

Europäisches Hochschulinstitut
Fachbereich Rechtswissenschaft

POSITIVITÄT DES RECHTS BEI NIKLAS LUHMANN
BEGRIFFSENTSTEHUNG, PROBLEME UND LÖSUNGEN
IN KRITISCH/KONSTRUKTIVER SICHT

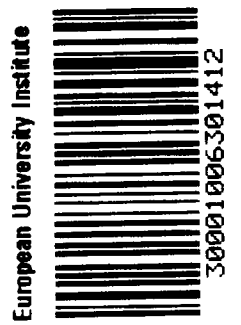
oder

Von der Welt der 'Natur'
zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten

Natascha Kleinknecht

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaft des Europäischen Hochschulinstitutes
Florenz

September 1989



60
P

LAW BEa9
KLE



Europäisches Hochschulinstitut
Fachbereich Rechtswissenschaft

**POSITIVITÄT DES RECHTS BEI NIKLAS LUHMANN
BEGRIFFSENTSTEHUNG, PROBLEME UND LÖSUNGEN
IN KRITISCH/KONSTRUKTIVER SICHT**

oder

**Von der Welt der 'Natur'
zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten**

Natascha Kleinknecht

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaft des Europäischen Hochschulinstitutes
Florenz

September 1989

KLE BEa9
DOI: 10.2870/75617

**Europäisches Hochschulinstitut
Fachbereich Rechtswissenschaft**

**POSITIVITÄT DES RECHTS BEI NIKLAS LUHMANN
BEGRIFFSENTSTEHUNG, PROBLEME UND LÖSUNGEN
IN KRITISCH/KONSTRUKTIVER SICHT**

oder

**Von der Welt der 'Natur'
zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten**

Natascha Kleinknecht

Jury
Prof. Gunther Teubner, Europäisches Hochschulinstitut
(Supervisor)
Prof. Werner Maihofer, Universität Bielefeld,
Europäisches Hochschulinstitut
Prof. Jan M. Broekman, Katholieke Universiteit Leuven
Prof. Pietro Rossi, Università degli Studi Torino
Prof. Danilo Zolo, Università degli Studi Firenze

September 1989

Inhalt

Einleitung :	S.	1
Kapitel 1 : Naturrecht.	S.	7
1) Der Naturrechtsbegriff bei L.	S.	9
2) Die Unplausibilität von Naturrecht aufgrund des Wandels von Gesellschaftsstrukturen; oder : Kontingenz aus Komplexität. .S.		22
A) Begriffe von Kontingenz	S.	22
AA) Absolute Kontingenz.	S.	22
BB) Relative Kontingenz.	S.	24
B) Die Entstehung von Kontingenz aufgrund höherer Komplexität.	S.	26
AA) Die Verallgemeinerungsfähigkeit des Verhältnisses von Komplexität und Kontingenz.	S.	26
BB) Der Begriff von Komplexität.	S.	27
CC) Der Zusammenhang von Komplexität und Kontingenz.	S.	28
a) Gesellschaftliche Evolution zu höherer Komplexität und Kontingenz als Evolution von Sozialsystemen.	S.	29
b) Gesellschaftliche Evolution zu höherer Komplexität und Kontingenz als "Ausdifferenzierung" von Sozialsystemen. ..	S.	31
a. Ausdifferenzierung in abstracto	S.	31
b. Ausdifferenzierung in concreto.	S.	32
aa. Archaische Gesellschaften.	S.	32
bb. Vorneuzeitliche Hochkulturen.	S.	35
cc. Moderne, funktional ausdifferenzierte Gesellschaften. ..	S.	42
3) Konsequenzen aus der Kontingenzthese und der Zusammenhang von Prämissen und Methoden.	S.	56
Kapitel 2 : Positives Recht.	S.	65
1) Bedingungen und Orientierung einer positiven Rechtspolitik bei Kontingenz.	S.	66
A) Die Struktur des Rechtssystems in der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft und die in ihm zur Geltung kommenden Konstrukte von Gesellschaft bzw. Innenbindungen.	S.	73
AA) Struktur, Organisation und Zusammenwirken verschiedener Verfahren. Eine neue Theorie der Machtteilung in der Tradition der Gewaltenteilungstheorien der Aufklärung oder ein Machiavelli der modernen Demokratie? Oder der Einfluß der Gesellschaftssicht der Politik auf die Entstehung von Rechtsentscheidungen unter Berücksichtigung der Einschränkungen, die diese Sicht in einem solchen System von Verfahren erhält.	S.	74
a. Allgemeine Strukturmerkmale von Verfahren und die Begrenzung von Beliebigkeit.	S.	78
b. Das Verfahren der politischen Wahl.	S.	81

aa. Die indirekte Vermittlung von Interessen ins Parlament...	S. 81
bb. Der institutionalisierte Machtwechsel.	S. 86
c. Das Verfahren der Gesetzgebung.	S. 88
aa. Mehrheitsprinzip und Machtsummenkonstanz.	S. 88
bb. Das Konkurrieren von Meinungen.	S. 89
cc. Informale Kontaktsysteme.	S. 89
dd. Das konsistente Festhalten an Darstellungen.	S. 89
ee. Verdichtete Informationen von Verwaltung, lokalen Parteiinstanzen, Presse usw.	S. 90
ff. Die Trennung von Legislative und Ministerien.	S. 90
gg. Die Öffentlichkeit bestimmter Stationen des Verfahrens. .S.	90
d. Das Zusammenwirken bzw. die Differenzierung mehrerer Verfahren.	S. 95
BB) Die Rolle eines höheren Abstraktionsgrades der Begrifflichkeit.	S. 99
CC) Die "Autopoiese" des modernen Rechtssystems und die Konditionierung von Beliebigkeit.	S. 108
a) Autonomie des Rechts als Autopoiese des Systems.	S. 111
b) Das Verhältnis von "Offenheit- und Geschlossenheit" und die Konditionierung einer positiven Rechtspolitik.	S. 114
aa) "Autopoietische Geschlossenheit".	S. 114
aaa) Ein Paradigmawechsel.	S. 114
bbb) "Normativität" als Konstruktion des Systems und das Fehlen von Letztbegründungen im Recht.	S. 114
ccc) Paradoxie aus Selbstreferenz.	S. 116
ddd) Der Satz der 'logischen Unvollständigkeit' der Rechtsordnung.	S. 116
eee) Die Schwäche des Denkens in Prämissen.	S. 117
fff) Erkenntnistheorie ohne Relevanz für rechtspolitische Überlegungen?	S. 117
bb) Das Verhältnis von Offenheit und Geschlossenheit oder die "Realitätsgewißheit" des Systems.	S. 122
aaa) Das "Materialitätskontinuum".	S. 122
bbb) Die interne Unterscheidung von System und Umwelt im System und deren Beobachtung durch das System selbst. Eine Kybernetik zweiter Ordnung.	S. 124
ccc) Die emergente Ebene der Interaktion von Systemen.	S. 127
ddd) Die zirkuläre Beobachtung der Beobachtung der systeminternen Unterscheidung von System und Umwelt oder die Beobachtung des "blinden Flecks" der Beobachtung? Eine Kybernetik dritter bis unendlicher Ordnungen.	S. 129
eee) Realitätsgewißheit durch unendliche Rekursivität?	S. 132
DD) Spezifische Methoden der Entscheidungsfindung	S. 134
a) Folgenkontrolle	S. 134
b) Reflexivität des Entscheidens.	S. 143
c) Die Orientierung an funktional äquivalenten Alternativen. .S.	148
d) Die Orientierung an der Funktion des Rechts.	S. 149
B) Das gesellschaftliche Umfeld des Rechtssystems als funktional ausdifferenzierte Gesellschaft und die Konditionierung von Rechtsentscheidungen bzw. Außenbindungen. ..	S. 151
a) Positive Anweisungen für eine positive Rechtspolitik.	S. 156
b) Negative Anweisungen für eine positive Rechtspolitik.	S. 159
c) Der Ausgleich von gefährlichen Dysfunktionen einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft als Ziel	

einer positiven Rechtspolitik?	S. 167
d) Die funktionale Differenzierung als in einer positiven Rechtspolitik zu berücksichtigender 'Wert an sich'?	S. 170
2) Folgeprobleme der Kontingenz des Rechts.	S. 176
A) Die Planung von gesellschaftlichem Wandel.	S. 176
B) Innersystemische Kohärenz des Rechts und entscheidungstechnisch adäquate Komplexität.	S. 191
C) Der Sinnwandel des positiven Rechts.	S. 192
D) Der Funktionswandel des positiven Rechts.	S. 196
E) Legitimation.	S. 201
Kapitel 3 : Konklusionen.	S. 206
1) Von der Welt der Natur zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten oder die Auflösung aller Fixpunkte.	S. 207
2) Analoge Beobachtungen in anderen Disziplinen, die 'Auflösung aller Fixpunkte' betreffend.	S. 211
3) Strukturell analoge Antworten auf das Problem der 'Auflösung aller Fixpunkte' bei L. und in anderen Disziplinen.	S. 232
4) L's spezifische Lösung des Kontingenzproblems im Recht oder die Rolle der funktionalen Differenzierung.	S. 244
A) Die funktionale Differenzierung als strukturelle Bedingung der Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen.	S. 244
B) Die funktionale Differenzierung als Leitlinie einer positiven Rechtspolitik.	S. 248
AA) Hindernisse für Rechtspolitik.	S. 248
BB) Eine quasi-naturrechtliche Vorgabe für Rechtspolitik.	S. 249
CC) Ein spezifischer Begriff von "Gesellschaftsadäquanz".	S. 251
5) Der Praxisbezug der L'schen Theorie der Positivität des Rechts.	S. 253
A) L's Zurückhaltung.	S. 254
B) L's Plädoyer für eine Zusammenarbeit seiner Rechtssoziologie mit der bisherigen Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Entscheidungspraxis des Rechts.	S. 256
AA) Eine Zusammenarbeit in einem sehr allgemeinen Sinne.	S. 256
BB) Eine sich konkreter gestaltende Zusammenarbeit.	S. 259
6) Das Ende des Naturrechts oder 'nur' eine zeitgemäße Theorie der Gesellschaft und ein Plädoyer für die moderne Demokratie ?	S. 262
7) Die Unterscheidung von Unterscheidungen und die potentielle Reobjektivierung der in unterschiedliche Systemperspektiven zerfallenden Sozialwelt.	S. 269

EINLEITUNG

Im Mittelpunkt dieser Arbeit steht eine kritisch-konstruktive Interpretation von Niklas Luhmanns Theorie der Positivität des Rechts. Das positive Recht ist bei Luhmann¹⁾ ein Beispiel par excellence für die soziologische Beschreibung eines viel allgemeineren 'Sachverhaltes', der nicht nur das Recht betrifft. Es handelt sich dabei um die "Kontingenz" allen Handelns und Erlebens in einer "überkomplexen", "funktional ausdifferenzierten" Sozialwelt und deren Folgeprobleme. Das positive Recht bildet insofern den Ausgangspunkt des Entwurfs einer Theorie der 'modernen Gesellschaft'.

Die von L. beschriebene, funktional ausdifferenzierte Sozialwelt, die genauer eine Welt von Sozialsystemen ist, läßt sich entwicklungsgeschichtlich als Lösung sozialer Bereiche aus spezifischen Kontexten und Autonomisierung dieser Bereiche begreifen. Für den Fall des Rechts heißt das : Es löst sich im Laufe des Komplexerwerdens der sozialen Welt von Religion, Moral, Vernunft, womit naturrechtliche Vorgaben umschrieben sind, und ist am vorläufigen Ende dieses Prozesses als 'positives' Recht, als von derartigen 'äußeren' Vorgaben unabhängiges Recht, kontingent. Es wird nunmehr als staatliches Recht von einem autonomen, auf eine spezifische Funktion ausgerichteten Sozialsystem, dem Rechtssystem, 'produziert'. Diese Lösung aus externen Kontexten bewirkt eine Mobilisierung und Flexibilisierung des Rechts über eine Steigerung der Beliebigkeit der Schaffung von Prämissen.

In der vorliegenden Arbeit möchte ich mich in Kapitel 1 zunächst damit beschäftigen, wie es bei L. zu diesem Sachverhalt kommt, und was dies bei ihm insbesondere für das bisherige Naturrecht, aber auch für ein abstraktes Naturrechtsverständnis, für die sogenannte "Naturrechtsidee", bedeutet. In Kapitel 2 gehe ich auf die konkreten Konsequenzen ein, die sich bei L. aus diesem Sachverhalt für das

1) Luhmann sei im folgenden L.

positive Recht ergeben. Ich werde zeigen, daß hieraus ein im Verhältnis zur traditionellen rechtsphilosophischen Interpretation¹⁾ neues Verständnis des positiven Rechts erwächst, das sich insbesondere in spezifischen, mit diesem positiven Recht verbundenen Problemen und spezifischen Problemlösungen ausdrückt. Nach meiner Deutung geht es bei L. in der Hauptsache um das Ausfindigmachen von (sinnvollen) Kriterien einer positiven Rechtspolitik in einer überkomplexen Sozialwelt, in der Handeln und Erleben kontingent sind und um die Kontingenz-Folgeprobleme : "entscheidungstechnisch adäquate Komplexität" des positiven Rechts, die Möglichkeit der Planung eines gesellschaftlichen Wandels durch positives Recht, Sinn-, Funktionswandel und Legitimation dieses positiven Rechts unter diesen Bedingungen.

In den Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit habe ich das Problem gestellt, ob bei Kontingenz allen Handelns und Erlebens in einer überkomplexen Sozialwelt sinnvolle Rechtspolitik möglich ist, und das heißt insbesondere, ob hier Schranken oder Orientierungsrichtlinien 'apriori beliebiger' Rechtsentscheidungen angegeben werden können. Es handelt sich dabei um eine von mir vorgenommene Umformulierung einer L'schen zentralen Problemstellung durch Akzentuierung einer schwerpunktmäßigen Implikation der L'schen Originalproblemstellung : L. geht es zunächst einmal um die Bedingungen, die ein kontingentes Recht, und das heißt speziell auch eine kontingente Rechtspolitik, ermöglichen. Deren Stabilisierung interessiert ihn zunächst, da es sich hierbei nach L. um äußerst unwahrscheinliche, voraussetzungsvolle Phänomene handelt. Die Bedingungen der Stabilisierung dieses kontingenten Rechts bilden aber bei L., wie ich zeigen werde, zugleich den in dieser Arbeit zentral interessierenden Rahmen für die Konditionierung einer kontingenten Rechtspolitik.

Unter Rechtspolitik verstehe ich insbesondere politische Entscheidungsprozesse auf der Ebene der Gesetzgebung. Auf die Rechtsdogmatik gehe ich nur am Rande ein. In der Rechtsdogmatik scheinen

1) Ich beziehe mich im wesentlichen auf die Nachkriegsdiskussion, die man als letzte große Naturrechtsdebatte ansehen kann.

für L. nicht oder nicht mehr die großen Innovationspotentiale der modernen Rechtsentwicklung zu liegen. Hier erfolgt höchstens Arbeit am Detail. Der Dogmatik kommt heute hauptsächlich die Aufgabe von Systematisierungsleistungen zu.

Da ich schwerpunktmäßig die Kontingenz von Rechtsentscheidungen bei L. untersuche, möchte ich hier schon einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des sich traditionell hier anschließenden Begriffs der 'Willkür' machen. Das führt mich zu einer groben Skizze des Diskussionsstandes der letzten großen Naturrechtsdebatte. Aus einem Vergleich von deren Argumentationsstrukturen und den hierzu deutlich kontrastierenden Ausführungen L's zum Thema positives Recht entstand die zentrale Fragestellung dieser Arbeit.

Recht beruht dann auf Willkür, wenn in einer Situation, in der man an die bestehenden Normen 'glauben' muß, weil man keine besseren Normen finden kann, nicht nur der bloße willensmäßige Befehl der rechtssetzenden Autorität zum Grund der Akzeptanz dieser Normen wird, sondern Willkür impliziert immer auch den hiermit potentiell verbundenen Negativaspekt, daß diese Autorität ihre 'blankoscheck- artige' Rechtssetzungsmacht mißbraucht.

Einem Machtmißbrauch des Gesetzgebers, wegen einer nur formalen Beschränkung der Rechtssetzungsmacht, Tür und Tor zu öffnen, warf die Naturrechtsseite dem juristischen Positivismus vor. Nach letzterem entsteht, sind die Formen des Erlasses, Kompetenzen und Procedere, gewahrt, zunächst einmal gültiges Recht. Der Gesetzgeber braucht sich nicht zusätzlich nach 'höheren Normen' zu richten. Recht ist insoweit identisch mit 'Gesetz' und so letztlich mit der staatlichen¹⁾ Rechtssetzungsmacht.

Das L'sche kontingente Recht, das sich ebenfalls nicht mehr nach höheren Prinzipien richtet, erinnert zunächst einmal an dies Problem der 'Willkür', an den von traditionellen Naturrechtlern kritisierten

1) Der klassische juristische Positivismus ging von einem staatlichen Rechtssetzungsmonopol aus, vgl. z.B. N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, S. 161-163.

juridischen Positivismus¹⁾, der Recht zu beliebigen Zwecken einsetze, was Naturrechtler durch eine Bindung des Rechts an 'höhere', apriori ermittelbare, 'gerechte' Prinzipien verhindern wollten.

Vergleicht man aber die L'sche Theorie des positiven Rechts mit der Position des klassischen juridischen Positivismus, so fällt einem eine Merkwürdigkeit auf : In der traditionellen Debatte standen sich Naturrechtler und Positivisten wie zwei unversöhnliche Parteien gegenüber : Wer Prinzipiengebundenheit von Recht vertrat, behauptete automatisch, daß die Ablehnung der Prinzipiengebundenheit auf Willkür hinauslaufe und konnte daher nicht zugleich behaupten, allein der beliebige Wille des Gesetzgebers in Verbindung mit einigen formalen Erfordernissen des Erlasses schaffe (legitimes) Recht; das war nach der dichotomischen Struktur der Argumentation 'logisch' ausgeschlossen. Hingegen behauptet L., positives Recht sei zwar kontingent, also nicht an höhere Prinzipien gebunden, der beliebige Wille des formal befugten Gesetzgebers allein schaffe aber deshalb noch nicht Recht. Bei L. scheint ein als beliebig gedachtes Recht, das für die Naturrechtler so gefährlich schien, unter heutigen Bedingungen gar nicht mehr Mittel zu beliebigen Zwecken sein zu können. Willkür im obigen Sinne, das heißt Willkür bei Abwesenheit der Beachtung höherer Prinzipien, scheint es bei ihm in modernen westlichen Gesellschaften kaum mehr geben zu können²⁾, was auf der anderen Seite gerade nicht bedeute, daß man sich auf die Vorstellung einer vollständig determinierten Welt (so das Naturrecht zumindest auf einem Metaniveau) einlassen müsse. L.'s Position hat daher weder etwas mit der klassischen Naturrechtsposition, noch etwas mit der klassischen Positivismusposition zu tun. Er scheint die sich gegensätzlich gegenüberstehenden Positionen vielmehr in ein 'sowohl als auch' umzuformulieren : Recht ist bei ihm sowohl beliebig als auch nicht beliebig, mit dem Zusatz allerdings, daß die Schranken oder

1) Der juridische Positivismus, von dem hier jeweils die Rede ist, war wesentlich von Kelsen'scher Prägung.

2) N.L., "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", S. 13 bezeichnet den Willkürverdacht als realitätsferne Annahme.

Orientierungskriterien eines beliebigen Rechts bzw. die Schranken von Willkür freilich nicht mehr in naturrechtlichen Prinzipien liegen.

Wo liegen nun die Grenzen oder sinnvolle Orientierungskriterien positiver Rechtsentscheidungen bei L., und wie ermittelt er sie?

L. liest Begriffe wie Willkür nicht als Warnung, sondern vielmehr 'konstruktiv' als Anweisung, den zu beobachten, der so beobachtet (die Rechtstheoretiker und -praktiker beispielsweise) : "Wenn ein Handeln als willkürlich oder ein Prozeß der Wissenssuche als beliebig charakterisiert wird, heißt das nichts anderes, als daß man den beobachten soll, der versucht so zu beobachten." Damit beobachtet L., wie es das moderne Rechtssystem "faktisch macht", mit Beliebigkeit umzugehen; und dabei gilt u.a. : "Wenn Du wissen willst, was Recht ist, beobachte wie das Recht die Gesellschaft beobachtet."¹⁾

Folgt man dieser Anweisung, so kommen insbesondere zwei große Komplexe in den Blick, die wesentlich die Kontingenz von Rechtsentscheidungen konditionieren : die Struktur des Rechtssystems selbst und in ihm (teils aufgrund dieser Struktur) zur Geltung kommende Konstrukte der Gesellschaft und, unabhängig davon, eine spezifische Struktur der gesellschaftlichen Umwelt des Systems²⁾. Der erste Komplex betrifft Innenbindungen des Systems, der zweite Außenbindungen.

Jedes Kriterium, das in diesem Rahmen befähigt, Normen im Hinblick darauf zu beurteilen, ob die Ansprüche der staatlichen, gesetzgeberischen Autorität zu Recht bestehen oder den Besitz von Gesetzen als wichtig erscheinen läßt, ist für mich dabei ein positiv zu bewertendes Kriterium der Konditionierung der Beliebigkeit einer positiven Rechtspolitik. Auch wenn L. Willkür für kaum mehr problematisierungswürdig hält, da sie in modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaften nur noch in Grenzen möglich sei, so

1) Vgl. N.L., aaO, S. 13ff.

2) Hiermit ist keine erkenntnistheoretische Option getroffen, in dem Sinne etwa, daß die Welt (in diesem Falle des Rechtssystems) sowohl ein Konstrukt sei als auch (für den Autor der Konstrukte) zugleich unabhängig davon, wahrnehmbar 'an und für' sich existiere. Es sollen hier nur Außenbindungen von Innenbindungen unterschieden werden.

möchte ich gerade die Gründe, die L. dafür angibt, daß Willkür des Gesetzgebers nur noch begrenzt möglich ist, untersuchen und zu den obigen Kriterien rechnen.

Der Bezugspunkt einer solchen im Zentrum dieser Arbeit stehenden Krieriensuche positiver Rechtsentscheidungen, die einerseits nicht mehr naturrechtlich ist und andererseits den nurmehr 'voluntaristischen' traditionellen Positivismus, dem von Naturrechtlern die Identifikation von Recht mit Macht vorgeworfen wurde, zu überwinden scheint, sei dabei die L'sche Analyse der Positivität des Rechts in modernen, westlichen Demokratien.

KAPITEL 1

NATURRECHT

Recht ist nach L. in modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaften kontingent.

Ist eine Entscheidung kontingent, kann sie sowohl so, aber auch anders ausfallen. Sie kann nicht mit Notwendigkeit getroffen werden, wengleich sie auch bestimmten Bedingungen ihrer Möglichkeit unterworfen ist.

Die Annahme der Kontingenz von Rechtsentscheidungen läuft der naturrechtlichen Vorstellung von immer schon bestehenden¹⁾, daher eindeutig bestimmbar und insofern notwendigen, absoluten Kriterien eines gerechten, richtigen Rechts zuwider. Selbst in dem Fall eines nur relativen Naturrechts sind zumindest relativ absolute Kriterien eines gerechten Rechts ermittelbar, ist in einem relativen zeitlichen und

1) Der Unterschied zwischen den verschiedenen Naturrechtsauffassungen liegt hauptsächlich in der Festlegung, wo diese immer schon bestehenden Prinzipien lokalisiert werden, in einer kosmischen, einer göttlichen Weltordnung oder in der Vernunft. Die Vorstellung dieses 'Immer-schon-Bestehens' impliziert die Vorstellung eines 'Seins' dieser Prinzipien und ist insoweit ontologisch. Die ferner stattfindende Deduktion von Rechtsprinzipien aus Ebenen, die als über dem real vorfindbaren Recht befindliche Ebenen vorgestellt werden, weist der Struktur des Gedankens nach auf Metaphysik hin. Man kann somit das den Naturrechtsauffassungen Gemeinsame darin sehen, daß sie ihren Ausgangspunkt in einer ontologischen Metaphysik (Wesensmetaphysik) nehmen.

räumlichen Kontext eine Entscheidung denkbar, die nur so und nicht anders ausfallen kann.

Wer Kontingenz von Rechtsentscheidungen vertritt, lehnt deshalb den so beschriebenen Kern des Naturrechts ab. Er legt sich nicht von vornherein fest, sondern findet sich vielmehr in einer Welt offener Möglichkeiten, in der nichts apriori ausgeschlossen ist.

Beschränkungen des Entscheidens ergeben sich unter Umständen in einer kontingenten Welt erst im Nachhinein und auf dem Boden ganz anderer Voraussetzungen, faktischen nicht Metaphysischen, und selbst, wenn vorgelagerte Bedingungen der Möglichkeit des Entscheidens gegeben sind, so sind diese nurmehr als Fakten beschreibbar. Solche vorgelagerte, faktische Bedingungen sind z.B. allgemeinste Voraussetzungen wie das Medium der Sprache oder bestimmte gehirnphysiologische Prozesse.

Im L'schen rechtssoziologischen Werk nach sinnvollen Kriterien der Konditionierung von Rechtsentscheidungen bei Kontingenz zu suchen, die notwendigerweise jenseits naturrechtlicher Kriterien liegen müssen, erscheint nur dann sinnvoll, wenn Rechtsentscheidungen in der Tat kontingent sind und Naturrecht deshalb unplausibel ist. Bevor ich daher zum zentralen Thema komme, möchte ich kritisch-konstruktiv untersuchen, wie L. die Unplausibilität von Naturrecht begründet. Was versteht L. unter Naturrecht? Hält er spezifische Naturrechtsformen für unplausibel oder lehnt er Naturrecht überhaupt (versteht man hierunter etwas allen Naturrechtsauffassungen Gemeinsames, eine abstrakte 'Naturrechtsidee') ab? Hält er Naturrecht immer schon für unplausibel oder konstatiert er seinen Untergang erst in der 'Moderne'¹⁾?

Da aus der L'schen Stellungnahme zum Naturrecht, wie ich hier ebenfalls zeigen werde, zugleich die spezifische L'sche Sicht des positiven Rechts folgt, schafft Kapitel 1 eine wichtige Verständnisgrundlage zu Kapitel 2, die noch durch die Herstellung eines Zusammenhangs zwischen Prämissen und Methoden bei L. am Ende des vorliegenden Kapitels ergänzt wird.

1) Ich identifiziere hier mit 'Moderne' einen bestimmten Komplexitätsgrad von Gesellschaft.

Zunächst ist es nötig zu wissen, was L. überhaupt unter 'Naturrecht' versteht, welchem Naturrecht seine ablehnende Haltung gilt.

1) DER NATURRECHTSBEGRIFF BEI L. .

In der L'schen Rechtssoziologie, die in der Hauptsache um 'neue' Probleme des positiven Rechts kreist, ist freilich keine detaillierte Wiedergabe der umfangreichen Naturrechtsgeschichte vorzufinden. Eine solche Wiedergabe würde eine Schilderung der ganzen bisherigen Rechtsphilosophie erfordern, denn diese war bis vor kurzem hauptsächlich eine Geschichte von Naturrechtsdoktrinen¹⁾. Der L'sche Naturrechtsbegriff ist vielmehr 'stilisiert'. Er schließt an den Diskussionsstand der letzten großen Naturrechtsdebatte²⁾ an.

Charakteristisch für die letzte große Naturrechtsdebatte war der Versuch, ein allen Naturrechtsauffassungen Gemeinsames, das Naturrecht

1) So N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, S.103.

2) Repräsentative Diskussionsbeiträge sind u.a. W. Maihofer, "Ideologie und Naturrecht"(zur Renaissance des Naturrechts nach 1945), S. 121ff, 1969; E. Beling, "Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück", S. 1ff, 1931; D.L. Hinrichsen, "Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus", 1954; R. Stammler, *Wirtschaft und Recht*, insbesondere S. 174, 1921, der eine Synthese gegensätzlicher Positionen der Debatte in einem Naturrecht "mit wechselndem Inhalt" herstellen will (relatives Naturrecht); V. Cathrein, *Naturrecht und positives Recht*, 1901; E. v. Hippel, *Elemente des Naturrechts*, 1969; B. Mathis, *Rechtspositivismus und Naturrecht*, 1971; C.L. Michelet, *Naturrecht oder Rechtsphilosophie*, 1866; A. Langner, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar*, 1957; H. Coing, "Um die Erneuerung des Naturrechts", *Universitas*, 1948, S. 1173ff; K. Ritter, *Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus*, 1956; J. Sauter, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, 1966; L. Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, 1956; H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951; H. Hubmann, "Naturrecht und Rechtsgefühl", 1954; K. Larens, "Zur Beurteilung des Naturrechts", S. 49ff, 1947; O. Veit, "Die geistesgeschichtliche Situation des Naturrechts", S. 390ff, 1947; W.R. Beyer, *Rechtsphilosophische Besinnung : Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts*, 1947; E. Cassirer, *Natur und Völkerrecht*, 1963; J. Messner, *Das Naturrecht*, 1950; H. Mitteis, *Über das Naturrecht*, 1948; A. Kaufmann, "Die ontologische Struktur des Rechts", S. 470ff, 1965; H. Kelsen, "The Metamorphoses of The Idea of Justice", S.390ff, 1947.

par excellence, 'herauszudestillieren'¹⁾, um es sodann in Gegensatz zu einer ideologischen Extremposition des Gesetzespositivismus zu stellen²⁾, mit der man kritisch die Möglichkeit des soeben erfahrenen

1) So z.B. H. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S.505, der von der "Einheit der Naturrechtsidee" spricht, bei der Vielfalt seiner historischen Erscheinungsformen; ferner H. Mitteis, aaO, S.7, der vom allen Naturrechtsauffassungen Gemeinsamen spricht, als höherem Recht, das dem positiven Recht den Spiegel vorhalte bzw. von einem richtigen Recht, in dem sich unser Rechtsbewußtsein das unmittelbare evidente Gefühl für Recht und Unrecht erfülle; bzw. H. Ryffel, "Das Problem des Naturrechts heute", S. 161, begreift Naturrecht ebenso als Typizität, als das in bestimmter Weise gekennzeichnete und begründete Richtige überhaupt, das sich unter bestimmten Voraussetzungen sogar gegen das positive Recht durchsetzen kann; oder E. Wolf, der von Aristoteles' Konzeption als der Grundformel aller Naturrechtslehren spricht, "Zum Problem des Naturrechts", S. 233f, insofern als bei Aristoteles bereits ein ursprüngliches, apriorisches, über alle Völker und Zeiten bleibendes Recht einem abgeleiteten, aposteriorischen, empirischen, bestimmten Völkern und einer bestimmten Zeit zugeordneten Recht gegenübergestellt ist; oder J. Sauter, aaO, S. 1, spricht von einer einheitlichen Naturrechtsidee; ferner sieht K. Ritter, aaO, S. 78, das allen Naturrechtsbestrebungen Gemeinsame darin, dem Recht einen streng allgemeingültigen Inhalt zu geben; ebenso beschreibt H. Kelsen einen abstrakten Naturrechtsbegriff jenseits der konkreten naturrechtlichen Erscheinungsformen, "What is Justice?", S.138; vgl. ferner auch E. Beling, aaO, S.5 und J. Messner, aaO, S. 409 -- um nur einzelne Beispiele zu nennen.

2) Man knüpfte hier insbesondere an das Kelsen'sche Verständnis vom positiven Recht und dessen Verständnis vom Verhältnis des positiven Rechts zum Naturrecht an, der die dualistische Argumentationsstruktur der Debatte somit im Grunde prägte. Vgl. z.B. hierzu H. Kelsen, "Metamorphoses of the Idea of Justice", S. 396, der dort explizit von "the dualism of positive law and natural law" spricht. Es gab allerdings auch früher bereits eine dichotomische Debatte (im Einklang mit der seit der griechischen Antike dichotomischen Argumentationsstruktur philosophischer Diskurse) und immer schon Überwindungsversuche dieser Dichotomie; die christlich/mittelalterlichen Naturrechtslehren eines relativen Naturrechts präsentierten sich beispielsweise bereits als Alternative zu der schon damals dualistischen Struktur der Diskussion; in neuerer Zeit ist insbesondere Stammlers Naturrecht mit wechselndem Inhalt zu solchen Überbrückungsversuchen zu rechnen und in der Folge dessen ferner alle Betrachtungen der Historizität des Naturrechts, die von da aus eine 'relative Absolutheit' von Werten behaupteten, ausgenommen diejenigen Betrachtungen, die die Historizität des Naturrechts als Grund der Nichtexistenz absoluter, und das heißt unveränderlicher Werte, anführten.

"Unrechtsstaates"¹⁾ verband. Damit wurde der Blick weg von der Vielfalt der konkreten, historischen Naturrechtslehren auf eine abstrakte "Idee" von Naturrecht gelenkt²⁾. Diese Idee stellte man dem positiven Recht, das heißt jeder konkreten Rechtsschöpfung gegenüber, als Recht hinter dem Recht, als Metarecht in der Funktion eines legitimierenden Grundes und einer Kontrollinstanz, in Form von konstanten, überhistorischen³⁾, überempirischen⁴⁾ Rechtsprinzipien

1) Man kann dies als vorschnelle Reaktion auf eine Krisensituation abtun; in diese Richtung gehend kann man N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, S. 112-117, verstehen, der dort den Positivismus als "ideologia della pace e delle certezze" verteidigt. Andererseits aber sind es ja gerade solche Krisen, um deren Vermeidung es dem Naturrecht geht.

2) Freilich gab es auch hier gegenläufige Meinungen, nach welchen alle Naturrechtslehren nicht auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sind. Man sprach von der Historizität auch des Naturrechts und soweit man Naturrechtler blieb, führte einen das zur Annahme von nurmehr noch 'relativ absoluten' Werten.

3) So z.B. H. Coing, "Um die Erneuerung des Naturrechts", S. 1173

4) E. Beling, aaO, S. 5 spricht z.B. vom "Überempirischen" des Naturrechts. Gerade das Transzendente des Naturrechts wird hier betont. Das nimmt wunder, wenn man an die naturrechtlichen Theorien des staatsbegründenden Sozialvertrags im Zeitalter der Aufklärung denkt. Das 'empirisch' erfahrbare Faktum der Notwendigkeit sozialen Zusammenlebens in der Gesellschaft, geknüpft an die menschliche Natur, wird hier anscheinend zum Legitimationsgrund des Staates und so des staatlichen Rechts (so bei Locke, Hobbes, Rousseau). Sie leiten anscheinend aus einem Sein ein Sollen her. Das ist von einem 'rationalistischen' Standpunkt aus betrachtet insofern problematisch, als hiernach aus einem empirischen Faktum noch kein Sollen abgeleitet werden kann. Eine scharfe Kritik hat deshalb die Methode der Naturrechtslehre der Aufklärung in England durch Hume, in Deutschland durch Kant erfahren. Insbesondere Kant wendete sich dagegen, daß sie sittliche Normen aus empirischen Daten, insbesondere aus anthropologischen Erkenntnissen ableitet. Die Sittlichkeit sei unableitbar und wurzele in der Vernunft (vgl. bei H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, S.35). Im Bereich der empirischen Wissenschaften --und hier finden wir dieselbe Argumentationsstruktur-- spricht B. Russel in : *The Problems of Philosophy*, S. 36-38 beim Prinzip der Ableitung eines "general law" aus empirischen Daten von "Unlogik der Induktion". Dieses Prinzip selbst

(Footnote continues on next page)

(Footnote continued from previous page)

könne nicht empirisch auf seine Richtigkeit hin überprüft werden, ebensowenig wie aus empirischen Daten per Induktion auf ein general law geschlossen werden könne. "Thus all knowledge which, on a basis of experience, tells us something about what is not experienced, is based upon a belief which experience can neither conform nor confute, yet which, at least in its more concrete applications, appears to be as firmly rooted in us as many of the facts of experience" (S. 38). Die Unlogik der Induktion führte Kant zur Annahme eines Wissens "vor aller Erfahrung" (das in der heutigen naturalen Epistemologie übrigens genetisch verankert ist und damit zugleich "phylogenetisch aposteriori"); ebenfalls hielt Hume im Bereich der empirischen Wissenschaften das "inductive principle" für ein unabhängiges logisches Prinzip (vgl. bei B. Russell, A History of Western Philosophy, S. 700), das weder aus Erfahrungstatsachen noch von anderen logischen Prinzipien abgeleitet werden könne, aber ohne das dennoch Wissenschaft unmöglich sei. Das heißt, für Russel und Hume führt Induktion nicht zu allgemeinen Gesetzen. Die Wissenschaft, die dies fingiert, funktioniert aber dennoch. Selbst L. scheint in N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie", S. 36 die Ansicht der Unlogik der Induktion zu vertreten. Die Unlogik der Induktion gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, daß man eine Prävalenz des rationalistischen Standpunktes über den empiristischen unterstellt, weil beispielsweise letzterer einige Erklärungsdefizits aufweise; man könnte z.B. behaupten, die Sätze der Mathematik und Logik seien nicht direkt aus dem unmittelbar der Anschauung Gegebenen plausibel (so H. Mohr, "Evolutionäre Epistemologie", S. 1ff, oder K. Popper, Logik der Forschung, Kap. I und IV). Allerdings gibt es hier auch Gegenmeinungen, die eine empirische Grundlage aller solchen Sätze behaupten. Geht man von der Unlogik der Induktion aus, schafft die Tatsache, daß die menschliche Gesellschaft ohne rechtliche Ordnung ins Chaos fiele per se noch keine Sollverpflichtung, Normen zu schaffen, die das verhindern, wie aber die Sozialvertragslehren behaupten. Und Normen, die das Chaos eindämmen, käme aufgrund der dahinterliegenden gesellschaftlichen Notwendigkeit des friedlichen Zusammenlebens noch kein Wert an sich zu. Auf der anderen Seite heißt das nun aber auch nicht, daß dann gleichgültig ist, ob die Welt zu einem Chaos wird. Vielmehr wäre die hieraus für oberste Wertgrundsätze zu ziehende Konsequenz beispielsweise diejenige, die O. Höffe gezogen hat, Politische Gerechtigkeit, Grundzüge einer naturrechtlichen Theorie, Studia philos., S. 38, 1979 : Ein vernunftkritisch, transzendental begründetes Naturrecht, das den Fehlschluß von einem Sein auf ein Sollen vermeidet. Man könnte nun allerdings auch den Standpunkt vertreten, daß das angeblich aus empirischen Daten abgeleitete Naturrecht schon gar kein nur aus empirischen Daten abgeleitetes Naturrecht ist, da die Feststellung einer bestimmten 'Natur' des Menschen (insbesondere als sittliche Natur) oder einer bestimmten 'Natur' von Gesellschaft schon von vornherein die Implikation nicht empirisch abgeleiteter Elemente bedeute. Daß die obige Diskussion um eine Trennung von Sollen und Sein nicht vollkommen abwegig ist, könnte man dann höchstens auf die Prominenz der Partizipanten der Diskussion zurückführen.

(Seinsmodus des Naturrechts) , die unmittelbar aus apriorischer Wertsicht abgeleitet werden (Erkenntnismodus des Naturrechts) und insofern streng allgemeingültig sind.¹⁾

Auch bei L. erscheint die Darstellung von Naturrecht in seinen konkreten Erscheinungsformen nur in grober Skizze : In der Antike beruht es bei ihm auf einer kosmischen, im Mittelalter auf einer göttlichen Weltordnung und im Zeitalter der Aufklärung auf Vernunft; es ist somit zunächst auf kosmische, dann religiöse und schließlich auf moralisch/kognitive²⁾ Weltstrukturen gegründet³⁾; wobei L. im Vernunftrecht der Aufklärung die letzte große historische Erscheinungsform des Naturrechts sieht.⁴⁾ Diese Grobeinteilung konkreter Naturrechtsvarianten findet an anderer Stelle eine phänomenologische Typisierung : Naturrecht als Prinzip (Gerechtigkeit) oder als genetische Begründung in der Weltordnung⁵⁾, als wünschenswerte Realität oder natürliche Realität⁶⁾ .

Wo das Naturrecht bei L. zum Ziel des Angriffs wird, faßt er im Anschluß an die letzte große Naturrechtsdiskussion den Begriff von Naturrecht abstrakt. Das heißt, er versteht Naturrecht, unter Abstraktion von seinen konkreten, unterschiedlichen Formen, als Begriff, dem bestimmte, konstante Eigenschaften zugeordnet werden können. An einen somit klar umrissenen Begriff läßt sich besser anknüpfen, als an etwas, das so vielseitig ist, daß man es nicht als einheitliches 'Etwas' begreifen und angreifen kann. Zwischen dem so von L. beschriebenen

Naturrecht und dem in der Nachkriegsdiskussion abstrahierten Naturrechtsbegriff besteht daher kein großer Unterschied. L. reformuliert diesen Begriff häufig freilich in einem neuen Vokabular. In einigen Aspekten setzt L. allerdings neue Akzente.

Zunächst ist auch bei L. Naturrecht universell, allgemein gültige Rechtsquelle, das heißt für alle Gesellschaften (sozusagen unabhängig von Raum und Zeit) gültig⁷⁾ . Sein Kennzeichen ist deshalb

1) Vgl. z.B. K. Ritter, aaO, S. 78.

2) Gerade das Vernunftrecht läßt sich als Ermittlung eines moralischen

(Footnote continues on next page)

(Footnote continued from previous page)

Hintergrunds des Rechts, der in Vernunftprinzipien wurzelt, beschreiben.
3) N.L., Rechtssoziologie, S.219.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 10. In dieser L'schen Grobgliederung sind auf einen 'empirischen' Grund gebaute Naturrechtstheorien noch nicht berücksichtigt, wie z.B. aus der Natur des Menschen, der Natur der Gesellschaft (in neuerer Zeit zählen hierzu z.B. H. Welzel, H. Hubmann, H. Coing, J. Messner, H.L.A. Hart's Minimalerfordernisse, die das Recht erfüllen muß, um das soziale Überleben zu sichern), aber auch der Natur der Sache (vgl. hier G. Sprenger, Naturrecht und Natur der Sache, S.151; in einem weiteren Sinne kann man hier auch von sachlogischen Strukturen sprechen, die den Gesetzgeber binden, so H. Welzel; G. Stratenwerth rechnet hingegen die Natur der Sache nicht zum Naturrecht) abgeleitete.
5) N.L., Rechtssoziologie, S. 355,356.

6) N.L., aaO, S.329. Unter wünschenswerter Realität kann man sich ein ideelles, transzendentes Naturrecht vorstellen, dagegen unter natürlicher Realität ließen sich auch Formen von Naturrecht verstehen, die auf dem Boden empirisch ermittelbarer Fakten beruhen.

7) N.L., Rechtssoziologie, S. 11; bzw. auf S. 146 spricht er von einem "Mindestbestand von Normen, der überall gilt".

Invarianz¹⁾. Wie in der traditionellen Debatte behauptet das Naturrecht bei L. etwas Vorgegebenes, Vorausliegendes, aus dem die Möglichkeit des (Prä)determinierens eines "richtigen Rechts", eines "gerechten Rechts" folgt²⁾. In der traditionellen Naturrechtsdebatte sprach man diesbezüglich auch von der "Apriorität" des Naturrechts³⁾. Insoweit meinte man insbesondere 'vor aller Erfahrung' liegende, also in der Vernunft wurzelnde, Prinzipien. Von einem Vorausliegenden geht L. im Grunde auch aus, wenn er bezüglich der Unterscheidung recht/unrecht von einer Präferenz zugunsten der Seite "recht" spricht⁴⁾, was ja voraussetzt, daß man Recht von Unrecht unterscheiden kann, und so gerade ein "richtiges Recht", das also nicht etwa "unrecht" ist, im vorhinein bzw. apriori ermitteln kann. Ferner habe es einen ontologischen Status, insofern als es aus vermeintlichen Eigenschaften von 'Natur' normative Qualität ableite⁵⁾. Damit "sei", so L., "das Naturrecht, was es

1) Diese Invarianz des Naturrechts stellt sich nun bei L. folgendermaßen dar, indirekt aus N.L., aaO, S. 99 : Es ist an eine "strikte Logik des Soseins von Welt" gebunden. Ferner, N.L., aaO, S. 219, bedeutet diese Invarianz, daß "die Kongruenz normativer Verhaltenserwartungen" (wir können hier vereinfachend den Begriff 'Recht' einsetzen) in Anlehnung an "undisponible" Weltstrukturen begründet wird.

2) In N.L., aaO, S. 10 spricht er von inhaltlich bestimmbaren, vorgezeichneten Normen, für die naturartige Entstehung und Wahrheit in Anspruch genommen werden.

3) Z.B. H. Coing, aaO, S. 196, oder R. Spaemann, "Naturrecht", S. 970.

4) L. in N.L., Rechtssoziologie, S.118,119 deklariert dies als ethische Betrachtungsweise der "alteuropäischen" Tradition seit der griechischen Antike; bzw. vgl. N.L., "Die Codierung des Rechtssystems", S. 8, wo er dies "Asymmetrie" bzw. "Präferenzcode" nennt; bzw. vgl. N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", S.135,136 und 139.

5) Vgl. ergänzend N.L., S. 185, aaO : "Das (Natur)recht wird in seiner Geltung und in seinen Wesenszügen als 'wahr' vorgestellt, das heißt trotz seiner Normativität dem Modus der Behandlung kognitiver Erwartungen unterstellt." Vgl. hierzu ferner N.L., Rechtssoziologie, S. 99, wo L. bezüglich des Naturrechts von "seinsähnlicher Urqualität des Sollens" spricht. Das erinnert an H. Kelsens strikte Trennung von Sein und Sollen. Damit soll bei L. wohl ebenfalls ausgedrückt werden, daß die normativen Prinzipien des Naturrechts nicht kognitiv und das heißt aufgrund von logischen Schlüssen auf der Basis von empirischen Daten ermittelbar sind.

sein soll¹⁾.

Aus all dem folgt nun bei L. ein fundamentaler Unterschied zwischen Naturrecht und positivem Recht²⁾: "Naturrecht wird der Gesellschaft qua Natur von ihrer Umwelt auferlegt", während das positive Recht seine Umwelt (also Gesellschaft) als "beliebig gestaltbar" ansieht³⁾, durch "wählende Akte bzw. einen Entscheidungsprozeß"⁴⁾. Naturrecht leugne die Eigenkausalität des Rechtssystems bei der Produktion von Normen⁵⁾, denn es leite Rechtsnormen aus einer externen Ebene ab⁶⁾, anstelle Recht dem Rechtssystem selbst zuzurechnen.

1) Diese spielerische Formulierung in N.L., aaO, S. 226. Vgl. ferner ebendort: "Das Recht kann nicht mehr einfach das sein, was es leisten soll. Daran zerbricht das Naturrecht". Und daher "Unsere Definition des Rechtsbegriffs kann nicht mehr ontologisch sein(...)".

2) N.L., aaO, S. 244.

3) Vgl. N.L., aaO, S. 244: "Positives Recht absorbiert(...)die Umwelt(...)als übermäßig komplexen Selektionsbereich", wobei, N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", aaO, S.131 "(...) das Recht nicht mehr auf die natürliche Ordnung der Welt, also auf die Umwelt des Gesellschaftssystems gegründet wird, sondern im Gesellschaftssystems selbst gemacht wird."

4) N.L., aaO, S.183, so die dortige Definition der Positivität des Rechts im Gegensatz zum Naturrecht.

5) N.L., aaO, S. 186: "Im Begriff Natur ist dabei die systemexterne Zurechnung, also die Leugnung der Eigenkausalität des zurechnenden Systems das Entscheidende(...)"

6) Er bezeichnet dieses 'externe Recht' als "Recht hinter dem Recht", vgl. N.L., "Die Rückgabe des zwölften Kamels", S.12. Vgl. auch N.L., "Die soziologische Beobachtung der Theorie und der Praxis des Rechts", S. 8 und 15-21 und N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", S. 135. Das moderne Recht sieht L. hingegen als "selbstsubstitutive Ordnung", vgl. N.L., aaO: "Selbstsubstitutiv sind Ordnungen, die nicht durch Ordnungen anderen Typs ersetzt, also auch nicht in der Form eines Leistungsvergleichs begründet werden können, sondern nur im Anschluß an sich selbst zu ändern, zu entwickeln sind". Dies bezeichnet dann L. später als "autopoietisch geschlossenes System". Es wird also keine Normqualität aus der Umwelt "importiert", nur Recht produziert Recht, kann dieses Attribut 'recht' verleihen, vgl. z.B. N.L., Rechtssoziologie, Neuausgabe, "Schluß", S. 354ff, der als Überleitung zur Theorie der Autopoiese gedacht ist bzw. N.L., "Die soziologische Beobachtung der Theorie und Praxis des Rechts", aaO, S. 7ff oder N.L., "Geschlossenheit und Offenheit. Über Realität in der Welt des Rechts", S.11.

Wenn in der traditionellen Debatte Naturrecht als 'Metarecht' bezeichnet wird bzw. auf das 'Metaphysische' des Naturrechts hingewiesen wird, so ist damit dasselbe gemeint.

Das Naturrecht wird infolgedessen sozusagen zu einer 'zweiten' Rechtsordnung, die in ein Verhältnis der Überordnung zum jeweils 'positiven' Recht tritt. Ganz im Einklang mit der traditionellen Diskussion weist auch L. gerade auf die im Mittelalter begründete Legeshierarchie hin, die Naturrecht über das positive Recht stellt¹⁾. Bereits in der griechischen Antike trete, so L., das Prinzip des Billigen und Gerechten dem "vorgefundenen Recht als Maßstab gegenüber"²⁾; hiermit sei aber noch nicht der Gedanke eines hierarchischen Verhältnisses von Rechtsquellen verbunden gewesen. Erst im Mittelalter sei Naturrecht ein übergeordnetes, kontrollierendes Prinzip geworden³⁾.

Aus der Tatsache der übergeordneten Stellung des Naturrechts folgt sowohl in der traditionellen Debatte als auch bei L. seine Begründungs- und Legitimationsfunktion bezüglich des positiven Rechts⁴⁾.

Seit der Monopolisierung der Rechtsschöpfung durch den Staat bedeutet dies die Limitierung staatlicher Gewalt⁵⁾, was dann in neuerer Zeit

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 187.

2) So N.L., aaO, S.187.

3) N.L., aaO, S. 186, bezeichnet Naturrecht in der Antike zwar als "diskriminierenden Begriff", bzw. als "Interpretation der strukturellen Schranken der Variabilität des Rechts." Es leistete eine Abgrenzung "zwischen variablem und invariantem Recht", bezeichnete nach ihm aber noch nicht das hierarchische Verhältnis von Rechtsquellen. Ebenso L. in N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 147, Fn. 11.

4) Zur traditionellen Debatte vgl. z.B. Mitteis, aaO, S. 7; Ryffel, aaO, S. 161; Beling, aaO, S. 5. Bei L. vgl. z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 259. Meiner Ansicht nach folgt daraus, daß das Naturrecht gleichsam als ein Recht 'hinter' dem Recht vorstellbar ist, unmittelbar, daß es 'begründet'. Hinter dem Recht bildet es einen Hintergrund des Rechts, der leicht als Grund des Rechts erscheint. Strukturell charakteristisch für jeden Vorgang des Begründens ist meiner Ansicht nach, daß etwas auf etwas anderes hinter ihm Liegendes zurückgeführt wird.

5) Nach L. ist Naturrecht "politisch nicht disponibel", vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 338, er leitet das aus der naturrechtlichen Begründung des jus gentium im 17. Jahrhundert her.

in den Gedanken des Rechtsstaates übergeht¹⁾ .

Oben handelte es sich um analoge Sichtweisen bei L. und in der letzten großen traditionellen Naturrechtsdebatte. Differenzen lagen nurmehr in der Art der Formulierung. Nun gibt es aber meiner Ansicht nach im L'schen rechtssoziologischen Werk zwei wichtige neue Sichtweisen von Naturrecht im Verhältnis zu den Stellungnahmen zum Naturrecht in der traditionellen Diskussion. Hier überschreitet man den Rahmen des obigen L'schen 'neutralen' Anknüpfens an den Inhalt der traditionellen Naturrechtsdebatte und gewinnt einen ersten Einblick in Gründe, die L. Naturrecht als "alteuropäisch" qualifizieren lassen. Die zwei im folgenden zu besprechenden Punkte treten im L'schen rechtssoziologischen Werk nicht explizit als zwei neue 'Definitionen' des bisherigen Naturrechtsbegriffs hervor. Sie erscheinen mir nichtsdestoweniger essentiell. Ich bin der Ansicht, daß diese zwei Punkte den Grund zu einem neuen, 'kritischen' Naturrechtsverständnis legen, aus dem sowohl die L'sche These der Unplausibilität von Naturrecht als auch ein neues soziologisches Verständnis der Positivität des Rechts erwachsen. Diese zwei Punkte kennzeichne ich zunächst nur allgemein, da es hier zunächst einmal um eine enumerative Erfassung von Naturrechtsaspekten bei L. gehen soll. Im folgenden werde ich dann ausführen, was diese, das Naturrecht bereits in einem bestimmten Sinn qualifizierenden, Aspekte für die Unplausibilität von Naturrecht im einzelnen bedeuten.

Zum Einen setzt L. Naturrecht in Verbindung mit einer bestimmten Strukturiertheit von Gesellschaft²⁾ . "Gesellschaftsstrukturelle Prämissen" liegen bei L. zunächst einmal ganz allgemein der Rechtsbildung überhaupt zugrunde³⁾ . Nach meiner Ansicht geht aber aus der L'schen Schilderung der auf Gesellschaftsstrukturen beruhenden Evolution von Recht gerade auch die Entwicklung des Naturrechts hervor, umso mehr als die Geschichte der Rechtsentwicklung in der Vergangenheit

1) Aufschlußreich N.L., "Die Rückgabe des zwölften Kamels", S. 55-58, insbesondere S. 56.

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 132 ff.

3) Vgl. z.B. N.L., aaO, S. 138.

zu einem bedeutenden Teil gerade die Geschichte der Evolution von Naturrechtsformen war. Was mir dabei als originell erscheint, ist die Herstellung eines Zusammenhangs zwischen Naturrecht als semantischem Gebilde, das eine bestimmte Philosophie impliziert, sein Fundament in einer ontologischen Metaphysik hat, und evoluierenden Gesellschaftsstrukturen¹⁾. Das geht über die bisher erfolgte Herstellung eines generellen Zusammenhangs zwischen Naturrecht und einer sich vollziehenden Evolution von Gesellschaft nicht nur insofern hinaus, als bei L. Naturrecht Produkt von bestimmten, abstrakten, geradezu typenartigen Modellen gesellschaftlicher Strukturiertheit ist. L's Naturrechtsbegriff ist auch deshalb ein anderer, weil er bei L. in der Folge dessen insbesondere nicht mehr im Rahmen der Fragestellungen der traditionellen Debatte erörtert wird, sondern gleichsam 'quer' hierzu : Soweit Naturrecht von Naturrechtlern selbst im Zusammenhang mit der Evolution von Gesellschaft gesehen wurde --so z.B. bereits das "relative Naturrecht" des christlich/mittelalterlichen Naturrechtsdenkens²⁾ oder in neuerer Zeit Stammers "wandelbares Naturrecht"³⁾--, war diese sozialgeschichtliche Betrachtung jeweils davon geleitet, auch in den verschiedenen Erscheinungsformen, im Wandel des Naturrechts, das dennoch sachlich immergleiche Problem eines jeweils 'Richtigen, jeweils 'Gerechten' darzustellen. Naturrecht bleibt hier eine Perfektionsvorstellung⁴⁾, (wenngleich seine Prinzipien nurmehr relativ absolut sind), um deren Existenznachweis man bemüht war. Und auch soweit Positivisten Naturrecht in einer Perspektive gesellschaftlichen Wandels sahen und die Flexibilität seines Inhalts im Lauf der geschichtlichen Entwicklung als Argument gegen die Existenz von

1) L. spricht hier vom Zusammenhang von Semantiken und Weltstrukturen; vgl. ferner den von L. oftmals konstatierten Bedeutungswandel von Begriffen auf dem Boden veränderter Realitäten, vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 439 und N.L., Rechtssoziologie, S.150, ferner auch N.L., Rechtssoziologie, S.165,175,177,190.

2) Vgl. z.B. bei C. Urban, Nominalismus im Naturrecht, S. 82ff, das 'klassische Beispiel' des W. v. Ockham.

3) Oder J. Messner, Das Naturrecht, S.316 und J. David, Das Naturrecht in Krise und Läuterung. Eine kritische Neubestimmung, S.33ff.

4) Das heißt, seine Prinzipien werden als absolut vorgestellt.

'unwandelbaren' Rechtsprinzipien nahmen¹⁾, setzten sie noch denselben traditionellen Naturrechtsbegriff voraus, und ging es ihnen um die Widerlegung der Existenz dieser Perfektionsvorstellung.

Auch wenn hier die Evolution von Gesellschaft und im Zuge dieser Evolution wandelnde Begründungsversuche von Recht zur Geltung kamen, wurde die Diskussion nicht 'soziologisch'. Sie blieb philosophisch. L. erörtert hingegen Naturrecht nicht mehr in philosophischer Perspektive, die durch die Fragestellung gekennzeichnet ist, ob es nun Naturrecht gibt oder nicht, was der Frage entspricht, ob es Metaphysik gibt oder nicht, sondern er sieht das Naturrecht unter dem Aspekt, wie es überhaupt im Laufe der gesellschaftlichen Entwicklung von Sozialstrukturen entstand, wie es mit dieser korreliert ist, was es leistet. Damit wird die Existenz von Naturrecht zu einem gesellschaftsstrukturellen Phänomen. Sie ist nicht mehr eine Existenz im Sinne eines transzendenten 'An sich Seins' einer Ebene absoluter Werte²⁾, die es zu bekräftigen oder zu widerlegen gilt. Man kann in Worten L's sagen, "das Naturrecht wird von einer Perfektionsvorstellung zu einem Entwicklungsbegriff"³⁾, dessen Bedeutung nicht absolut und 'an und für sich' ist, sondern relativ zu dem, was es leistet.

Zum anderen sieht L. Naturrecht, und auch das bringt eine neue Note in die traditionelle rechtstheoretische Diskussion, als "Ausschalten von Negationsmöglichkeiten auf einer Metaebene, die nicht explizit gemacht wird"⁴⁾. Das läßt sich meiner Ansicht nach wie folgt erklären : Naturrecht behauptet eine Ebene invarianter, universeller Werte jenseits des (positiven) Rechts, aus der ein 'richtiges Recht' ableitbar sein solle. Damit soll auch gerade klar sein, was demgegenüber Unrecht ist, und die Unterscheidung von Recht und Unrecht, gerecht und ungerecht nach zuverlässigen Kriterien vorgegeben werden. Das Festlegen solcher

1) Hierfür steht insbesondere H. Kelsen, vgl. insbesondere H. Kelsen, Die Illusion der Gerechtigkeit.

2) Parallel zur 'naturalen Epistemologie, in der das 'Denken in die Natur zurückversetzt wird', kann man sagen, daß bei L. das metaphysische Naturrecht in die Gesellschaft zurückversetzt wird.

3) N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", S. 134.

4) N.L., aaO, S. 134, 135.

Kriterien der Unterscheidung geschieht auf einer Metaebene, denn das Naturrecht lokalisiert diese Kriterien außerhalb des 'vorgefundenen Rechts'. Man kann hier ferner deshalb von einem Ausschluß von Negationsmöglichkeiten auf dieser Metaebene sprechen, da diese Kriterien von Recht als absolute unter Ausschluß anderer nur möglicher Kriterien behauptet werden. Absolutheit bedeutet für L. z. B. hinsichtlich des Kriteriums 'Gerechtigkeit', daß Gerechtigkeit gerecht ist (und nicht etwa in manchen Fällen ungerecht). Diese Metaebene wird nicht explizit gemacht, insofern als das Naturrecht implizit behauptet, unmittelbar gültiges Recht zu sein, bzw. behauptet, daß diese jenseits des (positiven) Rechts befindliche Metaebene, ein 'außerhalb' des (positiven) Rechts Befindliches, direkt Recht vorgibt.

Naturrecht als "Ausschalten von Negationsmöglichkeiten auf einer Metaebene" zu bezeichnen, wie L. das tut, klingt wie ein Vorwurf und impliziert bei L., daß das Ausgeschaltete bzw. mit dem Naturrecht Verneinte auch eine Daseinsberechtigung hat, bzw. daß es zumindest heute, im 'Zeitalter des positiven Rechts' nicht berechtigt und ganz willkürlich ist, Negationsmöglichkeiten (und das heißt Kriterien, die Naturrecht, Gerechtigkeit, Perfektionsvorstellungen relativieren) auszuschalten. Damit stellt aber L. nichts anderes fest, als daß Naturrecht auf ganz willkürlichen, beliebigen Annahmen beruht. Man kann mit S. Breuer¹⁾, der L. in diesem Sinne interpretiert, deshalb sagen: "Was immer an fixen Punkten (sprich naturrechtlichen Prinzipien) in (einer) (Gesellschafts-) Ordnung existiert, ist nicht deshalb fest, weil es diese Ordnung reguliert und einen Maßstab darstellt, an dem sie gemessen werden kann, sondern allein deshalb, weil es von dieser Ordnung als fest gesetzt wurde, worin zugleich die prinzipielle Überholbarkeit dieser Fixierung impliziert ist."

Ist man einmal bereit zu sagen, Naturrecht sei eine willkürliche Annahme, so ist es nur noch ein kleiner Schritt zur Behauptung, Naturrecht sei eine Fiktion. Charakteristisch für Fiktionen ist, daß sie Realität 'verdecken'. Denn in 'Wirklichkeit', so scheint es bei L., gibt

1) S. Breuer, Sozialgeschichte des Naturrechts, Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung, S. 601.

es (zumindest im Zeitalter des positiven Rechts) gar keine 'berechtigte' Entscheidung zwischen rechtem und unrechtem Recht, Recht und Unrecht in dem Sinne, daß man dem 'Rechten' die Präferenz geben könnte; in 'Wirklichkeit' scheint bei L. Recht ebenso berechtigt zu sein wie Unrecht¹⁾. Ja, es gibt gerade Recht, weil es Unrecht gibt und Unrecht, weil es Recht gibt²⁾. Und das heißt nichts anderes, als daß in 'Wirklichkeit' bei L. Recht kontingent ist.

Mit dieser Auffassung von Naturrecht bildet sich bei L. ein Begriff von positivem Recht, der zu diesem 'negativen Begriff' von Naturrecht symmetrisch gebaut ist : Das positive Recht hingegen stütze, so L., seine Geltung auf die jederzeitige Negationsmöglichkeit erlassener Normen³⁾, also gerade darauf, daß was Recht war, jederzeit wieder aufgehoben werden kann, und somit auf die externe Nichtvorgegebenheit der Entscheidung zwischen Recht und Unrecht, und das heißt nichts anderes, als auf die Kontingenz dieser Unterscheidung.

Das Verständnis von Naturrecht als Fiktion erscheint mir als zweiter neuer Punkt im Verhältnis zur traditionellen rechtstheoretischen Debatte, auch wenn H. Kelsen seiner Zeit bereits 'Gerechtigkeit' als "Illusion" qualifizierte. Kelsen tat dies aus ganz anderen Überlegungen als L. .⁴⁾ Kelsen's Illusionarität des Naturrechts, die eigentlich nurmehr "Irrationalität" des Naturrechts besagen will, läßt sich auf dem Hintergrund des Positivismus des Wiener Kreises, der dortigen Betonung der Irrationalität von Werturteilen und in der Folge dessen der strengen methodischen Trennung von Wissenschaft und Glaubenstatsachen, von Sein

1) Vgl. hierzu N.L., "Die Rückgabe des zwölften Kamels", S. 70.

2) Vgl. N.L., "Die soziologische Beobachtung der Theorie und Praxis des Rechts", S. 5, nach L. besteht zwischen 'Recht' und 'Unrecht' "kein Widerspruch", sondern ein "Verhältnis des gegenseitigen sich Bedingens".

3) N.L., "Die Rückgabe des zwölften Kamels", S. 42.

4) H. Kelsen, Die Illusion der Gerechtigkeit, vgl. insbesondere S. 368ff. Und selbst auf der 'Gegenseite' gibt es ähnliche 'Bezeichnungen'; so spricht z.B. W. Maihofer, "Ideologie und Naturrecht", S. 135 davon, daß das "Naturrecht der Moderne" als "Utopie" gesehen werden müsse.

und Sollen, verstehen¹⁾. Den Kelsen'schen Überlegungen liegt, so scheint es, eine 'rationalitätskritische' Sichtweise zugrunde, die durch die Feststellung, daß alle Aussagen, die nicht in einem Verfahren empirischer Nachprüfung und logischer Deduktion ermittelt werden können, in den Bereich der Glaubenstatsachen gehören, gekennzeichnet ist²⁾. Damit gehören ethische Prinzipien und so oberste Rechtsgrundsätze in den Bereich von Glaubenstatsachen. Dem müßte man bei Kelsen noch die weitere rationalitätskritische Einsicht hinzufügen, daß auch aus rein deduktiv/logischem Schließen keine ethischen Axiome ableitbar sind, da Deduktivlogik immer schon Axiome voraussetzt, die ihrerseits (von dieser Deduktivlogik aus gesehen) willkürlich sind. L. hingegen leitet die Fiktionalität von Naturrecht nicht rationalitätskritisch her, also aus mehr oder weniger rein theoretischen Erörterungen, die Limitationen des Denkens beschreiben, sondern sie ergibt sich bei ihm aus dem realen Sachverhalt oder besser der Hypothese über den realen Sachverhalt, daß sich das Rechtssystem im Laufe der Komplexitätsentwicklung von Sozialstrukturen zu einem autonomen System entwickelt und sich von externen Einflüssen wie Religion, Moral usw. 'tatsächlich' löst. Die zwei neuen Naturrechtsaspekte verbinden sich hier zu einer einzigen These, auf die ich im folgenden eingehen möchte.

1) H. Kelsen sah dabei die Trennung von Sein und Sollen unter dem Gesichtspunkt einer rein methodischen Beschränkung, und dies geschah bei ihm wohl in Anlehnung an den "Wiener Kreis" (auch wenn es dort mehr um den Bereich der empirischen Wissenschaften ging : Alle Fragen, die nicht mit Empirie und anschließend logisch/mathematischer Auswertung deren Ergebnisse gelöst werden könnten, seien als "metaphysisch" oder "ideologisch" anzusehen und abzuweisen; vgl. bei V. Kraft, Der Wiener Kreis, S. 134,135). Nach H. Kelsen, "Metamorphoses of the Idea of Justice", S.397, gilt deshalb analog für oberste Wertgrundsätze : "If there were an objectively recognizable justice, there would be no positive law and hence no State; for it would not be necessary to coerce people to be happy. The usual assertion, however, that there is indeed a natural good order, but transzendental and hence not intellegible, (...), is in itself a contradiction. It is in fact, nothing else but a euphemistical paraphrase of the painful fact, that justice is an ideal inaccessible to rational cognition"; vgl. ferner auch H. Kelsen, "Die Illusion der Gerechtigkeit", S. 368-370, 372,373.

2) Ferner gibt es bei Kelsen noch das Argument der inhaltlichen Unbestimmtheit oder Leere z.B. des Gerechtigkeitspostulats, vgl. H.Kelsen, Die Illusion der Gerechtigkeit, S. 368ff.

Nachdem ich das L'sche Naturrechtsverständnis und damit zugleich seine kritische Haltung zum Naturrecht dargestellt habe, möchte ich nun den 'Gründen', die L. für die Unplausibilität von Naturrecht angibt, nachgehen.

2) DIE UNPLAUSIBILITÄT VON NATURRECHT AUFGRUND DES WANDELS VON GESELLSCHAFTSSTRUKTUREN; ODER : KONTINGENZ AUS KOMPLEXITÄT.

Doch zunächst gilt es, den Begriff bzw. die Begriffe von Kontingenz --meiner Ansicht nach¹⁾ gibt es bei L. unterschiedliche Grade und damit auch unterschiedliche Begriffe von Kontingenz-- genauer zu betrachten.

A) Begriffe von Kontingenz bei L.²⁾ :

AA) Absolute Kontingenz.

In der Theorie der Autopoiese habe ich zunächst einmal eine absolute Kontingenz vorgefunden. Es handelt sich darum, daß zwischen zwei Werten eines Gegensatzpaares (recht/unrecht) keine Entscheidung getroffen werden kann, weil keine Präferenz zugunsten des einen oder anderen aus der Unterscheidung (recht/unrecht) selbst ermittelt werden kann. Dies ist ein Begriff von Kontingenz, der, parallel zu Gödels Unvollständigkeitssatz für formale axiomatische Systeme, fürs

1) Die von mir vorgenommene Unterscheidung von Begriffen beruht auf einem 'rationalistischen' Standpunkt. Damit verbinde ich insbesondere das Prinzip der "Unlogik der Induktion", das besagt, daß aus einem empirisch gegebenen Sachverhalt noch nicht unmittelbar logisch ein allgemeines Prinzip abgeleitet werden kann. Beispielsweise folgt aus der empirischen Feststellung, daß a in allen beobachteten Fällen auf b folgt noch nicht unmittelbar logisch eine Regel, die besagt, daß a immer auf b folgt. Von einer quantitativen Aussage kommt man hiernach noch nicht sogleich zu einem qualitativen Urteil.

2) Es handelt sich dabei um eine sehr eigene Interpretation meinerseits. Auch L. spricht allerdings an mancher Stelle von Abstufungen von Kontingenz, im Sinne z.B. einer wachsenden Kontingenz, vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 191.

Rechtssystem bedeutet¹⁾, daß Recht nicht aus sich selbst begründbar ist. Mit Kontingenz ist hier nichts anderes als 'Paradoxie aus Selbstreferenz' gemeint : Betrachtet man Recht unter seinen eigenen Kategorien (diese seien die zwei 'Werte' recht/unrecht), so kann Recht sowohl recht als auch unrecht sein. Es ist wie mit der Epimenides-Paradoxie²⁾, die als Grundmuster für den Gödel'schen Unvollständigkeitssatz und L's Parallele hierzu gesehen werden kann : Bilde ich den selbstbezüglichen Satz (der bereits eine Abwandlung der Epimenides Paradoxie ist) : "Dieser Satz ist falsch", so ist der Satz wahr, wenn er falsch ist, und falsch, wenn er wahr ist; es ist also nicht entscheidbar, ob er wahr oder falsch ist, diese Entscheidung ist absolut kontingent. Damit ist nur ein enger Sachverhalt beschrieben : Kontingenz ist hier logische Unentscheidbarkeit aufgrund eines Versagens der Logik bei selbstbezüglichen Sachverhalten. Das mag --geht man davon aus, daß Begriffe und Bedeutungen sich mit der Zeit wandeln, in dem Sinne, daß sie abstrakter werden, was eine Lösung aus konkreten Kontexten bis zum Extrem des Selbstbezugs bedeutet, man kann hierfür auch 'Reflexivität' sagen-- die letzte und abstrakteste Fassung von Kontingenz sein, die eine letzte ebenso extrem abstrakte Naturrechtsvariante, die versuchte Recht aus sich selbst zu begründen, als unplausibel erscheinen ließe (zumindest scheint mir das eine, wenn auch gewagte, Interpretation zu sein) : Man kann sich diese letzte Naturrechtsvariante veranschaulichen, indem man die Entwicklung des Naturrechts als immer größere Ablösung (Abstrahierung) der Begründung des Rechts von äußeren Kontexten versteht : Im Zeitalter der Aufklärung als Zentrierung auf den Menschen nach einer Lösung von Gott, und zwar sowohl als Zentrierung auf die menschliche Natur und so mittelbar auf die Natur des gesellschaftlichen Zusammenlebens als auch auf die Vernunft des Subjekts, was schließlich in einem Prozeß noch weiterer Abstraktion und Internalisierung in einer Verweisung dieser Vernunft in

1) Vgl. N.L., "Die Rückgabe des zwölften Kamels", S. 70, Fn. 113, wo L. auf die Parallele zu Gödel hinweist.

2) Vgl. D. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach, zu diesem Thema, insbesondere S. 19ff, 78, 80, 93.

Form des deduktiv-logischen Schließens auf sich selbst sich als Geworfensein des Rechts auf sich selbst darstellt¹⁾. Dies ist nun nicht nur die letzt-mögliche Naturrechtsvariante, sondern zugleich deren Widerlegung in einem, da sich diese naturrechtliche Fundierung als Tautologie entpuppt.

Mich interessiert im folgenden ein 'breiteres' Kontingenzverständnis. Es ist nämlich schlechterdings unvorstellbar, daß aus solcher logischen Kontingenz das gesamte bisherige Naturrecht unplausibel sein soll, da damit nur die Unplausibilität einer Naturrechtsvariante nachgewiesen ist, die ein richtiges Recht aus einer logischen Ableitung aus dem Recht selbst bezöge. Das wäre nicht einmal das Vernunftrecht, sondern allenfalls eine von L. implizit neu kreierte, extreme Vernunftrechtsvariante.

BB) Relative Kontingenz.

Handeln und Erleben wird, so scheint es bei L., in dem Maße kontingent bzw. kontingenter, als jeweils mehr Möglichkeiten des Handelns und Erlebens aufgrund des realen Überangebots von Möglichkeiten (der Komplexität) in dieser Welt vorstellbar sind, nicht nur infolge eines rein logischen 'Kurzschlusses', der in dem Sonderfall selbstbezüglicher Aussagen auftritt. Dieses Überangebot von Möglichkeiten ist bei L. Resultat der Entwicklung von Sozialstrukturen zu immer höherer Komplexität. Es handelt sich daher um die konkrete Entwicklung von Kontingenz im Sinne eines 'mehr' von Kontingenz bei mehr Komplexität. Wie bei dem vorigen, absoluten Kontingenzbegriff, den man als eine späte Form der Kontingenz von Recht sehen kann, ist es allerdings so, daß eine Möglichkeit so gut wie die andere gewählt werden

1) Bei L. gibt es Anzeichen einer solchen Sicht, vgl. z.B. N.L., "Die Rückgabe des zwölften Kamels", S.9; er spricht dabei von einer immer stärkeren "Internalisierung des operationsleitenden Symbols". Wobei er Vernunftrecht als "Hineinziehen der Transzendenz ins Bewußtsein" charakterisiert. Er spricht ferner von dem Verwiesensein des Rechts auf dessen eigene Identität am Ende einer bestimmten Entwicklung von Sozial- und Reflexionsstrukturen. Damit läge zugleich eine originelle Neuinterpretation der bisherigen Naturrechtsgeschichte vor.

kann, also gerade nicht apriorisch feststehende Präferenzen gegeben sind. So sagt auch L. 'in diesem Zusammenhang', daß kontingentes Handeln gerade bedeutet, daß Handeln auch anders ausfallen könne¹⁾. Dies Handeln scheint gerade prinzipiell anders ausfallen zu können, womit der konkrete Kontingenzbegriff etwas Absolutes bekäme, und nur seine Herleitung aus einem realen Überangebot von Möglichkeiten auf einen relativen Kontext verwies. Der wesentliche Unterschied zum absoluten Kontingenzbegriff besteht aber darin, daß hier zwar zwischen mehreren konkreten Möglichkeiten die eine Lösung so gut wie die andere gewählt werden kann, dabei aber das Bündel von Möglichkeiten zwischen denen Kontingenz besteht selbst einen nicht-kontingenten 'numerus clausus' bilden kann. Bei absoluter Kontingenz geht es hingegen um eine absolute Freiheit der Entscheidung bzw., negativ formuliert, um absolute Unentscheidbarkeit. Sicher könnte man hier spitzfindig bemerken, mein Beispielfall zu 'absoluter Kontingenz' sei ebenfalls ein Fall relativer Kontingenz : Die Entscheidung zwischen recht und unrecht sei hier zwar absolut beliebig, nicht-beliebig sei aber das Differenzpaar unrecht/recht selbst. Ferner könnte man gegen den Fall absoluter Kontingenz einwenden, daß es diese nur abstrakt gibt, da jede Entscheidung zumindest faktischen Bedingungen der Konditionierung unterliegt, und sei dies nur einmal, daß bestimmte gehirnphysiologische Prozesse ablaufen müssen. Dies Problem läßt sich aber lösen, wenn man unter absoluter Kontingenz nurmehr logische Unentscheidbarkeit versteht. Und da diese bei L. zwischen den Werten unrecht/recht, ungerecht/gerecht besteht, und diese Unentscheidbarkeit nicht mehr durch Rekurs auf externe Kriterien (Moral usw.) aufgelöst werden kann, bedeutet absolute Kontingenz des Rechts : Entscheidungen sind metaphysisch, und das heißt bei der letzten Naturrechtsvariante moralisch absolut indifferent. Ebenso gilt für die relative Kontingenz : Absolute Kontingenz (man kann metaphysisch indifferent bzw. neutral sein) besteht hier zwischen mehreren im Hinblick auf eine Problemlösung oder zu treffende Entscheidung gleichwertige Möglichkeiten, welche Entscheidung oder

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 387ff.

Problemlösung selbst nicht notwendig moralischer Indifferenz entspringen muß.

Insofern als absolute Kontingenz für mich hier nicht die absolute Beliebigkeit, die es nur abstrakt geben kann, ist, sondern nur die absolute metaphysische oder moralische Beliebigkeit, gilt : Nur wenn es für Entscheidungen nachweislich keine metaphysischen (moralischen) Kriterien gibt und Rechtsentscheidungen sozusagen 'von Natur aus' metaphysisch nicht fundierbar bzw. moralisch indifferent sind, kann man von Unplausibilität von Naturrecht sprechen, sowohl bezogen auf konkrete Naturrechtsvarianten, so z.B. die letzte Naturrechtsvariante des Vernunftrechts, das davon ausging, daß aus der Vernunft unmittelbar oberste, moralische Rechtsprinzipien ableitbar sind als auch bezogen auf die Naturrechtsidee.

Damit kann ich zum eigentlichen Thema überleiten.

B) Die Entstehung von Kontingenz aufgrund höherer Komplexität.

Aus dem realen Sachverhalt eines Anstiegs von Möglichkeiten im Laufe der Evolution von Sozialstrukturen zu höherer Komplexität leitet L. die Kontingenz allen Erlebens und Handelns, Kommunizierens und Normierens her, was gerade das Gegenteil der Naturrechtsvorstellung von der kosmischen, göttlichen, vernünftigen, natürlichen Vorgegebenheit von Prinzipien und Werten und so das Gegenteil einer vorgegebenen Ordnung der Welt bedeutet. Es ist damit auf eine bestimmte Evolutionshypothese, die den realen Sachverhalt komplexer werdender Sozialstrukturen zum Gegenstand hat, verwiesen.

AA) Die Verallgemeinerungsfähigkeit des Verhältnisses von Komplexität und Kontingenz.

Dieser Zusammenhang ist nicht unilinear, sondern ein sich in sich selbst steigerndes Gebilde : Komplexere Strukturen produzieren eine erhöhte Aktualisierbarkeit von Kontingenz und diese wieder noch komplexere Strukturen usw. . Auf der anderen Seite wächst aber mit der Komplexität zugleich auch die Nichtbeliebigkeit von Wahlen, das heißt wird die Kontingenz der Komplexität gefährdet; eine Bereicherung an Möglichkeiten schränkt zugleich den dispositionellen Spielraum ein. Damit ist allerdings eine Konditionierung im Faktischen, nicht Metaphysischen gemeint. Was die Interdependenz von Kontingenz und

Komplexität angeht, so untersuche ich unter Vereinfachung der Problematik nurmehr, inwiefern und was für eine Kontingenz aus der zunehmenden gesellschaftlichen Komplexität folgt; das heißt, ich tue so als sei dies Verhältnis ein einfaches (mehr Komplexität, mehr Kontingenz). Das ist insofern gerechtfertigt, als L. selbst, trotz Aufzeigens hier bestehender komplizierter Zusammenhänge, dennoch seine Hauptargumentation zur Unplausibilität von Naturrecht auf dies Verhältnis als einfaches stützt. In den Rahmen dieser Analyse kann man dann immer noch die Elemente einbauen, die die Untersuchung des Verhältnisses von Kontingenz und Komplexität so kompliziert erscheinen lassen.

BB) Der Begriff von Komplexität.

Komplexität läßt sich nach L. in Möglichkeiten des Erlebens und Handelns ausdrücken, wobei die "Komplexität der Welt" als alle (also gleichgültig ob aktualisierte oder potentielle) Möglichkeiten des Erlebens und Handelns beschreibbar ist. Komplexität als Möglichkeitsreichtum der Welt stellt die Erlebenden und Handelnden unter Selektionszwang¹⁾, und wenn, wie bei L., richtige oder optimale Selektionen nicht in der "Natur der Dinge" liegen, bedeutet Selektion ein Sicheinlassen auf mit Enttäuschungsgefahr verbundene Risiken²⁾. In neuerer Zeit bestimmt L. den Begriff der Komplexität im Hinblick auf die Relationen zwischen Elementen, das heißt, durch die Differenz, die durch die Unterscheidung von kompletter und nur noch selektiver Verknüpfung von Elementen markiert ist, im Gegensatz zum traditionellen Begriff von Komplexität, der das Komplexe als Differenz zum Einfachen bestimmt habe. Komplexität bedeutet damit in anderen Worten, daß eine Komplettrationierung jedes mit jedem Element nur bei sehr geringen Größenordnungen möglich ist. Damit besteht meiner Ansicht nach allerdings letztlich Komplexität wieder in der (nurmehr) beliebigen Selektion von Verknüpfungen zwischen den vielen Möglichkeiten des Handelns und Erlebens (im Unterschied zu einer Komplettrationierung

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 31

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 31.

allen Handelns und Erlebens) und so letztlich in diesen Möglichkeiten selbst.

CC) Der Zusammenhang von Komplexität und Kontingenz.

Ich überprüfe im folgenden insbesondere die Kontingenzthese, nicht die Komplexitätsthese. Daß die soziale Welt komplexer wird, ist bei der relativen Einfachheit des Komplexitätsbegriffs leicht nachvollziehbar. An einem konkreten Beispiel wird dies klar : Es gibt in modernen, industrialisierten Gesellschaften mehr und unterschiedlichere juristische Formen, die einen wirtschaftlichen Austausch zwischen Privaten regeln (z.B. unterschiedliche Typen von Verträgen), das führt zu mehr, weil differenzierteren Handlungsmöglichkeiten. Mit Strukturen wachsen immer auch Möglichkeiten, da Strukturen unmittelbar Möglichkeiten schaffen und Möglichkeiten struktureller Bedingungen bedürfen.

Um den Zusammenhang zwischen Komplexität und Kontingenz von Sozialstrukturen detailliert zu begreifen, muß man die L.'sche Hypothese über die Evolution von Sozialstrukturen analysieren. Diese Evolutionshypothese ist ein Grundpfeiler der L.'schen Soziologie und Rechtssoziologie. Aus ihr folgt sowohl die Unplausibilität von Naturrecht als auch die "Vollpositivierung" des Rechts und die Entwicklung gewisser Reflexionsstrukturen, die erst eine Reflexion auf die Unplausibilität des Naturrechts erlauben (gerade auch in der von mir erörterten, merkwürdigen Form, die die Unplausibilität aus der Paradoxie, daß Recht sowohl Recht als auch Unrecht sei, herleitet, die sich ergibt, wenn man Recht selbstbezüglich aus Recht abzuleiten versucht, ohne auf Kontexte außerhalb des Rechts zu rekurrieren; das war meiner Interpretation nach sowohl die letzte denkbare, nur hypothetische Naturrechtsvariante, als auch zugleich per se ein Unplausibilitätsnachweis des gleichen Naturrechts; sozusagen ein spätes Naturrecht, das seine eigene Widerlegung enthielt).

Da L. nun diese Evolution von Sozialstrukturen als "Ausdifferenzierung von Sozialsystemen" beschreibt, gehe ich zuerst a) auf den systemtheoretischen Ansatz und sodann b) auf das Konzept der "Ausdifferenzierung" dieser Systeme ein.

a) Gesellschaftliche Evolution zu höherer Komplexität und Kontingenz als Evolution von Sozialsystemen.

Der systemtheoretische Ansatz ergibt sich meiner Ansicht nach¹⁾ ebenfalls aus der These der übermäßigen Vermehrung der Möglichkeiten und der damit verbundenen Kontingenz des Handelns und Erlebens. Diese vielen Möglichkeiten müssen evidentermaßen reduziert werden, um ein sinnvolles Verständigen und Interagieren der Individuen zu gewährleisten, das "von Natur aus" nicht mehr gewährleistet ist, wenn alles kontingent ist. Apriori liegt nicht fest, wie sich ein Individuum in einer Interaktion jeweils verhalten wird. Die Erwartung bezüglich des Verhaltens eines Individuums seitens eines anderen Individuums wird pure Spekulation, ebenso die Erwartungen, die einer an die Erwartungen eines anderen²⁾ stellt. In dieser Situation fundamentaler Unsicherheit müssen 'künstlich'³⁾ 'objektive' Strukturen zwischen Individuen geschaffen werden, an der sich die Interaktionspartner orientieren, so daß sie im Hinblick auf ihr jeweiliges Handeln und Erwarten in etwa füreinander berechenbar werden. Das Recht wäre nach L. beispielsweise eine solche Struktur (L. sagt, es schafft "Erwartenssicherheit") oder auch die Sprache. Diese künstlichen, objektiven Strukturen⁴⁾ bieten den Individuen eine gemeinsame Orientierungsmöglichkeit als bereits getroffene Auswahl (Selektion) aus dem Horizont der beliebigen Möglichkeiten, an die dann die Individuen weitere Entscheidungen,

1) L. versucht andersherum Plausibilität für diesen Ansatz durch Hinweis auf sein besseres Erklärungspotential bzw. Problematisierungspotential, also auf methodischer Ebene zu gewinnen.

2) L. sagt hierzu "doppelte Kontingenz", N. L., Rechtssoziologie, S. 32,33.

3) Der Begriff 'künstlich' soll hier nicht nur 'absichtsvoll geschaffen' bedeuten, sondern enthält auch 'organisch' gewachsene Elemente; er bedeutet nur, daß diese Strukturen nicht von Natur aus da waren oder sind und sich nicht aus der Natur der Dinge ergeben.

4) L., N.L., Rechtssoziologie, S. 39 spricht auch diesbezüglich von "anonymisierter Verhaltenssynthese".

