestalt der bürgerlichen Gesellschaft die Opposition zweier sich ausschließender, aber dennoch gleichermaßen berechtigter Ansprüche oder Rechte hervorbringen. Entweder in einem einzelnen Rechts-subjekt oder im Verhältnis mehrerer Rechtssubjekte. Etwa wenn der Schutz des Lebens mit dem Recht auf Handlungsfreiheit in Konflikt gerät, Leben versus Privatautonomie. Oder wenn die Vertragsfreiheit mit der menschlichen Würde in Konflikt gerät; Privatautonomie versus Würde. Ein Beispiel der ersten Konstellation wäre etwa die Frage nach Verbot oder Erlaubnis der geschäftsmäßigen Beihilfe zum Suizid, ein Beispiel der zweiten Konstellation die Frage nach der Rechtmäßigkeit entwürdigender Arbeitsverträge. Das ist für Hegel die innere Negativität des modernen, positiven Rechts. Zwei Rechte bzw. zwei Ansprüche treten sich gegenüber und heben sich wechselseitig hinsichtlich ihrer Gültigkeit auf. Sie schließen sich wechselseitig als je gültig und ungültig zugleich aus. Das betrifft in einem ersten Schritt zwar nur lokal die zwei betreffenden Rechte oder Ansprüche. Doch es hat zweitens auch fundamentale Konsequenzen für das moderne Recht als solches. Denn durch eine solche innere Opposition, in der eine partikuläre inhaltliche Bestimmung einer anderen negativ gegenüber tritt, wird das Rechtssystem selbst als letzte Quelle der Autorität und Gültigkeit seiner Bestimmungen in Frage gestellt. Es ist dann nicht länger entscheidbar, ob eine einzelne Rechtsnorm, ein spezifischer Anspruch und grundsätzlich auch ob das Rechtssystem in seiner Gesamtheit Recht oder Unrecht ist. Der für das Recht konstitutive Kontrast von Recht und Unrecht droht zu kollabieren. Das bedeutet es, dass die bürgerliche Gesellschaft, wie Hegel meint, der Verlust des modernen Rechts darstellt, obwohl sie zugleich die Verwirklichung des modernen Rechts verkörpert.<sup>14</sup> *Das ist der Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft.*

Die Situation, in der einzelne Rechtsnormen, das heißt einzelne inhaltliche Bestimmungen des Rechtssystems, sich wechselseitig hinsichtlich ihrer Gültigkeit in Frage stellen, oder gar die Situation, in der das Rechtssystem als Ganzes hinsichtlich der Autorität über seine Bestimmungen in Frage gestellt wird, zwingt das moderne Recht permanent dazu, sich immer wieder neu zu rechtfertigen und die Gültigkeit seiner Bestimmungen immer wieder neu zu begründen. Das bedeutet nun aber auch, dass seine inhaltlichen Bestimmungen plastisch, veränderbar und dynamisch sind. Sie werden durch gesellschaftliche Konflikte und historische

---

<sup>14</sup> Vgl. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (s. Fn. 12), § 181.

Prozesse verändert und neu bestimmt. Doch das geschieht nicht durch ein Wechselspiel von Innen und Außen des Rechtssystems, sondern durch eine interne Dynamik, die durch die innere Opposition seiner konkreten, inhaltlichen Bestimmungen – und insbesondere die Opposition einzelner Rechtssubjekte – zustande kommt.

In inneren Oppositionen des modernen Rechts und im Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft zeigt sich also der genuine zeitliche Charakter des modernen Rechts. Das richtige Verständnis von innerer Opposition und Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft erklärt, inwiefern das moderne Recht geschichtlich ist. Das heißt einerseits: Es erklärt seine Veränderbarkeit auf der Ebene seiner inhaltlichen Bestimmtheit. Der Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft, so die These Hegels, erklärt aber andererseits auch die Vergänglichkeit des modernen Rechts als solchem. Er erklärt, weshalb das moderne Recht sich gerade als eine historische Gestalt des Rechts transformieren und über sich hinausgehen kann und muss, indem es seine Grundbegriffe und somit die Grundpfeiler seiner Wirklichkeit, das heißt den Begriff der Freiheit, des Rechtssubjekts und seiner Selbstbestimmung, revidiert und grundsätzlich neu bestimmt.

