

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 134

Vom Subjekt zur Selbstreferenz

**Rechtstheoretische Überlegungen zur
Rekonstruktion der Rechtskategorie**

Von

Reiner Frey



Duncker & Humblot · Berlin

REINER FREY

Vom Subjekt zur Selbstreferenz

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 134

Vom Subjekt zur Selbstreferenz

Rechtstheoretische Überlegungen zur
Rekonstruktion der Rechtskategorie

Von

Reiner Frey



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Frey, Reiner:

Vom Subjekt zur Selbstreferenz: rechtstheoretische
Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie / von
Reiner Frey. — Berlin: Duncker u. Humblot, 1989
(Schriften zur Rechtstheorie; H. 134)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1987

ISBN 3-428-06636-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-06636-7

„... würde man heute unbelastet durch Tradition wieder ansetzen, Rechtskriterien aus der Rechtspraxis selbst zu entwickeln, käme man gar nicht auf die Idee, die Selbstreferenz einem Subjekt zuzuweisen und sie dort soziologisch neutral abzukorken.“

Niklas Luhmann

Vorwort

Die vorliegende Schrift ist vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main im Wintersemester 1987/88 als Dissertation angenommen worden.

Das im wesentlichen Ende 1986 abgeschlossene Manuskript wurde noch bis Juni 1988 um Nachträge aufgrund neuer Veröffentlichungen ergänzt. Hierbei habe ich Zitate aus deutschsprachigen Maschinskripten, deren Veröffentlichung in englischer Sprache erfolgte, beibehalten; die veröffentlichte Fundstelle ist jeweils in Klammern angegeben.

Ohne die langjährige Vorarbeit in Seminaren und „Lesezirkeln“ am „Institut“ für Wirtschaftsrecht der Frankfurter Universität wäre die nachstehende Skizze einer „Rekonstruktion der Rechtskategorie“ nicht möglich gewesen. Herrn Professor Dr. Rudolf Wiethölter verdanke ich die geschärfte Sicht für die zu stellenden *Fragen* und die entscheidenden Anregungen für deren *Beantwortung*.

Eine weitere wesentliche Voraussetzung für die Strukturierung des Themas stellte das Erscheinen von Niklas Luhmanns „Soziale(n) Systeme(n)“ im Jahre 1984 dar. Aus der Lektüre dieses Buches gewann ich den theoretischen Ansatz, der die Darstellung leitet: den Gedanken der *Selbstreferenz*. Ich hoffe zeigen zu können, daß die Aufnahme und Fortführung einer Theorie selbstreferentieller Systeme nicht dazu führen muß, kritisch-aufklärerische Hoffnungen, wie sie sich mit Recht seit Hegel verbanden, aufzugeben. Sie erscheinen allerdings in neuem Licht.

Besonderen Dank schulde ich meinem Freund Michael Blecher, der mir nach gründlicher Durchsicht des Manuskripts während langer Gespräche in Frankfurt und Florenz etliche noch verbliebene Inkonsequenzen vor Augen führte und damit zur Stringenz des Textes beitrug.

Frankfurt a. Main, im Juli 1988

Reiner Frey

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung: Zur Zielsetzung der Arbeit	13
---	----

1. Kapitel

Rechtssubjektivität im Modell des „bürgerlichen Rechts“

I. „Bürgerliche Revolution“, positives Recht und Selbstreferenz	14
II. Anspruch und Kritik des bürgerlichen Rechts: Hegels „Grundlinien einer Philosophie des Rechts“	17
1. Vom „abstrakten Recht“ zum „Recht der Sittlichkeit“	19
2. Darstellung und Kritik	20
a) Autonomie des freien Willens: die Abstraktion von materialen Substraten	22
b) Die Reduktion auf rechtsförmige Willensbeziehungen	25
c) Reziprozität von Rechten und Pflichten	26
d) Jenseits von „Not- und Verstandesstaat“ und „abstraktem Recht“: Hegels Behauptung einer Synthese im „Staat“	27

2. Kapitel

Zur Transformation der Rechtskategorie seit dem 19. Jahrhundert

I. Die „Internalisierung“ des Subjekts	33
II. Eine neue Selbstbeschreibung: das Recht als selbstreferentielles („autopoietisches“) System	36
1. Identität und Differenz	38
2. „Autopoiesis“	40

a) Operative (konstruktivistische) Erkenntnistheorie	40
b) Einheit von Selbstbeschreibung und Selbstreproduktion	42
c) Binäre Codierung	44
d) Geschlossenheit und Offenheit	45
3. System, Selbstreferenz und Sinn	47
4. Zwischenbilanz und Ausblick	51

3. Kapitel

Ansatzpunkte für eine Rekonstruktion der Rechtskategorie

I. Öffnung des Codes?	53
II Von struktureller zu temporaler Entparadoxierung: die „Prozeduralisierung“ des Rechts auf der Ebene der Programme	55
1. Strukturelle Entparadoxierung	57
2. Das Modell in seiner historischen Entwicklung	59
3. Die „Verzeitlichung“ des Modells	62
4. Funktionswandel der Normativität	65
a) Normativität in der „Gesellschaft der Individuen“	65
b) Normativität in der „Gesellschaft der Organisationen“	66

