

Niklas Luhman Ausdifferenzierung des Rechts

Beiträge zur Rechtssoziologie und
Rechtstheorie
suhrkamp taschenbuch
Wissenschaft

suhrkamp taschenbuch
Wissenschaft 1418

Rechtssoziologie und Rechtstheorie werden üblicherweise verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen zugeordnet und dadurch getrennt. Die in diesem Band zusammengefaßten Studien bejahen diese Differenz, versuchen aber zugleich, sie durch eine soziologische Theorie zu erklären. Ihr Leitgedanke ist, daß gesellschaftliche Evolution zur Ausdifferenzierung eines eigenständigen Rechtssystems und damit zu einer relativ autonomen Entscheidungskultur des Rechts geführt hat, die sich in eigenen Theoriebemühungen reflektiert. Die soziologische Beobachtung dieses Sachverhalts »von außen« bringt einerseits mehr Umweltbezüge in den Blick und kann auch latente Funktionen und Strukturen aufklären, die das Rechtssystem für sich selbst nicht thematisieren kann; sie kann andererseits nie in die Innenperspektive des Rechts wirklich eintreten, nie mit eigenen Operationen Recht erzeugen oder verändern und auch nie bestimmen, wie dies geschehen soll.

Gerade diese Differenz, so gesehen, ermöglicht Beziehungen. In der Theoriesprache der Soziologie kann die Evolution des Rechts, die Ausdifferenzierung eines Funktionssystems für Recht, dessen Verhältnis zu alltäglichen Interaktionen und zu Konflikten behandelt werden und vor allem natürlich die Funktion des Rechts. Auch die Art, in der die Ausdifferenzierung des Rechtssystems zur Positivität des Rechts führt und das Recht von Politik einerseits unabhängiger, andererseits abhängiger macht, läßt sich soziologisch klären. Mit all dem sind zugleich aber auch Bedingungen angegeben, die im Rechtssystem zu offenen Fragen führen, deren Beantwortung die Rechtstheorie zu übernehmen hat.

Niklas Luhmann (1927-1998) war seit 1968 Professor für Soziologie an der Universität Bielefeld. Eine Übersicht über seine Veröffentlichungen im Suhrkamp Verlag findet sich am Ende des Bandes.

Niklas Luhmann
Ausdifferenzierung des Rechts

Beiträge zur
Rechtssoziologie und Rechtstheorie

Suhrkamp

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Luhmann, Niklas:

Ausdifferenzierung des Rechts ;

Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie /

Niklas Luhmann. -

i. Aufl. - Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1999

(Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft; 1418)

ISBN 3-518-29018-5

suhrkamp taschenbuch Wissenschaft 1418

Erste Auflage 1999

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1981

Suhrkamp Taschenbuch Verlag

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das

des Öffentlichen Vortrags, der Übertragung

durch Rundfunk und Fernsehen

sowie der Übersetzung, auch einzelner Teile.

Satz und Druck: Wagner GmbH, Nördlingen

Printed in Germany

Umschlag nach Entwürfen von

Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

1 2 3 4 5 6 - 04 03 02 01 00 99

Inhalt

Vorwort	7
1. Evolution des Rechts	11
2. Ausdifferenzierung des Rechtssystems.	35
3. Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen . .	53
4. Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?.	73
5. Konflikt und Recht	92
6. Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft	113
7. Rechtszwang und politische Gewalt	154
8. Die Profession der Juristen: Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland.	173
9. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang . . .	191
10. Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie.	241
11. Funktionale Methode und juristische Entscheidung . .	273
12. Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht	308
13. Die Gewissensfreiheit und das Gewissen	326
14. Zur Funktion der »subjektiven Rechte«	360
15. Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen. Gesellschaft	374

i6. Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive.	419
Register.	451
Quellennachweis.	459

Vorwort

Rechtssoziologie und Rechtstheorie gehören nach üblicher Auffassung verschiedenen Disziplinen an. Im ersten Falle geht es um einen Spezialbereich empirisch-soziologischer Forschung, im zweiten um eine Analyse der Grundfiguren des Rechts selbst, also um eine Subdisziplin der Rechtswissenschaft. Diese Trennlinie differenziert verschiedene Perspektiven, verschiedene Methoden und Forschungspraktiken, unterschiedliche Sozialisationswege der Studenten und Forscher und neuerdings sogar unterschiedliche politische Affinitäten. Die Studien, die in diesem Bande zusammengestellt sind, interessieren sich, teils implizit, teils explizit, für diese Differenz.

Dies nicht mit der Absicht, die Differenz in einer »soziologischen Rechtstheorie« zum Verschwinden zu bringen, sie wie einen Widerspruch zu behandeln, der »aufgehoben« werden kann. Die Absicht ist vielmehr, eine soziologische Theorie zu präsentieren, die Möglichkeiten einschließt, Rechtstheorie (wie auch andere kunstvolle Gedankengebilde) zu analysieren. Die Rechtstheorie wird dabei als eine Reflexionsleistung des Rechtssystems angesehen, die ihrerseits den Entscheidungsgewinn systematisiert, den man mit Hilfe von Faüvergleichserfahrungen, dogmatischen Begriffen und Entscheidungsregeln oder auch mit Hilfe von offenen (aber fest eingeführten) Wertungen sozialer Sachverhalte erzielen kann. Systematisiert wird all dies dadurch, daß es auf die Einheit des Rechts, auf die Identität des Rechtssystems, auf Kriterien für Zuordnung zu Recht bzw. Unrecht bezogen wird. Für diese Funktion erschien, bisher jedenfalls, der Rechtstheorie ein Begriff der Gerechtigkeit unentbehrlich zu sein, während es der soziologischen Theorie genügen würde, die Funktion des Rechts festzustellen und Gerechtigkeitsbegriffe als Reflexion dieser Funktion im Rechtssystem zu behandeln.

Mit »Ausdifferenzierung des Rechts« ist der Gesichtspunkt benannt, der die Reflexion im Rechtssystem selbst und ihre Beobachtung von außen ermöglicht. Er hat einen historischen Bezug, bezeichnet einen geschichtlichen Prozeß, der von der Evolution des Gesellschaftssystems abhängt. Er bezeichnet auch

ein Resultat, das zur Divergenz von Selbstbeobachtung und Fremdbeobachtung führt. Die Entscheidungs- und Reflexionsprozesse eines ausdifferenzierten, zu relativ autonomer Orientierung an der eigenen Funktion freigesetzten Systems lassen sich, allein deshalb schon, weil sie Selbstreferenz involvieren, von außen weder vollständig einsehen noch determinieren. Man sieht von außen zugleich mehr und weniger als im System selbst. Man sieht mehr Umweltbezüge, als das System selbst operativ handhaben kann, und man kann unter Umständen Einblick gewinnen in Funktionen und Strukturen, die das System für sich selbst latent halten, die es in sich selbst vor sich selbst verbergen muß. Genau dies bedeutet aber auch, daß der Beobachter Außenseiter bleibt, an die selbstreferentiellen Prozesse des Systems nicht angeschlossen werden kann und daß er Informationen in einer Weise gewinnt, die im beobachteten System selbst nicht (oder nur mehr oder weniger »zufällig«) unmittelbar verwendbar ist. Was Möglichkeiten der Übertragung sozialwissenschaftlicher Analysen in die juristische Praxis angeht, liegt diesen Analysen also eine eher skeptische Einstellung zu Grunde.

Gerade diese Differenz von Außenbeobachtung und Selbstreflexion, von soziologischer Analyse und selbstreferentiellem Prozessieren im Recht ermöglicht aber auch Beziehungen. In der Theoriesprache der Soziologie kann die Evolution des Rechts, die Ausdifferenzierung eines besonderen Funktionssystems für Recht, dessen Verhältnis zu alltäglichen Interaktionen und zu Konflikten behandelt werden und vor allem natürlich die Funktion des Rechts. Auch die Art, in der die Ausdifferenzierung des Rechtssystems über besondere Verfahren eine Positivierung des Rechts ermöglicht und sich dann auf die Positivität des Rechts selbst stützen kann, läßt sich soziologisch klären. Das gleiche gilt für die Doppelbeziehungen zwischen Recht und Politik, die einerseits über Gesetzgebung und andererseits über Angewiesenheit auf physische Gewalt laufen und mit dieser Doppelstruktur wechselseitige Abhängigkeit und Unabhängigkeit zugleich realisieren. Mit all dem sind zugleich aber auch Bedingungen angegeben, die im Rechtssystem zu offenen, interpretationsbedürftigen Fragen führen, deren Bearbeitung die Rechtstheorie zu übernehmen hat. Hierzu zählen: die Auseinandersetzung mit der Kontingenz und Änderbarkeit des Rechts, die Interpretation des Rechtskriteriums der Gerechtigkeit, ferner

die Rückführung des Rechts auf Natur und auf »Rechtsquellen«. Auch die Formen, die den Personbezug des Rechts fassen, etwa die Freiheitskonzessionen der Achtung von Gewissensentscheidungen und der Bereitstellung subjektiver Rechte, gehören teils noch in die Rechtstheorie, teils schon in die Rechtsdogmatik.

Welche Antworten hier »richtig« sind oder sich doch vergleichsweise leichter durchsetzen lassen, muß in der Rechtstheorie selbst ausprobiert werden. Das kann die Soziologie weder vorhersehen noch festlegen, das muß sie der Evolution des Rechts und der Rechtstheorie überlassen. Eine so entstandene, historisch vorliegende Semantik läßt sich dann wieder soziologisch interpretieren, zum Beispiel im Sinne einer Korrelation von zunehmender Ausdifferenzierung und zunehmender Kontingenz des Rechts. Dieser Zusammenhang ist seinerseits ein historischer. Er läßt in der heutigen Gesellschaft die alteuropäischen Antworten, die sich auf die Natur des Rechts oder des Menschen, auf Annahmen über Rechtsquellen und auf ein »Prinzip« der Gerechtigkeit stützen konnten, unglaublich werden. Damit ist die Rechtstheorie vor die Frage geführt, ob und wie sie das Recht unabhängig von solchen Vorgaben als ein selbstreferentielles, sich selbst reproduzierendes Verhältnis formulieren kann.

Die einzelnen Beiträge zu diesen Themen sind während eines längeren Zeitraums aus verschiedenartigen Anlässen abgefaßt worden. Der Originaltext ist, von technischen Anpassungen abgesehen, unverändert geblieben. Die Studien über Recht und Konflikt und über Rechtszwang und politische Gewalt sind auf der Grundlage nichtpublizierter Manuskripte für diesen Band neu geschrieben worden.

Bielefeld im Mai 1981

Niklas Luhmann

Kapitel I

Evolution des Rechts

Auf den Beobachtungsständen des an Gesellschaftstheorie interessierten Soziologen kommt seit einigen Jahren eine neue Welle Evolutionismus in Sicht¹. Wie im 19. Jahrhundert Evolution die Formel war, mit der man sich über den statischen *natura humana* Utilitarismus eines Jeremy Bentham oder eines James Mill hinaus-schwang und die bloße »conjectural history« der Aufklärungszeit zugunsten einer streng naturwissenschaftlichen Geschichtsvorstellung zu überwinden trachtete², so scheint heute der Evolutionsgedanke die Möglichkeit zu bieten, die viel kritisierten Schranken der strukturell-funktionalen Systemtheorie zu sprengen³ und durch Hineinnahme der Zeitdimension höhere Komplexität in der wissenschaftlichen Darstellung des Systems der Gesellschaft zu erreichen.

Diese Entwicklungen des Entwicklungsgedankens dürften für die Rechtswissenschaft nicht ohne Bedeutung sein. Die klassische Rechtssoziologie von Marx, Maine, Dürkheim oder Weber hing eng mit dem Entwicklungsgedanken des 19. Jahrhunderts, teils mit seiner naturwissenschaftlichen, teils mit seiner historistischen Ausprägung zusammen - und ist mit ihm zusammengebrochen. Seitdem vegetiert die Rechtssoziologie teils als soziologische Jurispru-

1 Einen Überblick über die hauptsächlich amerikanischen Impulse vermittelt Heinz Hartmann, *Moderne amerikanische Soziologie. Neuere Beiträge zur soziologischen Theorie*, Stuttgart 1967, S. 70 ff. Siehe ferner Kenneth E. Bock, *Evolution, Function, and Change*, *American Sociological Review* 28 (1963), S. 229-237.

2 Zur damals hauptsächlich englischen Theorieentwicklung vgl. J. W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge/England 1966.

3 Ein solcher Umbau läßt sich auch im Inneren der Parsons'schen Systemtheorie beobachten. Vgl. etwa Talcott Parsons, *Introduction to Part Two*. In: Talcott Parsons/Edward A. Shils/Kaspar D. Naegle/Jesse R. Pitts (Hrsg.), *Theories of Society*, Glencoe/Ill. 1961, Bd. I, S. 239-264; ders., *Some Considerations on the Theory of Social Change*, *Rural Sociology* 26 (1961), S. 219-239; ders., *Evolutionary Universals in Society*, *American Sociological Review* 29 (1964), S. 339-357; ders., *Die jüngsten Entwicklungen in der strukturell-funktionalen Theorie*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 16 (1964), S. 30-49; ders., *Societies. Evolutiona-*

denz, teils als Rechtssoziologie ohne Recht, nämlich als Erforschung von Gruppen, Rollen, Karrieren oder Meinungen, die es mit dem Recht zu tun haben, aber nicht selbst Recht sind'. In der Erneuerung des Evolutionsgedankens könnte eine Möglichkeit liegen, die Rechtssoziologie wieder auf eine gesamtgesellschaftliche Theorie zu beziehen, sie damit wieder auf das Recht selbst als Struktur des Gesellschaftssystems zu beziehen und sie damit wieder rechtstheoretisch interessant zu machen. Mit der knappen Skizze einer soziologisch fundierten Theorie der Rechtsentwicklung soll im folgenden versucht werden, zu einer engeren interdisziplinären Zusammenarbeit von Rechtssoziologie und Rechtstheorie anzuregen.

I.

Daß ein Rückfall auf Spencer nicht beabsichtigt sei, wird in der neueren soziologischen Evolutionstheorie allgemein behauptet. Weniger deutlich ist zu sehen, worin der Unterschied, worin der Fortschritt liegt. Daß die Parallele zur biologischen Entwicklung nicht ausreicht, daß die soziale Entwicklung nicht notwendig unilinear und kontinuierlich verläuft, daß Rückentwicklungen möglich, ja für die Einzelgesellschaften sogar wahrscheinlich sind, ist Spencer wohl bekannt⁵ und wird zu Unrecht als Neuentdeckung

ry and Comparative Perspectives, Englewood Cliffs/N.J. 1966. Entsprechende Entwicklungen lassen sich in methodologisch orientierten Publikationen feststellen im Sinne der These, daß erst eine Evolutionstheorie funktionalen Aussagen Erklärungswert verleihe. Vgl. 2. B. Harry C. Bredemeier, *The Methodology of Functionalism*, *American Sociological Review* 20 (1955), S. 173-180; Ronald P. Dore, *Function and Cause*, *American Sociological Review* 26 (1961), S. 843-853; Maurice N. Richter, Jr., *Social Functions and Sociological Explanation*, *Sociology and Social Research* 50 (1965), S. 72-77.

4 Als einen internationalen Überblick über den gegenwärtigen Stand der Forschung und ihren geschichtlichen Bezug vgl. Renato Treves (Hrsg.), *La sociologia del diritto. Problemi e ricerche*, Mailand 1966, englische Ausgabe: Renato Treves/Jan F. Glastra van Loon, *Norms and Actions. National Reports on Sociology of Law*, Den Haag 1968. Zur Wiederaufnahme evolutionärer Perspektiven vgl. Richard D. Schwartz/James C. Miller, *Legal Evolution and Societal Complexity*, *The American Journal of Sociology* 70 (1964), S. 159-169.

5 Vgl. z. B.: *The Principles of Sociology*, Bd. I, 3. Aufl., London-Edinburgh 1885, S. 93 ff. Zu weiteren Vorbehalten und Modifikationen der frühen Evolutionstheorie

gefeiert. Die eigentliche Veränderung liegt nicht auf der Ebene einer bloßen Korrektur und Modifikation älterer Ansätze. Sie hat tiefere Wurzeln, betrifft die letzten Leitvorstellungen der Argumentation und läßt sich deshalb nur durch mehr oder minder scharf extrapolierende Interpretation erschließen.

Spencer ließ sich letztlich durch den Grundgedanken der »natural causation« tragen, sah darin die Bedingung der positiven Wissenschaftlichkeit seiner Theorie und zugleich den Antriebsfaktor der Evolution. Für ihn war Soziologie als positive Wissenschaft Theorie der gesellschaftlichen Evolution. Kausalität war der zu erforschende Basisprozeß, und in den organischen bzw. sozialen Systemen fand er ein bloßes Resultat dieses Prozesses als Ursachenkonstellation der weiteren Entwicklung. Im modernen Denken über Evolution gibt es Anzeichen dafür, daß dieses Verhältnis sich umkehrt. Kausalität läßt sich im Grunde nur an Systemen denken und wird durch Systemstrukturen und nicht durch Kausalgesetze im Sinne abstrakt-notwendiger Ursache-Wirkung-Korrelationen ermöglicht und gesteuert⁶. Damit rückt die Frage nach dem Verhältnis von Systemstruktur und Evolution in den Mittelpunkt des theoretischen Interesses. Systemstrukturen steuern die Evolution ebenso wie die Lernprozesse von Systemen. Insofern liegen Evolutionstheorie und Lerntheorie genau parallel⁷. Für uns ergibt diese Einsicht in die Strukturabhängigkeit von Veränderungsprozessen neuartige Möglichkeiten, nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaftsevolution zu fragen.

Nach wie vor wird Evolution als Steigerung der Komplexität, als Zunahme der Zahl und Verschiedenheit möglicher Bestände und Ereignisse begriffen, aber der Mechanismus, der dies hervorbringt, stellt sich heute wesentlich komplizierter dar. Zunächst muß zwischen Weltkomplexität und Systemkomplexität unterschieden

siehe L. T. Hobhouse/G. C. Wheeler/M. Ginsberg, *The Material Culture and Social Institutions of the Simpler Peoples. An Essay in Correlation*, London 1915, Neudruck 1965, S. 41 ff.

6 Siehe als ein typisches Beispiel Magoroh Maruyama, *The Second Cybernetics. Deviation-Amplifying Mutual Causal Processes*, *General Systems* 8 (1963), S. 233-241; und ders., *Goal-Generating Dissatisfaction, Directive Disequilibrium and Progress*, *Sociologia Internationalis* 5 (1967), S. 169-188.

7 Siehe J. W. S. Pringle, *On the Parallel between Learning and Evolution*, *Behaviour* 3 (1951), S. 174-215; Donald T. Campbell, *Methodological Suggestions from a Comparative Psychology of Knowledge Processes*, *Inquiry* 2 (1959), S. 152-182.

werden⁸, denn auf der Differenz von Welt und System beruht die Möglichkeit von Evolution. Jede Änderung in Systemen, die eine Vermehrung seiner Möglichkeit befestigt, ändert die Komplexität der Welt und damit die Umwelt, der sich andere Systeme anpassen müssen. Diese können darauf, müssen aber nicht durch Steigerung ihrer eigenen Komplexität reagieren⁹; sie können unter Umständen auch durch steigende Indifferenz und Insulierung sich anpassen¹⁰. Nicht alle physischen, organischen, psychischen und sozialen Systeme stehen vor der Alternative, entweder selbst komplexer zu werden oder unterzugehen. Darin hegt ein Grand, die Evolutionstheorie auf die Ebene der Weltgesellschaft als sozialen Systems zu beschränken und nicht für jedes einzelne Sozialsystem oder für jede Art von Teilsystem der Gesellschaft unabhängige Evolution zu behaupten.

Zu dieser Komplikation exogener tritt eine entsprechende Komplikation endogener Evolution - und auch sie läßt sich systemtheoretisch begreifen. Evolution eines Systems hängt nicht nur von Umweltkomplexität ab, nämlich von Gelegenheiten, sondern auch von eigener Komplexität, nämlich von interner Differenzierung. Systemintern setzt Evolution voraus, daß drei verschiedenartige Funktionen erfüllt werden können, nämlich (i) *Erzeugung neuartiger Möglichkeiten* an einem im übrigen unveränderten System, (2) *Selektion brauchbarer Möglichkeiten* und Abstoßen unbrauchbarer und (3) *Stabilisierung der brauchbaren Möglichkeiten* in der Systemstruktur. Für die Übersetzung von Umweltänderungen in diesen systeminternen Komplex der Variierung, Selektion und Stabilisierung muß ein strukturiertes System schon vorhanden sein,

8 Weniger klar, aber auf den gleichen Sachverhalt gemünzt, ist die Unterscheidung von allgemeiner und spezieller Evolution bei Marshall D. Sahlins/Elmar R. Service (Hrsg.), *Evolution and Culture*, Ann Arbor 1960.

9 Siehe hierzu das berühmte Gesetz der »requisite variety« kybernetischer Systeme von W. Ross Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, London 1956, 4. Druck 1961, S. 206 ff.

10 Die Einsicht in diese Möglichkeit ist aus der alten Diskussion der »survivals« hervorgewachsen, und noch heute besteht die Tendenz, darin eine Einschränkung des Evolutionsgedankens und nicht eine gleichwertige adaptive Strategie zu sehen. Parsons z. B. spricht von »Nischen« der Evolution. Vgl. auch Barrington Moore, Jr., *Political Power and Social Theory. Six Studies*, Cambridge/Mass. 1958, S. 154 f. Jedenfalls ist die Einsicht wohl allgemein akzeptiert, daß ein »Mitmachen des Fortschritts« nicht als Erhaltungsnotwendigkeit gelten kann, das Bestandskriterium also nicht mit dem Evolutionskriterium verwechselt werden darf.

dessen Grenzen die direkt determinierende Kausalität der Umwelt gleichsam »brechen«¹¹, das von Anstößen oder Informationen aus der Umwelt nur in isolierbaren Teilen berührt wird (sich also nicht immer ganz neu organisieren muß)¹² und das eben deshalb in der Lage ist, kleinen Ursachen durch interne Wirkungsverstärkung große Wirkungen zu geben¹³.

Evolution ist mithin kein systemimmanenter Kausalprozeß, der seine Kraft einer natürlichen Notwendigkeit oder einer maßgeblichen Ursache verdankt; sie realisiert in Konfrontation mit der Systemumwelt das Potential zu strukturveränderndem »Lernen«, das sich aus der Differenzierung jener drei Funktionen der Variation, der Selektion und der Stabilisierung, angesichts einer sich unabhängig ändernden Umwelt ergibt. Daher liegt es nahe zu vermuten, daß das Ausmaß des Lernpotentials, die Reichweite der Umweltänderungen, an die ein System sich durch Strukturänderungen anpassen kann, und, aufs Weltganze gesehen, das allgemeine Tempo der Evolution abhängen von dem Ausmaß, in dem *jene drei Funktionen sich strukturell und prozeßmäßig differenzieren lassen*. Für eine Theorie der Evolution käme es darauf an, jene drei Funktionen in den verschiedenen Systemarten strukturell und prozeßmäßig zu lokalisieren.

In der Evolution organischer Systeme scheinen diese Funktionen durch (i) Mutation, (2) Überleben im »Kampf ums Dasein« und (3) reproduktive Isolation erfüllt zu werden¹⁴. Die strukturelle und prozeßmäßige Differenzierung der Funktionen zeigt sich daran, daß auch mutierte Systeme noch eine gewisse Überlebenschance haben (also nicht *jede* Strukturänderung die Frage von Leben und Tod *sofort* stellt) und daß es trotz kurzfristiger Auslese durch die

11 Vgl. hierzu etwa F. E. Emery/E. L. Trist, *The Causal Texture of Environments, Human Relations* 18 (1965), S. 21-32.

12 Vgl. W. Ross Ashby, *Design for a Brain*, 2. Aufl., London 1954, insbes. S. 136 ff., i., ff.

13 Siehe etwa Ludwig von Bertalanffy, *An Outline of General System Theory*, *The British Journal for the Philosophy of Science* i (1950), S. 134-165 (150 f.); Walter Buckley, *Sociology and Modern Systems Theory*, Englewood Cliffs/N. J. 1967, S. 47; Heinrich Popitz, *Prozesse der Machtbildung*, Tübingen 1968.

13a Im einzelnen wäre eine komplizierte Darstellung erforderlich. G. Ledyard Stebbins, *Evolutionprozesse*, Stuttgart 1968, S. 2, unterscheidet: Genmutation, Änderungen in Struktur und Zahl der Chromosomen, genetische Rekombination (insgesamt als Variationsmechanismus), natürliche Auslese und reproduktive Isolation.

Differenz von Leben und Tod langfristige Möglichkeiten der reproduktiven Isolation gibt, die von der Lebensdauer einzelner Systeme unabhängig sind. Für den Fall psychischer, sinnhaft lernender Systeme kommt (i) die Variation durch die Wahrnehmung einer übermäßig komplexen Umwelt mit Selektionszwang, (2) die Selektion durch Lust/Unlust-Differenzierung und (3) die Stabilisierung durch Gedächtnis zustande; und auch hier gibt es beschleunigende Hilfen, die Selektion und Stabilisierung über die Lebensgrenze hinaus wirksam werden zu lassen, nämlich selektive Sozialisierung und stabilisierende Kultur. Sie setzen schon soziale Systeme voraus. Für soziale Systeme fehlt es bisher an entsprechenden Vorstellungen¹⁴ - vermutlich deshalb, weil hier jene drei Funktionen durch sehr verschiedenartige Mechanismen erfüllt werden können, für die sich bisher keine zusammenfassenden Bezeichnungen (wie z. B. »Mutation«) eingebürgert haben. Das braucht uns indes nicht zu stören, da wir ohnehin nur vorhaben, diese Frage am Fall einer besonderen Systemstruktur, dem Recht, zu untersuchen.

II.

Sucht man im Bereich des Rechts nach entsprechenden Mechanismen der Erzeugung von Varietät, der Selektion und der Stabilisierung, so stößt man auf drei Funktionsbereiche, die sich (1) als *Reichhaltigkeit und Konfliktsträchtigkeit normativer Erwartungen*, (2) als *Entscheidungsverfahren* und (3) als *regulative Formulierung des geltenden Rechts* unterscheiden lassen¹⁵. Umgesetzt auf diesen Fall würde unsere Evolutionshypothese besagen, daß diese Mecha-

¹⁴ Allgemein unterscheidet in ähnlicher Weise Alvin Boskoff, *Functional Analysis as a Source of a Theoretical Repertory and Research Tasks in the Study of Social Change*. In: George K. Zollschan/Walter Hirsch (Hrsg.), *Explorations in Social Change*, London 1964, S. 213-243 (224 ff), (1) sources of innovative values or behavior, (2) the filtering process or control of contributed innovations, und (3) derivative structures and functional reverberations. Aber diese Unterscheidung bleibt abstrakt und wird im übrigen als Unterscheidung von Phasen und nicht als Unterscheidung von simultanen Erfordernissen des sozialen Wandels dargestellt.

¹⁵ Bereits Nicholas S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge/Mass. 1939, S. 120 f., kam diesem Gedanken in einer knappen Skizze nahe. Er unterschied als Evolutionsbedingung die Suggestion neuer Möglichkeiten, von

nismen in verschiedenen Epochen der Rechtsentwicklung in verschiedener Ausformung vorzufinden sind und daß die Evolution des Rechts durch ihre Trennung und ihre Interdependenz getragen wird.

Normativität ist die Form einer Verhaltenserwartung, mit der bekundet wird, daß die Erwartung auch im Enttäuschungsfall festgehalten werden soll¹⁶. Normen werden hier mithin als enttäuschungsfeste, kontrafaktisch stabilisierte Erwartungen begriffen, die als solche zunächst weder natürlich noch systematisch noch logisch geordnet sind. Solche Normprojektionen entstehen im sozialen Leben aus einem Strukturbedürfnis heraus: Jeder muß sich der eigenen Erwartungen auch über den Enttäuschungsfall hinaus vergewissern und das Erwarten anderer mit den eigenen Erwartungen verbinden können. Dieses Bedürfnis läßt sich mit anderen gesellschaftsstrukturellen Variablen korrelieren. Es steigt vermutlich in dem Maße, als der Zeithorizont der Lebensführung sich ausweitet und eine offene, festzulegende Zukunft bewußt wird. Und es wird konfliktsreicher in dem Maße, als das Gesellschaftssystem an Größe und Komplexität zunimmt, vor allem in dem Maße, als funktionale Differenzierung in den einzelnen Teilsystemen der Gesellschaft verschiedenartige, abstrakt spezifizierte Normprojektionen anregt. Hier liegen die letzten außerrechtlichen Antriebe der Rechtsentwicklung, die Übersetzungen allgemeiner Gesellschaftsentwicklungen, etwa der Umstrukturierung von segmentärer auf funktionale Differenzierung¹⁷, in neuartige Problemstellungen für das Recht.

Kennzeichnend für die Erzeugung von Varietät ist ein in gegebenen Strukturen zunächst unangepaßter, dysfunktionaler Aspekt, der jedoch im Hinblick auf Evolution funktional sein kann. Eine Vielzahl widerstreitender individueller Normprojektionen tritt in einer Vermehrung wechselseitiger Enttäuschungen und Rechtsstreitigkeiten in Erscheinung - also zunächst als Ärgernis für die

denen die Mehrzahl verworfen wird, und die Selektion auf Grund gefühlsmäßiger Kompatibilität mit dem geltenden Recht. Anscheinend hat ihn sein psychologischer, auf Gefühl rekurrerender Normbegriff gehindert, Selektion und Stabilisierung analytisch ausreichend zu trennen.

¹⁶ Hierzu näher Niklas Luhmann, Normen in soziologischer Perspektive, Soziale Welt 20 (1969), S. 28-48.

¹⁷ Deren rechtssoziologische Bedeutung Emile Dürkheim, De la division du travail social, Paris 1893, gesehen, aber nur sehr partiell behandelt hat.

Beteiligten und als Arbeitslast für die damit befaßten Rollen. Zugleich liegt darin jedoch die Chance des Auswählens durch Entscheidung, eine Vermehrung der Möglichkeiten, in bezug auf die das Recht sich abstrakter artikulieren und leistungsfähigere Integrationsformen suchen kann¹⁸. Aber natürlich garantiert der Konflikt allein noch nicht diesen Entwicklungserfolg. Dafür müssen mehrere, inkongruent wirkende Mechanismen getrennt und komplementär institutionalisiert werden. In der strukturell erzeugten, daher laufend stimulierten Offenheit von Rechtskonflikten hegt ein Potential für weitere Evolution des Rechts. Dessen Realisierung aber hängt davon ab, daß die anderen Mechanismen der Evolution, Selektion und Stabilisierung, auf entsprechender Ebene der Komplexität adäquat fungieren - ist also weder kurzfristig noch langfristig durch ein imaginäres Gesetz des unaufhaltsamen Fortschritts gesichert.

Aus dem Übermaß an inkongruenten, nicht zugleich durchsetzbaren normativen Erwartungen müssen durch Selektionsmechanismen diejenigen ausgewählt werden, die als Recht gelten sollen. Auch die Selektionsweisen des Rechts variieren mit der gesellschaftlichen Entwicklung. Sie haben in frühen archaischen Gesellschaften überwiegend Kampfcharakter und sind über individuelle oder sippenmäßige Durchsetzungsfähigkeit mit der Gesellschaftsstruktur verknüpft¹⁹. Bei steigender Komplexität der Gesellschaft und bei stärkerer Ausdifferenzierung und Vervielfältigung rein normativer Erwartungen müssen jedoch leistungsfähigere, von den momentanen Kräfteverteilungen unabhängige Selektionsmechanismen geschaffen werden, soll der Entwicklungsstand erhalten bleiben. Es bilden sich, auf im einzelnen sehr verschiedene Weise,

18 Siehe die Charakterisierung von abweichendem Verhalten als »variety pool« des sozialen Systems bei Walter Buckley, *Sociology and Modern Systems Theory*, Englewood Cliffs/N. J. 1967, S. 167. Einen allgemeinen Überblick über soziologische Ansichten zur positiven Funktion von Normkonflikten vermittelt Lewis A. Coser, *Some Functions of Deviant Behavior and Normative Flexibility*, *The American Journal of Sociology* 68 (1962), S. 172-181, neu gedruckt in ders., *Continuities in the Study of Social Conflict*, New York 1967, S. 113-133.

19 Eindrucksvolles Material hierzu bringen R. F. Barton, *Ifugao Law*, University of California Publications in American Archaeology and Ethnology 15 (1919), S. 1-186; Leopold Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law*, New Haven 1958; und Ronald M. Berndt, *Excess and Restraint. Social Control Among a New Guinea Mountain People*, Chicago 1962.

Interaktionssysteme besonderer Art (Verfahren) mit der Funktion, bindende Entscheidungen anzufertigen¹⁰. Solche Verfahren sind nicht nur als kettenförmige Handlungsabläufe (»Prozesse«) zu sehen; sie sind Sozialsysteme auf Zeit, mit einer eigenen Struktur und einer eigenen Geschichte, mit eigener Komplexität, mit Unge-
 wißheit der Ergebnisse und mit einer gewissen Unabhängigkeit von ihrer gesellschaftlichen Umwelt - alles Systemmerkmale, die es ermöglichen, im Verfahren eine eigene Selektionsleistung zu erbringen und zu legitimieren²¹. Durch sie wird das unmittelbare, projektive und enttäuschte Rechtserleben der Beteiligten mediatisiert, in die Form von bloßen Behauptungen gebracht, als Gegenstand des Verfahrens objektiviert und nach vorbestehenden Kriterien geprüft. Das Recht selbst wandelt sich entsprechend. Es lebt dann nicht mehr konkret in der Selbstbehauptung des normativen Erwartens, sondern findet sich, mit neuartigen Chancen der Abstraktion, in den Kriterien, nach denen entschieden wird, in den Entscheidungsprämissen, die für das Verfahren als Norm fungieren.

Die schärfere Trennung von variierenden Faktoren und kontrollierender Selektivität, die damit Institution wird, hat also Konsequenzen auch für den stabilisierenden Mechanismus des Rechts, für die Form, in der »das Recht« als Sediment vergangener Sinnverarbeitungsprozesse aufbewahrt wird und zugänglich bleibt²². Das Recht wird zum Entscheidungsprogramm, zu einem Kombinat geltender

20 Das Verhältnis zu den archaischen, noch nicht selbst entscheidenden Schlichtungsverfahren ist Gegenstand mannigfacher Diskussion. Die Vergleichbarkeit unter hinreichend abstrakten Kriterien ist nicht zu bestreiten - vgl. dazu Max Gluckman, *African Jurisprudence, Advancement of Science* 18 (1962), S. 439-454; andererseits ist nicht an einen bruchlos kontinuierlichen Übergang zu denken, da vom archaischen Rechtsdenken aus eine verfahrensmäßige Entscheidung über streitige Rechtsfragen kaum vorstellbar ist und nur politische Strukturveränderungen eine solche Innovation einleiten konnten. Vgl. z. B. Julius Georg Lautner, *Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrechte*, Leipzig 1922; Hans Julius Wolff, *Der Ursprung des gerichtlichen Rechtsstreites bei den Griechen*. In: ders., *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten*, Weimar 1961, S. 1-90; Louis Gernet, *Droit et prédroit en Grèce ancienne, L'année sociologique, série 3* (1948/49), S. 21-119.

21 Als nähere Ausarbeitung dieses Grundgedankens siehe Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin 1969.

22 Zur Fixierung des Rechts in verbalen Formulierungen vgl. allgemein Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied 1964, S. 192 ff.

Rechtssätze, die um ihrer Geltung willen angewandt werden und an abstrakten Kriterien der Geltung überprüft werden können. Durch laufende Arbeit, die im Betrieb von Verfahren ihren Anlaß hat und in bezug auf Verfahren organisiert werden kann, wird diese Transformation nach und nach faktisch vollzogen. Das Recht wandelt sich aus einer »agonalen Masse«²³ von Darstellungshilfen beim Behaupten und Durchsetzen normativer Erwartungen in einen Zusammenhang von mehr oder weniger systematisierten Entscheidungsgründen und Entscheidungsregeln, aus dem sich zugleich Selektionskriterien für die Legalisierbarkeit individuell-besonderer oder neuartiger Erwartungen gewinnen lassen²⁴. Die alte, konkrete und lebensnahe Grundunterscheidung von erlaubtem (gutem) und verbotenem (schlechtem) Verhalten wird durch den Unterschied von gültigen und nicht gültigen Vorschriften überformt²⁵. Was man Recht nennt, wird auf diese satzförmig stabilisierte Masse von Sinngehalten festgelegt. Daß mit dieser Präzisierung einschneidende Verzicht verbunden sind, liegt auf der Hand: Die Unmittelbarkeit des Rechtserlebens, die Formen der Selbstdarstellung und Erwartungsbehauptung, die Anwendung physischer Gewalt, ja selbst die Praktiken und Begriffsapparaturen des Juristen - Interpretation, Rhetorik und Argument, Prinzipien, Rechtsbegriffe, dogmatische Figuren und dergleichen - scheren aus dem Recht im strengen Sinne aus, da man von ihnen nicht sagen kann, sie gelten.

Auch ohne weitere Einzelheiten und ohne genauere historische Lokalisierung des Geschehens läßt sich erkennen, wie der Evolutionsprozeß selbst strukturiert ist. Aus welchen konkreten Anlässen und mit Hilfe welcher historischer Zufälligkeiten auch immer kommt es zu einer schärferen Differenzierung der einzelnen evolutionären Mechanismen und damit zu einer höheren Leistungsfähigkeit in ihnen. Der Prozeß normativer Erwartungspro-

23 So Dieter Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, S. 353-366 (355), für das römische Recht bis zum zweiten nachchristlichen Jahrhundert.

24 Vgl. dazu außer Nörr, a.a.O., auch William E. Brynteson, *Roman Law and New Law. The Development of a Legal Idea*, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3e sér. 12 (1965), S. 203-223.

25 Eine rückläufige Entwicklung im umgekehrten Sinne hat Joseph Schacht am islamischen Recht beobachtet. Siehe: *Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts*, *Der Islam* 22 (1935), S. 207-238 (215).

duktion gewinnt höhere Varietät und damit die Möglichkeit, je nach Lage und Bedarf immer unwahrscheinlichere Normen vorstellbar zu machen. Die Rechtsselektion wird als Interaktionssystem organisiert und erreicht in der Prüfung und Abwägung anderer Möglichkeiten hohe Leistungsfähigkeit. Das Recht selbst wird als Gefüge von satzmäßig formulierten Programmen geordnet und bewahrt so den Sinn einer unübersehbaren Zahl schon getroffener oder noch zu treffender Entscheidungen auf. Diese Differenzierung öffnet zugleich einen Spielraum für wechselseitige Anpassung der Mechanismen und verlagert die Problematik des Rechts in diese Frage der Integration. Die Stabilisierungsmöglichkeiten im formulierten Recht steuern die Selektion der Entscheidungen, ohne sie zu determinieren, und das gleiche gilt für das Verhältnis von Entscheidungserwartung und Normprojektion. Damit ist eine sich selbst kontrollierende, auf Überlegung und Kommunikation gestellte Rechtsentwicklung möglich geworden, die das hervorgebracht hat, was wir an Rechtskultur kennen. Ihr Angelpunkt liegt im Interaktionssystem des Verfahrens, ihr Potential für Komplexität und ihre Innovationsrate sind daher abhängig von der Leistungsfähigkeit der Verfahren, zu der die Rechtswissenschaft allenfalls Hilfsdienste erbrachte. Der Rechtswissenschaft genügte unter diesen Voraussetzungen die Form einer *Dogmatik*, die eine gegebene Begrifflichkeit interpretiert, verfeinert und in ihrem Potential für die Abstimmung und Kontrolle von Entscheidungen erforscht.

Angesichts der unermeßlichen Komplexität der heutigen Gesellschaft; und angesichts des strukturell erzeugten Tempos ihrer Entwicklung sind die Grenzen jenes bewährten Agglomerates von Institutionen, Mechanismen und Wissensformen zutage getreten. Die Einregulierung jener gut ausgewogenen Problemlösung hatte, so scheint es nun, ein bestimmtes Niveau der Komplexität des Gesellschaftssystems zur Voraussetzung, das wir hinter uns gelassen haben. In dieser Lage könnte eine hinreichend abstrakt konzipierte Theorie der Rechtsevolution die Aufgabe übernehmen, als Suchmuster für neue, noch unbekannte Problemlösungen zu dienen.

III.

Evolution wird Prozeß dadurch, daß jene drei Mechanismen der Variierung, Selektion und Stabilisierung in unterschiedlicher Verteilung auf System und Umwelt einander veränderte Bedingungen stellen. Soweit dieser Prozeß zu stabilisierbaren Lagen führt, die für die Erhaltung von Systemen funktional sind, können wir von »evolutionären Errungenschaften« sprechen²⁶. Dieser Begriff setzt das Ergebnis des Evolutionsprozesses in eine besondere Perspektive. Er meint die Tatsache, daß durch Evolution Unwahrscheinliches wahrscheinlich wird. Für soziale Systeme heißt dies, daß zunehmend voraussetzungsvolle, gleichsam »unnatürliche« Erwartungen gesichert werden.

Dieser paradoxe Befund der Wahrscheinlichkeit des Unwahrscheinlichen erklärt sich aus der Verschiebung der Systemreferenzen für das Wahrscheinlichkeitsurteil. Von gegebenen Systemstrukturen, zum Beispiel von gegebenen Rechtsordnungen aus, sind gewisse erfolgreiche Neuerungen zunächst unwahrscheinlich, also nicht zu erwarten. Gleichwohl kann mit Hilfe der beschriebenen Struktur des Evolutionsprozesses unter besonderen Konstellationen und auf im einzelnen sehr verschiedenartigen Wegen das Unwahrscheinliche geschehen, daß Unwahrscheinliches wahrscheinlich wird und sich dann infolge seiner Vorteilhaftigkeit in neuen Lagen selbst stabilisiert. Diese Möglichkeit läßt sich an einigen Beispielen verdeutlichen:

Die Ablösung des Fehderechts durch ein System von »Kompositionen« forderte den Betroffenen ehrenrührige Rechtsverzichte ab, Distanzierung von der konkreten Identifikation mit ihrem verletzten Recht, und war trotzdem möglich, nachdem die Veränderung der Wirtschaftsform im Übergang von Wildbeutergesellschaften zum Ackerbau die Motivlage gewandelt hatte. Die Ersetzung der magischen Gottesurteile durch eine Jury aus Nachbarn, die man zu gut kannte, um Vertrauen haben zu können, bot ein ähnliches Problem; sie war nur in einer schon stärker differenzierten, nicht mehr rein nachbarschaftlich lebenden Gesellschaft und nur über Zwang und indirekt vermittelte Vorteilhaftigkeit erreichbar. Die Erzeugung von künftig zu erfüllenden Verpflichtungen durch

²⁶ Andere Bezeichnungen (mit paläontologischem, biologischem, kulturanthropologischem, soziologischem Hintergrund) sind: dominant types, adaptive advances,

bloße vertragliche Erklärung blieb noch den hochkultivierten Rechten der Antike fast unvorstellbar, weil bei der Verquickung des Rechtsdenkens mit dem Problem der Rechtsverletzung nicht zu erkennen war, wie eine solche Erklärung eine rechtliche Bindung hätte bewirken können; die Umstellung setzte unter anderem eine hochentwickelte Verfahrenstechnik voraus, die es ermöglichte, Willenserklärungen vor Gericht objektiv und kritisch zu prüfen²⁷. Gute Illustrationen bietet auch die Entwicklung von Verfahren der Gesetzgebung. Hier ist besonders deutlich zu sehen, wie auf dem Boden einer gegebenen Rechtsordnung die erkennbar hohen Risiken einer Rechtsänderung durch Entscheidung mit gänzlich ungeeigneten Mitteln bekämpft wurden und die institutionelle Entwicklung dadurch mehrfach in Sackgassen geriet. In den antiken griechischen Stadtrechten wurde zum Beispiel versucht, Gesetzgebung gerichtsverfahrensähnlich zu ordnen und sie durch Inkriminierung unzulässiger Anträge zu kontrollieren, also mit dem Risiko des Rechtsbruchs zu belasten²⁸. Das erwies sich jedoch als ein untauglicher Versuch, Rechtsänderung vom zu ändernden Recht aus zu regulieren. Der institutionelle Erfolg lag in der entgegengesetzten Lösung: in einer Differenzierung von Ungehorsam und Äußerungsbegehren. Ähnlich konzipiert, wenn auch chancenreicher, war der Gedanke, Rechtssetzung als Dispens vom geltenden Recht zu konstruieren, der der Maxime »*princeps legibus solutus est*« zugrunde lag und, zunehmend erweitert, bis zur Theorie des »*ius eminens*« hin zu verfolgen ist²⁹. Ebenso falsch gestellt war das Problem, wenn man sich bemühte, das neue Recht ebenso gut und ebenso bindend wie das alte werden zu lassen³⁰, denn die Zukunft

evolutionary universals. Vgl. Sahlins/Service, a.a.O., S. 25, 69 ff.; Parsons, *Evolutionary Universals*, a.a.O.

27 Diesen Zusammenhang betont Louis Gernet, *Sur la notion du jugement en droit Grec*. In: ders., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris 1955, S. 61-81 (79 f)-

28 Vgl. dazu Ulrich Karstedt, *Untersuchungen zu athenischen Behörden*, *Klio* 31 (1938), S. 1-32 (19 ff.); und K. M. T. Atkinson, *Athenian Legislative Procedure and the Revision of Laws*, *Bulletin of the John Rylands Library* 23 (1939), No. 1, S. 107-150 (130 ff.).

29 Vgl. etwa A. Esmein, *La maxime Princeps legibus solutus est dans l'ancien droit public français*. In: Paul Vinogradoff (Hrsg.), *Essays in Legal History*, London 1913, S. 201-214; Hermann Krause, *Kaiserrecht und Rezeption*, Heidelberg 1952, S. 530.

30 So namentlich das frühe und hohe Mittelalter. Vgl. dazu Hermann Krause, *Dauer*

lag im entgegengesetzten Prinzip der Nichtbindung des Gesetzgebers an seine Gesetze und in den politischen Institutionen der Demokratie, die dieses höhere Risiko jederzeitiger Änderbarkeit des Rechts auffangen konnten.

An diesen Beispielen wird erkennbar, welchen Spannungen die Entwicklung von zunächst unwahrscheinlichen neuen Problemlösungen ausgesetzt ist. Die Erwartungshaltungen finden sich durch das erworbene, schon stabilisierte Recht geprägt und sind gerade im Bereich des lernunwilligen normativen Erwartens schwer zu ändern. Die variierenden, Innovationen anregenden Faktoren erscheinen als Ärgernisse, Störungen und Schwierigkeiten an den vorhandenen Strukturen und werden daher nicht in einer Weise wahrgenommen, welche die für die weitere Entwicklung erforderlichen Problemlösungen an die Hand gibt - vor allem wenn die diese Lösungen abstützenden Institutionen noch fehlen. Die »Führung« der Erlebnisverarbeitung liegt nicht beim variierenden, sondern beim stabilisierenden Mechanismus³¹. Letztlich beruhen diese Schwierigkeiten auf einer bei aller Differenzierung noch engen Verflechtung der evolutionären Mechanismen. Unter diesen Umständen benötigen evolutionäre Veränderungen Krücken, die in ihrer Funktion, besonders für die Rechtswissenschaft, nicht leicht zu erkennen sind.

Es gibt Einrichtungen mit der Funktion von Überleitungshilfen, die das Risiko der Änderung verhüllen, verkleinern oder verteilen. So läßt sich beim Übergang vom auf Selbsthilfe beruhenden, von Verwandtschaftsverbänden getragenen archaischen Recht zu Rechtsordnungen mit politisch eingesetzten Entscheidungsverfahren eine starke Ritualisierung und Formalisierung des Rechts

und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. 75 (1958), S. 206-251; und für antike Parallelen Max Mühl, Untersuchungen zur altorientalischen und althellenischen Gesetzgebung, Klio, Beiheft N. F. 16, Leipzig 1933, S. 88 ff.

31 Ein deutliches Symptom dafür ist, daß es bis in die jüngste Zeit an einer sozialstrukturellen Erklärung von Varietät und Innovation in der Gesellschaft fehlt. Antike und Mittelalter sprachen von »varietas naturae« (siehe z. B. Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought*, Princeton 1964, S. 552 ff.), das 19. Jahrhundert glaubte an eine unbestimmte Variationsfähigkeit des Individuums als Grundlage des gesellschaftlichen Fortschritts (siehe z. B. J. W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge/England 1966, S. 200). In beiden Fällen wurde das Potential für Neuerung nicht der Struktur des sozialen Systems selbst zugerechnet.

beobachten, die in Ablösung der Sippe Ersatzsicherheiten zu bieten scheint und zugleich ein Anlaufen der neuen Verfahren mit zunächst minimalen Entscheidungslasten ermöglicht".

Ein anderer Fall wäre die Vorstellung einer Hierarchie von Rechtsquellen und Rechtsmaterien, die im Mittelalter und in der beginnenden Neuzeit unter dem Schirm des angeblich invarianten höheren Rechts eine Ausbreitung des variierbaren positiven Rechts, ein Lernen von Gesetzgebung ermöglichte, bis diese Funktion im 19. Jahrhundert zur laufenden Routineangelegenheit des Staatslebens werden konnte. Überleitungen dieser Art verhelten zu temporären Stabilisierungen, die so lange benötigt werden, bis das System eine neue Ebene der Komplexität erreicht hat, die sich kraft ihrer eigenen Möglichkeit trägt - bis zum Beispiel das Recht so komplex und die Möglichkeiten der Rechtsänderung so vielseitig geworden sind, daß mit diesen Selektionsmöglichkeiten politisch balanciert werden kann und nicht mehr die Tatsache, daß überhaupt Recht geändert werden soll, bereits ein schwieriges politisches Problem darstellt.

Weiter ist zu beachten, daß sich innerhalb gegebener Rechtsordnungen evolutionäre Veränderungen unerkannt und unbeabsichtigt in der Form von latenten Funktionen und Strukturen oder in der Form von zunächst ungenützt bleibenden, aber schon gefestigten Chancen vorbereiten". Funktionen sind im Verhältnis zueinander nicht notwendig exklusiv. Unter Zielangaben und Rechtfertigung

32 Eine ähnliche Interpretation gibt Otto von Zallinger, *Wesen und Ursprung des Formalismus im altheutschen Privatrecht*, Wien 1898. Frederick Pollock, *English Law Before the Norman Conquest*, *The Law Quarterly* 14 (1898), S. 291-306, zeigt, daß die Unberechenbarkeiten und Risiken solcher Verfahren zunächst als Fortsetzung eines archaischen Systems von Pressionen gesehen werden müssen, die normalerweise zur friedlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten führen. Vgl. zu diesem Übergang auch Franz Leifer, *Zum römischen vindex-Problem*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 50 (1936), S. 5-62; für die in Indien beim Übergang zur Hochkultur wuchernden Ritualisierungen, die allerdings weniger die Verfahren selbst ergreifen, vgl. Narayan Chandra Bandyopadhyaya, *Development of Hindu Polity and Political Theories*, Bd. I, Calcutta 1927, S. 143 ff., 157; und für formelhafte Elemente im Recht der antiken Stadtstaaten etwa Gernet, a.a.O. (1948/49), insbes. S. 70 ff.

33 Dazu und zum Problem des rechtzeitigen Erkennens solcher Innovationschancen finden sich prinzipielle Ausführungen bei F. E. Emery, *The Next Thirty Years. Concepts, Methods, and Anticipations*, *Human Relations* 20 (1967), S. 199-237. Vgl. auch Albert O. Hirschman, *Obstacles à la perception du changement dans les pays sous-développés*, *Sociologie du travail* 10 (1968), S. 353-361.

gen, die sich in einer vorhandenen Ordnung motivieren und bewähren lassen, können deshalb andersartige Funktionsrichtungen fundiert und entsprechende Strukturen und Prozesse gleichsam eingeübt werden, so daß sie hernach nur noch ans Licht gezogen und beglaubigt werden müssen. Die Umstellung des Rechts auf verfahrensmäßig geordnete Gerichtsbarkeit wäre kaum möglich gewesen, hätten nicht schon in archaischen Gesellschaften, wenn auch unter der ganz anderen Zielrichtung der Versöhnung und der Vermeidung von Blutrache, Palaver, Verhandlungen über Recht und Unrecht mit Selbstmoralisierung der Beteiligten, öffentliche Diskussionen aus Anlaß von Rechtsbrüchen stattgefunden“, so daß es nur noch darum ging, schon bekannte Verhaltensweisen in einen andersartigen Kontext zu übersetzen. Oder: Die aus Anlaß von gerichtlichen Verfahren geschaffene Begrifflichkeit, die ursprünglich Konsistenz, Erwartbarkeit, Parteinneutralität und Rechtfertigungsmöglichkeit des Fallentscheidens gewährleisten sollte, bot die Chance einer legislativen Disposition über große, im einzelnen unbekannte und unvorhersehbare Fallmengen, die dem Richter dann entwunden und auf besondere Organe der Rechtsetzung übertragen werden konnte.

Solche Überleitungen und Vorbereitungen bieten keine ausreichende Erklärung evolutionären Geschehens. Ihr Verständnis ermöglicht den gedanklichen Nachvollzug der Historie der Evolution. Man sieht, daß die Entwicklung des Rechts die engen Bewußtseinskapazitäten des Menschen, sein begrenztes Orientierungsvermögen nirgends überfordert, daß sie im Rahmen des Menschenmöglichen bleibt - und trotzdem Unwahrscheinliches realisiert. Aber die Stabilisierbarkeit solcher Unwahrscheinlichkeiten zu irreversiblen oder schwer reversiblen Errungenschaften, auf die man sich verlassen kann, läßt sich nur im Rahmen des allgemeinen Evolutionschemas begreifen. Man muß dazu die Annahme machen, daß im Verhältnis von variierenden, seligierenden und stabilisierenden Mechanismen auf verschiedenen Niveaus der Komplexität stabilisierbare Lagen hergestellt werden können.

34 Hierzu eindrucksvoll: A. L. Epstein, *Judicial Techniques and the Judicial Process. A Study in African Customary Law*, Manchester 1954.

IV.

Das Zusammenspiel der evolutionären Mechanismen läßt vermuten, daß nicht jede denkbare Kombination gangbar ist: daß es, mit anderen Worten, Grenzen der Kompatibilität gibt. So liegt es auf der Hand, daß eine Gesellschaft, die auf der Ebene des Rechtsganges noch durch Selbsthilfe realisierte Personalhaftung vorsieht, in ihrem Regelsystem nicht die Möglichkeit reiner Konsensualverträge mit frei vereinbarter Bindung der Zukunft einrichten kann; oder daß eine Gesellschaft, deren Rechtsordnung den Unterschied von objektivem Recht und subjektiven Rechten (bzw. dogmatisch äquivalente Problemlösungen) nicht kennt, ihr Recht nicht voll positivieren, das heißt dem Gesetzgebungsverfahren überlassen kann, weil sich der dann notwendige Schutz gegen Gesetzgebung juristisch nicht konstruieren ließe; oder daß eine Gesellschaft, deren stark differenzierte Struktur täglich widerstreitende normative Erwartungen erzeugt, nicht mehr mit Entscheidungsverfahren auskommt, die an geschehene Rechtsbrüche anknüpfen, sondern abstraktere, antizipierende Selektionsverfahren institutionalisieren muß oder jene Struktur nicht halten kann. Inkongruenzen solcher Art sind nicht »unmöglich«, aber sie blockieren die weitere Entwicklung oder leiten Rückentwicklungen der zu weit fortgeschrittenen Strukturen und Prozesse ein, weil diese zu hohe Risiken implizieren: Man kann sich nicht ohne Enteignungsschutz auf beliebige Gesetzgebung einlassen und nicht ohne Schutz gegen leibliche Haftung auf Konsensualverträge.

Wenn die Annahme solcher Interdependenzen zutrifft, muß es möglich sein, von ihnen aus nach den jeweiligen Engpässen der Evolution zu fragen. Ein Engpaß liegt immer dann vor, wenn die Komplexität eines evolutionären Mechanismus geringer ist als die anderer und deren Ausnutzung deshalb hemmt. Im Rückblick auf die Geschichte der Rechtsentwicklung liegt es nahe, solche Engpässe für archaische Rechtsordnungen im Mechanismus der Variation, für die Rechtsordnungen der Hochkulturen in den selektiven Entscheidungsverfahren, für das positive Recht der modernen Gesellschaft dagegen in der Begrifflichkeit zu sehen, in der Rechtsätze abgefaßt und aufbewahrt werden. Das sind zugegebenermaßen spekulative, erst noch zu prüfende Hypothesen. Aber die Fragestellung zumindest kann plausibel gemacht werden.

Archaische, in Verwandtschaftszusammenhänge segmentierte Gesellschaften sind ihrer Struktur nach im wesentlichen durch Alternativenlosigkeit stabilisiert. Ihr Zeiterleben und ihr Rechtserleben zentriert in der Gegenwart - und nicht in einer zu ordnenden Zukunft. Es fehlt auch an Entscheidungstechniken und Begriffsvermögen, aber diese Mechanismen können und brauchen deshalb nicht weit entwickelt zu werden, weil die Gesellschaftsstruktur an invariante Gegebenheiten, vor allem Verwandtschaft und Alter, anknüpft und die mit abstrakteren Selektions- und Stabilisierungsweisen verbundenen Risiken nicht abdeckt. Im Erleben erscheint diese strukturell verordnete Alternativenlosigkeit als konkret typisierter, Weltbezug, als Bindung an Tradition, als Auslieferung an magische Mächte. Diese Struktur schließt Innovation nicht definitiv aus, aber sie legt sie nicht nahe und gibt ihr keine Bedingungen der Möglichkeit vor, so daß es zu Neuerungen nur auf gegenstrukturellem Wege und nur bei sofortiger Bewährung der Änderung kommen kann - etwa in der Weise, daß mächtige Einzelpersonen sich mit besonderen Interessen durchsetzen". Entscheidungslast und Begriffsapparat sind gleichsam angehängt an Vorfälle, die sich in der Form von Enttäuschungen konkret erwarteten Verhaltens ereignen, und sind zu deren Bereinigung bestimmt.

Der Übergang zu höher kultivierten Gesellschaften (zum Beispiel in Ägypten, Mesopotamien, China, Indien, im antiken Mittelmeerraum, im frühmittelalterlichen Nordeuropa, in Teilen Amerikas vor der Kolonisierung) wird durch Änderungen in jenem Engpaß archaischer Evolution ausgelöst, nämlich dadurch, daß die einsetzende funktionale Differenzierung des Gesellschaftssystems durch Ausdifferenzierung besonderer Zentren für politische Herrschaft, wirtschaftlichen Austausch und Pflege der Religion die Komplexität und Varietät der Gesellschaft steigen läßt, so daß das System, freilich in engen Grenzen, strukturell innovativ wird. So findet man in den frühesten schriftlichen Dokumenten die Bekundung der Absicht politischer Herrscher, die nach den archaischen Macht- und Besitzverhältnissen Schwachen und Armen als, Individuen (!) in Schutz zu nehmen und in diesem Zusammenhang eine morali-

35 Vgl. dazu allgemein Siegfried F. Nadel, *Social Control and Self-Regulation, Social Forces* 31 (1953), S. 265-273; für einen Fall von Rechtsänderung Leopold Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law*, New Haven 1958, Neudruck 1964, S. 109, 165 f., 282 ff.

sehe Generalisierung der Idee von Billigkeit und Gerechtigkeit sowie erste Ansätze zu einer bewußten Korrektur des geltenden Rechts³⁶. Das Aufbrechen der Unabdingbarkeit der archaischen Familien- und Geschlechterordnung setzt Variationsmöglichkeiten frei und löst damit einen Bedarf für wirksamere Entscheidungstechniken und abstraktere Formen der Begründung und Bewahrung des Sinnes solcher Entscheidungen aus. Nach und nach verschiebt sich der Engpaß der Entwicklung in das Problem der Kapazität von Entscheidungsverfahren. Das Recht selbst wird in die Form gebracht und unter Bedingungen stabilisiert, die die Grenzen rationaler Abwägung von Möglichkeiten in Entscheidungsverfahren beachten. Diese Grenzen werden als Grenzen sinnvoller Selektivität, als Naturrecht symbolisiert. Die volle Kontingenz (oder Positivität) des Rechts bleibt eine unvollziehbare Vorstellung, weil die Entscheidungsverfahren nicht ausreichen, um unter solchen Prämissen noch Ordnung zu garantieren. Das Wesen des Rechts muß durch Annahmen ausgedrückt werden, die zugleich die Funktion haben, Entscheidungsmöglichkeiten auf ein tragbares Format zu reduzieren, und das um dieser Funktion willen.

Inzwischen mehren sich Anzeichen dafür, daß die Problemlage sich abermals geändert hat und daß der Engpaß nun nur noch in der das Recht stabilisierenden Begrifflichkeit zu suchen ist. Die funktionale Differenzierung, Komplexität und strukturelle Variabilität des Gesellschaftssystems hat, zumindest in den am weitesten fortgeschrittenen Regionen des Erdballes, ein Ausmaß erreicht, das historisch ohne Parallelen ist. Jeder Funktionsbereich, die Politik ebenso wie das Gesundheitswesen, die Religion, die Wirtschaft, das Bildungswesen, der Intimbereich des Familienlebens oder der Bereich der öffentlichen Unterhaltung, hat eigene, abstrakt spezifizierte Erwartungsperspektiven ausgebildet. Dadurch kommt es zu einer laufenden Überproduktion heterogener Wunschvorstellungen und Verhaltenszumutungen, die weitgehend normativen Charakter annehmen. Entsprechend ist die Selektivität der klassischen Verfahren der Entscheidung über streitige Rechtsfälle verstärkt worden. Das geschah am auffälligsten zunächst durch Herausziehen der programmierenden Funktion und durch ihre Institutiona-

36 Vgl. etwa Emile Szlechter, La »loi« dans la Mésopotamie ancienne, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3e série 12 (1965), S. 55-77 (60).

lisierung in besonderen Gesetzgebungsverfahren, mit deren Hilfe die Variabilität des Rechts selbst legalisiert werden konnte; weiter aber dadurch, daß über diese verfahrensmäßig geordneten Entscheidungszusammenhänge hinaus sowohl im politischen als auch im wirtschaftlichen System mit Hilfe der Kommunikationsmedien Macht und Geld Selektionsvorgänge eingerichtet worden sind, die der Vorsortierung dessen dienen, was in Verfahren zur Entscheidung kommen kann. Die Selektivität solcher Vorsortierungen - daß Macht und Geld der Übertragung kontingenter Entscheidungsleistungen dienen³⁷ - tritt damit offen zutage, wird zum Erfordernis ausreichender struktureller Variabilität der Gesellschaft und bildet zugleich den Bezugspunkt einer abstrakten Gesellschaftskritik, einer Polemik gegen Ungleichheit oder gegen Herrschaft oder gegen Repression überhaupt, die selbst keine Alternativen anzugeben und zur Entscheidung zu bringen vermag. Unter solchen Umständen scheint der evolutionäre Engpaß nicht mehr in den selektiven Prozessen zu liegen, die in dem strukturell eröffneten Möglichkeitsspielraum das Brauchbare auswählen, sondern in den stabilisierenden Prozessen, die den ausgewählten Sinn aufheben und von daher die Brauchbarkeitsbedingungen für Selektionsprozesse festlegen; genauer gesagt: der Engpaß liegt in der Begrifflichkeit, in der der Sinn formuliert wird, der aufgehoben wird und als Prämisse weiteren Entscheidens fungiert.

Das läßt sich gerade am Recht mit aller Deutlichkeit ablesen. Die Begriffe und Sätze, mit denen unser Recht formuliert ist, sind noch auf rechtsanwendende Verfahren zugeschnitten. Das gilt bei aller Problemabstraktion namentlich des Privatrechts auch für die rechtswissenschaftliche Dogmatik, die Rechtsbegriffe und Rechtsätze nachkonstruiert und sie in ihrer Konsistenz und in ihren Konsequenzen kontrolliert. Für den Gesetzgebungsvorgang liegt darin allenfalls die Bereitstellung von Subroutinen des zu programmierenden Entscheidungszusammenhanges: Man weiß, daß die Verwendung eines bestimmten Terminus bestimmte Entscheidungsinhalte auslösen wird und kann sich entsprechend knapp fassen. Nur so ist die Ausdifferenzierung besonderer Gesetzgebungsverfahren überhaupt möglich. Aber es fehlt eine eigentlich

37 Zum systematischen Stellenwert dieser Begriffsbildung siehe Niklas Luhmann, *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 19 (1967), S. 615-644.

rechtspolitische Begrifflichkeit, die es gestatten würde, verschiedene Problemlösungen in ihren Konsequenzen zu vergleichen, kritische Erfahrungen zu machen, Erfahrungen aus verschiedenen Rechtsbereichen zu vergleichen, kurz: zu lernen. Infolgedessen führt die moderne Gesetzgebung zur unübersichtlichen Anhäufung von konkreten, ad hoc sinnvollen Regelungen und zur laufenden Arbeit an aufgetretenen Mängeln, ohne daß die sie leitende Begrifflichkeit eine sachliche Kontrolle in Richtung auf Verbesserung ermöglichte. Das wiederum macht einen sehr konkreten, fast noch archaischen Stil von Politik unvermeidlich, der sich auf personale Herrschaftsapparate, Beziehungen und wechselseitige Förderung handgreiflicher Interessen stützt.

V.

Es versteht sich von selbst, daß diese Sachlage nicht auf »Versäumnissen« beruht und nicht kurzfristig geändert werden kann. Wie eine Rechtstheorie auszusehen hätte, die auch Rechtspolitik anzuweisen und damit der Positivität des Rechts zu entsprechen vermöchte, ist eine völlig offene Frage. Wir haben nicht einmal die Grundlagen für ein Urteil darüber, ob dieses Problem überhaupt im Rahmen herkömmlicher Ansprüche an Wissenschaftlichkeit und Rationalität gelöst werden kann, und wir müssen damit rechnen, daß diese Aufgabe Korrekturen am üblichen Aufbau der Logik³⁸ und eine genauere Analyse des Prozesses der Negation erfordert. Die Beziehungen zwischen Entscheidungstheorie und Systemtheorie müßten geklärt werden als Voraussetzung für eine Klärung des Verhältnisses von Rechtswissenschaft und Soziologie. Zur Zeit ist die allgemeine Theorie sozialer Systeme noch zu wenig entwickelt, um dafür verlässliche Hinweise geben zu können, und vor allem fehlt es trotz einiger Ansätze in der Kybernetik an theoretischen und methodischen Grundlagen für die Erforschung von sehr komplex strukturierten realen Systemen, besonders Gesellschaften.

³⁸ Siehe andererseits den Versuch von Herbert A. Simon, auf Grund beobachtbaren Entscheidungsverhaltens ohne eine neuartige Logik zu einer Kombination von System- und Entscheidungstheorie zu kommen, in: *The Logic of Rational Decision*, *British Journal for the Philosophy of Science* 16 (1965), S. 169-186, und: *The Logic of Heuristic Decision-Making*. In: Nicholas Rescher (Hrsg.), *The Logic of Decision and Action*, Pittsburgh 1967, S. 1-20, mit der anschließenden Diskussion.

All dies eingerechnet, müssen wir gleichwohl erkennen, daß es auf eine Klärung dieser und ähnlicher Fragen ankommen wird, da früher wirksame Bedingungen der Evolution entfallen sind. Soweit man zurückblicken kann, beruhte die evolutionäre Steigerung gesellschaftlicher Komplexität auf einer ungeordneten Vielfalt von Ausgangslagen, auf einer Mehrheit von »äquifinalen« Wegen zur Entwicklung ein und derselben Errungenschaft wie Schrift, politische Herrschaft, gerichtliches Verfahren, Geld, Vertrag, Testament usw., auf Zeit zum Warten auf günstige Konstellationen und darauf, daß Untergangsrisiken oder regressive Entwicklungen nur einzelne Gesellschaften unter anderen betrafen - alles in allem also darauf, daß es eine Mehrheit menschlicher Gesellschaftssysteme gab. Dies hat sich geändert. Es gibt, trotz aller politischen Grenzen in ihr, nur noch eine Weltgesellschaft, da universelle Kommunikation hergestellt, da die Gemeinsamkeit der Welt und die Gleichzeitigkeit des Erlebens aller bewußt und da ein gemeinsamer Tod möglich geworden ist. Zugleich ist die Unwahrscheinlichkeit evolutionärer Errungenschaften und sind die damit verbundenen Risiken so sehr gestiegen, daß regional stabilisierte Problemlösungen entweder unmöglich oder relativ unvorteilhaft geworden sind - man denke an die weltweiten Interdependenzen auf den Gebieten der wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Entwicklung und an den Zusammenhang ihrer Folgeprobleme. Die »Führung« evolutionärer Veränderungen liegt, trotz aller regionalen Entwicklungspolitik, heute nicht mehr beim politischen System, sondern im wirtschaftlichen und im wissenschaftlichen Bereich. Die Errungenschaften, die den Standort und das Evolutionspotential der heutigen Gesellschaft bestimmen, können daher nicht mehr als politisch-rechtliche Konstitution der Gesellschaft gefeiert werden, wie es für die alteuropäische Tradition, für Aristoteles und dann nochmals für Hobbes selbstverständlich war. Dieser Führungswechsel unter den gesellschaftlichen Teilsystemen ist, soziologisch gesehen, die Revolution der Neuzeit. Er hat die Demokratisierung der Politik und die volle Positivierung des Rechts erst möglich gemacht, denn beide Errungenschaften setzen strukturierende Problemvorgaben von außerhalb des politischen Systems voraus".

39 Hierzu auch: Niklas Luhmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, vgl. in diesem Band, S. 113 ff. •

Für die Entwicklung des Rechts und für seinen Stellenwert in der gesellschaftlichen Entwicklung werden diese Wandlungen Folgen haben, die sich schwer voraussehen lassen. Einige Anhaltspunkte sind gegeben. Wie nie zuvor ist das Recht der heutigen Gesellschaft positiviert, das heißt in Entscheidungsverfahren disponibel. Politisch auf regionaler Grundlage organisiert und in regional geltende Rechtsordnungen verstrickt, erzeugen diese Verfahren Anpassungen der unterschiedlich geltenden Rechtsnormen an Folgeprobleme der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung, nicht aber diese selbst steuernden Leistungen. Zur Zeit jedenfalls sind primäre evolutionäre Errungenschaften nicht in der Form von gesetztem Recht oder von konstruktiven juristischen Erfindungen zu erwarten. Damit verliert auch die Diversität regionaler Rechtstraditionen und Entscheidungsverfahren die Funktion eines Experimentierfeldes und »variety pools« für evolutionäre Neuerungen. Die Wahrscheinlichkeit von ungeplant-zufälligen Rechtsfortschritten auf gesamtgesellschaftlicher Ebene wird gering, ganz abgesehen davon, daß dieser Modus der Entwicklung heute zu langsam wäre.

Unter diesen Umständen könnte es sein, daß Forschungen in der allgemeinen Rechtstheorie eine vorrangige Bedeutung gewinnen. Sie könnten einen Abstraktionsgrad erreichen, der sie von der Bindung an die kontingenten Denkfiguren der überlieferten Rechtstraditionen und die von ihren Strukturen abhängigen Fragestellungen befreit. Sie könnten damit und auf der Grundlage einer gesellschaftlichen Differenzierung von Wissenschaftssystem und politischem System eine Distanz zu regional geltenden Rechten gewinnen und die als geltend verfestigten Problemlösungen kritisch und vergleichend kontrollieren. Sie könnten auf diese Weise nicht Internationalität des Rechts, wohl aber Internationalität des auf verschiedenartige Rechtsordnungen angewandten Forschungsansatzes anstreben. Sie könnten sich mit all dem unmittelbar auf jenen Funktionsbereich beziehen, den wir als Engpaß der heutigen Rechtsentwicklung vermuten: auf die sinnhaft-stabilisierenden, begrifflichen und satzmäßigen Formen der Festlegung von Recht.

Angesichts solcher Zielsetzungen wird die allgemeine Rechtstheorie sich nicht länger auf einfache, kontrastierende Festlegungen gegen die Soziologie einlassen dürfen - etwa an der Frontlinie eines logisch unüberbrückbaren Gegensatzes von empirisch-erklärenden

und normativ-vorschreibenden Wissenschaften. Ihre letzten Problemstellungen kann sie nicht aus der Natur oder aus der Logik oder aus der Sprache beziehen, sondern nur aus einer Theorie strukturierter sozialer Systeme. Eine solche Theorie ist zwar auch für die Soziologie noch eine Wunschvorstellung, deren Verwirklichung in weiter Ferne liegt⁴⁰, und ihre Anwendung auf das System der Gesellschaft im ganzen steht vor zahlreichen ungelösten Problemen". Einige der hier zu beobachtenden Schwierigkeiten zeigen jedoch überraschende Parallelen zu denen, die die Rechtstheorie für sich selbst zu lösen hätte. Dazu zählen vor allem das Problem der Eigenart *sinnhafter* Erlebnisverarbeitung (im Vergleich zu physischen, organischen und maschinellen Systemprozessen); im Anschluß daran die Frage, was Sinn als *Struktur* leistet für die Entlastung und Steuerung von Bewußtseinsvorgängen, welche spezifischen Risiken dabei auftreten und wie diese Risiken in der Zeitstruktur des Bewußtseinslebens reflektiert werden; und im Anschluß daran die Frage, welche *Lernfähigkeiten* und welche langfristig *evolutionären* Potentialitäten Systeme haben, die sich als Sinnsysteme konstituieren und so ein äußerst komplexes, selektives Verhältnis zu ihrer Umwelt herstellen können. Wie immer eine Rechtstheorie ihre besonderen Erkenntnisinteressen organisieren wird, an Versuchen der Beantwortung jener Fragen, an allgemeinen systemtheoretischen Forschungen und an einer Reflexion auf ihren eigenen Standort in der Entwicklungsgeschichte des Rechts wird sie nicht vorbeigehen dürfen.

40 Einen Überblick über bisher gesammeltes Gedankengut vermittelt Walter Buckley, *Sociology and Modern Systems Theory*, Englewood Cliffs/N. J. 1967. Vgl. auch Luhmann, a.a.O. (Anm. 37).

41 Vgl. die insgesamt dürftigen Ergebnisse des Sammelbandes von Samuel Z. Klausner, *The Study of Total Societies*, Garden City/N. Y. 1967; und, nicht besser, die des Frankfurter Soziologentages 1968. Einen Überblick über weitere Ansätze bringt Wolfgang Zapf, *Complex Societies and Social Change. Problems of Macrosociology*, *Social Science Information* 7, 1 (1968), S. 7-30.

Ausdifferenzierung des Rechtssystems"*

I.

Das Rechtssystem einer Gesellschaft besteht aus allen sozialen Kommunikationen, die mit Bezugnahme auf das Recht formuliert werden'. Zum Rechtssystem gehören nicht nur diejenigen Kommunikationen, die innerhalb rechtlich geregelter Verfahren ablaufen, sondern auch Kommunikationen des täglichen Lebens, soweit sie Rechtsfragen aufwerfen oder Ansprüche mit Bezugnahme auf das Recht anmelden oder abwehren. Im Rechtssystem gibt es durchaus nicht nur Prozesse der Rechtsanwendung im engeren Sinne. Auch die gesamte Kautelaritätigkeit der Juristen, die Negativorientierung derer, die Rechtsnormen zu übertreten suchen, die Vorkehrungen, die nötig sind, um nicht erwischt zu werden, das Ausprobieren der Toleranzgrenzen für riskante Operationen, das Vereinbaren des Nichtprozessierens oder der Führung eines Musterprozesses oder auch das Abstandnehmen von Vorhaben wegen juristischer Schwierigkeiten - all das findet innerhalb des Rechtssystems statt, soweit darüber kommuniziert oder Kommunikation darüber antizipiert wird. Das Rechtssystem übergreift Recht und Unrecht, rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten. Es hat seine Identität in der Orientierung an dieser Differenz. Organisationen, in denen Rechtsfragen beruflich und kontinuierlich und gegebenenfalls nach einem Schema der Arbeitsteilung behandelt und zur Entscheidung gebracht werden, etwa Anwalts-

* Ausarbeitung eines Vortrags, den der Verfasser am 12. 5. 1976 vor der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft gehalten hat.

1 Von einem ähnlichen Begriff geht Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York 1975, aus. Die Ausdifferenzierung eines Rechtssystems, das sich auf Probleme der Interpretation von Normen spezialisiert, sieht vor allem Talcott Parsons als charakteristisch für eine fortgeschrittene gesellschaftliche Entwicklung an. Siehe unter anderem Talcott Parsons, *Introduction to Part Two*, in: Talcott Parsons/Edward Shils/Kaspar D. Naegele/Jesse R. Pitts (Hrsg.), *Theories of Society*, Glencoe Ill. 1961, Bd. I, S. 239-264 (248 f.); ders., *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs N. J. 1971, S. 18 ff. und passim.

firmen oder Gerichte, Rechtsberatungsstellen oder gesetzgebende Instanzen, haben selbstverständlich in modernen Rechtssystemen eine besondere Bedeutung. Ebenso kennzeichnend ist aber gerade für die moderne, nicht korporativ verfaßte Gesellschaft, daß keines ihrer primären Teilsysteme auf die Einheit einer Organisation reduziert werden kann. So wenig wie das Religionssystem mit der Kirche, das politische System mit dem regierten Staatsapparat (government), das Erziehungssystem mit den Schulen und Universitäten oder das Wirtschaftssystem mit den Produktionsorganisationen identisch sind, so wenig geht das Rechtssystem in seinen Organisationen auf.

Auch historisch ist die Einrichtung von Gerichtsbarkeit im Rahmen von politischer Macht zu kollektiv bindendem Entscheiden nur eine der Voraussetzungen zur Ausdifferenzierung des Rechtssystems - eine Art »preadaptive advance«, das gleichwohl wieder abgebremst werden kann und nicht notwendig die Ausdifferenzierung eines Rechtssystems nach sich zieht. Das klassische China ist ein dafür charakteristisches Beispiel - charakteristisch durch die Ermöglichung von Rechtsentscheidungen, die zugleich kulturell und gegeninstitutionell entwertet und entmutigt werden². Im Ordnungsbereich des Rechts selbst wird dann das allgemeine gesellschaftliche Problem der Erwartungsunsicherheit und der Gefahr unabsehbaren Streites nur in anderer Form wiederholt und durch Rekurs auf außerrechtliche Mittel - institutionalisierte Kompromißerwartungen, Macht- und Statusdifferenzen, Beziehungen, organisierte Gilden usw. nur besänftigt. Analysen aus relativ fortgeschrittenen Entwicklungsländern, die über Industrie, Kommunikationssysteme und politische Bürokratien verfügen, zeigen im übrigen, daß dies Steckenbleiben in organisatorischen Bereitstellungen mit Ableitung der Probleme auf andere Kanäle eine nach wie vor aktuelle Möglichkeit ist³. Die Existenz und Entscheidungs-

2 Vgl. Jean Escarra, *Le droit chinois: Conception d'évolution*, Peking 1936; Sybille van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China: A Sociological Analysis*, London 1962; Jérôme A. Cohen, *Chinese Mediation on the Eve of Modernization*, *California Law Review* 54 (1966), S. 1201-1226, neu gedruckt in David C. Buxbaum (Hrsg.), *Traditional and Modern Legal Institutions in Asia and Africa*, Leiden 1967, mit weiteren Beiträgen zum Thema; Derk Bodde/Clarence Morris, *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases: With Historical, Social, and Juridical Commentaries*, Cambridge, Mass. 1967.

3 Siehe z. B. S. Cohn, *Anthropological Notes on Disputes and Law in India*,

fähigkeit anrunder Zentren erübrigt nicht die Frage, wovon es abhängt, daß es innerhalb eines Gesellschaftssystems zu einer stärkeren funktionsspezifischen Ausdifferenzierung eines rechtlich orientierten Kommunikationszusammenhangs kommt und welche Folgen dies hat.

Wenn nach der Ausdifferenzierung des Rechtssystems gefragt wird, kann die Antwort also nicht einfach mit dem Hinweis auf besondere Institutionen oder Organisationen gegeben werden. Der gesellschaftstheoretisch angesetzte Begriff des Rechtssystems erfordert eine breiter entwickelte Problemstellung, in der Organisationsbildung nur ein Faktor unter anderen ist. Da soziale Systeme im allgemeinen und also auch umfassende Gesellschaftssysteme aus Kommunikationen (nicht etwa: aus Menschen) bestehen, muß man davon ausgehen, daß es Beschränkungen (»constraints«) auf Kommunikationsprozesse sind, die Systembildungen ermöglichen - so wie es Beschränkungen auf die Verwendung von Lauten sind, die kombinatorische Freiheiten der Sprache, Beschränkungen auf die Verwendung von Sprache sind, die die kombinatorischen Freiheiten wissenschaftlicher Theoriebildung ermöglichen'. Das Recht selbst als eine Form, Verhaltenserwartungen zu beschränken, wird in jedem Gesellschaftssystem erzeugt, weil anders soziale Interaktion nicht möglich ist'. Die Ausdifferenzierung eines besonderen, funktional auf Recht spezialisierten Sozialsystems setzt schon vorhandene, rechtsförmige Beschränkungen voraus. Diese immer schon vorliegenden Beschränkungen erlauben *zwei verschiedenar-*

American Anthropologist 67 (1965) Part II No. 6, S. 82-122; Vilhelm Aubert, *Law as a Way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society*, in: Laura Nader (Hrsg.), *Law in Culture and Society*, Chicago 1969; ders., *The Changing Role of Law and Lawyers in Nineteenth- and Twentieth-Century Norwegian Society*, *The Juridical Review* 17 (1972), S. 97-112. Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexico*, Tübingen 1976. Vgl. auch Niklas Luhmann, *Wabuwabu in der Universität*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 8 (1975), S. 13-19.

4 Das Argument hat sehr allgemeine systemtheoretische Relevanz und wird seit einiger Zeit unter Begriffsetiketten wie »Hierarchie« und »Dekomposition« diskutiert. Siehe zur Einführung etwa Herbert A. Simon, *The Sciences of the Artificial*, Cambridge Mass. 1969; Lancelot Law Whyte/Albert G. Wilson/Donna Wilson (Hrsg.), *Hierarchical Structures*, New York 1969; Howard H. Pattee (Hrsg.), *Hierarchy Theory: The Challenge of Complex Systems*, New York 1973.

5 Hierzu und für weitere Analysen auf dieser Ebene rechtlich geregelter Verhaltenserwartungen Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Reinbek 1972.

tige Verwendungen im Kommunikationsprozeß. Deren Trennung und Rekombination, das ist meine These, leiten den Prozeß der Ausdifferenzierung ein.

Wenn man sich auf Beschränkungen beziehen kann, ist es möglich zu überlegen, ob man dies tun will oder nicht. Kommunikationsprozesse des täglichen Lebens haben insofern eine nicht eliminierbare Dispositionsgewalt über das Recht. Hier liegt die *basale Souveränität*. Ob Wünsche oder Erwartungen, Ablehnungen oder Konflikte überhaupt mit Bezug auf das Recht thematisiert werden, ist daher eine offene Frage. Über sie wird in elementaren Interaktionen entschieden. Auch und gerade wenn es ein universalistisches Normengefüge gibt, das jeden Elementarvorgang des täglichen Lebens erfassen und subsumieren kann und das für jeden Sachverhalt die Feststellung ermöglicht, ob er rechtmäßig ist oder nicht, - auch und gerade dann ist die Freiheit gegeben, Themen zu juridifizieren oder nicht zu juridifizieren⁶. Diese Freiheit hängt, wie übrigens jede Freiheit, von einer vorgängigen Bestimmung des Verhaltens ab, die man dann anschließend (zeitlich später) annehmen oder nicht annehmen kann. Die Geltung des Rechts konstituiert, mit anderen Worten, eine Art Anschlußkontingenz des Bezugnehmens oder Nichtbezugnehmens, Juridifizierens oder Nichtjuridifizierens, des Dies-oder-anderes-Tuns, die ohne Recht gar nicht bestünde. Diese Kontingenz wird, wie alles Verhalten im sozialen Leben, ihrerseits wiederum konditioniert; die Wahl hängt dann ab von vielen sozialen Variablen - man denke nur an empirisch leicht erfaßbare Variable wie Alter, Geschlecht, Bildung, Schichtung - und wird in Interaktionssystemen prozessiert, so daß auch die Sequenzen des kommunikativen Geschehens Einfluß darauf haben, ob Gesetze erwähnt oder schließlich Gerichte angerufen werden. Aber das Recht selbst ist hier nur *causa passiva*; es kann seine Eignung, zitiert zu werden, bereitstellen, aber es kann über die Entscheidung selbst nicht disponieren.

Dies ist die eine Möglichkeit der Disposition über rechtlich geltende Beschränkungen. Die andere betrifft die Normen inhaltlich und sucht sie zu finden und zu formulieren, zu interpretieren,

6 Das Argument, das wir hier und im folgenden aufnehmen, hat auch der Theorie rationalen Verhaltens und speziell der Spieltheorie beträchtliche Schwierigkeiten bereitet. Vgl. etwa Nigel Howard, *Paradoxes of Rationality: Theory of Metagames and Political Behavior*, Cambridge Mass. 1971.

zu modifizieren, zu ändern oder zu vermehren. Sie nimmt Recht als Material. Auch in dieser Richtung generieren Beschränkungen Dispositionsfreiheiten und in der logischen Konsequenz letztlich ein Abschlußproblem: Der basalen Souveränität tritt die *Entscheidungssouveränität* gegenüber. Mit der Zahl der Beschränkungen nimmt auch die Freiheit des gestaltenden Umgangs zu, besonders bei hoher Interdependenz, da es gegebenen Beschränkungen gegenüber immer auch andere gibt, die man mitheranziehen muß und gegebenenfalls gegen sie ausspielen kann. Beim Überschreiten einer kritischen Masse variiert das Recht die Form seiner Interdependenz⁷. Schließlich wird es dynamisch, weil es normal wird, daß die Rechtsanwendung Bereinigungsinterpretationen oder gar Rechtskritik auslöst⁸. Am Ende wird das Recht positiviert: Man nimmt Entscheidungssouveränität in Anspruch und variiert die Prämissen, nach denen rechtliche Entscheidungen getroffen werden können.

Das Auseinandertreten dieser beiden Formen von Anschlußkontingenz, dieser beiden Formen von strukturerzeugter Freiheit, schafft eine neue Lage, die man nicht in jeder Gesellschaft findet. Sie kann wie ein Evolutionsmechanismus wirken, der die Entwicklung eines ausdifferenzierten Rechtssystems beschleunigt⁹. Wenn Interaktionen des täglichen Lebens häufig auf Recht bezugnehmen und hinreichend diverse Rechtsfälle produzieren, wird der Entscheidungsapparat durch die Varietät der Fälle angeregt, Linien für konsistentes Entscheiden zu finden. Er wird prämissenbewußt. Umgekehrt erleichtern es elaborierte Konturen des Rechts, in einer Vielzahl von Situationen des täglichen Lebens Rechtsfragen zu entdecken und den Hintergrund der über Recht vermittelten Entscheidungsmöglichkeit als ein Element privaten Taktierens zu benutzen. Wenn in dieser Weise kontingent gefundene Entscheidungen auf Fälle bezogen werden, differenziert dies dauernd betriebene Relationieren ein besonderes Sozialsystem der Kommunikation über Recht aus.

7 Hierzu Niklas Luhmann, *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie*, vgl. in diesem Band, S. 241 ff.

8 Vgl. Dieter Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike. Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse N. F. Heft 77*, München 1974.

9 Vgl. Niklas Luhmann, *Evolution des Rechts*, vgl. in diesem Band, S. 11 ff.

In der weiteren Analyse muß man zwischen genetischen und funktionalen Fragestellungen unterscheiden. Vor allem Erstentwicklungen sind ein Problem für sich. Sie lassen sich vom gleichen Theorieansatz aus analysieren, erfordern aber besondere strukturelle Bedingungen im Gesellschaftssystem und in seiner Umwelt. So war die Erstentwicklung von Landwirtschaft an besondere Umweltbedingungen gebunden, über die sie dann, einmal erfunden, hinauswachsen konnte. Und so haben vermutlich die staatsstaatlichen Bedingungen des frühen Mesopotamiens und dann wieder der antiken Mittelmeerwelt besondere Voraussetzungen geboten für die Formulierung und laufende Inanspruchnahme eines Güterverkehrsrechts und später auch eines Verfassungsrechts, das originär entstehen konnte und nicht aus der Religion abgeleitet werden mußte. Solche Sonderbedingungen für den take off brauchen aber nicht zu kontinuierieren. Sie sind nicht auch für die Erhaltung ausdifferenzierter Rechtssysteme erforderlich. Erforderlich bleibt indes die Grundbedingung der dualen Souveränität, der Differenzierung des Inputs von Fällen und des Inputs von Entscheidungsprämissen, die überhaupt erst ein Relationierungsproblem aufwirft. Wenn gesellschaftsstrukturelle Veränderungen auch diese Grundbedingungen tangieren, kommt es zu Prozessen der Entdifferenzierung. Das Recht selbst überlebt natürlich als notwendige Struktur einer jeden Gesellschaft. Aber das Rechtssystem würde dann mediatisiert und transformiert werden in einen Spezifikationsmechanismus anderer Funktionsbereiche - wenn nicht mehr von Religion, dann von Produktionsorganisation und von Politik.

Durch Ausdifferenzierung eines Rechtssystems wird die gesellschaftsweit zu erfüllende Rechtsfunktion rekonstruiert mit Bezug auf eine Differenz von (Rechts-)System und Umwelt *innerhalb* der Gesellschaft. Die Funktion und ihr Bezugsproblem bleiben gesamtgesellschaftlich relevant, sie können überall vorausgesetzt und in Anspruch genommen werden, aber dies nur in der Form des Überschreitens einer Grenze.

II.

Wenn die gesellschaftliche Evolution zur Ausdifferenzierung eines besonderen, funktionsautonomen Rechtssystems geführt hat, hat

dies weittragende Konsequenzen nicht nur für das Recht selbst, sondern auch für andere Funktionssysteme in der Gesellschaft. Sie können sich bei Bedarf rechtsspezifischer Mittel bedienen, ohne damit in unübersehbare, diffuse Abhängigkeiten zu geraten. Das Recht bietet dafür relativ trennscharfe, wenngleich in der Effektivität begrenzte Instrumente an. Beispielsweise basiert die Möglichkeit der Kapitalbildung und damit die Möglichkeit rationaler Wirtschaftsrechnung auf der Rechtsfigur des Eigentums. Die Rechtsform garantiert natürlich weder, daß Eigentum gebildet werden kann, noch daß, unter welchen Kriterien auch immer, wirtschaftsrational investiert wird. Dies hängt von vielen weiteren Voraussetzungen des Wirtschaftssystems ab. Ohne diese Rechtsform könnte die Kapitalbildung jedoch nicht dem diffusen sozialen Druck auf Abgabe von Überfluß entzogen werden, und dies gilt für Privateigentum wie für Kollektiveigentum gleichermaßen. In seiner klassischen Form garantiert das Eigentum dabei zugleich, daß auch das Recht selbst nicht in die wirtschaftliche Kalkulation interferiert. Erst die moderne wohlfahrtsstaatliche Verwendung rechtstechnischer Mittel zur direkten und indirekten Belastung des Eigentums hat den Nebeneffekt, daß über gesetzgeberische und richterliche Rechtsetzung strukturell relevanter Einfluß auf die Wirtschaft, etwa auf die Relation von Kapitalkosten und Personalkosten ausgeübt wird, der weder rechtspolitisch intendiert noch wirtschaftsrechnerisch vorgezogen, also nirgendwo gewollt, kontrolliert und verantwortet wird.

Ein anderes Beispiel können wir dem Erziehungssystem entnehmen. Hier liegt die entsprechende Zentralfigur in der allgemeinen Schulpflicht. Rechtstechnisch gesehen handelt es sich um ein schlichtes, problemloses Institut. Erziehungspolitisch gesehen ist es Grundbedingung für den Aufbau eines großen und differenzierten Schulsystems, das die Gesamtbevölkerung erfaßt und zugleich von prägender Rückwirkung auf die Erziehungspraxis in den Familien ist. Schulpflicht ist außerdem Voraussetzung gewesen für die Säkularisierung des Erziehungssystems, für seine Differenzierung gegen Religion. Die pädagogische Bedeutung der Schulpflicht ist mithin unabschätzbar, ohne daß Rechtstechnik und erzieherische Praxis nennenswert interferierten.

Man kann an diesen beiden Figuren ablesen, wie stark die Ausdifferenzierung eines Rechtssystems nicht nur die rationalen Qualitä-

ten und die Unabhängigkeit von Normanwendungen sichert, sondern als Voraussetzung für Instrumente eingebaut ist in die funktional-strukturelle Differenzierung der Gesellschaft schlechthin. Das gibt der Ausdifferenzierung eines Rechtssystems gesellschaftsstrukturelle Relevanz. Andere, komplizierter liegende Beziehungen kommen hinzu. Das *Staatsrecht* erübrigt seit dem 17./18. Jahrhundert eine *theoretische* Schlichtung des Streites der *Orthodoxen* mit religiösem und moralischem Anspruch, indem es einen *modus vivendi* garantiert. Das bahnt der Differenzierung von *Religion* und *Wissenschaft* den Weg¹⁰. Das *Privatrecht* erübrigt in weitem Umfange eine *politische* Schlichtung des Streites der *Interessen*. Das reduziert zunächst die politischen Funktionen des Gemeinwesens so weit, daß es als Staat ausdifferenziert, konstitutionalisiert und schließlich demokratisiert werden kann.

Nicht zuletzt ist ein hinreichend ausdifferenziertes Rechtssystem Voraussetzung gewesen für ein hohes Maß an *Individualisierung* von gesellschaftsstrukturellen Entscheidungen. Die Kategorie des Privaten wird aufgewertet. Freiheit wird als Rechtsposition formulierbar. Die Entscheidung über die Wahl seines Glaubens und über die Besetzung bestimmter politischer Ämter, über die Wahl eines Ehegatten und die Zeugung von Kindern, über Kapitalinvestition, über verlängerten Schulbesuch, und über das Aufgreifen ideenpolitisch und forschungsmäßig wichtiger Themen wird dem Einzelnen überlassen, obwohl die Aggregation der Folgen solcher Entscheidungen tief in die strukturelle Entwicklung der Gesellschaft eingreifen kann. Solche Privatisierung war ein Erfordernis für den Übergang zu einem primär funktional differenzierten Gesellschaftstypus. Nur so konnten die Funktionsbereiche für Religion, Politik, Wirtschaft, Familienleben, Wissenschaft usw. schärfer als zuvor getrennt und ihre Interferenz dem privaten Rollen-Management überlassen werden. Nur so konnte erreicht werden, daß die alte ständische Zuordnung von ganzen Personen oder ganzen Haushalten zu Teilsystemen der Gesellschaft durchbrochen wurde und jedermann direkten Zugang zu allen Funktionsbereichen der Gesellschaft erhielt". Nur so ließen sich relativ

¹⁰ Vgl. dazu unter ideenpolitischen Gesichtspunkten Rainer Specht, *Innovation und Folgekosten: Beispiele aus der neueren Philosophie- und Wissenschaftsgeschichte*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1972, insb. S. 91.

¹¹ Zu »Inklusion« in diesem Sinne vgl. auch Niklas Luhmann, *Evolution und*

rasch, also relativ unabhängig von demographischen Entwicklungen, in den einzelnen Funktionsbereichen diejenigen Größenordnungen erreichen, die für ein funktional differenziertes Gesellschaftssystem erforderlich sind.

Wenn ein Funktionsbereich in dieser Weise ausstrahlt und strukturelle Bedingung wird für die Differenzierungsform der Gesellschaft selbst und für die Ausdifferenzierbarkeit vieler ihrer Teilsysteme, ist zu erwarten, daß diese Besonderheit erkannt und anerkannt wird. Wohlgemerkt: Es geht nicht nur um die Notwendigkeit der Funktionserfüllung selbst, die ja systemrelativ bei jeder Systemfunktion gegeben ist. Und es geht auch nicht nur um die besondere Orientierungsrelevanz des Rechts für das Rechtssystem selbst¹². Über all dies hinaus scheint, zumindest in einer bestimmten historischen Lage der Evolution des Gesellschaftssystems, die Ausdifferenzierung eines funktionsspezifischen Rechtssystems als evolutionär erreichte Bedingung weiterer Evolution besondere Bedeutung besessen zu haben. Insoweit hat dann auch die Hypostasierung der Sonderfunktion des Rechts eine gewisse Realitätsgrundlage. Deshalb gewinnt das Recht für Begriff und Theorie der »bürgerlichen Gesellschaft« eine konstituierende Funktion. Deshalb kann im späten Naturrecht die Gesellschaft geradezu als Vertrag begriffen werden oder dann bei Hegel die Gesellschaftstheorie im Rahmen der Rechtsphilosophie entwickelt werden. Und deshalb rücken auf der Ebene realer gesellschaftlicher Kommunikationsprozesse Juristen in eine Position mit gesamtgesellschaftlichen Verantwortungen, die ihre spezifischen Funktionen und Kompetenzen weit überzieht. Deshalb sind Juristen zeitweise nicht konservativ, sondern progressiv orientiert.

Diese Analysen beantworten jedoch nicht die Frage nach der Fortdauer dieser besonderen Bedingungen¹³. Sie leisten keine »Kritik der bürgerlichen Gesellschaft«. Sie diskriminieren nicht in bezug auf Kontinuität und Diskontinuität. Sie klären noch nicht, ob die besondere gesellschaftsstrukturelle Prominenz und funktio-

Geschichte, in: ders., *Soziologische Aufklärung* Bd. 2, Opladen 1975, S. 150-169 (160 f).

¹² Dies ist Parsons' Begriff des »functional primacy«. Vgl. z. B. Talcott Parsons/Neil J. Smelser, *Economy and Society*, Glencoe Ill. 1956, S. 15 f.

¹³ Vgl. hierzu auch Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society*, New York-London 1975, S. 192 ff.

nale Hypostasierung des Rechts Bedingung nur des *Übergangs* von stratifikatorischer zu funktionaler Gesellschaftsdifferenzierung gewesen ist, oder ob sie zu den *unaufgebbaren Erfordernissen* einer primär funktionalen Differenzierung des Gesellschaftssystems gehört, auf die man nur verzichten kann, wenn man funktional entdifferenziert und damit auch auf der Ebene des gesamtgesellschaftlichen Systems zu Formationen eines anderen Typs übergeht, etwa die Gesellschaft nach sozialistischem Muster mit einer Großorganisation gleichsetzt und über Karrierebedingungen neu stratifiziert. Wir wissen, mit anderen Worten, nicht, ob die soeben skizzierte Stellung des Rechtssystems auch zu den *Erhaltungsbedingungen* funktionaler Gesellschaftsdifferenzierung gehört.

III.

Eine Antwort auf Fragen dieser Art ist sicher nicht allein aus einer Analyse des Rechtssystems zu gewinnen. Immerhin wird man an neueren Entwicklungen des Rechtssystems Belastungsphänomene und Prozesse der Umstrukturierung entdecken können, mit denen das System, solange es überhaupt relativ autonom operiert, auf Veränderungen der Inanspruchnahme durch eine sich wandelnde gesellschaftliche Umwelt reagiert. Dabei disponiert das unter I. skizzierte theoretische Modell dazu, denjenigen Veränderungen besondere Beachtung zu schenken, die auf die Eingabe von Rechtsfällen in das System, also auf die Juridifizierungsbereitschaft in Situationen des täglichen Lebens, oder auf die Formulierung von beschränkenden Entscheidungsprämissen oder auf die Relationierung dieser beiden Arten von Input Einfluß haben könnten.

