

## Ausnahme mit System

### Niklas Luhmann und Giorgio Agamben an der Grenze zum Anderen des Rechts

#### 1. *Das Andere des Rechts: Eine Figur der Rechtskritik?*

Die Figur des Anderen fasziniert in den Sozial- und Geisteswissenschaften schon seit längerer Zeit. Von ihr geht eine Suggestionskraft aus, die darauf zurückzuführen ist, dass sie den Grenzfall einer Beziehung anzeigt: der Beziehung einer wie immer gearteten Identität zu ihrer Alterität. In dieser Gestalt unterhält die Figur des Anderen enge Verbindungen zu anderen einschlägigen Relationsfiguren, mit denen sie sich arrangiert und überlagert. Man denke nur an die Unterscheidungen von Zivilisierter und Barbar, Herr und Knecht, Normale und Anormale. In diesem Horizont eröffnet die Figur des Anderen einen Assoziationsraum, in dem Georg Simmels Soziologie des Fremden ebenso einen Widerhall erzeugt wie die Ethik des Anderen bei Emanuel Lévinas, Carl Schmitts Feindbeziehung ebenso nachklingt wie das Denken des konstitutiven Außen bei Ernesto Laclau und Chantal Mouffe.<sup>1</sup> Insbesondere in ihren so genannten poststrukturalistischen Adaptionen hat die Figur dabei eine dezidiert kritische Stoßrichtung erhalten. So hat etwa Judith Butler immer wieder die gewaltsamen Verwerfungen und Prozesse des *Othering* dargelegt, auf denen die Ordnung der Geschlechteridentitäten basiert.<sup>2</sup> In ähnlicher Weise haben Vertreter der *Postcolonial Studies* „die Frage des Anderen“ gestellt.<sup>3</sup> Im Mittelpunkt stehen die Stereotypisierungen des primitiven, irrationalen und sexuell promiskuen Anderen. Gleichzeitig wurde auf die Verstrickungen hingewiesen, die das zivilisierte Selbst an sein Anderes binden.<sup>4</sup>

Dieses kritische Denken des Anderen findet erst seit wenigen Jahren seinen Einsatz in Bezug auf das Recht. So zeigt etwa Frédéric Mégret detailliert, dass sich das scheinbar all-inklusive humanitäre Völkerrecht zum Zeitpunkt seiner Institutionierung im 19. Jahrhundert zugleich von einem kolonialen Anderen abgrenzt.<sup>5</sup> In seinem historischen Quellenstudium stößt er auf eine Anthropologie des Wilden, der sich in einer exzessiven Gewaltanwendung ergebe, der über kein differenziertes Konzept des Kombattanten verfüge und der aufgrund seiner notorischen Unorganisiertheit nicht in der Lage sei, bindende Verträge zu schließen.

1 Vgl. Simmel, Soziologie: Untersuchung über die Formen der Vergesellschaftung, 1992, S. 764 ff.; Lévinas, Totalität und Unendlichkeit: Versuch über die Exteriorität, 2003; Schmitt, Der Begriff des Politischen, 1963; Laclau, New Reflections on the Revolution of Our Times, 1990, S. 17 ff.; Mouffe, Über das Politische: Wider die kosmopolitische Illusion, 2007, S. 22 ff. Für einen Überblick vgl. Moebius, Die soziale Konstituierung des Anderen: Grundrisse einer poststrukturalistischen Sozialwissenschaft nach Derrida und Lévinas, 2003.

2 Vgl. z.B. Butler, Körper von Gewicht: Die diskursiven Grenzen des Geschlechts, 1997, S. 21 ff. und S. 259 ff.

3 So der Titel eines Aufsatzes in Homi K. Bhabhas einschlägiger Textsammlung, vgl. Bhabha, Die Verortung der Kultur, 2000, S. 97 ff.

4 „Der Andere ist nicht draußen, sondern ebenso im Selbst, in der Identität“, heißt es etwa bei Stuart Hall, vgl. Hall, Ethnizität: Identität und Differenz, in: Engelmann (Hrsg.), Die kleinen Unterschiede, 1999, S. 93.

5 Mégret, From ‚Savages‘ to ‚Unlawful Combatants‘: A Postcolonial Look at International Humanitarian Law’s ‚Other‘, in: Orford (Hrsg.), International Law and its Others, 2006, S. 265 ff. Vgl. ferner Eberl, Zwischen Zivilisierung und Demokratisierung: Die Exklusion der ‚Anderen‘ im liberalen Völkerrecht, Soziale Systeme 2008, S. 349 ff.

Zu ihm könne man deshalb nicht in ein Verhältnis der Reziprozität treten, wie es das Recht vorsieht. Darüber hinaus dokumentiert Mégret ein historisches Fortwirken dieses Bildes des Anderen bis hin zur Konstruktion der *unlawful combatants* durch die US-Regierung unter George W. Bush. Bei dieser Anthropologie des barbarischen Wilden handele es sich um „structuring beliefs which, once incorporated deep into law, would continue its operations, even when the law would be formally purged of such biases“.<sup>6</sup> Damit unterfüttern Mégrets materialreich belegte Befunde ebenfalls Judith Butlers Analyse der Möglichkeitenbedingungen der „unbegrenzten Haft“ im „Krieg gegen den Terror“.<sup>7</sup> Auch Butler registriert ein „rassenbezogenes und ethnisches Raster“, in dessen Rahmen eine „Symbolik des Tiers“ zur „Bestialisierung des Menschen“ beiträgt und ihn als Träger fundamentaler Rechte delegitimiert.<sup>8</sup> Zugleich arbeitet Butler noch eine weitere Dimension des Anderen heraus, indem sie auf einen Präzedenzfall eingeht, den die US-Regierung zur Rechtfertigung der unbegrenzten Haft angeführt hat. In dem Fall ging es um die Praxis der unfreiwilligen Krankenhausweisung Geisteskranker, die für sich und andere eine Gefahr darstellen.<sup>9</sup> Durch die rhetorische Technik der Analogiebildung zwischen Terror und Geisteskrankheit werden die Inhaftierten als das Andere der vernünftigen Zivilisation gefasst. Sie erscheinen als infiziert von einem gefährlichen Wahnsinn, der sie als Inhaber von Rechten disqualifiziert.

Angesichts derartiger, im weitesten Sinne kulturtheoretischer Forschungen erkennt man, dass die Figur des Anderen vor allem der kritischen Analyse der Exklusion aus dem Recht dient.<sup>10</sup> Denn die Imaginationen der barbarischen Wildheit, des Wahnsinns und der Gefährlichkeit bringen ein rechtlich nicht länger ansprechbares Wesen hervor. Sie bilden das exakte Negativ der liberalen Vorstellung von Personalität, die auf dem autonomen Willen des freien, für seine Handlungen verantwortlichen Individuums basiert.<sup>11</sup> Damit zielen diese Zuschreibungen exakt auf das *Andere des modernen Rechtssubjekts* – wobei das kritische Vermögen der genannten Studien darin besteht, dass sie die Verwerfungen der scheinbar universellen Formen in strategischen Kontexten wie der kolonialen Eroberung oder dem „Krieg gegen den Terror“ hervorheben. Dagegen ist es deutlich schwieriger, einen Ansatz zu finden, der sich von der Fixierung auf die Subjektform zu lösen vermag und sich dezidiert dem *Anderen des Rechts* widmet. Darum aber soll es im Folgenden gehen: Wie lässt sich die Figur des Anderen theoretisch kontrolliert für die Analyse des Rechts als einer sozial umgrenzten Ordnung fruchtbar machen? Und wie kann die Frage der sozialen Exklusion dabei Berücksichtigung finden, ohne dass der Blick auf die Form des Subjekts verengt wird?