Wahlen, Selektionen anschließen können¹⁾. Sie stellen also eine Sinn- und Selektionsebene für sich, neben den Individuen dar. Man kann daraus ersehen, daß der Abbau von Komplexität von den einzelnen Individuen nicht direkt geleistet werden kann (nur in ganz primitiven, möglichkeitsarmen Gesellschaften wäre das vielleicht möglich), da er den Horizont der einzelnen übersteigt. Die Reduktion von Komplexität findet vielmehr auf selbständigen und sich immer mehr verselbständigenden, objektiven Sinnebenen statt²⁾.

Diese damit gegebenen, objektiven Sinnzusammenhänge (vorher nannte ich sie 'objektive Strukturen') kann man nun als Systeme symbolisieren. Charakteristisch ist für das L.'sche System, daß es sich in bezug auf eine Umwelt, die sich als Komplexität und Kontingenz von Möglichkeiten darstellt, als Einheit geringerer (da bereits reduzierter) Komplexität abgrenzt. Gerade das Komplexitätsgefälle zwischen solchen Systemen und ihrer Umwelt (zu der auch die Individuen³⁾ und andere Strukturen zählen, also alle aktualisierten Möglichkeiten des Handelns und Erlebens, aber auch die nicht aktualisierten Möglichkeiten), ist der Motor der Evolution solcher Systeme⁴⁾; Genauer, Motor der Evolution sind die sich hieraus ergebenden wechselseitigen Anpassungsprobleme. Wird die Umwelt komplexer, muß das jeweilige System (wählt es Anpassung) komplexer werden, um sich in ihr noch sinnvoll bewegen zu können⁵⁾; wird das System komplexer, ist damit die Umwelt für andere Systeme

1) Das nennt L. "doppelte Selektivität" von Sozialstrukturen; denn sie ermöglichen den Individuen Selektionen und sind aber selbst schon eine Selektion, (was nie gern problematisiert worden ist, da dies auf ihr 'Auch-anders-Möglichsein' verweist); vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 40ff.

2) Das setzt natürlich voraus, daß die jeweilige objektive Sinnebene (so z.B. die Sprache) intersubjektiv verständlich ist. Dies allerdings anzunehmen, setzt einen spezifischen erkenntnistheoretischen Standpunkt voraus ('mindestens Wittgenstein'), der hier nicht problematisiert wird. Der notwendigen intersubjektiven Zugänglichkeit solch einer Sinnebene widerspricht dabei zu einem gewissen Grad die Kontingenz von Handeln, Erleben und so auch 'Verstehen'.

3) Daß Individuen für Systeme "nur" "Umwelt" sind, wird oft als skandalös empfunden.

4) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 135.

5) N.L., Rechtssoziologie, S. 135.

komplexer, da es zugleich Umwelt für andere Systeme ist. Damit folgt L. der Entdeckung einer neuen Evolutionstheorie¹⁾, die Evolution als strukturabhängig und damit systemabhängig sieht. Dies steht im Gegensatz zur bisherigen Evolutionstheorie im Sinne beispielsweise eines Spencer, der sich Evolution als unilinear durch Außenfaktoren ausgelöst dachte. Charakteristisch ist bei dieser neuen Evolutionstheorie die Wechselseitigkeit der Einflüsse, bei der dem System, das in einer Umwelt evoluiert, gerade auch ein eigener Einfluß auf dies Evoluieren zugeschrieben wird; partielle Eigenkausalität tritt also an die Stelle der bloßen Prägung von Evolution durch Außenfaktoren. Das bringt gleichfalls große Umwälzungen im 'Kausalitätsverständnis' mit sich. Parallel zur bereits vor einiger Zeit erfolgten Umstellung in den empirischen Wissenschaften, schwindet nun auch in den Sozialwissenschaften die Vorstellung der 'linearen Kausalität'. Stattdessen entdeckt man die Eigenkausalität auf der Wirkungsseite, die das lineare Ursache/Wirkungs-Schema durchbricht²⁾. Die nun folgende Untersuchung der Evolution von Sozialstrukturen bei L. läßt sich daher als Evolution von Systemen darstellen.

b) Gesellschaftliche Evolution zu höherer Komplexität und Kontingenz als "Ausdifferenzierung" von Sozialsystemen.

Die Evolution von Sozialsystemen ist nun durch eine bemerkenswerte Haupttendenz gekennzeichnet : Sozialsysteme differenzieren sich aus³⁾.

a. Ausdifferenzierung in abstracto.

1) Vgl. hierzu, N.L., Ausdifferenzierung, S. 13.

2) Das bedeutet auf der anderen Seite eine Umformung der Planungsproblematik, es geht jetzt sozusagen um die Planbarkeit von Ursachen, vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 12, wenn aufgrund des komplizierten Wechselwirkungszusammenhangs von Gesellschaft und Recht vom Recht her nicht mehr direkt, unilinear instrumentell auf Gesellschaft eingewirkt werden kann.

3) Ausdifferenzierung ist nach L., N.L., Rechtssoziologie, S. 138, dabei nicht etwa eine notwendige Entwicklung, sondern mögliche, also zufällige soziostrukturelle Entwicklung.

Die zunehmende Ausdifferenzierung läßt sich abstrakt als Bildung und "Autonomisierung" sozialer Teilsysteme begreifen. Soziale Teilsysteme bilden und autonomisieren sich schließlich im Hinblick auf die Erfüllung einer bestimmten Funktion in der Gesellschaft, die jeweils im System und nirgendwo sonst in der Gesellschaft erfüllt wird, von den anderen aber vorausgesetzt werden kann. Autonomisierung bedeutet daher Spezialisierung auf die Erfüllung einer bestimmten Funktion. Gemäß der jeweiligen Funktionserfüllung bilden sich unterschiedliche "Systemperspektiven", die je eigene Möglichkeitshorizonte schaffen. Die Welt wird infolgedessen nach L. nicht nur komplexer, sondern auch kontingenter. Bildhaft kann man sich den Prozeß der Ausdifferenzierung als Zerfallen der Welt in Teile vorstellen, die auf der einen Seite immer unabhängiger voneinander werden, auf der anderen Seite aber umso mehr aufeinander angewiesen sind.

b. Ausdifferenzierung in concreto.

L. unterscheidet in einem Grobschema, das nicht zeitlich (selbst wenn historische Faktoren hierbei eine Rolle spielen), sondern nur in bezug auf Komplexität, die Gesellschaftsstrukturen jeweils zulassen, gemeint ist : Archaische Gesellschaften, vorneuzeitliche Hochkulturen und schließlich moderne Gesellschaften.

aa. Archaische Gesellschaften.

Archaische Gesellschaften haben einen äußerst geringen Komplexitätsgrad, was Mangel an Alternativen bedeutet. Sie sind einfach strukturiert; alle gesellschaftlichen Funktionen finden zunächst in der verwandtschaftlichen Nähe ihre Grundlage¹⁾, oder in sonstigen naturhaft konkreten Anknüpfungen. Sie bestehen aus gleichen Teileinheiten, Familien, und sind insofern wenig ausdifferenziert. Mehrere Familien bilden jeweils größere oder kleinere Stämme. Man sieht bereits, daß durch eine solche bloße Wiederholung des Gleichen die Komplexität in der Gesellschaft nicht um vieles vermehrt werden

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 148.

kann¹⁾. Diese einfache Strukturiertheit bedingt nun nicht nur die Möglichkeitsarmut solcher Gesellschaften²⁾, sondern ebenfalls entsprechende Denkvoraussetzungen³⁾. Die vorhandene gesellschaftliche Ordnung erscheint daher als einzig mögliche⁴⁾.

Nun könnte man daraufhin schließen, daß die Vorstellung "des auch anders Möglichen" in archaischen Gesellschaften noch gar nicht aufkommen konnte, geht man, wie L., davon aus, daß Reflexionsstrukturen sich in Abhängigkeit von der Komplexität von Gesellschaftsstrukturen entwickeln. Es gab somit weder 'wirkliche' Kontingenz noch ein Bewußtsein von Kontingenz, und Naturrecht als Annahme eines alternativenlosen Katalogs höherer Normen wäre eine "natürliche" Assoziation gewesen, die nicht der Kontingenzverdeckung diene. L. ist allerdings der Ansicht, daß man in archaischen Gesellschaften noch gar nicht von Naturrecht sprechen kann⁵⁾. Paradoxe Weise trete Naturrecht erst auf, wenn bereits (z.B. anhand der Veränderlichkeit der Umgebung) die Kontingenz des Handelns bewußt wird⁶⁾. Man kann das dahingehend interpretieren, daß auch bei

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 148.

2) Umgekehrt steigen bei einem Komplexerwerden von Sozialstrukturen die Möglichkeiten des Handelns und Erlebens, vgl. z.B. N.L., Ausdifferenzierung, S. 120.

3) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 150 über den Zusammenhang von bestimmter Komplexität und bestimmten Denkvoraussetzungen; ferner N.L., Ausdifferenzierung, S. 439, dort ist die strukturelle Differenzierung der Gesellschaft Vorbedingung eines bestimmten Reflexionsbedarfs und -niveaus der Gesellschaft, das bei L. allerdings nicht nur auf individueller Ebene lokalisiert wird, es handelt sich ebenfalls um den Reflexionsbedarf von Sozialsystemen.

4) Man kann dies auch mit R.F. Behrendt in Maihofer/Behrendt, aaO, S. 16, als "schicksalhaft ein für allemal festgelegte Gesellschaftsordnungen" bezeichnen.

5) N.L., Rechtssoziologie, S.154 : "Es ist klar, daß unter diesen gesellschaftsstrukturellen Bedingungen und ihren entsprechenden Denkvoraussetzungen zwar pauschalisierte Rechtsgrundsätze, aber keine abstrakten oder kritischen Rechtsgedanken formuliert wurden, daß keine Idee der Gerechtigkeit auftritt und dem gegebenen Recht gegenübertritt".

6) N.L. deutet dies in Rechtssoziologie, S.187,188, die vornezeitliche Hochkultur des antiken Griechenlands betreffend, an : "(...) gerade die Bewußtheit der Selektivität des nomos macht die Frage

(Footnote continues on next page)

L. Naturrecht als "kritischer" Rechtsgedanke auftritt, der einem als angeblich unabänderlich Hinzunehmenden gegenübertritt. Kritik am Bestehenden ist aber nur möglich, wenn man sich vorstellen kann, daß es zum kritisierten Bestehenden ein 'auch anders Mögliches' gibt. Man könnte meiner Ansicht nach aber auch das erst mit dem Bewußtsein des 'auch anders Möglichen' aufkommende Naturrecht aus einer spekulativ angenommenen Eigenart des Denkens erklären, dem Denken in Gegensätzen bzw. in Differenzen ¹⁾. Gerade die mittelalterliche Naturrechtsvariante, die Recht als göttliche 'Schöpfung' ansah, ist ein extremes Beispiel für dieses nur gemeinsame Auftreten von Naturrecht und der Vorstellung von Kontingenz, denn der Gedanke der 'Schöpfung' beinhaltet bereits den Gedanken von Kontingenz; was geschaffen wurde, konnte auch anders ausfallen. Die archaisch-religiös-sakrale Rechtsvorstellung hingegen beinhaltete nach L. nicht den Gedanken der Schöpfung; bei ihr waren selbst die Götter ans Recht gebunden. Archaische Gesellschaften sind für den hier von mir zu untersuchenden L'schen Nachweis der Unplausibilität des Naturrechts daher weniger interessant.

(Footnote continued from previous page)

nach einem Kriterium richtiger Selektion unabweislich"; bzw. wenn er auf S. 186, Fn. 115 F. Nadel erwähnt, der in "Reason and Unreason", 1956, S. 164ff darauf hinweist, daß die Verwendung von Begriffen wie 'Gerechtigkeit' erst in Gesellschaften zu finden sei, die in Rechtsangelegenheiten eine Vorstellung anderer Möglichkeiten bilden könnten, sich also Recht als selektiv und nicht einfach als gegeben denken können.

1) Daraus könnte man die eigenständige Bedeutung und Berechtigung von Naturrecht neben der Vorstellung der Kontingenz der Handlungen ableiten. Die Vorstellung, alles sei auch anders möglich, ist genauso berechtigt, wie die, daß es einzig richtige Entscheidungen in der Wahl zwischen Möglichkeiten gibt und so eigentlich richtige Entscheidung keine Auswahl hat und so anstelle auf einem Prozeß der Selektion, auf einem Prozeß der Erkenntnis beruht. Es sind sogar beide Annahmen untrennbar miteinander verbunden und gerade nicht ohne einander "denkbar". Mit der Erkenntnis von 'irgendetwas' tritt immer zugleich dessen Gegenteil mit ins Leben; darin kann man das 'Unheilvolle' von Erkenntnis sehen, oder neutral ausgedrückt das Paradoxe.

bb. Vorneuzeitliche Hochkulturen.

Durch das Hinzukommen von bestimmten historischen Faktoren, wie Wanderungen, kriegerische Überlagerungen oder autochthone wirtschaftliche Entwicklung mit Stadtbildung (letzteres z.B. im antiken Mittelmeerraum)¹⁾, die die politische Herrschaft aus dem Verwandtschaftszusammenhang herausnehmen und davon unabhängig konstituieren, was zu einer Bildung eines Teilsystems im Sinne des obigen Begriffs der Ausdifferenzierung führt, wird die gesellschaftliche Komplexität nach L. beträchtlich gesteigert. Dies erfordert und ermöglicht eine Änderung des Rechtsgefüges²⁾. Mit diesem ersten Ansatz zu einer Bildung ungleicher Teilsysteme ist die Schwelle zu den vorneuzeitlichen Hochkulturen überschritten.

Hier nun wird ein Zusammenhang zwischen der Ausdifferenzierung von Sozialstrukturen, insbesondere der Ausdifferenzierung des Rechts, und der Entstehung von Kontingenz deutlich. Nach L. produziert gerade die fortschreitende Differenzierung mehr "Varietät" und "Alternativenreichtum"³⁾, bzw. Komplexität, aus der Kontingenz und damit die Unplausibilität von Naturrecht folgen soll. Die höhere Komplexität in diesen Gesellschaften besteht in einer "unvollständigen funktionalen Differenzierung"⁴⁾. Ein System der politischen Herrschaft beginnt sich ausdifferenzieren. Das heißt, es werden einem politischen Herrscher bestimmte Aufgaben zur Lösung zugewiesen, die sonst nicht in der Gesellschaft erfüllt werden. Die Evolution des Rechts (und damit ist die Ausdifferenzierung des gesellschaftlichen Teilsystems Recht gemeint) läuft aber bei L. zu Anfang nicht über die Ausdifferenzierung politischer Herrschaft, sondern wird von der

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 144.

2) Zum grundsätzlichen Wechselwirkungszusammenhang zwischen Komplexität der Gesellschaft und Systemkomplexität des Rechts vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 9.

3) N.L., aaO, S. 144.

4) N.L., aaO, S. 166.

Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren getragen ¹⁾. (Auch das ist die Bildung eines Teilsystems, und zugleich trägt diese Teilsystembildung zur Bildung eines unabhängigen Teilsystems Recht bei.)

Die Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren als Schritt zu höherer Komplexität und Kontingenz.

Die Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren betrifft eine Innendifferenzierung des Rechtssystems, über welche in diesem Stadium der Gesellschaftsentwicklung die Ausdifferenzierung des Rechts läuft. Die Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren bedeutet nach meiner Interpretation eine Konstituierung autonomer (von der Umwelt, d.h. von Parteien, Unbeteiligten usw. abgrenzbarer) institutionalisierter Entscheidungsprozesse. Ebenfalls historische Faktoren, wie z.B. die wirtschaftliche Entwicklung ²⁾, bedingten eine Herauslösung des Rechts aus der Abhängigkeit von archaischen Sippenverbänden : Blutrache und Fehde als archaische Konfliktlösungsmechanismen wurden inopportun, als mit der wirtschaftlichen Entwicklung ein steigender Bedarf für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aufkam, der nach Modi rationalerer Entscheidung, und das heißt bei L., nach Verfahren drängte. Die diesem Bedarf folgende Einrichtung von Gerichtsverfahren beruht zunächst auf einer nur unvollständigen funktionalen, schwerpunktmäßig "stratifikatorischen" Differenzierung, denn diese Verfahren waren anfangs auf Macht- bzw. Statusunterschiede gestützt ³⁾, nicht auf die Erfüllung einer funktionsspezifischen Aufgabe im Rahmen der Gesellschaft.

1) N.L., aaO, S. 194; gerade Verfahren hätten die Rechtsentwicklung hauptsächlich beeinflußt, und über sie differenzierte sich das Rechtssystem erst aus. Wobei, so N.L., aaO, S. 182, das Recht der vorneuzeitlichen Hochkulturen in seinen Formen und im Abstraktionsgrad auf den rechtsanwendenden Verfahren beruhte, in denen es erarbeitet wurde. Ferner sind auch Verfahren soziale Systeme, vgl. N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 38ff, insofern als sie einen Verweisungszusammenhang von Handlungen bzw. Kommunikationen konstituieren. Ich würde sie allerdings aus Gründen der Abgrenzung als ad hoc sich konstituierende Systeme bezeichnen.

2) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S.161.

3) Kleinrecht, Naos, S. 1980.
Kleinrecht, Naos, S. 1980. Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Wenn auch die Evolution des Rechts zunächst primär an Gerichtsverfahren und an die in ihnen erarbeiteten "Prämissen" geknüpft war, so setzte die Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren doch die Ausdifferenzierung politischer Herrschaft voraus. Denn dadurch wurde erst, so L., die Präsenz eines "Dritten" garantiert, der mächtiger ist als die Parteien und so die Freiheit unabhängiger Entscheidung gewährleistet. Der politische Herrscher war dabei Verfahrensveranstalter¹⁾.

Mit der Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren, die man nach Obigem als einen Schritt zur weiteren Ausdifferenzierung der Gesellschaft und insbesondere des Rechtssystems sehen muß, würde, so L., das Recht abstrakter, möglickeitsreicher und auch kontingenter.

Wie erzeugt nun die Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren bei L. höhere Komplexität und Kontingenz ?

Es wurde bereits deutlich, daß L. in erster Linie behauptet, daß Recht im Zuge der Ausdifferenzierung solcher Verfahren abstrakter wird. Gerade aus dem Abstrakterwerden des Rechts folgt, so scheint es, ein größerer Möglichkeitsreichtum des Rechts und Kontingenz.

Die Einrichtung eines abgrenzbaren, institutionalisierten Entscheidungsprozesses bedeutet, daß erst im Verfahren über das Recht entschieden wird, und man deshalb nicht mehr damit rechnen kann, daß Recht ist, was der einzelne als sein Recht fühlt²⁾ (so aber in archaischen Gesellschaften). Dies bedingt die Vorstellung einer vom subjektiven Empfinden losgelösten, objektiven Normsphäre, von der dann die Entscheidung zu erwarten ist. Ritualisierungen und Formalisierungen ließen das Recht bereits vorher als etwas Eigenständiges gegenüber dem Sippenverband erscheinen³⁾. Es kam aber, so L., erst im Laufe der Entstehung von verselbständigten Verfahren zu den Bedingungen, die Recht im Bewußtsein der Individuen als abstrakt erscheinen ließ.

Im einzelnen kam es zu der Vorstellung einer objektiven Normsphäre durch die für das Gerichtsverfahren typische Figur eines "Dritten"

1) N.L., aaO, S. 172.

2) N.L., aaO, S. 175.

3) Vgl. N.L., aaO, S. 161.

(Richter), der über den Streit entscheidet und neben den Parteien steht. (Die richterliche Objektivität war damit allerdings noch nicht gesichert¹⁾.) Durch diese von den Parteien "abgehobene" Richterrolle, deren Konstituierung Teil der Ausdifferenzierung des Verfahrens ist, kommt eine höhere Abstraktheit, im Sinne einer vom konkreten Rechtsempfinden des einzelnen gelösten Normordnung, ins Recht²⁾. Hinzu kommt nun, daß in diesen Verfahren Rechtspräventionen beider Parteien gegenübergestellt werden, woraus man nun auf den Gedanken der Kontroversialität von Rechtsbehauptungen kommt³⁾. Steht wie im Fall der Kontroverse Rechtsbehauptung gegen Rechtsbehauptung, ohne daß von vornherein vollkommen klar ist, wer im Recht ist, und gerade das ist der typische Stand in einem Rechtsverfahren, so erhofft man meiner Ansicht nach⁴⁾ automatisch die Entscheidung von einer jenseits oder über der Kontroverse stehenden Ebene.

Beidesmal liegt die höhere Abstraktheit des Rechts in der Loslösung einer Ebene der Entscheidung von dem konkreten Kontext der Rechtspräventionen der Parteien; und das wird merkwürdigerweise durch die Struktur solcher Verfahren bewirkt : Zwei Parteien, die beide Rechtsbehauptungen vorbringen und ein über ihnen stehender Dritter, der entscheidet. Ein strukturelles, organisationelles Faktum führt also zum substantiellen Gedanken einer "objektiven Normordnung" jenseits des subjektiven Rechtsempfindens der Parteien, zum Abstrakterwerden des

1) N.L., aaO, S. 177, die Sicherung richterlicher Objektivität war nach L. noch ein langwieriger Prozeß. In älteren Gesellschaften war man, so L., gegenüber subjektiven, personalen Elementen im richterlichen Entscheidungsprozeß viel weniger empfindlich als heute.

2) N.L., aaO, S. 177, sagt explizit nur, daß der Dritte (Gerichtsherr) eine objektive Normsphäre "garantiert"; daraus folgt aber meiner Ansicht nach implizit, daß der Richter diese gerade auch durch seine abgehobene Position über den Parteien symbolisiert.

3) N.L., aaO, S. 177, spricht von der Herausbildung einer Normordnung die die Behandlung von Rechtskontroversen ermöglicht.

4) Das Rekurrieren auf eine höhere Ebene ist eine beliebte 'Paradoxievermeidungsstrategie', die freilich nicht immer funktioniert,

Rechts¹⁾.

Die Tatsache, daß nun auf der einen Seite eine abstrakte Normebene vorstellbar wird und auf der anderen Seite eine Instanz Entscheidungen aufgrund dieser Normebene trifft, führt nun schließlich auch zu einer Loslösung dieser abstrakt vorgestellten Normebene vom richterlichen Entscheidungsprozeß : Diese Normebene, deren einzelne Normen aus vielen aufeinanderfolgenden Verfahren ermittelt wurden, wird mit der Zeit schriftlich fixiert, inhaltlich analysiert und in einer spezifischen juristischen Begrifflichkeit systematisiert, so daß nun Rechtsgewähr von im voraus definierten Kriterien abhängt²⁾. Durch die schriftliche Fixierung wird das Recht als objektive Normsphäre noch deutlicher von den konkreten Rechtspräventionen der Parteien und diesmal auch von partikularen Eigenschaften des Entscheidenden abgehoben³⁾. Damit ist ein abstrakter hervortretendes Recht gerade auch an eine fortschreitendere Differenzierung innerhalb des Rechtssystems geknüpft, eine Differenzierung in Ebene der Normen und Ebene der Entscheidung aufgrund der Normen, was sich später weiter in Rechtssetzung und Rechtsanwendung differenzieren wird.

Zusammenfassend kann man sagen : Das Recht wird zunehmend abstrakter, indem es sich aufgrund der genannten drei strukturellen Faktoren (abgehobene Richterrolle, Parteikontroversen, schriftliche Fixierung), die entscheidend die Ausdifferenzierung des gerichtlichen Verfahrens tragen, von den subjektiven Rechtsmeinungen der Parteien und ebenfalls der subjektiven Rechtsmeinung des Richters abhebt.

Wie folgt aus dem Abstrakterwerden des Rechts der größere Möglichkeitsreichtum von Entscheidungen und daraus deren moralische Indifferenz?

Abstraktheit im bisher ermittelten Sinne war --verkürzt formuliert--

1) Das erinnert an Diskussionen zur "artificial intelligence", vgl. z.B. D. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach, S. 50, der als Hauptanliegen seines Buches angibt : "Richten sich Wörter und Gedanken nach formalen Regeln oder nicht?"

2) N.L., aaO, S. 179.

3) N.L., aaO, S. 178.
Kleinkecht, Natascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

die Lösung der Entscheidung aus konkreten Kontexten¹⁾, womit höhere Freiheitsgrade der Entscheidung verbunden sind.

Ich möchte das, unabhängig von L., so veranschaulichen : Mit der oben geschilderten Konstituierung einer objektiven Normsphäre findet eine Trennung von abstrakten Normen, aufgrund derer Entscheidungen geschaffen werden und von konkreten Situationen, bzw. eine Trennung von Normen und Tatbeständen, statt²⁾. Das führt zu einem möglichen Mobilwerden der beiden Seiten in bezug aufeinander. Es werden plötzlich mehrere mögliche Entscheidungen für einen Fall denkbar, und mögliche (hypothetische) Fälle denkbar, die bestimmten bereits vorgegebenen Normen zuordenbar wären. Man kann einen Rechtsfall nun auf einmal so, aber auch anders lösen. Es entstehen eine Welt der Möglichkeiten oder "mögliche Welten".

Wie man aus dem rein quantitativen Ansteigen der Argumentations- und Entscheidungsmöglichkeiten, das zweifellos vorliegt, darauf schließen kann, daß Argumentationen und Entscheidungen metaphysisch bzw. moralisch kontingent werden, das ist nicht so leicht nachzuvollziehen. Mit dem quantitativen Anstieg von Möglichkeiten steigt nachweisbar die Wahrscheinlichkeit, daß bezüglich eines auch nicht-kontingent sein könnenden Problems jeweils mehrere mögliche Entscheidungen zum gleichen Ziel führen, so daß zwischen diesen eine einzig richtige 'Wahl' nicht prädeteminierbar ist, da sowohl die eine als auch die andere gleichermaßen 'taugt'. Das ist eine nur relative Kontingenz (man kann bei der Wahl innerhalb dieser Möglichkeiten moralisch indifferent sein). Es muß hieraus nicht notwendig folgen, daß es zugleich grundsätzlich metaphysisch oder moralisch indifferent wird, welche Ziele man setzt, und welche Probleme man zum Ausgangspunkt macht. Zu einer absoluten, moralischen bzw. metaphysischen Freiheit der Entscheidung, die Naturrecht per se, als auch alle bisherigen konkreten Naturechtsformen widerlegen würde, kommt man aufgrund des quantitativen, realen Anstiegs von Möglichkeiten dann insbesondere nicht notwendig, wenn man einen

1) Daß Ausdifferenzierung gerade auf eine Befreiung von konkreten Kontexten hinausläuft, sieht man auch in N.L., Ausdifferenzierung, S. 144.

2) Vgl. zur Trennung von Normen und Tatbeständen als Zeichen höherer Abstraktion N. Mascha (1989), Positionen der Rechtsphilosophie, S. 144. Ullmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der 'Unwahrscheinlichkeiten' European University Institute DOI: 10.2870/75617

"rationalistischen Standpunkt" (z.B. Hume, Kant, Popper) einnimmt. Dieser impliziert den Satz der "Unlogik der Induktion". Aus einem 'realen Sachverhalt' folgt hiernach nicht logisch schon ein allgemeines Gesetz. 'Beobachten' wir beispielsweise, daß jeden Tag die Sonne aufgeht, so folgt aus dieser Beobachtung noch nicht logisch, daß dies für alle Zeiten so sein wird¹⁾; wir können nicht ausschließen, daß es hierzu in Zukunft auch eine Ausnahme geben kann. Unser Unwissen im Hinblick auf die Zukunft hindert uns an der Ableitung eines allgemeinen Gesetzes, das für alle Fälle gelten soll. Daß wir den täglichen Sonnenaufgang dennoch aufgrund unserer Beobachtung als Gesetzmäßigkeit erklären, resultiert für Kant nicht unmittelbar aus der Beobachtung, sondern ist vielmehr ein 'Konstrukt' unserer Beobachtung und so apriori, vor aller Erfahrung. Hume hingegen zieht nur den 'resignativen' Schluß, daß Erfahrung keine strenge Wissenschaft begründen kann und unsere Wissenschaft daher nicht streng ist; ihre Wahrheit sei ein für unser praktisches Leben hinreichender Glaube (belief), der psychologisch auf Gewohnheit begründet sei (custom). Nach Popper kann keine Verifikation, aber Falsifikation aus empirischen Daten folgen.

Es spricht nichts dagegen, was für allgemeine naturwissenschaftliche Gesetze gilt, die sich auf empirische Daten 'stützen', auch auf allgemeine moralische Gesetze zu übertragen, zumal diese sich bei L. ebenfalls auf empirische Daten beziehen. Damit kann aus dem beobachteten, tatsächlichen Sachverhalt des Anwachsens von möglichen Entscheidungen und aus tatsächlichen Einzelfällen, bei denen man bezüglich der Wahl zwischen bestimmten Optionen indifferent sein kann, noch kein allgemeines Gesetz in dem Sinne folgen, daß Entscheidungen prinzipiell metaphysisch oder moralisch bindungslos werden. Eine solche Annahme (metaphysische Indifferenz) beruht daher entweder auf einem bloßen Glauben oder sie wäre vor aller Erfahrung, jedenfalls in keinem Fall 'positiv' aus empirischen Daten ableitbar.

1) So D. Hume, Erfahrung begründe noch keine strengen Naturgesetze, vgl. bei C. F. Weizsäcker, Die Einheit der Natur, S. 189.
Weir knecht, Natascha (1999), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann: Begriffsbildung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Wenn auch aus dem geschilderten tatsächlichen Sachverhalt logisch kein absolutes Kontingenzpotential ableitbar war, so kam doch infolgedessen ein relatives Kontingenzpotential ins Recht.

Dieses Kontingenzpotential wurde, so L., in den vorneuzeitlichen Hochkulturen noch nicht einmal ausgeschöpft. In den rechtsanwendenden Verfahren sei die Perspektive noch durch eine vorgestellte Invarianz des Rechts limitiert gewesen : Das lag nach L. insbesondere daran, daß das "organische Wachsen" des Rechts in einer Kette von Verfahren verhinderte, daß man Recht einem Entscheidungsprozeß zurechnete¹⁾. Erst die Erweiterung des Verkehrs zwischen verschiedenen Gesellschaften (wiederum ein historisches Faktum) läßt das eigene Recht allmählich als veränderlich, historisch, 'kontingent' erscheinen²⁾. "Und doch konzidierte man (auch) damit noch nicht die reine Willkür der Rechtsentstehung"³⁾. Dafür, so scheint es nach den L.'schen Ausführungen, war nun erforderlich, daß die "Herstellung" des Rechts in vollem Umfange der politischen Gewalt überlassen wurde⁴⁾.

Das führt mich hier zur L'schen Analyse einer im Hinblick auf Komplexität noch weiter fortgeschritteneren Gesellschaftsform :

cc. Moderne, funktional ausdifferenzierte Gesellschaften.

Während sich in den vorneuzeitlichen Hochkulturen die Teilsysteme der Gesellschaft noch vornehmlich durch Rangdifferenzen unterscheiden, ist jetzt Unterscheidungsmerkmal eine spezifische Funktionserfüllung⁵⁾. Das Rechtssystem z.B. erfüllt eine Sonderfunktion für andere gesellschaftliche Teilsysteme (Wirtschaft usw.)⁶⁾. Erst die fortschreitende Differenzierung der Gesellschaft, die zu einem funktional auf Rechtssetzung spezialisierten System führt, scheint einen wesentlichen Kontingenzschub zu provozieren⁷⁾. Lief die Evolution des

1) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 183.

2) N.L., aaO, S. 195.

3) N.L., aaO, S. 184.

4) N.L., aaO, S. 184 und S. 190ff.

5) N.L., Ausdifferenzierung, S. 440.

6) N.L., aaO, S. 440.

Rechts zu mehr Komplexität und Kontingenz in den vornezeitlichen Hochkulturen noch über die rechtsanwendenden Verfahren, so hängt jetzt die Rechtsentwicklung primär von der Ausdifferenzierung eines politischen Systems ab¹⁾. Die vollständige funktionale Ausdifferenzierung des Rechts ist nur denkbar über die Ausdifferenzierung eines politischen Systems, das auf Rechtssetzung spezialisiert ist. Das heißt, es entsteht eine autonome Instanz von Gesetzgebung.

Die Evolution der Bedeutung von Gesetzgebung enthält bei L. essentielle Hinweise zur Kontingenzthese. Die Anfangsgründe von Gesetzgebung überhaupt liegen nach L. im Entstehen von großen, bürokratisch verwalteten Reichen der alten Welt (Spätrom, Byzanz usw.), die der übersichtlichen Zusammenfassung durch das Mittel der Gesetzgebung bedurften.

Gesetzgebung ist eng, aber nicht unmittelbar mit der Positivität des Rechts verbunden, die unter anderem gerade 'Gesetztheit' des Rechts bedeutet. Denn Gesetzgebung bedeutet nach L. nicht von Anfang an Gesetztheit : In den vornezeitlichen Hochkulturen wurde die politische Gewalt nur als Beschützer- und Bewahrerin des Rechts angesehen²⁾. Erst später wird sie für laufende Veränderung verantwortlich. Es gab zwar bereits Anfänge von Gesetzgebung, aber selbst als Gesetzgebung durch den Herrscher betätigt wurde, hatte dies noch in hohem Maße symbolische Funktion, war Bestätigung des "Weltgesetzes" und kaum Intention auf Änderung des Weltgesetzes³⁾. Sie war daher, so L., nicht "legislatorisch"⁴⁾, d.h. auf Änderung gerichtet, sondern diente zunächst dem Ziel der "ordnungserhaltenden Jurisdiktion"⁵⁾. Es gab nur vereinzelte Fälle "politischer" Gesetzgebung. Diese erfüllte aber nur konkrete, situationsgegebene Ziele und war daher nicht von Befehlen zu unterscheiden⁶⁾. Man stellte sich also Gesetzgebung zunächst als

1) N.L., aaO, S. 182.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 184.

3) N.L., aaO, S. 184.

4) N.L., aaO, S. 193.

5) N.L., aaO, S. 193.

6) N. Kleinmann, Natalischal (1980), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

begrenzt vor : Man glaubte, Recht sei nur im Rahmen des natürlichen und kraft Herkommens wahren, geltenden Rechts begrenzt änderbar¹⁾. Recht war bislang sozusagen "vorgefundenes" Recht, und es war ungewöhnlich, daß plötzlich über Recht per Gesetzgebung disponiert wurde. Man verstand Recht noch nicht eigentlich als Produkt von Gesetzgebung, sondern als auf Grundlagen jenseits von Gesetzgebung beruhend (Natur, Tradition), die es nur zu bestätigen galt.

Der Umschwung zur vollen Ausdifferenzierung des politischen Systems und so zur vollen Ausschöpfung der Kontingenz des Rechts kam nach L. erst später, im 18. Jahrhundert²⁾. Erst wenn sich Gesetzgebung als Gesetztheit des Rechts versteht, kann man eigentlich von positivem Recht sprechen. L. benutzt für dies eigentlich positive Recht den Term "vollpositives Recht".

Was Gesetztheit und volle Positivität des Rechts bei L. bedeuten, und wie mit diesen die absolute Kontingenz von Entscheidungen verknüpft ist, erfährt man, wenn man die Ausdifferenzierung eines politischen Systems in seinen konkreten, historischen Etappen verfolgt.

Sie war nach L. bereits in bestimmten Institutionen, so vor allem in Modellen der spätrömischen Rechtspraxis, und dort in der Maxime "princeps legibus solutus est" vorgezeichnet. Diese wurde im Hochmittelalter als ungebundene Entscheidungskompetenz rezipiert, was L. als "zukunftsweisenden Irrtum" bezeichnet, zumal diese Maxime nur die Fähigkeit der Selbstdispensierung von selbsterlassenen Vorschriften betraf³⁾. Die so deklarierte Ungebundenheit des Herrschers bedeutet zwar meiner Ansicht nach noch nicht, daß damit Recht von Natur aus ('per se') kontingent ist (selbst wenn im Zeitalter des Absolutismus diese Ungebundenheit auf die göttliche Verleihung von Macht zurückgeführt wurde und damit die gleiche 'Begründungsfigur' zur Legitimation der Ungebundenheit benutzt wurde, wie sie das Naturrecht zur Begründung der Gebundenheit an bestimmte Werte benutzte); aber damit wird Kontingenz meiner Ansicht nach künstlich als 'absolute' geschaffen. Der Souverän

1) N.L., aaO, S. 194.

2) N.L., aaO, S. 195.

3) N.L., aaO, S. 196, Fn. 139.

ist aufgrund dieser 'Deklaration von Kontingenz' an nichts gebunden, er kann sich 'prinzipiell' so oder auch anders entscheiden. Was er kraft göttlicher Souveränität entscheidet, ist legitim.

Damit liegt nun ferner meiner Ansicht nach im Laufe der von L. beschriebenen Geschichte der Ausdifferenzierung von Sozialstrukturen zum erstenmal eine plausible, absolute Kontingenz vor. Das Außergewöhnliche ist aber, daß sie künstlich postuliert wird, man kann fast sagen, sie ist, wie das positive Recht, gesetzt. Sie ergibt sich nicht 'aus der Natur der Dinge', sie wird nicht aus bestimmten Fakten im Sinne eines sich hierauf stützenden, allgemeinen Gesetzes hergeleitet, sondern sie ist selbst ein (beliebiges) Faktum, und doch ist sie absolut. Naturrecht ist damit allerdings offensichtlich nicht widerlegt, sondern sozusagen in einem Willensakt einfach abgelehnt, willkürlich verneint.

Man kann insoweit festhalten : Bislang ergab sich bei der Betrachtung der sich ausdifferenzierenden Sozialstrukturen nur eine, wie ich sie nennen möchte, 'relative Kontingenz', die darin bestand, daß in einem bestimmten Fall, bzw. zur Erreichung eines bestimmten Ziels, ein nicht-beliebiges (metaphysisch nicht notwendig indifferentes) Bündel mehrerer gleich guter, L. würde sagen, "funktional äquivalenter" Möglichkeiten der Entscheidung denkbar waren. Absolute Kontingenz tritt erst im Zeitalter der 'vollen Positivität des Rechts' auf. Diese Kontingenz ist eine willkürlich deklarierte, sozusagen selbstgewählte Kontingenz. Sie bedeutet gerade nicht, daß Entscheidungen von Natur aus kontingent oder prinzipiell kontingent sind. Die Naturrechtsidee ist damit nicht widerlegt, da man sie nur verneinen kann, indem man sagt : Von Natur aus ist alles kontingent. Die künstlich geschaffene Kontingenz ist damit ihrerseits wieder kontingent, die in ihr deklarierte Beliebigkeit beliebig. Die Berufung auf Naturrecht ist hier sozusagen über einen 'octroi' oder 'per definitionem' ausgeschlossen.

Weitere Faktoren, auf die L. bei der Betrachtung der Ausdifferenzierung des politischen Systems außerdem aufmerksam macht, weisen ebenfalls auf eine Kontingenzvermehrung hin.

Zu der obigen Maxime (princeps legibus solutus) kam nun im Hochmittelalter die Vorstellung eines hierarchischen Legeskataloges, in dem göttliches Recht dem natürlichen und dies dem positiven übergeordnet

war¹⁾. Diese Hierarchisierung brachte, so L., ebenfalls Kontingenz ins Recht, weil sie "unauffällig die unterste Ebene mobilisierte" : "Im Namen des höheren Rechts konnte Gesetzgebung (...) ausgebreitet werden"²⁾, und zwar Gesetzgebung gerade verstanden als beliebige, ungebundene Schaffung von Normen. Das förderte meiner Ansicht nach aber höchstens die unbemerkte Aktualisierung einer ebenso nurmehr willkürlichen, absoluten Kontingenzsetzung von Recht.

Der hochmittelalterliche Gedanke³⁾ der göttlichen 'Schöpfung' des Rechts bewirkte nach L. ferner die Vorstellung, Recht sei kontingent, kann so aber auch anders 'geschaffen' werden; und von ihm ist es nicht mehr weit zur Übertragung dieser schöpferischen Kontingenz auf Akte des Subjekts. Dieser Gedanke ist ebenfalls wesentlich für die Ausdifferenzierung des politischen Systems zur Sonderfunktion der Gesetzgebung. Eine von Natur aus bestehende Kontingenz erklärt das meiner Ansicht nach allerdings ebensowenig; erklärt ist damit allenfalls das Aufkommen einer möglichen, ganz beliebigen Vorstellung der Kontingenz von Entscheidungen.

In den zuvor genannten Fällen ist ferner auffällig, daß die 'Idee von Kontingenz' erst die Ausdifferenzierung von Sozialstrukturen ermöglicht. Das heißt, nicht nur Sozialstrukturen produzieren im Laufe ihrer Ausdifferenzierung 'Kontingenz', sondern die Vorstellung von Kontingenz ermöglicht ihrerseits ein sich weiter Ausdifferenzieren von Sozialstrukturen. Nicht nur die Unlogik der Induktion, sondern auch dies gegenseitige 'Steigerungsverhältnis' erschwert eindeutige Aussagen über einen direkten Zusammenhang von Komplexität und Kontingenz.

L. nennt neben der übernommenen Maxime "princeps legibus solutus", dem hierarchischen Legeskatalog und dem Gedanken der göttlichen Schöpfung des Rechts noch einige weitere Gründe für die Ausdifferenzierung eines politischen Systemes, so z.B. die Trennung von Person und Amt des Herrschers, eine Innendifferenzierung, mit der eine "Nichtbindung des Gesetzgebers an seine Gesetze" institutionalisiert

1) Vgl. z.B. Th. v. Aquin bei L., N.L., aaO, S. 197, Fn. 14.

2) N.L., aaO, S. 197.

3) N.L., aaO, S. 198.

worden sei¹⁾. Dies brachte nach ihm Kontingenz ins Recht. Auch hier handelt es sich meiner Ansicht nach jedoch nicht um eine Erklärung der Entstehung einer grundsätzlichen, von Natur aus bestehenden Kontingenz im Zuge der Evolution von Sozialstrukturen, sondern vielmehr um eine beliebig institutionalisierte Kontingenz, die freilich nicht weniger absolut sein muß.

Alle diese Bedingungen²⁾ der Ausdifferenzierung eines politischen Systems haben die Entstehung absoluter Kontingenz nur als künstlich institutionalisierte, willkürlich behauptete, sozusagen erfundene, plausibel gemacht. Im übrigen wurde deutlich, wie eine Kontingenzausschöpfung solch einer nur beliebig deklarierten Kontingenz verdeckt ermöglicht wurde, aber nicht wie Kontingenz im Sinne einer prinzipiellen, von Natur aus gegebenen aus der Evolution von Sozialstrukturen entsteht, die eine absolute metaphysische Ungebundenheit 'an und für sich' bedeutet, eine prinzipielle moralische Indeterminiertheit apriori, die Naturrecht abstrakt und in seinen konkreten Varianten zu einer absoluten Fehlannahme werden läßt.

Selbst L. scheint den Ertrag seiner Untersuchung der Geschichte der Bedingungen der Ausdifferenzierung eines politischen Systems als noch nicht zureichend einzuschätzen, um Kontingenz aus dem Phänomen komplexer werdender Sozialstrukturen zu erklären³⁾ : "All diese Bedingungen hätten allein die Positivierung des Rechts (als absolut kontingentes Recht) kaum tragen können, wären nicht aus gesellschaftsstrukturellen Veränderungen (damit meint L. gerade den Komplexitätsanstieg von Gesellschaft beim "Umbau der ständischen zur modernen, industrialisierten Gesellschaftsordnung"⁴⁾, den er als funktionale Differenzierung beschreibt) heraus massenhaft neuartige Entscheidungsprobleme entstanden(...)".

1) Vgl. hierzu Näheres, N.L., aaO, S. 199.

2) Einige weitere Beispiele sind bei N.L., aaO. S. 201 zu finden.

3) N.L., aaO, S. 201.

4) N.L., aaO, S. 201.

Aus der funktionalen Differenzierung --erfaßt man sie im Hinblick auf Typik und Merkmale, nicht, wie zuvor, im Hinblick auf die Bedingungen ihrer Entwicklung-- scheint daher bei L. eigentlich die Kontingenz allen Handelns und Erlebens zu folgen.

Die funktionale Differenzierung bewirkt nach L. "eine Selbstüberforderung der Gesellschaft mit Möglichkeiten (sprich Komplexität), die mit ihren Strukturen variieren"¹⁾, und "der (damit gegebene) erweiterte Horizont dessen, was als Erleben und Handeln möglich ist, bringt auch das Naturrecht 'ins Licht anderer Möglichkeiten"²⁾, so daß : "Was als konstant, als Ordnung von Welt vorausgesetzt war, wird nun als Auswahl (und somit als kontingent) erkennbar"³⁾.

Dadurch, daß bei der funktionalen Ausdifferenzierung jedes System eine spezifische Funktion erfüllt, entwirft es in der Perspektive dieser spezifischen Funktion mehr Möglichkeiten, als es für funktional diffus strukturierte Systeme der Fall wäre⁴⁾. Spezifikation erlaubt in einem Teilbereich mehr zu leisten, mehr Möglichkeiten auszuschöpfen, aufgrund der Entlastung von anderen Aufgaben. Zweitens erlaubt dies, sich mehr und spezifischere Möglichkeiten vorzustellen. Damit werden nun nach L. mehr Möglichkeiten produziert als aktualisierbar sind, und das bewirkt, daß Handeln, Erleben, Entscheiden sich als Wahl zwischen Möglichkeiten darstellt. Jede Aktualisierung einer Möglichkeit läßt andere Möglichkeiten unaktualisiert; man kann nicht alle Möglichkeiten zugleich aktualisieren. Es steigt die Zahl der Möglichkeiten insgesamt. Ich habe nun allerdings in anderem Zusammenhang (bb.) bereits ausgeführt, wie diese reale, quantitative Überproduktion von Möglichkeiten zu einer Zunahme einer nur relativen Kontingenz führt. Es wird hier von einem rationalistischen Standpunkt aus nur die Wahrscheinlichkeit größer, daß für ein bestimmtes Problem, das immer noch metaphysisch bzw. moralisch

1) N.L., aaO, S. 204.

2) N.L., aaO, S. 204.

3) N.L., ebenda.

4) N.L., aaO, S. 141.

nicht-beliebig sein kann oder eine Zielsetzung, die immer noch nicht-beliebig sein kann, nicht beliebig viele, gleich geeignete Lösungs- bzw. Zielerreichungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Macht nun das rein quantitative Anwachsen von Möglichkeiten noch nicht eine absolute Kontingenz (absolute metaphysische bzw. moralische Indifferenz) von Rechtsentscheidungen plausibel, so folgt diese absolute Kontingenz aber vielleicht daraus, daß die sich funktional ausdifferenzierenden Systeme, weil sie die Welt sowohl je spezifischer erschließen als auch spezifischere Forderungen an die Welt produzieren, gerade auch voneinander divergierende Normprojektionen anregen¹⁾. L. sieht hierin die Folge einer "Funktionshypostatisierung"²⁾, die sich in einem Verlust der Harmonie mit der Umwelt ausdrückt³⁾. Können nun diese "mit Strukturen variierenden Möglichkeiten"⁴⁾, wie L. sagt, "nicht mehr an der Welt 'an sich' festgemacht werden"⁵⁾? Ist diese Funktionshypostatisierung "nicht mehr durch den Bezug auf eine übergreifende Kosmologie oder Sittenordnung relativierbar"⁶⁾, und liegt darin ein plausibler Grund für die Unplausibilität von Naturrecht? Bezieht man den Prozeß der Funktionshypostatisierung aufs Recht, so bedeutet das, es löst sich aus Kontexten wie Religion, Moral, Wahrheit, die zu eigenen Spezialbereichen werden. Es entstehen nach L. dabei mögliche Divergenzen zwischen diesen Bereichen. Im Extremfall kommt es zu nicht kompatibilisierbaren, sich widersprechenden Erwartungen, und dabei sind die sich widersprechenden Erwartungen real; das heißt das Recht widerspricht beispielsweise in einigen Fällen der Moral. Vom Standpunkt eines Rationalisten aus betrachtet, folgt aus dem bloßen 'Vorkommen' von wirklichen, fallweisen Widersprüchen allerdings noch keine prinzipielle Widersprüchlichkeit bzw. prinzipielle Kontingenz von Welt. Widersprüchlichkeit läßt sich zwar als Zufälligkeit und Zufälligkeit als Kontingenz darstellen : Wenn etwas so gut möglich ist

1) N.L., aaO, S. 141 bzw. N.L., Ausdifferenzierung, S. 440.

2) N.L., Ausdifferenzierung, S. 440.

3) N.L., Ausdifferenzierung, S. 445.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 204.

5) N.L., Rechtssoziologie, S. 204.

6) N.L., Ausdifferenzierung, S. 440.

wie sein Gegenteil, dann ist es zufällig bzw. beliebig bzw. kontingent¹⁾. Dies betrifft hier aber nur konkrete Einzelfälle, und gilt nicht bereits abstrakt/allgemein. Auch bedeutet meiner Ansicht nach die Trennung unterschiedlicher Bereiche wie Recht, Moral, Religion, die eine jeweils spezifische Entwicklung nehmen, noch nicht notwendigerweise den Abbruch aller Verbindungen zwischen denselben; es sind im Gegenteil neue Abhängigkeiten und ein neues 'Kompatibilitätsstreben' denkbar. Möglichkeiten variieren hier zwar mit Strukturen, das muß aber noch nicht den absoluten Verlust jeden Zusammenhangs zwischen diesen bedeuten. Es wäre immer noch möglich, daß die in verschiedene Systemperspektiven zerfallende Welt, die sich immer schneller und differenzierter ändert, auf einem nur höheren Reflexionsniveau unter ein einheitliches, metaphysisch oder moralisch gerade nicht indifferentes 'Telos' gestellt werden kann. Diese Möglichkeit folgt freilich wieder aus meiner Annahme, daß aus dem tatsächlich konstatierten Zerfall der sozialen Welt in sich verselbständigende Teilsysteme noch nicht ein allgemeines Gesetz ableitbar sein muß, das eine absolute Auflösung metaphysischer Kriterien als Einheit schaffender Prinzipien bedeutet.

Ich habe oben die L'sche Kontingenzthese untersucht, die Kontingenz hauptsächlich als Produkt komplexer werdender Sozialstrukturen darstellt. Dabei habe ich einige bedenkliche Punkte aufgezeigt. L. selbst erwähnt²⁾ nun einen Punkt, der die These 'Kontingenz aus Komplexität' in ein fragliches Licht zu stellen scheint, indem er zeigt, daß mit einem Anstieg von Kontingenz im Zuge eines Komplexitätsanstiegs zugleich die Nichtbeliebigkeit von Selektionen zunimmt, da eine Bereicherung mit Möglichkeiten zugleich den dispositionellen Raum einschränke³⁾; der Koordinationsaufwand jeder Änderung wird zu hoch. Allerdings, auch wenn die unendliche Vielfalt kombinatorischer Möglichkeiten in komplexen Gesellschaften nur sehr selektiv genutzt werden kann, sind die jeweils getroffenen Bestimmungen bei L.

1) W. F. v. Leibniz, Die Theodizee, S. 39.

2) N.L., Soziologische Aufklärung, Bd. 2, S. 206, 207.

3) N.L., aaO, S. 207.

kontingent¹⁾. Der Anstieg der constraints, dem Entscheidungen ausgesetzt sind, ist kein Anstieg metaphysischer constraints, sondern beliebiger, faktischer constraints, dem zudem in gewissen Grenzen, beispielsweise über eine Steigerung der Rationalität der systemrelativen Selektionen, abgeholfen werden kann²⁾.

Es ist daher nach meinen bisherigen Untersuchungen im Zuge der von L. geschilderten Gesellschaftsentwicklung, die zu einer Vermehrung von Möglichkeiten führte, einerseits nur eine vermehrte, relative Kontingenz ins Recht gekommen, andererseits auf einer bestimmten, relativ fortgeschrittenen Entwicklungsstufe willkürlich eine absolute Kontingenz eingeführt worden. Naturrecht als Idee wird hier nicht unplausibel.

Eine These der (notwendigerweise 'natürlichen') Unplausibilität von Naturrecht, die auf eine bestimmte, faktische Entwicklung von Gesellschaftsstrukturen gestützt ist, kann man von meinem Standpunkt aus nicht aufrechterhalten. Man kann eine solche These aber umformulieren und ihr die Grundsätzlichkeit nehmen. Eine solche z.B. mehr auf eine pragmatische Argumentation gestützte These ist bei L. ebenfalls vorzufinden. Nicht Naturrecht als solches wird dann unplausibel, sondern beispielsweise nur die übertriebene Invarianz der traditionellen, naturrechtlichen Grundsätze unpraktikabel³⁾. Wollte man solche einfachen, invarianten Grundsätze auf die wechselnden Verhältnisse in einer komplexen Gesellschaft anwenden, so müßten diese Grundsätze, um diesen Verhältnissen noch Rechnung tragen zu können, derart abstrahiert werden, daß sie nahezu sinnleer würden.⁴⁾ Der Einblick in die unvorstellbare Komplexität der Probleme, die durch Entscheiden zu lösen sind, habe nach L. zu dem Ergebnis geführt, daß richtige Entscheidungen, die aus ziemlich einfachen Prämissen durch Nachdenken (das wäre die letzte Naturrechtsvariante, das Vernunftrecht) gewonnen

1) Vgl. hierzu N.L., aaO, S. 214.

2) Vgl. N.L., aaO, S. 215.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 216; durch diese Invarianz würden naturrechtliche Grundsätze überdehnt und praktisch unwichtig.

4) So könnte man mit L. und Kelsen das zuvor eingeführte Argument der 'Unpraktikabilität der Invarianz' weiter ausführen.

werden, illusorisch seien¹⁾. Folgt man der pragmatischen Argumentation, so heißt das daher nurmehr, daß ein bisher zu einfach angelegtes Naturrecht auf dem Hintergrund komplexerer gesellschaftlicher Probleme eine ungenügende Entscheidungshilfe darstellt.

Diese komplexeren Probleme moderner, funktional ausdifferenzierter Gesellschaften legen nun bei L. ein Umdenken nahe, das L. als ein neues Verständnis des positiven Rechts vorstellt, welches gerade eine Art Rechenschaftsbericht dieser problematisch gewordenen Komplexität der modernen Gesellschaft ist. Das positive Recht scheint daher bei L. ein problemorientierter Entwurf anstelle, wie so oft in der traditionellen Diskussion, einer ideologischen Position zu sein.²⁾ Grund, Positivist zu sein, ist dann, wenn man pragmatisch argumentiert, jedenfalls nicht die "zweifelhafte Wahrheitsfähigkeit von Wertprämissen"³⁾; was traditionelle Positivisten zur grundsätzlichen Widerlegung des Naturrechts in seiner letzten Form, dem Vernunftrecht, anführten. Daß man Positivist ist, folgt aber auch nicht aus der pragmatischen Argumentation. Aus dieser folgt nur, daß das bisherige Naturrecht zu einfach angelegt ist, um in komplexen Gesellschaften eine operationelle Bedeutung zu besitzen. Deshalb ist gerade auf der Grundlage komplexerer Probleme moderner Gesellschaften und der geschilderten pragmatischen Argumentation meiner Ansicht nach theoretisch anstelle einer Theorie des positiven Rechts, die neuen gesellschaftlichen Problemen Rechnung trägt, ebenso die Suche nach einem neuen, komplexer angelegten Naturrecht denkbar.

Ist somit das Naturrecht (als Idee) durch die L'sche Argumentation nicht unplausibel geworden, so ist Naturrecht aber auch nicht infolge des Fallierens seiner Widerlegung positiv bestätigt worden. Naturrecht ist auf der Basis der von uns eingeführten Rationalitätskritischen

1) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 203.

2) Vgl. N. Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, S. 101-124, zur ideologischen Position des Positivismus, die er neben den "positivismo giuridico come modo di accostarsi allo studio di diritto" und den "positivismo giuridico come teoria" stellt.

3) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 203.

Ansätze ebenso wie Kontingenz von Recht weder eine notwendige noch eine unmögliche Annahme¹⁾, das heißt, sie selbst ist kontingent. Naturrecht kann, nimmt man einen rationalistischen Standpunkt ein, ebenfalls (wie seine Unplausibilität) weder logisch aus Fakten deduziert werden und, nimmt man weitere Rationalitätskritische Überlegungen hinzu, noch, jenseits von Fakten, rein rational abgeleitet werden. (Ich habe hier den Satz der "Unlogik der Induktion" mit Überlegungen zu Grenzen logischen Schließens kombiniert). Daß dabei naturrechtliche Prinzipien nicht rein rational (bzw. logisch) ableitbar sind, ist parallel zu Überlegungen, die zeigen, daß im Bereich formaler Systeme Axiome, aus denen wahre Sätze abgeleitet werden, selbst nicht mehr nach den Regeln, die sie vorschreiben, überprüft werden können und daher als beliebig erscheinen, was man auch als logische Unvollständigkeit bezeichnen kann. Bereits Pascal's 'Gottesbeweis' illustriert ferner die Grenzen logischen Schließens : Pascal zeigte, daß (deduktiv-logisch) sowohl die Existenz wie die Nicht-Existenz Gottes plausibel bewiesen werden kann. Genauso bleibt es offen und gehört in die Domäne von 'Glaubensakten', ob Naturrecht als Prädetermination von Entscheidungen existiert oder Entscheidungen apriori frei (bzw. metaphysisch oder moralisch indifferent) sind. Beide Annahmen sind, wie schon gesagt, 'rational' (befindet man sich in einem System der klassischen Logik) gleichermaßen möglich²⁾, weshalb die Wahl zwischen ihnen nur irrational sein kann. Naturrecht (es gibt determinierbare Prinzipien dessen, was gerecht ist) ist daher, von meinem Standpunkt aus, neben der Annahme von Kontingenz (es gibt keine apriori determinierbaren Prinzipien dessen, was gerecht ist) gleichberechtigt.

Die hier mögliche, wenngleich völlig beliebig motivierte Suche nach einem neuen Naturrecht, welches Welt zu einer diesmal auf einem höheren Niveau --das einer höheren Komplexität entspricht-- befindlichen

1) So die Definition von Kontingenz seitens N.L., Neue Züricher Zeitung, 31. Jan., 1987, S. 69.

2) Bei Kelsen wird dementsprechend Gerechtigkeit zu einem "irrational ideal", vgl. z.B. H. Kelsen, "The Metamorphoses of the Idea of Justice", aaO, S. 397.

Einheit ordnen würde¹⁾, müßte freilich die angesprochenen vernunftkritischen Überlegungen einbeziehen²⁾.

Diese von meinem Standpunkt aus mögliche Konsequenz eines neuen Naturrechts zieht L. nun nicht (so scheint es), sondern er 'setzt' auf eine neue Theorie der Positivität, die der komplexeren Realität moderner, funktional ausdifferenzierter Gesellschaften in adäquaterer Weise Rechnung tragen soll. An einigen Stellen weist er sogar explizit darauf hin, daß seine Theorie der Positivität nicht mit einem "soziologischen Naturrecht" verwechselt werden darf. Statt in der von L. gezeichneten Situation einer überkomplexen und deshalb Orientierungsschwierigkeiten bietenden Welt neue Sicherheiten in einem neuen Naturrecht zu suchen, interpretiert L. vielmehr diese komplexe Realität, die nach ihm nicht mehr ohne weiteres die Feststellung eines eindeutig Richtigen ermöglicht, als kontingente Realität und möchte daher sozusagen ins "Voraussetzungslose" bauen.

Damit 'optiert' L. für Kontingenz; und es ist von meinem Standpunkt aus durchaus gerechtfertigt, wenn L. die durch den beweglichen Grund entstehenden Unsicherheiten gerade nicht durch "neue Sicherheiten" im Sinne eines neuen Naturrechts ersetzen möchte. Auch wenn man die prinzipielle Kontingenz von einem rationalistischen Standpunkt nicht direkt aus Fakten ableiten kann, so stand es L. dennoch frei, diese Fakten beliebig zu werten und aufgrund dieser nicht unmittelbar durch

1) Gerade parallel zu z.B. Einstein's Hoffnung auf eine Reobjektivierung nach der Fragmentierung der subatomaren Welt in der Quantenmechanik.

2) Nähere Ausführungen hierzu würden den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen; diskutabel wäre in diesem Zusammenhang meiner Ansicht nach der von F.A. v. Hayek entwickelte "negative Gerechtigkeitsbegriff" oder das O. Höffe'sche transzendental-vernunftkritisch begründete Naturrecht, das meiner Ansicht nach noch die Elemente seiner eigenen Irrationalität mitreflektieren müßte. Beide lassen sich teils im Anschluß an K. Popper's kritischen Rationalismus verstehen. Die ermittelten Wertgrundsätze wären im Anschluß an Popper nurmehr relativ absolut, womit zugleich eine Flexibilisierung ermöglicht ist, die einem dynamischen gesellschaftlichen Wandel Rechnung tragen könnte.

die Fakten motivierten Wertung absolute Kontingenz anzunehmen¹⁾, woraus sich die jetzt zu besprechende spezifische L'sche Positivitätsproblematik als schwerpunktmäßiges Problem des "Ins-Voraussetzungslose"-Bauens ergibt, was in der von mir gewählten Perspektive bedeutet, daß es insbesondere um das spezielle Problem einer noch sinnvollen Rechtspolitik bei äußerster Komplexität und absoluter Kontingenz von Recht und Gesellschaft geht.

Zusammenfassung.

Die von mir eigangs gestellten Fragen erfahren daher folgende Antwort : L. hält sowohl das bisherige Naturrecht als auch Naturrecht als Idee für unplausibel, insoweit er für eine absolute metaphysische oder moralische Indifferenz von Entscheidungen 'optiert'. Ich habe, von einem rationalistischen Standpunkt ausgehend, darauf hingewiesen, daß dies eine beliebige Option war, deren Gegenteil ebenso hätte angenommen werden können. Deutet man L's Argumentation gegen Naturrecht in eine pragmatische um, dann ist Naturrecht bei ihm nur nicht mehr in seiner 'alteuropäischen' Form (Invarianz von Werten) akzeptabel; als abstrakte Idee der Möglichkeit eines gerechten Rechts jedoch eine noch mögliche, wengleich auch nicht notwendige Annahme. Da L. nun aber an eine solche pragmatisch gedeutete Argumentation nicht die Suche nach einem neuen, den komplexeren Verhältnissen besser Rechnung tragenden Naturrecht anschließt, vielmehr nur ein absolut kontingents Recht diesem Sachverhalt 'für gewachsen' hält, verwirft er die Option für die Möglichkeit Naturrecht, die sich hier noch auftut.

Lehnt L. das alteuropäische Naturrecht in modernen, komplexen Gesellschaften ab, so gilt für weniger moderne, weniger komplexe Gesellschaften bei L. nichts anderes : Soweit L. Naturrechtsformen in weniger komplexen Gesellschaften beschreibt, sind diese bei ihm immer schon an die gleichzeitige Vorstellung von Kontingenz geknüpft. Der

1) In Politische Planung vertritt L. diesen Standpunkt absoluter Kontingenz explizit, N.L., Politische Planung, S. 73 i.V.m. S. 85, Fn. 29; dort ergibt sich, daß L's systemtheoretischer Ansatz zeigen soll, wie soziale Systeme mit "äußerster Komplexität oder absoluter Kontingenz" umgehen.

Unterschied zwischen modernen Gesellschaften und einfachen Gesellschaften besteht bei L. lediglich darin, daß in modernen Gesellschaften diese immer schon bestehende Kontingenz, die in einfachen Gesellschaften nach L. durch Naturrecht nurmehr "verdeckt" wurde, apparent(er) wird, aufgrund realer Bedingungen, nämlich eines immer größer werdenden 'surplus' an Möglichkeiten des Handelns und Erlebens.

3) KONSEQUENZEN AUS DER KONTINGENZTHESE UND DER ZUSAMMENHANG VON PRÄMISSEN UND METHODEN.

Die in 2) ermittelten L'schen Prämissen ziehen spezifische Untersuchungsmethoden nach sich, die sich auf den Begriff der Positivität des Rechts auswirken. Da man aber nun Methoden, als ein bestimmtes Instrumentarium wissenschaftlicher Untersuchung, nicht scharf von den Untersuchungsinhalten trennen kann, kann man die Sache freilich auch so sehen, daß bestimmte Methoden die ermittelten Prämissen prädestinieren. Deshalb kann man auch sagen, es besteht ein Zusammenhang der wechselseitigen Beeinflussung.

Nimmt man, wie L., beliebig Beliebigkeit, genauer, absolute Kontingenz von Rechtsentscheidungen an, so ergibt die dem Naturrecht zugrundeliegende Frage nach bestimmten 'Gründen', nach einem bestimmten Wesen, einem bestimmten 'Sein' des Rechts außerhalb seiner selbst, keinen Sinn mehr. Ist Recht kontingent, so hat es gerade keine Verankerung in einem bestimmten und es bestimmenden Sein von Welt oder Natur, außerhalb seiner selbst. Man kann daher auch nicht sinnvoll fragen, was denn Recht eigentlich ist. Denn diese Frage, will man sie nicht mit einer Tautologie : Recht ist Recht, beantworten, verweist gerade auf einen Hintergrund, wie z.B. die obige 'ontologische' Verankerung des Rechts in einem bestimmten Sosein von Welt. Anstelle der Frage nach dem 'Sein' des Rechts, stellt L. daher die Frage nach der Funktion von Recht, was soviel bedeutet wie : 'Was leistet Recht', anstelle von : 'Was ist Recht'. Damit kann man sich meiner Ansicht nach gerade auf die konkreten Wirkungen konzentrieren, die Recht in der sozialen Wirklichkeit zeitigt, was zu einer empirisch/soziologischen

Untersuchung des Phänomens 'Recht' im Gegensatz zu der bisherigen naturrechtlich/philosophischen Fragestellung, die an einem 'abstrakten Sein' des Rechts interessiert ist, führt.

Daher nimmt in der Rechtssoziologie L.'s die Frage nach der Funktion des Rechts einen wichtigen Platz ein. Der Begriff des Rechts wird zu einem funktionalen Begriff. Das von mir noch zu besprechende L'sche positive Recht wird daher insbesondere auch im Hinblick auf seine Funktion problematisiert.

Gleichfalls geht der strukturelle Ansatz Hand in Hand mit bisher bei L. ermittelten inhaltlichen Prämissen (ich verstehe jetzt Strukturen nicht nur als 'Systeme', sondern allgemein als Beschreibungsmethode).

Geht man von Kontingenz aus, so bietet sich an, Welt in Form von Strukturen zu beschreiben. Denn Strukturen, so behauptet L.¹⁾, "orientieren Wahlen, ohne ihnen den Charakter der Wahl zu nehmen, das heißt, ohne die Möglichkeit anderer Selektion als Möglichkeit zu vernichten". Beschreibt man demnach ein Phänomen in 'terms' von Strukturen, so legt man damit (jedenfalls anscheinend anfangs) noch nichts Bestimmtes fest, sondern läßt alles offen. Kontingenz hat also in diesem approach Platz, als Konservierung der Möglichkeit 'des auch anders sein Könnens'. Sieht man z. B., wie L., das Recht als "Struktur der Gesellschaft", so wirft das Probleme auf, wie : Was leistet das Recht als Struktur der Gesellschaft; wie etabliert und stabilisiert sich eine solche Struktur, usw. . Dabei kann diese Struktur beliebige Inhalte tragen. Denn, fragt man nur nach Strukturen, interessieren Inhalte höchstens sekundär; und stehen mit Strukturen gerade Inhalte noch offen, so ist mit einer Behandlung von Strukturen noch nichts prädeterniert.

In der L.'sche Positivitätsproblematik geht es zentral um strukturelle Bedingungen eines beliebig variablen Rechts.

Als dritte Untersuchungsmethode kann man das systemtheoretische Denken bei L. nennen. Es bietet sich, wie ich bereits in 2) zeigte, im Anschluß

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 117.

an die Prämisse der Komplexität von Welt, die den Horizont des Erlebens und Handelns der einzelnen Individuen übersteigt, an. Nur noch Systeme kommen mit solch hoher Komplexität von Welt zurecht. Die Handlungen des Einzelnen scheinen, für sich gesehen, immer mehr irrelevant zu werden; eigentlichen Sinn bekommen sie nur noch bezogen auf bzw. im Rahmen von Systemen; sie sind allenfalls problematisierungswürdig, wenn es darum geht, per Einzelhandlungen auf komplexe Systeme einzuwirken¹⁾.

Gerade im Zusammenhang damit wirft L. ganz neue Probleme einer positiven Rechtspolitik auf, die nurmehr auf die Kompatibilisierung der 'Freiheit' von Systemen, anstelle auf die Kompatibilisierung der Freiheit der einzelnen gerichtet ist.

Man kann nun aber auch umgekehrt sagen : Die Wahl einer bestimmten Methode der Untersuchung präjudiziert die Resultate bzw. präjudiziert die Prämissen²⁾.

Fragt man nach der Funktion von etwas, so relativiert man dies 'Etwas' bereits in seinem 'Wesen'; denn man setzt dies Etwas so in Relation zu einem Anderen, dem es sozusagen dient. Damit eröffnen sich aber gerade Vergleichsmöglichkeiten. Man kann sich jetzt fragen, ob die Funktion nicht durch ein anderes 'Etwas' besser erfüllt wird. Diese Methode des Vergleichs im Hinblick auf Funktionalität heißt bei L. nun Äquivalenzfunktionalismus. Man sieht, daß mit der dienenden Rolle, die

1) Das ist z.B. auch ein praktischer Grund für das Überholtsein des alteuropäischen Naturrechts, das als Orientierung von Einzelhandlungen gedacht war, ohne anscheinend jemals den Aspekt der Komplexität der Welt einzubeziehen. Auf Einzelhandlungsmaximen scheint es nach L. immer weniger anzukommen. Sie sind höchsten noch im 'Privaten' von Relevanz, nicht mehr hilfreich allerdings im Zusammenhang komplexer Systeme, wie Wirtschaft, Recht usw. . Was vielmehr interessiert, scheint das 'Ergebnis' vieler systemisch koordinierter Einzelhandlungen, Einzelentscheidungen usw. zu sein, das sich im Hinblick auf die Einzelnen und deren Intentionen gerade verselbständigt. Ein Beispiel hierfür ist bei N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 168 zu finden.

2) Daß ich Prämissen neben Resultate setze, ist kein Zufall, da es oftmals nur darum geht, herauszubekommen, was man bereits schon vorausgesetzt hat.

dies 'Etwas' bekommt, sein Eigenwert so gesunken ist, daß man ungeniert an seine Austauschbarkeit denkt; es tritt ins Licht anderer Möglichkeiten, und das bedeutet, es erscheint als (zumindest) relativ kontingent. Bezogen auf ein konkretes Beispiel heißt das folgendes : Hat L. eine bestimmte Funktion der bisherigen Rechtstheorie im Auge, so z.B. die "Einheit des Rechts" zu formulieren, so treten bei L. so gegensätzliche Begriffe wie Naturrecht und Rechtspositivismus auf eine Ebene; sie leisten nach L. das gleiche, nur jeweils auf unterschiedliche Weise. Das Naturrecht repräsentiert Einheit durch ein "Prinzip" (Gerechtigkeit) oder über eine genetische Begründung in der Weltordnung; der Positivismus (Kelsen'scher Prägung) repräsentiert sie in einer Hierarchie von Normen, mit einer Grundnorm an der Spitze¹⁾. Das relativiert nun beide Begriffe in ihrem Eigenwert; sie werden austauschbar²⁾. Naturrecht wird im Hinblick auf diese Funktion bestimmt und kontingent. Ein weiteres Beispiel wäre die Gleichsetzung von Naturrecht und traditionellem Positivismus in L'schen Texten zur Autopoiese : Beide verdeckten, so L., die dem Recht zugrundeliegende Paradoxie³⁾, das heißt den Sachverhalt, daß Recht mit gleichem Recht sowohl Recht als auch Unrecht sein kann. Auch wenn sie das in unterschiedlicher Weise tun, so sind sie doch diesbezüglich komplett austauschbar, und insoweit in ihrem 'An Sich Sein' bzw. ihrem Wesen relativiert.

Die Frage nach der Funktion hat bei L. ferner immer die Form des Ausgehens von einem "Bezugsproblem", im Hinblick auf welches dann austauschbare 'Lösungen' behandelt werden. Gerade die Tatsache, daß L. jeweils ein Problem anstelle einer positiven Assertion zum Ausgangspunkt nimmt, läuft konform mit seiner Ablehnung des Naturrechts, das alles

1) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 355,356.

2) Vgl. als Beispiel N.L., "Die soziologische Beobachtung", S. 19; man könnte ferner mit F. Scholz, Freiheit als Indifferenz, S. 30 sagen, daß wenn alles gleich gültig sei, dann auch alles gleichgültig sei; auch Scholz bezieht sich hier auf die bei L. stattfindende Beseitigung absoluter Geltungsansprüche.

3) N.L., "Die soziologische Beobachtung", S. 15-19.

bereits als (zumindest auf einer Metaebene) vorgegeben oder gelöst ansieht. So geht L. beispielsweise von folgendem Grundproblem der Bildung von Sinn bzw. der Ermöglichung von gesellschaftlicher Interaktion überhaupt aus : Komplexität muß reduziert werden in einer Welt, in der zunächst nichts vorgeordnet ist und daher Bezugspunkte grundsätzlich alle möglichen Probleme sind¹⁾. Naturrecht hingegen gebe, so L.²⁾, die Welt als bereits reduzierte aus, in der alle Probleme prinzipiell lösbar sind bzw. auf einer Metaebene bereits gelöst sind. Als Konsequenz der Methode muß L. Naturrecht ablehnen, das anstelle von einem Problem bereits von dessen Lösung ausgeht. Man kann hier allerdings auch sagen, die L.'sche Prämisse der problematischen, nicht ohne weiteres reduzierbaren, da kontingenten Komplexität von Gesellschaft hat die methodische Konsequenz, daß man anstelle von Behauptungen von Problemen ausgeht. Freilich, auch ein Problem kann eine Behauptung, und so der positiven Assertion eines bestimmten Soseins von Welt sehr ähnlich sein. So befrage ich im folgenden die typisch für diese L.'sche Methode als 'Problemdarstellung' entworfene Theorie der Positivität des Rechts insbesondere auch nach der Realität der L.'schen Probleme (vielleicht sind sie ja nur behauptet).

Ich habe gezeigt, inwiefern bestimmte Methoden zu bestimmten Prämissen und bestimmte Prämissen zu bestimmten Methoden führen, bzw. man kann auch sagen, inwiefern Methoden mit Prämissen Hand in Hand gehen. Insbesondere habe ich darauf aufmerksam gemacht, wie die von mir ermittelten L.'schen Methoden zu einer Relativierung der dem 'alteuropäischen Naturrecht' zugrundeliegenden Prämissen (und vice-versa) führten.

Jetzt möchte ich behaupten, daß diese L.'schen Methoden ebenso insgesamt die traditionelle, bisherige rechtstheoretische Diskussion relativieren

1) Womit noch nicht gesagt ist, daß alles möglich ist. Möglichkeit kommt erst in diese Welt bei bereits reduzierter Komplexität.

2) N.L., Legitimation durch Verfahren, S.146.

Kleinknecht, Natascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

und einen L.'schen Standpunkt jenseits dieser begründen, sozusagen jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus, woraus dann die von mir im Anschluß hieran zu behandelnde L'sche Theorie des positiven Rechts als 'Neuheit' hervorzugehen erscheint. Wenngleich die traditionelle Debatte weit zurückliegt und noch weiter zurückreicht, so erscheint mir ein Vergleich L's mit ihr wichtig, da sie sozusagen die klassischen philosophischen Positionen repräsentierte, während L., indem er diese auf bestimmte Art zu 'überspringen' versucht, archetypische Argumentationsstrukturen der modernen 'Gegenwartsphilosophie' repräsentiert.

Daß L. als Ausgangspunkt ein Problem wählt, hebt ihn nun von der traditionellen Debatte folgendermaßen ab : In der traditionellen rechtstheoretischen Debatte, und damit meine ich gerade die Nachkriegsdiskussion als letzte große Naturrechtsdebatte, ging man jeweils von wohl-bestimmten Begriffen, positiven Definitionen von Naturrecht bzw. Rechtspositivismus aus, die man zu widerlegen oder zu bekräftigen suchte. Bei L. ist das Vorgehen gerade umgekehrt; Begriffe sind nicht positiv vorgegeben; sondern ein Problem ist Ausgangspunkt, das den 'Wert' der Begriffe bestimmt. "Statt aus einer allgemeinen Rechtstheorie deduktiv abzuleiten, was als Recht gelten muß, und dann zu suchen, bis man es findet, ist der Ausgangspunkt eine Problemstellung hypothetischen Charakters"¹⁾.

Das Konzept des Ansatzens an Problemen und die freie Wahl der Problemstellung setzt nun L. in die Lage, die rechtstheoretische Debatte von außen zu betrachten, indem er sie selbst zum Problem macht, nach Entstehungsgründen der dortigen Positionen fragt, die auf außerhalb des Diskussionsradius der Debatte liegende Gründe verweisen und diese Debatte damit insgesamt relativieren. Man kann dieses Vorgehen 'die Beobachtung des Beobachters' nennen, um die L'sche Position eines 'Außen-Stehenden' zu bezeichnen, wobei man hier unter dem letzteren Beobachter die Perspektive der Rechtstheoretiker und -philosophen, aber auch der Rechtspraktiker, die sich von rechtsphilosophischen und

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 147.

rechtstheoretischen Überlegungen leiten lassen, verstehen muß. Diese Beobachtung des Beobachters geschieht nun bei L. bezeichnenderweise aus einem soziologischen Blickwinkel, womit man bei einem weiteren methodischen Merkmal angelangt wäre, das L. oftmals einleitend und manchmal auch abschließend zum expliziten Thema macht. Er spricht vom Verhältnis seiner Rechtssoziologie zur Rechtstheorie und schildert dabei die delikate 'Außenposition' des Soziologen. Der Wert, den L. auf solche Klarstellungen legt, zeigt, wie wichtig es gerade ist, die Untersuchungsmethoden zu behandeln, um einen Zugang zur L'schen Position zu gewinnen.

Aus der soziologischen Perspektive sieht L. nun die Positionen der Debatte anders, als die rechtstheoretische Debatte ihre Positionen selbst sah; letztere orientierte sich (auf dem letzten Stand des Naturrechts sozusagen) nur an "Wesen und Wahrheitsfähigkeit". L. sieht die dortigen Prämissen im Gegensatz dazu in bezug auf ihre Leistung angesichts eines hypothetischen Problems der (modernen) Gesellschaft, das hypothetische Problem des Komplexer- und Kontingenterwerdens von Sozialstrukturen. Damit bekommen Fragen der Begründung und Legitimation von Begriffen bzw. der Begründung und Legitimation von Recht bei L. einen anderen Stellenwert. Sie sind uninteressant, soweit sie auf Wesen- und Wahrheitsfähigkeit abzielen; interessant sind sie allerdings soweit sie auf die Wirkung verweisen, die durch Begriffsbegründungen, jenseits ihrer Wahrheitsfähigkeit, also auch wenn sie fiktiv sind, erzielt wird. Eine solche Leistung liegt z.B. für L. in der Reduktion von Komplexität (und Kontingenz). Das kann man ein 'Aussteigen aus der Legitimationsdiskussion' nennen¹⁾.

Auf die gleiche Weise begibt sich L. in eine Außenposition bezüglich der gesamten traditionellen rechtstheoretischen Debatte durch das Denken des Äquivalenzfunktionalismus. Er behandelt damit in der dortigen Debatte sich als unversöhnlich gegenüberstehende Positionen als funktionale Äquivalente, als gleichwertig im Hinblick auf ein Drittes.

1) Vgl. hierzu beispielsweise R. De Giorgi, *Scienza del diritto*
e Legittimazione. S. 213
Klein, Ina (1989) Position des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Auch damit liegt ein Überspringen dortiger traditioneller Gegenüberstellungen von Naturrecht und Rechtspositivismus vor.

Gleiches gilt für den systemtheoretischen und strukturellen Ansatz¹⁾. Die Betrachtung des Operierens und der Optionen von Systemen, statt der Betrachtung von Einzelentscheidungen und -handlungen hat nichts mehr mit der traditionellen Suche nach Maximen des 'rechten' Handelns zu tun. Insbesondere dann nicht, wenn der Systembegriff sich nicht mehr als geordneter Zusammenhang von Einzelhandlungen darstellt, sondern die Einheit des Systems durch die Grenze zwischen 'Innen' und 'Außen' konstituiert wird. Die Untersuchung ferner von Sozialstrukturen als Bedingungen eines bestimmten Stils von Recht (z.B. des positiven Rechts) hat nichts mehr mit der Suche nach legitimen Inhalten des Rechts seitens traditioneller Naturrechtler zu tun und unterscheidet sich in ihrer Intention ebenfalls grundsätzlich von dem Versuch traditioneller Positivisten die Wahrheitsfähigkeit inhaltlicher Wertprämissen, die zu jeder Zeit und an jedem Ort dieselben seien, aufgrund einer sozialhistorischen Betrachtung unterschiedlichster Naturrechtsformen in Zweifel zu ziehen. Mit Sozialstrukturen beschreibt L. nurmehr 'neutral' die Bedingungen und Grenzen beliebiger Variabilität des Rechts.

1) Vgl. hierzu insbesondere H.M. Pawlowsky, Methodenlehre für Juristen, S.111-114, der bei L's systemtheoretischem Denken das in den Hintergrund Treten einer Teleologie des Handelns, eines Zusammenhangs 'objektiv richtiger Zwecke' feststellt, da man heute nicht mehr davon ausgehen könne, daß die Rechtsgemeinschaft mit ihren Entscheidungen und Handlungen ebenso wie eine Einzelperson nur bestimmte untereinander verträgliche Zwecke verfolge. L. setze ferner an die Stelle des älteren ontologischen Systembegriffs, der sich als geordneter Zusammenhang von Einzelhandlungen darstellt, einen neuen funktionalen Systembegriff, der nicht mehr auf Einzelhandlungen beruht, sondern ein Funktions- bzw. Strukturzusammenhang ist, dessen Einheit durch die Grenze zwischen 'Innen' und 'Außen' konstituiert wird. Dieser Wandel im Systembegriff basiert auf T. Parsons; vgl. hierzu ferner V. Ferrari, funzioni del diritto, S. 13-15, nach dem mit diesem Systembegriff intersystemische Beziehungen anstelle von Beziehungen zwischen Individuen interessant werden.

Methoden als Instrumentarium der Untersuchung sind also vielfach eng mit Prämissen verknüpft. L. macht Ausführungen zum methodischen Vorgehen in der Hauptsache im Hinblick auf seinen soziologischen Ansatz, aber auch bezüglich der systemtheoretischen und der funktionalen Methode. In jüngerer Zeit betont er gerade, daß z.B. der systemtheoretische Ansatz nicht nur Analysetechnik sei, sondern er davon ausgehe, daß es 'realiter' Systeme gibt, womit nach L.'s eigenen Aussagen Methoden und Prämissen (und dies im direktesten Sinne) eigentlich nicht mehr zu trennen sind.

Die Positivitätsproblematik, die ich im nächsten Kapitel besprechen werde, ist zum Teil bereits durch das vorgezeichnet, was ich in Kapitel 1, 2) zur Unplausibilität des Naturrechts insbesondere aufgrund der L'schen Prämisse der "Kontingenz und Komplexität von Welt" sagte. Diese ist zugleich die eigentliche Grundlage der neuen Positivitätsproblematik. Die neue Positivitätsproblematik wird aber erst durch das Hinzunehmen auch des methodischen Vorgehens insgesamt vollständig einsichtig¹⁾.

1) Vgl. auch B. Kasprzik, "Ist die Rechtspositivismusdebatte beendbar?", S. 379ff. Dort wird ebenfalls in Ansätzen versucht, Prämissen L's wie "Kontingenz" aus besonderen L'schen Methoden der wissenschaftlichen Untersuchung einsichtig zu machen.
Rechtswissenschaftliches Positivitätsrecht des Niklas Luhmann: Begriffsstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

KAPITEL 2

POSITIVES RECHT

Die L'sche Theorie der Positivität des Rechts befaßt sich, wie ich im vorigen bereits angedeutet habe, primär damit, Probleme zu identifizieren, die die Entwicklung einer modernen Gesellschaft mit sich bringt. Insbesondere ist problematisch, daß sich positive Rechtssetzung in modernen, komplexen Gesellschaften als kontingente Auswahl aus Möglichkeiten, als "Selektion" darstellt¹⁾, daß "die Entscheidung zum Prinzip des Rechts wird"²⁾, daß positive Rechtssetzung "als Auswahl aus anderen Möglichkeiten erlebt wird, als änderbar"³⁾. L. bringt das positive Recht auf folgende Formel : "Es wird nicht nur durch Entscheidung gesetzt, sondern es gilt auch kraft Entscheidung, und das heißt, es gilt kontingent und änderbar"⁴⁾.

Ein kontingentes Recht ist einerseits problematisch, da bei Kontingenz Orientierungskriterien von Rechtsentscheidungen ungewiß zu sein scheinen, andererseits ist die Kontingenz des Rechts, wie ich noch zeigen werde, bei L. zugleich Bedingung einer gesellschaftsadäquaten Rechtspolitik in einer komplexen, sich dynamisch wandelnden Sozialwelt.

Die zentrale Frage, die ich an die L'sche Theorie des positiven Rechts stellen möchte, betrifft die problematische Kontingenz des Rechts daher insbesondere auf der Ebene der Entscheidungsvorgänge, und hier insbesondere auf der Ebene der politischen Gesetzgebung. Welche sinnvollen Orientierungsgesichtspunkte für Gesetzesentscheidungen gibt es bei L. noch in einer Situation metaphysischer Orientierungslosigkeit?

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 204.

2) N.L., aaO, S. 202.

3) N.L., aaO, S. 209.

4) N.L., aaO, S. 210.

Inwiefern dabei Kontingenz bei L. zugleich unverzichtbare Bedingung von gesellschaftsadäquaten Entscheidungen in komplexen, dynamisch sich wandelnden Gesellschaften wird, behandle ich bei der Analyse L'scher Antworten auf die von mir gestellte Frage impliziter.

Ferner wirft die Kontingenz von Rechtsentscheidungen in komplexen Gesellschaften bei L. einige Folgeprobleme jenseits des Problems der Konditionierung von Entscheidungen auf, die ich im Anschluß an das Zentralthema kurz erörtern werde. Es zeigt sich so die volle Bedeutung der L'schen Problemanalyse des positiven Rechts.

1) BEDINGUNGEN UND ORIENTIERUNG EINER POSITIVEN RECHTSPOLITIK BEI KONTINGENZ.

Die Zentralproblematik dieser Arbeit kann man präziser formulieren, wenn man sich klar macht, was Kontingenz von Recht in einer zeitlichen und einer sachlichen Dimension bedeutet.