Veränderungen, denen man hierfür erhebliche Bedeutung beimessen kann, betreffen: (i) die politische Kontrolle der Eingabe von beschränkenden Entscheidungsprämissen in das Rechtssystem; (2) die zunehmende Orientierung der richterlichen Entscheidungspraxis und selbst der dogmatischen Konstruktion von Entscheidungskomplexen an erwarteten Folgen; (3) die Vorselektion der Juridifizierung durch außerrechtliche Variable; und (4) Differenzierungen im Bereich der juristischen Profession. Man kann vermuten, daß jede dieser Veränderungen spezifische Ursachen und berechtigte Gründe hat, daß sie aber durch die Einheit des ausdifferenzierten

Rechtssystems auch aufeinander bezogen werden und sich wechselseitig beeinflussen. Ihr Gesamteffekt läßt sich daher schwer abschätzen.

(i) Die über Entscheidungssouveränität eingegebenen Entscheidungsbeschränkungen ermöglichen eine komplexe, aber begrenzte, Irrelevantes ausscheidende Argumentation im Rechtssystem¹³. Nur so ist eine Themenverengung und Problemspezifikation möglich, die zu einer rechtsautonomen Entscheidung führen kann. Nur so ist »sachliche« Kritik absehbar und »unsachliche« Kritik abwehrbar. Aber das bedeutet nicht, daß solche Beschränkungen in höchster Abstraktionslage, mit flächendeckender Unbestimmtheit oder gar im sozial leeren Raum generiert werden müßten. Sie werden heute vielmehr typisch durch politische Kräfte geliefert - und die Freiheit im Umgang mit ihnen ist eine Zutat, die sich erst aus ihrem Fungieren im Rechtssystem ergibt.

Politische Systeme haben ihre eigene Zirkularität in einem Kreislauf des Einflusses auf Entscheidungen, der zwischen den im engeren Sinne politischen Prozessen, der staatlichen Bürokratie und dem Publikum spielt¹⁴. In diesem Kreislauf reagieren politische Systeme jeweils immer auf sich selbst und nur in der Art, wie sie dies tun, auf ihre gesellschaftliche Umwelt. Obwohl Politik ihrer Funktion nach auf die Ermöglichung kollektiv-bindender Entscheidungen auch ohne Konsens ausgerichtet ist und sich institutionell zum Teil der gleichen Organisationen bedient wie das Rechtssystem, ist ihre Selektivität anders orientiert als die des Rechtssystems. Deshalb ist die politische Selektion rechtlicher Entscheidungsprämissen über parlamentarische Legislative ein Dauerproblem für das Rechtssystem - und zwar ein Problem, das durch die rechtliche Bindung der Politik an das Verfassungsgesetz nicht aus der Welt geschafft und das auch im Begriff des »Staates« nicht aufgehoben werden kann. Es äußert sich in der Menge und Qualität der laufend produzierten Rechtsnormen, ferner auch darin, daß politische Prozesse auf die in diesen Prozessen selbst produzierten Vorstellungen des Wirklichen und Wünschenswerten

13a Siehe zu diesem »Input« unter tauschtheoretischen Gesichtspunkten Torstein Eckhoff, *The Relationship between Judicial and Political Branches of Government*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 4 (1976), S. 14-23 (15 f.).

14 Hierzu Niklas Luhmann, *Soziologie des politischen Systems*, in: ders., *Soziologische Aufklärung* Bd. 1, 4. Aufl. Opladen 1974, S. 154-177.

reagieren, also nicht unbedingt geeignet sind, auf höher aggregierten Entscheidungsebenen Rechtsprobleme zu klären oder auch nur erwartungsbildend zu wirken¹⁵.

Kein ausdifferenziertes Funktionssystem kommt jedoch gegenüber komplexen innergesellschaftlichen Umwelten ohne höher aggregierende Entscheidungsebenen aus¹⁶. Es muß Möglichkeiten geben, große Entscheidungsmengen vorzuentcheiden unter selektiver Vernachlässigung fast aller Details. Diese Möglichkeit hat sich das Rechtssystem teils in der juristischen Dogmatik, ihren Begriffen und »Theorien«, teils in der Leitsatzkasuistik der höchstrichterlichen Rechtsprechung geschaffen. Dagegen hat die Gesetzgebung diese Aufgabe praktisch verlassen, die im politischen Prozeß nicht als »Reform« angeboten werden kann und zusätzlich noch die Gefahr in sich birgt, Themen in Bewegung zu bringen, die politisch unentscheidbar werden. Die Frage ist aber dann, wie Dogmatik und Leitsatzkasuistik sich zur Gesetzgebung verhalten, die über die Ressource legaler Bindung disponiert. In Reaktion auf diese Lage spielen sich ganz offensichtlich größere Freiheiten des Richters gegenüber dem Gesetz ein¹⁷. Sie werden allein schon durch die geringen rechtstechnischen Qualitäten der Gesetze provoziert.

15 Eine bemerkenswerte Fallanalyse zu diesem Problem ist: Vilhelm Aubert, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, in: Ernst E. Hirsch/Manfred. Rehinder (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln-Opladen 1967, S. 284-309. Vgl. auch Volker Knoppke-Wetzel, Finanziell und sozial schwache Bürger und ihr Zusammentreffen mit dem Rechtssystem: Überlegungen über Sachfragen und Forschungsbedarf in staatlichen Programmen für »Arme« am Beispiel der USA, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 28 (1976), S. 156-170. Überwiegend behandeln neuere Fallstudien über legislative Reformen unter verschiedenen Gesichtspunkten die strukturellen Gründe ihres Scheiterns und setzen dabei als selbstverständlich voraus, daß die Gesetzgebung nicht dazu dient, Rechtsprobleme zu lösen. Siehe etwa Frieder Naschold, Kassenärzte und Krankenversicherungsreform: Zu einer Theorie der Statuspolitik, Freiburg 1967; Leon H. Mayhew, Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination, Cambridge Mass. 1968; Niklas Luhmann, Reform des öffentlichen Dienstes: Ein Beispiel für Schwierigkeiten der Verwaltungsreform. Vorträge der Hessischen Hochschulwoche Bd. 76, Bad Homburg - Berlin - Zürich 1974, S. 23-39; Claus Offe, Berufsbildungsreform: Eine Fallstudie über Reformpolitik, Frankfurt 1975.

16 Das hat sehr zwingende systemtheoretisch formulierbare Gründe. Auf eine Forschungsrichtung, die sich dieses Themas annimmt, ist oben Anm. 4 schon hingewiesen worden.

17 Siehe für aktuelle Analysen und für neuere Literatur das Heft 34 der VeröffentH-

Aber was macht die Dogmatik mit dem inadäquaten Normmaterial?

(2) Sie tritt die Flucht in die Zukunft an: Sie orientiert sich an Folgen. Anscheinend dient die Folgenbeurteilung als eine Art normunabhängiger Test der *sozialen Relevanz* von Rechtsfällen und Rechtspositionen; die soziale Relevanz wird also nicht allein den in Normen investierten Wertungen entnommen, sondern wird temporalisiert und aus dem Umweg über die Zeitdimension erschlossen¹⁸. Ob und wie weit dies bei Rechtsentscheidungen möglich ist, halte ich für eine der wichtigsten Theoriefragen für die heutige Jurisprudenz¹⁹. Unbestritten ist die faktische Verbreitung des Phänomens, also die Tatsache, daß Juristen mit Folgen argumentieren und an den Entscheidungswert dieser Argumentationsfigur glauben. Richtig ist andererseits, daß man - etwa auf Grund rationalwissenschaftlicher Modelle - Ansprüche an Folgenvorausschau und Folgenkalkül formulieren kann, die praktisch niemand, geschweige denn ein Jurist in den für ihn typischen Entscheidungslagen, einlösen kann. Selbstverständlich kann der Zukunftshorizont aus dem juristischen Entscheiden nicht einfach ausgeblendet werden. Andererseits denkt niemand ernstlich daran, Entscheidungen zu revidieren, wenn die erwarteten Folgen nicht oder die Folgen, die verhindert werden sollten, doch eintreten. Um was geht es also?

In erster Linie liegt für den Soziologen ein historisch-dynamisch zu sehendes Problem, ein Steigerungsproblem vor. Die Frage ist dann: Wie weit in die Zukunft hinein kann im rechtlichen Entscheidungsprozeß die Folgenorientierung vorgetrieben werden und wie viel-

chungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zum Thema »Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung«.

18 Ähnliche Feststellungen sind mit Methoden empirischer Sozialforschung auf dem Gebiet der Moral getroffen worden. Vgl. David R. Schmitt, *The Invocation of Moral Obligation*, *Sociometry* 27 (1964), S. 299-310; Shalom H. Schwartz, *Awareness of Consequences and the Influence of Moral Norms on Interpersonal Behavior*, *Sociometry* 31 (1968), S. 355-369. Vgl. auch Robert Spaemann, *Nebenwirkungen als moralisches Problem*, *Philosophisches Jahrbuch* 82 (1975), S. 323-335.

19 Hierzu skeptisch Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974. Wesentlich optimistischer die wohl vorherrschende Auffassung in der Rechtswissenschaft selbst. Vgl. vor allem Gunther Teubner, *Folgenkontrolle und responsive Dogmatik*, *Rechtstheorie* 6 (1975), S. 179-204; andererseits etwa Christian Schöneborn, *Schuldprinzip und generalpräventiver Effekt*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 88 (1976), S. 349-364.

gestaltig und tiefenscharf kann die sachliche Aufgliederung der zu berücksichtigenden Folgen sein, ohne daß der Entscheidungsprozeß überfordert und korrumpiert wird? Wie erfolgt, mit anderen Worten, die Dekomposition (manche sagen auch: Faktorisierung) des Entscheidungsproblems und wie weit ist die Auflösung der relevanten Elemente und Relationen, die »Defiguration der Fakten«²⁰, gerechtfertigt und wie weit ist sie noch kontrollierbar? Sieht man von den entscheidungstechnischen Schwierigkeiten und den Kosten einmal ab, dann bleiben drei Probleme, auf die eine solche Steigerungstendenz auflaufen wird:

Folgenorientierung wirkt bei hoher Interdependenz entdifferenzierend, sie droht die spezifisch juristische Entscheidungstätigkeit in ein allgemeines wohlfahrtsstaatliches social engineering aufzulösen. Wo immer es um das Erreichen befriedigender Lebenslagen geht, tritt denn auch, diese Erfahrung macht der Kautelarjurist, die spezifisch juristische Entscheidungsarbeit in eine Randlage: sie signalisiert allenfalls Grenzen des Möglichen²¹. Die Konsequenzen müssen in einer Theorie professioneller Arbeit weiterverfolgt werden. Für die Dogmatik und die Leitsatzkasuistik bedeutet dies, daß sie mit einer gewissen Selbstüberschätzung argumentieren oder in umfassendere Organisationen kooperativer Lebensgestaltung einbezogen werden muß.

Zweitens wird ein in bezug auf Folgen gesteigertes Anspruchsniveau die Urteilsgrundlagen der Einzelentscheidung auflösen, subjektivieren, politisieren. »The major conséquence of a heroic conception of the conséquences of action is a distrust of judgment«²², meinen entscheidungstheoretisch urteilende Politologen. Eine solche Entwicklung wird nicht nur das öffentliche Vertrauen in die Justiz berühren, es wird auch die Informationsbeschaffungs-, Argumentations- und Beweistechnik vor Gericht verändern. Die wachsende Entscheidungslast wird auf die Parteien rücküberwälzt werden, die zugleich weniger Vertrauen in die Urteilsgrundlagen mitbringen. Und man wird Prozesse vornehmlich dann riskieren

20 Eine Formulierung, die Diderot einem wissenschaftlich orientierten Arzt vorhält im *Rêve de d'Alembert* (Siehe *Œuvres*, Paris 1951, S. 961).

21 Vgl. aus der Praxis: Werner Schollen, Zur Bedeutung der sozialen Wirklichkeit für die Vertragsgestaltung des Notars, *Deutsche Notar-Zeitschrift* 1976, S. 197-210.

22 So Michael D. Cohen/James G. March, *Leadership and Ambiguity: The American College President*, New York 1974, S. 204.

können, wenn die Anwendung des Rechtes nachweisbar zu skurrilen oder skandalösen Folgen führen würde.

Die dritte Konsequenz aus der beliebig weitertreibbaren Dekomposition ist: daß auch die Stoppregeln, die Sichtverkürzungen, die Reduktionen gerechtfertigt werden müssen, die erst die Folgen identifizieren, die in Entscheidungen angeführt werden können. Die Begründung durch Hinweis auf Folgen wird dadurch selbstreferentiell, zirkulär, autonom, souverän. Dies ist nicht schlimm, vielmehr in einer funktional differenzierten Gesellschaft durchaus normal tragbar und limitierbar, *wenn* die systemspezifische Selbstreferenz an die Funktion gebunden werden kann. Genau dies wird jedoch fraglich, wenn die Folgenorientierung, weil in sich selbst unlimitiert, keinen Halt gibt und wenn die Eingabe von beschränkenden Prämissen im übrigen politisiert wird. Liegt dann wenigstens in der Fallgebundenheit des Entscheidens ein limitierender, strukturgebender Effekt, der auch auf Ebenen höher aggregierenden Entscheidens durchschlägt und ausreichend garantiert, daß über die Selektion der Folgen, mit denen man Entscheidungen begründen will, im Sinne der Rechtsfunktion entschieden wird?

(3) Auch der »Rechtsfall« ist in mehreren Hinsichten ein Problem. Den Juristen selbst sind vor allem die methodologischen Probleme der Anwendung allgemeiner Regeln auf Fälle bewußt. Daß Rechtsprobleme fallweise ankommen, hat aber eine sehr viel grundsätzlichere Bedeutung. Vor ihrer methodologisch überlegten Behandlung dienen Fälle bereits dazu, die Ungleichheit der Rechtsdurchsetzung aus dem Entscheidungsprozeß auszublenden²³ bzw. auf gleiche Behandlung konstruktiv gleicher Fälle zu vereinfachen. Die konstruktive Generalisierung einzelner Komponenten des Falles, die Entscheidbarkeits- und Gerechtigkeitsbedingung ist, erfordert es zugleich, die Fallzugehörigkeit anderer Komponenten als Zufall zu behandeln²⁴. Vor allem aber wird das Anfallen der Fälle als Zufall behandelt und in den zu Grunde liegenden Strukturen nicht kontrolliert. Das ist das Korrelat im Rechtssystem für jene basale Souveränität des Juridifizierens oder Nichtjuridifizierens von

23 So Vilhelm Aubert, *The Structure of Legal Thinking*, in: *Legal Essays: Festschrift til Frede Castberg*, Kopenhagen 1963, S. 41-63 (47).

24 Siehe etwa Jean Ray, *Essai sur la structure logique du code civil*, Paris 1926, S. 154.

Situationen des täglichen Lebens, über deren Bedingungen man sehr wenig weiß.

Anscheinend spielen die Nähe der Interaktionssituationen zum Rechtssystem und frühere Erfahrung mit Rechtsentscheidungen für die Wahrscheinlichkeit der Bezugnahme auf Recht eine wichtige Rolle²⁵. Aber damit ist nur erneut gefragt, wie es für einige dieser Interaktionen zur Rechtsnähe kommt und für andere nicht. Die Grenzen des Rechtssystems müssen demnach nicht als eindeutige Linien gedacht werden, die man überschreiten oder nicht überschreiten kann, sondern als Zonen erhöhter Zitierwahrscheinlichkeit. Wie es zu solcher Rechtsnähe kommt, hängt von zahlreichen Faktoren ab, die vom Rechtssystem aus nicht oder kaum kontrollierbar sind. Wenn dies so ist, wirken diese Strukturen unkontrolliert und entdifferenzierend auf das Rechtssystem ein. Man hat dies Phänomen mit Bezug auf Schichtung, Stadt/Land-Unterschied und (in den USA) mit Bezug auf Rasse diskutiert. Es hat aber vermutlich eine sehr viel allgemeinere, Entscheidungsthemen selbst vorstrukturierende Bedeutung²⁶.

In gewissem Umfange verfügt das Rechtssystem intern in seinem organisierten Bereich über Möglichkeiten, diese Abhängigkeit vom Fall-Input zu neutralisieren oder doch abzuschwächen - so in der Art, wie es Fälle für Publizität auswählt oder wie es Fälle mißbraucht, um anzukündigen, wie man andere Fälle entscheiden würde. Abgesehen davon lassen sich aggressivere Strategien denken, mit denen das Rechtssystem in seine Umwelt ausgreift, um die Juridifizierungsbereitschaft zu erhöhen und zu egalisieren. Was Patrone in stratifizierten Gesellschaften für ihren Anhang taten und was heute an Kontaktvermittlung zum Teil außerhalb der Legalität

25 So jedenfalls B. C. Cartwright/R. D. Schwanz, *The Invocation of Legal Norms: An Empirical Investigation of Dürkheim and Weber*, *American Sociological Review* 38 (1973), S. 340-354. Vgl. ferner Jerome E. Carlin/Jan Howard/Sheldon L. Messenger, *Civil Justice and the Poor: Issues for Sociological Research*, *Law and Society Review* 1 (1967), S. 9-89 (80 ff.), aber auch Hartmut Koch/Gisela Zenz, *Erfahrungen und Einstellungen von Klägern in Mietprozessen*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 3 (1972), S. 509-553.

26 Vgl. etwa Leon Mayhew/Albert J. Reiss, Jr., *The Social Organization of Legal Contacts*, *American Sociological Review* 34 (1969), S. 309-318; Brian Abel-Smith/Michael Zander/Rosalind Brooke, *Legal Problems and the Citizen: A Study in Three London Boroughs*, London 1973.

geschieht"²⁷, könnte in stärkerem Umfange eine offiziell geförderte Rechtsberatung übernehmen. Auch deren Erfolg hängt jedoch von nichtorganisierbaren Umweltbedingungen ab"²⁸. Vor allem aber geraten solche auf »Sozialarbeit« hinführenden Bemühungen in Konflikt mit dem Selbstverständnis der Profession des Juristen, mit Ausbildung, Einkommenserwartung und Einkommensverteilung"²⁹.

(4) Die Professionsorientierung der Berufspraxis des Juristen, ihr Zusammenhalt durch gemeinsame Ausbildung, typische Abstraktionszwänge und funktionale Rolleninterdependenzen, ist erst durch Ausdifferenzierung eines Rechtssystems möglich geworden, gehört heute aber zu den wichtigsten Kontinuitätsbedingungen eines relativ autonom fungierenden Rechtssystems. Auch hier lassen sich jedoch strukturwirksame Änderungen erkennen, die den Zusammenhalt der Profession gefährden"³⁰. Es sind dies vor allem die Vermehrung der Texte, auf die Juristen sich beziehen müssen, und die Differenzierung der Bezugsgruppen (Instanzen, Organisationen, Interessengruppen, Kundschaften), auf die Juristen sich karriere- und einstellungsmäßig einspielen"³¹. Als Ansatzpunkt professionspolitischer Reformen kommt in dieser Lage nur die Ausbildung in Betracht. Solche Reformen sind unter sehr einseitig gewählten Gesichtspunkten angelaufen und tendieren faktisch dahin, die Profession zu allem noch politisch und genera-

27 Vgl. etwa Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, New York 1968, S. 126 ff. (über Funktionen der political machine); Keith S. Rosenn, *The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications*, *American Journal of Comparative Law* 15 (1971), S. 514-549.

28 Damit sollen beträchtliche Möglichkeiten organisatorischer Verbesserung nicht geleugnet sein. Die von Volkmar Gessner, a.a.O., S. 238, ermittelte Diskrepanz zwischen den Rechtshilfeeinrichtungen in Mexico-City (3000 Fälle im Jahr) und in Hamburg (60 000 Fälle im Jahr) ließe sich sicher durch geeignete organisatorische Maßnahmen beeinflussen.

29 Siehe dazu den Überblick über Bemühungen und Erfahrungen in den Vereinigten Staaten bei Volker Knoppke-Wetzel, *Rechtsfürsorge durch »private« Anwälte oder durch Anwälte in »öffentlichen« Rechtsfürsorgebüros*, *Juristenzeitung* 31 (1976), S. 145-150.

30 Vgl. eingehender Niklas Luhmann, *Die Profession der Juristen: Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland*, in diesem Band, S. 173 ff.

31 Hierfür ist es von besonderer Tragweite, wenn Juristen ihre Karriereentscheidung normalerweise unmittelbar nach der Ausbildung und für Lebenszeit treffen und sich von da ab als Justizjuristen, Anwälte, Verwaltungsjuristen und Wirtschaftsjuristen unterscheiden. Im Kontrast zu dieser für Deutschland typischen Lage sind 1/4 der

tionenmäßig zu spalten. Vorerst ist also nicht zu erwarten, daß eine Neuzentrierung der Gesamtprofession um ein Konzept professioneller Arbeit der Lockerung des Zusammenhalts entgegenwirken könnte. Aber vielleicht ist auch Lockerung des Zusammenhalts eine Art, Systeme in sehr komplexen Umwelten überleben zu lassen.

Es gibt sicher weitere Faktoren, die für Kontinuität oder Diskontinuität der Ausdifferenzierung des Rechtssystems bedeutsam sind – so etwa Veränderungen, die die Ausdifferenzierung der Rechtsnormen selbst betreffen und sie erneut in moralische, wissenschaftliche (sozialwissenschaftliche?) oder pädagogische Kontexte einordnen³². Wichtiger als die Verlängerung der Liste von Gesichtspunkten ist jedoch ein Rückschluß aus der Vielzahl von Faktoren, die zusammenwirken.

Strukturelle Veränderungen in der gesellschaftlichen Umwelt des Rechtssystems betreffen dieses System offenbar in verschiedenen Hinsichten: in der basalen Souveränität und in der Entscheidungssouveränität, die den Zufluß von Fällen und beschränkenden Entscheidungsprämissen an Grenzen des Rechtssystems regulieren, ferner in der Professionsorientierung und der Dogmatik, die diesen beiden Souveränitäten gegenüber gleichsam die Autonomie des Rechtssystems vertreten. Das Zusammenspiel dieser Faktoren innerhalb des Rechtssystems kann die Auswirkungen von Umweltänderungen auf das System verstärken oder abschwächen, beschleunigen oder verlangsamen. Solange wir nicht wissen, nach welchen Regeln dies geschieht, können wir nur versuchen, das allgemeine Problem der Ausdifferenzierung in Teilprobleme zu dekomponieren und zu registrieren, was in den vermutlich wichtigen Teilbereichen der politischen Gesetzgebung, der interaktionellen Thematisierung, der Dogmatik und des Professionsbewußtseins in strukturell relevanter Hinsicht geschieht.

amerikanischen Juristen Anwälte, und ihre Karriere wird durchweg über den Anwaltsberuf vermittelt. Zu diesem Vergleich siehe im einzelnen Dietrich Rueschemeyer, *Lawyers and Their Society: A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and the United States*, Cambridge Mass. 1973.

32 Vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, a.a.O., S. 222 ff.

Kapitel 3

Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen

I.

Alle menschliche Kommunikation verläuft unter normativ gesetzten Prämissen. Sie setzt Strukturen voraus, die kontrafaktisch stabilisiert sind, das heißt auch dann gelten, wenn im Einzelfall gegen sie verstoßen wird. Bereits Sprache ist nur möglich, wenn bestimmte Regeln richtigen Sprechens vorausgesetzt werden können, die nicht jedesmal revidiert werden müssen, wenn jemand dagegen verstößt, sondern im Gegenteil Verstöße als solche markieren. Weitere normative Prämissen beziehen sich auf die Anerkennung der offenkundigen Realität des Hier und Jetzt, auf die Anerkennung der unmittelbaren Vorgeschichte der Interaktion, die man gemeinsam erzeugt und im Gedächtnis hat, ferner auf allgemein institutionalisierte Wertgrundlagen und schließlich auf elementare Rechtsgrundsätze, namentlich auf den Ausschluß unmittelbarer Gewaltanwendung. In diesem Sinne hatte man gesagt: *ubi societas ibi ius*.

Kommunikationsprobleme haben jedoch, obwohl strukturabhängig, eine gewisse Eigenständigkeit. Sie sind nicht identisch mit Strukturproblemen und auch nicht identisch mit dem Grade der Realisation von Strukturen. Die allgemeine Einsicht, daß Recht Interaktionserwartungen stabilisiert", gibt deshalb wenig her für die Frage, ob und aus welchen Anlässen über Recht kommuniziert wird. Die Entscheidung, ob man etwas sagen soll und was man sagen soll, ist weder durch Systemstrukturen noch durch Kommunikations-Codes voll festgelegt. Sie läßt sich auch nicht in einen bloßen Interpretationsvorgang auflösen. Hermeneutik ist eine sehr späte, sekundäre Erscheinung, ausgelöst durch einen Überschuß von Struktur über Kommunikationspotential. Im Kommunikationsprozeß reagiert man auf die Tatsache, daß Kommunikations-

I Vgl. z. B. Lon L. Fuller, *Human Interaction and the Law*, in: Robert P. Wolff (Hrsg.), *The Rule of Law*, New York 1971, S. 171-217.

partner ebenfalls kommunizieren (kommuniziert haben, kommunizieren werden), daß sie ihre Rede selbst auswählen und daß sie negieren können. Als Teilnehmer an kommunikativen Prozessen ist man deshalb disponiert, auf Selektionen anderer Rücksicht zu nehmen in einer Weise, die alle Strukturen unterlaufen, Regeln bewußt boykottieren, ironisch verwenden oder mit vorausgesetztem Einverständnis umgehen kann. Normen sind und bleiben darauf angewiesen, daß sie zitiert werden; daß sie in faktisch ablaufenden Kommunikationsprozessen bei geeigneten Anlässen aktiviert, also in Situationen thematisiert werden². Ob und wann dies konkret geschieht, läßt sich weder aus dem Sinn der Norm entnehmen noch durch ihre Interpretation steuern.

Daß jede Kommunikation eine normative Struktur voraussetzt, besagt deshalb wenig dafür, ob und wie solche Normen im Kommunikationsprozeß durch die Beteiligten selbst thematisiert werden. Thematisierungen steuern und limitieren die Negationspotentiale, die in der Sinnhaftigkeit und der Sprachförmigkeit menschlicher Erlebnisverarbeitung diffus angelegt sind; sie dienen mithin der Reduktion der unbestimmten Komplexität von Negationsmöglichkeiten. Jede Thematisierung eröffnet die Möglichkeit der Stellungnahme zum Thema, damit die Möglichkeit unterschiedlicher Stellungnahmen, damit die Möglichkeit des Dissenses. Andererseits müssen Negationen einem Thema angehängt werden, sie müssen sich auf etwas - und sei es auf »das Sein« - beziehen, und dazu muß das Thema erst kreierte und in den sozialen Prozeß eingeführt werden. Themen sind mögliche Kristallisationspunkte für Negationen, und das weiß man oder ahnt man bei ihrer Einführung in den Kommunikationsprozeß. Mit Thematisierungen läßt man sich daher auf ein Risiko ein. Das will taktisch überlegt sein und bedarf unter Umständen gesellschaftsstruktureller Absicherung durch Legitimation der Themen.

Thematisierungen zum Beispiel, die lebensweltliche und umgangssprachliche Selbstverständlichkeiten in die Zone der Negierfähig-

2 Vgl. Shalom H. Schwanz, Words, Deeds, and the Perception of Consequences and Responsibility in Action Situations, *Journal of Personality and Social Psychology* 10 (1968), S. 232-242; ders., Awareness of Consequences and the Influence of Moral Norms on Interpersonal Behavior, *Sociometry* 31 (1968), S. 355-369; B. C. Canwright/R. D. Schwanz, The Invocation of Legal Norms: An Empirical Investigation of Dürkheim and Weber, *American Sociological Review* 38 (1973), S. 340-354.

keit bringen, sind in der Regel von vornherein zum Scheitern bestimmt, wie die Experimente von Garfinkel³ zeigen: Sie werden nicht ernst genommen oder führen, wenn hartnäckig wiederholt, zum Abbruch der Kommunikation. Es wird damit anscheinend eine notwendige Latenz von Prämissen laufender Kommunikation verteidigt, ihre in bezug auf Ja und Nein unqualifizierbare Geltungsweise. Es gibt mithin *Thematisierungsschwellen* im Kommunikationsprozeß, die zusammenhängen mit der Funktion von Themen, Negationspotentiale zu kontrollieren. Und man darf vermuten, daß Thematisierungsschwellen mit anderen Funktionsanforderungen sozialer Systeme abgestimmt sein müssen.

So hoch wie im Falle jener von Garfinkel untersuchten Selbstverständlichkeiten können die Thematisierungsschwellen im Falle des Rechts nicht liegen. Es muß schließlich möglich sein, in sozialen Systemen über Rechtsfragen zu reden - wenn auch natürlich nicht immer und jederzeit. Auch für Rechtsfragen gibt es jedoch Thematisierungsschwellen, denn auch hier ist ein beträchtliches Negationsrisiko zu kontrollieren. Im folgenden interessiert die Frage, wie diese Thematisierungsschwellen aussehen und "wie sie mit den spezifischen Funktionen des Rechts harmonisieren. Wir gehen dabei von dem Fall aus, daß die an einem Kommunikationsprozeß Beteiligten über ihre eigenen Rechte und Rechtspflichten sprechen (oder nicht sprechen) wollen. Bloß theoretische Erörterungen von Rechtsfragen (etwa zu Unterrichtszwecken), Erzählungen über Rechtsstreitigkeiten anderer oder auch Kommunikationsprobleme im offiziellen Rechtsbetrieb des gesetzgeberischen oder des richterlichen Entscheidungsverfahrens⁴ werden wir allenfalls am Rande berühren.

II.

Den Anlaß zur Kommunikation über Rechtsfragen bieten Konflikte'. Einen kommunikationstheoretischen Konfliktbegriff kann man in zwei Schritten entwickeln. Man muß zunächst sehen, daß

3 Vgl. Harold Garfinkel, *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs N. J. i.6.

4 Hierzu Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. Darmstadt-Neuwied 1975.

5 Vgl. zum Folgenden auch den Forschungsüberblick bei Klaus F. Röhl, *Gegenwarts-*

Kommunikation nichts weiter ist als eine Selektionsofferte. Sie dient der sequentiellen Reproduktion von sinnhaften Selektionen an anderer Stelle. Die Reproduktion der Selektion kann jedoch, auch und gerade wenn man die Offerte versteht, abgelehnt werden. Das geschieht sehr oft rein faktisch oder in gleichsam nebenherlaufender, unbemerkter oder auch taktisch bewußt verschwiegener Weise*. Ein Konflikt entsteht immer dann, wenn die Ablehnung der Übernahme zum Thema weiterer Kommunikation gemacht wird - aus welchen Gründen immer⁷. Jemand glaubt zum Beispiel nicht, daß eine Information wahr ist, ein Rat nützen wird, eine Forderung berechtigt ist - *und sagt es!* Da Interaktionssysteme normalerweise nur jeweils ein Thema traktieren können⁸, monopolisiert das Konfliktsthema sehr rasch die Aufmerksamkeit der Anwesenden und zieht weitere Kommunikationen auf sich. Das Interaktionssystem strukturiert sich dem neuen Thema entsprechend um. Es wird ein System neuen Typs: ein Streit.

Aus der thematischen Konzentration, die für einfache Interaktionssysteme typisch ist, folgt zugleich, daß ihr Konfliktpotential gering ist. In Voraussicht des Streits wird der Konflikt nach Möglichkeit vermieden (unter Umständen natürlich auch: gerade um des Streites willen angefangen). Interaktionsnah strukturierte Gesellschaften benutzen diesen Mechanismus, um Konflikte Überströmungen der Rechtssoziologie, Informationsbrief für Rechtssoziologie, Sonderheft 1, Berlin 1977, S. 67 ff. Ferner in diesem Band S. 92 ff.

6 Eine Konfliktvermeidungslehre, die genau dieses Verhalten (und also nicht den Rechtsweg!) empfiehlt, ist in verschiedenen der *Essais de Morale* von Pierre Nicole (1671 ff.) skizziert, - eine weniger beachtete, aber nicht uninteressante Alternative zu der immer wieder zitierten Staats- und Rechtstheorie des Thomas Hobbes. Siehe insb. die Essays »Des moyens de conserver la paix avec les hommes«, »De la civilité chretienne«, »Des jugemens temeraires«, »De la guérison des soupçons«, »Dangers à craindre dans les contestations**«, »Danger des entretiens des hommes« in: Pierre Nicole, *Œuvres philosophiques et morales*, Paris 1845, Nachdruck Hildesheim 1970.

7 Es gibt mithin durchaus »zufällige«, nur interaktionshistorisch. oder nur aus momentanen Launen erklärare Konflikte. Keineswegs alle Konflikte sind durch strukturelle Widersprüche in größeren Sozialsystemen zu erklären. Und deshalb dient auch keineswegs jede Absorption von Konflikten der Stabilisierung der herrschenden Verhältnisse.

8 Siehe den Begriff des *focused interaction* bei Erving Goffman, *Encounters: Two Studies in the Sociology of Interaction*, Indianapolis Ind. 1961, S. 7 ff.; vgl. ferner Niklas Luhmann, *Einfache Sozialsysteme*, in: ders., *Soziologische Aufklärung* Bd. 2, Opladen 1975, S. 21-38.

haupt zu unterdrücken. Für komplexe Gesellschaften kann (oder muß?) es jedoch sehr wichtig werden, ihr Konfliktpotential zu erweitern, um sich breitere, selektionsreichere und ungewöhnlichere Kommunikationschancen zu erschließen. Dann wird es wichtig, den Konflikten eine interaktionsfähige und zugleich außenstabilisierte, umweltgestützte Form zu geben, die in der Interaktion unter Anwesenden benutzt werden kann. Diese Möglichkeit bietet das Recht. Das Recht gibt dem Interaktionskonflikt ein allgemeineres, auch für Außenstehende einsichtiges Interesse und nimmt ihm das Odium einer bloß lokalen Unerfreulichkeit. Und es entzieht damit zugleich die Kriterien der Entscheidung des Streits den Interaktionspartnern. Sie dürfen sich streiten, wenn sie darauf verzichten, die Entscheidung über den Streit eigenmächtig herbeizuführen.

III.

Im Recht ist nach einer langen evolutionären Anlaufzeit heute eine eindeutige binäre Struktur institutionalisiert in dem Sinne, daß man in spezifischen Hinsichten nur entweder im Recht oder im Unrecht sein kann, aber nicht beides zugleich. Dazu gehört auch, daß man über Recht durch Negation von Unrecht und über Unrecht durch Negation von Recht entscheiden kann und daß das Ausweichen vor dieser Alternative ins Unbestimmte oder in andersartige Sinnbereiche wie Liebe oder Glauben oder Macht oder Kunst nach Möglichkeit blockiert wird. Solche binären Schematismen haben gesellschaftsstrukturelle Voraussetzungen besonderer Art, die wir hier nicht angemessen erörtern können. Hier interessiert, daß und wie sie zugleich als Thematisierungsschwellen in Kommunikationsprozessen wirken.

Hinzukommt, daß der Schematismus im Falle des Rechts normative Fragen betrifft, das heißt Themen, die eine kontrafaktische Stabilisierung von Erwartungen involvieren⁹. Mit einer Rechtsbehauptung legt man sich daher in seinen eigenen Erwartungen als lernunwillig fest und verpflichtet sich fast schon, im Falle der Enttäuschung Konsequenzen zu ziehen. Mit Rechtsbehauptungen ist man stärker identifiziert als mit Tatsachenbehauptungen, die

⁹ Vgl. Niklas Luhmann, *Normen in soziologischer Perspektive*, Soziale Welt 20 (1969), S. 28-48; ders., *Rechtssoziologie*, Reinbek 1972, Bd. I, S. 40ff.

man immer noch als Irrtum revidieren kann. Mit dem Beginn einer Rechtsdiskussion wird deshalb zumeist ein point of no return überschritten; man bindet sich für die Zukunft mit der Bereitschaft, sein Recht notfalls im Streit zu vertreten. Mehr als bei bloßer Konversation, bloßen Informationsgesprächen, Meinungsaustausch oder wissenschaftlicher Diskussion ist daher der Anfang einer Rechtserörterung schon eine Richtungsfestlegung, ein Sicheinlassen auf möglichen Streit - und das will wohlüberlegt sein. Man nähert sich damit einem »character contest«, wie Erving Goffman ihn beschrieben hat, aus dem man vielleicht im Recht, vielleicht im Unrecht, aber sicher nicht ohne Wunden zurückkehren wird¹⁰.

Nach all dem gehört ein gewisser Mut dazu, einem anderen die Frage zu stellen, ob er im Recht sei oder nicht. Eine zunächst unterstellbare schöne Einmütigkeit des gemeinsamen Lebens wird gebrochen. Die Frage mutet dem anderen die Möglichkeit zu, die unangenehme Erfahrung des Im-Unrecht-Seins ins Auge zu fassen, und dies nicht nur in einer bloßen Überlegung, sondern in Rede und Antwort vor den Augen anderer. Er wird mit einer Alternative konfrontiert, die ihm möglicherweise schon als Alternative unangenehm ist. Der binäre Schematismus von Recht und Unrecht läßt ihm keine anderen Möglichkeiten mehr. Schon die bloße Projektion einer so geschlossenen Alternative gefährdet die Gemeinsamkeit des unreflektierten Welt-Lebens, die Intersubjektivität der Weltkonstitution. Die Alternative des einen ist, vor allem in der konkreten Situation hier und jetzt, nicht notwendig auch die Alternative des anderen".

Wer so gefragt wird, wird außerdem davon ausgehen, daß er nicht

10 Siehe den Essay *Where the Action Is*, in Erving Goffman, *Interaction Ritual: Essays in Face-to-Face Behavior*, Chicago 1967, S. 149-270. Im Nachvollzug dieser Analysen Goffmans wird zugleich deutlich, wie wenig ein durchzivilisiertes Recht für character contests noch zur Verfügung steht und daß ein entsprechendes Aktionsbedürfnis sich dann andere Wege bahnt - vor allem solche der Rechtswidrigkeit, der Provokation, der Selbstgefährdung. Dem entspricht die Beobachtung von Fällen, in denen jugendliche Intellektuelle vor Gericht nicht mehr ihr Recht einzufordern, sondern die Richter oder gar die Gesellschaft herauszufordern trachten; offenbar bietet das Recht selbst ihnen keine lohnende Möglichkeiten der Selbstdarstellung mehr.

11 Siehe dazu George A. Kelly, *Man's Construction of His Alternatives*, in: Gardner Lindzey (Hrsg.), *Assessment of Human Motives*, New York 1958, S. 33-64 (insb. 37)-

ohne Grund so gefragt wird. Er wird sich denken können, daß der Fragende ihn im Unrecht vermutet, vielleicht sogar gewisse Interessen daran hat, daß dies Unrecht sich herausstellt. Dies gilt besonders in Fällen, in denen ersichtlich entgegengesetzte Interessen im Spiel sind und die Aussicht besteht, daß das Recht des einen das Unrecht des anderen ist und umgekehrt. Wenn «der Fragende all dies antizipiert, sich also im Sinne des »role taking«¹² in die Lage des anderen versetzt, muß er eine gewisse Hemmschwelle überschreiten, wenn er gleichwohl die Rechtsfrage auf werfen will.

Die Probleme verschärfen sich im Falle der Rechtsbehauptung. Diese thematisiert die Kontroverse gleich mit und beansprucht zudem, sie entscheiden zu können. Sie überspringt gleichsam den bevorstehenden Streit und nimmt sein Ende vorweg. Das reizt zum Widerspruch auch den, der seines Rechts gar nicht so sicher ist, und zwingt ihn zur Konfrontation. Und das wiederum kann man wissen oder doch ahnen, wer seine Interessen in Form eines Rechtsanspruchs zu behaupten beginnt.

Mit diesen Überlegungen sollte verdeutlicht werden, daß Thematisierungshemmungen abhängen von der Form der Prämissen, die den Kommunikationsprozeß steuern. Während bei Selbstverständlichkeiten, deren Negation zu absurd wäre für ausdrückliche Kommunikation, die Thematisierungsschwelle extrem hoch liegt, ist dies für Rechtsfragen schon nicht mehr der Fall. Eine Juridifizierung von Interaktionsprämissen durch Umformung von Selbstverständlichkeiten in Rechtsnormen, die nach einem binären Schematismus alle Themen unter die Form von Recht oder Unrecht zwingen, senkt zunächst die Thematisierungsschwelle und führt zur Rekonstruktion der Bedingungen, unter denen sie überschritten wird. Wer sie überschreitet, diskreditiert sich dadurch nicht schon als Kommunikationspartner, aber er muß besondere Motivquellen, zum Beispiel Zorn oder verletztes Rechtsgefühl, oder besondere Sicherheitsgrundlagen, zum Beispiel Aussicht auf soziale Unterstützung, fachlichen Rat oder nachlesbare Texte, aktivieren können. Andererseits reichen die Absicht zu provozieren oder zu irritieren oder der bloße Spaß am Unsinn nicht aus, um einen Kommunikationsprozeß ins Feld des Rechts zu steuern. Die Thematisierungsschwellen wirken mithin als eine Art Filter für

12 nach George H. Mead, *Mind, Self and Society From the Standpoint of a Social Behaviorist*, Chicago 1934.

Bedingungen und Anlässe, die das Aufwerfen von Rechtsfragen wahrscheinlich machen. Und unter diesem Gesichtspunkt sind sie nicht nur kommunikationstheoretisch, sondern auch gesellschaftstheoretisch relevant. Von ihnen hängt nicht zuletzt ab, ob es sich lohnt, ein besonderes Rechtssystem auszudifferenzieren.

IV.

Ob man sich traut, Rechtsfragen anzuschneiden, wird vor allem mitbestimmt durch die *Aussicht auf soziale Unterstützung im Konfliktsfalle*. Dies hängt damit zusammen, daß man mit der Thematisierung von Rechtsfragen einen Kettenprozeß in Gang setzt, der eine Eigendynamik entfalten wird und unübersehbare Wendungen nehmen kann. Dazu braucht man mehr soziale Unterstützung als für einen Einzelakt, vor allem *sichere* Unterstützung für noch *ungewisse* Lagen. Je ungewisser die Zukunft, desto gemeinsamer muß man sie tragen.

In relativ ursprünglicher Form kann man diesen Sachverhalt in Untersuchungen über primitive Gesellschaftssysteme nachweisen, die noch keine entscheidungsfähige Justizorganisation kennen. Hier hängt die Thematisierung, ja die Bildung von Rechtsregeln überhaupt, davon ab, daß man Konflikte sozial generalisieren, »politisieren« und über die engste eigene Gruppe hinaustragen kann und daß man zugleich die Unterstützung konfliktfähiger größerer Gruppen gewinnen kann¹³. Wesentlich ist dabei, daß auf Grund der segmentaren Sozialorganisation Unterstützungsbereitschaft der Nahestehenden generell und relativ themenunabhängig zur Verfügung steht und so Unsicherheit absorbiert. Konflikte innerhalb von Hausgemeinschaften sind deshalb durch Recht nicht zu regeln; selbst in den frühen Hochkulturen liegen sie noch außerhalb des Rechts, das als Recht der politischen Gemeinschaft (»Zivil«-Recht) aufgebaut wird.

13 Zur kritischen Frage des »expandability of certain disputes and the containment of others« vgl. Sally F. Moore, *Legal Liability and Evolutionary Interpretation: Some Aspects of Strict Liability, Self-Help and Collective Responsibility*, in: Max Gluckman (Hrsg.), *The Allocation of Responsibility*, Manchester 1972, S. 51-107 (insb. S. 68,96). Vgl. auch Lloyd Fallers, *Political Sociology and the Anthropological Study of African Politics*, *Europäisches Archiv für Soziologie* 4 (1963), S. 311-329.

Der Filter für Rechtsthematisierung und Rechtsentwicklung liegt mithin in der Bezugsgruppe, im Blick auf die man die Frage der sozialen Unterstützung, der Zustimmung und der Gleichsinnigkeit künftigen Handelns auch unter Belastungen stellt. Das gilt auch heute, wenngleich unter stark veränderten Bedingungen¹⁴. Nur »der Mächtigste ist am stärksten allein«, alle anderen müssen sich umsehen. Die Wahl der relevanten Bezugsgruppe ist dabei nicht dem Belieben überlassen, sondern durch soziale Strukturen vorgezeichnet, und es ist diese Vorzeichnung, die in komplexeren Gesellschaften komplexer geworden ist.

Sobald gesichert ist, daß über Rechtsfragen durch neutrale Dritte verbindlich entschieden wird, spaltet sich die Orientierung und wird zugleich abhängiger von sehr unterschiedlichen Bedingungen. Derjenige, der ein Interesse oder ein Beschweris, eine Erwartung oder eine Enttäuschung als Rechtsfrage stilisieren will, muß einerseits mehr oder weniger sicher voraussehen können, wie über sie im Rechtssystem entschieden wird. Er muß andererseits wissen, wie die für ihn konkret relevante soziale Umwelt sich zu einer solchen Entscheidung einstellen wird. Er hat es also nicht nur mit einer, sondern mit zwei Thematisierungsschwellen zu tun, die jede für sich Anlaß sein können, ein Anliegen lieber nicht als Rechtsfrage zu formulieren. Wird die Thematisierung von Rechtsfragen durch eine solche Doppelbarriere erschwert? Wirken die Barrieren kumulativ? Oder ermöglicht es gerade die Doppelorientierung, beide Thematisierungsschwellen niedrig anzusetzen, da sie sich wechselseitig entlasten? Und unter welchen Bedingungen wäre dies der Fall?

In diesem Zusammenhang gilt es zunächst, eine wesentliche evolutionäre Errungenschaft zu begreifen, auf der alle Rechtskultur beruht. Sie besteht, kurz gesagt, darin, auf der Ebene des einfachen Interaktionssystems Rechtsfragen und Machtfragen zu trennen und ihren Zusammenhang auf der Ebene des gesamtgesellschaftlichen Systems zentral zu rekonstruieren¹⁵. Die Entscheidung über

14 Bemerkungen über die allgemeine Bedeutung des Bezugsgruppen-Konzepts für eine soziologische Theorie des Rechts findet man bei Adam Podgorecki, *Law and Society*, London 1973, S. 262 ff.

15 Siehe in diesem Zusammenhang die Überlegungen von Edward Shils, *Centre and Periphery*, in: *The Logic of Personal Knowledge: Essays Presented to Michael Polanyi*, London 1961, S. 117-130, und Shmuel N. Eisenstadt, *Social Differentiation and Stratification*, Glenview Ill. - London 1971, über die Bedeutung von funktions-spezifisch ausdifferenzierten »Centers« für die Entstehung von Hochkulturen und von

Rechtsfragen wird einer *femstehenden* Macht übertragen, die mit der interaktionell-präsenten, ausspielbaren Macht der Beteiligten keinen Zusammenhang hat¹⁶. Die soziale Unterstützung der Nahestehenden verliert an Bedeutung, man kann die Rechtsbehauptung scheinbar sachlich vortragen durch Bezugnahme auf Texte, Entscheidungsbedingungen und Entscheidungswahrscheinlichkeiten. Das Recht selbst ist nicht mehr jene streitbare, »agonale« Masse von faktischen und verbalen Kampfmitteln, Bundesgenossen und Argumenten, als die man selbst das vorklassische römische Recht noch ansehen muß¹⁷, sondern kann als etwas objektiv Feststehendes vorausgesetzt und unter dem Anschein von Sachlichkeit zitiert werden - einer Präntention, die im Kommunikationsprozeß schwer widerlegt oder auch nur bestritten werden kann. Das erleichtert die Thematisierung. Man läßt Vorschriften für sich sprechen.

Aber das erschwert auch die Thematisierung, denn man zeigt nun durch Aufwerfen der Rechtsfrage, daß man auf die Motivquellen der konkreten Interaktion gar nicht angewiesen ist. Wer in dieser Form Recht hat oder Recht zu haben beansprucht, braucht eigent-

Schichtungssystemen mit daraus sich ergebenden Problemen des Zugangs und der Partizipation.

16 Eine Seitenlinie dieses Phänomens soll hier nicht weiter verfolgt, aber wenigstens kurz erwähnt werden. Es gibt Interaktionssysteme, die mit Rücksicht auf ihre Thematik und ihre Entscheidungsfunktion die Interessen der Beteiligten inhaltlich nicht oder nicht ausreichend jüridifizieren. Typisch handelt es sich um Kollegialorgane, Ausschüsse, Räte größerer Organisationssysteme. In solchen Fällen kann im Abstimmungsmodus nach Mehrheitsprinzip ein funktionales Äquivalent für die Berufung auf Recht liegen. Wer Abstimmung verlangt, schneidet den Prozeß der Konsensfindung ab mit Berufung auf einen scheinbar neutralen binären Formalismus. Die Institutionalisierung von »Opposition« hat unter anderem den Sinn, ein *rasches* Verlangen nach Abstimmung zu erleichtern oder, allgemeiner gesehen, die Thematisierung von Fragen der Prozedur zu erleichtern. Es gibt strukturelle Gründe, also auch Wahrscheinlichkeiten dafür, daß dies geschieht bzw. nicht geschieht. Und ebenso wie im Falle des Rechts ist auch hier die Chance, davon zu profitieren, unterschiedlich verteilt. Vgl. dazu F. G. Bailey, *Decisions by Consensus in Councils and Committees*, in: *Political Systems and the Distribution of Power*, ASA Monographs 2, London 1965, S. 1-20; Rue Bucher, *Social Process and Power in a Medical School*, in: Mayer N. Zald (Hrsg.), *Power in Organization*, Nashville Tenn. 1970, S. 3-48 (44 ff.); J. David Edelstein/Malcolm Warner, *Voting and Allied Systems in Group Decision-Making*, *Human Relations* 24 (1971), S. 179-188; Johan P. Olsen, *Voting*, »Sounding Out«, and the Governance of Modern Organizations, *Acta Sociológica* 15 (1972), S. 267-283.

17 So Dieter Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*, Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, S. 353-366.

lieh gar nicht mehr zu kommunizieren, braucht sich auf eine lokale Behebbarkeit von Zweifeln gar nicht mehr zu verlassen und sich nicht mehr als einer darzustellen, der auf die Kommunikation des anderen einzugehen bereit ist; nicht einmal auf Streit läßt er sich ein¹⁸. Nicht jedes Interaktionssystem verträgt einen solchen Verfremdungseffekt. Die Inanspruchnahme von Recht will also gerade als Demonstration von Unabhängigkeit und als "Verweisung auf eine fremde Bezugsgruppe wohlüberlegt sein.

V.

Es erscheint wenig sinnvoll, die Bilanz zu ziehen mit der Frage, ob nach Formalisierung und Ausdifferenzierung eines entscheidungsfähigen Rechtssystems im Laufe der gesellschaftlichen Evolution die Thematisierung von Rechtsfragen leichter fällt oder nicht. Dieser Fortschritt ändert zu viel, als daß die Situationen noch vergleichbar wären. Auch würde eine genauere Untersuchung der Verrechtlichungsbereitschaft in verschiedenen Regionen der heutigen Gesellschaft - sagen wir Japan, Mexiko, den Vereinigten Staaten oder der Bundesrepublik Deutschland - sicherlich zu sehr verschiedenen Ergebnissen führen¹⁹. Auch und gerade unter der Bedingung von Industrialisierung kann die kritische Variable des »social support« im Konfliktsfalle sehr verschiedene Werte annehmen. Ergiebiger dürfte es sein, den systemtheoretischen Bezugsrahmen der bisherigen Analysen schärfer auszuleuchten, um von da aus weitere Fragen zu stellen.

Wir gehen von der Annahme aus, daß bei zunehmender Komplexität der Gesellschaft diese mehr verschiedenartigere Interaktionssysteme zuläßt. Dadurch werden Ebenen der Systembildung ausein-

¹⁸ Das Problem stellt sich übrigens nicht nur bei normativen, sondern auch bei kognitiven Fragen. Von einem jung vermählten Paar, das ich aus geselligem Anlaß kennenlernte, war zu erfahren, daß sie sich zur Eheschließung ein umfangreiches Konversationslexikon angeschafft hatten. Der Mann war Anwalt.

¹⁹ Vgl. nur Kahei Rokumoto, *Problems and Methodology of Study of Civil Disputes, Law in Japan* 5 (1972), S. 97-114, 6 (1973), S. 111-127; Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen 1976; William L. F. Felstiner, *Influences of Social Organization on Dispute Processing, Law and Society Review* 9 (1974), S. 63-94, mit der anschließenden Diskussion a.a.O. 9 (1975), S. 675-706.

andergezogen. Das System der Gesellschaft selbst umfaßt alle kommunikativ erreichbaren Erlebnisse und Handlungen. Interaktionssysteme bilden sich durch aktuelle Kommunikation unter Anwesenden. Die Gesellschaft kann zwar nur auf der Basis von Interaktion existieren, aber sie kann nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Anwesenheit integriert werden²⁰. Gesellschaftliche Relevanzen nehmen die Form funktionaler Interdependenzen/Independenzen und struktureller Kompatibilitäten/Inkompatibilitäten an. Sie werden daher nicht mehr allein durch mögliche Anwesenheit vermittelt, andererseits können sie eben deshalb durch Konsens unter Anwesenden nach Maßgabe der Strukturen des Interaktionssystems unterlaufen werden. Dadurch kann das Gesellschaftssystem nach Maßgabe spezifischer Funktionen differenziert werden, etwa Sondersysteme für Politik, Religion, Recht, Erziehung, wirtschaftliche Produktion, wissenschaftliche Forschung usw. ausdifferenzieren, ohne daß diese Subsysteme der Gesellschaft auf der Basis von Interaktion integriert werden müßten. In der auf Produktion spezialisierten Interaktion braucht dann nicht mehr zugleich erzogen werden, Tabuiertes oder Heiliges beachtet, Recht durchgesetzt, politisch relevanter Konsens gesucht werden usw.

Vor diesem systemtheoretischen Hintergrund läßt sich etwas deutlicher ins Relief setzen, um was es bei der Thematisierung von Rechtsfragen in Interaktionssystemen letztlich geht. Wenn ein Rechtssystem gesamtgesellschaftlich ausdifferenziert und als solches erkennbar ist, signalisiert ein Ansatz zur Thematisierung von Rechtsfragen unweigerlich den Versuch, die Interaktion in das Rechtssystem einzusteuern, sie als Teil des Rechtssystems aufzufassen - und nicht als Teil des Familienlebens, der nachbarlichen Gemeinschaft, des Wirtschaftssystems usw.²¹. Mit der Thematisierung von Rechtsfragen wird mithin über die gesamtgesellschaftliche Zuordnung der Interaktion entschieden, wobei solche Zuordnungen nicht notwendig exklusiv, aber in mehr oder weniger großem Umfange doch inkompatibel sind.

20 Das war im übrigen die Prämisse gewesen, unter der Pierre Nicole a.a.O. das Friedenhalten auf der Interaktionsebene empfohlen hatte.

21 Deshalb nimmt das Zitieren von Rechtsnormen und Rechtsentscheidungen zu in dem Maße, als die Interaktion sich einem formalisierten Rechtsverfahren nähert. Dies zeigen die Ergebnisse von Cartwright/Schwartz a.a.O.

Thematisierungsschwellen, die wir zunächst auf der Ebene interaktioneller Kommunikation unter Anwesenden behandelt hatten, haben mithin auch eine gesamtgesellschaftliche Funktion. Sie verhindern die zu leichte, durchgehende Juridifizierung aller Interaktionssysteme im Interesse anderer Funktionsbereiche der Gesellschaft. Das hatte ein Minister im Gefühl, wenn er meinte, er könne nicht ständig mit dem Grundgesetz unter dem Arm herumlaufen. Politik muß, auch und gerade in einem funktionsfähigen Rechtsstaat, ein Eigenleben haben und - wenn nicht auf der Ebene der Ideologie oder der zitierfähigen Ministerworte, so doch auf der Ebene der Interaktion - gegen permanente Behandlung unter der Dichotomie von Recht und Unrecht abgesichert sein. Sehr viel mehr gilt dies für Prozesse des Familienlebens, der Forschung, der Erziehung. Damit ist die ohne Zweifel bestehende Interdependenz all dieser Funktionsbereiche mit dem Rechtssystem nicht gelegnet; aber diese Interdependenz kann in hohem Maße durch Prämissen des Verhaltens getragen werden; sie steht in keiner direkten Proportion zu der Häufigkeit, mit der Rechtsfragen in funktional anders orientierten Interaktionen thematisiert werden.

Das Rechtssystem selbst ist allerdings mehr als wohl jedes andere Subsystem der Gesellschaft darauf angewiesen, aus Interaktionssystemen mit *anderer* Funktionsrichtung Impulse zu erhalten. Diese Angewiesenheit muß komplex genug begriffen werden; Sie ergibt sich nämlich erst auf der Basis von Unabhängigkeit. Als ein System, in dem Entscheidungen an Regeln orientiert werden, ist das Rechtssystem an sich indifferent dagegen, wann und warum ein rechtserheblicher Kommunikationsprozeß in Gang kommt. Gerade das ist eine Funktion der Orientierung an Regeln, daß das System kompatibel wird mit beliebigem Anfang (während in normalen Disputen ja sehr wichtig zu sein pflegt, »wer angefangen hat«)²². Aus dieser Unabhängigkeit ergibt sich aber eine generalisierte (und um so schwerer kontrollierbare) Form der Abhängig-

22 Darin liegt unter anderem auch eine Bedingung der Gerechtigkeit im Sinne rechtsspezifischer Gleichbehandlung. Die sehr unterschiedliche Verteilung der Chance bzw. der Erforderlichkeit, mit rechtsbezogener Kommunikation zu beginnen, läßt sich faktisch nicht eliminieren, sondern nur in ihrer Entscheidungsrelevanz neutralisieren. Entsprechend muß auch die unterschiedliche Wahrscheinlichkeit, von bestimmten Rechtspositionen aus Kläger bzw. Beklagter zu sein (vgl. z. B. Hartmut Koch/Gisela

keit von aggregierten Effekten einer Vielzahl von Interaktionen. Als ein »nachgeschaltetes« System der Konfliktregulierung²³ ergreift das Rechtssystem nicht selbst die Initiative. Es hat, wenn man vom Strafrecht absieht, keine Organisation, die selbsttätig nach Fällen und Themen sucht²⁴. Selbst die Gesetzgebung ist dem politischen Prozeß nachgeschaltet. Wenn die Thematisierung von Recht zu stark entmutigt wird, kann dies deshalb zu einer Art Austrocknung des Rechtssystems führen und damit zu einer Ablenkung der Konfliktregulierung auf Mechanismen - etwa Moral oder Ignoranz²⁵ oder Schichtungsstrukturen²⁶ oder staatlich nicht kontrollierbare Gewalt²⁷ -, deren gesellschaftsstrukturelle Kompatibilität ein Problem sein kann.

Eine systemtheoretisch aufgegliederte Betrachtungsweise zeigt demnach folgende Beziehung: Obwohl das Rechtssystem als *Teilsystem der Gesellschaft* auf Zufall des Anfangens und in einem weiteren Sinne auf Abfangen kontingenter Konflikte eingerichtet ist, darf dieser Zufall nicht auch auf der Ebene der *Interaktionssysteme* Zufall sein. Er ist nur für ein spezifisches System, nicht an sich Zufall. In der Interaktion muß er durch Thematisierungsschwellen des Kommunikationsprozesses regulierbar sein, und dies nicht nur mit Funktionen für das einzelne Interaktionssystem, sondern auch mit Funktionen für die Erhaltung der gesellschaftlichen Differenzierung. Es sind, wie allgemein in der Evolution, *feinregulierte Zufälle*, die die notwendige Variabilität für den Aufbau und die Erhaltung komplexer Systeme erzeugen.

Zenz, Erfahrungen und Einstellungen von Klägern in Mietprozessen, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 3 (1972), S. 509-528, 518 f., für Mieter und Vermieter), hingenommen und kann nur im Einfluß auf das Ergebnis neutralisiert werden.

23 Dazu Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel 1970.

24 Daß Anwälte dies tun und daß man sie deshalb nicht honorieren dürfe, war eine in der alten Welt weit verbreitete Auffassung.

25 Vgl. z. B. Folke Schmidt/Leif Gräntze/Axel Ross, *Legal Working Hours in Swedish Agriculture*, *Theoria* 12 (1946), S. 181-196; Vilhelm Aubert, *Some Social Functions of Legislation*, *Acta Sociológica* 10 (1966), S. 98-120.

26 Vgl. z. B. Bernard S. Cohn, *Anthropological Notes on Disputes and Law in India*, *American Anthropologist* 67 (1965), Part II, S. 81-122.

27 Vgl. z. B. Germán Guzmán/Orlando Fals Borda/Eduardo Umana Luna, *La violencia en Colombia: Estudio de un Proceso Social*, Bogotá 1962.

VI.

Es wird nun deutlich geworden sein, weshalb wir dem Anfang eines Prozesses rechtsthematischer Kommunikation so große Bedeutung beimessen. Nach dem Anfang sind die Beteiligten nicht mehr frei. Die Möglichkeit zumindest, daß sie ihre wechselseitige Beziehung unter dem Aspekt des Durchhaltens und Durchsetzens von Rechtsansprüchen und damit auch unter dem Gesichtspunkt der Zuschreibung von Unrecht sehen, läßt sich nicht mehr aus der Welt schaffen. Damit ist der weitere Kommunikationsprozeß nicht determiniert, wohl aber »modalisiert«, das heißt in seinem Selektionsstil durch eine bereitgehaltene Möglichkeit bestimmt, die man einerseits selbst ergreifen kann, andererseits beim anderen vermutet. Auch wenn man nicht explizit über Rechtsfragen spricht, kommuniziert man latent im Bereich des Rechts, indem man zum Beispiel Zurechnungsmöglichkeiten und Beweisfragen im Auge hat, Zeit zu gewinnen sucht oder auch Themen wählt, die den Streitpunkt absichtlich vermeiden.

Auf Grund so allgemeiner Angaben ist der weitere Verlauf des Kommunikationsprozesses weder deskriptiv noch erklärend noch prognostisch zu erfassen. Dazu bedürfte es sehr viel konkreterer Angaben über die Parameter des Systems, um das es sich jeweils handelt, und über die Thematik des Streits. Auf der allgemeinen Ebene unserer Erörterungen lassen sich jedoch allgemeine Bezugsprobleme aufdecken, denen ein auf Rechtsstreit zusteuernendes oder ihn als permanente Möglichkeit voraussetzendes Interaktionssystem ausgesetzt ist. Diese Bezugsprobleme liegen in der Erhöhung von Interdependenz und in der Erhöhung von Ungewißheit²⁸. Die Aussicht auf Streit erhöht Interdependenzen, weil sie eine Vielzahl von Themen künstlich aufeinander bezieht, sie gleichsam als »Front« organisierend²⁹. Solche Interdependenzen übersteigen sehr rasch das Übersichtsvermögen der Beteiligten, ihre Fähigkeit zur objektiven Abwägung und zu zügiger kommunikativer Behand-

28 Dies gilt für Mißtrauen allgemein. Vgl. dazu Niklas Luhmann, *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2. Aufl., Stuttgart 1973, insb. S. 78 ff.

29 Insofern wirkt Streit durchaus systembildend - und zwar nicht nur in dem Sinne, daß er die Solidarität innerhalb einer Streitpartei stärkt, wenn diese als Kollektiv auftritt, sondern sehr viel prinzipieller in dem Sinne, daß er die Streitenden selbst als System verbindet, ähnlich wie der Tausch.

lung Schritt für Schritt. Sie werden daher fast zwangsläufig unter dem Gesichtspunkt von Feindschaft vereinfacht. Die wenigstens ist dann sicher. Und um so unsicherer ist dafür, wie weit diese Front juristisch gedeckt ist und welcher Anteil der vielen Argumente, Vorkehrungen und Suchprozesse vor Gericht Erfolg haben wird. Die verhaltensrelevanten Unsicherheiten verlagern sich aus der Interaktion auf die Beziehungen zum Rechtssystem.

Vor dem Hintergrund dieser Belastungen läßt sich die Bedeutung zweier verschiedenartiger Kommunikationsprozesse abschätzen, die ihnen auszuweichen suchen, nämlich derjenigen Kommunikationen, die zu einem von vornherein rechtsförmig konzipierten (typisch also schriftlichen) Vertragsabschluß führen und einem Komplex, den wir im nächsten Abschnitt unter der Bezeichnung der De-Thematisierung des Rechts behandeln werden.

Daß man bei bindend gemeinten Vereinbarungen auf schriftlicher Fixierung in prozeß-sicherer Rechtsform besteht, dürfte eher die Ausnahme als die Regel sein³⁰. Relativ häufig kommt vor, daß von Seiten einer Partei standardisierte Formulare zur Unterschrift vorgelegt werden. Der Vorlegende hat dann ersichtlich diese Formulare nicht selbst und nicht für diesen Vertrag allein produziert, er handelt ebenso zwangsläufig und unselbständig wie derjenige, dem das Formular vorgelegt wird. Die Thematisierungsschwierigkeiten im Interaktionssystem werden durch Bezugnahme auf eine Organisation und deren Erfordernisse erleichtert. In diesem wichtigen Bereich werden mithin Interaktionsprobleme mit Gesellschaftsfunktion letztlich durch Organisation gelöst. Abgesehen von dieser Möglichkeit und ferner von den Fällen (z. B. Grundstücksübertragungen oder -belastungen), in denen das Recht selbst Rechtsförmigkeit zur Gültigkeitsvoraussetzung macht, was ebenfalls die Thematisierung »entschuldigt«, dürfte es zu den

30 Vgl. dazu Stewart Macauley, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, *American Sociological Review* 28 (1963), S. 55-67, gekürzt auch in: Vilhelm Aubert (Hrsg.), *Sociology of Law*, Harmondsworth, Middlesex, England 1969, S. 194-209; andererseits aber auch ders., *Law and The Balance of Power*, New York 1966. - Vor allem aus fernöstlichen Rechtskulturen wird eine verbreitete Scheu vor rechtsförmiger Festlegung von Verträgen berichtet, weil darin der Ausdruck von Mißtrauen und die Vorwegnahme von Streit liege: »Parties to a contractual agreement are not expected to become involved in any serious differences in the future. Whenever they enter such a relationship they are supposed to be friendly enough not to consider eventual disputes, much less preparation for a lawsuit. Parties do not, or at least

Seltenheiten gehören, daß schon beim Vertragsschluß die Interaktion explizit als Teil des Rechtssystems begriffen und entsprechend thematisch fixiert wird. Geschieht dies nicht, dann wird die Chance »friedlicher Juridifizierung« am Anfang vertan um der Möglichkeit willen, daß die Beziehungen sich ohne jede Kommunikation über Recht abwickeln lassen. Wenn diese dann doch notwendig wird, liegt die Thematisierungsschwelle höher, weil ein sich schon abzeichnender Konflikt und die Ungewißheit der Rechtslage sie hochziehen.

Das Vertragsprinzip hat eine große Tradition. Als Prinzip der rechtlichen Einheit von Freiheit und Bindung hat man es benutzt, um die Gesellschaft selbst zu symbolisieren. Seit Dürkheims Hinweis auf die nichtvertraglichen Grundlagen des Vertrags hat sich eine skeptische Distanzierung ausgebreitet. Kommunikationstheoretische Untersuchungen dürften, wenn sie im -wünschenswerten Umfang empirisch durchgeführt werden, diese Zweifel verstärken.

In der Diskussion des Vertragsprinzips ist denn auch das Ergebnis, der Konsens, überschätzt und der Prozeß der Kommunikation über den Abschluß des Vertrages unterschätzt worden. Das Problem der Bindungswirkung wurde in der Sozia/dimension dupliziert, nämlich in die Form eines normativen Postulats gebracht, nicht aber in der Ze'(dimension analysiert. Freiheit und Bindung ist aber nur gleichzeitig, nicht nacheinander, ein Widerspruch. Die Funktion des auf Vertragsschluß zusteuernenden Interaktionssystems ist es gerade, ein Sozia/problem in eine *Sequenz* von Kommunikationen zu transformieren und dadurch eine Lösung herbeizuführen.

Wichtig ist demnach, daß die Selbstfestlegungen der Beteiligten *nacheinandergeschaltet* sind, so daß die eine sich auf die andere stützen kann und nicht in jedem Moment die Situation als auf

pretend that they do not, care about an instrument or other kinds of written evidence and rather hesitate to ask for any kind of written document, fearing that such a request might impair the amicable inclination of the other party« (Takeyoshi Kawashima, *Dispute Resolution in Contemporary Japan*, in: Arthur T. von Mehren (Hrsg.), *Law in Japan: The Legal Order of a Changing Society*, Cambridge Mass. - Tokyo 1964, S. 41-52 (46), gekürzt auch in Aubert a.a.O., S. 182-193 (188).) Vgl. auch ders., *The Notion of Law, Right and Social Order in Japan*, in: Charles A. Moore (Hrsg.), *The Status of the Individual in East and West*, Honolulu 1968, S. 429-447. Eiichi Hoshino, *The Contemporary Contract*, *Law in Japan* 5 (1972), S. 1-46 (41 ff.).

beiden Seiten ganz offen behandelt werden muß. Es ist nicht nur die Grundnorm der bindenden Geltung von Verträgen und nicht nur die voraussetzende Solidarität, die den Vertrag ermöglicht. Damit wäre die »doppelte Kontingenz« jeder sozialen Konstellation nicht zu überwinden. Dies geschieht vielmehr dadurch, daß jede Mitteilung in kontraktogenen Situationen als Selbstfestlegung gewertet und benutzt und durch Anschlußverhalten festgezurr wird. Für beide Seiten sind vorausgegangene Festlegungen von Interessen, Positionen, Absichten Voraussetzung rationaler Disposition über ihr eigenes Verhalten bis hin zu dem Punkt, an dem die Beteiligten erkennen, daß sie sich einig sind oder daß sie sich nicht einigen können. Jeder kann sich frei fühlen, solange er sich primär auf die Festlegung der anderen Seite stützt; aber keine Seite ist frei, die Selbstfestlegung ganz zu vermeiden, solange der Prozeß auf einen Vertragsschluß zusteuert. Der Vertrag schließt sich selbst, aber die Beteiligten können, solange er nicht geschlossen ist, immer noch abspringen: sie können die offenen Punkte benutzen, um die übermächtig werdenden Bindungen wieder aufzulösen. Allerdings ist nach einer solchen Geschichte die Wiederherstellung der Freiheit nur mit Kosten möglich: unter Verzicht auf den Vertrag und unter Verzicht auf die Realisierung der damit verbundenen Absichten.

Für diesen Prozeß ist keine Kommunikation über Recht erforderlich. Sie mag eingeblendet werden, um bestimmte Ansinnen auszuschließen, und sie kann auch der Verständigung darüber dienen, daß die Einigung erreicht ist. Ob die Bezugnahme auf Recht hilft oder stört oder zerstört, müssen die Beteiligten selbst beurteilen. Sie ist weder Betriebsvoraussetzung des Prozesses, noch Voraussetzung der rechtlichen Gültigkeit des Vertrages. Es ist nicht der Abschluß, sondern die Abwicklung des Vertrages, die es für das Rechtssystem notwendig macht, eine entsprechende Rechtsfigur vorzusehen; und auch hier liegen die Gründe der Notwendigkeit einer solchen Figur im Rechtssystem und nicht in der einzelnen Interaktion. Sie dient als Regulativ für mögliche Störungen bei der Vertragsabwicklung, wie sie bei einer Vielzahl von vertragsorientierten Interaktionen erfahrungsgemäß nicht ausbleiben.

VII.

Rechtliche Kommunikation läuft, einmal begonnen, mit einer gewissen Eigengesetzlichkeit auf eine Entscheidung zu, die Recht und Unrecht mit aller Härte auseinanderlegt und «den Beteiligten zuordnet. Rein juristisch gesehen ist die Entscheidung ein notwendiges Korrelat des Konflikts. Das Rechtssystem steht unter Entscheidungszwang. Im Interaktionssystem der an der Kommunikation über Recht Beteiligten ist das anders. Während des Kommunikationsprozesses können die Teilnehmer auf Grund der gerade aktuellen Vergangenheits- und Zukunftsperspektiven ihres Interaktionssystems den Eindruck gewinnen, daß es besser ist, den Konflikt zu beenden und sich außerhalb des Rechts zu verständigen. Wie geschieht das?

Wir stellen diese Frage nicht allgemein in bezug auf Konflikte schlechthin³¹, sondern in bezug auf konfliktträchtige Interaktionssysteme, die kontroverse Rechtspositionen thematisiert haben. Hier erfordert und erzielt die Beilegung des Konflikts eine *De-Thematisierung* des Rechts. Natürlich verschwindet das Recht nicht sogleich aus dem Bewußtsein der Beteiligten, aber man kann, unter Umständen auf Anregung und mit Hilfe Dritter, Rechtsfragen durch Substitution anderer Themen aus dem gemeinsamen Aufmerksamkeitsbereich hinausbugsieren. Dafür bietet vor allem die Schiedsmanns-Praxis reiches Anschauungsmaterial³².

De-Thematisierungen können verschiedene Wege nehmen, und entsprechend gibt es verschiedene Strategien bewußt betriebener De-Thematisierung. Eine naheliegende Möglichkeit ist die Einbeziehung von Folgen für die Beteiligten in einem weiteren, die rechtliche Relevanz überschreitenden Zukunftshorizont. Was man sich vielleicht im Stillen schon überlegt hatte, wird nun thematisch zur beantwortungspflichtigen Frage gemacht: Was kommt dabei heraus? Einmal thematisiert, zeigt sich, daß Folgen durchaus keine

31 Vgl. dazu Lewis A. Coser, *Continuities in the Study of Conflict*, New York - London 1967, S. 37 ff.

32 Eine systematische Auswertung ihres literarischen Niederschlags - etwa in Form von Erfahrungsberichten und Praktikerweisheiten in der Schiedsmannszeitung (ab 1926) - wäre eine lohnende rechtssoziologische und kommunikationswissenschaftliche Aufgabe. Einen Überblick mit kennzeichnenden Details vermittelt Lutz Gusseck, *Die Zumutbarkeit - ein Beurteilungsmaßstab? Die Stellung der Zumutbarkeit in gütlichen, schlichtenden und gerichtlichen Verfahren*, Berlin 1972, S. 83 ff.

Rechtskriterien sind, daß sie nichts beweisen, nichts bekräftigen, sondern eben nur erfreuliche oder unerfreuliche Wirkungen sind, die mit der Entscheidung der Rechtsfrage ausgelöst werden. Ein zweiter Weg ist der der Aufweichung von Kriterien, mit denen man argumentiert, bis hin zu Gesichtspunkten, die noch Appellfunktionen haben, sich aber zur Begründung von Rechtsentscheidungen nicht mehr eignen. Lutz Gussek" hat in dieser Perspektive die Verwendung von »Zumutbarkeit« untersucht. Die thematische Verwendung solcher Kriterien hat zugleich den Sinn, unthematisch die Bereitschaft zur Fortsetzung der Beziehungen zu unterstellen und zu suggerieren, zumindest jedoch ein moralisches Kontinuum der gemeinsamen Lebensführung wieder in Anspruch zu nehmen. Solche Suggestivwirkung kann auch von Nebenthemen ausgehen, die die rechtsspezifische Kommunikation unterbrechen - etwa vom gemeinsamen Essen und Trinken oder Rauchen, von Notwendigkeiten gemeinsamer Bewegung von Ort zu Ort und ähnlichem. Mit all dem gelangen Sinnelemente in den Kommunikationsprozeß, die sich dem binären Schematismus von Recht und Unrecht nicht fügen, und die eben deshalb dazu bestimmt sind, allmählich die Führung der Themenentwicklung und damit nach Möglichkeit auch die Führung der Meinungsentwicklung zu übernehmen. Gelingt das Unternehmen, so kehrt man am Ende vielleicht noch einmal zum Recht zurück und »verträgt« sich in der Form eines Vertrages, um damit die Kommunikation über Recht hoffentlich endgültig zu verabschieden.

Kapitel 4

Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?

I.

Fragt man nach der Funktion des Rechts im Hinblick auf die Zeitdimension, kommen zwei mögliche Antworten in Betracht. Sie entsprechen dem Unterschied von Vergangenheit und Zukunft; sie setzen den Akzent entweder mehr auf die Vergangenheit oder mehr auf die Zukunft.

Es kann sich zum einen darum handeln, Erwartungen, die jemand in bezug auf das Verhalten anderer hegt, im Falle von Gefährdungen oder Enttäuschungen zu stützen. Es geht dann um eine notfalls kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen. Diese Funktion dient der bloßen Sicherung eines Bestandes von Erwartungen, der bloßen Fortsetzung des Vergangenen und Gegenwärtigen in einer kontingenten Welt voller Überraschungen, voller Feinde, voller Gegeninteressen.

Zum anderen könnte das Recht auch der Verhaltenssteuerung dienen. Man erläßt Gesetze oder man schließt Verträge, um das Verhalten bestimmter Menschen zu beeinflussen und um ihm eine andere Richtung zu geben; also um Verhaltenswahrscheinlichkeiten für die Zukunft zu ändern. Diese Funktion braucht sich nicht, oder nur in sehr formaler Weise, auf die Vergangenheit zu stützen. Sie bezieht sich sehr abstrakt auf Kompetenznormen oder auf Ermächtigungsnormen und folgt im übrigen einer erst in der Situation bestimmten Absicht, einem konkreten Zweck, der keine Vergangenheit zu haben braucht.

Ein weiterer Gegensatz der beiden Funktionen besteht in ihrem Anspruchsniveau in bezug auf Weltbeherrschung. Im ersten Falle erstrebt das Recht nur eine Sicherung des *Erwartens*: In einer im Prinzip unkontrollierbaren Welt will man wenigstens sicher sein, mit welchen Erwartungen man im Recht ist und mit welchen Einstellungen man auf sozialen Konsens rechnen kann; auch wenn es immer wieder Menschen gibt, die anders handeln. Im zweiten

Falle geht es dagegen um die Sicherung bestimmter *Effekte*. Man will reale Verhaltenswahrscheinlichkeiten ändern und setzt das Recht dazu mehr im Sinne eines Sanktionsmechanismus ein.

Nun schließen diese beiden Funktionen, die ich unterschieden habe, einander wechselseitig nicht aus. Die Rechtsnorm dient gerade zu ihrer Kombination. Sie stellt einerseits sicher, was man erwarten kann und in welchen Hinsichten man angesichts von enttäuschendem Verhalten nicht lernen, nicht sich anpassen muß, sondern seine Erwartungen durchhalten kann auch gegen die Tatsachen: kontrafaktisch. Die Rechtsnorm berechtigt andererseits zu Reaktionen mit dem Ziel, eine rechtmäßige Wirklichkeit herzustellen - sei es, einer Abweichung vorzubeugen; sei es, einen Schaden im Ergebnis wiedergutzumachen.

So könnte man die überspitzt formulierte Alternative, Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung, auf Grund einer Analyse des Rechtsbegriffs selbst zurückweisen und die Antwort darin sehen, daß das Recht diese beiden Funktionen zu erfüllen habe'. Das ist einerseits richtig, andererseits voreilig. Auf zu abstrakt gestellte Fragen kann man nur oberflächliche Antworten geben. Das eigentliche Problem ist, bei welchen Anspruchsniveaus die beiden Funktionen noch kombinierbar sind. Es könnte ja sein, daß eine allzu stark auf Effektsicherung bedachte Rechtspolitik die Sicherheit des Erwartens zerstört - und ebenso umgekehrt. Es könnte ja sein, daß ein Rechtsbegriff, der diese Kombination von Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung zum Inhalt hat, eben deshalb heute problematisch wird; daß gerade diese Kombination von Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung in *einem* Instrument in ihrer Möglichkeit durch Gesellschaftsstrukturen bedingt war, die heute nicht mehr vorausgesetzt werden können.

Wir müssen, um solche Strukturkonflikte im Recht lokalisieren zu können, Fragestellungen mit größerer Tiefenschärfe gewinnen. Das soll hier mit Hilfe einer zunächst problemgeschichtlichen und dann soziologischen Analyse geschehen.

i So z. B. Claus Ott, *Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 3 (1972), S. 345-408 (360 f.).

Seit dem 19. Jahrhundert besteht kein Zweifel mehr darüber, daß das Recht mit der Entwicklung der Gesellschaft sich ändert. Rechtswandel und gesellschaftliche Evolution korrelieren. Die Vielzahl der verschiedenartigsten Rechtsnormen, die irgendwo jemals gegolten haben oder in Zukunft gelten werden, lassen sich nicht auf eine Präformation in der menschlichen Natur zurückführen; sie variieren mit dem historischen Prozeß der Entwicklung einer zunehmend komplexen Gesellschaftsordnung. Bisher geltende Rechtsnormen werden obsolet oder ändern ihren Sinn und ihre Funktion, und neue Rechtsnormen treten hinzu, wenn die Gesellschaft sich ändert. So viel ist anerkannt.

Darüber hinaus wird man jedoch die sehr viel radikalere Frage stellen müssen, ob außer den einzelnen Rechtsnormen nicht auch die Rechtsfunktion selbst oder gar der Sinn der Normativität sich ändern. Können wir sicher sein, daß wir mit der Vorstellung eines Sollens die gleichen Erlebnisinhalte verbinden und in Vollzug setzen wie Menschen der antiken Stadtkulturen, fromme Interpreten heiliger Rechte, Kaufleute im frühneuzeitlichen Europa oder Philosophen der Aufklärungszeit? Vielleicht täuscht uns die formelhafte Identität bestimmter Worte und Begriffe - etwa des Begriffs der Norm? Vielleicht evoziert der gleiche Begriff bei uns ganz andere Vorstellungen und ganz andere Handlungsbereitschaften? Vielleicht sichert die Reproduktion der Worte gar nicht - oder nur zum Teil - die Reproduktion des Sinnes?

Achtet man auf diese tiefergreifende Fragestellung, fallen einem sehr rasch Symptome für einen solchen Wandel der Rechtsauffassung auf, die wohl nicht zufällig parallel laufen und sich steigern in dem Maße, als die moderne bürgerliche Gesellschaft sich über politische Revolution, Industrialisierung und weltweite Expansion realisiert. Ich beschränke mich darauf, drei Anhaltspunkte zu nennen:

(1) Der erste wird greifbar in Kant's Stellungnahme zum Rechtsproblem der Revolution. Die sich durchsetzende, ein politisches Monopol erfolgreich in Anspruch nehmende Gewalt wird zur Basis des Rechts. Sie ermöglicht nicht die Legitimation, wohl aber die Entwicklung einer sich selbst legitimierenden Rechtsordnung. Erst muß der Gehorsam gesichert sein, und zwar unabhängig von

Norminhalten; dann kann die Gewalt sich selbst beschränken". Daran fällt auf der Verzicht auf jede feste Beziehung von Recht und Zeit und die Übersetzung des Problems in eine *Sequenz* von Schritten: Erst die Gewalt, dann das Recht². Vor und während der Revolution hat diese als Gewalt gegen das Recht Unrecht. Nachher gibt die Gewalt sich selbst Recht (und zwar nicht durch Rechtfertigung ihres Anfangs, sondern durch Selbstbeschränkung!). Das heißt: Wer in der Revolution handelt oder wer von ihr betroffen ist, kann sich nicht mehr auf Rechtmäßigkeit seiner Erwartungen verlassen; er muß auf Erfolg oder Mißerfolg der Revolution spekulieren. Handeln oder Nichthandeln - das ist dann die Frage-

(2) Zuerst war diese Erfolgsabhängigkeit am Fall einer Extremsituation bewußt geworden. Inzwischen ist dieses Problem längst in die Rechtstechnik und die Rechtsdogmatik eingearbeitet und insofern normalisiert worden. Es entspricht heute dem Normalempfinden des Juristen, daß juristische Problemlösungen von ihren unterschiedlichen Resultaten her verglichen und bewertet werden sollten. Gerade gute juristische Argumentation zeichnet sich nach heutigem Empfinden durch Orientierung an Ergebnissen aus. Das gilt nicht nur für rechtspolitisches Argumentieren, sondern auch für die Beurteilung rechtsdogmatischer Konstruktionen und für die schlichte Norminterpretation. In Deutschland hat diese Auffassung sich mit der Interessenjurisprudenz und dem Vordringen teleologischer oder funktionaler Auslegungsmethoden durchgesetzt. Und es wird die Auffassung vertreten, daß alle Wertungen letztlich durch ihre Folgen gerechtfertigt werden müssen³. Wenn aber im Zweifelsfalle Folgen das einzige Rechtskriterium sind, dann entscheidet

2 Vgl. hierzu Robert Spaemann, *Moral und Gewalt*, in: Manfred Riedel (Hrsg.), *Rehabilitation der praktischen Philosophie*, Bd. I, Freiburg 1972, S. 215-241. Weniger überzeugend ist der Versuch von Moralisten - vgl. z. B. Oswald Schwemmer, *Philosophie der Praxis: Versuch zur Grundlegung einer Lehre vom moralischen Argumentieren in Verbindung mit einer Interpretation der praktischen Philosophie Kants*, Diss. Erlangen 1970, insb. S. 186 ff. -, das Prinzip der *Moral nach* seiner Einführung durch Diskussion einsichtig zu machen und so zu rechtfertigen. Der Beginn mit Gewalt hat im Vergleich dazu den Vorzug, daß eine Rechtfertigung des Anfangs gar nicht in Betracht kommt, sondern *nur* die Zukunft entscheidet.

3 Vgl. den Anhang I der Schrift »Zum ewigen Frieden«.

4 Als eine durchdachte Präsentation dieser These siehe Adalbert Podlech, *Wertungen und Werte im Recht*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 95 (1970), S. 185-223; vgl. auch ders., *Recht und Moral*, *Rechtstheorie* 3 (1972), S. 129-148.

über Recht und Unrecht wiederum die Zukunft - eine Zukunft, die wir nicht kennen, sondern nur gestalten können. Revolution wird, wie Hegel voraussah⁵, zum Normalzustand der bürgerlichen Gesellschaft. Und nun erst recht bleibt derjenige ungetröstet, der wissen möchte, ob er mit seinen Erwartungen im Recht oder im Unrecht ist. Er wird auf die Prognose von Entscheidungen verwiesen, die ihrerseits auf einer Prognose von Entscheidungsfolgen beruhen.

(3) Nachdem die Juristen so weit gekommen sind, wenden sie sich, und das ist mein drittes Symptom, an die Soziologie. In Deutschland zumindest ist die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften gegenwärtig Hauptthema der Diskussion⁶. Es gilt als progressiv, die Relevanz der Sozialwissenschaften zu bejahen, und als konservativ, sie zu verneinen. Diese politische Dichotomie tritt an die Stelle der Dichotomie von Recht und Unrecht. Die Hauptsorge ist, daß das Recht antiquiert sei - nicht: daß es ungerecht sei. Die Reformbestrebungen setzen bei der Ausbildung an. Die Juristen sollen dazu erzogen werden, die Gesellschaft zu kritisieren und, wo möglich, zu verändern. Vorschläge, die sich bestenfalls zur juristischen Schulung von Zeitungsreportern eignen, werden ernsthaft diskutiert. Es fehlt jede Möglichkeit, die Normfunktion, den Sinn des Sollens, wirkungsvoll ins Gespräch zu bringen. Die Juristen haben sich selbst dieser Möglichkeit beraubt. Ist eine große Tradition damit am Ende?

III.

Es ist nicht meine Absicht, eine pessimistische Antwort zu geben. Ich möchte zunächst nur den Rang des Problems betonen. Juristen werden, weil sie es gewohnt sind, Normen durch Sollvorstellungen oder ähnliches zu definieren, hier gar kein Problem mehr sehen. Die Sollqualität der Norm ist für sie der Ausgangspunkt - und

5 Vgl. Joachim Ritter, *Hegel und die französische Revolution*, Köln-Opladen 1957-

6 Vgl. als kennzeichnendes Beispiel (und es gibt Schlimmeres!) Rüdiger Lautmann, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, Stuttgart 1971; Wolfgang Naucke, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt 1972, und dazu wieder Rüdiger Lautmann, *Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften für die Arbeit des Juristen?*, *Rechtstheorie* 4 (1973), S. 57-63.

dabei belassen sie es. Der Soziologe arbeitet mit anderen methodischen Techniken, weil er sich für Korrelationen interessiert. Er sieht daher in der Sollvorstellung selbst noch ein untersuchungsfähiges Problem.

Soziologisch gesehen, hat das in der abendländischen Tradition ausgebildete Rechtssystem vier Eigenarten, die aufeinander aufbauen und sich wechselseitig bedingen, nämlich:

(1) Einen deutlichen *Schwerpunkt im Normativen*, das heißt in der kontrafaktischen, enttäuschungsfesten Stabilisierung bestimmter Verhaltenserwartungen - statt etwa in bloßen Ordnungsmodellen, in nur meritorischen Anreizen, also in Möglichkeiten, Verdienste zu erwerben, oder in Mustern für bloße Reproduktion.

(2) An diesen Schwerpunkt im Normativen hat sich anknüpfen lassen eine eindeutige *binäre Schematisierung* von Recht und Unrecht im Sinne einer vollständigen Disjunktion unter Ausschluß dritter Möglichkeiten. Alles Handeln läßt sich danach entweder als Recht oder als Unrecht klassifizieren. Die Disjunktion selbst wird nur gelegentlich als Problem empfunden - so etwa in der bekannten Formel des *summum ius summa iniuria*; aber selbst dann kennzeichnenderweise nur im Bereich des »summum«, nur in bezug auf eine unendlich ferne *coincidentia oppositorum* und nicht als Zumutung im alltäglichen Leben.

(3) Dieser Schematismus dient wiederum als Voraussetzung der Entwicklung einer *universalistischen Entscheidungspraxis* für jeden denkbaren Konfliktfall, die sich in einer begrifflich-klassifikatorischen Rechtsdogmatik ihr Instrument ausbildet.

(4) Schematismus und Universalismus ermöglichen schließlich ein hohes Maß an *Ausdifferenzierung des Rechts* als eines besonderen Sozialsystems mit relativ autonomer Fähigkeit zur Entscheidung ohne Ansehen der Person. Durch jenen Schematismus werden einerseits Recht und Unrecht kalkulatorisch eng verknüpft, dagegen die Zusammenhänge von Recht und sozialer Nähe, Recht und Liebe, Recht und Wahrheit, Recht und Schichtung, Recht und Macht, Recht und Geld nach Möglichkeit gelöst. Der Gegensatz von Recht und Unrecht wirkt systembildend - nicht die diffuse Affinität von Recht und Macht oder Recht und Wahrheit oder Recht und Moral.

Im breiten historischen und kulturellen Vergleich sieht man sehr rasch, daß diese Kombination von Normativismus, Schematismus,

Universalismus und Ausdifferenzierung eines Rechtssystems außergewöhnlich ist und eher zu den Zufällen der Evolution als zu den Notwendigkeiten menschlichen Zusammenlebens zu rechnen ist. In den fernöstlichen Rechtskulturen fehlen zum Beispiel diese Merkmale fast völlig; zumindest fehlt die durch ihre Kombination bedingte Verstärkung⁷. (Auch das ist übrigens, soziologisch gesehen, ein Argument für den inneren Zusammenhang der genannten Variablen.) Andererseits wissen wir, daß die genannte Merkmalskombination zu den Voraussetzungen gehört, die das Entstehen der modernen, wirtschaftlich orientierten bürgerlichen Gesellschaft überhaupt erst ermöglicht haben⁸. Die Frage ist jedoch, ob es sich allein deshalb auch um ein bleibendes Merkmal handeln wird, das die künftige Struktur des Rechts der industriellen Gesellschaft beschreibt.

Ich möchte Zweifel anmelden.

Wenn meine Analyse der unsere Rechtskultur tragenden Merkmalskombination zutrifft, baut diese auf einem forcierten Normativismus auf. Alles weitere, binäre Schematisierung, Universalismus und Ausdifferenzierung eines Rechtssystems, hängt davon ab; hängt also ab von der berechtigten Entschlossenheit, Erwartungen im Enttäuschungsfalle nicht zu korrigieren, sondern durchzuhalten und mit Reaktionen zur Geltung zu bringen. Bei einer Festlegung auf normatives Erwarten muß die Verhaltenssteuerung auf der Linie von verletzten und zu rehabilitierenden Erwartungen liegen. Nur so läßt sich Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung im Recht koordinieren. Ist aber in unserer Gesellschaft die Rehabilitation des Rechts noch ein Problem? Oder geht es ihr nicht ganz im Gegenteil vordringlich um die Rehabilitation der Verbrecher?

7 Vgl. z. B. Sybille van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China: A Sociological Analysis*, London 1962; Pyong-Choom Hahm, *The Korean Political Tradition and Law*, Seoul 1967; Takeyoshi Kawashima, *The Notion of Law, Right and Social Order in Japan*, in: Charles A. Moore (Hrsg.), *The Status of the Individual in East and West*, Honolulu 1968, S. 429-447.

8 Max Weber hatte dies bekanntlich mit Hilfe der Unterscheidung von materialen und formalen Rechtsqualitäten zu formulieren versucht. Vgl. *Rechtssoziologie*, Neuwied 1960. Talcott Parsons, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs N. J. 1971, *passim*, rechnet ein »universalistic legal system« zu den evolutionären Errungenschaften schlechthin, auf denen die moderne Gesellschaft aufbaut. Als stärker empirisch orientierte Forschungen siehe James W. Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, Madison Wisc. 1956; ders., *Law and Social Process in United States History*, Ann Arbor 1960; ders., *Law and Economic Growth:*

IV.

Wir sind damit bei der Frage nach den gesellschaftsstrukturellen Prämissen jener normativen Einheit von Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung. Und wieder müssen wir uns an die Soziologie um Auskunft wenden. Mit einigen Argumenten aus dem Arsenal der systemtheoretischen Gesellschaftstheorie möchte ich zu zeigen versuchen, daß die Prämissen des normativen Ordnungsmodells genau dort problematisch geworden sind, wo die Verbindung von Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung gewährleistet werden muß: in der Zeitdimension.

Die wenigen rechtstheoretischen Untersuchungen über das Verhältnis von Recht und Zeit, die ich kenne⁹, haben sich auf das Problem des relativen Verhältnisses von Konstanz und Veränderung konzentriert. Sie bleiben damit im Banne der Fragestellung, die das Naturrecht hervorgebracht hat - ohne dessen Antwort noch geben zu können¹⁰. Geht man statt dessen von einer soziologischen Analyse aus, wird der Ansatz der Fragestellung sehr viel komplexer, eben dadurch aber auch realitätsnäher und fruchtbarer. Lassen Sie mich das an einigen Gesichtspunkten zeigen:

(i) Die moderne Gesellschaft ist im Hinblick auf Zahl, Verschiedenartigkeit und Interdependenz möglicher Handlungen hochkomplex - sehr viel komplexer als irgendeine der regional limitierten Gesellschaftsformationen älteren Typs. Das hat dazu geführt, daß die *Zeitdimension zur Darstellung und Bearbeitung von Komplexi-*

The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin 1836-1915, Cambridge Mass. 1904.

9 Vgl. z. B. Jean Ray, *Essai sur la structure logique du code civil français*, Paris 1926, S. 146 ff.; Enrico Opocher, *Diritto e tempo*, *Attes du XIème Congrès international de Philosophie Bruxelles 1953, Amsterdam-Louvain 1953 Bd. IX*, S. 85-91; Gerhart Husserl, *Recht und Zeit*, Frankfurt 1955; Vittorio Frosini, *La struttura del diritto*, Mailand 1962, S. 106 ff.; Luigi Bagolini, *Temps et droit - Distinction de »Sollen* et »Sein«*, *Proceedings of the XIVth International Congress of Philosophy Vienna 1968, Wien 1970*, S. 159-166 (mit einem Hinweis auf die Bedeutung des Unterschiedes von Zukunft und Vergangenheit, den wir im Text aufgreifen werden).

10 Daß das Naturrecht im wesentlichen auf ein Zeitproblem bezogen war, zeigt sich an der Art, wie Aristoteles in der Physikvorlesung den Naturbegriff gegen die Zenonischen Paradoxien entwickelt. Auch die etwas ältere politische Diskussion der Instabilität des (demokratischen) Nomos deutet in die gleiche Richtung. Für das neuzeitliche Denken der bürgerlichen Gesellschaft, das den Naturbegriff anders (nämlich zur Selbstdistanzierung von der Geschichte) benutzt hatte, blieb für das

tat in Anspruch genommen werden mußte: als ein Nacheinander von Prozeßschritten, als Unterschied von Vergangenheit und Zukunft, als Evolution, als Entsprechung von genetischer Ordnung und strukturellem Aufbau. Ideengeschichtlich wird diese Verzeitlichung von Komplexität greifbar an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert¹¹. Die Rechtstheorie hat darauf mit Historismus und Positivismus nur indirekt und begrifflich unangemessen reagiert. Warum so unangemessen? Könnte es sein, daß das normative Denken den Übergang zur Verzeitlichung von Komplexität, zur Planung einer sinnvollen Ordnung im Nacheinander blockiert?

(2) Aus letztlich gleichen Gründen verändert sich in dem Maße, als die bürgerliche Gesellschaft in ihrer Realität und in ihren Folgen sichtbar wird, das *Verhältnis von positiven und negativen Bewertungen*: von Normalität und Anormalität, von konformem und abweichendem Verhalten. Auch hier liegt das Problem nicht einfach in neuen Bewertungen, nicht darin, daß Handlungen, die man früher verworfen hatte, jetzt für gut gehalten werden oder umgekehrt. Vielmehr verliert die Disjunktion selbst ihre Sicherheit und Ausschließlichkeit. Entgegengesetzt Bewertetes wird *genetisch normalisiert*, wird auf ein einheitliches Erklärungsmodell bezogen. Abweichungen im Erscheinungsbild des Organismus werden auf Mutationen im Prozeß der genetischen Reproduktion zurückgerührt, Wahnsinn und Verbrechen werden zum Produkt der Gesellschaft. Führt man die Zeit als operative Dimension ein, können weder die Tatsache noch die Kriterien des Übels als vorgegeben gelten. An die Stelle von Präformation tritt Evolution.

Auch dies hat die Rechtstheorie bisher nicht zureichend bedacht, und vielleicht wiederum deshalb nicht, weil der normative Denkstil sie daran hindert. Zumindest für Rechtsnormen ist es, wie wir

gleiche Problem nur noch der Rückgriff auf »Konvention« - vgl. David Hume, *A Treatise of Human Nature*, insb. I, 2 und III, 2, 5, zit. nach der Ausgabe der Everyman's Library, London 1956 Bd. I, S. 34 ff. und Bd. II, S. 219 ff. und dazu Luigi Bagolini, *Esperienza giuridica e politica nel pensiero di David Hume*, 2. Aufl. Turin 1967, insb. S. 54 ff. An die Stelle von »Konvention« tritt schließlich bei Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris 1893, die soziale Tatsache der Gesellschaft.