6 Mégret (Fn. 5), S. 284.

7 Butler, *Gefährdetes Leben*: Politische Essays, 2005, S. 69 ff.

8 Butler (Fn. 7), S. 76 und S. 98.

9 Butler (Fn. 7), S. 91 f. Die Überlagerung der diskursiven *topoi* des Wahnsinns und der Gefährlichkeit in der Auseinandersetzung um die Insassen auf Guantánamo analysiert Howell, *Victims or Madman? The Diagnostic Competition over 'Terrorist' Detainees at Guantánamo Bay*, *International Political Sociology* 2007, S. 29 ff.

10 Zum soziologischen Konzept der Exklusion vgl. Opitz, *Exklusion: Grenzgänge des Sozialen*, in: Moebius/Reckwitz (Hrsg.), *Poststrukturalistische Sozialwissenschaften*, 2008, S. 175 ff.

11 Für eine entsprechende Perspektive auf das Andere der liberalen Konzeption des strafrechtlich haftbaren Subjekts vgl. Krauth, *Der Körper an der Grenze des Strafrechts: Zur normativen Bedingung lebenswissenschaftlichen Wissens*, *Kriminologisches Journal* 2008, 242 ff.

Das derzeit wohl prominenteste Angebot, das im Hinblick auf diese Fragen vorliegt, stammt von Giorgio Agamben. In seiner Theorie der souveränen Ausnahme konzipiert er im Anschluss an Carl Schmitt ein Recht, das in Relation zu seinem Anderen eine *topologische Struktur* aufweist: Die Rechtsordnung formiert sich, indem sie das, was sie in Form der exzeptionellen Entscheidung übersteigt, in sich einschließt.<sup>12</sup> Agambens Beschreibung des Ausnahmezustands ist somit lesbar als *Einnahme des Rechts durch sein Anderes*. In Form der Ausnahme nimmt das Recht sein Anderes in sich hinein und eröffnet dadurch eine Zone der Ununterscheidbarkeit zwischen innen und außen, Recht und Gewalt, Norm und Faktum. Der Ausnahmezustand kommt dabei jedoch nicht einfach einem gesetzlosen Chaos gleich. In der Heterogenität gegenüber dem normalen Rechtsbetrieb bleibt er konstitutiv auf das Recht bezogen. Dieser Bezug der Ausnahme ist durch eine Inversion der Grenze des Rechts gekennzeichnet. Im Ausnahmezustand ist das Recht außerhalb seiner selbst, die Rechtsgeltung wird legal aufgehoben.<sup>13</sup>

Allerdings begnügt sich Agamben nicht mit einer topologischen Umschrift von Schmitts Souveränitätslehre, sondern ergänzt sie um die Figur des *homo sacer* – den Träger jenes „nackten“ Lebens, das straflos getötet werden kann. Die Ausschließung der Ausnahme durch ihre Einschließung ins Recht korreliert nämlich mit der Ausschließung des *homo sacer* aus dem Recht durch seine Einschließung in eine Bannbeziehung.<sup>14</sup> Das Recht konstituiert sich, indem es den *homo sacer* in eine Beziehung der Beziehungslosigkeit versetzt. Diesen Akt begreift Agamben als Ziehung einer fundamentalen Zäsur, die das rechtlich-politisch qualifizierte Leben (*bios*) vom bloßen Leben (*zoe*) scheidet. Die Entscheidung über die Ausnahme ist somit primär auf den Bereich des Lebens bezogen. Dabei entscheidet der Souverän jedoch „nicht über das Zulässige und Unzulässige, sondern über die ursprüngliche Einbeziehung des Lebewesens in die Sphäre des Rechts“.<sup>15</sup> Das Recht schafft sich also seinen regulären Anwendungsbereich, indem es sich vom nackten Leben abwendet. Es gründet sich auf die Ausnahme des nackten Lebens, das vom Recht verlassen und der souveränen Verfügung überlassen ist. Agambens theoriestrategische Operation besteht demnach darin, dass er die Unterscheidung von Freund und Feind als Leitdifferenz zurücksetzt. An der Schwelle des Rechts stehen sich stattdessen der Souverän und der *homo sacer* gegenüber, einander verbunden im Bann der Ausnahme. Die „Extase-Zugehörigkeit“ des Agenten der dezisionistischen Setzung korrespondiert direkt mit der Exklusion des nackten Lebens.<sup>16</sup>

Agambens philosophischer Entwurf ist also zweifellos instruktiv, wenn es darum geht, die Frage nach dem Anderen des Rechts so zu stellen, dass man eine systematische Perspektive auf Prozesse der sozialen Ausschließung erhält. Insbeson-

12 Zur topologischen Struktur von Recht und Ausnahme vgl. Agamben, Ausnahmezustand, 2004, S. 45. Agamben schließt hier an mathematische Raumvorstellungen an, welche Raum nicht länger nach Maßgabe der Topographie in metrischen Parametern begreift. Anstelle der topographischen Vorstellungen klarer Grenzverläufe versteht ein topologisches Denken den Raum als Effekt von „Faltungen“ des Außen ins Innen. Einen Überblick für Nicht-Mathematiker bieten die Beiträge in Günzel (Hrsg.), Topologie: Zur Raumbeschreibung in den Kultur- und Medienwissenschaften, 2007. Für einen rechtssoziologischen Anschlussversuch vgl. Vaughan-Williams, Borders, Territory, Law, International Political Sociology 2008, 322 ff.

13 Vgl. Humphreys, Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's „State of Exception“, The European Journal of International Law 2006, 677 ff.

14 Zu Agambens Konzeption der Bannbeziehung im Anschluss an Jean-Luc Nancy vgl. Pryor, Law in Abandon, Law and Critique 2004, 259 ff.

15 Agamben, Homo sacer, 2002, S. 36.

16 Agamben, Ausnahmezustand (Fn. 12), S. 45.

dere aus rechtssoziologischer Sicht fällt jedoch auch eine Reihe von Problemen ins Gewicht.<sup>17</sup> Salopp gesagt, verfügt Agambens Konzeption begrifflich über ein zu geringes Auflösungsvermögen, es fehlt ihr an historischer Tiefenschärfe, sie impliziert zu viel Ontologie und auch zu viel Messianismus. Begrifflich bleiben Agambens Ausführungen zu sehr den Grundkategorien der politischen Philosophie verhaftet, um die genuin rechtlichen Turbulenzen näher zu erfassen, welche die Ausnahmesituation auszeichnen. Insbesondere sein Zentralkonzept der Souveränität droht aufgrund der Implikation eines einheitlichen und übermächtigen Entscheidungssubjekts den Blick auf die komplexen Dynamiken des Rechts in der heterarchisch strukturierten Gesellschaft der Gegenwart zu versperren.<sup>18</sup> Zugleich erhebt Agamben den Anspruch, jene originäre politisch-juridische Matrix freigelegt zu haben, die durch die gesamte abendländische Zivilisation hindurch ihre destruktiven Effekte zeitigt. Seit über 2000 Jahren, so erfahren wir, konstituiert sich das Recht durch die Ausschließung des *homo sacer* – wobei die demokratische *polis* der Antike, die *habeas corpus*-Akte der frühen Neuzeit und die Menschenrechte der Moderne nur Befestigungen dieser immer gleichen Zäsur sind. Das moderne Recht gründet in einer Ontologie des Lebens, es perpetuiert sich von Beginn an durch die fortwährende Abtrennung des nackten Lebens. Aufgrund dieser ontologischen Verankerung besteht die einzig verbleibende kritische Option darin, das Recht als Apparat der gewaltsamen Setzung in einer messianischen Zukunft zu *ent-setzen*.<sup>19</sup> Agambens Plädoyer, die Maschine des Rechts zum „Anhalten“ zu bringen und auf diese Weise zu „de-aktivieren“, läuft letztlich auf die Einebnung der Topologie des Rechts hinaus.<sup>20</sup> Wer die gewaltsamen Ausschließungsexzesse der souveränen Macht überwinden will, muss nicht weniger als das Recht überwinden.<sup>21</sup> Agamben träumt mithin von einer Welt, in der mit der Unterscheidung zwischen dem Recht und seinem Anderen das Recht verschwindet: „Eines Tages wird die Menschheit mit dem Recht spielen wie Kinder mit ausgeschiedenen Gegenständen, nicht um sie wieder ihrem angemessenen Gebrauch zuzuführen, sondern um sich endgültig von ihm zu befreien.“<sup>22</sup>