Durch diese Auffassung des modernen Rechts verstehen wir den Körper des Rechtssubjekts aber nicht länger als einen abstrakten Körper, das Prinzip seiner Wirklichkeit nicht länger als ein leeres Prinzip. Es ist nicht länger so, dass das Rechtssubjekt als solches ein abstraktes Wesen ist, das vollkommen frei ist, sich Zwecke zu setzen – nur mit der Bedingung, dass das mit der Freiheit aller anderen Rechtssubjekte zusammenstimmen muss, was dann die Frage aufwarf, wie die inhaltlichen Bestimmungen des Rechtssystems überhaupt zustande kommen. Nein, das Prinzip des modernen Rechts, so Hegel, was das Prinzip der bürgerlichen Gesellschaft ist, ist ein Prinzip der inneren Opposition: Es ist ein Prinzip davon, dass das Rechtssubjekt zu sich selbst oder zu anderen Rechtssubjekten in Opposition treten kann und muss, wodurch seine inhaltliche Bestimmtheit plastisch und veränderbar wird. Die inhaltliche Bestimmtheit des Rechtssystems und somit auch der Rechtssubjekte und ihres für sie konstitutiven Verhältnisses ist eine sozio-historische Wirklichkeit – und genauso ist der Körper des Rechtssubjekts eine sozio-historische Wirklichkeit.

Es ist nun aber nicht so, dass für Hegel nicht auch der Begriff der Freiheit das Prinzip des Rechts darstellen würde. Wie auch für Kant ist das Rechtssystem die Verwirklichung der Freiheit. Doch Freiheit, Selbstbestimmung, heißt hier nicht „Unabhängigkeit von eines andern nötiger Willkür“, sondern Selbstbestimmung der Rechtssubjekte durch Konflikt und wechselseitige (innere) Opposition derselben. Und der erste und fundamentale Ort dieser Freiheit ist das wechselseitige, körperliche Verhältnis zweier oder mehrerer Rechtssubjekte. Doch dieses Verhältnis ist nicht abstrakt. Es enthält alle materialen, normativen Bestimmun-

gen der Lebendigkeit der betreffenden Subjekte, jedoch weder als etwas Willkürliches, noch als etwas Gegebenes – sondern als etwas, was stets mit Hinblick auf seine Gültigkeit reflektiert, gestaltet und transformiert werden muss.

Der Körper des Rechtssubjekts ist also nicht, wie Kant meint, vollständig unbestimmt und abstrakt, insofern der Begriff des Rechtssubjekts von jeglicher Zwecksetzung und jeglicher inhaltlicher Bestimmtheit absieht. Denn das hätte zur Folge, dass ihm seine Bestimmtheit entweder durch Gewalt aufgenötigt werden oder durch eine nicht-normative Quelle, zum Beispiel seine Natur, gegeben sein müsste. Das Recht darf also in seinem ersten Prinzip, im Prinzip, das das Rechtssubjekt als solches im Verhältnis zu einem anderen Rechtssubjekt konstituiert, nicht leer sein. Es ist Prinzip einer plastischen, sozio-historischen Bestimmtheit. Die Zwecksetzung des Rechtssubjekts und seine inhaltliche Bestimmtheit ist bestimmbar und veränderbar, indem sie durch innere Opposition ihrer gegen sich selbst stets revidiert, transformiert und über sich hinausgerissen wird. Das Rechtssubjekt hat also – und mit diesem Punkt möchte ich enden – einen sozio-historischen Körper.

## Literatur

- Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997).
- G.W.F. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften II (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986).
- G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970).
- Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1977).
- Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993).
- Niklas Luhmann, Die Ausdifferenzierung des Rechts (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981).
- Niklas Luhmann, „Tautologie und Paradoxie in den Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft“, Zeitschrift für Soziologie 16:3 (1987).
- Christoph Menke, Kritik der Rechte (Berlin: Suhrkamp, 2015).