11 Das kann hier nicht im einzelnen belegt werden. Vgl. z. B. Arthur O. Lovejoy, *The Great Chain of Being: A Study of the History of an Idea*, Cambridge Mass. 1936, Neudruck 1950, S. 242 ff.; François Jacob, *La logique du vivant; Une histoire de l'hérédité*, Paris 1970.

gesehen hatten, üblich, einen starren binären Schematismus zu unterstellen in dem Sinne, daß alles Handeln entweder Recht oder Unrecht ist. Läßt dieser Schematismus sich aber verzeitlichen? Würde daraus nicht folgen, daß jede Rechtsetzung immer auch Unrecht mit setzt; daß jede Positivierung des Rechts, wenn man sie als zeitlich-kontingenten Prozeß begreift, immer auch Positivierung von Unrecht ist? Je mehr Recht produziert wird, desto mehr Unrecht - in mehr oder weniger exakter proportionaler Progression? Tatsächlich findet man im sogenannten »labeling approach« der Soziologie abweichenden Verhaltens genau diese Auffassung vertreten, Unrecht sei eine gesellschaftliche Etikettierung", ohne daß die darauf spezialisierten Soziologen die gesellschaftstheoretischen und die rechtstheoretischen Konsequenzen dieser Auffassung ausreichend reflektierten.

(3) Als drittes Problem hängt damit zusammen, daß in der neuzeitlichen Gesellschaft die Primärorientierung sich aus dem Zeithorizont der Vergangenheit in den Zeithorizont der Zukunft zu verlagern scheint. Aus Gründen, die hier nicht im einzelnen dargestellt werden können¹³, produziert ein äußerst komplexes, stark differenziertes Gesellschaftssystem so viele und so heterogene Möglichkeitsprojektionen, daß die Zukunft in das Aufmerksamkeitsfeld rückt und die Gesellschaft ihre Integrationsformeln nur noch auf eine offene möglichkeitsreichere Zukunft beziehen kann. Dadurch wird in welthistorisch ganz neuartiger Weise die Zukunft als *Differenz* zur Vergangenheit thematisiert und die Gegenwart als Punkt der *Diskontinuität* bewußt¹⁴.

Moralisten und Juristen pflegen zwar die Zukunftsrelevanz ihres Denkens und Entscheidens zu betonen. So etwa Charles L.

12 Vgl. z. B. Fritz Sack, Neue Perspektiven in der Kriminologie, in: Fritz Sack/Rene König (Hrsg.), Kriminalsoziologie, Frankfurt 1968, S. 431-475; Jack D. Douglas (Hrsg.), Deviance and Respectability: The Social Construction of Moral Meanings, New York - London 1970; Edwin M. Schur, Labeling Deviant Behavior: Its Sociological Implications, New York 1971.

13 Dazu auch Niklas Luhmann, Wertzeit und Systemgeschichte: Über Beziehungen zwischen Zeithorizonten und sozialen Strukturen gesellschaftlicher Systeme, in: Peter C. Ludz (Hrsg.), Soziologie und Sozialgeschichte, Sonderheft 16 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Opladen 1973, S. 81-115.

14 Für Historiker in der Tradition von Hegel und Droysen wird damit das Problem der historischen Kontinuität aktuell. Vgl. dazu Hans Michael Baumgartner, Kontinuität und Geschichte: Zur Kritik und Metakritik der historischen Vernunft, Frankfurt 1972. Ohne konkreten Bezug auf die Zeitbestimmungen von Gegenwart, Vergangen-

Stevenson: ». . . ethical judgements look mainly to the future. Even when they are made of past or imaginary acts, they still serve a dynamic purpose - that of discouraging (or encouraging) similar acts later on«¹⁴. Aber damit sind sie noch gar nicht beim Problem, und das zeigt sich an der Formulierung »similar acts«. Die Wiederholung des Gleichen in der Zukunft ist nur die Wiederholung der Vergangenheit. Die neuzeitliche Gesellschaft stellt indes das Problem der andersartigen Zukunft, und dies in der Doppel-form einer gegenwärtigen Zukunft mit einer Fülle von Möglichkeiten, aus denen eine künftige Gegenwart ausgewählt werden muß.

Im Anschluß daran ergeben sich erneut Fragen an das jetzt noch mögliche Normbewußtsein. Kann man sein Recht jetzt noch in der schlichten, unbeirraren Fortsetzbarkeit des Erwartens suchen? Gesellschaften mit einer geschlossenen Zukunft und mit eng begrenzten Möglichkeiten zwingen ihre Konflikte in diese Rechtsform: Was der eine sich nimmt oder erhält, geht auf Kosten dessen, was der andere schon hat¹⁵. Wenn man aber in einer Wachstumsgesellschaft lebt, kann man all seine Rechte behalten und trotzdem zu kurz kommen. Konstanz wird dann zum Symptom für Zurückbleiben. Wer nur seine Rechte behält, wird schon dadurch benachteiligt, wird auf dem Status quo eingefroren und verliert allmählich an gesellschaftlicher Position und an Zugang zu Chancen.

(4) Wenn diese Diagnose zutrifft, geht es darum, die Eigenart dieses Zukunftsbewußtseins schärfer zu fassen und mit den Möglichkeiten des Rechts zu konfrontieren. Man hat von einer Revolution der steigenden Erwartungen gesprochen. In der Planungswissenschaft ist es üblich geworden, den Begriff Zukunft im Plural zu gebrauchen und sich »possible futures« vorzustellen¹⁶. Damit kommt zum heit und Zukunft war dieses Problem von Zeit und Bewegung schon lange zuvor diskutiert worden. Vgl. für einige "Wendepunkte der Diskussion Friedrich Kaulbach, *Der philosophische Begriff der Bewegung*, Köln - Graz 1965. Zur daraus resultierenden Verunsicherung der Gegenwart als Kontinuitätsvermittler (und also: der Bindungsfähigkeit des Handelns) vgl. auch Georges Poulet, *Féneion et le temps*, *La nouvelle revue française* 1954, S. 624-644.

14a Charles L. Stevenson, *Facts and Values: Studies in Ethical Analysis*, New Haven Conn. 1967, S. 142.

15 Vgl. George M. Foster, *Peasant Society and the Image of the Limited Good*, *American Anthropologist* 67 (1965), S. 293-315, zu verschiedenen Moralförmlichkeiten, mit denen ältere Gesellschaftsformationen dieser Lage zu entsprechen suchen.

16 Im Deutschen ist das rein sprachlich schwieriger. Vgl. etwa Stefan Jensen (Hrsg.),

Ausdruck, daß unser Gesellschaftssystem infolge starker funktionaler und struktureller Differenzierung ein Übermaß an inkompatiblen Steigerungserwartungen produziert, die in der Zukunft erst noch reduziert und kombiniert werden müssen. Psychotherapeuten zum Beispiel ziehen aus der Logik ihrer Berufserfahrung andere Steigerungslinien in die Zukunft als Militärs, als Gewerkschaftsfunktionäre, Biochemiker, Entwicklungshelfer, Pädagogen. Sie alle leben mit unrealisierten Erwartungen in der Form von Ansprüchen an eine bessere (oder auch: an eine zu verhütende, gefährliche) Zukunft, die zwar auf realen Möglichkeiten beruhen, aber gleichwohl nicht alle zusammen realisiert werden können. Die Selektion selbst wird in die Zukunft verschoben¹⁷.

Auch im Recht geht es darum, und das ist für den Vergleich interessant, das Leben mit unrealisierten Erwartungen zu ermöglichen. Das Recht deckt das Festhalten und Weiterverfolgen von Erwartungen im Enttäuschungsfall. Man braucht jedenfalls nicht hinzunehmen, nicht nachzugeben, wenn man im Recht ist. Ob es faktisch gelingt, den Zustand herzustellen, der dem Recht entspricht, ist eine andere Frage; das kann durch das Recht allein nicht gesichert werden, sondern hängt von weiteren Bedingungen ab.

Eine solche kontrafaktische Verhärtung konkreter Rechtserwartungen wird jedoch unter den zuvor skizzierten Bedingungen einer offenen und ausgleichsbedürftigen Zukunft problematisch. Wiederum heißt das nicht, daß alte Rechte abgebaut werden müßten. Die Frage ist aber, ob neue und zunehmend relevante Erwartungsbereiche in den normativen Rechtsmechanismus einbezogen werden können - etwa ganz allgemein Ansprüche auf Sozialleistungen, Ansprüche auf Geldentwertungszuschläge, Ansprüche auf Durchführung möglicher Reformen, Ansprüche auf Schonung der Umwelt, und all dies in der Form des subjektiven Rechts?

Hier geht es nicht nur um das alte Problem der ausreichenden Bestimmtheit und Interpretierbarkeit von Rechtsnormen, nicht nur um Grenzen der dogmatischen Griffbarkeit juristischer Problemlö-

Über die Zukunft des europäischen Bildungswesens, Frankfurt 1973, als Übersetzung von: *Possible Futures of European Education*.

¹⁷ Für die Theorie politischer Planung besteht deshalb das Hauptproblem darin, das künftige Selektionspotential des politischen Systems zu untersuchen. Vgl. z. B. Fritz W. Scharpf, *Planung als politischer Prozeß, Die Verwaltung* 4 (1971), S. 1-30.

sungen. Mit der Unbestimmtheit von Rechtsnormen sind Juristen immer noch in der einen oder anderen Weise zurechtgekommen. Das Problem ist, ob wir nicht Grenzen dessen erreichen, was überhaupt sinnvoll normierbar ist, und ob die heute wichtigen Gesellschaftsstrukturen nicht zunehmend in diesem Bereich des rechtlich Unnormierbaren liegen.

(j) Die zunehmende Diskrepanz von Zukunft und Vergangenheit macht, das hatte ich schon gesagt, die Gegenwart zum Punkt der Diskontinuität. Das macht die Zeit knapp und macht die in der Gegenwart einzuleitenden Prozesse eilig. Auch hohe sachliche Interdependenzen setzen sich in Synchronisationsprobleme und diese in Tempoanforderungen um. Die bisher üblichen Mechanismen der Rechtsfortbildung scheinen diesem Zeitdruck nicht gewachsen zu sein. Das zeigt sich vor allem in der Rechtsdogmatik: an der hastigen Überstürztheit neuer Begriffsentwicklungen¹⁸, aber auch an der Unfähigkeit, die Gesetzgebung noch durch eine auf Fallenerfahrungen beruhende Rechtsdogmatik zu steuern. Zum Teil kann dieser Zeitdruck durch beschleunigtes Wachstum, durch Vergrößerung der Entscheidungsmengen aufgefangen werden. Aber das ist ein gefährlicher Ausweg. Man hat es am Unkraut ausprobiert: Wachstumsbeschleunigung über das zuträgliche Maß hinaus ist ein sicheres Mittel der Vertilgung.

V.

Nicht ganz so gefährlich wie wachstumsfördernde Hormonspritzen ist das analytische Gift der Soziologie. Es verschärft das Problembewußtsein. Es ermöglicht eine Interpretation jener eingangs erwähnten Symptome eines sich auflösenden Normbewußtseins. Aber der Schritt von der Diagnose zur Prognose, von Therapie ganz zu schweigen, ist für die Soziologie zu schwierig. Hier überläßt sie dann den Juristen sich selbst und seinem verstörten Selbstbewußtsein.

Immerhin: Ein gestelltes Problem kann nicht auf beliebige Weise gelöst werden. Man kann zumindest versuchen, einige Folgepro-

¹⁸ Dazu siehe die Bemerkungen von Josef Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis* 172 (1972), S. 97-130 (122).

bleme zu spezifizieren und deren Lösungsmöglichkeiten zu durchdenken. Von hier aus gibt es Ansätze zu einer Rechtspolitik, die nicht nur verstanden werden sollte als Sammlung und kritische Sichtung von Gesetzgebungsvorschlägen, sondern als Strukturpolitik des Rechtssystems in seinen gesellschaftlichen Bezügen. Dazu möchte ich abschließend einige Thesen formulieren:

(i) Wenn und soweit der Normsinn die Einheit von Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung nicht mehr trägt, muß die Gesellschaft darauf mit Differenzierung und Spezifikation der Funktionen antworten. Der Anspruch des Juristen auf die Funktion des »social engineering« im Sinne von Roscoe Pound erweist sich dann als voreilig gestellt". Man kann - mit beträchtlichem Aufwand an empirischer Sozialforschung - primäre Auswirkungen von Gesetzen 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. Instrumente mit rechtsbildender Funktion sind für empirische Kausalanalysen fast immer schon zu komplex. Die Instrumente für Sozialplanung (einschließlich Lernen aus Fehlplanungen) einerseits und für rechtliche Erwartungssicherung und Konfliktregulierung andererseits müssen zumindest analytisch getrennt werden. Gerade aus der Differenzierung folgen dann Probleme der Kompatibilität und der eventuellen Kombination in einem Instrument, einem Gesetz. Die Frage ist also nicht, ob das Recht die Funktion der Sozialplanung und der planmäßigen Verhaltenssteuerung selbst übernehmen kann, sondern wie das Recht darauf eingestellt werden kann, daß diese Funktionen anderswo in der Gesellschaft in zunehmendem Maße erfüllt werden müssen.

19 Sie wird von Juristen (wohl weniger von Soziologen) noch heute ernsthaft diskutiert. Vgl. z.B. Rudolf Wassermann, Das Recht - bewahrendes oder gestaltendes Element unserer Gesellschaft? Vorträge der Hessischen Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung Bd. 73 (1972), S. 14-27 oder, mit Abschwächung auf die Funktion eines »Sozialarztes« Theo Rasehorn, Über den langen Marsch des kritischen Denkens durch die Institutionen der Justiz in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), Justizreform, Neuwied 1970, S. 32-ji. Nicht zufällig verbinden diese Tendenzen sich durchweg mit einer Polemik gegen juristische Dogmatik und mit der Forderung einer Reduktion des Anteils der Dogmatik an der juristischen Ausbildung. Es gehört mit in dieses Bild, daß politische Progressivität mit Vorstellungen befeuert wird, die wissenschaftlich längst überholt sind.

(2) Kompatibilität mit dem Faktum der Sozialplanung erfordert eine größere Abstraktheit des begrifflichen Apparates der juristischen Dogmatik¹⁹. Die Ansprüche an die Dogmatik müssen zunehmen, nicht abnehmen, wenn das Recht größere Diskrepanzen zwischen Vergangenheit und Zukunft zu überbrücken hat.

Kompatibilität mit Planung ist nicht einfach dadurch zu erreichen, daß das Recht unter Verzicht auf eine eigene Funktion lediglich dazu benutzt wird, Plandaten verbindlich zu machen und nach Bedarf wieder aufzulösen²⁰. Das Recht hat im Problem der Erwartens- und Verhaltenskonflikte eine eigene Funktion, die durch Planung und immer bessere Planung nicht aufgelöst werden kann, sondern im Gegenteil bei steigender Kontingenz und Entscheidungsabhängigkeit aller Lebensverhältnisse an Bedeutung noch zunehmen wird.

(3) Meines Erachtens sind es vor allem zwei Fragestellungen, die zu juristischen Abstraktionsleistungen zwingen, die mit Planung nicht identisch sein können, aber kompatibel sein müssen. Die eine betrifft die Sicherung von Kontinuität in der Veränderung durch Rückbindung an die Vergangenheit²¹. Das Recht ist eine selbstsubstitutive Ordnung, es kann Rechtsnormen nur durch Rechtsnormen ersetzen, und nicht einfach, zum Beispiel, durch gute Zwecke. Für alle Neuregelung gibt es also eine Art Anschlußzwang. In dem Maße, als es nicht mehr selbstverständlich ist, daß normative Erwartungen selbst in die Zukunft hinein fort dauern, ungeachtet aller faktischen Folgen, müssen abstraktere Kriterien für die Kon-

ica Hier hat sich der sog. soziotechnische Ansatz der Rechtssoziologie in Polen und in Skandinavien, maßgeblich bestimmt durch Adam Podgorecki, wichtige Verdienste erworben.

19b Hierzu Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974.

20 In diese Richtung scheint sich das Planungsrecht der sozialistischen Staaten zu bewegen. Vgl. z. B. D. A. Kerimov, *Sozialplanung und Recht: Aus den Erfahrungen der sozialrechtlichen Forschung*, Staat und Recht 18 (1969), S. 633-640; Wilhelm Panzer/Ludwig Penig, *Die rechtliche Regelung der Planung durch Normative als Bestandteil des sozialistischen Planungssystems*, Staat und Recht 19 (1970), S. 1080-1098; Kurt Lengwinat/Wilhelm Panzer/Gerhard Pflücke, *Grundfragen der rechtlichen Gestaltung der sozialistischen Planung*, Staat und Recht 21 (1972), S. 5-19.

21 Theologen haben ähnliche Sorgen. Vgl. Wolfhart Pannenberg, *Heilsgeschehen und Geschichte*, in ders., *Grundfragen systematischer Theologie: Gesammelte Aufsätze*, Göttingen 1967, S. 22-78 (insb. 74 ff.; vgl. auch 177 ff.). Vielleicht zeigt sich hier ein gemeinsames Problem von Dogmatiken.

trolle von Normsubstitutionen entwickelt werden, zum Beispiel am Prinzip der funktionalen Äquivalenz²².*

Neben diesem Problem der Kontinuität in der Zeit gibt es rechtsimmanente Bedingungen der sachlichen Konsistenz von Entscheidungen. Gleiche Fälle sollten gleich entschieden werden, das ist und bleibt ein Postulat der Gerechtigkeit²³. Aber das Anspruchsniveau in bezug auf Konsistenz kann variiert und die Kriterien für gleich bzw. ungleich können abstrahiert und spezifiziert werden, um das Recht in seiner kategorialen Struktur den rasch fluktuierenden und hochdifferenzierten gesellschaftlichen Verhältnissen anzupassen.

VI.

In einer Zeit, die das normative Band zwischen Erwarten und Verhalten schlaff werden, ja zum Teil sogar getrost reißen läßt, findet man erstaunlicherweise eine höchst aktive Gesetzgebung, die genau darauf wieder zu vertrauen scheint. Der Gesetzgeber zumindest scheint doch zu glauben, durch Rechtsetzung die Verhältnisse ändern zu können. Könnte es sein, daß hier, wie so oft, nur die Unwissenheit die Unschuld bewahrt?

Selbstverständlich ist es an dieser Stelle nicht möglich, die Maschinerie der Gesetzgebung in ihrer komplexen Wirklichkeit auch nur andeutungsweise zu analysieren²⁴. Ich kann nur einige Gesichtspunkte anleuchten, die vielleicht geeignet sind, das Erstaunen über diesen Mut zur Gesetzgebung etwas zu mildern,

(i) Der Gesetzgeber hat zwar Zwecke im Auge, verläßt sich aber nicht oder nur in geringem Maße auf lange Folgenketten. Er erläßt zwar ein Gesetz zum Schutz des Waldes, zur Förderung des Wohnungsbaus oder zur Planung der Konjunkturen. Wenn aber

22 Wie schwierig das für die Dogmatik im einzelnen ist, zeigt die ausführliche Untersuchung dieses Problems durch Jean Patarin, *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Paris 1954.

23 Ob dies Postulat für unsere Gesellschaft weiterhin als Norm formuliert werden kann, oder ob es sich nicht vielmehr um eine Variable handelt, auf der Systemkriterien festgelegt und gegebenenfalls geändert werden müssen, wäre zu diskutieren. Vgl. dazu Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*. In diesem Band, S. 374 ff.

24 Dies leistet neuestens Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973.

die beabsichtigten Wirkungen nicht eintreten, oder wenn unbeabsichtigte Wirkungen eintreten, wenn also die Verhaltenssteuerung nicht greift, sind das faktische Geschehnisse außerhalb des Rechts. Das Recht wird dadurch nicht Unrecht, nicht einmal ungerecht; zumeist wird nicht einmal das Gesetz aufgehoben. Insoweit bewährt sich tatsächlich noch die Funktion des Normativen, enttäuschungsfest zu stabilisieren und gegen Folgen immun zu machen.

(2) Der Gesetzgeber setzt zwar Programme, die die Form von Rechtsnormen haben. Aber er stützt seine Wirkungsabsicht nur noch zum Teil und in wohl abnehmendem Maße auf die Erwartung, daß die Programme zu realen normativen Erwartungen im sozialen Verkehr werden und *als solche wirken*. An die Stelle dieses rechtsnormativen Mechanismus treten vielfach bürokratische Mechanismen der Gesetzesausführung, deren Motivationslage ganz andere Grundlagen hat. In Verbindung damit und zum Teil auch unabhängig davon gewährt der Gesetzgeber Chancen, Instrumente, Ermächtigungen, die sich nur noch marginal in normatives Erwarten umsetzen. Das alles bedürfte näherer rechtssoziologischer Untersuchung.

(3) Unbestreitbar scheint mir zu sein, daß mit all dem die Kluft zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung *zunimmt* - nicht, wie oft behauptet wird, *abnimmt*. Weniger als je zuvor kann die Rechtsprechung sich heute als schlichte Anwendung des Gesetzes, als bloße Ausführung des gesetzgeberischen Willens, als verlängerter Arm einer planmäßigen Verhaltenssteuerung verstehen - es sei denn auf Kosten ihrer eigentlichen Funktion. Die Funktion der Regelung normativer Erwartungskonflikte und der Bestätigung im Durchhalten berechtigter Erwartungen gewinnt gerade in komplexen Gesellschaften höhere Eigenständigkeit. Und in dem Maße, als der Gesetzgeber die Kontrolle über die Wirkungen, die er auslöst, verliert bzw. nicht gewinnen kann, kann es vorkommen, daß er auch Erwartungen schafft, die er nicht gewollt hat, und daß normative Erwartungen gegen den Willen des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung gestützt werden.

(4) Wenn diese Analyse zutrifft, deutet der Befund darauf hin, daß die Krise des normativ stabilisierten Rechts in einer hochkomplexen Gesellschaft eine *stärkere interne Differenzierung im Rechtssystem erfordert*. Die Funktionen der Gesetzgebung und der Recht-

sprechung rücken weiter auseinander, als es das alte Regel-Anwendungs-Modell vorsah. Dies entspräche einer allgemeinen systemtheoretischen Einsicht, daß Systeme auf eine komplexere Umwelt intern durch stärkere funktionale Differenzierung und durch Zulassung von Konflikten im System reagieren können. Dies erfordert dann zur Erhaltung des Systems abstraktere Integrationsmittel. Von hier aus wird man Fragen an die juristische Dogmatik stellen müssen im Hinblick auf ihre Leistungsfähigkeit für die Integration von Gesetzgebung und Rechtsprechung.

VII.

Man kann diese Überlegungen dahin zusammenfassen, daß eine rapide gesellschaftliche Entwicklung das Rechtssystem in eine Anpassungskrise gebracht hat, die nicht mehr auf der Ebene einzelner Rechtsnormen oder Rechtsinstitutionen lokalisiert werden kann, sondern in das gesellschaftliche Normbewußtsein selbst eingreift. Die Frage ist, ob überhaupt und wie weit und in welchen Sachbereichen die Zukunft im Anschluß an Vergangenes und Gegenwärtiges normativ kontrolliert werden kann. Die Einheit von Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung ist problematisch geworden. Das Rechtssystem selbst ist mit dem Problem konfrontiert, die Folgen der Disjunktion von Recht und Unrecht, die Folgen der Zuweisung von Recht und die Folgen der Zuweisung von Unrecht zu verantworten, und es gibt als Reaktion darauf deutliche Symptome der Trivialisierung des Unterschiedes von Recht und Unrecht. Es könnte durchaus sein, daß in dem Maße, als Entscheidungen von Zukunftserwägungen abhängig werden, sich der binäre Schematismus von Recht und Unrecht nicht mehr halten läßt und mit ihm auch die Ausdifferenzierung eines darauf spezialisierten Rechtssystems zurückgenommen werden muß. Die offenen Interdependenzen künftiger Folgen- und Möglichkeitsverketten scheinen alle gegenwärtigen Differenzierungen zu verweisen.

Es gibt andere Überlegungen, die in eine ähnliche Richtung weisen. Die Symphysis der Weltgesellschaft, ihr Einswerden der Wirksamkeit nach", scheint keineswegs naturrechtliche Wege zu benutzen,

25 formuliert in Anlehnung an Aristoteles, Physik 213 a 9 f.

sondern kognitive Mechanismen der Wissenschaft, Technik und Ökonomie zu bevorzugen²⁶. Auch das Verhältnis von Recht und Gewalt wäre zu überdenken.

Mit all dem soll keine Prognose verbunden sein. So viel aber läßt sich sagen, daß diese Entwicklungen der Rechtstheorie und der Rechtsdogmatik Reflexionsleistungen abverlangen, wie sie heute noch zu den Seltenheiten gehören.

²⁶ Dazu Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 (1971), S. 1-35.

Konflikt und Recht

I.

Das Recht hat etwas mit sozialen Konflikten zu tun. Es bezieht sich auf Konflikte und regelt das Verhalten im Konfliktfalle. Daran wird in der soziologischen Literatur gelegentlich mit Nachdruck erinnert¹ (so als ob dies vergessen oder übersehen worden wäre). Man kann jedoch mit guten Gründen bestreiten, daß die Funktion des Rechts damit ausreichend erfaßt sei. Recht kann zum Beispiel auch dazu dienen, soziales Verhalten mit stabilen, konsensfähigen Erwartungen zu versorgen. Ein Bedarf dafür mag mit der Möglichkeit von Konflikten zusammenhängen; aber weshalb ein solcher Zusammenhang von Recht, Erwartungsfestigung und Konflikt besteht, wird man nur auf Grund einer begrifflich anspruchsvollen theoretischen Ausarbeitung erkennen können.

Eine Klärung dieses Zusammenhanges soll im folgenden mit Mitteln systemtheoretischer Analyse in die Wege geleitet werden. Die Ausgangspunkte können hier nur extrem vereinfacht dargestellt werden. Soziale Systeme werden als selbstreferentielle Systeme angesehen, die die Handlungen, aus denen sie bestehen, selbst konstituieren. Grundlage dieses Konstitutionsprozesses, in dem Element und System sich wechselseitig ermöglichen, ist ein Kommunikationsprozeß, der (so gut wie zwangsläufig) induziert wird, sobald Menschen miteinander in Berührung treten. Kommunikation ist das elementare Geschehen, das Handlungen im Sinne von künstlich abgegrenzten, sinnhaft aufeinander beziehbaren Einheiten überhaupt erst konstituiert, und zwar in eins mit der Konstitu-

¹ Vgl. nur Johannes Brinkmann, *Konflikt, Konfliktregulierung und Recht: Ein vorläufiger Problemkatalog*, *Soziale Welt* 24 (1973), S. 79-93; Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen 1976, insb. S. 1 ff., x6x ff. Oft wird auch ein besonderer >konflikttheoretischer Ansatz* anderen >Ansätzen< - zum Beispiel systemtheoretischen oder interaktionistischen - gegenübergestellt, so z. B. bei Klaus F. Röhl, *Gegenwartsströmungen der Rechtssoziologie*, Sonderheft 1 des Informationsbriefes für Rechtssoziologie, Berlin 1977, S. 67 ff.

tion des sozialen Systems, das das Weiterlaufen der Kommunikation ermöglicht.² Nur Kommunikation in sozialen Systemen ermöglicht Attribution von Handlungen, ist andererseits selbst aber nur durch diesen Attributionsprozeß möglich, da man schließlich für die Fortführung der Kommunikation wissen muß, wer was gesagt hat.

Ein solches Konzept läßt sich auf keine >Vorgabe< von Elementen ein. Das führt zu tiefreichenden Veränderungen in wissenschaftlichen Grundpositionen, wie man sie gegenwärtig auch in der Physik und in der Biologie beobachten kann.³ Drei Konsequenzen treten in der allgemeinen Theorieentwicklung besonders hervor: Das Einfache muß aus dem Komplexen erklärt werden (als Reduktion) und nicht umgekehrt.⁴ Selbstreferenz ist eine Eigenschaft der Realität und nicht nur eine Eigenschaft des sie von außen beobachtenden Subjekts. Subjektivität ist daher nur innerhalb der Realität zu gewinnen durch Ausdifferenzierung von beobachtenden Systemen.⁵ Und: Zeit im Sinne von Irreversibilität ist nicht nur ein (externes) Maß der Bewegung, sondern immanente Struktur der Realität, Bedingung für Zufall und Ordnung gleichermaßen und Voraussetzung für alle Einrichtung von dauerhaften Beständen bzw. Reversibilitäten.⁶

2 Dieser Vorschlag vermittelt in der für die soziologische Theoriebildung gegenwärtig vielleicht wichtigsten Alternative: ob man von einem Grundbegriff der Kommunikation (conversation, Diskurs) oder von einem Grundbegriff der Handlung als letzter emergenter, für soziale Systeme nicht weiter auflösbaren Einheit ausgehen müsse. In jedem Falle müssen - wie in der Physik und in der Biologie so auch in der Soziologie - Elemente als in sich hochkomplexe Einheiten (also nicht: als etwas Einfaches) angesehen werden, die ihre Funktion als Einheit derjenigen Ordnung verdanken, durch die sie als Einheiten für selektive Relationierungen in Anspruch genommen werden.

3 Vgl. nur: Ilya Prigogine, Vom Sein zum Werden: Zeit und Komplexität in den Naturwissenschaften, München 1979; Humberto R. Maturana/Francisco J. Varela, Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living, Dordrecht 1980.

4 Siehe z. B. Ranulph Glanville, The Form of Cybernetics: Whitening the Black Box, in: General Systems Research: a Science, a Methodology, a Technology, Louisville, Kentucky 1979, S. 35-42.

5 Hierzu auch Niklas Luhmann, Die Ausdifferenzierung von Erkenntnisgewinn: Zur Genese von Wissenschaft, in: Nico Stehr/Volker Meja (Hrsg.), Wissenssoziologie. Sonderheft 22 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Opladen 1981, S. 102-139.

6 Hierzu auch Niklas Luhmann, Temporalstrukturen des Handlungssystems: Zum Zusammenhang von Handlungs- und Systemtheorie, in: Wolfgang Schluchter (Hrsg.),

Vor dem Hintergrund solcher theoretischer Dispositionen, die weit über spezifisch soziologische oder spezifisch juristische Theorieinteressen hinausgreifen, tritt für die Rechtssoziologie vor allem das Verhältnis von *Handlung* und *Erwartung* hervor. Handlungen müssen als zeitgebundene, zwangsläufig irreversibel werdende Ereignisse interpretiert werden. Erwartungen sichern den Handlungen gleichsam Systemfähigkeit, jedenfalls eine Art von Sinnbestand, auf den man zurückgreifen kann (Reversibilität) und den man antezipieren, und zwar als rekursiv gegeben antezipieren kann. Erwartungen binden die irreversibel laufende Zeit, und diese Leistung kann gesteigert werden, wenn man entweder die Bedingungen präzisiert, unter denen die Erwartungen im Enttäuschungsfall durch Lernprozesse geändert werden müssen, oder wenn man das kontrafaktische Festhalten der Erwartungen trotz Enttäuschung legitimiert. Diese Differenz von Steigerungsleistungen auf der Basis einer temporalen Grundfunktion habe ich an anderer Stelle als Differenz von kognitivem und normativem Erwartungsstil interpretiert.⁷

Man darf auf Grund dieser Herleitung annehmen, daß ein Sicheinlassen auf diese Differenz von kognitiven und normativen Erwartungen Bedürfnissen nach Sicherung der Zeitfestigkeit des Erwartens entspricht, die in zunehmend komplexen Gesellschaften zunehmend verstärkt auftreten. Komplexere Gesellschaften müssen, anders gesagt, kognitive und normative Erwartungsstile schärfer trennen, weil nur die *stärkere* Inanspruchnahme *beider* Mechanismen jene Unsicherheiten abfangen kann, die aus der höheren Komplexität selbst resultieren. So gesehen, ist die Zeitlichkeit sozialer Systeme diejenige Dimension, die die Übersetzung von Komplexität in Recht vermittelt. Diese allgemeine These bedarf jedoch einer genaueren Ausführung, und hierfür muß das Verhältnis von Recht und Konflikt geklärt werden.

II.

Komplexe Gesellschaften benötigen ein gewisses Maß an Instabilität, um auf sich selbst und ihre Umwelt reagieren zu können. So

Verhalten, Handeln und System: Talcott Parsons' Beitrag zur Entwicklung der Sozialwissenschaften, Frankfurt 1980, S. 32-67.

7 Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Reinbek 1972, Bd. 1, S. 40 fr.

beruht zum Beispiel das Wirtschaftssystem der modernen Gesellschaft zunächst auf instabilen Preisen, und jeder Versuch, den Mechanismus der Preisfestsetzung ins politische System einzubinden, transportiert diese Instabilität in den Kontext politischer Entscheidungen - mit hohen politischen Kosten, da man sich dann andere Formen genuin politischer Instabilität (zum Beispiel institutionalisierte politische Opposition) kaum noch leisten kann.

Um dies Erfordernis komplexitätsbedingter Instabilitäten begreifen zu können, muß man zunächst die Begriffspaare Konstanz/Wandel und Stabilität/Instabilität trennen und zueinander in Beziehung setzen. Konstanz ist in komplexen Systemen nur über hinreichende Instabilitäten zu erreichen, so wie umgekehrt Wandel durchaus in stabilen Formen und voraussehbar ablaufen kann.⁸ Instabilität muß daher in einer Weise definiert werden, die in bezug auf Konstanz und Wandel nicht präjudiziert (auch wenn, und gerade weil, es empirische Zusammenhänge geben kann!).

Dieser Unterscheidung Rechnung tragend, definieren wir Instabilität für soziale Systeme als *Erwartungsunsicherheit*. Erwartungsunsicherheit ist gegeben, wenn bei der Festlegung von Handlungen nicht gewußt werden kann, ob man mit dem sinngebenden Kontext weiterer Handlungen rechnen kann oder nicht. In weitem Umfange werden die Instabilitäten bzw. Erwartungsunsicherheiten, über die ein System verfügt, in den Beziehungen zur Umwelt aufgebraucht. So muß ein Rechtssystem, das über Klagen entscheidet, sich für jede eingehende Klage entscheidungsfähig halten, ohne vorab wissen zu können, welche Klagen eingehen und wie man über sie entscheiden kann. Durch Verzicht auf das römische Aktionschema hat man diese Unsicherheit sogar noch gesteigert, und durch Konzession weitreichender Vertragsfreiheit ist sie abermals erhöht worden.⁹ Man hat die internen Vorkehrungen dem aber anpassen

8. Vgl. hierzu Geoffrey Vickers, *Freiheit im kybernetischen Zeitalter: Der Wandel der Systeme und eine neue politische Ökologie*, dt. Übers. Stuttgart 1974, S. 120 ff.

9. Welchen Einfluß dies auf die im 19. Jahrhundert stark zunehmende Bereitschaft zu Rechtskonflikten hatte, wird empirisch schwer festzustellen sein. Vgl. aber zur Zunahme von Rechtskonflikten allgemein James Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States*, Madison Wisc. 1956; Vilhelm Aubert, *The Changing Role of Law and Lawyers in Nineteenth- and Twentieth-Century Norwegian Society*, in: D. N. McCormick (Hrsg.), *Lawyers in Their Social Setting*, Edinburgh 1976, S. 1-17; Christian Wollschläger, *Zivilprozeßstatistik und Wirtschaftswachstum im Rheinland von 1822-1915*, in: Klaus Luig/Detlef

können; man hat die Sicherheit, entscheiden zu können, in begriffliche Abstraktionen und in Gesetzesformulierungen verlagern können, so daß im Zusammenwirken mit einer Umwelt, die in unvorhersehbarer Weise Themen >juridifiziert> und damit ins Rechtssystem einbringt, dann doch eine kontinuierliche Funktionserfüllung ausreichend gesichert ist. Diese internen Vorkehrungen werden jedoch sinnlos, und die entsprechenden Erwartungsunsicherheiten degenerieren, wenn es an hinreichend komplexen Kopplungen zwischen System und Umwelt fehlt.¹⁰

Die soeben als >normal< vorgestellte Ausbalancierung von Instabilität und System/Umwelt-Beziehungen wird auf der Ebene des Gesellschaftssystems im wesentlichen durch Systemdifferenzierung hergestellt, die den Teilsystemen der Gesellschaft hinreichend komplexe Umwelten verschafft. Das Beispiel des Rechtssystems steht hier für viele andere. Man könnte auch an eine für die öffentliche Meinung sensible Politik (mit umso fester organisierten politischen Parteien) denken, oder an Firmen, die nicht für bestimmte Kunden, sondern für den Markt produzieren, und sich in der Kalkulation ihres Mitteleinsatzes auf das eigene Rechnungswesen verlassen. Mit all dem ist jedoch keineswegs garantiert, daß Instabilitäten hinreichend absorbiert, hinreichend rasch determiniert und reproduziert werden. Erwartungsunsicherheit ist ein Tatbestand, der auch für sich selbst Wirkungen entfalten kann. Sie kann, wenn der laufende Nachschub von Co-Determination versagt, dazu führen, daß man sich zu stark an der Gegenwart orientieren, sich damit der Irreversibilität der Zeit überlassen muß und keine Positionen sichern kann, von denen man erwarten kann, daß man sie rekursiv gebrauchen, das heißt im Bedarfsfalle zu ihnen zurückkehren kann. Der Grund für dieses Problem findet sich in den vorangegangenen Analysen, nämlich in der Einsicht, daß Instabilität in einem direkten Bezug steht zu Zeit und zu Selbstre-

Liebs (Hrsg.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition: Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach 1980, S. 371-397 - Weniger eindeutig die Ergebnisse für Spanien, die erst bei weiterem Aufbrechen der Daten vergleichbare Anhaltspunkte ergeben. Siehe José Juan Toharia, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid 1974, S. 194 ff ; ders., *Economic Development and Litigation: The Case of Spain*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 4 (1976), S. 39-82 (insb. 'S. 56 f.).

¹⁰ Das ist, systemtheoretisch gelesen, die Quintessenz der Mexico-Studie von Gessner a.a.O.

ferenz, also zu den Bedingungen von Ordnung schlechthin. Der Zusammenhang von Stabilität/Instabilität und Selbstreferenz bedeutet auch, daß Instabilität zunächst in einem instabilen Verhältnis zu sich selbst steht. Die Unsicherheit des Erwartens verunsichert das Erwarten, sie macht geradezu Angst. Sie wird verstärkt dadurch, daß sie sich selbst in Rechnung stellt. Das bedeutet, daß Instabilitäten Anlaß werden können für Reaktionen, die sich mit ihnen befassen. Ein verunsichertes System reagiert auf seine eigene Unsicherheit und kann damit Möglichkeiten verlieren, etwas anderes zu tun.

Ein solcher Teufelskreis der selbstreferentiellen Steigerung von Instabilität kann, da es um die Möglichkeit der Verknüpfung von Handlungen geht, zur Selbstzerstörung führen. Er ist jedoch keineswegs zwangsläufig gegeben." Vielmehr gibt es durchaus Möglichkeiten, in Systemen ein *stabiles Verhältnis zur eigenen Instabilität herzustellen. Das ist die Funktion von Konflikten.*

Konflikte haben, wie jedermann weiß, manche hochproblematische Eigenschaften. Sie selbst sind jedoch, sofern nicht ein >Dritter< sich einmischt und Erwartungsunsicherheit hineinträgt, außerordentlich stabil. Sie befreien von Erwartungsunsicherheit dadurch, daß man im Konflikt den Partner als Gegner unterstellt und diese Annahme als ein sicheres Prinzip der Erwartungsbildung benutzt. Wir lassen uns nicht auf die optimistische Annahme ein, der Konflikt selbst Sorge für seine >Lösung<; sobald ein Konflikt wahrgenommen werde, setzten auch Bemühungen um seine Lösung ein.¹² Konflikte können durchaus destruktive Entwicklungen einleiten. An die Stelle der Annahme von Selbstheilungstendenzen oder Wiederherstellung des Gleichgewichts muß daher eine genauere Analyse gesetzt werden.

11 Eine solche These würde im übrigen komplexe Systeme für unmöglich halten müssen, weil sie verstärkt Instabilitäten produzieren, z. B. Erwartungen überdeterminieren. Komplexe Systeme sind jedoch nicht unmöglich, sie sind nur unwahrscheinlich. Es muß daher Auswege geben.

12 »We assume that where conflict is perceived, *motivation to reduce conflict* is generated. This assumption that conflict represents a disequilibrium in the System is implicit in all treatments of the phenomenon«, so formulieren James G. March/Herbert A. Simon, *Organizations*, New York 1958, S. 115. Ähnlich optimistisch klingt eine verbreitete Überzeugung: man müsse nur für offene und effektive Kommunikation sorgen, um Konflikte einer Lösung zuzuführen. Vgl. etwa John W. Burton, *Conflict and Communication: The Use of Controlled Communication in*

Anders, als >dialektische< Theorien es postulieren, liegt das Bezugsproblem des Konflikts nicht in der Alternative von Konstanz und Wandel, sondern in der Alternative Stabilität/Instabilität. Konflikte restabilisieren allzu instabile Strukturen, sie ersetzen unsichere durch problematische, aber sichere Erwartungen und ermöglichen dadurch den Wiedergewinn von Handlungsgrundlagen durch eine Art Engführung der Erwartungen. Das kann, braucht aber keineswegs zur Änderung von Systemstrukturen, also zum Wandel führen. Es ist allerdings häufig der Fall, daß ein sich bereits abzeichnender oder ein als möglich gedachter Wandel zur Verunsicherung der Erwartungen führt und ein daraus entstehender Konflikt dann die Frage von Konstanz oder Wandel auf die Spitze treibt.¹³

Nimmt man diese Hypothese an, ein Konflikt ermögliche in instabilen Lagen Erwartungssicherheit, dann wird sofort einsichtig, daß und weshalb hochkomplexe, instabile, tolerante Gesellschaften Konflikte anregen. Will man sich zur Gesellschaft (oder zu Einrichtungen und Teilsystemen in ihr: zu Kirchen und Fakultäten, politischen Parteien oder Betreuungsprogrammen) in ein Verhältnis setzen, dann ist Konflikt eine recht vorteilhafte Form. Konflikte ermöglichen es, in instabile und unbestimmbare Lagen durch ein eigenes Nein klare Erwartungsstrukturen hineinzulegen: Man erwartet Negatives, provoziert damit Negatives, kann die eigenen Erwartungen daran bestätigen und so eine Art Sicherheit gewinnen, die anders nicht geboten werden kann. Es handelt sich nicht um ein Ausnutzen von Schwäche oder Toleranz; denn das würde voraus-

International Relations, London 1969; George R. Bach/Peter Wyden, *Streiten verbindet: Formeln für faire Partnerschaft in Liebe und Ehe*, Dt. Übers. Gütersloh 1970.

Analysiert man dagegen Konflikte selbst als Systeme, würde man eher vermuten, daß sie die Tendenz haben, sich als Systeme zu erhalten, das heißt Konflikt zu bleiben, bis es aus irgendwelchen äußeren Gründen nicht mehr geht.

13 Dies dürfte speziell für Verfallsprozesse gelten, so für den Verfall der geburtsständischen Ordnung der alten Welt im 18. Jahrhundert oder für das, was Albert O. Hirschman als >Decline< behandelt in: *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organization, and States*, Cambridge Mass. 1970. Verfall heißt in diesem Modell: daß Ungewißheit über Sinn und Richtung von Loyalität entsteht, die (wenn man von der Labilisierung des Gesamtsystems absieht) nur auf zwei Wegen behoben werden kann: durch Austritt der Verunsicherten aus dem System oder durch Konflikte im System. Die Blockierung beider Auswege würde daher auf jenen Prozeß hinauslaufen, den wir als selbstreferentielle Steigerung der Instabilität charakterisiert hatten.

setzen, daß Konflikte schon bestehen und es nur um strategische oder taktische Probleme geht. Vielmehr wird das Kommunizieren der Ablehnung, das Erzeugen von Konflikten selbst attraktiv, weil es eine Chance bietet, Erwartungssicherheit zu gewinnen, die auf andere Weise kaum erreichbar zu sein scheint. So mag denn auch gerade Toleranz Konflikte anregen - und wiederum nicht: als ein Zeichen von Schwäche, sondern als Zeichen der Unsicherheit in bezug auf das, was man an Erwartungen erwarten kann.¹⁴

III.

Das Ergebnis des vorstehenden Abschnittes war: Konflikte dienen bei prinzipiell notwendigen Instabilitäten dem Wiedergewinn von Erwartungssicherheit. Man weiß dann wenigstens, daß man mit Gegnerschaft zu rechnen hat. Die Kosten dieser Problemlösung können je nach sozialer Breite und Bewaffnung des Konflikts sehr hoch sein; aber zumindest ist dadurch jener Teufelskreis abgewendet, der alle Kräfte des Systems in der Reaktion auf Erwartungsunsicherheit absorbiert. Der Konflikt hat demgegenüber zumindest den Vorteil: daß er zu einer Entscheidung und damit zur Restabilisierung der Erwartungen führen kann.

Ein hierzu passender Konfliktbegriff läßt sich gewinnen, wenn man davon ausgeht, daß jeder Teilnehmer an sozialen Beziehungen über die Möglichkeit der Negation verfügt. Er kann Informationen, die ihm mitgeteilt werden, bezweifeln oder für unrichtig halten, und er kann Verhaltenszumutungen ablehnen. Diese Möglichkeit ist, auch wenn sie nicht benutzt wird, in allen sozialen Situationen präsent. Seit Parsons spricht man von >doppelter Kontingenz<, um festzuhalten, daß *beide* Seiten einer sozialen Beziehung dem Umstände Rechnung tragen müssen, daß *beide* Seiten sich auch anders verhalten können - anders als gewünscht bzw. erwartet wird.

Doppelte Kontingenz ist damit die Grundlage für den Aufbau sozialer Ordnung und für die ihr entsprechende Erwartungsunsicherheit. Beides geht auf eine gemeinsame Wurzel zurück und kann deshalb nie definitiv getrennt werden. Die Verteilung von Sicherheit und Unsicherheit des Erwartens setzt daher Zeit voraus,

14 Im Anschluß hieran könnte man die Zusatzhypothese weiterverfolgen, daß in solchen Lagen ein handlungs- und konfliktfähiges Gegenüber notfalls fingiert werden

nimmt Geschichtlichkeit in sich auf und wird damit irreversibel. Die primäre Instabilität muß durch sekundäre Instabilität, die anfängliche Erwartungsunsicherheit muß durch unsichere Erwartungen ersetzt werden, die mit sicheren Erwartungen kombiniert werden können. Man kommt, wenn man einmal Kontakt aufgenommen hat, nie zum Ursprung reiner doppelter Kontingenz, das heißt reiner formloser Selbstreferenz (Ich tue, was du willst, wenn du tust, was ich will) zurück. Aber man kann im Anschluß an gegebene Lagen die Erwartungsstrukturen ändern, Instabilitäten erzeugen und Konflikte einleiten, um eine Neuverteilung von Sicherheiten und Unsicherheiten zu erreichen. Man hebt die Irreversibilität der Zeit, die man in Gang gesetzt hatte, damit nicht auf. Man tritt in sie ein.

Auf der Basis von doppelter Kontingenz können sehr verschiedene Arten sozialer Systeme gebildet werden. Eine von ihnen ist der Konflikt. Zu Konflikten kommt es, wenn gegenüber schon geäußerten Erwartungen von der Möglichkeit des Nein Gebrauch gemacht wird. Dabei kann man mit verstecktem Ausweichen Konflikte vermeiden, so wenn jemand eine Geschichte erzählt und man sie ihm nicht glaubt, dies aber verschweigt. Sobald jedoch das Nein zurückkommuniziert wird, gewinnt der Konflikt soziale Existenz. Derjenige, der sich schon engagiert hatte, ist dann fast genötigt, auf dieses Nein zu reagieren. Die Thematik der Kommunikation schiebt sich von der Sachdimension in die Sozialdimension - von den gemeinsamen Weltbezügen oder den Systemzielen auf die Gründe der Meinungsverschiedenheit oder der Gegnerschaft. Das Konfliktsystem aktiviert nach eigener Logik immer neue Ressourcen, breitet sich aus, usurpiert Zeit und Kontakte und besetzt schließlich mehr oder weniger dasjenige System, das Anlaß zum Konflikt gegeben hatte.

Konflikte sind mithin Systeme eigener Art, die sich in Systemen bilden und die ihr Heimatsystem mehr oder weniger ausfüllen, absorbieren, ja auch erweitern können. Eine falsch angelegte Kontroverse, die Konflikttheorie gegen Systemtheorie oder auch Spieltheorie gegen Systemtheorie auszuspielen versuchte, hat damit ihr Anliegen völlig verfehlt." Das gilt besonders, wenn Konflikt-
muß - man denke an die Semantik von >Antichrist< im späten Mittelalter oder an die Semantik von >Kapitalismus< in unserer Zeit.

15 Siehe insbesondere Ralf Dahrendorf, *Gesellschaft und Freiheit: Zur soziologischen*

theoretiker Systemtheoretikern vorwerfen, sie legten zu viel Gewicht auf Integration oder gar auf Zwang. Gerade Konflikte sind sehr hoch integrierte Sozialsysteme mit nahezu zwanghaftem Handeln. Gerade Konflikte führen dazu, daß so gut wie alles Handeln unter einen Gesichtspunkt des Gewinnens oder Verlierens gebracht wird und unter diesem Gesichtspunkt wenig, es sei denn strategische, Freiheit besteht. Wenn Konflikttheoretiker dieses Moment zu starker Integration bei denen vermuten, die sie als ihre Gegner ansehen, verlieren sie eben damit den Zugriff auf das Thema, für das sie selbst sich interessieren. Die Problemstellung muß mithin vollständig umgekehrt werden. Erst damit wird man zu einer ausreichenden Analyse der Systemprobleme von Konflikten kommen, und erst im Anschluß daran wird man begreifen können, in welchem Sinne ein Bedarf für Konfliktregulierung gegeben ist und wie dieser Bedarf im Laufe der gesellschaftlichen Evolution variiert.

IV.

Ihre hohe Integration erreichen Konflikte in erster Linie durch ihre Zwei-Parteien-Struktur, also durch >soziale Regression<.¹⁶ Dual-Strukturen erleichtern das Mitführen selbstreferentieller Kalkulation bei allen Überlegungen: Alles, was dem anderen schadet, bringt deshalb (!) mir Nutzen und umgekehrt. Damit kann *Beliebiges* im System relevant werden, aber nur unter dem *spezifischen* Gesichtspunkt des Konfliktes. Das Themenpotential des Systems läßt sich immens erweitern, der Konflikt tendiert zur Einbeziehung immer neuer Themen, neuer Ressourcen, neuer Personen.¹⁷ Alles, was nützen oder schaden' könnte, wird heranassoziiert. Außerdem wird, wenn es zum Konflikt kommt, auch der Zeithorizont

Analyse der Gegenwart, München 1961; Irving Louis Horowitz, *Consensus, Conflict and Cooperation: A Sociological Inventory*, *Social Forces* 41 (1962), S. 177-188; Michel Crozier/Erhard Friedberg, *L'acteur et le système: Les contraintes de l'action collective*, Paris 1977.

16 So kann man im Anschluß an Philip E. Slater, *On Social Regression*, *American Sociological Review* 28 (1963), S. 339-364 formulieren.

17 James S. Coleman, *Community Conflict*, New York 1957, S. 10 f., unterscheidet unter der Rubrik »Changes in issues<: >Specific to general, >New and different issues<, >Disagreement to antagonisme

umstrukturiert. Vergangenes tritt in ein neues Licht. Bisher Übersehenes wird interpretierbar, Wohltaten und Freundlichkeiten erscheinen nun als doppelbödige Täuschungen, als heimtückisches Verbergen der eigentlichen Absichten. Und die Zukunft wird in einem Sinne bedrohlich, der die Gegenwart unter Aktionsdruck setzt.¹⁸

In einer Hinsicht führt der Konflikt also zu einer immensen Steigerung der Komplexität des Systems - weit über das hinaus, was nach Gewohnheit, Funktion oder Zweck in Betracht käme. Die thematische und strategische Offenheit wird aber durch Attribution von Absicht und Kausalität ausgeglichen. "Auf diese Weise läßt sich systemintern ein hohes Maß an Verknüpfung attribuerter Handlungen erreichen - oder zumindest als Ausgangspunkt für Anschlußverhalten unterstellen. Dabei finden sich die Verhaltensmöglichkeiten durch die negative Doppelkontingenz vorgeregelt: Um Relevanz gewinnen und ins System eintreten zu können, muß etwas mir nützen und dem anderen (deshalb) schaden können oder umgekehrt, vom anderen her gesehen, mir schaden und (deshalb) ihm nützen können. Die Dual-Struktur der Parteien wird mit dem Dual von Nutzen und Schaden kombiniert. Das ist nur durch Bildung eines sozialen Systems auf der Basis doppelter Kontingenz möglich, denn nur das soziale System ist eine Einheit, die auf *beiden* Seiten *beides*, Nutzen *und* Schaden, aktivieren kann und die auch diese Doppelung des Doppelten reflexiv noch kalkulieren

18 Dies war bekanntlich das Argument, auf das Thomas Hobbes seine politische Theorie gründete: Konflikt ist Dauerzustand (>warre<) nur durch zeitliche Generalisierung. »For Warre, consisteth not in Battell only, or the act of fighting; but in a tract of time, wherein the Will to contend by Battell is sufficiently known: and therefore the notion of Time, is to be considered in the nature of Warre ... So the nature of War, consisteth not in actual fighting; but in the known disposition thereto, during all time there is no assurance to the contrary** (Leviathan I, 13, zit. nach der Ausgabe der Everyman's Library, London 1953, S. 64).

19 Harold H. Kelley, Attribution in Social Interaction, in: Edward E. Jones et al., Attribution: Perceiving the Causes of Behavior, Morristown N. J. 1971, S. 1-26 (18 f.), spricht speziell im Hinblick auf Konflikte von >overattribution<. Hieran anschließende Forschung zeigt im übrigen, daß unterschiedliche Attributionen (nur der jeweils andere handelt!) wiederum Themen für die Weiterführung des Konflikts erzeugen, also positiv rückgekoppelt werden. Vgl. hierzu B. R. Orvis/H. H. Kelley/D. Butler, Attributional Conflicts in Young Couples, in: John H. Harvey et al., New Directions in Attribution Research Bd. 1, Hillsdale N. J. 1976VS. 353-386. In der Bateson-Schule nennt man das auch >punctuation< oder >closure<.

kann. Nur so ist jene Offenheit und Expansivität bei strenger Reduktion auf begrenzte Verwendungsmöglichkeiten erreichbar.

Die Polarisierung bedeutet - wie in der Liebe, so auch im Konflikt - eine Lockerung der sozialen Kontrolle. Der Themenschwerpunkt, der sich damit als System im System bildet, zieht um sich herum eigene Grenzen. Wenn zwei sich streiten, schämt sich der Dritte; die soziale Regression läßt Unbeteiligte, nicht Mitengagierte oft hilflos zurück; es entsteht ein peinliches Unbeteiligtsein, bis der Dritte (und das kann sein, braucht aber nicht zu sein) im Konflikt wieder eine Funktion zugewiesen bekommt.²⁰ Der Konflikt erkämpft sich im System, in dem er seinen Ausgang nimmt, also auch seine Unabhängigkeit von sozialen Kontrollen, und dies deshalb, weil er eine andere, eine eigene Form der Reduktion und Steigerung von Komplexität praktiziert.

Die als Konflikt praktizierte Reduktion und Steigerung von Komplexität kann sich aus geringfügigen Anlässen mehr oder weniger zufällig ergeben und sich dann mit Hilfe der ihr eigenen Faszination durchsetzen. Nicht jeder Anlaß entspricht einem gesellschaftlichen Bedarf für Konflikte und nicht jeder Konflikt erfüllt die Funktion der Re-etablierung von Erwartungssicherheit. Gesellschaften brauchen deshalb zunächst Einrichtungen der Abfilterung von Bagatelkonflikten. Archaische Gesellschaften und dörfliche Gemeinschaften sind für ihre Bemühungen um Konfliktrepression bekannt.²¹ Gerade kleine Gesellschaftssysteme können es sich nicht leisten, aus geringfügigen Anlässen Konflikte entstehen zu lassen, die dann das gesamte System mehr oder weniger ausfüllen und umstrukturieren. Auch in Oberschichten hochkultivierter Gesellschaften finden sich entsprechende Einrichtungen - so sehr explizit in der europäischen Gesellschaft des 17. und 18. Jahrhunderts

20 Darauf kommen wir unten nochmals zurück.

21 Vgl. z. B. Alfred R. Radcliffe-Brown, *On Joking Relationships*, *Africa* 13 (1940), S. 195-210; ders., *A Further Note on Joking Relationships*, *Africa* 19 (1949), S. 133-140; beides neu gedruckt in ders., *Structure and Function in Primitive Society*, Glencoe Ill. 1952; George M. Foster, *Interpersonal Relations in Peasant Society*, *Human Organization* 19 (1960), S. 174-179; Elliot P. Skinner, *Intergenerational Conflict among the Mosse: Father and Son*, *The Journal of Conflict Resolution* 5 (1961), S. 55-60; Asen Balikci, *Quarreis in a Balkan Village*, *American Anthropologist* 67 (1965), S. 1456-1469. Überwiegend befaßt die Forschung sich jedoch mehr mit externen Konflikten als mit interner Konfliktrepression.

Normen gegen die Neigung, anderen in der Konversation zu widersprechen." Wenn ein anderer sich in Meinungen schon engagiert hat, sollte man es dabei belassen und die Kunst des Schweigens üben.²³ In der modernen Gesellschaft findet man keine genau entsprechenden Einrichtungen, aber vermutlich liegt ein funktionales Äquivalent in der Tatsache, daß die meisten Interaktionen unpersönlich institutionalisiert sind und daher weder einen Anlaß bieten noch die Neigung fördern, die eigene Meinung mitzuteilen und sich persönlich mit Ablehnungsgefahr zu engagieren.

Da solche Mechanismen der Absorption von Bagatellkonflikten nicht alles erfassen, nicht jede Rückkommunikation eines Nein unterbinden, liegt es nahe, das Recht als einen zweiten Filter zu begreifen, in dem dann die ernsthaften Konflikte hängen bleiben bis hin zu jenen, die nur durch politische Gewalt oder schließlich nur durch Krieg zu entscheiden sind. Nicht selten wird denn auch das Recht als Konfliktlösungsmechanismus in genau diesem Sinne behandelt.²⁴ Das ist nicht falsch, ist aber unvollständig gesehen²⁵ und darüber hinaus auch in bezug auf Konflikte unzureichend begriffen. Das Recht löst nicht nur, es ermöglicht, ja erzeugt auch Konflikte.²⁶ Es gibt dem eine Rückendeckung, der Konflikte sonst nicht wagen könnte, weil er der Schwächere ist oder weil er eine Minderheitsmeinung vertritt oder sich in einer moralisch angreifbaren Position befindet. Er kann Bettler oder Unterschriftensammler

22 Hierzu Niklas Luhmann, *Interaktion in Oberschichten: Zur Transformation ihrer Semantik im 17. und 18. Jahrhundert*, in: ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft Bd. 1*, Frankfurt 1980, S. 72-161, insb. 112, 136 ff.

23 Ausführlich behandelt von Jean Baptiste Morvan de Bellegarde, *Conduite pour se taire et pour parler, principalement en matière de religion*, Paris 1696. Man beachte, daß das Schweigenkönnen hier den Vorrang vor dem Redenkönnen erhält, da nur der, der schweigen kann, kontrollieren kann, wann und über was er redet.

24 Vgl. z. B. Vilhelm Aubert, *Law as a Way of Resolving Conflicts: The Case of a Small Industrialized Society*, in: Laura Nader (Hrsg.), *Law in Culture and Society*, Chicago 1969, S. 282-303.

25 Normalerweise wird denn auch Konfliktlösung in einer Liste von Funktionen des Rechts nur als eine unter anderen genannt, ohne daß der Funktionszusammenhang insgesamt theoretisch durchdacht wäre. Siehe statt vieler Stig Jergensen, *Recht und Gesellschaft*, dt. Übers. Göttingen 1971, S. 48 ff.

26 So besonders Julien Freund, *Le droit comme motif et solution de conflits*, in: *Die Funktion des Rechts: Vorträge des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie Madrid 1973*, Beiheft 8 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 1974, S. 47-84.

abweisen, Konsensbildungen torpedieren, Fehler der anderen Seite ausnutzen, kurz: Ja oder Nein sagen je nachdem, auf welches Anschlußhandeln es ihm ankommt. In diesem Sinne schützt das Recht die Freiheit, was einschließt die Freiheit zum Konflikt und zu sozial unerwünschtem Verhalten./ Weder Ethik noch Vernunft können diese Tiefenlage der Rechtsfunktion je erreichen, weil sie beide sich zu stark mit erwünschten Resultaten solidarisieren müssen. »Die Philosophen, welche das Recht aus der Vernunft ableiten, bleiben außerhalb ihres Gegenstandes. Sie kommen gar nicht oder nur durch einen Sprung zum Recht.«²⁸

Übersetzt man Freiheit mit Konfliktfähigkeit, wird deutlich, daß die Stellung des Rechts zu Konflikten zwei Seiten hat: Gewisse Konflikte werden mit Hilfe des Rechts gelöst, das heißt im Schutze übermächtiger Zwangsgewalt entschieden; andere Konflikte werden gerade dadurch, daß dies möglich ist, ermöglicht. Diese Ambivalenz des Verhältnisses von Recht und Konflikt läßt sich nicht unter eine Vernunftformel bringen, sie läßt sich aber der Evolution des Gesellschaftssystems zuordnen.

Wenn gilt, daß Konflikte Erwartungsunsicherheit und damit gesellschaftliche Instabilität absorbieren bzw. durch greifbarere Formen der Instabilität ersetzen, kann man annehmen, daß die gesellschaftliche Evolution Konflikte erzeugt und Konflikte benötigt, um Erwartungsstrukturen zu transformieren, zu generalisieren und mit hinreichender Flexibilität auszustatten. Es entstehen größere Freiräume für kontingentes Verhalten, mehr Möglichkeiten des Negierens und Ablehnens - teils im Transformationsprozeß selbst und teils angesichts eines Bedarfs für Verhaltensweisen, die sich erst durch die Situation festlegen lassen. Aber wie läßt sich die bei zunehmender Komplexität *benötigte Instabilität* eingrenzen und abgrenzen gegen z« *viel Instabilität*, die ihrerseits das System verunsichert und Kräfte bindet?

27 Siehe als klassische Darstellung dieser Auffassung und als Begründung für die deshalb nötige Unterscheidung von Recht und Moral Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, 5. Aufl. Leipzig 1856, S. 4 ff.

28 Puchta a.a.O. S. 6. Ich erwähne dies nicht zuletzt, weil eine immer erneut versuchte Kant-Renaissance oder eine Rehabilitation der praktischen Philosophie* diese Argumentation vergessen zu haben scheint. Siehe nur Ralf Dreier, *Das Fortschrittsproblem in rechtstheoretischer Sicht*, in: *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen 1980, S. 1-15; ders., *Recht - Moral - Ideologie: Studien zur Rechtslehre*, Frankfurt 1981.

Durch Konfliktfähigkeit, durch Erleichterung von (entscheidbaren) Konflikten - das wäre die Antwort, die auf Grund der vorstehenden Überlegungen naheliegt. Das klassische Beispiel dafür bietet die Römische Republik. In Rom hatten sich Grundstrukturen einer segmentaren Gesellschaft bis in die Bürgerkriege der späten Republik hinein erhalten, und zwar auf der Basis der großen Adelsgeschlechter und korrespondierender Patron/Klient-Verhältnisse. Zugleich war jedoch ein politisches System mit einer Verfassung von Amtsgewalten ausdifferenziert worden. Segmentare und funktionale Differenzierung schoben sich ineinander auf der Basis einer fraglos akzeptierten stratifikatorischen Differenzierung. Wie stark, im Unterschied etwa zu griechischen Städten, die segmentare Differenzierung noch präsent ist, läßt sich am Gebrauch von >amicitia< ablesen, einer Bezeichnung für moralisch gebotene und anerkannte Loyalität innerhalb solcher Segmente.²⁹ Noch spätrömisch bezeichnet >necessitudo< das >ius cognationis vel adfinitatis<.³⁰ Die Zugehörigkeit zu Freundschaften innerhalb der Stadt verpflichtet dann auch zur Teilnahme an den entsprechenden Konflikten; wer Freunde hat, hat auch Feinde, und wer sich diesem Gesetz entzog, hatte eine unpolitische Existenz zu führen.³¹ Es war vermutlich diese gleichzeitige Forcierung der drei Differenzierungsformen: Segmentierung, Stratifikation und funktionale Differenzierung, die zunächst dem römischen Senat seine besondere Stellung als Ausgleichspunkt des Systems gab und die dann in eine historisch einmalige Rechtsentwicklung überging. Eine strukturell angelegte Disposition zu Konflikten konnte offenbar leichter auf den Rechtsweg gebracht werden als die Instabilitäten einer Demokratie attischen Musters oder einer despotischen Herrschaft orientalischen Typs.

29 Hierzu und zum Unterschied zur griechischen *philia* vgl. Horst Hutter, *Politics as Friendship: The Origins of Classical Notions of Politics in the Theory and Practice of Friendship*, Waterloo, Ontario, Canada 1978. Eine ausführliche Belegsammlung bei J. Hellegourac'h, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*, Paris 1963.

30 Siehe die Marcianstelle im Digestentitel I.1.12.

31 die freilich gerade im Blick auf diese Bedingungen dann wieder stilisiert und als Freundschaft in einem neuen, griechischen Sinne gelebt werden konnte - so durch Titus Pomponius Atticus, dem Cicero seine Schrift *Laelius, de amicitia* gewidmet hat. Zum hier einsetzenden Einfluß griechischen Denkens, vgl. auch Fritz-Arthur Steinmetz, *Die Freundschaftslehre des Panaitios*, Wiesbaden 1967.

V.

Die schwierige Frage einer soziologisch-evolutionstheoretischen Erklärung von Erstentwicklungen evolutionärer Errungenschaften wie der des römischen Rechts wird man gesondert weiterverfolgen müssen.³² Zuvor wird man aber in der allgemeinen soziologischen Theorie bessere Fundamente gewinnen müssen, um der Analyse größere Tiefenschärfe und besseres Unterscheidungsvermögen geben zu können. Dazu sollen jetzt die Zusammenhänge von doppelter Kontingenz, Komplexität, Instabilität, Erwartungsunsicherheit, Konflikt und Recht weiter verfolgt werden; denn wir haben noch zu klären, wie - formuliert in einer Terminologie dieses Abstraktionsgrades - das Recht überhaupt in der Lage ist, die Position eines Systems in bezug auf Unsicherheit und Konflikt zu verändern.

Auch diese Frage soll durch Umkehrung des üblichen Antwortmusters beantwortet werden. Konflikte schaffen, hatten wir gesagt, in instabilen Situationen Erwartungssicherheit, wenn auch negativer Art. Durch Recht kann solche Sicherheit wieder aufgebrochen und mit Unsicherheit durchsetzt werden. Bezogen auf Konflikte steigert das Recht zunächst die Erwartungs««5¿c/?er/e¿i dadurch, daß es einen *Dritten* hinzufügt, der sich in den Konflikt einmischt und ihn entscheiden kann.³³ Unsicher ist, zu wessen Gunsten er ihn entscheiden wird. Der dritte Faktor mag ein (noch unbekannter oder interpretationsbedürftiger) Text sein oder eine Auskunftsstelle, ein Schiedsmann, ein Vermittler oder ein Gericht, das bindend entscheiden kann: in jedem Fall steigert er die Erwartungsunsicherheit auf beiden Seiten, da jede Seite außer mit dem gegnerischen Verhalten noch mit etwas anderem rechnen muß und deshalb auch

32 Talcott Parsons hat das Problem gesehen, hat es aber durch Hinweis auf Demokratisierung und Generalisierung des Bürgerschaftsstatus (citizenship) unzureichend beantwortet. Vgl. *Evolutionary Universals in Society*, *American Sociological Review* 29 (1964), S. 339-357, neu gedruckt in ders., *Sociological Theory and Modern Society*, New York 1967, S. 490-520; ders., *Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs N. J. 1966, S. 86 ff.

33 An neueren Erörterungen dieses Themas siehe etwa Theodore D. Kemper, *Third Party Penetration of Local Social Systems*, *Sociometry* 31 (1968), S. 1-29; Robert C. Ziller et al., *The Neutral in a Communication Network Under Conditions of Conflict*, *American Behavioral Scientist* 13 (1969), S. 265-282; Oran R. Young, *Intermediaries: Additional Thoughts on Third Parties*, *Journal of Conflict Resolution* 16 (1972),

nicht sicher wissen kann, wie der Gegner sich auf diesen dritten Faktor einstellt.

Die soziale Regression, die in der Polarisierung des Konfliktes liegt, wird also wieder zurückentwickelt in Richtung auf Unsicherheit. Der Konflikt wird dadurch, was seine Kernfunktion angeht, weniger attraktiv. Darin liegt jedoch nicht einfach eine Rückkehr zur Instabilität, nicht das Wiederaufgeben eines schon erreichten Ordnungsniveaus. Die Wiederherstellung von Unsicherheit ist gerade deshalb wichtig, weil es im Konflikt keinen Weg zurück gibt in die Lage vor dem Konflikt. Eben deshalb müssen neue Wege gesucht werden, um Instabilitäten im erforderlichen Umfang mit Bezug auf den Konflikt zu regenerieren. Die Forcierung der Erwartungssicherheit qua Konflikt und die Neuzulassung von Unsicherheit durch Hinzunahme eines Dritten sind also aneinanderanschließende Ordnungsschritte, die je verschiedenen sozialen Konditionierungen Zugriffsmöglichkeiten geben. Die Zulassung eines offenen Nein und des daran anschließenden Aufbaus eines Konfliktsystems im System folgt gewissen sozialen Regulierungen, insbesondere solchen Mechanismen, die Bagatellen ausfiltern. Die daran anschließenden Bedingungen, die das Mitwirken eines Dritten oktroyiert, dienen anderen Funktionen und tendieren zur Etablierung einer Ordnung, die den Beteiligten mit einer gewissen Objektivität gegenübertritt. Die erneut auftretende Erwartungsunsicherheit entspricht diesem Ordnungsaufbau, es entsteht am Streitthema entlang ein neues Verhältnis von Komplexität und Instabilität, ein System, das das Verhalten durch noch nicht feststehende Entscheidungen motiviert und mäßigt.³⁴ Das Hin und Her von Verunsicherung und Sicherung des Erwartens, von Öffnung und Schließung des Systems für weitere Möglichkeiten, von Steigerung und Reduktion der Komplexität ist kein sinnloses Pulsieren, sondern erzeugt eine Geschichte und folgt einer Geschichte, indem es sich unterschiedlichen Konditionierungen aussetzt.

S. 51-65; Ronald J. Fisher, *Third Party Consultation: A Method for the Study and Resolution of Conflict*, *The Journal of Conflict Resolution* 16 (1972), S. 67-94. Ein Blick in diese und ähnliche Forschungen zeigt im übrigen, daß schon die Ausgangsfragestellungen und die Art der Sachverhalte, die als Gegenstand der Intervention Dritter vorausgesetzt werden, stark divergieren.

³⁴ Siehe am Beispiel des Gerichtsverfahrens Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. Darmstadt 1975, S. 38 ff.

Die Unsicherheit, die ein Dritter einbringt, steht gleichsam quer zu der thematischen und strategischen Offenheit des Konfliktes. Wenn auch der Konflikt alles erlaubt, was Erfolg hat: der Dritte diskriminiert. Seine Auffassung macht einen Unterschied. Sein Hinzutreten konfrontiert beide Parteien mit einer neuen Differenz: ob sie konform oder abweichend zu den mutmaßlichen Auffassungen des Dritten, handeln wollen. Der Gesichtspunkt, der das System komplex und instabil macht, wird damit umdirigiert. Die Differenz, die die Informationsverarbeitung steuert, die also Ereignissen Informationswert gibt,³⁵ ist jetzt durch den Dritten markiert, auch und gerade dann, wenn noch gar nicht feststeht, welcher Seite er recht geben wird. Die Orientierung an dieser Differenz legt nicht fest, aber sie strukturiert, und dies nicht zuletzt deshalb, weil sie, konfliktstrategisch genommen, erfolgswirksam sein kann.

Eine so präparierte Situation, die die Sicherheit des Konflikts mit der Unsicherheit in bezug auf den Dritten kombiniert, ist fruchtbarer Boden für die Genese von Ordnung. Die Erwartungen, die hier auftauchen, die dem Dritten angesonnen oder von ihm geäußert werden, haben - wie immer zufällig entstanden - eine Tendenz zur Objektivität; denn sie entstehen nur, sie haben jedenfalls nur Erfolg, wenn sie der Tatsache des Konflikts schon Rechnung tragen. >Konfliktlösung< ist dafür eine vielleicht zu hoch gegriffene Bezeichnung. Aber man könnte von der Entstehung hinreichend generalisierter Erwartungen sprechen, denen die Konfliktsituation als eine erste Bewährungsprobe dient.

Ein wichtiger, auch empirisch faßbarer Beleg für diese Deutung liegt im Zusammenhang von Unsicherheitsverlagerung und Kausalattribution. In reinen Konfliktsituationen sind die Parteien bestimmt, alles Nachgeben sich selbst als Schwäche zuzurechnen. Sie selbst gelten sich selbst als Grund für das Nichterreichen ihrer Ziele - sei es, weil sie zu schwach sind, um den Gegner zu schlagen, sei es, weil sie eher als der andere die Nerven verlieren. Das Hinzutreten eines Dritten verändert diese Lage, es verändert die konflikttypische >overattribution<.³⁶ Jetzt kann man den Grund für eigene Konzessionen dem Dritten zurechnen. »Mediation provides

35 im Sinne des Informationsbegriffs von Gregory Bateson: »a difference that makes a difference«. Vgl. *Steps to an Ecology of Mind*, New York 1971, S. 271 f., 315, 489.

36 Vgl. oben Anm. 19.

the negotiator with a face-saving device whereby he can retreat without feeling that he has capitulated«.³⁷ Zumindest wird das Zurechnungsproblem wieder entschärft, die wiedereingeführte Unsicherheit wird durch Erweiterung der Prämissen für Kausalattribution honoriert. Das mag auch genutzt werden, um der sich anbahnenden Ordnung >Gründe< zu unterlegen, die von keinem der Beteiligten als Eigenleistung zu vertreten, sondern gemeinsam zu akzeptieren sind.

VI.

Während dem Konflikt jedes Thema recht ist, sofern es nur zum Konflikt beiträgt, sind Konfliktlösungen auf eine Auswahl von Themen angewiesen. Der Sicherheitsspendender Konflikt muß gleichsam abgefunden, die Abstützung des Erwartens muß durch andere, bessere Lösungen erreicht werden. Das setzt >issue controh³⁸ voraus. Der Konflikt wird von seinem Thema unterschieden. Das mag noch leicht fallen, da die Beteiligten nicht gern behaupten werden, daß sie den Konflikt nur um des Konfliktes willen wollen. Aber die Dekomposition oder Faktorisierung des Konflikts in Einzelthemen, über die getrennt Lösungen ausgehandelt werden können, wird normalerweise den Beteiligten selbst schwer fallen, da eine Themenwahl unter den Gesichtspunkter der Konfliktfortsetzung normalerweise nicht parteineutral erfolgen kann.

Unter diesem Gesichtspunkt bringt eine Externalisierung des Konflikts in Richtung auf dritte Faktoren bzw. einen Dritten, der sich einmischt, zusätzliche Möglichkeiten ins Spiel. Das oder der Dritte wird seinerseits thematisch nicht neutral sein. Wenn seine Hinzuziehung die Unsicherheit erhöht, so reduziert sie sie auf der anderen Seite durch bestimmte inhaltliche Präferenzen. Es kommt, mit anderen Worten, ein zusätzlicher Modus der Komplexitätserzeugung und Komplexitätsreduktion ins System. Wenn hier (oder auch: im Konfliktsystem selbst) von >unabhängigen<, >externen<,

37 So Dean G. Pruitt/Douglas F. Johnson, *Mediation as an Aid to Face Saving in Negotiation*, *Journal of Personality and Social Psychology* 14 (1970), S. 239-246 (246)-

38 Eine Formulierung von Roger Fischer, *Fractionating Conflict*, in ders. (Hrsg.), *International Conflict and Behavioral Science: The Craigville Papers*, New York 1964,

>dritten<, >neutralen< Faktoren oder Personen gesprochen wird, so symbolisiert dies genau diese Zusätzlichkeit von Komplexitätssteigerung und -reduktion.

Man muß >issue control< und Konfliktlösung unterscheiden. Meistens überspringen Konflikttheorien das Problem des >issue control< und halten nur fest, daß das Hinzuziehen Dritter die Konfliktlösung erleichtere. Das Zerlegen der Streitpunkte in Teilfragen, die auf die eine oder andere Weise entschieden werden können, hat jedoch eine eigene Bedeutung, selbst wenn der Konflikt nicht geschlichtet wird, sondern durch Sieg und Niederlage oder gar nicht endet. Durch Konstitution und Dekomposition seiner Thematik wird der Konflikt auf eigentümliche Weise produktiv. Es werden Sachfragen kontingent gesetzt: man könnte sie so oder auch anders entscheiden, und der Konflikt sorgt für Entscheidungsdruck. Die Themenentfaltung ist keineswegs auf das Ausgangsthema des Konflikts beschränkt: auf die Zumutung, die Anlaß zu dem ersten >Nein< gegeben hatte. Man weiß auf Grund zahlreicher psychologischer und soziologischer Analysen, daß das Auslösethema keineswegs das >eigentliche< Thema des Konfliktes sein muß.³⁹ Der einmal entstandene, dann expandierende Konflikt kann so eine Gelegenheit bieten, offene Fragen des wechselseitigen Verhältnisses miteinzubeziehen und mitzubereinigen.

Von einer offenen, thematisch fixierbaren Konfliktlage kann die Rechtsbildung profitieren. Man kann sich, ungeachtet aller Vorgegebenheit von Recht, zum Beispiel dafür interessieren, wie andere, >ähnliche< Konflikte gelöst worden sind und den vorliegenden Konflikt auf seine Ähnlichkeit« hin analysieren. Vergleichs Gesichtspunkte können dabei nach Belieben verfeinert werden und damit die Rechtsentwicklung teils fördern, teils sich, von ihr anregen lassen. Es kann so auf die Dauer eine Masse von vergleichbaren Fällen und Problemlösungen zusammentreiben, die als Ganzes bewertet und mit Worten wie *dike*, *ius*, Gerechtigkeit in ihrem Ordnungswert gefeiert wird.⁴⁰ Dabei gewinnen die Vergleichs Gesichtspunkte unabhängig vom Ausgang der Einzelfälle ein Eigengewicht - gerade dann, wenn sie nur Gesichtspunkte sind und nicht vorschreiben, wem im Einzelfalle Recht zu geben ist.

Die Rechtstheorie selbst abstrahiert mehr oder weniger vom

39 Siehe nur Alvin W. Gouldner, *Wildcat Strike*, Yellow Springs Ohio 1954.

40 Siehe als Vorschlag eines darauf abgestellten Gerechtigkeitsbegriffs Niklas Luh-

Konflikt. Sie orientiert sich im Innenraum jenes Gedankenguts, das in langer Bemühung um thematische Dekomposition von Konflikten über Jahrhunderte, wenn nicht Jahrtausende zusammengetragen worden ist. Sie blendet Kritik ein,⁴¹ entwickelt legitimatorische Gesamtformeln, stärkt das Vertrauen, daß man der Riesenmenge von höchst verschiedenartigen Sachverhalten doch nicht ohne Maßstäbe gegenübersteht. Sie ist Theorie des Dritten, der sich mit Konflikten befaßt. Sie entfernt sich damit allmählich von der zunächst gegebenen, auch historisch natürlichen Auffassung: daß das Recht Arsenal von Kampfmitteln sei, die dem einen oder dem anderen zum Siege verhielfen. Die soziologische Analyse des Rechts und der Rechtstheorie könnte dagegen nur gewinnen, wenn sie auf eine Theorie des Konfliktes zurückgreifen könnte; denn nur so kann der recht komplexe Vorgang verdeutlicht werden, der Stabilität und Instabilität gegeneinander versetzt und so zur Ausbildung kongruent generalisierter Verhaltenserwartungen führt.

mann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in diesem Band S. 374 ff.

⁴¹ Kritik scheint hier wie auch sonst eine Funktion der Komplexität des Gedankenguts zu sein; sie entwickelt sich zugleich mit dem Ausbau des rechtsanalytischen Apparats. Siehe Dieter Nörr, *Rechtskritik in der Antike*, München 1974.

Kapitel 6

Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft

Unter der Bezeichnung »Positivität des Rechts« soll das Problem erörtert werden, ob und wie eine Gesellschaft auf der Ebene ihrer Normen *strukturelle Variabilität* erreichen und sicherstellen kann. Dabei geht es nicht um die Frage, ob und in welchen Grenzen positives Recht durch »höheres«, überpositives Recht begründbar ist und dank solcher Begründung Rechtscharakter hat. Die Suche nach höheren Normen führt nicht auf die Realität, noch auf die gesellschaftlichen Bedingungen der Möglichkeit positiven Rechts.¹ Wir können deshalb Begriff und Geltung des Rechts nicht aus übergeordneten Normen herleiten und damit letztlich voraussetzen. Auch der Rückgriff auf einen nicht weiter definierbaren Begriff des »Sollens« würde uns nicht ausreichen. Die Bestimmung dessen, was Recht ist, muß in der Exposition unseres Problems auf etwas umständliche Weise erst erarbeitet werden.

So empfiehlt sich diese Gedankenfolge: Zunächst muß (I) die Funktion der Normierung von Verhaltenserwartungen und die Besonderheit rechtlicher Normierung skizziert werden. Auf dieser Grundlage läßt sich (II) die Entwicklung des Rechts von traditionalem über naturrechtlich orientiertes zu positivem Recht behandeln. Das Verständnis der Positivität des Rechts erfordert (III) einige Korrekturen der üblichen Auffassung. Die Funktion des positiven Rechts sehen wir (IV) in der Absorption besonders hoher Komplexität durch »doppelte Selektivität«. Daran schließt sich (V) die Frage nach der Legitimität reiner Legalität an. Zu den besonderen Bedingungen der Rechtspositivierung gehören einmal (VI) bestimmte Differenzierungen im Rechtsentscheidungsprozeß selbst, nämlich die Trennung von programmiertem und program-

I »Elles ne nous donnent donc«, würde Durkheim sagen, »pas un résumé des caractères essentiels que présentent réellement les règles morales dans telle société ou tel type social déterminé; mais elles expriment seulement la manière dont le moraliste se représente la morale.« (Emile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris 1902', S.).

mierendem Entscheiden und von Enttäuschungsverarbeitung und Lernen; ferner (VII) die Ausdifferenzierung des Rechts durch Spezifikation, Erzwingbarkeit und konditionale Programmierung. Schließlich bleiben (VIII) die hohen Risiken der Rechtspositivierung zu erörtern und die Möglichkeiten ihrer Absicherung, ein Thema, das letztlich (IX) auf die Frage nach den politischen und gesamtgesellschaftlichen Bedingungen der Positivierung des Rechts führt.

I.

Zwischenmenschliche Interaktion kann nicht allein durch glückhafte Koinzidenz des momentanen Erlebens und Handelns **Zustandekommen**. Sie bedarf angesichts der Fülle möglicher Verhaltensweisen einer selektiven Abstimmung, die nicht improvisiert werden kann. Sie setzt einen Zeithorizont voraus, nämlich eine gemeinsam erinnerte Vergangenheit, die in etwa abschätzbar macht, was künftig erwartet werden kann. Die Synchronisierung sozialen Verhaltens wird, so kann man auch sagen, durch gelernte Erwartungen geleistet.

Diese Erwartungen müssen nicht nur das Verhalten, sondern auch das Erleben des anderen Menschen einbeziehen, vor allem die Erwartungen, die er selbst an den Erwartenden richtet. Erst das Erwarten von Erwartungen sichert über die bloß zufällige Konformität hinaus eine Abstimmung des Verhaltens.² Nimmt man hinzu, daß es um eine Vielheit von Menschen und eine Vielheit möglicher Themen des Erlebens und Handelns geht, wird deutlich, daß es die Orientierungsfähigkeit des Menschen weit überfordern würde, müßte er diese Erwartungserwartungen und gegebenenfalls noch Erwartungserwartungserwartungen sich fallweise konkret und vollständig vorstellen. Statt dessen bildet er sinnhafte Strukturen,

2 Diese Einsicht steht hinter dem Begriff der »role taking« von Mead und ebenso hinter dem Begriff des »complementarity of expectations« von Parsons. Siehe George H. Mead, *Mind, Self and Society*, Chicago 1934; Ralph H. Turner, *Role-Taking: Process Versus Conformity*, in: Arnold M. Rose (Hrsg.), *Human Behavior and Social Process*, Boston 1962, S. 20-40; Talcott Parsons/Edward A. Shils (Hrsg.), *Toward a General Theory of Action*, Cambridge/Mass., 1951, S. 14 ff. u. ö.; P.-H. Maucorps/René Bassoul, *Jeux de miroirs et sociologie de connaissance d'autrui*, in: *Cahiers internationaux de sociologie* 32 (1962), S. 43-60.

das heißt allgemeine Muster des Erlebens und Verhaltens, die eine Vorselektion dessen leisten, was man erwarten kann, und die Komplexität der Möglichkeiten so weit reduzieren, «daß eine rasche, situationsnahe Verhaltenswahl möglich wird. Unser Thema betrifft die Variabilität von Erwartungsstrukturen - allerdings nur einen Ausschnitt aus diesem allgemeinen Problembereich.

Schon Erwartungsbildung ist als Vorgriff auf die Zukunft enttäuschungsanfällig, und dieses Risiko potenziert sich, wenn man bedenkt, daß Erwartungen durch sinnhaft identifizierte Strukturen symbolisiert werden müssen, die die faktischen Erwartungen treffen mögen oder auch nicht. Solche Risiken sind mit der Fixierung von Erwartungsstrukturen unvermeidlich verbunden, und es ist anzunehmen, daß sie mit größerer Komplexität der Gesellschaft und größerer Abstraktheit ihrer Erwartungsstrukturen steigen. Diese Einsicht erlaubt eine weitere Präzisierung unserer Problemstellung: Kann dies hohe Risiko des Erwartens durch laufende Variation der Erwartungsstrukturen im Sinne einer Anpassung an die Wirklichkeit gemindert werden?

Auf diese Frage muß zunächst mit einer Unterscheidung geantwortet werden. Stellt sich heraus, daß eine Erwartung enttäuscht worden ist, sind zwei entgegengesetzte Reaktionsweisen denkbar: Man kann die Erwartung in Anpassung an die Wirklichkeit ändern - sich zum Beispiel damit abfinden, daß die neu eingestellte Sekretärin nicht hübsch, sondern häßlich ist. Oder man kann die Erwartung festhalten und auf ihrer Basis reagieren - sei es, daß man die Wirklichkeit der Erwartung anzupassen sucht, sei es, daß man im Dauerprotest gegen eine enttäuschende Wirklichkeit weiterzuleben versucht. Je nachdem, welche Einstellung dominiert, wollen wir von kognitiven oder von normativen Erwartungen sprechen.³ Kognitive Erwartungen zeichnen sich mithin durch implizierte (nicht notwendig bewußte und nicht notwendig auch die begriffliche Struktur der Erlebnisverarbeitung einbeziehende) Lernbereit-

3 Unterscheidung und Terminologie gehen zurück auf Johan Galtung, *Expectations and Interaction Processes*, *Inquiry* 2 (1959), S. 231-234. Vgl. auch Vilhelm Aubert/ Sheldon L. Messinger, *The Criminal and the Sick*, in: *Inquiry* I (1958), S: 137-160, neu gedruckt in: Vilhelm Aubert, *The Hidden Society*, Totowa/N. J. 1965, S. 25 ff., die unter ähnlichen Gesichtspunkten gesellschaftliche Erwartungen an den Kranken und an den Verbrecher vergleichen. Eine ähnliche Unterscheidung entwickelt auf Grund von gruppenpsychologischen Forschungen Ralph M. Stogdill, *Individual Behavior and Group Achievement*, New York 1959, S. 59 ff.

Schaft aus.⁴ Normative Erwartungen verstehen sich als lernunwillig; sie sind gekennzeichnet durch die Entschlossenheit, aus Enttäuschungen nicht zu lernen. Beide Einstellungen können in einem mehr oder weniger unklaren Mischungsverhältnis nebeneinander bestehen', und das ist für einfachere Gesellschaften und ebenso für problemlose Erwartungsbereiche typisch. Da aber der Enttäuschungsfall zu einer Entscheidung über die Reaktionsweise zwingt, besteht eine Tendenz zur Dissoziation normativer und kognitiver Erwartungen, so daß durch die Charakterisierung des Erwartens selbst schon im voraus die angemessene Reaktion auf etwaige Enttäuschungen feststeht und ihrerseits erwartbar wird.⁶

Diese Unterscheidung und die entsprechende Differenzierung von Erwartungen scheint unser Problem zunächst zu lösen.⁷ Es gibt lernbereite und nichtlernbereite Erwartungsbereiche. Mit Hilfe dieser Differenzierung kann die Gesellschaft einen Kompromiß einregulieren zwischen ihren Interessen an Wirklichkeitsanpassung und an Erwartungskonstanz. Sie wird Erwartungen als kognitiv institutionalisieren (ihren Mitgliedern also aus einer Änderung der Erwartungen bei gegebenem Anlaß keinen Vorwurf machen), wenn das Anpassungsinteresse dominiert; sie wird Erwartungen in die normative Sphäre verlagern und dort artikulieren, wenn Sicherheit und soziale Integration des Erwartens vordringlich sind. Die Wahl ist nicht völlig ins Belieben gestellt, sondern folgt erforschbaren Gesetzmäßigkeiten. Sie wird unter anderem auch von dem Tempo abhängen, in dem in Überraschungssituationen überhaupt gelernt werden kann.

4 Ob auch effektiv gelernt werden *kann*, ist natürlich eine andere Frage. So ist es z. B. für die wirtschaftswissenschaftliche Behandlung des Erwartungsproblems bezeichnend, daß sie sich mit Grenzen der Lernfähigkeit bei kognitiven Erwartungen befaßt.

5 Man beachte vor allem den ambivalenten Status der Zweckvorstellungen in diesem analytischen Schema, der sowohl eine kognitive als auch eine normative Interpretation erlaubt.

6 Diese Erwartungen über die Charakterisierung von Erwartungen können nun ihrerseits wiederum kognitiv oder normativ sein usw. Es kann in einem System normiert-sein, daß man das Aussehen (nicht aber die Leistung) einer Sekretärin lediglich kognitiv zu erwarten hat, diese normative Erwartung kann von Außenstehenden wiederum kognitiv erwartet werden usw. Dies sei angemerkt als Hinweis auf den komplexen Aufbau solcher Erwartungsstrukturen.

7 Sie bedeutet im übrigen, daß wir die Begriffe Norm und Struktur nicht identisch setzen, sondern Normen als Unterfall von Strukturen ansehen. Anders die viel, aber

Die Frage ist nun, wie weit man mit dieser einfachen Differenzierung von lernbereiten und nichtlernbereiten Erwartungen kommt und ob es nicht Gesellschaften gibt, die darüber hinausgehen und auch ihre normativen Erwartungen noch lernbereit und anpaßbar organisieren müssen; ob und welche Gesellschaften, mit anderen Worten, die zunächst paradoxe und unglaubliche Leistung vollbringen müssen, Verhaltenserwartungen als lernunwillig und als anpassungsfähig, als invariant und als variabel zugleich zu institutionalisieren - nämlich: Recht zu positivieren.

Ohne Zweifel gehört das Recht in den Bereich der normativen Erwartungen. Es impliziert, daß die Erwartungen im Enttäuschungsfalle nicht aufgegeben oder modifiziert, sondern als Prämisse weiteren Verhaltens festgehalten werden. Als Norm zielt das Recht auf enttäuschungsfeste, gegebenenfalls kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen. Wie solche gegen Wirklichkeit immunisierte Stabilisierung überhaupt möglich ist, ist noch wenig erforscht.⁸ Man wird unterstellen dürfen, daß eine solche zeitliche, über Enttäuschungen hinweggehende Stabilisierung von Erwartungen ein Mindestmaß an sachlicher Generalisierung, nämlich Unbestimmtheit des konkreten Inhalts und Geltung für mehrere Fälle, und Institutionalisierung, nämlich erwarteten Konsens beliebiger Dritter, voraussetzt. Außerdem muß ein Mindestbestand an Erwartungen über das Verhalten im Enttäuschungsfalle mitinstitutionalisiert sein, was nicht notwendig, aber im typischen Falle, Erlaubnis zu Sanktionen einschließt.⁹ Es muß, mit anderen Worten,

selten adäquat kritisierte Auffassung von Parsons, der das Sozialsystem als ein schon funktional (nämlich auf Integration) spezialisiertes System des Handelns neben anderen ansieht und deshalb in diesem System Normen den funktionalen Primat als Strukturen zuspricht.

8 Ein wichtiger Beitrag dazu ergibt sich aus psychologischen Forschungen, die gezeigt haben, daß Erwartungen, die die Möglichkeit einer Enttäuschung einbeziehen, stabiler sind als solche, die ausnahmslos konstituiert waren. Vgl. insbes. Lloyd G. Humphreys, *The Acquisition and Extinction of Verbal Expectations in a Situation Analogous to Conditioning*, in: *Journal of Experimental Psychology* 25 (1939), S. 294-301, und F. W. Irwin, *The Realism of Expectations*, in: *Psychological Review* 51 (1944), S. 120-126. Andere Psychologen haben herausgearbeitet, daß die Fähigkeit zu kontrafaktischen Meinungen mit dem Übergang von konkreteren zu abstrakteren Formen der Erlebnisverarbeitung zusammenhängt; so Kurt Goldstein/Martin Scheerer, *Über die Unterscheidung konkreten und abstrakten Verhaltens*, in: Carl F. Graumann (Hrsg.), *Denken*, Köln-Berlin 1965, S. 147-153.

9 Etwas enger ist eine verbreitete Auffassung, die den Normbegriff durch den

gezeigt werden können, daß man die verletzten Erwartungen festhält, denn anders lassen sie sich nicht über Enttäuschungen hinwegbringen. Normative Erwartungen, die diese Voraussetzung erfüllen, wollen wir als *Recht* eines sozialen Systems bezeichnen - eine mit Absicht weit gewählte Fassung dieses Begriffs.

II.

Angesichts der evidenten Selbstbeweglichkeit und Freiheit des anderen Menschen wären lediglich kognitiv gebildete Erwartungsstrukturen zu unsicher. Das Recht gewährleistet, mehr oder weniger eingemischt in die kognitive Erwartungsbildung, ergänzend die Möglichkeit, Verhaltenserwartungen enttäuschungsfest zu stabilisieren und ermöglicht so »Investitionen« in das eigene Erwarten - Investitionen an Interessen, aber auch an Selbstdarstellung: Man kann riskieren zu zeigen, wie man erwartet, wenn man rechtmäßig erwartet, und wird im Enttäuschungsfall nicht blamiert sein als jemand, der töricht und unrealistisch erwartet hatte.¹⁰ Insofern ist das Recht Grundlage allen Vertrauens." Seine primäre Funktion liegt nicht in der Bewirkung bestimmten Verhaltens, sondern in der Stärkung bestimmter Erwartungen." Gerade darin erweist sich der fundamentale Charakter des Rechts, denn man kann ein erhebli-

Sanktionsbegriff definiert oder doch operationalisiert. Siehe z. B. Ralf Dahrendorf, *Homo Sociologicus*, Köln-Opladen, 1961', S. 24 ff.; Heinrich Popitz, *Soziale Normen*, in: *Europäisches Archiv für Soziologie* 2 (1961), S. 185-198 (193 ff.); Gerd Spittler, *Norm und Sanktion: Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus*, Olten-Freiburg/Br. 1967.

10 Diese Sicherheit hat natürlich Grenzen. Wer nicht erwischbaren Rechtsbrechern vertraut hatte, kann sich auch dadurch blamieren. Sehr charakteristisch ist, daß die Abwicklung einer Enttäuschung verschiedene Formen annimmt, je nachdem, ob die normative Struktur der Erwartung ein Beschreiten des Rechtsweges ermöglicht oder ob die kognitive Struktur der Erwartung den blamablen Irrtum dominieren läßt, so daß die Enttäuschung im stillen ausgekühlt werden muß. Daß auch in diesem Falle soziale Hilfe nützlich sein kann, zeigt Erving Goffman, *On Cooling the Mark Out*, in: *Psychiatry* 15 (1952), S. 451-463.

11 Zu diesem Zusammenhang auch Niklas Luhmann, *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart 1968, insbes. S. 30 ff.

12 Vgl. die Unterscheidung von Orientierungssicherheit und Realisierungssicherheit bei Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1964, S. 101 ff.

ches Maß an Ungewißheit über faktisches Verhalten anderer ertragen, aber nur ein sehr geringes Maß an Ungewißheit in den eigenen Erwartungen. Die Schwelle der Toleranz für Ungewißheit liegt in bezug auf Verhalten höher als in bezug auf Erwarten.

So wird verständlich, daß die Rechtsentwicklung historisch zunächst Erwartungsstrukturen erzeugt, die als zeitlich invariant und sachlich alternativenlos konzipiert sind (was faktische Variationen und Situationsoffenheit nicht völlig ausschließt). Das Problem der Erwartungsgewißheit dominiert, das Durchsetzungsinteresse bleibt sekundär.¹³ Recht wird in älteren Gesellschaften als von alters her geltend gesehen, als ewig oder in der Vorzeit gestiftet. Die Vergangenheit dient als Symbol seiner Unabänderlichkeit: Man kann es genauso wenig ändern, wie man Vergangenes ändern kann.¹⁴

Demgegenüber enthält der Naturrechtsgedanke eine durchaus fortschrittliche, gegenüber dem überlieferten Recht kritische Einstellung.¹⁵ Der Fortschritt besteht in einer Differenzierung - darin

13 Das wird bei der Analyse des Rechts einfacher Gesellschaften besonders deutlich. Dazu vgl. M. G. Smith, *The Sociological Framework of Law*, in: Hilda Kuper / Leo Kuper (Hrsg.), *African Law: Adaptation and Development*, Berkeley-Los Angeles 1965, S. 24-48 (38 ff.), mit bewußter Abwehr des modernen Begriffs staatlichen Rechts, in dem das Durchsetzungsinteresse dominant gesetzt ist.

14 Hinter dem Traditionalismus älteren Rechts steckt, wie man heute zu sehen beginnt, ein Interesse am Ausschluß anderer Möglichkeiten, ein Interesse an Regulierung von Angst - und nicht unbedingt eine Wertschätzung des Vergangenen qua Tradition. Es wäre auch kaum vorstellbar, daß die Wertschätzung der Tradition die ganze Motivationslast des Rechts tragen könnte. Vgl. dazu Siegfried F. Nadel, *Social Control and Self-Regulation*, in: *Social Forces* 31 (1953), S. 265-273. Die bewußte Formulierung einer Präferenz für altes gegenüber neuem Recht, wie man sie im Mittelalter findet - siehe die bekannte Darstellung von Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, in: *Historische Zeitschrift* 120 (1919), S. 1-79, Neudruck Tübingen 1952 - spitzt das Problem der Rechtsgeltung bereits so zu, daß die Möglichkeit einer Umwertung zugunsten des neuen Rechts, also die Positivierung des Rechts, geradezu auf der Hand liegt und unabweisbar wird, wenn die sozialen Bedingungen es fordern.