Gegenüber dieser Vision soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, Agambens rechtsphilosophischen Entwurf einer sozialtheoretischen Umschrift zu unterziehen. Eine solche Umschrift sollte zweierlei leisten: Sie muss erstens Agambens topologische Konzeption des Rechts produktiv aufnehmen. Diese erlaubt es ihm immerhin, Prozesse der rechtlichen Grenzbildung systematisch auf Prozesse der Exklusion zu beziehen. Zum anderen aber sollte eine sozialtheoretische Umschrift den soeben markierten Fallstricken entgehen. Sie muss den ontologischen Ballast deutlich reduzieren, dafür aber ein begrifflich diffe-

17 Zur Frage der sozialwissenschaftlichen Anschlussfähigkeit Agambens vgl. bereits Vasilache, Gibt es überhaupt „Homines sacri“? Das nackte Leben zwischen Theorie und Empirie, in: Böckelmann/Meier (Hrsg.), Die gouvernementale Maschine, 2007, S. 58 ff. sowie Scheu, Wenn das Innen zum Außen wird: Soziologische Fragen an Giorgio Agamben, Soziale Systeme 2008, S. 294 ff.

18 Agamben scheint diese Gefahr selbst zu sehen, wenn er seine Topologie der Ausnahme gegen hierarchische Konzeptionen der Souveränität ins Feld führt (vgl. ders. <Fn. 15>, S. 36). Und letztlich hat bereits Schmitt, wie Friedrich Balke überzeugend darlegt, die Position des Souveräns in seiner berühmten Formel unbestimmt gelassen: Souverän ist, *wer auch immer* über die Ausnahme verfügt, vgl. Balke, Derrida and Foucault on Sovereignty, German Law Journal 2005, 77. Nur weil aber kein leibhaftiger König mehr im Zentrum des Souveränitätskalküls residiert, sind die strukturellen Altlasten dieser Semantik lange nicht ausgeräumt.

19 In dieser Wendung gegen den *katechon* Schmitts folgt Agamben Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, 1965, S. 29 ff.

20 Agamben, Ausnahmezustand (Fn. 12), S. 102.

21 Zur Kritik Agambens am modernen Recht vgl. Rasch, A Completely New Politics, or, Excluding the Political? Agamben's Critique of Sovereignty, Soziale Systeme 2002, 38 ff.

22 Agamben, Ausnahmezustand (Fn. 12), S. 77.

renziertes Instrumentarium bereitstellen, das sich für historische Veränderungen sensibel zeigt. Mit Blick auf beide Anforderungen wollen die folgenden Ausführungen vorführen, dass eine dekonstruktivistische Lesart von Niklas Luhmanns Systemtheorie eine entsprechende Umschrift zu leisten vermag. Diese Theoriewahl mag vielleicht überraschen. Sie findet allerdings einen ersten Anhaltspunkt darin, dass auch Luhmann seine Theorie des Rechts dezidiert als Theorie der Grenze des Rechts anlegt. Programmatisch schreibt er auf den ersten Seiten seiner Monographie: „Vielleicht kann man sich heute mindestens darauf verständigen, dass es sich nicht lohnt, über die ‚Natur‘ oder das ‚Wesen‘ des Rechts zu streiten, und dass die interessante Frage die nach den Grenzen des Rechts ist.“<sup>23</sup> An der Grenze anzusetzen bedeutet aber, das Recht von Beginn an ins Verhältnis zu seinem Anderen zu setzen.

Die Systemtheorie begreift den Grenzverlauf des Rechts als historisch variablen Effekt von empirisch identifizierbaren sozialen Operationen. Zur soziologischen Ausleuchtung der Grenzbildung vermag sie ihr großes begriffliches Repertoire einzubringen: sei es ihre Konzeption des Legitimation stiftenden Verfahrens, der juristischen Argumentation oder des normativen Erwartens.<sup>24</sup> Allerdings verhält sich die Theorie, was die kritische Reflexion auf gewaltsame Prozesse der Entrechtung angeht, nahezu spiegelbildlich zu Agambens Analytik des Ausnahmezustands. Während Agambens Ausführungen auf ein hyperdramatisches Totalverdikt zulaufen, erscheint die Ausgrenzung des Rechts gegenüber seiner Umwelt aus Sicht der Systemtheorie als ein alles in allem unproblematischer Vorgang. Und während Agamben schließlich nur mehr einen zur Regel gewordenen Ausnahmezustand konstatiert, verbleibt die Systemtheorie in Bezug auf die Ausnahme eigentümlich stumm. Um daran etwas zu ändern, muss sich die Systemtheorie konzeptuell für jene Formen der Grenzverwirrung sensibilisieren, auf die Agamben mit seiner Topologie der Schwelle so insistierend hinweist. Aus diesem Grund soll die Systemtheorie zunächst in einen Dialog mit der Figur des Anderen gebracht werden, um dann in einem weiteren Schritt die Frage der Ausnahme aufnehmen zu können. Es gilt, sowohl die Systemtheorie an die Figur des Anderen heranzutragen, wie umgekehrt die Figur des Anderen an die Theorie: Welche Gestalt nimmt das Andere des Rechts unter dem Eindruck von Luhmanns Theorie des Rechtssystems an? Und wie verändert sich die Theorie unter dem Eindruck der Figur des Anderen des Rechts?

### 3. *Das Andere des Rechts: Eine systemtheoretisch-dekonstruktive Annäherung*

Für die Systemtheorie besteht das Recht nur in Differenz zu seiner Umwelt. Wie jedes System benutzt es seine Grenze „zur Regulierung dieser Differenz“, von der es konstitutiv abhängt.<sup>25</sup> Vereinfacht gesagt gilt: Ohne Grenze keine Differenz zur Umwelt, und ohne Differenz zur Umwelt kein System. Folglich existiert kein System isoliert für sich. Seine Reproduktion impliziert vielmehr die „Koproduktion dessen, was es nicht ist.“<sup>26</sup> Die Systemtheorie konzipiert demnach eine Ökologie des Rechts. Sie entwirft ein Recht, das sich in unaufhebbarer Nachbarschaft zu seinem Anderen befindet.

23 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 14 f.

24 Vgl. dazu jeweils Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969; Luhmann, *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*, *The Modern Law Review* 1995, 285 ff.; Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, S. 73 ff.

25 Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1. Aufl. 1984/2. Aufl. 2001, S. 35.

26 Spencer Brown, *Laws of Form: Gesetze der Form*, 1999, S. XVIII.

Auch wenn die Systemtheorie die Frage der Inklusion/Exklusion von Personen, wie noch deutlich werden wird, auf den Grenzverlauf des Systems beziehen kann, begreift sie das Nachbarschaftsverhältnis des Rechts primär als ein nicht-personales Verhältnis. Denn das Recht ist wie jedes soziale System ein Kommunikationssystem. Es operiert, indem es rechtliche Kommunikationen aneinander anschließt. Und die Verkettung kommunikativer Ereignisse errichtet die Grenze zum Anderen des Rechts: „Wie jede Operation (...) bewirkt die Kommunikation eine Zäsur. Sie sagt, was sie sagt; sie sagt nicht, was sie nicht sagt. Sie differenziert. Wenn weitere Kommunikationen anschließen, bilden sich auf diese Weise Systemgrenzen, die den Schnitt stabilisieren.“<sup>27</sup> In diesem Sinne teilt Rechtskommunikation die Welt nicht mit, sondern in allererster Linie ein. Sie setzt die Differenz des Rechts zu seiner Umwelt in Betrieb.<sup>28</sup> Deshalb gibt es das Rechtssystem nicht einfach. Es *be-gibt* sich vielmehr in seinen Operationen, welche die Grenze zu seinem Anderen laufend ziehen. Verschwände diese Abgrenzung, verschwände auch das Recht, wie wir es kennen.