Kontingenz scheint bei L. auf ein neues "Zeitverständnis" zu verweisen¹⁾. Das Bestehen von Möglichkeiten, zwischen denen die Auswahl apriori nicht determiniert ist, bedeutet, daß noch alles offen ist, und das heißt vor allem, die Zukunft offen ist. In einfachen Gesellschaften existierte hingegen nach L. aufgrund des Fehlens von Möglichkeiten auch keine offene Zukunft²⁾. Dies Phänomen eines neuen Zeithorizontes führt bei L.³⁾ zu einer Inanspruchnahme der Zeitdimension zur Bearbeitung von Komplexität. Ist die Zukunft offen und nicht prädeterminiert, so sind Entscheidungen, Handlungen, Kommunikationen und Rechtsnormen das Produkt der jeweiligen Evolution, der Geschichte. L. drückt das so aus: "An die Stelle von Präformation tritt Evolution"⁴⁾. Das bedeutet nun aber nicht, daß, wie z.B. die historische Rechtsschule annahm, Vergangenheit

1) N.L., *Ausdifferenzierung*, S. 80; ferner N.L., *Rechtssoziologie*, S. 343ff.

2) Vgl. N.L., *Rechtssoziologie*, S. 118ff, zur Entwicklung des Verhältnisses zur Zukunft; dort insbesondere S. 117, wo L. gerade das "Aushalten einer offenen Zukunft" mit Kontingenz gleichsetzt.

3) N.L., *Ausdifferenzierung*, S. 80, 81.

4) N.L., *aaO*, S. 81.

zu einem Wert wird, sondern wirft Probleme der Positivität des Rechts auf, die weit über die Historisierung von Werten hinausgehen¹⁾. Nicht Geschichtlichkeit wird bindend, sondern im Gegenteil bedeutet diese offene Zukunft bei L. eine Lösung von der Vergangenheit : Nicht mehr Vergangenheit ist kausal; man beginnt die Gegenwart vielmehr als Konsequenz der Zukunft zu sehen²⁾. In der Zeitdimension ist daher Kontingenz problematisch im Hinblick darauf, wie man sinnvolle Rechtsentscheidungen angesichts einer offenen, und das bedeutet gerade, ungewissen Zukunft treffen kann.

Ebenfalls spezifischer wird, was Kontingenz für positive Rechtsentscheidungen bedeutet, wenn man sich in einer sachlichen Dimension dem Verhältnis von Recht zu Unrecht bei L. zuwendet. Dies Verhältnis erfährt im Laufe der Entwicklung von Sozialstrukturen zu größerer Kontingenz und Komplexität (wie auch das Zeitverständnis) einen radikalen Wandel. Im Zeitalter des positiven Rechts verliert die "Disjunktion"³⁾ ('recht'/'unrecht') nach L's Ansicht "ihre Sicherheit und Ausschließlichkeit"⁴⁾.

In Gesellschaften mit geringer Komplexität und entsprechend niedrigem Kontingenzniveau wurde die Wahl zwischen recht und unrecht, gut und schlecht als "nicht beliebig gesehen"⁵⁾; man stellte sich vor, daß sie "durch eine ontisch fundierte Präferenz für das Gute, Rechte (...) geleitet war". An die Stelle des diese Präferenz schaffenden, präterminierenden Naturrechts tritt in modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaften Kontingenz.

Der Verlust der Präferenz des Guten oder Rechten bzw., man kann auch sagen, der Verlust der Gutheit des Guten oder der "Perfektionsidee" des Gerechten, das heißt der Idee einer gerechten Gerechtigkeit, ist bei L., wie ich zuvor gezeigt und kritisch analysiert habe, Folge der Ausdifferenzierung von Sozialstrukturen. Im Zuge dieser emanzipiert sich

1) Vgl. hierzu N.L., aaO, S. 81.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 345.

3) L. nennt die Unterscheidung zwischen den Werten bzw. Prädikaten 'recht' und 'unrecht' "Disjunktion".

4) N.L., Ausdifferenzierung, S. 81.

5) N.L., Rechtssoziologie, S. 118.

Recht von Religion, Moral, Wahrheit, die zu sich jeweils verselbständigenden Sonderbereichen werden. Das Recht kann bei L. aus diesen Bereichen keine naturrechtlichen Richtigkeitskriterien mehr herleiten. Am vorläufigen Ende dieses Prozesses der Ausdifferenzierung steht es aus allen außerrechtlichen Bezügen gelöst, sozusagen auf sich selbst gestellt da.

Die Folge ist : Auch Unrecht muß als zum Recht gehörig angesehen werden, da Recht so gut recht wie unrecht sein kann¹⁾. Das Unrecht wird damit nicht mehr "aus dem System verwiesen", sondern "die Unterscheidung von Recht und Unrecht wird eine rein systeminterne Unterscheidung", das Recht selbst ist "die Einheit einer Differenz"²⁾.

Das ist nun ein Heraustreten aus der moralischen Perspektive³⁾. Wenn das Richtige apriori den gleichen Stellenwert wie das Unrichtige hat, gibt es in der Tat keinen Sinn mehr, nach der Richtigkeit oder Gerechtigkeit von Entscheidungen zu fragen⁴⁾. Man ist deshalb bei L. auf einen neuen Orientierungskontext von Entscheidungen sozusagen jenseits solcher dichotomen Unterscheidungen verwiesen, jenseits von

1) Das hat zur konkreten Folge, daß die Unterscheidung Recht/Unrecht z.B. durch die Unterscheidung Struktur/abweichendes Verhalten ersetzt werden kann, vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 81. Wobei dies abweichende Verhalten jederzeit zur Innovationsquelle neuen Rechts werden kann. Recht entsteht somit ebenso aus Unrecht wie aus Recht.

2) Vgl. z.B. N.L., Ausdifferenzierung, S. 35 bzw. N.L., Rechtssoziologie, S. 124; insbesondere in der Theorie der Autopoiese wird dies schwerpunktmäßig behandelt, z.B. N.L., "Die soziologische Beobachtung der Theorie und Praxis des Rechts", S. 19.

3) So N.L., Rechtssoziologie, S. 121.

4) Dem entspricht gerade auch, wenn N.L., Ausdifferenzierung, S.144,145 die Risiken der Positivität als beliebige Änderbarkeit von Recht nicht im "Unmoralischwerden" des Rechts sieht, sondern in der Unwahrscheinlichkeit seiner Komplexität; vgl. ferner N.L., Ausdifferenzierung, S. 143,144 : Es gehe um nichts anderes beim positiven Recht als um "Institutionalisierung der Beliebigkeit von Rechtsänderungen".

recht und unrecht, richtig und falsch, gut und böse¹⁾.

Ich habe die Bedeutung der Kontingenz des Rechts in einer zeitlichen und in einer sachlichen Dimension betrachtet. In der Zeitdimension geht es um eine positive Rechtspolitik bei einer ungewissen, da offenen Zukunft; in der Sachdimension geht es darum, wie man ins "Voraussetzungslose" bauen kann.

Nun kann ich genauso sagen : In der Sachdimension geht es um die Planung einer ungewissen Zukunft, da ja nichts sachlich vorausgesetzt bzw. prädeterniert ist; und in der Zeitdimension geht es darum, ins Voraussetzungslose zu bauen, da eine ungewisse Zukunft nichts anderes bedeutet, als daß sachlich noch nichts prädeterniert ist. Beide Dimensionen werfen daher von verschiedenen Seiten Licht auf das gleiche Problem.

Bereits der traditionelle Positivismus sei sich der 'Nichtmehrgültigkeit' solcher Fragen nach der Richtigkeit des Rechts

1) Das scheint an einen Trend in der gegenwärtigen Logik und Philosophie anzuknüpfen, vgl. bereits Nietzsches 'Lust- und Unlust-Philosophie' (sollte man sie nennen) "jenseits von Gut und Böse", an welches Jenseitsprinzip, als abstrakte Argumentationsstruktur gedacht, Autoren des Poststrukturalismus anknüpfen, die solche dichotomen Unterscheidungen in unterschiedlichen Bereichen ablehnen, vgl. z.B. bei R. Rorty, "Habermas and Lyotard on Postmodernity", S.33 : Die französischen Autoren ließen sich nicht auf den Gegensatz Gültigkeit/Macht ein, um nicht Metanarrationen erfinden zu müssen, die bestimmen, was 'wahr' und 'gültig' ist; und vgl. S. Benhabib über Lyotard, "Kritik des postmodernen Wissens", S. 103ff; vgl. ferner D. Hoy über J. Derrida, "J. Derrida", S. 41ff; In der Logik erinnert das an G. Günthers merkwürdige Versuche der Invention einer Logik jenseits der traditionellen zweiwertigen Logik; vgl. G. Günther, Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik, S. 24ff und insbesondere S. 251, ferner S. 256ff zur Skizze der bisherigen zweiwertigen Logik seit der griechischen Antike, als "principle of strict dichotomy between matter and form, object and subject", die ein Denkobjekt impliziert, das mit sich selbst identisch ist und "capable of isolation". Günther, aaO, S.321 knüpft zur Begründung seiner Anstrengungen an die Quantenmechanik an, die ein Umdenken erfordere, da sie zeige, daß Subjekt und Objekt nicht mehr getrennt werden können.

bewußt gewesen, habe aber aus dieser Ablehnung des Naturrechts, so L., nur unzureichende Konsequenzen gezogen : Er sei der moralischen Diskussion verhaftet geblieben, da er, wie ich zeigte, insbesondere unter Herausstellung der zweifelhaften Wahrheitsfähigkeit moralischer Werte, hauptsächlich Moral als Bestimmungsfaktor von Recht ablehnte. Anstelle einer moralischen Bestimmtheit des Rechts erhob er allerdings nurmehr den Willen des jeweiligen Gesetzgebers zur neuen "Rechtsquelle" ¹⁾. Der traditionelle Positivismus betrachtete nun allerdings, so scheint L. zu behaupten, das Problem, das sich ergibt, wenn die Disjunktion ihre Sicherheit verliert, zu einfach, wenn er davon ausging, daß sinnvolle Rechtssetzung sichergestellt sei, wenn der Gesetzgeber 'freien Willens' ²⁾ entscheide und im übrigen Durchsetzbarkeit garantiert sei ³⁾. Dies entspräche nicht der Realität des Prozesses der Rechtsentstehung. Die Ursachen der Entstehung von Recht seien weit komplizierter, als der traditionelle Positivismus annahm, indem er die Kreation des Rechts auf historische Akte der Setzung seitens eines zur Rechtssetzung formal ermächtigten Organs zurückführte. Der Gesetzgeber schaffe nicht Recht aus dem Nichts ⁴⁾, er dignifiziere nur symbolisch Normen ⁵⁾, er entscheide nicht von sich aus

1) Daß aber insbesondere der gesetzgeberische Wille als Rechtsquelle nicht in Betracht kommt, schildert L. in N.L., Rechtssoziologie, S. 208; vgl. auch N.L., Ausdifferenzierung, S.123.

2) Diese Konzeption des juristischen Positivismus kann man als 'voluntaristisch' bezeichnen, was im Einklang mit einer breiten Meinung in der bisherigen Rechtstheorie steht. Vgl. ferner bei G. Dux, Strukturwandel der Legitimation, S. 45, die dem verwandte Beschreibung des Positivismus als "Dezisionismus".

3) So wird bei H. Kelsen typischerweise Recht zu einer Zwangsordnung mit willkürlichem Inhalt; während interessanterweise bei L. Zwang und physische Gewalt als Durchsetzungsmittel des Rechts in modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaften nurmehr eine zweitrangige Rolle spielen; vgl. zum Wandel und veränderten Stellenwert des Gewaltbegriffs z.B. N.L., Rechtssoziologie, S.115.

4) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 207.

5) N.L., aaO, S. 208.

über Recht oder Unrecht (recht oder unrecht)¹⁾, sondern nur über Geltung oder Nichtgeltung²⁾. Er verursache also nicht das Recht, es werde ihm nur zugerechnet, insofern als er ihm Geltung verleihe³⁾. Dementsprechend werde der Rechtssetzungsprozeß nicht ausreichend mit der bloßen Gesetzgebungskompetenz begriffen⁴⁾.

Diese komplizierten Entstehungsursachen und Bedingungen der Konditionierung eines positiven Rechts, die insofern jenseits von Naturrecht und Positivismus zu lokalisieren sind, scheint L. nun primär in gesellschaftsstrukturellen Bedingungen zu sehen. Ich möchte sie im folgenden systematisieren und analysieren. Insbesondere werde ich dabei überprüfen, ob sich, wie L. behauptet, für Rechtssetzung, trotz Annahme der apriorischen Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen, "nicht der Abgrund der Willkür eröffnet"⁵⁾.

Will man hier eine abstrakte Vorüberlegung anstellen, so können Schranken beliebiger Rechtssetzung jenseits naturrechtlicher Grundsätze und jenseits der "faktischen und moralischen Allmacht des Gesetzgebers"⁶⁾ nurmehr in nicht-metaphysischen und daher faktischen Bedingungen der Möglichkeit oder der Wahrscheinlichkeit spezifischer Entscheidungen beschrieben werden, welche Bedingungen erst einen bestimmten Willen des Gesetzgebers bilden oder in eine bestimmte Richtung lenken. Diese nicht-metaphysischen Bedingungen müssen sich, ihrer nicht-metaphysischen Natur gemäß, in einem spezifischen (und dennoch beliebigen), zeitlichen und räumlichen Kontext befinden. Die L'sche Analyse dieser Bedingungen kann daher nicht zum Entwurf einer Theorie prinzipieller Schranken von Rechtssetzung führen. In der Tat hält sich die L'sche Analyse im Rahmen bestimmter Rechtssysteme der

1) Die Kleinschreibung verweist auf die Prädikate, die normative Qualität, die das System sozusagen verleiht bzw. auf die Code-Werte des Systems und nimmt den Begriffen insofern jede Moralbehaftetheit.

2) N.L., aaO, S. 208.

3) N.L., aaO, S. 208.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 203.

5) N.L., aaO, S. 352.

6) N.L., aaO, S. 208, dies sei der Bedeutungskern des traditionellen Positivismusverständnisses.

Gegenwart, denn ihr Gegenstand sind reale Bedingungen von Rechtssetzung in modernen westlichen Demokratien.

Diese realen Bedingungen von Rechtssetzung lassen sich in zwei Kategorien einteilen. Zum einen bildet das externe Umfeld des Rechtssystems --es handelt sich dabei um eine funktional ausdifferenzierte Gesellschaft-- einen Rahmen der Konditionierung von Rechtsentscheidungen. Zum anderen konditioniert die Struktur des modernen Rechtssystems selbst Rechtsentscheidungen. Insbesondere kommen aufgrund seiner eigenen Struktur und derjenigen der Umwelt in ihm spezifische Konstrukte der Gesellschaft zur Geltung, durch welche Rechtsentscheidungen wiederum bestimmt werden.

B. Kasprzik¹⁾ sieht das zentrale Problem der L'schen Rechtssoziologie ähnlich : Es gehe um das Problem der "Nichtbeliebigkeit", und diesbezüglich um "rechtssysteminterne Nachfolgeeinrichtungen" zur Feststellung von Nichtbeliebigkeit auf dem Boden der "veränderlichen Fakten", nach dem Untergang des Naturrechts. Der Akzent liegt hier sowohl auf 'rechtssystemintern' als auch auf 'auf dem Boden der veränderlichen Fakten'. Rechtssystemintern ist die Konditionierung von Beliebigkeit, insofern als das Rechtssystem auf eine eigene, autonome Konditionierung von Beliebigkeit verwiesen ist, wenn es nicht mehr von externen präterminierenden Vorgaben ausgehen kann. Die veränderlichen Fakten weisen auf einen nicht-metaphysischen Orientierungskontext von Entscheidungen hin. Ebenso hebt H. Dreier in seiner Besprechung der L'schen Positivitätstheorie hervor, daß es bei L. um faktische Grenzen von Beliebigkeit gehe²⁾.

L. selbst spricht einerseits von "Variabilitätseinengungen³⁾", die Leistungen des Systems" seien und "nicht mehr extern bezogen" würden

1) B. Kasprzik, "Ist die Rechtspositivismusdebatte beendbar?", S. 379.

2) H. Dreier, "Hans Kelsen und Niklas Luhmann; Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Sicht", S. 419ff, insbesondere S. 444, L. mache faktische Restriktionen von Rechtssetzung bewußt, die bei Kelsen keine Beachtung gefunden hätten.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 266.

bzw. von "Innenbindungen"¹⁾, andererseits davon, daß Problemlösungen nicht mehr in der "Rechtlichkeit des Rechts liegen, sondern in wesentlichen Sektoren der Gesellschaft bzw. von "Außenbindungen"²⁾.

A) DIE STRUKTUR DES RECHTSSYSTEMS IN DER FUNKTIONAL AUSDIFFERENZIIERTEN GESELLSCHAFT UND DIE IN IHM ZUR GELTUNG KOMMENDEN KONSTRUKTE³⁾ VON DER GESELLSCHAFT BZW. INNENBINDUNGEN.

Vier Gesichtspunkte sind hier wesentlich. AA) Das moderne Rechtssystem ist bei L. insbesondere durch "Verfahren" strukturiert. Im Rechtssystem moderner, westlicher Demokratien wird meiner Interpretation nach bei L. die Beliebigkeit von Entscheidungen insbesondere über ein System ineinanderwirkender Verfahren konditioniert. Verfahren treten bei L. sozusagen an die Stelle des Naturrechts. BB) Das moderne Rechtssystem zeichnet sich ferner strukturell durch eine Begrifflichkeit mit beträchtlichem Abstraktionsgrad aus. Diese begriffliche Abstraktheit scheint bei L. in ganz bestimmter Weise die Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen konditionieren zu können. AA) und BB) ermöglichen gemeinsam, was L. "organisierte Entscheidungsprozesse" nennt. Organisierte Entscheidungsprozesse sind nach L. "diejenigen sozialen Institutionen, die einen offenen Zeithorizont in Zeitdruck umsetzen und mit einer besseren sachlichen Ordnung ihrer Entscheidungsprämissen zu einer Lösung dieses Problems kommen können"⁴⁾. CC) Das moderne Rechtssystem wird bei L. seit einiger Zeit als "autopoietisch" gekennzeichnet. Dies ist ein Strukturmerkmal der basalen Operationsweise des modernen Rechtssystems, aber auch anderer funktional

1) Soweit ich im folgenden Variabilitätseinengungen des Systems selbst untersuche, komme ich auch auf Interventionen der Politik ins Rechtssystem zu sprechen, welche Interventionen allerdings wiederum durch die Struktur des Rechtssystems konditioniert werden.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 255 und vgl. N.L., "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", S. 13.

3) Man kann hier auch von Realitätssicht sprechen.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 350.

ausdifferenzierter Sozialsysteme wie Wirtschaft, Politik, Wissenschaft usw. . Man erfährt mittels dieses Konzepts etwas über die Realitätskonstrukte der jeweiligen Systeme. DD) Was den Entscheidungsprozeß, der am Ende in Gesetze mündet, selbst angeht, so finden sich bei L. Hinweise auf Methoden der Entscheidungsfindung, die er als pragmatische Stützen der Entscheidungsfindung jenseits moralischer oder metaphysischer Begriffe zu empfehlen scheint. Meine Analyse brachte hier insbesondere vier, teils bereits der modernen Gesetzgebungspraxis entnommene, Methoden zu Tage, die ich a) Folgenkontrolle, b) Reflexivität des Entscheidens, c) Orientierung an funktionalen Äquivalenten, und d) Orientierung an der Funktion des Rechts nennen möchte. All diesen Methoden ist gemeinsam, daß sie eine Welt von nicht vorgeordneten und daher beliebig vergleichbaren und wählbaren Möglichkeiten voraussetzen. Sie suchen in einer solchen Situation ohne Wiedereinführung metaphysischer Kriterien Entscheidungsmaßstäbe zu etablieren¹⁾.

AA) STRUKTUR, ORGANISATION UND ZUSAMMENWIRKEN VERSCHIEDENER VERFAHREN UND DIE KONDITIONIERUNG DER BELIEBIGKEIT VON ENTSCHEIDUNGEN : EINE NEUE THEORIE DER MACHTTEILUNG IN DER TRADITION DER GEWALTENTEILUNSTHEORIEN DER AUFKLÄRUNG ODER EIN MACHIAVELLI DER MODERNEN DEMOKRATIE? ODER DER EINFLUSS DER GESELLSCHAFTSSICHT DER POLITIK AUF DIE ENTSTEHUNG VON RECHTSENTSCHEIDUNGEN UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER EINSCHRÄNKUNGEN, DIE DIESE SICHT IN EINEM SOLCHEN SYSTEM VON VERFAHREN ERHÄLT.

Inwiefern konditionieren Verfahren die festgestellte 'vorausliegende' Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen?

Verfahren sind im modernen Rechtssystem die 'Einfallstellen' für sich ändernde gesellschaftliche Probleme, Bedürfnisse und Wünsche. L. sagt,

1) Die Frage nach der Funktion von etwas war beispielsweise, wie ich in Kapitel 1, 3) zeigte, eine noch mögliche Fragestellung bei einer Sicht, die Fragestellungen einer ontologischen Metaphysik ablehnt, weil sie kein Band zwischen Leben und der Gesellschaft für Kontingenz enthält. und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

sie seien Träger von "Kognitivität" ¹⁾. Sie sind Systemstrukturen und gleichzeitig wird bei L. das Einzelverfahren als System beschrieben. L. setzt nun gerade Verfahren explizit an die Stelle des 'einstmaligen' Naturrechts ²⁾: "Der Gedanke des rechtlich geordneten Verfahrens ersetzt, (...), nicht nur das Naturrecht, sondern auch die Hierarchie als statische Primärstruktur des politischen Systems" ³⁾. Damit treten bei L. insbesondere verfahrensmäßig geordnete politische Prozesse funktional an die Stelle des Naturrechts.

Aber nicht nur ersetzen sie das Naturrecht, sondern anscheinend auch den im traditionellen Positivismus im Zentrum stehenden Hierarchiedanken, nach dem Grund von Rechtsgeltung der staatliche Befehl war, dessen 'Legitimation' einer hierarchisch geordneten Machtstruktur entsprang. Es geht um eine Konditionierung von Beliebigkeit sozusagen jenseits von traditionell verstandenem Naturrecht und Rechtspositivismus ⁴⁾.

Auch wenn Verfahren diesbezüglich bei L. nur komplementäre Einrichtungen zu sein scheinen -- "Wenn Geltung beliebiger Rechtsinhalte allein auf Verfahren gestützt würde, so wäre das höchst instabil, wenn nicht komplementäre Institutionen und sehr komplexe Sicherungen hinzukommen" -- , so räumt ihnen L. dennoch einen zentralen Platz ein.

Ich möchte zuerst Verfahren im allgemeinen und dann einzelne Verfahren und deren Zusammenwirken betrachten.

Verfahren erscheinen dabei in einer zweifachen Rolle, sie konditionieren Beliebigkeit, ermöglichen diese aber zur gleichen Zeit erst. Das erklärt sich, wie ich bereits erwähnte, daraus, daß L. primär die Bedingungen untersucht, die erst Beliebigkeit ermöglichen, da deren Stabilisierung zunächst außergewöhnlich und prekär ist. Diese Bedingungen der Beliebigkeit, der metaphysischen Ungebundenheit von Rechtsentscheidungen bilden aber bei L. zugleich den Kontext der

1) Dies trifft zumindest 'potentiell' zu.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 246.

3) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 152.

4) Zur gleichen Zeit geht es um Fragen der Legitimation von Rechtsgeltung.

Konditionierung derselben Beliebigkeit (Sekundärimplikation). Ich wies in der Einleitung darauf hin, daß ich die L'sche Problemstellung so umformulierte, daß die Sekundärimplikation die zentrale Problemstellung der vorliegenden Arbeit wurde.

Verfahren als Träger von Beliebigkeit :

Wie ich in Kapitel 1 zeigte, differenziert sich das soziale System Recht über Verfahren aus. Die Ausdifferenzierung des Rechts bedeutete aber gerade die Lösung des Entscheidens aus einem Abhängigkeitsverhältnis naturrechtlicher Kontexte. Sie bedeutete eine Steigerung der Beliebigkeit des Treffens von Rechtsentscheidungen. Entscheidungen werden nicht mehr höheren Prinzipien, sondern den Verfahren des Systems selbst zugerechnet. Verfahren dienen daher sowohl der "funktionalen Verselbständigung" des Rechts¹⁾ als auch werden sie zugleich Zurechnungsmechanismen von Entscheidungen.

Verfahren stabilisieren Beliebigkeit, indem durch sie eine Erhöhung der "Selektivität" des Systems ermöglicht wird. Das bedeutet meiner Interpretation nach, daß sie eine höhere Leistungsfähigkeit des Entscheidungsapparats in bezug auf mehr und verschiedenartigere Entscheidungen ermöglichen. Sie rationalisieren den Entscheidungsprozeß. Die quantitative Steigerung von Variabilität führt bei L. zugleich qualitativ zu beliebiger Variabilität bzw. Kontingenz. Die erhöhte Variabilität des Systems korreliert freilich mit einer höheren Variabilität der Umwelt, die eine Selektivitätsverstärkung erst herausfordert. Das heißt, komplexere Lebensverhältnisse führen zu mehr und differenzierteren Rechtsstreitigkeiten, die nach Modi rationalerer Entscheidung drängen als auch zu mehr und differenzierteren Regelungsbedürfnissen, die eine rationalere Produktion von Entscheidungen erfordern.

Verfahren haben nun auch eine wichtige Funktion im Hinblick auf die Konditionierung von Beliebigkeit.

1) Kiehl, N. (1999), *Recht und Rechtswissenschaften*, S. 218. Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Allgemein, so scheint es bei L., wird durch die Differenzierung und Wiederverknüpfung einer Mehrheit von Verfahren ¹⁾ insofern Beliebigkeit konditioniert, als Verfahren bei einer Überzahl von Alternativen "Filterprozesse" darstellen ²⁾ und so eine Kanalisierung und Kontrolle gesellschaftlicher Einflüsse bewirken ³⁾; mit Interessenjurisprudenz habe das jedoch nichts zu tun. Was darunter im einzelnen zu verstehen ist, werde ich im folgenden verdeutlichen.

Um sofort zu Anfang einige Erwartungen, die beim Thema 'Begrenzung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen durch Verfahren' entstehen mögen, zu enttuschen, weise ich darauf hin, daß nach L. Verfahren nicht etwa Beliebigkeit ausschließen, weil sie zu einer 'richtigen Entscheidung' führen ⁴⁾. L. geht sogar so weit zu sagen, daß wesentlich sei, daß gerade auch unrichtige, in Verfahren erarbeitete Entscheidungen akzeptiert werden müssen ⁵⁾. Dies hänge mit der Notwendigkeit des Entscheidens in einem System zusammen, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme verantworten muß. Ein solches System wäre praktisch überfordert, wenn es noch die Richtigkeit der Entscheidung garantieren müßte ⁶⁾.

Die Theorie rechtlicher Verfahren, die L. entwickelt, hat ferner nichts mit dem juristischen Begriff des Verfahrens zu tun, sondern ist eine "soziologische Theorie des Verfahrens" ⁷⁾.

Sie setzt sich einerseits von einer Konzeption des Verfahrens ab, die den Bezug auf Wahrheit und Gerechtigkeit implizierte ⁸⁾, andererseits auch von einer traditionell positivistischen Verfahrenskonzeption beispielsweise eines Kelsen ⁹⁾.

1) N.L., aaO, S. 2.

2) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 169.

3) N.L., aaO, S. 64

4) N.L., aaO, S. 12, 60.

5) N.L., aaO, S. 20, 21.

6) N.L., aaO, S. 21.

7) N.L., aaO, S. 92.

8) N.L., aaO, S. 18, 19.

9) Kelsen führte Recht praktisch auf Verfahrensrecht zurück. Vgl.

ferner N.L., aaO, S. 22, 23

a. Allgemeine Strukturmerkmale von Verfahren¹⁾ und die Begrenzung von Beliebigkeit.

Verfahren zeichnen sich bei L. primär durch ihre AUTONOMIE aus. Diese besteht darin, daß a.) die in Verfahren Agierenden und Entscheidenden aus ihrem gewöhnlichen Rollenkontext gelöst sind²⁾ : Der Richter entscheidet als Richter und läßt seine privaten 'ressentiments' beiseite, der Parlamentarier abstrahiert von seinen privaten Interessen usw. (zumindest ist diese Vermutung an die jeweiligen Verfahrenspositionen geknüpft); ferner liegt die Autonomie des Verfahrens b.) darin, daß das konkrete Verfahren bzw. das konkrete Procedere im Verfahren jeweils seine "eigene Geschichte" hat³⁾ und damit eine "systemeigene Komplexität"⁴⁾ aufgebaut wird. Auf bestimmte individuelle Akte im Verfahren folgen andere individuelle Akte, die an die vorausgehenden anknüpfen müssen. Z.B. ist bei dem Verweis auf eine bestimmte Einrede des Schuldners nur noch ein numerus clausus bestimmter Repliken des Gläubigers möglich. Gewisse Dinge werden irreversibel, man legt sich fest. Dabei ist diese Festlegung aber jeweils eine individuelle; andere Verfahrensteilnehmer wählen andere Selbstfestlegungen. Komplexität wird somit Schritt für Schritt reduziert⁵⁾. Der dritte Aspekt der Autonomie des Verfahrens, der bei L. zudem besonders betont wird, ist c.) die Offenheit der Entscheidung. Das heißt, auch wenn sich die Entscheidungssituation über die Selbstfestlegung der Beteiligten und die damit erfolgende Annäherung an mögliche Rechtsfolgen zunehmend verdichtet, liegt die endgültige Entscheidung nicht von vornherein fest. Es ist von Anfang an ungewiß, welche Entscheidung zustande kommt, gewiß ist nur, daß eine Entscheidung zustande kommt⁶⁾. Typischerweise findet hier eine Absorption von Unsicherheit in selektiven Schritten statt.

1) Das betrifft sowohl die rechtssetzende Tätigkeit als auch Gerichtsverfahren.

2) N.L., aaO, S. 49,77.

3) N.L., aaO, S. 48,49.

4) N.L., aaO, S. 52.

5) N.L., aaO, S. 49,50.

6) Klein, Recht, 1980, S. 194ff Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Punkt c.) scheint einer der wichtigsten Punkte zu sein. Er hängt unmittelbar mit a.) und b.), der Rollentrennung und der individuellen Selbstfestlegung, zusammen. Daß die Entscheidung nicht schon im voraus festliegt, sondern unter Ungewißheit des Ausgangs erst ermittelt wird, ist insbesondere deshalb möglich, weil die Entscheidenden theoretisch nicht Einflußmomenten, die dem Rollenkontext entstammen, in den sie jenseits ihrer bloßen Entscheidungstätigkeit eingebettet sind, unterliegen, also nicht unter dem Druck von gesellschaftlichen Einflüssen stehen. Die Ungewißheit des Ausgangs erweitert allerdings zugleich den Spielraum für beliebige Entscheidungen.

Die Autonomie von Verfahren --und damit setzt sich L. vom traditionellen Positivismusverständnis, bei dem Recht im Grunde mit Gewalt identifiziert wird, ab-- bedeutet nun aber nicht nur ein potentiell unvoreingenommenes Entscheiden in einer von gesellschaftlichen Einflüssen neutralisierten Sphäre; sie bedeutet auch eine wachsende Unabhängigkeit des Rechts von Gewalt, als konkret ausgeübtem Zwang¹⁾. Das heißt nun allerdings nicht, daß damit in Verfahren ein unabhängiger, freier Bereich der Kommunikation geschaffen sei, aus welcher freien, insbesondere machtfreien Kommunikation ("ideale Diskursbedingungen") dann automatisch sozusagen ein wahres Diskursergebnis folgen soll²⁾. Vielmehr bekommt Gewalt bei L. mit der Durchführung solcher in Verfahren organisierter Entscheidungsprozesse einen anderen Stellenwert. Gewalt hat höchstens noch Symbolfunktion als ein Mittel der "Darstellung und nicht der Durchsetzung von Erwartungen"³⁾. Sie ist nicht "Mittel", sondern "Manifestation"⁴⁾.

1) Vgl. N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 26.

2) So aber J. Habermas. L. geht sogar soweit zu sagen: "Durch Kommunikation läßt sich kein Ziel erreichen".

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 108.

4) N.L., aaO, S. 109, was nach D. Zolo's Interpretation, *Complessità e democrazia*, S. 70,71, bedeutet, sie trage Entscheidungen, indem sie sie "motiviere". "Nel rapporto di potere --(che proprio per questo si differenzia dalla violenza fisica)-- la volontà del subordinato non viene sostituita o distorta, ma motivata."

Sie begleitet sozusagen wie ein unabwerfbarer Schatten das Recht¹⁾. In einer modernen Gesellschaft, in der Rechtsentscheidungen in organisierten Entscheidungsprozessen fallen, kann man selbst auf Gewalt als Darstellungsmittel mehr und mehr verzichten²⁾. Das Recht wird schließlich hauptsächlich durch Entscheidungsprozesse symbolisiert³⁾. Das schließt freilich nicht aus, daß physische Gewalt für die Durchsetzung des Rechts gegen widerstrebende Einzelne nötig bleibt. Aber die Rechtsordnung insgesamt ist nicht mehr direkt mit der Gewalt verbunden. Wenn bei L. daher Recht nicht mit Gewalt gleichzusetzen ist, so heiße das aber noch nicht, daß sich das Recht an Gebote der Humanität anpasse, vielmehr passe es sich der funktionalen Differenzierung an⁴⁾. Auch wenn Gewalt somit dennoch nicht verschwindet, sondern nur nicht mehr den Entscheidungsprozeß unmittelbar trägt, resultiert auch hieraus eine Freistellung der Entscheidungssituation von prdeterminierenden Einflüssen.

Verfahren sind nun, wie ich bereits andeutete, auch Filterprozesse, die Umweltdaten kanalisieren. Es liegt also in der je spezifischen Art ihres Einbezugs von Umwelt eine Chance der Konditionierung von beliebigen Rechtsentscheidungen, eine Richtung unter Umständen auf Gesellschaftsadäquanz, was immer das auch heißen mag.

Das wird klar, wenn man sich jetzt den einzelnen Verfahren zuwendet, nachdem ich oben den allgemeinen Charakter von Verfahren bei L. beleuchtet habe, was unter anderem auch zur Erörterung der Rolle von Gewalt bei der Abstützung verfahrensmäßiger Entscheidungsprozesse führte.

1) N.L., aaO, S. 110.

2) N.L., aaO, S. 113.

3) D. Zolo, aaO, S. 73 sagt diesem in den Hintergrundtreten von 'Gewalt' entsprechend : " L. pone al centro della sua riflessione non il rischio di un eccesso di potere, ma quello opposto di un deficit di potere(...)ci che appare oggi come il pericolo pi grave nelle societ industriali avanzate,(...) e piuttosto il 'troppo poco potere', e la perdita di funzioni del potere, la sua palese inefficacia e il suo declino."

4) N.L., aaO, S. 99. Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Es ist wieder bezeichnend, daß die Verarbeitung von Gesellschaftsinteressen oder, allgemeiner formuliert, von gesellschaftlichen Tatbeständen in Verfahren weder etwas mit einem 'soziologischen' Naturrecht zu tun hat, d.h. weder von einer Vorgegebenheit bestimmter gesellschaftlicher, werthafter Interessen ausgeht, noch mit einem positivistischen Standpunkt harmoniert, der einer beliebigen Berücksichtigung jeweiliger nach Machtkonstellationen sich durchsetzender Interessen entspräche.

b. Das Verfahren der politischen Wahl.

aa. Infolge noch zu beschreibender Charakteristika des Wahlmechanismus in modernen Demokratien werden in der Gesellschaft bestehende Interessenspektren nicht direkt ins Politiksystem (Parlament) vermittelt. Politische Fronten spiegeln damit sehr wahrscheinlich nicht zugleich gesellschaftliche Gegensätze wider¹⁾. Die Entscheidungssituation der Politik auf der Ebene parlamentarischer Entscheidungsprozesse erlangt insoweit eine gewisse Autonomie von gesellschaftlichen Einflüssen.

Im einzelnen geschieht das folgendermaßen : In der politischen Wahl werden bei L. freilich die Prinzipien einer freien politischen Wahl vorausgesetzt²⁾ : Allgemeinheit (Zugang zur Wahl für die gesamte Bevölkerung, mit Ausnahme Unmündiger und Entmündigter), Gleichheit (des Stimmgewichts), Geheimhaltung der Stimmabgabe. Diese Prinzipien interpretiert L. nicht im Hinblick etwa auf einen naturrechtlichen Gleichheitsgedanken³⁾, eine gleiche Teilnahme aller an der Staatsgewalt, sondern das Wesentliche hierbei sei, daß allen diesen Prinzipien die "Abstraktion und Individualisierung einer Rolle des Wählers zugrunde liegt"⁴⁾, was soviel wie ihre Ablösung von anderen gesellschaftlichen Rollen und Bindungen bedeutet. Das Handeln des Wählers braucht in anderen Rollenkontexten, in denen er sich

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 248.

2) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 159.

3) Vgl. N.L., aaO, S. 159.

4) N.L., aaO, S. 159.

normalerweise befindet, nicht verantwortet zu werden und kann daher dort auch nicht Gegenstand ernsthafter Konflikte werden. Es werde insofern "freigestellt"¹⁾. Daß das Verhalten des Einzelwählers sich somit zumindest potentiell nicht in je schon in der Gesellschaft bestehende große Konfliktsfronten bzw. Interessengruppen einordnen muß, denen dieser Einzelwähler in anderen als der Wählerrolle angehört, bedeutet daß er frei ist, sich von einer ganz persönlichen Motivation bestimmen zu lassen. Gesellschaftliche Fronten spiegeln sich infolgedessen höchst wahrscheinlich nicht direkt im Parlament wider. "Der Wahlmechanismus als solcher vermittelt keine Ungleichheiten ins System, (...) Ungleichheiten sind jedenfalls damit (...) nicht in strukturellen Verflechtungen der Gesellschaft verankert."²⁾ Die wichtige Folge ist, daß der politische Entscheidungskontext auf diese Weise eine autonome Position gegenüber der Gesellschaft erlangen kann³⁾.

Der in der politischen Wahl zugelassene Kommunikationsakt sei ferner auf die Abgabe der Stimme für einen Kandidaten bzw. eine Liste, also auf "den Ausdruck politischer Unterstützung in hochgeneralisierter Form" beschränkt⁴⁾. Dies bewirke, daß die politische Wahl sich gar nicht für den direkten Ausdruck spezifischer Interessen eignet, da mit der Wahl eines Kandidaten oder einer Liste nur ein Pauschalprogramm akzeptiert wird. Da insbesondere in modernen, komplexen Gesellschaften Konfliktsthemen ferner überzählich sind, können die jeweiligen konkreten Interessenkonstellationen über solche Pauschalprogramme auch gar nicht erst zum Ausdruck gebracht werden⁵⁾. Es ist daher typisch, daß z.B. entgegengesetzte Interessen den gleichen Kandidaten oder die gleiche Liste stützen⁶⁾. Auch deshalb werden daher konkrete gesellschaftliche Interessenkonstellationen nicht direkt ins politische System hinein vermittelt. Man kann dies nun so sehen : Daß durch "ein (solches) stark generalisiertes Tauschverhältnis, nämlich durch global

1) N.L., aaO, S. 169.

2) N.L., aaO, S. 171, 172.

3) N.L., aaO, S. 160.

4) N.L., aaO, S. 165.

5) Vgl. N.L., aaO, S. 162, 163.

6) N. Luhmann, *Die Reduktion der Komplexität* (1990), S. 198. Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

gewährte Unterstützung¹⁾ die Politik in eine autonome Entscheidungssituation katapultiert wird, liegt im Grunde daran, daß der Wähler auf der "Kontaktbahn der Wahl" nur minimalen und nicht ausbaufähigen Einfluß auf die Politik hat²⁾. Der Einfluß auf das politische System wird über die Wahl daher nicht gefördert, sondern im Gegenteil neutralisiert bzw. zumindest zersplittert³⁾. Damit sei im politischen System eine Innendifferenzierung als Trennung des Prozesses der politischen Wahl (die Rekrutierung politischer Unterstützung bedeutet) und der Interessendarstellung im Parlament konstituiert⁴⁾. Ein konkreter Tausch, so L.⁵⁾, von Interessenförderung gegen politische Unterstützung sei so zumindest erschwert.

Was besagt dies nun für konkrete Richtlinien einer positiven Rechtspolitik?

Da bei einer nur indirekten Vermittlung von Interessen ins Parlament eine spezifische Interessenbindung apriori nicht besteht, sind politische Fronten im Parlament in der Lage, wechselnde und auch gegensätzliche Interessen widerzuspiegeln⁶⁾, bzw. bei der politischen Rechtssetzung kann eine unbestimmte Vielzahl von Interessen frei gegeneinander ausbalanciert werden. Daraus folgt die Möglichkeit eines, wie L. sagt, "opportunistischen Verfahrens mit Werten"⁷⁾, was, interpretiert man es 'positiv', die Möglichkeit einer 'pluralistischen Rechtspolitik' eröffnet. L. sagt⁸⁾, daß damit Interessen so befriedigt würden, daß dies einem breiten Konsens entspräche. Im Parlament selbst ist ein Konsens über bestimmte Wertgrundlagen für die Produktion von Entscheidungen nicht mehr nötig⁹⁾ (freilich nicht

1) N.L., aaO, S. 166.

2) N.L., aaO, S. 166.

3) Vgl. N.L., aaO, S. 164.

4) L., N.L., aaO, S. 164, nimmt hier Bezug auf D. Easton's und G. Almond's Trennung von "supports" und "demands".

5) N.L., aaO, S. 165, 166.

6) N.L., Rechtssoziologie, S. 248.

7) N.L., aaO, S. 248.

8) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 181.

9) N.L., Rechtssoziologie, S. 248.

ausgeschlossen), da sich Entscheidungen auf diese Weise an fluktuierenden Interessen und fluktuierenden Konsenschancen orientieren. Spricht man bei einer pluralistischen Rechtspolitik dennoch von Werten, so gibt es jedenfalls weder absolute, unveränderliche Werte noch eine 'Werthierarchie', es finden in ihr gerade ständig wechselnde und auch sich widersprechende Werte Berücksichtigung; das bedeutet u.a., man kann bestimmte Werte von Fall zu Fall zurücksetzen¹⁾.

Eine solche pluralistische Interessenberücksichtigung geschieht nun allerdings nicht automatisch. Die Autonomie des Politiksystems muß durch "verdichtete Kommunikationsleistungen" ausbalanciert werden²⁾. Diese verdichteten Kommunikationsleistungen kann man als erhöhten Umweltkontakt bzw. erhöhte Kognitivität des Systems in bezug auf Gesellschaftstatsachen beschreiben³⁾. Da nun keine Interessen apriori überwiegen, und deshalb nach L. eine hochkomplexe, weil offene Entscheidungssituation besteht⁴⁾, bei der man gezwungen ist, mit unzureichenden Informationen zu entscheiden, ist das Politiksystem im übrigen stark von zufällig eingehenden Informationen abhängig. Es handelt sich dabei unter anderem um vorformulierte Entscheidungsbeiträge der Umwelt⁵⁾, die in manchen Fällen zur Selbstbindung des Gesetzgebers in formal illegalen Vereinbarungen mit Interessenvertretern führen können⁶⁾. Damit ist das Gesellschaftssystem über offizielle

1) Daß hier ein in der modernen Rechtspraxis gängiger Reflexionsstil beschrieben wird, kann man z.B. an K.H. Ladeur's Beschreibung der "Abwägungsrechtsprechung" des Bundesverfassungsgerichts sehen; K.H. Ladeur, "Perspektiven einer postmodernen Rechtstheorie", S. 422,423 und " 'Abwägung' - ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse", S. 471-475.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 250. Überall trifft man bei L. auf Probleme gleicher Grundstruktur. Dies ist meiner Ansicht nach ein strukturell paralleles Problem zum Problem, die autopoietische Geschlossenheit mit der gleichzeitigen Offenheit des Systems zu vereinbaren.

3) Das bedeutet dann in einem weiteren Schritt in N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 161 : "Mit der Unabhängigkeit der Politik wächst auch ihre Abhängigkeit von der Gesellschaft".

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 244.

5) N.L., aaO, S. 240,241.

6) Niklas Luhmann (1984) Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

oder inoffizielle Kontaktsysteme die Hauptquelle für Informationen, Pressionen und Normierungsanregungen¹⁾. Entscheidungen orientieren sich hier daher primär an Zufällen und teils gar an illegalen Vereinbarungen. Aber auch über zufällige Normierungsanregungen können Gesellschaftsanliegen in Rechtsentscheidungen zur Geltung kommen.

Die Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen beruht, so kann man hier zusammenfassend und bewertend feststellen, darauf, daß gesellschaftliche Interessen aufgrund der Struktur der politischen Wahl nur indirekt ins Parlament vermittelt werden.²⁾ Damit wird in der Politik (im rechtssetzenden Politiksystem) über die Schaffung einer unvoreingenommenen, da von gesellschaftlichen Einflüssen neutralisierten, Entscheidungssituation, eine pluralistische Interessenberücksichtigung möglich, bei der auch gegensätzliche Interessen zur Geltung kommen können. Ob dies sich dann auch in einer entsprechenden pluralistischen Rechtspolitik auswirkt, die auf eine möglichst breite Interessenbefriedigung zielt, oder vielmehr inoffizielle 'Tauschgeschäfte' mit spezifischen Interessengruppen stattfinden, das ist allerdings eine andere Frage und mit der Schaffung der Bedingungen der Möglichkeit der Neutralität der Politik noch nicht garantiert.

Ebenso wie bei der Besprechung allgemeiner Merkmale von Verfahren ist die Unvoreingenommenheit der Entscheidenden und die Offenheit der Entscheidungssituation zugleich wieder eine Bedingung für die Beliebigkeit von Entscheidungen. Die hohe Offenheit der Entscheidungssituation der Politik bedeutet ebenso ein Erhalten von Komplexität und damit auch eine Stabilisierung höherer Variabilität.

Das bedeutet bei L. aber wiederum 'im Positiven', daß sich das politische System besser den rasch fluktuierenden Bedürfnissen der Gesellschaft anpassen kann. Eine breite Interessenbefriedigung ist in dynamisch sich wandelnden Gesellschaften nur bei einer nicht für bestimmte Interessen voreingenommenen Politik und einer hohen

1) N.L., aaO, S. 244.

2) ~~Dem entspricht auch die Figur des fehlenden "imperativen Mandats".~~
Kienkrantz, Ina Schab (2009), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann: Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Flexibilität von Entscheidungen möglich. Die Beliebigkeit des Rechts wird insofern bei L. zu einer unverzichtbaren Bedingung der Variabilität des Rechts im Rhythmus mit den sich wandelnden gesellschaftlichen Verhältnissen bzw. seiner 'Gesellschaftsadäquanz'.

Damit ist Beliebigkeit die Voraussetzung von Nichtbeliebigkeit; beide beruhen ferner auf den gleichen Voraussetzungen und beide bedeuten daher das gleiche : Unvoreingenommenheit, Neutralität, Nichtvorherbestimmtheit. Und nur wenn Nichtbeliebigkeit zugleich Beliebigkeit bedeutet, kann eine breite Interessenbefriedigung mit einer Befriedigung ständig wechselnder Interessenkonstellationen verbunden werden.

Nicht ist damit schon ein befriedigendes Resultat garantiert, insbesondere fehlen Kriterien der Werthaftigkeit bestimmter Interessen. Befriedigende Resultate sind bei L. allerdings auch nicht apriori spezifizierbar, da dies mit der Offenheit der Entscheidungssituation inkompatibel wäre. Allerdings könnte es meiner Ansicht nach wahrscheinlicher sein, daß befriedigende Resultate in einer Situation der Unvoreingenommenheit erzielt werden (was immer das auch heißen mag).

bb. Befriedigende Resultate bedürfen allerdings dennoch komplementärer Sicherungsmechanismen. Als solchen kann man den mit der politischen Wahl institutionalisierten Wechsel der Macht ansehen. Er zwingt den Gesetzgeber, sich an den jeweiligen Bedürfnissen einer breiten Wählerschaft und so der Gesellschaft insgesamt zu orientieren, das heißt, nicht schwerpunktmäßig auf einzelne Interessen und pressure-groups einzugehen, da hiervon die Wiederwahl abhängt. Was man Parlamentariern 'normalerweise' vorwerfen würde, ihnen gehe es nur um das Sammeln von Wählerstimmen, erweist sich bei L., so scheint es, gerade als Positivum, da hierüber Gesellschaftsinteressen kanalisiert werden, im Sinne der Berücksichtigung breitester Interessenspektren.

Bei aa. und bb. ist nun auffällig, daß L. Punkte, die bislang als 'negativ' bewertet werden, auf positive Funktionen hin untersucht. Das gilt nicht nur für das Verhalten von Politikern, die sich an Wählerstimmen und so einem möglichen Machtzuwachs orientieren

--systemtheoretisch/kybernetisch ausgedrückt, spricht L. hier vom politischen System, dessen Code 'Macht' ist¹⁾ --, sondern trifft bereits für den oben angesprochenen Wählereinfluß zu, der so indirekt ist, daß er bereits als fraglich angesehen werden kann. L. hält diese Machtlosigkeit der Wähler für ein positives Moment, das der Politik in eine autonome Entscheidungssituation verhilft, während traditionelle Demokratietheorien dies als 'Negativum' verbuchen, da sie sich bei einer 'freien politischen Wahl' eine möglichst der Gesellschaft entsprechende Interessenspiegelung im Parlament erhoffen. Diese Demokratietheorien, die sich auf eine relativ direkte Wirkung von Partizipation stützen, verkennen aber nach L. das Wesentliche : "Die Komplexität der Vermittlung zwischen dem konzidierten Einfluß und der zu akzeptierenden Entscheidung²⁾". Damit ändert sich, wie auch D. Zolo feststellt³⁾, bei L. freilich auch der Begriff der Demokratie in der heutigen Zeit. Demokratie hat keinen 'Repräsentationswert' mehr und keinen Wert mehr an und für sich, sondern ist nurmehr eine Form der Organisation einer bestimmten Komplexität und Autonomie des Entscheidens auf der Ebene des rechtssetzenden Politiksystems. "Democrazia(...)può soltanto significare reversibilità delle prestazioni selettive del processo decisionale, mantenimento di un ambito selettivo il più ampio possibile per decisioni sempre nuove e diverse, conservazione della complessità sociale nonostante la continua attività decisionale, che tende a ridurre drasticamente il vantaggio delle possibilità."⁴⁾

1) N.L., Ökologische Kommunikation, S. 169.

2) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 167.

3) D. Zolo, Complessità e democrazia, S. 82 und "Un confronto sul futuro della democrazia. Domande a Niklas Luhmann", S. 569-572.

Bereits bei J. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, S. 428 ist der Demokratiebegriff nicht mehr auf den Repräsentationsgedanken bezogen und nurmehr eine Form der Konstitution und Organisation politischer Macht. Eine demokratische Ordnung ist nach ihm "diejenige Ordnung zur Erreichung politischer Entscheidungen, bei welcher einzelne die Entscheidungsbefugnis vermittles eines Konkurrenzkampfes um die Stimmen des Volkes erwerben".

4) Vgl. D. Zolo, Complessità e democrazia, S. 82.

c. Das Verfahren der Gesetzgebung unter dem Gesichtspunkt der Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen :

Auf der Ebene der Gesetzgebung handelt es sich um eine übermäßig komplexe, da offene Entscheidungssituation. L. benutzt hier den Terminus "unprogrammiertes Entscheiden", das seinerseits Entscheidungen von Rechtsprechung und Verwaltung programmiert¹⁾.

Das Verfahren selbst allerdings ist nicht identisch mit dem Entscheidungsprozeß²⁾. Gesetzesentscheidungen kommen nach L. vielmehr hauptsächlich durch "Abmachungen zwischen politisch relevanten Kräften außerhalb des förmlichen Verfahrens zustande"³⁾, so daß im letzteren nurmehr eine symbolische Darstellung längst getroffener Entscheidungen erfolgt. Dennoch konditionieren gerade Kennzeichen des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens, die teils auch dessen reales Kontakt- und Informationsumfeld betreffen, den Entscheidungsprozeß.

aa. Ein erstes in diesem Zusammenhang relevantes Kriterium scheint bei L. das im Gesetzgebungsverfahren geltende "Mehrheitsprinzip" in Verbindung mit dem Prinzip der "Machtsummenkonstanz" zu sein, deren Funktion L. in einer "Transformation politischer Macht" sieht⁴⁾. Machtrelationen würden durch diese Prinzipien überseh- und kalkulierbar⁵⁾, da die Summe entscheidungswirksamer Macht konstant bleibe, insofern als sich die Machtmenge im System nicht ändere, sondern nur die Machtverteilung : der Machtgewinn des einen bedeutet jeweils einen Machtverlust beim Gegner⁶⁾.

Letztendlich folgt diese Beschränkung von Beliebigkeit aus der demokratischen Rekrutierung des Parlaments⁷⁾, die Entscheidungsbefugnisse auf a) eine bestimmte Anzahl, b) auf Regierungspartei und Opposition verteilt.

1) N.L., aaO, S. 181.

2) N.L., aaO, S. 174.

3) N.L., aaO, S. 174.

4) N.L., aaO, S. 176.

5) N.L., aaO, S. 177.

6) N.L., aaO, S. 177.

7) N.L., aaO, S. 177. Kleinknecht, Nateschke (1989) Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute

bb. Ferner wird die unbestimmte und übermäßig beziehungsreiche Entscheidungssituation, in der sich der Gesetzgeber befindet, bei L. durch einige weitere Mechanismen konditioniert, die (ebenfalls) "gemessen an den offiziellen Zielen der Institution als unwesentlich oder gar negativ erscheinen"¹⁾. So nennt L. unter anderem das Konkurrieren von Meinungen, auf das man sich im förmlichen Verfahren einstellen muß, das in Wahrscheinlichkeiten für Konsens und Dissens aufgelöst werde²⁾.

Wenn das, wie nach L's Ansicht, nichts mit der 'Suche nach Wahrheit' zu tun hat, wird hier meiner Ansicht nach zunächst einmal auf relativ beliebige Weise eine offene Situation über primär opportunistische Überlegungen strukturiert. Es kann damit allerdings dennoch insofern eine faktische Brechung von Entscheidungsmacht verbunden sein, als niemand mehr unumschränkt machen kann, was er will, sondern Bedingung seiner Entschlüsse jeweils die anderen bzw. die erwarteten Erwartungen der anderen werden.

cc. Ferner bilden sogenannte "informale Kontaktsysteme"³⁾ eine Orientierung von Entscheidungen. Darunter fallen nach L. gute persönliche Beziehungen, die Ausstrahlungskraft einzelner Persönlichkeiten, vorstellbar sind hier meiner Ansicht nach auch illegale Abmachungen zwischen Politikern und Interessenvertretern. Auch hierunter kann man sich hauptsächlich opportunistische Erwägungen als Richtlinie vorstellen, in einem Feld des Ausgleichs und Austausches von Kräften.

dd. Ferner konditioniere diese Offenheit, so L., daß man sich an Selbstdarstellungen der jeweiligen im Verfahren Auftretenden halten könne. Man nehme an, daß an Darstellungen konsistent festgehalten werde und niemand also ständig seine Meinung ändere. Damit ist meiner Ansicht nach allerdings überhaupt erst eine Debatte durch klargestellte Anschlußmöglichkeiten gewährleistet.

1) N.L., aaO, S. 185.

2) N.L., aaO, S. 186, 187.

3) N.L., aaO, S. 185, 187.

ee. Eine weitere Konditionierung der Situation der Offenheit erfolgt durch ein Sich-Verlassen auf schon verarbeitete, verdichtete Informationen von 'außen', von Verwaltung, lokalen Parteinstanzen, Presse usw.¹⁾.

Das sind ebenfalls faktische Eingänge, die zudem zufällig sind, aber immerhin zur Berücksichtigung bestimmter Gesellschaftsanliegen führen. Je unterschiedlicher die Informationskanäle sind, desto eher wäre die Berücksichtigung eines möglichst breiten Interessenspektrums gewährleistet.

ff. Ferner sieht L. die Trennung von Legislative und Ministerien als einen Faktor der Konditionierung dieser offenen Entscheidungssituation. Diese Trennung erlege den Ministerien bei der Unterbreitung von Gesetzesvorlagen Zurückhaltung auf, "da man nie weiß, was das Parlament daraus macht"²⁾. Die Spitze der Exekutive hat erstens über die Möglichkeit von Vorlagen nur indirekten Zugang zum Entscheidungsprozeß. Bei L. wird aber dieser indirekte Zugang nochmals durch die Vorsicht abgeschwächt, die sich die Ministerien aufgrund opportunistischer Überlegungen selbst bei ihren Vorlagen auferlegen, so daß hier über den traditionellen Gewaltenteilungsgrundsatz hinaus eine weitere Brechung von Macht stattfindet.

gg. Die Öffentlichkeit bestimmter Stationen des Verfahrens sieht L. hingegen nur teilweise als beliebigkeitsbegrenzend an³⁾. Denn neben diesen öffentlichen Stationen gibt es nicht-öffentliche Stationen, z.B. die Arbeit in Ausschüssen oder auch im Kabinett, wo im Grunde die eigentlichen Entscheidungen getroffen werden. Dort ist die Verwendung unerlaubter Motive möglich, das Eingehen auf Pressionen und Tauschangebote. L. bezeichnet das als Trennung der "Herstellung" von der "Darstellung" der Entscheidungen. Dennoch sei die Plenarsitzung daneben nicht funktionslos. Die Öffentlichkeit zwingt hier zumindest das zuvor unter Umständen unter unerlaubten Motiven Erarbeitete jetzt der öffentlichen Kritik auszusetzen und diesmal 'erlaubte'

1) N.L., aaO, S. 188.

2) N.L., aaO, S. 188.

3) Kleinkecht, aaO S. 198, 199. Position des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Entscheidungsgründe mitdarzustellen. Es müssen sozusagen gute Gründe auch für schlechte Gründe gefunden werden. Die Öffentlichkeit der Plenarsitzung erlaube ferner ein fortgesetzt mögliches Miterleben der Produktion von Entscheidungen¹⁾.

In einer zusammenfassenden Bewertung der Rolle des Wahl- und des Gesetzgebungsverfahrens kann man sagen : Beliebigkeit wird dadurch konditioniert, daß alles, was entschieden wird, "als Ergebnis eines Verfahrens dargestellt und begründet werden muß"²⁾. Hierin liegt eine Brechung von Macht. Im einzelnen stellt sie sich als vielfache Splitterung von Einflüssen dar, von Einflüssen der Gesellschaft auf das rechtssetzende Politiksystem (Parlament), von Einflüssen der Ministerien auf das Parlament, von Einflüssen innerhalb des Parlaments, usw. .

Man könnte L. in der Tradition der Gewaltenteilungstheorien der Aufklärung sehen. Wie L.'s Theorie von Verfahren suchten die klassischen Gewaltenteilungstheorien die Beschränkung eines beliebigen Machtgebrauchs nicht in höchsten Werten, sondern beschränkten Macht (faktisch) durch Macht. Allerdings waren diese Theorien erstens relativ einfach strukturiert. In der Moderne fanden sie ihre Fortsetzung in komplizierteren Gewaltenverschränkungstheorien, die das traditionelle Konzept klarer Trennung von Gewalten relativieren und in vielfache Überschneidungen aufteilen, es aber sozusagen als Grundsatz mit Ausnahmen beibehalten. Zweitens handelt es sich bei L. um empirisch ermittelte, zudem subtilere, faktische Brechungen von Macht, die nicht wie die betreffenden Gewaltenteilungstheorien auf einem vorentworfenen Konzept beruhen, sondern oftmals latente, und das heißt gerade nicht beabsichtigte, strukturell kreierte Brechungen von Macht sind. Und dies drittens im Rahmen einer Mehrzahl von zusammenwirkenden Verfahren und nicht primär als Ausbalancierung von drei Staatsfunktionen. Soweit diese Machtbrechungen nicht absichtlich konzipiert sind, sind sie bei L. oftmals gerade ein positiver Nebeneffekt eines an sich offiziell nicht

1) N.L., aaO, S. 195.

2) N.L., *Kleinrecht, Staat und Gesellschaft* (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

gebilligten Verhaltens oder negativ bewerteten Sachverhaltes. Dies läßt die L'sche Theorie zunächst 'skandalös' erscheinen.

Die politische Wahl, die unter den geschilderten 'Einflußbrechungen' meiner Ansicht nach bei L. einen zentralen Platz einnimmt, und die mit hoher Wahrscheinlichkeit verhindert, daß die Parlamentszusammensetzung je schon in der Gesellschaft bestehende Interessenfronten widerspiegelt, ermöglicht im Zusammenhang mit einem institutionalisierten Machtwechsel eine Gesetzgebung, die breitesten Interessenspektren Rechnung trägt. Man kann sogar sagen, daß im Mechanismus der Wahl der Wert der Gleichheit zum Ausdruck kommt : Die Wahl bereits schaffe, so L., eine Basis der Gleichheit¹⁾, da jeder Wähler sich von einer ganz persönlichen Motivation, frei von Interessen- und Rollenkontexten, in die er normalerweise eingebunden ist, bestimmen lassen kann. Die damit nur indirekte Interessenvermittlung bewirkt darüberhinaus die Möglichkeit einer neutralen Gleichbehandlung von Interessen im Parlament. Dennoch ist Gleichheit bei L. kein Wert, sondern ein "Strukturprinzip"²⁾, "das Rollentrennung gegenüber der Umwelt und hohe Offenheit und Variabilität im System selbst zu erreichen sucht"³⁾.

Sieht man in dem obigen L'schen Strukturprinzip also nicht den Ausdruck eines Wertes, den es sozusagen um seiner selbst willen zu verwirklichen gälte, so könnte man dennoch die Möglichkeit der Berücksichtigung möglichst breiter gesellschaftlicher Interessenspektren im Sinne einer pluralistischen Rechtspolitik eines "humanitären Positivismus" interpretieren, der etwa so lautet : Wenn alle Normen willkürlich sind, warum sollte man dann nicht tolerant sein ?⁴⁾ Und hieran anknüpfend kann man sich fragen, inwiefern hier nicht ein L'sches Plädoyer für die Demokratie vorliegt.

1) N.L., aaO, S. 172 : "Der Wahlmechanismus gibt dem Prinzip der Gleichheit einen prominenten Platz an der Basis des Prozesses der politischen Rekrutierung."

2) N.L.,aaO, S. 198.

3) N.L.,aaO, S. 198.

4) Vgl. die Beschreibung eines solchen Standpunktes bei K.Popper, Die offene Gesellschaft, Bd. 1, S. 109.

Gerade H. Kelsen, der davon überzeugt war, daß der Wertrelativismus ein wesentlicher Bestandteil des demokratischen Weltbildes sei, und daß er zum Toleranzpostulat führt¹⁾, plädierte für ein 'weltgeschichtliches prae' der Demokratie, die durch partielle und temporäre Rückschläge nichts von ihrer Überlegenheit verlöre²⁾. Auch wenn für H. Kelsen Recht ein Mittel zu letztlich beliebigen Zwecken war³⁾, gab er doch eine 'Begrenzung von Beliebigkeit' zu, die er im weltgeschichtlichen Vorrang dieser Staatsform und dem ihr immanenten Toleranzpostulat zu sehen schien (das entspricht einer Union von Positivismus und Demokratie). Beim L'schen Wertrelativismus scheint ebenfalls Demokratie Hand in Hand mit der Positivität des Rechts zu gehen⁴⁾, dessen Beliebigkeit gerade durch das Zusammenwirken demokratisch organisierter bzw. institutionalisierter Verfahren begrenzt wird. Bei L. allerdings erscheinen Demokratie und deren Vorteile (etwa eine pluralistische Rechtspolitik) nicht als Ausdruck eines Toleranzpostulats, und so doch wieder unter dem Blickwinkel einer gewissen Werthaftigkeit, sondern beruhen nurmehr auf der faktischen Struktur des Systems. Ob werthaft oder nicht, die von L. beschriebene verfahrensmäßige Struktur westlicher, moderner Rechtssysteme konditioniert zumindest potentiell die Beliebigkeit von Entscheidungen.

Aber nicht die faktische Struktur des Systems allein führt zu einer pluralistischen Rechtspolitik, wäre die gesellschaftliche Umwelt, insbesondere die Struktur der Interessen nicht entsprechend

1) O. Weinberger über H. Kelsen, "Ideologiekritik und Demokratietheorie bei H. Kelsen", S. 512.

2) H. Kelsen, Das Problem des Parlamentarismus, S. 42 : "Die Demokratie wird sich immer wieder gegen die Diktatur durchsetzen".

3) H. Kelsen, "The Law as a Specific Social Technique", S. 80 : "And law is a means, a specific social means, not an end." Vgl. ferner insbesondere N. Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, S. 125, der gerade bei Kelsen (genauer bei dessen Verteidigung) auf die Verbindung von Positivismus mit dem Demokratieprinzip hinweist : "Non vedo come si possa gettar l'anatema sul positivismo giuridico in nome dei valori della democrazia". Diese Auffassung vertritt Bobbio ferner auch selbst. Er sieht den Positivismus primär als "etica della legalità, della pace, delle certezze" (S. 125).

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 261.

differenziert¹⁾.

Damit ist allerdings ein hoher Komplexitätsgrad der Gesellschaft, als hoher Grad ihrer Differenziertheit, der grundlegendste Punkt einer zumindest potentiellen Garantie für den Ausschluß von Willkür bei vorausliegender Kontingenz. Denn gerade dies führt erst, wie ich in Kapitel 1 zeigte, zur Ermöglichung von Verfahren, die wiederum nur im Zusammenhang mit dieser Differenziertheit der Gesellschaft eine pluralistische Interessenberücksichtigung ermöglichen.²⁾

Diese größtmögliche Differenziertheit, die sich hier als möglichst pluralistische Interessenstruktur der Gesellschaft verbunden mit einem System ineinanderwirkender, autonomer Entscheidungssphären präsentiert, erscheint somit, wenn auch nicht als Wert an sich, so doch als Voraussetzung der L'schen Konzeption der Konditionierung (und gleichzeitig Erhaltung) der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen.

Bis hierhin habe ich mich damit befaßt, wie das Wahlverfahren und das Gesetzgebungsverfahren Beliebigkeit konditionieren. L. widmet ein umfangreiches Kapitel in "Legitimation durch Verfahren" dem Gerichtsverfahren. Im Vorigen kam ich mehrmals auch auf das Gerichtsverfahren zu sprechen. Das Gerichtsverfahren ist aber für meine Fragestellung der Konditionierung einer Rechtspolitik bei vorausliegender Kontingenz von geringerer Bedeutung. Die Tätigkeit der Rechtsprechung wäre in dieser Hinsicht nur insofern interessant, als auch Richter rechtsbildend tätig werden und man so von Rechtspolitik der Richter sprechen kann. Das Kapitel über das Verfahren vor Gericht unterscheidet allerdings nicht die bloß rechtsanwendende von der kreativen Tätigkeit des Richters. Vielmehr ist dies Kapitel eine besonders exemplarische Schilderung der allgemeinen Kennzeichen des Verfahrens³⁾. L. hebt auch hier insbesondere die neutrale Rolle des

1) Vgl. N.L., aaO, S. 162, bzw. S. 198, 199: "Werte und Interessen in der Gesellschaft müssen so stark differenziert sein, daß sich in der Politik eine opportunistische Wunscherfüllung organisieren läßt".

2) L. in N.L., Rechtssoziologie, S. 17 sagt explizit, daß (letztlich) dadurch persönliche Willkür der Rechtshandhabung ausgeschlossen werde.

3) Vgl. N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 135.

Richters und der Parteien im Verfahren hervor, die dadurch erzeugt wird, daß allen im Verfahren bestimmte Rollen zugewiesen werden, die sich von ihrem normalen gesellschaftlichen Rollenkontext unterscheiden¹⁾.

Dadurch entsteht eine autonome Entscheidungssituation, mit der aber gerade noch nicht schon 'richtige' Entscheidungen garantiert sind²⁾.

Wie zuvor ergibt sich eine Kontrolle willkürlichen richterlichen Entscheidens nur in Korrelation mit einer bestimmten (u.a. institutionellen) Differenziertheit der sozialen Umwelt : Wenn z.B. eine einzige Stelle, etwa eine politische Zentrale, sowohl die rechtlichen, als auch faktische Informationen kontrolliert, die dem Gericht vorgetragen werden, ist keine Autonomie gerichtlicher Entscheidung mehr garantiert³⁾.

d. Im Anschluß an die Behandlung der Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen durch Verfahren im allgemeinen und durch einzelne Verfahren möchte ich jetzt die Konditionierung von Beliebigkeit durch das spezifische Zusammenwirken bzw. die Differenzierung mehrerer Verfahren untersuchen :

Dabei handelt es sich vor allem um die Differenzierung von programmierenden (Gesetzgebung), die sich an "Zwecken" orientieren und programmierten (Rechtsprechung) Verfahren, die sich an "Konditionalprogrammen" orientieren.

Auch die Figur der beschriebenen Differenzierung in Rechtsprechung und Gesetzgebung hat einen ambivalenten Status, da über diese Differenzierung zugleich erst Bedingungen der beliebigen Variabilität des Rechts geschaffen werden.

Dies geschieht durch die mit dieser Trennung verbundene "Selektivitätsverstärkung" (was meiner Ansicht nach als Erhöhung der Entscheidungskapazität übersetzt werden kann : Mehr und

1) N.L., aaO, S. 67.

2) N.L., aaO, S. 82.

3) Vgl. N.L., aaO, S.72,73.

unterschiedlichere Entscheidungen können getroffen werden, was bei L. auch zu beliebigeren Entscheidungen führt). Höhere Selektivität setzt a) eine höhere Konsistenz und innere Ordnung des Systems und b) eine Erhöhung des Potentials für Informationsverarbeitung voraus; a) und b) bewirken, daß dem System mehr Optionen bzw. mehr Variationsmöglichkeiten in einer komplexen Umwelt offenstehen.

Um zu verstehen, wie eine Selektivitätsverstärkung durch die Differenzierung von Verfahren erreicht wird, ist es zunächst erforderlich zu wissen, was Konditional- und Zweckprogramme sind. Nach L. entscheiden die Richter nach Konditionalprogrammen: Wenn folgender Tatbestand vorliegt, dann gilt folgende Rechtsfolge. Dieser Entscheidungsvorgang ist nach L. so vorgezeichnet, daß er einer Kontrolle durch Kriterien zugänglich ist¹⁾. Bei Zweckprogrammen ist das nicht der Fall. Darin liegt der Hauptunterschied, weshalb zweckprogrammiertes Entscheiden von L. gerade auch unprogrammiertes Entscheiden genannt wird. Das bedeutet nichts anderes, als daß die Legislative auch über ihre eigenen Prämissen entscheiden kann. Selektivität wird nun dadurch verstärkt, daß die Legislative sich exklusiv unprogrammiertes Entscheiden erlauben kann. Da unprogrammiertes Entscheiden beliebiges Entscheiden bedeutet, kann die Legislative so viele Informationen aus der Umwelt aufnehmen und verarbeiten, wie sie möchte²⁾; das ist dem programmierten Entscheiden versagt. Die Legislative kann "Änderungsanlässe abwägen, die für den Richter undiskutierbar wären"³⁾. Somit kann man sich in einem Verfahren ausschließlich auf die beliebige, apriori keinen Bindungen unterliegende Auswahl von Prämissen konzentrieren und dieses beliebige Auswählen deshalb optimieren, und das bedeutet, daß man das Potential für Informationsverarbeitung steigert.

1) Zumindest ist das die Regel. Die Ausnahme wären Fälle richterlicher Rechtspolitik, die allerdings immer häufiger werden.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 244.

3) Ebenda.

Die Begrenzung von Beliebigkeit durch die Trennung von Gesetzgebung und Rechtsprechung :

aa. Die Trennung von rechtsanwendenden und programmierenden Verfahren wirkt zunächst einmal nur insofern Willkür begrenzend, als diese Trennung bewirkt, daß im rechtsanwendenden Verfahren nicht zugleich über die Entscheidungsprämissen entschieden werden kann. Das vorgegebene Programm engt den Richter in seiner Entscheidungstätigkeit beträchtlich ein. Hinzu kommt, daß das Entscheiden nach einem vorgegebenen Programm den Entscheidungsvorgang von persönlichen Beziehungen des Entscheidenden unabhängig macht¹⁾, womit ebenfalls Willkür limitiert wird. Damit ist also nur gewährleistet, daß die richterliche Entscheidungsfindung nicht unter Beliebigkeitsverdacht kommt. Das läßt (zumindest hier) allerdings die Tatsache außer acht, daß auch Richter über Entscheidungsprämissen entscheiden, insofern als sie gerade nicht nur Automaten sind, die Gesetze anwenden, sondern ebenfalls Recht bilden²⁾ bzw. schöpferisch Recht auslegen, insbesondere in Fällen von generellen oder undeutlichen Rechtsbegriffen, Gesetzeslücken usw. . Eine so geübte Kritik ist aber nur teils gerechtfertigt, da das Prinzip der Unterteilung in Rechtsprechung und Gesetzgebung bzw. die Trennung von Anwendung und Schaffung von Prämissen bei L. als grundsätzliches aufgefaßt wird, die richterliche Rechtsfortbildung hingegen eine Ausnahme zum Grundsatz darstellt, auf dem Grundsatz aber die Trennung und die oben geschilderten 'Vorteile' der Trennung beruhen. Man kann sogar sagen, dem Grundsatz werde die stärkere Geltung eingeräumt : Auch wenn man in vielen Fällen beispielsweise die Leitsatzrechtsprechung des BVerfG als ein wirkliches in Konkurrenztreten der Rechtsprechung zur Gesetzgebung sehen kann, so kann doch der Gesetzgeber über ein neu erlassenes Gesetz solche Leitsätze obsolet machen (oder erst in den Status eines Gesetzes

1) Vgl. N.L., "Politische Bedingungen des Rechtsstaates", S. 89.

2) Vgl. die damit übereinstimmende Kritik : G. Teubner, "Folgenkontrolle", S. 190,191; vgl. ferner P. Schwerdtner, "Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus", S. 73 und J. Esser, "Vorverständnis und Methodenwahl, S. 17, wonach ferner erst in der Rechtsprechung die eigentliche Rechtsnatur einer materialen Regelung erkannt und realisiert wird.

erheben). Im übrigen gilt nach L. : "Richterliche Rechtsfortbildung ist politisch (nur) eine Verlegenheitslösung, die aus vielerlei Gründen(...), oder aus Überlastung oder aus dem Schlechtfunktionieren der eigentlich politischen Entscheidungsprozesse sich immer wieder als unentbehrlich herausstellt und insofern kompensierende Funktion erfüllt."¹⁾.

bb. Mich interessiert nun aber primär die Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen auf der Ebene der politischen Gesetzgebung aufgrund der oben beschriebenen Differenzierung von Verfahren. Hier scheint insbesondere der folgende Gedanke relevant : Die Differenzierung in Legislative und Jurisdiktion bewirkt bei L., daß physische Gewalt der Legislative entzogen und auf die Justiz konzentriert wird²⁾. Das Risiko physischer Gewalt sei dadurch limitiert, daß sie in Verfahren getragen würde, die unter fixierten Programmen arbeiten. Das ist eine potentielle Beschränkung der Willkür positiver Rechtssetzung, die in einer gewissen Trennung von beliebiger Entscheidungsbefugnis und Gewalt gesehen werden kann.

Bewertung von aa. und bb. : Die oben beschriebene Trennung von Verfahren der Rechtssetzung und gerichtlichen Verfahren hält sich eng im Rahmen traditioneller Gewaltenteilungskonzepte. Schwerpunktmäßig geht es um eine Begrenzung von Beliebigkeit im richterlichen Verfahren. L. spricht insofern von "voller politischer Neutralisierung der Justiz", die sich als Eckstein der Bedingungen einer solchen funktionalen Differenzierung erweise³⁾.

Zum Thema 'Verfahren und die Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen' läßt sich abschließend sagen :

1) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 238. Bzw. ebendort weitergehend : "Die unbestreitbare Möglichkeit im richterlichen Entscheidungsprozeß(...)auf eine Veränderung gesellschaftlicher Fakten(...)zu reagieren, könnte eine(...)kompensierende Bedeutung annehmen - nämlich sich dort finden, wo Änderungsbegehren nach den Bedingungen der Politik nicht politisierbar sind."

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 240.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 245.

Rechtssetzung findet --und das bewirken Verfahren als Strukturen des Systems-- in einem sozial neutralisierten Rahmen statt. Dies erscheint als komplementärer Prozeß¹⁾ zu dem von mir in Kapitel 1 besprochenen Prozeß, der über Verfahren laufenden funktionalen Ausdifferenzierung des Rechtssystems, der zu einer stärkeren Autonomie der Zweckbestimmung von Rechtsentscheidungen durch Lösung von Religion, Moral etc. führte. Diese sachliche Neutralisierung hat nach L. zur Folge, daß Außenbindungen durch Innenbindungen ersetzt werden müssen, und das politische System daher Differenzierungen und Trennfunktionen in sich selbst entwickeln muß. Die von mir zuvor besprochenen spezifischen Verfahren und ihr Zusammenwirken waren gerade ein Beispiel für solche Innenbindungen und inneren Differenzierungen.

Im folgenden möchte ich weitere systeminterne Einrichtungen, die Nichtbeliebigkeit sicherstellen, untersuchen, insbesondere die systeminterne Abstraktion von Strukturen, die hier die Schaffung eines höheren Abstraktionsniveaus der rechtlichen Begrifflichkeit betrifft. Dies tue ich, da L. Verfahren gerade auch in Verbindung mit einem höheren internen Abstraktionsniveau des Rechtssystems als Bedingung und Lösung der Probleme eines positiven, kontingenten Rechts erwähnt²⁾.

BB) DIE ROLLE EINES HÖHEREN ABSTRAKTIONSGRADES DER BEGRIFFLICHKEIT.

Ist die Erhöhung des Abstraktionsgrades der rechtlichen Begrifflichkeit als Bildung abstrakterer Formen für die Aufbewahrung, Tradierung und laufende Bearbeitung von Sinn eine weitere systeminterne Einrichtung der Sicherstellung von Nichtbeliebigkeit?

1) Vgl. N.L., aaO, S. 88.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 348. Vgl. ferner N.L., Rechtssoziologie, S. 14 zur Wichtigkeit dieses Kriteriums: "Ein Recht, das inhaltlich im Abstraktionsgrad seiner Begrifflichkeit der Gesetzgebung gewachsen wäre und eine rationale Rechtspolitik ermöglichte, fehlt heute noch."

Zunächst einmal steigert die Erhöhung des Abstraktionsniveaus die Änderungsquote des Rechts, seine Variabilität und Beliebigkeit¹⁾. Eine abstraktere Begrifflichkeit bedeutet ebenfalls eine "Selektivitätsverstärkung" (Beliebigkeitsverstärkung) über die erhöhte innere Ordnung der Normmenge. Eine höhere innere Ordnung, als höhere sachliche Ordnung des Normgefüges, gestattet einen rascheren Zugriff auf Sinn bzw. die schnellere Spezifizierbarkeit von Entscheidungsprämissen²⁾. Der damit verbundene Zeitgewinn für das Treffen sinnvoll an Bestehendes anschließbarer Entscheidungen eröffnet die Möglichkeit eines schnelleren und beliebigeren Variierens von Normen³⁾.

Die Misere des heutigen positiven, namentlich öffentlichen Rechts liege in der Zusammenhanglosigkeit großer Normmengen, die zu unüberblickbaren Haufen zusammengeschoben würden, ohne daß diesen Beständen gegenüber adäquate Mittel gedanklicher Disposition entwickelt worden wären⁴⁾. So verliere die Komplexität ihre Kontingenz, die Fülle anderer Möglichkeiten rechtlicher Regulierung und gesellschaftlicher Gestaltung ihre praktische Zugänglichkeit. Die alte Begriffsjurisprudenz schaffte demgegenüber Klarheit und Transparenz und so ein elastisches Rechtsgefüge.

Bei der Steigerung von Disponibilität und Beliebigkeit über eine höhere innere sachliche Ordnung sei, so L.⁵⁾, das Problem der Konsistenz weniger wichtig. Widersprüche innerhalb der Normmenge könnten in Einzelentscheidungen aufgelöst werden. Widersprüche seien unproblematisch, wenn nur generell das strukturelle Problem der abstrakteren Aufbewahrung von Sinn gelöst ist. Die vereinzelt Widersprüche erscheinen dann nur als Ausnahmen zu ansonsten 'verlässlichen' Grundsätzen.

Mit einem höheren Abstraktionsniveau der Begrifflichkeit des Systems

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 348.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 350.

3) N.L., aaO, S. 350.

4) N.L., aaO, S. 331.

5) N.L., aaO, S. 331.

ist also zunächst einmal ein Rationalisierungseffekt erzielt¹⁾.

Anschließbar sind hieran deshalb hauptsächlich Fragen der Automation von Entscheidungsprozessen²⁾ und Vorwürfe à la Habermas, es handle sich hier um bloße "Sozialtechnologie".

An diese Forderung nach höherer Abstraktheit der Begrifflichkeit, die ich bisher erst im Hinblick auf die Erhöhung der beliebigen Variabilität der Normordnung betrachtet habe, schließt sich bei L. ein neuer Begriff von 'Gerechtigkeit' an³⁾. Gerechtigkeit ist bei L. nicht mehr eine "Perfektionsidee"⁴⁾, die als ein Einheit bildendes Prinzip Entscheidungen leiten⁵⁾ und einheitlich den Zweck der ganzen Ordnung bezeichnen soll⁶⁾, vielmehr ist Gerechtigkeit "entscheidungstechnisch adäquat Komplexität". "Die Komplexität des Rechtssystems ist dann entscheidungstechnisch adäquat, wenn sie mit konsistentem Entscheiden im System noch vereinbar ist"⁷⁾. Die Funktionsrichtung des Prinzips zielt dabei zunächst nicht auf Umweltpassung des Rechtssystems, sondern auf die Gesamtermöglichung von Entscheidungen, die den im System selbst zu fixierenden Ansprüchen genügen⁸⁾.

Konsistentes Entscheiden setzt bei L. Kohärenz des Systems voraus. Kohärenz geht aber über den bloßen Ausschluß inhaltlicher Widersprüche hinaus⁹⁾ (ich zeigte ferner gerade, daß der Ausschluß von Widersprüchen auch gar nicht essentiell ist). Es gehe um die "Kohärenz

1) Auch für M. Weber war der Prozeß der Rationalisierung in der modernen Welt weitgehend ein Prozeß der Systematisierung, der wiederum auf einer abstrakten Begrifflichkeit aufbaut.

2) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 350,351.

3) Vgl. hierzu N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", S. 131ff, insbesondere 141ff.

4) N.L., aaO, S. 139.

5) N.L., aaO, S. 141 bzw. 143,144 : "Die Gerechtigkeit hat ihre Funktion als ein auf viele Werte beziehbares Entscheidungskriterium verloren"; ferner vgl. dort Fn. 133 zur Ablehnung einer Wiedergewinnung einer Gerechtigkeitslehre nach antikem Muster der rethorischen Argumentation, was gegen Viehweg, Perelman, Kriele und Habermas zielt.

6) N.L., aaO, S. 136.

7) N.L., aaO, S. 144,145.

8) N.L., aaO, S. 145.

9) N.L., aaO, S. 147.

normbezogener Negationsleistungen" und daher die Kontrolle des Eliminierungseffektes von Negationen. Es solle damit das in der Selektivität von Entscheidungen stehende Negationsrisiko bewußt gemacht werden. Das heißt, muß man sich wie bei L. die Welt als Welt beliebiger Möglichkeiten vorstellen, so ist bei der apriori ungebundenen Wahl einer Möglichkeit freilich nicht diese freie Wahl als solche kritisch, vielmehr können es nur die infolge dieser in einer Wahl liegenden Festlegung ausgeschlossenen anderen, zum Zeitpunkt der Wahl ebenso möglichen, aber unrealisiert gebliebenen Möglichkeiten sein. Aber erst diese Kohärenzkontrolle, kombiniert mit kategorialen Strukturen des Systems, die auf der Ebene der Einzelfälle, der Rechtsnormen und der dogmatischen Begriffe und Theorien die Anschließbarkeit weiterer Selektionsleistungen sicher stellen (ich möchte das 'Kohärenz auf dem Niveau der kategorialen Strukturen des Systems' nennen), liefere die Voraussetzungen für konsistentes Entscheiden. Diese kategorialen Strukturen sind daher von primärer Wichtigkeit. Auf dem Niveau kategorialer Strukturen muß man nun mehrere Variablen¹⁾ berücksichtigen : 1) die Größe des Systems (Zahl der Normen), 2) die Verschiedenartigkeit der Normen, 3) die Abhängigkeiten zwischen einzelnen Normen, 4) den Generalisierungsgrad der Struktur des Systems und, davon abhängig, das Ausmaß der Selektivität, 5) das Tempo der Veränderung von Prämissen. Diese Variablen lassen sich nun nicht alle maximieren, daher muß Gerechtigkeit, so L., zwischen ihnen "im System ausgehandelt" werden²⁾. Dabei müsse insbesondere die Abhängigkeit dieser Variablen von Umweltbedingungen bedacht werden. Das heißt meiner Ansicht nach folgendes : Will sich das Rechtssystem an eine sich ständig ändernde Umwelt anpassen, seinen Regelungsbereich somit ausdehnen und diversifizieren, so sind mit dieser Neuaufnahme von Materien und (Steigerung von Komplexität) im System gewisse Schwierigkeiten für die dann noch mögliche Herstellung von innersystemischer Kohärenz auf dem Niveau der kategorialen Strukturen und in der Folge dessen für die Erkennbarkeit von Anschlußmöglichkeiten bzw. allgemein für einen

1) N.L., aaO, S. 156.

2) N.L., aaO, S. 156.

Überblick über Möglichkeiten verbunden. Ist nun die Kohärenz jeweils so hoch, daß trotz Aufnahme neuer Materien die Menge der Normen übersichtlich bleibt, so kann man von entscheidungstechnisch adäquater Komplexität sprechen.

Inwiefern ersetzen nun aber solche kategorialen Abstraktionen des Normgefüges, als Arbeit an Begriffen, wie L. sagt : "Ältere Formen der Feststellung des Richtigen" ¹⁾ und konditionieren insofern Beliebigkeit neben dem durch sie erst eröffneten Raum für höhere Variabilität und Beliebigkeit?

Hier komme ich auf die über ein höheres Abstraktionsniveau ermöglichte bessere Umweltsanpassung des Systems zu sprechen.