15 Das ist besonders deutlich am Anfang zu sehen: am Naturrechtsgedanken der Sophisten. Aber auch im Mittelalter wird der Naturrechtsgedanke vor allem im Kirchenrecht reformerisch und durchaus zur Unterstützung positiver Gesetzgebung gebraucht - siehe z. B. Max Jörg Odenheimer, *Der christlich-kirchliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft des staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet: Ein Beitrag zur historischen Strukturanalyse der modernen kontinental-europäischen Rechtsordnungen*, Basel 1957, insbes. S. 48 ff.; oder Rolf Sprandel, *Über das Problem*

nämlich, daß nicht mehr *alles* Recht einheitlich auf Vergangenheit bezogen und aus der Überlieferung legitimiert wird. Dem Recht wird ein Teilbereich des Andersseinkönnens konzidiert.¹⁶ Diese Neuerung kann aber, und das ist bezeichnend, nicht anders artikuliert und befestigt werden als durch Rückgriff auf ein neues Prinzip der Invarianz und Unverfügbarkeit: den Begriff der Natur. Am Naturbegriff der alteuropäischen Tradition ist soziologisch bemerkenswert die Ausschaltung der Eigenkausalität des sozialen Systems bzw. ihre Beschränkung auf bloße Nachahmung und Vollendung der Natur¹⁷ - ein Symptom für das mangelnde Vertrauen in die effektive und hinreichend komplexe Organisation sozialer Prozesse.¹⁸ Naturrecht heißt, soweit es reicht, Leugnung der Eigen-

des neuen Rechts im früheren Mittelalter, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kan. Abt. 79 (1962), S. 117-137 (127 ff.). Erst recht gilt dies für das neuzeitliche Vernunftrecht. - Diese besondere Stellung des Naturrechtsgedankens in der Rechtsentwicklung wird verwischt) wenn man, wie es oft geschieht, auch rein traditionale Rechtsordnungen als Naturrecht bezeichnet. Vgl. z. B. Max Käser, *Mores maiorum* und Gewohnheitsrecht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt. 59 (1939), S. 52-101 (59 ff.); oder E. Adarnson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge/Mass. 1954, S. 224 f., 264 f.

16 Im griechischen Denken geschieht das vornehmlich dadurch, daß der alte Begriff des *nomos* mit seinen Konnotationen von schwankender und irriger Volksmeinung, Angelerntem, Zufälligem, bloßem Brauch oder bloßer Setzung (für Nachweise z. B. John Walter Beardslee, Jr., *The Use of Physis in Fifth-Century Greek Literature*, Diss. Chicago 1918, S. 68 ff.) dem Begriff der *physis* gegenübergestellt und zugleich moralisch aufgewertet wird. Das Ergebnis ist ablesbar bei Aristoteles, *Nik. Ethik* 1134 b 18-1135 a 5- D**** Stelle ist besonders deshalb interessant, weil sie genau zeigt, wo die evolutionäre Errungenschaft liegt: Sie besteht nicht in einer neuen Grundlagentheorie für alles Recht, sondern in einer *Differenzierung** die sich quer stellt zum überlieferten Recht, das teils aus der Natur kommt und insofern überall einheitlich ist, teils auf menschlichen Selektionsleistungen, nämlich auf Satzung oder Gewohnheit beruht und insofern verschieden und disponibel ist, also anders sein könnte. Diese Differenzierung ist dem Recht einfacherer Gesellschaften fremd. Siehe z. B. Francisco Elias de Tejada, *Bemerkungen über die Grundlagen des Banturechts*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 46 (1960), S. 503-535 (532); oder Siegfried F. Nadel, *Reason and Unreason in African Law*, in: *Africa* 26 (1956), S. 160-173 (164 f.), mit dem treffenden Hinweis, daß von Naturrecht erst auf dem Hintergrund eines vergleichenden Rechtsbewußtseins und der Vorstellbarkeit von Alternativen gesprochen werden könne.

17 Vgl. dazu Hans Blumenberg, »Nachahmung der Natur«: Zur Vorgeschichte der Idee des schöpferischen Menschen, in: *Studium Generale* 10 (1957) S. 266-283.

18 Eine sehr interessante Parallele bieten neuere Forschungen zur *psychologischen* Systemtheorie, die Korrelationen feststellen zwischen zunehmender Komplexität

leistung des sozialen Systems der Gesellschaft bei der Konstitution von Recht. Diese Leugnung ist sinnvoll, ja unvermeidlich, solange und soweit die Verantwortung für das Recht nicht übernommen werden kann. Und zugleich ist bezeichnend, daß insoweit eine deutliche Trennung von kognitiven und normativen Erwartungen nicht gelingt: Für Naturrecht wird Wahrheit in Anspruch genommen, gleichwohl aber der Nachweis eines Irrtums, also Lernen, normativ ausgeschlossen.

Im Verlauf der weiteren Entwicklung des Rechtsdenkens kommt es bereits in der Antike zu einer folgenreichen Umbildung des Naturrechtsgedankens im Sinne einer *hierarchischen* Ordnung von Rechtsquellen. So sieht die mittelalterliche Unterscheidung von *lex divina* oder *lex aeterna*, *lex naturalis* und *lex humana* oder *lex positiva*¹⁹ eine Begründung und Begrenzung niedrigeren Rechts durch höheres Recht vor, postuliert also einen hierarchisch strukturierten Variationsrahmen des Rechts. Die Bedeutung dieses Hierarchiemodells für die Institutionalisierung des positiven Rechts läßt sich kaum überschätzen: Es ermöglichte einerseits eine Wiedereinführung und planvolle Ausbreitung der Gesetzgebung durch politische Entscheidung in den Grenzen, ja zur Verwirklichung des höheren Rechts, was zunächst relativ unbedenklich erscheinen konnte. Es kanalisierte und differenzierte Reaktionen auf Unzulänglichkeiten, Ambivalenz oder Fehlen von Normen in der Rechtsordnung, je nachdem, auf welcher Höhenlage das Problem gesehen wurde, und gewährte dem neu entstehenden

psychischer Systeme der Erlebnisverarbeitung und ihrer Umweltsicht, besonders dem Ausmaß, in dem sie kategorisch urteilen, Alternativen ausschließen, sich auf Sollvorstellungen stützen und Ereignisse ihrer Umwelt und nicht sich selbst kausal zurechnen. Vgl. O. J. Harvey/David E. Hunt/Harold M. Schröder, *Conceptual Systems and Personality Organization*, New York-London 1961; Harold M. Schröder/Michael J. Driver/Siegfried Streufert, *Human Information Processing: Individuals and Groups Functioning in Complex Social Situations*, New York 1967. Übertragen auf soziale Systeme und ausgewertet für eine »Wissenssoziologie des Naturrechts« würde sich daraus die Hypothese ergeben, daß einfachere Sozialsysteme sich ihr Recht als umweltgegeben vorstellen müssen und erst die Steigerung der Systemkomplexität es ermöglicht, das Problem der Rechtsgeltung von außen nach innen zu verlagern und Recht als selbstgemacht (positiv) vorzustellen.

19 Vgl. statt anderer Thomas von Aquino, *Summa Theologiae* II, I qu. 91 ff. Einen guten Überblick, der positives Recht allerdings nur marginal berührt, vermittelt Odon Lottin, *Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles*, Bd. II, 1, Louvain-Gembloux 1948, S. 11 ff.

positiven Recht eine Art politischer Schonzeit. Und zugleich verschob sich die Grundlage allen Rechts aus der Tradition in die Transzendenz, praktisch also in die Ebene theologisch disputierbarer Prinzipien, und das führte zu einer beträchtlichen Verunsicherung des Rechtsgefüges, die nur noch auf der Ebene des wirksam durchgesetzten positiven Rechts, zunächst vor allem des als positives Kaiserrecht rezipierten römischen Rechts, behoben werden konnte. Dazu kommt, daß die Vorstellung göttlich gesetzten Rechts als höchster Form des Rechts bereits *alles* Recht als *kontingent* erscheinen ließ und nur noch »säkularisiert« zu werden brauchte.²⁰ Geschützt und mitmotiviert durch diese Legeshierarchie konnte eine höchst riskante Umstrukturierung der Grundlagen des Rechts durchgeführt werden, deren Tragweite zunächst verdeckt blieb, nämlich die Umstellung auf in der Gesellschaft selbst entscheidbares, strukturell variables Recht.

III.

Als *positiv* wird Recht bezeichnet, das gesetzt worden ist und kraft Entscheidung gilt. Diese Definition klingt relativ eindeutig. Ihre Implikationen müssen jedoch im einzelnen geklärt werden.

Vorab muß diese »Geltung kraft Entscheidung« gegen Mißverständnisse gesichert werden, die sich aus der rechtswissenschaftlichen Theorie der Rechtsquellen ergeben könnten. Diese hatte auf Grund alter Denkmuster Genesis und Geltung, kausale Entstehung eines Sinngehaltes und Grund seiner Verbindlichkeit verquickt. Nachdem diese Verquickung im kognitiven Bereich als unhaltbar durchschaut worden ist²¹, muß sie auch im Bereiche normativer Erwartungen aufgegeben werden.²² Damit lösen wir uns zugleich

20 Man vergleiche dazu die Vorstellungen älterer Gesellschaften, denen das Recht als eine moralische Weltordnung erschien, die Götter und Menschen und damit natürlich auch die Herrscher gleichermaßen band. Vgl. z. B. Raymond Firth, *We, the Tikopia*, New York 1936, S. 335, für eine archaische Gesellschaft; oder R. Lingat, *Evolution of the Conception of Law in Burma and Siam*, in: *The Journal of the Siam Society* 38 (1950), S. 9-31, für ältere Hochkulturen.

21 Vgl. dazu Hans Albert, *Probleme der Theoriebildung*, in: Hans Albert (Hrsg.), *Theorie und Realität: Ausgewählte Aufsätze zur Wissenschaftslehre 4er Sozialwissenschaften*, Tübingen 1964, S. 3-70 (14 ff.).

22 Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts*

vom älteren rechtswissenschaftlichen Positivismus, der den Willen oder den Befehl **des** Gesetzgebers oder das Gesetz selbst als Rechtsquelle angesehen hatte. Der Prozeß der Rechtsentstehung dürfte sich kaum als Kriterium der Unterscheidung verschiedener Rechtssysteme eignen.²³ Kausal gesehen gibt es selbstverständlich immer Vorläufer. Das Recht stammt nicht aus der Feder des Gesetzgebers. Er findet eine Fülle normativer Erwartungen - man könnte sagen: Rechtszumutungen - vor und könnte ohne diese Basis kaum Gesetze machen, vor allem nicht ohne die Normativität solcher Zumutungen und ohne ihre Explikation in »akzeptierbaren« Werten. Das gleiche gilt, wie heute allgemein anerkannt, für den Richter, der bei der Anwendung von Gesetzen auf nichtjuridifizierte gesellschaftliche Wert- und Normvorstellungen zurückgreifen muß.²⁴ Berücksichtigt man das, dann scheint die Funktion des Rechtsentscheidungsprozesses im wesentlichen in der Selektion und Dignifikation von Recht zu liegen. In das gesamtgesellschaftliche Geschehen der Rechtsbildung und -**Umbildung** wird so ein Filterungsprozeß eingeschaltet, den alle Rechtsgedanken durchlaufen müssen, um verbindlich zu werden. In ihm wird durch Organisation die Entweder-Oder-Struktur des Rechts erzeugt²⁵, über Geltung oder Nichtgeltung entschieden, nicht aber das Recht aus dem Nichts geschaffen.²⁶ Wegen der kritischen Natur dieses Filterungsprozesses, seiner Statusdotierung und seiner Sichtbarkeit wird dann freilich ihm die Rechtserzeugung *zugerechnet*. Das gibt keinen zuverlässigen Aufschluß über Kausalität und auch nicht über Machtverhältnisse, wohl aber darüber, an wen Vorwürfe, Sanktionen und Änderungswünsche zu adressieren sind.

auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig-Wien 1929, hatte diese Unklarheit ebenfalls gerügt, aber geglaubt, den Begriff der Rechtsquelle in einem erkenntnistheoretischen Sinne retten zu können.

23 Bemerkungen dagegen bereits bei Richard Thurnwald, *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen*, Bd. V, Berlin-Leipzig 1934, S. i f.

24 Siehe z. B. Karl-August Klauer, *Das Recht und der Zeitgeist*, in: *Deutsche Richterzeitung* 46 (1968), S. 160-163.

25 Dazu trägt Vilhelm Aubert, *The Hidden Society*, Totowa/N. J. 1965, S. 102 f., den bemerkenswerten Gedanken bei, daß diese Dichotomisierung des Rechts erst durch Ausdifferenzierung der Rolle eines unabhängigen »Dritten« und in dessen Perspektive zustande komme - mag dieser nun formell entscheiden oder nur im Konflikt die Chancen eindeutig verändern können.

26 Aus diesem Grunde hat die vorherrschende »objektive« Auslegungstheorie recht,

Außerdem ist eine weitere, vielleicht noch wichtigere Korrektur der üblichen Auffassung notwendig: Das bloß historische Faktum vergangener Rechtsetzung reicht allein nicht aus, um Rechtsgeltung zu positivieren. Die Positivität des Rechts kann, mit anderen Worten, nicht selbst durch Entscheidung gesetzt werden. So haben zum Beispiel die großen Gesetzgebungswerke der Antike, etwa die römischen Zwölf Tafeln, zwar Recht gesetzt, aber kein positiv geltendes Recht geschaffen. Das Kriterium liegt nicht im einmaligen Akt der Gesetzgebung, sondern im je aktuellen Rechtserleben. Positiv gilt Recht nicht schon dann, wenn dem Rechtserleben eine historische Rechtsstiftung, ein vergangener Rechtsetzungsakt bewußt ist, sondern nur, wenn das Recht als kraft dieser Entscheidung geltend, als Auswahl aus anderen Möglichkeiten und damit als jederzeit änderbar erlebt wird. Die Vorstellung der Positivität wesentlicher Volksgesetze wäre dem römischen Juristen bis in die Zeit des Prinzipats ein unvollziehbarer Gedanke gewesen;²⁷ die Rechtseinrichtungen galten ihm vielmehr als Institutionen, die im Rahmen der Gesellschaft nicht in Frage gestellt werden konnten.²⁸ Gesetzgebungsakte konnten als einmalige Ereignisse aufgefaßt werden, die in der Vergangenheit lagen und damit unabänderlich wurden.²⁹ Die frühromische Theorie der Rechtsquellen unterschied

wenn sie es ablehnt, sich allein auf die subjektiven Überzeugungen des Gesetzgebers zu stützen. Dessen selektive Entscheidung ist zwar unentbehrliches Requisite der Rechtsgeltung. Über das, was er ausgewählt hat, kann er sich jedoch mehr oder weniger unzulängliche und wohl niemals ganz zureichende Gedanken gemacht haben.

27 Vgl. Käser, *Mores maiorum* und Gewohnheitsrecht a.a.O., S. 56 f.

28 So erklärt sich auch, daß Aristoteles die Unterscheidung von ungeschriebenem Brauch und gesetztem Recht als durchaus sekundär behandeln kann gegenüber der wichtigeren Differenzierung von *physis* und *nomos*. Dazu vgl. Joachim Ritter, »Naturrecht« bei Aristoteles, Stuttgart 1961.

29 Typisch gibt es auch in vielen anderen vorindustriellen Gesellschaften ein Nebeneinander von überliefertem Recht und verbindlichen Anordnungen des Herrschers (mit mehr oder weniger großer Freiheit gegenüber dem Recht) »which in time becomes norms«, wie Jan Vansina, *A Traditional Legal System: The Kuba*, in: Hilda Kuper/Leo Kuper (Hrsg.), *African Law: Adaption and Development*, Berkeley-Los Angeles 1965, S. 97-119 (117), formuliert. Im Mittelalter läßt sich diese Unsicherheit des Normwerdens von Anordnungen an der Praxis laufender Neubestätigung durch nachfolgende Machthaber ablesen. Vgl. dazu Hermann Krause, *Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.* 75 (1958), S. 206-251.

Entstehungsweisen des Rechts,³⁰ dachte aber nicht daran, abstraktere Kriterien der Rechtsgeltung zu entwickeln - etwa im Sinne der neuzeitlichen Theorie des Gewohnheitsrechts. Die Rechtsgeltung selbst war nicht problematisierbar. Auch das ist ein Indiz mangelnder Positivität des Rechts. Ja selbst Hegel, der schon sah, daß für die bürgerliche Gesellschaft das Recht an sich zum positiven Gesetz wird, konnte dem wie selbstverständlich anfügen, daß »es nicht darum zu tun sein kann, ein System ihrem *Inhalte* nach *neuer* Gesetze zu machen, sondern den vorhandenen gesetzlichen Inhalt in seiner bestimmten Allgemeinheit zu erkennen, d. i. *denkend* zu fassen.«³¹

Erst dann gilt Recht positiv, wenn die Entscheidbarkeit und damit die Änderbarkeit des Rechts permanente Gegenwart wird und als solche ertragen werden kann. Zur Positivität gehört, daß das »jeweils« geltende Recht als Selektion aus anderen Möglichkeiten bewußt wird und kraft dieser Selektion gilt. Das jeweils geltende positive Recht schließt diese anderen Möglichkeiten zwar aus, eliminiert sie aber nicht aus dem Horizont des Rechtserlebens, sondern hält sie als mögliche Themen des Rechts präsent und verfügbar für den Fall, daß eine Änderung des geltenden Rechts opportun erscheint. Soweit Änderungsmöglichkeiten präsent sind, nimmt auch das Festhalten am geltenden Recht die Form einer Entscheidung an: Die Änderbarkeit des Rechts ist dann laufend aktuell, und damit wird auch das Unterlassen von Änderungen ein Verhalten, das rechenschaftspflichtig gemacht werden kann. Man muß dann über Entscheiden oder Nichtentscheiden entscheiden können und eine entsprechend »reflexive« Struktur des Entscheidungsprozesses organisieren.³² Nur unter dieser Voraussetzung kann man sagen, daß das Recht auf Entscheidung beruht und in diesem Sinne positiv gilt.

30 Vgl. I i, 2, 3; D I, I, 7 pr. Zur weiteren Entwicklung und zur Herausbildung abstrakter Geltungskriterien seit dem 2. nachchristlichen Jahrhundert siehe Dieter Nörr, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, in: Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, S. 353-366.

31 Grundlinien der Philosophie des Rechts § 211. Die Formulierung zielt konkret gegen Savignys Zweifel am »Berufe unserer Zeit zur Gesetzgebung«, ist aber darüber hinaus symptomatisch dafür, daß eine laufende Änderbarkeit des Rechts durch Gesetzgebung noch nicht im Bereich des Vorstellbaren lag.

32 Für nähere Erläuterungen siehe Niklas Luhmann, Reflexive Mechanismen, in: Soziale Welt 17 (1966), S. 1-23, ders., Politische Planung, in: Jahrbuch für Sozialwis-

Im 19. Jahrhundert erreichen einige politische Systeme Europas erstmals diesen Zustand der Positivität des Rechts. Das läßt sich daran erkennen, daß Rechtsetzung zum laufenden Betrieb, zum Routinevorgang des Staatslebens wird und keiner Ausnahme-situation oder Notlage mehr bedarf.³³ Zugleich beginnt man, die Gesetzgebungsmaschine an ihren Unterlassungen zu messen.³⁴ Ob und wie weit es noch »unwandelbare« und deshalb höherrangige Komponenten der Rechtsordnung gibt, wird zweifelhaft und praktisch unwichtig. Man mag daran glauben oder nicht - was zählt, sind die positiven Selbstsicherungen des positiven Rechts in der Form von ausnahmhafte Verboten oder Erschwerungen von Rechtsänderungen, deren Einhalten *politisch* gewährleistet werden muß.

Am eindringlichsten macht diese Positivität des Rechts sich auf der Ebene der Gesetzgebung bemerkbar. Hier ist das auffällig Neue zu verzeichnen. Richterliche Entscheidungen über strittige Rechtsfragen sind seit alters her geläufig; daß auch das Recht selbst durch Entscheidung hergestellt werden kann, ist die große Errungenschaft, die es zu begreifen und zu verarbeiten gilt. Gleichwohl sind Rückwirkungen auf die Funktion und die Rolle des Richters nicht zu übersehen. Dieser kann, wenn alles Recht auf Entscheidungs-

senschaft 17 (1966), S. 271-296; ders., Positives Recht und Ideologie,, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 53 (1967), S. 531-571.

33 In der zeitgenössischen Literatur wird diese Neuerung z. B. reflektiert durch Wiederbelebung der an sich alten Unterscheidung von ius eminens und Gesetzgebung. Siehe z. B. Heinrich Zoepfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, Leipzig-Heidelberg 1863, Bd. II § 489, und bereits B. W. Pfeiffer, Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Bd. II, Hannover 1831, S. 290 f.

So aufschlußreich diese unmittelbaren Anpassungen der juristischen Dogmatik sind, so unzureichend bleibt die rechtstheoretische Verarbeitung der Positivität des Rechts. Die Frage nach dem Grund der Rechtsgeltung wird dadurch gelöst, daß man darauf verzichtet, sie zu stellen, und die Form der Rechtsbildung wird viel zu einfach und konkret vorgestellt - etwa in der Kategorie des Befehls (siehe John Austin, Lectures on Jurisprudence. Or the Philosophy of Positive Law 1861, Neudruck der 5. Aufl. London 1911, Bd. I, S. 86, 88), die weder den Selektionsmechanismus noch den Motivationsmechanismus des Rechts, geschweige denn den Zusammenhang beider klärt.

34 Und jetzt dient das gute alte Recht nicht mehr zur Begrenzung gesetzgeberischer Handlungen, sondern der schauerhafte Zustand des alten Rechts zur Entschuldigung gesetzgeberischer Unterlassungen: »The incongruity of such a mode of iegislating would strike all minds, were it not that our laws are already, as to form and

prozessen beruht, seinen eigenen Entscheidungsbeitrag ins Offene bringen und neu legitimieren. Er braucht ihn nicht länger als lediglich kognitiven Prozeß, als Erkenntnis und logische Folgerung darzustellen, sondern kann eigene normbildende Entscheidungsarbeit vertreten - vielleicht nicht ohne weiteres in der Form von Zugaben an eigenen Interessen, Standesvorurteilen, eigenem Willen oder Gefühl, wohl aber als Prozeß der Absorption von Ungewißheit und der Reduktion der Unbestimmtheit rechtlicher Entscheidungsprogramme, in dem sich logische Sprünge nicht vermeiden, aber auf kleine Schritte verteilen, »hermeneutisch« ausweisen und kontrollieren lassen.³⁵ Die Renaissance des »Richterrechts« in unseren Tagen ist ein durchaus systemadäquater Vorgang und nur auf dem Boden des positiven Rechts möglich.³⁶ Denn durch die Positivierung des Rechts ist die Entscheidungslast in einem Maße erweitert worden, daß sie verteilt werden und auch vom Richter mit übernommen werden muß.

Auch hieran wird deutlich, daß die Rechtspositivierung die Grundlage des Rechts ändert und dadurch das Recht im ganzen umstrukturiert. Sie läßt sich weder als Wegfall des naturrechtlichen Überbaus und als bloßes Übrigbleiben des *lex positiva* begreifen noch als bloß zusätzliche Einführung von Gesetzgebungsmöglichkeiten in ein schon bestehendes Normen- und Rollengefüge. Sie betrifft die Funktion des Rechts als Erwartungsstruktur der Gesellschaft.

IV.

Erwartungsstrukturen reduzieren die Komplexität der Möglichkeiten des Erlebens und Handelns soweit, daß sinnvolle Orientierung Fuß fassen kann. Ihre Funktion hat deshalb einen Doppelaspekt:

construction, such a chaos, that the confusion and contradiction seem incapable of being made greater by any addition to the mass«, urteilt John Stuart Mill, *Representative Government*, zit. nach der Ausgabe der *Everyman's Library*, London-New York 1954, S. 235.

35 Als eine Rechtstheorie aus dieser Sicht vgl. Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität: Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin 1966.

36 Daß im Selbstverständnis dieser Bewegung vielfach auf ältere Muster vorpositiver Rechtsordnungen, etwa auf den Richter des *common law*, zurückgegriffen wird, kennzeichnet sie als »Renaissance«, die ihren Stellenwert in einer neuen Konstellation nicht überblickt.

Sie besteht in einer Selektionsleistung, in einer Auswahl aus anderen Möglichkeiten, die als solche nicht problematisiert werden kann, weil das, den Reduktionseffekt, also die strukturierende Wirkung aufheben würde.³⁷ Um dieser Funktion willen kommt es zu jener normativen Fixierung, von der wir ausgegangen waren: zur Entschlossenheit, nicht zu lernen. Denn Lernen hieße nach anderen Möglichkeiten suchen.

Eine solche Verfestigung liegt nahe, sie ist von der Funktion her jedoch nicht unvermeidlich aufgegeben. Erforderlich ist, daß die Struktur in den Situationen, die sie strukturiert, nicht problematisiert wird. Das schließt nicht aus, daß sie in anderen Situationen - anderen Zeitpunkten, anderen Rollen, anderen Systemen - als problematisch behandelt wird, sofern nur für hinreichende Differenzierung gesorgt ist.³⁸ Das heißt: in einem hinreichend differenzierten System kann für dieselben Strukturen Nichtlernen und Lernen zugleich vorgesehen sein. Für das Recht wird eine solche Ordnung gleichzeitigen Nichtlernens und Lernens durch Positivierung erreicht. Positivierung des Rechts ermöglicht mithin eine widerspruchsvolle Behandlung von Strukturen auf der Grundlage von Systemdifferenzierung.

Über die technisch-organisatorische Realisierung dieser Errungenschaft und über ihre gesamtgesellschaftlichen Bedingungen werden wir uns weiter unten Gedanken machen müssen. Zunächst müssen wir ihre Vorteile und ihre Folgeprobleme deutlicher erkennen.

Eine immense Steigerung der Komplexität ist die unmittelbar augenfällige Folge. Sie wirkt sich in zwei Dimensionen aus: zeitlich und sachlich. Dadurch, daß Recht als änderbar institutionalisiert ist, wird es möglich, zeitlich verschiedenes Recht zu haben. Heute kann Recht gelten, das gestern nicht galt und morgen sicher,

37 Man kann die Funktion von Struktur deshalb auch als Ermöglichung *doppelter Selektivität* bezeichnen, nämlich einer Selektion durch Struktur und dann nochmals durch Erleben bzw. Handeln. Siehe auch Niklas Luhmann, *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 19 (1967), S. 615-644 (623 ff.).

38 Die vorherrschende Konzession lautet, daß Strukturen nur relativ invariant, nur vorläufig verfestigt, langfristig aber änderbar seien. Siehe z. B. Talcott Parsons, *Some Considerations on the Theory of Social Change*, in: *Rural Sociology* 26 (1961), S. 219-239. Das genügt jedoch nicht. Es gibt auch die Möglichkeit, Strukturen in einem System simultan als invariant und als variabel zu behandeln, nämlich für je verschiedene Rollen.

wahrscheinlich oder möglicherweise nicht gelten wird. Weite Bereiche des Rechts befinden sich in kontinuierlicher Revision. Diese laufende Überholung des Rechts beschleunigt sich selbst, weil immer mehr Änderungen immer mehr Anpassungen erfordern, und in manchen Rechtsgebieten scheint die Geltung nicht nur des geltenden, sondern auch des kurzfristig geplanten Rechts sich letztlich darauf zu stützen, daß tiefgreifende Reformen nicht sofort durchgeführt werden können." Das gute neue Recht kommt nicht so schnell. Das Recht gerät so auf legitime Weise in Fluß, es stellt sich auf eine rascher fließende Zeit ein.⁴⁰ Das führt nicht nur zu größerer Komplexität des nacheinander Möglichen, sondern steigert zugleich die sachliche Komplexität des Rechts: die Zahl juridifizierbarer Themen. Der regulative Zugriff des Rechts ist jetzt nicht mehr an den Nachweis gebunden, daß es schon immer so war, und dadurch werden viele neue Verhaltensweisen oder auch neue Aspekte an alten Verhaltensweisen rechtsreif: Trunkenheit im Straßenverkehr oder Prämien für die Vernichtung von Äpfeln, Verlängerung der Schulpflicht oder Einrichtung von Personalvertretungen im öffentlichen Dienst.

Mit solchem Gewinn an Komplexität entspricht das Recht einer komplexer werdenden Gesellschaft mit rascher sich ändernden Zuständen und umfassenderen Regelungsbedürfnissen, mit Folgeerscheinungen also, die im wesentlichen auf die funktionale Differenzierung des Gesellschaftssystems zurückgehen. Erst in der Neuzeit hat sich nach verschiedenen historischen Anläufen in großräumigen Gesellschaften eine Ordnung durchgesetzt, in der die primären Teilsysteme nicht »segmentiert« nach Familien, Häusern oder Stämmen, sondern nach Funktionen gebildet sind. Politik

39 So werden zum Beispiel gegenwärtig die Diplomprüfungsordnungen in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften überarbeitet, um größere *Einheitlichkeit* zu erreichen, obwohl gleichzeitig (!) längerfristige Überlegungen zur Studienreform anlaufen, die *grundlegende* Änderungen des Prüfungswesens nach sich ziehen sollen. Die Vereinheitlichung kann nicht warten, bis die Reform durchgeführt ist - und bei all dem geht es um Zeitspannen von wenigen Jahren. Ein heillooses Durcheinander kurzfristiger, mittelfristiger und langfristiger Änderungswellen ist dann kaum zu vermeiden, und als Dauerzustand bleibt nur die Arbeit an der Reform.

40 Hierzu anregend Hartwig Bülck, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht in nationaler und übernationaler Sicht, in: Staat und Wirtschaft im nationalen und übernationalen Recht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 22, Berlin 1964, S. 15-42 (31 ff.).

und Verwaltung, Wirtschaft, religiöses Handeln, Familie, Wissenschaft, Erziehungswesen usw. treten als verschiedene Sozialsysteme mit relativ hoher Autonomie nebeneinander. Dadurch erreicht die Gesellschaft eine neue Stufe der Komplexität.⁴¹ Die ausdifferenzierten Teilsysteme gewinnen durch Spezialisierung auf ihre besondere Funktion hohe Freiheiten - etwa in der religiösen Dogmenabstraktion und -interpretation, in der politischen Machtausübung und Rechtsänderung, in der finanziellen Disposition über Kapitalbildung, Investition und Konsum, in der wissenschaftlichen Forschung -, und diese Freiheiten sind nicht mehr durch gemeinsame Zielvorstellungen aufeinander abgestimmt. So entsteht ein strukturell erzeugter Überhang an Möglichkeiten. Die Gesellschaft wird überkomplex, da sie mehr Möglichkeiten konstituiert, als sie aktualisieren kann. Und sie braucht entsprechend wirksamere Selektionsmechanismen.

In dieser Lage wird es schließlich unumgänglich, auch die Selektivität von Erwartungsstrukturen noch unter Kontrolle zu bringen, das heißt strukturelles Lernen zu lernen. Das Problem kommt nicht allein aus den zunehmenden Koordinationsbedürfnissen einer »arbeitsteilig« organisierten Gesellschaft; es liegt allgemein in der Überlastung mit zu hoher Komplexität, die es erforderlich macht, mit variablen Strukturen und doppelter, also verstärkter, Selektivität zu leben. Für den Bereich normativer Erwartungen wird die Möglichkeit dazu durch Positivierung des Rechts geschaffen. Im Bereich kognitiver Erwartungen scheint die Hypothesisierung der Wahrheit die analoge Funktion zu erfüllen.⁴²

In der Entwicklung positiven Rechts und in der Ausnutzung der Chancen, die es bietet, stehen wir am Anfang. Ein Engpaß scheint

41 In den neueren soziologischen Evolutionstheorien wird deshalb zumeist entweder funktionale Differenzierung oder steigende Komplexität als Fortschrittskriterium angegeben. Siehe z.B. Geoffrey Vickers, *The Undirected Society: Essays on the Human Implications of Industrialization in Canada*, Toronto 1959; Talcott Parsons/Edward Shils/Kaspar D. Naegle/Jesse R. Pitts (Hrsg.), *Theories of Society: Foundations of Modern Sociological Theory*, New York 1961, Bd. I, S. 239-264; Joseph La Palombara (Hrsg.), *Bureaucracy and Political Development*, Princeton/N. J. 1963, insbes. S. 39 ff., 122 ff.; Shmuel N. Eisenstadt, *Social Change, Differentiation and Evolution*, in: *American Sociological Review* 29 (1964), S. 375-386.

42 Die Parallele ließe sich im Hinblick auf die hohen strukturellen Risiken und den Komplexitätsdruck im politischen System und im Wissenschaftssystem weiterverfolgen. Vgl. dazu Niklas Luhmann, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, in: *Jahrbuch für Sozialwissenschaft* 19 (1968), S. 147-170.

im Organisatorischen zu liegen. Die Organisation der rechtsetzenden und rechtsanwendenden Entscheidungsprozesse dürfte sich aber kaum nachhaltig verbessern lassen, **wenn** nicht die begriffliche Struktur der Entscheidungen neuen Erfordernissen der Abstraktion angepaßt wird.⁴³ Das wird ein jedenfalls langfristiger Prozeß sein, der um so schwieriger anlaufen wird, als die laufenden Erfahrungen immer wieder in den alten Kategorien anfallen. Die überlieferten Techniken juristischer Begriffsarbeit, Argumentation und Entscheidungsfindung sind auf vorgegebenes Recht von relativ geringer Komplexität abgestellt, auf eine begrenzte Zahl von Themen und Denkfiguren, deren richtiger Gebrauch fachlich-kollegialer Kontrolle unterliegt. Für den Gesetzgeber stehen sie gleichsam als fertige Subroutinen zur Verfügung, die nach Bedarf eingesetzt und umgesetzt werden können. Eine solche Verwendung zur Entlastung und Integration gesetzgeberischer Arbeit stellt jedoch neuartige Anforderungen, in deren **Lichte** die überlieferte juristische Begrifflichkeit überarbeitet werden müßte.

Statt dessen scheint ein neuartiger Konservatismus aus Komplexität das Recht zu ergreifen. Man kann eine ziemlich inkohärente - genauer gesagt: nur durch Anknüpfung an den Status quo koordinierte - Praxis laufender Änderungen von Details beobachten, die vor strukturell weittragenden Rechtsänderungen zurückschreckt, weil niemand die Konsequenzen überblicken kann.⁴⁴ Die Chancen der Positivität des Rechts bleiben damit weitgehend ungenutzt, und man muß zugeben, daß das auf nahe Sicht unvermeidlich ist. Um so mehr ist es angebracht, die Positivität des Rechts in einer Weise zu denken, die solchen Hindernissen gerecht werden kann, zugleich aber darüber hinausblickt und die organisationstechnisch, die politischen wie auch die allgemeinen gesellschaftlichen Bedingungen der Positivierung des Rechts anzugeben vermag.

43 Dieser Zusammenhang von Organisation und Entscheidung ist heute namentlich in der Betriebswirtschaftslehre eine akzeptierte, wenn auch bei weitem nicht beherrschte Einsicht. Siehe statt anderer Horst Albach, Zur Theorie der Unternehmensorganisation, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung II (1959), S. 238-259.

44 Dieser Einstellung verleiht Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967, einen typischen Ausdruck und den Ehrentitel der Vernunft. Ein symptomatischer Einzelbeleg sind die Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages über die Frage einer Kodifikation des allgemeinen Teiles des Verwaltungsrechts.

V.

Die zeitlichen, sachlichen und sozialen Bedingungen der Generalisierung von Verhaltenserwartungen hängen zusammen. Daher ist zu erwarten, daß die Steigerung der Komplexität des Rechts in zeitlicher und in sachlicher Hinsicht in der Sozialdimension Probleme aufwirft. Die Frage ist, 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. Natürlich kann nicht im entferntesten davon die Rede sein, daß positives Recht durch faktischen Konsens gedeckt sei: daß jedermann jederzeit jede jeweils geltende Vorschrift billige. Die Grenzen des faktischen Konsenses können indes durch »Institutionalisierung«, nämlich durch Unterstellung von Konsens, ausgeweitet werden. Auch die Institutionalisierung des positiven Rechts bereitet jedoch Schwierigkeiten, die als Frage nach der *Legitimität* des positiven Rechts bewußt geworden sind. Auf diese Frage kennt die heutige Soziologie keine überzeugende Antwort.

Der gängige Legitimitätsbegriff übernimmt aus der Tradition die Vorstellung höherer Werte oder Prinzipien des Rechts und transponiert sie ins Empirische: Legitimität beruhe auf dem faktischen Glauben an die Werte oder Prinzipien, auf denen das Recht beruhe⁴⁵. So kann jedoch die Frage nach der Legitimität der reinen Legalität nicht gestellt, geschweige denn beantwortet werden;⁴⁶ geht es doch gerade um Legitimation des Wechsels der Gesichtspunkte. Außerdem ist der Rückgriff auf einen Konsens des Glaubens fragwürdig, wenn es doch darum geht, ein Überziehen der faktischen Konsensbasis zu erklären.

45 Vgl. z. B. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln-Berlin 1964, S. 22 ff., 157 ff.; Seymour M. Lipset, *Soziologie der Demokratie*, Neuwied-Berlin 1962, S. 70 ff.; Carl J. Friedrich, *Man and His Government*, New York 1963, S. 232 ff.; David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, New York 1965, S. 278 ff.

46 Daß hier ein Problem liegt, wird in kritischen Auseinandersetzungen mit Max Weber immerhin gesehen und teils als inhärente Instabilität der rein formalen Legalität aufgefaßt - so Talcott Parsons, *The Social System*, Glencoe/Ill. 1951, S. 268 -, teils auf eine noch ausstehende Klärung der eigentlich legitimierenden Mechanismen zurückgeführt - so Easton a.a.O. S. 301 f. (Anm.). Vgl. ferner Peter M. Blau, *Critical Remarks on Weber's Theory of Authority*, in: *The American Political Science Review* 57 (1963), S. 305-316.

Greift man auf den abstrakteren Begriff der *Institutionalisierung* zurück, lassen sich zwei Erfordernisse der Generalisierung von Konsens prägnanter fassen: die Notwendigkeit von unterstelltem, mehr oder weniger fiktivem Konsens und die soziale Isolierung derjenigen, die sich offen als abweichend bekennen. Es scheint, daß beide Wirkungen durch Beteiligung an **Entscheidungsprozessen** in der Form von *Verfahren* erreicht werden können: in Verfahren der Wahl, der **parlamentarischen** Debatte und in Gerichtsverfahren.⁴⁷ Solche Verfahren haben die Beweglichkeit von fallweise veranstalteten Sondersystemen mit je verschiedenen für sie relevanten Entscheidungsprämissen, und sie engagieren den, der sich beteiligt, durch Implikationen seiner Rolle und seiner Selbstdarstellung: Er muß sich als vernünftig, verträglich usw. darstellen, muß die Streitpunkte spezifizieren und manövriert sich so in eine Situation, in der er schließlich die Entscheidung hinnehmen muß oder jedenfalls keine breite soziale Front gegen sie organisieren kann. Verfahren dienen nicht nur der Produktion von Entscheidungen, sondern gleichlaufend auch der Absorption von Protesten. In dem Maße, als eine solche »Legitimation durch Verfahren« gelingt, legitimiert das politische System sich und das von ihm geschaffene Recht selbst: durch eigene Einrichtungen und Veranstaltungen. Seine Legitimität wird von gesellschaftlich durchgehend institutionalisierten Wertvorstellungen unabhängiger. Auch auf die Indoktrination einer für alle Lebensbereiche gültigen Ideologie kann dann verzichtet werden. Die Tragbarkeit so hoher gesellschaftlicher Autonomie des politischen Systems scheint unabdingbare Voraussetzung voller Positivierung des Rechts zu sein. Denn nur unter dieser Voraussetzung können *samtliche* Rechtszumutungen der Gesellschaft in **Entscheidungsprozessen** des **politischen** Systems gefiltert werden, bevor sie bindende Kraft erhalten.

VI.

Eine weitere organisatorische Vorkehrung bezieht sich auf die Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Wenn Recht positiviert werden soll, muß beides als Entscheidungsprozeß orga-

⁴⁷ Zu Einzelheiten: Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin 1969.

nisiert werden. Es müssen Rollen für Rechtsetzung und Rollen für Rechtsanwendung geschaffen werden, in denen sich entscheidende Personen nach bestimmten Regeln einigermaßen erwartbar verhalten. Das scheint weitgehend unproblematisch zu sein und vertrauten Wirklichkeiten zu entsprechen. Das Problem liegt in der Auffassung dieser Differenz - genauer gesagt darin, was in ihr als »Recht« identisch durchgehalten werden muß.

Für die traditionelle rechtswissenschaftliche Betrachtungsweise ist die Inhaltsgleichheit des gesetzten und des angewandten Rechts selbstverständliches Postulat: Das Recht soll genau so angewandt werden, wie es gesetzt ist. Daran hat sich nichts Grundsätzliches geändert, auch wenn man heute hervorhebt, wie unbestimmt Gesetze gefaßt sein müssen und wie groß demzufolge richterliche Freiheiten der Interpretation sind. In der Tat ist eine Transmission von identisch gehaltenen Entscheidungsprämissen aus der Ebene der Rechtsetzung in die Ebene der Rechtsanwendung notwendig. Die Trennung jener Rollen hätte ohne diese Verbindung keinen Sinn. Und doch kann kein Zweifel sein, daß Sinn und Funktion dieser Differenzierung von Rollen und Entscheidungsprozessen so nicht begriffen werden können. Dazu gehört auch das Begreifen ihrer Nichtidentität.

Durch strukturelle Variabilität steigert sich, wie wir gesehen haben, die Komplexität des Rechts ins Unabsehbare. Das schließt es aus, die Reduktion dieser Komplexität in einem Arbeitsgang zu vollziehen. Vielmehr müssen zwei prinzipiell verschiedenartige Entscheidungsprozesse eingesetzt werden, von denen der eine unter unbestimmter, übermäßig hoher Komplexität, der andere unter schon stark reduzierter Komplexität operiert. Die Erfordernisse dieser Differenzierung gehen weit über das hinaus, was in die Form eines Unterschieds von »allgemeinen« und »besonderen« Entscheidungsinhalten gefaßt werden könnte.⁴⁸ Sie beziehen den gesamten sozialen Kontext und auch die Kriterien des Entscheidens ein.

In Anlehnung an neuere organisationswissenschaftliche Konzeptionen kann man diese Differenzierung als *Trennung von programmierendem und programmiertem Entscheiden* bezeichnen.⁴⁹ Die

48 Das richterliche Urteil kann also nicht zutreffend als eine Art von Gesetz, als quasi quaedam particularis lex in aliquo particulari facto begriffen werden, wie Thomas von Aquino, Summa Theologiae II, II qu. 67 a. 1 meinte.

49 Diese Unterscheidung ist namentlich von Simon herausgearbeitet und über das

Programmierung des Rechts erfolgt letztlich (das heißt: soweit sie nicht selbst schon programmiert ist) unter so hoher Komplexität, daß zureichende Information und kontrollierbare Richtigkeit des Entscheidens praktisch ausgeschlossen sind. Der Nachweis der Richtigkeit muß auf dieser Ebene gleichsam hypothetisch geführt werden und abgesichert werden durch die Möglichkeit einer Änderung für den Fall besseren Wissens. Drastische Reduktionsweisen - etwa durch Anlehnung an bestimmte gesellschaftliche Interessen, ideologische Werturteile oder politische Freund-Feind-Schematisierungen - sind unvermeidlich. Die Rationalität des Entscheidens in dieser Lage kann deshalb nicht durch feststehende und auslegbare Normen oder Zwecke gewährleistet werden - das würde deren Programmierung ja voraussetzen; sie beruht auf besonderen systemstrukturellen Bedingungen, die eingehend erforscht werden müßten. Zu ihnen gehören vermutlich: (1) eine Vermeidung der »Versäulung«⁵⁰ von Interessenkonflikten, (2) eine hinreichend mobile, opportunistische Wertebefriedigung, die sich nicht an starren, sondern an wechselnden, also widerspruchsvollen Präferenzen orientiert, und (3) eine Institutionalisierung des politischen Konflikts als eines zulässigen, systemgerechten, begrenzten und regulierten Normalvorgangs.

Demgegenüber ist im Bereich des programmierten Entscheidens Rationalität im Sinne einer feststellbaren und nachprüfaren Übereinstimmung mit vorgegebenen Kriterien möglich. Damit ist auch hohe Konsistenz des Entscheidens erreichbar, die durch die Identität der Programme vermittelt wird. Entsprechend hat die Entscheidungsfindung und -begründung wie auch die Kritik des Entscheidens hier einen anderen Stil. In der Perspektive dieses program-

Gebiet der Computertechnik hinaus verallgemeinert worden. Vgl. für besonders prägnante Formulierungen Herbert A. Simon, *Recent Advances in Organization Theory*, in: *Research Frontiers in Politics and Government*, Washington 1955, S. 23-44. Später hat Simon die Unterscheidung allerdings zur Annahme eines Kontinuums mehr oder weniger programmierten Verhaltens abgeschwächt. Vgl. Herbert A. Simon, *The New Science of Management*, New York 1960, S. 5 ff. (Dt. Übers. in: Ders., *Perspektiven der Automation für Entscheider*, Quickborn 1966, S. 69 ff.).

50 Dieser Begriff und gute Illustrationen dafür stammen aus der niederländischen Soziologie. Vgl. J. P. Kruijt/W. Goddijn, *Versäulung und Entsäulung als soziale Prozesse*, in: Joachim Matthes (Hrsg.), *Soziologie und Gesellschaft in den Niederlanden*, Neuwied 1965, S. 119-149. Zum gleichen Problem siehe auch Lipset a.a.O. (1962), S. 18 f., 81 ff.

mierten Entscheidungsprozesses werden die Programme als Prämissen übernommen und nicht mehr problematisiert. Das im Zweifelsfalle notwendige Nachvollziehen der programmierenden Entscheidung nimmt den Charakter der Auslegung und der Reduktion auf schon Bekanntes an; es vermeidet eine Reaktualisierung der Probleme gesetzgeberischer Entscheidung.

Nach diesen Überlegungen können wir das Problem dieser Differenzierung des Entscheidungsprozesses deutlicher sehen: Die Identität des normativen Entscheidungsprogramms, die durch Worte festgelegt ist, hat im Erlebnishorizont beider Entscheidungsprozesse einen je verschiedenen Sinn. Sie ist für den programmierenden Gesetzgeber vorläufige Lösung eines Problems, die vor anderen erwogenen Lösungen den Vorzug verdient. Für den programmierten Entscheidenden ist sie die Bedingung, unter der er eine richtige Entscheidung finden und darstellen kann, selbst wenn niemand weiß, ob das Programm selbst richtig ist.

Diese Differenzierung, die sich unter dem Gesichtspunkt des Abarbeitens sehr hoher Komplexität empfiehlt, hat zugleich eine wesentliche Funktion für den Einbau von Lernmöglichkeiten in das Recht. Sie trennt diejenigen Prozesse, die unter Festhalten normierter Erwartungen Enttäuschungen verarbeiten, von denen, in denen gelernt wird, und ermöglicht damit *enttäuschungsfreies Lernen*. Die Darstellung des geltenden Rechts, das Durchhalten und Sanktionieren normativer Erwartungen, der Ausdruck der Entschlossenheit, vom Rechtsbrecher nicht zu lernen, wird im Bereich des programmierten Entscheidens, vor allem in der Justiz, gepflegt. Der Richter hat sich, soweit normierte Erwartungen verletzt werden, enttäuscht, nicht lernend, zu verhalten. Dem Gesetzgeber erscheinen dagegen die Fakten in anderem Licht. Er kann die Realwirkung der Normen, ihre Nichtbefoligungsquote, ihre Dysfunktionen, die Verhaltenskonflikte, in die sie führen, und die Ersatzhandlungen, die sie auslösen, ohne Entrüstung zur Kenntnis nehmen. Er darf die Bereitschaft zeigen, seine Erwartungen zu korrigieren. Er ist der Adressat für Änderungswünsche, die Instanz für institutionalisiertes Lernen im Recht.

Über Lernfähigkeit sozialer Systeme gibt es noch kaum angemessene Forschung." Ein abschließendes Urteil über Chancen und

Grenzen des Lernens im Bereich des Rechts kann schon deshalb nicht verantwortet werden. So viel ist jedoch offensichtlich, daß Institutionen, die das Festhalten normativer Erwartungen und eine entsprechende Technik des Umgehens mit Enttäuschungen prämiieren, die Lernmöglichkeiten blockieren, daß deshalb im Bereich des programmierten Entscheidens Innovation unterdrückt oder zumindest nicht mitdargestellt wird" und daß deshalb eine funktionale Differenzierung von Mechanismen der Enttäuschungsabwicklung und Mechanismen des Lernens unabdingbare Voraussetzung dafür ist, daß die hohe Flexibilität positiven Rechts im Sinne einer laufenden Anpassung an die Gesellschaftsentwicklung genutzt werden kann.

VII.

Man kann es als allgemeine Regel gesellschaftlicher Entwicklung ansehen, daß besondere, unwahrscheinliche Leistungen - in unserem Fall also: Lernen im Bereich normativer Erwartungen - funktionale Differenzierung voraussetzen. Die Differenzierung von programmiertem und programmierendem Entscheiden und die Differenzierung von Enttäuschungsabwicklung und Lernen beziehen sich auf die Struktur des Rechtsentscheidungsprozesses selbst. Daneben ist dessen Ausdifferenzierung aus dem Gesamtgefüge gesellschaftlicher Normen und Entscheidungsprozesse zu beachten." Ausdifferenzierung heißt, daß die rechtlichen Normen und Entscheidungsprozesse ihrer Funktion entsprechend als erkennbare besondere Strukturen und Prozesse verselbständigt werden. Es ist heute üblich, das Recht von anderen sozialen Normen wie

Vincent Cangelosi/William R. Dill, *Organizational Learning: Observations Toward a Theory*, in: *Administrative Science Quarterly* 10 (1965), S. 175-203. Daneben gibt es die für unser Problem wenig ergiebigen Forschungen über günstige soziale Bedingungen individueller (also rein psychologisch begriffener) Kreativität.

52 Dazu ist bemerkenswert, daß Paolo Farneti, *Problemi di analisi sociologica del diritto*, in: *Sociologia* 1961, S. 33-87 (67 ff.), gerade der Rechtssoziologie die Aufgabe stellt, die durch die Jurisprudenz verdeckte latente Innovationsleistung auch des programmierten Entscheidens herauszuarbeiten. Im übrigen ist jedoch auch für Farneti die Differenzierung jener beiden Entscheidungsebenen Grundlage der Rechtssoziologie.

53 Innendifferenzierung und Ausdifferenzierung bedingen, wie hier nicht näher

Brauch, Sitte und höheren Formen der Moral typmäßig nach besonderen Merkmalen zu unterscheiden." Die Möglichkeit solcher Differenzierungen ergibt sich erst im Laufe der gesellschaftlichen Entwicklung, die volle gedankliche Trennung von Recht und Moral zum Beispiel hat sich erst im Laufe des 18. Jahrhunderts eingebürgert. Auf der Basis des breiten, diese Unterscheidung übergreifenden Rechtsbegriffs, den wir verwenden, muß diese Entwicklung als Ausdifferenzierung spezifisch positiven Rechts aus einer breiter angelegten moralisch-rechtlichen Normenordnung gesehen werden, und die Vermutung liegt auf der Hand, daß diese Ausdifferenzierung **und** Spezialisierung des Rechts im Zusammenhang mit der Positivierung und um ihretwillen erfolgt ist.

Wenn unsere Annahme zutrifft, daß es bei der Positivierung des Rechts um strukturelle Variabilität und Lernfähigkeit im Bereich normativer Erwartungen geht, ist zu vermuten, daß die zentralen Merkmale der Ausdifferenzierung positiven Rechts auf dieses Problem hoher Komplexität und Änderbarkeit Bezug haben müssen. In der Tat erfolgt die Absonderung des positiven Rechts von anderen Normen mit Hilfe von Kriterien, die genau dies leisten: mit Hilfe der Absicherung durch *physische Gewalt* und mit Hilfe von *konditionaler Programmierung*.

Die physische Erzwingbarkeit ist ein seit langem diskutiertes Unterscheidungskriterium des Rechts." Weder in der Rechtstheorie noch in der Machttheorie ist jedoch die Bedeutung dieses Kriteriums zureichend geklärt worden. Gemeinhin begnügt man sich mit der Vorstellung, daß Zwang die Durchführung des Rechts (bzw. des Willens des Machthabers) mit hoher Wahrscheinlichkeit sicherstelle. Dabei kommt jedoch die Struktur dieser Sicherstellung

ausgearbeitet werden kann, sich wechselseitig, da die Innendifferenzierung Anforderungen an das System stellt, die nicht für die gesamte gesellschaftliche Umwelt gelten können. Als Ausarbeitung dieses Gedankens für den Bereich des politischen Systems der Gesellschaft siehe Niklas Luhmann, Soziologie des politischen Systems, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 20 (1968), S. 705-733.

54 Siehe statt anderer Rene König, Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme, in: Ernst E. Hirsch/Manfred Rehinder (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Sonderheft 11 der *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Köln-Opladen 1967, S. 36-53.

55 Siehe z. B. Jeremias Bentham, *Principien der Gesetzgebung*, Dt. Übers. Köln 1833, Neudruck Frankfurt 1966, S. 83 ff.

nicht ausreichend zur Sprache - weder die spezifischen Eigenarten, durch die sich diese Machtquelle von anderen unterscheidet, noch der auffallende Sachverhalt, daß weder Macht noch Recht sich auf unmittelbare physische Selbstdurchsetzung stützen können, sondern gerade auf dem Unterlassen des Gebrauchs dieser Möglichkeit beruhen.

Sieht man genauer zu, dann zeigt sich, daß das Unterlassen der möglichen Anwendung physischer Gewalt sich im Vergleich zu anderen Einflußformen durch eine seltene Kombination dreier Vorzüge auszeichnet: Physische Zwangsmittel sind *universeller verwendbar* als andere Machtquellen, nämlich weitgehend indifferent gegen Zeitpunkt, Situation, Subjekt und Thema der Handlung, die motiviert werden soll. Sie haben eine *sehr hohe, gut abschätz-bare Belastungsgrenze*, das heißt, die Grenze liegt erkennbar hoch, an der der Betroffene sich nicht mehr fügt, sondern sich auf einen ungünstigen, vielleicht aussichtslosen Kampf einläßt. Und sie sind von *Systemstrukturen* weitgehend unabhängig, da sie nur überlegene physische Kräfte, nicht aber bestimmte Statusordnungen, Gruppenzugehörigkeiten, Traditionen, Rollenzusammenhänge, Informationsverteilungen oder institutionalisierte Wertvorstellungen voraussetzen.⁵⁶ Der Abstraktionsgrad dieser »Vermeidungsalternative« physischer Zwang liegt so günstig, daß sie höhere Selektionsfreiheiten, höhere Sicherheiten und höhere strukturelle Mobilität *zugleich* gewährleisten kann. Andere Machtquellen - etwa Macht auf Grund des Besitzes diskreditierender Informationen, Macht auf Grund funktionaler Interdependenz, Macht auf Grund Überlastung anderer usw. - sind in allen oder doch einigen dieser Hinsichten unterlegen.

Wie diese Überlegung zeigt, beruht die Assoziation von positivem Recht und Zwang nicht auf der unmittelbaren Kausalität des Zwingens, sondern auf den höheren Freiheitsgraden, die Zwangsmöglichkeiten bieten. Nur mit Hilfe von Macht, die diese Basis hat, kann Recht jenen Variationsspielraum und jene innere Unabhängigkeit von konkret vorgegebenen Institutionen erreichen, die eine Positivierung ermöglicht. Zugleich ergeben sich aus diesem Zuschnitt des Rechts auf zwangsweise durchsetzbare Erwartungen

56 Daß ein spezialisierter Erzwingungsapparat - Militär oder Polizei - als soziales Teilsystem der Gesellschaft Eigengesetzlichkeiten entwickelt, ist eine andere Frage, die vergleichsweise geringere Bedeutung hat.

merkliche Grenzen der Juridifizierbarkeit gesellschaftlicher Normvorstellungen.⁵⁷ Und trotzdem: Obwohl weite Bereiche normativer Erwartungen auf Rechtsqualität verzichten müssen, ermöglicht die Erzwingbarkeit eine immense Steigerung rechtlicher Regelungsfähigkeit gesellschaftlicher Tatbestände.⁵⁸

Weniger bewußt geworden ist eine zweite Eigenschaft positiven Rechts: seine *konditionale Programmierung*. Im Laufe der neuzeitlichen Rechtsentwicklung ist das explizit formulierte Recht durchgehend auf die Form eines konditionalen Programms gebracht worden, und das gilt auch dann, wenn Normen aus sprachlichen, darstellungsmäßigen oder Vereinfachungsgründen anders artikuliert werden. Das Recht ist seiner Struktur nach nicht mehr einfache Verhaltenserwartung und nicht mehr Vorformulierung eines guten Zieles, durch dessen Aktualisierung das Handeln sein Wesen verwirklicht, sondern es wird als konditionales Entscheidungsprogramm gesetzt, das die Bedingungen angibt, unter denen bestimmte Entscheidungen zu treffen sind.⁵⁹ Es bringt damit »Tatbestand« und »Rechtsfolge« in einen Wenn-Dann-Zusammenhang, dessen Vollzug Prüfung und Selektion, also Entscheidung, voraussetzt. Ein solches Programm hat je nach Adressat ein verschiedenes Gesicht. Für den Handelnden lautet es: Wenn die Bedingungen X gegeben sind, darfst du (bzw. darfst du nicht bzw. darfst du nicht nicht) x handeln. Für den Richter lautet es: Wenn der Tatbestand X und x nachgewiesen wird, entscheide y; wenn der Tatbestand X und nicht-x nachgewiesen wird, entscheide z.

Warum wird diese umständliche Form gewählt und an die Stelle einer konkreten Vorstellung guten und schlechten Handelns gesetzt? Die Gründe dafür lassen sich unter drei Gesichtspunkten zusammenfassen:

57 Für eine Unterscheidung verschiedener Grenzen der Juridifizierbarkeit, die aus dieser Erzwingbarkeitsbedingung folgen, siehe Roscoe Pound, *The Limits of Effective Legal Action*, in: *International Journal of Ethics* 27 (1917), S. 150-167.

58 Ein strukturell genau analog erzeugter Effekt ist im Bereich des Wissens, also der kognitiven Erwartungen, zu beobachten: Die scharfe *Einschränkung der Wahrheitsfähigkeit* gesellschaftlich relevanter Themen durch die Wahrheitsbedingungen der neuzeitlichen Wissenschaft hat eine immense *Erweiterung* wahren Wissens ermöglicht. Dazu kurz Niklas Luhmann, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, in: *Jahrbuch für Sozialwissenschaft* 19 (15*68), S. 147-170.

59 Hierzu näher: Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Berlin 1966, S. 35 ff. Bereits Max Weber hatte diesen Wandel in seinen Grundzügen gesehen und ihn (nicht

1. Ein Vorteil liegt darin, daß die Ersetzung einer einfachen Verhaltenserwartung durch eine bewußt binäre Struktur *Variationsmöglichkeiten* eröffnet.⁶⁰ Man kann die Bindung des Handelns an die Situation damit lockern. Man kann entweder das vorgeschriebene, erlaubte oder verbotene Handeln mit all dem, was an Folgen daran hängt, festhalten und die Situation oder einzelne ihrer Auslösebedingungen variieren; oder man kann die als Auslöser definierte Situation festhalten und das programmäßig ausgelöste Handeln modifizieren, also der gleichen Situation andere Wirkungen geben. Dadurch eignet sich das Konditionalprogramm als Scharnier, das zwei oder mehr unabhängig voneinander variable Systeme verbinden und ihren Veränderungen angepaßt werden kann. So können z. B. alle staatlichen Förderungsprogramme auf **Seiten** der Bedingungen der Bedarfsentwicklung, auf **Seiten** der Maßnahmen der Konjunkturentwicklung angepaßt werden.

2. Neben dieser Elastizität ist die *Technisierbarkeit* des Konditionalprogramms hervorzuheben. Darunter soll hier in Anlehnung an Husserl die Entlastung vom aktuellen Vollzug sinnhafter Verweisungen verstanden werden.⁶¹ Konditionalprogramme sind im Grenzfalle Algorithmen und dann automatisierbar. Aber auch wenn dieser Grad an Entlastung des Entscheidens nicht erreichbar ist, erlaubt das Konditionalprogramm dem Entscheidenden wesentliche Vereinfachungen: Er braucht nur die im Programm vorgezeichneten Informationen, also nur einen engen Ausschnitt aus der relevanten Vergangenheit zu prüfen.⁶² Und er braucht die

sehr glücklich) als Übergang von primär materialen (inhaltlich-ethischen oder militärischen) zu primär formalen (begrifflich präzisierten, verfahrensmäßig optimal praktikablen) Rechtsqualitäten gekennzeichnet. Vgl. Rechtssoziologie (hrsgg. von Johannes Winckelmann), Neuwied 1960.

60 Das gilt im übrigen für die neuzeitliche Auslegung des Handelns als Bewirken von Wirkungen schlechthin und im besonderen auch für das Zweck/Mittel-Schema.

61 Vgl. Edmund Husserl, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, Husserliana, Bd. VI, Den Haag 1954. Siehe ferner Hans Blumenberg, *Lebenswelt und Technisierung unter den Aspekten der Phänomenologie*, Turin 1963, mit dem einem Konditionalprogramm besonders nahekommen den Beispiel einer Reduktion menschlichen Handelns auf Auslöser-Funktion (S. 20 ff.).

62 Immerhin bleibt in dieser Form der Vergangenheitsbezug des Rechts erhalten und dominiert die Zukunft. Aber es handelt sich anders als bei traditionalem Recht um eine selektiv erfaßte Vergangenheit, deren Relevanz durch Umprogrammierung geändert werden kann.

realen Folgen seiner Entscheidung in der Zukunft weder zu ermitteln noch in ihrer Wahrscheinlichkeit abzuschätzen noch vergleichend zu bewerten.⁶³ In dieser Entlastung von Folgenverantwortung liegt eine Voraussetzung richterlicher Unabhängigkeit⁶⁴ und eine Bedingung der Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes. Sie setzt als Korrektiv aber voraus, daß die programmierenden Entscheidungsprozesse sich primär an Zweckgesichtspunkten orientieren.⁶⁵

3. Ein letzter Leistungsgesichtspunkt ist *Ersparnis von Kommunikation*. Durch konditionale Programmierung wird der vertikale Kommunikationsweg von Einzelfallanweisungen entlastet.⁶⁶ Das Programm kann generell aufgestellt und mitgeteilt werden ohne genaue Voraussicht von Zahl und Details der Anwendungssituationen. Die Möglichkeit, Entscheidungen auszulösen, wird dann auf den verlagert, der die entsprechenden Informationen besitzt. So kann trotz immenser Zunahme der Kommunikationslast die zen-

63 Darauf haben namentlich skandinavische Rechtssoziologen hingewiesen und darin einen wesentlichen Unterschied von juristischen und wissenschaftlichen oder planerischen Entscheidungsprozessen herausgearbeitet. Vgl. Vilhelm Aubert/Sheldon L. Messinger, *The Criminal and the Sick*, in: *Inquiry* 1 (1958), S. 137-160; Vilhelm Aubert, *Legal Justice and Mental Health*, in: *Psychiatry* 21 (1958), S. 101-113, beides neu gedruckt in: Vilhelm Aubert, *The Hidden Society*, Totowa/N. J. 1965; ders., *The Structure of Legal Thinking*, in: *Legal Essays*, Festschrift til Frede Castberg, Kopenhagen 1963, S. 41-63; Torstein Eckhoff/Knut Dahl Jacobson, *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-making*, Kopenhagen 1960. Auf ähnlicher Linie scheint es nach langem Dominieren der »Interessenjurisprudenz« zu einer Wiederentdeckung der Vorteile »begriffsjuristischer« Argumentation zu kommen. Ansätze dazu bei Klaus Zwingmann, *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1966, S. 122 ff., 130 ff. Natürlich muß diese Entlastung nicht nur aus der Logik des Entscheidungsprozesses folgen, sondern auch institutionalisiert sein: Der Richter darf für politische, wirtschaftliche, psychische, familiäre Folgen seiner Entscheidung nicht verantwortlich gemacht werden, zum Beispiel nicht Vorwürfe bekommen, wenn infolge einer arbeitsrechtlichen Entscheidung ein Streik ausbricht, wenn die Frau des Verurteilten sich scheiden läßt usw.

64 Siehe dazu Torstein Eckhoff, *Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence*, in: *Scandinavian Studies in Law* 9 (1965), S. 11-48.

65 Allgemein wäre ein Vergleich von Konditionalprogrammen und Zweckprogrammen unter dem Gesichtspunkt der Technisierbarkeit interessant. Entgegen der geläufigen Auffassung, die das Technische eng mit dem Zweck/Mittel-Schema assoziiert, lassen die Schwierigkeiten der betriebswirtschaftlichen Entscheidungstheorie und der Computer-Technologie mit den Begriffen Zweck und Mittel vermuten, daß Konditionalprogramme besser technisierbar sind.

66 Vgl. Niklas Luhmann, *Lob der Routine*, in: *Verwaltungsarchiv* 55 (1964), S. r-33

trale Steuerung und Kontrolle des Entscheidungssystems beibehalten werden.

Alles in allem bietet die Form des Konditionalprogramms jene Engpaßerweiterungen, die für eine wesentliche Steigerung der Komplexität des Rechts durch Positivierung unbedingt erforderlich sind: Variabilität, Entlastung von Anforderungen an individuelle Aufmerksamkeit und Entlastung der strategischen Punkte des Kommunikationsnetzes. Ähnlich wie im Falle der physischen Gewalt können diese Errungenschaften nicht allein als Befriedigung eines gestiegenen Bedürfnisses nach Sicherheit und Berechenbarkeit der Rechtsdurchsetzung begriffen werden. Wir hatten bereits oben die Vermutung geäußert, daß dies Bedürfnis sekundär ist gegenüber dem Bedürfnis nach Gewißheit des Erwartens selbst, und finden das hier mittelbar bestätigt. Das Recht wird positiviert, um höhere Komplexität und adaptives Lernen im Bereich normativer Erwartungen zu ermöglichen. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit - wie übrigens auch das Thema⁶⁷ - tritt erst als Folge der Rechtspositivierung auf - nämlich als Folge der Tatsache, daß der einzelne sich jetzt nicht mehr nur durch rechtlich unerlaubtes, sondern auch durch Rechtsänderung, also durch rechtlich erlaubtes Handeln anderer, bedroht fühlen muß.

VIII.

Unbestreitbar sind die Risiken groß, die eine Gesellschaft mit der Positivierung ihres Rechts eingeht. Das kann man vielleicht von jeder evolutionären Errungenschaft sagen, die der Gesellschaft höhere Anpassungsfähigkeiten vermittelt⁶⁸ - auch zum Beispiel von politischer Demokratie, Marktwirtschaft, passionierter Liebe oder freier wissenschaftlicher Forschung. Im Falle der Positivierung des Rechts wird die »Riskiertheit« der Struktur offensichtlich, handelt es sich doch um nichts anderes als um *Institutionalisierung der*

(22 ff.); oder ders., *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin 1964, S-97 «.

67 Vgl. hierzu Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem: Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Stuttgart 1969.

68 Vgl. hierzu Talcott Parsons, *Evolutionary Universals in Society*, in: *American Sociological Review* 29 (1964), S. 339-357.

Beliebigkeit von Rechtsänderungen. Vor diesem Anblick schrecken der Jurist und die Rechtstheorie begrifflicherweise zurück. Aber ihre Abhilfen: die Wiederbelebung eines Naturrechts ohne Natur⁶⁹ oder der rein juristische Glaube an *verfassungsgesetzliche* (!) Änderungsverbote sind hoffnungslos inadäquat.

Gewiß kann mit juristischen Techniken die Gefahrenschwelle etwas höher gemauert werden. Neben der Erfindung höherrangigen Verfassungsrechts, das nur unter erschwerten Bedingungen oder überhaupt nicht geändert werden darf, ist vor allem die Erfindung subjektiver Rechte zu nennen, die gegen den Staat geltend gemacht werden und, obwohl sie auf positivem Recht beruhen, nur gegen Entschädigung entzogen werden können. Dazu kommt der Aufbau einer staatlichen Gerichtsbarkeit für Fälle rechtswidrigen Verhaltens staatlicher Organe.⁷⁰ Nicht zufällig haben im Begriff des Rechtsstaates die beiden Aspekte der Verfassung und des Rechtsschutzes gegen den Staat zentrale Bedeutung gewonnen. Das Funktionieren dieses Rechtsstaates setzt jedoch das normale Funktionieren des politischen Systems voraus und kann daher die Politik weder ersetzen noch eliminieren.⁷¹ Rechtsschranken sind Hemmungen innerhalb des politischen Systems, deren Belastbarkeit nicht überschätzt werden darf. Sie halten nur stand, solange sie durch eine öffentliche Meinung gedeckt sind, die Vorstößen ins Rechtswidrige oder Vorschlägen der Änderung tragender Rechtsinstitutionen keine Chance eines politischen Erfolges gibt.⁷²

69 Vgl. dafür Hans Welzel, *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, Bonn 1963.

70 Daraus allein kann man kaum den Schluß ziehen, daß es im Laufe der gesellschaftlichen Entwicklung zu einer zunehmenden Differenzierung von Recht und politischem System komme - so jedoch Talcott Parsons, *Introduction Part Two*, in: Talcott Parsons/Edward Shils/Kaspar D. Naegle/Jesse R. Pitts (Hrsg.), *Theories of Society: Foundations of Modern Sociological Theory*, New York 1961, Bd. I, S. 239-264 (248 f., 255 f., 259). Auf jeden Fall wird die Interdependenz von Politik und Recht durch Positivierung des Rechts enger, und erst im Hinblick auf die sich daraus ergebenden Gefahren kommt es zu sekundären Formen politischer Neutralisierung des Rechts innerhalb des politischen Systems, die prekär bleiben.

71 Dies ist namentlich in der deutschen Rechtsstaatstradition aus verschiedenen Gründen viel zu wenig beachtet worden - vor allem wegen ihrer Orientierung am Staatsbegriff und wegen der im 19. Jahrhundert unzureichend entwickelten Institutionalisierung politischer Prozesse.

72 Eine Vorstufe zum politischen Erfolg ist die Chance der Publizität. Insofern ist es nicht unbedenklich, wenn unsere Presse dazu tendiert, rechtswidriges Verhalten

Langfristig-effektive Sicherungen gegen die Risiken der Positivität des Rechts kann man nur entdecken, wenn man diese Risiken selbst besser begreift. Sie liegen nicht in der Gefahr des naturwidrigen Unmoralisch- oder gar Unsinnigwerdens des Rechts, sondern in der *Unwahrscheinlichkeit seiner Komplexität*.

Es ist unwahrscheinlich, daß eine Gesellschaft Erwartungen als Recht akzeptiert, die der einzelne nicht kennen kann, weil sie unübersehbar geworden sind. Es ist unwahrscheinlich, daß formale Legalität ohne inhaltliche Wertbindungen als legitim angesehen wird. Es ist unwahrscheinlich, daß man Entscheidungen akzeptiert, bloß weil man an dem Verfahren beteiligt war, in dem sie getroffen wurden. Es ist unwahrscheinlich, daß in der Normativität des Erwartens die Entschlossenheit, nicht zu lernen, ausgedrückt und zugleich doch gelernt wird. All diese Unwahrscheinlichkeiten legen eine regressive Entwicklung nahe - sei es in der Form einer »Kristallisation« unhandlicher Rechtsmengen, die sich den politisch, wirtschaftlich, wissenschaftlich und technisch sich abzeichnenden Möglichkeiten gesellschaftlicher Entwicklung nicht mehr anpassen lassen; sei es in der Form einer Unterordnung des⁷³Rechts unter drastisch-konkrete politische Ziele.

Strukturelle Variabilität, ständige Präsenz von Änderungsmöglichkeiten des Rechts, kann nur erhalten werden, wenn sie genutzt wird und wenn damit ihr inhärentes Potential zur Selbststabilisierung ausgenutzt werden kann. In der Ära des positiven Rechts kann das Bewegliche nicht mehr auf das Feste gegründet werden; es muß umgekehrt das Feste auf das Bewegliche gegründet werden. Recht, das jeweils gilt, hat sein Recht zu gelten daraus, daß es geändert werden könnte. Aus der Verfügbarkeit anderer Möglichkeiten ergibt sich erst die überzeugende Begründung für die jeweils gewählte Norm. Wenn man die Bedingungen sinnvoller Änderung erfassen kann, kann man erklären, weshalb die gegenwärtig geltende Problemlösung unter den gegebenen Umständen bis auf weiteres die beste ist. Das Recht gilt dann als momentan eingefrorene Präferenz.⁷³ Und wenn konkrete Verteilungen mit Bevorzungen

radikaler politischer Bewegungen zur Bedingung der Berichterstattung über sie zu machen. Das erzieht zur Gewaltsamkeit.

73 Das läßt sich auch an den gegen staatlichen Eingriff gesicherten subjektiven Rechten (»Eigentum«) zeigen. Sie werden nicht konkret gewährleistet, da sie ja rechtmäßig enteignet werden können, sondern nur in ihrem Geldwert, das heißt in der

und Benachteiligungen breit genug streuen und häufig genug wechseln, kann jede Zurücksetzung besser ertragen werden. Positionen und Forderungen brauchen dann nicht mehr moralisch disqualifiziert zu werden. Es stehen nicht mehr Fragen des prinzipiellen Primats, sondern nur noch Fragen der zeitweiligen und situationsspezifischen Priorität zur Entscheidung.

Ein so labiler und opportunistischer Stil des Rechts ist auf ein hohes Maß an Abstraktion der gedanklichen Kontrolle und Durchsichtigkeit von Strukturen und Beziehungen angewiesen - Anforderungen, die zur Zeit weder in der Rechtswissenschaft noch in der Soziologie auch nur annähernd erfüllt werden.⁷⁴ Es muß erkennbar sein, welche Probleme in den sozialen Systemen einer modernen Gesellschaft zu lösen sind, welche funktional äquivalenten Lösungen erreichbar sind und wie die jeweiligen Problemlösungen einander belasten oder gar blockieren. Dazu müßte die juristische Dogmatik an eine hinreichend ausgearbeitete Soziologie sozialer Systeme angeschlossen werden.

Es ist nicht zu übersehen, daß in der Erforschung von Systemen mit hoher und strukturierter Komplexität der Engpaß der gegenwärtigen Wissenschaftsentwicklung hegt.⁷⁵ In absehbarer Zeit ist eine praktisch wirksame Abhilfe kaum zu erwarten. Zum Glück hängen evolutionäre Veränderungen typisch nicht davon ab, daß im Anlaufen einer neuen Errungenschaft alle ihre Bedingungen vollständig gesichert sind. Die Phase der Überleitung vom traditionellen zum positiven Recht, die durch Naturrecht und Rechtsquellenhierarchie gekennzeichnet war, scheint jedoch auszulaufen. Um so dringlicher wird es, die Eigenart positiven Rechts unabhängig von jenen Überleitungsvorstellungen zu begreifen und soziologisch-rechtssoziologisch-rechtswissenschaftliche Forschung zu fördern, die den Anforderungen des positivierten Rechts nachzukommen sucht.

Freiheit, subjektive Präferenzen für bestimmte Rechte festzulegen. Vgl. näher Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965, S. 108 ff.

74 Bemerkenswerte Ansätze scheinen mir immerhin bei Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, zu Hegen, und zwar in der Konzeption einer problembezogenen juristischen Dogmatik.

75 Diese Feststellung von Warren Weaver, Science and Complexity, in: American Scientist 36 (1948), S. 536-544, hat seit ihrer Formulierung kaum an Aktualität

IX.

Die soziale Bedeutung einer gedanklichen Aufarbeitung der Problematik positiven Rechts darf nicht unterschätzt werden. Adäquates Denken - oder genauer: Besitz der Ergebnisse adäquaten Denkens - ist ein Realfaktor wie andere auch. Sicher hängt aber die Stabilisierbarkeit positiven Rechts und die Bewältigung seiner »konstitutionellen Riskiertheit« nicht allein von begrifflicher Kontrolle ab. Wenn wir nach weiteren politischen und gesellschaftlichen Bedingungen positiven Rechts fragen, kommen wir auf unsicheren Grund. Einige abschließende Bemerkungen können allenfalls deutlich zu machen versuchen, wo hier Probleme liegen.⁷⁶

Blicken wir vom System der Gesamtgesellschaft her auf die Probleme der Rechtspositivierung, dann scheint das gesellschaftliche Risiko darin zu liegen, daß die volle Verantwortung für das Recht auf ein relativ autonomes Teilsystem der Gesellschaft delegiert werden muß: auf das politische System. Zur Erreichung der notwendigen sozialen Abstraktion, Mobilisierung und Durchsetzbarkeit des Rechts ist eine solche Übertragung erforderlich. Diese Überlassung bedeutet, daß das Recht organisatorisch im politischen System hergestellt und betreut wird - und nicht in den Familien und Familienverbänden, in den religiösen Vereinigungen, in der Wirtschaft oder in der Wissenschaft. Es muß dabei bleiben, daß das Recht die Gesellschaft selbst strukturiert und nicht etwa nur das Verhalten im politischen System. Aber die Herstellung und laufende Anpassung der gesamtgesellschaftlich verbindlichen Erwartungsstruktur wird einem Teilsystem überlassen, das hohe Entscheidungsfreiheiten in Anspruch nehmen muß und nicht mehr an eine gemeinsame, in allen Bereichen der Gesellschaft durchgehend institutionalisierte Moral gebunden sein kann. Das Risiko solcher Delegation ist kein singulärer Fall. Ähnliche Probleme treten dadurch auf, daß die Herstellung und Betreuung von Wahrheiten an das eigens dafür geschaffene Sozialsystem der Wissenschaft

verloren. Ähnlich urteilt Claude Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Paris 1958, S. 350.

⁷⁶ Vgl. auch Niklas Luhmann, *Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates*, in: *Studien über Recht und Verwaltung*, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, S. 81-102.

abgetreten oder die Pflege der Liebe Intimgruppen, insbesondere Familien und Freundschaften überlassen wird.⁷⁷ Die Übernahme solcher Risiken dürfte eine notwendige Konsequenz der Umstrukturierung der Gesellschaft von segmentierender auf funktionale Differenzierung sein. Damit ist angezeigt, in wie breitem Rahmen und in wie vielfältiger Vermittlung und wechselseitiger Interdependenz gesellschaftliche Bedingungen der Stabilisierung positiven Rechts aufgespürt werden müßten.

Scharf zurückgeschnitten auf Zusammenhänge, die für die Konsolidierung und Absicherung der Positivität des Rechts von ausschlaggebender Bedeutung zu sein scheinen, bieten sich zwei Hypothesen über gesellschaftliche Vorbedingungen an: die Hypothese der *Demokratie* und die Hypothese der *wirtschaftlichen Gesellschaft*.

i. Der Begriff Demokratie deckt das Gemeinte nur unzulänglich. Der Staatsformenlehre der Schultradition entnommen, hatte auch er eine historische Überleitungsfunktion. Er ermöglichte es, die politischen Veränderungen der Neuzeit zunächst im Rahmen der klassischen Typenlehre mit Hilfe schon bekannter Kategorien zu begreifen, sie als bloßen Wechsel der Staatsform, als Übergang »der« Herrschaft auf das Volk zu verharmlosen, während die Positivierung des Rechts in Wahrheit die Realisierung eines bisher unbekannten Niveaus der Komplexität im politischen System und damit durchgehend neuartige Formen politischer Stabilisierung erforderlich macht. Söll das politische System nicht nur einfach entscheiden, sondern auch über seine normativen Entscheidungsprämissen noch entscheiden können, muß die politische Unterstützung für Entscheidungen mobilisiert und selbst zur Entscheidung gestellt werden. Sollen die neuen rechtlichen Variationsmöglichkeiten Aktualität und Bezug auf die Gesellschaft behalten, kann die

⁷⁷ Man beachte dazu, daß die alteuropäische Tradition der Gesellschaftsphilosophie Recht, Wahrheit und Liebe (i. S. v. *philia/amicitia*) als wesensimmanente Merkmale der Gesellschaft selbst begriffen hatte - eine Interpretation, die erst angesichts der Strukturen, die im neuzeitlichen Europa geschaffen worden waren, aufgegeben werden mußte. Auf die Probleme, die sich aus der funktionalen Verselbstständigung gesamtgesellschaftlicher Leistungen in Teilsystemen für die Gesellschaftstheorie ergeben, bin ich in meinem Vortrag »Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse«, in: *Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft?* Verhandlungen des 16. Deutschen Soziologentages Frankfurt 1968, Stuttgart 1969, S. 253-266, eingegangen.

politische Unterstützung nicht mehr auf feststehende, konkret überlieferte ethische Institutionen bezogen und in gesellschaftlich durchgehend relevanten, konkurrenzlos anerkannten Statusordnungen verankert werden. Sie muß fallweise Thema und Problem werden können. Das politische System wird damit dem Risiko unkontrollierbarer Fluktuationen ausgesetzt. Auf dieses Risiko müssen dann neuartige Institutionen der Parteipolitik, vor allem aber Organisation und laufende Arbeit angesetzt werden in einem Maße, das älteren politischen Systemen fremd war. Mit Hilfe einer allem verbindlichen Entscheiden vorgeschalteten Politik muß das politische System sich für gesellschaftliche Einflüsse und damit für adaptives Lernen offenhalten und überdies in der Lage sein, selbst Alternativen zu erzeugen.

Diese Funktion scheint eine Differenzierung des politischen Systems in Politik und Verwaltung zu erfordern. Im politischen Bereich haben bisher weder Einparteiensysteme noch Mehrparteiensysteme voll überzeugende Resultate erzielt - nicht zuletzt deshalb, weil in beiden Systemen mit Hilfe von personalen Herrschaftsapparaten regiert wird, also rein tribale Verhaltensmuster weiterverwendet werden, die der hohen Komplexität möglicher Politik kaum gewachsen sind. Hier hegt, ähnlich wie in der juristischen Begrifflichkeit, ein Engpaß der Weiterentwicklung des positiven Rechts.

2. Die zweite gesellschaftliche Vorbedingung voller Positivierung des Rechts scheint darin zu bestehen, daß das politische Teilsystem der Gesellschaft seine führende Stellung an die Wirtschaft abgibt, das heißt sich primär wirtschaftlichen Problemstellungen unterordnet. Aus vielerlei Gründen, die theoretischer Klärung harren, hat in den am weitesten entwickelten neuzeitlichen Gesellschaften das Teilsystem Wirtschaft einen Primat erlangt, den einst Verwandtschaftsverbände und dann das politische Herrschaftssystem besessen hatte, und ist damit für Zielbestimmung und Entwicklungsrichtung der Gesellschaft ausschlaggebend geworden.* Diese Umstrukturierung der Gesellschaft fällt nicht zufällig in eine Zeit, die ihr Recht auf Positivität hin ausbaut.

78 Die Gründe dafür sind alles andere als offensichtlich. Im Bruch mit der alteuropäischen Gesellschaftsphilosophie, die eine Theorie der politischen Gesellschaft gewesen war, in der Uminterpretation der »societas civilis« in die »bürgerliche Gesellschaft« und im Umbau des Naturverhältnisses des Menschen aus einer ethisch-politischen

Es ist bekannt, wie sehr Rücksichten auf die großräumig sich entfaltende Wirtschaft die neuzeitliche Rechtsentwicklung geprägt haben: verschärfte Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Rechtsdurchsetzung, Vertragsfreiheit unter Abbau der Schranken alter Statusordnungen, weltweite Ausdehnung des *jus connubii ac commercii*, Anknüpfung der Rechtsfähigkeit an das (leicht erkennbare) Menschsein schlechthin und nicht an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten politischen Gesellschaft - solche Tendenzen lösen das Recht ab von inhärenten und daher unveränderbaren Bindungen an konkret vorgegebene Gesellschaftsstrukturen, und das geschieht nicht auf Verlangen der Politik (wenngleich natürlich auf politischem Wege), sondern auf Verlangen der Wirtschaft. Rein politische Ziele hätten eine solche Umgestaltung des Rechts kaum in die Wege geleitet, hätten vor allem seine Ablösung von gegebenen Institutionen und deren Verunsicherung kaum als wünschbar erscheinen lassen.

Nicht so direkt, aber mittelbar ist auch das routinemäßige Ändern und Neuschaffen von Recht durch Gesetzgebung auf die Wirtschaft zurückzuführen, zunächst vor allem auf die sozialen Folgen ihrer ungesteuerten Entwicklung, auf die Anpassung aller anderen Sozialsysteme an den wirtschaftlichen Fortschritt und heute mehr und mehr auch auf die Regulierung und Stabilisierung dieses Fortschritts selbst. Ohne diese unaufhörliche Problemanlieferung durch die Wirtschaft wäre Politik kaum ein >full time job<.

Nimmt man all dies zusammen in den Blick, dann wird die Hypothese plausibel, daß die Positivierung des Rechts einen gesellschaftlichen Primat der Wirtschaft voraussetzt, einen Übergang von politischer Gesellschaft (*societas civilis*) zu wirtschaftlicher Gesellschaft. Die politische Gesellschaft hätte jenen hohen Bedarf für Variabilität des Rechts nie aus sich heraus erzeugt. Sie hatte einen Bedarf für »absolute Herrschaft« als Rechtsinstitution, sicher aber kein Interesse an ständiger Präsenz von Änderungs-institutionenbindung in eine durch Arbeit und Eigentum vermittelte Bedürfnisbefriedigung hat das 19. Jahrhundert diese Entwicklung registriert, nicht aber adäquat begriffen. Die Gründe für diesen Führungswechsel liegen vermutlich in einer Steigerung der Komplexität der Gesellschaft, die es erforderlich machte, den Primat jenem Teilsystem zu überlassen, das am ehesten in der Lage ist, sehr hohe Komplexität zu erhalten. Und unter diesen Anforderungen scheint der Geldmechanismus des Wirtschaftssystems dem Machtmechanismus des politischen Systems überlegen zu sein.

möglichkeiten im gesamten Recht. Aus dem gesellschaftlichen Primat der Politik, wie es gegen die archaischen Stammesgesellschaften und dann nochmals und definitiv gegen die konfessionellen Streitigkeiten des ausgehenden Mittelalters durchgesetzt worden war, ergab sich eine hohe gesellschaftliche Autonomie der politischen Herrschaft,⁷⁹ aber keine sehr hohe Komplexität der Gesellschaft, keine starken funktionalen Interdependenzen und damit auch kein rasches Entwicklungstempo.

Die Positivierung des Rechts wäre in einer politischen Gesellschaft nicht nur unnötig, sie wäre auch untragbar gewesen. Eine so zentrale Funktion wie die Rechtsbildung kann nicht einem bloßen Teilsystem überlassen werden, das hohe Autonomie politischer Entscheidung *und* gesellschaftlichen Primat beansprucht. Gegen *diese* Gefahr war in der frühen Neuzeit die naturrechtliche, dann die eudämonistische Zweckbindung der souveränen Herrschaft postuliert worden. Durch Abgabe des gesellschaftlichen Primats an die Wirtschaft hat die Problemlage sich geändert. In Gesellschaften mit hochentwickelter, industrialisierter, monetär gelenkter und international verflochtener Wirtschaft kann nicht mehr ernsthaft befürchtet werden, daß die Politik den Charakter der Gesellschaft bestimmt. Sie mag hohe Entscheidungsfreiheiten behalten, ja größere Macht gewinnen als je zuvor. Sie wird nicht mehr so souverän sein, daß sie auch darüber noch bestimmen kann, welche Probleme politisiert werden. Die politische Kontrolle über die politische Problemstellung geht verloren - darin drückt sich der Verlust des gesellschaftlichen Primates der Politik aus. Zugleich liegt hier der Ersatz des Naturrechts: Die politisch-administrative Entscheidungspraxis wird nicht mehr durch gesellschaftliche Vorgabe invarianter Normen, sondern durch gesellschaftliche Vorgabe variabler Problemstellungen geführt und in ihrem Belieben eingeschränkt. Als Folge dieser Wendung wird die volle Positivierung des Rechts zugleich notwendig und unbedenklich.

Die Gefahr besteht jetzt in jenen unzivilisierten Versuchen, gegen die Entwicklungslage der Gesellschaft die Überordnung der Politik über die Wirtschaft wiederherzustellen mit Hilfe von rein politi-

79 Zu den Schwierigkeiten ihrer Entwicklung und Stabilisierung vgl. Shmuel N. Eisenstadt, *The Political Systems of Empires*, New York 1963, und außerdem natürlich diejenigen Denker, die diese evolutionäre Errungenschaft vor allem gefeiert haben: Aristoteles und Hobbes.

sehen Zielen, die eigens dafür kreiert oder an den Haaren herbeigezogen werden - etwa willkürliche Spontaneität herrlicher Eliten, Rassenreinheit, Revolution aus Systemfeindschaft und Humanität. Solche Bestrebungen sind mit der Positivität des Rechts unvereinbar - nicht weil sie in sich notwendig unmoralisch wären, sondern weil sie den gesellschaftlichen Primat der Wirtschaft in Frage stellen. Und so war denn auch die adäquate Reaktion auf den Nationalsozialismus nicht die prekäre Wiederherstellung des Naturrechts in den Köpfen einiger Juristen, sondern die resolute Wiederherstellung des Vorranges wirtschaftlicher Fragen in der Gesellschaft.

Damit ist nicht gesagt, daß das Recht in dem ewigen Streit von Materie und Geist sich nunmehr definitiv auf die Seite der Materie zu schlagen hätte. Auch hier müssen historische Kategorien, die der Überleitung dienten, nunmehr in ihrer Funktion durchschaut werden. Für Marx hatten diese Kategorien die Möglichkeit geboten, etwas Unbekanntes, den gesellschaftlichen Primat der Wirtschaft, in Anknüpfung an die Überlieferung als etwas Bekanntes zu formulieren und als überhistorisches Gesetz der Geschichte auszugeben. Als soziales Teilsystem der Gesellschaft ist die Wirtschaft jedoch nichts »Materielles«. Sie steht dem physisch-organischen Substrat menschlichen Lebens nicht näher und nicht ferner als das politische System oder die Familie oder die Wissenschaft. Was die Wirtschaft kennzeichnet, ist vielmehr die hohe Komplexität, Wahlfreiheit und Lernfähigkeit, mit der sie menschliches Erleben und Handeln ausstattet.⁸⁰ Deshalb - und nicht wegen des anthropologisch-fundamentalen Charakters »materieller« Bedürfnisse - gewinnt sie den gesellschaftlichen Primat. Geführt durch die Problemproduktion der Wirtschaft, erreicht die Gesellschaft ein bisher ungeahntes Maß an Möglichkeiten des Erlebens und Han-

80 Unser begrifflicher Ansatz ermöglicht hierzu die besonders interessante Beobachtung, daß die Wirtschaft, soweit sie Erwartungen durch den Marktmechanismus reguliert, einen nur noch kognitiven Stil des Erwartens erzeugt und normative Stabilisierungen weitgehend ausschaltet oder an die Politik umadressiert. »Die Preise sollen nicht steigen«, ist keine wirtschaftliche, sondern eine politische Norm. Solche Entnormativierung zwischenmenschlichen Erwartens ist eine sehr ungewöhnliche, voraussetzungsvolle Errungenschaft, die im Bereich der Wirtschaft ein sehr hohes Potential für adaptives Lernen sicherstellt, für das das Recht nur noch Rahmenfunktion hat. Man kann das auch so formulieren, daß der Markt eine eindeutige Trennung rein normativer (rechtlicher) und rein kognitiver (wirtschaftlicher) Erwartungen

delns, so daß auch die Politik mehr Macht, die Familie mehr Liebe, die Wissenschaft mehr Wahrheit erreichen kann (kann!) als je zuvor. Dieser Komplexität muß die Struktur der Gesellschaft angepaßt werden. Im Bereich normativer Verhaltenserwartungen geschieht das durch Positivierung des Rechts.

herbeiführt. Entsprechend ist der Erwartungsbegriff der Wirtschaftswissenschaften kognitiv und lerntheoretisch gefaßt - siehe den Überblick bei Peter Machinek, **Behandlung und Erkenntniswert der Erwartungen in der Wirtschaftstheorie**, Berlin 1968.

Kapitel 7

Rechtszwang und politische Gewalt

I.

Daß das Verhältnis von Rechtszwang und Politik analytisch kaum ausreichend geklärt ist, liegt nicht nur am Staatsbegriff und seiner Fassung als »Rechtsstaat«¹, und es liegt nicht nur an der Tatsache, daß das Recht durch politisch inspirierte Gesetzgebung geändert werden kann. Es kommt hinzu, daß Politik und Recht nur möglich sind, wenn sie zu ihrer Durchsetzung auf physische Gewalt zurückgreifen und Gegengewalt wirksam ausschließen können. Max Weber hat Recht geradezu definiert durch dieses Mittel der Steigerung von Durchsetzungschancen und hat dabei für moderne Verhältnisse den Staat als Garanten der Rechtsdurchsetzung gedacht. Er schreibt: » >Recht< ist für uns eine >Ordnung< mit gewissen spezifischen Garantien für die Chance ihrer empirischen Geltung. Und zwar soll unter garantiertem objektiven Recht< der Fall verstanden werden: daß die Garantie im Vorhandensein eines >Zwangsapparates< im früher definierten Sinn besteht, also einer oder mehrerer sich eigens zur Durchsetzung der Ordnung durch speziell dafür vorgesehene Zwangsmittel bereithaltender Personen«². Gelten Gesetzgebung und Erzwingung zumindest für staatlich geordnete Gesellschaften als wesentliche Momente des Rechts und wird der Staat wesentlich als Rechtsbetrieb gesehen, dann läßt sich eine Differenzierung von politischem System und Rechtssystem kaum vorstellen. Eine solche Gesamtvorstellung, die das Politische im Staat marginalisiert, scheint denn auch im deutschen Beamtentum vorzuherrschen, und sie scheint das Selbstverständnis des Beamtentums (und nicht nur, aber auch: das »Juristenmonopol«) zu verstärken³. Diese Einstellung mag, auf kognitiver und auf

1 Zur Behandlung aus dieser Sicht vgl. Detlef Merten, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, Tübingen 1975.

2 *Rechtssoziologie*, hrsg. von Johannes Winckelmann, 2. Aufl. Neuwied 1967, S. 71.

3 Vgl. hierzu Niklas Luhmann/Renate Mayntz, *Personal im öffentlichen Dienst: Eintritt und Karrieren*, Baden-Baden 1973, insb. S. 255 ff., 335 ff.

motivationaler Ebene, soziologisch als eine der Garantien des Rechtsstaates gelten.

Andererseits gibt es gegenwärtig aber auch deutliche Anzeichen für eine stärkere Differenzierung von Rechtssystem und politischem System. Sie liegen in einer Stärkung der Stellung des Richters, in der Inanspruchnahme größerer Entscheidungsfreiheiten, aber auch in der theoretischen und methodischen Ausarbeitung der Eigenständigkeit juristischer Argumentation gegenüber strikt logischen bzw. sozialwissenschaftlichen Bestimmungen". Es lohnt sich in dieser Situation, der Frage nachzugehen, ob die Einheit des vom Rechtssystem und vom politischen System benutzten »Zwangsaparates« gegen die Auffassung spricht, daß unsere Gesellschaft Recht und Politik unter dem Gesichtspunkt verschiedenartiger Funktionen zu unterschiedlichen Systemen auseinandergezogen hat. .

II.

Das Verhältnis von Rechtssystem und politischem System wird unter der Firma Rechtsstaat einseitig beleuchtet. Vor dem Hintergrund einer Differenzierung von Rechtssystem und politischem System erscheint die Gesetzesförmigkeit des positiven Rechts als der Angelpunkt wechselseitiger Abhängigkeiten. Einerseits ist der moderne Staat ohne die Gesetzesförmigkeit seiner Verfassung und ohne die Gesetzesbindung seiner Verwaltung kaum vorstellbar. Andererseits wird die Gesetzgebungsmaschine politisch angetrieben, und sie liefert einen der großen Mechanismen, mit denen Politik sich in sofort sichtbare Erfolge, eben Gesetze, umsetzt. Voraussetzung dieser Kooperation ist und bleibt aber die Systemdifferenzierung. Das Gesamtarrangement verlöre seinen Sinn, wenn Recht nichts anderes wäre als angewandte Politik oder Politik nichts anderes als ausgeführte Verfassung⁴. Wer hier von

4 Vgl. nur Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt WS-

j Eine andere Auffassung wird verständlicherweise in sozialistischen Staaten vertreten. Vgl. z. B. Kaiman Kulcsár, *Rechtssoziologische Abhandlungen*, Budapest 1980, S. 103. Das Rechtssystem sei ein Teilsystem des politischen Systems der Gesellschaft und deshalb vom Staat nicht zu trennen.

Entdifferenzierung spricht, hat die Eigenart von Systemdifferenzierung, wechselseitige Unabhängigkeiten und wechselseitige Abhängigkeiten zu steigern, nicht begriffen.⁵³

Die folgenden Überlegungen verstehen sich nicht als »Kritik« des Rechtsstaates, und der Hinweis auf politische Gewalt soll nicht dazu dienen, die Rechtsstaatlichkeit als vordergründigen Schein einer bürgerlichen Epoche zu entlarven. Es geht vielmehr um eine Ergänzung der Analyse, um die Einbeziehung einer anderen Ebene des Zusammenhangs von Recht und Politik. Neben dem Zusammenhang, der durch die Gesetzesförmigkeit gegeben ist, gibt es ein zweites Scharnier: Es besteht in der Disposition über Gewalt, letztlich physische Gewalt.

Stellt man ganz allgemein die Frage, wie in der Gesellschaft der Zugang zu Gewaltmitteln geordnet ist, so liegt die Abhängigkeit von der Grundstruktur des Gesellschaftsaufbaus und besonders von der Form gesellschaftlicher Differenzierung auf der Hand. In segmentaren Gesellschaften »ermächtigt« der Besitz der Gewaltmittel zu ihrer Anwendung (innerhalb der Schranken, die umfassendere, aber nur gelegentlich aktivierte Verbände zogen). Mit der Entstehung von regierten stratifizierten Gesellschaften wird der Schutz der Schwachen vor den Starken eine Aufgabe der Herrschaft, und zugleich wird die Gewalt an ein hierarchisches Schema gebunden, also asymmetrisiert und dadurch domestiziert. Sie wird zum Moment der allgemeinen, alle Lebensbereiche erfassenden, »Stände« differenzierenden Über- und Unterordnung. Noch zu Beginn der Neuzeit herrscht diese Auffassung vor. Vultei⁵⁴ zum Beispiel definiert: »Potestas est ius personae in personam quo una praest, altera subest«⁵⁵. Der Begriff behielt eine entsprechend diffuse Struktur, gehalten und bestimmt nur durch eine positiv bewertete, rechtliche Bedeutung als notwendiges Moment von Ordnung schlechthin. Politische potestas im engeren Sinne ist seit Bartolus Jurisdiktion.

Der allgemeine Begriff der potestas regelt den Zugang zur Gewalt über Schichtung und Familie (Haus) mit nur kompensatorischen Funktionen politischer Herrschaft und kirchlicher Sorge. Im Über-

ja Beurteilungen des vorausgegangenen Kapitels, die in diese Richtung gehen, möchte ich revidieren.