Das bis dato Gesagte ergibt sich aus einer immanenten, wenngleich differenztheoretisch akzentuierten Lektüre der Systemtheorie auf die Figur des Anderen hin. Um jedoch eine sozialtheoretische Umschrift der rechtsphilosophischen Intuition Agambens zu entwickeln, muss man einen Schritt weiter gehen: Man muss die Vorstellung von Differenz, die der Systemtheorie zugrunde liegt, dekonstruktivistisch ausdeuten und auf diese Weise die Inversionspunkte der Grenze des Rechts erfassen. Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass die Systemtheorie eine seit dem *linguistic turn* weit verbreitete Vorstellung zu adaptieren vermag – die Vorstellung nämlich, dass jede Identität sich im Unterschied zu ihrem Anderen konstituiert. Sie bezieht diese Vorstellung auf die einzelnen kommunikativen Operationen, die immer etwas Bestimmtes im Unterschied zu anderem bezeichnen, sowie auf das System, das im Zuge der Konnektivität der Operationen im Unterschied zur Umwelt hergestellt wird. Die Dekonstruktion radikalisiert diesen Gedanken: Sobald jede Identität von ihrem Anderen konstitutiv abhängt, kann die Identität ihr Anderes nicht säuberlich abgetrennt auf Distanz halten. Derrida zufolge trägt sie vielmehr unhintergebar die „Spur des Anderen“ als Spur des Unterschieds, dem sie sich verdankt.<sup>29</sup> Die Figur des als konstitutiv begriffenen Anderen verweist somit auf die Kontaminierung der identitären Grenzen: „the admission of the not-itself into the citadel of the as-such.“<sup>30</sup> In Bezug auf das Rechtssystem hieße das, dass sich im Recht „Spuren“ von dem finden, was es ausschließen muss, um sich als Recht im Unterschied zu seiner Umwelt zu etablieren. Diese dekonstruktivistische Pointe wirft neues Licht auf Luhmanns wiederkehrende Formulierung, dass jedes System die Einheit der Unterscheidung von System und Umwelt sei: Die Zwei-Seiten-Form der Unterscheidung, die das System „ist“, schließt die Umwelt ein, indem es sie ausschließt. Das System erscheint somit als „Verknotung von Selbigkeit und An-

27 Luhmann/Fuchs, Reden und Schweigen, 1989, S. 7.

28 Vgl. Fuchs, Die Metapher des Systems, 2001, S. 151.

29 Derrida, Randgänge der Philosophie, 1999, S. 53. Für eine eingehende Diskussion der – trotz ähnlicher Grundannahmen – gravierenden Unterschiede zwischen Systemtheorie und Dekonstruktion unter besonderer Berücksichtigung des Rechts vgl. Teubner, Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann, Theory, Culture & Society 2001, 29 ff. Dabei hält Teubner Derridas Denken der Spur für inkommensurabel mit der Systemtheorie: „This understanding of *différance* cannot be systematically integrated into autopoiesis, it comes from outside as a threatening affliction of closed systems.“ (ebd., 41). Müsste man den Ort der vorliegenden Ausführungen angeben, könnte man darauf hin sagen, dass sie sich exakt an der Schwelle dieser Inkommensurabilität ansiedeln.

30 Staten, Wittgenstein and Derrida, 1985, S. 23.

derheit“; es erweist sich als Ort der Heimsuchung durch sein Anderes.<sup>31</sup> Aus dekonstruktivistischer Perspektive handelt es sich deshalb auch bei der Systemgrenze des Rechts um ein äußerst prekäres Gebilde. Das Insistieren des Anderen droht das Recht immer auch in seiner Systematizität zu gefährden, seine Logiken zu verunreinigen und seine Einheit zu zerrütten.

Insbesondere Urs Stäheli ist auf der Ebene der allgemeinen Theorie jenen Sinnzusammenbrüchen nachgegangen, die sich aus der konstitutiven Verwiesenheit des sozialen Systems auf sein Anderes ergeben.<sup>32</sup> Allerdings findet man bisher kaum Arbeiten, die dezidiert untersuchen, wie die differenzielle Konstitution ein spezifisches Funktionssystem in seinen Grenzen ruiniert. Die folgenden Ausführungen möchten sich deshalb als erste Andeutung verstanden wissen, wie ein solches Forschungsprogramm in Bezug auf das Recht aussehen könnte. Gefragt werden soll nach den Einfallstoren, an denen das Recht zur Ruine wird: An welchen Punkten zeigt sich das konstitutiv ausgeschlossene Andere im Inneren des Rechts und zeitigt dort krisenhafte Effekte? Angesichts dieser Frage bietet es sich an, all jene Mechanismen erneut in den Blick zu nehmen, anhand derer sich das Rechtssystem in seiner Geschlossenheit herstellt. Denn wenn beispielsweise gerichtliche Verfahren, legale Argumentationstechniken oder rechtliche Selbstbeschreibungen aus soziologischer Perspektive Strukturen darstellen, welche erst die einzelnen sozialen Operationen aneinander schließen, dann verankern diese Strukturen zugleich einen *Ausschluss* von Anschlussoptionen *im* System.<sup>33</sup> Wie holt dieser im System verankerte Ausschluss das System ein, und wie lässt sich dieser inverse Vorgang begrifflich fassen?

Das so umrissene Forschungsprogramm ist umfangreich. Als Testgebiet soll ein exemplarischer Einsatzpunkt dienen: der Code des Rechts. Die Codierung schränkt Luhmann zufolge maßgeblich ein, was als Operation des Rechts in Frage kommt. Sie ist damit ein Grenzbildungsmechanismus erster Güte. Der Code bildet, anders gesagt, die Struktur *par excellence*, die den Ausschluss von Anschlussoperationen ins System einschreibt. Damit müsste sich aber nun exakt auf der Ebene der Codes ein Punkt ausmachen lassen, an dem sich die „perfekte Schließung“ (Spencer Brown) des Systems als gefährdet erweist. Die Suche gilt also jenem turbulenten Inversionspunkt, an dem der Code durch sein Anderes konterkariert wird und sich die Paralegalität im System zeigt.

#### 4. *Code und Rejektion: Die Ausnahme als das Andere von Recht und Unrecht*

Der Code des Rechts ist die Unterscheidung von Recht und Unrecht.<sup>34</sup> Alles, was nicht in den Bereich dieser beiden Werte fällt, bleibt vom Recht unberücksichtigt. Der Code liefert damit das Erkennungsverfahren, das feststellt, was als Operation des Rechts zählt und was nicht. Er bildet das Identifikationsinstrument, mit Hilfe dessen die Zugehörigkeit sozialer Ereignisse zum System laufend ermittelt wird. Auf diese Weise erzielt der Code einen (Zu-)Ordnungs- und Ausschließungseffekt: Er scheidet das Recht von seinem Anderen. Der Code spaltet die Einheit des Systems also in zwei ineinander verhängte Differen-

31 Stäheli, Poststrukturalistische Soziologien, 2000, S. 25; für die hier implizierte Überführung der Ontologie in eine „Hauntologie“ vgl. Derrida, Marx' Gespenster: Der verschuldete Staat, die Trauerarbeit und die neue Internationale, 2005.