L. ist bezüglich des konditionierenden Effekts einer abstrakteren Begrifflichkeit an mancher Stelle vorsichtig ²⁾ : Nichtbeliebigkeit könne hierdurch nur zum Teil hergestellt werden. Insbesondere kritisiert er gerade die einseitige Begriffsjurisprudenz ³⁾ , die in ihren Formalisierungen, auch wenn diese Rechtssicherheit in der Form einer gleichen und voraussehbaren Rechtsanwendung gewährten, ein hohes Potential für Ungerechtigkeiten barg. Sie war nach L. im Hinblick auf die Elastizität und Disponibilität, die die Rechtsordnung durch sie bekam, brauchbar, aber es fehlte ein komplementärer, lernender, planend eingreifender Gesetzgebungsstil zur Korrektur der Ungerechtigkeiten. Z.B. sei das 'Vertragsprinzip' im BGB der Jahrhundertwende auf die bloße formale Übereinstimmung von Willenserklärungen angelegt gewesen, da es möglichst universell gesetzt werden sollte im Hinblick auf teilnahmefähige Personen und Vertragsinhalte und dabei vom Erfordernis innerer Gerechtigkeit entlastet worden ⁴⁾ .

Erst das höhere Abstraktionsniveau in Verbindung mit einem komplementären, lernenden Stil von Gesetzgebung scheint bei L. daher zur Konditionierung von Beliebigkeit zu führen.

1) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 30.

2) Z.B. N.L., aaO, S.30.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 327.

4) N.L., aaO, S. 327.

Wird dennoch bei L. auch durch eine abstraktere Begrifflichkeit allein Beliebigkeit konditioniert?

Zum Einen habe ich bei L.¹⁾ einen Gedanken gefunden, der den von M. Weber geschilderten Vorteilen formaler Rechtsrationalität nahekommt²⁾, sich allerdings bei L. zunächst einmal auf Rechtssysteme der bisherigen abendländischen Tradition, nicht aufs heutige Recht bezieht. Ferner resultieren die Vorteile formaler Rechtsrationalität bei Weber schwerpunktmäßig aus der Rechtsanwendung und nicht der Rechtssetzung, und zudem werden die sich hier ergebenden Vorteile bei L. anders begründet. Die universalistische Entscheidungspraxis dieses traditionellen Rechts, die sich in einer begrifflich-klassifikatorischen Rechtsdogmatik ihr Instrument ausbildete, ermöglichte nach L. ein hohes Maß an Ausdifferenzierung des Rechts als eines besonderen Sozialsystems mit relativ autonomer Fähigkeit zur Entscheidung ohne Ansehen der Person. Damit führt bei L. der gleiche Sachverhalt, die formalen Konstruktionen der Begriffsjurisprudenz, zum gleichen Resultat : Gleichbehandlung der Rechtsadressaten, aber nicht nur, weil dies Universalismus und Transparenz der Rechtsordnung (und so insbesondere der Rechtsanwendung), das heißt Rechtssicherheit bewirkt, sondern vielmehr ist hauptsächlich die sich hier ergebende Entscheidungsautonomie der Rechtsanwender eine potentielle Garantie für unvoreingenommenes und so gleichbehandelndes Entscheiden.

Was die L'sche Beschreibung des heutigen, modernen Rechtssystems angeht, so führt in modernen Rechtsordnungen eine abstraktere Begrifflichkeit, so scheint es bei L., ebenfalls zur Herstellung von 'Rechtssicherheit'; nur ist mit dem Begriff der Rechtssicherheit hier bei L. etwas ganz anderes als mit M. Weber's sozusagen 'formaler Sicherstellung von Nichtbeliebigkeit' gemeint : Eine abstraktere

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 78.

2) Vgl. hierzu D.M. Trubek, "Max Weber on Law and the rise of capitalism", S. 746 : Die abstrakte Ordnung des Rechts für die M. Weber plädierte, "contributed to capitalism in large measure because of its calculabilty" und "the autonomous legal system with universal and general rules could guarantee the needed legal certainty", das heißt, eine solche Ordnung ermöglichte moderne Marktordnungen aufgrund der damit geschaffenen Rechtssicherheit.

Begrifflichkeit bedeutet bei L. eine Kontrolle über die Komplexität der Normmenge¹⁾. Die damit sichergestellte, abstrakte Entscheidungsfähigkeit schafft nach L. 'Rechtssicherheit'²⁾. Bzw. noch deutlicher und kontrastierend zum traditionellen Begriff gefaßt, bedeutet Rechtssicherheit bei L., daß das System Entscheidungen nicht verweigern kann, gerade auch wenn die Rechtslage nicht transparent ist³⁾.

Hat das hohe Abstraktionsniveau des Systems heute bei L. nicht mehr schwerpunktmäßig den Effekt eines Gewinns an Rechtssicherheit im Sinne M. Weber's und scheint es bisher für sich betrachtet eher Garant für die Steigerung der Beliebigkeit von Entscheidungen zu sein, so konditioniert es allerdings im Zusammenhang mit einer Orientierung des Rechts an der Gesellschaft Beliebigkeit. L. spricht von einer Kombination von begrifflicher Abstraktion mit der Normierung bestimmter Verhaltensmodelle, die auf Änderung ihrer gesellschaftlichen Parameter durch Anpassung ihrer Struktur reagieren können⁴⁾ und nennt dies "lernendes Recht". Dieses 'Lernen' sei notwendig, da durch Abstraktion allein die Probleme des positiven Rechts nicht lösbar seien⁵⁾. Die abstraktere Begrifflichkeit garantiere dabei allerdings eine getreuerere Abbildung sozialer Interdependenzen⁶⁾. Man kann sich das so erklären : Das Recht spiegelt teilweise nicht nur soziale Interdependenzen wider, sondern schafft sie gerade auch. Wenn daher im Rechtssystem infolge einer abstrakteren Begrifflichkeit eine bessere Übersicht über Interdependenzen besteht, so können damit auch die interdependenten Verhältnisse 'außen' in der Gesellschaft übersichtlicher erfaßt werden⁷⁾. Abstrakt und generalisierend ausgedrückt heißt das auch : "(...), daß mit der systemeigenen Komplexität die Bestimmbarkeit der

1) N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", S. 165 und Rechtssoziologie, S. 349.

2) N.L., aaO, S. 166.

3) N.L., aaO, S. 165. Bzw. L. sagt (S. 164), daß Rechtssicherheit durch das Verbot der Justizverweigerung normiert sei.

4) N.L., Rechtssoziologie, S.327,350.

5) N.L., aaO, S. 350 i.V.m. S. 326ff.

6) N.L., aaO, S. 332.

7) Das ist bei L. nur implizit.

Umweltkomplexität zunehmen kann" ¹⁾. Das heißt, die abstraktere Begrifflichkeit ermöglicht insofern ein höheres Maß an 'Gesellschaftsadäquanz' ²⁾. Sie bedeutet ³⁾, daß die in der Positivität liegende Chance im Hinblick auf eine zukunftsorientierte, sich von der Vergangenheit lösende, flexible, an die gesellschaftliche Umwelt anpassungsfähige Rechtspolitik auch genutzt werden kann, aber nicht nur, weil damit interdependente Sozialverhältnisse im Recht besser abgebildet werden, sondern nach L's Ansicht kann gerade die Überarbeitung der bisherigen juristischen Begrifflichkeit infolgedessen außerdem eine aktuell zu beobachtende Tendenz verhindern : Einen "Konservatismus aus Komplexität". Man könne, so L., infolge des Fehlens höherer Formen der sachlichen Ordnung beobachten, daß die Praxis (der Rechtsänderung) vor strukturell weittragenden Rechtsänderungen zurückschreke, weil niemand die Konsequenzen überblicken kann und daher hauptsächlich an den Status Quo angeknüpft würde. "In einer positiven Rechtsordnung kann zwar alles Recht durch Entscheidung geändert werden, aber nicht alles auf einmal. Angesichts der Masse und Interdependenzen funktionierender Rechtsnormen hat jeder Eingriff durch Einzelentscheidung enge Grenzen(...). Sobald größere Rechtsnormenkomplexe geändert werden sollen, schwellen die Anforderungen an den Entscheidungsprozeß derart an, daß sie kaum noch zu bewältigen sind, und man, will man doch reformieren, Schritte ins Dunkel riskieren muß" ⁴⁾. Das wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß in einem interdependenten Normgefüge eine Änderung beispielsweise bestehende Interdependenzen unterbrechen, oder den Stellenwert anderer Normen im Gefüge ändern kann. Ist die sachliche Ordnung nicht stringent genug,

1) N.L., Soziologische Aufklärung, Bd. 2, S. 211 i.V.m. S. 219, Fn. 36. Dies sei eine verbreitete These.

2) G. Teubner, "Generalklauseln als sozio-normative Modelle", S. 100, ist dabei der gleichen Meinung wie L. : Ein System müsse genügend Eigenkomplexität entwickeln, um sich seiner Umwelt anzupassen (um gesellschaftsadäquat zu sein). Das erfordere eine Abstimmung mit systeminternen Anforderungen, besonders dem der internen Konsistenz des Entscheidens.

3) Vgl. hierzu N.L., Ausdifferenzierung, S. 131, vgl. auch N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 149.

4) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 149.

sind solche Auswirkungen nicht mehr übersehbar, die erwünschten Wirkungen eines Gesetzes werden unter Umständen infolge der Nichtbeachtung inner- und zugleich außersystemischer Interdependenzen konterkariert, kurz, eine ungenügende sachliche Ordnung erschwert den Anschluß von Neuerungen und so eine flexible Anpassung des Rechts an Gesellschaft. Das heißt, eine Aufnahme neuer Materien, sprich eine Steigerung von Komplexität, geht bei einem ungenügenden Abstraktionsgrad der Begrifflichkeit auf Kosten der Konsistenz und gleichzeitig Kontingenz des Systems¹⁾.

Zusammenfassend kann man deshalb sagen, daß eine abstraktere Begrifflichkeit eine höhere Gesellschaftsadäquanz des Rechts ermöglicht, wobei Gesellschaftsadäquanz sich hier als Optimierung des Verhältnisses von Konsistenz des Entscheidens und Komplexität des Systems ausdrücken läßt.

1) Deshalb sagt auch G. Teubner, "Folgenkontrolle", S. 196 : "Dem heute zu konstatierenden Dilemma, daß Recht entweder so komplex geworden ist, daß eine dogmatische Durcharbeitung nur noch marginal möglich ist, oder aber, daß eine hochentwickelte Dogmatisierung des Rechtsstoffes auf Kosten seiner Komplexität geht, kann man unter Umständen mit einer abstrakteren Begrifflichkeit der Dogmatik entgehen, die eine Optimierung von Konsistenz und Komplexität ermöglicht."

CC) DIE "AUTOPOIESE" DES MODERNEN RECHTSSYSTEMS UND DIE KONDITIONIERUNG VON BELIEBIGKEIT.

Das autopoietische Rechtssystem ist das moderne, funktional ausdifferenzierte, aus naturrechtlichen und sonstigen externen Abhängigkeitsverhältnissen gelöste, autonome Rechtssystem. Die Autopoiese beschreibt die Autonomie des modernen Rechts. Bevor ich erkläre, was die Autopoiese des Rechts ist oder sein kann, möchte ich auf zwei in der Rechtssoziologie vor der Autopoiese von L. ausgeführte Charakteristika der Autonomie des modernen Rechts eingehen, die freilich so allgemein sind, daß sie die Autonomie jeglichen Systems, selbst psychischer Systeme beschreiben, im Recht aber spezifische Konsequenzen bezüglich der Orientierung kontingenter Rechtsentscheidungen aufweisen.

Die Autonomie des Rechts bedingt hiernach, daß dieses eine eigene Systemgeschichte und systemische Eigenkomplexität aufbaut, welche in einer kontingenten Welt die Variationsmöglichkeiten des Systems begrenzen.

Bei vorausliegender Voraussetzungslosigkeit ist die eigene Geschichte ein wichtiger Richtpunkt¹⁾. Sie ist in diesem Zusammenhang eine kognitive Bedingung, die das System beim Aufbau von Komplexität nicht missen kann²⁾, nach dem Prinzip, daß ins "Leere zusammenhanglos

gesetzte Neuerungen nichts sein würden"³⁾. Sie ist Bedingung von sinnvollen Entscheidungen oder von Sinn überhaupt. Hinzu kommt spezifizierend bei L., daß die Geschichte selbst als systemrelative gesehen wird. Ausgangspunkte sind vom System beliebig gesetzt und erst im weiteren Verlauf der beliebigen Selbstfestlegung des Systems kann man in der Tat sagen, daß im Hinblick auf die Geschichte des Systems die

1) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 149.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 348. Bzw. N.L., Rechtssoziologie, S. 239 : In die Bedingungen der Möglichkeit anderen Rechts gehe das vorhandene Recht mit ein, da es stets nur in einzelnen Hinsichten, nicht aber als Ganzes geändert werden könne. Ferner vgl. N.L., aaO, S. 259, Fn. 67.

3) N.L., aaO, S. 348.

Reihenfolge der Änderungen nicht beliebig gewählt werden kann¹⁾. Dabei gewinnt die Festlegung im Laufe der Geschichte bei L. freilich keinesfalls eine Werthaftigkeit. Das sieht man an folgendem Beispiel : Als konkreten Punkt der Konditionierung von Beliebigkeit im Laufe des Aufbaus einer eigenen Systemgeschichte kann man bei L. den nur unter erschwerten Bedingungen änderbaren Grundrechtskatalog der Bundesrepublik nennen, was seinen Grund nicht im Wert höherer Normen habe, auch wenn das dort explizit behauptet würde, sondern bei L. vielmer als beliebige Selbstfestlegung des Systems erscheint, an die es in weiteren Entscheidungen anknüpft.

Soweit damit allerdings die Vergangenheit in der Gegenwart als Status Quo erscheint, so daß jede Neuerung an einen Status Quo anschließen muß, konditioniert dieser Status Quo Beliebigkeit 'negativ' im Sinne eines Konservatismus.

Bei L. erscheint die Systemgeschichte in dem oben skizzierten Rahmen daher einerseits als Garantie dafür, daß jedenfalls nicht alles auf einmal geändert werden kann. Das birgt aber andererseits auch Nachteile²⁾; insbesondere ist die Systemgeschichte eine Belastung im Licht der von L. angestrebten, zukunftsorientierten Rechtspolitik auf kontingentem Grund, bei der Gegenwart im Idealfall nurmehr als Konsequenz von Zukunft erscheint, und die Verbindungen damit zur Vergangenheit abbrechen.

Im gleichen 'negativen' Sinne von 'paralysierend' wirkt die Masse und Interdependenz funktionierender Rechtsnormen³⁾, sprich die jeweilige Eigenkomplexität des Systems. Ich habe mich mit der Komplexität des Systems bereits in Verbindung mit der Abstraktheit der Begrifflichkeit befaßt und stellte fest, daß Gesellschaftsadäquanz bei L. als Optimierung des Verhältnisses von Komplexität und Konsistenz des Systems beschrieben werden konnte, und daher über eine abstraktere Begrifflichkeit steigerbar war. Ich untersuchte dort die Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen durch eine abstraktere

1) N.L., aaO, S. 349.

2) N.L., aaO, S. 348.

3) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 149.

Begrifflichkeit. Jetzt hingegen möchte ich betrachten, was die Komplexität des Systems, wenn adäquate Mittel der Abstraktion und so der sachlichen Ordnung fehlen, im Hinblick auf die Nichtbeliebigkeit von Rechtsentscheidungen bedeutet.

Die Komplexität des Systems setzt Eingriffen durch Rechtsentscheidungen enge Grenzen. Insbesondere hat die Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte nach Ansicht L.'s die Komplexität des Systems, die sich z.B. in bestehenden und nicht bestehenden Interdependenzen von Normen ausdrücken läßt, nicht genügend beachtet, was zu einem Zustand der Paralyse geführt habe, zu einem chaotischen Zustand des Rechts, an den mangels Übersicht allenfalls konkret naheliegende Alternativen angeschlossen wurden¹⁾. Eine Abnahme der inneren Konsistenz des Systems durch Interdependenzunterbrechungen war zwar zunächst günstig, um eine große Anzahl neuer Materien ins Recht aufzunehmen (im Recht der Bundesrepublik handelte es sich dabei insbesondere um neue Materien des öffentlichen Rechts), heute aber ist die innere Ordnung des Systems dadurch derart unübersichtlich geworden, daß Neuerungen ins Zusammenhanglose gesetzt werden müssen bzw. "Schritte ins Dunkel riskiert werden müssen", was man ungerne tut, da man die Folgen nicht übersieht. Das setzt der Beliebigkeit des Rechts Grenzen.

Die 'Nichtbeliebigkeit' aufgrund der Systemgeschichte und der Systemkomplexität beruht im Grunde auf Informationsmankos, einem unterentwickelten Instrumentarium der Zukunftsplanung und dem Fehlen einer adäquaten Begrifflichkeit. Insoweit sind bei L. faktische Grenzen beliebiger Neuerungen aufgezeigt, die im Unterschied zu den Grenzen von Beliebigkeit, die sich im Rahmen von Verfahren und durch das Zusammenwirken von Verfahren ergaben, 'negativ' zu bewerten sind. Sie stehen einer von L. als Planung von Zukunft beschriebenen positiven Rechtspolitik, insofern als sie an einen Status Quo und daher schwerpunktmäßig an Vergangenes anknüpfen, entgegen, bzw. das Recht wird konservativ anstelle sich der modernen Gesellschaft anzupassen.

1) N. L., Rechtssoziologie, S. 132.

Durch eine eigene Systemgeschichte und eine eigene Systemkomplexität grenzt sich jedes System als autonome Einheit gegenüber der Umwelt ab. In der Theorie der Autopoiese liegt nun eine detaillierte Beschreibung der "basalen Operationsweise" des funktional ausdifferenzierten Rechtssystems vor, die ein weiterer Ausdruck der(selben) Autonomie des Systems ist.

a) Autonomie des Rechts als Autopoiese des Systems.

Es soll hier vor allem um die Implikationen der Autonomie des Rechts auf operationeller Ebene gehen, die L. zuletzt als "Autopoiese" des Rechtssystems faßt.

Mit der autopoietischen Autonomie konzeptualisiert L. zuerst wieder die Bedingungen, die eine beliebige Variation von Rechtsentscheidungen ermöglichen. Denn sie 'symbolisiert' das Gelöstsein aus allen traditionellen Kontexten, die funktionale Ausdifferenziertheit des modernen Rechtssystems, das nur noch auf sich selbst gestellt ist. Es operiert nur noch in bezug auf sich selbst. L. sagt hierfür "selbstreferentiell"¹⁾, und das heißt nichts anderes als : Es stellt die 'Einheiten', die es benötigt unter Bezug auf bereits produzierte Einheiten selbst her, ohne auf Vorgaben von außen zu rekurrieren.²⁾

Klar wird dieser Sachverhalt meiner Ansicht nach allerdings nur, wenn man unter diesen Einheiten 'normative Qualität' versteht, das Attribut 'recht', die 'Rechtlichkeit des Rechts'. Es findet damit sozusagen nur kein "input" von normativer Qualität aus der Umwelt statt³⁾. Das System ist insoweit "autopoietisch geschlossen". Umwelt (Externes) findet zwar in Rechtsentscheidungen Berücksichtigung, nur gibt Externes

1) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 445, wo L. explizit den Zusammenhang zwischen Selbstreferenz und funktionaler Differenzierung darstellt. Das selbstreferentiell operierende Rechtssystem ist Produkt der funktionalen Differenzierung.

2) Vgl. z.B. hierzu N.L., Rechtssoziologie, neue Ausgabe, S. 354.

3) N.L., "Die soziologische Beobachtung der Theorie und Praxis des Rechts", S. 8, spricht hier auch von "Strukturen" bezüglich derer kein "input" aus der Umwelt stattfindet.

(z.B. Gesellschaft) nicht schon vor, was Recht sein soll¹⁾. Nur das System verleiht dies Etikett. Wie man leicht sehen kann, ist diese Autonomie gleichbedeutend mit hohen Freiheitsgraden und hoher Beliebigkeit des Entscheidens, denn es steht im Belieben des Systems zu bestimmen, was Recht werden soll.

Daneben tritt diese kybernetisch konzeptualisierte Autonomie des Rechtssystems bei L. aber auch an die Stelle des einstmaligen Naturrechts, was mich vermuten läßt, daß damit ebenfalls ein Kontext der Konditionierung beliebiger Rechtssetzung angegeben ist.

L. z.B. sagt, daß das "Prinzip der Codierung" an die Stelle einer ethischen Vorgabe des Prinzips der Gerechtigkeit trete²⁾. Das Prinzip der Codierung ist das Aufbauprinzip des autopoietischen Systems : Es reproduziert sich über einen binären Code (recht/unrecht) und verleiht damit auf der Grundlage dieser Differenz, kraft seiner selbst, beliebigen Umwelttatsachen die Qualität 'recht'. Zugleich ist das Prinzip der Codierung aber wieder die "geöffnete Kontingenz"³⁾, da es per se noch keine konkrete Entscheidung zwischen den beiden Werten im jeweiligen Einzelfall vorgibt. "Die Codewerte verzichten ihrerseits darauf, Richtiges bzw. Unrichtiges zum Ausdruck zu bringen"⁴⁾.

Insoweit die Autonomie bzw. die Autopoiese des Rechts gerade auch Bedingung dessen positiver Beliebigkeit ist, stellt sich L. primär die folgende, leitende Frage : Wie kann das autopoietisch autonome Rechtssystem beliebige Variabilität stabilisieren; und zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, die Frage zu beantworten, wie ein funktional ausdifferenziertes, autonomes Rechtssystem in einer polykontexturalen Gesellschaft möglich ist.

Die Schilderung der Bedingungen von beliebiger Variabilität gilt es nun auf der anderen Seite zugleich wieder als Kontext zu 'bewerten', der

1) Das System ist insofern informationell offen, aber operationell geschlossen.

2) N.L., "Die Codierung des Rechtssystems", S. 5 und 15.

3) N.L., "Die Codierung des Rechtssystems", S. 29.

4) N.L., a.a.O., S. 29.

beliebige Rechtssetzung konditioniert; und dabei stellt sich, wie ich meine, zentral die Frage des Verhältnisses der "autopoietischen Geschlossenheit" zur "Offenheit" des Systems. Offen ist das Rechtssystem zur gleichen Zeit, da die Selbstreproduktion von Elementen in einer Umwelt stattfindet.

Nach welchen Kriterien also bezieht das autopoietisch geschlossene System Umwelt, das heißt Gesellschaft, ein, lautet meine Frage im folgenden. Ich zeigte gerade, daß mit dem 'Modell' der Autopoiese von L. die heutige Autonomie des Systems als Loslösung der Entscheidungen im System von externen Kontexten (Natur, Tradition; letztere nennt L. "fremdreferentiell") konzeptualisiert wird. Stattdessen ist das System jetzt auf sich selbst gestellt (Selbstreferenz). Für Entscheidungen im Recht bedeutet das : Sie sind nicht prädeterniert, beliebig, kontingent und müssen daher gleichsam ins "Voraussetzungslose" gesetzt werden. Der Einbezug von Gesellschaftstatsachen erfolgt damit nicht selbverständlich, sondern wird im Gegenteil zum Problem. Dementsprechend sagt L. : "Gerade die autopoietische Geschlossenheit stellt hohe Anforderungen an eine kognitive Einstellung in bezug auf die Umwelt"¹⁾. Dem System ist nicht eine bestimmte Wertung derselben vorgegeben, es muß sie sozusagen 'lernen', sich selbst erarbeiten, eine kognitive Einstellung und Selbststeuerungsfähigkeit entwickeln. Damit bedeutet Selbststeuerungsfähigkeit gerade Entwicklung von Lernfähigkeit in einer apriori unbekanntem Umwelt²⁾. Sicherlich könnte das System von sich aus auch unsensibel in bezug auf Umwelt sein. In der Tat gibt es nach Ansicht L's Systeme, die auf Umweltveränderungen nicht mit Anpassung per Lernen reagieren, sondern mit Indifferenz (Religionssysteme). Das ist aber beim Recht schon deshalb ausgeschlossen, da zumindest über den Opportunismus der Politik in der Zeit variierende Gesellschaftsinteressen in den Prämissen des Rechtssystems berücksichtigt werden. Andererseits können sich komplexe Systeme nur dadurch aufbauen, daß sie nicht dauernd der Umwelt

1) N.L., Rechtssoziologie, neue Ausgabe, S. 357.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 322.

ausgesetzt sind ¹⁾. Das heißt : Einerseits ist eine gewisse Abgeschlossenheit gegenüber der Umwelt zur Stabilisierung einer gewissen Eigenkomplexität des Systems nötig; andererseits bauen Systeme aber diese Eigenkomplexität gerade unter Einbezug von Umwelt auf.

b) Das Verhältnis von Offenheit und Geschlossenheit und die Konditionierung einer positiven Rechtspolitik.

Mich interessiert nun vor allem der Einbezug von Umwelt im autopoietisch geschlossenen System Recht, insbesondere vermute ich, daß der spezifische Umwelteinbezug zeigt, daß die autopoietische Geschlossenheit "(...) nie in Richtung auf Entropie wirkt, daß sie nie zu Zuständen führt, in denen absolute Willkür herrscht, (...)sondern daß sie im Gegenteil als Bedingung für den Aufbau von Ordnungen fungiert, die sich selbst unter Beschränkungen setzen."²⁾

aa) Autopoietische Geschlossenheit.

aaa) Das Rechtssystem als autopoietisch geschlossenes System zu betrachten, bedeutet zunächst einmal einen Paradigmawechsel in der bisherigen Systemtheorie. Es wird die Gegenüberstellung von geschlossenen und offenen Systemen aufgegeben ³⁾. Diese Differenz bedeutet bei L. keinen Gegensatz mehr, vielmehr setzt Offenheit geschlossene Reproduktion voraus ⁴⁾. Das autopoietische System ist also sowohl offen als geschlossen.

bbb) Ich sagte bereits, daß die Geschlossenheit darin besteht, daß das System seine Elemente selbst herstellt, wobei es so verfährt, daß es sich durch die rekursive Anwendung eigener Operationen auf Resultate eigener Operationen reproduziert ⁵⁾. H. Deggau bemerkt diesbezüglich zutreffend ⁶⁾ : "La thèse luhmanienne me semble fort proche de la compréhension quotidienne du droit, selon laquelle on considère que, si

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 322,323.

2) N.L., Rechtssoziologie, neue Ausgabe, S. 363.

3) N.L., Rechtssoziologie, neue Ausgabe, S. 355.

4) N.L., aaO, S. 356.

5) N.L., "Geschlossenheit und Offenheit. Über Realität in der Welt des Rechts", S. 2.

6) H. Deggau, "Le concept d'autopoiesis sociale et ses difficultés", S. 90.

on veut obtenir juridiquement satisfaction, on ne peut résister à une violation du droit que par des moyens légaux : que des relations juridiques ne peuvent être créées, modifiées ou supprimées que par le droit; que les décisions légalement prises sont juridiquement obligatoires; qu'elles sont de nature juridique même quand elles ont des conséquences politiques, économiques ou autre. Qu'à l'inverse, les effets que peuvent avoir la politique, l'économie et d'autres systèmes sur le système du droit ne sont en aucun cas de nature juridique. Ainsi, dans la compréhension quotidienne du droit, une pression politique, par exemple, n'est pas en soi un acte juridique : elle doit emprunter des formes légales pour recevoir des conséquences juridiques".

Daß es damit keinen input von normativer Qualität von außen gibt¹⁾, bedeutet nun aber in einem grundsätzlicheren Sinne auch, daß Recht nirgendwoher begründbar ist, sondern Recht ist, was Recht ist. Begründungen, sollte man sie dennoch geben, werden damit tautologisch. Dementsprechend sagt L.²⁾ : "Der Gedanke der Autopoiese liefert die Begründung³⁾ der Selbstreferenz als eines(...)empirisch gegebenen Phänomens, so daß es weder normwidrig noch logisch fehlerhaft ist, mit tautologischen Letztbegründungen zu arbeiten, oder mit(...)Formalisten, die diesen Sachverhalt --Recht ist, was Recht ist-- in Operationen überführen."

Symmetrisch hierzu findet ebenfalls kein output von Strukturen statt. Das heißt, das System kann außerhalb seiner Grenzen nicht in der Umwelt operieren. Denn, auch wenn es eigene Kommunikationen (Normen) über die Umwelt erzeugt, kann es damit nie all das erfassen und nacharbeiten, was

1) Normativität ist hier also eine Konstruktion des Systems selbst. Dasselbe stellte Kant in erkenntnistheoretischem Zusammenhang für als gesetzmäßig empfundene Regelmäßigkeiten fest. Diese sind nicht deduzierbar aus ihrem rein empirisch feststellbaren, häufigen, gleichen Vorkommen; der Schluß von Häufigkeit auf Gesetzmäßigkeit beruht vielmehr auf einer Konstruktion des Subjekts.

2) N.L., Rechtssoziologie, neue Ausgabe, S. 362,363.

3) Ich würde hier vorsichtiger sagen, dies ist nicht schon die Begründung selbst, sondern eine Konzeptualisierung bzw. bildhafte Verdeutlichung der Kontingenz des Rechts.

es selbst als Umwelt voraussetzt¹⁾. Recht produziert daher Recht und nicht etwa Zahlungen, selbst wenn es Zahlungen veranlassen kann.

ccc) Autopoietische Geschlossenheit bedeutet ferner, daß das System "auf einer Paradoxie aus Selbstreferenz" beruht : Nur das Rechtssystem produziert Recht, und dies selbstbezüglich. In der Logik wissen wir, daß selbstbezügliche Sätze zu Paradoxien führen; z.B. ist bei der berühmten Epimenides-Paradoxie (in abgewandelter Form) : "Dieser Satz ist falsch" unentscheidbar, ob er wahr oder falsch ist. Nimmt man an, er sei wahr, dann ist er falsch; nimmt man an, er sei falsch, dann ist er wahr.

Das autopoietische Rechtssystem, das Recht bzw. die 'Einheit' Recht im Rückbezug (nur) auf sich selbst produziert, tut dies nun auf der Grundlage eines ihm immanenten "Codes", einer ihm immanenten Unterscheidung (recht, unrecht). Jede Operation kann dabei den Wert recht oder unrecht annehmen. Insofern als Recht nun nicht auf ein Äußeres (z.B. Natur) rekurieren kann, also nur auf die ihm immanente Unterscheidung, ist keine Präferenz bezüglich eines Werts des Codes irgendwoher ableitbar.

Die Parallele zur logischen Paradoxie wird einsichtig, wenn man sieht, daß es sich auch bei dieser um einen binären Tatbestand handelt, eine Aussage, die wahr oder falsch sein kann, ferner daß diese sich auflösen würde, wenn "Dieser Satz ist falsch" einen externen Bezug hätte, sich auf einen bestimmten Satz jenseits dieses Satzes "Dieser Satz ist falsch" beziehen würde, z.B. auf den von mir niedergeschriebenen Satz "Gestern ist die Welt untergegangen". Auf diesen Satz Bezug nehmend kann ich sagen, er ist falsch. In jedem Fall wirken daher externe Bezüge, L. sagt "externe Referenzen", entparadoxierend.

ddd) Hieran anschließend symbolisiert die Figur der autopoietischen Geschlossenheit noch einen weiteren Sachverhalt, der dem ähnelt, was K. Gödel allgemein für formale Systeme festgestellt hat : Der Satz von der "logischen Unvollständigkeit" scheint auch fürs Recht zu gelten. Wenn bei L. Recht nicht mehr aus externen Kontexten (Natur) Kriterien seiner

1) Vgl. N.L., **Geschlossenheit und Offenheit. Über Realität in der Welt des Rechts**, S. 5
Natascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

'Richtigkeit' ableiten kann, ist es nicht etwa so, daß es Richtigkeit aus sich selbst ableiten könnte. Man kann dies parallel zu Gödel so fassen : Das Recht etabliert mit seinem Code recht/unrecht eine Ableitungsregel, die besagt, daß Sachverhalte mit dem Prädikat recht oder unrecht versehen werden können; diese Ableitungsregel kann aber nicht selbst ihrer eigenen Regelung unterworfen werden; das heißt, aus recht oder unrecht kann selbst nicht abgeleitet werden, ob Recht recht oder unrecht ist. Damit kann Recht selbst nichts 'Richtiges', 'Rechtes' zum Ausdruck bringen und also aus Recht selbst nicht ein richtiges Recht oder eine Präferenz für einen der Code-Werte der Unterscheidung abgeleitet werden.

Nichts anderes als dies Resultat brachte auch die Beobachtung der Paradoxie aus Selbstreferenz zu Tage. In der Tat besagt logische Unvollständigkeit nichts anderes, als daß Selbstreferenz zu Paradoxien führt.

eee) Damit könnte die autopoietische Geschlossenheit meiner Ansicht nach ganz allgemein eine Eigenart des 'Denkens in Prämissen' überhaupt symbolisieren. In der Tat ist Autopoiese für L. nicht nur ein Phänomen des Rechtssystems, sondern ein allgemeines Konstitutionsmerkmal von Welt und gedachter Wirklichkeit, und so kann man beispielsweise auch von einer Autopoiese des Bewußtseins oder einer autopoietischen Konstitution des Denkens oder von Erkenntnis sprechen. Es zeigt sich hier, daß, was man voraussetzt, nicht mehr hintergebar ist. Das Wort Prämisse selbst bedeutet ja als 'Vorausgesetztes' ein 'an den Anfang Gesetztes'. Und gerade dies 'nicht mehr Hintergebarsein' wurde bislang als 'Schwäche' des Systems gesehen. Wobei das Rechtssystem diese Schwäche durch Rekurs auf Externes, sowohl Naturrecht als auch beim traditionellen Positivismus den 'Willen' des Gesetzgebers zu verdecken suchte, um die "unerträgliche Einsicht", daß Recht zugleich ist, was es nicht ist, und daß Begründungen eigentlich tautologisch sind, zu verdecken.

fff) Die Beschreibung der autopoietischen Geschlossenheit sieht aufgrund all dieser tatsächlichen und möglichen Implikationen teilweise wie eine erkenntnistheoretische Erörterung aus.

Nun kann man aber sagen, die L'sche Theorie ist so universell, daß sie sowohl Erkenntnisstrukturen als auch Sozialstrukturen erfaßt. In der Tat sagt L. in *Soziale Systeme*, daß seine Theorie sowohl eine Theorie

der Genese von Systemen, wie der Genese von Beobachtbarkeit sei ¹⁾. Das bringt aber folgendes epistemologisches Problem mit sich, das insbesondere D. Zolo angesprochen hat. Damit sei ein erkenntnistheoretisch unhaltbarer "gnoseological mix" von Idealismus und Realismus verbunden. Zolo beschreibt diese Aporien bei Maturana, die L., der sich an Maturana anlehnt, so übernommen habe ²⁾: Insbesondere lasse sich die Theorie der Autopoiese einerseits in einem Rahmen begreifen, der die 'Realität' als "finzione concettuale" auffasse ³⁾ (Idealismus); andererseits solle sie zugleich eine "condizione costitutiva degli oggetti empirici indipendente dall'osservazione" sein (Realismus). Normalerweise sind diese beiden 'Thesen' nicht miteinander vereinbar und schließen sich gegenseitig aus. Ist die Welt eine 'Gedankenkonstruktion', dann gibt es 'keine Dinge an sich' (Kant). Der Realismus aber bedeutet, daß die Dinge sich uns so präsentieren, 'wie sie an sich sind'; das heißt, wir erkennen die Dinge, wie sie sind. Für den Realismus entstammt ferner alles, was wir über die Welt wissen, der sinnlichen Wahrnehmung. Die Gegenmeinung impliziert im Kontrast dazu, daß wir unabhängig von der Welt wahre Aussagen über die Welt machen können. Hierfür sprächen nach dieser Meinung die Sätze der Mathematik, die keine Aussagen über die reale Welt machten und trotzdem bei der Bewältigung der Probleme der realen Welt absolut zuverlässig seien; damit wären also wahre Sätze gegeben, die wir niemals empirisch in Erfahrung bringen könnten.

L. sagt nun ⁴⁾: Autopoietische Geschlossenheit bedeute auf der Grundlage eines Codes bzw. einer Differenz, daß eine direkte Beobachtung von außen ausgeschlossen ist bzw., daß Beobachtungen prinzipiell systemrelativ sind ⁵⁾, da der Beobachter ein eigenes Differenzschema benutzt; er ist selbst ein autopoietisches System. Er kann mithin Differenzen verwenden, die dem Gegenstand unzugänglich sind. Damit kann aber z.B. das autopoietische System Luhmann nie etwas über die Realität

1) N.L., Soziale Systeme, S. 653.

2) D. Zolo, "Autopoiesis un paradigma conservatore", S. 141.

3) D. Zolo, aaO, S. 141.

4) Vgl. N.L., Soziale Systeme, S. 654.

5) N.L., aaO, S. 656.
Kleinhecht, Natascha (1989), 'Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann: Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

an sich der (angeblichen) autopoietischen Systeme, die ihn umgeben, aussagen, nicht einmal kann er behaupten, daß diese an und für sich autopoietisch wären, unabhängig von seiner Erkenntnis. Dies tut L. aber, indem er zugleich behauptet¹⁾, Selbstreferenz sei ein empirisch (!) gegebenes Phänomen²⁾.

Nur unter Wahl eines erkenntnistheoretischen Neuansatzes, des Ansatzes einer "naturalen Epistemologie" bzw. "evolutiven Erkenntnistheorie"³⁾ --mit dem Unterschied freilich, daß man für Subjekt System einsetzen muß⁴⁾ und dem 'natural' ein 'sozial' hinzufügen muß-- ist die Annahme dieser beiden erkenntnistheoretischen Positionen zugleich möglich. Die Hauptthese dieser neuen Epistemologie ist einfach : Der Mensch ist ein Produkt der Evolution, also müssen auch seine Denk- und Erkenntnisstrukturen evolutiv entstanden und entsprechend erklärbar sein. Die Strukturen unseres Denkens (unsere Denkkategorien) und die Struktur der Welt (die Realkategorien) müssen wenigstens partiell kompatibel sein, weil nur eine solche Koinzidenz Überleben und Evolution in dieser Welt ermöglicht. (Dabei ist die Art, wie wir denken, genetisch festgelegt). Deshalb kann die Welt für uns sowohl ein Konstrukt als auch zugleich 'an und für sich' sein. Das Manko des Ansatzes liegt in der beliebigen Behauptung der Annahme der Übereinstimmung von Erkenntnis mit Weltstrukturen, die ebenso wie die erkenntnistheoretischen Annahmen, die sie ersetzen will, nirgendwo herleitbar ist.

Innerhalb dieser Annahme kann die Autopoiese von systemrelativer Erkenntnis als auch von einer Realität an sich sprechen. Wobei die evolutive (naturale) Epistemologie bei L. freilich dahin ergänzt werden müßte, daß Strukturen der Beobachtung auch zusammen mit Sozialstrukturen

1) N.L., Rechtssoziologie, neue Ausgabe, S. 362.

2) Wollte man hier einwenden, auch 'empirisch' sei ein Konstrukt, so bedeutet der Term empirisch als Konstrukt aber immer noch, daß etwas in der Welt Beobachtetes ist was beobachtet wird, also ist, was es an und für sich ist. Dies im Term empirisch vorgestellte 'An-und-für-sich-sein' ist dabei gerade kein Konstrukt; andernfalls wäre die geringste Konsequenz, daß empirisch nicht empirisch bedeutet.

3) L. vertritt diesen in N.L., Soziale Systeme, S. 650.

4) Was D. Zolo als weitere Belastung empfindet.

evoluieren und bei dieser Evolution ein Vorgang der Anpassung stattfindet. L. beschreibt in *Soziale Systeme*¹⁾ seinen erkenntnistheoretischen Standpunkt selbst folgendermaßen. Er nimmt an, daß, was für das beobachtete System gälte, auch für ihn selbst gilt. Das heißt bei ihm insbesondere, alles ist autopoietisch, und deshalb kann man trotz der Systemrelativität aller Beobachtungen eine Realität an sich behaupten. Die Übereinstimmung zwischen Denken und Realität liegt bei ihm also hauptsächlich in dem ganz abstrakten Faktum der zirkulären, selbstsubstitutiven Konstitutierung von Elementen (sprich Autopoiese).

Da nun bei L. für das beobachtete System auf dem Niveau seiner Operationen bzw. Konstruktion von Elementen gilt, was auch für ihn selbst, das Subjekt und dessen Realitätserfassung gilt, möchte ich folgenden Vergleich anstellen, zumal es in beiden Fällen um den Eingang von Realität bzw. Umwelt in systeminterne Operationen geht : Autopoietische Geschlossenheit beschreibt, wie man sah, auch die systemrelative Beobachtung von Realität. Sie bedeutet, daß parallel gewissermaßen zum Kant'schen Erkenntnissubjekt das L'sche autopoietische Sozialsystem die Welt eigenständig konstituiert. Dies geschieht über einen Code, der dabei den Kant'schen Strukturkategorien des Denkens entspräche. (Ich sehe daher im weiteren die Reproduktion der Elemente aufgrund der eigenen Elemente in Sozialsystemen zugleich immer als Vorgang der Konstitution von Realität²⁾.) Die Außenwelt ist damit nicht per se vorgegeben, sondern wird vom System selektiert. Der Bezug zur Umwelt wird daher zum zentralen Problem. Wie kann das System sich noch sicher in einer Umwelt bewegen, insbesondere mit anderen Systemen in Verständigung treten? Bzw. bei Kant lautet die Frage : Wie sind 'objektive' Urteile über die Erfahrungswelt möglich, die sich nicht auf Erfahrung stützen? Die Kant'sche Auflösung des Problems lag in der Konstitution einer Einheit der Erkenntnis aller Subjekte, in der Konstitution einer 'subjektiven Objektivität', über die zumindest eine gemeinsame Welt über eine gemeinsame, universalisierbare 'Weitsicht' wiederhergestellt ist. Was bei Kant möglich war, ist bei L. aber nicht

1) N.L., aaO, S. 656.

2) So auch N.L., "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", S. 22. Kleinknecht, Natascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten European University Institute DOI: 10.2870/75617

mehr möglich, da jedes System einen anderen Code hat. Das Rechtssystem hat den Code 'recht/unrecht', das Politiksystem den Code 'Macht' usw. . So ist eine 'Wiederverbindung' dieser in verschiedene Strukturen zerfallenden 'Systemwelt' nur möglich durch die Annahme, daß den Systemen jenseits ihrer je spezifischen Weltkonstruktion eine Welt zugleich als gemeinsame zugänglich wäre. Man kann sich vorstellen, daß dies über eine objektive, emergente Erkenntnisebene geschehen könnte, auf der Realität unabhängig von den Systemperspektiven konstituiert wird, oder, daß eine allen per se gemeinsam vorausliegende Außenwelt beispielsweise durch eine der Außenwelt entsprechende jeweilige Systeminnenwelt reflektiert wird zw. Kompatibilität zwischen den Strukturen der Außenwelt und den systemischen Konstrukten der Außenwelt von vornherein gewährleistet ist (insofern wäre die Außenwelt zugleich Konstrukt der Systeme als auch 'an und für sich', naturale Epistemologie), welche Systeminnenwelt jenseits der systemrelativen Perspektiven, die Gleichverständlichkeit der Welt in allen Systemen garantierte (womit gerade noch nichts über die systemspezifische Selektion gesagt ist). Oder man könnte annehmen, daß jenseits der je spezifischen Systemperspektiven jedes System bezüglich der von ihm in Operationen verwendeten Realität mit den gleichen Realitätskonstruktionen arbeitet, was der Kant'schen subjektiven Objektivität entspräche, wobei 'Subjekt' hier durch 'System' ersetzt wird.

Daß die unterschiedlichen Systemperspektiven nicht allein die Realitätsgewißheit der Systeme beschreiben, sondern es vielmehr jenseits dieser die Möglichkeit einer zumindest als gleichverständlich vorausgesetzten Welt geben muß, scheint auch L. anzunehmen¹⁾. Eine für alle Systeme als gleichverständlich vorauszusetzende Welt liegt bei L. in sogenannten "Materialitätskontinua". Eine weitere Voraussetzung des Realitätszugangs selbstreferentiell geschlossener, über unterschiedliche Codes prozessierender Systeme scheint ferner bei L. in einer systeminternen Unterscheidung von System und Umwelt und deren

1) Vgl. z.B., N.L., **Geschlossenheit und Offenheit. Über Realität in der Welt des Rechts**, S. 20

Beobachtung durch das System selbst zu liegen. Ferner finde, so behauptet L., Erkenntnis selbstreferentieller Systeme auf einer emergenten Ebene statt, die sich nicht auf Merkmale zurückführen lasse, die im Subjekt oder im Objekt vorliegen¹⁾. Dies hieße, daß bereitliegende Materialien auf einer emergenten Ebene der Realität neu organisiert werden, von der die Welt aus neu gesehen werde. Und zwar handle es sich dabei um Interaktion mit dem Objekt per Stimulierung seines selbstreferentiellen Prozesses. (Daß hier keine genaue Entsprechung zu meinen obigen Vermutungen zur Realitätsgewißheit von selbstreferentiell geschlossenen Systemen, die über unterschiedliche Codes operieren, vorliegt, wird sich im folgenden zeigen.)

bb) Das Verhältnis von Offenheit und Geschlossenheit oder die "Realitätsgewißheit" des Systems.

Materialitätskontinua, systeminterne Unterscheidung von System und Umwelt und der Umweltkontakt über Stimulierung der Selbstreferenz sind meiner Ansicht nach Bedingungen der Offenheit des Systems bei Geschlossenheit des Systems. Ich möchte hier nachprüfen, inwieweit damit auch Hinweise bezüglich der Konditionierung einer positiven Rechtspolitik gegeben sind, bzw. inwiefern die Selektivität des Systems eine bestimmte Richtung erhält, bzw. wie eine Entparadoxierung des Systems, eine Entfaltung der Selbstreferenz stattfindet.

aaa) Materialitätskontinua postuliert L. in Analogie zu Maturanas "Medium"²⁾. Das Medium bedeute im Bereich der Reproduktion organischer Systeme, daß eine atomar gefestigte Struktur von Materie vorausgesetzt wird, so wie die Bildung von Atomen offenbar bindungsfähige Energie voraussetzt. Bei der Bildung von Systemen gehe es also nie um eine Neuschöpfung der Welt. Es gäbe immer etwas Vorauszusetzendes, einen strukturierten, nichtzufälligen Hintergrund der Systeme, der deren Bildung und Realitätskonstruktionen bedinge und beschränke, dadurch daß sie mit ihm kompatibel sein müssen. (Das würde

1) N.L., Soziale Systeme, S. 658.

2) Vgl. N.L., "Geschlossenheit und Offenheit. Über Realität in der Welt des Rechts", Satascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

nun von einer konstruktivistischen Erkenntnistheorie noch nicht in Frage gestellt, die Systemrelativität aller Weltsicht widersprüche dem noch nicht¹⁾). Gerade aus dem Medium ergäben sich die Limitationen der Erkenntnisbemühungen bzw. die Lebenslimitationen aller Erkenntnis, auf die die neuere naturalistische Biologie so viel Wert lege.²⁾ Im Bereich von sozialen Systemen scheinen sich Materialitätskontinua dadurch auszuzeichnen, daß man Unterscheidungen, Bezeichnungen, Identifikationen und Negationen auf sie anwenden kann³⁾. Meiner Ansicht nach sind damit Materialitätskontinua (sowohl außen wie innen befindliches) 'Material' der Komplexitätsreduktion der Systeme⁴⁾.

Das Recht operiert in der Gesellschaft über Kommunikationen, also Sprache, es wird daher durch die Kommunikationen der Gesellschaft getragen. Es muß dabei Worte als gleichverständlich voraussetzen. Damit wären gesellschaftliche Kommunikationen die Materialitätskontinua des Rechts.⁵⁾ Hier fällt auf, daß der mir als problematisch erscheinende

1) Vgl. allerdings D. Zolo in "Autopoiesis un paradigma conservatore", S. 141ff. Auch meiner Ansicht nach könnte man auf der Basis eines Kant'schen Konstruktivismus jedenfalls keine Aussage über eine aller Erkenntnis vorausliegende Welt im strengen Sinne machen, da jede Aussage über die Welt auf der Basis vorausliegender Erkenntnisstrukturen geschieht. Und selbst eine Aussage darüber, inwieweit die Welt die Erkenntnisstrukturen limitiert, ist eine Aussage, die auf der Basis vorausliegender Erkenntnisstrukturen geschieht und nichts über diese 'vorerkenntnismäßige' Welt an sich aussagen kann. Aussagen sind nur auf dem Niveau der Aussagen und nicht auf einem anderen Niveau möglich; ein neurophysiologischer Vorgang (Medium der Aussage), der eine Aussage ermöglichen mag, kann dennoch nicht die Gesetzmäßigkeit seines eigenen Ablaufs in das Niveau der Aussagen und die dort geltenden Funktionsregeln einspielen; auch das ist Autopoiese; er hat keine Konsequenz für das Aussageniveau, die in seiner eigenen 'Sprache' formulierbar wäre; und gleiches gilt umgekehrt, die Ebene der Aussagen kann nie die Sprache der neurophysiologischen Ebene sprechen, welche neurophysiologische Ebene sie erst ermöglicht. Deshalb gibt es für einen Konstruktivisten, der nicht dem Ansatz einer naturalen Epistemologie folgt, keine Welt an sich (jenseits der Regeln des Aussagenniveaus) und Aussagen über eine aller Erkenntnis vorausliegende Welt sind im strengen Sinne nicht möglich.

2) Vgl. N.L., Geschlossenheit und Offenheit. Über Realität in der Welt des Rechts, S.7, 8.

3) N.L., aaO, S. 10

4) Das ist allerdings so, wie wenn ich feststelle, daß dieser Baum dort existiert, auch wenn ich ihn nicht denke.

5) N.L., aaO, S. 11, 12.

Umweltkontakt von autopoietisch geschlossenen, über unterschiedliche Codes prozessierenden Systemen zu einem Teil einfach vorausgesetzt wird. Das L'sche Sozialsystem kann daher grundsätzlich Kommunikationen seiner Umwelt verstehen, ohne daß dies nun näher begründet wird. Daß Umwelt also überhaupt begriffen werden kann, folgt bei L. nicht erst aus der ins System eingebauten Unterscheidung von System und Umwelt. Diese steuert, wie ich noch zeigen werde, nurmehr seine Selektivität, das heißt die systemspezifische Auswahl aus allen Systemen gleichermaßen vorausliegenden und sinngleich erfaßten Kommunikationen. Das Recht unterscheidet sich von seinem Medium dadurch, daß es eigenständig, funktionsspezifisch auswählt. Damit ist die in Sprache gefaßte Umwelt sekundär gegenüber der autopoietischen Geschlossenheit¹⁾.

Kommunikationen sind an Ereignisse geknüpft. Das Präsentsein von 'gleichen' Ereignissen für mehrere Systeme (z.B. ein Vorgang der Zahlung ist wirtschaftlich relevant, kann aber auch als Erfüllung einer Rechtspflicht vollzogen werden) heißt bei L. "Simultanpräsenz von Ereignissen". Die Operationen der Systeme haben somit Ereignischarakter, sie entstehen und vergehen mit den Ereignissen. In Materialitätskontinua und Simultanpräsenz von Ereignissen liegt für L. die "Interpenetration von System und Umwelt"²⁾. Trotz dieser Interpenetration von System und Umwelt bleibt das System, was die selektive Behandlung dieser allen vorausliegenden Ereignisse angeht, auf sich selbst angewiesen³⁾. Die Tatsache von Materialitätskontinua allein, die in Kommunikationen liegen, welche an Ereignisse anknüpfen, liefert daher noch keinen konkreten Hinweis dafür, wie das System, speziell das Rechtssystem, selektiert. Sie bedeutet nurmehr, daß L. Realität und ihre Zugänglichkeit immer schon voraussetzt, in dieser Realität die systemeigenen Selektionen allerdings beliebig bleiben.

bbb) Die Unterscheidung von System und Umwelt im System impliziert bei L. nicht eine der gemeinsamen Außenwelt strukturell Punkt für Punkt

1) N.L., aaO, S. 14.

2) N.L., aaO, S. 19.

3) N.L., aaO, S. 109. Kleinknecht, Natasa (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten European University Institute DOI: 10.2870/75617

entsprechende Innenwelt, vielmehr befindet man sich hier bereits im Bereich der spezifischen Selektivität des Systems.

Das Unterscheiden von System und Umwelt und so die Realitätsvergewisserung im System geschieht bei L. durch Selbstbeobachtung¹⁾. Das heißt, das System beschreibt sich zugleich in jeder Operation selbst, und sind Operationen zugleich Realitätskonstruktionen, so heißt das, das System beobachtet in jeder Operation seine eigene Beobachtung bzw. eigene Selektivität. Die zirkuläre Beobachtung von Beobachtungen kann man als second-order cybernetics bezeichnen²⁾. Die selbstreferentielle Reproduktion von Elementen (Autopoiese) bzw. von Beobachtungen wird hier daher mit einer second-order-cybernetics verbunden³⁾.

L. zieht hier Parallelen zu Spencer Brown's Logik unter Einbeziehung einer Ergänzung, die diese durch F. Varela erfahren hat⁴⁾, wobei die Frage, die Brown stellt, auf Wittgenstein zurückgeht. Die Antwort liegt nach L. bei S. Brown (der erklären möchte, wie es kommt, daß "die Welt sich selbst beobachtet") im Verweis auf eine Grundoperation des Unterscheidens und Bezeichnens, die die Einheit und Undifferenziertheit der Welt verletzt, indem sie etwas bezeichnet, was etwas anderes außer acht läßt. Dieser Grundvorgang definiere bei Brown eine Beobachtung. F. Varela nun fügt dieser Beobachtung, die entweder vollzogen oder nicht vollzogen werden kann, (zu Vollzug oder Nichtvollzug der Grundoperation also) die Selbstbezeichnung der Beobachtung hinzu. Damit ist nun jede Beobachtung als Anwendung einer Unterscheidung nicht nur eine Bezeichnung des Beobachteten, sondern auch eine Bezeichnung der Beobachtung selbst (Beobachtung der Beobachtung). Das bedeutet zugleich, daß das beobachtende System mit diesem Gewährwerden der eigenen

1) Nach G. Teubner steuert diese Selbstbeobachtung erst die Selbstreproduktion, "Die neue Selbstbezogenheit", S. 33-35.

2) Vgl. N.L., "Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 345.

3) Vgl. zur Möglichkeit einer solchen Kybernetik S. Brown, Laws of Form, S. 105 und F. Varela, "A Calculus for Self-Reference", S. 2-25. Sie liefert eine Theorie des zirkulären Beobachtens von Beobachtungen.

4) Vgl. N.L., "Einige Probleme mit reflexivem Recht", S. 1-3 in Zusammenhang mit S. Brown, Laws of Form, S. 105 und F. Varela, A Calculus for Self-Reference, S. 2-25.

Beobachtung sich als 'Identität' erkennt und so von der Umwelt unterscheiden kann. Weil die Selbstbeobachtung kein von der Beobachtung getrennter, sondern ein gleichzeitiger Vorgang ist, ermöglicht sie dabei nicht volle Selbsttransparenz des Systems, insbesondere nicht eine Hintergehung, sondern höchstens undistanzierte Beobachtung der eigenen Prämissen, des eigenen Codes, dessen unhinterfragbare Voraussetzung Bedingung der Operationsfähigkeit bleibt. Weil die Selbstbeobachtung bei L. nurmehr die systeminterne Unterscheidung in Form des Codes des Systems betrifft (also im Rechtssystem die Unterscheidung recht/unrecht), welcher Code per se keine Information über die Umwelt enthält (alles was Information wird, stellt das System im Übrigen selbst her), erfährt die Selektivität des Systems keine spezifische Richtung. Ein Realitätszugang ferner durch Konsistenzkontrolle der eigenen Operationen kann hier nurmehr eine Versicherung, daß Recht im Anschluß an Recht und nicht etwa Zahlungen produziert werden, bedeuten. Dennoch ist die Selbstbeobachtung der systeminternen Unterscheidung, die per se keine Informationen erhält, auch ein Element des Realitätszugangs des Systems, da sich das System hierüber von der Umwelt unterscheiden, und daher in sich selbst Selbstreferenz und Fremdreferenz unterscheiden kann, das heißt, differenzieren kann, ob es Vorgänge sich selbst oder der Umwelt zurechnet. Die allen Systemen vorausliegende, gleichzugängliche Realität reichte allein noch nicht aus zur Erfassung der Umwelt, wenn das System von sich selbst nicht unterscheiden könnte, was Umwelt ist. Insofern kann L. letztlich behaupten, daß Selbstbeobachtung zu Realitätsgewißheit führt.

Zusammenfassend läßt sich hier daher sagen, daß aufgrund des oben beschriebenen Prozesses der Gewinnung von Realitätsgewißheit die Selektionen eines jeden Systems, was die Attribution von Codewerten an Kommunikationen, Fakten, Ereignisse angeht, beliebig bleiben (und das vielleicht, weil ich hier nur Aussagen über das isolierte Verhalten von Systemen gemacht habe, und nicht über deren Zusammenwirken). Die Selbstbeobachtung der Unterscheidung, bzw. der Selektivität des Systems, die der Code des Systems ist, führt nur zu einer Vergewisserung bzw. Perpetuierung der eigenen Identität, und das heißt der eigenen Selektivität, kann also, insbesondere infolgedessen sie kein von den Operationen getrennter Vorgang ist, keine Relativierung des eigenen

Operationsmechanismus bedeuten. Die 'Wertung' der Ereignisse bleibt daher immer derselben beliebigen Verteilung zweier Werte unterworfen. Das System bleibt auf sich selbst angewiesen; Informationen muß es letztlich selbst herstellen (was freilich den Begriffswert von 'Information' verändert).

ccc) Um zusätzlich etwas über den Realitätszugang des jeweiligen Systems im Hinblick auf Richtungsmomente seiner Selektivität zu erfahren, scheint das L'sche Konzept der emergenten Ebene, auf der Erkenntnis bzw. die Interaktion von Systemen stattfinden soll, weiterzuhelfen. Ich erhoffe mir hier, etwas über die 'Entparadoxierung' von Codes zu erfahren.

Hier läßt sich meiner Ansicht nach eine Parallele zu dem folgenden, erkenntnistheoretisch interessanten Phänomen, das seit der Quantentheorie bewußt wurde, ziehen, daß der Beobachter die Beobachtung verändert, und das heißt, daß der Gegenstand weder objektiv erscheint, wie er ist, noch durch statische subjektive Kategorien ein für allemal bestimmt werden kann, sondern im Prozeß der Beobachtung auf einer Ebene jenseits dieser beiden Möglichkeiten durch die Beobachtung selbst verändert wird.

Es folgt daraus die Anweisung : "Beobachte den Beobachter". Jedoch geschieht auch das immer nur durch einen Beobachter, der wieder selbst beobachtet werden müßte. Eine solche Beobachtung des Beobachters scheint L. zu unternehmen, indem er beobachtet wie das Rechtssystem beobachtet, und das bedeutet er beobachtet den Vorgang des Rechtssetzens und gelangt dann schließlich zu einer Beobachtung der Beobachtung des Politiksystems. Dabei fällt dem soziologischen Beobachter (L.) der Beobachter (Rechtssystem, Politiksystem) aus kühler Distanz auf, daß Inhalte von Normen nicht allein aufgrund des Codes des Rechtssystems (recht/unrecht) und überhaupt nicht aufgrund eines inputs von außerhalb des Rechts (Politik, Wirtschaft usw.) zustandekommen, sondern auf einer emergenten Ebene jenseits dieser beiden Möglichkeiten konstituiert wird. Diese emergente Ebene der 'Erkenntnis', die L. präzise als "Interaktion mit dem Objekt per Stimulierung seines selbstreferentiellen Prozesses" beschreibt, stellt sich hier folgendermaßen dar : Die rechtssetzende Politik orientiert sich ebenfalls nicht direkt an Vorgaben der gesellschaftlichen Umwelt, sondern ihre Orientierung läuft indirekt über

eine Anregung ihres selbstreferentiellen Prozesses. Die Selbstreferenz des Politiksystems läuft über den Code 'Macht'. Informationen über Gesellschaft werden im Recht setzenden Politiksystem deshalb nur im Rahmen dieser Codierung berücksichtigt. Die Codierung des Politiksystems ("Macht") bestimmt soweit die Interaktion zwischen Politik und Gesellschaft unter Berücksichtigung eines Rahmens, der dieser Macht durch die verfahrensmäßige Organisation des Rechtssystems gesetzt ist. An die Interaktion von Politik und Gesellschaft schließt sich eine Interaktion zwischen Politik und Recht durch Stimulierung diesmal der Selbstreferenz des Rechts an (bzw. man kann das auch Intervention des Politiksystems ins Rechtssystem nennen¹⁾), die aber in der L'schen Theorie selbstreferentieller Systeme nicht bedeutet, daß das Politiksystem das Rechtssystem steuert²⁾. Jedes System steuert sich nur selbst und das politische System hat hier keine Ausnahme³⁾. Das bedeutet aber nur : Indem die Selbstreferenz der Politik hier zum Kriterium für Rechtsentscheidungen wird, stellt sich der Code (recht/unrecht) des Rechtssystems nicht um. Beide, Politik und Recht, behalten ihren Code bei und reproduzieren sich auf dessen Grundlage selbstreferentiell. In Worten L's heißt das, daß das Rechtssystem⁴⁾ seine Operationen weiter an seiner eigenen Differenz (recht/unrecht) orientiert, aber im eigenen Operationskontext Programme variiert, immer freilich unter der Bedingung, daß der Code invariant bleibt. Programme sind dabei die veränderlichen Inhalte von Normen, die durch die Selbstreferenz des Politiksystems motiviert sein können. Sobald sich die politische Entscheidung in einer Rechtsnorm niedergeschlagen hat, kann man diese als Element des Rechtssystems begreifen. Die Motivation bleibt politisch⁵⁾, wirkt sich allerdings auf den Selbststeuerungsmechanismus des Rechtssystems aus, insofern

1) Vgl. N.L., Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 346, dort für Politik und Wirtschaft, ich übertrage analog.

2) N.L., aaO, S. 334.

3) N.L., aaO, S. 334.

4) N.L., aaO, S. 346, dort für das Verhältnis von Politik und Wirtschaft; ich übertrage analog.

5) Niklas Luhmann (1946), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

diese politische Motivation Recht im Anschluß an vorher bereits produziertes Recht entstehen läßt. Man kann mit L.¹⁾ auch sagen : "Alle Steuerung arbeitet sich an fremdgeneriertem Material ab -- auch wenn alle Strukturfestlegung durch das System erfolgt, das sich selbst steuert."

Man hat hier etwas über (externe) Richtungsmomente der Selektivität des Rechtssystems erfahren, und dies interessanterweise über die Betrachtung intersystemischer Relationen. Ins Rechtssystem, genauer in dessen Programme, fließen politische Motivationen bzw. die Selbstreferenz des Politiksystems ein. Rechtsentscheidungen orientieren sich insoweit an politischen Machtüberlegungen, die wiederum durch das Verfahrenssystem des Rechts konditioniert werden. Das heißt, die Selbstreferenz des Rechts wird hier auf der Ebene intersystemischer Relationen in Programmen 'entparadoxiert', zugleich aber behält das Recht (und die Politik) seine (ihre) Selbstreferenz auf dem Niveau des Codes 'unentparadoxiert' bei.

ddd) Ich möchte jetzt versuchen, was ich zu Realitätszugang und Selektivität des Rechts- und Politiksystems gesagt habe unter Hinzunahme einer Kybernetik dritter Ordnung, das heißt einer Theorie, die mit der zirkulären Beobachtung des zirkulären Beobachtens von Beobachtungen zu tun hat, weiter auszubauen. Man könnte auf die Idee einer Selbstbeobachtung des Systems kommen, die die Selbstbeobachtung der Beobachtung des Systems distanziert qualifizieren und diese Beobachtung der Beobachtung der Beobachtung sodann als Kriterium in die Beobachtung des Systems einführen könnte²⁾. Dies geht über die zuvor besprochene Selbstbeobachtung der systeminternen Unterscheidung von System und Umwelt hinaus, und ist mehr als nur die Erkenntnis der eigenen Identität. Es wäre die kritische Beurteilung der eigenen Identität.

In einer Welt autopoietischer Systeme orientiert sich jedes System anhand einer Differenz. Das bedeutet eine Einschränkung der Weltansicht, eine gewisse Blindheit. Die Politik kann dennoch beobachten, wie sie vom Recht her erscheint, ob beispielsweise ein Parlamentsentwurf dem

1) N.L., aaO, S. 340 analog.

2) Vgl. allerdings N.L., Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 96. Kleinknecht, Natascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten European University Institute DOI: 10.2870/75617

bisherigen Recht widerspricht¹⁾. Dann sieht sie, was man mit der Unterscheidung des Rechtssystems (recht/ unrecht) zu sehen bekommt. (Dies erklärt sich durch die Möglichkeit des Systems sich von der Umwelt unterscheiden zu können.)

Dies bedeutet nun aber noch keine Relativierung des eigenen Codes. Vielmehr nimmt die Politik die Rechtlichkeit (Vereinbarkeit mit der Rechtsordnung) der Entscheidung gerade unter politischen Erwägungen in bezug. Ihre Unterscheidung von System und Umwelt bleibt gerade ihren eigenen Kriterien unterworfen. Es ist z.B. politisch unklug, eine Entscheidung zu treffen, die eklatant dem geltenden Recht widerspricht, insbesondere in fundamentale Rechte von Bürgern eingreift.

Nun könnte die Politik allerdings aufgrund einer Kybernetik dritter Ordnung auch das wieder beobachten.

Daß aber die Politik damit ihre eigene Blindheit, die hier darin besteht, daß sie die Rechtlichkeit von Entscheidungen nurmehr unter Machterwägungen in Bezug nimmt, beobachten und dies in zu treffende Rechtsentscheidungen einbringen könnte, widerspräche meiner Ansicht nach allerdings der Autopoiese der Politik, die hier Gefahr liefe, ihren eigenen Code zu relativieren. Denn die Beobachtung der eigenen Beobachtung der Beobachtung würde hier auf den Einbezug externer Kriterien verweisen, wenngleich nicht schon auf eine allen Systemen gemeinsame Metaebene, von der Lösungen zu erwarten sind. Diese Relativierung selbstreferentiellen Prozessierens kann man nicht zulassen, erhält man das Konzept der autopoietischen Konstitution von Systemen aufrecht; selbst wenn L. eine solche Gefährdung der Autonomie des Rechts, die darin liegt, daß ein dritter Wert neben den Werten recht/unrecht ins System eingeführt wird (z.B. nützlich/schädlich), durch Doktrinen des "social-engineering" bereits als gegeben sieht²⁾. Ein solches System, das aufgrund eines in es eingebauten dritten Wertes seine eigene Unterscheidung verwerfen kann, ist dann aber wohl bereits kein autopoietisches System mehr; es hat hier eine Entdifferenzierung

1) N.L., Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 345 analog.

2) N.L., "Geschlossenheit und Offenheit. Über Realität in der Welt des Rechts". In: S. Glascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

stattgefunden. In einem autopoietischen System hingegen führt deshalb selbst eine Kybernetik unendlicher Ordnungen nie zu einer Elimination des blinden Flecks, das System kann sich und die Welt nie unter anderen als den eigenen Kriterien sehen. Deshalb gilt nurmehr, daß hier externe Kriterien zwar einen Einfluß auf die Programme des Systems haben, aber grundsätzlich nichts am selbstreferentiellen Prozessieren, am Code des Systems ändern¹⁾. Es findet sozusagen nur fallweise eine Übernahme anderer Codes (z.B. in die Politik recht/unrecht) in die Programme eines Systems statt, deren Motivation aber jeweils dem eigenen blinden Fleck (dem eigenen Code) des Systems entspricht (hier daher politisch bleibt). Nur (aber immerhin) de facto finden hier externe Kriterien (Umwelt bzw. andere Systemperspektiven) in Rechtsentscheidungen Eingang.

Pointiert könnte man sagen : Es geht bei der Konditionierung von Rechtsentscheidungen nicht mehr um die Feststellung von einheitlichen, mit sich selbst identischen Prinzipien, sondern um die Unterscheidung von Unterscheidungen. Will man wissen, nach welchen Kriterien Rechtsentscheidungen getroffen werden, so muß man bei L. z.B. beobachten, wie die Politik das Recht oder andere gesellschaftliche Teilsysteme beobachtet, das heißt welche Differenzschemas sie im Gegensatz zum Recht und anderen Teilsystemen verwendet. Im Beobachten des Beobachters (Politik) vergewissert man sich dabei nur der Realität dieses Beobachtens und nicht einer gemeinsam zu akzeptierenden Realität. Das schließt bei L. aus, daß es jenseits der spezifischen Differenzschemas der Systeme eine privilegierte, eigentliche Beobachterposition gibt, von der aus Welt oder hier Bedingungen von Rechtsentscheidungen einheitlich beschrieben werden könnten. (Die emergente Ebene, auf der bei L. die Interaktion von Systemen bzw. Realitätszugang stattfindet, ist daher auch keine objektive, emergente Ebene. Eine solche hatte ich zur Lösung des Problems des

1) So N.L., Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 345-348. So ebenfalls G. Teubner, "Intersystemisches Kollisionsrecht", S. 127. Er ist der Ansicht, daß die eigenen Programme hierdurch äußerst unbestimmt werden, selbst wenn Recht nur situativ Kriterien politischer Opportunität und ökonomischer Utilität rezipiert.

Realitätszugangs von über unterschiedliche Codes und rein über interne Indikatoren prozessierenden Systemen vorgeschlagen). Ich hatte an diesem Standpunkt in Kapitel 1 bereits Kritik geübt. Eine de facto in unterschiedliche Differenzschemas (Systemperspektiven) zerfallende Welt machte meiner Ansicht nach nicht eine objektive Realitätsbeschreibung (privilegierten Beobachter) obsolet, sondern konnte von einem anderen (Meta-)Standpunkt aus darauf hinweisen, daß diese nurmehr komplexer sein müßte.

eee) Die "Rekursivität" des Systems --das bedeutet, daß eigene Operationen auf Resultate eigener Operationen ad infinitum bezogen werden-- scheint bei L. ferner per se bereits ein Mittel der Bildung von Realitätsgewißheit¹⁾ eines Systems sein zu können. L. bezieht sich dabei auf die These H. v. Foerster's, daß Organismen Realität durch die endlose Anwendung von Operationen auf Operationen "errechnen" können.

In diesem Ansatz selbst liegt aber gerade begründet, daß das sich nicht voraussagen läßt, man vielmehr das Ergebnis nur erzeugen kann, da eine Voraussage die Beobachtung eines Prozesses zum Gegenstand hätte, der gegen 'unendlich' geht.

Zusammenfassung : Die Theorie der Autopoiese ist meiner Ansicht nach in der Hauptsache eine modellhafte Zuspitzung der bereits in der alten Rechtssoziologie von L. behandelten Kontingenz allen Handelns und Erlebens, die erlaubt, das Problem der Kontingenz beispielsweise in

1) So mit einigen Vorbehalten L. , N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie", S. 38. Mathematische und neurophysiologische Forschungen ließen zumindest die Hoffnung zu, daß bei ständiger Anwendung der Operationen auf Resultate von Operationen, also auch von Beobachtungen auf das Resultat von Beobachtungen, ein rekursives System relativ stabile "Eigenzustände" entwickeln könne, das heißt, blind herausfinden könne, was sich in einer unbekannt bleibenden Umwelt bewährt. Ob das allerdings gelinge oder nicht, könne man freilich nicht voraussagen. Man könne das Ergebnis nicht theoretisch ableiten, sondern nur erzeugen. Es bleibe Bedingung der Fortsetzbarkeit von Operationen in einem autopoietischen System. Vgl. ferner G. Teubner, "Und Gott lachte...", S. 19, der v. Foerster's Lösung als "Flucht nach vorn" bezeichnet.

Parallele¹⁾ zu einer Theorie lebender Organismen zu formulieren²⁾.

Neue Lösungen zum Problem der Bewältigung von Kontingenz im Rechtssystem sind mit der Theorie der Autopoiese allein im Verhältnis zur 'alten' Rechtssoziologie meiner Ansicht nach kaum gegeben. Dem entspräche insofern L's Warnung³⁾, daß man aus dem Konzept der Autopoiese allein kein rechtspolitisches Programm herleiten könne; L. warnt diesbezüglich vor "vorschnellen Auswertungen". Die Lösungsaspekte des alten Werks, die ich zuvor analytisch ermittelt hatte, bleiben daher auch nach der Theorie der Autopoiese relevant, ja sie wiederholen sich sogar in dieser sozusagen nur in einer anderen 'Bildhaftigkeit'. Insbesondere liegt eine Wiederaufnahme einer schon im alten Werk zentralen Lösung des Problems von Kontingenz im Aspekt der in der autopoietischen Geschlossenheit symbolisierten Autonomie des Rechtssystems vor. Seine Autonomie hebt das Recht von externen Interessen ab, bedeutet also eine "Dekorrumpierung" des Rechts⁴⁾. Das autopoietische System funktioniert gerade nicht, wie eine "trivial machine"⁵⁾: input von Interessen, output von entsprechenden diese Interessen berücksichtigenden Normen. Sondern es kann sich gerade indifferent oder konträr zu den jeweils bestehenden Interessen aufgrund seiner Struktur autopoietischer Geschlossenheit verhalten⁶⁾. All dies ergibt sich bereits aus der L'schen Beschreibung eines funktional ausdifferenzierten Rechtssystems. Chancen eines Neuansatzes eröffnet nurmehr die Verbindung der Theorie der Autopoiese mit einer Kybernetik zweiter (oder gar n-ter) Ordnung. Aus der Beschreibung des funktional ausdifferenzierten Rechtssystems und der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft und der Theorie der Autopoiese allein war beispielsweise

1) Ich nehme einschränkend an, daß hier auf Parallelen in Argumentationsstrukturen verwiesen ist. Man könnte aber auch der Ansicht sein, daß diese Parallelsetzungen viel weiter gehen.

2) Vgl. insbesondere N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie", S. 36ff, wo L. in Kürzestfassung auf das Anknüpfen seiner Theorie an (Parallel)-Probleme in unterschiedlichen Bereichen hinweist.

3) N.L., "Einige Probleme mit reflexivem Recht", S. 4.

4) Vgl. N.L., "Recht als soziales System", S. 10.

5) N.L., aaO, S. 11.

6) N.L., aaO, S. 10 a.

noch nicht ableitbar, wie Systeme sich selbst aus der Perspektive anderer Systeme beobachten und diese Beobachtung der Fremdbeobachtung dann wieder selbst beobachten können, und was dies für einen Einfluß auf die Umweltoffenheit des Systems hat. Da aber diese Selbstbeobachtung nie zu einer Elimination des blinden Flecks des Systems führt, die rechtssetzende Politik daher nie kritische Distanz zu ihrer Selbstreferenz (Macht) nehmen kann, fand ich hier keine über die alte Rechtssoziologie hinausgehenden Kriterien der Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen als die bereits festgestellten politischen Machterwägungen, die in die Programme des Rechtssystems eingehen, und die ihrerseits wieder durch die verfahrensmäßige Organisation des Rechtssystems konditioniert werden. In der alten Rechtssoziologie fand darüberhinaus eine detaillierte Beschreibung der strukturellen Bedingungen und Schranken dieser Macht (bzw. Selbstreferenz der Politik) in modernen, westlichen Demokratien statt, und in der Theorie der Autopoiese werden, über die alte Rechtssoziologie hinausgehend, Orientierungsprobleme von Systemen in einer kontingenten Welt über eine Theorie des de facto Ineinanderwirkens von unterschiedlichen Unterscheidungen gelöst.

DD) SPEZIFISCHE METHODEN DER ENTSCHEIDUNGSFINDUNG.

a) FOLGENKONTROLLE.

Die Folgenkontrolle erscheint mir als mögliche Orientierungshilfe für das Treffen von Rechtsentscheidungen bei der von L. vorausgesetzten Unmöglichkeit der absoluten Determinierbarkeit eines gerechten Rechts infolge Kontingenz allen Handelns und Erlebens, aber (unabhängig davon) auch im Hinblick auf die schwer durchschaubare Komplexität einer modernen, dynamisch sich verändernden Gesellschaft. Ferner umgeht sie die übergroßen Schwierigkeiten, auf die eine Planung von Gesellschaft

stößt, die auf zukünftig zu bewirkende Folgen gerichtet ist¹⁾. (Auf die Voraussetzungen einer solchen Planung komme ich später noch detailliert zurück).

Dies kommt daher, daß diese bereits in Ansätzen praktizierte Folgenorientierung eine Orientierung an Folgen im Nachhinein, genauer an bereits eingetretenen Folgen von Gesetzesänderungen ist. Dabei sind diese Folgen insbesondere Negativfolgen. Auf eine solche Folgenorientierung verweist L.²⁾ an verschiedenen Stellen; allerdings stellt er sie nicht, wie ich das hier tue, als Konsequenz seiner Prämisse der Kontingenz von Welt und Entscheidungen und der Schwierigkeiten der Planung zukünftiger Folgen dar. Sie ist bei L. auch keine schwerpunktmäßig gezogene Konsequenz aus den eigenen Prämissen. Meiner Ansicht nach besteht hierin aber eine wichtige "kognitive" Orientierungsmöglichkeit bei Kontingenz (was ja gerade auch eine offene Zukunft bedeutet). Die Orientierung an Folgen im Nachhinein bedeutet bei Unbestimmtheit apriori (und das heißt Kontingenz) dennoch eine Kontrolle. Gerade L. bezeichnet diese Folgenorientierung auch als "Folgenkontrolle". Ferner ist mit ihr das Problem der Komplexität des gesellschaftlichen Umfeldes des Rechts reduziert, da sie eine Entlastung von komplizierten Vorausberechnungen künftiger Kausalverflechtungen³⁾ darstellt.

Meine Ansicht, daß die Folgenkontrolle Entscheidungskriterien bei vorausliegender Kontingenz liefert, gründet sich auf einen argumentationsstrukturell analogen Fall in der Wissenschaftstheorie. Die L'sche Art der Folgenberücksichtigung erscheint mir parallel zur Popper'schen Argumentation bezüglich eines modernen Begriffes von

1) Vgl. L's skeptische Haltung diesbezüglich, N.L., Ausdifferenzierung, S. 86, die in seiner kritischen Haltung zu R. Pounds "social engineering" zum Ausdruck kommt: "Man kann mit beträchtlichem Aufwand an empirischer Sozialforschung primäre Auswirkungen von Gesetzen (im Vorhinein) ermitteln; aber damit sind nur gerade die ersten, direkten Wirkungen erfaßt, nicht aber weitere Wirkungen und Nebenwirkungen kontrolliert. Auf der Basis erster Wirkungen allein ist keine Rationalität möglich."

2) Z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 291, oder Legitimation durch Verfahren, S. 5.

3) N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", S. 158; bzw. Ausdifferenzierung, S. 86.

Wissenschaft bzw. 'Wahrheit' konzipiert zu sein, der auf der Grundlage der unmöglichen apriori Determinierbarkeit absolut wahrer Aussagen von der Aufstellung hypothetischer Prämissen als nur vorläufiger Annahmen ausgeht¹⁾, deren Qualität als 'wahre', bzw. man sollte besser "bewährte" Aussagen sagen, sich erst im Nachhinein durch eine nicht erfolgende Falsifizierung, und das heißt durch Bewährung vorläufig ergibt²⁾. Um dies plausibel zu machen, möchte ich auf den Popper'schen Begriff von Wahrheit und so zugleich von Wissenschaft kurz skizzenhaft eingehen. Popper ersetzt den Begriff der 'Wahrheit' einer Theorie durch den Begriff der "Bewährung" einer Theorie³⁾. Diese Bewährung geschieht dabei erst ex post. Allerdings entscheidet über den Grad der Bewährung nicht so sehr die Anzahl der bewährenden Fälle (Unlogik der Induktion), als vielmehr die Strenge der Prüfung, der der betreffende Satz unterworfen werden kann und können würde⁴⁾. Ebenso läßt die "apriorische Wahrscheinlichkeit", das heißt die im vorhinein angenommene Wahrscheinlichkeit, nicht auf Allgemeinheit schließen. Falsifizierbarkeit fungiert dabei als Abgrenzungskriterium⁵⁾. Es ist also keine 'Positivfeststellung' (insbesondere nicht apriori) von 'Wahrheit' möglich, sondern nur eine nachträgliche Überprüfung durch Aussetzen von Aussagen an Falsifizierung⁶⁾, was in einem Prozeß der Eliminierung von Irrtümern zu vorläufig wahren Aussagen führt. Dem entspricht, wenn Popper sagt: "Wir fordern zwar nicht, daß das System auf empirisch methodischem Wege endgültig positiv ausgezeichnet werden

1) Vgl. z.B. K. Popper, Logik der Forschung, S.211.

2) So auch L.'s Auffassung vom neuen Wissenschaftsbegriff, vgl. z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 129,130: "Die kognitive Einstellung ist daher typisch auf fixierte Wahrheit und auf weiterlaufende vergangene Erfahrung angewiesen. Sie wird erst spät und nur im Sonderbereich der Wissenschaft als rein hypothetisch institutionalisiert." Bzw. er spricht in Rechtssoziologie, S. 50 von: "Rückzug auf hypothetische, revisionsbereite Realitätsannahmen, wie sie im Wahrheitsbegriff der neuzeitlichen Wissenschaften institutionalisiert sind."

3) K. Popper, aaO, S. 211ff.

4) K. Popper, aaO, S. 213 bzw. vgl. K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 62, Ausgabe 1935. Dies ist eine Abwendung vom naiven Empirismus.

5) K. Popper, aaO, S. 15.

6) F.A. Hayek leitet analog daraus einen "negativen Begriff von Gerechtigkeit" ab in Law, Legislation, Liberty, vol. 2, S. 38ff.

kann, aber wir fordern, daß es die logische Form des Systems ermöglicht, dieses auf dem Wege der methodischen Nachprüfung negativ auszuzeichnen : Ein empirisch wissenschaftliches System muß an Erfahrungen scheitern können"¹⁾ . Popper stützt dabei sein Argument auf die Annahme einer Asymmetrie zwischen Verifizierbarkeit und Falsifizierbarkeit²⁾ . Soll allerdings die Falsifizierbarkeit als Abgrenzungskriterium fungieren, so muß es besondere empirische Sätze geben, die als Obersätze der falsifizierenden Schlüsse auftreten können. Problematisch ist dann freilich, daß sich die Frage nach dem empirischen Charakter der falsifizierenden Sätze stellt. Damit würde man wieder beim alten Hume'schen oder Kant'schen Problem der fragwürdigen Logik der Induktion landen, bzw. wäre das ein Rückfall in einen naiven Empirismus, den Popper gerade ablehnt. Auch Popper sieht das³⁾ und weicht hier durch ein sehr pragmatisches Argument aus : Die Frage nach dem empirischen Charakter der falsifizierenden "Basissätze" spiele in der Forschungspraxis keine Rolle. Sieht man einmal von dieser Schwäche des Ansatzes⁴⁾ ab, so heißt das dennoch, daß bei Popper das alte Wissenschaftsideal eines absolut gesicherten Wissens keine Geltung mehr beanspruchen kann⁵⁾ ; statt dessen ist bei Popper jeder wissenschaftliche Satz vorläufig⁶⁾ , er kann sich allerdings im Nachhinein durch einen Negativtest zumindest relativ bewähren. Diese Popper'sche Beschreibung der Ermittlung eines sich bewährenden Wissens ist meiner Ansicht nach gerade auf dem Hintergrund einer

1) K. Popper, aaO, S. 15.

2) K. Popper, aaO, S. 211ff, S. 15.

3) K. Popper, aaO, S. 17.

4) Weshalb beispielsweise P. Munz, aaO, S. 246 K. Popper dahingehend 'korrigiert', daß die Popper'sche empirische Falsifikation nicht als Quelle von Wissen, sondern als ein Evolutionmodus von Wissen interpretiert werden müsse.

5) K. Popper, aaO, S. 225.

6) K. Popper, aaO, S. 225,226.

indeterministischen Weltsicht¹⁾ ein noch mögliches Verfahren der Orientierung.

Direkt in Verbindung zu dieser wissenschaftstheoretischen Richtung setzt sich nun L. in folgender Aussage²⁾: "Meine Vermutung ist, daß nicht so sehr die guten Gründe als vielmehr die katastrophalen Informationen (das entspricht dem Popper'schen Negativtest) den Zusammenhang vermitteln, denn Negationen (man könnte hier auch 'falsifizierende Ereignisse' oder 'Erfahrungen' einsetzen³⁾) haben stärker generalisierende Effekte. Für den Bereich von Wahrheit hat bekanntlich Popper diesen Gedanken unter der Bezeichnung Falsifikation ausgearbeitet. Auch Rechtskonstruktionen werden wohl eher an unerträglichen Folgen als an guten Gründen getestet."

Folgenorientierung ist nun allgemein in der heutigen rechtssoziologischen und rechtstheoretischen Diskussion nichts Abwegiges. Es gibt in der heutigen rechtstheoretischen Diskussion eine

1) Für Popper's indeterministische Weltsicht spricht, daß Popper im 'Postskript' zur 'Logik der Forschung': K. Popper, The Open Universe, auf die Erklärungsdefizits einer deterministischen und die Vorteile einer indeterministischen Weltsicht verweist, bei der Betrachtung der "physical world" (z.B. S. 96, 100-103), die von der Zufälligkeit der Verknüpfung gewisser Ereignisse ausgeht (vgl. S. 126), wenngleich auch zur gleichen Zeit Ereignisse auf andere Ereignisse nach bestimmten physikalischen Gesetzen folgen. Einen extremen Fall absoluter Zufälligkeit habe die Quantenmechanik im sogenannten "Quantensprung" eingeführt. "A quantum jump is supposed to be an absolutely unpredictable event which is controlled neither by causal laws nor by the coincidence of causal laws, but by probabilistic laws alone" (S. 125).

2) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 5.