6 Hermann Vultei⁵⁴, *Jurisprudentiae Romanae à Justiniano compositae libri II*, 6. Aufl. Marburg 1610, Hb. I cap. XI, S. 53.

gang zur Moderne löst die hier vorausgesetzte Ordnung sich jedoch auf. In den neuen Formen des Territorialstaates erreicht das politische System ein (hinreichend durchsetzbares) Monopol auf Anwendung physischer Gewalt. Das ermöglicht es, physische Gewalt durch Entscheidungen zu dirigieren, die ihrerseits organisatorisch und/oder rechtlich konditioniert werden können. Und daraus ergibt sich eine völlig veränderte Konstellation in der Frage des Zugangs zur Gewalt.

Übereinstimmend mit sehr tiefliegenden strukturellen Erfordernissen funktionaler Differenzierung tauchen *erst jetzt* Zugangsprobleme auf, und dies in der Form eines neuartigen Universalismus, der auf die Ausdifferenzierung von Funktionssystemen reagiert. Anders als in Ständeordnungen sind die Menschen als Einzelpersonen in der Gesellschaft nicht mehr fest lokalisiert. Sie müssen statt dessen Zugang zu allen Funktionen erhalten, von deren Erfüllung ihr Leben abhängt: Sie müssen sich am Wirtschaftssystem beteiligen können, müssen Familien gründen (heiraten) können, müssen erzogen bzw. »gebildet« werden, müssen als Personen rechtsfähig sein und müssen nötigenfalls auch Zugang zu Mitteln physischer Gewalt erhalten können. Dieser neuartige Universalismus der Inklusion aller in alle Funktionssysteme setzt sich als Prinzip und als Reformverlangen um 1800 durch - und seitdem wird über Ungleichheit des Zugangs geklagt.

Demgegenüber sucht das neue Naturrecht stärker generalisierte Formen der Rechtsgewähr, die soziale Bedingungen der Rechtllichkeit in sich aufnehmen, gleichwohl aber absolut gelten sollen. Das Recht des *Stärkeren*, das in segmentaren Gesellschaften gegolten hatte, und ebenso das Recht des *Besseren*, das für Adelsgesellschaften bezeichnend war, finden jetzt keine Verteidiger mehr⁷. An ihre Stelle tritt die Idee der sozial kompatiblen Freiheit. Damit wird auch der Zugang zu Erzwingungsmöglichkeiten als Freiheit interpretiert und der ungleichen Ausübung überlassen. Was mehr, so scheint es zunächst, könnte man dem Menschen anbieten als die Freiheit des Zugangs zu Zwangsmitteln - auch gegen »Stärkere« und »Bessere«, die wirksam daran gehindert werden, allein schon ihre Qualität in Rechtsvorteile umzumünzen?

So berechtigt es ist, Zugangsprobleme unter dem Gesichtspunkt

7 Explizit ablehnend Johann Gottlieb Buhle, *Lehrbuch des Naturrechts*, Göttingen 1798, Nachdruck Brüssel 1969, S. 53 f.

von Gleichheit und Ungleichheit zu erforschen: es handelt sich um eine strukturell wie theoretisch sekundäre Fragestellung⁸. Vorrangig wird man sich fragen müssen, wie es überhaupt möglich ist, physische Gewalt *politisch* zu kasernieren (um den Ausdruck Max Webers zu verwenden) und sie gleichwohl zu *völlig unpolitischem Gebrauch freizugeben* - etwa zur Durchsetzung von Ansprüchen auf Grund von Verträgen. Dies zu ermöglichen, ist ein wichtiger Aspekt in der Differenzierung von Rechtssystem und politischem System. Ohne jede Möglichkeit der Erzwingung bliebe das Rechtssystem eine Farce. Andererseits kann keine politische Macht gebildet werden ohne Kontrolle über (möglicherweise entgegenstehende) physische Gewalt. Beide Systeme sind auf denselben »symbiotischen Mechanismus«⁹ angewiesen, und sie können sich nur auf der Ebene der Konditionierung differenzieren. Wie aber ist das möglich, wenn zugleich auch die politische Macht wiederum Ansprüchen an Rechtsförmigkeit unterworfen werden soll?

III.

Die Unwahrscheinlichkeit eines solchen Arrangements soll zunächst an einer Fallstudie zur naturrechtlichen Semantik verdeutlicht werden. Sie betrifft einen heute fast vergessenen, für das 18. Jahrhundert aber zentralen Aspekt der Naturrechtsdiskussion, nämlich den Charakter des Naturrechts als *Zwangsrecht*¹⁰.

Seit alters hatte man im Recht des Stärkeren ein Naturrecht gesehen. Die mit dem modernen Naturrecht um etwa 1700 aufkommende Idee des Naturrechts als Zwarigsrecht bzw. Erzwingungsbefugnis beruht auf der Unnahbarkeit jenes in die Archaik zurückweisenden Gedankens. Der Anstoß zur Neuformulierung

8 Wer das verkennt, läuft Gefahr, Gleichheit als Norm einzuklagen, die Frage nach dem Ausmaß realistisch erwartbarer Gleichheit gar nicht mehr zu stellen und endet damit, die Gesellschaft schlechthin für defekt zu erklären.

9 Hierzu Niklas Luhmann, *Symbiotische Mechanismen*, in: Otthein Rammstedt (Hrsg.), *Gewaltverhältnisse und die Ohnmacht der Kritik*, Frankfurt 1974, S. 107-131.

10 Daß dieser Gesichtspunkt heute wenig beachtet wird und ganz zurücktritt hinter der Begründungs- oder Legitimationsleistung, die man vom Naturrecht erwartet, hängt offensichtlich zusammen mit der eingangs notierten Disbalancierung der Gesamtdiskussion in Richtung auf Gesetz.

ergibt sich aus der Entwicklung des modernen Territorialstaates mit einer neuartigen Konzentration von Zwangsmöglichkeiten bei gleichzeitigem Zurücktreten religiöser Legitimation. Man war angesichts dieses Phänomens gehalten, die Grenzen sinnvollen Zwanges zur Diskussion zu stellen. Christian Thomasius bahnt im Rahmen einer noch umfassenderen Naturrechtskonzeption die Unterscheidung von Recht und Moral an Hand des Kriteriums der Erzwingbarkeit an". Die Neuformulierung des Naturrechts als Zwangsrecht war damit schon nahegelegt. Sie geht auf Nicolaus Hieronymus Gundling" zurück.

Zunächst bietet der Gedanke sich als *Einschränkung* des Naturrechts auf Zwangsrechte und Zwangspflichten an, und die Intention geht auf Freigabe der Moral in Richtung auf rein interne Verbindlichkeit. Erreicht wird jedoch im Bereich des Naturrechts selbst die Herstellung eines direkten Zusammenhangs von *Natur* und *Zwang*. Jetzt ist nicht mehr die Möglichkeit zu zwingen die Natur; die Natur des Menschen wird in die frei sich betätigende Vernunft gelegt, die ihre Eigengesetzlichkeit sich als Recht zuspricht; und das Zwingendürfen ist im Rechtsbegriff mitgedacht. Was der Mensch als seine Vernunftnatur in sich selbst entdeckt, findet er demnach als erzwingbares Recht vor. Die Zwangsausübung erfordert unter den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen Anrufung der Gerichte und staatliche Exekution (wenn man von den wenigen Fällen erlaubter Eigenmacht absieht). Aber der Einzelne kann das Recht der Inanspruchnahme von staatlich organisierten Zwangsmitteln *aus seiner eigenen Natur deduzieren*. Da diese Natur ihm Rechte gibt, kann ihm der Zugang zu Zwangsmitteln nicht im Einklang mit dem Recht verwehrt werden.

Auf Grund einer solchen Deduktion bildet sich eine bis ins

11 Zu Vorläufern im Sinne von begrifflichen Distinktionen, die aber nie systematisch ausgewertet und nie zur Grundunterscheidung der praktischen Philosophie aufgewertet worden waren, vgl. Werner Schneiders, *Naturrecht und Liebesethik: Zur Geschichte der praktischen Philosophie im Hinblick auf Christian Thomasius*, Hildesheim 1971, S. 80 ff.

12 *Ius naturae et gentium*, Halle 1714. Diese Rückführung des bald darauf weithin akzeptierten Gedankens auch bei Buhle a.a.O. S. 42 ff. Zu Gundling und seinen Auswirkungen vgl. auch Hinrich Rüping, *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule*, Bonn 1968, passim, insb. 106 f, 130 ff.

Jahrhundert hineinreichende Lehrmeinung, die weitere Fragen nach dem Verhältnis von Politik und Recht ausschließt (bzw. in die Rechtsquellendiskussion um »Naturrecht« und »positives Recht« abschiebt). »Das Naturrecht soll«, so heißt es bei Hufeland¹³, »nach einer ziemlich allgemeinen Übereinstimmung bloß, (oder doch vorzüglich) solche Rechte oder Pflichten lehren, mit denen Zwang verbunden ist; also muß in seinem Grundsatz schon Zwang liegen«. Kant hält Rechtszwang als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit für nötig und deshalb den Rechtszwang nach dem Satze des Widerspruchs als einen Bestandteil des Rechtsbegriffs¹⁴. Meister formuliert: »Die Urgesetze des Erzwingbaren sind die Vernunft-Gesetze, welche mit einer moralischen Nothwendigkeit zugleich den Character der Erzwingbarkeit verbinden und denselben von ihr aussagen. Da dieselben aus der *Natur des Coexistential-Verhältnisses*, und besonders des menschlichen, erkannt und abgeleitet werden: so heißen sie auch *natürliche* Zwangsgesetze, Naturgesetze; und ihr System, das Natur-Recht«¹⁵. Buhle bringt, bei allem Respekt vor der ethischen Höhenlage des Sittengesetzes, sogar den kategorischen Imperativ unter diesen Gesichtspunkt: »Die Formel deßselben kann in dieser Beziehung so bestimmt werden: *Du darfst einen Jeden mit Zwang abwehren, der Dich an Handlungen hindern will, die sich mit der Freyheit aller übrigen vernünftigen Wesen nach einem allgemeinen Gesetze vertragen*«¹⁶. Das ausschlaggebende Argument für die Gedankenkette Vernunft-Sittengesetz-Freiheit-Zwang findet sich besonders klar bei Hoffbauer: »Denn widrigenfalls würde der Gegenstand meines Rechts nicht als von meiner; sondern vielmehr, als von ihrer Willkür abhängig, zu betrachten seyn«¹⁷. Nur die Ausstattung mit Zwangsmöglichkeiten gibt dem Subjekt die Möglichkeit, unabhängig von der Willkür anderer frei auf Grund eigener Vernunft dem Sittenge-

13 Gottlieb Hufeland, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften*, Jena 1790 (Nachdruck Glashütten/Taunus 1973), S. 26.

14 *Metaphysik der Sitten*, Einleitung in die Rechtslehre § D. (zit. nach der Ausgabe v. Kirchmann, Leipzig 1870, S. 33).

15 Johann Christian Friedrich Meister, *Lehrbuch des Natur-Rechts*, Züllichau - Freystadt o. J. (Vorrede datiert 1808), S. 26.

16 A. a. O. S. 69. Ähnlich Ludwig Heinrich Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, S. 52.

17 Johann Christoph Hoffbauer, *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, 1793, zit. nach der 4. Aufl. Merseburg 1825 (Nachdruck Brüssel 1969), S. 39.

setz zu folgen; und der Staat leistet seinen Beitrag zur Erziehung des Menschengeschlechts, indem er die organisatorischen Voraussetzungen dafür bereithält¹⁸. Selbst ein Autor wie Feuerbach, der den Begriff des Zwangsrechts und seine Deduktion aus dem Sittengesetz im Interesse einer juristisch-autonomen Rechtsbegründung kritisiert, vertritt gleichwohl eine naturrechtliche Deduktion des Rechtszwangs¹⁹.

Der Gedanke des naturrechtlich begründeten Zwanges bleibt in der durch das Sittengesetz bedingten Abstraktionslage nicht hängen; er wird vielmehr durch die Unterscheidung von absolutem und hypothetischem Naturrecht²⁰ auf nur bedingte, insb. aus Vertrag abgeleitete Rechte erstreckt. Die naturrechtliche Fundierung vermittelt, so gesehen, nicht die vernunftmäßig-ethische Begründung, wohl aber die Erzwingungsmöglichkeit bis in die kontingenten, willkürlich gestalteten Rechtsbereiche hinein - und fast hat man den Eindruck, daß dies in der Zeit des schon anlaufenden Positivismus ihre eigentliche Funktion ist²¹. Als Naturrecht soll die Möglichkeit, den Staat zwingen zu können zu zwingen, der politischen Disposition und vor allem der politischen Konditionierung (nur für die »Besten«, nur für die Anhänger des Regimes, nur für die arbeitende Klasse) entzogen werden und sozusagen »offen« garantiert sein. Die Begründungsprobleme des positiven Rechts sind die eine, dies ist die andere Basis für das Vorhalten eines als »Natur« kaum noch faßbaren Rechtsprinzips.

18 dies nicht zuletzt: als Alternative zu revolutionären Umwälzungen, zu deplacierter, chaotischer Gewalt. Vgl. dazu etwa Christian Daniel Voß, Versuch über die Erziehung für den Staat, als Bedürfnis unserer Zeit zur Beförderung des Bürgerwohls und der Regenten-Sicherheit, Halle 1799. Überhaupt ist die innere Nähe von juristischen und pädagogischen Reformvorstellungen in jener Zeit anzumerken.

19 Siehe Paul Johann Anselm Feuerbach, Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte, Altona 1796, Nachdruck Darmstadt 1963, insb. S. 45 ff.

20 Gängig. Vgl. Johann Gottlieb Heineccius, Elementa juris naturae et gentium, 3. Aufl. Genf 1744, Buch I Kap. VII § 176 (S. 75); Theodor Schmalz, Das reine Naturrecht, 2. Aufl. Königsberg 1795 (Nachdruck in: Theodor von Schmalz, Das Recht der Natur, Aalen 1969); Hufeland a.a.O.; Buhle a.a.O.; Hoffbauer a.a.O. Zur Herkunft dieser Unterscheidung aus dem Bezug auf Stratifikation, nämlich aus der Unterscheidung von allgemeinemenschlichen und ständisch bestimmten Pflichten siehe Samuel Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo lib. II, cap. III, § XXIV, zit. nach der Ausgabe Frankfurt - Leipzig 1744, S. 224.

21 Die entsprechende »Überlastung« der begrifflichen Assoziation von Recht mit Zwang wird schon früh bemerkt und bildet Anlaß zu rechtstheoretischer Kritik. Jakob

Einen Schritt weiter führt es, wenn man sich den Auslösemechanismus für Rechtszwang genauer ansieht. Er wird in den 1790er Jahren von Pflichterfüllung auf Rechtswahrnehmung umgestellt". Man muß sich die Unnatürlichkeit und Implausibilität dieses neuen Prinzips vor Augen führen, um die volle Tragweite dieser Wende zu begreifen. An sich liegt es ja sehr viel näher, den mit Zwangsmöglichkeiten auszustatten, der wichtige Aufgaben wahrnimmt, Pflichten erfüllt, im Namen des Volkes handelt oder sonstwie als Funktionsträger erscheinen kann. Entsprechend war im älteren Begriff des *ius* ein Pflichtanteil stets mitgedacht gewesen. Und jetzt soll das eigene Interesse, das zu nichts anderem verpflichtet als zur Rücksicht auf die Eigeninteressen anderer als Bedingung wechselseitiger Anerkennung, jetzt soll dies eigene Interesse Erzwingungsmöglichkeiten an die Hand geben?

Während Kant noch deutlich von der Pflicht her konstruiert, wendet sich die vorherrschende Auffassung bei den Kantianern²³. Schon bei Hufeland (1790) findet sich (ungeachtet aller Probleme der theoretischen Deduktion) das Prinzip: »Den Zwang soll der Rechthabende, nicht der Pflichttragende, ausüben«²⁴. Offenbar richtet sich ein nicht näher artikulierter Verdacht gegen die Ausstattung von Pflichten mit Zwangsmitteln (so wie parallel dazu: gegen den rechtlichen, insb. polizeirechtlichen Schluß vom Zweck auf das Mittel)". Die Gründe ergeben sich nicht aus der transzendentalen Deduktion, sie sind in der gesellschaftlichen Entwicklung zu vermuten, und zwar vor allem darin, daß die Wahrnehmung eigener Interessen in Rechtsform sich besser motivieren läßt als die

Fries, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena 1803, Neudruck Leipzig 1914, S. 22, spricht von einer »schiefen Abstraktion«. Siehe im einzelnen dann S. 25 ff.

22 Ludwig J. F. Höpfner, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, 1780, 4. Aufl. Gießen 1787, S. 27, definiert das Naturrecht als Zwangsrecht (dieser Ausdruck darf nicht irreführen) noch ganz auf der Basis von Pflicht: »entziehe Niemandem etwas von seinen Vollkommenheiten, oder beleidige Niemand«.

23 Siehe die Darstellung der Kontroverse bei Buhle a.a.O., S. 60 ff., der die Wendung auf Fichte zurückführt; ferner etwa Carl Christian Erhard Schmid, *Grundriß des Naturrechts*, Frankfurt - Leipzig 1795 (Nachdruck Brüssel 1973), S. 44 f.

24 A.a.O. S. 26.

25 Hier aber rechtstechnisch für lange Zeit schwer zu ersetzen. Vgl. als knappen Überblick Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Neudruck Frankfurt 1973, S. 88 ff.

Wahrnehmung der (jetzt zunehmend nicht mehr über »Stand«, sondern über »Organisation« laufenden) Pflichten. Auch die Schwierigkeit, Pflichtkorrelate für die jetzt so genannten »absoluten Rechte«²⁶, insbesondere Eigentum, zu entdecken, dürfte mitbestimmend gewesen sein. Das »subjektive Recht« erwies sich vollends in der Pandektistik dann als rechtstechnisch überlegenes Konstruktionsmittel. Im Prinzip wurde damit jedenfalls die (wie man heute sagen würde:) Implementation des Rechts mit Hilfe von Zwang aus dem Verantwortungsbereich der Politik herausgezogen - und dies, obwohl die Rechtssetzung mehr und mehr unter politische Kontrolle geriet und die Zwangsmittel im Staat politisch konzentriert worden waren.

IV.

Dies »obwohl« im zuletzt formulierten Satz wird man durch ein »weil« ergänzen müssen. Es liegt zunächst nahe anzunehmen, daß der politisch gestärkte moderne Staat, der über Gesetzgebungskompetenz und übermächtige Zwangsmittel in seinem Territorium verfügt, sich die politische Entscheidung über die Aktualisierung des Rechts nicht aus der Hand nehmen läßt. Aber genau dies war erforderlich, wollte man bei zunehmender Ausdifferenzierung und Autonomisierung des politischen Systems die Funktionsfähigkeit des Rechts für andere Funktionsbereiche, namentlich für die Wirtschaft, erhalten. Dann mußte man den Impuls, der vom politischen Plan zu seiner Durchsetzung mit Zwangsmitteln läuft, unterbrechen - zumindest überall dort, wo andere Funktionssysteme berührt sind. Anders gesagt: Gerade dann, wenn die Rechtssetzung und der Erzwingungsstab im Politischen angesiedelt waren, konnte nicht auch noch die Motivation zur Rechtsdurchführung voll verstaatlicht und über die Köpfe der Beteiligten hinweg aktualisiert werden.

Aber war die *naturrechtliche* Begründung der *Zwangsgewalt* dafür die richtige Form? Schon Flatt hatte aus der Unschlüssigkeit der Argumente Schlüsse gegen die Wissenschaftlichkeit des Natur-

²⁶ Speziell hierzu dogmengeschichtlich Roland Dubischar, *Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative*, Diss. Tübingen 15)61.

rechts gezogen¹⁷. Gustav Hugo sieht darin nur noch eine abstrakte Spekulation; statt auf die Erzwingbarkeit der Rechte komme es praktisch mehr auf die Beweisbarkeit vor einem Richter an¹⁸. Damit ist auf die Komplexität der spezifisch juristischen Entscheidungsarbeit hingewiesen, aber es bleibt immer noch offen, wer oder was garantiert, daß erkanntes Recht auch durchgesetzt werden kann. Die Natur?

Das, was unter der Tarnkappe des Naturrechts in einer noch ständisch etikettierten, durch einen »absoluten Staat« regierten Gesellschaft angelaufen und als Zuweisung ans Subjekt begründet worden war, hatte eine latente Funktion für die Aufrechterhaltung und Weiterentwicklung der funktionalen Differenzierung des Gesellschaftssystems. Im 19. Jahrhundert wurde diese Überleitungssemantik des Naturrechts als Zwangsrecht dann rasch entbehrlich; einer kritischen Analyse hätte sie ohnehin nicht standhalten können¹⁹. Man gewöhnte sich an die funktionale Differenzierung und an die hohe Autonomie gesellschaftlicher Teilsysteme -

27 Johann Friderich Flatt, *Ideen zur Revision des Naturrechts oder Prolegomena eines künftigen Zwangsrechts*, in ders., *Vermischte Versuche*, Leipzig 1785, S. 1-114.

28 Vgl. Jürgen Blühdorn, *Naturrechtskritik und »Philosophie des positiven Rechts«*. Zur Begründung der Jurisprudenz als positiver Fachwissenschaft durch Gustav Hugo, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 41 (1973), S. 1-17 (12) mit Hinweisen.

29 Da das gesamte Argument auf der Disjunktion von freiwilliger oder erzwungener Rechtsdurchsetzung aufgebaut ist, hätte man nur die Frage stellen müssen, ob unter der Bedingung einer solchen Disjunktion überhaupt noch von Freiheit die Rede sein kann oder sich das ganze System nicht als direkt oder indirekt zwangsgeregelt erweist; denn gekoppelt an die Alternative, gezwungen zu werden, ist die Freiheit nichts weiter als Zwangsvermeidung. Und mit der Freiheit des anderen fällt auch die eigene, da sie sich unter dieser Bedingung nicht mehr als allgemeines Gesetz behaupten und begründen kann, wie der kategorische Imperativ es fordern.

Ähnliches muß Fries a.a.O. (1803/1914) S. 26 gedacht haben, wenn er formuliert: »Wo Recht ist, ist kein Zwang, wo Zwang gilt, gilt kein Recht. Wenn Menschen miteinander in Gemeinschaft kommen, so kann zwischen ihnen nur *entweder* das Recht *oder* die physische Gewalt entscheiden; ist das letztere der Fall, so gibt es zwischen ihnen gar kein Recht«. Aber so geht's natürlich nicht! Und es heißt denn auch bald darauf: »Für die Wechselwirkung der Einzelnen können sich Zwang und Recht einander nur ausschließen; erst vermittelt der bürgerlichen Verfassung ist eine Vereinigung von beyden, eine Unterstützung des Rechts durch Gewalt möglich. Eben deswegen findet aber überhaupt eine philosophische Rechtslehre nur als Gesetzgebung für eine bürgerliche Verfassung statt« (S. 27). Die Kritik fängt sich in einer Bejahung des Kritisierten. Gerade die gewundene Polemik zeigt am Ende, worauf es ankommt: die Fundierung des Rechts auf Gewalt unter Bedingungen zu begründen.

an das, was man damals allzu summarisch mit der Unterscheidung von »Staat« und »Gesellschaft« auszudrücken versuchte³⁰. Entsprechend wurde im Kontext des bürgerlichen Denkens das Moment des Zwanges unterbelichtet. Erst die drängenden Fragen, die sich angesichts der gesellschaftlichen Evolution und ihrer Folgen auf-türmen und die die Strukturtypik der modernen Gesellschaft betreffen, wecken den Bedarf nach einer elaborierten Analytik. In diesem Zusammenhang wird das Verhältnis von Differenzierung und Gewalt eines der Schlüsselprobleme - allein schon deshalb, weil Gewalt als Faktum und als Alternative entdifferenzierend wirkt. An die Stelle des Rückgriffs auf Naturrecht kann jetzt nur eine gesellschaftstheoretisch angeleitete Analyse treten. Sie bezieht sich im Rahmen des hier gestellten Themas nur auf das Verhältnis von Rechtssystem und politischem System. Die Frage lautet: ob die Gründung beider Systeme auf physische Gewalt und die Orientierung der rechtswirksamen Gesetzgebung am politisch Möglichen und politisch Erfolgsversprechenden entdifferenzierend wirken. Die Antwort lautet: *nein*, und zwar eben deshalb nicht, weil es diese zwei Ebenen der Interdependenz gibt.

Man kann sich das Problem mit Hilfe des Konzepts der double interchanges verdeutlichen, das Parsons entwickelt hat³¹. Der Grundgedanke lautet: daß höhere Differenzierung und Generalisierung der Kommunikationsweisen zwischen Systemen und Systemen in ihren Umwelten möglich werden, wenn zwischen Systemen nicht nur eine, sondern zwei Tauschbahnen eröffnet werden. Dann kann jedes System, das an solchen Doppeltauschbeziehungen beteiligt ist, die Beziehungen zwischen den entsprechenden Chancen intern nach eigenen Kriterien regulieren und insofern

30 Vgl. nur Ernst-Wolfgang Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976.

31 Und zwar orientiert an einem ganz anderen Modell: dem des Haushaltes im Verhältnis zum Wirtschaftssystem, der sowohl Arbeit gegen Geld als auch Geld gegen Güter und Dienstleistungen tauscht und sich durch diese Doppelungen aus allzu konkreten Bindungen (»barter«) an seine Umwelt löst. Vgl. Talcott Parsons/Neil J. Smelser, *Economy and Society*, Glencoe Ill. 1956, S. 70 ff. und für die Verallgemeinerung Talcott Parsons, *General Theory in Sociology*, in: Robert K. Merton/Leonard Broom/Leonard S. Cottrell (Hrsg.), *Sociology Today*, New York 1959, S. 3-38 (16 ff.); seitdem eingebaut in das grundlegende Theorie-design der vier Funktionssysteme. Vgl. ferner Wsevolod W. Isajiw, *Causation and Functionalism in Sociology*, London 1968, S. 83 ff.

autonom verfahren, ohne daß, im Verhältnis zur Umwelt gesehen, die Abhängigkeit dadurch aufgehoben würde. Das Verhältnis von Abhängigkeiten und Unabhängigkeiten wird auf ein höheres kombinatorisches Niveau verlagert.

Wenn man (unabhängig vom Vier-Funktionen-Schema der Parsonsschen Theorie) diesen Grundgedanken auf das Verhältnis von politischem System und Rechtssystem anwendet: Was ist das Tauschobjekt? Oder anders gefragt: was motiviert die Bereitschaft auf beiden Seiten?

Auf den ersten Blick, und der suggeriert Entdifferenzierung, sieht es so aus, als ob das politische System nur gibt und das Rechtssystem nur nimmt, nämlich sowohl gesetzesförmig Entscheidungsprämissen als auch Erzwingungshilfe. Bei dieser Betrachtung entsteht ein traditionell-hierarchisches Bild: Das Rechtssystem ist ein Mittel zur Implementierung von Politik.

Dieses Urteil ändert sich jedoch, wenn man vom Zweck/Mittel-Denken zum Systemdenken übergeht und ein systemtheoretisches Konzept selbstreferentieller Systeme zu Grunde legt. Dies Konzept besagt, daß alle autonomisierten Systeme durch Selbstreferenz ihrer Operationen gekennzeichnet, also zirkulär strukturiert sind. Sie können nur entscheiden durch Bezug auf andere Entscheidungen des gleichen Systems, und sie bilden deshalb eine systemspezifische Semantik aus, die ihnen dabei hilft, die dafür in Betracht kommenden eigenen anderen Entscheidungen zu finden. Ihre Leitwerte haben genau diese Funktion³². Logisch gesehen sind aber selbstreferentielle Zirkel eine Tautologie, haben also die Eigenschaft, beliebige Zustände zuzulassen³³. Sie müssen sich deshalb »in der Praxis« enttautologisieren. Hierfür halten Hegelianer und Hermeneutiker den Rückgriff auf Geschichte als Prozeß bzw. als faktisches Gewordensein bereit. Dies ist und bleibt ein wichtiger

32 Zur entsprechenden Funktion von »Gerechtigkeit« siehe Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in diesem Band 374 ff. Dieser Beitrag argumentiert mit Entscheidungskonsistenz, er läßt sich aber ohne Schwierigkeiten in die Begrifflichkeit der Theorie selbstreferentieller Systeme übersetzen, wenn man bedenkt, daß Konsistenz eine wechselseitige Beziehung zwischen Entscheidungen erfordert.

33 Eine dieses Problem der Zirkularität bzw. der unendlichen Rekursivität einschließende Logik ist ein wichtiges Desiderat. Siehe dazu George Spencer Brown, *Laws of Form*, 2. Aufl. New York 1972; Francisco J. Varela, *A Calculus for Selfreference*, *International Journal of General Systems* 2 (1975), S. 5-24.

Hinweis: Das im Moment nicht Änderbare muß man im Moment hinnehmen, und alles, was geschieht, geschieht jeweils »im Moment«. Dennoch ist der Hinweis auf die enttautologisierende Funktion der Zeit für sich allein nicht ausreichend. Systeme im Zeitlauf müssen sich immer auch für Neues öffnen, für Variation bereithalten; anders wäre längerfristige Kontinuität und vor allem Evolution unmöglich. Das Sichabhängigmachen von Geschichte wird daher typisch, und unter hochdynamischen Verhältnissen verstärkt, durch ein Sichabhängigmachen von Umwelt ergänzt. Beide zusammen erfüllen die Funktion der Unterbrechung zirkulärer Interdependenzen, der Enttautolisierung, der Umformung symmetrischer in asymmetrische Abhängigkeiten.

Legt man dieses allgemeine, hier nur knapp skizzierte systemtheoretische Konzept zu Grunde, dann wird deutlich, was den Tausch vermittelt, nämlich der Bedarf für Asymmetrisierungen: das Erfordernis der Unterbrechung zirkulärer Interdependenzen auf *beiden* Seiten mit Hilfe ihrer jeweiligen *Umwelt*. Weder Politik noch Recht können sich als Tautologien, als willkürliche, für Belieben offenstehende Selbstreferenz präsentieren. Und weder Politik noch Recht können unter den modernen Verhältnissen einer dynamischen Gesellschaft ihre Asymmetrien als Natur und als Tradition legitimieren. Der Rückgriff auf ein transzendentes Apriori war der letzte großartige Versuch, dieser Lage durch Forcierung denkerischer Möglichkeiten Herr zu werden. Dieser Versuch landete in der asymmetrischen Gegenbegrifflichkeit von Vernunft und Zwang, in einem eigens für ihn konstruierten selbstreferentiellen Kurzschluß³⁴.

Die Lösung, die die Gesellschaft selbst in der Wirklichkeit gefunden hat, baut auf Systemverhältnissen auf und läßt sich mit der Theorie der *double interchanges* beschreiben. Das politische System liefert auf der einen Tauschbahn dem Rechtssystem Asymmetrisierungen, nämlich Prämissen des Entscheidens in der Form

34 Vgl. hierzu Reinhart Koselleck, *Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe*, in: ders., *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt 1979, S. 211-259. Die Anregung zu einer über Koselleck hinausgehenden Anwendung des Konzepts der asymmetrischen Gegenbegriffe auf Vernunft und Gewalt gibt Kurt Röttgers, *Nachwort I: Kritik oder Gewalt - Ende eines philosophischen Themas*, in: Kurt Röttgers/Hans Saner (Hrsg.), *Gewalt: Grundlagentheorie in der Diskussion der Gewaltphänomene*, Basel - Stuttgart 1978, S. 82-96 («4).

positiv gesetzten Rechtes. Es erhält dafür die über das Recht laufende Realisation politischer Macht. Das schließt eine immense Multiplikation der Machtwirkungen durch »private« Bereitschaften zur Hinnahme von Rechtsschranken einerseits und zur privaten Interessenverfolgung andererseits ein. Die Politik kann unter diesen Bedingungen rechtmäßiger Durchführung an der (wie immer illusorischen) Vorstellung zentralisierbaren Entscheidens festhalten und den Erlaß von Gesetzen wie einen politischen Erfolg behandeln.

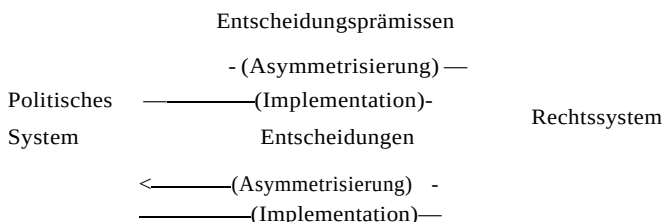
Auf der anderen Tauschbahn liefert das Rechtssystem dem politischen System Asymmetrisierungen in der Form von Prämissen für den Einsatz physischer Gewalt. Für das politische System wird damit der Zirkel von Wille und Gewalt unterbrochen". Man kann nicht alles, was man will, erzwingen und damit alles, was man erzwingen könnte, wollen. Die Rechtsform tritt dazwischen, ohne daß die Autonomie und demokratische Form politischer Willensbildung dadurch in Frage gestellt würde³⁶. Umgekehrt erhält das Rechtssystem auf dieser Tauschbahn die benötigten Erzwingungsmöglichkeiten. Die Rechtsentscheidungen, besonders Gerichtsurteile, bleiben nicht Gesänge, die im Leeren verhallen. Sie werden befolgt, weil ihre Befolgung erzwungen werden könnte und dies in Grenzfällen faktisch auch geschieht. Diese Möglichkeit wird in der juristischen Entscheidungsfindung mitgedacht, und ohne sie könnte das Rechtssystem in der Gesellschaft nicht existieren³⁷.

35 Das übersehen Vorwürfe, die man immer wieder hört (Ein Beispiel: Günter Dux, *Strukturwandel der Legitimation*, Freiburg - München 1976, S. 354): es handle sich bei einer Theorie, die weder Natur noch Vernunft noch legitimatorische Ideen als Grundlage des Handelns suche bzw. anerkenne, um »Dezisionismus«. Dabei wird übersehen, daß eine Übersetzung von Entscheidung in Gewaltanwendung durch die Differenzierung von politischem System und Rechtssystem vermittelt wird, und zwar gerade deshalb, weil beide Systeme auch über die Prämissen von Entscheidungen noch entscheiden können, und weil beide Systeme auf der Möglichkeit von Gewaltanwendung beruhen. Die Differenzierung tritt also an genau die Stelle, wo man im traditionellen Denken von der Natur oder der Vernunft Limitationen erwartet hatte.

36 Hierzu auch Niklas Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München 1981, S. «4 f.

37 Damit soll nicht geleugnet sein, daß es auch nichterzwingbare Rechtsentscheidungen gibt; aber diese zehren vom Kredit des erzwingbaren Rechts und würden ohne diesen Hintergrund nichts anderes sein als Urteile eines *cour d'amour*, der nur die Metaphorik des Rechts benutzt, um einen andersartigen Code zu strukturieren.

Die nachstehende Figur faßt diesen Sachverhalt zusammen:



Was diese Konstellation gegenüber traditionellen Umweltabhängigkeiten auszeichnet, ist vor allem die *Spezifikation* der Umweltreferenz, die für Interdependenzunterbrechung in Anspruch genommen wird. Es ist nicht mehr die Umwelt insgesamt, die als Natur vorliegt und ins nur religiös begreifbare Jenseits übergeht, die die Bezugspunkte, von denen alles abhängt, garantiert³⁸. Statt dessen wird die benötigte Interdependenzunterbrechung von einem bestimmten anderen Funktionssystem *innerhalb der Gesellschaft* bezogen. Daß damit Risiken im allgemeinen und Plausibilitätsverluste im besonderen verbunden sein müssen, liegt auf der Hand. Was damit gewonnen wird, ist auf der anderen Seite eine grenzenlos offene, ins Kleine und Große unendliche Welt, die nicht mehr als »Grund« für Abschlußformeln herhalten muß.

Solche Verhältnisse erzwingen entsprechende Abstraktionslagen in der Theorie. Im vorliegenden Zusammenhang darf vor allem die Tauschvorstellung nicht wörtlich und nicht interaktionistisch genommen werden³⁹. Gemeint sind aus der Differenzierung selbst entstehende Interdependenzen, die Verhaltenswahlen motivieren, die aber nicht notwendig im Sinne eines quid pro quo erlebt und auch nicht im Sinne eines »Synallagma« die Fehlerabwicklung

38 Man erinnere sich an die noch für die Aufklärung wichtige Metapher der invisible hand (etwa Joseph Glanvill, *The Vanity of Dogmatizing*, London 1661 (Nachdruck Hove, Sussex 1970), S. 180: »Nature Works by an invisible hand in all things«) oder der Vorstellung von Ketten der Pflichten und Begründungen, an denen alles hängt und die selbst im Unsichtbaren enden (so Jacques Necker, *De l'importance des opinions religieuses*, London - Lyon 1788, zit. nach: *Euvres complètes* Bd. 12, Paris 1821 (Nachdruck Aalen 1971), S. 5 s f.).

39 Also nicht im Sinne von George C. Homans, *Elementarformen sozialen Verhaltens*, dt. Übers. Köln-Opladen 1968. Parsons spricht denn auch bewußt nicht von exchange, sondern von interchange.

steuern. Wichtig ist die Einsicht, daß der symbiotische Mechanismus physische Gewalt heute in einer Konstellation fungiert, die von allen älteren Gesellschaftsordnungen sich dadurch unterscheidet, daß sie zwei getrennte Systeme benutzt und auf deren Differenzierung basiert ist. Wenn dies zutrifft, ist die alte Vorstellung der Gewalt als Herrschaftsmittel mit Durchgriffsmöglichkeiten von »oben« nach »unten« obsolet.

V.

Muß man aus dieser Analyse folgern, daß funktionale Differenzierung sich hält auf Grund von Bedürfnissen, die die funktionale Differenzierung via Autonomie und Selbstreferenz in den ausdifferenzierten Systemen selbst erzeugt? Das wäre sicher ein voreiliger Schluß. Manches spricht im Gegenteil dafür, daß sowohl im politischen System als auch im Rechtssystem eine Vielzahl von zusätzlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, soll jene doppelgleisige Interdependenz weiterhin gewährleistet bleiben.

Die prekäre Natur dieses Arrangements der *gemeinsamen* Benutzung von Zwangsgewalt durch *verschiedene* Funktionssysteme läßt sich ablesen an unterschiedlicher Sensibilität gegen ein Versagen der Gewalt. Politische Instanzen können mit Gewalt relativ opportunistisch umgehen - sozusagen mit der Geduld und dem langen Atem des Stärkeren. Sie müssen nur darauf achten, das Vertrauen in ihre Durchsetzungsfähigkeit nicht einzubüßen. Das Recht ist sehr viel empfindlicher, weil es auf symbolischer Generalisierung von Erwartungen, und zwar hochspezifischen Erwartungen, beruht. Da zählt, wie in der Liebe, jede Bagatelle. Wenn einem zugemutet wird, hinzunehmen, daß die Kirschen im Garten gestohlen werden, weil dies den Einsatz von Gewalt nicht lohnt, oder daß Häuser illegal besetzt bleiben, weil dies den Einsatz von Zwangsmitteln als zu folgenreich erscheinen läßt, beginnt das Verhältnis der wechselseitigen Bestätigung von Politik und Recht zu reißen.

Die wichtigste Voraussetzung bleibt natürlich: die wirksame politische Kontrolle physischer Gewalt im gesamten Staatsgebiet (unter Einschluß der Großstädte, muß man heute hinzufügen!). Die wirksame Verhinderung rechtsfreien, politisch motivierten Gewalteinsetzes ist dazu gleichsam die Gegenbedingung. Das politische System muß, mit anderen Worten, eine immense *Erweiterung*

und *Restriktion* seiner auf Gewalt basierten Macht *zugleich* akzeptieren. Dies ist übrigens zugleich eine Bedingung der Attraktivität eines Mehrparteiensystems, das Möglichkeiten bereitstellt, Konflikte in die Politik zu kanalisieren, und damit funktionale Äquivalente für eine gewaltsame Austragung offeriert.

Die Notwendigkeit der Kontrolle physischer Gewalt ist mit der spezifischen Funktion des politischen Systems gegeben. Politik muß die Möglichkeit kollektiv bindender Entscheidungen garantieren und muß solche Entscheidungen bei Bedarf herstellen können auch in Angelegenheiten, in denen es an vollständigem Konsens fehlt. Bindungswirkung und Effektivität in der Durchsetzung sind als solche natürlich keine rationalen Kriterien. Der Begriff der »formalen Rationalität« bei Max Weber ist insofern unglücklich gewählt⁴⁰. Aber es handelt sich um Voraussetzungen für Rationalität in sehr vielen, unübersehbar vielen Bereichen unter Einschluß der Politik selbst; denn weitläufige, in die Zukunft ausgreifende, indirekte Motive in Anspruch nehmende Handlungszusammenhänge lassen sich zumeist nur einrichten, wenn im Gesamtgefüge des sozial auch anders Möglichen gewisse Fixpunkte artifizell festgelegt und gesichert werden können gegen ein Fluktuieren der Konsenschancen.

Beim Vorherrschen einer auf Vermehrung der Wohlfahrt bedachten Politik - und diese hat ihrerseits strukturelle Gründe in der Ausdifferenzierung des politischen Systems - wird heute der Bedeutung des Problems der Kontrolle physischer Gewalt zu wenig Beachtung geschenkt. Man findet kaum Politik-Theorien, die bereit wären zuzugestehen, daß ein politisches Regime mit dem Verlust der sicheren Kontrolle physischer Gewalt auch seine Legitimität verliert⁴¹. Entsprechend fehlt es vielfach an Verständnis

40 Auch bei Parsons fehlt dieser wichtige Vorbehalt, das politische Streben nach effectiveness wird mit der Funktion des goal attainment identifiziert und gilt damit in sich selbst schon als rational. Vgl. Talcott Parsons, *Politics and Social Structure*, New York 1969, S. 319ff., 355, 370f.

41 Vgl. aber Talcott Parsons, *Some Reflections on the Place of Force in Social Process*, in: Harry Eckstein (Hrsg.), *Internal War: Problems and Approaches*, New York 1964, S. 33-70, neu gedruckt in ders., *Sociological Theory and Modern Society*, New York 1967, S. 264-296. Dies heißt natürlich nicht, daß man zu der im 19. Jahrhundert verbreiteten Ansicht zurückkehren könne, daß Legitimität in der faktischen Durchsetzung politischer Herrschaft bestehe. Auch für die Ablösung von diesem Gedanken ist der Beitrag von Parsons ein repräsentativer Text.

für das Verhältnis von Militär und Politik in zahlreichen Regionen des Erdballs. Der alte Begriff des Friedens wird - sehr zu Unrecht - fast nur noch auf internationale Verhältnisse bezogen.

Gleichwohl wäre es verkehrt, diese politische Funktion der Kasernierung physischer Gewalt und der Sicherung des Friedens isoliert zu sehen. Sie ist nicht nur abhängig von erfolgreichem Polizei- und Militäreinsatz. Sie erfordert vor allem ein hinreichend komplexes, in die wichtigsten Lebensbereiche ausgreifendes Rechtssystem - und dies nicht nur im Sinne vorhandener Regeln und Texte, sondern im Sinne einer vielfältigen faktischen Inanspruchnahme des Rechts⁴². Wenn der Zustand des Rechtssystems den Rechtsgebrauch entmutigt, liegt der direkte Zugriff auf Gewalt nahe für all die, die diese Möglichkeit haben.

Unter diesen Gesichtspunkten wird verständlich, welche *politische* Bedeutung besonders dem *Privatrecht*, zukommt. Dessen laufende Reproduktion und Reaktualisierung durch Doktrin, Lehre und Rechtsprechung ist einer der Wege, Kurzschlüsse von der Willensbildung zur Anwendung von Gewalt zu verhindern und eine größere Vielfalt von Handlungsmöglichkeiten mit gleichwohl effektiven Durchsetzungschancen zu versehen. Auch dafür gibt es natürlich wieder Vorbedingungen - vor allem solche einer hinreichenden Differenzierung von Politik und Wirtschaft, die ihrerseits heute aus vielerlei Gründen bedroht erscheinen mag⁴³.

Solche Zusammenhänge, die über Systemdifferenzierung und Systemgrenzen laufen, können immer auch umgekehrt wirken, das heißt: Entdifferenzierung an einer Systemgrenze in ganz andere Funktionsbereiche transportieren. Eine Repolitisierung der Ökonomie mag das Rechtssystem so stark vereinfachen bzw. in bloßes Organisationsrecht transformieren, daß demgegenüber dann Gewalt oder ihr negatives Äquivalent, nämlich Verweigerung, als Alternativen sich aufdrängen. Das wiederum muß die politische Funktion in ihrem Kern, in ihrer Möglichkeit, bindende Entscheidungen zu treffen und durchzusetzen, berühren. Sie wird dann, so könnte man es resümieren, durch Überbeanspruchung ruiniert.

42 Hierzu wichtig: Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen 1976.

43 Ich denke hier keineswegs an vermeintliche Rationalitätsvorteile einer Planwirtschaft oder einer Überführung von Produktionsbetrieben in politisch zu verantwortende Regie, wohl aber an die Frage, ob eine monetär selbstgesteuerte Wirtschaft die Probleme der Erschöpfbarkeit von Ressourcen und der Umweltbelastung lösen kann.

Die Profession der Juristen Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland

Im Jahre 1938, einige Jahre, nachdem die Weltwirtschaftskrise dem Selbstbewußtsein der technisch und wirtschaftlich führenden Nationen einen kräftigen Stoß versetzt hatte, hielt der amerikanische Soziologe Talcott Parsons einen weithin beachteten Vortrag über »The Professions and Social Structure«¹. Vor dem Hintergrund der Krise und ihrer umstrittenen Reparatur durch die neuen Großbürokratien des New Deal lenkte Parsons die Aufmerksamkeit auf die Professionen. In den klassischen Berufsrollen des Arztes, des Priesters, des Juristen konnte Parsons ein soziologisches Modell aufzeigen, das einen Ausweg zu bieten schien. In allen professionellen Rollen verbinden sich drei Merkmale, nämlich erstens eine hohe fachliche Kompetenz auf Grund einer spezialisierten Ausbildung, zweitens eine universalistische, unparteiliche, sachliche Berufspraxis und² drittens eine primär nichtökonomische, nicht auf Profit abstellende Orientierung an typischen Gefahren und gesamtgesellschaftlichen Werten. Unübersehbar kam ferner ein viertes Moment hinzu, und zwar die Erwartung, daß diese Merkmale in der individuellen Berufspraxis des einzelnen Praktikers kombinierbar seien. So, schien es, konnte man den Utilitarismus aufgeben, aber den Individualismus behalten. So konnte man eine alte berufsethische Tradition der *partes seu officia* des Mittelalters mit den Attributen der modernen Gesellschaft ausstatten, nämlich mit den Orientierungsmustern (*pattern variables*) Universalismus und Spezifikation. So konnte man auf die Kontrastierung von Individuum und Kollektiv verzichten und doch zeigen, in welchem Maße das individuelle Handeln soziale Strukturen realisiert. Schließlich enthielt Parsons' Begriff der Profession einen elitären Anspruch und war zugleich offen für den Einschluß von

¹ *Social Forces* 17 (1939), S. 457-467, neu gedruckt in: *Essays in Sociological Theory Pure and Applied*, New York 1949, rev. ed. New York 1954.

Managern, Pharmazeuten, Krankenschwestern - oder gar jedermann?²

Die folgenden Ausführungen sollen dazu dienen, diese zugleich theoretische und gesellschaftspolitische Konzeption zu überprüfen, und zwar in einem fachlich und regional begrenzten Untersuchungsfeld: am Beispiel der Juristen in der Bundesrepublik Deutschland. Ich hoffe, damit die Interessen des Ehepaars Wilson fortzusetzen, dem diese Vorlesung gewidmet ist, indem ich eine soziologische Theorie im Bereich der Jurisprudenz und der Juristen überprüfe.

I.

Eine Analyse, die theoretischen Ansprüchen genügen und zugleich historische Sonderentwicklungen kultureller und nationaler Art erfassen will, muß den Punkt angeben, in dem sie beides verbindet. Sie muß ein Problem formulieren können, das unterschiedliche historische Entwicklungen und nationale Ausprägungen stimuliert; ein Problem, das auf verschiedene Weise gelöst werden kann - je nachdem, in welchem konkreten Kontext es sich stellt.

Mein Ausgangspunkt liegt in einer Theorie sozialer Systeme. Die Entstehung einer juristischen Profession dürfte entscheidend davon abhängen, ob und wie weit es gelingt, im Kontext eines Gesellschaftssystems ein besonderes Sozialsystem für Rechtsangelegenheiten auszdifferenzieren. Folgt man der Definition von Thomas Hobbes: »By Systemes; I understand any numbers of men joyned in one Interest, or one Businesse«, dann müßte es sich um eine Ausdifferenzierung unter dem spezifischen Gesichtspunkt der »Businesse« des Rechts handeln. Wo es zu einer solchen Entwicklung kommt, gewinnt die Kommunikation innerhalb eines solchen Rechtssystems besondere Formen. Sie unterstellt sich besonderen Erfolgsbedingungen und unterscheidet sich dadurch von der allgemein üblichen Kommunikation des täglichen Lebens.

Eines der Hauptmerkmale spezifisch juristischer Kommunikation scheint nun zu sein, daß sie sich immer auf Texte bezieht - auf Gesetze, Gerichtsentscheidungen, autoritative Lehrmeinungen

² Vgl. Harold L. Wilensky, *The Professionalization of Everyone*, *The American Journal of Sociology* 70 (1964), S. 137-158.

³ *Leviathan*, chap. XXII.

oder formulierte Verträge oder Vertragsformulare, in denen rechtlich relevante Inhalte fixiert sind oder fixiert werden sollen. Ganz abgesehen davon, wie verbindlich solche Texte sind oder wie weit sie manipuliert werden können, dürfte bereits die bloße Tatsache der »Vertextung« juristisch relevanter Kommunikation weittragende Folgen haben für die Chancen der Professionsbildung, aber auch für typische Gefährdungen des professionellen Zusammenhalts. Man kann zum Beispiel ganz einfach fragen: Wieviel Texte gibt es und wieviel Personen, die sich mit den Texten beschäftigen? Wie steht es mit dem Verhältnis der Zahl von Texten und der Zahl von Personen? Gibt es hier Mindestgrößen für den Take off der Professionsbildung, und gibt es Grenzen des Wachstums, die sie nicht überschreiten kann, ohne zusammenzubrechen? Um eines vorwegzunehmen: Es ist klar, daß in allen hochentwickelten Rechtssystemen mit ausgebauter Justiz, laufender Gesetzgebung und publikationsfreudiger Universitätslehre die Zahl der produzierten Texte die Fassungskraft des einzelnen Praktikers bei weitem übersteigt. Dem wird auf doppelte Weise Rechnung getragen. Zum einen werden immer engere Spezialisierungen entwickelt. Mein Anwalt, der mich in Angelegenheiten des Baurechts berät, muß seinen Kollegen fragen, wenn ein Problem des Speditionsrechts zu lösen ist. Zum anderen wird die Integration der Profession von der gemeinsamen Kenntnis und dem gemeinsamen Urteil über die Texte zurückgenommen in die bloße Möglichkeit des Findens und Beurteilens der einschlägigen Texte. Für die Kommunikationsprozesse gilt, wenn ich eine bekannte Formulierung von Carl Joachim Friedrich umformulieren darf, eine Art »law of anticipated capacities«. Durch beide Auswege aus der Überlastung wird der Zusammenhalt der Profession gelockert.

Ein zweiter Gesichtspunkt folgt aus einer Eigenart textbezogener Kommunikation: daß sie auf die Teilnahme einer größeren Gemeinschaft miturteilender anderer verweist und durch solche Co-Orientierung erst ihren Sinn erhält. Für Juristen bedeutet das, daß die Qualität ihrer Textinterpretationen oder Textformulierungen abhängt von der Aufnahme durch andere Juristen. Der einzelne Jurist kann, an welcher Stelle immer er arbeitet, seine Erfolge nicht autonom erzielen; er bleibt angewiesen auf adäquate Resonanz. Die eleganteste Rechtskonstruktion nützt nichts, wenn niemand sie versteht oder nachvollzieht, und ein verfeinertes

Gefühl für Grenzen der noch vertretbaren Interpretation läuft leer, wenn eine Hochflut der Politik jedes Bedenken überspült. Qualität kann also nur im System gesteigert werden, und die Erfolge hängen ab von fachlich qualifizierten Kommunikationsprozessen.

Diese Charakterisierung führt auf eine eigentümliche Ambivalenz, die sich bei anderen Professionen in dieser Form nicht findet. Das Kommunikationsnetz, das die juristische Profession zusammenhält, ist von der Qualität der Texte und zugleich von der Qualität der Personen abhängig. Es bleibt auf Formulierungen, aber auch auf Instanzen angewiesen. Mit beiden Bedingungen professioneller Kommunikation hat der deutsche Jurist Erfahrungen, die ins Extrem tendieren. Er kennt einerseits eine Tradition von sorgfältig redigierten, dogmatisch durchdachten Gesetzestexten, mit denen er gelehrt brillieren kann. Und er hat andererseits die Erfahrung gemacht, daß eine unter politischem Druck erfolgte Veränderung nicht so sehr der Texte als vielmehr der Personen und Instanzen innerhalb weniger Jahre das Kommunikationssystem der Profession radikal zerstört: die Erfahrung des Nationalsozialismus⁴.

Will man ein Urteil über die Lage und die Zukunftschancen der juristischen Profession gewinnen, muß man daher vor allem auf ihr Kommunikationssystem achten, im einzelnen auf Fragen der relativen Menge und der Verteilung der Juristen in der Gesellschaft, auf die Text- und die Organisationsabhängigkeit, die historische Herkunft und die Art der Qualitätsansprüche, sowie auf ihre gesellschaftliche Durchsetzbarkeit.

II.

Nach diesen allgemeinen Vorüberlegungen schränke ich nunmehr das Blickfeld ein auf die gegenwärtige Situation der Juristen in der Bundesrepublik Deutschland. Zuerst möchte ich auf Fragen der Menge und der Verteilung eingehen. Unser Untersuchungsfeld ist so groß, daß persönliche Bekanntschaft oder Kontakte im Rahmen höherer Gesellschaftsschichten als Integrationsmittel ausfallen. Es gibt in der Bundesrepublik rund 100 000 voll ausgebildete Juristen. Rund 3 000 Kandidaten bestehen jährlich das zweite juristische

⁴ Vgl. dazu Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen 1968.

Staatsexamen, das den Zugang zu juristischen Berufen eröffnet. Diesem Nachwuchs stehen verschiedene juristische Berufe offen, darunter auch in unmittelbarem Zugang der Richterberuf. Die Absolventen gehen zu etwa gleichen Anteilen in die Justiz, in die öffentliche Verwaltung, in den Anwaltsberuf und in etwas geringerem Umfange in die Wirtschaft. Der Examensjahrgang 1971 zum Beispiel wurde nach den Ergebnissen einer Umfrage mit 16% Richter, mit 7% Staatsanwalt, mit 23% Verwaltungsjurist im öffentlichen Dienst, mit 24% Rechtsanwalt und mit 10% Wirtschaftsjurist. Weitere 10% entfielen auf andere juristische Berufe'. Diese Verteilung zeigt schon, daß sich keine eindeutigen Schwerpunkte bilden. Auf der Grundlage einer juristischen Ausbildung kann man sehr verschiedenartige Berufsfelder erreichen: Man kann Beamter werden, braucht es aber nicht. Man kann in Großbürokratien des Staates oder der Wirtschaft Karriere machen, kann sich aber auch als Anwalt selbständig machen; man kann auf Sicherheit oder auf Erfolg setzen, kann sein Lebensziel in der Lösung von Rechtsfällen sehen, kann sich aber auch im Laufe einer Organisationskarriere vom Fachlich-Juristischen entfernen, und man hat zu allem dem die Wahl zwischen sehr verschiedenartigen Rechtsgebieten.

Diese Offenheit der Berufswahl dürfte ein wesentliches Motiv für die Wahl des juristischen Studiums sein. Daher überrascht es nicht, daß die Studien- und Berufswahlmotive des Juristen kaum eine besondere Struktur aufweisen - weder was Persönlichkeitsmerkmale noch was berufliche Werthaltungen angeht. Dies hat eine empirische Untersuchung gezeigt, die von Renate Mayntz und mir im Auftrage der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, dem deutschen Pendant zur Fulton Kommission, durchgeführt worden ist⁵. Sie läßt in der Berufswahl kaum

5 Vgl. Heinz Recken, *Berufswahl der Juristen: Ergebnisse einer umfassenden Befragung*, Zeitschrift für Rechtspolitik 6 (1973), S. 124-127. Zu beachten ist, daß die Rücklaufquote dieser Umfrage nur 46% betrug.

6 Vgl. als Auswertung der Daten speziell für Juristen Elmar Lange/Niklas Luhmann, *Juristen: Berufswahl und Karrieren*, Verwaltungsarchiv 65 (1974), S. 113-162. Eine andere Untersuchung, die auf einen Vergleich von Soziologen und Juristen abgestellt war, hat dagegen deutliche Unterschiede ergeben, die man aber wohl eher den Soziologen als den Juristen zurechnen muß. Vgl. Renate Mayntz (Hrsg.), *Soziologen im Studium: Eine Untersuchung zur Entwicklung fächspezifischer Einstellungen bei Studenten*, Stuttgart 1970.

Unterschiede zwischen Juristen und anderen Akademikern erkennen. Erst in der zweiten Phase des Berufswahlprozesses, nämlich angesichts der Alternative, Richter oder Anwalt zu werden, scheiden sich die Typen und Interessen.

Besonders fällt auf die Selbstselektion zum Richterberuf. Das ist, wie gesagt, in Deutschland ein unmittelbar nach dem Examen zugänglicher Beruf. Er zieht etwas stärker als andere Rechtsberufe Nachwuchs aus den Oberschichten an, vor allem Kinder höherer Beamter. Man müßte danach erwarten, daß dieser Nachwuchs in stärkerem Maße Persönlichkeitsmerkmale aufweist, die für Oberschichten typisch sind - also Flexibilität, Toleranz für Ambiguität, Selbstzurechnung (internal attribution) von Erfolg und Mißerfolg, Risikobereitschaft. Das Gegenteil ist der Fall. Die Auslese läuft dem von der Herkunft her zu erwartenden Trend entgegen. Die Kandidaten für den Richterberuf zeigen zum Beispiel ein geringeres Maß an beruflichem Erfolgsstreben. Sie rechnen Ereignisse eher den Umständen als sich selbst zu, sie sind weniger risikobereit und weniger in der Lage, Unbestimmtheiten (Ambiguität) zu tolerieren. Ihre Berufswerte zentrieren um Sicherheit und Unabhängigkeit des Gehalts von Erfolg oder Mißerfolg, sie sind mehr auf Ordnung als auf Abwechslung gerichtet. Kurz: Es handelt sich um typische Beamte. Und zwar sind, und das ist vielleicht für einen Vergleich mit Großbritannien interessant, diese beamtentypischen Merkmale im Richternachwuchs sehr viel stärker ausgeprägt als im Nachwuchs für die Verwaltungslaufbahn. Der Anwaltsberuf zieht in all diesen Hinsichten eher den entgegengesetzten Typus an.

Wenn diese Ergebnisse einer ersten empirischen Untersuchung verallgemeinert werden können, dann besagen sie, daß die Profession der Juristen aus den höheren und mittleren Schichten der Gesellschaft zunächst eine recht gemischte Auswahl anzieht und sie erst nachträglich sortiert. Man muß daher annehmen, daß die Profession als Ganzes, was Werthaltungen, Interessen und Einstellungen angeht, heterogen zusammengesetzt ist und erst in sich selbst sich im Hinblick auf Rollentypen differenziert. Das sind wenig günstige Voraussetzungen für den inneren Zusammenhalt der Profession, geschweige denn für ihre Wirksamkeit im Sinne eines gesellschaftspolitischen Faktors.

Eine zweite Überlegung verstärkt diese Bedenken. Die Entscheidung für eine dieser Berufskarrieren wird normalerweise auf

Lebenszeit getroffen. Sie führt die Juristen in sehr verschiedene Rollen und Kontaktfelder. Entsprechend differenzieren sich, wie es in der soziologischen Fachsprache heißt, ihre »Bezugsgruppen«. Ein Richter der unteren Instanz mag zu den Obergerichten aufschauen und in seinem Schreibtisch heimlich eine check list führen, in der er einträgt, wieviele seiner Urteile angefochten werden und wieviele bestätigt oder aufgehoben werden. Ein höherer Ministerialbeamter wird sich durch Kontakte und durch Argumentationsreserven auf einen Wechsel in der politischen Leitung seines Hauses vorbereiten. Ein Anwalt kann in sehr verschiedenem Maße von seiner Kundschaft abhängig sein, so daß er sich in Grenzfällen vom Syndikus eines Großunternehmens kaum noch unterscheidet. Mit diesen Andeutungen soll nicht behauptet sein, daß Juristen in der Bundesrepublik oder anderswo das Recht im Interesse von Auftraggebern biegen oder gar brechen. Gemeint ist: Es werden für sie je nach ihrer beruflichen Lage ganz unterschiedliche Rechtsvorschriften und Rechtsprobleme relevant, sie folgen in der Entwicklung des Rechts unterschiedlichen Bedürfnissen und sehr verschiedenen »opinion leaders«. Das Problem liegt auch nicht in der heute wieder eifrig diskutierten »Klassenjustiz« oder in der angeblich konservativen Blickweise der Juristen. Die Vorfrage ist wichtiger, wie weit überhaupt ein professioneller Zusammenhalt noch prägend wirkt.

Hierüber fehlen zuverlässige empirische Untersuchungen, und sie wären methodisch auch schwierig durchzuführen. Die gegenwärtige Szene in der Bundesrepublik bietet jedoch ein gutes Beobachtungsfeld. Ein radikaler, fast blinder politischer Moralismus breitet sich aus und dringt mit dem Generationswechsel in die Radiostationen und Verlage, in die politischen Parteien und allmählich auch in die Ministerien ein, von Universitäten ganz zu schweigen⁷. Der Aderlaß des Krieges in meiner Generation und die intellektuellen Versäumnisse der Aufbauzeit nach 1948 machen sich bemerkbar; man hat dem nichts entgegenzusetzen. Die Schaltstellen in den Bürokratien ermöglichen einen hinhaltenden Widerstand, aber

7 Auch rechtssoziologische Tagungen sind dem ausgesetzt und ziehen sich den Vorwurf zu, nur »Herrschaftswissen zu produzieren«. Siehe den Beitrag von Erhard Blankenburg/Wolfgang Kaupen/Rüdiger Lautmann/Frank Rotter, die zu den rührgsten Rechtssoziologen der Bundesrepublik zählen, und die Erwiderung von Helmut Schelsky im: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972), S. 600 ff.

nicht die Formulierung von einleuchtenden Alternativen, von Konzeptionen. So kann sich kein Vertrauen auf eine andere Möglichkeit formieren, nicht einmal ein Vertrauen auf politische Potenz. Die Mehrheit ist sprachlos.

In dieser Situation zeigt der Jurist eine bemerkenswerte Resistenz gegen spasmodischen Politismus. Er denkt ohnehin schon normativ und ist daher gegen naives Moralisieren immun. Er ist gewohnt, Fronten und Gegnerschaften fallbezogen zu sehen und nicht als durchgehende gesellschaftliche Fronten, an denen für oder gegen die gute Gesellschaft gekämpft wird. Er hat gelernt, zuerst die geltenden Regeln zu betrachten, bevor er das Verhalten beurteilt. Und er ist geübt, auf Grund weniger Prämissen und weniger Informationen mit scharfer Reduktion auf wenige relevante Gesichtspunkte rasch zu entscheiden. Das alles bringt ihn auf Distanz.

III.

Aber kann diese Distanz mehr sein als bloße Mentalität, als die gewohnheitsmäßige Enge des eigenen Tuns und Könnens? Kann sie ein politischer Faktor sein - oder werden?

Man kann diese Frage auch so stellen: Hat die Profession eine Art Führung, ein Zentrum der Meinungsbildung, das auf die rasch fluktuierenden politischen Verhältnisse rasch reagieren kann?

Die Frage läßt sich nicht mit einem eindeutigen Ja oder Nein beantworten. Man muß zunächst sehen, daß es in Deutschland zwar eine Regierungszentrale gibt, aber keine Hauptstadt und keine hauptstädtische Gesellschaft, vergleichbar mit Paris, Madrid, Stockholm, Warschau - ich weiß nicht, ob ich an diesem Ort (Edinburgh) London nennen darf. Berlin hatte diese Stellung einer gesellschaftlichen Metropole nie ganz erreicht und existiert heute nur noch als Problem. Infolgedessen fehlt jene Ebene verdichteter Interaktion, auf der sich maßgebende Meinungen bilden und disziplinieren lassen. Ein einzelner Schriftsteller tritt als Gewissen der Nation auf - und niemand sagt ihm, daß er sich lächerlich macht. Professoren greifen zum Mittel der Zeitungsannonce, um ihre politische Auffassung kundzutun - und niemand sagt ihnen, daß sie sich lächerlich machen. In dieser Lage muß auch eine

Profession wie die der Juristen auf Interaktion im Rahmen einer Gesellschaft von Honoratioren verzichten. An die Stelle tritt Organisation, und zwar in einer Form, die nach dem Prinzip der Gewaltenteilung die Juristen auf zwei Gewalten verteilt.

Betrachten wir zunächst die Ministerialbürokratie. In ihr spielen Juristen eine gewichtige, wenn nicht dominierende Rolle. Aus dem Prinzip des Rechtsstaates wird gefolgert, daß bei allen rechtlich relevanten Entscheidungen nur ein Jurist die Verantwortung übernehmen, also nur ein Jurist die abschließende Unterschrift geben kann. Das bedeutet, daß Führungspositionen mit Juristen besetzt werden müssen - ein natürlich oft durchbrochenes, aber in weitem Umfange eingehaltenes Prinzip. Soweit ich weiß, ist nie jemand auf die Idee gekommen, die abschließende Verantwortung für alle Entscheidungen, die Kosten verursachen, einem Wirtschaftswissenschaftler vorzubehalten. So tief ist die Betonung des Rechtsstaates im deutschen Staatsdenken verankert, verstärkt natürlich durch die Erfahrungen unter dem Nazi-Regime.

Faktisch hat dieses Orientierungsmuster die Folge, daß Juristen im Ministerialdienst überrepräsentiert sind. So fand ich in einer Stichprobe aus den Bundesministerien unter den Akademikern 88% Juristen, in den Ministerien des Landes Niedersachsen sogar 62% Juristen⁸. Im gesamten höheren Dienst der Bundesrepublik sind es dagegen nur 13,8%. Außerdem sind die Juristen auf allen Verwaltungsebenen in Führungspositionen überdurchschnittlich vertreten, sie haben infolgedessen sehr viel bessere Karrierechancen und im Durchschnitt eine höhere Besoldung als andere Akademiker¹⁰.

8 Nichtveröffentlichte Daten aus der bereits genannten, im Auftrage der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts durchgeführten Untersuchung.

9 Vgl. Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Fachserie L (Finanzen und Steuern), Personalstrukturerhebung am 2. Oktober 1968: Personal von Bund, Ländern und Gemeinden, Stuttgart - Mainz 1971, S. 18. Diese Statistik bezieht sich allerdings auf den gesamten höheren Dienst und schließt 13,8% Nichtakademiker ein.

10 Vgl. Nikias Luhmann/Renate Mayntz, Personal im öffentlichen Dienst: Eintritt und Karrieren, Baden-Baden 1973, S. 142 f.; Gerhard Brinkmann, Die Diskriminierung der Nichtjuristen im allgemeinen höheren Verwaltungsdienst der Bundesrepublik Deutschland: Test einer Hypothese durch einen Gehaltsvergleich zwischen der Bundesrepublik und den USA, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 129 (1973), S. 150-167 - Vgl. auch Thomas Ellwein/Ralf Zoll, Berufsbeamtentum: Anspruch und Wirklichkeit: Zur Entwicklung und Problematik des öffentlichen Dienstes, Düsseldorf 1973, insb. S. 176 ff.

Ein so massives Übergewicht wirkt sich selbstverständlich aus. Es bestimmt die Leistungen und Leistungsschranken der Verwaltungsbürokratie und dadurch mittelbar auch das, was politisch möglich bzw. nicht möglich ist. Das heißt wiederum nicht, daß die Bürokratie konservativ sei oder Reformen verhindere; wohl aber, daß sie Reformfragen primär unter dem Gesichtspunkt von Gesetzesänderungen behandelt. So kann man, um ein Sachgebiet unter vielen herauszugreifen, in der Schul- und Hochschulpolitik beobachten, daß nur wenige Themen in die Form juristischer Konfliktregelungen und Kompetenzbestimmungen gebracht und in dieser Fassung laufend reformiert werden können, die inhaltliche Gestaltung der Erziehung dagegen erst in jüngster Zeit und wenig erfolgreich geplant wird. Ständige, sich überstürzende, im Vollzug bereits überholte Reformen des rechtlichen Regelungswerkes sind dann nur die Symptome für einen sich deutlich abzeichnenden Niedergang.

In gewissem Umfange wird dieses Übergewicht der juristischen Perspektive allerdings durch den Zwang der faktischen Verhältnisse von selbst korrigiert. Die Juristen arbeiten und entscheiden keineswegs nur im Bereich von Rechtsfragen. Sie sind in hohem Maße ausbildungsfremd beschäftigt und sind dann nur deshalb Jurist, um notfalls auch Rechtsfragen mitbeurteilen und entscheiden zu können. Dies Zurücktreten des Fachlichen ist ein bewußtes Moment im Berufsverständnis des juristisch vorgebildeten Verwaltungsbeamten, es wird in Gesprächen immer wieder betont, ist vermutlich ein Motiv der Wahl gerade dieses Berufszweiges und zeigt sich überdies auch in empirischen Analysen der Tätigkeit". Selbst in der Beratung des Gesetzgebers ist der Jurist überfordert. Er kann ja die Maßstäbe für die Änderung des Rechts nicht dem geltenden Recht entnehmen und ist an deutschen Universitäten auch nicht für »Rechtspolitik« ausgebildet worden.

Nach wie vor haben Juristen im Verwaltungsdienst ein emotional gespanntes Verhältnis zur Politik, insbesondere zu den politischen Parteien. Viele von ihnen sind in Parteien eingetreten, um eine Hürde in ihrer Karriere zu nehmen. Gleichwohl lehnt eine weit überwiegende Mehrheit parteipolitischen Einfluß auf die Beset-

ii Vgl. Gerhard Brinkmann/Wolfgang Pippke/Wolfgang Rippe, Die Tätigkeitsfelder des höheren Verwaltungsdienstes: Arbeitsansprüche, Ausbildungserfordernisse, Personalbedarf, Opladen 1973, S. 346 ff.

zung von Beförderungspositionen und eine parteipolitische Beeinflussung der Behördenpraxis ab¹². Es scheint, daß der Opportunismus des Eintretens um der Karriere willen diese Ablehnung eher noch verstärkt. Sie ist bei anderen Akademikern im übrigen noch stärker ausgeprägt als bei den Juristen. Diese Ablehnung bezieht sich nur auf *konkrete* Eingriffe der Parteien in den Verwaltungsapparat. Sie erscheint den Beamten vereinbar zu sein mit einer grundsätzlichen Bejahung der Demokratie als Staatsform, mit parlamentarischer Gesetzgebung und mit der Funktion politischer Parteien im allgemeinen Legitimationsprozeß. Erst eine jüngere Generation bringt auch den konkreteren Interessen der Parteipolitik mehr Offenheit entgegen, vielleicht gewöhnt man sich auch an die eingespielte Realität.

Vor dem Hintergrund dieser Situationsbeschreibung stellt sich nun die Frage: Ist die Gesamtprofession der Juristen ein Faktor in diesem Zusammenhang? Stützt die Bezugsgruppe der Profession den Verwaltungsjuristen in seiner Abwehr dessen, was er als Einmischung der politischen Parteien empfindet? Gibt sie ihm Argumente an die Hand? oder soziale Beziehungen? oder wenigstens Ideale?

Bei einer realistischen Betrachtungsweise wird man das kaum bejahen können. Der einzige Faktor, der zählt, ist wiederum ein organisatorischer: die voll ausgebaute Gerichtsbarkeit auch in öffentlich-rechtlichen, ja selbst in verfassungsrechtlichen Streitigkeiten. Der Verwaltungsjurist kann in den Fragen, die sich juristisch greifen lassen, gegenüber der Politik sich auf die Gerichte berufen: auf eine bereits gefestigte Entscheidungspraxis, aber auch auf Urteilstendenzen, die er glaubt voraussehen zu können. Die Gerichte, die zum Schutz des Bürgers gegen den Staat erfunden worden sind, dienen zugleich dem Schutz der Rechtsauffassungen des Beamten gegen die Politik. Genau das zwingt die Gerichte dann aber auch, die Gesichtspunkte verwaltungsmäßiger Effizienz selbst zu beachten, sie sozusagen juristisch zu dogmatisieren¹³.

12 Siehe hierzu für Teilstichproben aus der öffentlichen Verwaltung: Eberhard Moths/Monika Wulf-Mathies, *Des Bürgers teure Diener*, Karlsruhe 1973 (betr. Hilfsreferenten des Bundeswirtschaftsministeriums); Luhmann/Mayntz a.a.O., S. 255 ff. und zu Verwaltungsjuristen speziell Lange/Luhmann a.a.O., S. 156 ff.

13 Vgl. z. B. Josef Isensee, *Verwaltungsraison gegen Verwaltungsrecht: Antinomien der Massenverwaltung in der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrechts*, *Steuer und Wirtschaft* 1973, S. 199-206.

IV.

Diese Überlegungen verschieben unseren Blickwinkel in Richtung auf die Justiz. Wenn irgendwo, so ist hier ein Rückhalt der Profession zu suchen. Hier hat die Funktion des Juristen ihre unbestreitbare Evidenz, hier arbeitet er tatsächlich an Rechtsfragen, hier ist bei allen politischen Angriffen die Notwendigkeit seiner Existenz unbestritten.

Es gibt in der Tat Anzeichen dafür, daß die Profession sich im Rückzug auf ihre Kernfunktion befindet und sich hier organisatorisch konsolidiert. Insgesamt gibt es in der Bundesrepublik rund 13 000 hauptberuflich tätige Richter¹⁴. Beamtenpolitisch haben die Richter ihre Ausgliederung aus dem allgemeinen Beamtenrecht und die Regelung ihrer Verhältnisse durch ein besonderes Richtergesetz durchgesetzt. Ferner wird rechtspolitisch die Schaffung besonderer Rechtspflegeministerien erwogen, die die einheitliche administrative Betreuung und politische Vertretung aller Gerichte übernehmen. Das sind jedoch mehr symbolische Korrekturen. Davon allein kann weder der Richter noch sein Selbstbewußtsein leben. Die Besoldung des Richters ist, da er unmittelbar aus dem Nachwuchs rekrutiert wird, bei seinem Eintritt in den Beruf an die Eingangsstufe der Akademiker im öffentlichen Dienst gebunden. Die Beförderungschancen hängen ab von dem hierarchischen Aufbau der Gerichtsbarkeit. Während andere Zweige des öffentlichen Dienstes ihre Beförderungsstellen in den letzten Jahren durch phantasievollen Nachweis dringenden Bedarfs gewaltig vermehren konnten, stand dem in der Gerichtsbarkeit die starre Organisation im Wege. Dieses Zurückbleiben zeigt sich heute in viel beklagten Nachwuchsproblemen in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht. Und es wird die oben skizzierte Tendenz einer eher subalternen Nachwuchsauslese verstärken.

Trotz einer ärmlichen Ausstattung und trotz starker Tendenzen zu bürokratisierter Massenfabrikation von Entscheidungen gewinnt die Gerichtsbarkeit an Eigenständigkeit. Die Stelle, an der letztlich über den legitimen Einsatz physischer Gewalt entschieden werden muß, hat eine nicht eliminierbare politische Funktion. Das Verhältnis der Politik zu ihrem äußersten Mittel, physische Gewalt, ist in

¹⁴ Vgl. Statistisches Jahrbuch 1973, S. 112, für eine genauere Aufgliederung auf die einzelnen Gerichtszweige.

Deutschland stets problematisch gewesen: Man macht entweder zu viel oder zu wenig Gebrauch davon. Angesichts dieses Oszillierens bewährt sich der Ausweg des Abschiebens politischer Probleme in die Gerichtsbarkeit. Dort kann in juristisch verklausulierter Sprache über die Prämissen der Entscheidung über Gewaltanwendung entschieden und ein Konflikt dadurch vor einer faktischen Gewaltanwendung reguliert werden. Hier findet sich gelegentlich der Mut zu politisch unpopulären Entscheidungen. In einer Demokratie wie der deutschen, die ihre eigene politische Sensibilität ständig reflektiert und dadurch bis zur Entscheidungsunfähigkeit steigern kann, ist ein solcher Gegenhalt nicht unwichtig.

Allerdings kann er nur selten benutzt werden. Eine Entscheidung wie die des Bundesverfassungsgerichts über ein Mindestmaß an Beteiligung der Professoren an Entscheidungen in ihrer Universität ist eher ein Ausnahmefall. Zunächst einmal entziehen sich ein immer größerer Teil gesellschaftlicher Normierungen und gesellschaftlicher Konflikte überhaupt der Justiziabilität - so gerade die wichtigsten Entscheidungen im Bereich der Wirtschaft, ferner die meisten der organisationsinternen Konflikte". Der Streik der Fluglotsen im vergangenen Jahr ist ein gutes Beispiel für die Ohnmacht des Rechts. Und selbst wenn es gelingt, einen Konflikt auf den Rechtsweg zu bringen, ist die Themenstellung, unter der das geschieht, oft marginal oder so stark spezialisiert, daß die Entscheidung den Konflikt nicht beendet, sondern nur die Waffen neu verteilt. Hinzu kommt ein zweiter Filter, nämlich die private Motivation, Klage zu erheben und sein Recht auf dem langen Wege des Prozesses durchzusetzen - ein Faktor, der nicht ohne weiteres mit der politischen Relevanz des Themas korreliert. Eine erfolgreiche Koppelung von Politik und Justiz ist also eher Zufall als Strukturmerkmal unseres Systems - und nur deshalb läßt sich auch eine weitgehende politische Neutralisierung der Justiz aufrechterhalten.

Gleichwohl fehlt es nicht an Versuchen, die politische Funktion der Justiz kritisch zu thematisieren. Die Skala der Angriffe reicht von Komödiantenstücken im Gerichtssaal bis zu bewußt politisch konzipierten rechtssoziologischen Untersuchungen, die eine kon-

15 Den Hinweis von Enrico di Robilant, *Il diritto nella società industriale*, Rivista internazionale di filosofia de diritto 50 (1973), S. 225-262, auf zunehmende »normazione surettizia« kann ich für die Bundesrepublik bestätigen.

servative, systemstabilisierende Herrschaftsausübung durch den Richter zu belegen versuchen¹⁶. Die überwiegende Mehrheit der Berufsrichter reagiert auf solche soziologischen Angriffe allergisch. Soziologen werden ebenso pauschal, wie sie angreifen, abgewehrt. Und mit Recht! Auf den Vorwurf, das System zu stabilisieren, kann man in der Tat nur antworten: Na und?

• V.

Damit ist allerdings die Frage noch nicht beantwortet, was denn den Justizjuristen ihre professionelle Identifikation und ihren Zusammenhalt verleiht. Folgt man der soziologischen Theorie akademischer Professionen, so dürfte dieser Zusammenhalt in verdichteten Konsenschanzen bestehen, die auf gemeinsam anerkannten Werten und Verhaltensregeln beruhen. Dazu kommen die Vorteile unterstellbaren Wissens. Es erleichtert die Interaktion, wenn man voraussetzen kann, daß der Partner dieselben Gesetzbücher, Paragraphen oder Gerichtsentscheidungen kennt wie man selbst oder daß er doch mit einigen Stichworten ins Bild gesetzt werden kann. Aber ist damit schon eine gesellschaftliche Position und Verantwortung, eine besondere Qualität des Könnens, ein Anspruch auf Achtung, auf Beachtung, auf Gehorsam Außenstehender begründet? Trägt, mit anderen Worten, die fachliche Qualität und die integrale Werthaltung des Juristen dazu bei, das Ansehen derjenigen Institutionen zu festigen, in denen er arbeitet?

Es ist wenig sinnvoll, diese Frage im Absoluten zu bejahen oder zu verneinen. Man kann jedoch Tendenzen skizzieren.

Für die deutsche Rechtstradition, ist immer ein Anspruch auf Wissenschaftlichkeit des juristischen Wissens und Könnens bezeichnend gewesen. Das hängt mit einem sehr breiten und diffusen, auch auf die humanistischen Fächer anwendbaren Wissenschaftsbegriff zusammen. Man studiert nicht einfach »law«,

¹⁶ Vgl. Wolfgang Kaupen/Theo Rasehorn, *Die Justiz zwischen Obrigkeit und Demokratie*, Neuwied - Berlin 1971; Karl-Dieter Opp/Rüdiger Peuckert, *Ideologie und Fakten in der Rechtssprechung: Eine soziologische Untersuchung über das Urteil im Strafprozeß*, München 1971; Rüdiger Lautmann, *Justiz - die stille Gewalt*, Frankfurt 1972.

sondern »Rechtswissenschaft«¹⁷ die Fakultäten heißen nicht law faculty, sondern Rechtswissenschaftliche Fakultät. Dem entsprechen Bemühungen um Dogmatisierung und Systematisierung des Rechtsstoffes, die sich auf römischrechtlichen Grundlagen seit dem 16. Jahrhundert entwickelt und zugleich der Ablösung von religiösen Bindungen und der Rechtssicherheit gedient haben. Diese Wissenschaftsorientierung findet auch darin Ausdruck, daß die höchsten Gerichte der Bundesrepublik sich in ihren Urteilen mit wissenschaftlichen Lehrmeinungen gelehrt auseinandersetzen, daß sie zitieren und zitiert werden, daß sie also Texte produzieren, die die wissenschaftliche Prüfung und Haltbarkeit einer Meinung dokumentieren - und nicht nur die Autorität des Richteramtes.

Um so schwerer fällt ins Gewicht, daß die juristische Dogmatik nach jahrzehntelangen Kontroversen über Begriffe und Methoden deutlich Symptome einer Krise aufweist¹⁸ und daß zugleich bewußt zu werden beginnt, wie wenig der Anspruch der Jurisprudenz auf strenge Wissenschaftlichkeit gedeckt ist. Diese Zweifel und Unsicherheiten schlagen heute in die Ausbildung zurück. Gerade noch rechtzeitig sind wichtige Rechtsgebiete wie Zivilrecht, Strafrecht, Prozeßrecht, Verfassungsrecht kodifiziert worden, so daß die Rechtswissenschaft sich auf Gesetzesinterpretation umstellen konnte. Schon dadurch hat sie jedoch, wie man an zahlreichen Rechtsfiguren belegen kann, viel von ihrer alten Souveränität verloren¹⁹. Diese Souveränität der letztgewissen Begründung, die in der Wissenschaft gut aufgehoben zu sein schien, erscheint jetzt als postulierte Interpretationsfreiheit des Richters wieder; und in dieser Form wird sie politisch angreifbar.

Anderes kommt hinzu. Andere Wissenschaften haben sich in den letzten hundert Jahren rapide entwickelt und stellen heute Anfor-

17 Vgl. Josef Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, Archiv für die civilistische Praxis 172 (1972), S. 97-130. Weniger skeptisch sind Vertreter des weniger dogmatisch systematisierten öffentlichen Rechts. Vgl. die Referate von Otto Bachof und Winfried Brohm zum Thema: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30 (1972), S. 193-244 bzw. 245-312.

18 Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt 1972, weist diese zunehmende Gesetzgebungsabhängigkeit der juristischen Dogmatik am Beispiel des strafrechtlichen Begriffs des »Rechtsgutes« nach.

derungen, die die Rechtswissenschaft weder erfüllen noch auch nur nachahmen kann. So hütet der Jurist sich heute, den Anspruch zu erheben, streng logisch zu argumentieren; die Logik zeigt allzu deutlich, was dazu erforderlich wäre. Die gleiche Distanznahme ist im Verhältnis zu den empirischen Sozialwissenschaften unerlässlich, ist hier aber zur Zeit noch sehr umstritten. So bewohnt der Jurist die geräumige, etwas altmodisch eingerichtete erste Etage eines Hauses, ohne sicher zu sein, ob das Fundament und das Dach noch in Ordnung sind. In gewissem, für den Bewohner vielleicht ausreichendem Umfange wird es wohl möglich sein, etwa notwendige Reparaturen von innen aus vorzunehmen. Den Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten wird er einklagen können. Aber selbst dann bleibt eine schwer formulierbare, nicht in Handeln umsetzbare Ungemütlichkeit zurück.

Man fragt sich nachträglich, ob er gut beraten war, in dieses Haus einzuziehen, das dem Riesenunternehmen Wissenschaft gehört. Vielleicht waren seine britischen Kollegen klüger gewesen. Aber geschichtliche Entscheidungen sind irreversibel. Aus diesen historischen Gründen behalten Fragen der Methodik und der Dogmatik, Fragen der analytischen oder der sozialwissenschaftlichen Ausrichtung seiner Tätigkeit ein für das Professionsbewußtsein des deutschen Juristen erhebliches Gewicht. Unsere Juristen sind dazu erzogen, ihr Entscheiden als Erkennen zu stilisieren. Und wenn sie sich dagegen absetzen, so mit der Attitüde des erfahrenen Praktikers, der fachliche Anforderungen souverän manipulieren - oder auch vernachlässigen kann.

In dieses Bild gehört schließlich, daß Universitätsgelehrsamkeit und Wissenschaftsvertrauen dem deutschen Juristen im 19. Jahrhundert ein unpolitisches und zugleich gemeindeutsches, von den Territorialstaaten unabhängiges Fundament zu bieten schienen. Darüber ging das Bewußtsein der politischen Natur allen Rechts verloren. Gesetzgebung wurde »juristisch« beurteilt im Hinblick auf ihre Fähigkeit, mit dogmatischen Figuren umzugehen; und der Verfassungs- und Rechtsstaatsgedanke wurde unter dem Gesichtspunkt der Verhütung von Mißbräuchen durchformuliert. Das Versagen dieser Vorkehrungen in der Zeit nach 1933, als Mißbrauch zum Brauch wurde, hat man zwar registriert, hat es aber nach 1945 nur mit einer Rekonstruktion und Verstärkung der Defensiven beantwortet. Noch heute stellt man sich unter Rechts-

Staat in Deutschland etwas ausschließlich öffentlich-rechtliches vor, eine Art Limitierung der öffentlichen Gewalt - und nicht etwa eine aktive Gestaltung des Lebens in der Industriegesellschaft nach den Prinzipien des Rechts, eine möglichst gerechte Verteilung der Güter und Chancen, eine aktive Teilnahme aller Bürger am Rechtsleben oder ähnliches. Eine Korrektur dieser eigentümlich eingeschränkten Perspektive auf Politik wird immer schwieriger, weil das Vertrauen des Juristen in die eigenen Instrumente eher abnimmt als zunimmt. Politische Erfahrungen allein reichen anscheinend nicht aus, zumal sie eher in negativer Einfärbung anfallen.

VI.

Zum Schluß möchte ich diesen eher deskriptiv gehaltenen Bericht zurückbeziehen auf die Analysen, mit denen ich den Vortrag eingeleitet hatte. Danach scheint mir nicht so sehr das individuelle Ethos des einzelnen Praktikers für die Zukunft der Profession ausschlaggebend zu sein, sondern eher das Kommunikationssystem der Juristen. Dieses ist bestimmt durch den Umgang mit Texten und in Texte gefaßten Erfahrungen. Mit Hilfe der gemeinsamen Orientierung an Texten, die von Juristen für Juristen produziert werden, ist es der juristischen Profession möglich gewesen, Divergenzen der Rollen, zum Beispiel des Richters und des Rechtsanwalts, und auch Divergenzen der Organisationszugehörigkeiten zu überbrücken. Man kann trotz bestehender Interessen-Divergenz auf diese Weise Interaktionserleichterungen und Verständigungsmöglichkeiten, zumindest Regeln der Relevanz und Irrelevanz gewinnen. Mit Hilfe dieser Interaktions- und Verständigungserleichterungen kann der Jurist wiederum Klienten und Organisationen, in denen er tätig ist, bedienen und zugleich in der Verdichtung des professionellen Kontaktes ein eigenes Selbstbewußtsein und Distanz zu den vertretenen Interessen gewinnen.

Ein solches Kommunikationssystem hat in bezug auf Komplexität und Änderungstempo Belastungsgrenzen, auf deren Überschreitung es mit Funktionsmängeln, schließlich mit einer Art Abwertung der gesellschaftlichen Funktion reagieren wird. Diese Grenzen sind soziologisch beim gegenwärtigen Stand des Fachs nicht

definierbar, weder theoretisch noch empirisch. Man kann aber bei einer Analyse konkreter Rechtssysteme vielleicht Punkte besonderer Sensibilität angeben.

Für die Bundesrepublik Deutschland kann man feststellen, daß ein hoher Wissenschaftsanspruch und ein politisch hinreichend gesicherter Justizstaat zu den Fundamenten des Rechtssystems gehörten. Diese Fundamente sind heute in schwer abschätzbarem Ausmaß erschüttert, und zwar nicht zuletzt durch Entwicklungen im Rechtssystem selbst. Das Tempo der Rechtsänderungen hat sich so beschleunigt, daß der Wandel des Rechts mit den bisherigen Mitteln dogmatisch nicht mehr kontrolliert werden kann. Zugleich sind die politischen Ansprüche unter Input- wie unter Outputgesichtspunkten erheblich gewachsen: Demokratie und Wohlfahrtsstaat sind bei uns heute politische Konzepte ohne Gegner, und beiden wohnt eine Tendenz inne zur Auflösung formalistischer Legalität und begrifflicher Könnerschaft.

In dieser Lage findet man auf der Basis des bisherigen Berufsethos Ansätze zu zwei Auswegen in genau entgegengesetzten Richtungen. Eine expansive Tendenz setzt beim Ausbildungssystem an, also in den Universitäten. Sie sucht das Heil in einer sozialwissenschaftlich angereicherten Ausbildung. Dieses Thema wird heute auf der ganzen Breite der Möglichkeiten diskutiert bis hin zu Extremen, die die Ausbildung im Recht durch Ausbildung in der Kritik des Rechts zu ersetzen suchen. Die Gegentendenz könnte man als »fundamentalistisch« bezeichnen, und der Vergleich mit den Problemen des Religionssystems drängt sich in der Tat auf. Hier geht es um Rückzug auf die unverzichtbare Kernfunktion des Rechts - auf Konfliktregulierung durch die Justiz, die organisatorisch, methodologisch und ideologisch gegenüber der politisch inspirierten Gesetzgebung ihre Selbständigkeit behauptet. Während die Wissenschaftstradition des deutschen Juristen in der ersten Richtung disponieren könnte, ziehen die justizstaatlichen Traditionen und die Einstellungen zur Politik eher in die entgegengesetzte Richtung. Ebenso wenig wie in den Kirchen zeichnet sich eine Entscheidung zwischen diesen beiden Alternativen ab. Ihre Nichtentscheidung ist das sicherste Zeichen dafür, daß die gesellschaftliche Stellung der Profession im Abnehmen begriffen ist.

Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang

I.

Seit dem Zusammenbruch des Naturrechts lebt die Rechtswissenschaft als Fach für sich in interdisziplinärer Isolierung, vor allem in deutlichem Abstand zu den empirischen Sozialwissenschaften und zu den wirtschaftswissenschaftlichen Verfahren der Rationalisierung. Eine Vielzahl von Kontakten läßt sich zwar feststellen - so die Tendenzen zur Soziologisierung und Behaviorisierung der Jurisprudenz in den Vereinigten Staaten, die Direktanleihen Duguits bei Dürkheim, die Beziehungen zwischen dem Mischfach »Staatslehre« und der juristischen Verfassungsinterpretation in Deutschland. Kontakte und Hoffnungen dieser Art hatten aber einen bestimmten, zeitgebundenen Stil. Sie waren in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts sinnvoll. Damals waren die Sozialwissenschaften theoretisch und institutionell unterentwickelt und verließen sich auf die Plausibilität kurzschlüssiger Argumentationsketten. Ihre literarische Produktion war ohne weiteres »lesbar«; sie war nach Volumen und Inhalt auch für Juristen zugänglich. So konnte die Vorstellung aufkommen, daß trotz grundbegrifflicher Trennung und Verselbständigung der einzelnen Disziplinen die Rechtswissenschaft von den Sozialwissenschaften im Bedarfsfalle Entscheidungshilfen erhalten könne, und dies auf einer relativ konkreten, mehr oder weniger improvisierten Ebene des Gedankenaustausches.

Inzwischen mehren sich Anzeichen dafür, daß die Situation sich geändert hat. Die Sozialwissenschaften haben sich zu einer weder von außen noch von innen überblickbaren Komplexität entwickelt. Sie beginnen, aus sich selbst heraus lernfähig und damit dynamisch zu werden. Daraus erwachsen Interessen an laufender Verfeinerung des methodischen Instrumentariums und an theoretischer Konsolidierung, die in zunehmendem Maße bestimmen; welche For-

schungsthemen aufgegriffen und wie Begriffe und Hypothesen gefaßt werden. Das kann zu zunehmender wechselseitiger Verständnislosigkeit führen, könnte aber auch Anlaß geben, die Frage der interdisziplinären Kontaktfähigkeit der Rechtswissenschaft bewußter und prinzipieller zu stellen.

Interdisziplinäre Kontakte können nicht länger nur durch Einzelbegriffe, etwa Funktion, Institution, Interesse, vermittelt werden, da die Enge solcher Begriffe wechselseitige Mißverständnisse geradezu erzwingt. Vielmehr sollte die Rechtswissenschaft sich fragen, ob sie für sich selbst ein *Überdogmatisches Steuerungssystem* entwickeln und auf dieser Ebene jene Begriffsentscheidungen treffen kann, die ihre interdisziplinäre Kontaktfähigkeit sicherstellen.

Es liegt nahe, die anlaufenden Bemühungen um eine allgemeine Rechtstheorie in diese Richtung zu lenken. Das hieße, diese Bemühungen funktional zu orientieren und nicht von einem Begriff der Rechtstheorie auszugehen, der inhaltlich schon festlegt, was sie zu sein hat. Vorgegeben ist zunächst nur der Leerplatz, das Desiderat einer universellen rechtswissenschaftlichen Theorie, die den allgemeinen Kriterien der Wissenschaftlichkeit zu genügen hat. Wissenschaftstheoretisch gesehen, handelt es sich um eine Struktur eines Systems der Erlebnisverarbeitung, die dessen funktionale Spezialisierung in Richtung auf Wissenschaft ermöglicht und dabei angebbaren Beschränkungen ihrer Möglichkeiten unterliegt. Eine solche Positionsbeschreibung ermöglicht keine eindeutigen Schlüsse auf Inhalte, also auch keine deduktive Begründung einer bestimmten Rechtstheorie, wohl aber eine Angabe spezifischer Probleme und Problemlösungsbeschränkungen, die mit dieser Position einer universellen rechtswissenschaftlichen Theorie verbunden sind. Und von diesen Problemen her lassen sich angebotene Rechtstheorien kritisch beurteilen.

Die Probleme einer Rechtstheorie, die mit Sicherheit zu erwarten sind, beziehen sich auf die Komplexität des durch sie strukturierten Wissenschaftsbereichs und lassen sich, wenn man Rechtswissenschaft als Teilsystem sieht, in Probleme der inneren und äußeren Komplexität einteilen. Für die innere Komplexität ist vor allem ausschlaggebend, daß eine universelle rechtswissenschaftliche Theorie angestrebt wird, die *mit jedem möglichen Recht kompatibel* sein muß. Daraus folgt zum Beispiel, daß die Begriffe der Rechtstheorie reduktive Vereinfachungen leisten, also einen sehr

hohen Abstraktionsgrad erhalten müssen; ferner, daß die Rechtstheorie, da es eine Mehrheit von Rechtsordnungen mit widerspruchsvollen Rechtssätzen und unterschiedlichen dogmatischen Problemlösungen geben kann, eine wissenschaftliche Theorie sein muß, die Widersprüche in ihrem Objektbereich vertragen und konstruieren kann. Ob diese innere Problematik auf die übliche Weise durch Unterscheidung verschiedener Sprachebenen gelöst werden kann, lassen wir hier dahingestellt und wenden uns statt dessen dem »Außenaspekt« der Rechtstheorie zu, das heißt der Frage, ob sie zu anderen Disziplinen trotz hoher Komplexität der beiderseitigen Objektbereiche sinnvolle Beziehungen herstellen kann, die »Anschlüsse« und Transfer von Problembewußtsein, Konzepten und Erkenntnisleistungen ermöglichen¹.

II.

Außerhalb der Rechtswissenschaft gibt es heute bei aller Zersplitterung sozialwissenschaftlicher Forschung in Einzeldisziplinen deutlich erkennbare interdisziplinäre Trends. Sie verbinden sich, aufs grösste abstrahiert, mit dem Systemkonzept oder mit dem Entscheidungskonzept. In beiden Richtungen ist zunächst eine auffällige Verschiedenartigkeit der Begriffsverwendung zu verzeichnen. Es ist kaum möglich, ein Minimum an Bedeutungsgehalt auszumachen, der sich mit den Begriffen »System« oder »Entscheidung« durchgehend verbindet. Aber es gibt einige recht erfolgreiche Interpretationsversuche von multidisziplinärer Bedeutung, die teils in der Form von Modellen, teils in der Form von Hypothesen, teils

¹ Für eine soziologische Interpretation dieses wissenschaftstheoretischen Konzepts wäre anzufügen, daß das so strukturierte System der Erlebnisverarbeitung zugleich ein soziales Interaktionssystem von Forschern ist, das Mängel seiner formalen Struktur, nämlich einer Theorie, in gewissem Umfange kompensieren kann. In diesem System treten dann Zeitschriften, Tagungen, Reputationen als vorläufiger Ersatz an die Stelle der noch fehlenden Theorie, nämlich als funktional äquivalente Lösung des Problems, Aufmerksamkeitsverteilungen und Kommunikationsprozesse zu steuern. Vgl. Niklas Luhmann, Selbststeuerung der Wissenschaft, »Jahrbuch für Sozialwissenschaft« 19 (1968) S. 147-170, neu gedruckt in ders., Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Köln-Opladen 1970 und, mehr auf Dysfunktionen des Fehlens von anerkannter Theorie abstellend, Rolf Klima, Einige Widersprüche im Rollen-Set des Soziologen, in: Bernhard Schäfers (Hrsg.), Thesen zur Kritik der Soziologie, Frankfurt 1969, S. 80-95.

als Problemformeln vorliegen. In jedem Falle verbindet sich mit den Begriffen System und Entscheidung jeweils ein transdisziplinärer Anspruch. Wer von »juristischer Entscheidung« spricht, muß sich auf die Frage gefaßt machen, wodurch diese Entscheidung sich von wirtschaftlichen Entscheidungen oder von politischen Entscheidungen oder von der Wahl eines Partners für Intimbeziehungen unterscheidet.