32 Stäheli, Sinnzusammenbrüche: Eine dekonstruktivistische Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, 2005.

33 Zum systemtheoretischen Verständnis der Struktur vgl. Luhmann, Soziale Systeme (Fn. 25), S. 384 ff.

34 Für Detailinformationen zum Code des Rechts vgl. Luhmann, Recht der Gesellschaft (Fn. 23), S. 165 ff.

zen.<sup>35</sup> Die Unterscheidung von Recht und Unrecht instituiert den Unterschied, den das Rechtssystem gegenüber seiner Umwelt macht. Auf der einen Seite spannt der Code die Welt des Rechts auf, in deren Horizont die Operationen zwischen seinen beiden Werten wechseln. Auf der anderen Seite leistet er dadurch eine „eindeutige Grenzbestimmung“, weil alle anderen Kommunikationen, die weder auf Rechtmäßigkeit noch auf Unrechtmäßigkeit abzielen, in dem vom Code unmarkierten Bereich verschwinden.<sup>36</sup> Sie liegen jenseits von Recht und Unrecht und damit jenseits des Rechtssystems.

Luhmann zufolge erreicht der Code die Schließung des Systems durch den Ausschluss dritter Werte. Das Recht unterscheidet nicht zwischen Recht, Unrecht *und Gerechtigkeit*, zwischen Recht, Unrecht *und Gemeinwohl* oder zwischen Recht, Unrecht *und Sicherheit*. Das Recht führt aber die auf der Ebene des Codes ausgeschlossenen dritten Werte auf der Ebene der Programme in sich ein: „Die materialen Werte parasitieren, genau im Sinne von Michel Serres, als eingeschlossene ausgeschlossene Dritte an der Entscheidungsfähigkeit des Systems.“<sup>37</sup> Programme sind all jene Texte, die Bedingungen spezifizieren, wann etwas Recht oder Unrecht ist: Verfassungen, Gesetze, Gerichtsurteile, Verträge, Dogmatik. Programme „supplementieren“ den Code, wie Luhmann unter Rückgriff auf den Begriff Derridas schreibt.<sup>38</sup> Das heißt, sie müssen zu dem binären Code hinzutreten, damit das Recht operationsfähig wird. Ohne Programme bliebe der Code schlichtweg leer und würde sich in einer Tautologie bzw. einer Paradoxie erschöpfen. Das Recht käme über Aussagen wie „Recht ist Recht“ oder „Recht ist Unrecht“ nicht hinaus. Programme beheben diesen Zustand, indem sie die Kriterien zur Handhabung des Codes liefern. Aufgrund ihrer Austauschbarkeit statuen sie das Recht ferner mit Variationsfähigkeit aus, so dass es auf veränderte Umweltbedingungen mit einem Programmwechsel reagieren kann. Kurzum: „Instruktion und Weltkontakt kommen erst auf der Ebene der Programme ins Spiel.“<sup>39</sup> Wenn aber die Programme die ausgeschlossenen dritten Werte wieder ins System einführen, müssten sie die eindeutige Grenzbestimmung durch den Code immer auch vereiteln. Denn das „den Code supplementierende Außen ist (...) bereits ein internalisiertes Außen“. <sup>40</sup>

Allerdings zeigt sich Luhmann an dieser theorieentscheidenden Stelle deutlich weniger konsequent. Er nutzt die Unterscheidung von Code und Programm nämlich, um Fragen der *Zugehörigkeit* zum System von Fragen der *Änderbarkeit* des Systems eindeutig zu scheiden. Bei Luhmann tasten Programme den Code, der über die Zuordnung von Kommunikationen zum System verfügt, niemals an. Sie ordnen sich ihm immer unter. Umgekehrt bleibt der Code für Luhmann beim Wechsel der Programme immer unveränderlich fest. Die Hierarchie zwischen Code und Programm gewährleistet somit, dass das Recht durch Änderungen auf der Programmebene nie einen Identitätsverlust erleidet. Damit aber folgt Luhmann den beiden Theoriefährten nicht, die er selbst immer wieder ein wenig ostentativ auslegt: dem Parasiten im Sinne Michel Serres' und dem Supplement im Sinne Derridas.

Zweifelloos betont auch Serres die konstitutive Rolle des Parasiten, an die Luhmann anknüpft. Doch der Parasit ist zugleich ein Agent der Störung. Demnach

35 Mit Jack M. Balkin könnte man auch von „nested oppositions“ sprechen, vgl. Balkin, *Deconstruction's Legal Career*, *Cardozo Law Review* 2005, 729 ff.

36 Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 23), S. 70.

37 Luhmann, *Die Codierung des Rechtssystems*, *Rechtstheorie* 1986, S. 198.

38 So auch in Bezug auf das Recht, vgl. Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 23), S. 189.

39 Fuchs, *Das System „Terror“: Versuch über eine kommunikative Eskalation der Moderne*, 2004, S. 55.

40 Stäheli, *Sinnzusammenbrüche* (Fn. 32), S. 288.



würden sich die Programme als Parasiten nicht einfach funktional zu der Informationsverarbeitung durch den Code verhalten.<sup>41</sup> Nimmt man Luhmanns Bezug auf den Parasiten ernst, müssten die Programme vielmehr die Distinktionsfähigkeit des Codes potenziell unterlaufen: „Die Einführung des Parasiten in ein System kommt der Einführung eines Rauschens bei.“<sup>42</sup> Dieser „Lärm unterdrückt das System zeitweilig, er lässt es auf unbestimmte Weise oszillieren.“<sup>43</sup> Dabei vermag der Parasit Serres zufolge den Sturz in die Unordnung zu nutzen, um sich von der sekundären Position an die Stelle des „Wirts“ zu setzen. Das Programm würde also, der Logik des Parasiten folgend, den Code verdrängen. Ein analoges Argument lässt sich mit Blick auf das Supplement entwickeln. Für Derrida kompensiert das Supplement den Mangel einer Einheit, die eigentlich als vollständig gilt.<sup>44</sup> Indem das Supplement die Einheit erst durch sein Hinzutreten vollendet, erweist es sie von Beginn an als unvollendet und brüchig. Wie der Parasit führt das Supplement zugleich eine das System bedrohende Andersheit ins System ein. Gemessen daran ist das Programm bei Luhmann eher ein „Komplement“ als ein Supplement des Codes. Es ruiniert den Code nicht und tritt erst recht nicht an seine Stelle. Genau das tut aber das Supplement: „Es gesellt sich nur bei, um zu ersetzen.“<sup>45</sup> Derrida spricht deshalb auch vom „gefährlichen Supplement“.<sup>46</sup> Bei Luhmann jedoch stellt das Programm nie eine Gefahr für die „perfekte Schließung“ dar, die der Code realisiert.

Um dieser Gefahr einen präziseren Ausdruck zu geben, könnte man einem Begriff größeres Gewicht verleihen, der bei Luhmann nur am Rand vorkommt: der Begriff des Rejektionswerts. Dieser bezeichnet Werte, die den Code „für den Moment als Differenz neutralisieren“, ohne ihn dabei komplett zu „eliminieren“.<sup>47</sup> Rejektionswerte entfalten mithin eine disruptive Kraft. Sie treiben das System auf eine Identitätsstörung zu, schließlich lassen sie die Systemgrenze, die der Code im Kommunikationsbetrieb zieht, durch dessen Zurückweisung erodieren. Allerdings entschärft Luhmann das Konzept gegenüber einer solchen Lesart. Denn vorrangig behandelt er den Rechtscode als Rejektionswert *anderer* Codes – und umgekehrt. So behaupte das Recht seine Maßgeblichkeit, indem es die Leitunterscheidungen anderer Funktionssysteme zurückstellt, ebenso wie andere Systeme wiederum ihre Leitunterscheidungen für maßgeblich halten. Ein derart domestiziertes Verständnis, das die Rejektionswerte säuberlich auf unterschiedliche Systeme verteilt und damit letztlich das Theorem der funktionalen Differenzierung verdoppelt, blendet die durch Rejektionswerte potenziell hervorgerufenen Grenzverwirrungen aus. Ein alternatives Verständnis könnte dagegen den parasitären und supplementären Charakter der Programme akzentuieren. Rejektionswerte wären demnach *jene ausgeschlossenen dritten Werte, die über Programme in das System eingeführt werden, sich jedoch dem Code nicht reibungslos unterordnen*. Sie sind Werte, die sich als *Programmelemente gegen den Code wenden*.

