

Erster Beratungsgegenstand:

Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie

1. Theorie

Referat von *Ino Augsberg*, Kiel*

Inhalt

I.	Das Ausgangsproblem	30
II.	Ein erster Lösungsansatz: Selbstbestimmung und Fremd- bestimmung in der liberalen Demokratie als verfasste Freiheit	33
	1. Die Spannung zwischen Selbst- und Fremdbestimmung . . .	33
	2. Liberale Demokratie als verfasste Freiheit	35
	3. Zwischenfazit	37
III.	Erste Komplikation: Selbst-Bestimmung	38
	1. Fragestellung	38
	2. Die Konstitution des Subjekts	41
	a) Wie der Mensch zur Welt kommt	41
	b) Sprache als Paradigma	44
	c) Von der Transzendentalität zur A-Transzendentalität . . .	45
	3. Zwischenfazit	47
IV.	Zweite Komplikation: Mit-Bestimmung	47
	1. Fragestellung	47
	2. Die Neubestimmung des Mitseins	48
	a) Ontologischer Grundansatz	48
	b) Konkretisierungsperspektiven	49
	c) Sich bestimmen lassen	51
	3. Zwischenfazit	54

* Für hilfreiche Anmerkungen und kritische Kommentare danke ich sehr herzlich *Andreas von Arnould, Steffen Augsberg, Stefan Koriath, Karl-Heinz Ladeur, Michael W. Müller, Gunnar Folke Schuppert, Jörg Philipp Terhechte, Thomas Vesting und Ferdinand Wollenschläger.*

V.	Schlussfolgerungen: Selbst-Bestimmung und Mit-Bestimmung in der liberalen Demokratie als ver-fasste Freiheit.	55
1.	Demokratische Selbst- und Mit-Bestimmung.	55
2.	Liberaler Selbst- und Mit-Bestimmung	58
3.	Ver-fasste Freiheit	60

I. Das Ausgangsproblem

Fragen der Selbst- und Fremdbestimmung ist im Kontext moderner Gesellschaften kaum zu entgehen. Ob es etwa um Beihilfe zum Suizid, um die Eintragung der geschlechtlichen Identität in das Personenstandsregister oder um den Nachweis einer Impfung geht,¹ ob die Grenzen des kirchlichen Arbeitsrechts oder die der Integration unserer nationalstaatlichen Verfassungsordnung in einen supranationalen „Staatenverbund“ zu bestimmen sind,² ob Individuen, Institutionen, einzelne soziale Felder, gesellschaftliche Gruppen oder ganze Völker den Bezugspunkt bilden:³ In Frage steht

¹ Vgl. BVerfGE 153, 182 – Suizidhilfe; BVerfGE 147, 1 (19) – Geschlechtsidentität; BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21 – Impfnachweis (COVID-19); BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 21.07.2022 – 1 BvR 469/20 – Impfnachweis (Masern). Zur Impfproblematik mit Bezug auf die Covid-19-Pandemie näher *Jens Kersten/Stefan Rixen* Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, 164 ff.; sowie in rechtsvergleichender Perspektive den Beitrag von *Hellen Keller* i. d. Bd.

² Vgl. BVerfGE 137, 273 – Katholischer Chefarzt; BVerfGE 123, 267 – Lissabon.

³ Vgl. zur Vorstellung von individueller Freiheit als „Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug“ BVerfGE 63, 343 (357) – Rechtshilfevertrag; dazu etwa *Hasso Hofmann* Menschenrechtliche Autonomieansprüche. Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen, JZ 1992, 165; aus philosophischer Sicht *Volker Gerhardt* Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität, 2. Aufl. 2018. Zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht etwa *Konrad Hesse* Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hrsg.) Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Bd., 2. Aufl. 1994, 521. Zur Rede von der „Eigengesetzlichkeit“ sozialer Felder mit Bezug auf die Kunst BVerfGE 30, 173 (190) – Mephisto, sowie mit Blick auf die Wissenschaft BVerfGE 35, 79 (112 f.) – Hochschul-Urteil; BVerfGE 43, 242 (247) – Universitätsgesetz Hamburg; und BVerfGE 57, 70 (96) – Universitätsgesetz Hessen. Die Formulierung findet sich bereits bei Smend in seinem Staatsrechtslehrerreferat 1927; vgl. *Rudolf Smend* Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: *ders.* Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl. 1965, 89 (106). Speziell mit Bezug auf das Recht und die Unterscheidung von Auto- und Heteronomie als Grundcharakteristika verschiedener Rechtsmodelle *Robert Cover* Obligation. A Jewish Jurisprudence of the Social Order, in: Martha Minow/Michael Ryan/Austin Sarat (Hrsg.) Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover, 1993, 239; in historischer Sicht *Joachim Rückert* Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, 1988, und *Nils Jansen* Recht und gesellschaftliche Differenzierung. Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft, 2019, 25 ff.; zur aktuellen Situation aus deutscher Sicht

stets die Abgrenzung von Selbst- und Fremdbestimmung oder, meist synonym verstanden, von Auto- und Heteronomie.⁴

Zugleich jedoch zeigt jede einfache Gesprächssituation, wie prekär diese Abgrenzung ist. Denn jede Kommunikation nimmt denjenigen, an den sie gerichtet ist, unmittelbar in Anspruch. Sie verlangt von ihm eine Reaktion, die der Angesprochene nicht verweigern kann, weil noch die Verweigerung selbst eine solche Reaktion bildet.⁵ Umgekehrt vollzieht jeder, der selbst eine Kommunikation beginnt, einen Akt im doppelten Wortsinn, nämlich eine Selbstexposition, mit der er sich dem fremden Blick, dem fremden Ohr, dem fremden Urteil aussetzt und überlässt.⁶ Wer spricht, stellt einen Anspruch. Aber er wird ebenso sehr selbst in Anspruch genommen.⁷ Jeder

etwa die Beiträge in *Christian Bumke/Anne Röthel* (Hrsg.) *Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff*, 2017. Zum Gruppenschutz etwa *Nicola Wenzel* *Das Spannungsverhältnis zwischen Gruppenschutz und Individualschutz im Völkerrecht*, 2008, v.a. 95 ff. Zum Selbstbestimmungsrecht der Völker in historischer Perspektive *Jörg Fisch* *Das Selbstbestimmungsrecht der Völker. Die Domestizierung einer Illusion*, 2020; speziell zum Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes *Helmut Quaritsch* *Das Selbstbestimmungsrecht des Volkes als Grundlage der deutschen Einheit*, in: *HStR* XI, 3. Aufl. 2013, § 229.

⁴ Wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Suizidbeihilfe wiederholt von einer „autonomen Selbstbestimmung“ spricht (vgl. BVerfGE 153, 182, Ls. 1b u.ö. – Suizidhilfe), scheint es mit der Bildung dieses Syntagmas zwar eine der neuen Wendung zugrundeliegende Differenz vorauszusetzen. Worin diese jedoch liegen sollte, bleibt unklar; die Entscheidung bestimmt das Syntagma nicht näher (etwa im Sinn einer *differentia specifica*), sondern verwendet beide Begriffe im Übrigen weitgehend gleich. Zur Problematik näher *Wolfram Höfling* *Autonome Selbstbestimmung – und was nun?* Kritische Anmerkungen und rechtspolitische Fragen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB, in: *Zeitschrift für medizinische Ethik* 66 (2020), 245. Unbeschadet der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit einer genaueren Differenzierung (vgl. dazu etwa die Nw. u., Fn. 20) dürfte es sich demnach in der Praxis bei derartigen Wendungen in der Tat meist um „Pleonasmen“ handeln (so *Nils Grosche* *Selbstbestimmung in der liberalen Demokratie als verfassungsrechtliche Verhältnisbestimmung*, DVBl. 2022, 1118 [1118 Anm. 9]).

⁵ Vgl. *Paul Watzlawick/Janet H. Beavin/Don D. Jackson* *Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien*, 13. Aufl. 2017, 58 ff.

⁶ Vgl. zu diesem Begriff des Akts und der Exposition bereits *Ino Augsberg* *Elemente einer Theorie des expositiven Rechts*, 2021, 8; sowie *ders.* *Rechtsakte. Anmerkungen zum pouvoir proissant*, in: *Kerstin Wilhelms/Stefan Arnold* (Hrsg.) *Schau-Prozesse. Gericht und Theater als Bühnen des Politischen*, 2022, 171.

⁷ Vgl. *Hermann Lang* *Die Sprache und das Unbewußte. Jacques Lacans Grundlegung der Psychoanalyse*, 1986, 55 f.: „In Sprache, in ein Gespräch sich einfügen, heißt sich einer Universalität unterordnen, bedeutet Erhebung zur höheren Allgemeinheit wechselseitiger Anerkennung, fordert Verzicht auf den eigenen Narzißmus“. Zu den ethischen Konsequenzen dieser Situation die Beiträge in *Bernhard Waldenfels/Iris Därmann* (Hrsg.) *Der Anspruch des Anderen. Perspektiven einer phänomenologischen Ethik*, 1998.

Sprechakt ist in diesem Sinn zumal eine Sprechpassion.⁸ Kein Beharren auf der Originalität der eigenen Rede kann daran etwas ändern. Im Gegenteil: Noch die Insistenz auf der Eigenständigkeit des Gesagten führt auf einen allgemeinen Befund zurück, der gerade den Anspruch auf Individualität als überindividuellen Topos bestimmt.⁹ Autonomie ist die maßgebliche Norm für das Individuum in der modernen Gesellschaft.¹⁰ Sie wird damit ihrerseits zu einem Anspruch, an dem sich das Individuum messen lassen muss, an dem es eben deshalb aber auch scheitern (und wegen dieses Scheiterns dann in die Depression abrutschen) kann.¹¹

Vor diesem Hintergrund ist Autonomie nur noch als ein in sich widerspruchsvolles Konzept vorzustellen, das heißt als ein Konzept, das gegen sich selbst und dadurch zugleich gegen die Vorstellung eines in sich

⁸ Vgl. zu dieser Unterscheidung *Werner Hamacher* Bemerkungen zur Klage, in: Illit Ferber/Paula Schwebel (Hrsg.) *Lament in Jewish Thought. Philosophical, Theological, and Literary Perspectives*, 2014, 89 (97). Stellt man diese Differenz in Rechnung, muss die Analyse, statt sich allein auf die Beschreibung performativer Effekte zu konzentrieren (vgl. dazu für den rechtlichen Bereich etwa *Ralph Christensen/Kent Lerch* Performanz. Die Kunst, Recht geschehen zu lassen, in: Kent D. Lerch (Hrsg.) *Die Sprache des Rechts*, Bd. 3: Recht vermitteln. Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht, 2005, 55; ausführlich *Sabine Müller-Mall* Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung, 2012), auch die *afformative* Dimension des Sprechens betonen. Dazu grundlegend *Werner Hamacher* Afformativ, Streik, in: Christiaan L. Hart Nibbrig (Hrsg.) Was heißt „Darstellen“?, 1994, 340. Zu den Konsequenzen eines solchen Perspektivwechsels aus rechtlicher Sicht *Augsberg* Elemente einer Theorie des expositiven Rechts (Fn. 6).

⁹ Vgl. zur historischen Genese dieses Befunds, im Sinn entsprechender „Wandlungen der Wir-Ich-Balance“, bereits *Norbert Elias* Die Gesellschaft der Individuen, 1987, 207 ff.; mit Blick auf die Gegenwart ferner *Norbert Bolz* Die Konformisten des Andersseins. Ende der Kritik, 1999; *Andreas Reckwitz* Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne, 2017.

¹⁰ Vgl. *Alain Ehrenberg* Das Unbehagen in der Gesellschaft, 2011, 17.

¹¹ Vgl. zur Depression als „Krankheit einer Persönlichkeit, die versucht, nur sie selbst zu sein“, *Alain Ehrenberg* Das erschöpfte Selbst. Depression und Gesellschaft in der Gegenwart, 2008, 14. Zum Zusammenhang von Depression und Autonomie ferner *ders.* Das Unbehagen in der Gesellschaft (Fn. 10), 17: „Bei einem Lebensstil, der durch die traditionelle Disziplin geprägt ist, gehörte die Frage, die sich für jedermann stellte, zu einem ‚neurotischen‘ Typus: Was *darf* ich tun? Bestimmt jedoch der Bezug zur Autonomie die Geister, wird die Vorstellung, daß jeder aus eigener Kraft es zu etwas bringen kann, indem er aus eigenem Antrieb Fortschritte macht, zu einem Ideal, das in unsere Alltagsgebräuche eindringt, gehört die Frage, die sich für jedermann stellt, zu einem ‚depressiven‘ Typus: Besitze ich die *Fähigkeit*, es zu tun? Die neurotische Schuld ist offensichtlich kaum verschwunden, sondern hat die Gestalt der depressiven Unzulänglichkeit angenommen.“ In dieser Lesart ist die Depression nicht nur die Diagnose einer individuellen Psychopathologie. Sie sagt zugleich etwas über den Zustand der gegenwärtigen Gesamtgesellschaft und der Stellung des Einzelnen in ihr aus. „Sie zeigt uns anhand eines Mangels, wie die neue Ordnung des In-der-Welt-seins funktioniert“ (*Jean-Claude Kaufmann* Wenn ICH ein anderer ist, 2010, 206).

geschlossenen Selbst überhaupt Einspruch einlegt.¹² Die so geläufige und scheinbar so sicher handhabbare Distinktion zwischen Selbst- und Fremdbestimmung lässt sich danach nicht länger halten. An die Stelle der vorgeblich klaren Differenz tritt eine eigentümliche Verflechtung. Statt um Auto- oder Heteronomie geht es um Auto-Hetero-Nomie.¹³

Doch was heißt das genauer? Wie lässt sich diese Lage näher erklären? Und was folgt aus ihr für die Idee einer liberalen Demokratie?

II. Ein erster Lösungsansatz: Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie als verfasste Freiheit

1. Die Spannung zwischen Selbst- und Fremdbestimmung

Allzu kompliziert scheinen die Dinge näher betrachtet allerdings gar nicht zu liegen. Selbst- und Fremdbestimmung benennen offensichtlich einen Gegensatz, bei dem die Gegensätzlichkeit aus der unterschiedlichen Rolle des jeweils eingesetzten Herrschaftssubjekts resultiert. Während in der einen Konzeption Herrschaftssubjekt und -objekt zusammenfallen, sind sie in der anderen dissoziiert. Herrschaft wird in diesem zweiten Fall von dem der Herrschaft unterworfenen Einzelnen als etwas ihm gegenüber Fremdes, Äußeres, und deswegen als Belastung empfunden. Dementsprechend besitzt das Begriffspaar dem üblichen Verständnis zufolge nicht nur einen rein deskriptiven Gehalt, der jene strukturelle Differenz als solche notiert. Wenigstens implizit steckt in der Gegenüberstellung vielmehr auch eine Wertung und damit verbunden eine Teleologie: Die als problematisch angesehene Fremdbestimmung soll sukzessive durch die positiver bewertete Selbstbestimmung ersetzt werden.¹⁴ Der Wandel von der Fremd-

¹² Vgl. zu dieser traditionellen Vorstellung kritisch etwa *Rodolphe Gasché* *The Tain of the Mirror. Derrida and the Philosophy of Reflection*, 1986, 13 ff.

¹³ Vgl. dazu näher mit Bezug auf die kantische Moralphilosophie *Ino Augsberg* „Das moralische Gefühl in mir“. Zu Kants Konzeption menschlicher Freiheit und Würde als Auto-Heteronomie, *JZ* 68 (2013), 533; sowie *Werner Hamacher* *Heterautonomien*. – One 2 Many Multiculturalisms, in: Burkhard Liebsch/Dagmar Mensik (Hrsg.) *Gewalt Verstehen*, 2003, 157 (181 ff.). Zum Problem mit Bezug auf den möglicherweise unumgänglichen Zusammenhang zwischen Autonomie und Anerkennung ferner *Alexander García Düttmann* *Zwischen den Kulturen. Spannungen im Kampf um Anerkennung*, 1997, 214 f.