Systemtheorien kann man bei einem erstem groben Überblick danach unterscheiden, ob *mi%* »System« eine Ordnung des Objektbereichs selbst (also eine Ordnung der Wirklichkeit, des faktischen Handelns, der Lebenswelt) gemeint ist, oder eine Ordnung von Sätzen über die Wirklichkeit (also eine Ordnung, die ihren Systemcharakter nur der Distanznahme durch Sprache verdankt). Im ersteren Falle könnte man, mit Parsons, von konkreten, im zweiten Falle von analytischen Systemen sprechen². Für eine eindeutige

2 Vgl. z. B. The Structure of Social Action, New York 1937, S. 35, 731 f, und mit betontem Bekenntnis zu einem rein analytischen (»mythologisierten«!) Systembegriff Charles Ackerman/Talcott Parsons, The Concept of Social System as a Theoretical Device, in: Gordon J. DiRenzo (Hrsg.), Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences, New York 1966, S. 19-40. Für eine ausführliche Erörterung in der politischen Wissenschaft vgl. David Easton, A Framework for Political Analysis, Englewood Cliffs N. J. 1965, insb. S. 37 ff.; für die Wirtschaftswissenschaften Gerhard Kade, Die Systemidee in den Wirtschaftswissenschaften, in: Alwin Diemer (Hrsg.), System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation, Meisenheim am Glan 1968, S. 105-119 (106). In der Rechtswissenschaft scheint ein analytischer Systembegriff vorzuherrschen - wenn zum Beispiel Helmut Coing, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, Frankfurt 1956, S. 26, definiert: »Unter einem System verstehen wir die Ordnung von Erkenntnissen nach einem einheitlichen Gesichtspunkt.« Allerdings verschiebt sich der Blickpunkt dann sehr rasch und sehr bezeichnend von der Ebene der Erkenntnisse auf die Ebene der Normen selbst. So ausdrücklich auch Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des Deutschen Privatrechts, Berlin 1969, S. 13, für den dann (S. 86 ff.) konsequenterweise System zum Gesichtspunkt der Rechtsgewinnung, Rechtstheorie also zur Rechtsquelle wird. Nicht besser die amerikanische Rechtstheorie, z. B. Alan D. Cullison, Logical Analysis of Legal Doctrine: The Normative Structure of Positive Law, »Jowa Law Review« 53 (1968), S. 1209-1268 (1212 ff.). Gräbt man die denkgeschichtlichen Wurzeln auf, dann scheint jene Unterscheidung von analytischem und konkretem System und die vorherrschende Festlegung des Systembegriffs auf eine rein analytische Ebene aus dem frühneuzeitlichen Reflexionsinteresse hervorgegangen zu sein, nämlich aus der Absicht, eine zunehmend komplexer werdende Welt wenigstens noch auf der Ebene der Erkenntnis aus einem Prinzip, und insofern als System, begreifen zu können. Vgl. für Einzelheiten Otto Ritschl, System und systematische Methode in der Geschichte des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs und der philosophischen Methodologie, Bonn 1906. Die

Begriffsbildung ist es unerlässlich, die jeweils gemeinte Ebene anzugeben. Gleichwohl kann man Wert und Ertrag der Unterscheidung bezweifeln³, da sich weder analytische Systeme ohne Entsprechung in der Realität bilden lassen noch reale Systeme sich denken lassen, über die man nicht geordnet sprechen kann. Der Systembegriff scheint gerade die Verbindbarkeit beider Ebenen, nämlich die Abstrahierbarkeit der Realität auszudrücken - eine Funktion, die nicht nur in der Wissenschaft und nicht nur im Sprechen über die Realität, sondern auch schon in der täglichen Orientierung in Anspruch genommen werden muß⁴. Der Grund für die Notwendigkeit des Abstrahierens ist, daß man sich ohne »Absehen von . . .« in einer übermäßig komplexen Welt nicht zurechtfinden kann. Und demgegenüber bleibt die Frage sekundär, in welcher Richtung, unter welchen Gesichtspunkten und im Sinne welcher Interessen Systeme zur Erfassung und Reduktion von Komplexität gebildet werden. Die Gegenüberstellung von konkreten und analytischen Systemen gibt nur den Unterschied einer primär lebensweltlichen oder primär wissenschaftlichen Erfüllung dieser Funktion wieder.

Im Bereich der Entscheidungstheorie stoßen wir auf ein ähnliches Problem. Man setzt üblicherweise deskriptive (bzw. faktisches Entscheiden erklärende) und normative (bzw. auf Rationalisierung abzielende) Entscheidungstheorien einander entgegen. Auch dies ist jedoch, wie im Falle der Systemtheorie, eine überzogene Abstraktion. Die gegeneinandergesetzten Positionen lassen sich in

gleiche Unterscheidung findet man außerhalb der Systemtheorie als Unterscheidung von Typenbildungen. Vgl. z. B. Alfred Schutz, Common-sense and the Scientific Interpretation of Human Action, »Philosophy and Phenomenological Research« 14 (1953) S. 1-38, oder John C. McKinney, Typification, Typologies, and Sociological Theory, »Social Forces« 48 (1969), S. 1-12.

3 Siehe die Unsicherheit der Beurteilung bei Peter Nettl, The Concept of System in Political Science, »Political Studies« 14 (1966), S. 305-338 (324 f., 329 f.). Als einen ausgefeilten Vermittlungsvorschlag siehe Stefan Jensen, Bildungsplanung als Systemtheorie, Bielefeld 1970.

4 Damit unterscheiden sich moderne sozialwissenschaftliche Bemühungen wesentlich von der neukantianischen Verwendung der Systemidee, die im System nur das Prinzip der Einheit von Erkenntnissen zu erblicken vermochte. Siehe statt anderer Arthur Liebert, Das Problem der Geltung, 2. Aufl. Leipzig 1920. Und nicht zufällig hat gerade die Entwicklung der Sozialwissenschaften dazu gezwungen, in differenzierten Abstraktionsebenen zu denken, nämlich systembildende Leistungen des sozialen Lebens zu berücksichtigen.

analytischer Reinheit nicht durchhalten; jede setzt die andere als Teil ihrer selbst voraus und muß daher Opposition mit Inkonsistenz bezahlen. Daß normative Theorien nicht ohne Rücksicht auf faktische Durchführbarkeit entworfen werden können, ist kaum zu bestreiten, aber auch deskriptive oder erklärende Theorien setzen eine Übernahme von Werten, Zwecken oder Normen des Handelns als Prämissen in die Theorie voraus, weil sonst das Feld der Möglichkeiten des Handelns gänzlich offen und unbestimmbar ist'. Es ist, mit anderen Worten, die Eigenart von Entscheidungssituationen, offen, übermäßig komplex und immer weiter problematisierbar zu sein, die Wertungen und Normierungen in der einen oder anderen Form erzwingt. Reduktion von Komplexität ist ein sie übergreifendes Erfordernis. Und das bedeutet, daß hier ebenso wie im Falle der Systemtheorien das der Praxis wie der Theorie vorausgelagerte Problem der Komplexität jene oppositionellen Dichotomien in Frage stellt'.

An deren Stelle könnte jedoch der Gegensatz von Systemtheorien und Entscheidungstheorien treten. Diese Unterscheidung bezieht sich prägnanter auf das Problem der Komplexität, sie läßt sich jedenfalls von da her funktional interpretieren. Sachverhalte von sehr hoher Komplexität, wie sie für sinnhaftes Erleben und Handeln charakteristisch sind, lassen sich nicht durch eine einzige Theorie begreifen. Dies gilt sowohl für Theoriekonzeptionen, die am klassischen Ideal einer adäquaten Abbildung des Gegenstandes durch den Begriff festhalten, als auch für die Auffassung der Theorie als einer begrifflichen Struktur, die Komplexität reduziert. In jedem Falle muß der übermäßig komplexen Wirklichkeit ein *differenziertes* theoretisches Instrumentarium entgegengesetzt werden. Diese Differenzierung kann vielleicht verschieden gewählt werden. Sie liegt historisch in der ungeplant entstandenen Fächerdifferenzierung vor. Sie kann, in bezug auf logische Antinomien, als Differenzierung von Theorieebenen oder Sprachsystemen aus-

5 Überzeugend dazu Stefan Nowak, *The Cultural Norms as Elements of Prognostic and Explanatory Models in Sociological Theory*, »The Polish Sociological Bulletin« 14, 2 (1966), S. 40-57. Vgl. auch Arthur L. Kalleberg, *Concept Formation in Normative and Empirical Studies: Toward Reconciliation in Political Theory*, »The American Political Science Review« 63 (1969) S. 26-39.

6 Vgl. zu einigen Konsequenzen für das Verhältnis von Theorie und Praxis auch Niklas Luhmann, *Die Praxis der Theorie*, in: »Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme«, Köln-Opladen 1970.

gearbeitet werden⁷. Mit der Differenzierung von Systemtheorien und Entscheidungstheorien taucht eine dritte, funktional äquivalente Möglichkeit auf, die besonders dann interessant sein könnte, wenn man Theorie als Komplexität reduzierende Struktur begreift.

Dann liegt es nämlich nahe, theoretische Differenzierungen auf die Möglichkeiten einzustellen, im Prozeß der Selektion von Wahrheiten arbeitsteilig zu kooperieren, das heißt sie so einzurichten, daß ohne Zwang zur Vereinheitlichung der Prämissen und Methoden die Selektionsleistungen des einen Theoriebereichs im anderen vorausgesetzt und fortgesetzt werden können. Manches deutet darauf hin, daß Systemtheorien sich unter weiteren Prämissen konstituieren als Entscheidungstheorien; daß jene zum Beispiel die Phänomene des strukturellen Widerspruchs, des Konflikts, des Wandels einbeziehen und deshalb keine eindeutigen Kriterien richtiger Problemlösung entwickeln können, sondern sich mit der Bestimmung von Grenzen struktureller Kompatibilität begnügen müssen⁸; daß Entscheidungstheorien dagegen engere Prämissen unter Ausschluß anderer Möglichkeiten annehmen müssen, um die zu bevorzugenden oder gar einzig richtigen Problemlösungen angeben zu können. Diese Differenz an Fassungsvermögen für Komplexität auf der einen, an Orientierungswert auf der anderen Seite ließe sich als Kooperationsgrundlage verwenden. Die Systemtheorien hätten den Entscheidungstheorien Problemformeln und begrenzende Bedingungen des Möglichen vorzugeben, die Entscheidungstheorien hätten im Anschluß daran unter andersartigen wissenschaftlichen Gesichtspunkten die Selektionsleistung fortzusetzen bis hin zur Entscheidungsreife von Situationen. Sie könnten, allerdings nur im Grenzfalle, streng logische Theorien sein, die die Herstellung von Entscheidungen bzw. Entscheidungsbestandteilen als Sache der Durchführung eines Kalküls behandeln.

Die Bedingungen eines solchen Zusammenspiels, die Möglichkeiten einer Übersetzung aus der Systemsprache in die Entscheidungs-

⁷ Es scheint, daß diese Form der Problemlösung sich aufdrängt, wenn man an der überlieferten Adäquationstheorie der Wahrheit festhält. So jedenfalls Wolfgang Stegmüller, *Das Wahrheitsproblem und die Idee der Semantik: Eine Einführung in die Theorien von A. Tarski und R. Carnap*, Wien 1957, insb. S. 1 j ff. und 233 ff. (mit Vorbehalten gegen den Terminus »Adäquationstheorie«).

⁸ Zu den Schwächen dieses Konzepts siehe William C. Mitchell, *Sociological Analysis and Politics: The Theories of Talcott Parsons*, Englewood Cliffs N. J. 1967, S. 65 ff.

sprache, die Funktion fruchtbarer Äquivokationen und leichter Mißverständnisse müßten umfassend geklärt werden. Das kann hier nicht geschehen. Wir setzen uns nur das Ziel, zu zeigen, daß hier Aufgaben liegen, deren sich die Rechtstheorie annehmen könnte. Rechtstheorie kann weder nur Systemtheorie sein - es sei denn im analytischen Sinne einer Reflexion ihrer eigenen Konsistenz; noch kann sie Entscheidungstheorie sein - es sei denn in einem normativen Sinne, der naturrechtlich gewinnbare Entscheidungsrichtlinien voraussetzt. Aber sie kann als universelle überdogmatische Rechtstheorie versuchen, Entscheidungsprobleme auf Systemprobleme zurückzuführen und damit die Kontingenz von Dogmatiken und Jurisprudenzen zu erhellen.

III.

Verfolgt man diese Absicht einer Zusammenführung von entscheidungstheoretischen und systemtheoretischen Forschungsabsichten, liegt es nahe, die Aufgabe als Umformung von Systemproblemen in Entscheidungsprobleme zu verstehen und demgemäß in der Orientierung an Problemen einen Leitfaden zu suchen. Entscheidungen sind Entscheidungen über Probleme, wählen Problemlösungen. Systeme sind die dafür notwendigen Begrenzungen sinnvoller Problemstellung und verfügbarer Lösungsmöglichkeiten. Man gelangt von dieser Absicht her also zu einer *problemorientierten Rechtstheorie*.

Dieser Gedanke ist nicht neu⁹ und nicht unangefochten. Er hat gegenüber den Bemühungen um rein logisch deduktive Strukturen auf der einen und der Behauptung einer wertmäßig axiologischen Vereinheitlichung des Rechts auf der anderen Seite einen eigenen Stil bewahrt. Glänzend bewährt in der vergleichenden Analyse dogmatischer Figuren und rechtstechnischer Problemlösungen, läßt er bisher jedoch manche, und zwar gerade die rechtstheoretischen Fragen offen. Dem Ansatz gelingt eine Rekonstruktion von vorgefundenen, dogmatisch-exegetisch erarbeiteten bzw. positivrechtlich gesetzten Problemlösungen als kontingente Selektion, die

⁹ Siehe etwa auf der Grundlage von Überlegungen zur Methodik des Rechtsvergleichs Max Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. Berlin 1925, insb. S. 26 ff.; ferner Fritz v. Hippel, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*, Berlin 1930, neu gedruckt in: ders., *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Frankfurt 1964, S. 13 ff.; Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 3. Aufl. München 1965.

auch anders hätte ausfallen können; aber das Problem der Konstruktion der Probleme, um das es bei einer Zusammenführung von Systemtheorien und Entscheidungstheorien gerade gehen würde, ist bisher unzureichend geklärt¹⁰. Der »Blick aufs Ganze«, den Roland Dubischar¹¹ an dieser Stelle fordert, ist eine wohlmeinende Umschreibung dieser Verlegenheit.

Der soziologische Funktionalismus steht mit seiner systemtheoretischen Konzeption vor den gleichen Schwierigkeiten, wenn auch mit einem deutlicher artikulierten (dafür aber entscheidungsfernen) Problembewußtsein¹². Nach dem Vorbild von Malinowski denken Soziologen sich Problemzusammenhänge als Stufenordnungen in dem Sinne, daß die Lösung von Grundproblemen durch Strukturen und Prozesse erfolgt, die Folgeprobleme (oft auch dysfunctions genannt, wenn die wechselseitige Belastung der Problemlösungen vor Augen steht) nach sich ziehen, an die sich Strukturen und Prozesse sekundärer Art heften, die ihrerseits Folgeprobleme aufwerfen¹³. Die juristische und die soziologische Problemsicht weisen hier frappierende Ähnlichkeiten auf¹⁴. In

¹⁰ Vgl. dazu Canaris a.a.O. S. 29 ff.

¹¹ in: *Grundbegriffe des Rechts: Eine Einführung in die Rechtstheorie*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968, S. 72.

¹² Hierzu Niklas Luhmann, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, in diesem Band, S. 273 ff.

¹³ Bronislaw Malinowski, *Eine wissenschaftliche Theorie der Kultur und andere Aufsätze*, Zürich 1949, und im Anschluß daran Helmut Schelsky, *Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen: Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema*, »Jahrbuch für Sozialwissenschaft« 3 (1952), S. 1-21, neu gedruckt in: ders., *Auf der Suche nach Wirklichkeit: Gesammelte Aufsätze*, Düsseldorf 1965, S. 33-35. Vgl. ferner Niklas Luhmann, *Funktion und Kausalität*, »Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie« 14 (1962), S. 617-644 (629 ff.), neu gedruckt in: ders., *Soziologische Aufklärung*, Köln-Opladen 1970, S. 9 ff. Die erfolgreichsten Konkretisierungen dieses Gedankens finden sich in organisationssoziologischen Analysen und in Forschungen über soziale Desorganisation und abweichendes Verhalten. Vgl. z. B. Peter M. Blau, *The Dynamics of Bureaucracy*, Chicago 1955; William J. Gore, *Administrative Decision-Making: A Heuristic Model*, New York-London-Sydney 1964, insb. S. 113 ff.; Robert K. Merton, *Social Problems and Sociological Theory*, in: Robert K. Merton/Robert A. Nisbet (Hrsg.), *Contemporary Social Problems: An Introduction to the Sociology of Deviant Behavior and Social DisOrganization*, New York-Burlingame 1961, S. 697-757.

¹⁴ Man vergleiche zum Beispiel Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz 1950, mit Peter M. Blau/WJRichard Scott, *Formal Organizations: A Comparative Approach*, San Francisco 1962, S. 242 ff.

beiden Fällen läßt die formale Stringenz des Konzepts, vor allem die logische Ableitung und die gedankliche Kontrolle der Problemstellung, zu wünschen übrig¹⁵. Gerade deshalb könnte jedoch eine interdisziplinäre Kooperation, vor allem eine systemtheoretische Orientierung der Wahl und der Artikulation von Grundproblemen, Früchte tragen. Der Rechtstheorie könnte dabei die Aufgabe zufallen, Regeln für ein solches Vorgehen zu entwickeln¹⁶.

Für die neueren Entwicklungen empirisch ausgerichteter Systemtheorien ist durchgehend bezeichnend, daß Systemstrukturen und -prozesse im Hinblick auf die Beziehungen zwischen System und Umwelt als problematisch begriffen werden, sei es unter dem Gesichtspunkt des Wachstums, sei es unter dem Gesichtspunkt der Reduktion übermäßiger Umweltkomplexität. Es ist nur eine andere, abstraktere Formulierung für diese Problemauffassung, wenn man Systeme als *kontingente Selektionen* bezeichnet. Das hieße, Systeme nicht länger, wie in der rechtswissenschaftlichen Systemlehre bisher üblich, als Einheit eines logischen oder wertmäßigen Prinzips zu definieren (das dann auf unerklärliche Weise vervielfältigt, zersplittert und problematisch wird), sondern sie als Einheit einer selektiven Leistung zu begreifen. Das Bewußtmachen von Selektivität führt, das haben die Diskussionen der theologischen und philosophischen Schulen des Mittelalters am Fall der Schöpfung vordemonstriert, unausweichlich zur Annahme des Bestehens anderer Möglichkeiten, zur Kontingenz des als Selektion Begriffenen. Und damit wird, das wissen wir ebenfalls seit dem Mittelalter, alles was ist oder gilt zum Problem.

Das führt zu dem Vorschlag, den »Blick aufs Ganze« durch den »Blick auf Kontingenz« zu ersetzen. Unter Kontingenz verstehen wir im Sinne der philosophischen Tradition von »contingens« (aber

15 Talcott Parsons hat zwar den Anspruch erhoben, Systemprobleme aus einem Begriff des Handelns deduktiv ableiten zu können, hat diesen Anspruch aber logisch nicht einlösen können.

16 Vielleicht in Anlehnung an entscheidungstheoretische Bemühungen um Regeln für die Klärung unklar gestellter Probleme. Siehe dazu David Braybrooke/Charles E. Lindblom, *A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process*, New York - London 1963, S. 54 ff.; Walter R. Reitman, *Heuristic Decision Procedures, Open Constraints, and the Structure of Ill-defined Problems*, in: Maynard W. Shelly/Glen L. Bryan (Hrsg.), *Human Judgment and Optimality*, New York-London-Sydney 1964, S. 282-315.

mit gleich zu erörternden Vorbehalten“) die Möglichkeit eines Gegenstandes, anders oder nicht zu sein - also ein Urteil über Seiendes, das dessen Möglichkeit bejaht, also Unmöglichkeit ausschließt, aber seine Notwendigkeit verneint¹⁸. Auf Kontingenz zu achten, heißt demnach, Seiendes im Lichte anderer Möglichkeiten zu betrachten: als abhängig von, als geeignet zu, als Alternative für. . . Es geht mithin um eine problematisierende Einstellung mittelalterlich-neuzeitlichen Stils, der einen Rückgriff auf die Topik als ein relativ naives, Konsenspunkte voraussetzendes Verfahren der Problemdiskussion in der Rechtstheorie ausschließt“; und die Schwierigkeit liegt darin, einen anderen sinnvollen Rahmen solcher Problematisierungen anzugeben.

Zwei Hauptgründe für diesen Vorschlag lassen sich vorab erörtern. Der eine liegt in der Bedeutung des Kontingenzproblems für die neuzeitliche Wissenschaftsentwicklung schlechthin, der andere liegt in der Bedeutung von Kontingenz für den strukturellen Aufbau sozialer Systeme, also auch für das Recht selbst. Es ist wichtig, sich beide Argumente zunächst getrennt vor Augen zu führen.

Mit Hilfe des Kontingenzbegriffs ist einer der wesentlichen gedanklichen Ausgangspunkte der neuzeitlichen Wissenschaftsentwicklung formuliert worden, nämlich die Vorstellung, daß die Schöpfung der Welt durch Gott als Akt einer kontingenten (willentlichen) Selektion einer Welt aus unendlich vielen anderen möglichen Welten begriffen werden müsse. Die volle Tragweite der Umstellung des Denkens, die damit in Gang gebracht wurde, läßt sich, obwohl seit langem diskutiert, immer noch schwer abschätzen²⁰. Eine Reihe von Konsequenzen haben ihre Wurzeln im

17 Vgl. unten S. 206 ff.

18 Zur Geschichte von *contingens* vgl. Hans Blumenberg, *Kontingenz*. In: »Die Religion in Geschichte und Gegenwart«, 3. Aufl. Bd. III, Tübingen 1959, Sp. 1793 f., mit einigen Literaturhinweisen. Seitdem namentlich Heinrich Schepers, *Möglichkeit und Kontingenz: Zur Geschichte der philosophischen Terminologie vor Leibniz*, Torino 1963; ders., *Zum Problem der Kontingenz bei Leibniz: Die beste der möglichen Welten*. In: »Collegium Philosophicum: Studien J. Ritter zum 60. Geburtstag«, Basel-Stuttgart 1965, S. 326-350. Weitere Hinweise unten Anm. 22.

19 Damit ist noch nichts gesagt über die Bedeutung topischer Verfahrensweisen für die dogmengebundene Jurisprudenz.

20 die wohl wichtigste Publikation hierzu ist jetzt Hans Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt 1966, wichtig auch für unsere besonderen Überlegungen deshalb, weil auch Blumenberg denkgeschichtliche Zusammenhänge mit der Annahme

Zusammenhang *logischer* und *temporaler* Modalitäten und führen zur Umdeutung des Zeitverständnisses mit dem Ergebnis, daß göttliches Wissen nicht mehr als eine die Zukunft und die Vergangenheit übergreifende Dauer, sondern als miterlebende Gegenwart gedacht wird, die, gleichzeitig mit dem menschlichen Erleben, den gleichen Zeithorizonten von Zukunft und Vergangenheit ausgesetzt ist²¹ und so in seinem Bezug auf Zukunft als Willen begriffen wird. So nur konnte positive Gesetzgebung als synchron mit göttlichem Willen rechtsändernd gedacht werden. Ein anderer Ausgangspunkt lag in der Verquickung von *modalen* und *kausalen* Kategorien, nämlich darin, daß - zuerst wohl durch Avicenna in der Exposition des Problems der Möglichkeit - der aristotelische Bewegungsbegriff durch den Begriff der Abhängigkeit ersetzt wird²², eine Begriffsentscheidung, die sich noch heute im angel-

der Kontinuität gewisser Grundprobleme aufhellt, deren Herkunft und systematischer Zusammenhang offen bleibt.

21 Vgl. Philotheus Boehner, *The Tractatus de praedestinatione et de praescientia Dei et de futuris contingentibus* of William Ockham, Franciscan Institute Publications No. 2, St. Bonaventura N. Y. 1948, insb. S. 53; und zum Vergleich Thomas von Aquino, In I Peri Hermeneias 1 XIV, 195. An späteren Veröffentlichungen siehe namentlich Léon Baudry, *La querelle des futurs contingents* (Louvains 1465-1475), Paris 1950; Nicholas Rescher, *Studies in the History of Arabic Logic*, Pittsburgh 1963, und ders., *Temporal Modalities in Arabic Logic*, Dordrecht 1967; und für die noch heute laufende Diskussion um die Wahrheitsfähigkeit zukünftig-kontingenter Aussagen z. B. Richard Taylor, *The Problem of Future Contingencies*, »The Philosophical Review« 66 (1957), S. 1-28; Rogers Albritton, *Présent Truth and Future Contingency*, »The Philosophical Review« 66 (1957), S. 29-46; Arthur N. Prior, *Time and Modality*, Oxford 1957; Gotthard Günther, *Logik, Zeit, Emanation und Evolution*, Köln-Opladen 1967.

22 Vgl. dazu Guy Jalbert, *Nécessité et contingence chez saint Thomas d'Aquin et chez ses Prédécesseurs*, Ottawa 1961, insb. S. 28 f., 232. Ferner Gerard Smith, Avicenna and the Possibles, »The New Scholasticism« 17 (1943), S. 340-357; Cornelio Fabro, *Intorno alla nozione »tomista« di contingenza*, »Rivista di Filosofia Neoscholastica« 30 (1938), S. 132-149. Bei späteren Autoren findet man eine analytische Trennung zweier Kontingenzbegriffe, von denen nur der engere das Moment der Abhängigkeit von kausaler Selektion in sich aufnimmt. So besonders klar ein anonymer Text aus dem 15. Jahrhundert, abgedruckt bei Baudry a.a.O. S. 126-133 (127): »Contingens igitur in prima sui divisione est duplex. Unum quod ex significato idem est quod possibile; et sic accipitur contingens absolute, non considerando contingens per habitudinem et respectum ad causam suam. Aliud est contingens quod est et potest non esse, et non est et potest esse, quod distinguitur a possibili, quia includit habitudinem et respectum ad causam que in producendo (procedendo!?) potest impediri«. Den Zusammenhang bildet die Frage, ob etwas Seiendes einen ausreichenden Existenzgrund in sich selbst hat oder nicht. So noch Christian Wolff,

sächsischen Sprachgebrauch (»contingent on«!) auswirkt. Damit wurde es möglich, Kontingenz auf das Geschaffensein der Schöpfung zu beziehen und am Hergestelltsein das Bestehen anderer Möglichkeiten abzulesen. Auf diese Weise konnte das Verhältnis von notwendigem Sein und Möglichkeit revolutioniert werden: Nicht mehr die Begründung verschiedener Möglichkeiten in einer notwendigen Welt, in einem geordnet ablaufenden Kosmos war jetzt das Problem, sondern umgekehrt das Bestehen von Notwendigkeiten in einer an sich kontingenten Welt, mit deren Änderung alles anders sein könnte²³. So gewinnt die Frage nach Notwendigkeiten in der Natur, nach Gesetzen der Natur und der Erkenntnis, nach dem Grund von Schönheit und nach dem Grund von Gewißheit jenen Hintergrund, vor dem sich eine spezifisch neuzeitliche Denkhaltung profiliert.

In der Rechtswissenschaft sind, obwohl die Konsequenzen dieser Umstellung für das Recht bei Hobbes klar zu Tage treten, theoretische Folgerungen daraus kaum gezogen worden. Die Wissenschaftlichkeit der Rechtstheorie kann aber, und das gilt auch für eine soziologisch orientierte Rechtstheorie, nicht durch eine Analogie zu den Methoden und Theorien der Naturwissenschaften begründet werden, sondern allenfalls durch analogen Bezug auf das Kontingenzprinzip, dem auch die Naturwissenschaften ihren besonderen Forschungs- und Begründungsstil verdanken.

In der Auffassung des sozialen Systems der Gesellschaft hatte Hobbes Kontingenz in bestimmter Weise, nämlich als Negation einer natürlich-positiven Ordnung menschlicher Interaktion, angesetzt. Noch im Rahmen der alteuropäischen Tradition denkend, kamen lediglich rechtlich-politische Mittel der Ordnungsbildung in Betracht, die durch das Postulat der Kontingenz lediglich radikalisiert und, paradoxerweise, als notwendig erwiesen wurden. Mit den Denkmitteln der neueren soziologischen Handlungstheorie hat dann Talcott Parsons dieses Problem aufgegriffen und als »doppelte Kontingenz« aller Interaktion formuliert²⁴. Da alle Lebenssitua-

Philosophia Prima sive Ontologia, 2. Aufl., Frankfurt-Leipzig 1736, Neudruck Darmstadt 1962 §§ 294, 310, 908 (mit rücklaufender Verweisungskette).

²³ Vgl. zu dieser Umstellung des Denkens bei Duns Scotus Celestino Solaguren, *Contingencia y creación en la filosofía de Duns Escoto*, »Verdad y Vida« 24 (1966) S. 55-100 (67 ff).

²⁴ Vgl. Talcott Parsons, *The Social System*, Glencoe 111. 1951, S. 36 ff.; Talcott Parsons/Edward A. Shils (Hrsg.), *Toward a General Theory of Action*, Cambridge

tionen des Menschen sinnhaft-alternativenreich vorgegeben sind, hat jeder Beteiligte die Möglichkeit, passende *oder* nichtpassende Handlungen beizusteuern, sich erwartungsgemäß *oder* nichterwartungsgemäß zu verhalten. Diese offene Potentialität Alters wird für Ego sichtbar und erwartbar und damit zum Faktor seiner eigenen Verhaltensorientierung, wodurch Alter die Möglichkeit gewinnt, sich in Egos Erwartung seines Verhaltens zu spiegeln, also die Interaktion durch Vermittlung dieser Ebene des Erwartens von Erwartungen zu steuern.

Bei Hobbes ebenso wie bei Parsons wird dieser Tatbestand doppelter Kontingenz theoretisch aber nur dazu benutzt, die Notwendigkeit einer normativen Ordnung abstrakt zu begründen: Aus der andernfalls vorhandenen Unordnung wird auf Ordnung geschlossen. Es wäre unfruchtbar, daran den logischen Fehler zu rügen. Das Unzulängliche ergibt sich aus der Abstraktionslage des Arguments, das einerseits zu viel begründet, nämlich jede normative Ordnung, und andererseits keine Kriterien für die Beurteilung der im täglichen Leben fortbestehenden Kontingenz an die Hand gibt. Mit anderen Worten: Eine abstrakte, vorinstitutionelle Begründung der Notwendigkeit von Recht, die viel einfacher ja auch in der Form einer empirischen Hypothese vorgelegt werden könnte, ist noch keine zureichende Rechtstheorie. Im Grunde steckt die Analyse also noch in der nominalistischen, mittelalterlich-frühneuzeitlichen Denkhaltung. Sie begnügt sich mit der Umkehrung des Begründungsverhältnisses von Notwendigkeit und Kontingenz, leistet

Mass. 1951, S. 16, und als neuere Fassung ders., Interaction: Social Interaction, »Encyclopedia of the Social Sciences« Bd. 7, o. O. (New York) 1968, S. 429-441 (436 f). Wichtig ferner James Olds, The Growth and Structure of Motives: Psychological Studies in the Theory of Action, Glencoe Ill. 1956, mit einem etwas weiter gefaßten Begriff der doppelten Kontingenz. Die Anknüpfung an Parsons erfolgt mit dem Vorbehalt, daß Parsons in Anlehnung an den englischen Sprachgebrauch (»contingent on«) im Begriff der Kontingenz die Momente der Zufälligkeit und Abhängigkeit erfaßt und eigentlich nur das Moment der wechselseitigen Abhängigkeit von erwartungsgesteuerten Verhaltenswahlen ausarbeitet. Wir legen statt dessen Wert darauf, den Begriff der Kontingenz zunächst im überlieferten Denkkontext einer Theorie modaler Formen zu interpretieren und mit ihm zu bezeichnen, daß an selektiven Ereignissen (der klassische Fall ist natürlich: die Schöpfung) andere Möglichkeiten sichtbar werden. Zur näheren Auseinandersetzung mit Parsons siehe Niklas Luhmann, Generalized Media and the Problem of Contingency, in: Jan J. Loubser et al (Hrsg.), Explorations in General Theory in Social Science: Essays in Honor of Talcott Parsons, New York 1976, Bd. II, S. 507-532.

eben damit aber keine zureichende Theorie kontingenter Sachverhalte *innerhalb* von begründeten Systemen.

Im folgenden wollen wir versuchen zu zeigen, daß das Problem der doppelten Kontingenz aller Interaktion theoretisch anders und besser ausgenutzt werden kann. Dies Problem soll als Leitfaden dienen nicht nur für die Begründung, sondern auch für die Analyse von Recht.

IV.

Ein erster Schritt in dieser Richtung besteht in einer begrifflichen Klärung des Sinnes und des theoretischen Kontextes, in dem wir von Kontingenz sprechen wollen. Im Rahmen der überlieferten Theorie modaler Kategorien hat der Begriff der Kontingenz eine vielleicht zu weite Fassung erhalten. Üblicherweise bezieht man Modalaussagen auf Sätze, im Faë der Kategorien des Möglichen, Wirklichen, Notwendigen auf den Wahrheitswert von Sätzen. Dabei bleibt unklar, welche Sachverhalte solchen Modalisierungen entsprechen - ob es zum Beispiel unwirkliche Möglichkeiten überhaupt gibt²⁵. Diese Unklarheit wird allein durch die Unterscheidung eines logischen und eines ontologischen Gebrauchs von Modalkategorien natürlich nicht behoben. In diesem Zusammenhang bezeichnet der Kontingenzbegriff, wie gesagt, Seiendes in der Möglichkeit seines Nichtseins, kombiniert also in eigentümlicher Weise positive und negative Aussagen über Mögliches und Wirkliches, nämlich so, daß über etwas *positiv* festgestelltes *Wirkliches* die *Möglichkeit* des *Nichtseins* *positiv* ausgesagt wird²⁶. Die Schwierigkeiten stecken, wenn man von den allgemeinen Problemen einer modallogischen Klärung des Verhältnisses von Wirklichem und (bloß) Möglichem absieht²⁷, darin, daß der Kontingenzbegriff eine

25 Man kann dann 2. B. den Sinn von Aussagen diskutieren, die die Möglichkeit eines Gegenstandes bejahen, dessen Existenz negiert wird. Vgl. W. V. Quine, *On What There Is*, »Review of Metaphysics« 2 (1948), S. 21-38 einerseits und Nicholas Rescher, *Topics in Philosophical Logic*, Dordrecht 1968, S. 138 ff. andererseits.

26 Diese Charakterisierung müßte bei Hinzunahme temporaler Modalisierungen geändert werden - so wenn im alten Diskussionskontext de futuris contingentibus die Aussagen sich auf etwas Zukünftiges beziehen, dessen Verwirklichung noch offensteht. Siehe die Literaturhinweise oben Anm. 21. -

27 Hierzu gut, aber ebenfalls ohne einen Ausweg zu sehen, Max Black, *Possibility*, in: ders., *Models and Metaphors: Studies in Language and Philosophy*, Ithaca N. Y. 1962, S. 140-152.

doppelte Beziehung zwischen Wirklichem und Möglichem unterstellt: Die Möglichkeit wird in bezug auf etwas Wirkliches ausgesagt, von dem die Aussage selbst thematisch aber nur lautet, daß es die Möglichkeit hat, nicht zu sein. Die Überabstraktion kommt durch Überspielen dieser doppelten Referenz von Möglichkeit und Wirklichkeit, letztlich durch Unklarheiten im Möglichkeitsbegriff selbst zustande. In der modallogisch präzisierten Begriffsfassung geht das die Denkgeschichte führende Problembewußtsein verloren: der Bezug auf die Schöpfungs- und Willensproblematik, das kritische Verhältnis zum Naturbegriff, der Bezug auf die Zeit und auf die Möglichkeit von Voraussicht, auf Kausalität und Selektivität, auf den Streit um Determinismus und Indeterminismus²⁸. All dies konnte nicht mitpräzisiert werden. Möglicherweise liegen hier die Gründe für die zuvor erörterten Schwächen der bisherigen Verwendung des Kontingenzbegriffs: für seinen lediglich vorinstitutionellen oder auf die Welt im ganzen beschränkten Gebrauch.

Wir wollen diese Fragen auf sich beruhen lassen und nicht von einem modaltheoretischen, sondern von einem systemtheoretischen Möglichkeitsbegriff ausgehen, dessen modallogische Rekonstruierbarkeit und Axiomatisierbarkeit wir offen lassen müssen. Die Absicht ist, jene alte Fruchtbarkeit einer konkreteren Behandlung des Kontingenzproblems an einer als kontingent begriffenen Wirklichkeit wiederzugewinnen, mit Pascal also die *contingence concrète* der *possibilité abstraite* vorzuziehen - dies aber nicht mehr auf Grund der oben²⁹ geschilderten logisch-ontologischen Verquickungen der Modalkategorien mit temporalen oder kausalen Vorstellungen, sondern mit Hilfe der modernen Systemtheorie. Unser Ausgangspunkt liegt in der Feststellung, daß alle sinnhaft orientierten Interaktionssysteme die Kontingenz wechselseitigen

28 Zum mittelalterlichen Diskussionszusammenhang siehe außer der oben Anm. 21 und 22 zitierten Literatur weitere Beiträge über den Zusammenhang mit der Naturauffassung und dem Determinismus/Indeterminismus-Problem in mehreren Referaten in: *La Filosofia della Natura nel Medioevo*. Atti del Terzo Congresso Internazionale di Filosofia Medioevale, Mailand 1966; ferner Jalbert a.a.O.; Guy Picard, *Matière, contingence et indéterminisme chez saint Thomas*, » *Laval Théologique et Philosophique* 22 (1966), S. 197-233; Edmund F. Byrne, *Probabilty and Opinion: A Study in the Médiéval Presuppositions of post-medieval théories of Probability*, Den Haag 1968, S. 188 ff.

29 Vgl. S. 202.

Erlebens und Handelns abfangen müssen auf einer Ebene der Erwartungssteuerung, die über den momentanen Impulsen, individuellen Interessen und subjektiven Standpunkten der Beteiligten die *Erwartharkeit wechselseitigen Erwartens* reguliert³⁰. Diese Steuerungsebene kann, wie wir aus Forschungen über die Entstehung psychopathologischer Erlebnisverarbeitung wissen, auf dunklem vorsprachlichen Verstehen beruhen, auf unmittelbarer Wahrnehmung dessen, was andere meinen³¹; sie kann die Form von implizierten und mitkommunizierten Stilvorgaben (z.B. scherzhaft/ernsthaft, freundlich/feindlich, persönlich/unpersönlich) annehmen, kann in einer gemeinsam erinnerten (oder als erinnerbar unterstellten) Geschichte bestehen; sie kann schließlich aus all dem mehr oder weniger ausdifferenziert werden als eine Symbolstruktur für sich, die man als solche intendieren und in Kommunikationen vergegenständlichen kann. Daß soziale Systeme ohne eine solche Steuerungsebene nicht stabil sein können und ferner, daß diese Steuerungsebene nicht als eine Aggregation individueller Kalküle, sondern nur als ein Typus neuer Art gebildet werden kann, gilt heute als gesicherte Erkenntnis³². Das Problem liegt nicht

30 Dieser Einsicht war bereits Max Weber, wenngleich in stark verklausulierten Formulierungen, recht nahe gekommen. Vgl. besonders die Ausführungen über »Einverständnis« in: *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, »Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre« 3. Auf 1.^e Tübingen 1968, S. 427-474 (452 ff.). Zu den bleibenden Einsichten, die bei Weber anklängen, aber in ihrer Interdependenz nicht deutlich erfaßt sind, gehört insbesondere die, daß mit der Orientierung an Erwartungen anderer eine Erweiterung des Erwartbarkeitsbereichs, eine spezifische Rationalität und eine spezifische Labilität der Orientierung verbunden sind. Demgegenüber akzentuiert Weber die Vorteile der Orientierung an übergreifenden, vom konkreten Erwarten unabhängig machenden Symbolen und Werten. Nur diesen letzteren Aspekt hat Talcott Parsons rezipiert. Die ihm zu Grunde liegende Steuerungsebene des Erwartens von Erwartungen mußte daher teils in der Parsons-Kritik, teils in der sozialpsychologischen Forschung neu entdeckt werden: Siehe namentlich Johan Galtung, *Expectations and Interaction Processes*, »Inquiry« 2 (1959), S. 213-234, sowie die Angaben in der folgenden Anm.

31 Vgl. z. B. Gregory Bateson/Don D. Jackson/Jay Hayley/John Weakland, *Toward a Theory of Schizophrenia*, »Behavioral Science« 1 (1956), 5.251-264, mit einem interessanten, aber nicht näher ausgearbeiteten Rückgriff auf die Theorie logischer Typen. Vgl. ferner Ronald D. Laing, *The Self and Others: Further Studies in Sanity and Madness*, London 1961; ders., *Phänomenologie der Erfahrung*, Frankfurt 1969.

32 Die Diskussion dieser Frage ist sehr vielseitig. Für die Rechtstheorie interessant sind vor allem die kritischen Auseinandersetzungen mit dem klassischen Utilitarismus, etwa Emile Durkheims Lehre von den nichtvertraglichen Grundlagen des Vertrags in: *De la division du travail social*, Paris 1893; oder Kenneth J. Arrow, *Social Choice and*

mehr im Ob, sondern im Wie - in der Frage, welches Ausmaß an Komplexität und Flexibilität welche Regeln der Erwartungsbildung erreichen können und mit welchen Folgeproblemen sie belastet sind³³.

Mit Hilfe einer solchen Differenzierung verschiedener Ebenen des wechselseitigen Sinnbezugs von Erlebnissen und Handlungen kommt eine *Generalisierung* von Erwartungen zustande, die sich gegebenenfalls symbolisch fixieren läßt. Diese Einsicht erlaubt eine funktionale Definition des Begriffs der *Möglichkeit* als *Generalisierung von Wirklichkeit*³⁴. Nach dieser Auffassung handelt es sich bei dem, was die Begriffe Möglichkeit und Wirklichkeit bezeichnen, nicht um Modalitäten, die ein (an sich vorstellbarer) Gegenstand annehmen und gegebenenfalls wechseln kann, sondern um Ebenen sinnhafter Verknüpfung von Erlebnissen und Handlungen, die getrennt bleiben. Es ist bei dieser Begriffsbildung nicht mehr zulässig zu sagen, daß ein Gegenstand seine Modalform wechselt, daß zum Beispiel etwas Mögliches Wirklichkeit wird³⁵. Die kategoriale Ebene des Möglichen bleibt auf immer von der des Wirklichen getrennt. Sie dient dazu, wirklich Erlebbares ins Licht anderer

Individual Values, New York - London 1951; oder John Rawls, Two Concepts of Rules, in: Norman S. Care/Charles Landesman (Hrsg.), Readings in the Theory of Action, Bloomington Ind. - London 1968, S. 306-340.

33 Dahin leiten auch neuere Formulierungen von Parsons über. Vgl. etwa Interaction a.a.O. S. 436 f.: »Double contingency and more-complex contingencies have a crucial set of consequences. On the one hand. . ., in an interaction system the possibilities of instability far exceed those to which isolated actors are exposed in relation to environments containing only nonactors. . ., as significant objects. On the other hand, if the autonomy possessed by each acting unit relative to its environment is integrated with that of the others with which it interacts, the interaction system as a whole can gain vastly in autonomy, or freedom of action.«

34 Zum Vergleich interessant Nelson Goodman, Fact, Fiction and Forecast, 2. Aufl., Indianapolis 1965 (zuerst London 1955), der die bisher getrennt behandelten Problemkreise der counterfactual conditionals, der Möglichkeitsaussagen und der Induktion in einer allgemeinen Theorie der Projektion aufzufangen sucht. Auch dabei geht es letztlich um die Frage, unter welchen Bedingungen eine über das aktuelle Erleben hinausgehende Generalisierung, ein »filling in of gaps in actual experience with a fabric of possibles« (S. 50) geschieht und zugelassen werden kann.

35 Damit entfällt auch die traditionelle Verquickung dieser modalen mit temporalen Kategorien: Möglichkeitsaussagen lassen sich in jeder temporalen Form bilden. Es hat zum Beispiel durchaus Sinn, von vergangenen Möglichkeiten zu sprechen, die dadurch, daß sie vergangen sind, nicht etwa unmöglich werden, sondern durchaus noch aktuelle Bedeutung behalten - zum Beispiel als Grundlage eines Schuld-spruchs.

Möglichkeiten zu setzen, als eine unter anderen Möglichkeiten zu thematisieren. Generalisierung auf Möglichkeit hin leistet eine Distanzierung vom Wirklichen, eine Entkonkretisierung des Erlebens, eine Fixierung von Prämissen, die anderes zugänglich machen. Unter dem Gesichtspunkt einer Möglichkeit wird etwas so identifiziert, daß es größere Kompatibilität mit anderem hat als eine Wirklichkeit. Dies kann in abstrakten Formen geschehen - etwa in der Form von Wesensaussagen, Modellen oder Variablen. Wenn der Bezug auf eine bestimmte Wirklichkeit hergestellt wird, die als »auch anders möglich« erfaßt werden soll, sprechen wir von *Kontingenz*.

Diese funktionale und systemtheoretische Interpretation von Möglichkeit im allgemeinen und Kontingenz im besonderen als Generalisierung von Wirklichkeit gibt uns noch keine Theorie an die Hand, wohl aber eine Mehrzahl heuristischer Begriffsschemata, die sich in der Analyse von Systemen mit Ebenendifferenzierung zu bewähren beginnen. Wir können drei dieser Schemata vorstellen, von denen angenommen werden kann, daß sie für den Aufbau einer Rechtstheorie fruchtbar sein werden:

i) Unter angebbaren Voraussetzungen, nämlich wenn die Einheit eines abgegrenzten Systems trotz Differenzierung erhalten werden soll, kann ein System als Ganzes, das heißt mit universellen, für das gesamte System geltenden Ausdrücken, nur beschrieben bzw. normiert werden, wenn man auf volle Konkretion des Ausdrucks verzichtet und in begrenztem Umfang Freiheiten des »so oder anders Seins« im System zuläßt³⁶. In solchen Fällen führen Prozesse der *Differenzierung* zur *Generalisierung* von Strukturen, die dann Probleme der *ReSpezifikation* aufwerfen³⁷. Ein solches Arrangement *verschiedenartiger* (einander nicht-beliebig zugeordneter)

36 Einen guten Beleg dafür bietet der evolutionäre Prozeß der Abstraktion von Kriterien der Rechtsgeltung; dazu näher unten S. 217 ff.

37 Vgl. dazu Ackerman/Parsons a.a.O. (Anm. 2), S. 36 ff., mit einem Hinweis darauf, daß in stärker differenzierten Gesellschaften die erforderlichen ReSpezifikationen generalisierter Strukturen hauptsächlich durch Subsysteme für Recht und für Erziehung geleistet werden. Parsons* nur andeutungsweise publizierte Überlegungen zum Rechtssystem sehen deshalb dessen Schwerpunkt in einer Interpretationsfunktion. Vgl. dazu Leon H. Mayhew, *Law: The Legal System*, »International Encyclopedia of the Social Sciences«, New York 1968, Bd. 9, S. 59-66; und als eine Fallstudie mit dieser Blickrichtung ders., *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge Mass. 1968.

Prozesse ermöglicht es, höhere Komplexität im System zuzulassen und dann fallweise abzuarbeiten.

2) *Generalisierung* von Ausdrücken für eine Vielheit möglicher Systemzustände bedeutet *Indifferenz* gegen Unterschiede der Zustände und Prozesse im einzelnen³⁹, deren Riskiertheit dann durch eine Art *kontrollierte Sensibilität* gegen Störungen abgefangen werden muß⁴⁰. Auch diese Begriffe bezeichnen ein Syndrom von Prozessen, deren Zusammenwirken es ermöglicht, Systeme auf einem Niveau höherer Komplexität zu stabilisieren.

3) Das Konzept der Differenzierung von Sinnesebenen in einem System kann *mehrfach* angewandt werden. Vor allem müssen - und das bietet uns eine Möglichkeit der Rekonstruktion der Unterscheidung von konkreten und analytischen Systemen - lebensweltlich konstituierte und institutionalisierte Generalisierungen von wissenschaftlich konstituierten (analytischen, lebensweltlich latenten) Generalisierungen unterschieden werden; also solche des Rechts selbst von solchen der Rechtstheorie.

V.

Wir halten uns fürs erste an die Ebene der lebensweltlich konstituierten, in den Institutionen selbst verankerten Generalisierung. In ihrem Kontext wird das Recht als normativ gemeint erlebt und der Wirklichkeit des Verhaltens gegenübergestellt. Für normative Erwartungen ist kennzeichnend, daß sie sich auf eine als kontingent erfaßte Wirklichkeit des Handelns beziehen. Normen entstehen nur, wenn man die Möglichkeit ins Auge fassen muß, daß konform *oder* abweichend gehandelt werden wird⁴¹. Sie formulieren zwar 38 Indifferenz ist hier das strukturelle Äquivalent für Flexibilität auf der Prozessebene. Parsons bevorzugt es im allgemeinen, von Flexibilität zu sprechen. Vgl. insb. Theory of Symbolism in Relation to Action, in: Talcott Parsons/Robert F. Bales/Edward A. Shils, *working Papers in the Theory of Action*, Glencoe Ill. 1953, S. 31-62; ders., On the Concept of Value-Commitments, »Sociological Inquiry« 38 (1968), S. 135-159.

39 In der mir bekannten Literatur gibt es keine entsprechend abstrakte Charakterisierung dieses Prozess-Syndroms. Beiträge dazu findet man, wo In systemtheoretischer Perspektive über »Krisen« gehandelt wird, ferner in der Vorstellung eines »feedback« zwischen verschiedenen Funktionsebenen eines Systems.

40 In der sozialpsychologischen und der soziologischen Literatur wird dies häufig hervorgehoben. Vgl. etwa William J. Goode, Norm Commitment and Conformity to

eine bestimmte Erwartung ~ aber unter Einschluß der Miterwartung der Möglichkeit des Gegenteils. Eine solche Erwartungskombination läßt sich nicht mehr in deskriptiven Begriffen für aktuell gegebene Wirklichkeiten ausdrücken, sondern nur noch in Möglichkeitskategorien. Mit Normen befinden wir uns auf der Ebene generalisierter Prämissen der Erlebnisverarbeitung, die in der kategorialen Form des Möglichen festliegen und dadurch gegen Widerlegung durch Informationen über wirkliches Verhalten immunisiert sein können⁴¹.

Damit ist mitgesagt, daß mit Normierungen die Vorteile, aber auch die spezifischen Risiken und Folgeprobleme generalisierter Strukturen verbunden sind - vor allem das Erfordernis langwieriger Lern- und Sozialisierungsvorgänge⁴², ein Bedarf für laufende Re-

Role-Status Obligations, »The American Journal of Sociology« 66 (1960), S. 246-258 (147); Friedrich H. Tenbruck, Zur deutschen Rezeption der Rollentheorie, »Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie« 13 (1961), S. 1-40 (15); und vor allem Ralph M. Stogdill, Individual Behavior and Group Achievement, New York ^959) S. 59 ff., mit bemerkenswerter Zusammenfassung von Forschungen, die belegen, daß (faktisch nicht zu widerlegende) wünschhafte, begehrende, normative Erwartungen einen höheren Grad der Generalisierbarkeit erreichen. Das spezifische Kennzeichen des Normativen ist damit allein allerdings noch nicht erfaßt, da es auch nichtnormative Einstellungen auf mögliche Enttäuschungen gibt - etwa offene Unbestimmtheit des Erwartens oder widerrufliche, lernbereite Festlegung.

41 Diese Rückführung des Normativen auf die kategoriale Form des Möglichen hängt von den zuvor erörterten Begriffsentscheidungen ab. Sie konnte nicht gewagt werden, solange man Möglichkeit nicht als Generalisierung, sondern als im Vergleich zu Wirklichkeit und Notwendigkeit ontologisch »schwächere« Modalität ansah.

42 Die hier anzuschließenden Forschungen über kognitive und normative Persönlichkeitsentwicklung, die auf Jean Piaget zurückgehen, können in einer auf Rechtstheorie abzielenden Untersuchung nicht angemessen dargestellt und gewürdigt werden. Auch in dieser Richtung ist jedoch ein Hinweis auf Möglichkeiten interdisziplinärer Kooperation angebracht, die rechtstheoretische Fragen mit der Sozialisationsforschung verbinden könnte. Eine Orientierung an Regeln scheint die Festigung von abstrakteren Ebenen der Erlebnisverarbeitung vorauszusetzen, von denen aus Realitäten als kontingent behandelt werden können. Dazu scheinen im wesentlichen zwei Schemata zu dienen: Die Vorstellung der Kausalität und die Vorstellung einer Mehrzahl von Subjekten (subjektiven Perspektiven). Beide Schemata sind in der einfachsten Form binär aufgebaut und erleichtern es dadurch, etwas Gegebenes in Abhängigkeit von etwas anderem als variabel, als »auch anders möglich« zu sehen. Erst wenn diese Schemata gelernt sind, kann die Orientierung an übergreifenden normativen Regeln eingeübt werden. Die bisherige Forschung hat dem Kontingenzproblem nicht diese zentrale Stellung zugewiesen, läßt sich aber mit seiner Hilfe systematisieren und zusammenfassen. Vgl. außer den bekannten Arbeiten Piagets etwa Anselm L. Strauss, The Development of Conceptions of Rules in Children, »Child Develop-

Spezifikation und für eine Sensibilität gegen Störungen, die sich an den symbolischen Implikationen eines Verstoßes entzündet und kontrolliert. Auf diese Problematik von Generalisierungen beziehen sich die Eigentümlichkeiten des normativen Erwartungsstils, und sie lassen sich in dieser Perspektive mit anderen, funktional äquivalenten Lösungen des Strukturproblems vergleichen. Die spezifische Ausprägung einer Erwartung ins Normative erfolgt nicht in der Form der Gleichgültigkeit (**so** wie man gleichgültig ist gegen den Autotyp, wenn man ein Taxi nimmt) und auch nicht in der Form des Durchhaltenwollens, der enttäuschungsfesten, kontrafaktischen Entschlossenheit. Die Norm substituiert sich gleichsam selbst für die Realität, die eventuell ausbleibt (ausbleiben wird, ausgeblieben ist); und sie setzt an die Stelle des *erwarteten* Verhaltens, wenn es ausbleibt, ein Verhalten des *Erwartenden* - nämlich expressives Bekenntnis zur Norm, Formulierung der Erwartung, symbolische Aktivitäten, Sanktionen“. Voraussetzung dieser Substitution ist, daß die Norm auf die Ebene des Erwartens von Erwartungen transponiert wird. Ego sanktioniert nicht einfach ein Verhalten *Alters*, das er bewirken will, sondern er versetzt seine Erwartung *in die als kontingent begriffene Situation Alters* und sanktioniert sie *als dessen Entscheidungsprinzip*. Nur so wird erreicht, daß die normative Erwartung sich nicht einfach einer konformen oder abweichenden Realität gegenüber sieht, sondern diese Realität *überlagert*.

Ein solches Übergreifen im Erwarten von Erwartungen macht eine enttäuschungsfeste Stabilisierung von Strukturen trotz kontingenter Realität möglich. Es erlaubt ein anmaßendes »Überziehen« der realen Integriertheit des Handelns im Erwarten“. Dieser Generalisierung entsprechen gesteigerte Risiken - vor allem dies, daß Konflikte auf dieser Ebene des Erwartens von Erwartungen nicht mehr einfach als Meinungsverschiedenheiten oder als Interessenge-

ment« 25 (1954), S. 193-208; Monique Laurendeau/Adrien Pinard, *Causal Thinking in the Child*, New York 1962; Lawrence Kohlberg, *The Development of Children's Orientation Toward a Moral Order*, »Vita Humana« 6 (1963) S. 11-33, `` ^ als einen knappen neueren Überblick Richard M. Merelman, *The Development of Political Ideology: A Framework for the Analysis of Political Socialization*, »The American Political Science Review« 63 (1969), S. 750-767.

43 Vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Reinbek 1972, Bd. I, S. 40 ff.

44 Dies gilt für Projektion allgemein. Siehe dazu Jean Maisonneuve, *Psychosociologie des affinités*, Paris 1966, S. 336 ff., 350 ff.

gensätze abgewickelt werden können, sondern eine neue Art symbolvermittelter Brisanz für die Integration des Systems gewinnen: Streit wird zugleich zum Streit über das Recht zum Streiten⁴⁵. Man darf vermuten, daß die Institutionalisierung dieses schon recht komplexen Leistungssyndroms beträchtliche Anforderungen an das soziale System einer Gesellschaft stellt⁴⁶.

In dieser Form der Normativität kann, unter näher anzugebenden Voraussetzungen, *die Menge der mit einer Struktur kompatiblen Wirklichkeiten erweitert werden*. Ein normativ strukturiertes System kann sowohl mit erwartetem als auch mit enttäuschendem Verhalten zusammen bestehen - freilich nur in den oft eng gezogenen Grenzen seines Repertoires an Strategien der Enttäuschungsabwicklung⁴⁷. Mit dieser wichtigen Einschränkung, die die Variablen betrifft, von denen die Durchhaltefähigkeit des Erwartens jeweils abhängt, kann man sagen: Normen sind eine Form von Generalisierung, unter der Wirkliches als kontingent ins Auge gefaßt und ertragen werden kann. Sie befreien zu einer kontingenten, für andere Möglichkeiten offenen Wirklichkeitssicht. Mit ihrer Hilfe kommen personale und soziale Systeme über ein unmittelbar adaptives, quasi-organisches Verhalten zur Wirklichkeit hinaus. Die Normativität von Strukturen bietet gleichsam die innere Rückversicherung für ein als kontingent projiziertes Wirklichkeitsverhältnis.

Abstrahiert man den Sinn des normativen Sollens auf diese Funktion kontrafaktischer Stabilisierung von Erwartungserwartungen, lockert sich, im Vergleich zu herkömmlichen Vorstellungen, die begriffliche Verbindung von Normativität und Recht. Gerade darin

45 Diese inhärente Tendenz zur Radikalisierung normativen Streitens kann zwar durch geeignete Institutionen legalen Konfliktverhaltens, etwa Gerichtsverfahren, abgebaut werden, aber nur durch Umstilisierung normativer in kognitive Konflikte, also nur durch Übertragung des ursprünglichen Konfliktes auf ein nicht isomorphes Verhaltensmodell. Dazu Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin 1969, S. 100 ff.

46 Entsprechend ließe sich auch nach den Anforderungen an psychische Systeme fragen. Projektion im allgemeinen und Normprojektion im besonderen setzen zum Beispiel sprachbedingtes Abstraktionspotential voraus. Vgl. dazu im Anschluß an Ergebnisse der Aphasie-Forschung Alfred R. Lindesmith/Anselm R. Strauss, *Social Psychology*, 3. Aufl. New York 1968, S. 100 f. Siehe ferner oben Anm. 42.

47 Im Hinblick auf eine Erweiterung dieses Repertoires habe ich die Institution rechtlich geregelter Verfahren interpretiert in: Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* a.a.O.

sehen wir Erkenntnischancen. Wir können für ein genaueres Verständnis der Systemfunktionen und Folgeprobleme von Normierungen empirische Forschungen auswerten, die außerhalb des Rechts liegen; und zwar mit einem Abstraktionsniveau, das den Erfordernissen einer Rechts-theorie entspricht. Wichtige Anregungen hätten zum Beispiel Forschungen über projektive Erlebnisverarbeitung und über normative Voraussetzungen kognitiver Erlebnisverarbeitung in der Psychologie oder Forschungen über die Psychopathologie des Familienlebens zu bieten. Wir können Verständnis gewinnen für Rechtsordnungen, die normative Mechanismen zwar voraussetzen, aber funktionell gering bewerten im Vergleich zu sinnhaften oder zu institutionellen, sozial-integrativen Aspekten des Rechts⁴⁸. Und wir gelangen über die formalklassifikatorische Behandlung von Rechtsnormen als eine besondere Art von Normen hinaus, die die bisherigen Versuche einer Definition des Rechts getragen - und unfruchtbar gemacht hat⁴⁹.

48 Dies gilt sehr deutlich für das altchinesische Recht außerhalb des Strafrechts und gewisser Teile des Öffentlichen Rechts, zu erkennen daran, daß die Norm der kompromißbereiten Nachgiebigkeit bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen mitinstitutionalisiert ist. Vgl. z. B. Jean Escarra, *Le droit chinois: Conception et evolution, institutions legislatives et judiciaire, science et enseignement*, Peking-Paris 1936, S. 13 ff. Darin bewahren sich Reste archaischen Rechtsdenkens, denen der Gedanke, daß Recht allein wegen seiner normativen Geltung durchgesetzt werden müßte, weithin fremd war. Dazu Rüdiger Schott, *Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften*, »Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie« 1 (1970), S. 107-174 (132 ff.). Auch »heilige Rechte« älterer Hochkulturen, besonders des Islam, werden weniger als normative Stabilisierung kontingenter Verhaltensweisen angesehen, sondern haben ihren Schwerpunkt im »Bedürfnis eines bestimmten Kreises von Frommen nach religiöser Wertung aller Lebensverhältnisse« (Joseph Schacht, *Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts*, »Der Islam« 22 (1935), S. 207-238 (221). Die ethnographische und historisch vergleichende Rechtsforschung kann mithin, wenn unter hinreichend abstrakten Gesichtspunkten betrieben, belegen, daß der funktionale Primat unter den einzelnen rechtsbildenden Mechanismen variiert, und es daher als ein Problem anzusehen ist, ob und unter welchen gesellschaftsstrukturellen Voraussetzungen die Normativität zum führenden Merkmal des Rechts wird. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß der Begriff eines »funktionalen Primats« mit erheblichen logischen und empirischen Unklarheiten belastet ist, die sich nur im Zuge einer weiteren Ausarbeitung systemtheoretischer und evolutionstheoretischer Überlegungen werden beheben lassen.

49 Typisch für diese Art des Vorgehens ist, daß man Normativität oder Sollen als undefinierbaren und unmittelbar verständlichen Grundbegriff voraussetzt und dann versucht, weitere definierende Merkmale anzugeben, die das Recht von anderen Normbereichen unterscheiden. Dabei konnte, da die Normativität selbst in ihrer

Statt dessen geraten wir vor die Schwierigkeit, angeben zu müssen, welche Leistungen ein soziales System erbringen muß, um normative Erwartungen über kontingentem Verhalten zu stabilisieren. Es scheint, daß die normative Generalisierung primär der Überbrückung von Zeitdifferenzen dient, nämlich der kontinuierlichen Erhaltung von Erwartungsmöglichkeiten auch über Enttäuschungssituationen hinweg. Dazu kommen Leistungen sinnhaft-sachlicher Generalisierung, die Normen inhaltlich allgemein, also fallunabhängig, festlegen, vorzugsweise in der Form von Sätzen. Und schließlich müssen solche Gebilde institutionalisiert, das heißt auf unterstellbaren Konsens gegründet und somit auch sozial generalisiert werden. Sie werden damit von der faktischen Meinung einzelner unabhängig, da man immer davon ausgehen kann, daß die jeweils nicht befragten »anderen« sie anerkennen. Nur dann, wenn Erwartungen auf der Ebene des Erwartens von Erwartungen zeitlich, sachlich *und* sozial generalisiert sind, haben sie den Charakter von Recht. Diese Fassung des Rechtsbegriffs liefert die Grundlage für eine soziologische Erforschung der Recht konstituierenden sozialen Mechanismen in ihrer gesellschaftsstrukturellen Abhängigkeit und ihrer evolutionären Interdependenz⁵⁰. Die Rechtstheorie könnte ihre besondere Aufgabe darin sehen, genauer zu begreifen, wie dieses Recht konstituierende Syndrom sozialer Prozesse die soziale Kontingenz von Interaktionen verändert.

VI.

Den Ausgangspunkt dafür gewinnen wir mit der Überlegung, daß Kontingenz nicht in allen Fällen auf das (so oder anders) Wirkliche sich isolieren läßt, sondern daß sie auf die Steuerungsebene des Erwartens von Erwartungen übergreift, von der aus wirkliches Verhalten als ein Fall von möglichem Verhalten behandelt wird. Wenn das Wirkliche, dann kann auch das Mögliche anders möglich sein. Normativer Streit tendiert, wie gesagt, zur Radikalisierung,

Funktion undurchschaut blieb, auch das funktionale Zusammenspiel dieser verschiedenen Merkmale nicht geklärt werden, und damit unterblieb auch eine Erforschung der gesellschaftsstrukturellen und evolutionären Voraussetzungen unterschiedlicher Ausprägungen dieses Zusammenspiels.

50 Als nähere Ausarbeitung dieses Gedankens siehe Niklas Luhmann, Rechtssoziologie a.a.O.

weil die je eigene Norm dem anderen unterschoben wird. Das normwidrig erscheinende Verhalten kann eigene Normativität behaupten, auch das Abweichen kleidet sich moralisch ein und versucht darzustellen, daß Normen auch anders möglich sind⁵¹. Das kann in der Form von Ausreden, Entschuldigungen, Anspruch auf Ausnahmebehandlung usw. geschehen⁵², kann aber auch prinzipielle Formen annehmen - etwa im Angebot einer andersartigen Integrationsbasis. Die Kontingenz auch der kategorialen Steuerungsbegriffe, die bloße Möglichkeiten ausdrücken, kann dann nicht länger unterdrückt werden. In dem Maße, als divergierende Perspektiven aufkommen, wird auch die Kontingenz lebensweltlicher Typen, der vertrauten Dinge, Wesenheiten, Normen zum Problem, und wird mit nachhaltiger Wirkung seit dem Mittelalter auch als Problem formuliert. Wirkliches *und* Mögliches werden kontingent - das Mögliche insofern, als es jeweils bestimmte Bedingungen der Möglichkeit angeben muß, die auch anders formuliert werden könnten". Damit fällt die Differenzierung von

51 Solch einen Kampf ums Recht auf Grund divergierenden Rechtsbewußtseins kennen wir aus den griechischen Tragödien, die die Zeit des Übergangs von archaischem zu hochkultiviertem, auf verfahrensmäßige Entscheidung sich stützenden Recht festhalten. Vgl. insb. die Aischylos-Interpretationen von Erik Wolf, Griechisches Rechtsdenken Bd. I, Frankfurt 1950, S. 340 ff.

52 Neuere empirische Untersuchungen haben diesen Tatbestand festgehalten und ihn unter dem Begriff der »Neutralisierung«, vielleicht vorschnell, als Integration in einen gemeinsamen moralischen Kosmos interpretiert. Vgl. Gresham M. Sykes/David Matza, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, »American Sociological Review« 22 (1957), S. 664-670, dt. Übersetzung in: Fritz Sack/Rene König (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, Frankfurt 1968, S. 360-371; David Matza, *Delinquency and Drift*, New York-London-Sydney 1964. Ähnliche Gedanken bereits bei Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied 1964, S. 76 f. Auf Grund ethnologischen Materials siehe ferner A. L. Epstein, *Juridical Techniques and the Judicial Process: A Study in African Customary Law*, Manchester 1954.

Bemerkenswert ist, daß normativer Streit und Versuche einer moralischen Neutralisierung der symbolischen Implikationen abweichenden Verhaltens in jedem Falle eine Kommunikationsebene voraussetzen, auf der über den Streit gesprochen (und nicht einfach nur: im Streit gelebt) werden kann. Die Abhebung einer Ebene normierter Möglichkeiten, von der aus Wirklichkeit als kontingent behandelt werden kann, braucht ein interaktionelles Substrat, eine Differenzierung von Interaktionssystemen.

53 Zu diesem Fragenkreis bemerkenswerte Ausführungen bei Henry Deku, *Possible Logicon*, »Philosophisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft« 64 (1956), S. 1-21, der die damit sich ankündigende Kontingenz der Kontingenz jedoch nicht, wie wir, durch Differenzierung von Abstraktionsebenen regulieren, sondern in einer »supramodalen

Wirklichem und Möglichem keineswegs in sich zusammen; und zwar deshalb nicht, *weil sich auf der Ebene des bloß Möglichen andere Formen der Negation von Kontingenz entwickeln und institutionalisieren lassen.*

Diese verbinden sich mit dem Begriff der *Geltung*. Mit dem Begriff der Geltung wollen wir Nichtkontingenz auf der Ebene normativer Erwartungserwartungen bezeichnen, die eine vorausliegende Kontingenz auf der Ebene wirklichen Erlebens und Handelns nicht ausschließt, sondern in Rechnung stellt; und wir meinen, damit eine zugleich soziologisch und rechtstheoretisch brauchbare Kategorie definiert zu haben. Der Geltungsbegriff dient uns mithin, und damit werden wir seiner Herkunft aus dem Problemhorizont der nominalistischen Tradition gerecht, zur Differenzierung von Ebenen der Behandlung des Problems »anderer Möglichkeiten«. Wenn es um den prozeßhaften Aspekt und um die systemstrukturellen Bedingungen von Geltung, also um die mehr soziologische Seite des Problems geht, werden wir, kurz gefaßt, von *Kontingenzausschaltung* sprechen. Geltung beruht auf Kontingenzausschaltung, gleich welcher Art, im Bereich des normativen Erwartens⁵⁴.

Der Begriff der Geltung ist für eine solche Verwendung freigegeben, nachdem ältere Versuche, Geltung auf Wüien, auf ein trans-Notwendigkeit« aufheben möchte, deren Interpretation der Theologie vorbehalten bleibt.

54 Die Konturen dieser komplizierten Begriffsentscheidung lassen sich nachzeichnen in einem Vergleich mit der sehr ähnlichen Position Max Webers. Auch für Weber genügt als Geltungskriterium weder der normative Sinn selbst, noch die bloße empirische Häufigkeit des Vorkommens der durch die Norm beschriebenen Handlungen im Vergleich zu den Verstößen (also die faktische Befolungsrate der Norm). Auch Weber bildet gegenüber diesem einfachen Kontrast einen komplizierteren Geltungsbegriff, der die Erwartungsebene in Rechnung stellt. Auch für ihn korreliert Geltung daher nicht strikt mit faktischem Geschehen, sondern überzieht Häufigkeiten durch Generalisierung. Grundlage ist für ihn aber lediglich die subjektive und objektiv durchschnittlich berechnete Erwartung, daß andere die Norm ihrem Handeln zu Grunde legen. Vgl. insb. Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie, in: »Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre«, 3. Aufl., Tübingen 1968, S. 427-474 (433 f.). Kontingenzausschaltung kommt in der Form ins Spiel, daß man um die Möglichkeit des Abweichens (gerade auch: eigenen Abweichens!) weiß, aber durchschnittlich damit nicht rechnet und die Geltungsfrage deshalb davon nicht abhängig macht. Weshalb und durch welche symbolischen Hilfsmittel aber Geltung gegen die Faktizität des Abweichens immunisiert werden kann - das bedürfte genauerer Darlegung, die über Webers Vorstellungen von »Vereinbarungen« und »Legitimität« und »wertrationalem Geltungsglauben« hinaus präzisiert werden müßte.

zendentales Apriori oder auf faktische Anerkennung zu gründen, kontrovers und theoretisch unergiebig geblieben sind. In all diesen Fällen bot der Begriff nur eine Existenzaussage für das, was mit Begriffen wie Willen, Sollen, Wert, Anerkennung ohnehin schon gesagt war". Unsere funktionale Begriffsfassung, die auf Ausschaltung von Normkontingenz abstellt, hat demgegenüber zwei Vorteile. Sie bietet einmal die Möglichkeit, jene Begriffstraditionen rückblickend zu interpretieren: Worte wie Wille, apriorische Sollgeltung oder Wertgeltung oder faktische Anerkennung stehen nämlich als Chiffren für wissenschaftlich undurchschaute Prozesse der Ausschaltung von Kontingenz. Zum anderen legt sie die Frage nahe, welche Institutionen und Strategien der Kontingenzausschaltung auf der Ebene des Normativ-Möglichen geltungsbegründend wirken und wie diese Einrichtungen mit anderen Gesellschaftsstrukturen korrelieren. Dabei müssen wir einen Unterschied beachten, der dem von konkreten und analytischen Systemen⁵⁵ entspricht: Die Kontingenz erfahrenden und Geltung begründenden Prozesse können im gesellschaftlichen Leben selbst ablaufen und institutionalisiert sein. In diesem Fall, in dem Geltung in sozialen Systemen eingesetzt wird, um Kontingenzprobleme zu lösen, wollen wir von *sozialer Geltung* sprechen. Wenn und soweit dagegen die Annahme von Kontingenz lediglich eine analytische Leistung der Wissenschaft ist (während im gesellschaftlichen Leben das Verhalten als selbstverständlich und alternativenlos erlebt⁵⁶ wird), hegt lediglich *analytische Geltung* vor. Alles Recht hat analytische Geltung. Die Rechtstheorie kann z. B. auch von der »Geltung« des Rechtes archaischer Gesellschaften sprechen. Soziale Geltung ist dagegen, soziologisch gesehen, eine recht voraussetzungsvolle Leistung, mit der gleichsam analytische Kapazität, nämlich Organisation im Hinblick auf andere Möglichkeiten, ins soziale Leben und seine Systembildungen eingeführt wird. Die Frage nach der sozialen Geltung des Rechts - mit anderen

55 Vgl. z. B. Arthur Liebert, *Das Problem der Geltung*, 2. Aufl. Leipzig 1920, S. 4: »Man könnte mit dem gleichen Rechte statt des Begriffs Geltung auch »Sinn«, »Wert«, »Gehalt«, »Bedeutung«, »Rechtfertigung«, »Begründung«, »Grundlegung« setzen. »Denn um dieses alles eben handelt es sich . . .« Und im Bereich der Rechtstheorie bestimmt z. B. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Eine Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien 1934, S. 7, Geltung als »die spezifische Existenz der Norm, die besondere Art, in der sie gegeben ist«.

56 Vgl. oben S. 194 f.

Worten die Frage nach den sozialen Bedingungen, die eine Thematisierung von Rechtsgeltung ermöglichen - hat bekanntlich Max Weber beschäftigt im begrifflichen Kontext von Herrschaft und Rationalität⁵⁷. Die Forschungen lassen sich über ihn hinausführen. Im evolutionären Prozeß der Abstraktion von Rechtsgeltung lassen sich Stufen feststellen, die im großen und ganzen den Phasen der Entwicklung des Gesellschaftssystems zu höherer Komplexität und funktionaler Differenziertheit entsprechen. In den archaischen und den frühen hochkultivierten Gesellschaften, in denen die Führung des Rechts durch den normativen Mechanismus noch nicht ausgeprägt entwickelt ist⁵⁸, beobachtet man lediglich eine Herausabstraktion des Unterschiedes von gutem und schlechtem Verhalten und eine Formulierung entsprechender Beurteilungsgesichtspunkte. Ein Problem der Geltung stellt sich nicht. Die Problematisierung der Frage, welches Recht gilt, scheint nicht allein aus Rechtsstreitigkeiten mit divergierenden Normprojektionen erwachsen zu sein. Man findet sie erst in politisch geeinten Großreichen, in denen über die Geltung sehr unterschiedlicher lokaler Rechtsüberlieferungen, insbesondere über ihre Vereinbarkeit mit dem Reichsrecht, entschieden werden mußte⁵⁹. Das belegt sehr

57 Vgl. seine Rechtssoziologie, herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann, Neuwied 1960, z. B. S. 55 und passim.

58 Siehe dazu oben Anm. 48.

59 Wichtige literarische Überlieferungen einer kontingenzbewußten Rechtstheorie sind allerdings ohne diesen Anlaß einer regionalen Vereinheitlichungspolitik entstanden. Das gilt für das Rechtsdenken der griechischen Polis und wohl für die chinesische Legistenschule, deren Wirksamkeit allerdings die Großreichsbildung der Ch'in begleitete. Das Rechtsdenken der Legisten hat sich ebenso wie das der griechischen Polis, aus einem zeitlichen Vergleich ergeben und dadurch ein prägnantes Problembewußtsein erhalten. Es umfaßt in den Grundzügen: (1) das historische Bewußtsein einer fortentwickelten evolutionären Lage; (2) Zentralisierung um politische Herrschaft; (3) Kritik eines archaischen Ethos und Versuch des praktischen Abbaus der entsprechenden a) familiären und b) aristokratischen Strukturen; 4) Herstellung eines unmittelbaren Verhältnisses des Menschen zur politischen Herrschaft (Gleichheitsprinzip!); 5) pessimistisches Menschenbild als Ausdruck eines praktischen Kontingenzbewußtseins; 6) Suche nach einer nicht mehr traditionellen und doch nicht von Zufällen abhängigen Ordnung, Thematisierung von Stabilität im Hinblick auf Zufall, das Vorkommen von Tugend und Weisheit wird zum Zufall, von dem man sich durch Gesetzgebung unabhängig machen will; damit 7) Bruch zwischen Recht und Moral; 8) Kontingenzausschaltung im positiven Recht selbst, vor allem durch Strenge, ferner durch Klarheit, Eindeutigkeit, Vorausssehbarkeit, Publizität; 9) Gesetzesdurchführung als Gegenstand taktischer Überlegung; und 10) Rechtsänderung als Stabilisierungs-

deutlich unsere These, daß es Differenzierungserscheinungen im Rahmen eines *einheitlichen* Sozialsystems sind, die zur *Generalisierung* symbolischer Strukturen, zur Abstraktion von Möglichkeitskategorien für die Beurteilung einer kontingenten Wirklichkeit, hier: zur Abstraktion der Orientierung auf Rechtsgeltung hin Anlaß geben, und daß im Anschluß daran neuartige Entscheidungskriterien zur *Respezifikation* der symbolischen Integrationsmittel entwickelt werden müssen. Zugleich würde sich bei näherem Eingehen auf dieses Beispiel zeigen lassen, daß mit der *sachlichen* Abstraktion von Geltungskriterien neuartige Innovationschancen in der *Zeitdimension* verbunden sind und daß in *sozialer* Hinsicht neuartige Probleme politischer Stabilisierung auftreten⁶⁰; daß, mit anderen Worten, das gesamte Rechtsgefüge in all seinen Dimensionen auf einem Niveau höherer Komplexität neu balanciert werden muß.

Heute ist die prinzipielle Unterscheidung von Fragen der Rechtsgeltung und Fragen der Bewertung guten und schlechten Verhaltens gesichertes Gedankengut. Ohne sie ist positives, das heißt

problem in veränderlichen Zeiten. Eine eindrucksvolle Darstellung dieses Zusammenhangs gibt J. J. L. Duyvendak, *The Book of Lord Shang: A Classic in the Chinese School of Law*, London 1928, insb. S. 65 ff. Vgl. ferner L. Vandermeersch, *La formation du légisme*, Paris 1965 und für das weitere Schicksal dieser Rechtsschule auch T'ung-Tsu Sh'ü, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag 1961. Solch eine »philosophische« Rechtstheorie suchte jedoch ihr Verhältnis zur praktischen Rechtspolitik ohne Vermittlung durch Juristen und hat sich bei allem politischen und gedanklichen Einfluß auf spätere Zeiten in den Institutionen des geltenden Rechts nicht verankern können. Die im engeren Sinne rechtswissenschaftliche Abstraktion von Geltungskriterien findet ihren Anstoß erst später in den erwähnten Problemen der Rechtsvereinheitlichung politisch geeinter Territorien. Nachweisbar ist diese These an der Entwicklung des nachklassischen römischen Rechts und an der mittelalterlichen Rechtsentwicklung. In beiden Fällen gaben Entscheidungsfragen der genannten Art Anlaß zur Ausarbeitung einer Theorie des Gewohnheitsrechts mit abstrakt formulierten Kriterien der Geltung bzw. Nichtgeltung von Recht. Vgl. dazu Dieter Nörr, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. In: *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger*, Göttingen 1969, 8, 353-366, im Anschluß an den Julian-Text D. 1, 3, 32, und für das Mittelalter William E. Brynteson, *Roman Law and New Law: The Development of a Legal Idea*, »Revue Internationale des droits de l'Antiquité«, 3. ser. 12 (1965), S. 203-223. Bemerkenswert ist ferner, daß es im islamischen Recht, wie Schacht a.a.O. (1935), S. 215 notiert hat, nach dem Verlust der politischen Einheit des Islam zur Aufgabe der Geltungsorientierung und zu einer Rückentwicklung zur konkreteren Gegenüberstellung von gutem und schlechtem Verhalten gekommen ist.

60 Hierzu Shmuel N. Eisenstadt, *The Political System of Empires*, Glencoe Ill. 1963.

durch Entscheidung änderbares, das heißt unwertbares Recht nicht zu denken. Auch die damit verbundenen Erleichterungen der Konsensbildung sind in sehr komplexen Gesellschaftssystemen unerlässlich: Es muß möglich sein, sich über Fragen der Geltung von Recht zu verständigen, auch wenn man in der ethischen Bewertung des Verhaltens und in der Einschätzung der Folgen verschiedener Meinung ist und bleibt. Die Ebenendifferenzierung, von der wir gesprochen haben, wird zur Differenzierung von Konsenschancen und Aktivitäten (zum Beispiel Beschwerden, Klagen, politischen Vorstößen) ausgenutzt⁶¹. Eine solche funktionale Differenzierung ist soziologisch begreifbar als Bereitstellung verschiedener, aber voneinander abhängiger Mechanismen der Problemlösung. Kann die Rechtstheorie eine entsprechende Konzeption formulieren?

Das Problem dürfte in der Frage liegen, ob auch die Rechtstheorie bereit ist, normatives Sollen (als kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen) und Geltung (als Kontingenzausschaltung) analytisch zu trennen. Wird der Begriff Geltung durch Sollen definiert oder lediglich als Existenzangabe für Sollen verwendet, bleibt die Rechtstheorie bei einem zu kompakt angesetzten Grundbegriff geltender Normen. Dann kann es nur noch um die Frage gehen, ob und wie weit Recht und Moral *im Sinne von qualitativ verschiedenen Normmengen* getrennt werden können und was diese Trennung für die normative Begründung des Rechts besagt⁶². Die Konsequenzen liegen auf der Hand: Über die Frage des Verhältnisses von in sich komplex geordneten Normmengen kann *abstrakt* nicht mehr sinnvoll entschieden werden - weder im Sinne einer hierarchischen Überordnung noch sonst irgendwie. Es hilft auch nicht weiter, Fragen der Rechtsgeltung und Fragen der Verbindlichkeit zwar begrifflich zu unterscheiden, aber die letzteren als »unwissenschaftlich« aus der Rechtstheorie auszuklam-

61 Ein gutes Beispiel dafür findet man bei Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge Mass. 1968.

62 In dieser Blickrichtung findet man den für die bisherige Rechtstheorie typischen Diskussionsstoff, etwa die Kontroverse von Herbert L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, »Harvard Law Review« 71 (1958), S. 593-629; und Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, »Harvard Law Review« 71 (1958), S. 630-672. Vgl. ferner Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, und Fuller, *The Morality of Law*, New Haven-London 1964.

mern*⁶³. Diese Schwierigkeiten sind jedoch nur Folgeprobleme der Art und Weise, wie man den Normbegriff ansetzt. Durch funktionale Abstraktion der normativen Komponente des Sinnkomplexes, den man bisher »Sollen« oder geltende »Normen« nannte und dadurch zu kompakt substantivierte, könnte die Rechtstheorie den Anschluß an Forschungen über allgemeine Probleme der Erwartungsbildung gewinnen, die ihrerseits einen Hintergrund bieten für das Problem der Stabilisierung von Geltung.

Mit solchen grundbegrifflichen Umdispositionen würde sich die Problemsensibilität der Rechtstheorie verlagern; es würden alte Probleme, namentlich solche der Begründung von Normen durch Normen, zurücktreten und andere, namentlich solche der gesellschaftsstrukturellen und evolutionären Korrelationen rechtlicher Grundentscheidungen die Vorhand gewinnen⁶⁴. Die Interessenentfaltung der Rechtstheorie könnte sich von dem alteuropäischen Kontext einer ethischen Artikulation des Prinzips der Gerechtigkeit in einen gesellschaftstheoretischen Zusammenhang verlagern, und von einem handlungstheoretischen in einen systemtheoretischen Bezugsrahmen.

VII.

Die Suche in interdisziplinären Grenzgebieten nach begrifflichen Anhaltspunkten für den Aufbau einer allgemeinen Rechtstheorie hat bisher bestenfalls Präliminarien eingetragen. Eine funktionalistisch fragende, systemtheoretische, auf das Kontingenzproblem bezogene Ausgangsposition macht es möglich, eine Reihe von Grundproblemen der Rechtstheorie neu zu artikulieren. Damit allein ist jedoch noch nicht viel gewonnen. Für Grundbegriffe gibt es viele mögliche Ansätze. Selbst Kontingenz ist als Begriff kontingent gewählt. Die eigentlichen Schwierigkeiten liegen noch vor uns,

63 Dieser Vorschlag von Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-Heidelberg-New York 1966, löst das Problem nicht, sondern schließt es aus methodischen Gründen aus der Wissenschaft aus. Das ist nichts weiter als ein Verzicht auf Mitsprache in Denkkzusammenhängen, die sich um die Lösung von Problemen bemühen, die vorwissenschaftlich konstituiert sind.

64 Als Skizze einiger Konsequenzen für eine allgemeine Theorie der Rechtsentwicklung siehe Niklas Luhmann, *Evolution des Rechts*, in diesem Band, S. 11 ff., ausführlicher ders., *Rechtssoziologie* a.a.O.

sie liegen im Zugang zu Detailfragen des Rechtslebens. Die grundbegriffliche Diskussion bleibt steril und kontrovers, wenn nicht die Konsequenzen für das Rechtsleben, letztlich also für die Entscheidung von Rechtsfragen ausgewiesen werden können.

Natürlich kann die Konstruktion der Details nicht an dieser Stelle geleistet werden. Aber wir können versuchen, die dafür geschaffenen begrifflichen Möglichkeiten zu überdenken. Deren Auswertung kann nicht die Form eines axiomatisch-deduktiven Verfahrens annehmen. Der Ansatz ist offen für und bleibt damit abhängig von Strukturentscheidungen, die in den einzelnen Rechtsordnungen getroffen sind bzw. getroffen werden. Wir limitieren die Problemsicht nicht vorweg durch die Bedingungen der Möglichkeit, sie methodisch korrekt oder gar logisch stringent zur Entscheidung zu bringen. Somit bleibt nur die Möglichkeit eines heuristischen Vorgehens, einer Ausarbeitung von Problemstellungen für konkretere Verwendung und im Anschluß daran der Versuch, unter Hinzunahme von positiv gesetzten oder dogmatisch festgelegten Entscheidungsprämissen Probleme entscheidungsnäher zu rekonstruieren. Die Art dieses Vorgehens soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden: am Begriff des *Prinzips* und am *Regel/Ausnahme-Schema* und im nächsten Abschnitt an der Kategorie der *Alternativität*.

Eine *rechtstheoretische* Behandlung des Problems der »Rechtsprinzipien« wird sich von einer dogmatisch-exegetischen Betrachtungsweise dadurch unterscheiden, daß sie eine Differenzierung von Sprachebenen vornimmt, das heißt eine Erläuterungsebene sucht, die den Sinn der Rechtsprinzipien transzendiert. Die Rechtstheorie besteht weder aus den Rechtsnormen selbst, noch aus den Prinzipien, nach denen der Zusammenhang der Rechtsnormen konstruiert wird; sie besteht aus Erkenntnissen über das Recht und seine Prinzipien, die nach unserer Auffassung mit Hilfe einer Problembeziehung gewonnen werden können“.

65 Ähnlich bereits Salomon a.a.O., der für diese Auffassung jedoch die unglückliche Formulierung wählt, daß nicht Rechtsnormen, sondern Rechtsprobleme »Gegenstand« der Rechtswissenschaft seien. Der neukantische Begriff des »Gegenstandes« verwischt hier die wichtige Unterscheidung der Sinnenebene, auf der die Wissenschaft ihre Erkenntnisse in Begriffen und Sätzen formuliert und aus denen sie dann besteht, von der Sinnenebene, auf der lebensweltliche Orientierungen produziert werden, die als solche dann vorkonstituierte Gegenstände wissenschaftlicher Begriffsbildung werden.

Der rechtstheoretische Befund ist zunächst, daß die Sinngehalte, die als Rechtsprinzipien entwickelt worden sind, logisch nicht eindeutig geklärt werden können, sondern ambivalent bleiben. So lange das Rechtsdenken auf einer Ebene bleibt, irritiert dieser Befund und reizt dazu, die Prinzipien immer erneut mit logischen Mitteln zu überprüfen - oder das Denken in Prinzipien ganz zu verwerfen oder sich mit unvermeidlichen Verschwommenheiten im Vertrauen auf das geschulte Judiz des Richters abzufinden. Zu genau parallelliegenden Kontroversen ist es übrigens im Hinblick auf die klassischen »Organisationsprinzipien« der Betriebswirtschaftslehre gekommen, die ebenfalls in der Praxis entwickelt und in ihrem wissenschaftlichen Status seit dem Aufkommen von mehr theoretischen Bemühungen um Organisation umstritten sind⁶⁶. Auch hier geht es um eine Kritik des logischen und instruktiven Wertes von Prinzipien. Damit wird deutlich, daß das Problem kein spezifisch rechtswissenschaftliches ist, sondern über einzelne Disziplinen hinausreicht und allgemein auf die Frage *wissenschaftlich möglichst exakter Rekonstruktion lebensweltlicher Unbestimmtheiten* abzielt.

Wenn die Rechtstheorie als ein Erkenntniszusammenhang konstituiert wird, der nicht identisch ist mit dem Recht selbst (also Sätze über Recht-, nicht aber Rechtssätze bildet), sollte es möglich sein, nach der Herkunft und der Funktion jener Unbestimmtheiten zu fragen, ohne diese Frage selbst im Unbestimmten zu belassen. Geht man von der Kontingenz aus, die sich in aller zwischenmenschlichen Interaktion konstituiert, kann man in der Ambivalenz der Prinzipien eine Umformulierung, eine Zweitfassung jenes Pro-

⁶⁶ Vgl. als in dieser Hinsicht unreflektierte ältere Arbeiten Frederic W. Taylor, *The Principles of Scientific Management*, New York-London 1914; Karl Theisinger, *Grundsätze der Betriebsorganisation*, in: »Festschrift Wilhelm Kalveram«, Berlin-Wien 1942, S. 141-151; James D. Mooney, *The Principles of Organization*, 2. Aufl. New York-London 1947; Alvin Brown, *Organization: A Formulation of Principle*, New York 1945; Lyndall Urwick, *Principles of Management*, »British Management Review« 7 (1948), S. 15-48. Die Kritik begann mit Herbert A. Simon, *The Proverbs of Administration*, »Public Administration Review« 6 (1946), S. 53-67 und wird heute »prinzipiell« akzeptiert. Eine überlegte Verteidigung gibt Ernest Dale, *Planning and Developing the Company Organization Structure*, New York 1952, S. 194 ff. Als Beispiel für ein Einzelproblem siehe die Diskussion zwischen Waino W. Suojanen, *The Span of Control - Fact or Fable?*, »Advanced Management« 20/11 (1955), S. 5-13, und Lyndall F. Urwick, *The Span of Control - Some Facts about the Fables*, »Advanced Management« 21/11 (1956), S. 5-18.

blems der Kontingenz erkennen und sich fragen, auf welche Voraussetzungen diese Umformulierung sich stützt und welche Vorteile sie bietet.

Prinzipien sind eine hochstilisierte Form von Schematisierung, die für die Erlebnisverarbeitung allgemein notwendig ist, und sie müssen zunächst von den allgemeinen Funktionen der Schematisierung her begriffen werden, wie sie vor allem der Dingwahrnehmung zu Grunde liegen. An die Stelle eines zu ungewissen, faktisch nicht durchhaltbaren Erlebens, daß alles anders sein könnte, wird ein Beurteilungsstandard gesetzt, der die Erlebnisverarbeitung schematisiert, aber noch nicht eindeutig festlegt. Er bietet Struktur, nicht Determination. Er schiebt gleichsam eine Erwartung ins Ungewisse vor, an der sich dann Erfüllungs- und Enttäuschungserlebnisse ankristallisieren können. Man verwendet den Typus »Schrank«, dann präziser den Typus »Biedermeier-Schrank«, kann so erst erfahren, daß sich leider das Furnier ablöst und dies als allgemeine Möglichkeit in den Typus der Biedermeier-Schranke aufnehmen. Typisiertes Erwarten ist Voraussetzung dafür, daß Erfahrungen gemacht werden, daß gelernt werden kann und daß Erinnerungen sich ablagern und verfügbar bleiben können⁶⁷. Erst an schematisierender Erlebnisverarbeitung bildet sich ein Zeithorizont mit Vergangenheit und Zukunft. Erst Schemata machen das Erleben teilweise unabhängig von der Reihenfolge des Eintreffens von Nachrichten (und damit von der Zeitstruktur der Umwelt) und ermöglichen es, von einer rein seriellen Ordnung der Erlebnisverarbeitung zu einer selektiven Ordnung überzugehen, die unabhängig vom Zeitpunkt des Eintreffens von Informationen diese unter Kriterien des Sachlich-Zusammengehörigen, zum Beispiel unter Kriterien der Gleichheit, kategorisiert und bearbeitet. Und nur so können sich soziale Systeme der Interaktion von Partnern bilden, die auf der Grundlage höchst unterschiedlicher Zeitreihen des Erlebens kommunizieren und in hohem Maße ausgetauschte Kommunikation für eigene Erfahrung substituieren.

Solche Typen, Dingschemata oder Handlungsschemata, insbesondere Worte, Begriffe oder komplexe Symbolkombinationen sind als solche noch keine Prinzipien. Eine schemagebundene Erlebnisverarbeitung löst aber Veränderungen in Systemstrukturen aus, die

67 Hierzu noch heute lesenswert Sir Frederic C. Bartlett, *Remembering: A Study in Experimental and Social Psychology*, Cambridge Engl. 1932.

höherstufige Kontrollen, vor allem reflexive Bewußtheit im Schemagebrauch erforderlich machen. Die unmittelbare Eindrucksabhängigkeit wird ersetzt durch ein Syndrom von Leistungen, das wir oben⁶⁸ als riskante Generalisierung, Indifferenz gegen Unterschiede und kontrollierte Sensibilität bezeichnet hatten. In strukturell wichtigen Fällen, vor allem in der selektiven Handlungssteuerung, werden einzelne Schemata als Schemata bewußt und in ihrer Funktionsweise kontrollierbar. Diesen Sachverhalt trifft der Begriff des Prinzips. Prinzipien sind mithin Schemata, in denen die Problematik schemagebundener Selektivität thematisch geworden ist und bewußter Steuerung unterworfen ist. Solche Prinzipien haben interne Funktionen der Kontingenzausschaltung, erfüllen sie aber nicht in der Form, daß die Kontingenz der Umwelt und des anfallenden Informationsmaterials ganz oder in den »wesentlichen« Aspekten negiert wird, sondern dadurch, daß interne Regeln der Erlebnisverarbeitung gerade in ihrem Bezug auf eine kontingente Erfahrungswelt, also gegenläufig stabilisiert werden. Diese Möglichkeit wollen wir in zwei Hinsichten kurz erläutern:

Ein Aspekt besteht darin, daß die Generalisierung von Prinzipien über die Ebene der Verhaltenserwartungen und auch über die Ebene der Erwartungserwartungen hinausgetrieben und abstrakt symbolisiert wird⁶⁹. Vertragsfreiheit, Verschulden als Voraussetzung von Strafe, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr usw. - das sind Prinzipien, die noch nicht erkennen lassen, welche Erwartungen sie normieren bzw. normativ ausschließen und über die man sich daher verständigen kann, auch wenn man damit rechnen muß oder gar voraussieht, daß man in der Erwartungsbildung auseinandergehen wird. Zur Stabilisierung von Prinzipien gehört die Nichtableitbarkeit von Erwartungen mit dazu. Dadurch, daß Prinzipien und Erwartungen nicht unter den gleichen Konsensbedingungen stehen, wird es möglich, die Kontingenz der Tatbestände im Rechtssystem zu rekonstruieren als Fragwürdigkeit der Ableitung von Erwartungen aus Prinzipien, und sie in dieser Form zum Thema sozialer Interaktion zu machen; es geht dann in dieser

68 Vgl. S. 210.

69 Hier liege übrigens der Grund, aus dem Max Weber den Erwartungsbegriff als Grundlage für die Definition von Geltung abgelehnt hatte. Vgl. insb. Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie, in: »Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre«, 3. Aufl. Tübingen 1968, S. 427-474, insb. 441 f. 446.

Interaktion, vor allem in Verfahren der rechtlichen Entscheidungsfindung, thematisch nicht um die wechselhaften Erscheinungen des Lebens, sondern um die ungewisse Beziehung von Erwartungen auf Prinzipien. Daran zeigt sich übrigens, daß das Recht als *Begriffssystem* nicht ausreichend erklärt werden kann, weil die Form der Begriffe durch ihre Funktion im *sozialen System* der Interaktion mitbestimmt ist. Rechtsbegriffe sind, um mit Hart⁶⁹ zu formulieren, »defeasible concepts«, die ihrem eigenen Sinne nach im sozialen System verfahrensmäßiger Interaktion erfolgreich behauptet, aber auch in ihrem jeweiligen Anspruch abgewehrt und zurückgeschlagen werden können.

Während mit solchen Abstraktionsleistungen die generalisierende Funktion von Schemata auf einen Begriff gebracht und damit bewußt wird, kommt ihre Ambivalenz dadurch unter Kontrolle, daß Prinzipien als Regeln mit möglichen Ausnahmen aufgefaßt werden⁷⁰. Das Regel/Ausnahme-Schema ist ein hochinteressantes Leistungssyndrom, das mehr Beachtung und eine sorgfältige funktionale Analyse verdiente. Als Ausgangspunkt scheint uns die Frage geeignet zu sein, wie sich das Regel/Ausnahme-Schema zu anderen Formen der Kontingenzbehandlung verhält, namentlich zu solchen, die Jean Poirier glücklich als »parajuristische« Rechtseentwicklungen apostrophiert hat⁷¹.

Alle normativen Ordnungen entwickeln in dem Maße, als sie präzisiert und durchgearbeitet werden, einen Bereich von tolerierten und typisierten Mustern, mit den Normen »verständnisvoll« umzugehen, sie zu modifizieren, ihnen auszuweichen oder sie auf akzeptierbare, schonungsvolle Weise zu brechen⁷². Auch in solchen

69a Herbert L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in: Antony G. N. Flew (Hrsg.), »*Essays on Logic and Language*«, Oxford 1951, S. 145-166 (148 ff.)-"

70 Andere Versuche der Klärung dieser Ambivalenz bedienen sich des Typenbegriffs, für den die Vorstellung eines deutlichen Sinnkerns mit unscharfen Abgrenzungen bezeichnend ist. Sie beschreiben den Typus als eine besondere Art generalisierender Merkmalskombination und arbeiten seine Form, nicht seine Funktion und seinen Problembezug aus. Siehe im Bereich der Rechtstheorie namentlich Karl-Heinz Strache, *Das Denken in Standards*: Zugleich ein Beitrag zur Typologie, Berlin 1968.

71 Siehe Jean Poirier, *Introduction à l'ethnologie de l'appareil juridique*, in: ders. (Hrsg.), *Ethnologie generale*, Paris 1968, S. 1091-1110 (1108).