41 Der Code dient der Informationsverarbeitung und -gewinnung, weil er jenen Unterschied registriert, der im Recht einen Unterschied macht, vgl. Luhmann, „Distinctions directrices“: Über Codierung von Semantiken und Systemen, in: Soziologische Aufklärung 4, 2005, S. 15 f.

42 Serres, *Der Parasit*, 1987, S. 283.

43 Serres (Fn. 42), S. 29.

44 Vgl. ausführlich Derrida, *Grammatologie*, 1983, S. 248 ff. In seiner Kritik an Luhmann setzt auch Stäheli am Supplement an, vgl. ders., Sinnzusammenbrüche (Fn. 32), S. 280 ff. Für eine Stärkung der Figur des Supplements innerhalb der Systemtheorie bei der Analyse transitionalen Rechts vgl. Amstutz, *Rechtsgenesis: Ursprungsparadox und supplément*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2008, 125 ff.

45 Derrida, *Grammatologie* (Fn. 44), S. 250.

46 Derrida, *Grammatologie* (Fn. 44), S. 370.

47 Luhmann, „Distinctions directrices“ (Fn. 41), S. 14.

Zur Emergenz von Rejektionswerten kommt es immer dann, wenn die Auseinandersetzung um die Besetzung der Codewerte – Was soll legal sein? Was illegal? – in eine Auseinandersetzung um die Anwendbarkeit des Codes als Ganzem umschlägt.<sup>48</sup> Das ist etwa dann der Fall, wenn Gerechtigkeitskriterien die Berufung auf formal gültige Verträge und Gesetze torpedieren oder wenn Sicherheitskriterien die Frage nach Recht oder Unrecht angesichts außerordentlicher Gefahren zurückdrängen. In derartigen Momenten ereignet sich eine Re-paradoxierung des Systems: Es erscheint nicht länger fraglos rechtens, zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden. Genau aus diesem Grund handelt es sich bei dem Rejektionswert auch um eine Grenzfigur im radikalen Sinn. Er belegt eine Schwellenposition, lässt sich also weder eindeutig dem System noch seiner Umwelt zuordnen.<sup>49</sup> Auf der einen Seite erscheint er dem Code als äußerlich, er attackiert ihn schließlich in seiner Gänze. Auf der anderen Seite muss er dem System innerlich sein, um den Code zu suspendieren. Diese Unentscheidbarkeit ist darauf zurückzuführen, dass er letztlich die Möglichkeitsbedingung in die Krise stürzt, in Bezug auf das System klar zwischen innen und außen zu unterscheiden. In Gestalt des Rejektionswerts tritt das Andere des Systems im System auf den Plan und greift mit dem Code den wesentlichen Grenzbildungsmechanismus des Systems an.

Um die Dynamik, welche die Platzierung eines Rejektionswerts entfacht, deutlicher zu illustrieren, lässt sich an ein relativ harmlos wirkendes Beispiel Luhmanns anknüpfen: die Streitschlichtung. In der Streitschlichtung zeigt sich genau das beschriebene Oszillieren zwischen innen und außen, Geltung und Nicht-Geltung. Zum einen findet sie nicht einfach außerhalb des Rechts statt. Schließlich soll in der Schlichtung ein Ergebnis mit Rechtsgeltung erzielt werden. Zum anderen wird das Recht in seinem normalen Fortgang „wie nicht-geltend behandelt“.<sup>50</sup> Diese Option wird etwa in Erwägung gezogen, wenn sich die Grenzen der Erzwingbarkeit des Rechts abzeichnen. Die Schlichtung kommt dann gelegen, weil sie es ermöglicht, „die Unterscheidung von Recht und Unrecht auszuscalen oder doch zu bagatellisieren“.<sup>51</sup>

Die Befunde einer derartigen Analytik der Schlichtung lassen sich im Anschluss an Derridas Ausführungen zur Begnadigung vertiefen.<sup>52</sup> Auch die Begnadigung eröffnet im Fortgang des Rechts die Möglichkeit der Suspension seiner Geltung. Die Gnade besitzt somit in Bezug auf das Recht den für einen Rejektionswert typischen „liminalen Status“.<sup>53</sup> Sie unterbricht die juridische Ökonomie von Schuld und Strafe, die bei der Feststellung von Unrecht greift. In der Begnadigung wird eine Schuld festgestellt, aber nicht ordnungsgemäß als Schuld verurteilt. Deshalb zeichnet sich die Gnade gegenüber dem wohl kalkulierten Maß von Schuld und Strafe durch ein Moment des Un-Mäßigen aus. Sie setzt das vorgeschriebene Strafmaß außer Kraft. Damit handelt es sich bei der Begnadigung,

48 Zur hier zugrunde liegenden Vorstellung, dass die Besetzung des Codes im Zuge hegemonialer Kämpfe erfolgt, vgl. Stäheli, *Der Code als leerer Signifikant*, Soziale Systeme 1996, 257 ff.

49 Dies wird auch von Luhmann gesehen, wenn er erklärt, dass der Rejektionswert „sowohl als externer als auch als interner Wert fungiert“, ders., *Codierung des Rechtssystems* (Fn. 37), S. 183.

50 Luhmann, *Codierung des Rechtssystems* (Fn. 37), S. 186.

51 Luhmann, *Codierung des Rechtssystems* (Fn. 37), S. 185.

52 Derrida hat sich den Themen der Vergebung und der Gnade in seinen Seminaren aus den Jahren 1997–1999 gewidmet, die derzeit noch nicht veröffentlicht sind. Allerdings liegt ein ausführliches Interview zu der Thematik unter dem Titel *The Century and the Pardon* vor, das Derrida 1999 der französischen Zeitschrift *Les Mondes des Debats* gegeben hat, vgl. <http://fixion.sytes.net/pardonEng.htm> (abgerufen am 8. März 2010). Zur Veröffentlichung der vollständigen Seminare vgl. die editorische Notiz in Derrida, *The Beast and the Sovereign: Volume I*, 2009, S. X.

53 Sarat, *At the Boundaries of Law: Executive Clemency, Sovereign Prerogative, and the Dilemma of American Legality*, *American Quarterly* 2007, 614.

insofern sie im Recht positiv verankert ist, um eine am geltenden Normbestand parasitierende Gegen-Norm, die sich von der Programmebene aus gegen den Code aufschwingt. Die Gnade entzieht dem Recht die Wahl zwischen Recht und Unrecht und überführt den Code in die Alternative, ein Unrecht nicht als solches zu ahnden. In diesem Sinne gibt die Begnadigung einer „lawful lawlessness“ statt.<sup>54</sup> Sie schafft im Recht eine Aussparung vom Recht. Die Begnadigung schreibt daher ins Recht das wieder ein, was es ausschließen muss, um sich in seiner Geschlossenheit zu konstituieren: „law’s necessary other“.<sup>55</sup> Sie überschreitet und neutralisiert das Recht rechtmäßig. Derrida charakterisiert sie deshalb als „sort of beyond the law in the law“ bzw. als „law above the law“. Und fügt an: „As is always the case, the transcendental principle of a system does not belong to the system. It is foreign to it *as an exception*.“<sup>56</sup>

Der Schluss Derridas ist im vorgelegten Theorie-Setting verallgemeinerbar: *Rejektionswerte sind Werte, die im Recht eine Ausnahme realisieren*. Sie bilden in Bezug auf den Code „das nicht Subsumierbare“.<sup>57</sup> Diese Formulierung aus der Souveränitätslehre Schmitts erhält hier einen neuen Sinn. Sie deutet auf die juristische Turbulenz hin, die jene „Werte“ erzeugen, welche sich dem Code nicht programmatisch fügen, sondern die Unterscheidungsfähigkeit zwischen Recht und Unrecht in die Krise stürzen. Sie sabotieren den Unterschied, der das Recht konstitutiv abgrenzt. Luhmann selbst weist darauf hin, dass die Rejektion des Systems in scharf umgrenzte Episoden eingfasst werden müsse. Diese Bedingung erfüllt etwa die Streitschlichtung. Wenn aber eine derartige verfahrenstechnische Einhegung nicht gelingt, dann drohe die Realisierung der Ausnahme das Rechtssystem in den „Kollaps“ zu treiben: „Denn dann würde jede codespezi-fische Programmatik im System zugleich gelten und nicht gelten“.<sup>58</sup> Das System würde, um das Zitat von Michel Serres erneut aufzugreifen, unbestimmt oszillieren.