¹⁴ Vgl. entsprechend etwa *Martin Seel* *Sich bestimmen lassen. Ein revidierter Begriff von Selbstbestimmung*, in: *ders.* *Sich bestimmen lassen. Studien zur theoretischen und praktischen Philosophie*, 2002, 279 (279): „Die Befreiung des Menschen von fremder Bestimmtheit ist eines der ältesten Motive der Philosophie. In grundsätzlich unwägbarsten Umständen sein Leben gleichwohl aus eigener Kraft und eigener Orientierung zu führen –

zur Selbstbestimmung ist demzufolge gleichbedeutend mit einem Akt der Emanzipation des Subjekts. Indem das Subjekt sich aus überkommenen, namentlich religiösen Vorstellungswelten, Bindungen an klassische, typischerweise paternale Autoritätsfiguren und alten Vorurteilen löst,¹⁵ erstickt es endlich vom unmündigen zum mündigen Subjekt.¹⁶ Der Übergang von der Fremd- zur Selbstbestimmung fällt danach zusammen mit der Fähigkeit des Subjekts, den eigenen Kräften zu vertrauen. Der traditionelle Name dieses Prozesses lautet Aufklärung.¹⁷

Dabei ist jedoch klar, dass diese Aufklärung nicht ohne ihre eigene Dialektik zu haben ist.¹⁸ Die vollendete Emanzipation droht in ihr Gegenteil umzuschlagen, das scheinbar nur noch sich selbst gehorchende, keinem

darin ist seit jeher der Kern eines gelingenden Lebens gesehen worden.“ Speziell zur gegenwärtigen Konjunktur des Selbst und seiner Herrschaft ferner *Bernhard Waldenfels* Sozialität und Alterität. Modi sozialer Erfahrung, 2015, 14: „Das Selbst ist großgeschrieben in Form einer moralischen und politischen *Autonomie* und inzwischen auch in der systemischen Form einer *Autopoiesis*. Wer einem *Heteron* das Wort redet, scheint in den Zustand unmündiger Abhängigkeit zurückzukehren und sich gleichsam wieder auf allen vieren zu bewegen, statt aufrecht voranzuschreiten.“ Ähnlich die Diagnose bei *Martin Teising* Selbstbestimmung zwischen Wunsch und Illusion. Eine psychoanalytische Sicht, 2017, 11 ff.; und *Ehrenberg* Das Unbehagen in der Gesellschaft (Fn. 10). Exemplarisch für eine derartige offenbar für die Gegenwart charakteristische Sichtweise etwa *Axel Honneth* Desintegration. Bruchstücke einer soziologischen Zeitdiagnose, 1994, 25. Aus juristischer Sicht zu einer entsprechenden Entwicklungslinie *Josef Franz Lindner* i. d. Bd.

¹⁵ Vgl. zum Zusammenhang dieser Phänomene im Sinn einer „Ableitung“ der „religiösen Bedürfnisse“ aus der „infantilen Hilflosigkeit und der durch sie geweckten Vatersehnsucht“ *Sigmund Freud* Das Unbehagen in der Kultur, in: *ders.* Gesammelte Werke, Bd. XIV: Werke aus den Jahren 1925–1931, 4. Aufl. 1968, 419 (430).

¹⁶ Vgl. zu einer entsprechenden Entwicklungsgeschichte mit Bezug auf das Individuum etwa *Ralf Poscher* Menschenwürde, in: Matthias Herdegen u.a. (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, 2021, § 17, Rn. 3 ff. Zur Dialektik dieses Emanzipationsprozesses, dem eine Identifikation mit der Autoritätsfigur vorausgehen muss, *Theodor W. Adorno* Erziehung zur Mündigkeit 1969, in: *ders.* Erziehung zur Mündigkeit. Hrsg. v. Gerd Kadelbach, 1971, 133 (139 ff.). Dazu näher *Ino Augsberg* Erziehung zur (Werte-)Mündigkeit. Adornos Radiogespräche mit Hellmut Becker *revisited*, in: A. Katarina Weilert (Hrsg.) „Werteerziehung“ durch die Schule – staatliche Bildungs- und Erziehungsziele in interdisziplinärer Reflektion, 2023 (i.E.).

¹⁷ Vgl. *Immanuel Kant* Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (zitiert nach *ders.* Werke, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Bd. VI: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie. Politik und Pädagogik, 1964, 51).

¹⁸ Vgl. *Max Horkheimer/Theodor W. Adorno* Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, in: *Max Horkheimer* Gesammelte Schriften, hrsg. v. Alfred Schmidt u. Gunzelin Schmid Noerr, Bd. 5: ‚Dialektik der Aufklärung‘ und Schriften 1940–1950, 11. Zu einer anderen Kehrseite des Prozesses mit Bezug auf die digitalen Plattformen in der Gegenwart *Michaela Ott* Dividuationen. Theorien der Teilhabe, 2015, 25: „Individualisierung wird [...] als Marktstrategie, Individualität als Zielgröße möglichst kleinteiliger kapitalistischer Erfassung und Einpreisung durchsichtig.“

fremden Befehl mehr unterstellte Subjekt zum pathologisch narzisstischen Individuum zu deprivieren.¹⁹ Geboten erscheint daher eine bestimmte Strategie der Mäßigung, die das Individuum wieder in seine soziale Umwelt einbettet und es aus dieser heraus und mit Bezug auf sie versteht, so wie umgekehrt diese soziale Umwelt die Individuen als solche berücksichtigen muss, sie also nicht von vornherein nur als Mitglieder der Gemeinschaft verstehen darf. Nach beiden Seiten hin – der Selbst- wie der Fremdbestimmung – muss also eine Verabsolutierung vermieden, ein goldener Mittelweg gefunden werden.²⁰

2. *Liberaler Demokratie als verfasste Freiheit*

Ein solcher Weg liegt offenbar jedenfalls für den politisch-juridischen Bereich vor: in Gestalt der Konzeption einer liberalen Demokratie im Allgemeinen und ihrer Ausgestaltung durch die grundgesetzliche Konzeption im Besonderen.²¹ Das demokratische Verfahren bezeichnet danach ein Ineinandergreifen von Fremd- und Selbstbestimmung: Es gewährleistet eine kollektive Selbstbestimmung, die für den Einzelnen die Möglichkeit zur Mitsprache in politischen Angelegenheiten bedeutet.²² Die Individuen zahlen für ihre Teilnahme an dieser kollektiven Selbstbestimmung aber den Preis einer erforderlichen Unterwerfung unter den in jenen Prozessen schließlich zustande gekommenen Mehrheitswillen.²³ Der liberale Charak-

¹⁹ Vgl. zum Problem näher (mit Bezug auf Donald Trump) *Eric L. Santner* Untying Things Together. Philosophy, Literature, and a Life in Theory, 2022, 87. Zur Frage „Autonomie oder Autismus?“ *Gerhardt* Selbstbestimmung (Fn. 3), 454 ff.

²⁰ In diese Richtung zielt auch die Konzeption einer „relationalen“, das heißt die Selbstbestimmung des Individuums relativ zu seiner sozialen Umwelt verstehenden Autonomie. Vgl. dazu etwa als kritischen Überblick zur Debatte *Johann S. Ach/Bettina Schöne-Seifert* „Relationale Autonomie“. Eine kritische Analyse, in: Claudia Wiesemann/Alfred Simon (Hrsg.) Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen, 2013, 42. Zu einer strukturell vergleichbaren Konzeption auf allgemeinerer Ebene ferner *Anna Katharina Mangold* Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, in: VVDStRL 80 (2021), 7 (11 ff.).

²¹ Vgl. in diesem Sinn etwa *Grosche* Selbstbestimmung in der liberalen Demokratie als verfassungsrechtliche Verhältnisbestimmung (Fn. 4).

²² Vgl. zu dem aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG abgeleiteten „Anspruch des Bürgers auf demokratische Selbstbestimmung“ aus jüngerer Zeit etwa BVerfG, Beschl. v. 9.2.2022 – 2 BvR 1368/16, Rn. 146 – CETA, mit Verweis auf die eigene st. Rspr.

²³ Vgl. näher etwa *Peter Häberle* Das Mehrheitsprinzip als Strukturelement der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, JZ 1977, 241; *Werner Heun* Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie. Grundlagen – Struktur – Begrenzungen, 1983; *Horst Dreier* Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat, in: *ders.* Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaats, 2014, 125; aus jüngerer Zeit ausführlich *Niels Magsaam* Mehrheit entscheidet. Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des

ter des Gesamtgeschehens gleicht diese Spannung dann wieder etwas aus; er sorgt dafür, dass die Ausübung des Mehrheitswillens den Schutz der individuellen Selbstbestimmung nie ganz aus dem Blick lassen darf, sondern immer auf ihn orientiert bleibt.²⁴

Die das Zusammenspiel von Fremd- und Selbstbestimmung ermöglichende, den materiellen Gedanken der liberalen Demokratie umsetzende Struktur lässt sich in diesem Sinn als „verfasste Freiheit“ bezeichnen.²⁵ Sie verweist auf ein Modell, in dem auf der einen Seite Selbstbestimmung nicht Selbstherrlichkeit meint und Freiheit nicht Willkür heißt, weil sie an der Freiheit des Anderen, des Mitmenschen, ihre Grenze findet,²⁶ in dem

Bundes und der Länder, 2014. Kritische Perspektiven bspw. in den Beiträgen in *Bernd Guggenberger/Claus Offe* (Hrsg.) *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*, 1984.

²⁴ Dementsprechend bestimmt das Bundesverfassungsgericht schon in seiner frühen Rechtsprechung die „freiheitlich-demokratische Grundordnung“ als „eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt“ (BVerfGE 2, 1 [1, Ls 2; 12 f.] – SRP-Verbot). Ähnlich etwa jetzt *Grosche* Selbstbestimmung in der liberalen Demokratie als verfassungsrechtliche Verhältnisbestimmung (Fn. 4). Zur „Wechselwirkung“ von Mehrheitswillen und individuellen Freiheitsrechten näher *Frank Schorkopf* Menschenrechte und Mehrheiten, *ZaöRV* 82 (2022), 19. Auf der grundrechtlichen Ebene entspricht dieser Gesamtkonzeption das verfassungsgerichtliche Verständnis der Menschenwürde, denn deren Garantie soll „die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde[liegen], das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten“ (BVerfGE 45, 187 [227] – Lebenslange Freiheitsstrafe). Zu einer radikalen Konsequenz dieser Perspektive jetzt *Isa Bilgen* Verantwortungsvoller Parentalismus. Der Staat im Dienst der Selbstbestimmung, *DÖV* 2022, 840 (848): „Da Selbstbestimmung in der Menschenwürde wurzelt und damit Verfassungsgut vom höchsten Rang ist, muss der Staat Fremdbestimmungspotentiale auf allen gesellschaftlichen Ebenen und in allen Lebensbereichen ausmerzen.“ Näher zu der verfassungsgerichtlichen Vorstellung (und ihrer Kritik) *Ino Augsberg* Königsweg: Würde als Autonomie, in: *Rolf Gröschner/Stephan Kirste/Oliver W. Lembcke* (Hrsg.) *Wege der Würde. Philosophenwege – Rechtswege – Auswege*, 2022, 67.

²⁵ Vgl. entsprechend etwa, mit Bezug v.a. auf die Funktion der Grundrechte, *Hans Heinrich Rupp* Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *HStR* II, 3. Aufl. 2004, § 31 Rn. 34 ff.; ähnlich *Rolf Gröschner* Das Überwachungsrechtsverhältnis. Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeilicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel, 1992, 93: „als verfaßte Freiheit kann Freiheit nicht die ‚natürliche‘ Freiheit im Sinn einer bestimmten Naturrechtslehre sein, sondern muß sie Freiheit im Plural rechtlicher Freiheiten sein.“ Aus politologischer Sicht, mit Bezug auf Thomas Paine, *Peter Graf Kielmansegg* Die Grammatik der Freiheit. Acht Versuche über den demokratischen Verfassungsstaat, 2013, 7: „Politische Freiheit, wenn sie denn allen zuteil werden soll, gibt es nur als in Regeln gefasste, als verfasste Freiheit.“

²⁶ Vgl. dazu, gegen die Idee des „isolierten und selbstherrlichen Individuums“ gewendet die Vorstellung der „gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Person“ hervorhebend, BVerfGE 50, 290 (353 f.) – Mitbestimmung. Zur Kritik an dieser Judikatur

auf der anderen Seite aber ebenso wenig Fremdbestimmung bedeutet, dass das Individuum nur als herrschaftsunterworfenen Subjekt (also als buchstäbliches *sub-iectum*²⁷) in Erscheinung tritt. Den Individuen ist vielmehr die Beteiligung an jener Herrschaft garantiert.²⁸

3. Zwischenfazit

Rechtsstaat und Demokratie, einmal in ihrer kongenialen „Gleichursprünglichkeit“ erkannt,²⁹ benennen danach nicht länger nur Gegensätze. Sie bilden Komplementärphänomene innerhalb der Gesamtkonstruktion „Verfassung“,³⁰ die dergestalt Fremd- und Selbstbestimmung miteinander versöhnt. *Case closed*.

näher unten, Fn. 34. Dem verfassungsgerichtlichen Modell zumindest nahe steht dagegen die Annahme, statt um die Verwirklichung einer „absolute[n] Selbstbestimmung aller Bürger“ müsse es darum gehen, ihre „Verantwortungsfähigkeit zu fördern“ (so *Bilgen* Verantwortungsvoller Parentalismus [Fn. 24], 847).

²⁷ Vgl. entsprechend zur Subjektivierung qua „*assujettissement*, die unterwerfende Subjektwerdung“, *Didier Eribon* Gesellschaft als Urteil. Klassen, Identitäten, Wege, 2017, 38. Zu einem ähnlichen Subjekt- und Subjektivierungsbegriff auch *Judith Butler* Psyche der Macht. Das Subjekt der Unterwerfung, 2001.

²⁸ Vgl. für die Situation unter dem Grundgesetz prägnant BVerfGE 5, 85 (204 f.) – KPD-Verbot: „Der Mensch ist [...] eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘. [...] Er wird [...] als fähig angesehen, und es wird ihm demgemäß abgefordert, seine Interessen und Ideen mit denen der anderen auszugleichen. [...] Für den politisch-sozialen Bereich bedeutet das, daß es nicht genügt, wenn eine Obrigkeit sich bemüht, noch so gut für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen; der Einzelne soll vielmehr in möglichst weitem Umfange verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesamtheit mitwirken.“ Zur historischen Entwicklung dieses Gedankens *Diethelm Klippel* Verfaßte Freiheit. Die Entdeckung der Freiheitsrechte als Verfassungsprinzip im 18. und 19. Jahrhundert, in: Paul-Joachim Heinig u.a. (Hrsg.) Reich, Regionen und Europa in Mittelalter und Neuzeit. Festschrift für Peter Moraw, 2000, 149.

²⁹ Vgl. *Jürgen Habermas* Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 5. Aufl. 1997, 109 ff., v.a. 134 f. Zum Problem etwa auch *Georg Lohmann* Demokratie und Menschenrechte, Menschenrechte und Demokratie, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 19 (2011), 145. Zu Habermas wie Lohmann, mit Bezug auf die Unterscheidung privater und politischer Autonomie, ferner *Alexander Somek* Gleichheit und politische Autonomie, in: Falk Bornmüller/Thomas Hoffmann/Arnd Pollmann (Hrsg.) Menschenrechte und Demokratie. Festschrift Georg Lohmann, 2013, 207.

³⁰ Vgl. zum „inneren Zusammenhang zwischen demokratischer Rechtsgestaltung und Grundrechtsschutz“ *Horst Dreier* Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, 1993, 36 ff. Zu einem entsprechenden Harmonisierungsansatz ferner etwa *Isabelle Ley* Drittwirkung als Erstwirkung? Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht für die Grundrechtstheorie, ARSP 108 (2022), 412 (442 f.). Kritisch gegenüber derartigen Lösungsansätzen dagegen etwa (v.a. mit Bezug auf Habermas und Rawls) *Chantal Mouffe* The Democratic Paradox, 2005, 8 f., 80 ff.