3) Dies bei Popper allerdings mit Vorbehalten. Es ist angebrachter von falsifizierenden Basissätzen zu sprechen; vgl. K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 62-65, Ausgabe 1935: "Die Basissätze werden festgesetzt" (S. 62). "Die Festsetzung erfolgt anlässlich einer Anwendung der Theorie und ist ein Teil dieser Anwendung, durch die wir die Theorie erproben" (S. 62). "Logisch betrachtet geht die Prüfung der Theorie auf Basissätze zurück" (S. 64). "Die Auszeichnung (der jeweils bevorzugten Theorie) erfolgt nicht (...) durch logische Zurückführung auf die Erfahrung" (S. 64). "(...) so liegt der Gegensatz zwischen uns und dem Positivismus in unserer Auffassung, daß die Entscheidung über die Basissätze nicht durch unsere Erlebnisse 'begründet' werden(...)" (S. 65).

breite Diskussion über Folgenberücksichtigung¹⁾, die sowohl die politische Re- als auch die richterliche Rechtsfortbildung und Rechtsdogmatik betrifft. Es handelt sich dabei allerdings, anders als bei L., auch um die Berücksichtigung künftig in Betracht zu ziehender (negativer) Folgen, also potentieller Folgen.

Was speziell eine von der rechtstheoretischen Diskussion befürwortete Folgenberücksichtigung durch die Rechtsprechung angeht, so lehnt L. diese 'strikt' ab, wenn es darum gehen soll, daß die Rechtsprechung die konkreten eventuellen Folgen der konkreten jeweiligen Einzelentscheidung berücksichtigt. Diese Ablehnung stützt sich bei L. hauptsächlich auf die von ihm vertretene Auffassung der differenzierten Aufgabenerfüllung von Richtern und Gesetzgeber (also nicht nur auf die (aktuellen) Schwierigkeiten beim Berechnen zukünftiger Folgen). Diese Differenzierung ist bei L. vor allem eine Frage der Rationalisierung des Entscheidens. Der Richter kann nach dem Prinzip "wenn/dann" (bestimmter Tatbestand/bestimmte Norm) entscheiden, ohne sich um schwer voraussehbare Folgen des zu entscheidenden Falles kümmern zu müssen²⁾; er entscheide nach Tatbeständen, nicht nach Folgen. Dies bedeutet eine Entlastung von Verantwortung, die rationelles, und das bedeutet, schnelles Entscheiden ermöglicht. Der Gesetzgeber könne hingegen berücksichtigen, daß eine bestimmte Gesetzeslage in Einzelfällen zu untragbaren Folgen geführt hat. Man sieht hier, daß L. mit dieser Auffassung differenzierter Arbeitserledigung ebenso der Berücksichtigung bereits eingetretener Folgen einer bestimmten Gesetzeslage durch den Richter grundsätzlich (es handelt sich hier um einen Grundsatz mit Ausnahmen) kritisch gegenübersteht. Ein weiteres Argument gegen die Berücksichtigung von Folgen durch den Richter liegt bei L. darin, daß eine solche richterliche Folgenberücksichtigung, insbesondere bei der richterlichen Routinetätigkeit, ein Aufweichen der Dogmatik und einen

1) Vgl. z.B. G. Teubner, "Folgenkontrolle und responsive Dogmatik", S. 186ff.

2) Ob der im Urteil Erlegene sich nach dem Urteil erhängt, falle ihm beispielsweise nicht zur Last; N.L., Rechtssoziologie, S. 231.

erheblichen Verlust an Rechtssicherheit (im traditionellen Sinne) bedeuten würde¹⁾ .

Für den Bereich einer rechtsfortbildenden Rechtsdogmatik scheint L. allerdings (und hier komme ich zu den oben erwähnten Ausnahmen) die Berücksichtigung von eingetretenen Folgen für möglich zu halten. Diese findet sich vor allem dort, wo Gesetze Lücken lassen (es fallen hierunter insbesondere unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln, Fälle, bezüglich derer ein Regelungsbedürfnis besteht, für die es aber keine rechtliche Regelung gibt). Gerade an diesem Zugeständnis sieht man, daß L. in der obigen Differenzierung in Gesetzgebung und Rechtsprechung daher nicht, wie man ihm von mancher Seite vorwirft, das Faktum der Kreativität der Richter und damit das Faktum einer politischen Rechtsprechung übersehen hat²⁾ , er wehrt sich nur in einem spezifischen, meiner Ansicht nach sogar relativ abwegigen Fall, der die richterliche Routinetätigkeit betrifft und nicht die selteneren Fälle richterlicher Rechtsfortbildung, in denen man eigentlich überhaupt an eine Folgenberücksichtigung denken könnte, gegen eine richterliche Folgenberücksichtigung. Die richterliche Rechtsfortbildung, die demnach bereits eingetretene Folgen einer bestimmten Gesetzeslage berücksichtigen könnte, erscheint bei L. aber als strikte Ausnahme zur gesetzgeberischen Rechtsschöpfung (beispielsweise zur Kompensation für die im politischen Prozeß strukturell bedingte Vernachlässigung von Interessen)³⁾ ; ihr kommt somit bei L. weniger Gewicht zu, als ihr in der aktuellen Diskussion beigemessen wird.

1) N.L., "Die Codierung des Rechtssystems", S. 26.

2) G. Teubner kritisiert allerdings L. in "Folgenkontrolle und responsive Dogmatik", S. 201, weil er der Rechtsdogmatik keine Folgenkontrolle zugestehe; aaO (S. 190) wirft T. L. vor, er unterschätze "Richterrecht" und bezeichnet deshalb L. als jemanden, der zur traditionellen institutionellen Abgrenzung von Politik und Rechtsprechung zurückkehrt. Nach T's Ansicht (S. 191) müßte man aber die Justiz gerade zur politischen Legislative rechnen.

3) Das wäre ebenfalls nach G. Teubner ein Fall der Folgenberücksichtigung durch den Richter, aaO, S. 193, 195. Bei T. wird Folgenberücksichtigung allerdings in einem weiteren Rahmen konstitutiv für die richterliche Praxis (vgl. S. 204).

Bisher kann man feststellen : L. macht auf der Ebene der Gesetzgebung einen bereits realiter bestehenden Trend der Art aus, daß "Rechtskonstruktionen eher an unerträglichen Folgen getestet werden, als an guten Gründen"¹⁾. Bzw. an anderer Stelle ²⁾ sagt er, daß "bereits Gesetze an ihren Wirkungen getestet werden", nicht etwa an vorausgesetzten Idealen. Auch hierin sieht er ein Zeichen eines Bedeutungswandels des Rechts³⁾.

Die Parlamente sind nach L's Ansicht jedoch für eine Orientierung an zukünftigen Wirkungen nicht gerüstet ⁴⁾, es fehlt sowohl am technischen wie am theoretischen Instrumentarium; dies gilt erst recht für die richterliche Rechtsschöpfung (hier bestehen aber daneben noch zusätzliche auf dem Zweck und der Wirkung der "Differenzierung" von rechtsprechender und gesetzgebender Gewalt beruhende Gründe). Angesichts der aktuellen Mankos kommt, so scheint es, nur eine Orientierung an bereits eingetretenen (Negativ-)Folgen bestimmter Gesetzeslagen (in der Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen) in Betracht⁵⁾.

Was bedeutet nun die Orientierung an bereits eingetretenen Folgen einer spezifischen Gesetzeslage im einzelnen?

L. spricht diesbezüglich auch von einer "Kontrolle durch Situationen"⁶⁾. Das bedeutet, daß faktische Einzelfälle und so eigentlich Zufälle Anlaß zu Gesetzesänderungen geben ⁷⁾. Dabei sind die eingetretenen Folgen, die gerade negativ bewertete Folgen einer bestimmten Gesetzeslage sind, beispielsweise von Bürgern monierte Nachteile, aber auch könnten sie ein von der Normordnung abweichendes Verhalten sein. Im letzteren Falle werden dann "Enttäuschungen (...) zum Lernanlaß(...). Sie müssen daraufhin geprüft werden, ob sie eine Änderung des Rechts zu begründen vermögen"⁸⁾. -

1) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 5.

2) N.L., Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 334.

3) N.L., Ausdifferenzierung, S. 75,76.

4) Vgl. zur zukunftsorientierten Folgenkontrolle, N.L., "Die Codierung des Rechtssystems", S. 26.

5) N.L., Ausdifferenzierung, S. 77.

6) N.L., "Die Codierung des Rechtssystems", S. 26.

7) N.L., Rechtssoziologie, S. 291,292.

8) N.L., Rechtssoziologie, S. 238.

Auf diese Weise fänden allgemein reale Wirkungen von Normen ¹⁾ wie Dysfunktionen, die Verhaltenskonflikte, in die sie führen und die Ersatzhandlungen, die sie auslösen, bei der Gesetzgebung Beachtung.

Insoweit als diese Gesichtspunkte bei L. zugleich reale Indikatoren für eine effiziente Rechtsdurchsetzung (und ihre 'Kosten') ²⁾ sind, ist nicht ersichtlich, ob bei L. die offensichtlichen Leiden der Bürger oder 'bloße' Überlegungen der Effizienz von Regelungen in diesem Zusammenhang den primären Kontext der Orientierung von Rechtsentscheidungen bilden. Man kann nur allgemein sagen, daß die Evolution des Rechts über negative Folgentatbestände von Rechtsregeln der Evolution des Wissens über Irrtümer bei K. Popper entspricht. Die für das Rechtssystem relevanten Irrtümer sind neben Nachteilen für Bürger ebenso Implementationsprobleme aller Art.

Reicht nun die Folgenkontrolle als Orientierungskontext für Rechtsentscheidungen bei vorausliegender Kontingenz aus?

Versucht man eine Bewertung des Instruments der Folgenkontrolle, so läßt sich sagen, daß die Folgenkontrolle eine Art der Problemorientierung des Rechtssystems ist, die sich auf Negativfolgen von Rechtsänderungen oder bestimmten Gesetzeslagen beschränkt. Geht man davon aus, daß das moderne Recht ein Problemlösungsmechanismus auf breitester Ebene geworden ist ³⁾, so erscheint die Folgenkontrolle eher als sekundäres Instrument, da sie nicht direkt an realen Problemen in sozialen Bereichen ansetzt, sondern erst auf durch eine bestimmte Rechtslage hervorgerufene Negativfolgen reagiert. Freilich ist das eine adäquate Orientierung eines Systems, das in seiner Umwelt nichts als bekannt voraussetzen kann. Ginge es beispielsweise darum, Probleme der funktionalen Differenzierung zu mildern (was das heißt, werde ich später ausführen), so fände die Folgenkontrolle erst Anwendung, wenn schon Regeln zur Behebung von Dysfunktionen der funktionalen Differenzierung

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 238.

2) Vgl. auch N.L., Rechtssoziologie, S. 282 bzw. S. 268.

3) N.L., Grundrechte als Institution, S. 201; vorausliegende gesellschaftliche Probleme scheinen bei L. zu einem 'Ersatz-apriori' geworden zu sein; vgl. diesbezüglich v.a. auch N.L., Soziologische Aufklärung, Bd. 1, S. 40.

erlassen worden sind, zur Kontrolle der Wirksamkeit oder Unschädlichkeit der erlassenen Regeln.

Mit der Folgenkontrolle sind daher weder alle Probleme, die auftreten, lösbar, noch sind mit ihr Kriterien für eine zukunftsorientierte Planung von Recht geliefert. Aussagen über den Orientierungskontext einer zukunftsorientierten Planung sind nach L. erst möglich, wenn man detaillierte Annahmen über den Mechanismus der Rechtsbildung und den Mechanismus der Evolution der Gesellschaft aufstellt und dann versucht, beides zu verbinden. Einstweilen ist die Kontrolle des Erfolgs oder Mißerfolgs von Entscheidungen im Nachhinein, wenn auch beschränkter bzw. partieller, so doch sinnvoller Ausweg aus dem Dilemma der Orientierungslosigkeit.

Darüberhinaus, und auch das ist positiv zu bewerten, führt die Folgenkontrolle zu einem Einbezug von gesellschaftlichen Bedürfnissen im Nachhinein. Sie ist ein Korrektiv beliebiger Entwürfe. Zwar ist mit ihr die Rechtsfortbildung auf Zufälle angewiesen, aber auch über die Berücksichtigung bloßer Zufälle bewahrt sie das System vor einem "einseitigen Programmfanatismus" und "berücksichtigt seine kausalen Verflechtungen mit der Umwelt"¹⁾; kurz, sie erhöht die "Gesellschaftsadäquanz" von Rechtsentscheidungen (was immer das auch heißen mag). Aber selbst die beschriebene Folgenkontrolle ist nach L. bislang noch nicht zureichend institutionalisiert²⁾. Es müßte beispielsweise nach L. ein "Amt für Folgenerfassung" geben, das neben dem Parlament steht³⁾ und dem Folgen von Rechtsänderungen, etwa in Form der Beschwerden von Bürgern gemeldet werden können.

b) DIE REFLEXIVITÄT DES ENTSCHEIDENS BZW. DIE POSITIVITÄT DES RECHTS 'AN UND FÜR SICH' ALS KONTROLLE DER BELIEBIGKEIT VON RECHTSENTSCHEIDUNGEN.

1) N.L., Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 334.

2) N.L., Ausdifferenzierung, S. 257.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 291, 292, wobei dieses Amt bezeichnenderweise gerade auch Folgen "richtiger Entscheidungen" kontrolliert.

L. betont gerade häufig, daß Kontrollmöglichkeiten bzw. die Konditionierung von Beliebigkeit auf der Ebene des rechtssetzenden Politiksystems darin liege, daß "auch noch über Entscheidungen entschieden werden kann". Und gerade das ist ja ein zentrales Kennzeichen der Positivität.

Diese Kontrollfunktion kann nur erfüllt werden, wenn der folgende institutionelle Gesichtspunkt beachtet wird : Eine Entscheidung über Entscheidungen bzw., wie L. es nennt, eine Änderung von Prämissen des Systems erfordert, daß der Änderungsprozeß von Prämissen von der Entscheidungspraxis im System (die Prämissenausführung und -anwendung wäre) "zumindest gedanklich und auch möglichst institutionell getrennt zu halten ist"¹⁾. Denn nur so ist die Relativierung von Prämissen, die für rechtsanwendende und -ausführende Instanzen grundsätzlich²⁾ als unhintergehbare fungieren, möglich. Politische Prozesse werden also um ihrer Kontrollfunktion willen "disparat zum Recht" konstruiert³⁾. L. drückt dies als Trennung von "zweckprogrammierter Gesetzgebung" und "konditionalprogrammierter Rechtsprechung" bzw. kybernetisch als Trennung von "programmierendem" (Gesetzgebung) und "programmiertem" Entscheiden (Rechtsprechung) aus.

Die Kontrolle als Entscheiden selbst über Entscheidungen besteht meiner Ansicht nach dabei in einer möglichen Selbstkorrektur des Gesetzgebers.

Zur gleichen Zeit ist damit allerdings nicht nur die Möglichkeit der Kontrolle von Entscheidungen gegeben, sondern das Entscheiden über Entscheidungen bedeutet gerade auch deren Gegenteil, die Perpetuierung

1) N.L., Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 326 - 333,334. Darin liegt übrigens auch eine Relativierung der gängigen Kontrolltheorien, in denen es darum ging, wie die Implementierung vorgegebener Prämissen, die selbst nicht hinterfragt werden, kontrolliert wird. Bei L. hingegen geht es darum, auch noch die Prämissen zu kontrollieren, zu hintergehen, zu revidieren, was eine Einziehung einer weiteren Ebene erfordert, von der aus die darunterliegende hinterfragt werden kann.

2) Anmerkung : Die Kreativität der Richter, die ebenfalls rechtsschöpfend und -ändernd wirkt, lockert allerdings ausnahmsweise die richterliche Prämissenbindung.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 246.

der Beliebigkeit des Entscheidens und ist so eine Stabilisierung von Offenheit.

Dem entspricht, wenn L. einerseits sagt, daß das Risiko der Positivität nur tragbar sei, wenn es auf sich selbst angewandt werden kann, d.h. "reflexiv" werden kann¹⁾; andererseits bedeutet das aber in Worten L's : "Den Entschluß, nicht zu töten, oder die Meinung, daß der Neonazismus keine Gefahr darstellt, kann ich jederzeit selbst negieren." Diese Freiheit sei aber unverzichtbar, weil auch ihre Negation negierbar wäre.

Einerseits liegt daher in der Reflexivität des Entscheidens die Chance einer sinnvollen Kontrolle von Entscheidungen insofern, als man nicht auf inadäquate (unter welchen Kriterien auch immer) Lösungen festgelegt ist, denn alles ist auch wieder aufhebbar. Fehler sind revidierbar. Das entspräche beispielsweise dem gesellschaftstheoretischen Standpunkt K. Popper's, der in Analogie zu dessen Wissenschaftstheorie konzipiert ist, gemäß dem ein offenes pluralistisches System, das, jederzeit änderbar und reformierbar, einem totalitaristischen Planungsregime vorzuziehen ist. Andererseits erbringt die Tatsache der grundsätzlich möglichen Aufhebbarkeit, Revision, Änderbarkeit von Prämissen an und für sich keine Hinweise derart, was nun 'falsche' und 'richtige' Entscheidungen sind; im Gegenteil, sie impliziert gerade auch die Aufhebbarkeit 'richtiger' Entscheidungen.

Das kann man so deuten : Für L. scheint das Wesentliche 'die Freiheit der Entscheidung' zu sein, die sich in der Möglichkeit, auch über Entscheidungen wieder entscheiden zu können, ausdrückt. Dabei muß freilich auch die Möglichkeit eventueller 'negativer' Entscheidungen in Kauf genommen werden, sonst bestünde keine wirkliche Freiheit des Entscheidens. Das Ausgerichtetsein auf primär 'positives', 'richtiges' Entscheiden würde diese Freiheit relativieren. Damit ist aber diese Freiheit im Ergebnis eine Freiheit zur Indifferenz; sie kostet den Preis der Indifferenz, denn sie bedeutet, daß keine Freiheit zu richtigen ohne

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 361,362. Er nennt das "eine höhere Stufe der Risikobewältigung".

zu falschen Entscheidungen, keine Freiheit zu gerechten ohne Freiheit zu ungerechten Entscheidungen denkbar ist. Ist aber die Freiheit zum einen damit so groß, wie die zu seinem Gegenteil, so bedeutet das, daß man genausogut das eine wie das andere tun oder wählen kann, also bezüglich der Wahl grundsätzlich indifferent sein kann. Gerade dieser Gedanke ist meiner Ansicht nach auch in der L'schen Theorie der Autopoiese grundlegend. Dort spricht L. von dem "schicksalhaft ineinandergeflochtenen Dual von Recht und Unrecht". Das der Autopoiese des Rechtssystems zugrundeliegende Konzept der "Einheit einer Differenz" (der Einheit von 'recht' und 'unrecht') ist direkter Ausdruck dieses Gedankens und freilich Konsequenz der Voraussetzung von apriorischer Kontingenz des Handelns und Entscheidens. Man hat es hier mit einem Bild der 'grundsätzlichen Imperfektion'¹⁾ zu tun, das dem sogenannten traditionellen (wie L. es nennt) "Perfektionsdenken" und "Identitätsdenken", das sich z.B. im Begriff einer absoluten Gerechtigkeit widerspiegelt, entgegengesetzt ist²⁾ .

Die Positivität selbst (bzw. die Reflexivität) des Rechts als Lösung des Problems der Konditionierung einer Rechtspolitik bei Kontingenz ist insofern ein paradoxaler Lösungsmodus, da in ihr zugleich ein Offenhalten von Beliebigkeit und eine mögliche Kontrolle von Beliebigkeit liegt.

Man kann L. nun aber auch so lesen, und das erscheint mir eine konstruktive Leseart zu sein, die das obige Paradox zugunsten höherer Wahrscheinlichkeit 'positiver' Entscheidungen auflösen würde : Statt die unwahrscheinliche Kombination von Beliebigkeit und Nichtbeliebigkeit als L'sches Primärziel zu sehen, kann man auch den Akzent auf die hier erzielte Nichtbeliebigkeit legen (die bei L. gerade in der Vorläufigkeit von Entscheidungen liegt, in ihrer Reversibilität) und zwar im Zusammenhang mit der Betrachtung der historischen Situation : "Willkür" war in der Vergangenheit oftmals an die Behauptung und gewaltsame

1) So wollen wir das im Kontrast zu dem von L. in N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", angesprochenen alteuropäischen "Perfektionsdenken" der ontologischen Metaphysik nennen.

2) Vgl. auch N.L. in N.L., Soziologische Aufklärung, Bd. 1, S. 30ff: "Wenn man Identität schlechthin für problematisch hält(...)".

Durchsetzung nicht hinterfragbarer Dogmen geknüpft. Insofern, als der Feststellung eines 'Richtigen' oftmals Grenzen gesetzt sind --ich möchte hier dahingestellt lassen, ob es sich dabei um grundsätzliche Grenzen, oder nur um relative, auf jeweiligen Informationsmankos beruhende Grenzen handelt--, ist das Risiko falscher oder zumindest inadäquater Entscheidungen zu groß, als daß man das starre Festhalten an bestimmten, (angeblich) als 'richtig' ermittelten Positionen für vernünftig halten kann. Das Risiko nicht 'adäquater' Entscheidungen wird hingegen wesentlich vermindert, wenn Entscheidungen auch wieder revidierbar sind. Das Problem inadäquater Fixierungen wird insbesondere um so gravierender, je differenzierter und schneller sich die gesellschaftlichen Verhältnisse ändern. Gerade in der Revidierbarkeit bzw. Falsifizierbarkeit von Aussagen oder Entscheidungen liegt für K. Popper im Bereich der Wissenschaft die Chance zu einem (wenn auch nicht linearen und auf Zufälle angewiesenen, aber doch im Hinblick auf den Faktor Zeit nicht ganz beliebigen) Fortschreiten sowohl im Bereich der empirischen Wissenschaften als auch im Bereich politischer Entscheidungen. Wengleich auch bei L. kein Fortschreiten im Sinne eines etwaigen Fortschritts garantiert sein kann, so bewirkt die Reflexivität des Entscheidens bei ihm jedenfalls die Reduktion eines Beliebigkeitsrisikos, das darin liegt, daß etwas fixiert wird, womit pauschal andere Möglichkeiten ausgeklammert werden¹⁾. Somit wird bei L. insofern zugleich allgemein die Realisierung von Möglichkeiten gefördert, und das könnte es wahrscheinlicher sein lassen, daß, wenn auch nicht mehr richtig, so doch weniger falsch gemacht werden kann.

Es gibt allerdings noch einen weiteren Positiveffekt dieser 'unbegrenzten' Freiheit des Entscheidens. Nur indem jede rechtliche Festlegung auch wieder jederzeit aufhebbar ist, kann im Recht veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen Rechnung getragen werden, kann ein dynamischer gesellschaftlicher Wandel nachvollzogen werden, kann Recht gesellschaftsadäquat sein (was immer das im einzelnen heißen mag).

1) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 362.

c) DIE ORIENTIERUNG AN FUNKTIONAL ÄQUIVALENTEN ALTERNATIVEN.

Als weitere Methode der Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen kann meiner Ansicht nach bei L. die Orientierung an funktional äquivalenten Alternativen gelten. L. propagiert allerdings diese primär als wissenschaftliche Untersuchungsmethode, stellt sich aber zugleich die Frage, wie diese Methode in der Rechtspraxis, insbesondere bei der Gesetzgebung, Entscheidungshilfen leisten kann¹⁾.

"Die funktionale Vergleichstechnik (...) sucht abstrakte, aber spezifische, genau zu präzisierende Bezugsprobleme, von denen aus sie Verschiedenes als gleich, als funktional äquivalent behandeln kann. (...) Das Erkenntnisziel ist nicht mehr die Feststellung der unwandelbaren, sich selbst gleichenden Substanz in ihrem Wesen, sondern die Kontrolle über Alternativen : Zunächst die theoretische Kontrolle und dann (...) die praktische Kontrolle"²⁾. Dabei diene der Vergleich nicht der Reduktion des Seienden auf das Wesentliche, sondern der Befestigung des Seienden im Verhältnis zu anderen Möglichkeiten. Und somit bestehe der Rationalitätsgewinn dieser Methode, so L., nicht in der Gewißheit, daß das Seiende in einigen Wesenszügen es selbst bleibe, er bestehe vielmehr in der Gewißheit, daß es unter bestimmten Voraussetzungen nicht nötig sei, daß das Seiende es selbst bleibt. Das gäbe dem Menschen eine libertas indifferentiae, die durch Erkenntnis erworben sei.³⁾

Sicherlich gibt auch dies nur eine Orientierungsanleitung, wenn die Problemgesichtspunkte bereits definiert sind. Damit ist die Methode des Auswählens aus Alternativen ergänzungsbedürftig durch dem Gesetzgebungsverfahren vermittelte soziale Probleme⁴⁾, die sich nach

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 273 und S. 294.

2) N.L., Soziologische Aufklärung, Bd. 1, S. 36.

3) Ebenda.

4) So sieht auch L., N.L., Soziologische Aufklärung, Bd.1, S. 36 selbst seine Methode; sie sei deshalb bestenfalls eine Hilfsmethode und (S. 38) auf Ergänzung durch eine Theorie angewiesen, die ihr die Probleme liefert.

L. aus Strukturentscheidungen von Sozialsystemen ergeben¹⁾.

Eine gewisse Kontrolle der Beliebigkeit von Entscheidungen liegt meiner Ansicht nach aber auch schon in der Methode selbst : Parallel zur Reflexivität des Entscheidens hält man hier den Blick für Alternativen offen. Ein voreiliges Sich-Festlegen wird nahezu unmöglich, da fast jede Festlegung im Licht anderer Alternativen steht und nicht als einzig mögliche Lösung erscheint²⁾, somit fast jede Festlegung ihre eigene Relativität und daher auch leichte Revidierbarkeit in sich trägt. Freilich auch diesen Erhalt an Freiheit alternativen Verhaltens und die Kontrolle durch Messen von Möglichkeiten an alternativ möglichem Verhalten bezahlt man mit dem 'Preis' einer 'libertas indifferentiae'³⁾.

d) DIE ORIENTIERUNG AN DER FUNKTION DES RECHTS.

Eine weitere Entscheidungshilfe ist schließlich die Funktion des Rechts⁴⁾.

Die Funktion des Rechts, die ich bisher verkürzt als Schaffung von Erwartenssicherheit umschrieben habe, zeigt, daß Gesetze bei Abwesenheit jeglicher Maßstäbe, aufgrund derer man beurteilen könnte, ob die Ansprüche der staatlichen, rechtssetzenden Autorität zu Recht bestehen, dennoch wichtig sind, da sie ein kommunikatives Interagieren von Individuen in einer Gesellschaft ermöglichen, das nicht mehr selbverständlich ist, sind Handeln und Erleben kontingent. Rechtsnormen bilden somit eine 'objektive' Struktur, eine Basis für Anschlußmöglichkeiten von Handlungen und Kommunikationen, und hierin liegt gerade ihre Funktion. Meiner Ansicht nach bildet die so beschriebene Funktion des Rechts ein Kriterium für Rechtssetzung im

1) So N.L., aaO, S. 37.

2) Vgl. hierzu z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 204.

3) Diese ist allerdings bei L. kein Preis, den man bezahlen muß, sondern kommt vielmehr einem direkten Vorteil gleich.

4) L. geht sogar so weit zu sagen, Gesetze, die nicht die Funktion des Rechts beachten, seien gar kein Recht, vgl. N.L., Rechtssoziologie, neue Ausgabe, S. 358.

Einblick auf die Fluktuation der Normmenge, das heißt ob man ändert oder nicht, nicht im Hinblick darauf, was geändert werden soll. So ist z.B. nach L. ein Festhalten an Erwartungen (Normen) dann zu empfehlen, wenn ein Interesse an Sicherheit und sozialer Integration des Erwartens dominiert¹⁾, oder umgekehrt sei Erwartenssicherheit durch invariantgestellte Normen nur solange gerechtfertigt als das mit sich ändernden Sozialverhältnissen vereinbar sei²⁾. (Die ständige Änderung von Normen im Rhythmus des Wandels sozialer Verhältnisse führt freilich bereits zu einem Funktionswandel des Rechts, bei dem die Funktion des Rechts immer weniger im Festhalten an Erwartungen besteht, sondern Stabilität immer mehr auf Instabilität gestützt wird.)

Den bisher besprochenen Methoden der Konditionierung von Beliebigkeit, der Folgenkontrolle, der Möglichkeit des Entscheidens über Entscheidungen, der Methode des Vergleichens von funktional äquivalenten Alternativen auf dem Boden jeweiliger sozialer Bezugsprobleme und der Orientierung an der Funktion des Rechts ist nun gemeinsam, daß sie von 'außen' auf die jeweiligen Prämissen des Rechtssystems einwirken, diese jeweils relativieren können. Daneben gibt es freilich auch (mich im Rahmen meiner Schwerpunktsetzung weniger interessierende) 'immanente' Kontrollen, die nichts mit einer 'Prämissenänderung' zu tun haben, sondern Kontrollen der bloßen Anwendung von Prämissen sind. L. nennt unter anderem die "hermeneutische Kontrolle", als eine dialogische Kontrolle der Auslegung des Sinns von Normen³⁾, ferner "professionelle Kontrollen"⁴⁾ als Kontrolle durch die Profession und so die allgemeinen Auffassungen der Juristen über Grenzen möglicher Meinungen in Rechtsangelegenheiten⁵⁾.

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 116.

2) Ebenda.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 285.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 288.

5) Vgl. z B. die Figur der herrschenden Meinung.

**B) DAS GESELLSCHAFTLICHE UMFELD DES RECHTSSYSTEMS ALS FUNKTIONAL
AUSDIFFERENZIERTE GESELLSCHAFT UND DIE KONDITIONIERUNG VON
RECHTSENTSCHEIDUNGEN BZW. AUßENBINDUNGEN.**

Im Anschluß an die Behandlung von Innenbindungen (es handelte sich dabei um systeminterne Mechanismen der Konditionierung von Beliebigkeit; ich kam hier allerdings auch auf den Einfluß der Politik, als eines außerhalb des Rechtssystems befindlichen Systems, auf die "Programme" des Rechtssystems zu sprechen, der allerdings wiederum weitgehend durch rechtliche Verfahren konditioniert ist), möchte ich hier auf Außenbindungen (das gesellschaftliche Umfeld des Rechtssystems) eingehen. Die Strukturen der gesellschaftlichen Umwelt sind dabei Korrelat der systeminternen Mechanismen¹⁾. Die gesellschaftliche Umwelt findet in die internen Mechanismen des Systems als Datum Eingang, bzw. die interne Konditionierung von Beliebigkeit muß durch vorausliegende gesellschaftliche Probleme ergänzt werden²⁾. Ferner ermöglicht gerade ein bestimmter Stand der Ausdifferenziertheit (Komplexität) der Umwelt ein bestimmtes Niveau der Systemkomplexität und ein bestimmtes Niveau deren Arrangement und so bestimmte Modi der Reduktion bzw. Konditionierung von Beliebigkeit.

Das Verhältnis von Rechts- und Gesellschaftsentwicklung ist äußerst kompliziert, wie das bei allen sich wechselseitig beeinflussenden und jeweils beidseitig dynamischen Phänomenen der Fall ist, so daß es (zumindest aktuell) unmöglich erscheint, in 'Gesellschaft' auf der Grundlage dieses Verhältnisses genauere Anhaltspunkte für eine sinnvolle Rechtspolitik bei Kontingenz zu finden. Die Evolution von Recht und Gesellschaft betreffend sind einstweilen nur allgemeinste Annahmen in dem Sinne möglich, daß die Beeinflussung von Recht und Gesellschaft wechselseitig, dem Rechtssystem eine gewisse Eigenkausalität in seiner Entwicklung zuzuschreiben, daß insoweit Evolution systemabhängig, und daß Motor der Entwicklung des Rechtssystems eine Differenz zwischen

1) Vgl. N.L., "Politische Bedingungen des Rechtsstaates", S.88.

2) N.L., Grundrechte als Institution, S. 210, fordert gerade mehr Faktenbezug vorausliegende soziale Probleme betreffend.

System und Umwelt, genauer das zwischen diesen bestehende Komplexitätsgefälle ist. Das entspricht einer neuen Evolutionshypothese, die Evolution nicht nurmehr durch einen 'äußeren', vom sich Entwickelnden unabhängigen Kausalprozeß beschreibt. Ferner habe ich in Kapitel 1 eine nur ganz allgemeine Richtung der Evolution von Gesellschaft und Recht auf höhere Komplexität festgestellt. Diese allgemeine Richtung der Evolution bedeutet dabei nicht etwa eine Entwicklung auf einen Fortschritt hin.

Auf der Grundlage dieser nur sehr allgemeinen Aussagen über Gesellschafts- und Rechtsentwicklung ist es nicht möglich Kriterien einer positiven Rechtspolitik zu entwerfen. Aufgrund der Betrachtung von momentanen, und damit meine ich momentan relativ statischen Systemstrukturen, einer bestimmten, nämlich der modernen Gesellschaft kann man allerdings zu konkreten Aussagen über Orientierungspunkte von Recht in der Gesellschaft gelangen. Gerade aus solchen bei L. beschriebenen, spezifischen Strukturmerkmalen moderner, westlicher Gesellschaften, die sich mit dem Schlagwort "funktionale Differenzierung" bei L. bezeichnen lassen, scheinen bei L. Anweisungen, und zwar sowohl in der Form von Anregungen als auch in der negativen Form von Schranken, für eine positive Rechtspolitik zu folgen. In der Tat scheint es darum zu gehen, "Strukturentscheidungen bestimmter Systeme als konstant gesetzte Prämissen in den begrifflichen Bezugsrahmen (einer positiven Rechtspolitik) einzusetzen"¹⁾.

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 147, Fn. 19; vgl. ferner N.L., aaO, S. 147, : "Als konstante hypothetische Vorgaben dienen uns nicht bestimmte Normen oder Institutionen, sondern lediglich Problemstellungen hypothetischen Charakters." N.L., aaO, S.147, Fn. 19 : "Die Hypothese hat die Form der Behauptung, daß diese Probleme (irgendwie) gelöst werden müssen, sollen soziale Systeme Bestand haben. Die Hypothese bezieht sich somit zunächst auf das Verhältnis von Problem und Systembestand, nicht etwa auf das Verhältnis Problem und Problemlösung. (...) Eine so angesetzte Theorie erlaubt daher nicht die Vorhersage bestimmter Problemlösungen (...), eine Vorhersage wird aber möglich in dem Maße, als es gelingt, Strukturentscheidungen bestimmter Systeme als konstant gesetzte Prämissen in den begrifflichen Bezugsrahmen einzusetzen."

Systemstrukturen kann man zunächst einmal wieder unter dem Gesichtspunkt betrachten, inwiefern sie die allgemeine Entwicklung auf eine Komplexitätssteigerung ermöglichen. In dieser Betrachtung sind Systemstrukturen im Hinblick auf Rahmenbedingungen der Steigerung beliebiger Variabilität (beispielsweise des Rechtssystems) relevant.

Nun ist es typisch für den L'schen Denkstil, daß sozialstrukturelle Bedingungen von Beliebigkeit zugleich den Rahmen der Konditionierung von Beliebigkeit bilden. So sagt L. z.B. in der Einleitung zu "Legitimation durch Verfahren"¹⁾, daß es ihm zunächst auf die "Kontexte ankommt, die das Mögliche mitbedingen", und das heißt bei L. insbesondere, daß es ihm auf die Untersuchung der sozialstrukturellen Bedingungen beliebiger Variabilität, beispielsweise des Rechts, ankommt. Im weiteren könnten, so L., dann diese Kontexte, die Beliebigkeit ermöglichen, "verkürzt als Wertungen wieder eingeführt werden"²⁾. Damit werden meiner Ansicht nach die Bedingungen der Möglichkeit von Beliebigkeit zugleich zu Bedingungen der Konditionierung von Beliebigkeit, dadurch daß man ihnen einen Wert beimessen kann, an welchem Wert man sich sodann wieder orientieren kann.

Ich möchte im folgenden zeigen, daß zu einem solchen 'Wert' bei L. die funktionale Differenzierung der Gesellschaft wird, bzw. daß aus ihr gewisse Strukturentscheidungen von Sozialsystemen folgen, die man als Prämissen in den Bezugsrahmen einer positiven Rechtspolitik einsetzen kann. Denn die funktional ausdifferenzierte Gesellschaft schafft einerseits die Rahmenbedingungen für die Autonomie des Rechtssystems und damit die Kontingenz oder beliebige Variabilität des positiven Rechts. Zugleich beinhaltet die funktionale Differenzierung der Gesellschaft, so scheint es bei L., aber auch Anweisungen für die Konditionierung der Beliebigkeit einer positiven Rechtspolitik.

Die funktionale Ausdifferenzierung der Gesellschaft ermöglicht zunächst überhaupt die beliebige Variabilität des Rechts bzw. das Komplexerwerden des Rechts in einer komplexeren Umwelt. Ich zeigte in Kapitel 1 bereits,

1) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 6.

2) Ebenda.

wie es aufgrund der Entwicklung von Sozialstrukturen zu mehr Komplexität zu einem funktional ausdifferenzierten Rechtssystem und einem kontingenteren Recht kam. Das heißt, ich habe bereits die äußeren Bedingungen der systemischen Beliebigkeit erörtert. In einer komplexen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft muß das einzelne Sozialsystem (z.B. das Rechtssystem), gibt es dem Komplexitätsdruck der Umwelt nach¹⁾, allerdings auch sein eigenes Komplexitätsniveau erhöhen, um die beliebige Variabilität des Systems zu stabilisieren. Das heißt neben Außenbedingungen, wie der Differenziertheit des gesellschaftlichen Umfeldes, gibt es Innenbedingungen der Erhöhung des Komplexitätsniveaus und so der Stabilisierung beliebiger Variabilität. Zuvor habe ich gezeigt, daß im Fall des Rechtssystems Innenbedingungen Verfahren und eine abstraktere Begrifflichkeit sind. Durch beides wird "Selektivität verstärkt" (das heißt die Leistungsfähigkeit des Entscheidungsapparats wird gesteigert : unterschiedlichere und mehr Entscheidungen können getroffen werden), womit sich höhere Grade der Freiheit verbinden lassen²⁾. Weitere innere Stabilisierungsbedingungen von beliebiger Variabilität gerade des Rechtssystems sind ferner eine gewisse Indifferenz gegenüber zeitlich und sachlich inkompatiblem Sinn³⁾ und als weitere äußere Stabilisierungsbedingung kommt die von mir noch nicht genannte, soziale Indifferenz hinzu, das heißt Toleranz der ständigen Rechtsänderungen in der Gesellschaft in Verbindung mit einer Unterstellung der Durchsetzbarkeit durch Gewalt, für die charakteristisch ist, daß sie ein indifferent einsetzbares Mittel zur Durchsetzung beliebiger normativer Erwartungen ist.

Soweit es um die Stabilisierung von beliebiger Variabilität in einer bereits komplexen, funktional ausdifferenzierten Sozialwelt geht, ist die leitende Frage eine solche, die die Erhaltung des Bestandes von Systemen betrifft : "Unter welchen Bedingungen kann ein soziales System

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 136 : Es gibt freilich auch Systeme, die sich dem Druck steigender Komplexität entziehen können und sozusagen mit Indifferenz auf den gesellschaftlichen Wandel reagieren, z.B. Religionssysteme in der modernen Gesellschaft.

2) Vgl. hierzu N.L., Rechtssoziologie, S. 352, S. 251.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 221,213.

sich Strukturänderungen leisten, ohne seinen Fortbestand auf einem bestimmten Entwicklungsniveau zu gefährden ?"¹⁾

Soweit gesellschaftsstrukturelle Bedingungen Hinweise für die Konditionierung einer beliebigen Rechtspolitik liefern, insbesondere wenn man sie als bei einer positiven Rechtspolitik zu berücksichtigende 'Werte' einführt, lautet die leitende Frage bei L. : "Unter welchen Bedingungen kann ein soziales System (hier das Rechtssystem) die Selektivität seiner Struktur intern aktualisieren und als Instrument der Anpassung an eine (spezifische, nämlich funktional ausdifferenzierte) sich verändernde Umwelt unter Kontrolle bringen ?"²⁾

Wie das Rechtssystem die Selektivität seiner Struktur aktualisieren kann (z.B. über eine höhere Abstraktheit der Begrifflichkeit), habe ich bereits gezeigt.

In welchen Punkten sich die Anpassung des Systems an seine gesellschaftliche Umwelt konkretisieren läßt, und was es mit dieser damit gemeinten und bereits mehrmals bisher zur Sprache gekommenen "Gesellschaftsadäquanz" konkret auf sich hat, ist bisher bereits andeutungsweise zum Ausdruck gekommen³⁾.

Man kann diesbezüglich ferner Näheres erfahren, wenn man sich fragt, welche Anweisungen aus der funktionalen Differenzierung für eine positive Rechtspolitik ableitbar sind. Das erfordert das genauere Eingehen auf die Spezifität einer solchen Strukturiertheit moderner Gesellschaften.

Im einzelnen geht es hier meiner Ansicht nach⁴⁾ um die eigengesetzliche Strukturiertheit bestimmter gesellschaftlicher

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 243.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 243.

3) Es handelte sich insbesondere um die Orientierung an einer pluralistischen Interessenstruktur und allgemein am gesellschaftlichen Wandel, was zugleich eine Orientierung an sich verändernden Interessenstrukturen bedeutete.

4) Eine Zusammenfassung, wie ich sie hier bieten möchte, existiert im L'schen Werk nicht. Es handelt sich vielmehr um hier und da vereinzelt genannte Gesichtspunkte.

Bereiche, die Interdependenzen bestimmter gesellschaftlicher Bereiche und die mit der Struktur der funktionalen Differenzierung typischerweise verbundenen problematischen Aspekte. (Ich behandle in den folgenden Abschnitten a)-d) diese Aspekte zusammen). In allen Fällen geht es um die Kompatibilität von Freiheiten verschiedener sozialer Bereiche¹⁾. So scheint abstrakt das zentrale Thema einer positiven Rechtspolitik in modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaften zu lauten, das ich jetzt anhand von Einzelfällen konkretisieren möchte.

a) 'Positive' Anweisungen für eine positive Rechtspolitik.

Eigengesetzliche Bereiche möchte ich im folgenden bei L. solche Bereiche nennen (ich definiere gemäß Eingriffssymptomen), die auf Eingriffe empfindlich reagieren, weil ein allgemeinstes gesellschaftliches Interesse an der Zurückhaltung mit staatlichen Eingriffen besteht, an denen Eingriffe strukturell abprallen²⁾, oder bei denen Eingriffe zu Dysfunktionalitäten bzw. Störungen der (autonomen) Funktionsweise führen.

So sagt L. z.B. : "Die in der Persönlichkeitssphäre, der Kultur, der Wirtschaft generalisierten Formen kommunikativer Generalisierung kann der Staat nicht schaffen, daher auch nicht durch genuine politische Programme ersetzen. Er muß sie respektieren oder die soziale Ordnung(...)auf eine niedrigere Stufe der Entwicklung zurücksteuern"³⁾. Diese Lage spiegle sich in der gegenwärtigen politischen Ordnung; Eingriffe in die Intimsphäre oder die tragenden Vertrauensgrundlagen der Wirtschaft seien, wenn nicht ausgeschlossen, so doch politisch schwierig⁴⁾.

1) L. sagt aaO, es ginge in seiner Theorie der Positivität nicht um den Mißbrauch hoher Freiheiten (das war das Thema der letzten großen Naturrechtsdiskussion), sondern um die Kompatibilität hoher Freiheiten.

2) So sieht H. Dreier, aaO, S. 445, eine Grenze beliebiger Rechtssetzung bei L. in der Eigengesetzlichkeit der Wirtschaft.

3) N.L., Grundrechte als Institution, S. 184. Das zeigt zugleich L's Bewertung der funktionalen Differenzierung als 'wünschenswert'.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 278 und N.L., Rechtssoziologie, S. 255; dem fügt L. ferner noch das zu respektierende "Gleichgewicht der großen Organisationen, die wesentliche Sektoren der Gesellschaft repräsentieren" hinzu. Darunter können wir uns Gewerkschaften usw. vorstellen.

Nicht aber etwa, weil hierin Werte gesehen würden, scheint bei L. dort eine Grenze einer beliebigen Rechtspolitik zu liegen. Kriterium ist nicht die Werthaftigkeit der Intakthaltung der obigen Sphären, sondern die opportunistische und praktische Überlegung, daß erstens Eingriffe in diese Sphären Wählerstimmen kosten ("Auf dem Weg zur Macht ist es unklug, jene Grenzprobleme anzugreifen"), und daß zweitens eine Ausdehnung der politischen Sphäre einen Einbruch in funktionierende Institutionen bedeuten würde, deren Leistung die Politik ersetzen müßte, wodurch sie natürlich infolge funktionaler Spezialisierung nicht in der Lage ist.

Gerade letzteres zeigt, daß die Grenzen von Rechtssetzung bei L. in der funktionalen Differenzierung und Spezialisierung der Sozialwelt liegen. Die funktional ausdifferenzierte Gesellschaft enthält insofern "strukturelle Variabilitätshindernisse". Diese muß die Politik bei der Schaffung von Recht zwar nicht respektieren¹⁾, aber es empfiehlt sich, sie zu respektieren, da es sonst nicht nur zu Dysfunktionalitäten (Störungen der autonomen Funktionsfähigkeit sozialer Bereiche)²⁾ und einem Komplexitätsverlust der Gesellschaft, sondern insbesondere zu Wählerverlusten kommen kann.

Daß eine solche Orientierung an 'Gesellschaft', die dennoch auch eine Orientierung an allgemeinsten gesellschaftlichen Interessen ist, nichts mit Interessenjurisprudenz zu tun hat, ist offensichtlich. Werden Interessen berücksichtigt, dann jedenfalls nicht um ihrer selbst willen. Wird andererseits Orientierungskriterium die funktionale Differenziertheit der Gesellschaft, so sind dies wiederum nicht individuelle Interessen, sondern spezifische Sozialstrukturen. Damit wird aber die funktionale Differenzierung 'an und für sich' zu einem 'Wert' für positive Rechtspolitik, denn es geht gerade bei der Vermeidung von Dysfunktionalitäten um die möglichste Intakthaltung des Funktionierens autonomer, funktional ausdifferenzierter Sozialbereiche

1) Vgl. N.L., Grundrechte als Institution, S. 216.

2) Damit hat L. unserer Ansicht nach unter anderem insbesondere Defizite der sozialistischer Planwirtschaften im Auge. Das (dortige) politische Instrumentarium scheint wirtschaftliche Prozesse nicht adäquat steuern zu können.

auf angemessenem Komplexitätsniveau. Umsomehr entsteht der Eindruck, daß Ziel positiver Rechtspolitik die Aufrechterhaltung oder zumindest Respektierung einer komplexen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft ist, als positives Recht und funktionale Differenzierung in einem sich gegenseitig tragenden Verbund stehen : "Die Positivität des Rechts setzt als soziale Institution der Sozialordnung ein ausbalanciertes Verhältnis zu anderen Institutionen der Sozialordnung voraus(...). Die Sicherheit, die es gewährt, hängt von der Sicherheit derjenigen Institutionen ab, die es sichern soll, letztlich aber von der Funktionsfähigkeit der Gesellschaftsordnung"¹⁾.

Es soll hier angemerkt werden, daß die bei L. der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft zufallende Kriteriumsfunktion bei L. nicht nur Auswirkungen auf eine positive Rechtspolitik, das heißt auf die Schaffung von Recht, sondern auch Auswirkungen auf die Interpretation des schon bestehenden Rechts hat. Das zeigt sich insbesondere bei der dementsprechend ungewöhnlichen L'schen Grundrechtsinterpretation²⁾. Grundrechte haben für L. keinen Wert an sich und sind auch nicht mehr nur individualbezogen, sondern ihr 'neuer' Zweck ist die Sicherung der funktionalen Ausdifferenzierung der Gesellschaft. Das scheint nur auf den ersten Blick skandalös : Immerhin wirken damit die Grundrechte auch der Gefahr entgegen, daß das politische System in andere Teilsysteme der Gesellschaft eindringt, was gerade mittelbar auch der Erhaltung und Vergrößerung individueller Freiheitssphären dienen kann.

Die Respektierung der funktional differenzierten Gesellschaft ist, wengleich sie auch als Wert, als eine Leitlinie positiver Rechtspolitik erscheint, kein 'muß' für die Politik. Ich habe gezeigt, daß L. diese Gesellschaftsstruktur als zu berücksichtigende Prämisse in den Rahmen einer positiven Rechtspolitik in modernen, komplexen Gesellschaften einführt, eine Entdifferenzierung aber ebenso für möglich hält. Letztlich wird sie 'zuverlässig' nur über ein eigentlich als 'unzuverlässig' erscheinendes Verhalten, das opportunistische Verhalten von Politikern, die Wähler gewinnen wollen, berücksichtigt, das wiederum

1) N.L., Grundrechte als Institution, S. 185.

2) Vgl. N.L., Grundrechte als Institution, S. 185.

auf dem Hintergrund der Staatsform moderner, westlicher Demokratien mit freier politischer Wahl, institutionalisiertem Machtwechsel und echter Opposition zu sehen ist. Die Intakthaltung der genannten, autonomen Sozialbereiche scheint dabei mit breitesten Interessen der Wähler zu konvergieren. Sie braucht nicht intentioniert worden zu sein, sie ist der positive Nebeneffekt des Wettbewerbs von Politikern um Wählerstimmen.

Wenn nun primär der Opportunismus der Politik und nur sekundär die Berücksichtigung von dysfunktionalen Folgen von Eingriffen, weil auch sie nurmehr unter opportunistischen Machterwägungen Berücksichtigung finden, Rechtsentscheidungen prägen, so könnte man das auch als eine 'machiavellistische' Sicht einer modernen, positiven Rechtspolitik lesen. Was Machiave' dem Fürsten empfahl, empfiehlt heute L. dem modernen Gesetzgeber in westlichen Demokratien : Ein pragmatisch-opportunistisches Verhalten, insbesondere unter dem Hauptaspekt der Machterhaltung. Machterhaltung ist dabei primär eine Sache der Kenntnis der funktionalen Differenziertheit der modernen Gesellschaft und ihrer Respektierung¹⁾. Aber man kann L. auch so lesen : Das politische System, das Recht schafft und ändert, funktioniert nur über den 'Code' Macht²⁾. Politiker treffen in westlichen Demokratien jeweils die Entscheidungen, die ihre Wählerstimmen erhalten oder vermehren. In solchen westlichen Demokratien wird allerdings dieser Machterhaltungs- oder -vermehrungstrieb in bestimmter Weise positiv kanalisiert, da Machtvermehrung indirekt an eine breite Interessenbefriedigung der Wähler geknüpft ist, die zugleich mit der Intakthaltung einer komplexen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft koinzidiert. Aus einem 'Easter' wird so quasi eine Tugend.

b) 'Negative' Anweisungen für eine positive Rechtspolitik.

Die funktionale Differenzierung war oben eine positive Anweisung für die Politik : Wenn Du die funktionale Differenzierung beachtest (u.a.

1) Im Gegensatz hierzu kommt es bei Machiavelli noch zentral auf persönliche Charaktereigenschaften des Fürsten und seine Ausstrahlung an.

2) Vgl. N.L., Ökologische Kommunikation, S. 167ff.

die Eigengesetzlichkeit von sozialen Bereichen usw.), dann ist dir der Stimmgewinn sicher.

Daneben stellen bei L. Gesellschaftsstrukturen allerdings auch reale Hindernisse für eine positive Rechtspolitik dar¹⁾. L. weist auf die funktionale Differenzierung als Hindernis positiver Rechtssetzung insbesondere im Zusammenhang mit seiner Beschreibung der Voraussetzungen der Planung eines gesellschaftlichen Wandels hin. Solche Implementationshindernisse bedeuten, daß beliebige Regeln zwar erlassen werden können, aber unter Umständen gar keine Wirkung haben, oder andere als die erwünschten Wirkungen eintreten, die das zu erreichende Ziel in Frage stellen.

Die folgenden Ausführungen lassen sich ebenfalls unter das Etikett : 'Eigengesetzlichkeit' sozialer Bereiche, 'Interdependenzen' sozialer Bereiche oder funktionale Differenzierung als Orientierungskontext fassen, diesmal allerdings in der Perspektive der (zweifelhaften) Effizienz von Regelungen. Damit wird aber zugleich die Effektivität von Rechtssetzung ein positives Orientierungskriterium von Rechtspolitik²⁾.

Das Hauptimplementationsproblem stellt sich bei L. so dar : "Wie ist es möglich, durch eine Handlung (ein Gesetz) auf komplexe Sozialsysteme einzuwirken"³⁾. L. spricht in diesem Zusammenhang auch von der "Empfänglichkeit der Gesellschaft für rechtsförmig veranlaßte Strukturänderungen"⁴⁾. Er behandelt hier insbesondere vier Probleme.

Das erste Problem ist dabei, wie der Rechtsmechanismus einem Gesellschaftssystem kompatibel sein kann, das sich im Laufe der funktionalen Ausdifferenzierung zunehmend auf kontingente Festlegungen hin bewegt und so zunehmend Merkmale entwirzelt, die in sozialen Prozessen als feststehende Qualitäten behandelt werden⁵⁾.

1) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 299ff.

2) Vgl. N.L., aaO, S. 304,305.

3) N.L., aaO, S. 298 - 302.

4) N.L., aaO, S. 306.

5) Das gleiche Problem beschreibe Maine als Entwicklung von 'Status' zu 'Kontrakt', was ebenso glaubensmäßig festliegende Anknüpfungspunkte für Rechtspositionen entwirzelt und an deren Stelle rechtlich gesteuerte Variation setze; vgl. N.L., aaO, S. 306-308.

In terms einer konkreten Rechtspolitik übersetzt, stellt sich hier nicht nur das Problem der flexiblen Anpassung des Rechts an einen gesellschaftlichen Wandel, sondern sofern dieser Wandel einige Bereiche noch nicht erreicht hat, das Problem, wie eine solche flexible, sich selbst als kontingent begreifende Rechtspolitik sich gegen traditionelle Muster der Gesellschaft durchsetzen kann, die noch Ausdruck von Nichtkontingenz sind. Hiermit ist ein Orientierungsgesichtspunkt positiver Rechtspolitik in Form eines eventuellen Implementationshindernisses aufgewiesen.

Ein weiteres Problem ist die Multifunktionalität der zu regelnden Bereiche, die jeder einzelnen Norm eine hohe zumeist unermessliche Zahl von Folgewirkungen in anderen Sachbereichen gibt¹⁾. Unifunktionalität wäre hingegen der Fall, wenn jedes Element nur unter einer Funktion steht und entsprechend leicht geändert werden kann (ein unerreichbarer Grenzfall)²⁾. Das Problem der unabsehbaren Folgenverstreung nimmt in komplexen, differenzierten Gesellschaften zu. Die Frage sei nun, wie die Gesellschaftsordnung einer sich unifunktional motivierenden rechtspolitischen Praxis entgegenkomme³⁾.

Ein drittes Problem, und dies überlagert sich zum Teil mit dem zuerst erwähnten Problem, sieht L.⁴⁾ in der Regelung von Bereichen, die sich als Bereiche "expressiven Handelns" im Gegensatz zu Bereichen "instrumentellen Handelns" (in Anlehnung an T. Parsons) charakterisieren lassen. Instrumentell orientiert sich, wer Zustände der Zukunft anvisiert und dabei Zustände der Gegenwart als variabel behandelt. Expressiv orientiert sich, wer in der Gegenwart einen "sich selbst genügenden Ausdruck sucht". Bereiche expressiven Handelns sind vor allem Bereiche personellen engagements, sind Bereiche der "Gefühlsbildung"⁵⁾. Solche Bereiche per Recht ändernd zu gestalten, stößt auf Widerstände.

1) N.L., aaO, S. 309.

2) N.L., aaO, S. 311.

3) N.L., aaO, S. 311.

4) N.L., aaO, S. 316.

5) N.L., aaO, S. 316, 317.

Viertens hängt die Wirksamkeit von Regelungen oft von der gleichzeitigen Umstrukturierung einer Mehrheit von Systemen ab¹⁾, und dies Problem überschneidet sich mit Problem zwei. Das bedeutet, daß die neuen Verhaltensprämissen, welche auch Umweltdaten für andere Systeme sind, sich mit diesen zu erfolgreichen Interaktionsmustern verbinden lassen müssen (diese Problemstellung ist von A. Podgorecki übernommen). L. gibt hier ein einleuchtendes Beispiel²⁾ : Nachtschichten im Betrieb lassen sich z.B. nur einführen, wenn das Familienleben darauf eingestellt ist. Rechtspolitik muß daher systemische Interdependenzen beachten.

Im Fall des ersten und auch des dritten Problems wäre ein Entgegenkommen dieser Bereiche erforderlich, das L. als "emotionale Neutralität"³⁾, bzw. man kann auch Indifferenz sagen, beschreibt. Bedingung eines problemlosen Implementierens ist im Fall zwei nach L. das Ausmachen von Primärfunktionen⁴⁾ in Teilsystemen (z.B. ist der Produktionsbetrieb primär auf wirtschaftliche Funktionen, nicht erzieherische, unterhaltende usw. gerichtet). Das erleichtert zugleich den rechtlichen Zugriff auf solche Teilsysteme. Dem Gesetzgeber wird empfohlen, sich nach der Primärfunktion zu richten, will man nicht die Sophistikation des Planungsinstrumentariums erhöhen, um Bezug auf eine Mehrheit von Funktionen nehmen zu können. Angesichts der Tatsache ferner, daß die Politik Folgenketten mangels eines adäquaten Planungsinstrumentariums nicht übersehen und so nicht regeln kann, und angesichts der Tatsache, daß die Politik eventuelle Negativfolgen nicht absorbieren kann, da sie Leistungen anderer Systeme nicht ersetzen kann⁵⁾, ist es ferner erforderlich, daß die zu regelnden Bereiche selbst bei der Implementation der Normen mitwirken und somit selbst das Problem der Folgenverstreuerung regeln. Erfolgreiche Rechtssetzung stellt sich insofern als kooperativer Vorgang zwischen Rechtssystem und

1) N.L., aaO, S. 318.

2) N.L., aaO, S. 324.

3) N.L., aaO, S. 317.

4) N.L., aaO, S. 311.

5) Vgl. zuvor a).

Teilsystemen der Gesellschaft dar.¹⁾ Man könnte, so scheint es bei L.²⁾, das vierte Problem, bzw. meiner Ansicht nach alle vorgenannten Probleme --da es im Grunde überall um mit Regelungen verbundene Störungen des autonomen Funktionsablaufs von Sozialbereichen geht--, a) durch ein sehr vorsichtiges Eingreifen, bei dem man die jeweiligen Adressaten zu motivieren versucht; b) durch im Übrigen Absorption der mit der Änderung verbundenen Schockwelle in Griff bekommen. Bei a) ist es wichtig zu wissen, daß bei dem zu motivierenden System der "Selektionsstil" von der systemeigenen Geschichte abhängt³⁾. Diese Systemgeschichte bindet die Systeme in sehr unterschiedlichem Maße, was Gesetzesänderungen beachten müssen. Bei b) wäre zu beachten, in welchem Maße Systeme fähig sind, sich selbst zu steuern⁴⁾ (was z.B. hieße, negative Folgen von Regelungen, insbesondere Funktionsstörungen, selbst zu absorbieren), da die rechtssetzende Politik die Folgenverstreuerung (aktuell) nicht übersehen und daher auch nicht regeln kann, und auch selbst, wenn sie sie übersähe, wollte sie sie selbst regeln, Leistungen der zu regelnden Bereiche ersetzen müßte, falls diese nicht kooperieren, was sie infolge funktionaler Spezialisierung ebenfalls nicht kann. Gerade auf Regulierung durch Regulierung selbststeuerungsfähiger Systeme stellt G. Teubner in seinem Ansatz eines reflexiven Rechts ab. L. sieht hierin ein Kriterium der möglichen Erleichterung der Implementation von

1) Hieran knüpfen Gedanken G. Teubner's zu einem "reflexiven Recht" an, vgl. G. Teubner, "Juridification, Concepts, Aspects, Limits, Solutions", S. 33-38, das die Effektivität rechtlicher Regelung ebenfalls infolge der unübersehbaren Komplexität der zu regelnden Bereiche nur noch in einer Art Zusammenwirken von Recht und Teilsystemen in einem "structural coupling" zu erreichen sucht. Das Recht gibt hier nicht mehr 'autoritativ' konkrete Ziele vor, sondern die 'eigentliche' Regelung geschieht durch den zu regelnden Bereich selbst, dem durchs Recht hierfür nur ein Rahmen von organisatorischen Voraussetzungen gesteckt wird (Vorgabe von Kompetenzen usw.), oder die Regelung geschieht durch "systems of interaction between the systems(...)which drive on this coevolution (von Recht und Gesellschaft) purposefully". Vgl. auch G. Teubner im Rahmen der Erörterung der Konsequenzen des Konzepts der Autopoiese für "regulation" in "Evolution of Autopoietic Law", S. 23,237.

2) N.L., aaO, S. 324.

3) N.L., aaO, S. 321.

4) N.L., aaO, S. 322ff.

Rechtsänderungen, ist aber weniger optimistisch als G. Teubner¹⁾. Selbststeuerung bedeute, so L., keineswegs schon eine Garantie der Befolgung des neuen Rechts, sondern vielmehr nur, daß strukturelle Konsequenzen bei der Rechtssetzung nicht mitgeplant werden müssen (und so die Schockwelle vom System selbst absorbiert wird). Neben a) und b) ist ferner c), der Toleranzbereich des zu regelnden Systems, zu beachten. Je abstrakter die Struktur eines Systems, so scheint es bei L.²⁾, desto effizienter und lernbereiter kann es auf Rechtsänderungen reagieren.

Positive Rechtspolitik bei Kontingenz kann sich also an strukturellen Variabilitätshindernissen der zuvor besprochenen Art auch im Hinblick auf das allgemeine Kriterium 'Effizienz der Regelung' orientieren. Die beschriebenen gesellschaftsstrukturellen Hindernisse können teilweise allerdings nur in einem kooperativen Kontext zwischen Recht und Gesellschaft überwunden werden.

Die L.'schen Erörterungen zur Effizienz von Regelungen, die vielleicht zunächst den Verdacht erweckten, es gehe um die beliebige Kontrolle von Gesellschaft durch Recht, relativieren daher im Gegenteil die Perspektive einer 'autoritativ-obrigkeitsstaatlichen' Rechtssetzung und relativieren darüberhinaus die Bedeutung des staatlichen Rechts als primären Regelungs- (und Steuerungs-)mechanismus der Gesellschaft. Mit autoritativem befehlsmäßigen Eingreifen ist nichts mehr gelöst; dem steht die begrenzte Aufnahmefähigkeit einer differenzierten Gesellschaft für Rechtsänderungen entgegen. Selbst ein ausreichendes Planungswissen und Planungsinstrumentarium besitzt nur begrenzte Wirkungsmöglichkeiten. In einer solchen Gesellschaft kann man sich nicht über das Faktum hinwegsetzen, daß die Politik nicht etwa ganz anders konstituierte Leistungen oder Mechanismen der Wirtschaft ersetzen kann, und das müßte sie, um effizient zu implementieren, wenn die zu regelnden Bereiche nicht kooperieren. "(Es) steigen in zunehmend komplexen, funktional differenzierten Gesellschaften zugleich die Wechselbeziehungen zwischen

1) N.L., aaO, S. 323.

2) Kleinnecht, Natascha (1989): Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

den einzelnen Teilsystemen. Unabhängigkeiten und Abhängigkeiten nehmen miteinander zu, und daraus entstehen Kombinationsprobleme auf höherer Ebene der Systemsteuerung, die nicht beliebig und schon gar nicht durch 'Herrschaft' gelöst werden können"¹⁾.

Zusammenfassung und Bewertung von a) und b) :

Die L'sche Beschreibung von Limitationen positiver Rechtssetzung beruht meiner Ansicht nach primär auf der L'schen Favorisierung der Gesellschaftsstruktur der funktionalen Differenzierung bzw. auf dem L'schen Wunsch, daß der Gesetzgeber in den betreffenden Gesellschaften die funktionale Differenzierung nicht zerstöre, indem er etwa, wie dies in sozialistischen Planwirtschaften geschah, den Bereich der Wirtschaft umfassend und langfristig regelt, und beruht erst sekundär auf sich in diesen modernen Gesellschaften stellenden Planungshindernissen. Die funktionale Differenzierung muß daher primär hohe Vorteile bieten und erst sekundär in sich selbst eine hohe Resistenz gegen jede Art von staatlichen Eingriffen aufweisen.

L. hat bei der Behandlung der Opportunität und Effizienz von Rechtssetzung, so scheint es zunächst, ein Bild von Anreizen und Blockierungen für Rechtsänderungen gezeichnet. Bei einer genaueren Untersuchung, insbesondere wenn man festgestellt hat, daß es um die Erhaltung der funktionalen Differenzierung geht, ergibt sich aber, daß es mehr um Blockierungen, kurz die Illusion der Steuerbarkeit in komplexen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaften geht.

Es liese sich bei einer Verbesserung des Planungsinstrumentariums und so Steigerung der Effizienz der Implementation die beliebige Setzung von Recht zwar 'maximieren'²⁾, die theoretisch selbst bis zur

1) N.L., aaO, S. 325.

2) Vgl. die hieran anknüpfende Kritik J. Habermas' in N.L., J.H., Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, S. 266 und 258ff., wonach bei L. eine 'Ideologie' zweckrationalen Handelns im Vordergrund stünde, die nach der Subjektivierung des Wahrheitsbegriffes und der Irrationalisierung der Werte und Zwecke (S. 263) politische Prozesse von Begründungsforderungen

(Footnote continues on next page)

strukturwidrigen Regelung von Bereichen gehen kann. Dann muß man aber in

(Footnote continued from previous page)

freisetze. Wobei sich L's Systemtheorie durch ein einzelnes Ziel charakterisieren lasse (S. 266,267), daß sie die Eliminierung des Unterschiedes von Praxis und Technik begründen wolle. H. verweist in diesem Zusammenhang auf eine Seminarvorlage von W. Streeck, der L. und H. unter folgendem Motto als Kontrahenten gegenüberstellt (S. 268) : Organisationstechnik oder Konsensstheorie; woher wohl der Titel des Buches angeregt wurde. H. meint hiermit unserer Ansicht nach, daß bei L. im Vordergrund Überlegungen der 'Machbarkeit' stünden, und nicht Überlegungen der 'Rechtfertigung'. Parallel kritisiert Habermas interessanterweise Lyotard, vgl. bei S. Benhabib, "Kritik des postmodernen Wissens, eine Auseinandersetzung mit J.F. Lyotard", S. 104. Lyotard setze auf 'Performativität'. Das heißt, daß Wissen Macht ist, und Legitimation durch technologische Kapazität, Leistungsfähigkeit usw. erfolgt. Im Kontrast zum "funktionalen Wissen" steht H.'s "kritische Theorie", bei der nicht die Effizienz des Apparats zu steigern ist, sondern die Befähigung zur Selbstermächtigung und Erzielung von Konsens auf dem Boden einer idealen (machtfreien) Sprechsituation (gleiche Chancen, gleiche Partizipation) (S. 110), was zeigt, daß H. noch in der Tradition der Aufklärung steht. Von dieser Tradition, in der es in Worten Kants um den "Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit geht" ist nach A. Wellmer, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne, S. 101, nicht mehr viel übrig geblieben seit M. Weber als ein Prozeß unaufhörlicher Rationalisierung, Bürokratisierung und Verwissenschaftlichung des gesellschaftlichen Lebens. Die Vernunft sei eine planende, kontrollierende, objektivierende, systematisierende, vereinheitlichende, kurz 'totalisierende' Vernunft geworden und die politische Praxis zur Technik der Machterhaltung. Letzterer Strömung gehört nun in diesem Licht L. an. Habermas ordnet nun L. ebenfalls in eine überholte Tradition der Aufklärung ein, die er als "Subjektzentriertheit" bezeichnet, als instrumentelle Vernunft (die über eine Distanz des Beobachters und damit Verdinglichung der Objektwelt zustandekommt), als faustischen Traum der unendlich manipulierbaren Welt, der sich als falsch erwiesen habe; vgl. J. Habermas, Der philosophische Diskurs der Moderne, S.426ff. L. (S. 443) sei ein Nachfolger einer verabschiedeten Philosophie, bei ihm würde lediglich die subjektzentrierte Vernunft durch Systemrationalität abgelöst (S. 444), die zum Ensemble der Ermöglichungsbedingungen der Systemerhaltung degeneriere (S. 431).

Diese Kritik ist aber unserer Ansicht nach nicht berechtigt, da L. gerade neue Grenzen der Machbarkeit in den Voraussetzungen der Machbarkeit aufzeigt. Die Grenzen sind dabei gegenwärtig in einem solchen Maße unüberwindbar, daß L. bei den gegenwärtigen Realitäten gerade nicht an diesen faustischen Traum glaubt, sondern im Gegenteil sich resigniert so äußert : "Tutto potrebbe essere diverso, ma io non posso cambiare nulla". Es fehlen gerade die Voraussetzungen der Entfaltung dieser Potentialität.

der Lage sein, die eventuellen Negativfolgen zu absorbieren. Das ist, wie ich gezeigt habe, dem politischen System allein nicht möglich. Beachtet die Politik dies nicht, so können Regelungen zu einer schwerwiegenden Störung der autonomen Funktionsfähigkeit gesellschaftlicher Bereiche und so zu einer Störung der funktionalen Differenzierung, im Extremfall zu einer Entdifferenzierung der Gesellschaft führen. Nur der Mechanismus einer freien, demokratischen Wahl im Zusammenhang mit einem institutionalisierten Machtwechsel und der Konstitution einer Opposition, die eine 'echte' Alternative darstellt, nicht bereits die drohende Entdifferenzierung der Gesellschaft, bildet hier für weitergehende Eingriffe in die Funktionsfähigkeit der funktionalen Differenzierung eine Bremse, da solche Eingriffe Wähler kosten.

c) Der Ausgleich von gefährlichen Dysfunktionen einer funktional audifferenzierten Gesellschaft als Ziel einer positiven Rechtspolitik?

Ich behandelte im Vorausgehenden Orientierungskriterien einer kontingenten Rechtspolitik unter hauptsächlich zwei Perspektiven, der Perspektive des Implementationserfolgs der Regelungen und der Perspektive der politischen Opportunität der Respektierung eigengesetzlicher, autonomer sozialer Bereiche. In diesem Zusammenhang kam ich insbesondere auch auf die dysfunktionalen Folgen von Eingriffen zu sprechen. Ich möchte dem jetzt eine dritte Perspektive hinzufügen, bei der die funktionale Differenzierung, insbesondere im Hinblick auf bestimmte, mit ihr typischerweise verbundene Gefahren, die aus der Rücksichtslosigkeit der autonom gewordenen Systemperspektiven resultieren, positive Anweisungen für eine positive Rechtspolitik enthalten könnte.

Es geht hier nicht um dysfunktionale Folgen von rechtlichen Eingriffen, sondern sozusagen um Dysfunktionen der gesellschaftlichen Gesamtstruktur funktional audifferenzierter Gesellschaften. Dies spricht L. vor allem in "Ökologische Kommunikation" an, wo es um die schwere Lösbarkeit des Problems "ökologischer Gefährdung" angesichts der nur beschränkten Resonanz nicht nur des Wirtschaftssystems geht. Auch die Politik nimmt beispielsweise dieses Thema nicht so ohne weiteres auf. Grund dessen ist die Tatsache, daß funktional audifferenzierte Systeme über einen bestimmten Code prozessieren (so ist z.B. der Code

des Politiksystems 'Macht'¹⁾ bzw. Regierungspartei/Opposition, drückt man ihn in Form einer Differenz aus) und kaum Themen aufgreifen, die nicht unmittelbar in diesen Code übersetzbar sind. Dies führe, so L.²⁾, bei der Politik zu einer "erheblichen Einschränkung der Semantik des Systems". Politische Resonanz kommt, so scheint es bei L.³⁾, hauptsächlich über Chancen der Wiederwahl zustande, nicht aufgrund der dringenden Lösung, die Umweltprobleme erfordern. "Man hat daher mit Recht die Frage gestellt, ob eine Wettbewerbsdemokratie des hier gekennzeichneten Typs überhaupt in der Lage ist, Umweltthemen kontrovers in die Politik einzubringen"⁴⁾. Das heißt, gerade aus der Tatsache, daß die Gesellschaft nur nach Maßgabe interner Indikatoren prozessiert und so nicht gezwungen ist, sich Punkt für Punkt der Umwelt anzupassen -- nicht Anpassung, sondern Autopoiesis ist das Prinzip der sozialen Evolution, womit zugleich die Möglichkeit der Nichtanpassung, ja sogar der Selbstvernichtung gegeben ist-- resultiert eine Gefahr der Rücksichtslosigkeit der Systemperspektiven. Es kann daher sogar zu dem extremen Fall kommen, daß Systeme so auf die Umwelt einwirken, daß sie später nicht mehr in ihr existieren können.

Ob Recht als Instrument der Politik hier ein Mechanismus werden könnte, der soziale Systeme seiner Umwelt anregt, gewisse negative Folgen ihrer Spezialisierung selbst zu vermeiden (wie ich zeigte, sind einer direkten rechtlichen Steuerung Grenzen gesetzt), ist fragwürdig. G. Teubner⁵⁾ z.B. wirft die Möglichkeit einer solchen 'kompensatorischen' Funktion des Rechts in modernen Gesellschaften auf :

1) N.L., Ökologische Kommunikation, S. 169.

2) N.L., aaO, S. 170.

3) N.L., aaO, S. 175.

4) N.L., aaO, S. 181.

5) G. Teubner, "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", S. 392. In neuerer Zeit, "Intersystemisches Kollisionsrecht" S. 134,135, stellt T. neben die Möglichkeit der Regelung von Selbstregulierung die Möglichkeit des Entwurfs von Sachnormen, die intersystemische Konflikte unmittelbar regeln könnten; diese hätten die Form von Generalklauseln, da so der Autonomie der zu regelnden Bereiche Rechnung getragen werden könnte. Sie bilden, insofern als sie 'transsystemische' Konflikte regeln ein Set von Normen, das nach T. (wieder) gesamtgesellschaftliche Interessen einbringen und so die Einheit von Gesellschaft (wieder) vermitteln könnte.

"Self-referentiality(...)needs outside support to develop certain externalities(...). The economic system works selectively via language of monetary action and is not able adequately to re-translate its environmental consequences into its own language(...). Law can serve as one among other compensatory institutions of society which compensate for the self-reference of social systems." Dies sei allerdings ein zweischneidiges Schwert : "Compensatory institutions have to operate under the double constraint of integrating environmental demands into the system while not disintegrating its conditions of self-production and reproduction"¹⁾. Trotz einiger Zweifel, ob das Recht diese Funktion erfüllen kann, geht T. davon aus, daß jedenfalls eine rechtliche Steuerung der angesprochenen Negativeffekte möglich ist. L. hingegen erscheint bereits in einem Maße fraglich, ob die rechtssetzende Politik überhaupt in der Lage ist solche Themen aufzugreifen, daß sich die Frage der Steuerbarkeit solcher Probleme bei ihm gar nicht mehr stellt.

Erstens produziert die Umwelt des Rechtssystems, und damit sind die rücksichtslosen Systemperspektiven funktional ausdifferenzierter Sozialsysteme gemeint, teils gravierende Probleme, die in einer funktional ausdifferenzierten und insofern 'fragmentierten' Sozialwelt nicht mehr über eine 'höhere, kontrollierende Einheit' gelöst werden können; zweitens prozessiert auch das rechtssetzende Politiksystem, das dennoch aufgerufen sein könnte, diese Probleme sozusagen dezentral zu lösen, nur Entscheidungen aufgrund einer einseitigen Perspektive : 'Macht', so daß es unter Umständen gar nicht adäquat auf die sich direkt in der systemischen Umwelt stellenden Probleme reagieren kann. Es muß diese erst in Wahlgewinnchancen umsetzen können. Die Autonomie des Systems wird hier zum Verhängnis. Es besteht eine Unfähigkeit zur direkten Kommunikation; alles muß erst in die Sprache des anderen übersetzt werden, und hier liegen Voraussetzungen und Grenzen der Verständigung.

Betrachtet man die aktuelle Rechtswirklichkeit westlicher Demokratien, so erscheint einem L's Sicht beinahe zu pessimistisch, denn

1) G. Teubner, aaO, S. 392.

man wird hierbei feststellen, daß selbst Umweltprobleme in Wahlgewinnchancen umsetzbar sind. Das sich immer mehr ausbreitende Umweltrecht ist Resultat einer unter Druck geratenen Politik, sowohl von außen durch Bürgerinitiativen (potentielle Wähler) und Presse (hier ist ebenfalls die Auswirkung auf potentielle Wähler zu beachten) als auch von innen durch 'Umweltparteien' (die den traditionell etablierten Parteien Wähler streitig machen). Dennoch ist die L'sche Erörterung der aus der funktionalen Differenzierung resultierenden Gefahren realistisch. Im Umweltrecht ist nur eines der wichtigsten Einzelprobleme in einem relativen räumlichen und zeitlichen Kontext versuchsweise und unvollständig 'gelöst'. Die Struktur der Gesamtproblematik bleibt trotz Einzellösungen virulent.

d) Die funktionale Differenzierung als in einer positiven Rechtspolitik zu berücksichtigender 'Wert an sich'?

In den drei vorgenannten Fällen bot die funktionale Differenzierung unter verschiedenen Blickwinkeln Anweisungen für eine kontingente Rechtspolitik. Bei der ersten von mir besprochenen aus der funktionalen Differenzierung ableitbaren Anweisung sah man bereits andeutungsweise, daß die funktionale Differenzierung zu einem 'Wert' positiver Rechtspolitik geworden ist. Ich möchte jetzt deshalb expliziter die Frage stellen, inwieweit die funktionale Differenzierung als 'Wert an und für sich' Ziel einer heutigen positiven Rechtspolitik sein kann.

Wenngleich man hier nun sagen kann, daß die funktionale Differenzierung für eine positive Rechtspolitik einen Wert bildet, der im Grunde sowohl an die Stelle naturrechtlicher Vorgaben als auch an die Stelle positivistischer Vorstellungen eines obrigkeitsstaatlichen 'alles ist rechtlich möglich', werden nur die Formen des Erlasses von Normen gewahrt, tritt, so ist dieser Wert bei L. jedenfalls kein 'muß', keine Verpflichtung für die Rechtspolitik. Die funktionale Differenzierung wird ferner nicht schon um ihrer selbst willen berücksichtigt. Nur gewisse Mechanismen des Rechtssystems machen ihre Berücksichtigung wahrscheinlicher. Daß jedoch die funktionale Differenzierung dennoch bei L. zu einem 'Wert', einem um seiner selbst willen 'Wünschenswerten'

geworden ist¹⁾, zeigen im Grunde die vorigen Ausführungen insofern, als es bei allen letztlich um Probleme der Instandhaltung dieses strukturellen Aufbaus der Gesellschaft geht. Ferner sprechen hierfür die überall von L. schwerpunktmäßig erörterten Bedingungen der Steigerung von Komplexität, die allesamt an eine fortschreitende funktionale Ausdifferenzierung geknüpft waren und die häufige L'sche Qualifizierung von weniger differenzierten, weniger komplexen Gesellschaften als Rückschritt auf der historischen Skala.

Frägt man sich freilich hier, warum die funktionale Differenzierung für L. einen sogenannten 'Wert' darstellt, so kann man nur die folgende Antwort geben : Weil sie höhere Grade der Autonomie und Freiheit (von Sozialsystemen) ermöglicht, Hand in Hand mit einer Steigerung der Komplexität der einzelnen Systeme und so der Gesellschaft insgesamt, die sich zu einem Teil gerade auch in der bei höherer Autonomie möglichen, flexibleren Umweltpassung (beim Recht in einer hohen Gesellschaftsadäquanz) ausdrückt. Worin aber diese höhere Komplexität besteht, wohin sie sich entwickelt, ist gerade auf dem Grund der L'schen Prämisse von Kontingenz nicht voraussagbar, da hiernach insbesondere Entwicklungen nicht unbedingt auf einen Fortschritt zielen; und was der Sinn von Umweltadäquanz noch sein soll, wenn alles sich ständig ändert und aneinander anpaßt und zugleich auseinanderentwickelt, das ist auch beliebig. Das Recht solle jedenfalls, wenn es bei der Verwirklichung dieses Wertes schon keine positiv unterstützende Funktion infolge der Illusion der Steuerbarkeit der Gesellschaft haben kann, zumindest nicht verhindern, daß Systeme sich so aufeinander einstellen, daß sie sich nicht wesentlich in ihrer Komplexitätssteigerung behindern. Das Recht läuft beispielsweise Gefahr, die Gesellschaft auf eine niedrigere Stufe von Komplexität zurückzusteuern, wenn es strukturwidrig regelt, ohne negative Folgen absorbieren zu können; es würde in diesem Falle verhindern, daß die zu regelnden Bereiche autonom komplexer werden.

1) D. Smid, "Soziale Evolution und Rationalität", S. 455 stellt fest, daß L. die funktionale Differenzierung ohne weitere Begründung bevorzugt und ist darüberhinaus der Ansicht, daß sich aus L's Analyse moderner Gesellschaften nicht die Notwendigkeit des spezifischen L'schen Ansatzes ergibt (S. 453, 457).

Bizarres Resultat ist deshalb : Wünschenswertes Ziel einer Rechtspolitik ist bei L. letztlich die beliebige Steigerung der Komplexität der Gesellschaft. Und für eine solche funktional ausdifferenzierte Gesellschaft ist die Kompatibilität der 'Freiheit' von Sozialsystemen (nicht etwa von Individuen) essentiell. Daß deshalb das staatliche Recht nicht mehr vordringlich den Hobbes'schen Zweck hat, die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen Individuums zu vereinbaren (um es zugleich mit Kant zu formulieren), stellt L. in einem Artikel mit der provokanten Überschrift "Cancellare Hobbes" fest¹⁾.

Ist nun die funktionale Differenzierung als bestimmte Strukturiertheit von Gesellschaft 'an die Stelle' des Naturrechts getreten, so fragt man sich, ob man aufgrunddessen L. denselben 'Vorwurf' machen kann, den K. Popper, freilich in anderem Zusammenhang, an die Platon'sche Gerechtigkeits- und Staatslehre richtet²⁾, daß damit die Grundlage unserer abendländischen Zivilisation verkannt sei, nämlich ein mit einem Altruismus verbundener Individualismus, der der Kern aller ethischen Lehren war, die aus dieser Zivilisation erwachsen, und speziell im Recht zur Postulierung allgemeiner, natürlicher Menschenrechte führte. Bzw. daraus folgt³⁾, daß Hauptaufgabe der Gesetzgebung in Demokratien die Bestimmung der den einzelnen Bürgern zu gewährenden Freiheit ist, die nicht der Freiheit der anderen schadet (die heute freilich gerade auch positive Leistungen des Staates umfaßt). Popper macht Plato diesen Vorwurf insofern, als dessen Gerechtigkeits- und Staatsbegriff auf einem Kollektivismus aufbaue, der den Endzweck des Individuums in der Erhaltung und Stabilität des Staates bestimme⁴⁾. Ferner lasse sich bei Plato eine Verbindung zwischen dessen Idee des Kollektivismus und seiner Rechtfertigung des Prinzips natürlicher Vorrechte ziehen⁵⁾, was im krassen Gegensatz zu den individuelle Gleichheit postulierenden demokratischen Gerechtigkeitstheorien seiner Zeit stand. Ebenso könnte man sagen, daß L's Theorie in ihrer ebenso

1) N.L., L'Espresso, 27. März, 1988, S. 107.

2) Vgl. K. Popper, Die Offene Gesellschaft, S. 146.

3) K. Popper, S. 157.

4) K. Popper, aaO, S. 137.

5) K. Popper, S. 137 i.V. m. S. 143.

holistischen (vom Einzelindividuum abstrahierenden) Perspektive auf eine Gesellschaft hinauslaufe, die einstmalige Errungenschaften wie individuelle Menschenrechte gering schätze.

Hier kann man allerdings 'relativieren': Die L'sche Theorie zeigt schwerpunktmäßig neue Probleme moderner, westlicher Demokratien auf, die insbesondere Probleme immer komplexer werdender Gesellschaftsstrukturen sind. Die Probleme, die L. theoretisch erfaßt, scheinen in modernen rechtsstaatlichen Demokratien dabei heute aus einer anderen Richtung zu kommen: Es gehe, so L., nicht mehr vordringlich um die Kompatibilisierung individueller Freiheiten (die heute auch positive Leistungen des Staates umfassen), also um das Hobbes'sche Problem "homo homini lupus". "Il lupo oggi è la differenza tra sistema e ambiente"¹⁾.

Zusammenfassung der wichtigsten Punkte, Kapitel 2, 1) und Bewertung:

Die Hauptgarantien der Nichtbeliebigkeit von Rechtsentscheidungen liegen in einer kontingenten Welt im Effekt und im Ineinanderwirken spezifischer Verfahren. Einen zentralen Stellenwert hat die indirekte Vermittlung von gesellschaftlichen Interessen ins Parlament bei der politischen Wahl. Das rechtssetzende Politiksystem befindet sich infolgedessen in einer von direkten gesellschaftlichen Einflüssen neutralisierten Situation. Das bedeutet hohe Grade der Autonomie und Freiheit von Entscheidungen, womit zumindest potentiell Bedingungen von Vorurteilsfreiheit, Neutralität, jederzeitiger Revisionsbereitschaft und damit Bedingungen eines möglichen Lernens aus Irrtümern gegeben sind. Es handelt sich um die Entstehung einer "idealen Situation". Konkrete Entscheidungsziele sind damit noch nicht gegeben. Ebenso wenig ist damit garantiert, daß Politiker in praxi neutral entscheiden, was etwa bei L. hieße: Berücksichtigung breitester Interessenspektren. Erst über das opportunistische Machtstreben von Politikern, einen gänzlich unideellen Faktor, werden breiteste Interessen spektren reintegriert.

1) N.L., "Cancellare Hobbes", aaO, S. 107.

Die funktionale Ausdifferenzierung des Rechtssystems, die bei L. eine Lösung von Entscheidungen aus sachlichen Kontexten bewirkte, führt bei L. ebenfalls zu einer solchen Idealsituation der Vorurteilsfreiheit und ständigen Revisionsbereitschaft. Damit sei jede Einführung unkontrollierbarer Prämissen ausgeschlossen, und zwar sowohl auf der Ebene der Gründe als auch auf der Ebene der Elemente¹⁾.