72 In der Rechtssoziologie und der Rechtsethnologie wird darauf häufig hingewiesen, Eugen Ehrlichs Forschungen über lebendes Recht sind ein berühmtes Beispiel. Vgl. ferner Jerome Frank, *Lawlessness*, »*International Encyclopedia of the Social Sciences*«

parajuristischen Praktiken (die von den durch die Norm nicht mitmotivierten Rechtsbrüchen, etwa kriminellen Verbrechen oder fahrlässig passierenden Abweichungen deutlich zu unterscheiden sind) findet man eine normbezogene Ordnung, die sich nur nicht legitim artikulieren kann. Gelingt es dagegen, die Wertbeziehungen der anerkannten Ordnung entsprechend zu erweitern, läßt sich die Abweichung als Ausnahme von der Regel in sie einbauen. Das Regel/Ausnahme-Schema dient gleichsam der Kodifikation parajuristischer Normbildungen, wobei diese entweder abschließend aufgezählt oder unbestimmt offen gelassen werden. Mit einer solchen Kodifikation sind angebbare Vorteile verbunden, namentlich Vorteile der Transparenz, der Kommunikationsfähigkeit und der Entlastung von der für alles illegale Handeln typischen »Kostengewißheit« .

Soweit formalisiert, kann die Kontingenz des so oder auch anders Möglichen in ein Beobachtungs- und Steuerungsinstrument umgeformt werden. Auch dafür sei auf Parallelen zwischen organisationstheoretischer (namentlich betriebswirtschaftlicher) und rechtstheoretischer Forschung hingewiesen. Das »management by exception« ist eine schon von den Klassikern⁷³ empfohlene Strategie der Aufmerksamkeitsverteilung und der hierarchischen Kanalisierung.

Bd. 9, 1934, S. 277 f.; Paul Bohannon, *The Differing Realms of the Law*, in: ders., (Hrsg.), *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City N. Y. 1967, S. 43-56 (46)- Gute empirische Forschung hierzu gibt es in der neueren Organisationssoziologie, so beispielsweise: Gresham Sykes, *The Corruption of Authority and Rehabilitation*, »Social Forces« 34 (1956), S. 257-265; Joseph S. Berliner, *Factory and Manager in the USSR*, Cambridge Mass., 1957; George Strauss, *Tactics of Lateral Relationship: The Purchasing Agent*, »Administrative Science Quarterly« 7 (1962), S. 161-186; Joseph Bensman/Israel Gerver, *Crime and Punishment in the Factory: The Function of Deviance in Maintaining the Social System*, »American Sociological Review« 28 (1963), S. 588-593; Dean Harper/Frederick Emmert, *Work Behavior in a Service Industry*, »Social Forces« 42 (1963), S. 216-225; Earl Rubington, *Organizational Strains and Key Roles*, »Administrative Science Quarterly« 9 (1965), S. 350-369; Louis A. Zürcher, Jr., *The Sailor Aboard Ship: A Study of Role Behavior in a Total Institution*, »Social Forces« 43 (1965), S. 389-400; Gerd Spittler, *Norm und Sanktion: Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus, Olten-Freiburg/Brsg.* 1967. Das Phänomen ist mithin gut genug dokumentiert, um als universell verbreitet gelten zu können.

⁷³ Vgl. Taylor a.a.O. S. 129 und ders., *Shop Management*, New York-London 1912, S. 126 f. Zum gegenwärtigen Diskussionsstand siehe Erich Frese, *Management by Exception*, in: Erwin Grochla (Hrsg.), *Handwörterbuch der Organisation*, Stuttgart 1969, Sp. 956-959 mit Literaturhinweisen.

rurig von Kontrollen und Reaktionen. Sie pendelt in der wissenschaftlichen Darstellung und ebenso in der Praxis zwischen zwei Zielsetzungen, und das Charakteristische ist, daß dieser Zielgegensatz im Unentschiedenen bleibt. Einerseits geht es darum, Leistungserwartungen zu normieren und für Nichterfüllung fallweise Begründungen zu fordern, die als Ausnahme auf eine besondere Lage zurückzuführen sind und die Regel unangefochten in Geltung lassen; man differenziert auf diese Weise entschuldbares und unentschuldbares Fehlverhalten. Zum anderen verhilft dieses Instrument zur laufenden Überwachung der Regel auf ihre fortbestehende Adäquität; die Ausnahmelage kann die Notwendigkeit einer Änderung der Regel selbst signalisieren⁷⁴. Das Regel/Ausnahme-Schema" *verbindet also Strategien des Normierens und des Lernens*. Die Grenze zwischen beiden Strategien ist deshalb flüssig, weil schon die einmalige Zulassung einer Ausnahme unter der Voraussetzung der Kontinuität des Systems Konsequenzen für die künftige Behandlung gleichartiger Fälle hat und so einen ersten Schritt zur Änderung der Regel impliziert.

Dieser organisationstheoretische Befund gemischt normativ-lernender Strategien müßte auch die Rechtstheorie interessieren - besonders wenn sie dem oben (S. 213 ff.) skizzierten Vorschlag folgen würde, normatives Erwarten als Gegensatz zu kognitivem Erwarten und damit als »lernunwillig« zu definieren. Es festigt sich dann der Verdacht, daß eine radikale Trennung von lernenden und nichtlernenden Strategien der Enttäuschungsabwicklung zu hohe Risiken impliziert: Man kann Erwartungen nicht in *jeder* Hinsicht *vorher* auf *entweder* die eine *oder* die andere Form des Enttäuschungsverhaltens festlegen. Dies Risiko läßt sich mindern, wenn man sich nur »prinzipiell« auf einen dieser beiden Erwartungsstile festlegt und den gegenläufigen als Strategie für ungewöhnliche Situationen mitlaufen läßt. Genau dies leistet das Regel/Ausnahme-Schema: Es organisiert *apokryphes Lernen in einer primär normativen Erwartungsstruktur*. Man hält sich in der Regel an die Regel, bewahrt sich aber die Freiheit, in kritischen Fällen eine Ausnahme zu konzedieren, ohne dadurch der Regel selbst Abbruch zu tun

74 Die organisatorische Differenzierung und die praktische Durchführung hängt unter anderem von der Form ab, in der die Regel Entscheidungsprogramm geworden ist. Dazu für Zweckprogramme Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen 1968, S. 221 ff.

und ohne die normative Präention des kontraf aktischen Durchhaltenwollens aufgeben zu müssen. In dieser Anpassungsfähigkeit liegt der Grund, weshalb Ausnahmen, selbst unspezifizierte Ausnahmen, die Geltung einer Regel nicht schwächen, sondern eher stärken⁷¹. Wie auch im Bereich des kognitiven Erwartens durch experimentelle Forschung^{72*} gezeigt worden ist, sind ausnahmebe-reite Erwartungen, bei denen Geltung oder Nichtgeltung nicht mit jeder Abweichung auf der Kippe steht, stabiler.

Man könnte weiter erörtern, welche Anforderungen an logische Regeln die Kalkülierung des Regel/Ausnahme-Schemas stellen würde⁷³; und man würde dabei die logischen Regeln nach den Erfordernissen einer funktional adäquaten Verwendung des Regel/Ausnahme-Schemas wählen müssen und nicht umgekehrt dieses aus einem (welchem?) vorgegebenen Logiksystem abzuleiten versuchen. Weiter wären die praktischen Konsequenzen zu bedenken, die dieser Typ von Schematisierung hat, wohin sich die Schwierigkeiten damit verlagern und in welcher Form die Verhaltensprobleme nun auftreten. Ein Folgeproblem liegt zum Beispiel im Erkennen von Ausnahmelagen, ein anderes im Überwinden von Kommunikationssperren, in wirksamen Initiativen zugunsten von Ausnahmen, besonders in Situationen der akuten Enttäuschung über nichterfüllte Erwartungen. Es muß hier jedoch genügen, diese Möglichkeiten einer Weiterführung des Gedankens ins Detail anzuzeigen (und damit wiederum einen Hinweis zu geben auf die Interdependenz von Begriffsform und Funktionsweise in sozialen Systemen). Für den Zusammenhang unserer Überlegungen ist es wichtiger, nochmals zurückzublenden und daran zu erinnern, daß die Orientierung an Prinzipien und deren Artikulation im Regel/Ausnahme-Schema eine Umformung und Rekonstruktion des Problems der Kontingenz leistet, gleichsam eine handlichere, klein-formatige Problemstellung für das abstrakt unlösbare Problem der »anderen Möglichkeiten« des Verhaltens sucht. Im Rückblick auf

75 So ausdrücklich Leonard G. Miller, *Rules and Exceptions*, »Ethics« 66 (1959), S. 262-270.

75a Ausgangspunkt war das mehrfach wiederholte Experiment von Lloyd G. Humphreys, *The Acquisition and Extinction of Verbal Expectations in a Situation Analogous to Conditioning*, »Journal of Experimental Psychology« 25^A (1939), S. 294-301.

76 Vgl. dazu Lothar Philipps, *Rechtliche Regelung und formale Logik*, »Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie« 50 (1964), S. 317-329.

diesen rinn fernen, letzten Bezugsgesichtspunkt der Kontingenz kann man fragen, was es besagt, wenn für den Umgang mit Ungewißheiten gerade diese Strategie gewählt wird und welche funktional äquivalenten anderen Möglichkeiten des Kleinarbeitens des Kontingenzproblems zur Verfügung stehen.

Angesichts der Rechtspraxis und angesichts ihrer rechtswissenschaftlichen Aufarbeitung drängt sich die Vermutung auf, daß die Orientierung an Prinzipien als Regeln mit fallweise zu erarbeitenden Ausnahmen im *rechtsanwendenden* Entscheidungsprozeß geboren und auf ihn zugeschnitten ist⁷⁷. Das zeigt sich vor allem daran, daß das Prinzip selbst und seine Abstraktionsrichtung *keine Regel für die Konstruktion und Begründung der Ausnahmen enthält*, daß man sich die Anregung zur Bildung und Begründung der Ausnahmen vielmehr *fallweise* kommen lassen muß⁷⁸. Der konkrete Fall ist hier nicht nur Not, sondern Tugend, nicht nur Ärgernis, Anstoß oder allenfalls faktische Informationsquelle, sondern Element der entscheidungsleitenden Struktur. Die Inspiration durch den Fall, der Durchgang durchs Konkrete gehört hier in einer Weise zur Entscheidung, die nur in bestimmten Arten von Entscheidungsprozessen, nämlich in der Rechtsanwendung, als glücklich empfunden werden kann. Für Prozesse der Rechtssetzung im Wege der Gesetzgebung stellt sich im Zeitalter voll positivierten, durch Entscheidung herstellbaren Rechts die Frage, ob es nicht andere, für Rechtssetzung günstigere Strategien der Rekonstruktion von Kontingenz gibt. Gewiß kann auch ein Gesetz Prinzipien formulieren und als Regeln mit noch offenen Ausnahmen legalisieren, aber das ist im wesentlichen ein Vorgang der Delegation von Entscheidungen auf den Richter. Die auf der Ebene der Gesetzgebung zu vermutenden, eigentümlichen Chancen der Rationalität werden so nicht genutzt. Die Frage ist daher, ob die Rechtstheorie, nachdem das Recht schlechthin für geplante

77 Siehe namentlich Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.

78 Diese Feststellung bedarf allerdings einer Modifikation. Häufig entsteht ein Bedarf für Ausnahmen dadurch, daß mehrere Prinzipien in Konflikt geraten - ein Gedanke, auf dem bekanntlich Wilburg a.a.O. seinen Vorschlag eines »beweglichen Systems« aufgebaut hat. Aber selbst solche Konflikte wären nur abstrakt als Möglichkeit schlechthin voraussehbar; um die Gesichtspunkte für ihre Entscheidung finden zu können, muß man auch hier auf Fälle warten, denn die verschiedenen Prinzipien lassen sich nicht abstrakt in eine für alle Fälle gültige Rangordnung bringen.

Umprogrammierung durch Gesetzgebung zugänglich geworden ist, nicht abstraktere Schemata des planenden Zugriffs auf kontingente Möglichkeiten anbieten könnte.

VIII.

Systemtheoretische Überlegungen ebenso wie neuere Bemühungen der Organisations- und Entscheidungstheorie legen es nahe, einen Ausweg in einem anderen Typ von Schematisierung zu suchen, nämlich in der problembezogenen Konstruktion von funktional äquivalenten Alternativen⁷⁹. Die Suche nach Alternativen ist bisher hauptsächlich in der Form der zweckgeleiteten Suche nach anderen Mitteln ausgebildet worden, hat aber auch andere Vorlagen in der Moralphilosophie und der Rechtsdogmatik, so daß eine abstraktere, vom Sonderfall der Zweckrationalität abgelöste Behandlung naheliegt. Die Denkform der Alternative scheint selbst eine Alternative zum die Rechtsdogmatik bisher beherrschenden Prinzipiendenken zu sein und verdient als solche eine genauere Untersuchung.

Die zentrale Stellung der Denkform der Alternative für die Konstruktion dogmatischer Grundbegriffe und für juristische Techniken der Fallbehandlung hat kürzlich Jürgen Rüdig in einer bedeutungsvollen Untersuchung dargetan⁸⁰. Die rechtstheoretische Tragweite dieser Kategorie bedarf daher keines weiteren Nachweises mehr. Um so deutlicher lassen sich an diesem Beispiel die Unterschiede möglicher Denkansätze für eine allgemeine Rechtstheorie vorführen.

Gemeinsamer Ausgangspunkt ist die Annahme, daß der Begriff Alternative sich auf Möglichkeiten bezieht (ohne daß die Wirklichkeit von Alternativen damit ausgeschlossen sein soll), und zwar auf den engeren Fall, daß eine Mehrheit von Möglichkeiten besteht, die

79 Einen ausdrücklichen Vergleich des Fragens nach Ausnahmen von Regeln mit dem Fragen nach Alternativen für Problemlösungen findet man bei David Braybrooke/Charles E. Lindblom, *A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process*, New York-London 1963, S. 158 ff., und zwar mit spürbarer Vorliebe für das Suchen nach Alternativen.

80 Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Berlin-Heidelberg-New York 1969. Zum folgenden vgl. auch meine Rezension in der Zeitschrift »Rechtstheorie« 1 (1970), S. 219-222.

gemeinsam naheliegen, die aber nicht zugleich verwirklicht werden können. Soviel liegt umgangssprachlich fest. Für Rüdiger kommt es auf eine logisch exakte Nachkonstruktion des Denkens in Alternativen an. Mit Hilfe einer Art topologischer Logik bestimmt er Alternativen als Sachverhalte, die zwar »kongruent« sind insofern, als sie dieselbe Raum-Zeit-Stelle in Anspruch nehmen, aber trotzdem nicht identisch, sondern verschieden sind, nämlich »verschiedenen Welten« angehören⁸¹. Der Gedanke einer Mehrheit möglicher Welten, die sich wechselseitig ausschließen, definiert mithin die Alternativität; eine einzelne Welt ist in sich alternativenlos gedacht. Dieses Abschieben des Problems in andere mögliche Welten vermag jedoch bei genauerem Zusehen nicht zu befriedigen, da es für solche anderen Welten keine Kriterien der Zugehörigkeit bzw. Nichtzugehörigkeit von Merkmalen gibt⁸². Es ist vielleicht noch vorstellbar, daß derjenige, den ein Mörder getötet hat, in einer anderen Welt fortlebt - aber wie lange, mit welchen Eigenschaften und Handlungen usw.? Noch schwieriger wird der Gedanke, daß diejenigen, die der Mörder nicht getötet hat, in einer anderen Welt tot sind, weil er sie hätte töten können. Die möglichen anderen Welten haben keine Grenzen der Kompatibilität, können also gar nicht wirklich als Welten wie diese Welt gedacht werden. Die Kehrseite dieses Unbestimmtheitsproblems ist, daß Rüdiger nicht zu spezifizieren vermag, welche von unendlich vielen Möglichkeiten nun eigentlich zu einer Alternative zusammentreten, nämlich um dieselbe Raum-Zeit-Stelle konkurrieren. Das (auch für uns freilich schwierige) Problem der Ableitung engerer Kriterien für das jeweils sinnvoll Mögliche bleibt ungelöst, die Begriffsbildung insofern formal⁸³.

Ein historischer Rückblick zeigt nun, daß der Gedanke einer

81 Zum Gedanken einer topologischen Logik einer Mehrheit möglicher Welten, den Rüdiger nicht weiter expliziert, vgl. auch Nicholas Rescher, *Topics in Philosophical Logic*, Dordrecht 1968, S. 229 ff.

82 Mit etwas anderen Argumenten (man brauche die Grenzen der aktuell gegebenen Welt nicht zu überschreiten, um aus ihren Elementen im Wege der (Generalisierung) Möglichkeiten zu konstituieren) kommt zum gleichen Ergebnis auch Nelson Goodman, *Fact, Fiction, and Forecast*, 2. Aufl. Indianapolis 1965, S. 56 f.

83 Diese Zurückhaltung ist für logische Arbeiten am Recht bezeichnend. Als ein anderes Beispiel vgl. die Entscheidung von Ulrich Klug, *Juristische Logik*, 3. Aufl. Berlin-Heidelberg-Köln 1966, S. 123, die Frage der Definition des jeweiligen Ähnlichkeitskreises, nämlich der Ermittlung inhaltlicher Kriterien für die Behandlung als gleich bzw. ungleich (und damit für Gerechtigkeit), nicht weiter zu verfolgen.

Mehrheit möglicher Welten *eine bestimmte Fassung des Kontingenzproblems* war, die auf antiken Grundlagen, im mittelalterlichen Nominalismus formuliert wurde und deren Entwicklung mit Fontenelle und Leibniz im wesentlichen abgeschlossen war⁸⁴. Sie isolierte das Kontingenzproblem auf die Ebene der Welt im ganzen und konnte es so vereinbaren mit der Vorstellung der Einzelwelt als determiniertem System. Eine zu radikal begriffene Kontingenz wird praktisch bedeutungslos. Dieses Nebeneinanderstellen mehrerer möglicher Welten ist nicht nur, wie man inzwischen weiß, phänomenologisch undurchführbar, weil sich alles Erleben nur im Horizont von Welt schlechthin sinnhaft artikulieren kann⁸⁵; es greift auch an dem Problem *innerweltlicher Kontingenz* des Erwartens und Verhaltens vorbei, auf das Recht sich eigentlich bezieht. Unser Problem ist daher, die Bedingungen schärfer zu fassen, unter denen diese innerweltliche Kontingenz sich in der Form von Alternativen darstellt.

Dafür nutzen wir den Sinnzusammenhang von Kontingenz und Selektivität - einen Zusammenhang, der in den abstrakten modallogischen Definitionen von contingens überspielt wird, der aber gleichwohl seit dem Mittelalter die Problemorientierung des abendländischen Denkens bestimmt hat. Die Kontingenz von Ereignissen (im Sinne ihres Nichtnotwendig- und Nichtunmöglichseins) zeigt sich an ihrer Selektivität, nämlich daran, daß Ereignisse als Verwirklichung einer von mehreren Möglichkeiten begriffen werden. Dabei hat zunächst das Moment der »Abhängigkeit von«, die kausale Determination des Selektionsprozesses die

84 Siehe insb. Pierre Duhem, *Emdes sur Léonard de Vinci*, 2. Bde., Paris 1906-09, Neudruck Paris 1955 Bd. II, S. 57 ff.; ders., *Le système du monde*, 10 Bde., Paris ab 1954. Charles Mugler, *Deux thèmes de la cosmologie Grecque: Devenir cyclique et pluralité des mondes*, Paris 1953. Vgl. auch Hans Blumenberg, *Ordnungsschwund und Selbstbehauptung: Über Weltverstehen und Weltverhalten im Werden der technischen Epoche*, in: Helmut Kuhn/Franz Wiedmann (Hrsg.), »Das Problem der Ordnung. Sechster Deutscher Kongreß für Philosophie München, 1960«, Meisenheim/Glan 1962, S. 37-57 (43 ff.); ders., *Die Legitimität der Neuzeit a.a.O.* S. 113 ff.

85 Vgl. namentlich Edmund Husserl, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*, Husserliana Bd. VI, Den Haag 1954, S. 105 ff.; ders., *Erfahrung und Urteil*, Hamburg 1948, S. 23 ff.; Gerd Brand, *Welt, Ich und Zeit: Nach unveröffentlichten Manuskripten Edmund Husserls*, Den Haag 1955; Ludwig Landgrebe, *Der Weg der Phänomenologie*, Gütersloh 1963, S. 41-62; Werner Marx, *Das Problem der Sonderwelten bei Husserl*, »Festschrift für Bernhard Lakebrink«, Freiburg 1969, S. 167-180.

Aufmerksamkeit absorbiert. In dieser Perspektive zielt das Erkenntnisinteresse auf einen Sonderfall, der weder für die Handlungstheorie im allgemeinen, noch für die Rechtstheorie interessant ist - auf den Fall nämlich, daß die Ursache alle Kontingenz (= Selektivität) absorbiert und die Wirkungen dann alternativenlos gegeben sind⁸⁶. Bei einer abstrakteren Betrachtung des Begriffspaares Kontingenz-Selektivität wird die kausale Determination zu einem Grenzfall der allgemeinen Struktur, daß es mehr Möglichkeiten gibt, als Wirklichkeiten werden können. Diese Überproduktion von Möglichkeiten hängt mit der sinnhaften Struktur menschlicher Erlebnisverarbeitung zusammen und diese wiederum mit der eigentümlichen Kontingenz sozialer Interaktion. Wir hatten sie oben⁸⁷ als Steuerungsebene generalisierter Erwartungen beschrieben, von der aus alle Wirklichkeit als kontingent gesehen werden kann. Durch sie reguliert sich ein unausweichlicher Selektionszwang allen menschlichen Erlebens und Handelns ein, der als solcher ohne Rücksicht auf kausale Determination beschrieben und in seinen strukturellen Bedingtheiten erforscht werden kann. Alternativität ist nun ein besonderer Fall von Selektivität, nämlich der, daß die Verwirklichung einer Möglichkeit die Verwirklichung bestimmter anderer Möglichkeiten ausschließt. Möglichkeiten stehen im Verhältnis der Alternativität zueinander, wenn und soweit sie zwar als Möglichkeiten, nicht aber als Wirklichkeiten kompatibel sind⁸⁸. Dieser Doppelbezug von Alternativen auf Mögliches

86 Wie leicht zu erkennen, hängt dies deterministische Weltmodell eng zusammen mit der These einer Mehrheit möglicher Welten. Im Bereich der Wirkungen kann Kontingenz dann nämlich nur noch heißen: Möglichkeit einer anderen Welt, also Nichtnotwendigkeit dieser Welt im ganzen.

87 S. 207, 212 f.

88 Es schließen sich also nicht, wie Rödiger a.a.O. S. 21 meint (vielleicht nur fehlerhaft formuliert), die Möglichkeiten selbst wechselseitig aus, denn sonst wäre eine Alternative im strengen Sinne unmöglich. Bezeichnend ist vielmehr gerade, daß auf der generalisierten Ebene des Möglichen andere, (weiter gefaßte) Gesetze der Kompatibilität bestehen als auf der Ebene des Wirklichen; und daß auch *nach* der Verwirklichung einer Möglichkeit die als Wirklichkeit ausgeschlossenen anderen als (*vergangene*) *Möglichkeiten bestehen bleiben*. Die vergangene, durch den Mord als Wirklichkeit ausgeschlossene Möglichkeit, nicht getötet zu haben, bleibt als Möglichkeit und als Alternative zum Mord erhalten, und wird nicht etwa unmöglich. Nur deshalb ist ein Schuldurteil begründbar, das seinen Grund nicht in der Unmöglichkeit, sondern in der vergangenen Möglichkeit anderen Verhaltens findet. Der Schuldbegriff (und damit zum Beispiel auch: der Gewissensbegriff) erfordert eine strikte begriffliche Trennung von logischen Modalitäten und Zeitbestimmungen. .

und Wirkliches wirkt sich im Negationsverhältnis aus. Das reale Ausschließungsverhältnis, das mit der Denkform der Alternative avisiert ist, negiert nicht die Möglichkeiten, die in Betracht kommen (und zwar weder vor noch nach der Ausschließung), aber es limitiert sie. Aus der unendlichen Fülle der Möglichkeiten werden nur diejenigen ausgewählt und in die Alternative zusammenge-spannt, die sich wechselseitig als Wirklichkeit ausschließen würden, ausschließen oder ausgeschlossen haben. Welche das sind, kann aus dem Begriff der Alternative nicht deduziert werden. Aus dem Begriff folgt aber die Limitation der in Frage kommenden Möglichkeiten als Prinzip, und ferner die Frage, wie dieses Prinzip in unterschiedlichen natürlichen und sozialen Strukturen sich auswirkt. Limitieren und Typifizieren einer Alternative kann auf sehr verschiedene Weise (mit je unterschiedlichen Unzulänglichkeiten und Folgeproblemen) geleistet werden - vor allem durch: i. Die Evidenz räumlicher und zeitlicher Ausschließungsverhältnisse⁸⁹; z. Durch unvollständige, nämlich rein negative Beschreibung eines Teils der Alternative (etwa Töten/Nichttöten ohne Angaben darüber, was das Weiterleben mit dem nicht Getöteten faktisch bedeutet!); 3. Durch lediglich nachträgliche Rekonstruktion der Alternative ohne Rücksicht auf vorherige Möglichkeiten der Information und der strukturellen Festlegung; 4. Durch Problemorientierung auf Grund der Unterstellung, daß mehrere Problemlösungen sich wechselseitig faktisch ausschließen⁹⁰.

In diesen sehr verschiedenartigen Ausprägungen fungiert Alternativität als 'strukturelle Prämisse für Erlebnisverarbeitungen. Ihr Anwendungsbereich reicht weit über das Recht hinaus. Sie ist eine *allgemeine Form für enttäuschungsgefaßtes Erwarten*. Die in der

89 Darauf stellt Rüdig a.a.O. ab. Auf diese Weise wird jedoch viel zu wenig ausgeschlossen. Vgl. dazu George J. McCall/J. L. Simmons, *Identities and Interactions*, New York-London 1966.

90 Dies ist der Sinn der funktionalistischen Verwendung des Begriffs der Alternative. Vgl. Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, 2. Aufl., Glencoe Ill. 1957, S. 34, 52, und dazu kritisch Ernest Nagel, *Logic Without Metaphysics*, Glencoe Ill. 1956, S. 247 ff. (276 ff); Carl G. Hempel, 'The Logic of Functional Analysis', in: Llewellyn Gross (Hrsg.), »Symposium on Sociological Theory« Evanston Ill./White Plains N.Y. 1959, S. 271-307 (284 ff). Ferner Niklas Luhmann, *Funktion und Kausalität*, »Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie« 14 (1962), S. 617-644. Die Schwierigkeiten dieser Variante bestehen hauptsächlich darin, daß Problemstellungen es im allgemeinen nicht erlauben, die Vollständigkeit einer Liste von Problemlösungen und ihre wechselseitige Exklusivität zu kontrollieren.

Kategorie vorgesehene reale Ausschließung aller bis auf eine der Möglichkeiten besagt, daß eine Nichterfüllung sicher bevorsteht und offen nur ist, welche der Möglichkeiten realisiert bzw. nicht-realisiert wird". Bei einer so aufgefaßten Situation wird gerade die Offenheit der Möglichkeiten zum Ordnungselement, im Falle des Rechts also zum Element der Rechtsstruktur. Auch dies kann auf verschiedene Weise geschehen. Dem Haupttypus nach wollen wir *bewertete Alternativen* und *Entlastungsalternativen* unterscheiden, und die Vermutung besteht, daß diese Unterscheidung von Bedeutung ist für die Art der Limitierung bzw. Typifikation, die bei der Konstruktion einer Alternative verwendet wird.

Von *bewerteten Alternativen* wollen wir sprechen, wenn in die als Alternative angenommene Konstellation von Möglichkeiten eine Bewertung eingeführt wird, die angibt, welche Möglichkeit den Vorzug der Verwirklichung bzw. NichtVerwirklichung verdient. Dabei kann entweder eine zu verwirklichende oder eine zu vermeidende Möglichkeit eigens benannt werden: Rechts fahren! Nicht töten! Sich impfen lassen! Steuern zahlen! Ob positiv öder negativ bestimmt, typisch wird nur ein Teil der Alternative artikuliert und normiert, und zwar in einem Umfang, der Wirklichkeit werden kann, unter Abstreifen des Überschusses an Möglichkeiten, die die Alternativität konstituieren. Die »anderen Möglichkeiten« können, wie im Falle des Rechts- oder Linksfahrens, klar vor Augen stehen; sie können aber auch, und das ist zumeist der Fall, im Unbestimmten belassen werden, obwohl sie an der Konstitution der Alternative strukturell beteiligt sind. Sie melden sich dann im nachhinein zu Wort in der Form von Zweifeln an der normierten Bewertung, in dem Wunsch nach Ausnahmen für die Regel, in der Prüfung von Kausalität, Rechtswidrigkeit und Schuld angesichts des konkreten Falles. Sehr oft wird die Alternative erst konstruiert, wenn es darauf ankommt, eine normierende Bewertung nachträglich zu finden⁹¹. Die Alternativkonstellation wird dabei vorausgesetzt, zumeist als mehr oder weniger erfreulich vorausgesetzt, und thematisiert wird nur die Richtung, die der Selektionsprozeß nehmen soll. Die Alternative selbst wird ordnungspolitisch nicht

91 Wir stoßen hier erneut auf den Diskussionszusammenhang »de futuris contingentibus«, in dem diese Denkform unter dem Gesichtspunkt ihrer Wahrheitsfähigkeit erörtert wurde. Vgl. die Hinweise oben Anm. 21.

92 Dies zeigen die von Rödiger a.a.O. S. 59 ff. erörterten Fallbeispiele.

ausgenutzt. Eine solche Ausnutzung ist der Sinn unseres anderen Haupttypus.

Von *Entlastungsalternativen* wollen wir sprechen, wenn die verschiedenen Möglichkeiten (von denen nur je eine realisiert werden kann) zueinander in ein Substitutionsverhältnis gebracht werden, sich also wechselseitig entlasten in dem Sinne, daß statt der einen die andere gewählt werden kann. So konnte neben die Selbsthilfe, schließlich an die Stelle von Selbsthilfe, die Klage im gerichtlichen Verfahren treten. Für gewissenswidrige Handlungen lassen sich häufig Alternativen entdecken oder schaffen, die dieses Merkmal nicht aufweisen⁹³. An die Stelle des Verbots eines voraussehbar gefährlichen Verhaltens kann die Erlaubnis in Kombination mit Auflagen, Haftungsregelungen, Versicherung usw. treten. Der öffentlichen Verwaltung können öffentlichrechtliche und privatrechtliche Handlungsformen alternativ zur Verfügung stehen. Bei solchen Konstellationen sind unterschiedliche Bewertungen der einzelnen Möglichkeiten nicht ausgeschlossen, und insofern überschneiden sich unsere Typen. Es kann durchaus sein, daß die Bereitstellung einer funktional äquivalenten Problemlösung es ermöglicht, ein bestimmtes Verhalten aus dem Alternativbündel zu verbieten oder zu erlauben. Die Regelungsmöglichkeit ergibt sich aber in diesen Fällen erst aus der Alternative selbst, nämlich aus dem Zusammenbestehen verschiedener Möglichkeiten, die sich zur Auswahl stellen, und die Frage, ob die Auswahl gänzlich offen gelassen werden soll (Vertragsfreiheit!), ob sie lediglich durch die unterschiedlichen Folgen der einzelnen Verhaltensmöglichkeiten gesteuert oder ob sie auch normiert werden soll, ist demgegenüber sekundär. Entlastungsalternativen können also verschiedenen Zwecken dienen; vor allem dem Einbau von Wahlfreiheiten, gegen deren Ausübung die Gesellschaft auf struktureller Ebene indifferent sein kann, der Umleitung von Motiven und der Begründung von Verboten oder Erlaubnissen, die ohne ein Ersatzangebot nicht tragbar wären. In jedem Falle setzt diese Form von Alternativität einen andersartigen, nämlich funktionalen Abstraktionsstil, eine Thematisierung der Alternative selbst und eine genauere Erfassung

93 Zur Bedeutung dieses Gedankens für die Interpretation des Grundrechts der Gewissensfreiheit vgl. Niklas Luhmann, *Die Gewissensfreiheit und das Gewissen*, in diesem Band, S. 326 und ausführlicher Adalbert Podlech, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse*, Berlin 1969.

der alternativ kombinierten Möglichkeiten voraus. Sie wird für die Rechtsordnung bedeutsam erst in dem Maße, als die Komplexität der Gesellschaft zunimmt und Substitutionsmöglichkeiten im Aufbau der Institutionen erzeugt werden können; erst die zunehmende gesellschaftliche Differenzierung schafft Raum und Bedarf für Generalisierungen und ReSpezifikationen dieser Art.

Ein gutes Beispiel hierfür finden wir im sozialpolitischen Bereich der Arbeitszeitregelungen. In den Anfängen der Industrialisierung und noch heute auf dem Lande oder beim Hauspersonal notorisch schwer durchsetzbar, können allgemein fixierte Stundenzahlbegrenzungen ersetzt werden durch die Verpflichtung zu relativ hohen Überstundenvergütungen, die die Beteiligten vor eine ökonomisch entscheidbare Alternative stellen - statt vor die moralische Alternative, zu gehorchen oder das Gesetz zu übertreten. Auf diese Weise kommt höhere Komplexität und Kontingenz ins Recht: Indem das Recht nur die Alternative erzwingt, kann es, mit einigen Abstrichen, seine sozialpolitischen Ziele erreichen und zugleich die dazu nicht notwendige Anpassung an höchst unterschiedliche Situationen den Beteiligten überlassen. Zu den Funktionsbedingungen dieser Lösung gehören, wie die empirische Forschung gezeigt hat⁹⁴, ein funktionierendes Kommunikations- und Organisationswesen sowie Geld, also Errungenschaften, die erst die moderne Gesellschaft in ausreichendem Umfange bereitstellt.

Entlastungsalternativen haben, verglichen mit bewerteten Alternativen, ein anderes »konstruktives« Verhältnis zur Kontingenz der Tatbestände. Sie schematisieren Kontingenz nicht von vornherein in der Form einer moralischen Disjunktion mit dem Ziel, sie faktisch zu eliminieren. Sie bringen sie vielmehr in die Form einer übersichtlichen Alternative, die eine Mehrheit typischer Möglichkeiten mit Selektionszwang zusammenfaßt. Dadurch wird ein zweistufiges, mobileres Ordnungsdenken möglich: Die Erfassung der Alternative selbst, nämlich die Konstruktion der Möglichkeiten, die dazugehören bzw. nicht dazugehören, muß unterschieden werden von dem selektiven Verhalten in der als Alternative

94 Vgl. Folke Schmidt/Leif Gräntze/Axel Roos, *Legal Working Hours in Swedish Agriculture*, »Theoria« 12 (1946), S. 181-196; Vilhelm Aubert, *Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung*, in: Ernst E. Hirsch/Manfred Rehbinder (Hrsg.), »Studien und Materialien zur Rechtssoziologie«, Sonderheft 11 der »Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie«, Köln-Opladen 1967, S. 284-309.

geordneten Situation. Auf beiden Ebenen besagen Negation anderer Möglichkeiten, Kontingenzausschaltung (Geltung!), Bewertung, Normierung etwas anderes. Um diese Differenzierung für den Aufbau und die Steuerung einer hochkomplexen Rechtsordnung ausnutzen zu können, sind Abstraktionsleistungen erforderlich, die in den Institutionen selbst und in der rechtstheoretischen Begrifflichkeit zu erbringen sind. Der Geltungsstil positiven Rechts dürfte diese Voraussetzungen erfüllen". Die für seine Beherrschung notwendige rechtstheoretische Begrifflichkeit wird nachentwickelt werden müssen.

95 Eine offene Frage ist allerdings, wie weit dieser Geltungsstil institutionalisiert ist, vor allem: welchen Grad an Abstraktheit des Denkens die bestehende Rechtsmaschinerie faktisch trägt im Hinblick auf Ausbildung, Verständlichkeit, Kooperation des Publikums, Entscheidungszeit usw. - das heißt: im Hinblick auf andere institutionelle Erfordernisse.

Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie

Die folgenden Überlegungen gehen von der Annahme aus, daß eine Theorie des Rechts sich nicht lediglich als Theorie eines besonderen Systems - eben des Rechts - verstehen kann. Diese Annahme stützt sich auf die Beobachtung, daß in einer Reihe von Disziplinen, etwa in den Wirtschaftswissenschaften, der Organisationstheorie, der Politikwissenschaft, systemtheoretische und entscheidungstheoretische Forschungsansätze nebeneinander entwickelt werden und daß sich, obwohl Wechselbeziehung und Kooperation gefordert und zum Teil auch geleistet werden, im ganzen eher eine Beibehaltung dieser Differenzierung abzeichnet. Den Sinn dieser Differenzierung kann man darin sehen, daß Systemtheorien und Entscheidungstheorien in der Komplexität ihrer Konzeptionen stark divergieren und in unterschiedlichem Maße auf eindeutige »Vorgaben« angewiesen sind. Trifft diese Beobachtung zu, die natürlich durch die Wissenschaftsentwicklung überholt werden kann, dann dürfte es ratsam sein, sich im »Gründungsstadium« einer Rechtstheorie nicht mit Ausschließlichkeit auf das systemtheoretische Instrumentarium zu stützen, sondern Entscheidungstheorien mit in Betracht zu ziehen. Schließlich zielt die Rechtswissenschaft, wie kaum eine andere, in der praktischen Anwendung auf Entscheidungen, und dieser Bezug kann auch in den höchsten Abstraktionslagen einer überdogmatischen, überpositiven Rechtstheorie nicht außer acht bleiben. Nach all dem bietet es sich an, der Rechtstheorie eine Mittlerrolle zwischen systemtheoretischen und entscheidungstheoretischen Ansätzen zuzuweisen, die beide natürlich auch je für sich sinnvoll bleiben.

Dieser Vorbehalt hat in bezug auf das, was folgt, eine mehrfache Funktion. Ich möchte zu zeigen versuchen, daß die bisherigen Ansätze, in der Rechtswissenschaft mit dem Systemgedanken zu arbeiten, dessen analytisches Potential bei weitem nicht ausgeschöpft haben und daß dieses Manko mit einer Überschätzung des Systembegriffs und einer Unterschätzung des Problems der Komplexität zusammenhängt. Dabei ist die Unterstellung, das Recht sei

ein System, kritisch zu überprüfen. Es könnte sein, daß gerade eine solche Globalidentifikation von »Recht« und »System« einer fruchtbaren systemtheoretischen Analyse rechtlicher Entscheidungsprämissen im Wege steht. Wie so oft, sind auch hier neue Möglichkeiten durch Restriktion zu gewinnen. Erst wenn der Systemgedanke gegenüber den Entscheidungserfordernissen deutlicher profiliert wird, kann die Rechtstheorie sein analytisches Potential ausnutzen und Regeln für den Übergang von systemtheoretischen in entscheidungstheoretische Analysen entwickeln.

In einem ersten Teil soll die geläufige Art, Recht als System zu denken, an Hand von zwei Prototypen diskutiert werden - mit gewissen Vergröberungen, die bei einer Kurzdarstellung in der Absicht der Typisierung unvermeidlich sind. Die Gegenüberstellung wird die Einseitigkeit der Optionen verdeutlichen und dazu verhelfen, Konsequenzen zu ziehen für eine veränderte Fassung des Verhältnisses von System, Recht und Entscheidung.

I.

In der Tradition des Systemdenkens, die bis in die Antike zurückreicht, lassen sich zwei verschiedene konzeptuelle Muster unterscheiden. Das eine, das zunächst nicht mit dem Wort System verbunden ist, bedient sich der Unterscheidung von Ganzem und Teil¹. Es wird an Objekten der Realwelt erprobt und beherrscht mit hoher Plausibilität die alteuropäische Gesellschaftsphilosophie. Das andere kommt seit dem späten Mittelalter auf und definiert das System durch die Einheit eines Prinzips². Dieser Denkansatz ließ sich mit frühneuzeitlichen Reflexionsinteressen verbinden und übertrug so den Systemgedanken auf die Ebene der Erkenntnis: Die Einheit des Systems konnte nun als Einheit konsistenter Erkenntnisse begriffen und hypothetisch auf die Welt rückprojiziert werden. Die Unvereinbarkeit beider Formen des Systemgedankens wird spätestens im Neukantianismus bewußt³.

¹ Als Schulbeispiel diene das Schiff des Theseus, das im Hafen von Piräus als Ganzes aufbewahrt wurde, obwohl dessen Teile nach und nach ersetzt werden mußten.

² Vgl. hierzu Otto Ritschl, *System und systematische Methode in der Geschichte des wissenschaftlichen Sprachgebrauchs und der philosophischen Methodologie*, Bonn 1906.

³ Vgl. Hermann Cohen, *Logik der reinen Erkenntnis*, Berlin 1902, S. 280 ff.

Während empirische Wissenschaften, namentlich die Soziologie, zwischen beiden Konzepten schwanken, hat die Rechtswissenschaft eine analytische, auf Erkenntnis bezogene Fassung akzeptiert. »Unter einem System«, definiert Helmut Coing⁴, »verstehen wir die Ordnung von Erkenntnissen nach einem einheitlichen Gesichtspunkt«. Bei genauerem Zusehen zeigt sich allerdings, daß mit »Erkenntnissen« gar nicht Erkenntnisse gemeint sind, sondern Rechtssätze. Es handelt sich also nicht, wie ein empirisch denkender Theoretiker, aber auch ein Rechtstheoretiker bei einer solchen Definition vermuten würde, um analytische Konstrukte, deren Verhältnis zum Gegenstand ein solches unabhängiger Variabilität ist; sondern das System seiner Erkenntnisse ist für den Juristen zugleich das System seines Gegenstandes selbst, nämlich das Normensystem. Es ist daher folgerichtig, wenn Claus-Wilhelm Canaris⁵, der diesen Gedanken nachzeichnet, das System selbst zum Gesichtspunkt der Rechtsgewinnung erklärt. Schon im Ansatz ist damit die Möglichkeit einer überpositiven, überdogmatischen Rechts Theorie auf der Grundlage des Systemgedankens verbaut. System in diesem Sinne ist der Perfektionsbegriff der Dogmatik.

Eine charakteristische Schwäche des analytischen Systembegriffs besteht darin, daß er sich von bloßen Klassifikationen kaum abgrenzen läßt⁶. Schon definitorisch bereitet es Schwierigkeiten, die Relationen zwischen Klassen von Elementen, die diese Klassen bezeichnen und unterscheiden, zu trennen von Relationen, die als Struktur ein System konstituieren. Diese Schwierigkeit hat, wie man vor allem an Parsons' Systemtheorie studieren kann, die Folge, daß die Theorie selbst in Gefahr ist, ein nur klassifikatorisches Schema zu erzeugen, in das Ereignisse lediglich eingeordnet wer-

4 Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, Frankfurt 1956, S. 26.

5 Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des Deutschen Privatrechts, Berlin 1969, S. 13, 86 ff.

6 Vgl. hierzu den Versuch in Alwin Diemer (Hg.), System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation, Meisenheim 1968, S. 150 ff. Gerade im juristischen Systemdenken ließe sich das Vorherrschen von Gliederungsüberlegungen ab ovo belegen. Siehe etwa Hans Erich Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, in: J. Blühdorn / J. Ritter (Hg.), Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert, Frankfurt 1969, S. 63-88.

den. In der Rechtstheorie käme dies der Neigung entgegen, sich mit begrifflichen Zuordnungen und Subsumtionen zufriedenzugeben.

Es kommt hinzu, daß die systembildende Einheit des Prinzips oder der Konsistenz von Erkenntnissen/Rechtssätzen angesichts der Heterogenität des Materials **Undefiniert** bleiben muß und in lockeren Gedankenassoziationen nur ausgemalt wird. Eine genauere, besonders eine logische Präzisierung dieser Begriffe Einheit und Konsistenz würde entweder zu weit werden oder bei einem axiomatisch-deduktiven Anspruch in unermeßliche Schwierigkeiten führen. Eine dazu erforderliche Logik müßte vermutlich so komplex werden, daß - wie man im Hinblick auf das Gödelsche Unentscheidbarkeitsproblem formuliert hat⁷ - ihre eigene Konsistenz den gleichen Zweifeln ausgesetzt wäre wie die Konsistenz des Systems selbst. Man kann daraus folgern, daß die Berufung auf »Einheit des Systems« in diesem Zusammenhang nur dazu dient, dies Problem der Komplexität zu verdecken.

Eine ganz andere Verwendung des Systemgedankens schließt an den Sprachgebrauch der empirischen Sozialwissenschaften an. Sie hat - nach Vorläufern, unter denen vor allem die Institutionenlehre als Theorie der Rechtsquellen zu nennen ist⁸ - ihren gegenwärtigen Ausdruck in der angelsächsischen Vorstellung eines »legal **System**« gefunden⁹. Damit ist der Bereich faktischen Handelns gemeint, in dem Rechtsangelegenheiten bearbeitet werden: die Anwälte, Gerichte, Polizeibehörden, Gefängnisse, Parlamente usw., also zunächst eine mehr anschaulich-institutionelle Einheit. Gesamtbeurteilungen eines Rechtssystems in diesem konkreten Sinne sind

7 Vgl. Ernest Nagel / James R. Newman, *Der Gödelsche Beweis*, Wien-München 1964, S. 12.

8 Vgl. besonders Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Neudruck der 2. Aufl., Florenz 1962, ferner jetzt Roman Schnur (Hg.), *Institution und Recht*, Darmstadt 1968 mit kritischen Würdigungen. Daneben ist, ebenfalls auf der älteren Soziologie basierend, erwähnenswert J.-P. Haesaert, *La forme et le fond du juridique*, *Revue de droit beige* 9 (1931-35), S. 237-359 (insb. 295 ff.).

9 Siehe neben verstreuten Äußerungen von Talcott Parsons (vor allem in *Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs N. J. 1966) zum Beispiel James R. Klonoski / Robert I. Mendelsohn, *The Allocation of Justice: A Political Approach*, *Journal of Public Law* 14 (1965), S. 323-342; Leon H. Mayhew, *Law: The Legal System*, *International Encyclopedia of the Social Sciences* Bd. 9, 1968, S. 59-66; Lawrence M. Friedman, *Legal Culture and Social Development*, *Law and Society Review* 4 (1969), S. 29-54.

selten (wenn man die untheoretisch arbeitende historische Forschung ausnimmt). Das empirische und zum Teil pragmatische Interesse, zu erkennen, wie ein solches System faktisch arbeitet und wovon abhängt, was dabei herauskommt, hat die Forschung zur Beschränkung auf Teilsysteme geführt. In den fast ausschließlich amerikanischen Untersuchungen dominiert das Interesse an der Justiz, dem schon früh rechtswissenschaftliche Tendenzen entgegenkamen. Seit Mitte der fünfziger Jahre erscheinen zunehmend auch Untersuchungen über Gefängnisse, Polizei, Anwälte und Parlamente.

Wenn man unter rechtstheoretischen Gesichtspunkten bilanziert - eine angemessene rechtssoziologische Würdigung des Ertrags dieser Forschung kann hier natürlich nicht versucht werden -, muß man zunächst nach der Reduktion fragen, von der die Annahme eines Systems getragen ist. Im Falle des Rechtsnormensystems der Rechtswissenschaft steckt sie im Rückzug auf die strukturelle Ebene bloßer Rechtssätze, auf der von Fakten zunächst abstrahiert werden kann. Fakten haben, mit anderen Worten, für diesen Ansatz keine »systematische« Bedeutung. Im Falle des »legal Systems« als eines faktischen sozialen Systems besteht die Reduktion in der Wahl einer Systemreferenz in der Realität, die **die** Gesellschaft im übrigen auf den Status einer bloßen »Umwelt« bringt. Die Trennlinie zwischen Rechtssystem und gesellschaftlicher Umwelt tendiert, wo immer sie gezogen wird, dazu, die Tatsache herunterzuspielen, daß dieselben Rechtssätze **im** Prinzip für das Rechtssystem und für seine gesellschaftliche Umwelt gelten; daß also zwischen System und Umwelt insoweit Strukturidentität zumindest postuliert ist. Dieser Umstand, und mit ihm die originäre Gesellschaftlichkeit des Rechts, muß dann in der Form von Thesen über die Umweltabhängigkeit und Umweltanpassung des Rechtssystems und über Umweltsteuerung durch das Rechtssystem wieder eingeführt werden".

Während diese Art der systemrelativen Rekonstruktion der Gesellschaftlichkeit des Rechts soziologisch problematisch sein mag, bietet sie der Rechtstheorie den Vorteil einer »entscheidungsnahen« Fassung des Rechtsproblems. Gerade dieser Vorteil wird jedoch in den bisherigen sozialwissenschaftlichen Forschungen

9a Diesen Gedanken artikulieren kybernetische Rechtstheorien, neuerdings vor allem Ottmar Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970.

über das Rechtssystem nicht genutzt. Betrachtet man sie näher, dann fällt auf, daß das Recht selbst, nämlich die Unterschiedlichkeit der Rechtsnormen und die Individualität der Rechtsfälle und auch die im Rechtsfindungsprozeß angesteuerte »Vernünftigkeit« der Fallbehandlung, aus methodischen Gründen aus der Betrachtung ausgeklammert wird¹⁰. Das Rechtssystem wird ohne Rücksicht auf die in sich differenzierte Struktur des Rechts untersucht; oderietwas vorsichtiger formuliert: das Recht findet nur insoweit Beachtung, als es in einzelnen Hinsichten für die Korrelation sozialer Variablen von Bedeutung sein kann, zum Beispiel als Differenz von Routinefällen und Problemfällen oder wenn es gilt, Entscheidungen von möglicher politischer Relevanz auszusondern. Wie unvermeidlich diese Ausklammerung ist, läßt sich daran ablesen, daß ein 1964 erschienenes Buch in einem ersten Teil diesen »Fehler« aufdeckt und kritisiert und ihn in einem zweiten Teil auf sehr umständliche Weise selbst begeht¹¹.

Die Gründe sind methodischer Art. Sie hängen damit zusammen, daß das heute verfügbare Repertoire sozialwissenschaftlicher Methoden nur Konstellationen mit sehr wenigen Variablen greifen kann, also sehr große und zugleich komplexe Systeme nicht voll, sondern nur in einigen ausgewählten Hinsichten erfassen kann¹². Das Problem der Komplexität wird hier zwar nicht durch Worte wie »Einheit« oder »Konsistenz« zugedeckt, aber es wird durch ceteris paribus Klauseln, durch in den Forschungsansatz eingebaute Indifferenzen umgangen.

Hält man sich vor Augen, daß zwei gegenläufige systemtheoreti-

10 Bei Ballweg a.a.O. mit der Konsequenz einer fachlichen Trennung von Rechtswissenschaft und Jurisprudenz als verschiedenartiger Disziplinen.

11 Nämlich Theodore L. Becker, *Political Behavioralism and Modern Jurisprudence: A Working Theory and a Study in Judicial Decision-Making*, Chicago 1964. Ähnliche Einwände formuliert Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt 1970, insb. S. 25, 202 ff., gegen eine Anwendung meines systemtheoretischen Ansatzes.

12 Daß dies ein sehr allgemeines und daher auch nicht so rasch lösbares Grundproblem gegenwärtiger Systemforschung ist, betont Warren Weaver, *Science and Complexity*, *American Scientist* 36 (1948), S. 536-544, ein Aufsatz, der immer wieder als immer noch zutreffende Einschätzung des Standes der Forschung zitiert wird. Vgl. außerdem F. A. Hayek, *The Theory of Complex Phenomena*, in: *The Critical Approach to Science and Philosophy*. In Honor of Karl R. Popper, New York-London 1964, S. 332-349, besonders zum Versagen der Statistik bei hoher Interdependenz und Varietät.

sehe Forschungsansätze an demselben Problem scheitern, liegt die Vermutung nahe, daß ihr Gegensatz auf der Verschiedenheit des Ausweichens vor dem Problem beruht. Dann aber empfiehlt es sich als Forschungsstrategie, eine Standpunktwahl innerhalb dieses Gegensatzes zu vermeiden und das Problem direkt zu thematisieren. Wie immer man den Systembegriff ansetzt - auf der Ebene des Rechtshandelns, der Rechtsnormen oder der Erkenntnisse über Rechtshandeln oder Rechtsnormen -, auf jeden Fall hat das Recht als System sehr hohe und strukturierte, nicht beliebig variierende Komplexität. Auf jeden Fall ist die Komplexität eines für die heutige Gesellschaft brauchbaren Rechtssystems so hoch, daß ein Gesamtvergleich aller strukturell möglichen Entscheidungen im Sinne einer Korrelierung von allen mit allen aus logischen, mathematischen und wohl auch aus physischen Gründen ausgeschlossen ist¹³. Daraus aber folgt, daß es in so komplexen Systemen selektive Strukturen oder Methoden geben muß, die das Selektionsproblem vereinfachen¹⁴. Man müßte das Rechtssystem daher irgendwie als *Reduktion selbsterzeugter Komplexität* begreifen können. Ein solcher Zusammenhang von Erzeugung und Reduktion von Komplexität kann vermutlich nicht beliebig geordnet sein, und er kann natürlich nicht auf den Befehl des Souveräns zurückgeführt werden. Hobbes hätte, mit anderen Worten, besser getan, die Notwendigkeit der Rechtsordnung nicht auf die Unerfreulichkeit des Todes im Kampfe aller gegen alle zurückzuführen, sondern auf die informationstechnischen Schwierigkeiten eines solchen Kampfes.

II.

Die Konstitution komplexer Systeme setzt allgemein und so auch im Fall des Rechts voraus, daß Struktur und Prozeß differenziert

13 Formuliert im Hinblick auf die Annahme einer unüberschreitbaren physischen Grenze selektiver Prozesse bei H. J. Bremermann; *Optimization Through Evolution and Recombination*, in: Marshall C. Yovits / Georg T. Jacobi / Gordon D. Goldstein (Hg.), *Self-Organizing Systems* Washington 1962, S. 93-106, die bei 10^{17} bits per Gramm per Sekunde liegen soll.

14 Mit einem ähnlichen Argument schließt Gotthard Günther, *Bewußtsein als Informationsraffer*, *Grundlagenstudien aus Kybernetik und Geisteswissenschaft* 10 (1969), S. 1-6, aus quantitativen Gründen auf die Notwendigkeit von Bewußtsein.

werden können¹⁵. Damit ist keine ontische Differenz gemeint im Sinne einer Trennung von unabhängig existierenden Gegenständen und auch nicht der Gegensatz von Festem und Fließendem (Bestehendem und Veränderlichem)¹⁶. Vielmehr konstituiert sich ein Prozeß, begriffen als Folge *selektiver* Ereignisse, überhaupt erst durch eine Struktur, die Möglichkeiten und Kriterien der Selektion vorgibt¹⁷; ohne Struktur hätte ein Prozeß keine Selektivität, also auch keine Identität. Für unsere Zwecke folgt aus diesem Zusammenhang, daß eine Systemtheorie, die das Problem der Komplexität thematisieren will, Struktur *und* Prozeß des Systems erfassen muß, und zwar in ihrem Zusammenhang. Es genügt daher nicht, das Rechtssystem lediglich als Zusammenhang von Rechtssätzen zu begreifen und damit auf der Ebene seiner Struktur zu bleiben. Beachtet man nicht, daß es sich um die Struktur eines selektiven (und daher immer nur begrenzt leistungsfähigen) Entscheidungsprozesses handelt, fehlt der Anhaltspunkt, von dem aus die reale Komplexität des strukturierten Systems beurteilt werden könnte. Dessen Komplexität könnte dann allenfalls noch vom Standpunkt des Forschungsprozesses (Prozesses!) aus gesehen werden¹⁸. Ebenso ist natürlich auch der rechtliche Entscheidungsprozeß nicht ohne Struktur zu begreifen und zwar, wie oben ausgeführt, nicht ohne die rechtlichen Komponenten seiner Struktur. Beide Gesichtspunkte sind komplementär. Soweit die Rechtstheorie sich an systemtheoretischen Konzeptionen orientieren will, wird sie

15 Vgl. Niklas Luhmann, *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, in: ders., *Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln-Opladen 1970, S. 113-136 (119 f.).

16 Die Unterscheidung der Begriffspaare Struktur/Prozeß und Stabilität/Wandel wird auch von Talcott Parsons getroffen, allerdings mit der begrenzten Zielsetzung, strukturellen Wandel nicht begrifflich schon auszuschließen. Siehe: *Some Considerations on the Theory of Social Change*, *Rural Sociology* 26 (1961), S. 219-239.

17 Eine zum Vergleich interessante Paralleltheorie für den Fall psychischer Systeme formuliert Edward L. Walker, *Psychological Complexity as a Basis for a Theory of Motivation and Choice*, *Nebraska Symposium on Motivation* 1963-64, S. 47-95.

18 Einen solchen »epistemologischen« Begriff der Komplexität bildet z. B. J. W. S. Pringle, *On the Parallel between Learning and Evolution*, *Behaviour* 3 (1951), S. 174-215, neu gedruckt in *General Systems I* (1956), S. 90-110. Die Berechtigung dieser Begriffsbildung soll natürlich nicht bestritten werden. Sie kommt aber nicht darum herum, eine Beziehung zwischen Struktur und Prozeß herzustellen und muß dabei sorgfältig zwischen Forschungsprozessen und systemeigenen Prozessen unterscheiden, da die Reduktionen der einen nicht notwendigerweise die der anderen sind.

daher das Recht als ein strukturiertes System von Entscheidungsprozessen voraussetzen müssen.

Durch die Art und Weise; wie Struktur und Prozeß aufeinander bezogen werden, entstehen Unterschiede der Systemkomplexität. Diese Herkunft des Problems der Komplexität (die wir an dieser Stelle nicht weiter in Richtung auf System/Unrwelt-Probleme zurückverfolgen wollen¹⁹) zwingt uns eine erste Komplikation auf. Man muß zwei Ebenen des Komplexitätsproblems unterscheiden je nachdem, ob man an die Struktur oder an den Prozeß des Systems denkt. Auf der Strukturebene wird Komplexität in Möglichkeitsbegriffen ausgedrückt, nämlich als Gesamtheit der in einem System seiner Struktur nach möglichen Ereignisse (im Falle des Rechtssystems: Entscheidungen). Die Prozeßebene ist die der faktischen Ereignisse, so daß hier nur das faktisch Vorkommende zu berücksichtigen ist. Die prozeßmäßig verwirklichte Komplexität eines Systems ist stets geringer als die des strukturell Möglichen. Darin drückt sich aus, daß Systeme sich in gewissem Umfang selbst steuern können, nämlich durch Entwurf von Möglichkeiten, in bezug auf die sie sich selektiv verhalten²⁰.

Wegen des Konstitutionszusammenhanges von Struktur und Prozeß lassen sich diese beiden Ebenen nur begrifflich trennen. Jede Analyse setzt sie beide voraus. Wir werden im folgenden von der Komplexität faktischer Ereignisse, also von der Komplexität des faktischen Entscheidungszusammenhanges eines Rechtssystems ausgehen und nur, soweit notwendig, in Betracht ziehen, daß im System mehr möglich ist, als faktisch realisiert werden kann. Für die Bestimmung und Messung der faktischen Komplexität eines

19 Vgl. dazu Niklas Luhmann, *Soziologie als Theorie sozialer Systeme* a.a.O., S. 114 ff.; ferner ders., *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Tübingen 1968, S. 114 ff.

20 Die Konsequenzen, die diese Betrachtung für die Begriffe der Möglichkeit und der Wirklichkeit hat, sind weithin noch ungeklärt. Sicher scheint mir zu sein, daß sie die Behandlung dieser Begriffe als ontischer oder logischer »Modalitäten« sprengt und damit den traditionellen Rahmen ihrer Erörterung verläßt. Denn es handelt sich beim strukturell Möglichen nicht um eine gleichsam »schwache« Seinsweise, die unter Umständen durch Ummodalisierung in Realität aufgewertet werden kann, sondern um eine generalisierte Ebene, die durch Strukturbildung von der des faktischen Verlaufes getrennt wird. Daher kann Mögliches niemals »wirklich« werden, es gibt kein ontisches Substrat für eine solche Transformation; sondern Mögliches kann allenfalls, relativ auf bestimmte Strukturen als Bedingungen der Möglichkeit, unmöglich werden, wenn nämlich die Struktur sich ändert.

Systems sind, obwohl der Begriff komplexes System häufig, aber zumeist undefiniert verwendet wird, noch keine überzeugenden Konzepte entwickelt worden. Mit Sicherheit wird man für die Erfassung der Komplexität ein multidimensionales (also selbst komplexes) begriffliches Instrumentarium brauchen. Man wird zwischen zeitlicher, sachlicher und sozialer Komplexität eines Systems unterscheiden und in jeder dieser Dimensionen wiederum multidimensionale Konzepte bilden müssen. Wir beschränken uns, das ist für den Zweck einer kurzen, exemplarischen Analyse ausreichend, zunächst auf die Dimension sachlicher Komplexität und führen Probleme, die in anderen Dimensionen zu lösen sind, nur beiläufig und nur als »constraints« ein.

Für die Sachdimension hat Todd R. La Porte in einem nicht veröffentlichten Seminarpapier²¹ ein mehrdimensionales Konzept der Komplexität vorgeschlagen, das unterscheidet zwischen (1) Größe, (2) Varietät und (3) Grad der Interdependenz im System²². Umgesetzt auf unseren besonderen Fall eines Systems, das Rechts-

21 *Organized Social Complexity: An Introduction and Explication*, Ms. 1969. Eine noch mehr Aspekte berücksichtigende Begriffsbestimmung gibt Andrew S. McFarland, *Power and Leadership in Pluralist Systems*, Stanford Cal. 1969, S. 16, mit den Merkmalen (1) Zahl und Varietät der Teile (die besser getrennt werden sollten), (2) Interdependenz und (3) Variabilität der Teile und ihrer Beziehungen. La Porte versteht sein Konzept als Bestimmung der Komplexität schlechthin. Wir können es nur in den Grenzen der Sachdimensionen akzeptieren, da es weder der Zeitdimension, noch Verschiedenartigkeit der am sozialen System beteiligten Subjekte hinreichend Rechnung trägt. Siehe jetzt Todd R. La Porte (Hg.), *Organized Social Complexity*, Princeton N. J. 1975-

22 Andere Autoren, die die Hoffnung auf eindimensionale (etwa informationstheoretische) Messung von Komplexität noch nicht aufgegeben haben, unterscheiden Größe und Komplexität, häufig verbunden mit der Gleichsetzung von Komplexität und Systemdifferenzierung. Siehe z. B. Morris Zelditch, Jr./Terrence K. Hopkins, *Laboratory Experiments with Organizations*, in: Amitai Etzioni (Hg.), *Complex Organizations: A Sociological Reader*, New York 1961, S. 464-478 f.; Richard H. Hall/J. Eugene Haas/Norman J. Johnson, *Organizational Size, Complexity and Formalization*, *American Sociological Review* 32 (1967), S. 903-912; James D. Thompson, *Organizations in Action: Social Science Bases of Administrative Theory*, New York usw. 1967, S. 74, mit Hinweis auf weitere Forschungen.

23 Für die Operationalisierung des Begriffs der Interdependenz bieten sich mehrere mögliche Fassungen des Begriffs der Abhängigkeit an. Man kann ihn zum Beispiel machtheoretisch fassen oder auch logisch - je nachdem, welches Medium das System verwendet. Für unsere Zwecke genügt zunächst die Vorstellung, daß Abhängigkeit immer dann vorliegt, wenn die Änderung einer Entscheidung die anderer voraussetzt oder nach sich zieht.

entscheidungen strukturiert, können wir entsprechend unterscheiden zwischen (i) Anzahl der Entscheidungen, die im System vorkommen, (2) ihrer sachlichen Verschiedenartigkeit und (3) dem Ausmaß ihrer Interdependenz, das im System praktiziert wird. Rechtssysteme sind in allen diesen drei Hinsichten variabel. Veränderungen in diesen Dimensionen berühren, mit anderen Worten, nicht den Charakter von Recht als Recht. Dies wird der Jurist für Veränderungen, besonders für Zunahme der Zahl und der Varietät der Entscheidungen ohne Schwierigkeiten zugestehen können. Es ist klar, daß sich mit zunehmender Komplexität der Gesellschaft die Ansprüche an das Recht in diesen Dimensionen ändern. Die Variabilität auch der Interdependenz der Entscheidungen ist indes schwieriger einzusehen. Dieser Gedanke stößt auf eingewurzelte Vorurteile, gerade auch der älteren Systemtheorien. Ihn müssen wir daher etwas ausführlicher behandeln mit dem Ziel, den Forschungsansatz einer komplexitätsbewußten Systemtheorie an diesem Beispiel zu erläutern.

III.

Betrachtet man Definitionen und programmatische Erklärungen älterer Systemtheorien, dann findet man in den beiden oben behandelten Traditionen übereinstimmend das Merkmal der Interdependenz der Teile genannt - manchmal ohne nähere Qualifikation, sehr oft ausformuliert zu der Annahme, daß in Systemen alles von allem abhängt²⁴. Erst neuerdings beginnt man zu sehen, daß damit eine zutreffende Definition - nicht von Ordnung, sondern von Chaos gegeben ist²⁵. Zu dieser Wendung hat einmal die Einsicht beigetragen, daß interne Abstimmungsprozesse Zeit brauchen, daß also eine absolute Interdependenz von allem mit allem bei Zunahme der Komplexität auf den Dimensionen Größe und Varietät den Zeitbedarf des Systems gegen unendlich vergrößern, es also praktisch entscheidungsunfähig machen würde²⁶. Dazu kamen

24 Vgl. als eine heute klassische Formulierung Lawrence J. Henderson, *Pareto's General Sociology: A Physiologist's Interpretation*, Cambridge Mass. 1935, S. 11 ff., ij ff.

25 So Richard A. Johnson/Frernont E. Kast/James E. Rosenzweig, *The Theory and Management of Systems*, New York usw. 1963, S. 5.

26 Siehe vor allem W. Ross Ashby, *Design for a Brain*, 2. Aufl. London 1954; ders., *An Introduction to Cybernetics*, London 1956.

von soziologischer und ethnologischer Seite Bedenken gegen die Brauchbarkeit eines Systembegriffs, der absolute Interdependenz postuliert²⁷. Autoren, die dieser Frage hinreichende Aufmerksamkeit schenken, fassen daher heute den Begriff der Interdependenz nur noch als eine Systemvariable, deren jeweiliger Wert sich aus dem Zusammenhang mit den Werten anderer Variabler ergibt, sich also Beschränkungen der Kompatibilität mit anderen Systemerfordernissen fügen muß. Man kann, mit anderen Worten, Interdependenz nicht maximieren, ohne daß in anderen Hinsichten Probleme unlösbar werden. Interdependenz ist als Variable selbst interdependent.

Will man diese allgemeine systemtheoretische Einsicht in den Bereich des Rechts übertragen, muß man zunächst den Begriff der Interdependenz entsprechend einengen und operationalisieren²⁸. Da die relevanten Ereignisse im Falle des Rechts Entscheidungen sind, müssen wir Interdependenz auf Entscheidungen beziehen. Interdependenz liegt in dem Maße vor, als die selektive Festlegung einer Entscheidung die anderer nach sich ziehen würde. Der Grenzfall absoluter Interdependenz wäre durch logische Deduzierbarkeit gewährleistet. Da dieser Grenzfall nicht erreicht, daher auch nicht als Bedingung der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen normiert werden kann, muß es im Rechtssystem sublogische Regeln geben, die das Ausmaß erforderlicher Interdependenz festlegen. Die Existenz solcher Regeln ist in unserem Begriff der rechtlichen Interdependenz vorausgesetzt.

In dem Maße, als Anforderungen an Interdependenz gelockert werden, verliert die reine Identität des Rechtssystems (oder die Einheit seines Prinzips) ihre Steuerungsfunktion. Sie läßt dann mehr als einen Systemzustand zu und ermöglicht so verschiedene Kombinationen von Kontinuität und Innovation. Die Einheit des Systems eignet sich entsprechend weniger zur Zurückweisung von Neuerungen, sondern deren Einbau muß internen Entscheidungs-

27 Vgl. etwa Alvin W. Gouldner, *Reciprocity and Autonomy in Functional Theory*, in: Liewellyn Gross (Hg.), *Symposium on Sociological Theory*, Evanston Ill./white Plains N. Y. 1959, S. 241-270, als eine soziologische und J. Clyde Mitchell, *Tribalism and the Plural Society*, London 1960, als eine ethnologische Stellungnahme.

28 Zur Vernachlässigung dieser Frage in der Rechtstheorie und zu den begrifflichen Schwierigkeiten siehe Hermann Eichler, *Gesetz und System*, Berlin 1970, S. 50 ff. Eichler selbst kommt über den Gedanken eines Planungs- und Interpretationszusammenhangs nicht hinaus.

prozessen überlassen werden²⁹. Das Innovationspotential findet weniger in einer festen Systemstruktur als vielmehr in der Kapazität der Entscheidungsprozesse seine Grenzen, die die strukturell zugelassenen Änderungsmöglichkeiten nicht mehr ausschöpfen können.

Eine Aufgabe der Rechtstheorie könnte es daher sein, zu erforschen, wie durch die kategoriale Struktur des Rechts die Interdependenz der Entscheidungen und deren Innovationspotential gesteuert und mit anderen Systemerfordernissen ausgeglichen wird. Solche Steuerungen, mit denen zugleich die Entscheidungslasten des Systems reguliert werden, wollen wir, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, in einigen wichtigen Hinsichten aufweisen.

Eine der bedeutsamsten allgemeinen Strategien zur Begrenzung von Interdependenz besteht in einer Beschränkung auf *zentral vermittelte Interdependenzen*³⁰. Jedes Element hängt dann nicht von jedem anderen, sondern nur alle von einem zentralen Element ab (bzw. noch lockerer: jeweils mehrere hängen von jeweils einer gemeinsamen Zentrale ab). So verwenden viele Entscheidungen den Begriff der unerlaubten Handlung, ohne deshalb voneinander abzuhängen; aber es gibt auch Leitentscheidungen, die diesen Begriff als solchen thematisieren, über ihn also mitentscheiden, und davon hängen dann eine Vielzahl anderer Entscheidungen ab. Besonders die juristische Dogmatik hat die Funktion, auf solche Leitstrukturen aufmerksam zu machen und insofern Interdependenzen zu verdeutlichen - aber eben auch: auf diese wenig komplexe Form zu beschränken. Die Dogmatik stellt also Zusammenhänge nicht nur her, sie schließt sie im gleichen Zuge auch aus, und darauf beruht ihre Fähigkeit, Wahlfreiheiten im Umgang mit Texten und Fallerfahrungen zu steigern.

29 In diesem Sinne formuliert Klaus Adomeit, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München 1969, S. 35, für ein Rechtssystem von sehr hoher Varietät und geringer Interdependenz: »Eine Einheit, die so heterogene Elemente umfaßt wie das Arbeitsrecht, wo die Gewerbeordnung von 1869 und das Vermögensbildungsgesetz von 1965 nebeneinander gelten, wird schwerlich irgendeine vorgeschlagene Neubildung als prinzipiell unverträglich zurückweisen können.«

30 James D. Thompson, *Organization in Action: Social Science Bases of Administrative Theory*, New York usw. 1967, S. 54, spricht im Rahmen einer Abgrenzung verschiedener Arten interner Interdependenz von »pooled interdependence«, meint damit aber recht unklar die Abhängigkeit vom Ganzen, nicht die Abhängigkeit von einem Zentralelement.

Eine weitere Reduktionsstrategie besteht in der *Umformung symmetrischer in asymmetrische Beziehungen*³¹. Zwischen zwei Entscheidungen besteht dann nicht mehr wechselseitige, sondern nur einseitige Festlegungsabhängigkeit: Wenn die Entscheidung A bestimmt oder geändert wird, muß auch die Entscheidung B anders ausfallen, nicht aber umgekehrt³². Asymmetrie ermöglicht es, das Unendlichkeitsproblem einer zweiseitig variablen Beziehung zu umgehen, jeweils nur eine Seite zu variieren und die andere als Konstante, als festen Ausgangspunkt anzunehmen, der den Variationsspielraum eingrenzt³³.

Solche Vereinfachungen finden sich im Rechtssystem vor allem in Anlehnung an zeitliche und an hierarchische "Vorstellungen. Zeitlich limitieren zum Beispiel die Institutionen der Rechtskraft, der Verjährung und, in weiterem Rahmen, die (mehr oder weniger offiziell normierte) präjudizielle Wirkung von Entscheidungen die Wechselseitigkeit von Interdependenz. Eine Änderung höchstgerichtlicher Rechtsprechung kann erwogen werden, ohne daß alle bereits entschiedenen Fälle neu problematisiert werden müßten. Hierarchisch unterscheidet man in der Organisation des Rechtssystems Kompetenzen, in der Normstruktur Geltungsebenen und setzt sie in ein asymmetrisches Verhältnis in dem Sinne, daß die unteren Entscheidungen an die oberen, nicht aber die oberen an die unteren gebunden sind³⁴. Damit allein ist indes noch keine logische

31 Allgemeine Ausführungen hierzu bei Gotthard Günther, Kritische Bemerkungen zur gegenwärtigen Wissenschaftstheorie: Aus Anlaß von Jürgen Habermas: »Zur Logik der Sozialwissenschaften«, Soziale Welt 19 (1968), S. 328-341 (331 f.).

32 Es dürfte nicht ohne Interesse sein, festzuhalten, daß die Mathematik sich primär für symmetrische Beziehungen interessiert und die Probleme asymmetrischer Beziehungen weitgehend außer acht gelassen hat. Allem Anschein nach führen die lebenspraktischen Vereinfachungen der Asymmetrie zu außerordentlichen Komplikationen in der mathematischen oder logischen Rekonstruktion. Vgl. dazu die Bemühungen um eine Präzisierung des Kausalbegriffs bei Herbert A. Simon, Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting, New York-London 1957, S. 4 ff.

33 Dazu für Kausalität und Zweck/Mittel-Beziehungen Niklas Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, Tübingen 1968, S. 17 ff.

34 Neuere systemtheoretische und entscheidungstheoretische Überlegungen zum Hierarchieprinzip bewegen sich etwa auf dieser Linie; sie behandeln die asymmetrische und transitive Struktur der Hierarchie als eine sehr problematische, aber schwer zu ersetzende Entscheidungsvereinfachung. Vgl. z. B. Herbert A. Simon, The Architecture of Complexity, Proceedings of the American Philosophical Society 106 (1962),

Hierarchisierung der Entscheidungsgesichtspunkte erreicht im Sinne einer eindeutigen Zuordnung eines jeden Satzes von Gesichtspunkten zu wechselseitig exklusiven Stellen im System. Deshalb überdecken sich die fallweise herangezogenen Gesichtspunkte verschiedener Entscheidungen und Entscheidungsgruppen, und es kann nicht durch systematische Klassifikation, sondern nur vom Fall aus gesteuert werden, welche und wieviel Gesichtspunkte man verwendet. Faktisch wird die Interdependenz deshalb hauptsächlich dadurch gering gehalten, daß man im Einzelfall eben nur wenige Gesichtspunkte heranzieht - eine Aushilfe, die zwar sinnvoll ist, aber zentrale Steuerung und Planung ausschließt. Der Vereinfachungswert der Hierarchisierung bleibt also letztlich gering und ist möglicherweise unter diesem Gesichtspunkt entbehrlich". Außerdem bedürfte das Verhältnis von zeitlichen und hierarchischen Asymmetrien dringend genauerer Analyse, vor allem im Hinblick auf Möglichkeiten wechselseitiger Substitution. Jedenfalls sind asymmetrische Strukturen *Bedingungen von Innovation*, weil alle Innovation auf Begrenzung ihrer Folgewirkungen angewiesen ist.

Eine im Prinzip andersartige Form der Begrenzung von Interdependenzen stützt sich auf *Entschädigungsregelungen*³⁶. Art. 14 GG und ähnliche Vorschriften haben insofern eine Entlastungsfunktion, als sie an die Stelle einer Detailabwägung von Entscheidungszusammenhängen das Syndrom Pauschalabwägung-Eingriff-Entschädigung setzt. Man braucht dank dieser Möglichkeit jene Entscheidungen, die entgegenstehende Rechte zu decken hätten, im eigenen Entscheidungskontext weder vorauszusehen noch zu berücksichtigen; sie werden in andersartige, jedenfalls kompatible Geldansprüche transformiert. Man plant mit unübersehbaren Folgeschäden - und entschädigt dann oder überläßt die nicht in

S. 467-482, neu gedruckt in: *General Systems* 10 (1965), S. 63-76; Christopher Alexander, *A City is not a Tree*, *Architectural Forum* 122 (1965), Aprilheft S. 58-62, Maiheft S. 58-61; ferner den allgemeinen Überblick von Donna Wilson, *Forms of Hierarchy: A Selected Bibliography*, *General Systems* 14 (1969), S. 3-15.

35 Die eigentliche Funktion der Kompetenzhierarchien liegt denn auch kaum in einer Interdependenzkontrolle, sondern in einer Richtigkeitskontrolle des Entscheidens selbst.

36 Zu rechtspolitischen Vorschlägen, die unter diesem Gesichtspunkt der Reaktion auf zu hohe Interdependenz überlegt sind, vgl. Niklas Luhmann, *öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin 1965.

Rechtsansprüche erwachsenden Planungsfolgen einer sozialstaatlichen »Daseinsnachsorge«³⁷. Auch in dogmenhistorischen Analysen ließe sich zeigen, daß die Konstituierung neuer Entscheidungs Ebenen in der Legislative von einer Neufassung des Rechts öffentlich-rechtlicher Entschädigung begleitet war. Möglicherweise müßte für diese Entlastungsform in der Rechtstheorie ein noch abstrakterer Ausdruck gefunden werden, nämlich dann, wenn weitere, andersartige Formen eines Pauschalvorgriffs mit Ableitung von Protesten auf kompatible Bahnen entdeckt werden sollten.

Eine sehr viel drastischere Reduktion von Interdependenzen liegt im Rückzug auf den konfliktreichen, problematischen *Einzelfall*. Im Unterschied zur zentralisierenden liegt hier eine dezentalisierende Punktualisierung vor. Man akzeptiert zunächst den Zufall, daß der Fall ein Fall ist und sich als ein einzelner darstellt. Dann kann man am Fall und an in Betracht gezogenen ähnlichen Fällen Interdependenzen rekonstruieren, soweit (und nur soweit) sie einen Unterschied in der Fallentscheidung ausmachen würden. Der Fall macht in hohem Maße evident, worauf die eine oder andere Lösung des Falles hinauslaufen würde, und erleichtert dadurch die Entscheidung. Man kann dann begriffliche Generalisierungen einführen, um sich das Abtasten einer Mehrheit von Fällen zu erleichtern, Serien-Entscheidungen treffen zu können, Gleichheit von Fallentscheidungen zu sichern und zugleich die Hinsichten zu limitieren, in denen Ähnlichkeiten und Wiederholungen in Betracht gezogen werden. Das Falldenken nimmt so die Ungleichheit zur Basis der Gleichheitsgewähr, es ist der Sündenfall, nach dem die Arbeit beginnt und man nie wieder ins Paradies kommt. Ähnlich wie in der Medizin³⁸ ist die soziologische Optik schon damit ausgeschlossen. Gerade die Soziologie muß ihrerseits aber die praktische Notwendigkeit der Orientierung an Fällen (und damit ihre eigene Distanz zur Praxis) begreifen als eine kaum zu umgehende Form der Interdependenzunterbrechung.

Als letzten Typ der Lösung unseres Problems sind schließlich die an Fallentscheidungen gewonnenen *kategorialen Abstraktionen der Rechtsinstitute und -begriffe* selbst zu erwähnen. Damit kommen

37 So Dieter Suhr, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Der Staat 9 (1970), S. 67-93 (77)-

38 Vgl. Herbert Pflügge, *Über den Fall*, Jahrbuch für Psychologie, Psychotherapie und medizinische Anthropologie 16 (1968), S. 8-18.

wir auf ein dem Juristen vertrautes Gelände. Er weiß, daß Gehalt und Steuern selbst dann zu unterscheiden sind, wenn das Gehalt in den Steuern aufgeht. Die Trennfunktion der Begriffe ist ihm als Unterschiedenheit bewußt, wird aber deshalb noch nicht in ihrer Funktion des Trennens und des Kleinhaltens der Entscheidungslasten bedacht. Die Begriffe, in denen Rechtssätze formuliert oder in dogmatischer Überarbeitung zusammengefaßt werden, isolieren zugleich Entscheidungen gegeneinander und begrenzen Zusammenhänge auf wenige, rasch überblickbare Hinsichten.

Eine ähnliche Funktion erfüllt die Form des Rechtssatzes als Konditionalprogramm, denn sie macht die Entscheidung ausschließlich von spezifizierten Bedingungen abhängig und nicht (oder nur sekundär) von einer Vorausschau auf Folgen innerhalb oder außerhalb des Rechtssystems". Dabei sind die im Programm vorgesehenen »Konditionen« in aller Regel als Tatsachen (Tatbestände), nicht als Entscheidungen, geschweige denn als durchgeplante Entscheidungsketten, formuliert, so daß das Programm zwar einer kurzgeschalteten Koordination von Umwelt (Tatsache) und Rechtssystem (Entscheidung) dient, nicht aber einer Koordination und Interdependenzkontrolle der Entscheidungen des Systems selbst. Die Anforderungen an eine Organisation der Entscheidungsprozesse sind entsprechend gering. Bei einem Vergleich mit organischen Systemen müßte man etwa an einen Seestern denken, der sich bewegt, weil er durch eine Vielzahl von Kontaktstellen mit der Umwelt punktuell gereizt wird, nicht aber, weil er auf Grund endogener Reizerzeugung durch ein Zentralnervensy-

39 Vgl. hierzu Torstein Eckhoff/Knut Dahl Jacobson, *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-making*, Kopenhagen 1960. Bei dieser Auffassung bleibe ich trotz der Einwendungen, die Esser a.a.O. (1970), insbes. S. 141 ff., dagegen erhoben hat. Einigkeit besteht darüber, daß die Auslegung eines Legislativprogramms in Zweifelsfällen den »Durchgriff« auf Folgen mehrerer Auslegungsmöglichkeiten erfordern kann. Während Esser dies jedoch als normale und durchgehende Eigenart richterlicher Praxis, ja als Erfordernis normativen Entscheidens schlechthin ansieht, halte ich daran fest, daß der Richter durch seine Rolle und seine Erkenntnismittel zu einer Folgenabschätzung nicht befähigt und daher auch nicht befugt ist, darin das Leitmotiv seiner Praxis zu finden. Die Meinungsverschiedenheit dürfte darauf zurückgehen, daß in dieser Frage das »Augenmaß« und der Vergleichshorizont des Juristen und des Soziologen differieren. Als Soziologe sieht man Wirkungsverkettungen empirisch und so komplex," daß es als aussichtslos erscheint, sie mit den Begriffsfühnern einer juristischen Dogmatik angemessen und verantwortbar zu erfassen.

stem gesteuert wird. Der Perfektionsbegriff des Rechts, Gerechtigkeit, ist als endogene Reizquelle des Rechtssystems ausgefallen und nicht ersetzt worden.

Statt diese Analyse weiter ins Begriffliche und Programmtechnische zu vertiefen - das eben wäre die Aufgabe einer Rechtstheorie -, wollen wir auf zwei weitere Aspekte limitierter Interdependenz hinweisen, und zwar auf einen internen und einen externen. Intern steuert die Regulierung der Interdependenz zugleich die Arbeitslast der Entscheidungsprozesse⁴⁰. Volle Interdependenz würde bedeuten, daß bei jeder Entscheidung die Auswirkungen auf alle anderen mitgeprüft werden müßten, bei geringerer Interdependenz entsprechend weniger. Wir werden im nächsten Abschnitt noch sehen, daß dieser Zusammenhang sich auch umkehren läßt in der Frage, ob nicht Veränderungen der Arbeitsbelastungen es ermöglichen könnten, das Rechtssystem auf eine Ebene höherer Interdependenz zu bringen.

Unter den Außenbeziehungen des Rechtssystems scheint vor allem die politische mit Variationen der internen Interdependenz zu korrelieren. Politische Neutralisierung des Rechtssystems, besonders der Justiz, ist nur bei relativ geringer Interdependenz möglich. Hingen von einer Entscheidung alle oder auch nur sehr viele andere ab und dies über einen großen Bereich von Verschiedenartigkeit, wäre diese Entscheidung ohne Zweifel eine politische. Insofern steuern die Bemühungen um eine logische Axiomatisierung des Rechts auf dessen Politisierung zu - vielleicht ohne es zu wissen. Erfolge in dieser Richtung würden, da Demokratie im heutigen Sinne ein Akzessorium der Rechtsstruktur ist⁴¹, die politischen Bedingungen für Demokratie abermals und auf unabsehbare Weise verändern.

40 Dieser Gesichtspunkt einer Selbstregulierung der Arbeitslast ist verständlicherweise zunächst der mehr soziologisch denkenden Theorie des »legal System« aufgefallen. Vgl. Lawrence M. Friedman, *Legal Rules and the Process of Social Change*, *Stanford Law Review* 19 (1967), S. 786-840. Von dort aus blieb jedoch der Zusammenhang mit der kategorialen Struktur des Rechts selbst unberührt.

41 Vgl. zu dieser These Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin 1969, S. 151 ff.

IV.

Wir haben ein Sonderproblem behandelt und kehren nunmehr zum begrifflichen Kontext dieser Problembehandlung und zu allgemeineren Überlegungen zurück. In einem Rechtssystem kann das Ausmaß von Entscheidungsinterdependenz, das für das System rational ist, nicht nach dem Grade der Annäherung an ein Ideal bemessen werden. Vielmehr ergeben sich andere, bei näherem Zusehen recht komplizierte Kriterien. Wir hatten damit begonnen, Größe, Varietät und Interdependenz als verschiedene Dimensionen der Komplexität eines Systems zu unterscheiden. Darin hegt bereits, daß Veränderungen in einer Hinsicht die anderen nicht unberührt lassen, daß zum Beispiel bei Zunahme der Zahl und Verschiedenartigkeit von Entscheidungen das Anspruchsniveau in bezug auf Interdependenz geändert werden muß, daß die bloße Zahl möglicher Entscheidungen nicht gesteigert werden kann, ohne daß auch die Verschiedenartigkeit zunimmt und umgekehrt, usw. Diese These einer wechselseitigen Voraussetzung und Limitierung verschiedener Möglichkeiten, sachliche Komplexität zu steigern, wollen wir, um einen zusammenfassenden Ausdruck zu haben, die Nichtbeliebigkeit der Komplexität eines Systems nennen. Die jeweilige Bestimmung dieser drei Variablen - wir belassen es zunächst bei diesem vereinfachten Modell - hängt nämlich von der Umweltlage des Systems ab. Sie sind zwar behebzig bestimmt (insofern, als sie auch anders bestimmt werden könnten), aber nicht beliebig bestimmbar⁴².

In der bisherigen Rechtsentwicklung hat die gesellschaftliche Umwelt des Rechtssystems hauptsächlich auf die Variablen Größe und Varietät, also auf Zahl und Verschiedenartigkeit der Entscheidungen eingewirkt. Im Falle der Größe scheint die Abhängigkeit am stärksten zu sein. Das Rechtssystem kann seiner eigenen offiziellen Struktur nach, jedenfalls im Bereich der Justiz, Entscheidungen nicht verweigern, ist also Wachstumspressionen der Gesellschaft verhältnismäßig schutzlos ausgeliefert⁴³. Eher kann schon die

42 Dies ist zugleich eine Definition von »Positivität«, die Julius Kraft, *Paradoxien des positiven Rechts*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts 9 (1935), S. 270-282 (271), vorschlägt.

43 Daß es gleichwohl auch hier indirekte Formen der Abwehr und des Kleinhaltens von Entscheidungszahlen geben kann, zeigt am Falle des amerikanischen Rechts Friedman a.a.O.

Varietät der Entscheidungen intern gesteuert werden. Entscheidungen, die als individuell und je besonders gelagert beantragt werden, lassen sich gleichwohl juristisch schematisieren und unter Aspekten der Gleichheit der Fälle kategorisieren. Auch hier sind jedoch dem internen Gegensteuern Grenzen gezogen, da langfristig gesehen das Rechtssystem nur durch Aufbringen »entsprechender Komplexität« bestehen kann. Die Entscheidungserwartungen müssen, wenn nicht fallweise so doch strukturell, durch zunehmende Varietät des Normengefüges honoriert werden; man kann heute zum Beispiel nicht mehr alle Schadensfälle schlicht nach dem Prinzip des individuellen Verschuldens entscheiden.

Anders scheint es, bis heute zumindest, im Bereich der Interdependenz zu liegen. Während die Verldammerang von Recht und Gesellschaft durchaus gelingt, bereitet die Verklammerung von Recht und Recht, die interdependente Systematisierung des Rechts selbst, Schwierigkeiten. In einem nichtorganisierten Publikum bilden sich in bezug auf Interdependenz im Rechtssystem keine artikulierten Erwartungen, daher keine Pressionen. Niemand nimmt Anstoß daran, daß Pachtrecht und Postrecht unverbunden nebeneinander stehen; man geht von einer gleichsam natürlichen Verschiedenartigkeit der Materien aus. Dadurch ist es möglich, immer neue Rechtsmaterien zu entwickeln, sie je für sich zu kategorisieren und sie nebeneinander stehen zu lassen: Urheberrecht, Aktienrecht, Arbeitsrecht, Mitbestimmungsrecht usw. Die Lockerung bzw. das Nichtnachvollziehen von Interdependenzen ist gleichsam der Wachstumsausgleich des Systems, ist die Strategie der Vermeidung unentscheidbar hoher sachlicher Komplexität. Systerhatisierungsbestrebungen der Vergangenheit hatten nur eine sehr begrenzte Bedeutung, nämlich zunächst didaktische, dann politisch-integrierende, Übersicht suchende Motive, nicht aber Funktionen einer Interdependenzkontrolle. Erst in allerneuester Zeit scheint sich die gesellschaftliche Bedarfslage in diesem Punkt zu ändern, und zwar dadurch, daß die Planung sozialer Systeme erforderlich, ideologisch anerkannt und politisch organisiert wird.

In dieser Lage entwickeln sich gegenwärtig Tendenzen zur Sozialplanung außerhalb des Rechtssystems - durchaus in rechtmäßiger Weise, aber in einer Weise, die das Recht nur noch tangential berührt, die neue Ordnungen nicht als Rechtsordnungen schafft,

sondern Recht allenfalls als bestehendes Hindernis berücksichtigt und bei etwa notwendigen Zwangsmaßnahmen vorschaltet. Solche Planungen verwenden als Programmform Zweckprogramme, nicht Konditionalprogramme; ihre Ordnungsfelder sind organisierte Entscheidungsprozesse, technische Entwicklungen, Finanzierungen; sie rekonstruieren Kontingenz als Knappheit, nicht als Normanspruch. Auch hier ist der Grad kontrollierbarer Interdependenzen ein weithin ungelöstes Problem ersten Ranges, aber es ist abzusehen, daß die dafür gesuchten Lösungen außerhalb des Rechtssystems liegen werden⁴⁴. Es ist, um nur ein Beispiel zu geben, bisher nicht gelungen, die bei der Entwicklung des Schulwesens zu treffenden Strukturentscheidungen in Rechtsform zu bringen. Ein sehr bekanntes, repräsentatives Lehrbuch über politische Planung nimmt auf das Recht nur noch marginal Bezug und beurteilt die Möglichkeiten der Gesetzgebung gerade unter dem Gesichtspunkt notwendiger Interdependenzen negativ (freilich mehr aus politischen, als aus rechtstheoretischen Gründen)⁴⁵. Entwicklungsplanungen dienen geradezu als Gesetzesersatz⁴⁶.

44 Siehe etwa die Überlegungen zur Beurteilung und Kritik des Denkens in logischen Hierarchien; Literaturhinweise oben Anm. 34.

45 Siehe Yehezkel Dror, *Public Policymaking Reexamined*, San Francisco 1968, zu Gesetzgebung S. 278 f. Nebenbei bemerkt schien derselbe Autor diese Frage früher positiver zu beurteilen; siehe seinen Aufsatz *Law and Social Change*, *Tulane Law Review* 33 (1959), S. 187-801. Als Parallele in der deutschsprachigen Literatur siehe Carl Bohret, *Entscheidungshilfen für die Regierung: Modelle, Instrumente, Probleme*, Opladen 1970. Die Gegenteilstendenz zu einer justizstaatlichen Planungsdemokratie macht Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism: Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority*, New York 1969, zu seinem Schlußtruf, ohne sich mit den hier erörterten Bedenken auseinanderzusetzen.

46 Diese Formulierung und Ausführungen dazu bei Frido Wagener, *Von der Raumplanung zur Entwicklungsplanung*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 85 (1970), S. 93-98 (97 f.). Für ähnliche Feststellungen siehe Helmut Schelsky, *Planung der Zukunft: Die rationale Utopie und die Ideologie der Rationalität*, *Soziale Welt* 17 (1966), S. 155-172 (168 f.); Thomas Ellwein, *Politik und Planung*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968. Auf einer anderen Ebene liegen die dadurch ausgelösten Bemühungen um Entwicklung adäquater Rechtsformen für die Planung selbst. Dazu siehe Beiträge in Joseph H. Kaiser (Hg.), *Planung*, 3 Bde., Baden-Baden 1965 ff. Eine zunehmende Kritik der Auseinanderentwicklung von Planung und Recht findet man auch in der planungsrechtlichen Literatur der DDR. Sie zielt allerdings auf einen rein instrumentalistischen Gebrauch von Rechtskategorien, bietet damit aber ein neuartiges, rechtstheoretisch bemerkenswertes Beispiel für das Lernen und Umlernen von Rechtstechniken in einer zuvor schon etablierten planerischen Praxis. Vgl. unter vielen anderen Beiträgen etwa D. A. Kerimow, *Sozialplanung und Recht*, *Staat und Recht* 18

Eine Beurteilung solcher Tendenzen müßte sehr differenziert ausfallen; sie kann an dieser Stelle nicht erarbeitet werden. Abzusehen ist jedoch, daß sich von hier aus Erwartungen bilden werden, die die Leistungsfähigkeit des Rechtssystems in der Dimension seiner Interdependenz betreffen. Welche Komplexität von, Entscheidungszusammenhängen kann noch juridifiziert, das heißt: aus i?ecfegesichtspunkten entscheidbar gemacht werden? Ist es möglich, in einem Rechtssystem nicht nur Größe und Varietät, sondern gleichzeitig auch Interdependenzen zu steigern oder müssen Steigerungen der Interdependenz mit Schrumpfungsprozessen, etwa mit Abgabe von Ordnungsgebieten an eine außerrechtliche Planung bezahlt werden?

Diese Fragestellungen zwingen dazu, sich die Gründe für die Nichtbeliebigkeit der Komplexität des Rechtssystems bewußt zu machen und nachzusehen, ob in diesen Gründen variierbare Faktoren stecken. Solche Gründe findet man selbstverständlich in der Umweltlage eines Systems - kein Rechtssystem wird komplexer als die Gesellschaft - darüber hinaus aber auch in *internen Beschränkungen der erreichbaren Komplexität**. Diese können wir im Falle

(1969), S. 633-640; Wilhelm Panzer/Ludwig Penig, Die rechtliche Regelung der Planung durch Normative als Bestandteil des sozialistischen Planungssystems, Staat und Recht 19 (1970), S. 1080-1098; Gerhard Pflücke/Rudolf Streich, Zur Funktion des Wirtschaftsrechts bei der Verwirklichung der strukturkonkreten Planung im ökonomischen System des Sozialismus, Recht und Staat 19 (1970), S. 1789-1803. Einen Vergleich dieser Tendenzen mit der Institution der Grundrechte versucht unter systemtheoretischen Gesichtspunkten Frank Rotter, Dogmatische und soziologische Rechtsvergleichung - eine methodologische Analyse für die Osteurechtsforschung, Osteuropa-Recht 16 (1970), S. 81-97.

47 Die Unterscheidung von *Dimensionen* (Steigerungsrichtungen) und *Beschränkungen* der Steigerung von Komplexität ist theoretisch noch wenig gesichert. Sie wird in der Literatur, soweit ich sehe, nirgends explizit vertreten, wohl aber durchweg impliziert. Ihre Berechtigung beruht zunächst auf der Definition von Komplexität als Gesamtheit strukturell-möglicher bzw. prozeßmäßig-faktischer Ereignisse eines Systems. Sie bezeichnet nicht etwa Substitutionszusammenhänge, die gegeneinander isolierbar wären, was auf eine Unterscheidung von Teilsystemen hinausliefe. Vielmehr kann ein System durchaus auf Zunahme von Beschränkungen durch Abnahme anderer Beschränkungen reagieren - etwa auf zunehmenden Zeitdruck durch Einstellung von Personal - bei gleichbleibender sachlicher Komplexität seines Entscheidungszusammenhangs; es kann aber auch durch Veränderungen seiner Komplexität auf der einen oder anderen Dimension antworten. Eben diese Sachlage ermöglicht uns, im Text die Frage nach der Variabilität von Beschränkungen bei steigenden Anforderungen an Komplexität zu stellen.

des Rechtssystems unter dem Gesichtspunkt der begrenzten Entscheidungskapazität zusammenfassen und stoßen damit auf einen in der neueren Organisationstheorie viel diskutierten Gesichtspunkt⁴⁸. In der Organisationstheorie hat die Einfügung dieses Gesichtspunkts der Kapazitätsschranken nicht nur im Sinne von Kosten, sondern im Sinne von Schranken erreichbarer Rationalität dazu geführt, die Interdependenz von Programmatik und Organisation zu durchleuchten. In dieser Fassung ist der Gesichtspunkt über Wirtschaftsbetriebe hinaus generalisierbar und bedeutet allgemein, daß die in Entscheidungen erreichbare Rationalität auch von der Organisation kommunikativer Beziehungen abhängt. Diese Einsicht sprengt, auf das Rechtssystem übertragen, die klassische Trennung von materiellem Recht und Verfahrensrecht und müßte die Rechtstheorie veranlassen, die Organisation rechtlicher Entscheidungsprozesse im Hinblick auf ihre Ergebnisse zu überprüfen⁴⁹.

Entscheidungskapazitäten sind im wesentlichen durch die geringe Spannweite menschlicher Aufmerksamkeit und durch Knappheit von Zeit begrenzt. In beiden Richtungen ergeben sich sehr verschiedene Möglichkeiten erweiternder Variation mit sehr verschiedenen Folgeproblemen.

Die Spannweite der bewußten *Aufmerksamkeit* des Einzelmenschen ist aus anthropologischen Gründen im wesentlichen konstant⁵⁰. Die Vermehrung der Kapazität für bewußte Aufmerksam-

48 Vgl. als Beispiele etwa Herbert A. Simon, *A Comparison of Organization Theories, und: Rationality and Administrative Decision Making*, in: *Models of Man* a.a.O., S. 170-182 bzw. 196-206; Richard M. Cyert/James G. March, *A Behavioral Theory of the Firm*, Englewood Cliffs N. J. 1963, oder mit besonderem Hinblick auf Interdependenz Herbert Hax, *Die Koordination von Entscheidungen: Ein Beitrag zur betriebswirtschaftlichen Organisationslehre*, Köln-Berlin-Bonn-München 1965; Eberhard Witte, *Entscheidungsprozesse*, Handwörterbuch der Organisation (Hg. Erwin Grochla), Stuttgart 1969, Sp. 498-506.