Aber ist die Problematik damit wirklich erschöpft? Oder könnte es sein, dass die Angelegenheit doch komplizierter ist, als es in diesem ersten Zugriff erscheinen mag?

III. Erste Komplikation: Selbst-Bestimmung

1. Fragestellung

An den Anfang einer entsprechenden Untersuchung lässt sich eine Beobachtung zum soeben skizzierten Verständnismodell stellen. Die genannte Gegenüberstellung von Selbst- und Fremdbestimmung impliziert offenkundig, dass in beiden Fällen das „Selbst“ als Adressat der Bestimmung schon existiert. Es geht der Bestimmung demnach notwendig voraus, unabhängig davon, ob es dann als ihr Objekt oder Subjekt fungiert. Eine erste Komplikation könnte demgegenüber die Perspektive umkehren und fragen, ob es nicht eine vorgängige Selbst-Bestimmung qua Bestimmung des Selbst im Sinne des doppelten Genitivs geben muss, das heißt nicht nur als Genitivus subjectivus, sondern auch als Genitivus obiectivus. Es ginge also, um eine berühmte Formulierung zu variieren, nicht nur um die Bestimmung des Selbst *als* Selbst,³¹ sondern um die (von jener Formel gerade zurückgewiesene) Bestimmung *zum* Selbst.

Im Fokus des so formulierten Ansatzes liegt dann nicht nur das soziologische Problem des Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft, also die Frage, ob man eher, im Sinne Durkheims, die Gesellschaft als Bedingung des Individuationsprozesses oder, wie es einer stärker angelsächsischen Tradition entsprechen mag, das Individuum als Bedingung der Vergesellschaftung begreift und die einschlägigen Prozesse entsprechend einordnet.³² Denn in dieser Hinsicht ließe sich noch von lediglich unterschiedlichen Facetten oder Ausgestaltungen des Selbst sprechen, etwa als

³¹ Vgl. so mit Bezug auf die ontogenetische menschliche Entwicklung BVerfGE 39, 1 (37) – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfGE 88, 203 (252) – Schwangerschaftsabbruch II.

³² Vgl. zu der Durkheim'schen Sicht ähnelnden Ansätzen, die die institutionellen Voraussetzungen von Individualität hervorheben, etwa *Cornelius Castoriadis* Gesellschaft als imaginäre Institution. Entwurf einer politischen Philosophie, 1984, 515: „Das Individuum ist keine Frucht der Natur [...]; es ist gesellschaftliche Schöpfung und Institution.“ Ferner *Kaufmann* Wenn ICH ein anderer ist (Fn. 11), 11: „Eine der zentralen Thesen dieses Buches ist, dass das Individuum ganz und gar keine stabile, homogene Einheit ist, sondern, im Gegenteil, in einem ständigen Wandel begriffen. [...] Dieser innere Wandel hängt [...] mit einem Spiel äußerer Kräfte zusammen, die das Individuum in Spannung versetzen. Wir sind nichts ohne die Institutionen, die uns tragen, und die Kontexte, die uns umgeben.“

Relation von individuellem und kollektivem Selbst.³³ Erst recht nicht geht es um einen Kompromiss zwischen beiden Alternativen, beispielsweise in dem Sinn, in dem die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in einer überaus bedenklichen Terminologie, von einem „Menschenbild“ des Grundgesetzes erzählt und dieses in einer Art Auflösung der behaupteten Spannung zwischen den angeführten Polen „Individuum“ und „Gemeinschaft“ (also gerade nicht: Gesellschaft) verortet hat.³⁴ In Frage steht etwas Anderes, Grundsätzlicheres: der Status des seiner selbst bewussten, autonomen Subjekts.³⁵

Dass dieser Status von der Staatsrechtswissenschaft unzureichend beachtet und bedacht wird, war bereits der Vorwurf, den *Niklas Luhmann* vor fast sechzig Jahren an die deutsche Grundrechtsdogmatik adressierte. Im Kern, so *Luhmann*, sei das Grundrechtsdenken in einer scholastischen Substanzmetaphysik stecken geblieben; aus dieser müsse es nun – 1965 – endlich befreit werden.³⁶ Dieser Vorwurf bleibt auch dann relevant, wenn

³³ Vgl. dazu wiederum die Vertreter des Konzepts der „relationalen Autonomie“ (s. Fn. 20).

³⁴ Vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f.) – Investitionshilfe; ebenso etwa BVerfGE 45, 187 (227) – Lebenslange Freiheitsstrafe, und BVerfGE 50, 290 (353 f.) – Mitbestimmung. Zu Recht überaus kritisch dazu *Helmut Ridder* Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, 1975, 74, 154. Ähnlich jetzt wieder BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 21.07.2022 – 1 BvR 469/20, Rn. 70 – Impfnachweis (Masern), wo von der „sozialen Gemeinschaft“ die Rede ist. Allg. zur Problematik *Michael Zichy* Menschenbilder. Eine Grundlegung, 2017. Aus juristischer Sicht *Christian Bumke* Menschenbilder des Rechts, JöR 57 (2009), 125; *Judith Froese* Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts. Zur normativen Erfassung des Individuums durch Kategorien und Gruppen, 2022, 342 ff.; sowie die Beiträge in *Andreas Funke/Klaus Ulrich Schmolke* (Hrsg.) Menschenbilder im Recht, 2019.

³⁵ Vgl. zu diesem klassischen Subjektbegriff etwa *Jean-Luc Nancy* singular plural sein, 2004, 71: „Ein Subjekt im klassischen Sinn des Begriffs unterstellt nicht nur seine eigene Unterschiedenheit vom Objekt seiner Repräsentation oder Beherrschung; es unterstellt zumindest ebenso sehr seine eigene Unterschiedenheit von anderen Subjekten, deren Selbstheit [...] sich von seinem eigenen Umkreis der Repräsentation oder Beherrschung unterscheiden läßt.“ Zu Nancys eigenem Ansatz näher unten IV. Zur – wechsellvollen – Geschichte der Subjektivität etwa *Peter Bürger* Das Verschwinden des Subjekts. Eine Geschichte der Subjektivität von Montaigne bis Barthes, 1998.

³⁶ Vgl. *Niklas Luhmann* Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 2. Aufl. 1974, 58. „Als Substanz ist der Mensch zunächst er selbst. Das aber bedeutet, daß die soziale Natur des Menschen erst nachträglich hinzugedacht werden kann. Man mag ihre Wichtigkeit und Unausweichlichkeit noch so sehr unterstreichen, sie wird doch immer nur als Bedingung seiner Lebenshaltung, als Schranke seiner Selbstentfaltung oder als idealistische bzw. normative Überformung seiner existentiellen Persönlichkeit zur guten, richtigen Persönlichkeit gesehen; aber nicht als konstituierende Sphäre seiner Individualität selbst“.

man *Luhmanns* eigene Konzeption ihrerseits statt als wirkliche Überwindung eher als eine eigentümliche Übertragung des subjektphilosophischen Modells ansieht.³⁷ Denn damit verschärft sich die Problematik nur zusätzlich: Ist das entsprechende Paradigma in der Tat so unausweichlich, dass keinerlei Alternative vorstellbar erscheint? Oder könnte es sein, dass eine genauere theoretische Bestimmung des Subjekts, dessen Grundstruktur in der klassischen transzendentalphilosophischen Sicht die Bedingung der Möglichkeit aller Erkenntnis bilden soll, seinerseits auf weitere, dem Subjekt selbst zugrundeliegende Bedingungen der Möglichkeit verweist? Muss man vielleicht sogar noch einen Schritt weitergehen und das transzendente Schema in Richtung einer a-transzendentalen Figur aufsprengen?³⁸

³⁷ Vgl. etwa *Manfred Frank* Die Unhintergebarkeit von Individualität. Reflexionen über Subjekt, Person und Individuum aus Anlaß ihrer ‚postmodernen‘ Toterklärung, 1986, 12: Es sei nicht zu sehen, „wie die Rede von ‚selbstreferentiell geschlossenen Systemen‘ ohne expliziten oder impliziten Rekurs aufs Modell selbstreflexiver Subjektivität auskommen kann.“

³⁸ Dabei ist der a-transzendentalen Ansatz in einem ähnlichen Sinn zu verstehen wie Hamachers Konzept des Affirmativen, das heißt nicht allein im negativen Sinn eines Alpha privativum: „*Affirmativ* ist nicht *aformativ*, nicht die Negation des Formativen. Afformanz ‚ist‘ das selber formlose Ereignis der Formierung, dem alle Formen und alle performativen Akte ausgesetzt bleiben. (Das lateinische Präfix *ad-* markiert die Eröffnung einer Handlung, und zwar einer Handlung der Eröffnung, wie, passenderweise, in *affor*, anreden, ansprechen, zum Beispiel beim Abschied. – In *affirmativ* muß freilich auch ein von ihm her verstandenes *aformativ* mitgehört werden.)“ (*Hamacher*, *Affirmativ*, Streik [Fn. 8], 360). Entsprechendes wie für das Verhältnis von Transzendentalität und A-Transzendentalität oder von Performanz und Afformanz ließe sich dann auch mit Blick auf eine weitere Unterscheidung sagen: die Differenzierung zwischen Konzeptionen, die die Notwendigkeit der Inszenierung oder der Theatralizität sozialer Prozesse betonen, und Ansätzen, die diese Notwendigkeit zwar ebenfalls sehen, aber dabei zumal auf der Doppeldeutigkeit des erforderlichen Aus-Stellens insistieren: als Exhibition wie als Deaktivierung. Zum ersten Ansatz allg. etwa *Erika Fischer-Lichte* Performance, Inszenierung, Ritual. Zur Klärung kulturwissenschaftlicher Schlüsselbegriffe, in: Jürgen Martschukat/Steffen Patzold (Hrsg.) Geschichtswissenschaft und „performative turn“. Ritual, Inszenierung und Performanz vom Mittelalter bis zur Neuzeit, 2003, 33; mit speziellem Bezug auf das Recht ferner *Cornelia Vismann* Medien der Rechtsprechung, 2011; sowie die Beiträge in *Laura Munkler/Julia Stenzel* (Hrsg.) Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen; und *Kerstin Wilhelms/Stefan Arnold* (Hrsg.) Schau-Prozesse. Gericht und Theater als Bühnen des Politischen, 2022. Zum zweiten Ansatz näher *Augsberg* Elemente einer Theorie des expositiven Rechts (Fn. 6), 59 ff.; *ders.* Rechtsakte (Fn. 6); *ders.* Nach der Vorstellung, in: Stefan Arnold/Kerstin Wilhelms (Hrsg.) Schau-Prozesse. Inszenierungen in Theater und Recht, 2023 (i.E.).

2. Die Konstitution des Subjekts

a) Wie der Mensch zur Welt kommt

Ein erster Hinweis zu dieser Fragestellung lässt sich ausgerechnet bei jenem Autor finden, der üblicherweise als Kronzeuge für die moderne Konzeption des autonomen Subjekts aufgerufen wird. Im § 28 seiner „Rechtslehre“ beschäftigt sich *Kant* mit dem, was später als die „Natalität“ des Menschen philosophisch Karriere machen sollte.³⁹ *Kant* geht es hier genauer gesagt um den Status des neugeborenen Menschen im Verhältnis zu seinen Eltern; er legt Wert auf die Feststellung, dass das neugeborene Kind kein bloßes „*Gemächsel*“ der Eltern, sondern eine eigenständige Person und als solche der elterlichen Verfügungsbefugnis immer schon grundsätzlich entzogen ist.⁴⁰ Bemerkenswerterweise verlässt er sich dabei aber nicht auf die sonst als stets zuverlässiges Joker-Argument verwendete Sphärentrennung, die sauber zwischen dem Menschen als Vernunft- und als Sinnenwesen, also als *homo noumenon* und *homo phaenomenon*, unterscheidet.⁴¹ Im Akt der Geburt lassen sich die beiden Sphären vielmehr offenbar nicht so klar wie sonst auseinanderhalten. Die in Anschlag gebrachte Rhetorik eines eigentümlichen Transferprozesses, die die Person als nur in diese Welt „herüber gebracht“ beschreibt, kann nicht verdecken, dass die Existenz des autonomen Subjekts mit einem Akt der Heteronomie beginnt. *Kant* schreibt:

„da das Erzeugte eine *Person* ist, und es unmöglich ist, sich von der Erzeugung eines mit Freiheit begabten Wesens durch eine physische Operation einen Begriff zu machen: so ist es eine in *praktischer Hinsicht* ganz richtige und auch notwendige Idee, den Akt der Zeugung als einen solchen anzusehen, wodurch wir eine Person ohne ihre Einwilligung auf die Welt gesetzt, und eigenmächtig in sie herüber gebracht haben“.⁴²

Diese Perspektive spitzt sich weiter zu, wenn der „Akt der Zeugung“ nicht nur auf den biologischen Aspekt reduziert wird, sondern – in einer Art *re-enactment* der Differenz phänomenal-noumenal – auf die Institutionierung des Subjekts durch seine Integration in jene symbolische Ordnung

³⁹ Vgl. *Hannah Arendt* *Vita activa. Vom tätigen Leben*. Erw. Neuausgabe, hrsg. v. Thomas Meyer, 2. Aufl. 2021, 25 ff. Daran anschließend etwa *Jürgen Habermas* *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, 2001, 101 ff.

⁴⁰ Vgl. *Immanuel Kant* *Die Metaphysik der Sitten*. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, § 28, B 111 f. (zitiert nach *ders.* Werke, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Bd. IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 1956, 303 [393 f.]).

⁴¹ Vgl. zusammenfassend etwa *Immanuel Kant* *Die Metaphysik der Sitten*. Zweiter Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, § 3, A 65 (zitiert nach *ders.* Werke, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Bd. IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 1956, 501 [550]).

⁴² *Kant* *Metaphysik der Sitten. Rechtslehre*, § 28, B 112 (Fn. 40, 393 f.).

geachtet wird, die die an sich bedeutungslose Wirklichkeit erst zur sinnhaft erfahrbaren Welt werden lässt.⁴³ Von dem ersten freudigen Ausruf „Es ist ein Mädchen!“ an wird das neugeborene Kind mit Bedeutungen versehen, die nicht etwa an ihm einfach abzulesen sind, sondern die als performative Zuschreibungen innerhalb eines bereits bestehenden Kontexts von Bedeutungsmustern fungieren.⁴⁴

Die Pointe der entsprechenden Beobachtung liegt dabei darin, diese Muster zugleich nicht als etwas gegenüber der individuellen Persönlichkeit bloß Äußerliches, von ihr daher wahlweise auch Abzulehnendes oder nach Belieben zu Modifizierendes zu begreifen. Eine solche Figur von Selbstbestimmung bliebe nicht nur jener Substanzmetaphysik verhaftet, die bereits *Luhmann* moniert hatte. Es drängte sich vielmehr der Verdacht auf, dass sie zumal am Modell (um nicht zu sagen: am kapitalistischen Ideologem) des „mündigen Verbrauchers“ orientiert ist, der aus einem bestehenden Warenangebot angeblich frei auswählen kann.