Die L'sche Theorie ist insofern sowohl eine Theorie der realen Verhältnisse als auch zugleich eine Theorie über die Entstehung eigentlich 'idealer' Bedingungen der Neutralität und des vorurteilsfreien Entscheidens, das aber per se, auf dem Grund der L'schen Prämissen, natürlich noch keine Garantie für ein positives, richtiges Entscheiden liefert, in Verbindung mit der erwähnten 'Realtheorie' allerdings Chancen einer gesellschaftsadäquaten Rechtspolitik bietet, im Sinne eines flexiblen Nachvollzugs eines gesellschaftlichen Wandels moderner, funktional ausdifferenzierter Gesellschaften und im Sinne der Berücksichtigung breitester Interessenspektren.

Es ist insofern erreicht, was von den L'schen Voraussetzungen her, nämlich der Voraussetzungslosigkeit bzw. Kontingenz von Rechtsentscheidungen nicht selbverständlich ist : Gesellschaftsadäquanz²⁾.

Eine weitere, wichtige Konkretisierung erfährt eine kontingente Rechtspolitik bei L. im Zusammenhang mit Charakteristika einer modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft. Das zentrale Problem moderner, funktional ausdifferenzierter Gesellschaften scheint nach L. die Kompatibilisierung der 'Freiheit' autonomer, sozialer Bereiche zu sein. Das Recht kann dies zwar nicht leisten --insbesondere sind in einer in verschiedene autonome Sozialsysteme zerfallenden Welt Problemlösungen nicht mehr von einem Punkt aus denkbar. Es kann aber zumindest darauf eingerichtet werden, die beliebige Komplexitätssteigerung anderer sozialer Bereiche nicht zu behindern. Und

1) N.L., Soziale Systeme, S. 654.

2) Worauf L., N.L., Rechtssoziologie, S. 199, letztlich die Geltung von Recht zurückführt.

auch das --das Recht passt sich Geboten der funktionalen
Differenzierung (nicht etwa der Humanität) an-- scheint bei L.
Gesellschaftsadäquanz zu bedeuten.

2) FOLGEPROBLEME DER KONTINGENZ DES RECHTS.

A) DIE PLANUNG VON GESELLSCHAFTLICHEM WANDEL.

Die Freistellung von Handeln, Erleben und Entscheiden von prädeterminierenden Kontexten bedingt, daß sich die neuzeitliche Gesellschaft plötzlich das Problem einer andersartigen Zukunft vorstellen kann¹⁾, "als eine Fülle von Möglichkeiten, aus denen(...)ausgewählt werden muß"²⁾. Das bedeutet, daß man in der Gegenwart bereits an mehrere "possible futures" denkt³⁾, daß ein Übermaß an Erwartungen produziert wird, die auch inkompatibel sein können⁴⁾, daß Erwartungen ferner immer ausgefallener, 'hypothetischer', im Extremfall unrealistisch werden⁵⁾. Das Unwahrscheinliche erscheint plötzlich als wahrscheinlich. Im Zuge dessen hält man, was das Recht betrifft, bald "alles für juridifizierbar"⁶⁾. Man beginnt im staatlichen Recht ein Instrument der Wunscherfüllung zu sehen. Es entsteht eine Überfülle von Normprojektionen, und realiter werden immer mehr Normen neu geschaffen oder geändert, die diesen Erwartungen nachkommen. Wenn alles kontingent ist, dann gibt es keine Erwartungen, die apriori abgewiesen, von vornherein ausgeschlossen werden können, jeder Antrag auf Änderung muß zunächst einmal ernst genommen werden.

Dieser Tatbestand führt nun nach L.⁷⁾ nicht nur zur Steigerung der sachlichen Komplexität des Rechts --also einfach zur Juridifizierung von mehr und unwahrscheinlicheren Themen⁸⁾-- sondern die Komplexitätssteigerung des Rechts wirkt sich auch zeitlich aus⁹⁾.

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 83.

2) N.L., aaO, S. 83.

3) N.L., aaO, S. 83.

4) Je mehr Erwartungen produziert werden, desto eher besteht die Gefahr, daß Erwartungen sich auch widersprechen.

5) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 84.

6) N.L., Rechtssoziologie, S. 211; Ausdifferenzierung, S. 85.

7) N.L., Ausdifferenzierung, S. 129.

8) Beispiele hierfür in N.L., Ausdifferenzierung, S. 129 oder N.L., Rechtssoziologie, S. 211, wo L. die Fixierung von Ansprüchen auf Prämien für die Vernichtung von Äpfeln nennt.

9) Vgl. hierzu N.L., Ausdifferenzierung, S. 128, 129 und N.L., Rechtssoziologie, S. 210.

"Heute kann Recht gelten, das gestern nicht galt und morgen sicher, wahrscheinlich oder möglicherweise nicht gelten wird". Die laufende Überholung des Rechts beschleunigt sich dabei nach L. selbst, weil immer mehr Änderungen immer mehr Anpassungen erfordern¹⁾.

Die somit umfassenderen Regelungsbedürfnisse, die sowohl unter einem sachlichen Aspekt in mehr und unterschiedlicheren als auch unter einem zeitlichen Aspekt in immer rascher sich ablösenden Regelungsbedürfnissen bestehen, stellen neue Anforderungen ans Recht, insbesondere soll Recht zukünftiges Verhalten steuern²⁾.

Das ändert den Rechtsstil. Es ginge, so L., im Recht damit nicht mehr primär um Konfliktregelung auf konstantem Hintergrund, sondern es werde ans Recht plötzlich die neue Anforderung der "Planung von gesellschaftlichem Wandel" gestellt : "Eine solche Ausdehnung des Horizonts des positiven Rechts bleibt unverständlich, wenn man die Funktion des Rechts lediglich in der Erhaltung vorgegebener Interaktionsmuster und der Konfliktsregelung, also der Bewahrung von Bestehendem sieht. Diese Auffassung(...)erkennt nicht , daß die Qualität des Rechts aus der Konfrontierung mit anderen Möglichkeiten gewonnen wird und mit ihr sich ändert,(...)daß damit die Stabilisierung von problematischen, nichtselbstverständlichen Erwartungen erreicht wird(...). Diese Konsolidierung des Unwahrscheinlichen wird im Laufe der Rechtsentwicklung fortgesetzt und erreicht mit der Positivierung des Rechts globale, kaum noch begrenzte Ausmaße. Vom Recht her sind der gesellschaftlichen Entwicklung keine Schranken mehr gesetzt, da die jeweils benötigten Strukturen auch juridifiziert werden können. Vielmehr dient das Recht jetzt als Instrument gesellschaftlicher Entwicklung."³⁾

Diesen neuen Aspekt des modernen Rechts, der zu einem Teil bereits ein 'feature' der Realität des modernen Rechts ist, aber zu einem größeren Teil nurmehr einer an es gestellten Forderung entspricht, findet man bereits seit geraumer Zeit auf breitester Ebene im

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 128,129.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 191 und N.L., Ausdifferenzierung, S. 130.

3) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 212.

rechtstheoretischen und rechtssoziologischen Schrifttum problematisiert vor¹⁾.

1) Wir nennen insbesondere Beispiele aus der Diskussion in der Bundesrepublik. G. Teubner, "Reflexives Recht", S. 25, skizziert die Geschichte unterschiedlicher Rechtsstile : "In seiner Normrationalität verschiebt sich der Fokus des Rechts von Autonomie auf Regulierung. Statt Freiheitssphären für autonomes privates Handeln zu garantieren, tendiert materiales Recht dazu, soziales Verhalten direkt und ergebnisorientiert zu steuern. Materiales Recht wird so zu einem Instrument sozialer Planung". Wie wir später sehen werden, entwirft Teubner, um die "shortcomings" dieses Rechtsstils zu überwinden, einen weniger konkret regelnden Rationalitätstyp von Recht, den er "reflexives Recht" nennt, vgl. zu einer Weiterentwicklung dieses Konzepts, G. Teubner, "Gesellschaftssteuerung durch reflexives Recht", insbesondere S. 90ff; bzw. vgl. H. Ryffel, "Bedingende Faktoren der Effektivität des Rechts", S. 230 : "Die heutige rechtlich-staatliche Organisation möchte in immer größerem Ausmaß bestimmte, zum voraus präzise umschriebene Wirkungen im Verhalten der Rechtsgenossen erzielen. Die Koordination, Lenkung und Planung der Gesellschaft (...) wird immer bedeutsamer"; bzw. vgl. L.M. Friedmann, "Einige Bemerkungen über eine Theorie rechtsrelevanten Verhaltens", S. 210-213 zum (von der historischen Rechtsschule bereits vorbereiteten) Betrachten des Rechts als "zweckgerichtet", als "gesellschaftliches Lenkwerkzeug", was zum Bild des modernen, regulatorischen Staates führt; bzw. vgl. E. Blankenburg, W. Kaupen, R. Lautmann, F. Rotter, "Kritische Anmerkungen zur rechtssoziologischen Forschung", S. 602, die das Thema "Sozialer Wandel durch Recht" als Frage verstehen, wie Recht als Mittel zur sozialen Veränderung eingesetzt werden kann und als Rechtssoziologen damit nicht mehr ihr Erkenntnisinteresse auf rein normative Entscheidungsfragen richten wollen; bzw. vgl. dort T. Raiser, "Sozialer Wandel durch Recht, dargestellt am Beispiel der Aktiengesellschaft", S. 410ff; vgl. ferner H. Albert, "Normativismus oder Sozialtechnologie? Bemerkungen zu E. v. Savigny's Kritik", S. 110,111; bzw. vgl. R. Wiethölter, "Entwicklung des Rechtsbegriffs", S. 59, der diese neue Mentalität "Interventionskapitalismus" nennt. Häufig werden hiermit gerade Probleme des modernen, westlichen Wohlfahrtsstaates angesprochen. Vgl. ferner H. Albert, "Law as an Instrument of Rational Practice", S. 23-51, der dort das Problem der "social control" durch Recht anspricht, (was eine Übertragung empirischer Untersuchungsmethoden von den Naturwissenschaften auf die Sozialwissenschaften mit sich brächte) und in Gegensatz zu früheren Problemen der "jurisprudence" und ihrer "moral analysis" setzt, die von normativen oder hermeneutischen "viewpoints" ausging. Das führt bei Albert zu einer "social technology conception", als deren Vorgänger er bereits Bentham, Hume und Smith ansah, so daß für Albert : "Any effective legislation is really restructuring of the social order".

(Footnote continues on next page)

Es muß also als Problem des heutigen positiven Rechts erörtert werden, wie Planung von Gesellschaft möglich ist, und welches Instrumentarium sie voraussetzt.

Nachdem ich in 1) einen Orientierungskontext von positiver Rechtspolitik auf dem Boden von Kontingenz entworfen --der zugleich freilich der Kontext der Planung ist-- und gerade auch Planungshindernisse im Hinblick auf die Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen betrachtet habe, möchte ich hier auf die L'sche Beurteilung der Chancen einer Planung gesellschaftlichen Wandels durch Recht, die sich bei L. hauptsächlich auf die genannten Planungshindernisse konzentriert, nur noch kurz eingehen.

L. schildert, wie so oft hauptsächlich die Schwierigkeiten einer planenden Rechtspolitik. Das kommt nicht zuletzt daher, daß L. hohe Ansprüche an eine Planung gesellschaftlichen Wandels durch Recht stellt: sie soll eine "Planung von Evolution"¹⁾ sein, und das heißt bei L., es geht unter anderem darum, die Funktionalität von Zufall zu erkennen, also nicht nur um geplanten, sondern (paradoxerweise) auch um die Planung eines ungeplanten gesellschaftlichen Wandels²⁾. Es ist dabei evident, daß diese Planung schwerpunktmäßig die Berechnung zukünftig eintretender Folgen bzw. Wirkungen zum Gegenstand hat; darunter fallen z.B. neben einem angestrebten, bestimmten zukünftigen Verhalten, die Berücksichtigung von eventualen, schädlichen, ungeplanten

(Footnote continued from previous page)

Diese neue Rechtsrationalität der Planung von Gesellschaft, die zum Thema der Rechtspolitik, aber auch zum Thema von Rechtsdogmatik und Rechtstheorie/-soziologie wird, findet bereits seit geraumer Zeit Kritik von vielen Seiten, so von neoliberaler Seite, die in diesem Zusammenhang von der Krise des Wohlfahrtsstaates spricht, von der Seite von Systemtheoretikern und 'Autopoietikern' und einigen Organisationstheoretikern, ferner allgemein von Seiten der Kritiker einer 'instrumentell' gewordenen Vernunft, die nebenbei auch Rechtstheorie betreiben (Habermas).

1) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 296 und S. 13 i.V. m. S. 240.

2) N.L., aaO, S. 297, Fn. 8.

Negativfolgen¹⁾ einer Regelung im Interdependenzgeflecht sozialer Bereiche und allgemein Gesichtspunkte der Verwirklichungschancen neuen Rechts²⁾ .

Es ist für eine solche Planung nicht nur ein hochentwickelter theoretischer Apparat unabdingbar, sondern auch ein spezifischer technischer Apparat erforderlich.

Aktuell fehle sowohl das eine als auch das andere; das Rechtssystem wäre überlastet, sollte es solche anspruchsvollen Planungsaufgaben wahrnehmen; es besitze weder eine für eine solche Planung erforderliche, ausreichende Informationsverarbeitungs- und Informationserfassungskapazität, noch sei die innere Begrifflichkeit des Systems übersichtlich und abstrakt genug³⁾, um aus dem interdependenten Normgefüge, das meiner Interpretation nach gerade auch Interdependenzen in der Gesellschaft widerspiegelt, rasche Schlüsse auf Folgen neuer Regelungen ziehen zu können, und um Anschlußmöglichkeiten neuer Regelungen ausfindig zu machen, ohne das Interdependenzgefüge der Normen und so auch gesellschaftliche Interdependenzen 'kontraproduktiv' zu stören. Es soll ja nicht wild darauf losgeplant⁴⁾ und dabei die Konsistenz des Rechts geopfert werden, da diese erst eine Aktualisierung der beliebigen Variabilität des Rechts und somit auch einer flexiblen Planung ermöglicht.

Da von einer zukunftsorientierten Planung von gesellschaftlichem Wandel im heutigen Rechtssystem noch keine Rede ist und sein kann, sei die aktuelle Rechtspolitik nach L. eine Politik der kleinen Schritte⁵⁾, die mangels Übersicht über Interdependenzen im Recht und in der

1) Vgl. N.L., Soziale Systeme, S. 635. Gerade eventuell durch die jeweilige Planung entstehende Folgeprobleme müssen in die Planung einbezogen werden. Vgl. ferner N.L., Rechtssoziologie, S. 349.

2) N.L., aaO, S. 324, 325.

3) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S 87ff und 261ff.

4) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 261.

5) N.L., Rechtssoziologie, S. 295 : Dort kritisiert L. den aktuellen Stil der Rechtssetzung als "teils Befriedigung konkret vorgetragener Wünsche und Interessen", teils bestehe er nur in "Reparaturen am vorhandenen Normsystem".

Gesellschaft nur noch direkte Anschlüsse an den Status Quo riskiert, überwältigt von der Komplexität des Systems und der Welt.

Dennoch, so scheint es, könnten die Voraussetzungen einer solchen Planung erfüllt werden --geht man einmal davon aus, daß das Problem der Unvorhersehbarkeit der Zukunft verkleinert werden kann-- und so entsteht hier der Eindruck, L. ginge es beim Thema 'Planung von gesellschaftlichem Wandel' um den möglichst wirkungsvollen Einsatz eines noch zu schaffenden, sozialtechnologischen Instrumentariums hoher Sophistikation zu beliebigen Zwecken. Diesen Eindruck empfindet man aber sogleich als trügerisch, wenn man auf Ausführungen zu grundsätzlichen Hindernissen einer solchen Planung stößt. Es kommt hier eine ablehnende Haltung L's gegenüber der 'Präention' der Planung gesellschaftlichen Wandels zu Tage. Diese grundsätzlichen Hindernisse scheinen dabei insbesondere in einer Welt autonomer, funktional ausdifferenzierter Sozialsysteme zu liegen, die L. zuletzt als Welt autopoietisch geschlossener Systeme beschreibt. In einer solchen Welt ist, wie ich zeigte, die Resonanz des Rechts und insbesondere der Politik für Probleme ihrer systemischen Umwelt gering. Ebenso gering scheint freilich die Resonanz anderer gesellschaftlicher Teilsysteme (Wirtschaftssystem usw.) gegenüber dem Rechtssystem, das ihre Umwelt bildet, zu sein. Über gewisse Mechanismen kann es, wie ich zeigte, jedoch zu einer Resonanzsteigerung kommen. Ferner müßte aber insbesondere die rechtssetzende Politik bei der effizienten Planung anderer autonomer Sozialsysteme auch Leistungen dieser ersetzen können, insbesondere, wenn diese nicht kooperieren, wozu sie infolge funktionaler Spezialisierung nicht in der Lage ist. Ebenso scheint die Verwendung von Konditionalprogrammen in Normen¹⁾, die die konkrete Entscheidung ausschließlich von bestimmten Bedingungen abhängig machen, als vorherrschender Stil des Rechts, einer Planung von sozialem Wandel durch Recht, die notwendig auf die Bewirkung zukünftiger Folgen bzw. Zwecke gerichtet ist, grundsätzlich entgegenzustehen. Vor allem ist eine Umstellung von Konditionalprogrammen auf Zweckprogramme deshalb

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 261, 257.

schwierig oder gar ausgeschlossen, weil die Funktion des Rechts, "Erwartenssicherheit" eng an die konditionale Programmierung des Rechts geknüpft ist. Diese Funktion des Rechts, Erwartenssicherheit zu schaffen, ist nicht ohne weiteres vereinbar mit einer Sozialplanung, die auf "Verhaltenssteuerung" gerichtet ist. Der konditionale Normierungsstil bedeutet ein normatives, zumindest relativ konstantes Festhalten an im voraus fixierten Erwartungen und steht daher mehr oder weniger im Widerspruch zu einem zweck- und so auch zukunftsorientierten Stil der Planung, der den wechselnden Verhältnissen gemäß ständig seine Prämissen ändern würde¹⁾. Diese Flexibilität scheint eine *conditio sine qua non* der erfolgreichen Zweckerreichung bei sich ändernden Verhältnissen zu sein; es wäre nicht zweckmäßig, wie das der konditionale Stil tut, sich an bestimmte Tatbestände zu binden, vor denen das eigene Agieren abhängt. Eine Umstellung von Erwartenssicherheit auf Verhaltenssteuerung ist zu einem gewissen Grade dennoch möglich, impliziert dann aber zum gleichen Grade einen Funktionswandel des Rechts. In der Tat kann man bereits an eine Relativierung dieser Funktion in unserer heutigen variablen Welt denken, mit der das Recht bereits zu einem beträchtlichen Maße mitvariiert. Vertrauen (Erwartenssicherheit) wird man immer weniger im Konstanten, Sich-gleich-Bleibenden suchen können. Dennoch so scheint es bei L., solle die 'bisherige' Funktion des Rechts, Erwartens- und Verhaltenskonflikte auf der Basis einer konditionalen Normenstruktur zu lösen, auch wenn L. an mancher Stelle Zweifel anmeldet²⁾, 'schwerpunktmäßig' aufrechterhalten werden³⁾, da sie bei variablen Lebensverhältnissen an Bedeutung sogar noch zunehme. Recht könne nicht nur dazu benützt werden, Plandaten verbindlich zu machen. Ferner verlöre das Recht mit seiner bisherigen Funktion unter Umständen auch seine

1) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 87ff.

2) So sagt L. in N.L., Ausdifferenzierung, S. 90, daß es durchaus sein könne, daß in dem Maße, als Entscheidungen von Zukunftserwägungen abhängen werden, sich der binäre Schematismus nicht mehr halten kann und mit ihm die Ausdifferenzierung eines darauf spezialisierten Rechtssystems zurückgenommen werden müsse.

3) N.L., Ausdifferenzierung, S. 87.

Autonomie, was Entdifferenzierung und so Rücknahme der Vorteile der Differenzierung bedeuten würde.

Wie soll man nach alledem die Planung von gesellschaftlichem Wandel durch Recht einschätzen?

Eine umfassende zukunftsorientierte Verhaltenssteuerung durch Recht scheint bei L. zum heutigen Zeitpunkt auf jeden Fall unmöglich, ohne daß dysfunktionale Folgen zu befürchten sind, da die theoretischen und technischen Voraussetzungen ungenügend sind¹⁾. Der L'sche Hinweis auf die ferner noch erfüllbare Voraussetzung einer aufgeblähten, kontrollierenden Staatsbürokratie wirkt zusätzlich abschreckend. Aber auch bei einer Leistungssteigerung des Planungsinstrumentariums sind die Hoffnungen nicht groß, da Grenzen der Kontrolle von Gesellschaft in den eigenlogisch funktionierenden Bereichen einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft liegen.

Dennoch möchte ich hier behaupten, daß L. nicht grundsätzlich gegen die Planung von gesellschaftlichem Wandel ist. Er ist nur gegen eine Planung durch ein hierzu nicht in der Lage befindliches Recht. L. deutet mancherorts an²⁾, daß eine solche Verhaltenssteuerung bereits durch andere Bereiche als das Recht geschieht. Insofern stellt L. eine "Entwicklung zur Sozialplanung am Recht vorbei" fest³⁾: "In dieser Lage entwickeln sich gegenwärtig Tendenzen zur Sozialplanung außerhalb des Rechts." Die Unvereinbarkeit von Erwartenssicherheit und Verhaltenssteuerung führe zu Differenzierung und Spezifizierung dieser Funktionen⁴⁾. Statt daß das Recht beide Funktionen erfüllt, werden diese verteilt, eine verbleibt hauptsächlich dem Recht (Erwartenssicherheit), die andere (Verhaltenssteuerung) wird in anderen Sozialbereichen erfüllt. Diese anderen Bereiche sind nach L's Ansicht insbesondere das Wirtschaftssystem und das Wissenschaftssystem, die insofern "die gesellschaftliche Führungsrolle übernehmen"⁵⁾, da nur

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 87, Fn. 19 a, S. 88 und N.L., Rechtssoziologie, S. 297.

2) N.L., aaO, S. 87ff und 261ff.

3) N.L., aaO, S. 260 und S. 87.

4) N.L., aaO, S. 86.

5) N.L., aaO, S. 87.

dort ein flexibles, kognitives Variieren von Prämissen, je nach den sich ändernden Verhältnissen, rückhaltlos möglich ist¹⁾. Hier stellt sich zudem nicht das Problem, daß ein nicht in der Lage befindliches System ein anderes System umfassend plant und Leistungen dieses Systems ersetzen müßte; die Wirtschaft insbesondere plant sich hier hauptsächlich selbst.

Aber auch wenn L. dem Recht aktuell Unfähigkeit zur Sozialplanung bescheinigt, erhält er dennoch²⁾ die Imperative : Höhere Konsistenz des Rechts in Verbindung mit einer höheren Informationserfassungs- und -verarbeitungskapazität (Rationalisierung des Systems) aufrecht, die eigentlich auch Imperative einer Planung gesellschaftlichen Wandels sind, da dann das Recht zumindest mit einer Sozialplanung in anderen Bereichen kompatibel sein kann.

Diese eher als Zurückhaltung zu bezeichnende Haltung L's in bezug auf die Planung eines gesellschaftlichen Wandels durch Recht, die nicht ideologisch motiviert zu sein scheint, sondern auf einer Analyse tatsächlicher Hindernisse derselben beruht, wird von einigen Seiten kritisiert. So meint G. Teubner³⁾, das Recht könne eventuell auch in sich selbst die zwei Funktionen "Erwartenssicherheit" und "Verhaltenssteuerung" ausdifferenzieren, statt die Verhaltenssteuerung anderen sozialen Bereichen zu überlassen. "Auf die Annahme eines forcierten Normativismus gründet L. letztlich seine These, Erwartenssicherung und nicht Verhaltenssteuerung sei die primäre Funktion von Recht. Die Frage ist aber, bis zu welchem Grad der forcierte Normativismus reduzierbar ist, ohne daß deswegen die sonstigen Strukturmerkmale des Rechtssystems abgebaut werden müßten."

Meiner Ansicht nach kann man über Konditionalprogramme ebensogut zukünftiges Verhalten steuern bzw. Zwecke verfolgen. Die L'sche Trennung von Konditional- und Zweckprogrammen, die ausschließt, daß über Konditionalprogramme Zwecke bzw. künftige Wirkungen verfolgt werden können, erscheint mir als künstlich, auch wenn sie per se einen hohen

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 129.

2) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 81ff.

3) G. Teubner, "Folgenkontrolle", S. 201, Fn. 70.

Erklärungswert hat. So kann man z.B. mit einer konditionalen Regelung den auf eine Änderung zukünftigen Verhaltens gerichteten Zweck "Stärkung mittelständischer Handwerksbetriebe" verfolgen; die Regelung hieße, wenn Sachverhalt x, dann Subvention y. Dieses Konditionalprogramm könnte so generell gefaßt sein, daß es dann von Verwaltung und gegebenenfalls Rechtsprechung flexibel gehandhabt und an sich ändernde Verhältnisse angepaßt werden könnte. Sollte das wegen sich zu drastisch ändernder Verhältnisse nicht mehr möglich oder sinnvoll sein, kann der Gesetzgeber dies Konditionalprogramm durch ein neues ersetzen.

Was ferner die anspruchsvollen theoretischen Voraussetzungen von Planung angeht, so das Erfordernis einer Theorie der Planung von Evolution als Planung von Zufall, die im Grunde eine Theorie der Planung einer ungewissen Zukunft ist, die nach L.¹⁾ noch nicht zur Verfügung stehen, so sollte man vielleicht eher sagen, daß diese überhaupt nie zur Verfügung stehen werden. Die Planung von Zufall ist ein abstrakt zunächst einmal unlösbares Problem.

Was man jedoch tun kann, ist das Problem 'verkleinern': Das heißt, man kann sich einer solchen Planung durch auf der Vergangenheit basierenden Wahrscheinlichkeitsannahmen annähern, die freilich nie ein unmögliches Vorherwissen der sich in Zukunft ereignenden (Zu)fälle erreichen; aber zumindest dadurch, daß sie, sollten sich gewisse Annahmen nicht bewahrheiten, auf den L'schen Grundprämissen jederzeit reversibel wären, eine gewisse Erfolgsgarantie böten. Die Planung von Zufall kann man ferner auf ein anspruchsloseres, einfacheres Problem reduzieren, indem man sagt, das bedeute einfach, daß man die Eigengesetzlichkeit evolvierender Sozialsysteme berücksichtigen muß, wobei dieser Evolution, die als zufällig, weil nicht von außen determiniert erscheint, gerade durch ein 'Nicht-Eingreifen' Rechnung getragen werden kann. Das heißt, Planung muß sich selbst beschränken, muß gerade auch ein 'laissez faire, laissez aller' ermöglichen. Damit besteht hier Planung paradoxerweise, und das gerade war schwer vorstellbar, zu einem Teil gerade im Absehen von Planung.

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 297.

Diese Art der Planung von Zufall würde auch mit der L'schen Position der Favorisierung der funktionalen Differenzierung und der im Zusammenhang damit stehenden Bedenken gegen eine ihre Funktionsweise störende Planung harmonieren; und gerade das bedeutet wiederum, daß die Politik nicht Leistungen der anderen Systeme ersetzen muß, da deren autonome Funktionsweise so nicht gestört würde.

Will man, wie anscheinend L., die Vorteile der funktionalen Differenzierung wahren, die, wie ich aaO gezeigt habe, eine neutrale, flexible, unideologische Planung erst ermöglichen würde, so dürfte das Recht ferner nicht seine bisherige Funktion vollkommen verlieren, insofern gerade in dieser die aktuelle Autonomie des Rechtssystems besteht. Ebenso wie die Autonomie des Rechts selbst, die insoweit (noch) schwerpunktmäßig auf der Funktion Erwartenssicherheit beruht, darf die Autonomie der übrigen Sozialsysteme nicht durch Planung außer Kraft gesetzt werden, da die funktionale Differenzierung insgesamt schon gerade auch Voraussetzung für die Autonomie des Rechts, und diese wiederum Voraussetzung für die hier interessierende Planung ist.

So könnte man meiner Ansicht nach dem L'schen 'Imperativ' 'Planung von Zufall' in sinnvoller Weise Rechnung tragen. Dann muß man allerdings mit einer dahingehenden Kritik rechnen, daß sich auf diese Weise bei L. Recht nur noch passiv an Entwicklungstrends anpasse, die zu steuern und zu lenken nicht mehr in Betracht gezogen werde¹⁾. Einmal, insofern Planen fallweise ein schlichtes 'Nichteingreifen' bedeuten würde, zum anderen, infolge (und das ist unter anderem Folge des Nichteingreifens) der Verwiesenheit des Konzepts auf die Erhaltung der autonomen Funktionsfähigkeit der Subsysteme.

Insbesondere wird im Zusammenhang mit dem Konzept der Autopoiese von Sozialsystemen, die man ja als Modell funktional ausdifferenzierter Sozialstrukturen begreifen kann und der Erörterung, was diese für Probleme der Steuerung von Gesellschaft bedeutet, der Vorwurf des 'Konservatismus' laut. G. Teubner beispielsweise kritisiert die hermetische Autonomie der sozialen Subsysteme²⁾. In jüngster Zeit

1) H. Dreier, aaO, S. 456.

2) G. Teubner, "Social Order from Legislative Noise", S. 17.

lautet der Vorwurf allerdings weniger Konservatismus, sondern ein Aufbrechen dieser Autonomie scheint T. nurmehr aufgrund der von L. geschilderten Gefahren der Autonomie und das heißt der schwachen Resonanz der Systeme für Umwelt, erforderlich zu halten¹⁾. Dabei lautet für T. das Problem : Wie ist Steuerung möglich, bei der Einsicht, daß selbstreferentiell geschlossene Systeme nur durch Selbstregulierung fremdregulierende Effekte erreichen und daß Recht und Gesellschaft autopoietisch sind²⁾. Während andere Theorien der Autonomie des Rechtssystems "start from the possibility of direct intervention(...), here an operational closure of the subsystems is postulated, which excludes the possibility of one system's taking part in the autopoiesis of an other. What could hitherto be simply assumed, namely that law and social reality are actually mutually accessible, becomes in fact the problem in autopoiesis conceptions. For then the environment is a system-related construction, nothing more." G. Teubner sucht in einem konkurrierenden Konzept, das allerdings dennoch relativ exakt an L'sche Ausführungen zu einer systemischen Interaktion auf einer emergenten Ebene anknüpft und somit weniger konkurrierend als ergänzend gemeint sein kann, diese ihm zu radikal erscheinende "closure" indirekt durch Verknüpfung der autopoietischen Systeme über eine emergente Ebene intersystemischer Beziehungen aufzubrechen. Diesbezüglich kommen T. allerdings in letzter Zeit Bedenken³⁾. Möglich erscheinen ihm zunächst ohnehin nur indirekte Interventionen, aber selbst diese werfen seiner Ansicht nach negative Folgeprobleme, wie z.B. Motivationsprobleme, auf. So vermöge z.B. regulative Normierung kein Verhalten zu motivieren, für das es auf Eigeninitiative ankomme⁴⁾. Indirekte Regulierung bedeutet bei T. beispielsweise : "to open up access --albeit mediated-- to the central self-control mechanisms in the subsystems concerned(...) via negotiation systems", was ein "neutral adjustment of internal models of the outside world" durch "control bodies of different subsystems"

1) G. Teubner, "Intersystemisches Kollisionsrecht", S. 123ff; vgl. auch G. Teubner, "Gesellschaftssteuerung durch reflexives Recht", S. 81.

2) G. Teubner, aaO, S. 102 und 117.

3) G. Teubner, "Gesellschaftssteuerung durch reflexives Recht", S. 96.

4) So G. Teubner mit R. Mayntz, aaO, S. 112.

bewirkt, wobei diese als "formal organizations may communicate as collective actors across the boundaries of functional subsystems" (T. weist hier auf neo-korporatistische Verhandlungssysteme hin¹⁾ und verweist dabei z.B. auf die sogenannte "konzertierte Aktion" in der Bundesrepublik²⁾). Mit dieser Konzeption ist meiner Ansicht nach die Absicht verbunden, eine der komplexen, funktional differenzierten Systemwelt angemessene Form der rechtlichen Planung von gesellschaftlichem Wandel zu finden, die nicht nur diesen Wandel nachvollzieht, sondern in der ein autonom gestaltendes Instrument der Planung ausgebildet ist. Die Frage allerdings der gesellschaftlichen Planung durch das System Recht ist damit nicht direkt angegangen, sondern nurmehr die Frage, inwieweit "negotiation systems", als sogenannte Zwischensysteme, einen gesellschaftlichen Wandel aktiv gestalten können. In neuerer Zeit weist T. allerdings darauf hin, daß das Recht die organisatorischen und verfahrensmäßigen Prämissen solcher Systeme regeln oder kontrollieren könnte, was einer indirekten Regulierung dieser Zwischensysteme entspräche. Neben dieser Schaffung von "systems of interaction between systems" schlägt T. allerdings auch ein Konzept vor, das zentral die Frage der gesellschaftlichen Steuerung über rechtliche Normen angeht. Er nennt dies Konzept "reflexives Recht"; auch dies soll bei der Komplexität der Welt autonomer, funktional ausdifferenzierter Sozialsysteme eine aktiv gestaltende Planung von gesellschaftlichem Wandel ermöglichen. Recht ist in diesem Konzept auf eine "Fremdregelung über Selbstregelung" verwiesen. Normen beschränken sich hier darauf, Organisationsformen und Kompetenzregelungen vorzuzeichnen ("institutional design") und die eigentliche Regelung so den jeweiligen zu regelnden Bereichen zu überlassen. Als weitere Möglichkeit einer aktiv gestaltenden Planung durch Recht in einer komplexen Gesellschaft funktional ausdifferenzierter (autopoietischer) Systeme, schlägt Teubner sachliche Normen als Generalklauseln vor, die aus der Kollision unterschiedlicher Rationalitäten von Teilsystemen

1) G. Teubner, "Intersystemisches Kollisionsrecht", S. 135.

2) Vgl. hierzu G. Teubner, "Legal Autopoiesis and Legal Evolution", S. 32,33.

entwickelt werden sollten und zugleich den Teilsystemen ihre relative Autonomie belassen würden¹⁾.

Auch T. Heller befaßt sich mit einer dahingehenden Kritik am Konzept der Autopoiese, die besagt, daß dies Konzept auf eine "blinde Evolution" des Rechts hinauslaufe, das sich nur an die Entwicklung der Umwelt anpasse, ohne auf diese noch verändernd einwirken zu können. T. Heller weist allerdings die so von ihm selbst beschriebene Kritik am "Paradigma" der Autopoiese als zu einfach zurück : Autopoiese sei als "post-structuralist discourse" in einem konkreten Rahmen der ursprünglich gegen "centralized power"²⁾ und das "ideal of the disciplinary and totalitarian state"³⁾ gerichtet ist, zu sehen; ferner müsse man sie im Gegensatz zu "operations of global, coherent, artificing, equilibrating mechanisms" und "the mystery of a continuous philosophy of history"⁴⁾ verstehen. "Progressive critics" würden Autopoiese zwar als "reactionary form of late capitalism" bezeichnen, die "delegitimizes the modern advances of the social democracy linked to the welfare state"⁵⁾. Dagegen spreche aber schon folgendes. Der reaktionäre Wirtschaftsliberalismus sei vor allem durch die Betonung der individuellen Freiheiten des autonomen Subjekts gekennzeichnet gewesen, denen gerade innerhalb der Autopoiese ein ganz anderer Stellenwert zukomme⁶⁾ (wir haben gesehen, daß es bei ihr insbesondere um die Kompatibilität der Autonomie von Sozialsystemen, nicht der Autonomie von Individuen geht; auch Grundrechte wurden in diesem Rahmen bei L. nicht mehr individualbezogen interpretiert, sondern haben ihre Funktion im Rahmen des Ziels der Aufrechterhaltung der systemischen Differenzierung). Autopoiese befinde sich aber nicht nur jenseits des

1) G. Teubner, "Intersystemisches Kollisionsrecht", S. 134 und 139ff.

2) T. Heller, "Accounting for Law", S. 41. Vgl. ebenfalls in diese Richtung gehend G. Seibt über H. Willke, "Was kann der Staat? Bielefelder Forschungen über die Aufgaben des Staates", FAZ, 24. Februar, 1988, Nr. 46, S. 33, statt um ein "evolutionäres Durchwursteln" solle es um eine "dezentrale Kontextsteuerung als Stimulierung der Selbstorganisation von Institutionen" gehen; der Staat habe insofern nur katalytische Funktion.

3) T. Heller, aaO, S. 42.

4) T. Heller, aaO, S. 42.

5) T. Heller, aaO, S. 41.

6) T. Heller, aaO, S. 43.

traditionellen Liberalismus, sondern auch jenseits seines Gegenteils, des sogenannten Staatsinterventionismus, denn das kybernetische Konzept der Autopoiese besagt¹⁾, daß Regelung zu einem Interaktionsprozeß mit der Umwelt wird, der durch komplizierte Rückkoppelung auf mehreren Niveaus gekennzeichnet sei. Deshalb kann ferner weder gesagt werden: Das Recht regelt (im Sinne eines direkten interventionistischen Eingreifens), noch kann gesagt werden, das Recht überlasse die Gesellschaft sich selbst.

Einer solchen Kritik, die behauptet, bei L's Theorie der Autopoiese handle es sich um einen Rückfall in Zeiten des Wirtschaftsliberalismus, steht ferner theoretisch entgegen, daß das autopoietische Rechtssystem sich genau dadurch auszeichnet, daß es sich auch nicht an die Gesellschaft anzupassen braucht, was ihm auf der anderen Seite Spielraum für Entscheidungen gibt, die gerade nicht die Umwelt nachvollziehen müssen, und so gerade nicht nur auf ein 'laissez faire, laissez aller' hinauslaufen, sondern auch 'kontrafaktisch' auf die Umwelt einwirken können²⁾. Ob und mit welchem Erfolg dies dann freilich geschieht oder geschehen kann, ist allerdings, wie wir sahen, ein anderes, nicht unbedingt befriedigend lösbares Problem. Die einer Planung von Gesellschaft durch Recht in funktional ausdifferenzierten Gesellschaften autopoietischer Sozialsysteme zugrundeliegenden strukturellen Bedingungen ihrer Möglichkeit und insbesondere ihrer Grenzen sind allerdings zu real (nimmt man die L'sche Hypothese einer solchen Gesellschaftsstruktur einmal für real), um hier von Konservatismus sprechen zu können. Es liegt zumindest aus L'scher Sicht nurmehr eine neutrale Wirklichkeitsbeschreibung vor.

-

1) Heller bleibt bezüglich der Inzusammenhangsetzung der einzelnen Implikationen der Autopoiese und ihrer Jenseitsstellung leider implizit, so daß wir diesen impliziten Zusammenhang hier als expliziten rekonstruieren.

2) Auch G. Teubner sieht dies so; vgl. G. Teubner, "Legal Autopoiesis and Legal Evolution", S. 27,28 : "(...) legal selection is now primarily carried out internally. Environmental approval of the norm is no longer the factor governing selection". Das autopoietische System sei gerade nicht offen für Informationen, Input aus der Umwelt, und deshalb nicht "willingly following the instructions and therefor the selective pressures of the environment" (S. 25).

B) INNERSYSTEMISCHE KOHÄRENZ DES RECHTS UND ENTSCHEIDUNGSTECHNISCHE ADÄQUATE KOMPLEXITÄT.

Die bereits bestehende Überfülle und gehäufte Änderung von Normen bringt die quasi-begriffsjurisprudentielle Folgeproblematik der da noch möglichen innersystemischen Kohärenz und so der Konsistenz des Entscheidens mit sich.

Wie können bei einer ständigen Änderung von Rechtsnormen und dem zahlenmäßigen Anwachsen von immer verschiedenartigeren Normen noch klare begrifflich/systematische Zusammenhänge innerhalb der bestehenden Normmenge geschaffen werden ¹⁾?

Es geht um die Kluft zwischen der im Recht bestehenden Komplexität (die aufgrund der Anpassung des Rechts an eine sich verändernde Gesellschaft im Zuge der Anforderungen, die ans Recht gestellt werden, überproportional wächst) und "entscheidungstechnisch adäquater Komplexität" ²⁾.

Wir haben bereits erfahren, wie das Problem der Vereinbarung steigender Komplexität des Rechts mit Anforderungen an die innersystemische Kohärenz und der darauf beruhenden gedanklichen Disponibilität des Rechts gelöst werden könnte. L's Antwort lautete : durch eine abstraktere Begrifflichkeit. Auch wenn die Antwort abstrakt festliegt, wird es aber bei dieser Steigerung des Anspruchsniveaus in beiden Richtungen (Komplexität und Kohärenz) ³⁾ zunehmend schwieriger, Lösungen zu finden, die miteinander kompatibel sind. Auf dem heutigen Stand kann beispielsweise ein Rechtssystem, das Entscheidungen nicht verweigern kann ⁴⁾, nicht auch noch die Konsistenz des Entscheidens

1) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 266ff, wo es um das Verhältnis der Komplexität des Rechts und der bei solch hoher Komplexität noch möglichen "Interdependenzen" innerhalb der Varietät der Rechtssätze geht. M. Webers Rationalitätsideal, das sich hauptsächlich auf Systematisierungsleistungen bezog, scheint aktuell Gefahr zu laufen, illusorisch zu werden.

2) N.L., Ausdifferenzierung, S. 416.

3) Vgl. N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", S.159.

4) Zuvor sahen wir, daß hierdurch bei L. das Konzept von Rechtssicherheit gekennzeichnet ist.

garantieren ¹⁾. Konsistenzherstellung erfordert einen beträchtlichen zeitlichen Aufwand; oftmals steht dem unter Entscheidungsdruck befindlichen System nicht die Zeit zur Verfügung, Konsistenz herzustellen. Entlastung von diesem Druck sei, so L., solange dies (noch) nicht durch eine abstraktere Begrifflichkeit und höhere Übersichtlichkeit der Interdependenzen im System möglich ist, z.B. durch rein technische Beschränkungen der Entscheidungslast zu erreichen (L. nennt hier in bezug auf die richterliche Entscheidungstätigkeit die Abweisung von Klagen aus formalen Gründen usw.). Das ist freilich eine Ausnahme zu dem L'schen Konzept der Rechtssicherheit, das gerade auf die nicht mögliche Verweigerung von Rechtsentscheidungen zielt.

Dies Problem der innersystemischen Kohärenz bei einer steigenden Komplexität der Normmenge infolge der Variabilität des Rechts unter dem Änderungsdruck der Umwelt formuliert L. als Problem der "Gerechtigkeit". Gerechtigkeit drückt ein optimales, maximiertes Verhältnis dieser beiden aus, und das nennt L. dann entscheidungstechnisch adäquate Komplexität ²⁾. Bei entscheidungstechnisch adäquater Komplexität geht die Kontingenz des Rechts nicht aufgrund von dessen Komplexität verloren.

C) DER SINNWANDEL DES POSITIVEN RECHTS.

Dieser Sinnwandel betrifft insbesondere die Variabilität und Fluktuation eines Rechts, das mit seiner sich ständig verändernden gesellschaftlichen Umwelt mitvariiert.

Daß infolgedessen im Idealfall "durch das Recht der gesellschaftlichen Entwicklung keine Grenzen mehr gezogen sind" ³⁾, daß Recht somit ungehindert die gesellschaftliche Bedürfnisentwicklung

1) N.L., aaO, S. 165.

2) Vgl zu diesem Thema ferner N.L., Ausdifferenzierung, S. 270 und 416, ferner S. 404ff, insbesondere S. 407, wo L. den Zusammenhang zwischen Konsistenz und dem Prinzip von Gleichheit herstellt, womit der Gleichheitsgedanke in den Gerechtigkeitsbegriff auf eine Weise Eingang findet, die Gleichheit als bloßes Strukturprinzip auffaßt.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 212.

jeweils selektiv nachvollziehen und strukturieren kann, bedeutet bei L. auch, daß das Recht (allerdings mit Einschränkungen¹⁾) aufgefordert sein kann, die Probleme zu lösen²⁾, die sich in einer komplexer werdenden, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft stellen.³⁾ Damit kann das Recht, und das ändert den 'Stil' des heutigen Rechts (selbst wenn dies weniger weit als die Planung von gesellschaftlichem Wandel geht), neben einem Instrument gesellschaftlicher Wunscherfüllung, ein Mechanismus der Lösung ständig anfallender Einzelprobleme der Gesellschaft werden (und ist dies in Ansätzen bereits schon).

Im Anschluß daran fragt sich nun L., ob das positive Recht, das primär "normativ" gebildet ist, das heißt Fixierung bestimmter, (mehr oder weniger) konstanter und verlässlicher, weil kontrafaktisch stabilisierter Verhaltenserwartungen ist⁴⁾ und funktional zunächst auf "Erwartenssicherheit" zielt (vgl. zur genauen Bedeutung dieses Begriffs, Kapitel 1., 2), B), CC) und Kapitel 2., 2), D)), über diese bisherige 'Stilart' der "Normativität" auch die neue Aufgabe, die in der "Verhaltenssteuerung" läge (als Planung zukünftigen Verhaltens) oder zumindest die (weniger weitreichende) Aufgabe einer ständigen Änderung

1) Was eines der Hauptprobleme betrifft, nämlich einen Ausgleich zwischen den rücksichtslos, weil autonom werdenden Einzelsystemen zu schaffen (z.B. die Wirtschaft, die in 'terms' von Gewinn denkt, nimmt keine Rücksicht auf Umweltschäden, lassen sich diese nicht auch in Gewinn ummünzen), ist es jedoch nach L. eher zweifelhaft, ob Recht Sperren solcher Rücksichtslosigkeit schaffen und damit die Dissegregation von Sozialsystemen mildern und auf einer höheren Ebene eine Rekombination im Sinne von gegenseitiger Verträglichkeit ermöglichen kann. Einzelne Probleme können innerhalb dieser Problematik unserer Interpretation nach gelöst werden (das zeigt z.B. das Umweltrecht); die Struktur der Problematik bleibt allerdings auch bestehen, wenn einzelne Probleme gelöst werden.

2) Vgl. z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 212.

3) Vgl. zu den Gefahren funktionaler Differenzierung, die L. aufzeigt, deren Eliminierung, insbesondere übers Recht, bei ihm mehr als fraglich erscheint : S. Breuer's Kritik zu N.L.'s "Ökologischer Kommunikation", "Ist Umweltzerstörung überhaupt vermeidbar", S. 681f bzw. vgl. N.v.Festenberg, "Ein Theoretiker der neuen Göttin Angst" über N.L.'s "Ökologische Kommunikation", Der Spiegel, Nr. 41, 1986, S.113,114. Vgl. auch G. Teubner zur Ausarbeitung dieses Gedankens, "Und Gott lachte...", S. 7ff.

4) Vgl. hierzu N.L., Ausdifferenzierung, S. 78.79.

von Normen je nach anfallenden Bedürfnissen und Problemen, überhaupt hinreichend erfüllen kann¹⁾; oder ob nicht vielmehr eine Umstellung erforderlich ist auf, wie L. sagt, mehr "Kognitivität" oder überhaupt auf Kognitivität²⁾, wobei Kognitivität soviel bedeutet, wie die Möglichkeit der lernenden Anpassung an die gesellschaftliche Umwelt, die sensible Reaktion des Rechts auf dortige Veränderungen³⁾.

Ich habe im vorigen gezeigt, daß es sich nach L. vorläufig in der Hauptsache nur um eine Kompatibilisierung des Rechts mit Verhaltenssteuerung in anderen sozialen Bereichen handeln kann. Der Sinnwandel des Rechts liegt daher nicht in der Umstellung von Erwartenssicherheit auf Verhaltenssteuerung.

Die Kognitivität des Rechts muß nach L. aber auch, selbst wenn nur Kompatibilisierung mit Planung in anderen Bereichen vorliegt, erhöht werden (und ist zu einem beträchtlichen Grad bereits erhöht worden), und das bewirkt den Sinnwandel des positiven Rechts⁴⁾ --es ändert sich der Sinn von Normativität⁵⁾, und das heißt von Erwartenssicherheit, selbst wenn Recht nicht zu einem Instrument der Planung von gesellschaftlichem Wandel wird⁶⁾. Recht muß insbesondere auf die in Technik, Wissenschaft und Ökonomie erfolgende Verhaltenssteuerung eingerichtet werden⁷⁾, sich in seinen kategorialen Strukturen auf die

1) Vgl. hierzu N.L., Ausdifferenzierung, 79, 81, 113ff.; auf S. 81 drückt L. das Problem so aus: "Könnte es sein, daß das normative Denken den Übergang zur Planung einer sinnvollen Ordnung im Nacheinander blockiert?"

2) Auch das erwägt L. an mancher Stelle, vgl. z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 342, kommt aber dann sogleich zu dem Ergebnis, daß der normative Stil des Rechts, der Erwartenssicherheit ermöglicht, nicht verzichtbar ist, somit ins positive Recht Kognitivität, sprich Lernfähigkeit, eingebaut werden muß trotz ihres Widerspruchs zur normativen Grundeinstellung.

3) Vgl. hierzu N.L., Ausdifferenzierung, S. 86, 87.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 340, 341. "Der Sinn von Recht wird diesen Wandel zur Positivität, zum Einbau von Lernleistungen nicht unberührt überdauern." Dies Problem interessiert L. aber weniger, wie aus S. 341 hervorgeht. Für ihn ist vielmehr der damit verbundene, von uns unter 5) noch zu besprechende Funktionswandel des positiven Rechts vordergründig problematisierungswürdig.

5) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 75.

6) N.L., Ausdifferenzierung, S. 87, 88.

7) N.L., aaO, S. 87.

dort rasch fluktuierenden Verhältnisse einstellen¹⁾.

Der Sinnwandel des Rechts, der somit im Einbau von Kognitivität liegt (also nicht in der Umstellung auf eine nur noch Plandaten erfüllende, verhaltenssteuernde Ordnung), sei, so L., seit dem 19. Jahrhundert zu konstatieren. In grober Skizze kann man sagen : Das Komplexitätswachstum der Gesellschaft führt bei L. zur Positivierung und Kontingenz des Rechts. An die Stelle von "Präformation" (Naturrecht) tritt "Evolution" (Recht bezieht sich damit vor allem auf den gesellschaftlichen Wandel); die Orientierung verlegt sich damit von Vergangenheit auf Zukunft²⁾. All das stelle den Sinn von normativer Erwartenssicherheit in Frage : "Kann man sein Recht jetzt noch in der(...)unbeirrbaren Fortsetzung des Erwartens suchen ?"³⁾ Dies Pochen auf die Sicherung von invarianten Beständen und so die Fortsetzung von Vergangenheit hat nach L. keinen Sinn mehr, wenn sich das Recht mit einer sich ständig wandelnden Gesellschaft wandelt und sich so alles dauernd ändert. Der Schwerpunkt, der in den in der abendländischen Tradition ausgebildeten Rechtssystemen im Normativen lag, verschiebt sich nach L. ins Kognitive⁴⁾.

Bewertung : Die Unterscheidung zweier angeblich gegensätzlicher Funktionen des Rechts, Verhaltenssteuerung und Erwartenssicherheit, wobei ersteres die kognitive Steuerung künftigen Verhaltens, letzteres die normative Lösung von Konflikten auf der Basis von vergangenen Vorgaben implizieren soll, erscheint als künstlich, denn Gegenstand der Verhaltenssteuerung kann gerade auch die Lösung zukünftig zu erwartender Konflikte sein, und auch die Verhaltenssteuerung ist, wie ich zeigte, gezwungen, ihre Annahmen für die Zukunft an der Vergangenheit zu orientieren, deren Kontinuität sie dabei fingiert. Ferner ist auch Verhaltenssteuerung relativ normativ, nicht alles wird ständig geändert und angepaßt, auch hier gibt es Konstanten. Und eine Richtung kann man ferner dem Verhalten auch über normative Festlegungen geben. Am

1) N.L., aaO, S. 88.

2) Vgl. N.L., aaO, S. 81, 82.

3) N.L., aaO, S. 83.

4) N.L., aaO, S. 78.

von L. beschriebenen Sinnwandel des Rechts ändert dies jedoch nichts, denn dieser liegt, wie schon gesagt, nicht im Übergang von Erwartenssicherheit zu Verhaltenssteuerung, sondern liegt nur in der Relativierung von Erwartenssicherheit, und das heißt im Übergang von (relativ) konstant geglaubten, unverbrüchlichen normativen Regeln zu einem ständigen Wandel von Regeln und so zur Relativierung von Beständen, Fixpunkten, Identitäten.

Der von L. konstatierte Sinnwandel des Rechts erscheint mir ferner zu radikal. Insbesondere bewirken z.B. in vielen Verfassungen unabänderlich gesetzte Grundrechte, daß bestimmte Bestände (Menschenwürde, Freiheit, Eigentum) als unantastbar gelten und so konstant gesetzt sind. Auch wenn diese Bestände im Laufe des gesellschaftlichen Wandels Modifikationen erfahren (z.B. unterschiedliche Schranken des Eigentums), so enthalten sie doch je einen konstanten, unantastbaren Kern im Hinblick auf ein zu wahrendes Minimum. L. scheint daher selbst dies Minimum für unabänderlich zu halten. Für die Unabänderlichkeit solcher Grundrechtsoptionen würde aber selbst bei L. sprechen, daß sie zugleich Voraussetzungen einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft sind.

D) DER FUNKTIONSWANDEL DES POSITIVEN RECHTS.

Erörterungen zur Funktion des Rechts in der Gesellschaft nehmen bei L., wie ich bereits andeutete, einen zentralen Stellenwert ein; sie treten in einem gewissen Sinne an die Stelle der philosophischen Frage nach Wesen und allemeingültigem Inhalt von Recht. Die Funktion des Rechts lag bei L. bislang primär im normativen Stil der Sicherung und des Fixierens von Erwartungen als Festlegung bzw. Reduktion der Komplexität von Zukunft auf der Basis der Vergangenheit. Bisher ging ich, sobald die Funktion des Rechts ins Gespräch kam, nur von der Kurzformel : 'Schaffung von Erwartenssicherheit' aus. Die Funktion des Rechts wird bei L. (präzise) durch eine "kongruente Generalisierung von Verhaltenserwartungen" --und zwar in drei Hinsichten : "zeitlich", "sachlich" und "sozial"-- und deren "kontrafaktische Stabilisierung" geleistet. Das ist zugleich die Definition von Recht bei L. (bei L. ist der Rechtsbegriff funktional).

Ich möchte dies Konzept hier detailliert ausführen : Setzt man, wie L., Kontingenz von Handeln, Erleben, Entscheidungen, Normen voraus, so ist es klar, daß zur Synchronisation solch kontingenten Verhaltens künstlich Strukturen geschaffen werden müssen, die abschätzbar machen, was (künftig) erwartet werden kann¹⁾. Solche Strukturen schaffen ein "Muster des Erlebens und Verhaltens"²⁾, "leisten (so) eine Vorselektion dessen, was man erwarten kann, und reduzieren damit die Komplexität des Möglichen"³⁾. Verlaß ist auf diese Strukturen gerade, weil sie auch im Fall von Enttäuschungen festgehalten werden; L. spricht deshalb von "kontrafaktisch stabilisierten Erwartungen". Das heißt, auch wenn sich Individuen de facto anders verhalten, als es den in der Struktur fixierten Erwartungen entspricht, gilt dennoch die im Einzelfall enttäuschte Erwartung der Struktur weiter. Sachliche Generalisierung erfolgt durch intersubjektiv gleich verstandenen Sinn; zeitliche Generalisierung durch kontrafaktische Aufrechterhaltung der Geltung (das heißt, Normen gelten generell weiter, auch wenn sie enttäuscht werden); in der Sozialdimension wird ferner generalisiert durch "Institutionalisierung". Das bedeutet Darstellung von Normen und ihrer Geltung z.B. in Verfahren und so sozial abgesicherte Geltung.

Damit gehört(e) das Recht eindeutig in den Bereich "normativer" Erwartungen. Sein Effekt beruht(e) nach L. charakteristischerweise auf der Entschlossenheit, kontrafaktisch an Erwartungen festzuhalten und nicht zu lernen⁴⁾.

Wird allerdings das Recht zu einem variablen, elastischen Instrument des problemlösenden und bedürfniserfüllenden 'Nachvollzugs' der Gesellschaftsentwicklung (nicht unbedingt schon zu einem Instrument einer umfassenden gesellschaftlichen Verhaltenssteuerung) zeichnet sich neben dem bereits konstatierten Sinnwandel ein Probleme stellender

1) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 114.

2) N.L., Ausdifferenzierung, S. 114,115.

3) N.L., aaO, S. 115.

4) So N.L., Ausdifferenzierung, S. 116, die Definition der Normativität.

Funktionswandel des positiven Rechts ab¹⁾. L. spricht beim heutigen Recht, das bereits zu einem beträchtlichen Grade mit sich wandelnden Verhältnissen variiert, sogar von einem Funktionsverlust.²⁾ Denn dies heißt, daß nicht nur mehr und unterschiedlichere Erwartungen normiert werden, sondern sich Erwartungen auch in der Zeitdimension ständig und schneller ändern (was den Rechtsstil von normativ auf kognitiv umstellt). Das wirft bezüglich der Funktion des positiven Rechts das Problem auf, daß die Erwartenssicherheit, die das Recht durch Produktion bestimmter, fixierter Erwartungen geschaffen hat, durch den ständigen Wandel derselben und somit den Wandel der Struktur wieder relativiert wird.

Gerade dieser Funktionswandel interessiert L. hauptsächlich, bzw. wie bei solcher Variabilität von Strukturen noch Erwartenssicherheit garantiert werden kann.

Auf die Schaffung von Erwartenssicherheit kann einerseits nicht verzichtet werden³⁾; denn das ist der Grund, warum trotz einer kontingenten Welt ein soziales Interagieren möglich ist. Ferner erschwert bereits die aktuelle Struktur konditionaler Programmiertheit eine Umstellung des Rechts auf einen neuen Stil.

Andererseits ist ein normativer Ausschluß von Zukunft durch Festhalten an bestimmten Erwartungen bei der Einsicht, daß Zukunft offen ist, nicht mehr gerechtfertigt. Ein Invarianthalten von Erwartungen würde darüberhinaus eine nach L. nicht zu wünschende Einbuße an Komplexität bedeuten. Im übrigen ändert sich das positive Recht bereits im Rahmen der modernen, fluktuierenden Gesellschaft laufend. Seine Beliebigkeit reagiert also kognitiv auf gesellschaftliche Veränderungen (was bis zu Spekulationen ging, ob nicht eines Tages eine totale Umstellung auf Kognitivität möglich oder sogar erforderlich sei, und ob

1) Dieser, so scheint es, konnte von keiner bisherigen Theorie der Positivität befriedigend problematisiert werden, da die Temporalisierung bzw. zeitliche 'Verflüssigung' des Rechts bisher nur unzureichend unter dem Etikett 'Historizität des Rechts' bedacht wurde.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 222.

3) Auch wenn L. dies an einigen Stellen dennoch, allerdings unter sofortigen Vorbehalten, in Betracht zieht.

nicht eines Tages das Recht nur noch im Vorzeichnen von Plandaten bestehe, dann aber von L. vorläufig und vorsichtig dahingehend beantwortet wird, daß Recht nurmehr auf Kompatibilisierung mit anderen kognitiv operierenden Bereichen eingestellt werden solle). Ferner könne nur durch ständige kognitive Anpassung des Rechts an die sich ändernde Wirklichkeit, so L.¹⁾, das hohe Risiko des (ständig enttäuschten) Erwartens aufgefangen werden. In einer sich ständig ändernden Gesellschaft werden fixe Normstrukturen rasch inadäquat, so daß es wahrscheinlicherweise zu hohen Enttäuschungsquoten bei Festhalten an diesen (überholten) Fixierungen kommen würde. Diese Enttäuschungen können nach L. nur neutralisiert werden, indem man aus ihnen lernt.

Es ist also gerade beides, normatives Festhalten an Erwartungen und kognitiv veranlaßte Änderungen, notwendig. Positivität ist gerade per definitionem als invariant und variabel zugleich institutionalisiert²⁾.

Wie ist also Erwartenssicherheit mit einem mit der fluktuierenden Gesellschaft fluktuierenden Normgefüge zu vereinbaren³⁾, bzw. wie können Erwartungen bei ständigem Wechsel noch enttäuschungsfest stabilisiert werden⁴⁾. Es geht beim Problem des Funktionswandels des positiven Rechts daher zentral um den "Einbau von Lernfähigkeit ins Recht trotz Widerspruch zur normativen Grundeinstellung" bzw. um die Einregulierung eines Kompromisses zwischen Wirklichkeitsanpassung und Erwartungskonstanz⁵⁾.

Die Lösung des paradoxen Problems scheint bei L. die folgende zu sein :

Die Funktion einer Struktur setzt keine absolute Konstanz voraus, sondern erfordert nur, daß sie in den Situationen, die sie strukturiert, nicht problematisiert wird. Zu anderen Zeitpunkten kann sie zum Änderungsthema gemacht werden. Erforderlich ist nur eine fest

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 115.

2) N.L., Ausdifferenzierung, S. 117.

3) Vgl. so die Problemstellung, N.L., Rechtssoziologie, z.B. S. 340ff, bzw. Ausdifferenzierung, S. 81ff, S. 261ff.

4) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 233.

5) N.L., aaO, S. 116.

institutionalisierte Grenze¹⁾. Das kann, so scheint es bei L.²⁾, durch die Differenzierung von Verfahren erreicht werden, insbesondere durch die Differenzierung in Rechtsprechung und Gesetzgebung. Dadurch, daß es im richterlichen Entscheidungsprozeß zumindest keine institutionalisierten Formen der Rechtsänderung gibt³⁾, ist der Richter vor allem mit dem Durchhalten von Erwartungen befaßt, das heißt, der Richter kann Recht nicht als sein Belieben und als durchzuhaltende Norm zugleich betrachten. Im richterlichen Entscheidungsprozeß kommt die Struktur Recht zur Anwendung und wird daher nicht zugleich problematisiert. Hingegen kann der Gesetzgeber aus Fakten lernen. Festhalten an Normen und Lernen bzw. Normativität und Kognitivität sind so auf zwei Ebenen verteilt⁴⁾. Damit kann in dem einen Verfahren (Gesetzgebung) zum Problem gemacht werden, was in dem anderen (Rechtsanwendung) Struktur ist. Es wird gelernt und zugleich normativ festgehalten (und das heißt gerade nicht gelernt), aber auf zwei verschiedenen Ebenen. Man kann sich darauf verlassen, daß der Richter (jedenfalls grundsätzlich) nicht kognitiv reagiert, er im Einzelfall nach Folgen entscheidet, statt nach Normen.

Es muß allerdings meiner Ansicht nach auch auf dem Niveau der Gesetzgebung selbst Kriterien der Ausbalancierung von Änderung und Festhalten an Normen geben. In der Tat gibt es auch hier bei L. die Figur einer relativen Invarianz, so scheint es. Erwartenssicherheit durch invariantgestellte Normen sei, so L., solange gerechtfertigt als dies mit sich ändernden Sozialverhältnissen vereinbar sei. Damit ist freilich noch nicht ersichtlich, in welcher Richtung eine Abwägung vorgenommen werden soll. Das Problem ist natürlich auch abstrakt nicht lösbar, aber es kann sich im Einzelfall ein Interesse zeigen, das dominiert. Ganz allgemein kann man mit L. für die rechtssetzende Politik folgende 'Faustregel' aufstellen : Festhalten an Erwartungen ist dann zu

1) So N.L., Rechtssoziologie, S. 210.

2) N.L., aaO, S. 237.

3) Die richterliche Rechtsfortbildung ist nach L. eine Ausnahme im Konzert der staatlichen Gewalten.

4) Das erinnert an die Auflösung von Paradoxien in der Logik durch Ebenendifferenzierung.

empfehlen, wenn ein Interesse an Sicherheit und sozialer Integration des Erwartens dominiert¹⁾.

E) LEGITIMATION.

Wir sahen, daß die Komplexität des Rechts zeitlich und sachlich über alle Maßen anstieg und in der Folge dieses Komplexitätsanstiegs, der bei L. gleichzeitig ein Kontingenztanstieg ist, spezifische Probleme aufwarf. Dies führt nun nach L. gleichfalls zu Problemen in, wie er das nennt, der "Sozialdimension". Und zwar ist hier, so L., fraglich: "Ob diese neue Beweglichkeit und Vervielfältigung des Rechts in den Meinungen und Einstellungen der Betroffenen adäquat mitvollzogen werden, ob das positive Recht hinreichend Konsens finden kann"²⁾. Das ist zugleich die Frage "an das jetzt noch mögliche Normbewußtsein"³⁾.

Da Legitimierung bei L. nicht mehr durch fixe, invariante, höhere Normen geleistet werden kann --was ich in Kapitel 1 zur Unplausibilität des Naturrechts als Rechtsquelle sagte, gilt natürlich gleichermaßen für Naturrecht als Legitimationsgrund--, kommt zunächst einmal nur noch Legitimation durch faktischen Konsens in Betracht; in der aktuellen Rechtsgeltungsdiskussion sei dies nach L.⁴⁾ herrschende Meinung⁵⁾. Legitimation von Rechtsgeltung aufgrund faktischen Konsenses ist nach L. aber illusorisch, da dieser bei der Komplexität der Rechtsordnung, der Vielzahl der ständigen Änderungen von Vorschriften gar nicht vorstellbar sei; die meisten dieser Vorschriften

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 116.

2) N.L., Ausdifferenzierung, S. 132.

3) N.L., Ausdifferenzierung, S. 83.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 259.

5) Vgl. H.M. Pawlowsky, Methodenlehre für Juristen, S. 357-359 i.V.m. 14ff, insbesondere S. 357, Fn.25 zur Fraglichkeit von Konsenstheorien unter Hinweis auf die bereits nur beschränkte Anerkennung des "Konventionalismus" in der allgemeinen Wissenschaftstheorie und dessen Kritik durch Popper und Albert. Vgl. K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 41, Ausgabe 1935.

blieben einer großen Anzahl von Adressaten völlig unbekannt ¹⁾. Die faktische Konsensbasis wird nach L. gerade "überzogen"²⁾. Es gehe daher bei der Legitimation des positiven Rechts vielmehr um die schwierige Frage der Legitimität von Vorschriften, bezüglich derer kein faktischer Konsens besteht, sprich um die "Legitimität der reinen Legalität"³⁾.

Das traditionelle Positivismusverständnis, das hingegen Legitimität mit Legalität "gleichsetzte" und so auf eine Selbstrechtfertigung von Macht hinauslief⁴⁾, schneide die Erörterung des eigentlichen Problems ab. Das eigentliche Problem scheint bei L. darin zu bestehen, diese "Selbstrechtfertigung" zu begründen, sozusagen nach der Möglichkeit der Legitimität 'der Legitimität der Legalität' zu fragen.

Damit stellt sich bei L. innerhalb der Legitimationsdiskussion unter anderem das konkrete Problem, daß auch Entscheidungen, die weniger überzeugen, generell akzeptiert werden müssen⁵⁾ und das allgemeine Problem der Legitimität eines Rechts, das nicht mehr aus höheren Prinzipien legitimierbar und nicht mehr faktisch konsensfähig, sondern vielmehr in sich labil und widersprüchlich ist.

Da, wenn alles kontingent ist, Naturrecht kein Geltungsgrund mehr sein kann und die heutigen Konsenstheorien, die positives Recht auf der Basis eines faktischen Konsenses der Rechtsadressaten legitimieren wollen, von L. für illusorisch gehalten werden⁶⁾, kommt es, nach L., für die Legitimierung einer modernen positiven Rechtsordnung paradoxerweise darauf an, Recht vom Wissen und Fühlen des einzelnen unabhängig zu

1) Wir wollen hier vor allem auf den Unterschied zwischen der Popper'schen Begründung und der L'schen Begründung der Schwäche der Konsenstheorien hinweisen : L. leitet diese aus Fakten ab, Popper hingegen ist der Ansicht, daß der Konventionalismus daran kranke, daß man nach ihm die jeweilige Methode des Fragens nicht zum Gegenstand der Forschung machen kann, da die Methode des Fragens entweder "gesetzt" oder vereinbart wird.

2) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 28ff.

3) N.L., Ausdifferenzierung, S. 132.

4) Damit meint L. v.a. M. Weber's Gleichsetzung von Legalität und Legitimität, vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 259, Fn. 103.

5) N.L., Ausdifferenzierung, S. 426.

6) N.L., Rechtssoziologie, S. 259.

machen und dennoch Akzeptanz zu sichern¹⁾. Das heißt bei L.²⁾, daß Konsens für noch unbestimmte Änderungen miterteilt werden muß; und das ist paradox, da über Unbekanntes eigentlich noch kein Konsens bestehen kann. Gerade aber ein Vertrauen in Unbekanntes sei heute nötig³⁾.

L. nennt diesen Konsens dementsprechend einen "fiktiven Konsens". Das ist eigentlich ein Konsens, der keiner ist, d er gerade symbolisiert, daß das positive Recht auf einer "Überziehung von Konsens" beruht.

Da der unterstellte Konsens kein faktischer Konsens ist, somit die faktische Zustimmung der Rechtsadressaten keine Rolle spielt, andererseits aber die Rechtsordnung einer Absicherung im Sozialen bedarf, bleibt daher als Sicherungsmittel zunächst einmal nur noch, daß allen die Rechtsänderungen 'egal' sind; sie somit, wie L. sagt, "motivlos hingenommen" werden, will man nicht die Akzeptanz und 'Legitimation' von Recht, wie das beim traditionellen Positivismusverständnis der Fall war, rein auf die staatliche Gewalt stützen. Dies tut L. nicht⁴⁾. In der Tat befindet er sich auch hier jenseits von Naturrecht als auch Positivismus im traditionellen Sinne, und Recht findet bei ihm deshalb im Sozialen seine Absicherung in der Indifferenz der Adressaten⁵⁾, in einem motivlosen Akzeptieren von Normen, das bei L. einerseits Resultat der 'Ignoranz' der Adressaten zu sein scheint (sie merken erst gar nicht, daß Normen ausgewechselt werden)⁶⁾, andererseits Resultat von Strategien der "Trivialisierung" sei : "Wie typisch, wenn der Mensch sich hoher und unerkennbar fluktuierender Komplexität gegenübersteht, stellen sich Strategien der Abwehr, der Fragmentierung, der Pauschalisierung und der Neutralisierung ein. An die Stelle der religiösen Deutung der Welt treten dabei in alternativenreichen Gesellschaften Strategien der Trivialisierung."⁷⁾

1) N.L., aaO, S. 212.

2) N.L., aaO, S. 299.

3) N.L., aaO, S. 254.

4) Die Kritik J. Habermas' an L's Konzeption der Legitimität der Legalität, vgl. J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, S. 358, 359, erscheint daher nicht unbedingt als zutreffend.

5) Vgl. N.L., aaO, S. 213.

6) N.L., aaO, S. 252.

7) N.L., aaO, S. 255.

Dies bedeutet nach L., daß die moralische Autorität der Gesetze abgeschwächt wird.

Legitimation nun allerdings allein auf die Indifferenz der Rechtsadressaten zu stützen, wäre eine vielleicht zu 'provokante' Lösung. Dies ist denn auch nur eine Komponente des Legitimationsprozesses bei L. .

Legitimität als ein motivloses --bzw. 'positiv' formuliert als ein vom konkreten Inhalt der Normen gelöstes-- Akzeptieren kann man nämlich auch noch anders herbeiführen, durch a) "die symbolisch generalisierende Wirksamkeit von Gewalt" und b) die "Beteiligung an Verfahren"¹⁾.

a) Physische Gewalt stützt sozusagen den Verfahrensprozeß im Hintergrund ab, indem aufgrund ihrer alle erwarten, daß die jeweils von der Entscheidung Betroffenen sich physischer Gewalt fügen und nicht rebellieren²⁾. Freilich ist sie dabei nurmehr sublimiert, und das heißt symbolisch wirksam. Sie dient der Stabilisierung der Positivität des Rechts.

b) Beteiligung an Verfahren : Daß L. hier nicht auf eine Theorie der "procedural fairness" abstellt, die zu 'richtigen' Resultaten führen soll³⁾, ist inzwischen keine Überraschung mehr. Soweit ich beschrieben habe, inwiefern Verfahren, insbesondere auch in ihrem Zusammenwirken, Beliebigkeit konditionieren, kann man dies auch als legitimierend betrachten. Das gilt vor allem für die dort geschaffene Autonomie bzw. Unvoreingenommenheit der Entscheidungssituation. Auf der Ebene des rechtssetzenden Politiksystems drückte sich dies in einer von gesellschaftlichen Einflüssen neutralisierten Entscheidungssituation aus, in der infolgedessen potentiell breite Interessenspektren berücksichtigt werden können. Auf der Ebene des Gerichtsverfahrens

1) Vgl. N.L., aaO, S. 262.

2) Vgl. hierzu N.L., aaO, S. 262.

3) Vgl. in diesem Zusammenhang z.B. die Diskussionen um die verfahrensrechtliche Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik bzw. um einen Grundrechtsschutz durch Verfahrensrecht anläßlich der Beschlüsse des BVerfG in Kernkraftwerkssachen "Kalkar" und "Mülheim-Kärlich".

drückt sich das in einer Lösung des Verfahrens mit Beteiligten und Richtern aus gesellschaftlichen Rollenzusammenhängen aus.

Ferner erzeugen diese Verfahren die allgemeine Erwartung, daß die durch die Entscheidung Enttäuschten ihren Protest aufgeben¹⁾, sich anpassen und damit "lernen", das heißt sich lernbereit auf das einstellen, was bindende Entscheidungen normieren²⁾. Dies "lernbereite" Akzeptieren hat einen anderen Grund bei Entscheidungen des Richters als bei Entscheidungen des Gesetzgebers³⁾. Im Gerichtsprozeß bestätigen die am Verfahren Beteiligten durch eigenverantwortliche Selbstfestlegung in selektiven Schritten implizit, daß sie dieses als 'Form' der Entscheidungsfindung anerkennen. Während die Lernbereitschaft der Rechtsadressaten, was politische Entscheidungen angeht, gefördert zu werden scheint, weil die Politik in ihrer Entscheidungssituation theoretisch nicht unter der Pressure der Einflüsse der Umwelt steht und daher vorurteilsfrei lernen kann⁴⁾.

Und das scheint der Hauptgrund der 'Legitimität der Legalität' zu sein, welcher insbesondere der Indifferenz der Rechtsadressaten den Platz eines allenfalls komplementären Elements des Legitimationsbegriffs zuweist : "(Die Legitimität der Legalität') ist die Integration der beiden Lernprozesse (...) nämlich, daß die Entscheidungsempfänger es lernen, nach Maßgabe normativ bindender Entscheidungen zu erwarten, weil die Entscheidenden selbst lernen können".

1) N.L., aaO, S. 264.

2) N.L., Ausdifferenzierung, S. 133.

3) Die Absorption von Protesten in Gerichtsverfahren interessiert uns hier weniger. Sie wird bei L. aber ebenfalls im Zusammenhang mit dem Thema 'Legitimation' behandelt; da sie allerdings nurmehr der sozialen Stabilisierung der positiven Normordnung dient, ohne etwas mit der Rechtssetzung, um deren Legitimität es hier gehen soll, zu tun hat, gehen wir auf sie nicht näher ein.

4) Gerade Autonomie bedeutet, wie ich zeigte, bei L. Selbststeuerungsfähigkeit und Selbststeuerungsfähigkeit bedeutet Lernfähigkeit.

KAPITEL 3

KONKLUSIONEN

Ich möchte hier nicht nur eine abschließende Einschätzung meiner Analyse der L'schen Theorie der Positivität des Rechts geben, sondern deren Zentralproblematik in einem über Rechtstheorie und -soziologie hinausgehenden Rahmen betrachten. Ich sehe in dieser Theorie der Positivität ein 'Zeitphänomen', die Formulierung einer grundlegenden Veränderung nicht nur der Sicht der Gesellschaft, sondern einer Sicht von Welt überhaupt, einer Umstellung nicht nur in der Wertung von Werten, sondern auch in der Wertung von 'Tatsachen', die 'ihresgleichen' auch in anderen 'zeitgenössischen' Disziplinen hat. In diesen anderen noch zu nennenden Bereichen stößt man meiner Ansicht nach auf eine analoge Feststellung der Veränderung der Weltsicht oder gar der 'Welt', wengleich auch auf dem Boden jeweils anderer Beobachtungsgegenstände. Die jeweils gezogenen Konsequenzen erscheinen in vielen Bereichen, was logische Argumentationsstrukturen oder Formen bzw. Strukturen von Lösungen auf sich strukturell analog stellende Probleme angeht, typenmäßig vergleichbar. Möchte man die Problemstellungen auf einen gemeinsamen und deshalb abstraktesten Nenner bringen, so geht es überall um die 'Auflösung von Fixpunkten'. Auf typenmäßig vergleichbare Lösungsstrukturen dieses Problems komme ich noch zu sprechen. Das Aufzeigen einer hier meiner Ansicht nach bestehenden Zeittypik von Themen in L's Beschreibung moderner Gesellschaften erscheint mir ebenso wichtig, wie die erfolgte Detailanalyse der L'schen Theorie der Positivität unter rechtssoziologischen und -theoretischen Aspekten, da meiner Ansicht nach ihr hoher Erklärungswert mit ihrer hohen Zeitgemäßheit verbunden ist. (Ich behaupte hiermit noch keinen überall

gleichen Sachverhalt in einem ontologischen Sinne. Wie man im folgenden sehen kann, sind analoge Problemstellungen in unterschiedlichen Bereichen häufig durch ein Anknüpfen an denselben Sachverhalt in einem anderen Bereich oder in Analogie zu diesem¹⁾ formuliert worden --parallele Problemstrukturen erklären sich insoweit historisch-- , aber nicht immer.²⁾

1) VON DER WELT DER NATUR ZUR WELT DER UNWAHRSCHEINLICHKEITEN ODER DIE 'AUFLÖSUNG ALLER FIXPUNKTE'.

Zunächst möchte ich eines der augenfälligsten Analyseresultate, das eine sich ganz allgemein durch das L'sche Werk hindurchziehende 'Denkstruktur' betrifft und gleichzeitig bei L. eine allgemeinste Strukturierung der aktuellen sozialen Wirklichkeit sein soll, an den Anfang stellen : Unwahrscheinlichkeit als Paradoxalität, insbesondere die Unwahrscheinlichkeit sozialer Errungenschaften als 'Paradoxalität' dieser Errungenschaften.

Es ist unwahrscheinlich, daß eine Gesellschaft Erwartungen (Normen) als Recht akzeptiert, die der einzelne nicht kennen kann, weil die Normmenge hinsichtlich Zahl, Diversifikation und Änderungstempo unübersehbar geworden ist³⁾.

Es ist unwahrscheinlich⁴⁾, daß in der Normativität des Erwartens die Entschlossenheit, nicht zu lernen, ausgedrückt wird⁵⁾ und zugleich doch gelernt wird bzw. werden soll⁶⁾.

1) Es handelt sich dabei insbesondere um die in der Quantenmechanik zum Vorschein gekommene Unschärfe der Beobachtung.

2) Vgl. insbesondere auch D. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach , S. 744,745, der, angefangen von der Quantentheorie, ein 'sich durchziehendes Band' gleicher Fragestellungen in verschiedenen Bereichen sieht.

3) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 145.

4) Vgl. N.L., Ausdifferenzierung, S. 145.

5) Normativität betrifft, wie wir sahen, das konstante Festhalten von Erwartungen zur Schaffung von Erwartenssicherheit.

6) Wie wir bereits sahen, betrifft 'Lernen' die Anpassung des Rechts an Veränderungen in der Gesellschaft und ist eine typische 'Potentialität' des positiven Rechts.

Es ist ferner unwahrscheinlich und erscheint paradox, daß positives Recht beliebig bestimmbar aber dennoch nicht beliebig bestimmt wird; daß positives Recht eine Struktur ist, die ins Ungewisse und Voraussetzungslose baut, aber dennoch konditioniert wird.

Es ging mir daher bei meinen wichtigsten Problemstellungen insbesondere darum, diejenigen Strukturen zu erkennen, die Variabilität in Stabilität transformieren sollen, bzw. um ein sicheres 'Bauen auf Flugsand' bezüglich Rechtspolitik, Schaffen von Erwartenssicherheit und Legitimität von Rechtsgeltung. Zentral war für mich das Problem einer nichtbeliebigen, positiven Rechtspolitik auf dem Boden von Kontingenz.

Problemstellungen und Antworten waren jeweils zweideutig bzw. paradox. Einerseits ging es beim Problem einer nichtbeliebigen, positiven Rechtspolitik z.B. darum, beliebige Variabilität des Rechts zu stabilisieren : "Wie kann eine Gesellschaft auf der Ebene ihrer Normen strukturell Variabilität erreichen und sicherstellen"¹⁾. Es ging diesbezüglich um die Steigerung der "Selektivität der Gegenwart"²⁾ . Andererseits ging es bei diesem Problem um die Konditionierung dieser beliebigen Variabilität. Gerade die Bedingungen der Beliebigkeit sollten dabei Hinweise zur Konditionierung der Beliebigkeit liefern. Da schon das Problem somit zweiseitig bzw. paradox gestellt war, insofern als es auf die Erreichung zweier gegensätzlich erscheinender Ziele gerichtet war, mußte auch die Antwort dementsprechend paradox ausfallen. Und zwar entdeckte ich Mechanismen der Konditionierung von beliebiger Rechtssetzung, (z.B. Verfahren), die auf der anderen Seite gerade beliebige Rechtssetzung ermöglichten. (In der Theorie der Autopoiese setzt sich die paradoxe Problematik der nicht-beliebigen Beliebigkeit in der Form der Kombination von Offenheit und Geschlossenheit des Systems in einem gegenseitigen Steigerungsverhältnis fort.) Gleiches (paradoxe Antworten auf paradoxe Fragen) galt auch für die anderen von mir ermittelten Punkte der L'schen Positivitätsproblematik, die meiner Ansicht nach jeweilige Folgeprobleme der Kontingenz bzw. Beliebigkeit des Rechts waren; so z.B. stellte sich die Legitimationsproblematik bei

1) N.L., Ausdifferenzierung, S. 113.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 346, 347.

L. folgendermaßen dar : Einerseits ging es um die Legitimierung von Legalität statt ihrer bloßen "Gleichsetzung" mit Legalität; andererseits ging es beim Problem 'Legitimität' um die Sicherung der beliebigen Variabilität des Rechts gerade durch Bedingungen, die einen Verzicht auf eine eigentliche Legitimation bedeuteten¹⁾.

Daraus resultierte das positive Recht als eine Struktur, in der Gegensätzliches, Paradoxes kombiniert wird²⁾.

Im Bereich der Logik lassen sich Paradoxien auflösen, indem man in verschiedene Ebenen differenziert. Das war beispielsweise das Rezept von B. Russell³⁾. Der Nichtbeliebigkeit käme dann sozusagen ein von der Belieblichkeit getrennter Bereich zu. Das heißt man kann Paradoxe auflösen und Unwahrscheinlichkeit in Wahrscheinlichkeit umwandeln. Man kann aber auch Paradoxe belassen, Unwahrscheinlichkeit als solche stabilisieren und so wahrscheinliche Unwahrscheinlichkeit erzeugen. Ersteres wäre eine Lösung eines Problems, eine Antwort auf eine Frage. Letzteres, als Schilderung der Bedingungen des Unwahrscheinlichen, der Bedingungen der Möglichkeit der Perpetuierung des Unwahrscheinlichen, wäre eine Antwort, die darauf Antwort gibt, wie man ohne Antworten leben kann.

Bei L. schaffen die gleichen Bedingungen sowohl Belieblichkeit als auch Nichtbeliebigkeit, was also heißen muß, daß wir in einer Situation perpetuierter Unwahrscheinlichkeit bzw. ständiger 'Unaufgelöstheit' oder 'Unaufgehobenheit' leben bzw. handeln oder entscheiden; was denn auch in der L'schen "Permanenz von Problemen" zum Ausdruck kommt. An Stelle von Lösungen gibt es bei L. unterschiedliche Konstellationen von Folgeproblemen jeweils nur provisorischer Lösungen⁴⁾. Dem entspricht, wenn L. seine funktionale Systemtheorie, mittels derer er das positive

1) Vgl. zur 'Ambiguität' der Legitimationsproblematik z.B. N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 239 : Fragen des Verhältnisses von Recht und Legitimität seien seit dem Zusammenbruch des Naturrechts unlösbar, L's Betrachtungsweise brächte hier aber neue Perspektiven.

2) R. Münch, "The Law in Terms of Systems Theory", S. 1223, spricht beim L'schen positiven Recht ebenfalls von "combination of contradictory features".

3) Vgl. bei D. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach, S. 17 iV.m. S. 30f und 285,732,733 .

4) Vgl. hierzu z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 72.

Recht betrachtet, so vorstellt : "Unter den Denkvoraussetzungen der ontologischen Metaphysik mußten Probleme (...) als instabil und vergänglich erscheinen. Die funktionale Systemtheorie behandelt sie dagegen als permanente Gegebenheiten"¹⁾. Das bedeutet, wir befinden uns in einer Welt, in der Sicherheiten bzw. Fixpunkte nicht mehr denkbar sind, insbesondere nicht in einer bestimmten 'NATUR' von irgendetwas liegen. Damit beschreibt L. zugleich die Abwendung vom Naturrecht²⁾.

Von der Welt der Natur geraten wir, so scheint es bei L., in eine Welt der Unwahrscheinlichkeiten, oder man kann auch sagen, in eine Welt des Zufalls --"Denn das Ergebnis, dessen Gegenteil möglich ist, ist zufällig, während das, dessen Gegenteil unmöglich notwendig ist"³⁾--, in der nichts garantiert ist und daher primär alles als 'problematisch' angesehen werden muß.

Wie es bei L. zur Entwicklung von einer Welt der Natur zu einer Welt der Unwahrscheinlichkeiten kam, sahen wir in Kapitel 1 am Beispiel der Entwicklung vom Naturrecht zum positiven Recht. Allgemein kann man sagen, daß bei L. ein Komplexitätsanstieg in der Gesellschaft, durch welche Faktoren er auch immer ausgelöst wurde⁴⁾, zu einer größeren Anzahl der Möglichkeiten des Handelns und Erlebens führt, so daß Alternativen sichtbar werden. Man kann sowohl so, aber auch anders handeln. Entscheidungen werden nicht mehr von starren äußeren Verhältnissen gleichsam diktiert. Dies gilt nicht nur fürs Recht, dessen Herleitung aus 'Natur', die einzig richtige, invariante Maßstäbe vorgeben sollte, nach L. fragwürdig wird (wenn auch, wie ich zeigte, nicht 'grundsätzlich' fragwürdig wird), sondern auch für andere soziale Bereiche. Am Beispiel 'Liebe' tritt besonders anschaulich hervor, wie das gemeint ist⁵⁾. In 'primitiven' Gesellschaften bestimmten äußere Gründe, wie Besitz, die Wahl von Partnern. Die Partnerwahl war in einen

1) N.L., Soziologische Aufklärung, Bd. 1, S. 40.