4. Kapitel

Geschlossenheit und Offenheit

I. „Reine Rechtslehre“	72
II. Offenheit im System und zwischen Systemen	75
1. Programme	75
2. Interpenetration, Kommunikation und Interaktion	77
3. Zwei andere Beschreibungsversuche: „Geist“ und „Spiel“	79
4. „Theorie der Offenheit“	80

Inhaltsverzeichnis	11
III. Selbstreferenz, Kommunikation und Rationalität	82
1. Paradigmenwechsel	82
2. Die „Theorie des kommunikativen Handelns“	83
3. Kritische Einwände	87
a) Konstruktion und Kritik ohne „vernünftige Identität“	87
b) „Normativität und Faktizität“	90

5. Kapitel

Programmierung von Programmierungen: „second order cybernetics“

I. Operative Autonomie und Steuerung	94
II. „Resonanz“	97
III. Maßstäbe „zweiter Ordnung“: Rechtsdogmatik, Foren und Verfahren	100
1. Recht als „Produktionsbegriff“	100
2. „Wirkungs-Perspektive“	103
3. Beteiligung und Betroffenheit	106
4. Einzelne Vorschläge	108
Literaturverzeichnis	111

Abkürzungsverzeichnis

Auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Auflage, Berlin/New York 1983 wird verwiesen. Darüber hinaus werden folgende Abkürzungen benutzt:

DOC. EUI: Vom EUI veröffentlichtes Dokument
EUI: European University Institute, Florenz
KritV: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1986 ff.)
KZfSS: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
MS: Maschinenskript

Vorbemerkung: Zur Zielsetzung der Arbeit

Die folgenden rechtstheoretischen Überlegungen sind ein Versuch, angesichts zunehmender Orientierungslosigkeit von Rechtswissenschaft und -praxis einen Beitrag zu einer „Rekonstruktion der Rechtskategorie“¹ zu leisten. Dabei geht es zum einen um den Anteil, der dem Recht an der gesellschaftlichen Synthesis zukommt (Stichworte: „Vermittlung“ von Individuum und Gesellschaft; Verhältnis des „Rechtssystems“ zu anderen „Systemen“; Steuerung durch Recht), zum anderen um die Neubestimmung von Maßstäben für eine Rechtsarbeit, die alte Formen (Rechtssubjekt, Wille, Vertrag...) längst mit neuen Inhalten ausgefüllt hat. Eine Selbstbeschreibung² des Rechts, die dessen historischen Wandel seit dem neunzehnten Jahrhundert theoretisch in sich aufgenommen hat, könnte der Gefahr begegnen, daß in immer größerem Umfang „die operationsleitenden Strukturen, die Rechtstexte und ihre rechtsdogmatische Reflexion, nicht mehr ausreichen, um verständlich und akzeptierbar zu machen, was wirklich vor sich geht“.³

Ausgangspunkt für unseren Rekonstruktionsversuch soll die Erinnerung an eine Beschreibung des Rechts sein, die das Modell des „Rechtssubjekts“ bereits transzendiert (und insofern auf neueste Ansätze „vorweist“), indem sie *Selbstreferenz* zum bestimmenden Prinzip erhebt: Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts“.

¹ Wiethölter 1986b, S. 26; vgl. ders. 1982c, S. 8f. (= 1986c, S. 227)

² Zum Begriff vgl. unten Kap.2, II

³ Luhmann 1984d, S. 37

1. Kapitel

Rechtssubjektivität im Modell des „bürgerlichen Rechts“

I. „Bürgerliche Revolution“, positives Recht und Selbstreferenz

Die politische und ökonomische „Revolution“ des sich vom Feudalismus emanzipierenden Bürgertums war mitgetragen und in ihren Folgen erst stabilisierbar durch die Ausdifferenzierung des „positiven“ Rechts.⁴