Dieser Verdacht soll das mögliche Leiden eines Subjekts, dem die Identifikation mit dem ihm vorgegebenen Selbstmodell – „Es ist ein Junge!“ – nicht gelingt, nicht etwa kleinreden. Ganz im Gegenteil erscheint das Ausmaß dieses Leids erst dann wenigstens erahnbar, wenn Problembeschreibung und Problemlösung nicht länger in Analogie zu Kauf und Umtausch einer Ware oder dem nun buchstäblich genommenen Ideal des *self-made man* konzipiert werden.⁴⁵ Denn nun erst wird klar, dass nicht

⁴³ Vgl. zum Begriff der symbolischen Ordnung – im Rückgriff auf Lacan – etwa *Pierre Legendre* Die Narbe. An die Jugend, die begierig sucht... Rede vor Studenten über Wissenschaft und Unwissen, in: *ders.* Vom Imperativ der Interpretation. Fünf Texte, 2010, 11 (53): „Der Begriff der symbolischen Ordnung, der heute ganz geläufig gebraucht, in seiner Tiefendimension aber nicht verstanden wird, bedeutet, dass das sprechende Tier mit der Welt eine Beziehung unterhält, die auf der Zweifelt Identität/Alterität beruht und dass jedes Subjekt mit sich selbst in einem ebenso gearteten Verhältnis steht. Nach dieser Erläuterung können wir sagen, dass das Symbolische die Vorstellung eines Zwangs enthält, der für die sprachliche Struktur charakteristisch ist.“ Aus rechtstheoretischer Perspektive zu diesem Begriff etwa *Karl-Heinz Ladeur* Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 2. Aufl. 1995, 32 f. Zur Unterscheidung von Welt und Wirklichkeit *Erich Rothacker* Zur Genealogie des menschlichen Bewußtseins. Eingeleitet und durchgesehen von Wilhelm Perpeet, 1966, § 11.

⁴⁴ Vgl. *Santner* Untying Things Together (Fn. 19), 158 f. Ähnlich bereits *Judith Butler* Das Unbehagen der Geschlechter, 1991, 48: „Innerhalb des überlieferten Diskurses der Metaphysik der Substanz erweist sich [...] die Geschlechtsidentität als performativ, d.h., sie selbst konstituiert die Identität, die sie angeblich ist. In diesem Sinne ist die Geschlechtsidentität ein Tun, wenn auch nicht das Tun eines Subjekts, von dem sich sagen ließe, daß es der Tat vorangeht.“ Aus juristischer Sicht zum Ganzen näher *Froese* Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts (Fn. 34), 271 ff.

⁴⁵ Vgl. zum Problem auch *Christoph Türcke* Natur und Gender. Kritik eines Machbarkeitswahns, 2021.

zunächst körperlose, aber eben deswegen im Übrigen intakte Subjekte sukzessive einen mit Bedeutung aufgeladenen Leib zugewiesen bekommen.⁴⁶ Die Subjekte sind vielmehr von vornherein nur als inkorporierte Subjekte vorzustellen.⁴⁷

Eine derartige weitergehende Betrachtung lässt sich insbesondere aus einer psychoanalytisch informierten Sicht näher begründen. Aus dieser Perspektive ist namentlich jene geläufige Abgrenzung nicht länger zu halten, die die Differenz von Eigenem und Fremdem, von Ego und Alter Ego, mit der Unterscheidung zwischen Innen und Außen gleichsetzen will.⁴⁸ Die einschlägigen Fronten verflechten sich vielmehr miteinander. Das Selbst ist danach nicht zunächst einmal gegeben, um sich dann in einem weiteren Schritt gegen die Zumutungen einer andrängenden Außenwelt zur Wehr zu setzen. Es ist selbst das Ergebnis einer (Ur-)Verdrängung,⁴⁹ die die Unterscheidung von Innen und Außen unterläuft.⁵⁰

⁴⁶ Eher gilt das Umgekehrte: „unsere Identität [...] [kann] niemals eine vollendete sein [...], weil ich mir selbst immer bis zu einem gewissen Grad äußerlich bleibe“ (so *Käte Meyer-Drawe* *Leiblichkeit und Sozialität. Phänomenologische Beiträge zu einer pädagogischen Theorie der Inter-Subjektivität*, 2. Aufl. 1987, 134, mit Bezug auf Merleau-Ponty).

⁴⁷ Der Körper des Menschen ist in diesem Sinn nicht ausschließlich, wie man mit einer auf eine terminologische Unterscheidung des Apostels Paulus zurückgreifenden Erläuterung Eric Santners sagen könnte, *soma*, das meint hier: nicht nur biologischer Organismus. Der menschliche Körper ist zumal *sarx*, mit Bedeutung aufgeladenes, ja sogar überladenes Fleisch. Eine moderne Theorie des Subjekts nach Santner muss demnach über eine lediglich materialistische Betrachtungsweise hinausgehen. Sie muss zumal auf dem „sarxistischen“ Charakter des Materialismus insistieren. Vgl. dazu näher *Santner Untying Things Together* (Fn. 19), 3 f., 44 f., 72 f. Zu Santners Konzept des „flesh“ ferner *ders. The Royal Remains. The People's Two Bodies and the Endgames of Sovereignty*, 2011; *ders. The Weight of All Flesh. On the Subject-Matter of Political Economy. With Commentaries by Bonnie Honig, Peter E. Gordon, Hent de Vries*, 2016, 23. Zur Frage der Bestimmung der geschlechtlichen Identität als einer wesentlich sozialen (nicht rein individuellen) Kategorie auch *Andreas Funke* i. d. Bd.

⁴⁸ Vgl. etwa *Freud* *Das Unbehagen in der Kultur* (Fn. 15), 424 f.

⁴⁹ Vgl. zum Begriff in seiner ursprünglichen Bestimmung näher *Sigmund Freud* *Die Verdrängung*, in: *ders. Gesammelte Werke*, Bd. X: *Werke aus den Jahren 1913–1917*, 248 (250); zu seiner weiteren Deutung im obigen Sinn *Santner Untying Things Together* (Fn. 19), 73 f.

⁵⁰ Prägnant spricht Jacques Lacan von der „Extimität“ als der „intime[n] Exteriorität“ im Unterschied zur bloßen Innerlichkeit (vgl. *Jacques Lacan* *Die Ethik der Psychoanalyse. Das Seminar. Buch VII*, 1996, 171). Sphärenmodelle, die den Schutz der „Persönlichkeit“ entlang dem Schema „von außen nach innen“ absichten und entsprechend graduell gewichten wollen (vgl. etwa BVerfGE 80, 367 [373 f.] – Tagebuch; 124, 43 [69 f.] – Beschlagnahme von Emails), erscheinen demgegenüber wiederum als allzu statisch und daher inadäquat gegenüber dem Problem, das sie eigentlich bewältigen sollen.

b) *Sprache als Paradigma*

Dass das Selbst keineswegs immer schon als Selbst besteht, sondern als Selbst allererst, wie in ein Amt, eingesetzt, investiert werden muss,⁵¹ wird nirgends deutlicher als im Bereich der Sprache. „Persönliches und Subjektives gibt es nur“, so formuliert entsprechend der französische Soziologe *Alain Ehrenberg*, „weil es zunächst eine Welt von kohärenten, unpersönlichen Bedeutungen gibt, ohne die die Subjektivität schlichtweg nicht artikulierbar wäre.“⁵² Noch das Verhältnis des Selbst zum eigenen Selbst ist nicht unmittelbar gegeben, sondern durch sprachliche Strukturen vermittelt.⁵³ Erst sie stellen die Begriffe zur Verfügung, die benötigt werden, um sich selbst als Selbst begreifen zu können. In die Sprache und damit in die Grundstruktur des sprechenden Lebewesens ist eine Spaltung eingetragen, die wiederum die schlichte Gegenüberstellung von Innen und Außen, Auto- und Heteronomie, unterläuft. Denn diese Spaltung ist nichts, was dem Subjekt von außen als eine Art Unheil widerfährt. Sie konstituiert das Subjekt.⁵⁴ Selbst-Bestimmung des Individuums muss demnach heißen, dass das Individuum zum Dividuum präzisiert wird.⁵⁵

Sprachphilosophische Analysen haben diese Spannung, die in der Sprache und damit im sprechenden Subjekt liegt, schon lange notiert.⁵⁶ Namentlich *Schleiermachers* „Hermeneutik“ lässt sich als ein prägnanter Beleg

⁵¹ Vgl. zu dieser Investitur und den Folgen ihres möglichen Scheiterns *Eric L. Santner* *My Own Private Germany*. Daniel Paul Schreber's Secret History of Modernity, 1996.

⁵² *Ehrenberg* Das Unbehagen in der Gesellschaft (Fn. 10), 20 f.

⁵³ Vgl. prägnant *Pierre Legendre* Über die Gesellschaft als Text. Grundzüge einer dogmatischen Anthropologie, 2012, 15: „Die Welt ist dem Menschen nicht anders gegeben als durch die Sprache, die ihn von den Dingen und von sich selbst trennt.“

⁵⁴ Vgl. *Alenka Zupančič* Das Reale einer Illusion. Kant und Lacan, 2001, 31 ff., mit dem Hinweis, dass das Subjekt demgemäß die Spaltung nicht überwinden, sondern sie nur entweder annehmen oder verdrängen kann.

⁵⁵ Vgl. zum Begriff des Dividuums und des Dividuellen näher *Ott* Dividuationen (Fn. 18), 11 ff., mit Bezug v.a. auf *Gilles Deleuze* Das Bewegungsbild. Kino 1, 1989, 129 u. 138; ferner *Waldenfels* Sozialität und Alterität (Fn. 14), 433, mit Verweis auf *Friedrich Nietzsche* Menschliches, Allzumenschliches, Nr. 57, in: *ders.* Werke. Kritische Gesamtausgabe, hrsg. v. Giorgio Colli u. Mazzino Montinari, Bd. IV/2: Menschliches, Allzumenschliches. Erster Band. Nachgelassene Fragmente 1876 bis Winter 1877–1878, Berlin 1967, 3 (74) (der sich dabei auf die „Moral als Selbstzertheilung des Menschen“ bezieht).

⁵⁶ Genauer könnte man sagen: Diese Analysen haben besagte Spannung schon lange vor jener Bewegung notiert, die später als *linguistic turn* bezeichnet wurde und damit offenbar eine Kehrtwende gegenüber den bis dahin geläufigen Auseinandersetzungen suggerieren sollte. Der besagte *turn* bildet in dieser Perspektive demnach eher eine Rückkehr zu einer bereits einmal etablierten Tradition, an die die moderneren Debatten wieder anknüpfen können. Gemeint sind damit nicht nur frühromantische Konzeptionen, die einer um „strenge Wissenschaftlichkeit“ bemühten Sicht ähnlich verdächtig erscheinen mögen wie die psychoanalytischen Befunde. Einschlägige Bestimmungen finden sich vielmehr auch

für die entsprechende Einsicht zitieren. Denn *Schleiermacher* verweist in seinen Analysen auf eine charakteristische Doppelbewegung der Sprache. Er beschreibt Sprache einerseits als ein dem Sprechenden gegenüber eigentümlich unabhängiges Geschehen, das sich eben deswegen nicht durch den Sprechenden, sondern gewissermaßen nur in ihm ereignet. Andererseits aber bedarf Sprache doch dieses speziellen Ortes. Sie bleibt in ihrer einzigartigen Ereignishaftigkeit auf das konkrete sprechende Subjekt angewiesen.

„Hiernach ist jeder Mensch auf der einen Seite ein Ort, in welchem sich eine gegebene Sprache auf eine eigenthümliche Weise gestaltet, und seine Rede ist nur zu verstehen aus der Totalität der Sprache. Dann aber auch ist er ein sich stetig entwickelnder Geist, und seine Rede ist nur als eine Thatsache von diesem im Zusammenhange mit den übrigen.“⁵⁷

Entscheidend daran ist zunächst der Hinweis darauf, dass die Sprache dem Sprecher in gewisser Hinsicht vorausgeht und ihm aus diesem Grund immer fremd bleiben muss. Sprachkrisen im Sinne der Erfahrung, dass beim Sprechen (oder vielleicht genauer: beim Versuch des Sprechens) dem Sprecher die Wörter „wie modrige Pilze“, im Mund zerfallen, sind in dieser Hinsicht nicht bloß Ausdruck von *décadence* und *ennui*, das heißt einer spezifischen Stimmung am *fin de siècle*, die die gewohnte Sicherheit im Umgang mit der Welt und deren sprachlicher Erfassung plötzlich erschüttert und morsch und modrig erscheinen lässt.⁵⁸ Sie sind Ausdruck des krisenhaften Charakters der Sprache überhaupt.

c) Von der Transzendentalität zur A-Transzendentalität

Vielleicht noch wichtiger an *Schleiermachers* Bestimmung ist aber etwas Anderes, weniger manifest Ersichtliches. Dieses Andere kann als Anknüpfungspunkt genommen werden, um das bislang offenbar zugrunde gelegte transzendente Schema, das nach den Bedingungen der Möglich-

bei Autoren, die mit weniger Misstrauen rechnen dürfen, also fester zum Kanon des als zitierfähig Anerkannten zählen.

⁵⁷ *Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher* Vorlesungen zur Hermeneutik und Kritik. Hrsg. v. Wolfgang Irmund, in: *ders.* Kritische Gesamtausgabe. Im Auftrag der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaft und der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen hrsg. v. Günter Meckenstock u.a. Zweite Abteilung. Vorlesungen, Bd. 4, 2012, 121. Zu Schleiermachers Hermeneutik, vor allem mit Bezug auf das Verhältnis von Sprache und Denken, näher *Ino Augsberg* „...und mach nicht Babel draus.“ Hermeneutik nach Luther, in: *Weimarer Beiträge. Zeitschrift für Literaturwissenschaft, Ästhetik und Kulturwissenschaft* 63 (2017), 485 (498 ff.).

⁵⁸ Vgl. entsprechend als literarischer *locus classicus* *Hugo von Hofmannsthal* Ein Brief, in: *ders.* Sämtliche Werke, Bd. XXXI: Erfundene Gespräche und Briefe, hrsg. v. Ellen Ritter, 1992, 45 (48 f.). Aus zeitgenössischer philosophischer Sicht ähnlich *Georg Simmel* Der Begriff und die Tragödie der Kultur, in: *ders.* Gesamtausgabe Bd. 12: Aufsätze und Abhandlungen 1909–1918, Bd. I, 2011, 194 (212).

keit von Subjektivität fragt und diese näher bestimmt, in das bereits ange-deutete andere, a-transzendente Verfahren umschlagen zu lassen. Dem transzendentalen Ansatz bleiben danach auch noch all jene Perspektiven verpflichtet, die darauf verweisen, dass dem Subjekt als Bedingung seiner Möglichkeit notwendig etwas Anderes als das Subjekt vorausgeht – seien es biologische Gegebenheiten, etwa in Gestalt der unzähligen Mikroorganismen, Bakterien und Viren, die jeden einzelnen Menschen nicht nur bewohnen, sondern ihn bis in sein Genom hinein bestimmen, seien es technologische Bedingungen, die die Grenzen unserer Selbst- und Fremdwahrnehmung verschieben.⁵⁹ Das a-transzendente Verfahren geht über diese Logik einer Ermöglichungsrelation dagegen nicht nur noch einmal hinaus. Es sprengt sie. Dass die Sprache als „Totalität“ erfahren werden muss, verweist jetzt darauf, dass selbst diese Totalität niemals ausreicht, um die Sprachkrise als strukturelles Merkmal zu überwinden. Ohne eine externe Instanz, die die Übereinstimmung von Zeichen und Bezeichnetem, von Sprache und Welt, garantiert, bleibt nicht nur das Verhältnis des sprechenden Lebewesens zur Welt konstitutiv unsicher.⁶⁰ Die erforderliche Totalität der Sprache selbst zerfällt, weil niemals als sicher ausgemacht gelten kann, ob Sprache nur über sich oder über etwas Anderes, Nicht-Sprachliches, aber in seiner nicht-sprachlichen Existenz wieder nur durch Sprache

⁵⁹ Vgl. *Ott* *Dividuationen* (Fn. 18), 13 ff. Prägnant zu weiteren entsprechenden Vorbedingungen ferner etwa *Meyer-Drawe* *Leiblichkeit und Sozialität* (Fn. 46), 14: „In unserem faktischen Existieren ergibt sich nicht die Frage nach sozialem oder individuellem Sein; denn wir sind nie ganz Ich und nie ganz Nicht-Ich. Zwar erfahren wir uns als Aktionszentren, doch gleichzeitig können wir nie vollständig über die Situation, in der wir handeln, verfügen. Unser ausdrückliches und absichtsvolles Denken und Tun sind fundiert in zum großen Teil anonymen interpersonalen Vollzügen, wie z.B. Sitten und Gebräuchen, Sprache der Zeit und des Landes, politischen und ökonomischen Strukturen, die unseren Handlungsspielraum konstituieren und eingrenzen. Auf der anderen Seite sind diese überindividuellen Bezüge niemals in der Lage, gänzlich unsere Individualität zu ersetzen, solange wir uns als Aktionszentren oder auch als Leidende verstehen bzw. als solche handeln.“ Im deutschen rechtswissenschaftlichen Bereich sind derartige Vorbedingungen von (Rechts-)Subjektivität v.a. von Karl-Heinz Ladeur und Thomas Vesting untersucht worden. Zu Ladeurs Ansatz, den er seit der Dissertation über „Rechtssubjekt und Rechtsstruktur. Versuch über die Funktionsweise der Rechtssubjektivität“ (1978) immer weiter ausgebaut hat, jetzt im instruktiven Überblick *Mansoor Koshan Iuris concordia discors*. Teil I: Das Wissen des Rechtssubjekts, in: Ino Augsberg (Hrsg.) *Der Staat der Netzwerkgesellschaft*. Karl-Heinz Ladeurs Verständnis von Staat und Gesellschaft, 2023, 65; zu Vestings Perspektive zuletzt *Thomas Vesting*, *Gentleman, Manager, Homo Digitalis*. Der Wandel der Rechtssubjektivität in der Moderne, 2021.