2) Vgl. z.B. L. Strauss, Droit Naturel et Histoire, S. 34 oder O.W. Holmes, "Natural Law", S. 312ff, Naturrecht ist dort jeweils überhaupt nur auf dem Boden einer ontologischen Metaphysik denkbar.

3) Leibniz, Die Theodizee, S. 39.

4) Stadtbildung, Handel usw. .

5) Vgl. N.L., Macht, S. 7 - 15.

konkreten Lebenskontext eingebettet. In komplexeren Gesellschaften stiegen die Möglichkeiten der Partnerwahl mit dem Abnehmen der Notwendigkeiten der Berücksichtigung spezifischer äußerer Kriterien so an, daß äußere Kontexte wie Besitz allein die Partnerwahl nicht mehr tragen konnten; damit entstand die von äußeren Kontexten abstrahierende Liebe, die auf neue, weil unwahrscheinliche Art der Wahl von Partnern ein Kriterium gab. Unwahrscheinlich war dies, da Liebe somit eine hoch abstrakte Leistung ist, die sozusagen auf sich selbst verweist. Analoges habe ich für die Rechtsentwicklung festgestellt. Diese 'Auf-sich-selbst-Verwiesenheit' läßt sich als Auflösung bisheriger Fixpunkte begreifen.

Um dennoch bezüglich meiner Problemstellungen zu einigen eindeutigen Antworten zu kommen, habe ich paradoxe Antworten teils auf jeweils eine der sich bei Gleichzeitigkeit logisch widersprechenden Alternativen zugespitzt und bin so zu einigen relativ unkonventionellen, und dennoch nicht mehr paradoxen, Einsichten gekommen.

2) ANALOGE BEOBACHTUNGEN IN ANDEREN DISZIPLINEN DAS PROBLEM DER 'AUFLÖSUNG ALLER FIXPUNKTE' BETREFFEND.

In der zeitgenössischen Philosophie und Wissenschaftstheorie, Logik Mathematik, Physik und kybernetisierten Biologie bin ich teils auf strukturell analoge Problematiken gestoßen, auf die L. auch teils verweist. Sie tragen nicht das Etikett 'Kontingenz', könnten es aber tragen. Man faßt die Auflösung von Fixpunkten beispielsweise als Zerschneiden von 'Objektivität' auf.

Die hier zu präsentierenden parallelen Problemstrukturen richten sich teils nach L'schen Querverweisen, insbesondere gehe ich den Hinweisen auf solche Analogien in anderen Bereichen in N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie" nach. Da diese nur sehr pauschal sind, rekonstruiere ich sie im folgenden det 'llierter, zumindest möchte ich eine grobe Skizze einer 'Phänomenologie' dortiger Argumente geben; teils füge ich den L'schen Querverweisen einige Beispiele hinzu, insbesondere handelt es sich dabei um Überlegungen zur philosophischen Deutung der

Quantenphysik¹⁾, die meiner Ansicht nach überhaupt am Anfang der spezifischen Befassung der Neuzeit mit 'Kontingenz' stand²⁾ und zum erwähnten Problemanknüpfungspunkt vieler anderer Bereiche wurde.

Insbesondere im Rahmen der philosophischen Deutung der Quantenphysik stellte sich ein Problem der "Kontingenz von Erkenntnis bzw. von wissenschaftlichen Aussagen³⁾".

Freilich führte bereits die spezielle Relativitätstheorie Einstein's zu einer Revolution klassischer Begriffe. Nach dieser gilt, daß der Raum aller mit einem gegebenen Ereignis gleichzeitigen Ereignisse nicht universell, sondern nur bezogen auf den Bewegungszustand des jeweiligen Beobachters definiert werden kann⁴⁾. Limitierte sich die spezielle Relativitätstheorie auf eine uniforme Bewegung des Beobachters, so geht die allgemeine Relativitätstheorie zu beliebigen und das heißt hier beschleunigten Beobachtern über⁵⁾. Sie führt dabei zu einer Auflösung des Konzepts eines absoluten Raums. "Nella teoria della relatività generalizzata, la dottrina dello spazio e del tempo non è più un fondamento indipendente dal resto della fisica. Il comportamento dei corpi e la marcia degli orologi dipendono piuttosto dai campi di gravitazione, i quali, a loro volta son prodotti dalla materia"⁶⁾; "(...) le proprietà fisiche dello spazio sono influenzate dalla materia ponderabile"⁷⁾. Insbesondere wird hier der Newton'sche Raumbegriff aufgelöst: "Lo spazio dipende da influenze fisiche" bei Einstein, während bei Newton der Raum als Gegenstand sui generis erscheint, das heißt unabhängig von den in ihm befindlichen Körpern ist. Er selbst übt auf die Körper Wirkungen aus, auf ihn selbst wird aber keine Wirkung

1) Ich beziehe mich auf deren philosophische Deutung insbesondere durch v. Weizsäcker, Einstein, Heisenberg, Planck, Hofstadter, Lyotard, v. Foerster.

2) So auch D. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach, S. 744, 745.

3) Vgl. C.F. v. Weizsäcker, Die Einheit der Natur, S. 243.

4) A. Einstein, Come io vedo il mondo. La teoria della relatività, S. 77.

5) C.F. v. Weizsäcker, Die Einheit der Natur, S. 198.

6) A. Einstein, aaO, S. 78.

7) A. Einstein, aaO, S. 73.

ausgeübt.¹⁾ Damit kann nicht mehr alles auf ein Zentrum bezogen werden, von dem alles ausgeht und das zugleich die Eigenschaften von allem bestimmt.

In der Quantenphysik stellte man fest, daß sich mit dem Beobachter auch das Beobachtungsobjekt veränderte²⁾. Die klassische Physik nahm hingegen an, auch alles Nichtwahrgenommene müsse dieselben Eigenschaften haben wie das Wahrgenommene³⁾.

In der Quantenmechanik entdeckte man, daß dasselbe physikalische Objekt zwei anscheinend einander ausschließende Erscheinungsformen hat : Teilchen und Feld (Welle). Dieser Widerspruch tritt aber nur auf, wenn man wie in der klassischen Physik annimmt, diese Eigenschaften kämen dem Elektron auch dann zu, wenn man darauf verzichtet, sie zu beobachten⁴⁾. Er wird beseitigt, wenn man Teilchen und Welle nur als durch die Meßapparatur bedingte Erscheinungen auffaßt⁵⁾. Welche der zueinander 'komplementären' Seiten wir zu Gesicht bekommen, hängt von der frei gewählten experimentellen Anordnung ab⁶⁾. Die Kenntnis eines Sachverhalts schließt dabei die Kenntnis des dazu komplementären Sachverhalts aus. Damit geht in die Aussagen der Quantenmechanik die Kenntnis, die wir von der Natur haben, explicite ein⁷⁾. Vorbedingung für die Möglichkeit, einem Gegenstand eine bestimmte Eigenschaft zuzuschreiben, ist eine Meßanordnung, die gestattet, diese festzustellen. Geht man nun durch Anwendung einer neuen Meßanordnung dazu über, eine zu der vorher gemessenen komplementäre Größe zu messen, so existieren die Bedingungen nicht mehr, unter denen die vorher gemessene Größe überhaupt einen bestimmten Wert haben konnte. Der physische Eingriff, der notwendig ist, um die alten Versuchsbedingungen durch die neuen zu ersetzen, ist nun die 'Störung des Objekts durch den

1) Vgl. C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 143.

2) Vgl. z.B. hierzu C.F. v. Weizsäcker, Zum Weltbild der Physik, S. 83ff und 110; M. Planck, Scheinprobleme der Wissenschaft, S. 9, 10; W. Heisenberg, Das Naturbild der heutigen Physik, S. 12.

3) Vgl. F. v. Weizsäcker, Zum Weltbild der Physik, S. 85.

4) C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 86.

5) C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 110.

6) C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 89, 90.

7) C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 90.

Beobachtungsakt¹⁾. Damit gibt es keine übergeordnete Beschreibungsweise mehr, da Beobachtungen von den jeweiligen Beobachtungsbedingungen abhängen.

Was hat sich hier im Vergleich zum Kant'schen Weltbild geändert?²⁾ Der Unterschied zwischen der physikalischen Naturbeschreibung und der Kant'schen Konstitution des Objekts durch das Subjekt besteht darin, daß an die Stelle des Subjekts, bzw. seiner "Kategorien", die "Versuchsanordnung" tritt, und diese Versuchsanordnung wechselt von Fall zu Fall. Bei Kant lag in den fixen, weil statischen Kategorien des Subjekts noch die Möglichkeit einer objektiven Weltsicht und zwar einer subjektiven Objektivität; hingegen ist in der physikalischen Beschreibung das Subjekt kein Fixpunkt mehr; Versuchsanordnungen und damit Beobachterstandpunkte sind, so scheint es, beliebig. Es erfolgt so in der Quantenphysik eine Relativierung, hinter der kein Absolutes mehr zu erkennen ist. Das Kant'sche absolute Apriori wird zu einem Relationsbegriff³⁾; die Beobachtung wird durch beliebige, faktisch eingenommene Beobachterperspektiven bestimmt, deren Wiederverknüpfung zu einem klassischen Bild ausgeschlossen scheint. Damit ist den Sätzen der Physik zugleich die faktische und somit historische Situation zugrundegelegt.⁴⁾ Will man noch von Apriori sprechen, so handelt es sich nurmehr um ein historisches Apriori, das allerdings nach mancher Meinung⁵⁾ nicht etwa schon bedeutet, jede Epoche habe ihre eigene 'Wahrheit', auch wenn 'Wahrheit' hiernach immer nur in der Form gegeben sei, in der es der Bewußtseinszustand der Epoche zulasse. Vielmehr seien Ergebnisse im Hinblick auf den Faktor Zeit jedenfalls gerade nicht ganz zufällig: "Die Physik postuliert gerade eine Verbindung zwischen den historisch bedingten Formen ihres Wissens⁶⁾". Postulierte man diesen

1) C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 93.

2) Vgl dazu C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 115 - 117 und ders., Die Einheit der Natur, S. 189ff.

3) C.F. v. Weizsäcker, Zum Weltbild der Physik, S. 115 - 117.

4) C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 117.

5) C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 118.

6) C.F. v. Weizsäcker, aaO, S. 118.

Zusammenhang nicht, dann führte das zu einem grundlegenden Indeterminismus.

Das Problem der Veränderung des Beobachteten mit der Beobachtung verwies nun in der Folgezeit auf Theorien 'der Beobachtung des Beobachters'. Z.B. zieht H. v. Foerster¹⁾ aus der Quantenmechanik diese Konsequenz für eine "operative Epistemologie". Er bezeichnet die Quantenmechanik als erste Revolution der klassischen Vorstellung einer "letztgültigen Wissenschaft", das heißt einer objektiven Beschreibung der Welt, in der es keine Subjekte gibt²⁾ und die heutige Biologie als zweite hieran anknüpfende Revolution traditioneller Grundbegriffe : Seit der Quantenmechanik sei klar, daß 1.) Beobachtungen nicht absolut, sondern relativ zum Stand eines Beobachters sind (Einstein); 2.) daß Beobachtungen das Beobachtete verändern und so jede Hoffnung zunichte machen, Vorhersagen treffen zu können (das heißt, seine Unsicherheit ist absolut : Heisenberg). Was die heutige Biologie sich nun vornehme, knüpfe hieran an und sei eine Beschreibung des Beschreibers, als Theorie des Beobachtens. Da "nach unserem Stande des Wissens"³⁾ nur lebende Organismen zu Beobachtern qualifiziert erscheinen, würde diese Aufgabe nach H. v. Foerster den Biologen zufallen müssen. Da auch der Biologe ein lebendes Wesen ist, müßte er sich dabei selbst bzw. das Schreiben seiner Theorie miterklären. Aufgrund dessen ändere sich die traditionelle Trennung von Beobachter (Subjekt) und Beobachtetem (Objekt), die alle Rückbezüglichkeiten in wissenschaftlichen Aussagen sorgfältig vermied.

In der Quantenphysik stellte sich also ein Kontingenzproblem, das der L'schen Beschreibung der Kontingenz der Sozialwelt folgendermaßen ähnelt. Es läßt sich als Zerfallen der Welt in verschiedene Beobachterperspektiven beschreiben. Bei L. stellt sich Kontingenz analog als Resultat des Zerfalls der Welt in unterschiedliche Systemperspektiven ein. Beides hat zur Folge, daß deren Reintegration in

1) H. v. Foerster, Sicht und Einsicht, S. 81.

2) So insbesondere der traditionelle Wissenschaftspositivismus.

3) So einschränkend v. Foerster; dennoch übernimmt L. diesen Begriff der Beobachtung auch für Sozialsysteme.

eine einheitliche Weltsicht bzw. eine übergeordnete Beschreibungsweise nurmehr schwer vorstellbar ist. Einstein, Planck, Schrödinger und Bohm¹⁾ veranlaßte dies Ergebnis nicht zur Annahme einer nicht mehr objektivierbaren Weltsicht, sondern es wurde von ihnen als Manko der momentanen Weltbeschreibung aufgefaßt, so daß sie die Hoffnung auf eine spätere "Reobjektivierung" des Weltbildes äußerten, und von Weizsäcker's philosophische Deutung stellt einen Vermittlungsversuch zwischen absoluter Kontingenz der Beobachtung und Reobjektivierung in dem Sinne dar, daß Beobachtungen zwar beliebig aber dennoch ein Zusammenhang zwischen den historischen Wissensformen besteht, daher Beobachtungen zugleich nicht-beliebig im Hinblick auf den Faktor Zeit sind²⁾.

Häufige, wenn auch sehr pauschale Querverweise findet man im L'schen Werk auf K. Popper³⁾, auf dessen Wissenschafts- bzw. Wahrheitsbegriff. Ich möchte versuchen Popper's Begriff als Problematisierung und Antwort auf das Problem 'vorausliegender Kontingenz' zu deuten, wenngleich dieser Zusammenhang bei Popper explizit kaum zum Ausdruck kommt. Er vertritt allerdings eine "indeterministische" Weltsicht⁴⁾, und seine Theorie relativiert gerade ein absolutes apriori-Wissen. Nach Popper ist die Positivfeststellung absolut wahrer Aussagen nicht möglich. Wir können nur zu relativ wahren Aussagen kommen, indem wir die 'Wahrheit' oder besser "Bewährtheit" von Aussagen an einem im Nachhinein erfolgenden Negativtest messen, was soviel wie eine Überprüfung des jeweiligen empirisch-wissenschaftlichen Systems durch Erfahrungen bedeutet⁵⁾ (wissenschaftliche Hypothesen müssen an Erfahrungen "scheitern" können), wenngleich auch der Prozeß der Falsifizierung durch

1) Vgl. z.B. A. Einstein, aaO, S. 69.

2) Das entspricht übrigens auch der Argumentation K. Popper's zum Thema der Auflösung eines absoluten apriori-Wissens. Vgl. auch F. v. Weizsäcker, Die Einheit der Natur, S. 469.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 129,130; N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 5; N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie", S. 36.

4) Hierzu insbesondere K. Popper, The Open Universe, S. 87 -130.

5) K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 15; vgl. hierzu auch K.O.Apel, Transformationen der Philosophie, Bd. 2, S. 407ff.

Erfahrungen primär auf rationaler Überprüfung beruht¹⁾. Aus Erfahrungen kann man also nicht logisch auf ein allgemeines Gesetz schließen (Positivfeststellung, Unlogik der Induktion)²⁾, aber wenn ein allgemeines Gesetz als Hypothese formuliert ist, kann es an Erfahrungen nachträglich überprüft werden (Negativfeststellung). Diesbezüglich hat D. Campbell den Begriff "hypothetical realism" eingeführt³⁾, denn man befindet sich hier sowohl jenseits vom traditionellen "realism" bzw. Empirismus als auch vom traditionellen Rationalismus⁴⁾.

Parallel zur Postulierung der Historizität von Wissen im Rahmen der Quantenphysik, bedeutet der Popper'sche Ansatz, daß Wissen nicht schon da ist, sondern in der Zeit erst evoluiert. Die Wissenschaft 'progrediert' bei ihm zwar über Irrtümer, aber sie progrediert im Sinne eines möglichen Fortschritts bzw. "growth of knowledge". (Dieser growth of knowledge, man kann auch von einer "approximation to truth" sprechen, scheint bei K. Popper qualitativ in einer immer generelleren Wirklichkeitserfassung zu liegen⁵⁾; das heißt, eine Theorie ist der anderen überlegen, wenn sie mehr erklärt als die andere; damit wäre beispielsweise die Relativitätstheorie gegenüber der Newton'schen Mechanik ein Fortschritt gewesen, weil sie genereller als die Newton'sche Mechanik war, und die Newton'sche Mechanik nurmehr als Spezialfall enthielt.)

Lautet nun Popper's Antwort auf das Kontingenzproblem 'relative Absolutheit', so lautet Wittgenstein's Antwort nach dem 'Tractatus' 'absolute Relativität'. In Wittgenstein's Sprachphilosophie, die man als Soziologisierung von Wissen bzw. Wahrheit bezeichnen kann, ist eine

1) Vgl. K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 213. Insoweit kann man bei Popper auch von "kritischem Rationalismus" sprechen.

2) Vgl. K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 62, Ausgabe 1935.

3) D. Campbell bei P. Munz, Our Knowledge of the Growth of Knowledge, Popper or Wittgenstein, S. 12.

4) Ich hatte bereits in Kapitel 2, 1), A), DD), a) auf die Merkwürdigkeit hingewiesen, daß Popper der Falsifizierung durch Erfahrungen somit einen Sonderstatus einräumt und man sich eigentlich fragen muß, welcher Natur nun die den falsifizierenden Erfahrungen zugrundeliegenden Basissätze sind.

5) K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 76, 77, Ausgabe 1935.

relative Elimination von 'Kontingenz' nicht mehr möglich. Wie Popper ist er ein Gegner des traditionellen Wissenschaftspositivismus bzw. Realismus, dessen Basissatz ist, daß die Dinge so sind, wie sie unserer sinnlichen Erfahrung von der Welt vorgegeben sind. Wittgenstein sagt, daß "whatever we are doing or saying, we are playing a language game. The truth and the meaning of everything we are saying is relative to such a particular language game." Da bei Wittgenstein "every game ever played is a law unto itself and a final arbiter of its own rules", ist ein Fortschritt als Wachstum von Wissen und Annäherung an Wahrheit bei ihm im Gegensatz zu Popper nicht denkbar.

Auf Wittgenstein verweist L. zwar nicht, allerdings ist L. aufgrund seiner These der Kontingenz von Welt im Rahmen einer über die Darwinistische und Spencer'sche Evolutionstheorie hinausgehenden neuen Evolutionstheorie¹⁾ im Bereich der Sozialwissenschaften wie Wittgenstein der Ansicht, daß eine Entwicklung auf einen 'Fortschritt' hin nicht programmierbar oder vorhersagbar ist. Man könnte sagen, daß bei L. argumentativ-parallel zu Wittgenstein die Entwicklung von Gesellschaft sich als Evolution unterschiedlicher Sozialsysteme darstellen läßt, wobei sich jedes System nach einem "law unto itself" entwickelt und dabei "final arbiter of it's own rules" ist. Zugleich wird das Popper'sche Ermittlungsverfahren relativ wahrer Aussagen für L. zu einem Vorbild für die Ermittlung von Rechtsentscheidungen bei Kontingenz, ohne daß allerdings bei ihm hiermit auch auf relative Verbesserungen zu hoffen ist.

K. Popper's Theorie kann man natürlich als Feststellung der Grenzen traditioneller Rationalität lesen; das gleiche gilt für Wittgenstein und für die Aufhebung der Trennung von Subjekt und Objekt in der Quantenphysik. Auf ebensolche Grenzen von Rationalität, die ebenfalls die einstmalige 'Objektivität' ins Wanken bringen und ein Element von Indeterminismus oder Kontingenz aufscheinen lassen, stieß in der Mathematik K. Gödel. Er übertrug seine 'Entdeckung' der logischen

1) Vgl. z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 135.

Unvollständigkeit in der Zahlentheorie allgemein auf formal-axiomatische Systeme. Zuerst nahm er sich jedoch das Gebiet der Zahlentheorie vor. Nach K. Gödel¹⁾ enthält jedes formale axiomatische System -- erstmals bewies er das in Bezug auf das System der "Principia Mathematica" von B. Russell und N. Whitehead (1910 -1913) , als festes System zahlentheoretischer Schlüsse -- unentscheidbare Aussagen. Das heißt, es gibt kein axiomatisches System, das logisch widerspruchsfrei wäre, denn in jedem solchen System gibt es Sätze, die zwar wahr, aber in diesem System unbeweisbar sind. Damit kann ein System Widerspruchsfreiheit nicht mit seinen eigenen Mitteln herstellen.

Gödel kam zu dieser Entdeckung über den Einfall, die Mathematik introspektiv zu machen. Er wandte mathematisches Denken zur Erforschung des mathematischen Denkens an. Das führte zu der obigen Entdeckung unentscheidbarer Sätze. Er verfuhr dabei parallel zur berühmten Epimenides Paradoxie, bei der eine selbstbezügliche Aussage zu einem Paradox führt. Epimenides war Kreter und sprach den folgenden Satz aus : "Alle Kreter sind Lügner".

L. symbolisiert die Kontingenz des heutigen Rechts parallel zu Gödel. Anstelle von unentscheidbaren Sätzen in axiomatischen Systemen handelt es sich bei L. um 'realen' Sozialsystemen zugrundeliegende Paradoxien, die ebenfalls aus Selbstbezüglichkeit (er nennt das Selbstreferenz) entstehen. Der Gödel'sche Gedanke aufs Recht übertragen bedeutet bei L. , daß Recht, das nicht mehr auf 'systemexterne Fundierungen' (Naturrecht) rekurriert, sich nur aus sich selbst im Rückbezug auf sich selbst (Autopoiese) produziert. Damit wird in ihm selbst aber unentscheidbar, was recht und unrecht sein kann. Alles kann mit gleichem Recht sowohl Recht (recht) als auch Unrecht (unrecht) sein. Mit seinen eigenen Mitteln kann es insofern nicht mehr eine Einheit entwerfen, auf die hin es bezogen werden könnte (z.B. das Prinzip 'Gerechtigkeit'). Aus ihm selbst, das heißt aus einer Betrachtung des Systems unter seinen eigenen Kategorien, ergibt sich vielmehr, daß es auf einer fundamentalen Unentscheidbarkeit, einer Paradoxie beruht

1) Vgl. D. Hofstadter über K. Gödel, Gödel, Escher, Bach, S. 19ff, 78,80,93.

(spricht man hier dennoch von Einheit, so ist diese Einheit jedenfalls eine Differenz).

Ein Problem von Kontingenz stellt sich ferner in den neuen biologischen Evolutionstheorien, die auf eine Wechselwirkung zwischen Umwelt und evoluierendem Organismus hinweisen, anstelle Evolution von Organismen durch bloße Außenfaktoren bestimmt zu sehen (Darwin). F. Jakob¹⁾ schließt diesbezüglich : "L'adaptation devient le résultat d'une partie subtile entre les organismes et ce qui les entoure". "Ce qui est 'choisi' (Selektion) c'est autant le milieu par l'organisme que l'organisme par le milieu". "L'évolution devient alors le résultat de la rétroaction exercée par le milieu sur la reproduction".

Strukturparallel zu dem Indeterminismus in der Quantenphysik --der dort dadurch entsteht, daß Beobachtung zu einer Wechselwirkung zwischen Subjekt und Objekt wird, und strukturparallel zu den Ebenenüberschneidungen beim Gödel'schen Unvollständigkeitssatz und bei Paradoxien allgemein²⁾, kann man hier nicht mehr eindeutig feststellen, was nun was im Prozeß der Evolution determiniert, die Umwelt den Organismus, oder der Organismus sich selbst, und Umwelt wird so vom Organismus nur unter eigenen Kriterien als Material für eine selbstgesteuerte Entwicklung benutzt. Man kann nur ganz generell sagen, daß beides der Fall ist, die Umwelt den Organismus determiniert, diesem aber auch eine gewisse Eigenkausalität im Prozeß der Entwicklung zu attribuieren ist. Es ist jedoch nicht feststellbar, zu welchem Teil dies jeweils der Fall ist. Man kann daher höchstens sagen; Regulativ der Evolution sind die System/Umwelt Beziehungen.

Letzteres behauptet L. für die Evolution des Rechts in der Gesellschaft. Damit problematisiert L. einen grundlegenden Indeterminismus bzw. die Kontingenz der Evolution von Recht und Gesellschaft, denn Evolution ist bei dieser Evolutionshypothese in ihrer

1) Bei H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, S. 20.

2) Vgl. D. Hofstadter, aaO, S. 744, 745, er spricht bei Gödel von "Vermischung von Subjekt und Objekt in der Metamathematik".

Richtung nicht determinierbar (oder determiniert) und erscheint (oder ist) daher kontingent.

Diese neue Evolutionstheorie, die L. für die Betrachtung des Verhältnisses der Evolution von Recht und Gesellschaft übernimmt, läßt sich auch als Wandel des Kausalitätsverständnisses formulieren, so wie L. das ebenfalls tut¹⁾.

Gleiches gilt in der Quantenphysik und bereits in der allgemeinen Relativitätstheorie. Bei Einstein kann Materie nicht von ihrem Gravitationsfeld getrennt werden, wobei das Gravitationsfeld die Struktur und Geometrie des Raumes ausdrückt. Das entspricht einer Elimination des traditionellen Raumbegriffs²⁾. "Non vi può essere inerzia a carattere spaziale". Materielle Objekte im makroskopischen Bereich sind insofern unmittelbar mit ihrer Umgebung verkettet; ihre Eigenschaften können daher nur als Wechselwirkungen zwischen ihnen und der übrigen Welt verstanden werden³⁾. Wo kein Gravitationsfeld ist, gilt nurmehr: "Se, quindi, si ha una massa a distanza sufficiente da tutte le altre masse dell'universo, la sua inerzia si deve annullare"⁴⁾, ⁵⁾. Ging der traditionelle Newton'sche Raumbegriff davon aus, daß es einen absoluten Raum gäbe, von dem alle Gravitationskräfte ausgingen, auf den selbst aber keine Kräfte wirkten⁶⁾, so gibt es bei Einstein keine solche im Verhältnis zu allen Körpern von außen, gleichsam von einem äußeren Zentrum her wirkende Kausalität, vielmehr liegen die Ursachen (der Gravitation) in den 'Dingen' selbst. Die Quanten-Elektrodynamik, für die derselbe Wandel der Kausalität gilt, ersetzt Materie dabei durch den Begriff Quantenfeld, in dem Teilchen lediglich eine örtliche Verdichtung des Feldes,

1) Vgl. z.B. N.L., Ausdifferenzierung, S. 13.

2) F. Capra, Das Tao der Physik, S. 200.

3) F. Capra, aaO, S. 207.

4) A. Einstein, aaO, S. 198, entspricht A. Einstein, "Die Grundlagen der allgemeine Relativitätstheorie", Annalen der Physik (40), 49, 1916, S. 769-822.

5) Im kosmischen Bereich führt das bei Einstein zur Folgerung eines geschlossenen Universums bei Annahme der Endlichkeit der vorhandenen Materie.

6) Vgl. A. Einstein, aaO, S. 84.

Konzentration von Energie sind¹⁾, und Raum läßt sich folglich nurmehr in diesen Wechselwirkungen von Quantenfeldern ausdrücken.

Noch bei Spencer war nach L's Ansicht Kausalität der zu erforschende Basisprozeß; die Evolution von Systemen (organischer oder sozialer) war dabei ein bloßes Resultat dieses Prozesses und bildete eine Ursachenkonstellation für die weitere Entwicklung; hingegen wird bei L. Kausalität durch Systemstrukturen und nicht (nur) durch (äußere) Kausalgesetze gesteuert²⁾.

Hochinteressante Konsequenz ist, daß damit die Evolution von Organismen (bei L. die Evolution von Sozialsystemen) ein Lern- und Informationsproblem wird. Denn wird der Organismus (das Sozialsystem) nicht mehr durch bloße Außenursachen in seiner Evolution fremdgesteuert, muß er sich selbst steuern. Dieses Kontingentwerden von Evolution erfordert, daß das jeweils Evoluierende bezüglich seiner Umwelt sich informieren und lernen kann.

(Daß Lernen aber überhaupt möglich ist, setzt meiner Ansicht nach voraus, daß es neben nur zufälligen Verknüpfungen von Ereignissen auch Ereignisse gibt, die in determinierter Weise aufeinander folgen oder zumindest wahrscheinlich aufeinander folgen³⁾. Es ist merkwürdig, daß dieses Problem des Lernens in einer kontingenten Welt bei L. nirgendwo explizit erörtert wird. Sind Entscheidungen im Recht z.B. beliebig, so sind es beispielsweise dennoch nicht unbedingt ihre sozialen Folgen; und gerade auf diesen nichtbeliebigen Verknüpfungen beruht überhaupt die Möglichkeit eines Lernens.)

Diesem Sachverhalt trägt die heutige Biologie Rechnung, indem sie zu einer kybernetischen Disziplin wird. Parallel ist die L'sche Soziologie,

1) F. Capra, aaO, S. 208,209.

2) G. Teubner, "Evolution of Autopoietic Law", S. 218,231,232, beschreibt dies so : "(...) the essential consequence of legal autopoiesis is the internalization of the evolutionary mechanisms." Das bedeute allerdings noch nicht, daß Außenursachen vollkommen irrelevant wären.

3) So auch K. Poppers Vorstellung von "indeterminism", The Open Universe, S. 126,127, bezüglich der "physical world"; neben Ereignissen "which follow each other according to physical laws (...) there is sometimes a certain looseness in their connection, (...)".

insbesondere die Theorie der Autopoiese zu einer kybernetisierten Soziologie geworden.

Gerade in der kybernetisierten Biologie¹⁾ stellt sich dann auch das folgende Problem von Kontingenz, zu welchem L. (in analoger Anwendung insbesondere der kybernetisierten Biologie von Maturana und Varela) parallel die Kontingenz des Rechts problematisiert : "Comment et à quelles conditions de l'information peut se créer à partir du bruit (hierfür kann man auch Kontingenz oder Indeterminismus oder unreduzierte Komplexität einsetzen)." Das heißt, es muß eine Art "apprentissage sans professeur" geben. Wie können Organismen (oder bei L. soziale Systeme) in einer Umwelt 'sinnvoll' evolvieren, die für sie in keiner Weise vorgeordnet ist, sondern als "bruit" erscheint ?²⁾

Nachdem uns ein neues Evolutionsmodell bei den Biologen auf die teilweise Systemabhängigkeit von Evolution und auf die Frage, wie organische Systeme in einer ihnen apriori unbekanntem Welt ("bruit") evolvieren³⁾, verwies, verwundert es nicht, daß sich die obigen einschlägigen Arbeiten zentral mit der Selbstorganisation (-steuerung) von lebenden Systemen beschäftigen.

Parallel dazu stellt sich für L. das "Kontingenzproblem" von Recht als Problem der "Selbststeuerung" des Rechtssystems, nachdem externe Kontexte (Tradition, Religion, Moral, Vernunft) nicht mehr als prä-determinierend angesehen werden können und zugleich liegt hierin, so scheint es, die Antwort auf das Problem. Zuletzt kehrt dieses Konzept der Selbststeuerung bei L. als Theorie der "Autopoiese" des Rechtssystems in direkter Anlehnung an Maturana und Varela wieder. Die Umwelt, sprich Gesellschaft, erscheint dem Recht daher als "bruit", als unreduzierte Komplexität. Nur es selbst kann Recht produzieren. Da dies

1) Vgl. bei H. Atlan, aaO, S. 25.

2) In diesem Rahmen sind insbesondere die Arbeiten von M. Eigen, J. Prigogine, A. Katzir - Katchalsky, H. Atlan, E. Morin, C. Castoriadis, H. v. Foerster, F. Varela und H. Maturana interessant.

3) Bzw. H. Atlan, aaO, S. 25 drückt es so aus : "Comment et à quelles conditions le hasard peut contribuer a créer de la complexité organisationelle au lieu de n'être qu'un facteur de désorganisation".

in einer Umwelt geschieht, die für es in keiner Weise vorgeordnet ist, muß es lernen sich im somit 'Voraussetzungslosen' zu orientieren.

Im Rahmen dieser Parallelproblematik in der aktuellen Biologie möchte ich noch etwas detaillierter auf analoge Argumentationsstrukturen bei L. und insbesondere H. v. Foerster, H. Maturana und F. Varela eingehen, soweit L. auf diese explizit verweist.

Bei H. v. Foerster geht es darum, wie sich Organismen in einer ihnen unbekannt bleibenden Welt orientieren bzw. wahrnehmen¹⁾. Auch das gehört noch zur Theorie der Erklärung der Evolution lebender Organismen, da die Informationsverarbeitung des Organismus eine der Grundvoraussetzungen für Evolution ist. Foerster faßt dabei kognitive Prozesse --(mangels externer Vorgegebenheit von Erkenntnis handelt es sich hier um sich selbst organisierende Erkenntnis)-- als nie endende rekursive Prozesse des "Errechnens" auf²⁾. Damit ist Realität sozusagen ausgeschaltet, denn Kognition ist daher statt der Errechnung und Beschreibung von Realität die Errechnung von Beschreibungen von Beschreibungen usw.; da Beschreibung bei v. Foerster aber nichts anderes ist als eine Errechnung³⁾, besteht Kognition somit aus Errechnungen von Errechnungen von Errechnungen usw.⁴⁾. Realität fällt hier also heraus. Mit der endlosen rekursiven Errechnung⁵⁾, so hofft v. Foerster, entwickle das lebende System "stabile Eigenzustände", was heißt, daß es herausfindet, was sich in einer unbekannt bleibenden Umwelt bewährt⁶⁾.

Maturana und Varela formulieren das Kontingenzproblem bei der Evolution lebender Organismen in einer Theorie autopoietischer Systeme.

1) Vgl. hierzu H. v. Foerster, Sicht und Einsicht, S. 29ff.

2) H. v. Foerster, aaO, S. 31.

3) H. v. Foerster, aaO, S. 29, das erklärt sich so: "Die Reaktion einer Nervenzelle entkodiert nicht die physikalischen Merkmale des Agens (=Wahrnehmungsgegenstand), das ihre Reaktion verursacht. Es wird lediglich das 'so viel' an diesem Punkt des Körpers entkodiert, nicht aber das 'was'".

4) H. v. Foerster, aaO, S. 31.

5) So die L'sche Beschreibung der von Foerster'schen Theorie, N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie", S. 38.

6) H. v. Foerster, aaO, S. 81ff.

Diese reproduzieren sich selbst aus ihren eigenen Elementen unter Rekurs auf eigene Elemente. Das entspricht strukturell v. Foerster's rekursiver Errechnung von Realität, die man im Grunde als Autopoiese der Erkenntnis (oder weniger anspruchsvoll : Autopoiese der Wahrnehmung) bezeichnen könnte. Diese Theorie soll ebenfalls eine Erklärung für Leben und die Evolution von Organismen liefern, ferner ist auch sie zugleich eine Theorie der Wahrnehmung. Während allerdings v. Foerster's rekursive Errechnung allein schon durch eine unendliche Anwendung von Operationen auf Operationen zu Realitätsgewißheit führen soll, erfolgt Realitätszugang bei Maturana und Varela unter der zusätzlichen Voraussetzung einer naturalen Epistemologie, die von vornherein eine strukturelle Entsprechung der Welt mit den autonomen Weltkonstrukten der Organismen gewährleistet. Ein lebender Organismus ist bei Maturana und Varela allerdings nicht anders als bei v. Foerster ein operativ geschlossenes System, das sich ohne operativen Kontakt mit der Umwelt in dieser gleichwohl orientieren muß.

Sowohl bei Maturana und Varela als auch bei L. ist Folge dieses Konzepts ein eklatanter 'Posthumanismus'. Leben unterscheidet sich bei Maturana und Varela¹⁾ nur durch den Grad der Autonomie von anderen Daseinsformen, und innerhalb der belebten Natur ist der sprachliche, seiner selbst bewußte Geist eine Organisationsstufe, die den Menschen graduell von anderen Organismen abhebt, jedoch nicht fundamental von ihnen unterscheidet. Bei L. besteht analog kein fundamentaler und höchstens gradueller Unterschied zwischen Subjekten und Sozialsystemen²⁾ : Alles, was man seit der Aufklärung dem Subjekt als 'einzig' zurechnete : Erkenntnis und dabei vor allem Selbsterkenntnis, beides ist in L's Begriff "Selbstreferenz" impliziert, ist für L. nur ein "Artefakt der Technik binär schematisierten Beobachtens"³⁾.

1) Vgl. hierzu H.G. Noll über H. Maturana und F. Varela, Der Baum der Erkenntnis, FAZ, 14. April, 1987, S. L 9.

2) T. Schöfthaler, "Soziologie als interaktionsfreie Kommunikation, Niklas Luhmanns leidenschaftlicher Antihumanismus", S. 379 und K. Podak, "Ohne Subjekt ohne Vernunft", S. 740 weisen beispielsweise auf das Posthumane der L'schen Theorie hin bzw. auf die Zuschreibung von allein für das Subjekt gültigen Merkmalen an Sozialsysteme.

3) N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie", S. 45.

Selbstreferenz gibt es nicht nur beim Subjekt¹⁾, sondern kann als allgemeine Struktur der sozialen Welt gesehen werden²⁾. Das Recht z.B. operiert über den binären Schematismus 'recht'/'unrecht', orientiert seine Operationen an dieser Unterscheidung, mit der es Welt, die es als Unterscheidung Welt/System (es selbst) sieht, wiederum unterscheidet. Es kann somit wie das Subjekt 'seiner selbst bewußt sein', bzw. seine eigene Identität beobachten : Dies tut es im Fortlaufen seiner Operationen, die auf der Unterscheidung es selbst/Umwelt beruhen; es beschreibt so in jeder Operation die eigene Identität.

Man findet bei L.³⁾ ferner auch Querhinweise auf F. Nietzsche, M. Heidegger und J. Derrida. Es handelt sich hier jeweils um die Konstatation der Auflösung der traditionellen "Subjektphilosophie" seit Descartes, die ihren letzten Kulminationspunkt in Hegel hatte. L. nennt dabei Nietzsche, Heidegger und Derrida in einem Atemzug mit Wittgenstein und Gödel. Allen sei gemeinsam, daß Paradoxievermeidungsstrategien für vergeblich gehalten werden. Um Paradoxe geht es bei Nietzsche, Heidegger und Derrida nicht explizit, man kann allerdings in der Folge der Auflösung von Dichotomien dort selbstreferentielle Argumentation beobachten, die zu Paradoxien, zur Auflösung von Ursprüngen, zu einer grundsätzlichen Unaufgelöstheit bzw. Un'aufgehobenheit' führt⁴⁾.

1) Bzw. A. Febbrajo spricht davon, daß L. ein Faktum, das eigentlich für Individualsysteme gilt, einfach auf Sozialsysteme überträgt, Vorwort zu N.L., Sociologia del diritto, S. XIV, bzw. er spricht von "antropomorfizzazione dei sistemi sociali".

2) N.L., aaO, S. 45 sagt " (...) (es) wird der Begriff der Selbstreferenz generalisiert zu einer Seinsbeschreibung schlechthin."

3) Z.B. N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie", S. 46.

4) Vgl. z.B. F. Nietzsche bei J. Habermas, Der Diskurs der Moderne, S. 306 : "Denn der Ursprung der historischen Bildung -(...)- dieser Ursprung muß selber wieder historisch erkannt werden; die Historie muß das Problem der Historie selbst auflösen; das Wissen muß einen Stachel gegen sich selbst kehren - dieses dreifache 'Muß' ist der Imperativ des Geistes der 'neuen Zeit'"; oder vgl. F. Nietzsche bei G.C. Spivak,

(Footnote continues on next page)

Diese Auflösung von Gegensatzdenken läßt sich in einer Denklinie von Nietzsche bis Derrida nachvollziehen.

Bei Nietzsche stellt sich ein Problem von Kontingenz (Entwertung aller Werte) (entspricht der Kontingenz des Rechts bei L.) einerseits nach dem von ihm beschriebenen "Tod Gottes" und andererseits im Zusammenhang mit einer von ihm vorgenommenen demaskierenden Vernunftkritik¹⁾ (entspricht dem Untergang einer Begründung des Rechts in einer göttlichen Ordnung und in der Subjektvernunft bei L.) . Die Theorie eines in allem Geschehen sich abspielenden Machtvollens bietet den Rahmen, in dem Nietzsche erklärt, wie die Fiktion einer Welt des Seienden und des Guten entstehen, wie Metaphysik, Wissenschaft und das Ideal der Askese im Innersten eigentlich dem Willen zur Macht verdankt sind. Dementsprechend inthronisiert er das "Ja und Nein des Gaumens" als Organ einer Erkenntnis jenseits von Wahr und Falsch, jenseits von Gut und Böse.

Heidegger, der insbesondere in seinem Spätwerk den von Nietzsche erneuerten Dionisos-Mythos auf die Leinwand einer Metaphysikkritik projiziert²⁾ sieht die moderne Subjektphilosophie, die nach ihm bei

(Footnote continued from previous page)

"Translator's Preface", S. xxvii : "How far the perspective character of existence extends or indeed whether existence has any other character than this; whether existence without interpretation, without 'sense', does not become 'nonsense'; whether, on the other hand, all existence is essentially an interpreting existence (ein auslegendes Dasein) -- that cannot be decided even by the most industrious and most scrupulously conscientious analysis and self-examination of the intellect; for in the course of this analysis the human intellect cannot avoid seeing itself in its own perspective forms, an only in these. We cannot look around our own corner."

1) J. Habermas über F. Nietzsche, aaO, S. 119.

2) So M.C. Taylor über M. Heidegger, "Descartes, Nietzsche, And The Search for the Unsayable", New York Times Book Review, February 1, 1987, p.3, col. 1. Für Heidegger war Nietzsche der letzte Metaphysiker des Westens, da er noch die Frage : "What is the being of the entity" stellte, vgl. bei C.G. Spivak, aaO, S. xxxlii. Die Antwort lautete, der Wille zur Macht, vgl. bei G.C. Spivak, ebenda.

Descartes beginnt und mit Hegel endet, als ¹⁾ "an exercise of 'the will of power' in which man 'exalts himself to the posture of lord of the earth. In this way the impression comes to prevail that everything man encounters exists only insofar as it is his construct". Er behauptet damit, daß die Subjektphilosophie zu einem "totalisierenden" Denken führe, das alle Unterschiede unterdrücke "and leads also to a system of technology which, in its quest to control the whole earth, threatens annihilation in a nuclear holocaust"²⁾. Konsequenz ist : "To overcome the nihilism that lies at the heart of modern humanism, it is necessary to deconstruct the constructive subject by thinking what Heidegger claimed philosophers have never adequately thought --difference and otherness."³⁾

Hieran läßt sich Derrida anschließen, der gerade dieser Aufgabe sein Werk gewidmet hat ⁴⁾ (allerdings nicht um den von Heidegger beschriebenen Nihilismus zu überkommen).

Wir wollen jedoch zunächst einen 'Umweg' über Nietzsche nehmen. Man kann insbesondere die folgende Textpassage Nietzsches als Anknüpfungspunkt Derridas und Heideggers an Nietzsche deuten : "How far the perspective character of existence extends or indeed whether existence has any other character than this; whether existence without interpretation, without 'sense', does not become 'nonsense'; whether, on the other hand, all existence is not essentially an interpreting existence (ein auslegendes Dasein) --that cannot be decided even by the most industrious and most scrupulously conscientious analysis and self-examination of the intellect; for in the course of this analysis the human intellect cannot avoid seeing itself in its own perspective forms, and only in these. We cannot look around our own corner."⁵⁾ Derrida knüpft nun nicht nur an dies von Nietzsche formulierte Problem, sondern

1) So M.C. Taylor, ebenda.

2) M.C. Taylor über M. Heidegger, aaO, p. 3, col. 2.

3) M.C. Taylor, ebenda.

4) So M.C. Taylor, aaO, p.3, col. 2.

5) F. Nietzsche bei G.C. Spivak, aaO, S. xxvii.

auch an die Art Nietzsches mit ihm umzugehen, an¹⁾. Eine der Grundstrategien des Umgehens mit diesem Problem war bei Nietzsche die Aufhebung und aneinander Annäherung von Gegensätzen. Dies beschreibt G.C. Spivak einleuchtend : "If one is always bound by one's perspective, one can at least deliberately reverse perspectives as often as possible, in the process undoing opposed perspectives, showing that the two terms of an opposition are merely accomplices of each other."²⁾ Das wirkt sich bei Nietzsche auch für das Subjekt/Objekt Verhältnis aus : "No, (objective) facts are precisely what there is not, only interpretations. We cannot establish any fact 'in itself'. (...) 'Everything is subjective', you say; but even this is interpretation. The subject is not something given, it is a superadded invention, stuck on to the tail (etwas Hinzu-Erdichtetes, Dahinter-Gestecktes)."³⁾ Derrida schließt unmittelbar an diese Auflösung von Gegensätzen an : "We could thus take up all the coupled oppositions on which philosophy is constructed, and from which our language lives, not in order to see opposition vanish but to see the emergence of a necessity such, that one of the terms appears as the difference⁴⁾ of the other, the other as "differed" within the systematic ordering of the same. (...) In Nietzsche, these are so many themes that can be related with the symptomatology that always diagnoses the evasion and ruses of anything disguised in its difference."⁵⁾ Wenn nun ein Begriff in einem Text ebenso gut an sein Gegenteil angenähert werden kann, dann steht dieser Text sehr unterschiedlichen Interpretationen offen. Man kann sich vorstellen, daß wenn solche Extremfälle denkbar sind, jeder Text "carries within itself the trace of a perennial alterity (Andersheit)".⁶⁾ "The sign cannot be taken as a homogeneous unit bridging an origin (referent) and an end (meaning), as 'semiology' the

1) Es ist für das, was ich zeigen möchte, nicht mehr nötig, auf Derridas Anknüpfen an Husserl und Freud einzugehen.

2) G.C. Spivak, aaO, S. xxviii.

3) F. Nietzsche bei G.C. Spivak, aaO, S. xxviii.

4) Der Begriff difference beruht auf einem bewußten spelling mistake.

5) J. Derrida bei G.C. Spivak, aaO, S. xxix.

6) Vgl. bei G.C. Spivak, aaO, S. xxxix.

study of signs, would have it. The sign must be studied 'under erasure', always already inhabited by the trace of another sign which never appears as such."¹⁾ Jeder Text kann insoweit 'dekonstruiert' werden, auf beliebig viele Interpretationsmöglichkeiten hin untersucht werden. Dabei verweist uns Derrida, und hier knüpft er an Heidegger an, insbesondere auf das im Text Ausgeschlossene, Abwesende, Andere, 'la différance' bzw. er nennt es auch 'la dissémination'²⁾. Das Abwesende spielt bei Heidegger eine Rolle, wenn man nicht mehr die Frage nach dem 'Sein' stellt, das bei ihm gerade 'Anwesenheit', 'Vorhandenheit' impliziert. In einem auf Nietzsche bezogenen Sinn bedeutet der Einbezug des Ausgeschlossenen bei Derrida insbesondere: "Difference invites us to undo the need for balanced equations, to see if each term in an opposition is not after all an accomplice of the other".

Derrida stellt also in der Folge von Nietzsche und Heidegger auf eigene Art fest, daß der Tod Gottes die Welt in eine Krise bringt und auch die Subjektphilosophie 'abgewirtschaftet' hat. Während es sich bei Nietzsche um ein "cut away of the ground of knowledge" handelt und bei Heidegger um eine Elimination der Frage nach dem Sein, hat Derrida sich zur Aufgabe gemacht, "to deconstruct the privilege of the written word"³⁾. Er antwortet dabei nicht, wie andere, auf den Verlust von Sicherheit, indem er versucht, diese zu kompensieren (Popper) oder zu ersetzen, so z.B. durch Absolutsetzung der Sprache unter der Voraussetzung der Möglichkeit "intersubjektiver Gewißheit", die auf⁵⁾ gleichverstandener Bedeutung beruht (polemische Sicht des Strukturalismus⁶⁾). Er kritisiert (parallel zu Foucault) gerade den Strukturalismus⁷⁾, dessen "faith in the rational structure of

1) Vgl. So J. Derrida bei G.C. Spivak, aaO, S. xxxix.

2) Différance und dissémination sind dabei nicht vollkommen bedeutungsgleich.

3) Derrida gibt dem 'Geschriebenen' ('writing') den Vorzug vor dem Phonetischen, dem Gesprochenen.

4) Vgl. bei G.C. Spivak, aaO, S. 1.

5) in einem relativen Kontext.

6) Als Vertreter des Strukturalismus sind hier z.B. Saussure, Troubetzkoy, Lévi-Strauss interessant.

7) Vgl. bei M.C. Taylor, aaO, p.3, col.2.

subjectivity and its products reflects a continuing commitment to the modern philosophy of the subject". Denn es kommt bei ihm das in den Blick, was jenseits der Sprache liegt, das "Unsagbare", das, was im Diskurs ausgeschlossen oder unterdrückt wurde, das Andere, die différance. Diese différance, die das Unsagbare ist, jenseits der Sprache liegt, und deren Präsenz paradoxerweise in einem "Nichts" besteht, macht jede Interpretation eines sprachlichen Sinnzusammenhangs unvollständig und verhindert jedes adäquate Verständnis.¹⁾ Damit übernimmt der Poststrukturalist Derrida die strukturalistische absolute Relativierung einer von der traditionellen Subjektphilosophie noch behaupteten absoluten Gewißheit von der Welt und geht noch über die einschränkenden Annahmen des Strukturalismus, bei dem Wahrheit zu bloßer in Sprache inkarnierter intersubjektiver Gewißheit geworden ist, hinaus, indem er auch diese noch in Frage stellt. Bei Derrida wird dementsprechend "truth the kind of error, without which a certain species of living being could not live". Derrida sichert sich nun darüberhinaus gegen jede Einführung einer Rekonstruktion nach der Dekonstruktion ab. Die Dekonstruktion darf nicht dazu führen, "to reappropriate the text actively through mastery, to show the text what 'it does not know'", womit der den Text Interpretierende, zumindest in einem relativen Kontext, wieder behaupten würde, daß er meint, was er sagt. Denn derjenige, der einen Text dekonstruiert, muß damit rechnen, daß auch sein Text wieder dekonstruiert werden kann. Das führt zu einer "open-ended indefiniteness of textuality"²⁾. "We are intoxicated with the prospect of never hitting bottom."³⁾ M.C. Taylor⁴⁾ sagt dementsprechend, daß, was Derrida unternahme, "is a dangerous game in which certainty is impossible and error unavoidable. Mr. Derrida exposes

1) Unserer Ansicht nach liegt hier im Grunde die Beschreibung einer neuen Ungewißheit vor, die nach dem Tod Gottes nicht mehr als Tod Gottes beschrieben werden kann, sondern höchstens noch als Ende des Strukturalismus.

2) Vgl. J. Derrida bei G.C. Spivak, aaO, S. lxxvii.

3) Ebenda.

4) M.C. Taylor, aaO, p.2, col.3.

the impossibility of all final solutions(...)by keeping us open to difference and aware of an other we can never master."

Bei L. findet strukturell eine Parallelargumentation zu Derrida, die gerade über Derridas Anknüpfen an Heidegger und dessen Anknüpfen an Nietzsche klar wird, bezüglich des 'Einbezugs des Ausgeschlossenen' statt. Zur Verdeutlichung mag folgendes Einzelbeispiel dienen : Gerade ein von der Rechtsordnung abweichendes Verhalten, das im Licht der Rechtsordnung als 'Nicht-Recht' bzw. Unrecht erscheint, kann bei einer positiven Rechtspolitik als Orientierungskontext von Rechtsentscheidungen dienen, da nichts apriori Recht und nichts apriori Unrecht sein kann. Oder auf abstrakterer Ebene ist die L'sche Ansicht, Recht sei mit "gleichem Recht" sowohl Recht als auch Unrecht, welches letztere man nicht mehr einfach "aus dem System verweisen könne", ein solcher Fall des Einbezugs des ehemals durch das Naturrecht Ausgeschlossenen, nach dem Untergang einer Begründung des Rechts in einer göttlichen Weltordnung und auch nach dem Untergang des auf Vernunft begründeten Naturrechts.

Die Verbindung zu dem sich von der Relativitätstheorie über die Metamathematik zur modernen Biologie durchziehenden strukturell gleichen Problem von Wechselwirkungen, Überschneidungen der Subjekt- mit der Objektebene kann man hier darin sehen, daß ebenfalls das Subjekt kein Zentrum und keinen Fixpunkt mehr darstellt, von dem aus die Welt zuverlässig erfaßt werden könnte und darin, daß Dinge nicht mehr als mit sich selbst identisch gedacht werden können, sondern sich mit Kontexten wandeln.

3) STRUKTURELL ANALOGE ANTWORTEN AUF DAS PROBLEM DER 'AUFLÖSUNG ALLER FIXPUNKTE' BEI L. UND IN ANDEREN DISZIPLINEN.

Mir sind im Rahmen der oben skizzierten Probleme in anderen Bereichen insbesondere drei als typisch erscheinende Antworten auf dies Problem sich auflösender Fixpunkte aufgefallen.

1. Es bestehen einesteils Versuche, die einstige Sicherheit wieder zurückzugewinnen; das ist allerdings die Ausnahme und stößt auf noch nicht absehbare Schwierigkeiten.

Einstein und andere Physiker hofften nach der Quantenmechanik auf eine Theorie, die eine "Reobjektivierung" der in Beobachterperspektiven zerfallenden Welt, eine weniger indirekte Beschreibung der Realität erbrächte¹⁾. Diese Hoffnung auf eine Lösung, die sich wieder im Rahmen des traditionellen Objektivitätsverständnisses hält, setzt voraus, daß die sich aktuell darstellende Unsicherheit nur auf Informationsmankos beruht, auf einem zur Zeit ungenügenden Wissensstand, daher nicht eine eigentliche, prinzipielle Unsicherheit ist, sondern nur als solche momentan so erscheint²⁾.

2. Andererseits sucht man keine Sicherheit mehr, sondern konstatiert und untermauert vielmehr ihren Verlust, indem man beispielsweise an Obiges anschließend, bzw. dies anders interpretierend, sagt : Es gibt keinen privilegierten Beobachter, alle Perspektiven sind gleichberechtigt. Dieser Ansicht war z.B. (in anderem Zusammenhang) Wittgenstein nach dem "Tractatus"; die einstmals (noch bei Hegel) absolute subjektive Gewißheit wurde bei ihm zu einer kontextdependenten, nur mehr situativen (allerdings noch intersubjektiven) Gewißheit. Bzw. der französische Poststrukturalismus (z.B. Derrida, Lyotard)³⁾ vertritt auf dieser 'Basis' die Ansicht einer noch weitergehenden Relativität der Diskurse infolge der zusätzlichen Annahme der grundsätzlichen 'Nichtausschließbarkeit' von Irrtümern (das entspricht einer Beseitigung auch noch der Figur der 'intersubjektiven Gewißheit'). Daß neue

1) Vgl. W. Schulz, Philosophie in der veränderten Welt, S. 113-137 und 107 zum Verlust der Objektivität des Weltbildes im Rahmen der Quantenmechanik; vgl. ferner F.v. Weizsäcker, Zum Weltbild der Physik, S. 33 und 43, der zeigt, daß sich hiergegen namhafte Physiker sträubten, unter ihnen Planck, Schrödinger und Bohm, und vgl. A. Einstein, aaO, S. 68, 69.

2) Vgl. P. Munz, aaO, S. 233, bietet ein Parallelbeispiel : "Or take the second law of Thermodynamics. Since the increase in entropy stipulated by the second law is an increase in disorder and randomness, it looks as if the increase in entropy is not objective but merely the result of our ignorance, of our inability to keep track of ever-more seemingly random movements of molecules. The faster and more randomly they move, the greater our ignorance of the system. Hence it looks, as if there is no increase in entropy at all; but merely an increase in our ignorance."

3) Vgl. hierzu D. Hoy, "Jaques Derrida", S. 44ff zu Derrida's "Pluralität der Interpretationen".

Sicherheiten nicht geboten werden, führt aber nicht zu absoluter Beliebigkeit, sondern zur Ausfüllung der 'Lücke' durch situative, faktische Konstellationen¹⁾. Selbst aus dem Abgrund von Unentscheidbarkeiten bei Derrida scheint "a plural style" als 'positive' Konsequenz auf.²⁾

Diese Folgerung hat zur Konsequenz, daß man die Frage nach Wahrheit gar nicht mehr stellt³⁾, bzw. daß man Wahrheit als eine Kette von Mythen sieht⁴⁾. Gerade der Mythos behauptet auf der einen Seite etwas sich gleich Bleibendes --er behandelt das Gegenwärtige als bloßen Fall des Immergleichen⁵⁾--, ist aber auf der anderen Seite nicht 'real', sondern eine zu einer bestimmten Zeit erfundene Geschichte. Wissen wird damit historisch, relativ, situativ oder im Fall des Poststrukturalismus gar unmöglich. So kann man auch die Beobachtungen in der Quantenphysik interpretieren. Damit ist der historische, lokale Kontext determinierend. Insoweit stimmen selbst Popper und Wittgenstein überein⁶⁾. Nur bei Popper gibt es im Unterschied zu Wittgenstein und zum Poststrukturalismus auch einen Zusammenhang zwischen den jeweils zeitbedingten Wissensformen (so ebenfalls v. Weizsäcker). Dieser Unterschied bedingt, daß ich Popper und viele philosophische Deutungen der Quantenmechanik einem anderen Antwortmodus zurechne (siehe unten 3.). Die Ausgangspunkte von Theorien werden bei der Annahme von 2. mehr oder weniger willkürlich. Die Frage nach der Rechtfertigung von Wissen kann man nicht mehr stellen.

3. Eine dritte Art der Lösung liegt ferner 'jenseits' dieser beiden Antworttypen 1. und 2. . Sie könnte meiner Ansicht nach so formuliert werden : 'Wie kann man die Tatsache des 'Ohne-definitive-Antworten-leben

1) J.F.Lyotard, La Condition Postmoderne, S. 88ff.

2) Vgl. C.G. Spivak, aaO, S. xxix, in Anlehnung an Nietzsche.

3) Vgl. D. Hoy, aaO, S. 60 über Derrida : "The textual undecidability (Derrida's) precludes raising questions about truth".

4) Vgl. hierzu z.B. P. Munz, aaO, S. 282.

5) Vgl. A. Wellmer, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne, S. 146 : "(...)sei es als Wiederholung immer wieder geschehender archetypischer Vorgänge(...), sei es als ein durch allgemeine Gesetzmäßigkeiten determiniertes Ereignis."

6) Vgl. bei P. Munz, aaO, S. 289.

Müssens' operativ nützen. Das wäre eine Lösung, die nach einer neuen 'Realitätsgewißheit' sucht, jenseits alter Objektivitätsvorstellungen. Hierzu rechne ich die Vorschläge der genannten Biologen. Ihre vorläufige Antwort lautet, wie ich bereits andeutete : 'Autoreproduktive Selbstorganisation' von Erkenntnis und vitaler Reproduktion, die bei Maturana und Varela mit der Voraussetzung einer naturalen Epistemologie kombiniert wird. Auch Popper's "hypothetical realism" oder "realism without empiricism"¹⁾ könnte man als operative Umsetzung des Gedankens vorausliegender Unsicherheit interpretieren, ebenfalls in dem Sinne, daß eine absolute Reobjektivierung nicht mehr möglich ist, aber statt dessen doch immerhin eine "Annäherung an Wahrheit"²⁾. Die Quantenmechanik findet zu einer neuen 'Realitätsgewißheit', indem man in ihr davon ausgeht, daß die statistische Messung des "Zustandes" weder bedeutet, daß der Zustand, wie in der klassischen Physik an sich bestünde, noch einer rein subjektiven Deutung entspricht, sondern die Angabe eines Wissens beschreibt, das nichts darüber aussagt wie der Zustand ist, wenn wir ihn nicht beobachten. Dies Wissen gibt an, was gemessen worden ist, und zweitens, welche Folgerungen daraus auf den Ausfall jeder anderen möglichen Messung gezogen werden können.³⁾ Dieses Umgehen mit Unsicherheit kann man als Technik interpretieren, mittels derer die Unmöglichkeit eines absoluten apriori-Wissens kompensiert wird. Zwar war schon für den traditionellen wissenschaftlichen Positivismus (Empirismus) apriori-Wissen entbehrlich. Nach ihm sieht man die Dinge so, wie sie unserer direkten Wahrnehmung gegeben sind; die Frage eines Wissens apriori stellt sich daher gar nicht. Dieser 'naive' Positivismus wurde aber (spätestens seit der Quantenphysik) unplausibel, auch wenn die empirischen Wissenschaften grundsätzlich weiterhin so vorgehen, als ob diese Gleichung zwischen Wahrnehmung und Welt gälte und diese Fiktion wie die Zeiteinteilung funktioniert. (Für den Spezialfall eines mechanischen Weltbildes, das allerdings immer schon auf Idealisierungen beruht, mag das noch

1) So D. Campell bei P. Munz, aaO, S. 242 über Popper.

2) Vgl. hierzu z.B. K. Popper, Logik der Forschung, S.211ff und S. 15.

3) Vgl. F. v. Weizsäcker, Die Einheit der Natur, S. 155, 156.

ausnahmsweise gelten). Ferner bildete sich eine überwiegende Meinung in Philosophie und Logik gegen den Wissenschaftspositivismus, die ihr Argument darauf stützte, daß mit der positivistischen Position z.B. Sätze der Mathematik und Logik nicht erklärt werden könnten; denn die Sätze der Mathematik seien Tautologien, die keine Aussagen über die reale Welt machten und sich dennoch auf die Realität bezögen; es handele sich also um wahre Sätze, die sich auf die reale Welt beziehen, obgleich wir dies nie direkt in Erfahrung bringen können¹⁾. Daraus könne man schließen, daß sie uns unabhängig von der Wahrnehmung gegeben sind, was für Kant auf ein Wissen apriori verwies, ein Wissen "vor aller Wahrnehmung" und zunächst in gewissen statischen und damit absoluten Kategorien der Vernunft des Subjekts lokalisiert wurde. Dies absolute apriori-Wissen wurde, wie ich zeigte, ebenfalls im Rahmen der Quantenphysik, erschüttert.

Für K. Popper und die Biologen scheint das keine 'katastrophalen' Folgen zu haben; sie wollen zeigen, daß "das Problem der Objektivität gar nicht gelöst zu werden braucht"²⁾ und gleichen die sich ergebende vorausliegende Ungewißheit durch : a) die Ermittlung eines sich bewährenden Wissens über Negativfeststellungen im Nachhinein (Popper); b) die Erklärung des apriorischen Wissens als phylogenetisch aposteriori (eine naturale Epistemologie) aus.

a) Nach Popper werden, wie ich zeigte, beliebige Theorieentwürfe durch "error elimination" im Nachhinein sozusagen (relativ) 'richtig' (oder 'falsch'). Es handelt sich also (noch) um eine Annäherung an Wahrheit über "error elimination"³⁾. Dabei "(...)experience plays a negative, eliminatory role, it falsifies wrong conjectures"⁴⁾, verbunden mit "the rational reasoning which leads to error elimination"⁵⁾. Popper setzt so an die Stelle des alten "Idols" eines

1) Vgl. H. Mohr, "Evolutionäre Erkenntnistheorie", S. 3 unter Hinweis auf Ayer, Language, Truth and Logic. Hier gibt es allerdings auch Gegenmeinungen.

2) So P. Munz über Popper, aaO, S. 237.

3) K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 15.

4) P. Munz über Popper, aaO, S. 243.

5) P. Munz, aaO, bzw. vgl. K. Popper, Die Logik der Forschung, S. 213.

apriori ermittelbaren absoluten Wissens, dessen Sturz einen Abgrund des Indeterminismus aufreißen muß¹⁾, ein im Nachhinein ermittelbares, relativ absolutes Wissen²⁾, das die Chance eines "growth of knowledge" impliziert. Will man hier wissen, inwiefern eine argumentationsstrukturelle Parallele zu dem Problem einer Veränderung des Beobachteten durch den Beobachter besteht, so ist auch bei Popper die so beschriebene Relativität des Wissens Resultat des sich mit der Beobachtung verändernden Beobachteten. Das heißt, die Beobachtung, die das Beobachtete verändert, geht in die wissenschaftlichen Aussagen ein und bedingt deren Relativität.

b) Die von mir im folgenden zu skizzierende naturale Epistemologie z.B. Maturana's oder Varela's³⁾ 'löst' das Problem eines unmöglichen apriori-Wissens so : Nach ihr besteht eine Korrespondenz zwischen "statements" und "world" sozusagen 'von Natur aus', da auch das Denken zur Welt gehört, mit dieser evoluiert und daher an diese durch eine von 'Vornherein-Gewährleistung' des adäquaten Verständnisses von Welt

1) Vgl. insbesondere K. Popper, *The Open Universe*, S. 87-130 und das dortige Plädoyer für die Weltsicht des Indeterminismus, zumindest im Bereich der empirischen Wissenschaften. Diese Annahme erscheint hier gerade nicht als bedrohlich, sondern ist mit immensen Vorteilen verbunden; insbesondere sind auf dieser Grundlage bestimmte Phänomene in der Physik plausibler erklärbar als bei einer zugrundegelegten deterministischen Weltsicht; Beispiele auf S. 96. Die Wahrscheinlichkeitsrechnung führt beispielsweise einen Deterministen zu unlösbaren Erklärungsproblemen, (S. 100,101), insbesondere dann, wenn er versucht das, was als nur wahrscheinliche (statistische) und daher zufällige 'Verteilung' aussehen mag, nicht durch andere Wahrscheinlichkeitsaussagen, sondern eine deterministische Theorie ('verborgene Parameter') zu beschreiben. Popper zitiert hier A. Lande (S.101, entspricht A. Lande, "Probability in Classical and Quantum Theory", *Scientific Papers Presented to Max Born*, 1953, S. 58ff und *Foundations of Quantum Theory*, 1955, S. 3ff.) "A distribution of (solcher für den Deterministen nur scheinbarer random-) effects satisfying the (...) error theory requires, (...) from the determinist's viewpoint, a corresponding random distribution of causes at an earlier time. A programme of giving a strictly deterministic theory of statistically distributed events leads nowhere."

2) Vgl. K. Popper, *Die Logik der Forschung*, S.225,226.

3) Auf v. Foerster's Realitätsberechnungen, die durch eine Anwendung von internen Operationen auf interne Operationen ad infinitum zu stabilen Eigenzuständen führen sollen, bin ich in Kapitel 2, 1), A), CC), bb), eee) eingegangen.

adaptiert ist. Dies adäquate Weltwissen ist genetisch in der Erkenntnis angelegt. Was daher als Wissen apriori erscheint, ist phylogenetisch aposteriori. Wir sehen damit die Welt, 'wie sie ist', und zugleich ist Erkenntnis dennoch subjektrelativ.¹⁾ Diese Annahme ermöglicht beispielsweise die Vorstellung, daß ein Organismus, dessen Wahrnehmung nur durch Rekurs auf selbstkonstituierte 'Berechnungen' funktioniert, in einer ihm apriori unbekanntem Umwelt dennoch Realitätsgewißheit erlangt. Mit Hilfe ferner einer internalisierten Unterscheidung von System und Umwelt gelingt es dem System Irritationen und Störungen aller Art unterzubringen. Denn durch diese interne Unterscheidung kann es überhaupt von sich selbst unterscheiden, was Umwelt ist. Informationen gewinnt es also auf folgende Weise : Das System beobachtet sich selbst mit Hilfe der Unterscheidung System/Umwelt auf der Grundlage seiner der Umwelt strukturell entsprechenden, selbst erzeugten Bilder seiner Wahrnehmung (niemals : die Umwelt unmittelbar). Wie dies mit dem quantentheoretischen Problem der Veränderung der Beobachtung durch den Beobachter verknüpft ist, haben wir bereits gesehen. Die in der Quantenphysik auftretenden Beobachtungsprobleme führten zu einem einige Biologen gerade zu einer Beobachtung des Beobachters, was auf eine empirische Fundierung der Bedingungen von Erfahrung hinausläuft. Zum anderen stellt das Modell der autopoietischen Selbstorganisation von Leben und Wahrnehmung bereits eine direkte Operationalisierung des durch die Beobachtung veränderten Beobachteten dar.

Gegen den von Maturana und Varela vertretenen Standpunkt der naturalen Epistemologie kann man freilich einwenden, daß es sich hierbei um eine schlicht nicht nachweisbare Behauptung handelt, die deshalb so berechtigt wie unberechtigt ist, oder um eine quasi-positivistische Negation der Probleme der klassischen Erkenntnistheorie.

1) Vgl. hierzu z.B. H. Mohr, aaO, S. 3 : "(...)daß sich unser Denken an die realen Strukturen der Welt angepaßt hat. Die Selektion hat für uns die der Natur gemäßen Denkmuster ausgelesen." S. 4 : "(...)deshalb können wir im Einvernehmen mit den Strukturen der Welt richtig denken". S. 5: "Dies Wissen ist genetisch verankert". Damit ist praktisch unser apriorisches Wissen zu einem aposteriorischen geworden; was eine Vermittlung von Empirismus (Realismus) und Rationalismus (Idealismus) bedeutet; die ehemalige Kontroverse wird damit zu einem Scheinproblem.

a) und b) ersetzen merkwürdigerweise beide Apriorität durch 'Apriorität aposteriori'.

c) Der allgemeine Formalismus der Quantenmechanik beschreibt unser Wissen über ein Objekt durch die Angabe einer abstrakten Funktion, aus der die Wahrscheinlichkeit für jeden möglichen Ausfall jedes möglichen Experiments vorausgesagt werden kann. Jede Beobachtung liefert ein anschauliches Ergebnis. Wir können nur eines nicht mehr : die einzelnen Anschauungsfragmente zum Modell einer an sich seienden Natur zusammenfügen. Ihre nicht-traditionelle Lösung des Problems liegt daher in einem mehrwertigen Wahrheitsbegriff, in dem eine Aussage neben den Wahrheitswerten 'wahr' und 'falsch' den Wahrheitswert 'unbestimmt', und zwar mit der und der Wahrscheinlichkeit, wahr zu sein, haben kann.¹⁾ Der Beobachter, der die Beobachtung verändert, geht somit unmittelbar in die Aussagen der Quanten'logik' ein.

Es gibt also zumindest drei zeitgenössische Antworten auf die mit der Auflösung von Fixpunkten entstehende Ungewißheit : "Reobjektivierung" (so z.B. Einstein's Hoffnung auf eine noch traditionelle Antwort); die Antwort, man solle es doch lassen, nach Antworten zu suchen, die auf Kontexte der beliebigen faktischen Ausfüllung der entstandenen 'Lücke' verweist und eine Antwort und zugleich keine darstellt; und den Versuch der 'Operationalisierung' der Erkenntnis, daß es keine im Vorhinein festliegenden, absolut wahren Antworten gibt, und so eine 'nicht-traditionelle' Lösung des Ungewißheits- bzw. Unwahrscheinlichkeitsproblems.

Ob man nun die Möglichkeit unter 1., 2. oder 3. wählt, hinter eine Tatsache kann man nicht mehr zurück : Die sich zumindest aktuell überall auftuende Ungewißheit, die sich als Nicht-Determinierbarkeit apriori oder Nicht-Determinierbarkeit eines absolut Wahren, eines so und nicht anders Seienden darstellt. Für 1. ist dies, wie wir sahen, ein vorübergehender Zustand, der auf aktuellen Informationsmankos beruht, für 2. und 3. ist es ein Dauerzustand, für 3. eine Herausforderung zu

1) Vgl. F. v. Weizsäcker, *Das Weltbild der Physik*, S. 88.

'nicht-traditionellen' Lösungen der sich damit ergebenden Orientierungsprobleme.

L., der meiner Interpretation im Hauptteil nach das gleiche Problem der apriori 'Nicht-Determinierbarkeit' von Prinzipien bzw. der Kontingenz schwerpunktmäßig in bezug auf das moderne, positive Recht in modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaften anspricht, läßt sich nach meiner Analyse im Hauptteil unter 2. und 3. subsumieren; denn es bestehen hier folgende Gemeinsamkeiten in der Struktur der Argumentation :

Zu 2. : L. lehnt Naturrecht, das die Frage nach einem 'richtigen' Recht stellt, so wie in anderen Disziplinen nach dem 'Wahren' gefragt wird, als Rechtsquelle, unter Einbezug der in ihm implizierten Wesensmetaphysik, ab. Naturrecht ist für ihn eine Fiktion, ein abendländischer Mythos, insbesondere aufgrund der in ihm implizierten Invarianz von Werten, die ein Sich-Identischbleiben, und das bedeutet nicht zuletzt auch Identitätsdenken, voraussetzt. Fragen nach der Richtigkeit von Recht bzw. Fragen nach letzten Gründen von Recht ergeben nach ihm keinen Sinn mehr, da Gründe allenfalls schlecht verhüllte Tautologien sind und das positive Recht eigentlich ist, was es ist bzw. nirgendwoher als aus sich selbst begründet und geschaffen wird. Was aber nun auf den ersten Blick als dilemmatische Situation erscheint, der Verlust aller absoluten Werte (oder anders ausgedrückt, aller privilegierten Beobachterstandpunkte), die Unmöglichkeit einer Gewißheit apriori, eröffnet auf den zweiten Blick auch bei L. ganz neue Perspektiven der 'Bestimmung' des Rechts. Determinierend werden auch bei L. zunächst der lokale Kontext und die Zeit. Ganz dementsprechend sagt L.¹⁾, daß bei ihm "wie von selbst Strukturen, historische Bedingtheit, Interessen in den Blick kommen". Damit verweist bei L. ferner gerade eine demgemäße empirische Betrachtung des Rechtssystems auch auf faktische Beweggründe und Hintergründe positiver Rechtssetzung bei Kontingenz, wie latente Ursachen oder allgemein nicht gebilligte Motive,

1) Brief vom 24.11.87.

wie das opportunistische Ausgerichtetsein von Politikern auf die Wiederwahl. Ferner zieht auch L.¹⁾ aus absoluter Kontingenz die 'Positivfolge' einer pluralistischen Interessenberücksichtigung.

Zu 3. a) : Als spezifische Technik des Umgehens mit Ungewißheit konnte bei L. eine Orientierung der Rechtspolitik an Folgen ihrer Entscheidungen mit einigen Querverweisen auf K. Popper²⁾ gelten. Was gegen Popper hätte eingewandt werden können, kann man jedoch nicht gegen L. einwenden. Die Sache liegt hier einfacher. Man muß nicht wie bei Popper diskutieren, inwiefern die erfolgreiche Überprüfung von Hypothesen eine Übereinstimmung von "world" und "mind" voraussetzt, die z.B. einen Rückfall in das Denken eines nicht mehr akzeptablen, naiven Wissenschaftspositivismus bedeutet, sondern das politische System hat bei L. beispielsweise spezifische Indikatoren für den Erfolg oder Mißerfolg seiner Entscheidungen, die eine bestimmte Politik bestätigen oder 'falsifizieren'. Spätestens bei der nächsten Wahl wird sich Erfolg oder Mißerfolg zeigen (das von L. vorgeschlagene Amt für Folgenmeldung wäre freilich ein noch viel differenzierterer Indikator als die pauschal erteilte Zustimmung oder Ablehnung bei der politischen Wahl).

Positives Recht wird damit bei L. "durch Rücknegierbarkeit gehalten, über deren Aktualisierung in laufender Konfrontation von System und Umwelt entschieden wird"³⁾. So könnte man auch das Popper'sche Sich-"Bewähren" von Hypothesen beschreiben, wobei bei Popper das System die

1) Ähnliches tat Kelsen, der aus seinem Wertrelativismus immerhin das Gebot der Toleranz ableitete.

2) Allerdings werden von L., N.L., Rechtssoziologie, S. 224, gleichzeitig auch Zweifel angemeldet; dort sagt L. z.B., daß das Recht nicht den Popper'schen Wahrheitsbegriff als Formation aus Hypothesen und deren "refutation" aufnehmen könne. Das kann man aber im Sinne eines "leider" lesen. Häufiger plädiert L. für eine entsprechende Übertragung Popper'scher Gedanken aufs Recht, vgl. z.B. N.L., "Die Codierung des Rechtssystems", S. 28,29, oder Legitimation durch Verfahren, S. 24; dort gilt z.B. für das positive Recht dasselbe wie für den Begriff von Wahrheit nach Popper. Positives Recht gilt kraft Entscheidung, nicht kraft Ableitung aus einem Sosein der Welt. K.Popper's "growth of knowledge" stützt sich parallel auf beliebige Entwürfe, die erst später auf nicht-beliebige Weise selektioniert werden.

3) N.L., "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", S. 153.

Hypothesen bildende Wissenschaft wäre, und die Umwelt dem Feld der Überprüfung entspräche. Darüberhinaus gibt es meiner Ansicht nach eine weitere und direktere Parallele zwischen Popper und L., auf die L. allerdings nicht verweist. Es handelt sich um eine fast gleiche Argumentation L's und Popper's, was Überlegungen zur 'geeigneten Staatsform' angeht ¹⁾. Die Popper'schen Darlegungen beruhen dabei im Grunde auf einer analogen Übertragung seiner wissenschaftstheoretischen Prämissen. Hierauf gehe ich im folgenden, 4) A) und 6), noch ein.

Zu 3 b) : Als weiteren Antwortmodus auf das Problem insbesondere der Rechtsschöpfung bei vorausliegender Unbestimmtheit übernahm L., wie ich zeigte, das Maturana` und Varela`sche Konzept der "Autopoiese"; allerdings sprach er auch vor der Theorie der Autopoiese bereits vom Rechtssystem als "selbstsubstitutiver Ordnung", was nichts anderes als 'sich selbst organisierendes System' bedeutet. Bezüglich des Konzepts der Autopoiese stellte sich insbesondere ein Problem des Außenkontaktes des Rechtssystems, der "Offenheit" bei "autopoietischer Geschlossenheit". Das Operieren des Systems durch Anschluß an bereits erfolgte Operationen (selbstreferentielle Reproduktion) bedeutete per se nurmehr, daß das System 'alles und nichts' als Recht etikettieren kann. Nun sollte dies Konzept ja aber gerade parallel zu Maturana und Varela auch das Problem der Realitätsvergewisserung durch rein interne Operationen in einer apriori unbekanntem Umwelt lösen, bzw. Selbstreferenz sollte auf einen Orientierungskontext von Rechtsentscheidungen im Voraussetzungslosen verweisen. Für Varela und Maturana spielt der Unterschied zwischen Innen und Außen keine Rolle, da das Außen innen genetisch gespeichert ist ²⁾ (naturale Epistemologie). Man kann hier von einem aposteriorischen Apriori sprechen. Diese genetische Speicherung ermöglicht dabei dem Organismus Reaktionen, rein durch den Bezug interner Operationen auf interne Operationen, die sich in der Umwelt bewähren. Zwischen der Autopoiese von Leben und

1) Zu K. Popper vgl. K. Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band 1.

2) Vgl. H.G. Holl, FAZ, 14. April, 1987, S. L9., Buchbesprechung von H. Maturana, F. Varela, Der Baum der Erkenntnis.

Wahrnehmung und der L'schen Autopoiese des Rechtssystems bestehen nun kleinere Unterschiede¹⁾. Im Rechtssystem kann Wissen über die Gesellschaft nicht genetisch gespeichert sein, aber man könnte sagen, es entspricht dem die L'sche Zusatzannahme des Einbaus einer Unterscheidung von System und Umwelt in ein Sozialsystem (Rechts- oder Politiksystem usw.), die sozusagen die Selektionen des Systems steuert bzw. per se bereits repräsentiert. Dem muß freilich zunächst ein mögliches Verstehen der Umweltereignisse, die insbesondere über Kommunikationen vermittelt werden, aus denen das System sodann autonom auswählt, vorausgeschaltet sein. L. setzt hier einfach die Gleichverständlichkeit von Kommunikationen und Ereignissen überall in der Gesellschaft voraus. Bei den Biologen ist im Unterschied hierzu bereits das Verstehen von Umweltereignissen ein problematisierungswürdiger Punkt der Realitätskonstitution des Organismus, der Realität autopoietisch konstituiert. Erfährt man bei L. im Gegensatz zu den Biologen weniger über allgemeine Voraussetzungen des Realitätszugangs von Systemen (wie Verständlichkeit von Kommunikationen), so erfährt man mehr über die systemspezifische Selektion unterschiedlicher Systeme von bereits als verständlich vorausgesetzten Kommunikationen. Im Rahmen der Fragestellung einer sinnvollen Rechtspolitik bei Kontingenz ergab sich, daß die der Politik immanente Unterscheidung von System und Umwelt die "Programme" des Rechtssystems beeinflusst. Das rechtssetzende Politiksystem sieht die Gesellschaft unter eigenen Kriterien, nämlich durch die Brille der Macht (bzw. formuliert man es als Differenz bzw. interne Unterscheidung von System und Umwelt : Regierungspartei/Opposition)²⁾. Dabei muß es die Mechanismen (z.B. rechtliche Verfahren) einbeziehen, die diese Macht konditionieren, und hieraus folgt eine spezifische Konditionierung von kontingenten Rechtsentscheidungen, die weder naturrechtlich noch willkürlich ist.

1) Diese Unterschiede spielen freilich in dem Maße eine geringere Rolle, in dem man die Autopoiese bei L. nurmehr als Metapher sieht.

2) 'Macht' ist dabei zugleich der Code des Systems. Die L'schen Codes der Systeme muß man als ihre internen Unterscheidungen von System und Umwelt interpretieren.

4) L'S SPEZIFISCHE LÖSUNG DES KONTINGENZPROBLEMS IM RECHT ODER DIE ROLLE DER FUNKTIONALEN DIFFERENZIERUNG.

Ich möchte hier vor allem resumierende und bewertende Ausführungen zu meinem Zentralproblem einer nicht-beliebigen Orientierung einer beliebigen Rechtspolitik machen. Dabei möchte ich im folgenden zunächst alle mein Hauptproblem betreffenden, von mir ermittelten Antworthinweise bezüglich etwaiger 'Orientierungsgesichtspunkte' unter den Begriff der "funktionalen Differenzierung" bringen.

A) Die funktionale Differenzierung als strukturelle Bedingung der Konditionierung der Beliebigkeit von Rechtsentscheidungen.

Die Entwicklung von Sozialstrukturen zur funktionalen Ausdifferenzierung der Gesellschaft führt einestells zu einer Lösung des Rechtssystems aus Kontexten wie Religion, Moral, Vernunft, womit bei L. insbesondere Naturrecht nicht mehr möglich ist und schafft so die Voraussetzungen sachlicher Nichtgebundenheit von Entscheidungen im Recht. Anderenteils ermöglichen Verfahren, deren Entstehung die Ausdifferenzierung moderner Rechtssysteme kennzeichnet, eine Lösung der Politik aus einer zu engen Verklammerung mit gesellschaftlichen Interessen; eine Schlüsselrolle kommt dabei der demokratisch organisierten politischen Wahl zu. Als Pendant zur sachlichen Nichtgebundenheit ergibt sich hier eine persönliche Nichtgebundenheit der Entscheidenden¹⁾. Die Politik, die ins Rechtssystem interveniert, indem sie dessen "Programme" ändert, befindet sich somit in modernen Demokratien in einer autonomen Entscheidungssituation. Das bringt v.a. zwei Positivaspekte mit sich : In dieser Entscheidungssituation kann sie (zumindest potentiell) breiteste Interessenspektren berücksichtigen, da sie gerade so nicht gehalten ist, bestimmte Interessen vordringlich zu berücksichtigen. Ferner kann sie, was noch wesentlicher scheint, vorurteilsfrei lernen, infolge der hier möglichen jederzeitige Revision bzw. Korrektur von Entscheidungen --man kann hier auch vom "Reflexivwerden" des Entscheidungsvorganges sprechen. Die Gefahr eines Festhaltens an fixen Dogmen, was sich, slicht man auf die Geschichte

1) Zumindest theoretisch.

zurück, oft als schädlich herausgestellt hat, ist potentiell verringert. Man gibt ferner Veränderungen, wenn nicht unbedingt bereits einem Fortschritt, eine Chance. Man könnte auch sagen, daß damit Informationen nicht mehr ausgeschlossen werden können und die Gefahr eines "artificial protectionism" somit beträchtlich reduziert wird, "which employs an oblique strategy(...) (and) (...)manages to invent institutions and habits which make up for the lack of accurate information"¹⁾ .

Die funktionale Differenzierung schafft somit die strukturellen Bedingungen für die Offenheit, und das bedeutet insbesondere jederzeitige Reversibilität von Entscheidungen in einer sich dynamisch verändernden Welt.²⁾

Die Bedeutung der Reversibilität von Entscheidungen als Faktor der Konditionierung von Entscheidungen : Die jederzeitige Reversibilität von

1) Wir übernehmen einen in einem analogen Zusammenhang niedergeschriebenen Satz von P. Munz, aaO, S. 283.

2) In der Theorie des autopoietischen Rechtssystems, das am vorläufigen Ende der funktionalen Differenzierung steht, scheint der Gedanke der Offenheit und Reversibilität von Entscheidungen seine Fortsetzung in einer interessanten Erweiterung durch Anweisungen, welche aus einer second-order-cybernetics folgen, zu finden. Hiernach kann z.B. die rechtssetzende Politik ihre Beobachtungen (Sicht der Gesellschaft) wieder selbst beobachten und kann diese Beobachtungen von Beobachtungen wieder in die eigenen Operationen (Entscheidungen) einbeziehen. Das wäre eine weitere Chance neutralen Entscheidens, was theoretisch zur Relativierung des eigenen Codes (Macht) bzw. der eigenen Unterscheidung in Einzelfällen führen könnte und so zugleich die Resonanz des Systems für seine Umwelt und die in dieser zu lösenden Probleme steigern würde, geschähe diese Selbstbeobachtung nicht wieder vom gleichen "blinden Fleck" aus, der die spezifische Sicht des Politiksystems bedingt. L. scheint deshalb zugleich skeptisch bezüglich hier möglicher Lerneffekte. Trifft die Politik z.B. Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt deren Rechtlichkeit (Vereinbarkeit mit der geltenden Rechtsordnung) und anscheinend nicht unter dem Gesichtspunkt von Macht, so verbirgt sich selbst dahinter wieder eine politische Absicht. Es ist z.B. politisch unklug, Entscheidungen zu fällen, die dem geltenden Recht eklatant widersprechen, weil sie beispielsweise in fundamentale Rechte von potentiellen Wählern eingreifen. Diese daher nur scheinbare Relativierung des eigenen Codes der Politik (Macht) führt nur deshalb dazu, daß in Entscheidungen einzelfallweise de facto andere Kriterien als 'Macht' (hier z.B. ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht) eingehen, weil die Ausübung von Macht hier von vornherein durch ein System von Verfahren (insbesondere politische Wahl) konditioniert ist, also unter gewissen Spielregeln steht.