Der Ausnahmezustand zeichnet sich dadurch aus, dass Rechtmäßigkeit von Rechtswidrigkeit ununterscheidbar wird. In der Literatur wurde diese verstörende Qualität der Ausnahme vor allem in Bezug auf den Notstand diskutiert. Die Aporie der Not besteht gemäß der Lesart Agambens darin, dass sie kein Gesetz kennt und zugleich ihr eigenes Gesetz schafft.<sup>59</sup> Die Feststellung des Notstands wird somit zum Geltungsgrund der Aufhebung der geltenden Rechtsordnung. Insbesondere in den letzten Jahren hat eine vielfach beschriebene „Ausweitung des Sicherheitsparadigmas“ zu einer drastischen Ausweitung der Notrechte und Ausnahmeeinrichtungen geführt.<sup>60</sup> Emblematisch dafür sind vor allem die Ereignisse um das Lager von *Guantanamo Bay* geworden: die Ausnahme der Gefangenen von den Genfer Konventionen und die Suspension des Folterverbots. Allerdings reicht die vorgelegte Theorie des Rejektionswerts über die Feststellung spektakulärer Formen der Ausnahme hinaus. Sie vermag die strukturelle Homologie jener Prozesse zu erfassen, die mit der Beschwörung außerordentlicher Bedrohungen einerseits und dem Vokabular der Milde andererseits scheinbar gegensätzliche Ausdrucksformen pflegen: Während man es in der ex-

54 Vgl. Sarat/Hussain, On Lawful Lawlessness: George Ryan, Executive Clemency, and the Rhetoric of Sparing Life, *Stanford Law Review* 2004, 1307 ff.

55 Sarat, At the Boundaries of Law (Fn. 53), 618.

56 Derrida, The Beast and the Sovereign (Fn. 52) (Hervorhebung hinzugefügt, S.O.).

57 Schmitt, Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1922/1934), 2004, S. 19.

58 Luhmann, Codierung des Rechtssystems (Fn. 37), S. 188.

59 Vgl. Agamben, Ausnahmezustand (Fn. 12), S. 33.

60 Agamben, Ausnahmezustand (Fn. 12), S. 22; vgl. darüber hinaus stellvertretend für viele Noorani, The Rhetoric of Security, *The New Centennial Review* 2005, S. 13ff. sowie Scheuerman, Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11, *The Journal of Political Philosophy* 2006, 61 ff.

zeptionellen Notsituation mit einer *reinen Anwendung ohne Geltung des Gesetzes* zu tun hat, kommt die Gnade einer *reinen Geltung des Gesetzes ohne Anwendung* gleich. In beiden Fällen aber wird eine Art Rechtlosigkeit legalisiert und das Recht so gegen sich gewendet. In beiden Fällen sieht sich das Recht zurückgewiesen, weil dritte Werte ihm gegenüber die Führung übernehmen und dadurch eine Ausnahme erwirken.

Zugleich erlangt die über den Begriff des Rejektionswerts gearbeitete Theorie der Ausnahme eine größere rechtssoziologische Tiefenschärfe als jene Theorien, die am Begriff der Souveränität ansetzen. Sicher: Auch die Begnadigung, mit all ihren politisch-theologischen Implikationen, lässt sich mit einiger Plausibilität als souveränes Vorrecht klassifizieren.<sup>61</sup> Schließlich reklamiert sie das Recht, jemanden vom Bereich des Rechts auszunehmen. Allerdings führt der nun vorgelegte Entwurf die Ausnahme gerade nicht auf das Vermögen eines wie immer hierarchisch oder zentral positionierten Souveräns zurück. Die Gestalt des Souveräns erklärt nichts, sondern wird aufgelöst in einer empirisch beobachtbaren Fluktuation der Rejektionswerte. Wie deutlich geworden sein sollte, ist dabei kein Wert „an sich“ ein Rejektionswert. Die Emergenz von Rejektionswerten ist, im Gegenteil, prinzipiell kontingent. Sie verdankt sich allein dem Umstand, dass das Recht die auf der Ebene des Codes ausgeschlossenen dritten Werte in den Programmen wieder in sich einführen muss und sich manche dieser Werte – im evolutionär unberechenbaren Kräftespiel aus innerrechtlichen Auseinandersetzungen und externen Versuchen der Einflussnahme – gegen das Recht wenden. Sie bilden dann „perverse Institutionen“ im Wortsinn aus, die das Recht so verdrehen, dass sich sein Äußeres nach Innen kehrt.<sup>62</sup> Wenn in derartigen Prozessen institutionelle *topoi* mit prärogativer Macht geschaffen werden, so kann dies selbstverständlich festgestellt werden. Aber die Analyse startet nicht von solchen *topoi* aus. Möchte man dennoch am Begriff der Souveränität festhalten, könnte man sagen, dass das nun vollzogene Theoriemanöver die Vorstellung von verteilten und transitorischen Souveränitätsfunktionen nahe legt.<sup>63</sup>

Mit Blick auf das oben formulierte Ziel, eine sozialtheoretische Umschrift von Agambens rechtsphilosophischem Entwurf anzubieten, bleibt eine letzte Frage offen: Welche Implikationen birgt das nun entwickelte Argument für Prozesse der sozialen Exklusion? Wie gesehen, besteht ein wesentlicher Verdienst Agambens darin, dass er den Zusammenhang zwischen der souverän verfügbaren Ausnahme und der Ausschließung des *homo sacer* herausgearbeitet hat. Doch auch diese These lässt sich nun sozialtheoretisch einholen. Dazu muss man lediglich wissen, dass die Rechtsperson für die Systemtheorie im kommunikativen Betrieb Gestalt annimmt. Und zwar tritt sie in dem Moment hervor, in dem ihr die Mitteilung einer Information im nachträglichen Akt des Verstehens zugeschrieben wird.<sup>64</sup> Das heißt, die Person wird jeweils erst in der Anschlusskommunikation ermittelt. Ihre Anrufung des Rechts wird im Inklusionsfall von einem Gericht nachträglich mit Relevanz bedacht und entsprechend der kommunikativen Routinen des Systems bearbeitet. Genau dieser Prozess wird jedoch prekär, sobald

61 Diese Position vertritt Derrida, *The Beast and the Sovereign* (Fn. 52).

62 Von „perversen Institutionen“ spricht Luhmann mit Blick auf mögliche Institutionalisierungen von Rejektionswerten, vgl. Luhmann, *Codierung des Rechtssystems* (Fn. 37), S. 186.

63 Ähnlich zuletzt ebenfalls Butler (Fn. 7), S. 84. Im Rahmen einer Analyse der Entscheidungspraxis US-amerikanischer Staatsanwälte plädieren darüber hinaus auch Austin Sarat und Colin Clarke für eine analoge Umstellung der Souveränitätstheorie: „from the purest and most dramatic manifestations of sovereign power to the fragments that remain in contemporary constitutional democracies“, Sarat/Clarke, *Beyond Discretion: Prosecution, the Logic of Sovereignty, and the Limits of Law*, *Law & Social Inquiry* 2008, 390.