⁶⁰ Vgl. zur Feststellung des entsprechenden Problems etwa *Ludwig Wittgenstein* *Das Blaue Buch*, in: *ders.* *Schriften* Bd. 5: *Das Blaue Buch. Eine Philosophische Betrachtung*. Zettel, 2. Aufl. 1982, 7 (52).

Ansprechbares spricht.⁶¹ Es ist also gerade ein Überschuss an Bedeutung, der zugleich einen Mangel an Bedeutung hervorruft. Die innerste Bedingung der Möglichkeit der Sprache ist auf diese Weise zumal die Bedingung ihrer Unmöglichkeit: eben jene Krise der Sprache, die deren Abschließung zur Totalität verhindert.

3. Zwischenfazit

Das Subjekt wird demzufolge nicht nur dadurch zum Subjekt, dass es in eine ihm vorgängige, als Bedingung der Möglichkeit seiner Existenz fungierende und in diesem Sinn transzendente symbolische Ordnung eingesetzt wird. Dieser Akt der Einsetzung ist vielmehr von einem konstitutiven – oder vielleicht müsste man genauer sagen: destitutiven – *exzessiven* Mangel bestimmt, der die vollständige Investitur von vornherein scheitern lässt.⁶² Auf eben diesen Mangel, einen Exzess des Nicht, der als solcher niemals gewusst und bewusst eingeholt werden kann, zielt die Rede von der Urverdrängung, die dergestalt das Subjekt als Folge seiner eigenen Unmöglichkeit entstehen lässt.

Der so charakterisierte Prozess entzieht sich der als Alternative verstandenen Bezeichnung als Selbst- oder Fremdbestimmung. Er ist weder in das eine noch in das andere Register einzutragen, weil er beiden Möglichkeiten zugrunde liegt und sie beide zugleich unterläuft.

IV. Zweite Komplikation: Mit-Bestimmung

1. Fragestellung

Demgegenüber setzt eine zweite denkbare Komplikation etwas anders an. Sie zielt auf das, was zwischen Selbst- und Fremdbestimmung und ebenso zwischen individueller und kollektiver Bestimmung liegt. Statt um

⁶¹ Vgl. zu dieser Unklarheit etwa *Paul de Man Metaphor (Second Discourse)*, in: *ders. Allegories of Reading. Figural Language in Rousseau, Nietzsche, Rilke, and Proust*, 1979, 135 (152). Hieran anschließend aus rechtstheoretischer Sicht *Ino Augsberg Die Lesbarkeit des Rechts. Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie*, 2. Aufl. 2020, 32 ff.

⁶² *Santner* Untying Things together (Fn. 19), 143 u.ö., spricht in diesem Zusammenhang auch von einer „*surplus scarcity*“. Vgl. zur entsprechenden Bewegung der Subjektivierung auch a.a.O., 208: “To repeat my fundamental claim, the void of knowledge the *encystance* of which is constitutive of subjectivity is already *out there*; the space of meaning is already *without it*, already *mit ohne was*. Subjectivization is just the process of *encysting* (on) that ‘without’ within.”

ein Selbst- wie Fremdbestimmung unterlaufendes a-transzendentes Nicht geht es ihr um ein beiden vorausliegendes Mit.

2. Die Neubestimmung des Mitseins

a) Ontologischer Grundansatz

Diese Perspektive hat, in Auseinandersetzung mit den für sein gesamtes Unternehmen als grundlegend, aber zugleich als bloße „Skizze“ bezeichneten Ausführungen Heideggers zum „Mitsein“ in „Sein und Zeit“,⁶³ insbesondere Jean-Luc Nancy entwickelt.⁶⁴ Nancy will erklären, warum das cartesianische „ego sum“, mit dem einer üblichen Einordnung zufolge die moderne Subjektphilosophie beginnt,⁶⁵ präziser als „ego cum“ verstanden werden muss.⁶⁶ Er verweist darauf, dass Sein immer schon Mitsein bedeutet, weil so etwas wie Sinn – auch der Sinn von Sein – nie anders denn als geteilter Sinn, also im Miteinander, verstanden werden (und das heißt: selbst *sein*) kann.⁶⁷ Das Miteinander ist dabei nicht als diffuse, indifferente Gemeinschaft zu lesen. Es muss in der Spannung eines „Mit-ein-ander“ verstanden werden.⁶⁸

Genauer gesagt geht es damit weder um eine in diese oder jene Richtung erfolgende Vorrangrelation zwischen dem Einen und dem Anderen, noch gar um eine zwischen beiden Positionen sich vollziehende dialekti-

⁶³ Vgl. Martin Heidegger *Sein und Zeit*, 17. Aufl. 1993, §§ 25–27. Dazu etwa Mark Michalski *Fremdwahrnehmung und Mitsein. Zur Grundlegung der Sozialphilosophie im Denken Max Schelers und Martin Heideggers*, 1997, 141 ff.

⁶⁴ Vgl. Nancy singular plural sein (Fn. 35), 76, 143 f. Zu Nancys Ansatz als einer „Sozio-Ontologie“ näher etwa die Beiträge in Kurt Röttgers (Hrsg.) *Plurale Sozio-Ontologie und Staat*. Jean-Luc Nancy, 2018.

⁶⁵ Vgl. entsprechend etwa die Einordnung bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*. Dritter Band, in: *ders.* *Sämtliche Werke*, hrsg. v. Hermann Glockner, Bd. 4, 4. Aufl., 1965, 328: „Wir kommen eigentlich jetzt erst zur Philosophie der neuen Welt, und fangen diese mit Cartesius an. Mit ihm treten wir eigentlich in eine selbstständige Philosophie ein, welche weiß, daß sie selbstständig aus der Vernunft kommt, und daß das Selbstbewußtseyn wesentliches Moment des Wahren ist. Hier, können wir sagen, sind wir zu Hause, und können, wie der Schiffer nach langer Umherfahrt auf der ungestümen See ‚Land‘ rufen; Cartesius ist einer von den Menschen, die wieder mit Allem von vorn angefangen haben; und mit ihm hebt die Bildung, das Denken der neueren Zeit an.“

⁶⁶ Vgl. Nancy singular plural sein (Fn. 35), 60.

⁶⁷ Vgl. Nancy singular plural sein (Fn. 35), 20, 54, 148 f. Zum Verhältnis von Mit und Sein auch a.a.O., 59: „Wenn das Sein Mit-sein ist, dann ist im Mit-sein das ‚Mit‘ das, was das Sein ausmacht, es wird diesem nicht hinzugefügt. [...] Also nicht das Sein zuerst, dem dann ein Mit hinzugefügt wird, sondern das Mit im Zentrum des Seins.“

⁶⁸ Vgl. Nancy singular plural sein (Fn. 35), 14, 44 (im frz. Orig.: „l’être-les-uns-avec-les-autres“).

sche Bewegung. Das Mit liegt sowohl dem Einen als auch dem Anderen – und damit ebenso der Idee des „Selbst als ein Anderer“⁶⁹ – voraus. Selbst- wie Fremdbestimmung müssen beide im Licht einer vorgängigen Mit-Bestimmung gelesen werden. „Das ‚Sich‘, ‚sich‘ im allgemeinen,“ so *Nancy*, „findet *mit* statt, bevor es für sich-selbst und/oder für den Anderen stattfindet.“⁷⁰ Weder das Selbst als solches noch das Fremde als solches könnten begriffen werden, wenn nicht zuvor schon die sie ausmachende Differenz gegeben wäre, das Zwischen, das sie in ihre jeweilige Position verweist. Noch die Erfahrung der Einzelheit des Selbst impliziert das zuvor erschlossene Mit; ohne dieses wäre nicht einmal ein *solus ipse* denkbar.⁷¹

Aber diese Implikation des Mit ist keine aktive Voraus-Setzung. Die Bedingung der Möglichkeit aller unterschiedlichen Positionierungen bildet selbst keine Position.⁷² Als eine jeder Position, das heißt allem Setzen und Bestimmen vorausgehende „Prä-Position“ im strengen Sinn ist das Mit vielmehr präziser als „Dis-Position“ zu verstehen.⁷³ Mit dieser Bestimmung entzieht *Nancy* den gesamten Vorgang dem transzendentalphilosophischen Schema und rückt ihn stattdessen in die Nähe eines wiederum a-transzendentalen Prozesses.

b) Konkretisierungsperspektiven

Was dergestalt zunächst in den luftigen, vielleicht sogar etwas eisenigen Höhen einer neu auszuarbeitenden (Fundamental-)Ontologie entwickelt wird – *Nancy* verortet sein eigenes Vorhaben ausdrücklich im Vorfeld der statuierten Notwendigkeit, „Sein und Zeit“ neu schreiben zu müssen⁷⁴ –, lässt sich entsprechend auch auf etwas handfestere, gewissermaßen ontische Fragestellungen beziehen und anhand dieser näher plausibilisieren. Der Grundsatz bleibt dabei allerdings derselbe: Es geht

⁶⁹ Vgl. *Paul Ricoeur* Das Selbst als ein Anderer, 1996.

⁷⁰ *Nancy* singular plural sein (Fn. 35), 72.

⁷¹ Vgl. *Nancy* singular plural sein (Fn. 35), 58, 71 f., 76, 105.

⁷² Vgl. *Nancy* singular plural sein (Fn. 35), 101.

⁷³ *Nancy* Singular plural sein (Fn. 35), S. 71 f.: „Ein einzelnes Subjekt könnte *sich* nicht einmal bezeichnen und *sich* auf sich selbst als Subjekt beziehen. Ein Subjekt im klassischen Sinn des Begriffs unterstellt nicht nur seine eigene Unterschiedenheit vom Objekt seiner Repräsentation oder Beherrschung; es unterstellt zumindest ebenso sehr seine eigene Unterschiedenheit von anderen Subjekten, deren Selbstheit [...] sich *von* seinem eigenen Umkreis der Repräsentation oder Beherrschung unterscheiden läßt. Das Mit ist also die Unterstellung des ‚sich‘ im allgemeinen. Aber es ist eben gerade nicht mehr eine zugrundeliegende Unterstellung oder Supposition im Modus der infiniten Auto-Präsupposition der subjektiven Instanz. Wie es die syntaktische Funktion des Mit anzeigt, ist es die Prä-Position der Position im allgemeinen, und das macht derart seine Dis-Position aus.“

⁷⁴ Vgl. *Nancy* singular plural sein (Fn. 35), 52 f., 143 f., 157 f.

wiederum darum, das „Mit“ nicht als bloße Mitte zwischen den beiden Polen Selbst- und Fremdbestimmung zu beschreiben, sondern als das Zwischen, das sich in beide Richtungen zugleich austrägt und damit beide Seiten aus-ein-ander-hält.

In einem ersten Zugriff ließen sich dementsprechend Verbindungslinien zu bestimmten anderen Konzeptionen ziehen, die zwar ihrerseits immer noch vorwiegend theoretisch orientiert sind, aber doch deutlich konkreter ansetzen.⁷⁵ Stellt man in Rechnung, dass das von *Nancy* in den Blick genommene „Mit-Sein“ ausdrücklich nicht nur intersubjektive Beziehungen, sondern ebenso die Subjekt-Objekt-Relation umfassen soll, also Mitsein hier nicht länger auf „Mitdasein“ im Sinne der Co-Existenz mit anderen Menschen beschränkt ist,⁷⁶ ergeben sich Verknüpfungsmöglichkeiten, die etwa in die Richtung von Akteur-Netzwerk-Theorien⁷⁷ oder von *animal rights*-Bewegungen⁷⁸ deuten. Wenn die Mit-Bestimmung einen

⁷⁵ Anknüpfend an die früheren Beschreibungen zu dem Selbst- wie Fremdbestimmung subvertierenden Geschehen der Sprache ließe sich eine derartige theoretische Parallele zur Mit-Bestimmung etwa in jenem „Schreiben im Medium“ erkennen, das Roland Barthes herausgearbeitet hat. Vgl. *Roland Barthes* Schreiben, ein intransitives Verb?, in: *ders.* Das Rauschen der Sprache (Kritische Essays IV), 2006, 18; dazu näher *Hayden White* Schreiben im Medium, in: Hans Ulrich Gumbrecht/K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.) Schrift, 1993, 311 (v.a. 317 f.). Im Fokus steht dabei nicht das Schreiben in einem bestimmten (Kommunikations-)Medium und die Frage, in welchem Maße dieses Medium das Schreiben mitbeeinflusst, also inwiefern, einem berühmten Nietzsche-Wort zufolge, „unser Schreibzeug an unseren Gedanken“ mitarbeitet. Statt um diese spezielle, gewissermaßen materielle Medialität geht es Barthes um ein grammatisches Phänomen, das im Altgriechischen mögliche Medium als drittes Genus zwischen den aktiven und passiven oder den transitiven und intransitiven Verbformen. Ein mediales Schreiben in diesem Sinn bezeichnet demnach einen weder rein aktivisch noch rein passivisch zu verstehenden Akt. Es ist also genauer genommen überhaupt kein bloßer Schreibakt, sondern damit zumal ebenso eine Schreibpassion, die in diesem „damit zumal“ aber die Grenze zwischen Schreiber und Geschriebenem nicht einfach verwischt. Sie verweist vielmehr darauf, wie beide, Akt und Passion, aus dem medialen Schreiben allererst hervorgehen.

⁷⁶ Vgl. zu Heideggers Theorie des Verhältnisses zwischen Mensch und Tier *Martin Heidegger* Die Grundbegriffe der Metaphysik. Welt – Endlichkeit – Einsamkeit (Wintersemester 1929/30), Gesamtausgabe, Bd. 29/30, hrsg. v. Friedrich-Wilhelm von Herrmann, 1983. Dazu näher *Maria Agustina Sforza* Sein und Leben. Zur Andersheit des Tieres bei Heidegger, 2022.

⁷⁷ Vgl. *Bruno Latour* Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft. Einführung in die Akteur-Netzwerk-Theorie, 2007.