Nach der Evolution vom „göttlichen“ oder „natürlichen“ Recht der feudalen Epoche zur „vernünftigen Natur“ des frühbürgerlichen Naturrechts bleibt die „Vernunft“ schließlich ohne Rückbezug auf die Natur zurück: „Die Anerkennung der Freiheit des anderen, Träger eigener Rechte zu sein, wird als Gebot der Vernunft ausgegeben“.⁵ Ermöglicht wird die Ablösung des Rechts von allem, was ihm traditionell nicht-rechtlich vorausgesetzt war, durch die Figur des *Rechtssubjekts*.⁶ Nicht mehr Gott oder Natur gewähren Rechte, sondern das Recht „be-gründet“ (im Doppelsinn von „konstituieren“ und „auf Gründe zurückführen“) sich selbst (mit Kant als Freiheit⁷), indem es selbstreflexiv auf sich zurückverweist. (Dabei wird allerdings „Freiheit“/„subjektives Recht“ zunächst einem transzendentalen Subjekt oder dem Rechtssubjekt als Menschen/Individuum zugeschrieben, so daß die Subjektkonstitution noch nicht als ein Problem des Rechtssystems selber erscheint.⁸) Der vordem konkret in vielfältige religiös-politisch-rechtliche Zusammenhänge eingebundene Einzelne kann sich nun durch die *rechtliche* Zuschreibung seiner abstrakten Einheit als freies und gleiches (Rechts-)Subjekt allererst als ein solches begreifen: Die Semantik des subjektiven Rechts kennzeichnet feudale Strukturen, die sich ehemals aufgrund der religiös und politisch angeleiteten Praxis rechtfertigten, *retrospektiv* als „Unfreiheit“ und „Ungleichheit“.⁹ „Die Subjekte erkennen sich nicht mehr in bestimmten *rechtlich* fixierten Stellungen wieder, sondern die ihnen durch die *ökonomischen* Prozesse zugewiesenen Stellungen erscheinen, weil sie nicht mehr rechtlich zugewiesen sind, sondern sich zur Auswahl ‚anbieten‘, ... als *rechtlich* durch das Subjekt ‚frei‘ gewählt. Das Recht ruft das Subjekt nur an, Subjekt seiner Handlungen zu sein und sich in seinen ‚eigenen‘

⁴ Vgl. hierzu insgesamt Luhmann 1981a, Luhmann 1981d, sowie Ladeur 1978

⁵ Luhmann 1981a, S. 73

⁶ Vgl. Luhmann 1981a, S. 45ff.

⁷ Vgl. MdS, Einleitung in die Rechtslehre, S. 34f., 43

⁸ Vgl. Luhmann 1981a, S. 80f. Siehe unten Kap.2 und 3

⁹ Vgl. Ladeur 1978, S. 129ff.

Handlungen wiederzuerkennen“.¹⁰ Im Austauschvertrag des bürgerlichen Formalrechts realisiert sich der freie Wille des Rechtssubjekts: die inhaltliche Bestimmung von reziproken Rechten und Pflichten wird abgelöst durch formale Komplementarität.¹¹ Im Rahmen des Rechtsdiskurses scheint es so, als strukturiere das — historisch strukturierte — Rechtssubjekt sich selber. Dadurch, daß das Subjekt sich als „Ursprung“ seiner selbst „anruft“, projiziert es sich als außerhalb von Raum und Zeit stehend, als „Anfang“ von Kausalreihen:¹² „... der gesellschaftliche *Effekt* des Sichtbarwerdens ‚rechtlicher Freiheit‘ erscheint als Aneignung der je vorhandenen Freiheit des Subjekts durch dieses selbst“.¹³ Aus einer kritischen „Lebenswelt“-Perspektive kann solche zirkuläre Geschlossenheit insofern „imaginär“¹⁴ wirken, als das Recht tautologisch seine eigene „Ideologie“ bestätigt, indem es seine Prämissen verwirklicht, ohne seinen Realitätsbezug dabei ausweisen zu müssen: „Es genügt dem Recht zu erklären, *daß* der Mensch [besser: das Subjekt! R.F.] Rechtsmacht hat, *daß* diese Rechtsmacht sein Interesse schützt, *daß* sein freier Wille sein Interesse will“.¹⁵

Durch die selbstreferentielle „Schließung“ des Rechts im freien und gleichen Rechtssubjekt kann die *ökonomische* Entwicklung ihre Eigendynamik entfalten, ohne daß nochmals eine rechtliche Thematisierung möglich wäre: „Die Aufhebung der *rechtlichen* Bindung an den Boden als Bedingung des Produktionsprozesses läßt die Produktionsbedingungen als außerhalb der politisch-rechtlichen Superstruktur vorfindlich erscheinen...“.¹⁶

Zugleich versetzt die Autonomisierung des Rechts dieses in die Lage, seine Koppelung an die Statik von Boden, Stand und Tradition zu lösen. Als „positives“ Recht ist es prinzipiell änderbar und braucht damit „sozialstrukturelle(...) Hindernisse“¹⁷ für seine Evolution nicht mehr zu akzeptieren. Damit schafft sich der *politische* Herrschaftsanspruch des Bürgertums seine rechtliche Operationsbasis, denn die „unsicher und strittig gewordene religiöse Kontrolle des Politischen“¹⁸ läßt sich jetzt durch eine juristische Kontrolle ersetzen.

Die Entwicklung zur selbstreferentiellen Be-gründung des Rechts ist — jedenfalls in der „Reflexionsinstanz“ der Rechtstheorie — mit *Hegel* abgeschlossen, der in seinem philosophischen System (dessen Bestandteil das Recht als „objektiver Geist“ ist) *Selbstbeziehungen* als prägende Struktur der Moderne

¹⁰ Ladeur 1978, S. 134

¹¹ Vgl. Luhmann 1981a, S. 73

¹² Vgl. Ladeur 1978, S. 39 ff., 103 ff., 129 ff.

¹³ Ebd. S. 41

¹⁴ Ebd. S. 113

¹⁵ Ebd.

¹⁶ Ebd. S. 133

¹⁷ Luhmann 1981a, S. 47

¹⁸ Ebd. S. 67