64 Vgl. Fuchs, *Der Eigen-Sinn des Bewusstseins: Die Person, die Psyche, die Signatur*, 2003, S. 18 ff., dort in Weiterführung von Luhmann, *Die Form „Person“*, in: *Soziologische Aufklärung* 6, 2005, S. 137 ff.

der Code seine Dislokation durch einen dritten Wert erfährt. Sobald die Ausnahme den Rechtscode einnimmt, verhält jede Anrufung des Rechts potentiell, weil der Referenzbereich ihrer Annahme schlichtweg aus den Fugen ist. Nicht weniger als der Bereich, in dem sie normalerweise verstanden wird – kurz: das Rechtssystem – steht infrage. Deshalb findet sich derjenige, der ein in der Ausnahme rejiziertes Recht anruft, vom Recht strukturell verlassen. Im Extrem droht er in Bezug auf das Recht zur Unperson zu werden, deren Kommunikationsofferte lediglich pararechtliche Anschlüsse erwirtschaftet. Das ist insbesondere in den von Agamben beschriebenen Fällen des polizeilichen Notstands auf drastische Weise erkennbar: Das Recht wird hier unter Bedingungen adressiert, in denen sowohl rechtmäßig als auch unrechtmäßig gehandelt werden kann. Damit vermag das Recht normativ begründete Erwartungen nicht länger zu stabilisieren. Der Einzelne findet sich einem unbestimmt oszillierenden Recht gegenüber, das selbst zu einem Agenten der Erwartungsunsicherheit avanciert. Genau gesehen, hat man es also mit einer doppelten Umwendung der Rechtsform in ihr Anderes zu tun: Indem der Rejektionswert das Andere des Rechts in das System einschreibt, ist die Rechtsperson der Gefahr ausgesetzt, nicht mehr eindeutig als solche adressiert zu werden und folglich nurmehr als Unperson des Rechts zu firmieren.

### 5. Ausnahme mit System

Die über den Rejektionswert gearbeitete Theorie der Ausnahme verschließt sich einer gängigen Alternative. Sie nimmt zum einen Abstand von einer mit apokalyptischen Anklängen und messianischen Hoffnungen ausgestafften Ontologie des Lebens, wie sie sich bei Agamben findet. Zum anderen wendet sie sich dagegen, den Entscheidungsbegriff in der Nachfolge Schmitts dezisionistisch zu überlasten.<sup>65</sup> Stattdessen akzentuiert das Konzept des Rejektionswerts die dynamische Instabilität des im Unterschied zu seinem Anderen operierenden Systems. Dadurch rückt es die sozialen Auseinandersetzungen um die Grenze des Rechts ins Blickfeld. Zudem stellt das Konzept den Kontakt zu dem überaus reichen Begriffsapparat der Systemtheorie her und vermag dadurch zu einer tiefschärferen Untersuchung von Ausnahmephänomenen beizutragen. Luhmann selbst hat sich immer dagegen gesperrt, der Ausnahme einen systematischen Platz in seiner Theorie des Rechts zuzuweisen. Seine wenigen Ausführungen weisen diesbezüglich einen geradezu dekretierenden Tonfall auf: „[D]as Rechtssystem kann keinen Ausnahmestatus akzeptieren. (...) Denn wenn es auch nur eine Instanz geben könnte, die unabhängig vom Recht über Leben, Leib und Eigentum verfügen könnte, gibt es kein Recht; denn alle Rechtssicherheit könnte von daher aus den Angeln gehoben werden.“<sup>66</sup> Luhmann spricht hier offenkundig als normativer Anwalt einer Rechtsordnung liberaler Prägung. Weil von der Ausnahme her die Rechtssicherheit aus den Angeln gehoben werden kann, ist die Ausnahme inakzeptabel. Die ausnahmslose Subsumierbarkeit des programmatischen Normenmaterials wird auf diese Weise theorietechnisch als erstrebenswert festgeschrieben. Dagegen kann ein rechtssoziologischer Beobachter, der die Ausnahme als Effekt der Platzierung von Rejektionswerten begreift, Bedingungen empirisch untersuchen, unter denen das Recht sich im Normalbetrieb selbst

65 Für einen dennoch interessanten Ansatz vgl. Wirtz, Entscheidung: Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: Koschorke/Vismann (Hrsg.), Widerstände der Systemtheorie, 1999, S. 175 ff. Letztlich überzeugt jedoch die von Fischer-Lescano und Christensen formulierte Kritik an einem derartigen Unterfangen, vgl. dies., Auctoritatis Interpositio: Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie, Der Staat 2005, 213 ff.

66 Luhmann, Recht der Gesellschaft (Fn. 23), S. 414.

nicht genügt und sich gegen sich wendet. Er kann sich den sozialen Prozessen zuwenden, innerhalb derer Programmelemente als „gefährliche Supplemente“ rechtsdestruktive Effekte hervorrufen. Dabei wird es auch möglich, sich jene sozialen Mechanismen näher anzusehen, welche die Kraft zur Sabotage des Codes überhaupt erst entfalten. Zu denken wäre hier an die pathosgeladenen, oftmals unter Berufung auf die nationale Einheit vorgetragenen Narrative der Versöhnung, welche Kampagnen zur Vergebung und Begnadigung begleiten.<sup>67</sup> Zu denken wäre ferner an diskursive Prozesse der *Securitization*, an Prozesse also, die eine existenzielle Bedrohung derart beschwören, dass außerordentliche Maßnahmen durchsetzbar sind.<sup>68</sup> Erst solche Narrative und Beschwörungen produzieren jene semantischen Begründungsformen und setzen in ihrer Rhetorizität jene sozialen Kräfte frei, die in Bezug auf das Recht einen dislokativen Schub auszulösen vermögen. Denn die bestehenden Erfahrungen mit dem Recht legen doch eher nahe, dass der Rechtscode zumindest im Kontext konstitutioneller Demokratien relativ fest platziert ist, so dass die Ausnahme tatsächlich eine Ausnahme und – *pace* Agamben – nicht die Regel ist. Damit aber bleibt die Ausnahme soziologisch erklärungsbedürftig.

Egal, ob es sich nun um den „Wert“ der Sicherheit, der Gnade oder der Not handelt – sie alle schreiben das Andere *des* Rechts *ins* Recht ein. Für derartige Einschreibungen scheint ein Ausdruck passend, den der Kriminologe Richard V. Ericson zuletzt verwendet hat: der Begriff des „counter law“ bzw. des „Gegen-Rechts“.<sup>69</sup> Darunter sind Formen des Rechts zu verstehen, die eine Erosion des liberalen Rechts bewirken, es taktisch gegen sich selbst richten und temporär suspendieren. Es bleibt abzuwarten, ob es sich bei den seit einiger Zeit verstärkt zu beobachtenden Formen des Gegen-Rechts um ein vorübergehendes Phänomen handelt.<sup>70</sup> In jedem Fall ist davon auszugehen, dass die Dislokation durch sein Anderes das System nicht einfach komplett auflöst. Eine Systemkatastrophe des Rechts ist zumindest derzeit nicht absehbar. Vielmehr wird das Recht zu einer Neu-Formierung seiner Grenzen gezwungen, also selbst auf den Weg zu etwas Anderem gebracht – und sei es nur zu einer dauerhaften Fortexistenz als Ruine.

67 Derrida führt die Diskurse um die Amnestie der Kollaborateure mit den Nazis im Frankreich der 1950er Jahren an – und spricht, nicht ohne eine gewisse Ironie, mit Blick auf Vergebung und Begnadigung von einem „ecological’ imperative of social and political health“, ders. (Fn. 52).

68 Buzan/Wæver/de Wilde, *Security. A New Framework for Analysis*, 1998, S. 21 ff.

69 Ericson, *Crime in an Insecure World*, 2007, S. 24 ff. Für eine Anwendung der Kategorie auf Versuche, preemptive Formen des Gewalteinsatzes zu legalisieren vgl. Opitz/Tellmann, *Katastrophale Szenarien: Gegenwärtige Zukunft in Recht und Ökonomie*, in: Leviathan, Sonderheft 25, 2010 (im Erscheinen).

70 Vgl. Frankenberger, *Staatstechnik: Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, 2010.