⁷⁸ Vgl. etwa *Sue Donaldson/Will Kymlicka* Zoopolis. A Political Theory of Animal Rights, 2013; *Natalie Thomas* Animal Ethics and the Autonomous Animal Self, 2016; *Mark Rowland* Can Animals Be Persons?, 2019. Aus der deutschen Debatte etwa die Beiträge in dem Sonderheft „Tiere und Recht“, Rechtswissenschaft 7 (2016), 325–488, v.a. *Anne Peters* Vom Tierschutzrecht zu Legal Animal Studies: Forschungsdesiderate und -perspektiven, ebd., 325; ausführlich *Malte Gruber* Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben. Der

derart umfassenden, die gesamte Umwelt einbeziehenden Ansatz benennt, könnten zudem technologische Erweiterungen des eigenen Weltzugangs mit aufgenommen werden.⁷⁹ Auch der Umgang mit elektronischen *devices* und die Prolongation der eigenen Existenz in den sozialen Medien hänge danach von einem vorgängigen Verständnis unseres Mit-ein-ander-seins ab. Generalisiert man die hier anklingende Relevanz von Medien für unser sich notwendig mitteilendes Mitsein, zeigen sich schließlich auch Verbindungen zu jenen Arbeiten zur Medialität des Rechts, die innerhalb der deutschen juristischen Debatte insbesondere *Thomas Vesting*, *Cornelia Vismann* und *Fabian Steinhauer* vorgelegt haben.⁸⁰

c) *Sich bestimmen lassen*

Damit ist die „ontische“ Ebene der Mit-Bestimmung aber noch lange nicht erschöpft. In einem nächsten Konkretisierungsschritt lassen sich weitere Phänomene zeigen, die verdeutlichen, dass zwischen der bipolaren Entgegensetzung von Selbst- und Fremdbestimmung eine Zwischenform besteht, die wiederum weit mehr als ein bloßer Kompromiss ist, weil sie das Zwischen selbst ausmacht. Zwischen dem aktiven Bestimmen und dem

moralische Status des Lebendigen und seine Implementierung in Tierschutz-, Naturschutz- und Umweltrecht, 2006; sowie *Saskia Stucki* Grundrechte für Tiere. Eine Kritik des geltenden Tierschutzrechts und rechtstheoretische Grundlegung von Tierrechten im Rahmen einer Neupositionierung des Tieres als Rechtssubjekt, 2016. Zu noch weitergehenden Ansätzen, auch „natural objects“ nicht nur als Schutzobjekte, sondern -subjekte anzuerkennen, *Jens Kersten* Die Notwendigkeit der Zuspitzung. Anmerkungen zur Verfassungstheorie, 2020, 73 ff.

⁷⁹ Vgl. etwa die Beiträge in *Erich Hörl* (Hrsg.) Die technologische Bedingung. Beiträge zur Beschreibung der technischen Welt, 2011. Aus juristischer Sicht zu einer entsprechend zu vollziehenden Neukonzeption des nicht länger individualistisch und am Eigentumsparadigma orientiert, sondern netzwerkadäquat zu konstruierenden Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung“ *Thomas Vesting* Das Internet und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes, in: *Karl-Heinz Ladeur* (Hrsg.) Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, 155; *Karl-Heinz Ladeur* Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, 45. Allg. zu normativen Konsequenzen neuartiger Mensch-Maschine-Kombinationen ferner etwa *Jens Kersten* Die maschinelle Person – neue Regeln für den Menschenpark?, in: *Arne Manzeschke/Fabian Karsch* (Hrsg.) Roboter, Computer und Hybride. Was ereignet sich zwischen Menschen und Maschinen?, 2016, 89; sowie, in gewissermaßen umgekehrter Richtung, die Beiträge in *Malte-Christian Gruber/Jochen Bung/Sascha Ziemann* (Hrsg.) Autonome Automaten. Künstliche Körper und artifizielle Agenten in der technisierten Gesellschaft, 2014.

⁸⁰ Vgl. *Thomas Vesting* Die Medien des Rechts, 4 Bde.: Sprache, 2011; Schrift, 2011; Buchdruck, 2013; Computernetzwerke, 2015; *Vismann* Medien der Rechtsprechung (Fn. 38); *Fabian Steinhauer* Vom Scheiden. Geschichte und Theorie einer juristischen Kulturtechnik, 2015.

passiven Bestimmtwerden liegt danach ein Sich-Einlassen auf den Prozess des Bestimmens: das Sich-bestimmen-Lassen.⁸¹

Sich bestimmen lassen meint in diesem Sinn einen gelasseneren Umgang mit dem Problem, dass jede Selbstbestimmung, wie absolut auch immer sie sich ausgeben mag, sowohl von dem, was sie bestimmen will, als auch von dem Bestimmen selbst mitbestimmt wird. Schon das theoretische Bestimmen muss sich, wenn es erfolgreich sein will, auf das zu bestimmende Objekt einlassen und sich nach ihm richten – wer etwa die Personen in einem Raum zählen will, muss seinen Blick entsprechend schweifen lassen.⁸² Jeder Lernprozess bildet dementsprechend eine Verschleifung von Selbst- und Fremdbestimmung, jede Erziehung wird von ihrer Dialektik heimgesucht.⁸³ Schärfer noch: Jede Bestimmung schlägt notwendig schon aufgrund ihres bestimmenden Charakters, das heißt, wenn sie als Bestimmung ernst genommen wird, in Fremdbestimmung des Bestimmenden um. Eine autonome Entscheidung, die sich als zeitlich stabil, also nicht als bloß punktuelle Willkür darstellt, bindet den Entscheider selbst und transformiert eben damit Auto- in Heteronomie.⁸⁴ Entscheidungen, auch und gerade scheinbar autonom getroffene, haben Konsequenzen, die die Entscheider zu ertragen haben – und sei es dadurch, dass sie ihre frühere Entscheidung ausdrücklich revidieren und korrigieren müssen.⁸⁵ Eine selbstbestimmte Entscheidung ist in diesem Sinn nicht nur dadurch fremdbestimmt, dass sie

⁸¹ Vgl. *Seel Sich bestimmen lassen* (Fn. 14). Zum „Sich einlassen“ auch *ders.* *Kleine Phänomenologie des Lassens*, in: *ders.* *Sich bestimmen lassen. Studien zur theoretischen und praktischen Philosophie*, 2002, 270 (274 f.).

⁸² Vgl. *Seel Sich bestimmen lassen* (Fn. 14), 287, 289 f. Ähnlich in praktischer Hinsicht *Bernhard Waldenfels* *Ordnung im Zwielicht*, 1987, 45 f.: „Werden Handlungen nicht bereits zurechtgestutzt, so bietet sich im Umgang mit den Dingen durchaus die Möglichkeit, auf Anforderungen und Verlockungen der Dinge einzugehen, ein Zusammenspiel zu erproben, Verletzungen zu riskieren. Handlungen lassen sich demgemäß nicht nur danach beurteilen, ob sie gelingen oder richtig sind, sondern auch danach, ob wir einer Sache oder einer Aufgabe *gerecht geworden sind*, ob wir ihre Möglichkeiten genutzt und entfaltet oder bewahrt haben und ob wir *mit ihr zurecht gekommen sind*.“

⁸³ Vgl. *Theodor W. Adorno* *Erziehung – wozu?*, in: *ders.* *Erziehung zur Mündigkeit*. Hrsg. v. Gerd Kadelbach, 1971, 105 (108).

⁸⁴ Vgl. (mit Bezug auf die Verfassungsgebung) *Horst Dreier* *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, 2009, 29: „Der Zeitfaktor macht aus Selbstbindung Fremdbindung, aus Autonomie Heteronomie.“ Aus verwaltungsrechtlicher Sicht ließe sich insbesondere an die Selbstbindung der Administrative im Bereich der zunächst nicht dem Gesetzesvorbehalt unterworfenen Leistungsverwaltung denken. Dazu etwa die Referate von *Dieter H. Scheuing*, *Wolfgang Hoffmann-Riem* und *Bernhard Raschauer* *Selbstbindungen der Verwaltung*, in: *VVDStRL* 40 (1981), 153, 187, 240.

⁸⁵ Positiv gewendet heißt das: „Praktische Festlegungen haben immer auch die Bedeutung einer Festlegung darauf, wovon wir bestimmt *sein* – und damit: uns weiterhin oder künftig bestimmen *lassen* – wollen“ (*Seel Sich bestimmen lassen* [Fn. 14], 288).

beispielsweise nur einmal im Jahr wieder geändert werden kann. Sie ist es als Entscheidung strukturell immer schon, selbst wenn sie jederzeit geändert werden könnte. Die Figur der Selbstbestimmung verweist in dieser Perspektive auf eine Aporie: Wenn das Selbst wirklich etwas bestimmt, also eine Entscheidung trifft, die den Namen verdient, schlägt diese Entscheidung eben aufgrund ihres Entscheidungscharakters in Fremdbestimmung um.⁸⁶ Wenn das Selbst dagegen ganz bei sich bleiben und jenes Umschlagen in Heteronomie um jeden Preis verhindern will, kann es keine Entscheidung mehr treffen. Autonomie wird zu Anomie.⁸⁷

Das Sich-bestimmen-Lassen sieht in dieser Situation kein auswegloses Dilemma. Es erkennt darin lediglich die Notwendigkeit, sich in der Selbstzugleich auf die Fremdbestimmung einzulassen, also mit einem Wort: die Mit-Bestimmung als solche anzunehmen.⁸⁸ Dazu gehört dann auch, dass das Selbst ebenso wenig wie in seinem Bestimmen als solchem auch in dessen Ausrichtung jemals völlig isoliert ist. Jeder Widerstand gegen eine Norm orientiert sich zugleich an dieser.⁸⁹ Mit einer alten, bereits im Römer-

⁸⁶ Anders formuliert: Die Selbstgesetzgebung schließt notwendig eine „Spaltung des Subjekts in Gesetzgeber und Untertan“ ein. Vgl. in diesem Sinn *Bernhard Waldenfels Schattenrisse der Moral*, 2006, S. 25, 103. Eine entsprechende Spaltung oder Verdopplung des Subjekts wird auch in der Annahme vorausgesetzt, dass „man sich selber das eigene Gesetz nicht geben kann ohne die Anerkennung, daß man eben dies getan hat“ (so *García Düttmann* Zwischen den Kulturen [Fn. 13], 214). Das zeigt zugleich, warum eine intersubjektive – und nicht eine gewissermaßen intra- und damit zugleich kontrasubjektive – Anerkennungstheorie dieser Situation nicht nur nicht hinreichend Rechnung trägt, sondern sie sogar verdeckt. Zur Inadäquanz einer anerkennungstheoretischen Rekonstruktion des rechtlichen Geschehens zudem, aus der Binnenperspektive des Hegel'schen Systems heraus, *Christian Krijnen* Hegels Rechtsphilosophie als spekulativer Idealismus, in: Ino Augsberg u.a. (Hrsg.) *Rechtsphilosophie nach Hegel. 200 Jahre „Grundlinien der Philosophie des Rechts“*, 2023 (i.Vorb.).

⁸⁷ Vgl. *Waldenfels* Sozialität und Alterität (Fn. 14), 402: „Selbstgesetzgebung geschieht entweder *nach Gesetzen*, die ihr vorgegeben sind, dann ist sie nicht im radikalen Sinn *autonom*; oder sie geschieht *frei von Gesetzen*, dann ist sie nicht im radialen Sinn *auto-nom*, sondern *a-nom*.“ Zu einem ähnlichen Befund aus juristischer Sicht *Thomas Vesting* Staatstheorie. Ein Studienbuch, 2018, 167.

⁸⁸ Vgl. *Seel* Sich bestimmen lassen (Fn. 14), 294 f.: „selbstbestimmt lebt nur, wer in der Lage ist, sich durch die eigenen Entscheidungen tatsächlich binden zu lassen“.

⁸⁹ Darin liegt zugleich ein grundsätzliches Problem jeder noch so berechtigten Kritik an bestimmten bestehenden Verhältnissen. Die Kritik droht gerade aufgrund ihrer Berechtigung und der daraus entstehenden Sicherheit strukturell in das zurückzufallen, was sie inhaltlich zu Recht scharf zurückweist: „Die Gefahr einer solchen Kritik, die das ‚allgemeine Bewußtsein‘ als ein ‚homophobisches‘, ‚rassistisches‘ und ‚kulturkonservatives‘ geißelt, besteht darin, daß ihre Berufung auf die Entlarvung des Herrschaftswissens die Herrschaft lediglich verlängert. Wo Aufklärung zur eifrigen Einübung des Identifizierens verkümmert, wird sie zu einer rituellen und mechanischen Handlung, die selbständiges Denken vereitelt und verbietet“ (*Alexander García Düttmann* Uneins mit Aids. Wie über

brief konstatierten Dialektik lässt sich sogar noch weitergehend festhalten, dass bisweilen erst die Kenntnis des Verbots den Wunsch nach seiner Übertretung weckt.⁹⁰

3. Zwischenfazit

Sich bestimmen lassen heißt danach in dem schönen Doppelsinn, der dieser deutschen Wendung zu eigen ist, dass etwas „mit unserem Willen geschieht“.⁹¹ Der darin liegende Verweis darauf, wie sehr Auto- und Heteronomie auch in Gestalt der Mit-Bestimmung ineinander verwickelt sind, darf natürlich nicht zur Legitimation despotischer, das heißt sich selbst absolut setzender Fremdbestimmung missbraucht werden. Er verdeutlicht jedoch etwas Anderes: Die vielleicht problematischste Form der Heteronomie könnte nicht in der ausdrücklich als solche erlebten und erlittenen Fremdherrschaft bestehen. Sie könnte vielmehr darin liegen, in einer Fetischisierung der Selbstbestimmung nicht nur das unumgängliche, sondern auch das darüber hinausgehende reale Ausmaß der Fremdbestimmung zu verdrängen, indem das fremde Sollen zum eigenen Wollen hypostasiert wird.⁹²

einen Virus nachgedacht und geredet wird, 1993, 86). Zu dieser Gefahr und der möglichen Reaktion in Form einer Doppelbewegung – unbedingte Solidarität mit den Diskriminierten und zugleich Skepsis gegenüber einem neuen „Kult des Identitären“ und einem „Narzißmus der Minderheiten“ – auch Jacques Derrida/Élisabeth Roudinesco Woraus wird Morgen gemacht sein? Ein Dialog, 2006, 42 f. Von hier aus ließe sich zudem eine gewisse Verbindungslinie zu jener Perspektive ziehen, die nicht das Minoritär-Sein, sondern das Minoritär-Werden vertritt. Dazu näher Gilles Deleuze/Félix Guattari Kafka. Für eine kleine Literatur, 1976, 37 f.; dies. Kapitalismus und Schizophrenie. Tausend Plateaus, 1992, 147 f.

⁹⁰ Vgl. Röm. 7.7; dazu Lacan Die Ethik der Psychoanalyse (Fn. 50), S. 104.

⁹¹ Seel Sich bestimmen lassen (Fn. 14), 293.

⁹² An den so bestimmten Verdacht ließe sich ein *pun* anschließen, mit dem Lacan seine Formel vom „nom-du-père“, also dem Namen und, homophon dazu, auch dem Nein des Vaters, in seinem Spätwerk um eine dritte, quasi-homophone Variante erweitert hat. „Le nom du père“ meint danach auch: „les non-dupes errent“, die Nicht-Getäuschten irren sich. Wer sich seiner Sache ganz sicher ist, etwa deshalb, weil er sich mit „der“ Vernunft und „der“ Wissenschaft im Bunde meint, ist eben deswegen der Fremdbestimmung doch noch keineswegs entronnen. Er geht ihr nur auf andere Weise auf den Leim. Vgl. dazu näher Jacques Lacan Séminaire XXI: Les non-dupes errent (1973–74) (abrufbar unter <<http://staferla.free.fr/S21/S21%20NON-DUPES....pdf> [Stand 12.11.2022]); als instruktiver Überblick zum Ganzen Hans-Dieter Gondek Der Name-des-Vaters – ein Theorem der Lacan'schen Psychoanalyse, in: Thomas Vesting/Stefan Koriath/Ino Augsberg (Hrsg.) Im Namen des Vaters. Gesetz – Geschlecht – Familie, 2022, 40. Zu konkreten Beispielen einer entsprechend problematischen Verschleifung von Wollen und Sollen Ino Augsberg Safer Lex. A(uto)nomie als Normativitätsmodell, in: Roland Broemel/Simone Kuhlmann/Arne Pilniok (Hrsg.) Strukturen der Forschung: Entwicklungsdynamiken und Perspektiven der (Rechts-)Wissenschaft, 2023, 57. Zu den einschlägigen Problemen eines *nudging* ferner die

V. Schlussfolgerungen: Selbst-Bestimmung und Mit-Bestimmung in der liberalen Demokratie als verfasste Freiheit

Beide Komplikationen verdeutlichen demnach, dass sich eine scharfe Distinktion zwischen Selbst- und Fremdbestimmung nicht durchhalten lässt. Die scheinbar eindeutigen Alternativen müssen vielmehr zur komplexeren Figur einer Auto-Hetero-Nomie verflochten werden. Während dabei die Selbst-Bestimmung primär auf die individuelle Selbstbestimmung zielt, aber so, dass sie diese zur individuellen präzisiert, geht es der Mit-Bestimmung um eine Dimension, die sowohl der Differenz von Eigenem und Fremdem als auch dem Unterschied zwischen Individuum und Kollektiv vorausliegt.