Entscheidungen bei L. verwies mich insbesondere auf die Popper'schen zu dessen wissenschaftstheoretischen Erörterungen parallelen Erörterungen auf staatsrechtlichem Gebiet. Die Popper'schen Schlußfolgerungen sind nahezu identisch mit der von mir hier vorgeschlagenen Interpretation der L'schen Positivitätstheorie. In beiden Fällen kommt es zu einer Bevorzugung der Staatsform der Demokratie aufgrund von charakteristischen Eigenheiten ihrer politischen Entscheidungsprozesse.

K. Popper's Bestimmung der geeigneten Staatsform in einer Auseinandersetzung mit der Staatsphilosophie Plato's beruht dabei methodisch ebenso wie L's Analyse des positiven Rechts weder auf einer essentialistischen Frage nach dem Wesen des Staates (bei L. Frage nach der Natur des Rechts) noch auf der historizistischen Frage nach dem Ursprung des Staates (bei L. Frage nach der Tradition des Rechts)¹⁾. So gesehen ist bei K. Popper die Demokratie nicht zu bevorzugen, weil sie auf dem Prinzip der Herrschaft der Majorität beruht (ebensowenig beruht hierauf noch bei L. ein adäquates Demokratieverständnis), noch ist ihr aus historischen Gründen der Vorzug zu geben, sondern mit der Annahme des demokratischen Prinzips ist bei Popper die Überzeugung verbunden, daß es besser ist, eine schlechte demokratische Politik auszuhalten (solange wir nur auf eine friedliche Umbildung hinarbeiten können), als sich einer Tyrannei zu unterwerfen, da die verschiedenen Methoden einer demokratischen Kontrolle stets Verbesserungen offenstehen und sogar Methoden für ihre eigene Verbesserung vorsehen²⁾. Das entspricht ganz dem Vorzug, den Popper einem 'reversiblen Begriff von Wahrheit' gibt. Dies ist ein Plädoyer für die Offenheit, Vorläufigkeit, Reversibilität von Entscheidungen und Aussagen.

L's quintessentielle Äußerungen zum Begriff des positiven Rechts und der Demokratie sind fast dieselben : Auch für ihn liegt das Vorzugswürdige dieser Staatsform, die Hand in Hand mit der Positivität des Rechts geht, in der institutionalisierten Reversibilität von

1) K. Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, S. 59 und S. 175.

2) K. Popper, aaO, S. 175, 176.

politischen Entscheidungen und politischen Gruppierungen, die Entscheidungen treffen.

In Analogie zu Popper kann man feststellen, daß es L. bei der Bestimmung der Grenzen der Beliebigkeit des positiven Rechts nicht um die Frage geht : Welche obersten Prinzipien können wir ausmachen, die uns einen Maßstab für ein richtiges Recht liefern, was ist das Wesen eines 'richtigen' Rechts, und nicht um die Frage geht : Wer soll regieren, damit Gesetze 'gerecht' sind¹⁾, sondern sowohl für L. bei der Bestimmung der Konditionierung von Beliebigkeit des positiven Rechts als auch bei Popper bei der Bestimmung der zu bevorzugenden Staatsform ist meiner Ansicht nach die entscheidende, politische Entscheidungsprozesse betreffende Frage : "Wie können wir politische Institutionen so organisieren²⁾, daß es schlechten oder inkompetenten Herrschern (Politikern) unmöglich ist, allzugroßen Schaden anzurichten³⁾?" Denn allzugroßer Schaden kann dann nicht entstehen, wenn Entscheidungen grundsätzlich reversibel sind und Politiker auf dieser Basis vorurteilsfrei lernen können. Daß sie nun aber auch vorurteilsfrei lernen, bedingt nicht bereits die grundsätzliche Reversibilität von Entscheidungen, wenn nicht zugleich eine starke Stimulation zur Revision besteht. Daß Politiker ihre Entscheidungen tatsächlich revidieren, geschieht bei L., so scheint es, im Hinblick auf die angestrebte Wiederwahl. Das Ausgerichtetsein auf breiteste Wählerspektren begünstigt insbesondere, daß die Revision von Entscheidungen auf eine Anpassung an Gesellschaft auf breiter Ebene⁴⁾ hinausläuft.

Die Reversibilität von Entscheidungen begünstigt so zwar ein gesellschaftsadäquates Recht, das sich an eine sich verändernde Gesellschaft anpasst. Eine zusätzlich erforderliche, weiterreichende

1) N.L., Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 335 zeigt, daß dies bei ihm nicht die Frage sein kann.

2) Wobei es bei L. immer bereits um eine Beschreibung einer bereits bestehenden (vorzugswürdigen) Gesellschaftsform geht.

3) K. Popper, aaO, S. 170.

4) Man kann natürlich Einzelfälle der Korruption von Politikern nicht ausschließen.

Garantie für das tatsächliche Treffen von gesellschaftsadäquaten Entscheidungen ist allerdings das opportunistische Verhalten von Politikern.¹⁾ Aber auch das ist letztlich Resultat der Organisation des Systems und seiner Verfahren, die wiederum in ihrer spezifischen Art Produkt einer bestimmten Evolution von Sozialstrukturen, sprich der Entwicklung der Gesellschaft zur funktionalen Ausdifferenzierung sind.

Verfahren bewirken eine Bindung, Teilung und vielfache Aufsplitterung von Macht, die nicht mehr 'unbeschränkte Willkür' bedeuten kann. Insbesondere müssen Politiker, wollen sie ihre Macht erhalten, bei ihren Entscheidungen die Begrenzungen, unter denen diese Macht steht, berücksichtigen. Diese Begrenzungen liegen letztlich in den Strukturen einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft.

B) Die funktionale Differenzierung als Leitlinie einer positiven Rechtspolitik.

Die funktionale Differenzierung von sozialen Systemen (zuletzt von L. als autopoietisch konstituierte Systemwelt beschrieben) konnte, wie ich gezeigt habe, als Anweisung für das politische System gelesen werden : 'Beachte spezifische Strukturentscheidungen anderer Sozialsysteme und setze sie als Prämissen in deine Entscheidungen ein.' Ich habe zwei Bedeutungen dieser Anweisung feststellen können :

AA) Soweit damit nur auf eventuelle Implementationshindernisse einer effizienten Rechtspolitik verwiesen ist, beispielsweise aufgrund der schwierigen Steuerbarkeit komplexer, eigengesetzlicher sozialer Bereiche in funktional differenzierten Gesellschaften, bedeutet das ein Ausfüllen der Lücke, die das untergegangene Naturrecht ließ, durch Beachtung realer Bedingungen der Effektivität von Rechtssetzung. Die Erfassung von Implementationshindernissen schien dabei einerseits die Bedingungen des Erwerbs eines 'sozio-technischen' Wissens zu schaffen, das die beliebige Einwirkung durch Recht auf Gesellschaft steigern könnte²⁾.

1) Es handelt sich bezüglich der Konditionierung einer positiven Rechtspolitik hier bei L. um die Verbindung einer Theorie realer Machtverhältnisse mit einer Theorie der Bedingungen einer idealen, hier bei L. neutralen, Entscheidungssituation.

2) Vgl. hierzu z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 332 und S. 348.

Andererseits zeigte ich aber, daß das Aufzeigen solcher Hindernisse bei L. gerade einen dem entgegengesetzten Zweck hatte, nämlich auf grundsätzliche Grenzen einer beliebigen Planung gesellschaftlichen Wandels durch Recht in funktional ausdifferenzierten Gesellschaften hinzuweisen.

BB) Soweit diese Anweisung darauf hinausläuft, die funktionale Differenzierung zumindest intakt zu lassen, handelt es sich bei L. meiner Ansicht nach um einen quasi-naturrechtlichen und deshalb eigentlich quasi-metaphysischen "approach"; insbesondere, wenn man unter 'Metaphysik' auf dem Hintergrund der aktuellen Metaphysikkritik versteht, was auch L. unter ihr verstehen muß, nämlich angeblich nicht-beliebige, aber 'eigentlich' beliebige, weil nicht begründbare bzw. nur sich selbst begründende Annahmen¹⁾. Eine solche Anweisung an das Politiksystem : Störe nicht die funktionale Differenzierung und stabilisiere sie insoweit indirekt bzw. steuere die Gesellschaft nicht auf ein niedrigeres Komplexitätsniveau zurück (etwa durch Einrichtung einer Planwirtschaft) ist bei L. ein Punkt, der um seiner selbst willen zu bestehen scheint. Die Stabilisierung der Gesellschaft durch Recht ist dabei nur indirekt, da die Lösung der Probleme einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft nach L. nicht von einem Punkt aus in der Gesellschaft geschehen kann, so daß es nurmehr darum gehen kann, daß das Recht andere funktional ausdifferenzierte Sozialbereiche in ihrer Komplexitätssteigerung nicht behindert.

Die Intakthaltung der funktionalen Differenzierung ist für L. ein vorzugswürdiges Ziel einer positiven Rechtspolitik, weil, wie ich zeigte, die funktionale Differenzierung eine perfekte Antwort auf die Frage gibt : Wie können wir politische Institutionen so organisieren, daß es schlechten oder inkompetenten Politikern unmöglich ist, allzugroßen Schaden anzurichten, denn nur in einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft mit einem ausdifferenzierten

1) So bereits O.W. Holmes, "Natural Law", S. 312 : "It is true that beliefs and wishes have a transcendental basis in the sense that their foundation is arbitrary", und natürlich auch H. Kelsen, bei dem Naturrecht ein "irrational ideal" ist, bzw. vgl. A. Wellmer, aaO, S. 146.

Rechtssystem ist die jederzeitige Reversibilität politischer Entscheidungen institutionalisiert, orientieren Strukturen Wahlen (Entscheidungen), ohne ihnen den Charakter der Wahl zu nehmen, und besteht die Möglichkeit, daß Rechtspolitik flexibel an eine sich wandelnde Gesellschaft angepaßt werden kann.

Ferner ist die Nicht-Behinderung der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft für L. ein vorzugswürdiges Ziel, da diese Gesellschaftsstruktur infolge der mit ihr zur Disposition gehaltenen überzähligen Möglichkeiten insbesondere auch ein autonomes Wachsen und Komplexerwerden von gesellschaftlichen Bereichen ermöglicht.

Spreche ich hier von einem quasi-Naturrecht, insofern als ich einen nicht reversibel sein sollenden Punkt der Orientierung von Rechtsentscheidungen bei L. ausmachen konnte, so fällt auf, daß zum bisherigen Naturrecht dennoch ein großer Kontrast besteht. Das L'sche quasi-Naturrecht wird erstens nicht auf der Individualebene des Einzelhandelns, sondern auf der Ebene größerer Handlungszusammenhänge, auf der Ebene von Sozialsystemen begründet und zweitens deshalb nicht an Zwecke ethischen Handelns oder Zwecke der Koexistenz von Individuen in der Gesellschaft geknüpft, sondern es betrifft (Gesellschafts-) Strukturen, insbesondere eine bestimmte Strukturiertheit von Gesellschaft und in diesem Rahmen die Koexistenz von sozialen Systemen. Damit stellt das L'sche quasi-Naturrecht nicht mehr die Frage nach dem Wesen von richtigem Handeln und Entscheiden, sondern die Frage nach einer Struktur, die jede Frage offen läßt oder jede Antwort bzw. Entscheidung zuläßt, in Anbetracht dessen, daß in einer hochkomplexen, sich dynamisch wandelnden Welt Entscheidungen reversibel sein müssen, da das Risiko, daß sie der Komplexität nicht in adäquater Weise Rechnung tragen und das Risiko, daß sie bereits überholt sind, hoch ist. Und dies ist zugleich die Frage nach einer Struktur, die die beliebige Komplexitätssteigerung der Gesellschaft nicht verhindert und die Realisierung von Möglichkeiten fördert.

Ein heutiges, im Anschluß an den kritischen Rationalismus modernes Naturrecht¹⁾ würde sich hingegen noch auf individuelles Handeln beziehen und einen Anspruch auf eine relative Verbesserungsfähigkeit des Rechts in der Gesellschaft erheben. Es wäre dabei nurmehr eine "regulative Idee".

CC) Der Begriff eines gesellschaftsadäquaten Rechts in der von L. beschriebenen funktional ausdifferenzierten Gesellschaft.

Die von L. favorisierte Rechtspolitik zielt hauptsächlich darauf, die Komplexitätssteigerung der Gesellschaft nicht zu behindern. Auch die absolute Reversibilität von Entscheidungen scheint im Dienste dieses Zieles zu stehen : Ist Resultat der Reversibilität bei L. nicht etwa, daß mehr richtig, sondern daß weniger falsch gemacht wird, so kann man dies dahingehend interpretieren, daß das Recht die Gesellschaft zwar nicht positiv verbessern kann, aber jedenfalls nicht negativ beeinträchtigen soll. Da die betreffende Gesellschaft sich bei L. insbesondere durch ein Anwachsen von Komplexität auszeichnet, geht es darum, dieses Komplexitätswachstum nicht durch Recht zu obstruieren und daher indirekt zu fördern. Ob dieses gesellschaftliche Komplexitätswachstum auf einen Fortschritt hin zielt, kann man nach alledem, was ich bisher darlegte, gerade nicht sagen. Ganz allgemein --und daß man es nur in dieser Allgemeinheit formulieren kann, ist Grundlage der L'schen Prämissen-- kann man allerdings sagen, daß Rechtspolitik dann gesellschaftsadäquat ist, wenn sie erstens ihre Prämissen jederzeit ändern kann, und zweitens ihre Regelungen den betroffenen Bereichen die Möglichkeit beläßt, ihre eigenen Prämissen jeweils jederzeit zu ändern (daß damit zugleich breitesten gesellschaftlichen Interessenspektren Rechnung getragen wird, ist ein angenehmer Nebeneffekt). So etwa könnte man meiner Ansicht nach die 'Quintessenz' der L'schen Theorie einer gesellschaftsadäquaten positiven Rechtssetzung formelhaft in einen Satz

1) So z.B. O. Höffe, vgl. bei K.Kühl, "Naturrecht", S. 621 : Dem Naturrecht solle bei O. Höffe nicht schon operationale, sondern nur eine regulative Bedeutung zukommen; vgl. ferner H. Albert bei F. Rötzer, Denken, das an der Zeit ist, S. 35.

fassen. Gesellschaftsadäquanz ist hier die Anpassung des Rechts an die moderne Gesellschaft. Dem entspricht, wenn bei L. das Recht 'im Idealfall' eine Struktur sein soll, die ihre Parameter je nach Änderung gesellschaftlicher Daten ändert¹⁾. "Das Recht soll jeder möglichen Welt gewachsen sein. Es soll nicht als Struktur der Gesellschaft die Welt limitieren -- und wenn, dann nur kraft revidierbarer Entscheidung"²⁾.

Allenfalls von Anpassung, nicht von Steuerung ist hier die Rede. Kritiker L's äußern in diesem Zusammenhang daher, daß der bloße Nachvollzug des gesellschaftlichen Wandels eine eigenständige Evolution des Rechts und eine autonome Einwirkung des Rechts auf Gesellschaft ausschließe³⁾. Hierzu war allerdings zu sagen, das Recht kann sich bei L. Gesellschaftstendenzen anpassen, es muß aber nicht. Es ist daher zugleich theoretisch eine autonome Einwirkung von Recht auf Gesellschaft denkbar, und auch für diese autonome Planung gilt : Änderung ihrer Parameter je nach Änderung gesellschaftlicher Daten⁴⁾.

Soweit wir es nun mit einer Rechtssetzung zu tun haben, die sich nicht unbedingt an Gesellschaftstendenzen anpassen muß, sondern, wie wir bei L. gesehen haben, auch "strukturwidrig" regeln kann, ist Orientierungskriterium von Regelungen vordergründig zunächst nicht mehr Gesellschaftsadäquanz, sondern in erster Linie Effizienz. Aber auch hier setzen Überlegungen politischer Opportunität Grenzen und führen zu einer

1) Er nennt ein solches ihm vorschwebendes 'ideales' Recht "lernendes Recht"; diesem ist eigentümlich, daß es bestimmte Verhaltensmodelle "entwirft", "die auf eine Änderung ihrer gesellschaftlichen Parameter durch Anpassung ihrer Struktur reagieren können", vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 327 bzw. N.L., aaO, S. 342.

2) N.L., Legitimation durch Verfahren, S. 145.

3) L's Auffassung vom positiven Recht laufe mehr auf 'Evolution statt Steuerung' hinaus, bzw. bei L. sei das Recht nicht mehr Instrument, sondern bedeute lernende Anpassung an Vorgänge, auf die es selbst keinen nennenswerten Einfluß mehr auszuüben in der Lage sei, vgl. z.B. G. Teubner, "Folgenkontrolle", S. 201, Fn. 70, bzw. "Reflexives Recht", S. 121, ferner auch H. Dreier, aaO, S. 445.

4) Vgl. z.B. N.L., Rechtssoziologie, S. 343 : "(...) die rechtliche Verhaltenssteuerung wiederum kognitiv zu steuern und damit faktischen Prozessen gesellschaftlicher Veränderung anzupassen, läuft mehr oder weniger an."

Wiedereinführung des L'schen Kriteriums von Gesellschaftsadäquanz. Es ist nach L. z.B. immer politisch inopportun, die Gebote der funktionalen Differenzierung, und das heißt zugleich breiteste Interessenspektren nicht zu beachten und so z.B. die Gesellschaft auf ein niedrigeres Komplexitätsniveau zurückzusteuern. Die Zurücksteuerung auf ein niedrigeres Komplexitätsniveau ist dabei immer unvermeidlich, wenn das Politiksystem durch rechtliche Regelungen die Eigenlogik anderer Bereiche derart beeinträchtigt, daß es selbst, zur Absorption von Negativfolgen, Leistungen dieser Bereiche ersetzen müßte, insbesondere wenn die geregelten Bereiche nicht selbst die Negativfolgen absorbieren.

5) DER PRAXISBEZUG DER L'SCHEN THEORIE DER POSITIVITÄT DES RECHTS.

Um zu zeigen, was ich mit 'Praxisbezug' meine, beginne ich mit einem Beispiel.

Gibt man dem Element der demokratisch gewählten Politik und deren opportunistischer Vorgehensweise bei Rechtsentscheidungen, die zu einer Berücksichtigung eines breitesten Interessenspektrums führt, nicht den zentralen Stellenwert, den ich diesem Punkt eingeräumt habe, so erscheint die L'sche Position folgendermaßen : Beobachtet man den Beobachter (L.) des Beobachters (ich setze verkürzt Rechtssystem ein), dann sieht das so aus, als ob hier letztlich jemand keine Position bezöge, ewig unentschieden bliebe, alles offen ließe, Alternativen in den Raum stellte, die sich gegenseitig ausschließen, so z.B. eine Rechtspolitik des "anything goes" und eine Rechtspolitik, die überall auf reale Hindernisse, Schranken und Selbstbeschränkungen stößt; bzw. auf der einen Seite ein beliebiges Recht und zugleich auf der anderen Seite ein konditioniertes (nichtbeliebiges) Recht. Sieht man dann aber genauer hin, dann bemerkt man, daß L. beides zugleich will : Kurz, nichtbeliebige Beliebigkeit, und zwar, weil das eine das andere ermöglicht¹⁾. Im Hauptteil stellte ich jeweils dementsprechend fest,

1) N.L. sagt z.B. in "Einige Probleme mit reflexivem Recht", S.18, daß Paradoxien bei ihm keine Widersprüche sind, sondern es sich um ein sich zweiseitig bedingendes Verhältnis handle : das eine, 'weil' das andere.

daß die Bedingungen von Beliebigkeit zugleich Bedingungen der Konditionierung von Beliebigkeit waren. Der Preis der Nichtbeliebigkeit war dabei allerdings der mögliche Mißbrauch der Beliebigkeit. Das drückt sich denn auch in dem folgenden L'schen Zitat aus : "Den Entschluß nicht zu töten, oder die Meinung, der Neonazismus stelle keine Gefahr dar, kann ich jederzeit selbst negieren. Aber diese Freiheit ist unverzichtbar, weil auch ihre Negation negierbar wäre"¹⁾. Diese quintessentielle Aussage, die aus all dem aufscheint, kann man ins Banale übersetzen : Alles hat seine zwei Seiten, oder bedeutungsträchtiger formuliert, jedes ist mit seinem Gegenteil in einem unlösbaren Dual verflochten²⁾, kein Recht ohne Unrecht, keine Nichtbeliebigkeit ohne Beliebigkeit. Das wäre beispielsweise eine sehr generelle, fast allgemein 'lebensphilosophische' Aussage, die zunächst einmal per se für das Rechts- oder Politiksystem keinen großen operativen Wert besitzt (bzw. ihre Praxisrelevanz ist zunächst nicht evident) und keinen sofort hinreichend konkreten Erklärungswert bezüglich konkreter Phänomene in der Welt des positiven Rechts hat.

Nach diesem einleitenden Beispiel, das klar machen sollte, worum es hier gehen wird, möchte ich jetzt zunächst erörtern, was L. selbst zum Praxisbezug seiner Theorie sagt und dann einige meiner Ansicht nach für die Rechtspraxis konkretisierbare Punkte hervorheben.

Das Verhältnis der L'schen Theorie zur Praxis stellt sich bei L. selbst ambivalent dar. Unter Praxis möchte ich dabei insbesondere Rechtspolitik (Gesetzgebung), am Rande Rechtsdogmatik³⁾, ferner aber auch die praktische Relevanz der L'schen rechtssoziologischen Beobachtung für die Rechtstheorie verstehen.

A) Einerseits ist L. in bezug auf die Praxisrelevanz seiner Theorie zurückhaltend; z.B. ermögliche, so L., das Wissen um funktionale Äquivalente noch nicht Entscheidungen; oder es lasse sich aus einer

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 326.

2) So bereits Heraklit, vgl. bei F. Nietzsche, Die Geburt der Tragödie, Bd. 1.

3) Vgl. das Verhältnis L'sche Rechtssoziologie zur Rechtsdogmatik betreffend z.B. N.L., Grundrechte als Institution, S. 210.

funktionalen Analyse per se im allgemeinen keine 'einzig richtige' Entscheidung deduzieren¹⁾; oder er warnt vor einer direkten praktischen Anwendung des Konzeptes der Autopoiese; eine bestimmte Rechtspolitik sei aus diesem Konzept noch nicht sogleich ableitbar. Einige Kritik an der L'schen Rechtssoziologie geht dementsprechend in die Richtung, daß L's Theorie nicht praxisrelevant sei²⁾.

Nun ist aber nach heute sehr allgemeiner Ansicht eine Theorie in dem Maße einer anderen Theorie vorzuziehen, als sie einen höheren Erklärungswert hat, in dem Sinne, daß sie allgemeiner ist. Will nun L's soziologische Beobachtung des Rechts die 'Realität' des Rechts aus einer allgemeineren Perspektive erklären, dann braucht sie nicht unbedingt zugleich in diesem als Praxis z.B. des Entscheidens verwendbar zu sein; im Gegenteil, sie kann gerade Dinge sehen, die die Praxis des Rechtssystems verdeckt und nicht sehen möchte³⁾ --z.B., daß dem System eigentlich eine Paradoxie zugrunde liegt und Begründungsversuche das Recht betreffend Fiktionen⁴⁾ sind, da letztlich tautologisch, oder daß letztlich der Opportunismus der Politiker in einem von niemandem eigentlich so insgesamt ausgeklügelten System eines komplizierten

1) Bzw. L. sagt in, N.L., Grundrechte als Institution, S. 205, daß die Funktion einer Institution noch kein Entscheidungsprogramm sei.

2) Z.B. in dieser Richtung K. Adam, FAZ, Dezember, 1987, : "Die Pedanterie des Genauerwissens, auf welche seine (L's) empirisch arbeitenden Kollegen so stolz sind, habe er (...) offen und gründlich verachtet. Stattdessen setzt er auf die Theorie." Bzw. man wirft ihm von anderer Seite vor, er eliminiere zwar nicht ganz den Blick aufs Recht, verkürze ihn aber beträchtlich infolge zu abstrakten Ansetzens jenseits der individuellen Handlungsebene; die L'sche systemtheoretisch/funktionale Perspektive sei weder für Rechtspolitik noch für Rechtsdogmatik unmittelbar verwendbar, so H. Schelsky, Die Soziologen und das Recht, S. 94. F. Naschold, "Probleme der Demokratie heute", S. 30 kritisiert bei L. entsprechend das problematische Verhältnis von Theorie und Empirie infolge des hohen Abstraktionsniveaus der L'schen Theorie, was L. teilweise sogar gegen eine empirische Nachprüfung seiner Prämissen feie und so dessen Theorie geradezu gegen "Kritik immunisiere".

3) So rechtfertigt L. teilweise selbst seine Betrachtungsweise, z.B., N.L., Grundrechte als Institution, S. 210,211.

4) Vgl. z.B. N.L., Grundrechte als Institution, S. 211, wobei diese Fiktionen erstaunlicherweise, wie die Zeiteinteilung (die nach L. ebenfalls eine Fiktion ist) funktionieren.

Zusammenwirkens von Verfahren zu einer gesellschaftsadäquaten Rechtspolitik führt ¹⁾-- und damit diese Praxis in einem globaleren Rahmen erfassen.

B) Auf der anderen Seite plädiert L. allerdings für eine Zusammenarbeit seiner rechtssoziologischen Analyse des positiven Rechts mit der bisherigen Rechtstheorie ²⁾ oder der Rechtsdogmatik oder der politischen Entscheidungspraxis des Rechts.

AA) Dies geschieht einerseits in einem sehr allgemeinen Sinne : Die L'schen Resultate soziologischer Analyse weisen ganz allgemein auf ein "neuartiges Verhältnis des Menschen zur Welt" hin ³⁾. Gerade die Einsicht in andere Möglichkeiten, die L. eröffnet, bewirkt, daß der Handlungsraum als offen und kontingent vorgestellt wird. Das wirkt auf die Entscheidungspraxis zunächst nur indirekt, denn konkrete Richtlinien sind damit nicht vorgezeichnet, vielmehr ist ein Rahmen vorgegeben, in dem Entscheidungen als frei und beliebig ausgewiesen werden, hat aber die konkrete Konsequenz, daß sie eindeutig von denen und daher nur von denen, die sie treffen, verantwortet werden müssen. Das gilt insbesondere für das rechtssetzende Politiksystem. Hieraus ergeben sich Konsequenzen sowohl für die Zurechnung wie für die Reichweite von politischer Verantwortung. Einmal ist eine eindeutige Zurechnungsregel geschaffen : "Damit wird klar, an wen Vorwürfe zu richten sind,

1) Ein ähnlicher Gedanke, der ebenfalls auf verdeckte Mechanismen der Rechtsentwicklung abstellt, die sozusagen jenseits dessen liegen, was von den sozialen Akteuren intentioniert wird, allerdings mit ganz anderen Implikationen, ist bei F.A. v. Hayek, Law, Legislation, Liberty, vol. I, Rules and Order, zu finden; vgl. dort S. 122, 123 i.V.m. S. 74 : Hayek weist dort auf, er nennt es, "rules of just conduct" hin, die nicht "deliberately" gemacht sind, sondern sie sind "derived from the conditions of a spontaneous order which man has not made" im Gegensatz zu sogenannten "rules of organization". Diese Annahme beruht bei ihm epistemologisch gesehen auf einer Abwendung vom "constructivist rationalism", vgl. S. 28-35.

2) Während es in Grundrechte als Institution, z.B. S. 205, 207, --dort spricht L. von "Komplementarität" der beiden -- häufig um das Verhältnis der L'schen Rechtssoziologie zur Rechtsdogmatik geht, beschreibt L. in Rechtssoziologie mehr das Verhältnis seiner Rechtssoziologie zur Rechtstheorie.

3) N.L., aaO, S.216.

politische Sanktionen und Änderungswünsche¹⁾". Zum anderen gilt nach L. für die Reichweite der Verantwortung : Auch daß etwas nicht geändert wird, ein Unterlassen also, muß verantwortet werden; nicht nur das positive Entscheiden bzw. Tun ist zurechnungsfähig und - bedürftig²⁾ . Damit befindet sich L. zugleich in Gesellschaft juristischer Positivisten, die ebenfalls im positiven Recht den Vorteil gerade in der Verbindung von autonomer Entscheidung und Verantwortung sahen³⁾ .

Ferner solle diese Einsicht in die Kontingenz von Entscheidungen die Rechtstheorie dazu führen, ihre Grundprämissen einmal zu überdenken, insbesondere, ob sie noch "an den traditionellen Einheitskonstruktionen" (z.B. Naturrecht) festhalten will⁴⁾, oder ob sie, anstelle Recht sozusagen von 'außen' herzuleiten, nicht besser Recht eigenverantwortlich dem System selbst zurechnen solle. Es geht L. insoweit darum, die Rechtstheorie zu 'überreden', auf eine Theorie "selbstsubstitutiver Ordnungen" überzugehen.

Mit der bei L. beschriebenen Auflösung eines metaphysischen Hintergrunds des Rechts ist nun ferner auf den Einbezug

1) Vgl. N.L., Rechtssoziologie, S. 208.

2) "Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit zur Selbstkorrektur, und von ihm wird erwartet, daß er sie benützt und daß er auch noch das Unterlassen der Korrektur, des Lernens verantwortet", N.L., Rechtssoziologie, S. 239. Bzw. in N.L., Rechtssoziologie, S. 348,349 spricht L. von einer "neuen Art von Gesamtverantwortung" in Verfahren, bei der auch "das Unterlassen von Änderungen zu verantworten sei".

3) Vgl. z.B. W. Friedmann bei P. Schwerdtner, "Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus", S.88, der von der Verantwortung als Last des Entscheidens spricht mangels Heranziehens absolut gültiger Prinzipien; bzw. N. Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, S. 124,125, verbindet mit dem "Prototyp" von Positivismus, dem Positivismus Kelsen'scher Prägung, eine "etica della pace, della legalità, delle certezze", was ebenfalls nicht anders denkbar ist ohne ein vorweggeschaltetes Konzept der Kombination von Freiheit und Verantwortung.

4) N.L., Rechtssoziologie, S. 362.
Kleinknecht, Natascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

sozialempirischen Wissens verwiesen¹⁾ (das betrifft sowohl Rechtstheorie als auch Rechtspraxis), und dies auf hohem Niveau²⁾ Analyseinstrumentarium und Abstraktionsgrad der Begrifflichkeit betreffend. Mehr empirischer Faktenbezug ist im Sinne von mehr empirischer Wissenschaftlichkeit³⁾ erwünscht, was auf vorausliegende soziale Probleme verweisen soll, die, wie ich zeigte, bei L. schwerpunktmäßig im Zusammenhang mit dem Komplexerwerden der Gesellschaft im Zuge der funktionalen Ausdifferenzierung stehen. An diesen vorausliegenden Problemen kann sich dann eine positive Rechtspolitik orientieren. Oder auch beispielsweise die Grundrechtsdogmatik könne hier anknüpfen. L. ist der Ansicht, daß die Grundrechtsinterpretation bisher nur schlecht verhüllte Tautologien präsentierte : "Eine intensive Sinnerfüllung der grundrechtlichen Entscheidungsprämissen (...) wird sich (nur) durch Orientierung an den empirischen Wissenschaften, die unserer Zeit ihr Gepräge geben, erreichen lassen"⁴⁾. Der Einbezug sozialempirischen Wissens ist nun aber nicht sogleich konstitutiv, ferner bietet er, wie sich das so viele vorstellen, nicht bereits eine Gewähr für die Richtigkeit von

1) Vgl. die aktuelle Diskussion im Sinne der Öffnung der Rechtswissenschaft als normativer Wissenschaft für empirische Daten; wir nennen nur einige Beispiele aus jüngerer Zeit. Einen Einbezug von sozialempirischem Wissen finden wir allerdings bereits in E. Ehrlich's "Grundlegung der Soziologie des Rechts"; Ehrlich betrachtet Recht als faktische Organisation des Verhaltens in gesellschaftlichen Verbänden und staatliches Recht demgegenüber nur als abgeleitet und lückenhaft; bzw. vgl. bereits die soziologisierende Rechtswissenschaft R. v. Jehring's oder Ph. Heck's; R. Pound ist hier ferner ein prominentes Beispiel; vgl. in neuerer Zeit R. Wiethölter, "Entwicklung des Rechtsbegriffs", S. 97 spricht von Sozialisierung und Historisierung der Rechtskategorie; vgl. ferner H. Albert, "Law as an Instrument of Rational practice", aaO, dort insbesondere Hinweise auf "the social technology conception" und "legal economics"; auch im letzteren Fall handelt es sich freilich um einen Einbezug von sozialen Fakten; und vgl. deshalb R. A. Posner, Economic Analysis of Law, S. 1-23.

2) Nach G. Teubner, "Folgenkontrolle", S. 197 geschieht der L'sche Einbezug einer sozialwissenschaftlichen Orientierung auf zu abstrakter Ebene.

3) N.L., Grundrechte als Institution, S. 210.

4) N.L., aaO, S. 207.

Entscheidungen oder die Chance von mehr Gerechtigkeit¹⁾.
Konstitutivität anzunehmen, widerspräche der L'schen Auffassung von der
Autonomie des Rechts und der externen 'Nicht-Vorgegebenheit' von
Entscheidungsrichtlinien (und auch dem rationalistischen Standpunkt der
"Unlogik der Induktion").²⁾ Es sei vielmehr, so L., zweifelhaft, ob
man sich mit mehr Faktenwissen 'einem Richtigen' annähert. Noch
zweifelhafter scheint es bei L. aber, ob mit Naturrecht im
traditionellen Sinne noch aktuelle gesellschaftliche Probleme gelöst
werden können.

BB) Dann gibt es aber auch eine Zusammenarbeit zwischen L'scher
Theorie und Rechtspraxis, die sich konkreter gestaltet. Neben
allgemeinen Anregungen für Rechtspolitik, Rechtsdogmatik und
Rechtstheorie sind, so L.³⁾, auch Auswirkungen seiner soziologischen
Einsichten auf konkrete einzelne dogmatische Prämissen denkbar, was zu
einer anderen Beurteilung der Pflichten des Staates und der Bürger in
Einzelfällen führen könne⁴⁾ (auch wenn soziologischen Einsichten als
solchen noch keine Geltung unterstellt würde). Ferner liefere die
angewandte funktionale Analyse konkrete Anhaltspunkte für die
Beurteilung brauchbarer Problemlösungen zu jeweils zeitlich und lokal
bedingten, nichtbeliebigen Problemen. Zum Problem der inneren Kohärenz
des Systems bei höherer Umweltadäquanz erhält man beispielsweise eine
ganz bestimmte Lösung, beachtet man die Funktion bzw. die Leistung von
Kohärenz, die bei L. primär die bei höherer Übersichtlichkeit maximierte
Entscheidungsfähigkeit ist. Wird die Menge der Normen bei höherer
Umweltadäquanz größer und variationsreicher, muß die Leistung von
Kohärenz gesteigert werden. Dies kann mittels einer abstrakteren

1) Vgl. N.L., "Die Richtigkeit soziologischer Theorie", S. 36, dort
allgemein zur "Richtigkeit sozialempirischen Wissens".

2) Anderer Ansicht ist hier G. Teubner, "Folgenkontrolle", S. 197
i.V.m. S. 204, bei ihm soll sozialempirisches Wissen konstitutiv für
Rechtsdogmatik sein.

3) N.L., Grundrechte als Institution, S. 212.

4) Mit Beispielen ist L. hier leider zurückhaltend.

Begrifflichkeit geschehen. Sie ermöglicht eine hohe Disponibilität des Systems bei hoher Umweltadäquanz (hoher Komplexität des Systems).

Konkret praktisch wird die L'sche Theorie überhaupt allgemein dort, wo sie sich auf konkrete Einzelprobleme der Realität des modernen Rechts bezieht. L. sieht beispielsweise das zentrale Problem des modernen Rechts darin, wie es auf eine komplexer werdende Gesellschaft, was bei L. gerade auch eine kontingenter werdende Gesellschaft bedeutet, eingestellt werden kann, und das bedeutet unter anderem auch, wie eine Umstellung des Rechts auf Zeit möglich ist. Das verweist dann bei L. auf eine nötige Rationalisierung bzw. Modernisierung des Rechtssystems¹⁾. Um dieses Problem der Umstellung auf höhere Komplexität zu lösen, sei insbesondere -- so formuliert es L. zunächst in höchster Abstraktion und Allgemeinheit -- "Steigerung der Selektivität der Gegenwart" im System erforderlich²⁾; was dies konkret bedeutete und an zu lösenden Einzelproblemen mit sich brachte, ließ sich konkretisieren und verwies teilweise auf eine Fortsetzung einer Richtung, die den Namen M. Weber trägt. Die Selektivität des Rechts wurde z.B. durch die Entwicklung von Verfahren verstärkt, zunächst über die Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren und später die Ausdifferenzierung eines politischen Systems, das Recht setzte. Mehr und unterschiedlichere Entscheidungen konnten getroffen werden, das Recht konnte sich, als immer reversibler werdendes, mit der Gesellschaft ändern. Im modernen, ausdifferenzierten Rechtssystem ging es in diesem Zusammenhang der Einstellung des Rechts auf eine komplexere Gesellschaft sodann um die Überlastung des Rechtssystems in Form der immer schwerer herzustellenden Konsistenz des Entscheidens bei gleichzeitiger Steigerung der Umweltadäquanz. Ferner ging es in diesem Zusammenhang der Einstellung des Rechts auf eine komplexe Gesellschaft, nachdem L. grundsätzliche strukturelle Voraussetzungen eines flexiblen, mit der Zeit gehenden Rechts entworfen hatte, um das Problem eines adäquaten Erfassens und effizienten Regels einer immer komplexeren, und das bedeutet insbesondere auch interdependenteren Sozialwelt. Hierbei stieß L. auf Hindernisse der

1) N.L., aaO, S. 17.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 346, 347.

Flexibilität des Rechts. Eingriffe haben nach ihm aktuell, infolge eines ungenügenden theoretischen und praktischen Planungsinstrumentariums, entweder unübersehbare Folgen oder gar keine Folgen mehr, weshalb von bedeutenderen Neuerungen abgesehen wird, da man Schritte ins Dunkel riskieren müßte. Aber selbst ein ausreichendes Planungsinstrumentarium hätte nur begrenzte Wirkung, da effiziente Planung erfordert, daß das regelnde System Leistungen der zu regelnden Systeme ersetzen kann; insbesondere dann, wenn es sich um die Absorption von Negativfolgen der Regelung handelt, und diese nicht von den geregelten Systemen selbst absorbiert werden. Das Problem der somit Hindernis belasteten Einstellung des Rechts auf eine immer komplexer werdende, funktional ausdifferenzierte Gesellschaft erfährt im neueren L'schen Werk ferner eine wichtige Ergänzung durch das Problem der schwachen Resonanz des rechtssetzenden Politiksystems bezüglich von Problemen seiner gesellschaftlichen Umwelt (z.B. Ökologieproblem). Dies liegt bei L. an der Struktur einer hoch ausdifferenzierten, und das heißt ausschließlich über interne Indikatoren prozessierenden Welt von Sozialsystemen.

Konkret praktisch wird die L'sche Theorie ferner dort, wo L. neben den soeben erwähnten Hindernissen einer modernen positiven Rechtspolitik auf konkrete Schranken einer solchen in modernen westlichen Demokratien verweist. Diese Schranken ließen sich in einer Theorie des Zusammenwirkens von Verfahren beschreiben, die ich als eine soziologische Theorie der Aufsplitterung von Macht deutete.

Die oftmals gestellte Frage nach der Praxisrelevanz der L'schen Theorie kann insofern also nicht negativ beantwortet werden, wenn auch in vielen L'schen Ausführungen die Frage nach der Praxis gar nicht gestellt wird¹⁾. Die Theorie ist zumindest dort unmittelbar praktisch, wo sie konkrete praktische Probleme des heutigen Rechts theoretisch erfaßt.

Das Problemlösungsangebot der Theorie kann dann von der aktuellen Rechtspraxis angenommen werden oder nicht. Hier besteht keine Notwendigkeit der Übernahme, eine solche Notwendigkeit würde der L'schen

1) Das stellt K. Podak, "Ohne Subjekt, ohne Vernunft", S. 735, insbesondere für L's 'Soziale Systeme' fest.

Auffassung von der externen Nichtvorgegebenheit von Entscheidungsprämissen widersprechen.

Aber auch sofern die L'schen Ausführungen auf einen so allgemeinen Sachverhalt hinweisen, bzw. die gestellten Probleme von so allgemeiner Natur sind, daß es sich in erster Linie um eine Bewußtseinserweiterung ("neuartiges Verhältnis des Menschen zur Welt") der im System Agierenden handeln kann, die höchstens indirekte Wirkungen in der Praxis des Rechts zeitigen würde, könnte man in der L'schen Rechtssoziologie noch die zunächst allgemeine Anweisung der Übertragung eines sozusagen 'Descart'schen Zweifels' in hochmoderner durch Strömungen der Gegenwartsphilosophie und biologischen Erkenntnistheorie beeinflusster Form auf die Praxis des Rechts sehen, welche von solchen modernen Gegenwartsströmungen bisher nur 'rudimentär' inspiriert worden ist. Diese würde sodann ein 'epistemologisches' Fundament einer Analyse rechtlicher Entscheidungen liefern, auf dem "jede Vorschrift überprüfbar" wird¹⁾ und "jeder Änderungswunsch antragsfähig" ²⁾, da auf der Grundlage der von L. teils analogisch einbezogenen Ansätze kein Entwurf, kein Vorbringen apriori berechtigt ausgeschlossen werden kann, und es kein "apriori unwürdige Interesse" gibt. Und dies kann dann ganz konkrete Implikationen haben. L. leitet hieraus z.B. ein "natürliches Grundrecht des Wünschens und Forderns" ab.³⁾

6) DAS ENDE DES NATURRECHTS ODER 'NUR' EINE ZEITGEMÄßE THEORIE DER GESELLSCHAFT UND EIN PLÄDOYER FÜR DIE MODERNE DEMOKRATIE?

L. betrachtet sich als soziologischen Beobachter des Rechtssystems (genauer, der dortigen Beobachter : Rechtstheoretiker und Praktiker). In der so hergestellten Distanz fallen ihm dabei 'Bestimmungsgründe' von Entscheidungen im Rechtssystem auf, die weit über das hinausgehen, was bisherige Theorien des Rechts(systems) festgestellt haben. Zunächst sieht der Beobachter L., daß Recht in modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaften kontingent ist. Das impliziert bei ihm

1) N.L., Rechtssoziologie, S. 349.

2) N.L., Rechtssoziologie, S. 246 bzw. S. 349.

3) N.L., Rechtssoziologie, S. 246.

eine Ablehnung des Naturrechts und seiner philosophischen Grundlagen (einer ontologischen Metaphysik) und führt beim Beobachter L. zu einer empirischen Beobachtung, wie das Rechtssystem nun de facto das Problem der Kontingenz in einer komplexen Welt und eine ganze hieran anschließende Reihe von untereinander zusammenhängenden Folgeproblemen löst. Dabei kommen insbesondere Gesellschaftsstrukturen, Interessen und darunter auch Fakten, die latent sind oder gar verdeckt werden, in den Blick, die Rechtsentscheidungen konditionieren.

Nun gibt es aber keine Garantie dafür, daß die Beobachtung des Beobachters L. allein zutreffend ist, da auch die Beobachtung des Beobachters nur eine Beobachtung ist (das heißt durch einen Beobachter erfolgt). Damit kann auch der Beobachter L. keine Ausnahmestellung beanspruchen : Und wenn der Beobachter des Beobachters meint, Kontingenz von Handeln, Erleben, Entscheiden (insbesondere am Beispiel des Rechts) feststellen zu müssen und dann auf empirischem Boden auf teilweise durchaus unorthodoxe Fakten der Konditionierung von solcher vorausliegenden Beliebigkeit hinweist, dann kann man sich als Beobachter des Beobachters (L.) des Beobachters (Rechtssystem) fragen : Warum formiert sich für ihn die Welt auf so sonderbare Weise, daß er Welt als kontingent sieht und daher Bestimmungsgründe von Entscheidungen in faktisch beliebigen und teils gar von der Intention der Entscheidenden völlig gelösten, latent wirkenden arrangements sieht.

Seitdem Realität als Beobachtung von Beobachtern gesehen wird (also nicht nur Beobachtung von einem Beobachter, den man Subjekt nennt und dessen statischen, absoluten Erkenntniskategorien)¹⁾, als Welt, die sich mit der Beobachtung ändert --woraus die Anweisung folgt : 'Beobachte den jeweiligen Beobachter bzw. die Beobachter'-- zog man zu großen Teilen die Konsequenz, daß es keinen privilegierten Beobachter gibt. Allerdings gab es auch andere Ansichten der Art, daß die vielen, unterschiedlichen Beobachterperspektiven wieder zu einer übergeordneten Beobachtung geordnet werden könnten. Es handelt sich hier um eine nicht

1) Vgl. bei D. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach, S. 744, 745.
Kleinknecht, Natascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten
European University Institute
DOI: 10.2870/75617

entschiedene und wohl abstrakt unentscheidbare Frage. Letztlich geht es um Determinismus/Indeterminismus.

Wendet man diese möglichen Positionen auf die L'sche Beobachtung an, so kann man hier sagen, daß wo der Beobachter L. Kontingenz sieht, andere Beobachter nicht notwendig auch Kontingenz zu sehen brauchen. Andere Beobachter könnten diese L'sche Beobachtung als Folge einer momentanen 'Wissenslücke' auffassen.¹⁾

Es gibt aber noch einen zweiten Einwand, der auf eine Alternative zur L'schen Grundannahme der Kontingenz von Welt verweist.

L. nimmt Kontingenz von Welt als Grundprämisse unter Ausschluß anderer Möglichkeiten an, insbesondere unter Ausschluß der Determiniertheit von Welt. Nun gehört aber auch diese L'sche Grundprämisse der Kontingenz zur Welt. Da alle Welt aber kontingent ist, müßte die Grundprämisse selbst auch kontingent sein können. Insbesondere gehört es sogar nach L. zum neuen Wissenschaftsverständnis und-Begriff, daß Theorien auf sich selbst anwendbar sind, das heißt sich auch selbst enthalten. Ist die L'sche Grundannahme aber auch kontingent, dann kann man genauso gut behaupten, die Welt sei determiniert oder determinierbar im Sinne von objektiv bzw. objektiv erfahrbar bzw. beides zugleich. Es ist damit L's Grundthese der Kontingenz von Welt und spezifischer von Recht genauso vertretbar wie ihr Gegenteil, was z.B. O. Höffes Ansicht²⁾ entspräche, der annimmt, daß, unter Einbezug ebenfalls der zeitgenössischen Philosophie, ein Naturrecht noch Bestand hätte, das "analytisch-transzendental-vernunftkritisch" begründet ist (zur Vermeidung des Fehlschlusses von einem Sein auf ein Sollen).

Aber auch die 'Möglichkeit' der Annahme von Nichtkontingenz auf dem selben Grund von Tatsachen (insbesondere anhaltend steigender Komplexität von Welt), und so beispielsweise die Annahme der möglichen

1) Es ändert sich hier auch nichts, wenn wir den Standpunkt einer naturalen Epistemologie voraussetzen. Zwar wäre es hiernach möglich, daß wenn L. Kontingenz bei der Beobachtung eines Sachverhalts feststellt, dieser auch kontingent ist. Aber auch die naturale Epistemologie kann nicht ausschließen, daß es eine (von einem späteren Zeitpunkt her gesehen im Irrtum befindliche) Beobachtung gibt, die Kontingenz feststellt, wo vielleicht keine ist.

2) Vgl. K. Kühl über O. Höffe, aaO, S. 621.

Bestimmung zumindest relativ richtiger Entscheidungen, ist selbst nur eine mögliche, nicht positiv beweisbare, ebenso wie die Annahme der Kontingenz von Welt, nicht notwendige und daher kontingente Annahme. Auch meine Beobachtung des Beobachters des Beobachters ist nur eine Beobachtung und beansprucht daher keine Ausnahmestellung¹⁾.

Es gilt daher : Jede Annahme ist für sich möglich und nicht notwendig. Ein Verhältnis der Widerlegung kann nicht bestehen und ebensowenig ist ein positiver Beweis des Berechtigtseins der einen unter Ausschluß der anderen möglich. Man kann nur in einem Akt beliebiger Entscheidung das eine oder andere annehmen und dies beliebig 'begründen'²⁾. **Beliebig sind deshalb aber diese zwei Varianten nicht!**

Was ändern die obigen Überlegungen zu grundsätzlich möglichen Annahmen gegensätzlicher Grundprämissen nun an meiner Beurteilung der L'schen konkreten Problemstellungen und Lösungen?

Ich habe damit nur festgestellt, daß (und so auch mein Ergebnis in Kapitel 1) die abstrakte Annahme von Naturrecht als Annahme der Existenz eines richtigen, gerechten Rechts, möglich bleibt, was immer das auch heißen mag³⁾.

Auch wenn man nicht alles Handeln und Erleben für kontingent hält, kann man L. folgen, wenn man seine Analyse des positiven Rechts in

1) Eine Annahme, die weniger die Gefahr der 'Selbstschachmattsetzung' liefe, wäre eine solche, die Kontingenz neben Nichtkontingenz, und dies in Einzelfällen, für möglich hält. Dann fragt sich aber immer noch, was Kontingenz und Nicht-Kontingenz in einzelnen vorkommenden und nicht vorkommenden Fällen bedeutet.

2) Man könnte deshalb der Ansicht sein, daß die eigentliche Rechtfertigung einer solchen Wahl im jeweiligen engagement liegt : "Ecoute Dieu ou Diable, comme tu veux, mais quel que soit ton choix, que ce soit de tout ton coeur, de toute ton âme, de toutes tes forces"; das birgt aber offensichtlich Gefahren.

3) O.W. Holmes, aaO, S. 314, der allerdings Positivist ist, führt z.B. ein 'Metaphysisches' auf einen Psychologismus zurück : "There is in all men a demand for the superlative". "It seems to me that this demand is at the bottom of the philosopher's effort to prove that truth is absolute and of the jurist's search for criteria of universal validity which he collects under the head of natural law". Er nennt das, aaO, S. 314 : "The desire to have an absolute guide".

modernen Gesellschaften als Absage an eine "utopische Sozialtechnik"¹⁾ interpretiert, die auf fernliegende Ideale gerichtet ist und oftmals nur zum Gebrauch von Gewalt anstelle zum Gebrauch von Vernunft führt.

Nimmt man, wie L., vorausliegende Kontingenz von Welt und Recht an, so ist es unsinnig auf die Erfüllung allein berechtigter, idealer Ziele hinzuwirken. Alles ist berechtigt und nichts berechtigt, unberechtigt jedoch wäre die Beseitigung dieses 'natürlichen' Widerspruchs. Eine vernünftige Methode staatlicher Rechtspolitik ist daher eher eine Sozialtechnik der Einzelprobleme, ein ad-hoc Handeln, das auf faktische Ereignisse reagiert und nicht eine Planung auf fernliegende, ideale Ziele hin.

Für eine solche Politik spricht aber nicht nur die Kontingenz von Welt, sondern auch die hohe Komplexität der modernen Gesellschaft, selbst wenn jeweils (zumindest relativ) 'ideale' Lösungen theoretisch ermittelbar wären. Man wäre dann gegen eine utopische Sozialtechnik, nicht weil man Utopien ablehnt, sondern weil man dem Instrumentarium einer solchen Sozialtechnik nicht oder noch nicht 'traut', und dies unabhängig davon, ob es nun um die Verwirklichung metaphysisch begründeter, fernliegender Ziele oder nicht-metaphysisch begründeter fernliegender Ziele geht.

Es ist mit großen Schwierigkeiten und Gefahren verbunden, eine hochkomplexe Gesellschaft, und das bedeutet schwerpunktmäßig Wirtschaft, rechtlich detailliert, insbesondere aufgrund langfristiger Zielvorgaben im großen Maßstab, zu steuern, wenn man nicht in der Lage ist, diese hohe Komplexität adäquat zu reduzieren. Erstens sind solche Zielvorgaben wegen der unübersehbaren Folgen der Implementation der zur Zielerfüllung notwendigen rechtlichen und administrativen Maßnahmen gar nicht mehr ohne weiteres vernünftig zu ermitteln; es ist z.B. bereits fast unmöglich, den Wert eines Bauplans für soziale Maßnahmen im großen Maßstab richtig einzuschätzen, ob er praktisch ist bzw. zu einer wirklichen Verbesserung führen kann, welche Leiden aller Wahrscheinlichkeit nach mit ihm verbunden sein werden und welche Mittel

1) Ich argumentiere im folgenden in Anlehnung an Gedanken K. Popper's, Die offene Gesellschaft, Bd. 1.

zu seiner Verwirklichung führen. Hingegen ist es viel einfacher, als ein solch abstraktes Ziel zu ermitteln, festzustellen, worunter einzelne Bürger, Interessengruppen einer aktuellen Gesellschaft leiden, wo die größten dringlichsten Übel in der Gesellschaft liegen¹⁾, die sich zudem in einem pluralistischen System ganz von selbst über unterschiedliche Kanäle (Presse, Wahlen, Bildung von Interessenverbänden, Rechtsweg usw.) artikulieren können. Zweitens treffen solche Zielfestlegungen oftmals auf das Problem des ständigen Sich-Veränderns der zu regelnden Bereiche, was eine ständige, demgemäße Änderung der Planungsausführung erforderlich machen kann, als eine Änderung von Zwischenzielen auf dem Weg zum Endziel oder auch die Verfolgung eines bestimmten Endziels als nicht mehr sinnvoll erscheinen läßt und so zu Modifikationen des Endziels führen müßte. Eine Planung, die nicht ständig ihre Teilziele ändern kann, wird sich immer mehr vom Endziel entfernen, und eine Planung, die sich nicht eines eventuellen Überholtseins ihres Endziels bewußt wird, kann schwere Dysfunktionen auslösen. Eine Planung, die diesem Erfordernis ständiger Parameteränderung gemäß den sich ändernden, komplizierten Verhältnissen entspricht, erscheint zum heutigen Zeitpunkt nach den L'schen Ausführungen zu den notwendigen und aktuell nicht erfüllten Voraussetzungen einer zukünftigen Verhalten steuernden Planung gesellschaftlichen Wandels als Utopie, so daß aktuell, wollte man dennoch langfristig und in großem Maßstab bzw. aufgrund fester, im voraus determinierter Prämissen²⁾ planen, mehr Nachteile drohen, als Vorteile zu erwarten sind. Für L. lagen dabei diese Nachteile speziell in einem durch eine solche auf unzureichenden Voraussetzungen beruhende Planung drohenden Rückgängigmachen der Vorteile der funktionalen Differenzierung.

1) Allerdings ist es nicht gesagt, daß alle den gleichen Umstand als Übel ansehen, und das, weil man unter Umständen andere fixe Zielvorstellungen hat.

2) Auch hier sieht man, daß das eigentlich nichts mit einer Ablehnung von Naturrecht zu tun hat, weshalb wir diesen Erörterungen folgen können. Invariante Prämissen müssen nicht notwendig metaphysisch begründet sein (wenngleich L. an vielen Stellen Invarianz als *sine qua non* des traditionellen metaphysischen Naturrechts bezeichnet).

Die geeignete Staatsform für eine solche ad-hoc Politik --L. würde hierzu opportunistische Politik sagen-- in einer überkomplexen Sozialwelt ist eine solche, die starre Zielfestsetzungen unwahrscheinlich macht, da sie eine pluralistische Interessenberücksichtigung, und zwar in einem dynamischen Sinne eine Berücksichtigung faktisch ständig wechselnder Interessen und Verhältnisse ermöglicht. Dies ist, wie ich gezeigt habe, der Fall in der von L. beschriebenen modernen Demokratie, die auf der Ebene des rechtssetzenden Politiksystems Offenheit als ständige Reversibilität von Entscheidungen mit einem problemlösenden Nachvollzug gesellschaftlichen Wandels verbinden kann.

Auch wenn ich mich (aufgrund rein abstrakter Spekulationen über Grenzen von Rationalität) entschieße, nicht an die Kontingenz von Welt zu glauben, erscheint mir also das L'sche Bild einer positiven Rechtspolitik in modernen, westlichen Demokratien als äußerst vernünftig auf dem Grund der tatsächlichen Komplexität der modernen Gesellschaft und des diesbezüglichen tatsächlich für eine im großen Maßstab und langfristig planende Politik ungenügenden Tatsachenwissens.

Der Unterschied zwischen der Auffassung von Kontingenz und der Auffassung von Nicht-Kontingenz wirkt sich allerdings so aus : Hielte man es für möglich, daß es (zumindest relativ) nicht-kontingente Maßstäbe eines 'Richtigen', Gerechten gibt, so kritisiert man nicht 'überhaupt' das Verfolgen von Idealen, weil sie utopisch seien und sich etwa niemals realisieren ließen, denn vieles, was man einst dogmatisch für unrealisierbar erklärte, so z.B. eine (nicht nur nationale) institutionelle Sicherung individueller Menschenrechte, ist realisiert worden; man hält es nur für unmöglich, daß wir heute jenes Ausmaß an Tatsachenwissen besitzen, das aktuell nötig wäre, um ambitionöse Ansprüche einer auf langfristige Ziele gerichteten, rechtlichen Sozialplanung im großen Maßstab zu realisieren, bzw. man glaubt, daß unter den aktuellen Bedingungen solche utopischen Pläne, insbesondere weit vorausprojizierte und solche in großem Maßstab, nie so realisiert werden, wie sie ausgedacht wurden, weil aufgrund solcher Wissensmankos kaum jemals eine soziale Aktion das erwünschte Resultat herbeiführt. Nur eine ständig revidierbare Setzung von Zielen, eine vorläufige Zielsetzung, die zudem

kein positiver Voraussentwurf ist, sondern sich reaktiv an Negativem (sozialen Mißständen, tatsächlichen Problemen) orientiert, kann die Gewähr für relative Verbesserungen bieten.

Geht man hingegen konform mit der L'schen Ansicht einer kontingenten Welt, so bevorzugt man die vorgeschlagene Rechtspolitik und gesellschaftliche Ordnung (Struktur), ohne je auf damit auch eines Tages erreichbare Verbesserungen oder Fortschritte hoffen zu können. Man bevorzugt sie, und das ist weit weniger ambitiös, weil hier, wenn schon nichts notwendig richtiger, so doch, durch ein Offenhalten von Möglichkeiten, weniger falsch¹⁾ gemacht werden kann.

7) DIE UNTERSCHIEDUNG VON UNTERSCHIEDUNGEN ODER DIE POTENTIELLE REOBJEKTIVIERUNG DER IN UNTERSCHIEDLICHE SYSTEMPERSPEKTIVEN ZERFALLENDEN SOZIALWELT.

Bei L. liegt zwar ein unaufhebbarer Ausgangspunkt in der selbstreferentiellen Autonomie der Funktionssysteme²⁾; das heißt, jedes System orientiert sich an eigenen Unterscheidungen bzw. Realitätskonstruktionen³⁾, was verhindert, daß von einem übergeordneten Standpunkt (Metastandpunkt) gedacht oder gehandelt werden kann⁴⁾. Die rechtssetzende Politik handelt demgemäß nach Machtgesichtspunkten und hat für andere Gesichtspunkte wenig Resonanz (in der Wahl dieser spezifischen Realitätssicht liegt ein "blinder

1) Wobei selbst der Begriff 'falsch' freilich bei L. einen Bedeutungswandel erfahren hat. Falsch ist nurmehr der Ausschluß von Möglichkeiten, der nicht zugleich wieder Möglichkeiten erhält.

2) N.L., Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 345.

3) N.L., aaO, S. 346.

4) Daß dieser Schluß nicht notwendig ist, zeigte ich in Kapitel 1. Kleinknecht, Natascha (1989), Positivität des Rechts bei Niklas Luhmann : Begriffsentstehung, Probleme und Lösungen in kritisch-konstruktiver Sicht oder Von der Welt der 'Natur' zur Welt der Unwahrscheinlichkeiten European University Institute
DOI: 10.2870/75617

Fleck"). Nun lehrt aber die second-order-cybernetics ¹⁾, daß sie das ebenfalls wieder beobachten kann. Gerade hierin könnte aber eine Chance der Relativierung des jeweils unterschiedlichen systeminternen Prozessierens der Welt liegen. Die Politik könnte sich durch Beobachtung ihres "blinden Flecks" anderen Gesichtspunkten öffnen, und eine Reobjektivierung der in Systemperspektiven zerfallenden Welt scheint somit möglich, eine übergeordnete Beschreibungsweise, die beispielsweise auf der Grundlage im Idealfall aller möglichen Systemperspektiven kalkuliert.

Eine solche Synthese hält L. jedoch nicht für möglich ²⁾; nie könne es darum gehen so wenig System wie möglich und soviel Umwelt wie möglich zu realisieren ³⁾. Auch wenn die Politik z.B. Resonanz für Probleme der Wirtschaft aufbringe, blieben die Absichten der Regulierung der Wirtschaft politische Programme ⁴⁾. (Das heißt die Sicht des blinden Flecks geschieht bei L. wieder von einem blinden Fleck aus, der kein anderer als der erste ist.)

Ich konnte aber feststellen, daß selbst wenn die Sicht der Politik in jedem Fall politiksystemspezifisch bleibt, die Beobachtung der Politik wie sie aus anderer Perspektive erscheint dennoch zum Einbau politikexterner Kriterien in politische Entscheidungen führt, selbst wenn die Intention dieses Einbaus rein politisch bleibt. Das führt **de facto** zu einer Relativierung der Systemcodes in Einzeloperationen bzw. in Programmen (also nie zu einer grundsätzlichen Relativierung oder Zurückweisung des Codes) und so einer gewissen Reobjektivierung der in Systemperspektiven zerfallenen Sozialwelt.

1) N.L., aaO, S. 345. Der L'sche Ansatz der Autopoiese allein war, wie auch D. Zolo bemerkt, nurmehr eine metaphorische Schilderung bereits in der alten Rechtssoziologie 'gehabter' Ansätze, vgl. D. Zolo, "Autopoiesis un paradigma conservatore", S. 166; der L'sche Ansatz der Autopoiese führt allerdings in Verbindung mit einer second-order-cybernetics zu einer neuen Entwicklung der L'schen Beobachtung der Gesellschaft.

2) N.L., aaO, S. 345.

3) N.L., aaO, S. 344.

4) N.L., aaO, S. 346.

Faßt L. nun die Ausdifferenzierung der Gesellschaft als jede Einheit, jeden Metastandpunkt sprengende Entwicklung auf und ist Aufgabe wissenschaftlicher Analyse bei L. nurmehr, die Tatsache der Unmöglichkeit einer Synthese zumindest in die Selbstbeschreibung der modernen Gesellschaft einzubeziehen, so könnte man hier

eine abweichende Ansicht vertreten.

Nach L. ist ein Metastandpunkt und auch jegliche (nicht metaphysische) Synthese der Systemperspektiven ausgeschlossen. Dabei besteht von meinem Standpunkt aus allerdings ein Unterschied zwischen einem Metastandpunkt oder einer Synthese, die metaphysisch bzw. moralisch nicht indifferent ist und einer Synthese, die faktische, metaphysisch oder moralisch indifferente Bedürfnisse oder Rationalitäten kompatibelisiert.

In den von L. beschriebenen Strukturen der Sozialwelt liegt nun meiner Ansicht nach, selbst wenn man eine Prämisse der moralischen oder metaphysischen Indifferenz allen Handelns und Erlebens zugrundelegt, ein von niemandem intentioniertes Potential der Überbrückung von Systemgrenzen. De facto kalkulieren Systeme, wie ich zeigte, auch auf der Basis der sie umgebenden Systemperspektiven und operationalisieren diese in ihren Programmen, woraus sich theoretisch de facto übergeordnete Entscheidungsprämissen ergeben können. Diese sind keine vorentworfenen Konzepte, sondern entstehen ganz 'natürlich' aus der Struktur der Sozialwelt, die somit zugleich Tendenzen zu einem 'Sich-selbst-im-Gleichgewicht-Halten' aufwies. Bilden sich nun möglicherweise de facto übergeordnete Prämissen, so kann man nicht ausschließen, daß diese auch absichtsvoll ermittelt werden können¹⁾. Als eine absichtsvoll ermittelte, übergeordnete Prämisse kann man sich

1) Vgl. z.B. G. Teubner, "Intersystemisches Kollisionsrecht", S. 135, der sich fragt, ob das Recht nicht ein "gesamtgesellschaftliches Interesse" in den Vermittlungsprozeß einbringen könne. Recht würde dann zwar nicht mehr vertikal zwischen göttlichem und positivem Recht vermitteln, aber als Antwort auf die funktionale Differenzierung der modernen Gesellschaft horizontal zwischen den Konsistenzanforderungen des positivierten Rechts und den Anforderungen einer Vielfalt von autopoietisch geschlossenen gesellschaftlichen Teilsystemen eine prekäre Balance herstellen müssen.

insbesondere eine solche denken, die überhaupt Grundvoraussetzung für die Existenz von Sozialsystemen ist : "perseverare in esse suo". Das 'Überleben' der Menschheit kann daher auch als 'Grundnorm' in einer Welt funktional ausdifferenzierter Sozialsysteme gelten. So primär dies Argument auch zu sein scheint, ohne soziale Wesen, sprich Menschen, gibt es auch keine Sozialsysteme, da deren Elemente an Ereignisse anknüpfende Kommunikationen sind¹⁾. Diese Grundnorm kann man auch annehmen, wenn man in ihr keinen Wert an sich sieht, kein naturrechtliches Prinzip. Insbesondere von einem rationalistischen Standpunkt aus würde man zunächst zögern, aus dem Faktum des natürlichen Überlebensstrebens menschlicher Lebewesen bereits einen Wert, ein allgemeines Gesetz politischen, wirtschaftlichen, moralischen Handelns abzuleiten. Auch jenseits metaphysischer und moralischer Maßstäbe ist diese Grundvoraussetzung aber so fundamental (sie ist für alle weiteren Voraussetzungen eine Bedingung 'sine qua non'), daß die Notwendigkeit, die man ihr zusprechen muß, eine absolute ist. Zwischen einem absoluten Wert und einer absoluten Notwendigkeit beteht dann nur noch ein gradueller Unterschied. Dieser Punkt ist vielleicht als grundsätzlicher der einzige Punkt, in welchem sich auch für einen Rationalisten Sein und Sollen überschneiden (und dies aus Gründen, die in einem rationalistischen Weltbild nicht mehr erklärbar sind). Für die Annahme dieser übergeordneten Prämisse stehen viele prominente Vertreter, bezeichnenderweise sowohl Naturrechtler als auch Positivisten, wie Hobbes, Hume, Locke, Spencer und in jüngster Zeit

1) Die 'artificial intelligence' ist zur Zeit noch zu wenig entwickelt, als daß man auf eine Welt spekulieren könnte, in der nur noch Maschinen miteinander kommunizieren, und selbst wenn dies vorstellbar wäre, so ergäbe sich vielleicht nicht die Notwendigkeit eines Rechts- oder Wirtschaftssystems, und wenn nur noch Maschinen kommunizierten, über was würden sie dann kommunizieren?

Pound und Hart¹⁾.

Identifiziert man sich mit dieser Grundprämisse, so mögen ferner zwar aus Strukturen, innerhalb derer unser eigenes Handeln als marginal oder unwesentlich erscheint, noch wichtige Impulse der Gesellschaftsentwicklung folgen, deshalb werden diese Strukturen aber meiner Ansicht nach nicht, wie bei L., zum letzten Angelpunkt, zum wichtigsten Rechtfertigungsgrund beispielsweise von kontingenten Rechtsentscheidungen. Wir selbst, in der Reproduktion unserer natürlichen Existenz, vielmehr sind eine allem vorgelagerte Bedingung, die, wenn man so will, die Kontingenz allen Handelns, Erlebens, Entscheidens erst ermöglicht. Es dürfte schwierig sein, diese Bedingung nicht als erste Prämisse in unser Handeln und so auch in Rechtsentscheidungen einzubeziehen, da die Verneinung ihrer Primordialität kontrafaktisch wäre.

1) Vgl. Th. Hobbes, *Leviathan*, Part I, Ch. 14; Part III, Ch. 31; J. Locke, "The Second Treatise of Government", S. 283ff, 289, 296-97; D. Hume, "An Enquiry Concerning the Principles of Morals", S. 199, 203 und *A Treatise of Human Nature*, Book III, Part II, Par. 2, 4-7; H. Spencer, *The Principles of Ethics*, Sect. 8; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, S. 181-207, insbesondere 187; R. Pound, "A Theory of Social Interests", S. 16.

Literatur

- H. ALBERT, "Normativismus oder Sozialtechnologie? Bemerkungen zu E.v.Savigny's Kritik", Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band I, Hrsg. W.Maihofer/H.Schelsky, Bielefeld, 1970.
- "Law as an Instrument of Rational Practice", Contract and Organisation, Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory, Hrsg. G. Teubner, T. Daintith, Berlin, 1986.
- Denken das an der Zeit ist, Hrsg. F. Rötzer, Frankfurt, 1987.
- K.O. APEL, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft. Transformationen der Philosophie, Bd. 2, Frankfurt, 1981.
- H. ATLAN, Entre le cristal et la fumée, Paris, 1979.
- E. BELING, "Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück", Festgabe für Ph. Heck, Hrsg. Stoll, Tübingen, 1931.
- S. BENHABIB, "Kritik des postmodernen Wissen, eine Auseinandersetzung mit J.F. Lyotard", Postmoderne, Hrsg. A. Huyssen, Hamburg, 1986.
- W.R. BEYER, Rechtsphilosophische Besinnung : Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts, Karlsruhe, 1947.
- E. BLANKENBURG, "Kritische Anmerkungen zur rechtssoziologischen Forschung", Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Hrsg. W. Maihofer, H. Schelsky, Bd. III, Düsseldorf, 1972.
- N. BOBBIO, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano, 1965.
- Dalla struttura alla funzione, Milano, 1977.
- S. BREUER, Sozialgeschichte des Naturrechts, Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung, Bd. 42, 1983.
- "Ist Umweltzerstörung überhaupt vermeidbar? Niklas Luhmann über 'ökologische Kommunikation'", Merkur, 40 Jg., Nr. 450, 1986.
- S. BROWN, Laws of Form, New York, 1972.
- E. CASSIRER, Natur- und Völkerrecht, Berlin, 1963.
- V. CATHEIN, Naturrecht und positives Recht, Freiburg, 1901.
- H. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin, 1976.

1. Artikel oder Einzelbeiträge in Büchern oder Zeitschriften sind jeweils in Anführungszeichen gesetzt.

"Um die Erneuerung des Naturrechts", Naturrecht und Rechtspositivismus, Hrsg. W. Maihofer, Darmstadt, 1972 bzw. Universitas, Jg. 3, 1948.

H. DEGGAU, "Le concept d'autopoïese sociale et ses difficultés", Revue Interdisciplinaire D'Etudes Juridiques, 18/ 1987.

J. DERRIDA, Of Grammatology, Baltimore, Maryland, 1976.

H. DREIER, "Hans Kelsen und Niklas Luhmann; Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive", Rechtstheorie, Bd. 14, 1983.

G. DUX, Strukturwandel der Legitimation, München, 1976.

A. EINSTEIN, Come io vedo il mondo. La teoria della relatività, Roma, 1988.

J. ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Kronberg, 1975.

V. FERRARI, Funzioni del diritto, Bari, 1987.

L.M. FRIEDMANN, "Einige Bemerkungen über eine allgemeine Theorie des rechtsrelevanten Verhaltens", Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Hrsg. W. Maihofer, H. Schelsky, Bd. III, Düsseldorf, 1972.

H. v. FOERSTER, Sicht und Einsicht, Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie, Braunschweig, 1985.

R. DE GIORGI, Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann, Bari, 1979.

G. GÜNTHER, Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik, Erster Band, Hamburg, 1976.

J. HABERMAS, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, Frankfurt, 1981.

- Der philosophische Diskurs der Moderne, Frankfurt, 1985.

J. HABERMAS/

N. LUHMANN, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung, Frankfurt, 1975.

H.L.A.HART, The Concept of Law, Oxford, 1961.

F.A. HAYEK, Law, Legislation And Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political autonomy. Rules and Order, vol. 1, Chicago, London, 1973.

Law, Legislation And Liberty. The mirage of social justice, vol. 2, Chicago, London, 1973.

- T. HELLER**, "Accounting for Law", EUI Working Paper, Florenz, 1985.
- W. HEISENBERG**, Das Naturbild der heutigen Physik, Hamburg, 1956.
- H. HENKEL**, Einführung in die Rechtsphilosophie, München, 1977.
- D.L. HINRICHSSEN**, "Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus", Festschrift für E. Mezger, München, 1954.
- O. HÖFFE**, Ethik und Politik. Grundmodelle und -probleme der praktischen Philosophie, Frankfurt, 1979.
- E. v. HIPPEL**, Elemente des Naturrechts, Frankfurt, 1969.
- TH. HOBBS**, Leviathan, Harmondsworth, 1968.
- D. HOFSTADTER**, Gödel, Escher, Bach, Stuttgart, 1985.
- O.W. HOLMES**, Collected Legal Papers, New York, 1952.
- D. HOY**, "Jacques Derrida", The Return of Grand Theory in the Human Sciences, Hrsg. Qu. Skinner, Cambridge, 1985.
- H. HUBMANN**, Naturrecht und Rechtsgefühl, Archiv für die civilistische Rechtspraxis, Bd. 153, 1954.
- D. HUME**, Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals, Oxford, 1902.
"An Enquiry Concerning the Principles of Morals", Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals, Oxford, 1902.
- A Treatise of Human Nature, Oxford, 1978.
- C. JOERGES, D. TRUBEK**, Hrsg., Critical Legal Thought; An American-German Debate, Baden Baden, 1989.
- B. KASPRZIK**, "Ist die Rechtspositivismusdebatte beendbar? Zur Rechtstheorie Niklas Luhmanns", Rechtstheorie, Bd. 16, 1985.
- A. KAUFMANN**, "Die ontologische Struktur des Rechts", Die ontologische Begründung des Rechts, Hrsg. A. Kaufmann, Darmstadt, 1965.
- H. KELSEN**, Die Illusion der Gerechtigkeit, Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons, Wien, 1985.
- Das Problem des Parlamentarismus, Wien, 1925.
- "What is Justice?", Justice, Law and Politics in the Mirror of Science, Collected Essays, Berkeley, 1971.
- "The Metamorphoses of the Idea of Justice". Interpretations of modern legal philosophies, Hrsg. P. Sayre, New York, 1947.

"The Law as a Specific Social Technique", The University of Chicago Law Review, 1941.

V. KRAFT, Der Wiener Kreis. Der Ursprung des Neopositivismus. Ein Kapitel der jüngsten Philosophie, Wien, 1950.

K. KÜHL, "Naturrecht", Historisches Wörterbuch der Philosophie, Hrsg. J. Ritter, K. Gründer, Bd. 6 Darmstadt, 1984.

K.H. LADEUR, "'Abwägung' - ein neues Rechtsparadigma ? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse", Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 69, 1983.

"Perspektiven einer postmodernen Rechtstheorie", Rechtstheorie, Bd. 16, 1985.

A. LANGNER, Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar, Bonn, 1957.

K. LARENS, Zur Beurteilung des Naturrechts, Forschungen und Fortschritte, Korrespondenzblatt der deutschen Wissenschaft und Technik, Jg. 21/23, 1947.

W.F.v. LEIBNIZ, Die Theodizee, Bd. 2, Leipzig, 1883.

J. LOCKE, Two Treatises of Government, Cambridge, 1967.

"The Second Treatise of Government", Two Treatises of Government, Cambridge, 1967.

N. LUHMANN, Rechtssoziologie, Bd. 1, 2, Hamburg, 1972.

Rechtssoziologie, Opladen, 1983.

Sociologia del diritto (prefazione A. Febbrajo), Roma, Bari, 1977.

Legitimation durch Verfahren, Darmstadt, Neuwied, 1978.

Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, 1974.

Zweckbegriff und Systemrationalität, Tübingen, 1977.

Soziale Systeme, Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt, 1984.

Macht, Stuttgart, 1975.

Ökologische Kommunikation, Opladen, 1986.

Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt, 1988.

Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt, 1981.

Politische Planung, Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung, Opladen, 1975.

Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Bd. 1, Opladen, 1974.

Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, Opladen, Bd. 2, 1982.

"Die Richtigkeit soziologischer Theorie", Merkur, Jg. 41, Nr. 455, 1987.

"Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", Rechtstheorie, Bd. 4, 1973.

"Gesellschaftliche und Politische Bedingungen des Rechtsstaates", Studien über Recht und Verwaltung, Festschrift H. Ule, Köln, 1967.

"Einige Probleme mit 'reflexivem Recht'", Zeitschrift für Rechtssoziologie, Jg. 6, Heft 1, 1985.

"Die Codierung des Rechtssystems", EUI Working Paper, Florenz, 1986 bzw. Rechtstheorie, Bd. 17, 1986.

"Die soziologische Beobachtung der Theorie und Praxis des Rechts", EUI Working Paper, Florenz, 1986.

"Geschlossenheit und Offenheit. Über Realität in der Welt des Rechts, EUI Working Paper, Florenz, 1985.

"Die Einheit des Rechtssystems", Rechtstheorie, Bd. 14, 1983.

"Recht als soziales System", EUI Working Paper, Florenz, 1986.

"Die Rückgabe des zwölften Kamels", EUI Working Paper, Florenz, 1984.

"Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", Rechtstheorie, Bd. 19, 1988.

J.F. LYOTARD, La Condition Postmoderne, Paris, 1979.

W. MAIHOFER, Hrsg., Ideologie und Recht, Frankfurt, 1969.

Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlegendiskussion, Frankfurt, 1971.

Naturrecht oder Rechtspositivismus, Darmstadt, 1972.

W. MAIHOFER/

R.F. BEHRENDT, Würde des Menschen, II, Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit, Hannover, 1967.

W. MAIHOFER, "Ideologie und Naturrecht", Ideologie und Recht, Frankfurt, 1969.

B. MATHIS, Rechtspositivismus und Naturrecht, München, 1971.

- H. MATURANA/
F. VARELA.**, Autopoiesis and Cognition. The realization of the living, London, 1980.
- J. MESSNER**, Das Naturrecht, Wien, 1950.
- C.L. MICHELET**, Naturrecht oder Rechtsphilosophie, Berlin, 1866.
- H. MITTEIS**, Über das Naturrecht, Berlin, 1948.
- H. MOHR**, "Evolutionäre Erkenntnistheorie", AvH, Heft 47, 1986.
- P. MUNZ**, Our Knowledge of the Growth of Knowledge. Popper or Wittgenstein? London, Boston, 1985.
- R. MÜNCH**, "The Law in Terms of Systems Theory", American Journal of Sociology, Vol. 92, No. 5, 1987.
- F. NASCHHOLD**, "Probleme der Demokratie heute", Politische Vierteljahresschrift, Jg. 11, Sonderheft 2, 1970.
- F. NIETZSCHE**, Geburt der Tragödie, Werke, Bd. 1, Leipzig, 1912.
- H.M. PAWLOWSKY**, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg, Karlsruhe, 1981.
- M. PHILIP**, "Foucault", The Return of Grand Theory in the Human Sciences, Hrsg. Qu. Skinner, Cambridge, 1985.
- M. PLANCK**, Scheinprobleme der Wissenschaft, Leipzig, 1947.
- K. PODAK**, "Ohne Subjekt ohne Vernunft. Bei der Lektüre von Niklas Luhmanns 'Soziale Systeme'", Merkur, Jg. 38, Nr. 429, 1984.
- K. POPPER**, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, München, 1977.
- Die Logik der Forschung, Tübingen, 1982.
- Die Logik der Forschung, Wien, 1935.
- The Open Universe. An Argument for Indeterminism, 1982, Totowa, New Jersey.
- R.A. POSNER**, Economic Analysis of Law, Boston, 1972.
- R. POUND**, "A Theory of Social Interest", American Sociological Society, Papers and Procedures, Vol. XV, Chicago, 1921.
- T. RAISER**, "Sozialer Wandel durch Recht, dargestellt am Beispiel der Aktiengesellschaft", Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. III, 1972.
- K. RITTER**, Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus, Witten, 1956.

- R. RORTY**, "Habermas and Lyotard on Postmodernity", Praxis International, 4, 1984.
- H. ROTTLEUTHNER**, "Biological Metaphors in Legal Thought", EUI Working Paper, Florenz, 1985.
- B. RUSSELL**, A History of Western Philosophy, London, 1948.
The Problems of Philosophy, Oxford, 1976.
- H. RYFFEL**, "Das Problem des Naturrechts heute", Naturrecht oder Rechtspositivismus, Hrsg. W. Maihofer, Darmstadt, 1972 bzw. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 92, 1956.
- "Bedingende Faktoren der Effektivität des Rechts", Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Hrsg. W. Maihofer/ H. Schelsky, Bd. III, 1972, Düsseldorf.
- J. SAUTER**, Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre, Frankfurt, 1966.
- H. SCHELSKY**, Die Soziologen und das Recht, Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung, Opladen, 1980.
- F. SCHOLZ**, Freiheit als Indifferenz. Alteuropäische Probleme mit der Systemtheorie Niklas Luhmanns, Frankfurt, 1982.
- W. SCHULZ**, Philosophie in der veränderten Welt, Pfullingen, 1980.
- J. SCHUMPETER**, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, Bern, 1950.
- T. SCHÖFTHALER**, "Soziologie als 'interaktionsfreie Kommunikation', Niklas Luhmann's leidenschaftlicher Antihumanismus", Das Argument, Jg. 27, Nr. 151, 1985.
- P. SCHWERTNER**, "Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus", Rechtstheorie, Bd. 2, 1971.
- Q. SKINNER**, Hrsg., The Return of Grand Theory in the Human Sciences, Cambridge, 1985.
- S. SMID**, "Soziale Evolution und Rationalität. Bemerkungen zu Niklas Luhmann's Grundlegung einer allgemeinen Theorie", Rechtstheorie, Bd. 16, 1985.
- H. SPENCER**, The Principles of Ethics, Osnabrück, 1966.
- G.C. SPIVAK**, "Translator's Preface", Of Grammatology, Baltimore, Maryland, 1976.
- G. SPRENGER**, Naturrecht und Natur der Sache, Berlin, 1976.

- R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht, Nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, Leipzig, 1921.
- L. STRAUSS, *Naturrecht und Geschichte*, Stuttgart, 1956.
- Droit Naturel et Histoire*, Paris, 1954.
- G. TEUBNER, Hrsg., *Juridification of Social Spheres*, Berlin, 1987.
- Autopoietic Law : A New approach to Law and Society*, Berlin, 1988.
- G. TEUBNER/T. DAINTITH, Hrsg., *Contract and Organisation, Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Berlin, 1986.
- G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989.
- "Folgenkontrolle und responsive Dogmatik", *Rechtstheorie*, Bd. 6, 1975.
- "Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 68, 1982.
- "Sociological Jurisprudence and Legal Economics : Risks and Rewards", *Contract and Organisation*, Hrsg. G. Teubner/ T. Daintith, Berlin, 1986.
- "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", *International Journal of Sociology*, Vol. 12, No. 4, 1984 bzw. EUI Working Paper, Florenz, 1984.
- "Generalklauseln als sozio-normative Modelle", *Bedürfnisse, Werte und Normen im Wandel*, Bd. 1, Hrsg. H. Stachowiak, München, 1982.
- "Juridification : Concepts, Aspects, Limits, Solutions", *Juridification of Social Spheres*, Berlin, 1987.
- "Social Order form Legislative Noise", EUI Working Paper, Florenz, 1985.
- "Evolution of Autopoietic Law", *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988.
- "Hypercycle in Law and Organization. The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis", EUI Working Paper, Florenz, 1986.
- "Autopoiesis im Recht. Zum Verhältnis von Evolution und Steuerung", EUI Working Paper, Florenz, 1986.
- "Legal Autopoiesis an Legal Evolution", EUI Working Paper, Florenz, 1985.
- "Und Gott lachte...", *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989 bzw. " 'And God Laughed', Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law", *Critical Legal Thought; An American-German Debate*, Hrsg. C. Joerges, D. Trubek, Baden Baden, 1989.

"Gesellschaftssteuerung durch reflexives Recht", Recht als autopoietisches System, Frankfurt, 1989

"Intersystemisches Kollisionsrecht", Recht als autopoietisches System, Frankfurt, 1989.

D.M. TRUBEK, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism", Wisconsin Law Review, No. 3, 1972.

C. URBAN, Nominalismus im Naturrecht, Zur historischen Dialektik des Freiheitsverständnisses in der Theologie, Düsseldorf, 1979.

F.J. VARELA, "A Calculus for Self-Reference", International Journal of General Systems, Vol. 2, 1975.

Principles of Biological Autonomy, 1979, New York.

O. VEIT, "Die geistesgeschichtliche Situation des Naturrechts", Merkur, Nr. 3, 1947.

O. WEINBERGER, "Ideologiekritik und Demokratietheorie bei H. Kelsen", Rechtstheorie, Beiheft 4, 1982.

F. v. WEIZSÄCKER, Die Einheit der Natur, München, 1984.

Zum Weltbild der Physik, Leipzig, 1945.

A. WELLMER, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne, Vernunftkritik nach Adorno, Frankfurt, 1985.

H. WELZEL, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen, 1951.

F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen, 1967.

R. WIETHÖLTER, "Entwicklung des Rechtsbegriffs", Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Hrsg. v. Gessner/G. Winter, Bd. 8, Opladen, 1982.

E. WOLF, "Naturrecht und Gerechtigkeit. Zum Problem des Naturrechts", Naturrecht oder Rechtspositivismus, Hrsg. W. Maihofer, Darmstadt, 1972.

D. ZOLO, "Autopoiesis un paradigma conservatore", Micromega, 1, 1986.

"Un confronto sul 'futuro della democrazia'. Domande a Niklas Luhmann", Il Mulino, 4, 1987.

Complessità e democrazia, Torino, 1987.