Im Unterschied zu dem eingangs zuerst vorgestellten Modell, das ausdrücklich eine verfassungsrechtliche Lösung für das Ausgangsproblem bieten wollte, wurden die beiden Komplikationen in ihrer bisherigen Darstellung aber noch nicht explizit auf politische Formen der Selbstbestimmung bezogen. Diese Problematik bleibt demnach noch zu klären. In Frage steht die Relevanz der Selbst- und Mit-Bestimmung in der (liberalen) Demokratie.

1. Demokratische Selbst- und Mit-Bestimmung

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass der demokratische Prozess vor allem eine enge Verwandtschaft zu dem Vorgang der Selbstbestimmung aufweist. Danach geht es hier darum, ein kollektives Selbst zu formen, indem die Vielzahl der individuellen Stimmen zu der einen Stimme des demokratischen Souveräns, also zur Stimme „des Volkes“, transformiert wird.⁹³ Demokratische Mitbestimmung meint in diesem Kontext offenbar, dass idealiter Fremd- und Selbstbestimmung konvergieren, weil Herrscher und Beherrschte identisch werden.⁹⁴ Weil dieses Ideal nicht voll-

Beiträge von *Hellen Keller* und *Josef Franz Lindner* i. d. Bd.; zur Weiterentwicklung des Konzepts des „Paternalismus“ zum „Parentalismus“ ferner *Bilgen* Verantwortungsvoller Parentalismus (Fn. 24).

⁹³ Vgl. zur Figur der „Einheit des deutschen Volkes als Träger des Selbstbestimmungsrechts“ etwa BVerfGE 144, 20 (265 Rn. 693) – NPD-Verbotsverfahren, mit Verweis auf BVerfGE 77, 137 (151) – Teso, wo allerdings das völkerrechtliche Selbstbestimmungsrecht im Zentrum steht. Zur „Selbstbestimmung des Volkes“ im Rahmen der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ aber zudem BVerfGE 144, 20 (203 Rn. 531) – NPD-Verbotsverfahren. Zum Problem der Bestimmung des Volkes näher *Ino Augsberg* Schmitt-Lektüren. Vier Versuche über Carl Schmitt, 2020, 100 ff.

⁹⁴ Vgl. etwa *Hans Kelsen* Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929 (2. Neudruck 1981), 14: „Demokratie bedeutet Identität von Führer und Geführten, von Subjekt und Objekt der Herrschaft, bedeutet Herrschaft des Volkes über das Volk.“ Insofern über-

umfänglich verwirklicht werden kann, müssen Verfahren entwickelt werden, die zumindest die Partizipation an der zugleich immer wieder neu zu verteilenden Herrschaft gewährleisten.⁹⁵ In der hier anknüpfenden Debatte geht es dann nur noch darum, wie, auf welche Weise, dieses Ziel am besten zu erreichen ist.⁹⁶

Genauer betrachtet legen die skizzierten Analysen zur Selbst- und Mit-Bestimmung aber bereits ein anderes Ziel und dementsprechend auch anders gestaltete Verfahren zu dessen Erreichung nahe. Danach kann es der demokratischen Selbst-Bestimmung nicht lediglich darum gehen, ein in sich geschlossenes, nunmehr kollektives Selbst zu formen.⁹⁷ Statt dem Phantasma einer derartigen Einheit nachzujagen und zur Aufrechterhaltung des entsprechenden Wunschbildes alle ihm entgegenlaufenden sozialen Widersprüche möglichst weitgehend zu verdrängen, müsste es einer neu gefassten Form demokratischer Selbst-Bestimmung um etwas Anderes gehen.⁹⁸ Eine solche Selbst-Bestimmung müsste nicht nur den ursprünglichen exzessiven Mangel bedenken, der der Spaltung des Subjekts zugrunde liegt. Sie müsste ebenso fragen, inwieweit sich dieser Mangel im Verlauf der demokratischen Prozesse in anderen Mängeln gewissermaßen fortsetzt. Sie müsste also darauf achten, warum die Schließung zum Kollektiv-Selbst

einstimmend *Carl Schmitt* Verfassungslehre, 6. Aufl. 1983, 234, der als „*Definition der Demokratie*“ bestimmt: „Demokratie ist Identität von Herrscher und Beherrschem, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden.“ Zu einer kritischeren Betrachtung dieses identitären Ansatzes bereits *Ernst-Wolfgang Böckenförde* Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 34, Rn. 2 f.

⁹⁵ Vgl. entsprechend etwa BVerfGE 144, 20 (203 Rn. 531) – NPd-Verbotsverfahren, wo zur Bestimmung der vom Grundgesetz etablierten freiheitlich-demokratischen Grundordnung eine „rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit“ genannt wird. Zu dieser Formel auch schon die Nw. o., Fn. 24.

⁹⁶ Vgl. insbesondere zur Debatte um die Vor- und Nachteile von direkter und indirekter Demokratie ausführlich die Berichte zum Thema „Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive“ von *Margarete Schuler-Harms* und *Markus Möstl* in: VVDStRL 72 (2013), 355 und 466. Ferner etwa *Andreas L. Paulus* Direkte Demokratie wagen. Möglichkeiten und Grenzen direkter Demokratie im Grundgesetz, in: Michael Bäuerle/Philipp Dann/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.) Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, 273.

⁹⁷ Vgl. *Nancy* singular plural sein (Fn. 35), 119 f.

⁹⁸ Vgl. zu entsprechenden post-identitären oder auch „radikalen“ Demokratiekonzeptionen im instruktiven Überblick etwa *Oliver Marchart* Die politische Differenz. Zum Denken des Politischen bei Nancy, Lefort, Badiou, Laclau und Agamben, 2010; *Uwe Hebekus/Jan Völker* Neue Philosophien des Politischen, 2012; sowie die Beiträge in *Dagmar Comtesse u.a.* (Hrsg.) Radikale Demokratietheorie. Ein Handbuch, 2019. Aus juristischer Sicht zum Ganzen näher *Steffen Augsberg* Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, in: VVDStRL 78 (2019), 7 (45 ff.).

nicht gelingt. Sie müsste fragen, welche Ausschlüsse welcher Teile der Gesellschaft – genauer: der Teile, die niemals als solche, das heißt als Teile eines Ganzen wirklich anerkannt waren –, erst jene Imago des nur noch mit sich selbst identischen Herrschaftssubjekts ermöglichen.⁹⁹ Statt den Glauben an das heile, einheitliche Ganze des politischen Körpers zu pflegen, müsste eine selbst-bestimmte Demokratie auf die Wunden verweisen, die die Schließung zum heilen Ganzen verhindern; und statt diese Wunden oberflächlich zuzupflastern oder zuzunähen, müsste die demokratische Selbst-Bestimmung die Wunde offenhalten.¹⁰⁰

Aber das Offenhalten der Wunde, das Bewusstsein für den Mangel als solchen, kann doch wiederum nur im Gehalt zur Vorstellung von einheitlicher Geschlossenheit gelingen. Es setzt damit diese Vorstellung als Fiktion voraus und erfordert daher zumal ihre symbolische Repräsentation.¹⁰¹ Man mag fragen, ob nicht diese symbolische Repräsentation einer Einheit, die zugleich als erforderlich und doch niemals wirklich gegeben erkannt und anerkannt ist,¹⁰² die primäre Funktion des rechtlichen Konstrukts „Verfassung“ bildet.¹⁰³

Ebenso wenig wie Selbst-Bestimmung Konstitution des demokratischen Kollektivsubjekts meint, kann Mit-Bestimmung heißen, lediglich die Beteiligung an diesem Konstitutionsprozess zu organisieren. Statt das demokratische Verfahren weitgehend als ein ökonomisches Verteilungsproblem zu verstehen, bei dem es darum geht, dass jeder Einzelne sein möglichst „gerecht“ zugeschnittenes Stück vom großen Kuchens erhält, und auf diese

⁹⁹ Vgl. in diese Richtung etwa *Jacques Rancière* Das Unvernehmen. Politik und Philosophie, 2002, v.a. 21. Dazu näher *Nabila Abbas* Jacques Rancière, in: Comtesse u.a. (Hrsg.) Radikale Demokratietheorie (Fn. 98), 388.

¹⁰⁰ Vgl. ähnlich *Kersten* Die Notwendigkeit der Zuspitzung (Fn. 78), 128: „die demokratische Antwort auf das Problem souveräner Macht liegt nicht darin, es zu verdecken, sondern auszustellen und so auf die Frage der Legitimität zu öffnen.“ Zu einem demgegenüber noch erweiterten Begriff der Ausstellung näher *Augsberg* Rechtsakte (Fn. 6).

¹⁰¹ Vgl. *Nancy* singular plural sein (Fn. 35), 96: „Das gesellschaftliche Sein verweist jetzt auf keinerlei innere oder höhere Einheit mehr, die sich seiner annimmt. Seine Einheit ist schiere Symbolik: Sie ist gänzlich *Mit*. Das gesellschaftliche Sein ist das Sein, das ist, indem es sich gegenüber mit sich selbst, erscheint: Es ist Mit-Erscheinung [*com-parution*].“

¹⁰² Vgl. allg. *Ladeur* Postmoderne Rechtstheorie (Fn. 43), S. 111: „Einheit [ist] [...] nur noch als Produkt von Differenzen denkbar.“

¹⁰³ Vgl. in diese Richtung *Thomas Vesting* Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne, in: ders./Stefan Koriath (Hrsg.) Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?, 2011, 71 (77 ff.). Allg. zum symbolischen Charakter der Verfassung etwa *Hans Vorländer* Die Verfassung als symbolische Ordnung. Perspektiven einer kulturwissenschaftlich-institutionalistischen Verfassungstheorie, in: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hrsg.) Politik und Recht, 2006, 229.

Weise eine bestimmte Teilung zu zementieren, ginge es der Mit-Bestimmung um etwas Anderes. Wenn das Mitsein auf die allen Positionen vorausliegende Dis-Position verweist,¹⁰⁴ müsste die Mit-Bestimmung eher die Fortsetzung der Teilung bedeuten.¹⁰⁵

2. Liberale Selbst- und Mit-Bestimmung

Von der genannten Dis-Position aus betrachtet ließe sich auch der spezielleren Bestimmung einer dezidiert „liberalen“ Demokratie eine Deutung geben, die gegenüber der üblichen Betonung der rechtsstaatlich-individualschutzorientierten Sichtweise eine andere, zumindest zusätzliche Facette dieser Bestimmung hervorhebt. Statt den liberalen Ansatz in der Hervorhebung des Individuums und des Individuationsprozesses zu sehen, und darin dann wahlweise eine Stärke oder ein Problem auszumachen,¹⁰⁶ müsste es einem solchen Ansatz nunmehr darum gehen, den Individuationsprozess zu unterstreichen, der zu der Fokussierung auf das Individuum – im Unter-

¹⁰⁴ Vgl. zum Zusammenhang der Dis-Position und einer Konzeption von Gleichheit, die sich nicht auf eine „egalitäre Forderung, begründet in der gattungsmäßigen Identität“, begrenzt, *Nancy* singular plural sein (Fn. 35), 50 f.

¹⁰⁵ Vgl. zur Relevanz des Teilungsgeschehens mit Bezug auf die *founding fathers* in den sich konstituierenden Vereinigten Staaten von Amerika schon *Hannah Arendt* Über die Revolution, 1963, 344 f. Bestimmten modernen Untersuchungsansätzen wie namentlich der Governance-Perspektive (vgl. etwa *Claudio Franzius* Governance und Regelungsstrukturen, *VerwArch* 2006, 186), die in ihren avancierten Formen weniger einer bloßen Pluralisierung der Akteursrollen als vielmehr einem eigenen spezifischen Desubjektivierungsmodell folgen (vgl. *Hans Heinrich Trute/Wolfgang Denkhau/Doris Kühlers* Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung* 37 [2004], 451 [460], mit Verweis auf *Renate Mayntz* Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: *Gunnar Folke Schuppert* [Hrsg.] Governance-Forschung, 2005, 11; *Gunnar Folke Schuppert* Staat als Prozess. Eine staatstheoretische Skizze in sieben Aufzügen, 2010, 118), wäre demnach nicht schon aus diesem Grund die hinreichende demokratische Legitimation abzusprechen (vgl. zu entsprechenden Bedenken etwa *Helga Nowotny/Giuseppe Testa* Die gläsernen Gene. Die Erfindung des Individuums im molekularen Zeitalter, 2009, 93 f. Ähnlich skeptisch schon mit Bezug auf die Steuerungstheorie *Oliver Lepsius* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 3 f.). Die Diskussion müsste hier vielmehr erst anfangen.

¹⁰⁶ Vgl. etwa *Ridder* Die soziale Ordnung des Grundgesetzes (Fn. 34), der einen „genuinen Liberalismus“ (a.a.O., 63) von einem Verständnis von „liberal“ abgrenzt, das „hierzulande [...] kraft nationalliberalen Erbes bereits unheilvoll auf die fatale ‚Freiheitlichkeit‘ des Jargons schnoddriger status quo-Apologetik getrimmt“ (a.a.O., 60) worden sein soll. Aus der Diskussion der jüngeren Zeit etwa *Ludger Heidbrink* Postliberalismus. Zum Wandel liberaler Gesellschaften und demokratischer Politik, in: *Renate Martinsen* (Hrsg.) Ordnungsbildung und Entgrenzung. Demokratie im Wandel, 2015, 87; aus juristischer Perspektive *Christoph Möllers* Freiheitsgrade. Elemente einer liberalen politischen Mechanik, 2020.

schied zu Staat, Gemeinschaft, Gesellschaft etc. – geführt hat, aber eben deswegen zugleich bei diesem nicht stehenbleiben muss. „Liberal“ meint in diesem Sinn vor allem, dass Großformeln wie „Gemeinwohl“, „öffentliches Interesse“ oder „Gerechtigkeit“ ihres durch den jeweiligen Singular ausgedrückten Alleinvertretungsanspruchs entkleidet und in ihrem strukturell notwendig – also unabhängig vom konkreten Inhalt – ideologischen Charakter aufgewiesen werden. Weil schon die angeblich von ihnen referenzierten Einheiten als solche nicht existieren, kann es erst recht keine Position geben, von der aus eine derartige Bestimmung mit Recht erfolgen könnte.¹⁰⁷

Mit *Oliver Marchart* wäre in diesem Sinn anzunehmen, dass die Antwort auf „die ‚Postdemokratisierung‘ der heutigen Demokratien nicht etwa mehr Gemeinsinn“¹⁰⁸ heißen kann. Geboten ist stattdessen „mehr Sinn für die Heterogenität der eigenen Identität und die Fragilität der eigenen Fundamente, also mehr Selbstentfremdungssinn.“¹⁰⁹ Nur scheinbar paradox kann der über die notorisch instabile Ich-Identität als Letztbezug hinausreichende Dividuationsprozess nicht nur zu „multiplen Identitäten“,¹¹⁰ sondern auch zu neuen Konjunktionen führen, die ihrerseits stets instabil bleiben müssen, aber eben deswegen, im Zerfall, wiederum neue Verknüpfungen ermöglichen.¹¹¹ An diesen Befund ließe sich etwa anknüpfen, um den spezifischen Mehrwert des klassischen Modells der „repräsentativen Demokratie“ gerade durch seine Abweichung gegenüber anderen, noch stärker dem Identitätsparadigma verpflichteten Konzeptionen zu erläutern.¹¹²

¹⁰⁷ Vgl. in diese Richtung etwa *Karl-Heinz Ladeur* Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation. Zur Erzeugung von Sozialkapital durch Institutionen, 2000, 152: „Eine liberale Verfassungstheorie muß von vorneherein auf den Vorrang von Differenz vor Einheit setzen und kann nicht akzeptieren, daß es einen privilegierten öffentlichen Ort gibt, von dem aus die Gesellschaft als ganze gesehen werden kann.“

¹⁰⁸ *Marchart* Die politische Differenz (Fn. 98), 362 f. Zur „Postdemokratisierung“ näher *Colin Crouch* Postdemokratie, 2008.

¹⁰⁹ *Marchart* Die politische Differenz (Fn. 98), 363. Zu entsprechenden Grenzen einer (im Übrigen im Ansatz berechtigten) Kritik der Entfremdung auch *Nancy* singular plural sein (Fn. 35), 89.

¹¹⁰ Vgl. dazu den Beitrag von *Andreas Funke* i. d. Bd.

¹¹¹ Vgl. *Ott* Dividuationen (Fn. 18), 59, die demgemäß den Begriff des Dividuellen als einen „Vorgang disjunktiver Konjunktion“ bestimmt.

¹¹² Vgl. zu derartigen Konzeptionen und ihrer Problematik näher *Schorkopf* Menschenrechte und Mehrheiten (Fn. 24), 32 ff.; speziell zur Problematik der Paritätsgesetzgebung ferner *Andreas Funke* i. d. Bd. Sehr deutlich ferner *Kersten* Die Notwendigkeit der Zuspitzung (Fn. 78), 131: „Es geht im parlamentarischen Regierungssystem darum, demokratisch zu wählen und nicht demographisch zu zählen. Identitätspolitische Quotierungen des Deutschen Bundestags sind letztlich Ausdruck eines politischen Neo-Substanzialismus, der mit dem Repräsentations- und Diversitätsprinzip verfassungsrechtlich nicht zu vereinbaren ist.“

3. *Ver-fasste Freiheit*

Eine auf diese Weise umgestellte Perspektive auf Selbst- und Fremdbestimmung hat schließlich auch Konsequenzen für das Verständnis des Konzepts „verfasste Freiheit“. Die Verfassung kann danach nicht länger nur eine Art Ring oder Reifen sein, der wie bei einem Fass den ansonsten auseinander zu bersten drohenden Inhalt zusammenhält.¹¹³ Die Verfassung muss zwar einerseits garantieren, dass die Idee der Einheit fortextistiert.¹¹⁴ Sie muss aber ebenso darauf bestehen, dass die von ihr selbst symbolisierte Einheit immer wieder unterlaufen wird. Sie erfüllt ihre Aufgabe daher nur im Doppelsinn des Präfixes „ver-“, das sowohl eine Verstärkung als auch eine Negation umfassen kann.¹¹⁵

Eine auf Auto-Hetero-Nomie im Sinn des Zusammenhangs von Selbst- und Mit-Bestimmung eingestellte Sicht müsste demnach nicht nur die verfasste im Sinn der zusammengefassten, zusammengehaltenen, geordneten Freiheit betonen. Sie müsste ebenso auf der ver-fassten Freiheit insistieren, die das Aufbrechen dieser Zusammenfassung vollzieht. Das heißt nicht, dass eine klassische „Integrationslehre“¹¹⁶ einfach durch eine neuartige Desintegrationslehre zu ersetzen ist. Zu bedenken bleibt jedoch, was der Integration immer schon zugrunde liegt und sie deswegen einerseits erforderlich macht, andererseits ihre totalitäre Schließung unterläuft.¹¹⁷

Die Rede von der Ver-fassung deutet schließlich aber noch auf etwas Anderes. Sie meint nicht nur ein reflexiv gewordenes, die Bedingungen

¹¹³ Vgl. in diesem Sinn etwa *Dreier* Dimensionen der Grundrechte (Fn. 30), 54: „Die moderne Verfassung westatlantisch-kontinentaleuropäischer Prägung [...] bildet selbst die umfassende Grundlage des Gemeinwesens, konstituiert und eint es.“

¹¹⁴ Vgl. *Vesting* Ende der Verfassung? (Fn. 103), 77 ff. Ähnlich zur Figur einer zwar nicht länger „substantiell“ gegebenen, aber innerhalb der einzelnen Bereiche der Gesellschaft, insbesondere im politischen System, gleichwohl „repräsentierten“ Einheit *Udo Di Fabio* Herrschaft und Gesellschaft, 2018, 9 ff. v.a. 16.

¹¹⁵ Vgl. *Jacob Grimm/Wilhelm Grimm* Deutsches Wörterbuch, Bd. 25, 1956, Art. ver, Sp. 51 (54). Zu dieser Doppeldeutigkeit und ihren möglichen verfassungstheoretischen Konsequenzen bereits *Ino Augsberg* Verfassung als Text und Versprechen, Rechtstheorie 47 (2016), 183; *ders.* Global Law Before the State? On Canon Law as a Transnational Regime, Journal of Law and Society 45 (2018), 270 (283 ff.).

¹¹⁶ Vgl. *Rudolf Smend* Verfassung und Verfassungsrecht, in: *ders.* Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl. 1965, 119; als knappe eigenhändige Zusammenfassung *ders.* Integrationslehre, in: *ders.* Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, ebd., 475. Dazu näher *Stefan Koriath* Integration und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends, 1990, 97 ff. Zum Problem aus aktuellerer Sicht etwa die Beiträge in *Hans Vorländer* (Hrsg.) Integration durch Verfassung?, 2002.

¹¹⁷ Vgl. zu einer entsprechenden Lesart von Smend *Vesting* Staatstheorie (Fn. 87), 150 ff. Zur Gefahr der totalitären und damit proto-faschistischen Schließung klassisch *Hans Kelsen* Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, 1930.

seiner eigenen Erzeugung selbst festlegendes und in diesem Maße selbstbestimmtes Recht.¹¹⁸ Sie meint zumal ein Recht, das sich in eben dieser Bewegung selbst Grenzen setzt, indem es in seiner Selbstbestimmung auf etwas Anderes als Recht setzt. Ver-fasstes Recht ist also kein nach außen möglichst hermetisch abgedichtetes Recht. Es ist ein Recht, in das das Nicht-Recht als Pfahl im Fleische hineinragt.¹¹⁹

Ein solches Recht geht sogar noch über das Fremd- und Selbstbestimmung subvertierende Konzept der Auto-Hetero-Nomie hinaus. Es verweist auf das Andere der Bestimmung überhaupt. Es insistiert auf dem, was jedem *nomos* gegenüber notwendig fremd – *heteron* – bleiben muss. Verfassung heißt Recht als Heter-Auto-Nomie.¹²⁰

¹¹⁸ Vgl. in diesem Sinn etwa *Dieter Grimm* Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: *ders.* Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, 2012, 67 (76); grundlegend *Niklas Luhmann* Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 176; *ders.* Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, *Der Staat* 12 (1973), 1 (1. Teil) und 165 (2. Teil). Ähnlich aus historischer Sicht etwa *Barbara Stollberg-Rilinger* Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung* 127 (2010), 1 (v.a. 11 f.).

¹¹⁹ Vgl. zu diesem Problem näher die Beiträge in *Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink* (Hrsg.) Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft, 2020. Zu dogmatischen Konsequenzen dieser Idee mit Bezug auf die Menschenwürde *Ino Augsberg* in: Peter Michael Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2023, Art. 1 Rn. 61 (i.E.).

¹²⁰ Vgl. zu diesem Begriff bereits, allerdings mit etwas anderer Akzentuierung, *Hama-cher* Heterautonomien (Fn. 13).

Leitsätze des Referenten über:

Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie

1. Theorie

I. Das Ausgangsproblem

(1) Die Abgrenzung von Selbst- und Fremdbestimmung spielt in einer Vielzahl verfassungsrechtlicher Fälle eine entscheidende Rolle.

(2) Gleichzeitig zeigt jede einfache Gesprächssituation, wie prekär diese Abgrenzung ist.

(3) An die Stelle der vorgeblich klaren Differenz tritt damit eine eigentümliche Verflechtung: Auto-Hetero-Nomie.

II. Ein erster Lösungsansatz: Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie als verfasste Freiheit

1. Die Spannung zwischen Selbst- und Fremdbestimmung

(4) Einer anderen Perspektive erscheinen die Dinge klarer. Danach ist von der Fremd- zur Selbstbestimmung überzugehen. Nur die Verabsolutierung der Selbstbestimmung gilt es zu vermeiden.

2. Liberale Demokratie als verfasste Freiheit

(5) Diese Verhinderung der Verabsolutierung leistet die liberale Demokratie als verfasste Freiheit. Sie versöhnt nicht nur individuelle und kollektive Selbstbestimmung miteinander, sondern damit zumal Selbst- und Fremdbestimmung.

3. Zwischenfazit

III. Erste Komplikation: Selbst-Bestimmung

1. Fragestellung

(6) Eine erste Komplikation dieser Sicht betrifft die Frage nach der Selbst-Bestimmung. Sie zielt auf die Bestimmung des Selbst zum Selbst.

2. Die Konstitution des Subjekts

a) Wie der Mensch zur Welt kommt

(7) Ein Hinweis hierzu lässt sich bei Kant finden. Seine Beschreibung des Geburtsakts macht deutlich, dass die Existenz des autonomen Subjekts mit einem Akt der Heteronomie beginnt.

(8) Das gilt erst recht, wenn man anerkennt, dass das Subjekt erst durch seine Integration in eine symbolische Ordnung konstituiert wird.

(9) Dabei sind die Subjekte, statt sukzessive einen mit Bedeutung aufgeladenen Leib zugewiesen zu bekommen, von vornherein als inkorporierte Subjekte vorzustellen.

b) Sprache als Paradigma

(10) Insbesondere die Sprache zeigt, dass das Selbst als Selbst allererst, wie in ein Amt, eingesetzt werden muss.

(11) In die Sprache ist eine Spaltung eingetragen, die dem Subjekt nicht nur von außen als Unheil widerfährt. Sie konstituiert das Subjekt.

c) Von der Transzendentalität zur A-Transzendentalität

(12) Über die nach den Voraussetzungen der Subjektivität fragende transzendente Perspektive hinausgehend lässt sich auch eine a-transzendente Denkbewegung versuchen.

(13) Diese Bewegung geht davon aus, dass die Totalität der Sprache, die das Sprechen und damit das sprechende Lebewesen ermöglicht, zugleich notwendig und unmöglich ist.

(14) Das Subjekt wird demzufolge nicht nur dadurch zum Subjekt, dass es in eine ihm vorgängige symbolische Ordnung eingesetzt wird. Der Akt der Einsetzung ist von einem Mangel bestimmt, der die Investitur von vornherein scheitern lässt. Das Subjekt entsteht als Folge der Unmöglichkeit seiner Existenz.

3. Zwischenfazit

IV. Zweite Komplikation: Mit-Bestimmung

1. Fragestellung

(15) Eine weitere Komplikation zielt auf etwas, das zwischen Selbst- und Fremdbestimmung und zugleich beiden voraus liegt: die Mit-Bestimmung.

2. Die Neubestimmung des Mitseins

a) Ontologischer Grundansatz

(16) Weder das Selbst noch das Fremde können begriffen werden, wenn nicht zuvor schon die Differenz gegeben ist, die sie in ihre jeweilige Position weist. Eben hierauf zielt das „Mit“.

(17) Als Bedingung der Möglichkeit aller Positionierungen bildet das Mit selbst keine Position. Als jeder Position vorausgehende „Prä-Position“ ist es präziser als „Dis-Position“ zu verstehen.

b) Konkretisierungsperspektiven

(18) Von diesem Mit-Sein aus lassen sich Verbindungslinien zu anderen theoretischen Konzeptionen ziehen, etwa zu Akteur-Netzwerk-Theorien, animal rights-Ansätzen oder Arbeiten zur Medialität des Rechts.

c) Sich bestimmen lassen

(19) Zwischen dem aktiven Bestimmen und dem passiven Bestimmtwerden liegt ein weiteres Phänomen: das Sich-Einlassen auf den Prozess des Bestimmens als Sich-bestimmen-Lassen.

(20) Jede Bestimmung schlägt aufgrund ihres bestimmenden Charakters in Fremdbestimmung des Bestimmenden um.

(21) Selbstbestimmung verweist so auf eine Aporie: Wenn das Selbst etwas bestimmt, schlägt seine Entscheidung in Fremdbestimmung um. Wenn das Selbst dagegen ganz bei sich bleiben und das Umschlagen in Heteronomie verhindern will, kann es keine Entscheidung mehr treffen.

3. Zwischenfazit

(22) Das Sich-bestimmen-Lassen lässt sich auf diese Situation ein. Sich bestimmen lassen heißt daher, dass etwas „mit unserem Willen geschieht“.

(23) Die problematischste Form der Heteronomie kann darin liegen, das reale Ausmaß der Fremdbestimmung zu verdrängen, indem das fremde Sollen zum eigenen Wollen hypostasiert wird.

V. Schlussfolgerungen: Selbst-Bestimmung und Mit-Bestimmung in der liberalen Demokratie als verfasste Freiheit

(24) Beide Komplikationen verdeutlichen die Unmöglichkeit einer scharfen Distinktion zwischen Selbst- und Fremdbestimmung. Die scheinbaren Alternativen müssen zur komplexeren Figur einer Auto-Hetero-Nomie verflochten werden.

1. Demokratische Selbst- und Mit-Bestimmung

(25) Einer demokratischen Selbst-Bestimmung kann es nicht darum gehen, ein in sich geschlossenes, nun kollektives Selbst zu formen. Sie muss darauf achten, warum die Schließung zum Kollektiv-Selbst misslingt.

(26) Das setzt aber voraus, dass Einheit weiterhin als Vorstellung erhalten und symbolisch repräsentiert wird. Eben das leistet die Verfassung.

(27) Auch Mit-Bestimmung meint etwas Anderes als Beteiligung an der Konstitution des kollektiven Selbst. Statt nur Anteile zu verteilen, muss die Mit-Bestimmung die Teilung selbst fortsetzen.

2. Liberale Selbst- und Mit-Bestimmung

(28) Diese Sicht hat Konsequenzen für das Verständnis von „liberal“. Es geht nun darum, den Dividuationsprozess zu unterstreichen, der zu der Fokussierung auf das Individuum geführt hat, aber bei diesem nicht stehenbleiben muss.

3. Ver-fasste Freiheit

(29) Die Verfassung muss zwar garantieren, dass die Idee der Einheit fortexistiert. Sie muss als Verfassung aber ebenso gewährleisten, dass die von ihr selbst symbolisierte Einheit immer wieder unterlaufen wird.

(30) Eine auf Auto-Hetero-Nomie eingestellte Sicht muss demnach nicht nur die verfasste im Sinn der zusammengefassten Freiheit betonen. Sie muss ebenso auf der ver-fassten Freiheit insistieren, die das Aufbrechen dieser Zusammenfassung vollzieht.

(31) Ver-fasstes Recht ist kein nach außen möglichst hermetisch abgedichtetes Recht. Es ist ein Recht, in das das Nicht-Recht hineinragt.

(32) Ein solches Recht geht noch über das Konzept der Auto-Hetero-Nomie hinaus. Es verweist auf das Andere der Bestimmung überhaupt. Ver-fassung heißt Recht als Heter-Auto-Nomie.