49 Darüber darf nicht aus dem Auge verloren werden, daß die primäre Funktion von Verfahren bisher nicht in der Strukturierung von Entscheidungsprozessen lag, sondern in deren Legitimation, und das heißt: nicht im Bereich der sachlichen, sondern im Bereich der sozialen Komplexität. Hierzu ausführlicher Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin 1969.

50 Einen Überblick über die psychologische Forschung und eine Analyse ihrer soziologischen Tragweite gibt Klaus Merten, *Informationsüberlastung und Selektion durch Aufmerksamkeit in politischen Systemen*, Diplomarbeit Münster 1970 (ungedruckt).

keit läßt sich also, wenn wir von der Zeitdimension zunächst absehen, nur durch Vermehrung des Personals erreichen. Es werden mehr Richter eingestellt, mehr Kammern, mehr Senate gebildet usw. Ein Expandieren in diesem Sinne steigert die Komplexität des Rechtssystems in der Dimension der Größe, vielleicht auch (wenn man die Aufgabenstellung differenziert) in der Dimension der Varietät, *nicht aber in der für uns kritischen Dimension der Interdependenz*. Es werden, wohin das Rechtssystem ohnehin tendiert, mehr und verschiedenartigere Entscheidungen getroffen, aber damit steigt nicht ohne weiteres auch die Konnexivität der Fallanalysen. Der vom Einzelnen oder von einem Kollegium bearbeitete Fall wird deshalb nicht beziehungsreicher behandelt. Dazu wäre eine Organisationsstruktur erforderlich, die die Arbeit am Einzelfall differenziert, und zwar nicht nur im Sinne unterschiedlicher Intensitäten der Beteiligung an einem gemeinsamen Aufmerksamkeitsfeld (Berichterstatte, Vorsitzender, Beisitzer), sondern funktional durch Differenzierung der Stimuli für Aufmerksamkeit und Verselbständigung der Beiträge, das heißt durch Abbau der Redundanz im System⁵¹. Dies würde Entscheidungsnetze von einer Größenordnung erfordern, die die bisherige Justizorganisation sprengen müßten, mit dem Verfahrensprinzip kaum vereinbar wären, also allenfalls in einem Planungsunterbau der Legislative, in einem gelegentlich schon angeregten »Amt der Gesetzgebung« eingerichtet werden könnten.

In der *Zeitdimension* gibt es zunächst die Möglichkeit der zeitlichen Ausdehnung von Entscheidungsprozessen. Komplizierte Prozesse dauern dann einfach länger⁵². Insgesamt gesehen würde also

51 Vgl. hierzu Martin Landau, *Redundancy, Rationality and the Problem of Duplication and Overlap*, *Public Administration Review* 27 (1969), S. 346-358 mit Betonung der Gefahren für die Funktionszuverlässigkeit.

52 Für den Bereich der Justiz gibt es einige empirische Untersuchungen dieser Frage, die den Eindruck bestätigen, daß es mehr faktische als rechtliche Komplexität und zwar besonders die Schwierigkeit von Tatsachenfeststellungen ist, die die Prozesse verzögert. Vgl. Hans Zeisel/Harry Kalven, Jr./Bernhard Buchholz, *Delay in the Court*, Boston-Toronto 1959; Maurice Rosenberg/Michael J. Sovern, *Delay and the Dynamics of Personal Injury Litigation*, *Columbia Law Review* 59 (1959), S. 1115-1170, dt. Übersetzung in: Ernst E.Hirsch/Manfred Reh binder (Hg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln-Opladen 1967, S. 323-355. Zur rechtspolitischen Diskussion vgl. Jürgen Baumann/Gerhard Fezer, *Beschleunigung des Zivilprozesses*, Tübingen 1970.

eine Steigerung der Anforderungen an Interdependenz zu einer Verlangsamung der Rechtspflege führen. Langsamkeit ist ein bekanntes Thema einer im allgemeinen recht unvernünftigen Bürokratiekritik". Gerade in der Vermittlung durch die Zeitdimension, das heißt in der Miteinplanung von Zeit, liegen aber die aussichtsreichsten Möglichkeiten der Lösung unseres Problems.

Durch Zwischenschaltung der Zeitdimension wird nämlich das oben als nahezu unlösbar eingeschätzte Problem der Steigerung von Interdependenzen durch Vermehrung des Personals einer Lösung näher gebracht: Man läßt die einzelnen Entscheidungseinheiten den Einzelfall länger und gründlicher bearbeiten und vermindert dafür die Zahl der Fälle, die sie bearbeiten". Auf diese Weise können Wartezeiten eingespart werden, die erfahrungsgemäß gerade die komplizierteren Entscheidungen verzögern (denn einfache Sachen bearbeitet man sofort, schwierigere läßt man liegen). Ob der Effekt die Kosten lohnt, ist teils eine politische Frage, teils eine Frage der Durchsichtigkeit und Berechenbarkeit des Wirkungszusammenhanges. Theoretische Vorausschätzungen des notwendigen Aufwandes dürften schwierig, wenn nicht unmöglich sein. Man wird daher umgekehrt vorgehen, nämlich zunächst Entscheidungsprogramme mit hohen Anforderungen an Interdependenz entwickeln und den Personalbedarf dann an praktischer Erfahrung ablesen müssen. Auch auf diese Weise wäre jedoch allenfalls zu erreichen, daß jeweils eine Stelle des Entscheidungsprozesses mehr Gesichtspunkte in Betracht zieht, nicht jedoch, daß Entscheidungen einer Mehrheit von Stellen koordiniert werden.

Statt an Verlangsamung könnte man schließlich auch an Beschleunigung der Entscheidungsprozesse denken". Unter dem Gesichts-

53 Als Übergang zu einer verständnisvolleren Analyse, die jedoch Langsamkeit zu einseitig auf ein Zwischenspiel von »internal politics« zurückführt, siehe Robert Dubin, *Business Behavior »Behaviorally« Viewed*, in: Chris Argyris u. a., *Social Science Approaches to Business Behavior*, Homewood Ill. 1962, S. 11-55 (30ff.).

54 In unseren Begriffen läuft dieser Ausweg auf eine Verringerung der Größe und eine Steigerung von Interdependenzen, also auf eine Neubalancierung der Komplexität für Teilsysteme des Rechtssystems hinaus.

55 Zu Temposteigerungen, die bei zunehmender Interdependenz erforderlich werden, vgl. für das Gesellschaftssystem Norbert Elias, *Über den Prozeß der Zivilisation: Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, 2. Bde., Basel 1939, Bd. II S. 337 f. und für organisierte Systeme Wilbert E. Moore, *Man, Time and Society*, New York-London 1963, insbes. S. 16 ff.

punkt der Kapazitätsausweitung können das funktional äquivalente Problemlösungen sein, wenngleich die Folgeprobleme sich natürlich unterscheiden. Beschleunigung ging bisher erfahrungsgemäß auf Kosten des Beziehungsreichtums und der Gründlichkeit, weil das Tempo von Bewußtseinsabläufen ebenso wie das Tempo von Kommunikationsprozessen sich, jedenfalls im Schnitt und als Dauereinrichtung gesehen, nicht wesentlich steigern läßt. Erst die Erfindung von informationsverarbeitenden Maschinen eröffnet hier neue Perspektiven. Vom Technischen her steht hier gleichsam Tempo als solches zur Verfügung. Nutzbar ist es jedoch nur, wenn und soweit es gelingt, Rechtsstrukturen in maschinell ausführbare Entscheidungsprogramme zu übersetzen.

Damit entstehen für das Recht Probleme außerhalb der bisher erörterten Dimension. Denn es geht hier nicht mehr um Leistungsgewinne durch Umstrukturierungen im Rahmen eines Systemtypus »soziales System«, sondern um Leistungsgewinne durch Kombination verschiedenartiger Systemtypen, nämlich Sozialsystem und Maschine. Auch diese Problemlage läßt sich systemtheoretisch formulieren⁵⁶: Das Rechtssystem müßte dann beide Systemtypen übergreifen und aufeinander beziehen können, seine Varietät würde nicht nur auf den Ebenen der Entscheidungen, sondern auch auf der Ebene der Teilsysteme und der verwendeten Sprachen steigen, die Integrationsformen müßten generalisiert und die Respezifikationsmechanismen, also die Selektionsleistungen der Entscheidungsprozesse* verstärkt werden. Vor allem nähmen die Ausdrücke ab, mit denen ein solches System als Ganzes beschrieben werden kann - vermutlich bis dahin, daß nicht mehr normative Sätze, sondern nur noch Funktionsangaben verwendet werden können. Mehr an Information über das Rechtssystem im ganzen ist dann auch aus einer Theorie des Systems nicht herauszuholen.

V.

Welche Möglichkeiten der Steigerung der Interdependenz, und damit der sachlichen Komplexität, des Rechts auch realisiert werden können, in jedem Falle beruhen sie auf einem für Entschei-

⁵⁶ Vgl. zum Folgenden Charles Ackerman/Talcott Parsons, *The Concept of »Social System« as a Theoretical Device*, in: Gordon J. Dikenz (Hg.), *Concepts, Theory, and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York 1966, S. 19-40.

dungszwecke ausdifferenzierten besonderen Rechtssystem. Das scheint eine Art point of no return der Rechtsentwicklung zu sein. Diese Einsicht zwingt dazu, in Abweichung von der alteuropäischen Tradition die Gesellschaft und ihr Rechtssystem zu unterscheiden. Das Recht erfüllt, ähnlich wie Erziehung, Wirtschaft usw., eine notwendige Funktion im Gesellschaftssystem, aber das Recht ist nicht die Gesellschaft, und die Gesellschaft ist kein Vertrag. Diese These der Nichtidentität von Gesellschaft und Recht führt vor die Frage der Beziehungen zwischen Gesellschaftssystem und Rechtssystem.

Im kategorialen Rahmen der allgemeinen Systemtheorie steht dafür die Vorstellung der Systemdifferenzierung zur Verfügung. Das Rechtssystem ist, obwohl es eine gesamtgesellschaftliche Funktion erfüllt, nur ein Teilsystem des Gesellschaftssystems. Das bedeutet, daß im Rechtssystem Entscheidungen getroffen werden müssen, die gesellschaftliche Verhältnisse außerhalb des Rechtssystems ordnen sollen. Wir lassen hier offen, ob und wie dieser Doppelbezug im Rechts *begriff* reflektiert werden muß⁵⁷, und fragen statt dessen nach Möglichkeiten, die Beziehungen zwischen Rechtssystem und Gesellschaftssystem systemtheoretisch zu begreifen. Üblicherweise denkt man bei einer solchen Fragestellung zunächst an »Anpassung«: das Rechtssystem passe sich seiner gesellschaftlichen Umwelt an. Damit ist indes nicht viel gewonnen, weil einerseits ausgeschlossen ist, daß das Rechtssystem sich *allen* Strukturen und Prozessen seiner gesellschaftlichen Umwelt anpaßt, und andererseits offenbleibt, welchen es sich anpaßt. Eine bemerkenswerte relative Invarianz von Rechtsstrukturen trotz gesellschaftlichem Wandel (und in diesem Sinne: Nichtanpassung) ist häufig genug nachgewiesen worden; sie liegt zum Beispiel der Vorstellung eines »Funktionswandels« rechtlicher Institutionen zu Grunde⁵⁸. Die Vorstellung einer laufenden Anpassung des Rechtssystems an seine gesellschaftliche Umwelt sowie die Vorstellung einer dadurch garantierten gesellschaftlichen Funktionalität und Integration des Rechts müßte mithin durch Angabe zusätzlicher selektiver Kriterien ergänzt werden.

57 Hierzu vgl. Peter Frey, *Der Rechtsbegriff in der neueren Soziologie*, Diss. Saarbrücken 1962.

58 Siehe statt anderer Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Stuttgart 1965.

Wir sehen ein ergänzendes Kriterium darin, daß ein Rechtssystem für *spezifische Funktionen* in der Gesellschaft *adäquate Komplexität* aufbringen muß. Damit ist einmal gesagt, daß das Rechtssystem nicht so komplex sein muß wie die gesamte Gesellschaft; und weiter, daß die Komplexität des Rechtssystems nicht notwendig in einer *festen* Relation zur Komplexität des Gesellschaftssystems steht in dem Sinne, daß mit steigender gesellschaftlicher Komplexität die Komplexität des Rechts notwendig steigen müßte. Ein solches »law of requisite variety« kann zwar unterstellt werden, wird aber durch funktionale Differenzierung des Gesellschaftssystems in dem Sinne modifiziert, daß die erforderliche Komplexität nur noch für spezifische Funktionen aufzubringen ist, möglicherweise bei gesellschaftlichem Wandel also auch konstant bleiben kann oder durch »Funktionsverlust« erfüllt werden kann. Nur mit einer solchen Zusatzannahme kann dem Umstand Rechnung getragen werden, daß es offensichtlich funktional spezifizierte Teilsysteme der Gesellschaft gibt, die *um ihrer spezifischen Funktion willen* ihre Eigenkomplexität nicht wesentlich steigern können; man denke an die Funktionen der Primärsozialisation in der Familie, die ein Kleinsystem voraussetzen⁵⁹. Damit drängt sich die Frage auf, ob auch das Rechtssystem die Grenze der für es möglichen Komplexität erreicht hat und auf die weitere gesellschaftliche Entwicklung nur noch durch Abstoßen von Funktionen und weitere funktionale Spezialisierung reagieren kann. Die Erfolglosigkeit aller Versuche, Weltgesellschaft in Rechtsform zu konsolidieren⁶⁰, sowie die oben erwähnte Tendenz zu Strukturplanungen außerhalb des Rechts weisen deutlich in diese Richtung. Man könnte daraus schließen, daß das Rechtssystem sich am Problem der Interdependenz übernimmt. Eine denkbare Entwicklungslinie wäre, daß das Recht seine Verbindung zum Verfahrensprinzip, das heißt zum demokratisch und justiziell formalisierten Partizipationsgedanken beibehält und deshalb, weil Verfahren sich organisatorisch nicht zur Entscheidung über sehr komplexe Sachverhalte eignen, funktional auf Absorption von Enttäuschungen zurückgeschnitten wird⁶¹. Struk-

59 Vgl. dazu Dieter Caeassens, *Familie und Wertsystem: Eine Studie zur »zweiten, soziokulturellen Geburt« des Menschen*, 2. Aufl. Berlin 1967.

60 Vgl. Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 (1971), S. 1-35.

61 Hierzu Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, a.a.O.

turplanungen fänden dann zwar ihre Grenze am Recht, das heißt an den Möglichkeiten, die durch sie erzeugten Enttäuschungen verfahrensmäßig in politischer Wahl, Gesetzgebung und Rechtsprechung abzufangen, würden aber selbst nicht in Rechtsform gerinnen. In diesem Falle wäre eine Steigerung der Komplexität und vor allem eine Steigerung der Interdependenzen im Rechtssystem kaum erforderlich; Rechtsfragen könnten nach wie vor punktuell aufgeworfen und entschieden werden.

Allein mit dieser Annahme einer funktionalen Spezifikation des Rechtssystems als Reaktion auf steigende Komplexität der Gesellschaft ist freilich noch wenig Instruktion gewonnen für die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts einer komplexen Gesellschaft. Da das Recht als Erwartungsstruktur gesamtgesellschaftlichen Charakter behält und als Hintergrundicherheit für nahezu alles Handeln relevant bleibt, kann die funktionale Spezifikation des Rechtssystems nicht Isolierung auf ein abtrennbares, für sich bestehendes Sinnfeld bedeuten. Man muß deshalb damit rechnen, daß die Interdependenz von Gesellschaftssystem und Rechtssystem mit hoher Komplexität fortbesteht und größer ist als die Interdependenz von Elementen des Rechtssystems selbst⁶². Das hebt den Systemcharakter des Rechtssystems nicht auf, da Grenzen vor allem auf der Ebene von Rollen und Interaktionsbedingungen definierbar bleiben, bedeutet aber, daß das Rechtssystem die Auswirkungen seiner Entscheidungen auf die Gesellschaft nicht kontrollieren kann. Diese Lage schließt nicht jede Zweckorientierung des Rechts, wohl aber eine Zweckprogrammierung aus in dem Sinne, daß die Richtigkeit der Entscheidungen von dem Eintreten bzw. Vermeiden bestimmter Wirkungen abhängig gemacht wird⁶³.

Weitere Folgerungen betreffen die Rechtsbegriffe. Die kategorialen Reduktionen des Rechts müssen mit hoher gesellschaftlicher Komplexität vereinbar sein. Dieses Erfordernis wird man heute zwar

62 Dieser Sachverhalt wird nicht faßbar, wenn man Systemdefinitionen verwendet, die Systeme durch höhere interne gegenüber externer Interdependenz bestimmen. So z. B. Eliot D. Chappie, *Quantitative Analysis of Complex Organizational Systems*, *Human Organization* 21 (1962), S. 67-80; Karl W. Deutsch, *The Nerves of Government: Models of Political Communication and Control*, New York-London 1963, S. 205.

63 Vgl. oben S. 261 und zu Einzelproblemen einer Zweckprogrammierung Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, a.a.O., S. 177 ff.

nicht mehr als Prinzip der Identität von Freiheit und Recht formulieren, wohl aber weiterhin als Gesichtspunkt der Analyse und Kritik rechtlicher Kategorien verwenden können. Die *Reduktionen* des Rechts dürfen eine *Steigerung* gesellschaftlicher Komplexität nicht verhindern, sie müssen sie ermöglichen. Wesentliche dogmatische Erfindungen unserer großen juristischen Vergangenheit, etwa die des Konsensualvertrags, der juristischen Person, des subjektiven Rechts, hatten diese Funktion. Sie alle sind sehr leistungsfähige Selektoren in dem Sinne, daß sie trotz hoher gesellschaftlicher Komplexität fallweise relativ einfache Entscheidungen ermöglichen, ohne daß diese Entscheidungen mit ihrer Bindungswirkung gesellschaftliche Komplexität abbauen. Diese ihre Funktion wird nur bei einer systemtheoretischen Analyse erkennbar, die ein Komplexitätsgefälle zwischen Gesellschaftssystem und Rechtssystem in Rechnung stellt. Sie ist zwar kein Axiom, aus dem mit logischen Mitteln Entscheidungsergebnisse deduziert werden könnten, wohl aber ein Gesichtspunkt, unter dem Rechtsfiguren in ihrem Doppelaspekt als Systemstruktur und als Entscheidungsprämisse beurteilt werden können.

Schließlich bietet die Systemtheorie und besonders die Vorstellung einer Differenzierung von Gesellschaftssystem und Rechtssystem die Möglichkeit, Recht als *Kontingenzregulierung* zu begreifen, und zwar nicht nur in seiner Normativität als kontrafaktisch erwarteter, deshalb aber noch nicht effektiver Ausschluß anderer Möglichkeiten, sondern mit Hilfe einer näher angebbaren System/Umwelt-Beziehung. Alles Recht steht in einer grundlegenden Beziehung zum Problem der Kontingenz menschlichen Handelns, das heißt zu der unabweisbaren Tatsache, daß Menschen auch anders handeln können, als erwartet wird. Auch Systembildungen schließen diese Kontingenz nicht aus. Wenn aber Systeme für rechtlich bindendes Entscheiden eingerichtet werden, gewinnt dieses Problem eine besondere Form, nämlich die Form *doppelkontingenter Sicherheit*. Kontingenz wird dann nicht direkt negiert, nicht dadurch abgebaut, daß man sie beseitigt und das Handeln auf eine einzige Möglichkeit, also Notwendigkeit, zurückschneidet, sondern dadurch, daß man sie *erhöht*. Es wird neben der Kontingenz gesellschaftlichen Handelns ein zweiter Bereich ebenfalls kontingenten Handelns, nämlich das System rechtlichen **Entschei-**dens geschaffen. Beide Systeme jeweils kontingenten Handelns

lassen sich dann durch nichtkontingente Beziehungen verknüpfen, zumindest durch Beziehungen verringerter Kontingenz. Es bleibt zwar offen, ob und wie gehandelt und ob und wie entschieden wird; aber es wird festgelegt und mehr oder weniger durchgesetzt, daß, *wenn* gehandelt wird, *dann* auch entschieden wird. Die Beziehung zwischen Gesellschaftssystem und Rechtssystem gewinnt damit die Form einer *nichtkontingenten Verknüpfung kontingenter Sachverhalte*. Die Struktur wird also nicht konkret an die Sicherheit von Ereignissen gebunden, sondern in einer höheren Abstraktionslage als Beziehung zwischen unsicher bleibenden Ereignissen entwickelt. Der Strukturgewinn baut, ähnlich wie in der Psychologie kognitiver Prozesse*, auf gesteigerter Unsicherheit und auf Selektion kritischer Beziehungen zwischen Unsicherheiten auf. Er ist in dieser Form mit hoher Komplexität von psychischen und sozialen Systemen kompatibel.

Diese Analyse bestätigt unsere Annahme, daß zwischen Steigerung und Reduktion von Komplexität kein Ausschließungsverhältnis besteht, sondern ein Bedingungsverhältnis besonderer Art. Auch Sicherheit gegenüber kontingenten Ereignissen kann nur indirekt durch Erhöhung der Unsicherheit gewonnen werden, weil nur auf diese Weise Systeme in einer für sie komplexen und kontingenten Umwelt aufgebaut werden können. Im Bereich der Rechtstheorie könnten diese Überlegungen Anlaß geben, den Begriff der Rechtssicherheit zu überdenken. Rechtssicherheit ist nicht die archaisch-naive Sicherheit, im Recht zu sein und sein Recht behaupten zu können, sondern nur jene Sicherheit, die den Rechtsträger selbst in Unsicherheit versetzt: daß er, *wenn* er im Recht ist, sein Recht durchsetzen kann. Deshalb ist bei einer Trennung von Gesellschaftssystem und Rechtssystem immer auch mit einem Sicherheitsstreben zu rechnen, das nicht in den Formen des Rechts verläuft: mit Korruption, mit machtmäßig fundierten Paktierungen, die die Gerichtsbarkeit umgehen, oder mit Ausweichen auf relativ rechtsfreie Sicherheiten, etwa Geldbesitz.

Gerade an diesem Beispiel der Kontingenzregulierung wird deutlich, was die Systemtheorie zur Rechtstheorie beizutragen vermag. Die Rechtswissenschaft hat sich bisher im wesentlichen als normative Wissenschaft verstanden und sich damit an die Perspektive

64 Vgl. Wendell R. Garner, *Uncertainty and Structure as Psychological Concepts*, New York-London 1962.

ihres Gegenstandes, des Rechts selbst gebunden. Daraus, daß das Recht eine normative Struktur ist, folgt aber keineswegs, daß die Rechtswissenschaft sich auf die Verwendung normativer Begriffe und auf »Erkenntnisse«, die zugleich als Rechtssätze fungieren können, beschränken müßte. Eine systemtheoretische Analyse erweitert demgegenüber das Blickfeld und kann zeigen, daß die Funktion des Rechts nicht allein dadurch erfüllt wird, daß Normen gesetzt und befolgt werden. Abstraktionsgewinne dieser Art dürften wichtig werden in dem Maße, als die Rechtswissenschaft sich über die reine Normexegese hinaus für Arbeiten an einer überdogmatischen, überpositiven Theorie des Rechts zu interessieren beginnt.

Funktionale Methode und juristische Entscheidung

Rechtswissenschaft und Soziologie kennen nur wenige gemeinsam benutzte Begriffe. Einer von ihnen ist der umstrittene Begriff der Institution, ein anderer der Begriff der Norm, ein dritter der Begriff der Funktion. Gleichbenannte Begriffe solcher Art verlocken zum Brückenschlag. Es ließe sich denken, daß sie dazu verhelfen könnten, der Rechtswissenschaft soziologische Erkenntnisse zuzuführen. Andererseits ist höchste Vorsicht am Platze, wenn Begriffen solch eine Drehscheibenfunktion unterstellt wird. Es besteht die Gefahr unbemerkter Sinnverschiebungen beim Übergang aus dem einen in den anderen Sinnbereich, die Gefahr der Scheinidentität der Begriffe. Nur eine genauere Analyse kann aufhellen, ob und wieweit solche Vermittlungsdienste wirklich geleistet werden können.

So wird ein Soziologe ziemlich rasch erkennen, daß der soziologische Begriff der Institution bzw. Institutionalisierung, sofern man überhaupt von einem einheitlichen Begriff sprechen kann, nicht die Erwartungen abdeckt, die der Jurist hegt, wenn er mit diesem Begriff seine Rechtsquellentheorie oder seine Interpretationsweise in der sozialen Wirklichkeit verankern zu können glaubt. Die gleiche Frage stellt sich für den Begriff der Funktion. Die Rechtswissenschaft erwartet Hilfe von der Soziologie, wenn sie sich um Klärung der sozialen Funktionen von Rechtsnormen oder von Denkfiguren ihrer Dogmatik bemüht. Und die Soziologie hat in der Tat ein analytisches Instrumentarium, das sie funktionale Methode nennt, zur Verfügung. Aber kann diese funktionale Methode das leisten, was der Jurist sich unter Klärung der sozialen Funktion eines Rechtssatzes oder Rechtsbegriffes vorstellt? Kann also eine soziologische Methode in der Rechtspraxis Auslegungs- und Entscheidungshilfe leisten? Und lassen sich gar beide Wissenschaften auf der Grundlage einer durchgehenden Methodenkonzeption vereinheitlichen?

Diese Fragen lassen sich nicht mit einem schlichten Ja oder Nein beantworten, sondern erfordern eine sorgfältige Abwägung. Dabei werden wir die Frage nach der gesellschaftlichen Funktion des Rechts ausklammern. Sie ließe sich nur im Rahmen einer abstrakt angesetzten Theorie der Erwartungsstabilisierung beantworten, für deren Darstellung hier der Raum fehlt. Die besonderen Denkvoraussetzungen und Arbeitsperspektiven des soziologischen Funktionalismus lassen sich besser an einer konkreteren Fragestellung vorführen, nämlich der Frage nach der Funktion bestimmter juristischer Gesetze, Denkfiguren, Rechtsinstitute oder Entscheidungen. Zunächst müssen (I) Sinn und Funktion des Funktionsbegriffs im Kontext der juristischen Argumentation geklärt werden. Dann müssen wir (II) versuchen, einen Überblick über die soziologische Methode zu gewinnen. Dabei wird sich herausstellen, daß die soziologische Methode den Erwartungen des Juristen nicht entspricht, sondern genau gegenläufig orientiert ist. Dies Ergebnis fordert dazu auf, sich (III-VI) sehr viel kompliziertere, damit aber auch realistischere Gedanken über Möglichkeiten einer interdisziplinären Kooperation von Soziologen und Juristen zu machen.

I.

Das rechtswissenschaftliche Postulat einer funktional an sozialer Wirklichkeit orientierten Rechtstheorie hat kürzlich durch Krawietz eine zusammenfassende Darstellung erfahren, an die wir anknüpfen können'. Danach ist mit Funktion eine finale Struktur, eine objektive Zweckrichtung gemeint. Die Funktion eines Rechtsinstituts oder eines Rechtssatzes bestehe in einer die Wirklichkeit gestaltenden Aufgabe, in der Bewirkung geschätzter Wirkungen, in einem Zweck. Der Sinn des Funktionsbegriffes liegt dann lediglich darin, das Objektiv-Zweckmäßige mit einem Schein von technischer Eindeutigkeit gegen die bloß subjektiv gemeinten Zwecke abzusetzen. Dies schon ist eine erste und auffällige Diskrepanz zum soziologischen Funktionalismus, der den noch bei Dürkheim dominierenden teleologischen Funktionsbegriff praktisch aufgege-

i Siehe Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion*, 1967.

z Vgl. insb. Dürkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris 1895, und dazu Pierce, *Dürkheim and Functionalism*, in: K. H. Wolff (Hrsg.), *Emile Dürkheim*,

ben hat³. Eine soziologische Theorie sozialer Systeme kann den Funktionsbegriff nicht mehr durch den Zweckbegriff definieren, wenn sie auch die Funktion von Zwecken noch zum Problem machen will⁴.

Diese Diskrepanz des juristischen und des soziologischen Funktionsbegriffs läßt sich nicht nur mangelhafter Orientierung der Rechtswissenschaft über die logische und praktische Problematik der Zweckkategorie zuschreiben. Sie hat symptomatische Bedeutung. Wenn der Jurist einem seit Jahrhunderten angesammelten Wissen zuwider den Glauben an den Aussagewert der Zweckkategorie aufrechterhält, wird er seine Gründe dafür haben. Diese Gründe wird man in der Struktur seiner Entscheidungssituation, in seinen Entscheidungsprogrammen suchen müssen.

In der Tat findet der heutige Jurist seine Entscheidungsaufgabe typisch konditional programmiert vor und nicht primär durch Zwecke oder Funktionen festgelegt. Sein Programm hat die Form »Wenn-Dann«, und seine Aufgabe ist es herauszufinden, ob die »Wenn«-Bedingungen erfüllt sind, die das »Dann« auslösen. Dazu muß er zuweilen hoch abstrakt formulierte Konditionen »auslegen« und zugleich Informationen prüfen, ob sie diese Bedingungen erfüllen. Zwecke haben in solchen Konditionalprogrammen keine wesentliche Funktion, sie sind vielmehr Programm eines andersartigen, entgegengesetzten Stils, da sie nicht auslösende Ursachen, sondern zu bewirkende Wirkungen konstant setzen. Bei konditional programmiertem Entscheiden können daher Zweckerwägungen 1858-1917, Colurhbus/Ohio 1960, S. 154-169. In der französischen Soziologie wird diese Begriffstradition auch heute noch gepflegt. Vgl. z. B. Gurvitch, *La vocation actuelle de la sociologie*, 3. Aufl., Bd. I, Paris 1963, S. 333 ff.; Janne, *Fonction et finalité en sociologie*, *Cahiers internationaux de sociologie* 16 (1954), S. 50-67.

3 Siehe z. B. Merton, *Social Theory and Social Structure*, 2. Aufl., Glencoe/Ill. 1957, S. 37 ff.; Levy, *The Structure of Society*, Princeton/N. J. 1952, S. 78 f.; Barber, *Structural-Functional Analysis*, *American Sociological Review* 21 (1956), S. 129-135 (134 f.); Johnson, *Sociology*, New York 1960, S. 77. Bei manchen Autoren ist diese Verabschiedung des teleologischen Funktionsbegriffs allerdings nicht leicht zu erkennen, weil sie einen abstrakteren Begriff von Teleologie verwenden, der Mechanismen der Systemerhaltung jeder Art deckt, und erst in dessen Rahmen gegen das alte, Werturteile implizierende Zweckdenken polemisieren. Siehe z. B. Nagel, *Teleological Explanation and Teleological Systems*, in: Ratner (Hrsg.), *Vision and Action*, New Brunswick/N.J. 1953, S. 192-222; oder Emmet, *Function, Purpose and Power*, London 1958, S. 45 ff.

4 Als Ausarbeitung der dazu notwendigen Umstellung von Zweckrationalität auf Systemrationalität vgl. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1968.

nur sekundär zur Ausräumung von Auslegungszweifeln herangezogen werden. Unser Recht ist nicht mehr wie das alteuropäische Naturrecht als Darstellung guter Zwecke des Handelns konzipiert, also nicht mehr inhärent ethisch-teleologisch gebaut, sondern von Zweckerwägungen und daher auch von Zweckverantwortung weitgehend entlastet. Die finale Struktur ist *nur noch* für die Setzung und die Auslegung von Normen relevant.

Dem entspricht, daß eine gründliche Abwägung der Folgen seiner Entscheidung nicht zum Programm des Juristen gehört. Wenn eine Prüfungsordnung zum Beispiel vorsieht, daß ein Kandidat, der in der schriftlichen Prüfung in zwei Fächern mangelhaft war, von der mündlichen Prüfung ausgeschlossen wird, bedarf es keiner weiteren Abwägung, welche Folgen eine solche Mitteilung an ihn hat. Weder stellt der Jurist in dieser Hinsicht Kausalhypothesen oder Wahrscheinlichkeitsrechnungen auf, noch wertet er erwartbare Folgen im Vergleich zu der im Programm vorgezeichneten Wirkung. Das heißt: Er benutzt diese Wirkung nicht eigentlich als Zweck, nämlich als Grundlage einer Wahl, sondern sieht in ihr nur die fraglose Wirkung, die immer dann einzutreten hat, wenn die vorgesehenen Bedingungen zutreffen. Selbst wenn der Kandidat sich das Leben nimmt, hat nicht das Prüfungsamt die Schuld, obwohl es den Tod bewirkt hat.

Eine solche Entlastung von voller Folgenverantwortung ist notwendig, wenn die Funktion des Konditionalprogramms erfüllt werden soll, erwartbare Ereignisreihen zuverlässig in Aussicht zu stellen'. Auch durch den Gleichheitssatz ist diese Struktur zementiert. Würde der Jurist für situationsbedingte Folgen seiner Entscheidung verantwortlich gemacht werden, müßte er ganz andere Informationen in den Entscheidungsgang aufnehmen und verarbeiten, müßte er einen ganz anderen Arbeits- und Prüfstil entwickeln, Voraussagen, Wahrscheinlichkeitserwägungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen und Nebenfolgenbewertungen durchführen, und er würde damit zu einem unberechenbaren Element werden, und dies um so mehr, je rationaler er verfahren würde. Weder die durchgehende Sicherheit des Erwartens noch die Gleichheit der Behandlung ließen sich gewährleisten, weil Zwecke die Entschei-

5 Hierzu vortrefflich Eckhoff-Jacobsen, *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-making*, Kopenhagen 1960. Siehe auch Aubert, *The Hidden Society*, Totowa 1965, insb. S. 49 f., 75 ff.

dung nicht in gleicher Weise festlegen können wie Konditionalprogramme.

Nur in ziemlich komplexen Gesellschaften wird man einen so hohen Bedarf für Sicherstellung von Ereignisketten finden⁶ und zugleich die Möglichkeit, die Struktur des Rechts so weit von situationsmäßiger Folgenverantwortung zu entlasten, daß das Recht institutionell auf die Form von Konditionalprogrammen gebracht werden kann. Den allgemeinen sozialstrukturellen Voraussetzungen für eine solche Umstrukturierung des Rechts kann hier, so reizvoll das Thema wäre, nicht nachgegangen werden⁷. Ein Gesichtspunkt ist für die folgenden Überlegungen jedoch zentral: Jene Entlastung von Folgenverantwortung, von politischen und planerischen Risiken bei der Programmausführung wird nur erträglich sein, wenn über die Programme selbst entschieden werden kann, und dies unter dem Gesichtspunkt von Zwecken. Umstellung auf konditionale Programmform setzt mithin Positivierung des Rechts voraus. Die Zweckorientierung der Rechtspolitik kompensiert die Entlastung der Rechtsausführung von Zweckermägungen. Darin hegt eine sinnvolle, wenn auch im einzelnen problematische, funktionale Differenzierung. Programmierende und programmierte Entscheidungen operieren mithin unter verschiedenartigen Entscheidungsprämissen und müssen deshalb auch organisatorisch eindeutig getrennt werden. Nur so ist der komplexe und variable Aufbau eines modernen Rechtssystems ausbalancierbar.

Diese Überlegungen machen die Grundzüge der spezifisch juristischen Einstellung zum Zweck oder zur Funktion von Rechtsnormen verständlich. Das Problem liegt für den Juristen nicht in der Kalkulation und Rechtfertigung der Wirkungen seines Handelns, sondern in der Auslegung gesetzter Rechtsnormen. Sofern diese die Bedingungen bestimmter Entscheidungen nicht eindeutig definie-

⁶ Hierbei ist auch zu beachten, daß das Sicherheitsproblem selbst sich verschiebt. Es geht nicht mehr nur um Sicherheit vor Gewalttaten und Rechtsbrüchen, sondern um Sicherheit vor gesellschaftlich und rechtlich zulässigen, aber unübersehbaren Selektionen anderer. Eben deshalb wird es notwendig, Sicherheiten *konditional* zu gewährleisten.

⁷ Für einige weitere Bemerkungen dazu siehe Luhmann, Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates, in: Studien über Recht und Verwaltung, 1967, S. 81-102; ders., Positives Recht und Ideologie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 53 (1967), S. 531-571.

ren - und nur dann! -, 'wird auf der Suche nach zusätzlichen Entscheidungshilfen der Zweck oder die Funktion der Norm in Betracht gezogen. Entlastet von der unmittelbaren logischen und praktischen Problematik der Zweckorientierung und unter dem Zwang zur Entscheidung stehend, neigt der Jurist dazu, Zwecke und Funktionen für instruktiver zu halten, als sie es sind, und den Informationswert dieser Kategorien zu überschätzen, indem er zum Beispiel die typische und unvermeidliche Alternativität von Ursachen und Wirkungen, die dem Zweck/Mittel-Schema erst seinen Sinn gibt, außer acht läßt⁸. Er sieht die bezweckte Wirkung zu isoliert in künstlicher Prägnanz. Eine der Folgen dieser Überpräzisierung ist, daß Rechtsvollzüge gesetzgeberisch umfunktionierte werden - z. B. von Strafe auf Sicherheitsverwahrung oder auf Erziehung - ohne daß sich in den sozialen Funktionen Wesentliches änderte⁹.

Ein anderer Grund für die gleiche Sichtverengung liegt darin, daß der Jurist es mit letztlich zwangsweise durchsetzbaren Entscheidungen zu tun hat. Das verführt ihn dazu, sich die Funktion seiner Entscheidung oder der Normen, die sie leiten, als eine Wirkung vorzustellen, die notfalls zwangsweise bewirkt werden kann¹⁰.

8 Das ließe sich durch eine genauere Analyse der Denkfiguren belegen, mit denen der Jurist das Zweck/Mittel-Schema behandelt. Zum Beispiel wird bei der immer wieder gebrauchten Regel, daß ein Recht oder eine Aufgabe die dazu notwendigen Mittel bewilligen müsse (siehe z. B. § 89 Einl. ALR), die Notwendigkeit des Mittels unterstellt. Das ist in der Tat notwendige, wenn auch nicht zureichende Bedingung eines Schlusses von Zweck auf das Mittel - siehe von Wright, *Practical Inference*, *Philosophical Review* 72 (1963), S. 159-179, zu den selbst dann noch auftretenden logischen Schwierigkeiten. Dabei handelt es sich aber um einen irrelevanten Grenzfall, in dem die Unterscheidung von Zweck und Mittel ihren Sinn verliert. Ein anderes Beispiel wären die Erwartungen, die sich mit dem Aussagewert des Prinzips der »Verhältnismäßigkeit« des Mittels verbinden. Vgl. insb. von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1955, und Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961. Ein solches Prinzip zwingt dazu, sich die Entscheidungslage durch apokryphe Bewertung von Nebenfolgen zu vereinfachen.

9 In den genannten Beispielen kann es eine der Funktionen des Gesetzes sein, eine unkritische Haltung der Öffentlichkeit gegenüber freierem richterlichem Ermessen sicherzustellen. Vgl. dazu Tappan, *Delinquent Girls in Court*, New York 1947, insbes. S. 222.

10 Mit Recht wird heute von niederländischen Rechtssoziologen auf diese Eigentümlichkeit der älteren soziologischen Jurisprudenz, unter anderem auch der deutschen Interessenjurisprudenz, hingewiesen. Vgl. Glastra van Loon, *La sociologia del diritto in Olanda*, in: Treves (Hrsg.), *La sociologia del diritto*, Milano 1966, S. 79-95 (88 ff.) und die dort referierte Diskussion.

Damit erfaßt er aber nur einen kleinen Ausschnitt der Gesamtwirkungen eines Gesetzes und auch nur einen Ausschnitt der funktional sinnvollen Wirkungen.

Aus dieser Entscheidungslage ergeben sich die Erwartungen, welche die Rechtswissenschaft mit dem Begriff der Funktion verbindet und an die Soziologie weiterleitet: Die Soziologie soll dazu beitragen, den unvermeidlich hohen Abstraktionsgrad vieler Rechtsnormen, der zu viele Entscheidungsmöglichkeiten offenläßt, zu reduzieren, indem sie die Funktion angibt, die bestimmte Normen oder bestimmte Entscheidungen in der Wirklichkeit erfüllen, und es so ermöglicht, die »Wirkung der Norm und der Entscheidung im Rahmen des Gesamtsystems« bei ihrer Auslegung als Entscheidungsmotiv zu berücksichtigen. Was aber tut der Jurist, wenn er aus der gegenwärtig besten soziologischen Analyse der Funktion eines Gesetzes erfährt, es handele sich um »Flucht in die Phantasie«, allenfalls noch um Lösung innerpolitischer Gruppenkonflikte durch Formulierung unwirksamer Paragraphen¹¹? Oder wenn sich herausstellt, daß es die Funktion von Gesetzen gegen Landstreicherei war, billige Arbeitskräfte zu beschaffen¹²? Oder wenn der amerikanischen Antitrust-Gesetzgebung nachgesagt wird, ihre Funktion sei es, ein politisches Alibi und eine juristische Begründungsmöglichkeit für die Bildung von Trusts zu liefern? Oder wenn gezeigt wird, daß Verbote von Waren oder Leistungen die Funktion von »Schutzzöllen« übernehmen, die es ermöglichen, die Preise für das Verbotene hoch zu halten¹³? Hier spätestens muß

11 So Mestmäcker, *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht*, Schriften des Vereins für Socialpolitik 33 (1964), S. 103-119 (109).

12 Siehe Aubert, *Some Social Functions of Legislation*, *Acta Sociologica* 10 (1966), S. 98-120, dt. Übers. in: Hirsch-Rehbinder (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1967, S. 284-309. Ausführlicher dazu: Aubert-Eckhoff-Sveri, *En lov i søkelyset*, Oslo 1952, insb. S. 170 ff.; und als Überblick über ähnlich orientierte Untersuchungen Eckhoff, *La sociologia del diritto*, in: Treves (Hrsg.), a.a.O. (s. Anm. 10), S. 37-77 (45 ff.). Bei skandinavischen Autoren wird man vermuten dürfen, daß der teleologische Funktionalismus der Schule von Uppsala damit bewußt aufgegeben wird.

13 Vgl. Chambliss, *A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy*, *Social Problems* 12 (1964), S. 67-77.

14 Vgl. Packer, *The Crime Tariff*, *The American Scholar* 33 (1964), S. 551-557.

ihm deutlich werden, daß er für Soziologie nur ein selektives Interesse aufbringen kann".

II.

Auf den ersten Blick könnte man vermuten, daß Soziologie darauf vorbereitet wäre, jene Fragen des Juristen direkt zu beantworten. Wenn man nach förmlichen Definitionen des soziologischen Funktionsbegriffs sucht, findet man typisch Formulierungen wie: Funktion ist jeder Beitrag zur Erhaltung eines Systems oder zur Erhaltung bestimmter Systemzustände*. Es scheint danach, als ob die funktionale Methode die kausalen Bedingungen der Erhaltung von Systemen zu klären beanspruche, ihre Ergebnisse also dem Juristen sagen könnten, welche Entscheidungen getroffen werden müßten, damit soziale Systeme erhalten bleiben. Und so war der frühe Funktionalismus durchaus gemeint. Nach zwanzig Jahren kritischer Diskussion¹⁷ ist dieser Optimismus einer vorsichtigen Skepsis gewichen, die noch einer Gesamtdeutung harrt.

Die genauere methodologische Analyse der funktionalistischen These vor allem durch neupositivistisch orientierte Autoren hat manche Schwierigkeiten aufgedeckt¹⁸. Sie konzentrieren sich in den

15 Eine entsprechend verkürzende und vereinfachende Perspektive auf soziologische Forschungen ist übrigens auch für andere primär entscheidungswissenschaftlich orientierte Disziplinen bezeichnend. Für die betriebswirtschaftliche Sicht auf soziologisch erforschte informale Strukturen sieht man das bei Grün, *Informale Erscheinungen in der Betriebsorganisation: Eine betriebswirtschaftliche Untersuchung*, 1966.

16 Siehe als repräsentative Beispiele: Radcliffe-Brown, *On the Concept of Function in Social Science*, *American Anthropologist* 37 (1935), S. 394-402 (395 f.), neu gedruckt in: ders., *Structure and Function in Primitive Society*, Glencoe/IU. 1951, S. 178-187; Parsons, *The Social System*, Glencoe/Ill. 1951, S. 20 f.; Nagel, *The Structure of Science*, New York 1961, S. 401 ff.

17 Einen neueren Überblick vermittelt Steinbeck, *Einige Aspekte des Funktionsbegriffs in der positiven Soziologie und in der kritischen Theorie der Gesellschaft*, *Soziale Welt* 15 (1964), S. 97-129. Seitdem namentlich Martindale (Hrsg.), *Functionalism in the Social Sciences*, Philadelphia 1965.

18 Vgl. z. B. Hempel, *The Logic of Functional Analysis*, in: Gross (Hrsg.), *Symposium on Sociological Theory*, Evanston/Ill. - White Plains/N. Y. 1959, S. 271-307; Davis, *The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology*, *American Sociological Review* 24 (1959), S. 757-772; Mayntz, *Kritische Bemerkungen zur funktionalistischen Schichtungstheorie*, in: Glass-König (Hrsg.), *Soziale Schichtung und soziale Mobilität, Sonderheft 5 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 1961, S. 10-28; Bergmann, *Purpose, Function*,

Fragen, wie man den »Bestand« eines sozialen Systems als Wirkung spezifisch angegebener Ursachen begreifen könne und worin sich, wenn das möglich sei, die funktionale Methode überhaupt von der üblichen Erforschung kausaler Gesetzmäßigkeiten unterscheide. Befriedigende Antworten darauf sind ausgeblieben.

Innerhalb der funktionalen Methodologie sind statt dessen Begriffe und Techniken ausgebildet worden, die eine kaum mehr zu bewältigende Komplexität des Untersuchungsfeldes konstituieren. Zunächst sucht der Funktionalismus neben den manifesten, also bezweckten oder doch mitbedachten Wirkungen auch latente Funktionen zu erfassen, also den Orientierungshorizont des Handelns zu erweitern. Dabei geht es nicht nur darum, Übersehenes oder Vergessenenes ins Bewußtsein zu rücken. Vielmehr richtet sich das soziologische Interesse auch und gerade auf »notwendige Latenz«, das heißt auf funktionale Beziehungen, die der Handelnde nicht in sein Bewußtsein aufnehmen kann - sei es, weil das Handeln dadurch seine Motivierbarkeit verlöre; sei es, daß es sich in Widersprüche verwickelte; sei es, daß das Potential für Aufmerksamkeit dadurch überfordert werden würde¹⁹. Die oben erwähnte »Flucht in die Phantasie« ist eine notwendig latente Funktion eines Gesetzes. Schon hier zeigt sich, daß der Funktionalismus mehr Sachverhalte aufklären will, als Handlungsgrundlage werden können, und damit in gezielter Weise das Rechts- und Programmbewußtseins des Handelnden unterhöhlt. Dazu kommt, daß die Forschung nicht nur funktionale, sondern auch dysfunktionale, den Bestand gefährdende Folgen ins Auge faßt, und auch hier manifeste ebenso wie latente Dysfunktionalität. Nicht nur im Positiven, sondern auch im Negativen wird der Aufmerksamkeitbereich des Handelnden gesprengt.

Dies ist aber erst eine Dimension der Komplizierung. Weiterhin müssen Multifunktionalität und Alternativität berücksichtigt werden. Das heißt: Jede konkrete Leistung hat eine Vielzahl von manifesten und latenten Funktionen und Dysfunktionen. Funktio-

Scientific Explanation, *Acta Sociologica* 5 (1962), S. 225-238; Carlsson, Reflections on Functionalism, *Acta Sociologica* 5 (1962), S. 201-224, vgl. Übers. in: Topitsch (Hrsg.), *Logik der Sozialwissenschaften*, 1965, S. 236-261; Brown, Explanation in Social Science, London 1963, S. 109 ff.; Homans, *Contemporary Theory in Sociology*, in: Faris (Hrsg.), *Handbook of Modern Sociology*, Chicago 1964, S. 951-977.

¹⁹ Vgl. dazu Schneider, The Role of the Category of Ignorance in Sociological Theory, *American Sociological Review* 27 (1962), S. 492-508.

nale Spezifikation ist ein Sonderfall, der nur unter sehr voraussetzungsvollen Bedingungen (zum Beispiel durch. Organisation) und selbst dann nur annäherungsweise erreicht werden kann". Umgekehrt gesehen gilt das Analoge: Jede bestimmte Funktion kann durch eine Vielzahl funktional-äquivalenter Leistungen erfüllt werden. Das macht es unmöglich, aus einer Funktion auf eine Leistung, aus Zwecken auf Mittel, aus Problemen auf Problemlösungen zu schließen. Selbst aus der Prämisse, daß ein bestimmtes System erhalten bleibt, kann man nicht ableiten, wie es erhalten bleibt". Eine Funktion eignet sich also nicht als Element einer Kausalhypothese, sondern nur als Regel für die Feststellung funktionaler Äquivalenzen, also für einen Vergleich oder praktisch als Substitutionsregel.

Schließlich ist die Variierbarkeit der Systemreferenz zu bedenken. Funktionale Analysen können sich auf jedes Sozialsystem beziehen, zum Beispiel auf die Gesellschaft im ganzen, auf ihr politisches System, auf die bürokratische Verwaltung in diesem System, auf einzelne Ressorts, einzelne Behörden, einzelne Referate oder Ausschüsse, ja selbst auf einzelne Konferenzen. Das heißt nicht nur, was selbstverständlich ist, daß der Wissenschaftler den Gegenstand seiner Analyse wählen kann. Bemerkenswerter ist, daß Feststellungen über manifeste oder latente Funktionen und Dysfunktionen nur systemrelativ getroffen werden können und sich mit der Änderung der Systemreferenz verschieben. Was für ein System funktional ist, kann in einem anderen irrelevant oder dysfunktional sein, was zum reibungslosen Ablauf einer Konferenz beiträgt, braucht keine nachweisbare Bedeutung für die »Erhaltung der Gesellschaft« zu haben. Ferner müssen auch alle funktionalen Äquivalenzen systemrelativ gesehen werden. Ein Austausch funktional äquivalenter Leistungen kann in einem System reibungslos vollzogen, in anderen dagegen, weil die Auswirkungen dort nicht

20 Eine der grundlegenden Thesen der Parsonsschen Systemtheorie lautet zum Beispiel, daß funktionale Spezifikation nur durch Untersystembildung verwirklicht werden kann, wobei in den Untersystemen zwar bestimmten Funktionen ein Primat gegeben werden kann, trotzdem aber alle übrigen Funktionen der Systemerhaltung miterfüllt werden müssen.

21 Hier liegt einer der Einwände gegen die funktionale Methode begründet: Sie sei nicht imstande, Voraussagen oder Erklärungen bestimmter Verläufe zu liefern, könne also keine verifizierbaren Hypothesen aufstellen. Siehe statt anderer Hempel, a.a.O. (s. Anm. 18), S. 284 ff.

äquivalent sind, zu beträchtlichen Störungen führen. Funktionale Feststellungen sind mithin nur eindeutig, wenn mit angegeben wird, auf welches System sie sich beziehen.

Zieht man all das zusammen in den Blick, dann fällt als durchgehendes Moment die überwältigende Komplexität der Gegenstands-sicht des Funktionalismus auf. In der Tat scheint dies die heimliche Intention, die latente Funktion des Funktionalismus zu sein, Sachverhalte von sehr hoher und doch geordneter Komplexität zu erfassen. Man kann heute davon ausgehen, daß die klassische Konzeption kausaler »Gesetze«, die bestimmte Ursachen mit bestimmten Wirkungen notwendig verbinden, für die Analyse sehr komplexer Systeme nicht ausreicht. Die statistische Bearbeitung großer Mengen gleichförmiger und zufällig streuender Daten und die kybernetischen Versuche der Manipulation von »black boxes«, deren Inneres sich infolge Komplexität dem eindringenden Blick entzieht, sind andere Reaktionen auf diesen Tatbestand²². Auf andere, aber funktional äquivalente Weise sucht auch der Funktionalismus nach Möglichkeiten der Erforschung von Systemen, die so komplex und so rasch veränderlich sind, daß eine genaue Erfassung aller inneren und äußeren Zusammenhänge in begrenzter Zeit, während der sich das System laufend ändert, praktisch ausgeschlossen ist.

Nimmt man diesen in der funktionalen Methode enthaltenen Bezug auf sehr hohe Komplexität ernst, liegt es nahe, das Problem der Komplexität auch zum Bezugsproblem soziologischer Theorie zu machen²³. Damit aber steuert die Soziologie in eine überraschende Nähe zu den normativen und entscheidungstheoretischen Wissenschaften. Wenn allem Handeln ein Übermaß an Komplexität vorgegeben ist, gehört eine Reduktion auf normativ gestützten und verengten Sinn zu den unumgänglichen Requisiten sozialen Handelns - und zwar nicht, weil letzte Werte oder Normen »an sich« gelten, sondern weil Handeln nur mit Hilfe normierter Erwartun-

22 Vgl. dazu auch weaver, *Science and Complexity*, *American Scientists* 36 (1948), S. 536-544, mit dem trotz aller Fortschritte noch unverändert aktuellen Hinweis, daß der Engpaß wissenschaftlicher Entwicklung in der Erforschung von Systemen mit hoher, aber geordneter Komplexität liege.

23 Als weitere Ausarbeitung dieses Gedankens siehe Luhmann, *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 19 (1967), S. 615-644.

gen sinnhaft identifizierbar, auf situationsmäßig faßbaren, verständlichen Sinn reduzierbar ist²⁴. Das »Sollen« ist gleichsam nur ein Erlebniskürzel für die Notwendigkeit der Reduktion von Komplexität. Die angeblich unüberbrückbare methodische Differenz von Wirklichkeitswissenschaften und Normwissenschaften löst sich damit auf und muß ersetzt werden durch ein Schema der arbeitsteiligen Zusammenarbeit im Prozeß der Erfassung und Reduktion von Komplexität, in dem die Verschiedenheit der methodischen und theoretischen Ansätze sich aus der gemeinsamen Aufgabe begründen läßt.

III.

Die funktionale Methode hat ihr erstes Ziel in der Erschließung des Zugangs zu Sachverhalten von sehr hoher Komplexität. Darauf geht das Unbehagen ihrer von klassischen Methodenvorstellungen ausgehenden Kritiker zurück, und das zeigt sich auch an ihrer begrifflichen Selbstentfaltung. Wenn dem so ist, müssen die Erwartungen des Juristen, die auf unmittelbare Entscheidungshilfe abzielen, zunächst enttäuscht werden. Und das ist kein Einzelfall. Ganz allgemein besteht nämlich eine wesentliche Differenz in der praktischen Anwendbarkeit naturwissenschaftlicher und sozialwissenschaftlicher Resultate. Nur die Naturwissenschaften können ihren Komplikationsgrad für die Praxis weitgehend neutralisieren, indem sie Produkte zur Verfügung stellen, die sich auf Grund einfacher Rezepte oder Bedienungsanleitungen technisch (das heißt ohne volles Verständnis) handhaben lassen. Die Sozialwissenschaften können dagegen den Handelnden nicht so weit von Komplexität entlasten, denn das hieße, dem Handelnden Vorschriften machen. Sie werden daher erst durch entsprechend komplizierte Entscheidungsprozesse der Praxis selbst anwendbar.

24 Von anderen theoretischen Ausgangspunkten her ist auch für Parsons die normative Orientierung unwegdenkbares Erfordernis sozialen Handelns. Sie sichert die »Komplementarität der Verhaltenserwartungen«. Siehe z. B. Parsons-Shils (Hrsg.), *Toward a General Theory of Action*, Cambridge/Mass. 1951, S. 14 ff. Im übrigen ist diese auf Dürkheim zurückgehende Auffassung ein Kennzeichen der französischen Soziologie, die deshalb der Rechtssoziologie und der soziologisch inspirierten Rechtstheorie (Duguit, Hauriou) besondere Entfaltungsmöglichkeiten geboten hat. S. ferner Nowak, *The Cultural Norms as Elements of Prognostic and Explanatory Models in Sociological Theory*, *The Polish Sociological Bulletin* 14, 2 (1966), S. 40-57.

Bei einem so komplexen System wie der Gesellschaft - und um deren Recht geht es dem Juristen - lassen sich kausal bestimmte Verläufe schwer voraussagen. Funktionale Aussagen von Typ »A hat eine Funktion für B« sind für sich allein jedenfalls kein geeignetes Mittel, andere Möglichkeiten zu eliminieren und damit einer unbestimmten Entscheidungslage Struktur zu geben. Die funktionale Methode ist eine heuristische Methode, eine Methode der Aufklärung*, nicht aber eine Methode der Entscheidungsvereinfachung, der Reduktion von Komplexität. Sie bemüht sich, das Problemfeld zu erweitern und alles, was gilt und evident erscheint, zu problematisieren, nicht aber die Fülle des Möglichen auf eine brauchbare oder gar einzig richtige Entscheidung zusammenzuziehen. Sie arbeitet also genau gegenläufig zu dem, was der Jurist braucht.

Diese Kontrastierung muß zunächst in aller Schärfe festgehalten werden, erweist sich bei näherem Zusehen dann aber doch als überspitzt, weil sie korrigierende Theorievorstellungen außer acht läßt. Methoden können nicht ganz unabhängig von ihnen zugeordneten Theorien beurteilt werden. So ist auch die funktionale Analyse kein ungehemmtes Problematisieren ohne Rücksicht auf Möglichkeiten der Problemlösung. Ihr Korrektiv aber ist nicht mehr die klassische Vorstellung kausaler Gesetze, die mit bestimmten Ursachen bestimmte Wirkungen an die Hand geben, sondern die Systemtheorie - eine Theorie von sehr viel höherem Potential für Komplexität*.

Als Methode kann die funktionale Analyse jede Gegebenheit in Frage stellen, jede Struktur problematisieren und selbst das Evidenteste, was es gibt, die Welt, noch als Problem äußerster Komplexität begreifen. In der praktischen Handhabung muß sie sich aber auf Systeme beziehen, das heißt in der Soziologie auf Systeme faktischen Handelns, die gegenüber einer Umwelt anderer Handlungsmöglichkeiten abgegrenzt sind und immer schon Strukturentscheidungen getroffen haben, also eine Ordnung von geringerer Komplexität darstellen. Die Methode läßt sich, mit anderen Worten, die Reduktion der Komplexität durch ihren Gegenstand vorgeben,

25 Dies allerdings nicht mehr im älteren Sinne der Vernunftaufklärung. Siehe hierzu Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, *Soziale Welt* 18 (1967), S. 97-123.

26 Zu dieser, *Interdependenz von Methode und Theorie* siehe näher Luhmann, *Funktionale Methode und Systemtheorie*, *Soziale Welt* 15 (1964), S. 1-25.

indem sie ihn nur partiell problematisiert. Damit sind weder ontische noch normative oder wertmäßige Bindungen an eine gegebene Ordnung gemeint; vielmehr kann jede Sinnvorgabe bei Bedarf problematisiert werden, aber ein solcher Bedarf läßt sich nur begrenzt aktualisieren, weil man nicht alles auf einmal zum Problem machen kann.

Funktionale Systemanalyse ist mithin Analyse der schon reduzierten Form, in der sich manifeste oder latente Probleme und Problemzusammenhänge in Systemen stellen, kurz: Analyse von Systemproblemen. Diese Probleme verdanken ihre Existenz voraussetzenden Strukturentscheidungen und haben dadurch bestimmbare Konturen. Die möglichen Problemlösungen, die möglichen Variationen des Systems sind dadurch begrenzt²⁷. Auch so kann man aus dem Problem keine richtigen Lösungen ableiten - auf die Frage der Umdefinition von Systemproblemen in juristische Probleme kommen wir zurück -, aber man kann einen Überblick über begrenzte, funktional äquivalente Möglichkeiten der Minderung und Verteilung des Problemdrucks gewinnen.

So entsteht zum Beispiel bei unserem Aufbau des politischen Systems das viel diskutierte Problem der Kontrolle der Exekutive durch die Legislative. Es ist problematisch deshalb, weil diese Kontrolle angesichts der begrenzten Informationsverarbeitungskapazität des Parlamentes nur sehr begrenzt aktualisierbar ist, andererseits aber die strukturelle Differenzierung von Politik und Verwaltung eine solche Kontrolle notwendig macht. Das Problem selbst ist nicht »notwendig«. Es verschwände, wenn unser politisches System sich entdifferenzierte und in eine einfache Herrschaftshierarchie feudalen Stils zurückentwickelte oder wenn für

27 Die Auffassung der Strukturen als Begrenzung der Variationsmöglichkeiten eines Systems stammt aus der Biologie, hat aber auch in den Sozialwissenschaften eine lange Tradition und wird heute nicht unkritisch beurteilt angesichts der Schwierigkeiten, Strukturänderungen von Prozessen im System zu unterscheiden und strukturelle Kompatibilitäten bzw. Inkompatibilitäten festzustellen. Vgl. zu Herkunft und Kritik des Gedankens etwa Goldenweiser, *The Principle of Limited Possibilities in the Development of Culture*, *Journal of American Folk-Lore* 26 (1913), S. 259-290; Malinowski, *Culture*, *Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. IV, New York 1931, S. 621-646 (626 f.); Sorokin, *Social and Cultural Dynamics*, Bd. IV, New York 1941, S. 76 ff.; Parsons, *The Social System*, Glencoe/Ill. 1951, S. 178; Cancian, *Functional Analysis of Change*, *American Sociological Review* 25 (1960), S. 818-827 (820 f.); Mitchell, *Sociological Analysis and Politics: The Theories of Talcott Parsons*, Englewood Cliffs/N. J. 1967, S. 65 ff.

die politische Kontrolle der Verwaltung andere Organe, etwa eine hierarchisch aufgebaute Einheitspartei, geschaffen würden. Bei der vorauszusetzenden Struktur ist es jedoch gegeben, es ist ein Folgeproblem dieser Struktur, und es läßt nur begrenzte Lösungsmöglichkeiten zu - etwa: Verstärkung der Hilfsdienste des Parlaments, Konsolidierung eines vertrauensvollen informal-kooperativen Arbeitsstils mit anerkannten Führern, Spezialisten und berechenbaren Mitläufern im Parlament, Durchsetzung der Bürokratie mit politischen Vertrauensleuten der verschiedenen Parteien (politische Patronage), Rationalisierung der Selektivität des parlamentarischen Arbeitsstils (zum Beispiel durch Lernen von Techniken der Grobsortierung von Informationen, durch Bürokratisierung, durch Bildung von Entscheidungsketten, durch Bildung von Vertrauen in die referierenden Beamten mit laufender Kontrolle und Sanktionierung dieses Vertrauens und durch anderes mehr). Jeder dieser Lösungsbeiträge ist funktional für das hier zu analysierende Problem, hat aber seinerseits manifeste und latente Dysfunktionen eigener Art, die dann als Folgeprobleme akut werden und ihrerseits gelöst werden müssen. So erschwert zum Beispiel die politische Patronage die hierarchische Leitung der Verwaltung und vermehrt die zeitraubenden internen Verständigungsnotwendigkeiten. Die informale Kooperation im Parlament mindert die politisch überzeugende Darstellung sozialer Konflikte. Der Bedarf an parlamentarischen Spezialisten ist eine Hypothek, die die Prozesse politischer Rekrutierung belastet.

Die Analyse führt so schließlich auf Probleme dritten, vierten oder fünften Grades, die jeweils davon abhängen, daß sich für die Lösung übergeordneter Probleme entsprechende Strukturen eingestellt haben oder durch Entscheidung eingeführt worden sind. Auf diese Weise stößt man auf diejenigen Verhaltenslasten und Schwierigkeiten, mit denen das tägliche Leben sich konfrontiert sieht und deren Bewältigung im System mehr oder weniger gut gelingt, ohne daß die Alternativen, die jetzt noch zur Diskussion stehen, die grundlegenden Strukturentscheidungen in Frage stellen. Ein Ministerium mag sich zum Beispiel überlegen, ob es tunlich ist, den gesamten Verkehr mit dem Parlament in die Hände eines oder einiger weniger Beamten zu legen, um damit die Kommunikationsverhältnisse leichter und vertrauensvoller zu gestalten und zugleich eine interne Zuständigkeit für die Wünsche des Parlaments zu

schaffen und so die Reagibilität der Verwaltung zu erhöhen. Alle Praxis beschäftigt sich mit den Folgeproblemen ihrer Systemstrukturen. Das System selbst stabilisiert sich durch erfolgreiche Behandlung oder doch Verkleinerung der dysfunktionalen Folgen seiner Strukturentscheidungen²⁸.

Als Ergebnis einer solchen Analyse gewinnt man nicht sogleich einen Entscheidungsvorschlag, sondern zunächst nur einen Überblick über strukturabhängige Problemzusammenhänge. Der Vorteil liegt im Aufdecken von Substitutions- und Entlastungszusammenhängen zwischen sehr heterogenen Einrichtungen und Prozessen, vor allem im Abstreifen der natürlichen und vorherrschenden, an der einzelnen Institution oder gar am einzelnen Gesetz orientierten Blickbegrenzung²⁹. Funktionale Analyse erstrebt eine unkonventionelle Art des Zusammenstellens und Vergleichens unter abstrakten Problemgesichtspunkten. Dabei läßt sich die Komplexität des jeweiligen Untersuchungszusammenhanges variieren, indem man gegebene Systemstrukturen entweder als Prämissen akzeptiert oder sie durch Rückfrage auf die durch sie gelösten Probleme in Frage stellt und dem Vergleich mit anderen Möglichkeiten aussetzt. Die Entscheidung darüber kann unter rein praktischen Gesichtspunkten getroffen und geändert werden; sie impliziert keine Grenzen der Verwendbarkeit funktionaler Methode oder systemtheoretischer Wirklichkeitserfassung.

IV.

Eine funktionale Analyse von strukturell bedingten Systemproblemen, Problemlösungen, Folgeproblemen und deren Lösungen schließt das Recht aus ihrer Betrachtung nicht aus. Sie ist keine exklusive Seinswissenschaft im Sinne einer radikalen Trennung von Sein und Sollen als verschiedenen, inkompatiblen Gegenstandsbereichen³⁰. Eine solche Trennung ist undurchführbar für eine Sozio-

28 Dies hat Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Paris 1963, in ausgezeichneten Analysen französischer Bürokratien deutlich gemacht. Er selbst sieht darin allerdings keine allgemeingültige Regel, sondern eine spezifisch französische Erscheinung.

29 Hierin ist die funktionalistisch orientierte Soziologie auch der Politischen Wissenschaft überlegen, die sich, soweit sie nicht zur politischen Soziologie geworden ist, vorwiegend institutionell orientiert.

30 Diese Auffassung ist allerdings weit verbreitet und führt immer wieder zu

logie, die menschliches Handeln zum Thema hat. Menschliches Handeln hat seine Identität durch seinen Sinn, und aus dem Sinn menschlichen Handelns läßt sich der Bezug auf ein Sollen nicht eliminieren; in noch so marginalen Spuren ist in jeder Handlung eine Ordnung des Sollens impliziert, weil anders die Komplexität sozialer Beziehungen nicht reduzierbar, Sinn nicht festzustellen und festzuhalten ist. In diesem fundamentalen Sinne ging auch die alteuropäische Gesellschaftsphilosophie zutreffend davon aus, daß alle menschlichen Beziehungen von Natur her durch Recht geordnet seien.

Allerdings wäre es weit gefehlt, hieraus eine rechtsharmonische Gesellschaftstheorie, eine Art soziologisches Naturrecht abzuleiten. Im Laufe der gesellschaftlichen Entwicklung hat sich vielmehr das Recht als eine Sinnsphäre eigener Art herausdifferenziert, die, wenngleich stets impliziert, doch nur relativ selten und nur mit spezifisch darauf abzielenden Handlungen direkt intendiert wird. Diese Ausdifferenzierung ist dadurch erfolgt, daß das Recht in zunehmendem Maße von Entscheidungen in dafür bestimmten Rollen abhängig gemacht und in diesem Sinne positiviert worden ist. Das erst macht konditionale Programmierung in dem eingangs erörterten Sinne möglich, nämlich eine Form des Rechts, die speziell an Entscheidungsrollen adressiert ist. Und das erst macht es möglich, Handlungen, die sich auf diesen juristischen Entscheidungskontext beziehen, von anderen zu unterscheiden und in ihrer besonderen Funktionalität zu erkennen: etwa Handlungen, die ein Gesetz auslegen, eine Rechtsentscheidung begründen, einen Vertrag formulieren oder unterzeichnen, eine Gesetzesänderung fordern, ein Urteil kritisieren, Rechtswissen lehren usw.

Einen solchen Entwicklungsstand der Gesellschaft vorausgesetzt, wird es möglich, die spezifische Funktionalität rechtsbezogenen Handelns in einem Sozialsystem zu erörtern. In dieser Perspektive erscheint das Recht als ein Problemlösungsmechanismus besonderer Art, der mit anderen verglichen und in vielen Situationen durch andere ersetzt werden kann. Die Soziologie fragt also nicht nur nach rechtsbezogenen Handlungen, sondern auch nach ihren funktionalen Äquivalenten. Ob und wie weit ein System »juridifiziert«

bedauerlichen Fehlurteilen, wenn es um Möglichkeiten der Kooperation von Soziologie und Rechtswissenschaft geht. Siehe etwa Bockelmann, Verkehrssoziologie und Verkehrsrecht, in: 5. Deutscher Verkehrsgerichtstag 1967, S. 20-51.

wird, ist für sie eine Variable. Aber nicht nur dies: Auch rechtswidriges Handeln kann soziologisch als Problemlösung, und zwar als durchaus systemrationale Problemlösung, begriffen werden. Namentlich die Organisationssoziologie hat sich mit diesem Phänomen der »brauchbaren Illegalität« befaßt³¹, und auch auf der allgemeineren Ebene der Theorie der Gesellschaft sind entsprechende Einsichten formuliert worden³². So würde eine soziologische Untersuchung unseres Steuersystems möglicherweise zu dem Ergebnis führen, daß in Abweichung von den bestehenden Vorschriften ein hohes Maß von rationaler Vereinfachung praktiziert wird: Nicht alles Einkommen wird versteuert, und nicht alle Steuervergünstigungen werden in Anspruch genommen. Das System ist für eine genaue Durchführung zu komplex, es bietet aber dem, der Zeit und Kraft dafür erübrigen kann, in einzelnen Situationen die Chance, die faktische Situation mit dem Recht in Übereinstimmung zu bringen, Funktionieren kann das System aber nur, wenn nicht alle zugleich diesen Versuch unternehmen.

Folgt man diesen Überlegungen, dann wird die Distanz zwischen soziologisch-funktionaler und rechtswissenschaftlicher Sinnorientierung deutlich. Sie ist nicht in unüberbrückbarer Fremdheit zu sehen, nicht darin, daß die Soziologie³³ sollfreie Kausalitäten feststellen könnte, die mit dem Sinn von Recht nichts zu tun haben. Die Freiheit der Soziologie gegenüber dem Recht besteht vielmehr darin, daß ihre funktionale Orientierung eine prinzipielle Distanzierung von allen Strukturen, also auch vom Recht, ermöglicht. Sie kann - je nach Bedarf, Arbeitsmöglichkeiten und Interesse - alle rechtsbezogenen Handlungen einem Vergleich mit anderen Möglichkeiten aussetzen und so ihren Sinn in ihrer Funktion, nämlich in den Bedingungen ihrer Ersetzbarkeit finden.

In der Verwertung solcher Einsichten unterliegt der rechtsanwendende Jurist Beschränkungen. Er hat Normen zu interpretieren, und dafür gibt die Norm ihm mehr Struktur vor, als der Soziologe

31 Vgl. zusammenfassend Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964, S. 304 ff. Als eine treffende Einzelfallstudie siehe Bensman-Gerver, *Crime and Punishment in the Factory*, *American Sociological Review* 28 (1963), S. 588-593.

32 Vgl. die Ausführungen über »patterned evasions« bei "Williams, Jr., *American Society. A Sociological Interpretation*, New York 1960, S. 379. Siehe ferner allgemein: Coser, *Some Functions of Deviant Behavior and Normative Flexibility*, *The American Journal of Sociology* 68 (1962); S. 172-181, neu gedruckt in: ders., *Continuities in the Study of Social Conflict*, New York 1967, S. m - 133.

akzeptieren könnte. Der Vergleich mit den dadurch ausgeschlossenen Alternativen, der den Soziologen fasziniert, wäre juristisch unergiebig; ein Heranziehen latenter Funktionen, etwa der erwähnten »Flucht in die Phantasie« als Funktion eines Gesetzes, ist eine in der Soziologie verbreitete Technik des Erkennens aus inkongruenten Perspektiven³³. Dem Juristen sind solche Blicke hinter die Kulissen verboten. Diese Verkürzung des Vergleichsreichs, und weniger die empirische Dubiosität der Feststellungen, läßt richterliche Aussagen über die soziale Funktion von Normen oft als soziologisch naiv, als unvollständig, als unkritische Ordnungsgläubigkeit erscheinen³⁴. Und doch verfährt der Soziologe im Prinzip nicht anders, wenn er strukturelle Gegebenheiten der von ihm analysierten Sozialsysteme als Basis seiner Untersuchung und ihrer Problemstellung akzeptiert; nur daß er die Annahme bzw. Problematisierung solcher Prämissen von seinen Untersuchungszielen abhängig machen kann und nicht an Normen gebunden ist.

33 Siehe statt anderer Berger, *Invitation to Sociology*, Garden City/N.Y. 1963, S.2, ff.

34 Dafür drei Beispiele:

1. Das BVerfG stellt im Urteil vom 23. 1. 1957, E 6, S. 84 ff., auf Grund einer Erforschung der »Natur des jeweils in Frage stehenden Sachbereichs« fest, das Prinzip gleicher Wahl diene nicht nur der Sicherstellung gleichen Einflusses, Ziel des Wahlrechts sei es auch, ein funktionsfähiges Staatsorgan hervorzubringen. Vgl. damit die soziologische Theorie, daß die Wahlprinzipien der Ausdifferenzierung von Rollen des politischen Systems dienen - siehe z. B. Rokkan, *Mass Suffrage, Secret Voting, and Political Participation*, Europäisches Archiv für Soziologie 2 (1961), S. 132-152.

2. Mit Urteil vom 29. 7. 1959, E 10, S. 59 ff., bestimmt das BVerfG den Sinn der Ehe als grundsätzlich unauflösliche Lebensgemeinschaft, den der Familie als Pflege und Erziehung der Kinder. Die Gleichberechtigung der Ehegatten kann bei so vagen Bestimmungen nur auf eine Wertentscheidung des Grundgesetzes gestützt und nicht funktional begründet werden und bietet so kein ausreichendes Kriterium für eine differenzierende Würdigung von Entscheidungsproblemen. Vgl. demgegenüber als soziologische Behandlungen Parsons-Bales, *Family, Socialization and Interaction Process*, Glencoe/III. 1955; oder Goode, *World Revolution and Family Patterns*, New York-London 1963, S. 20 ff., 54 ff.

3. Im Urteil vom 16. 1. 1963, E 15, S. 256 ff., lehnt das BVerfG es ab, ein Recht der Fakultäten auf volle Kontrolle der Berufungen aus dem Grundrecht auf Freiheit der Lehre und Forschung abzuleiten - sicher ohne soziologische Forschungen zu kennen, die zeigen, wie stark die Autonomie der Wissenschaft als eines sozialen Systems mit der kollegialen Kontrolle von »Reputation« verknüpft ist. Vgl. z. B. Hagstrom, *The Scientific Community*, New York-London 1965; oder Storer, *The Social System of Science*, New York 1966.

Letztlich ergeben sich Differenz und Kooperationsmöglichkeiten von funktionaler Soziologie und hermeneutisch-exegetischer Rechtswissenschaft aus einem tiefliegenden Doppelaspekt von Sinn überhaupt, der als solcher funktional geklärt werden kann. Sowohl die Soziologie als auch die hermeneutisch vorgehenden Wissenschaften leiden an einer unzureichenden Klärung ihres Sinnbegriffs. Es genügt nicht, Sinn, wie allgemein üblich, durch subjektives Meinen zu definieren, denn der Subjektbegriff ist noch dunkler als der Sinnbegriff. Vielmehr muß nach der Funktion von Sinn gefragt werden. Sinn leistet Selektivität in einer bestimmten Form, die Zugriff auf sehr hohe Komplexität ermöglicht. Das Besondere dieser Strategie liegt im Festhalten von Identität als Einheitspunkt der Verweisung auf unzählige andere Möglichkeiten des Erlebens³⁵. Diese Möglichkeiten werden als Bereich jeweiliger Selektion, als ihr »Horizont«, mit marginaler Aufmerksamkeit präsent gehalten, obwohl jeweils nur die eine oder die andere Möglichkeit voll aktualisiert und zum Thema des Erlebens gemacht werden kann. So ist es möglich, je zu aktualisierendes Erleben zu wählen und zugleich das Woraus der Selektion für andere Wahlen festzuhalten. Die Auswahl von Themen des aktuellen Erlebens zieht die Welt nicht etwa auf das je Ausgewählte zusammen, sondern erhält sie als das, woraus gewählt worden ist und künftig anders gewählt werden kann. Die nicht gewählten Möglichkeiten bleiben im Modus der Negation oder der vorläufigen Neutralisierung erhalten. Reduktion der Komplexität ist somit zugleich Erhaltung der Komplexität für andere Selektionen. So kann das Erleben sich durch Überforderung steuern und mit erstaunlich geringem Aufwand an Aufmerksamkeit bei sehr hoher, prinzipiell unendlicher Komplexität rasches Tempo und sinnvolle Verkettung selektiven Verhaltens erreichen.

Die Funktion von Sinn, die im alltäglichen Sinngebrauch - zum Beispiel schon durch die Konstitution von »Dingen« - unreflektiert erfüllt wird, läßt sich ihrem Doppelaspekt entsprechend nach zwei

35 Ein im übrigen klassischer Gedanke: Fichte, *Transzendente Logik*, II. Vortrag, zit. nach: *Ausgewählte Werke*, hrsg. von Medicus, Bd VI, 1962, S. 131, nennt »Mannigfaltigkeit und leichtere Übersicht in der Körperwelt« als Leistung des Begriffs. Husserl, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*, Husserliana Bd. III, Haag 1950, S. 323, spricht vom Kern des Erlebens als »Sinn im Modus seiner Fülle«.

Richtungen hin rationalisieren: durch zugriffssichere Ordnung der Verweisungen auf zunehmend abstraktere, situationsfernere andere Möglichkeiten des Erlebens und Handelns und durch Sicherung möglichst eindeutiger konsensfähiger Reduktionsformen. Die Techniken funktionaler Analyse arbeiten in der ersten Richtung; sie explizieren Sinn im Horizonte anderer - und das heißt jetzt: funktional äquivalenter - Möglichkeiten. Die hermeneutischen Techniken suchen dagegen Sinn auf das hin auszulegen, was konkret zu überzeugen und Erleben und Handeln zu motivieren vermag.

Die Forderung nach konkreter Verbindung beider Aspekte, nach Direktiven für die Verwendung soziologischer Analysen im Prozeß der Rechtskonkretisierung wird mit Recht gestellt - und zwar nicht zufällig von der Hermeneutik aus³⁶. Eine Besinnung auf die Funktion von Sinn und auf die Eigentümlichkeiten sinnhafter Selektionstechnik mag hier Vermittlungsdienste leisten. Dabei darf jedoch die Gegenläufigkeit beider Richtungen der Sinnexplikation nicht verkannt und nicht verkürzt werden. Die funktionale Analyse wird der Hermeneutik nicht dadurch helfen können, daß man sie stilwidrig im Konkreten festhält, sie an Grenzen der Moral oder an Grenzen vertrauter, überlieferter Sinnkonstellationen, an »Topoi« oder an Institutionen bindet. Sie akzeptiert keine thematische Verpflichtung auf Tradition. Es gibt für sie keine Stoppregeln in der Suche nach anderen Möglichkeiten außer den Grenzen ihrer eigenen Kapazität. Insofern erschwert sie das Entscheiden durch Einbeziehung immer neuer Alternativen. Gerade auf diesem Wege, und nur so, kann sie aber zu der Einsicht führen, daß für gegebene Normen oder Handlungen Äquivalente, die sie in all ihren Funktionen ersetzen könnten, nicht gefunden bzw. nur durch Strukturänderungen beschafft werden können, deren Folgen man nicht wollen oder nicht übersehen kann. Nur wenn und soweit die Suche nach funktionalen Äquivalenten freigegeben wird und ergebnislos bleibt, lassen sich vorhandene Ordnungen, etwa die Institution der Grundrechte, durch ihre systemrelative Unersetzbarkeit begründen. Hermeneutische Sinnkonkretisierungen müssen immer Reduktion anderer Möglichkeiten leisten, die sie weder logisch

36 Nämlich von F. Müller, Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, 1966, insb. S. 35 ff., 80.

noch empirisch-kausal zweifelsfrei begründen können, und sie haben ihre Rationalität darin, daß sie dies in kleinen, einsehbar gemachten und im einzelnen nicht viel riskierenden Schritten tun³⁷. Dabei mag es hin und wieder nützlich sein, die normativ eliminierten bzw. die durch Entscheidung zu eliminierenden Alternativen genauer zu kennen und aus ihren strukturellen Implikationen und dysfunktionalen Folgen Argumente zu ziehen. Typisch geschieht dies im Zuge von Urteilsbegründungen durch überzeugt klingende deskriptiv-wertende Feststellungen, die eine Frage nach anderen Möglichkeiten an der Wurzel abzuschneiden suchen. Vergleiche verunsichern. Aber es wäre durchaus denkbar, daß der Richter, gesichert durch den engen Vergleichsradius, den seine Normen zulassen, auch mit Hilfe eines problemorientierten Vergleichens von Lösungsmöglichkeiten die Vernunft seiner Auslegung darzustellen vermöchte - und dies in einer Form, die mehr Möglichkeiten hat, den Perspektiven etwaiger Kritiker ihre Plätze zuzuweisen.

V.

Diese Betrachtungen zu Möglichkeiten der Überführung funktionaler Feststellungen in hermeneutische Normexegese erschöpfen unser Thema nicht. Die größere Tragweite hat die funktionale Analyse für jenen Bereich rechtlicher Entscheidung, der sich selbst eine entsprechende Freiheit zu weit ausgreifenden Vergleichen zugestehen kann: für die Gesetzgebung. Erst auf dieser Ebene dürften sich durchgehend sinnvolle Möglichkeiten soziologischer Vorbereitung juristischer Entscheidungen ergeben, deren rollen-

37 Die traditionelle Rechtfertigung dafür war die Überwachung dieses Vorgehens im Sozialsystem des »Dialogs«. Heute wird man dafür die professionelle Kontrolle durch Kollegen einzusetzen haben. Im Bereich des Zweckstrebens ist man nach dem Zusammenbruch des klassischen Utilitarismus auf ganz ähnliche Vorstellungen gekommen. Auch hier legen neuere Theorien kollektiver Rationalität eine Technik des Vorgehens in kleinen, »incrementellen Schritten« nahe, die im einzelnen nicht viel riskieren und durch ein Sozialsystem pluralistischer Interessenvertretung kontrolliert werden. Siehe namentlich Braybrooke-Lindblom, *A Strategy of Decision*, New York-London 1963; Lindblom, *The Intelligence of Democracy*, New York-London 1965- Die auffällige Parallele ist bisher nicht gesehen und daher auch nicht für eine übergreifende Theorie sozialer Rationalität ausgewertet worden. Zur Parallele gehört auch, daß beide Theorien das Problem der Strukturänderung nicht adäquat erfassen können und insofern auf soziologische Ergänzung angewiesen sind.

mäßige Institutionalisierung man erwägen sollte. Das ist nicht zufällig so.

Mit der Ausdifferenzierung einer eigenständigen Sinnsphäre rechtlicher Normen und noch mehr mit der vollen Positivierung des Rechts als geltend auf Grund bindender Entscheidungen wird die Frage akut, wie diese Sinnsphäre sich mit anderen verbinden läßt, etwa mit denen, in denen Wahrheit feststellbar ist. Gerade die Differenzierung der Sinnsphären macht ihre Verbindung problematisch. Dieses Problem läßt sich nicht mehr durch Gründung höchster Normen auf Wahrheit, also durch Naturrecht lösen. Das reicht allein schon deshalb nicht aus, weil der Bedarf des Rechts nach Realitätskontakt viel zu breit ist, als daß er durch die wenigen, hochabstrakten vorpositiven Normen kanalisiert werden könnte, für die, wenn überhaupt, apodiktische Evidenz in Anspruch genommen werden könnte³⁸. In unserer Rechtsordnung, deren regulative Effektivität und daher auch Informationsbedürftigkeit unvergleichlich viel höher liegt als die jeder historischen Rechtsordnung, wird statt dessen die Soziologie notwendige Vorbereitungswissenschaft der Rechtswissenschaft. Vorbereitung kann die Soziologie aber nicht mehr als Naturrecht leisten, indem sie die Geltung höchster Normen durch Ausschluß anderer, unbestimmt bleibender Möglichkeiten begründet. Sie kann, mit anderen Worten, diese Leistung nicht rechtsimmanent erbringen, indem sie Rechtsnormen begründet und dann alle »anderen Möglichkeiten« als rechtswidrig abtut³⁹. Sie leistet mehr und weniger, nämlich den Versuch, die in einem System aktivierbaren Alternativen zu erkennen und zu ordnen. Sie verwandelt mit begrenzten Kräften und sehr begrenztem Erfolg unbestimmte in manipulierbare Komplexität.

Die Ausnutzung dieser Vorleistungen verlangt eine Verstärkung der Entscheidungsleistungen im Recht selbst. Die Selektivität des juristischen Entscheidungsprozesses muß gesteigert werden, wenn er mit Vorbedingungen von höherer Komplexität konfrontiert

38 Das wird vor allem deutlich, wenn man mit J. Ritter, »Naturrecht« bei Aristoteles, 1961, den politisch-gesellschaftlichen Kontext mitbedenkt, in dem das Naturrecht einst seine Wahrheit hatte.

39 Darin liegt auch ein logisches Problem. Die übliche zweiwertige Logik des Entweder/Oder bietet keine adäquaten Möglichkeiten, den Sinn von Negativität bzw. den Sinn abweichenden Verhaltens zu explizieren. Vgl. dazu Günther, Idee und Grundriß einer nicht-Aristotelischen Logik, Bd I, 1959.

wird". Im Prinzip wird dieser Druck durch Differenzierung und Reflexivwerden der Entscheidungsprozesse abgefangen. Entscheidungsprozesse müssen reflexiv werden, das heißt auf sich selbst angewandt werden können", denn nur so ist es möglich, hohe Komplexität schrittweise (und nicht drastisch) zu reduzieren. Es muß mithin Entscheidungen über Entscheidungen geben, nämlich Entscheidungen, die Prämissen für andere Entscheidungen setzen und damit deren Komplexität mindern, so daß auf jeder Station des Entscheidungsprozesses relativ rationales Verhalten möglich wird⁴². Das erfordert eine Grunddifferenz von programmierenden und programmierten Entscheidungen im Sinne einer funktionalen Differenzierung von Rollen, Themen und Selektionskriterien". Die entsprechende Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung ist nur dann eine funktional sinnvolle Differenzierung, wenn in beiden Stationen des Entscheidungsprozesses unterschiedliche Selektionskriterien verwendet werden und daher auch in unterschiedlichem Sinne rational gehandelt wird.

In einer solchen Ordnung kann nicht mehr erwartet werden, daß die Fallentscheidung unvermittelt soziale Wirklichkeit reflektiert. Die Fallentscheidung kann nur in den Perspektiven erfolgen, die

40 Das gilt ungleich dringlicher auch deshalb, weil die politische Komplexität der Variationsmöglichkeiten jetzt »demokratisch« organisiert und alternativenreich vorliegt und nicht mehr durch institutionelle Konstanten, etwa durch eine religiös legitimierte Herrschaft, weggedeutet wird. Auch von daher ergibt sich ein parallel wirkender Druck in Richtung auf bewußtere Planung, bürokratische Organisation und funktionale Differenzierung der Prozesse verbindlichen Entscheidens. Dazu auch Luhmann, Politische Planung, Jahrbuch für Sozialwissenschaft 17 (1966), S. 271-296.

41 Hierzu grundsätzlich: Luhmann, Reflexive Mechanismen, Soziale Welt 17 (1966), S. 1-23.

42 March-Simon, Organization, New York 1958, S. 164 ff., nennen das »Unsicherheitsabsorption«: »Uncertainty absorption takes place when inferences are drawn from a body of evidence and the inferences, instead of the evidence itself, are then communicated.«

43 Die Bedeutung dieser Differenzierung hat Simon verschiedentlich unterstrichen, am schärfsten vielleicht in »Recent Advances in Organization Theory«, in: Research Frontiers in Politics and Government, Washington 1955, S. 23-44 (38 ff.). Vgl. aber auch die abschwächenden Bemerkungen in »The New Science of Management«, New York 1960 (dt. Übers., in: Simon, Perspektiven der Automation für Entscheider, 1966, S. 69 ff.), S. 5 ff., wo die Differenz nur noch als kontinuierliche Variable gesehen wird. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt vom Standpunkt der richterlichen Entscheidung aus Wasserstrom, The Judicial Decision, Stanford/Cal. 1961.

durch ihr Programm gesetzt sind. Damit wird die rechtsetzende Programmierung die kritische Station, in der soziologische Erkenntnisse in Entscheidungsprämissen umgesetzt werden müssen. Die Programmausführung muß von soziologischer Orientierung weitgehend entlastet werden, schon weil es ihr unmöglich ist, sie adäquat zu leisten oder fertig zu beziehen⁴⁴. Sie kann allenfalls zur Beseitigung von Zweifeln bei der Programmauslegung die soziologische Diagnose heranziehen, die dem Programm vermutlich zugrunde liegt: Je klarer die dem Programm vorausliegende Problemkonstellation durchgearbeitet war, desto eindeutiger läßt sich sagen, welche Alternativen gewählt und welche eliminiert wurden. Sie kann außerdem in einigen Fallgruppen Unbestimmtheitsräume des Programms durch eigene soziologische Analyse auffüllen, nämlich dann, wenn es um abgrenzbare Kleinsysteme (z. B. Ehen, Verkehrssituationen) geht, deren konkrete Struktur bei der Programmierung nicht überschaut werden kann⁴⁵: Sie wäre in größter Gefahr, pseudowissenschaftlichen Meinungen aufzusitzen, wenn sie soziologische Schriftsteller bei der juristischen Tagesarbeit zu Rate zöge⁴⁶.

Diese unumgänglichen Beschränkungen des Komplexitätsvermögens der Fallentscheidung muß man klar sehen, um ebenso deutlich die Verantwortung der Programmierung profilieren zu können. Unter Programmierung soll die Transformation von Systemproblemen in Entscheideungsprobleme verstanden werden⁴⁷. Zum Verständnis des Entscheidungsvorgangs der Programmierung ist es wichtig, sich die unterschiedliche Problemkonzeption von Systemtheorien und Entscheidungstheorien vor Augen zu führen.

44 Die gegenteilige Meinung, die im Anschluß an Gurvitch von Hirsch, *Rechtssoziologie heute*, in: Hirsch-Rehbinder (Hrsg.), a.a.O. (s. Anm. 12), S. 9 -35 (12), mit Nachdruck vertreten wird, verkennet das Komplexitätsgefälle zwischen sozialer Wirklichkeit und Entscheidung, das auch durch Fortschritte der rechtssoziologischen Forschung nicht verringert werden wird, sondern nur durch einen gestuften Reduktionsprozeß überbrückt werden kann.

45 Siehe dazu das Beispiel unten VI, 3.

46 Vgl. auch die Kritik scheinsoziologischer Argumentation in gerichtlichen Urteilen bei Zwingmann, *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*, 1966, S.iff.

47 Um diese Funktion eindeutig bezeichnen zu können, verwenden wir den in der Rechtswissenschaft bisher ungewöhnlichen Begriff des Programms und nicht den Begriff der Norm, der teils enger (z. B. Zwecke ausschließend), teils weiter verwandt wird.

Systemprobleme sind permanente Probleme, die mit dem Bestand von Systemen in einer übermäßig komplexen Umwelt gegeben sind. Sie gehen letztlich auf das Komplexitätsgefälle zwischen System und Umwelt zurück und müssen im System bewältigt werden, soll das System als eine besondere Sinnordnung in seiner Umwelt erhalten bleiben⁴⁸. Sie können nicht beseitigt werden in dem Sinne, daß das System nach ihrer Lösung problemlos fortexistiert; sie können nur durch Primärlösungen abgeschwächt, in Folgeprobleme differenziert und schließlich in konkret tragbare Verhaltenslasten verkleinert werden. Entscheidungsprobleme sind dagegen lösbar in dem Sinne, daß sie die Bedingungen einer »richtigen« Entscheidung definieren und durch Finden der richtigen Entscheidung als Problem beseitigt werden: Eine mathematische Aufgabe kann richtig ausgerechnet, ein Kompositionsproblem in der Kunst kann gelöst, eine Wirtschaftlichkeitsrechnung kann das Problem der richtigen Bewertung von Wirkungen lösen, ein Rechtsfall kann richtig entschieden werden — in all diesen Fällen verschwindet das Problem, wenn die Lösung gefunden ist, es war also lediglich ein Problem der mangelnden Kenntnis der Lösung. In manchen Fällen sind einzig-richtige Lösungen ausrechenbar, in anderen muß man sich mit brauchbaren Entscheidungen begnügen, die ein bestimmtes Anspruchsniveau erfüllen und dann als richtig gelten, ohne mit Sicherheit andere richtige Entscheidungen ausschließen zu können.

Programmierung ist ein Übersetzungsvorgang aus der einen Problemsprache in die andere. Sie gelingt um so besser, je mehr Vorbedingungen⁴⁹ auf beiden Seiten erfüllt sind. Die soziologische Analyse der Systemprobleme muß zu Alternativen führen, die ihrer Art und ihren Folgen nach übersehbar sind, sie darf, mit anderen Worten, nicht zu viel Strukturen auf einmal problematisieren, muß aber in den selbst gezogenen und explizierten Grenzen die übrigen bleibenden Variationsmöglichkeiten so weit wie möglich vorklären. In diesem Zusammenhang wird auch eine Vorklärung kausaler Wahrscheinlichkeiten notwendig. Nur so gewinnen spezifische Probleme als vordringlich oder besser lösbar ausreichende Prägnanz. Auf sehen der Entscheidungstheorie müssen Begriffe,

48 Zum Zusammenhang dieser Problemkonzeption mit einer allgemeinen Theorie sozialer Systeme siehe auch Luhmann, *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*, a.a.O. (s. Anm. 23), S. 619 ff.

Denkfiguren, Argumentationsformen, im Idealfall logische Operationen, kurz: Subroutinen, verfügbar sein, deren Leistung in den verschiedenartigsten Entscheidungskontexten übersehbar und konsistent (das heißt: ohne das Entscheiden durch Widersprüche zu blockieren) verwendbar ist. Hier hegt die spezifische Funktion juristischer Dogmatik. Es muß etwas Übersehbares und Entscheidbares bedeuten, wenn in einem Programm Begriffe wie subjektives Recht, Plan, Widerruf, Anfechtung, Eigentum, Ermessen usw. eingesetzt werden. Auch die Dogmatik muß, wenn sie sich nicht nur als Pflege überlieferter Wesenheiten, sondern als Element einer Entscheidungswissenschaft begreift und die Programmformulierung ebenso wie die Programmausführung durch fertige Subroutinen der Informationsverarbeitung entlasten will, einen Wirklichkeitsbezug aufweisen in Form eines Bezugs auf zu lösende Systemprobleme⁴⁹.

VI.

In der Abstraktionslage einer Untersuchung, die den möglichen Zusammenhängen von funktionaler Methode und juristischer Entscheidung schlechthin nachspürt, bleiben Feststellungen über Formen der Zusammenarbeit notwendig unanschaulich. Um höhere Plausibilität zu erreichen, sollen daher abschließend drei Beispiele skizziert werden - eines für den Bereich der Dogmatik, eines für den Bereich der Rechtspolitik und eines für den Bereich der richterlichen Entscheidung.

i. Als Beispiel aus der Dogmatik mag der Begriff des subjektiven Rechts dienen. Dessen Funktion liegt nicht, wie anzunehmen naheläge, in der Sicherstellung der Befriedigung bestimmter (bzw. unbestimmter, aber bestimmbarer) Wünsche oder in der Förderung

⁴⁹ Die methodisch bewußte Funktionalisierung der Dogmatik im Hinblick auf das Problem, das ein Begriff zu lösen hat, das »funktionale Denken von der Aufgabe des Begriffs her«, wird namentlich von Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956 (Zitat S. 211), mit eindrucksvollem Erfolg vertreten. Dieser Ausgangspunkt führt Esser zur These vom »Gesetz der funktionalen Äquivalenz« von Rechtsbegriffen und -figuren zwischen den Systemen (S. 349), die, wenn man vom andersartigen Systembegriff absieht, einen unmittelbaren Anschluß seines topischen Problemdenkens an den hier vertretenen soziologischen Funktionalismus ermöglicht.

angebbaren Interessen eines Rechtssubjektes. Darum geht es im Recht immer. Auch darf der Sinn des subjektiven Rechts nicht dem Subjektiven im Gegensatz zum Objektiven oder dem Individuellen im Gegensatz zum Kollektiven entnommen, werden - insofern führt die Bezeichnung irre⁵⁰. Das subjektive Recht ist natürlich immer objektives Recht⁵¹. Schließlich gibt auch die historische Motivation - etwa die Erklärung als individueller Protest gegen die »vielfach überreizte ständische Spannungslage«⁵² - keinen hinreichenden Aufschluß über die Funktion dieser Rechtsfigur. Der Schlüssel für die Funktion dieses Begriffs liegt in seinem Abstraktionsgrad, in der Frage, warum für die Sicherstellung von Interessen die unnatürlich-asymmetrische Form gewählt wird, daß nur eine Seite der Beziehung berechtigt und die andere entsprechend nur verpflichtet ist⁵³.

Achtet man genauer auf die spezifisch neuzeitliche Entstehungsgeschichte, wird erkennbar, daß der Begriff des subjektiven Rechts seit dem 17. Jahrhundert den Begriff des *ius* zu ersetzen beginnt⁵⁴, *ius* ordnete die Beziehungen zweier oder mehrerer Partner im

50 Zur dogmengeschichtlichen Diskussion, die weitgehend durch diese Dichotomien bestimmt war und drauf und dran ist, den Begriff zu ruinieren, ohne seine Funktion zu erkennen, vgl. für das Zivilrecht Kasper, Das subjektive Recht - Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit, 1967. Man muß allerdings mitsehen, daß der Begriff sich nicht zufällig an die subjektiv-individualistische Anthropologie der Aufklärungszeit anlehnt, sondern daß dieser Bezug ihm die notwendige Starthilfe und Anfangsplausibilität gegeben hat, ohne die eine so befremdliche und paradoxe Konstruktion wie ein asymmetrischer, also ungerechter Rechtsbegriff nie hätte legitimiert werden können. Gerade diese Krücke kann man jedoch entbehren, wenn man die Funktion des Begriffs sieht.

51 Das wird heute weithin gesehen. Vgl. etwa Dabin, *Le droit subjectif*, Paris 1952, S. 85; Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 196s, S. 14; Kasper, a.a.O. (s. Anm. 50), S. 47.

52 So F. von Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, 1917, S- 43-

53 Als soziologischen Beitrag vgl. hierzu und zum folgenden Gouldner, *The Norm of Reciprocity*, *American Sociological Review* 25 (1960), S. 161-178, besonders die begriffliche Unterscheidung von *complementarity* und *reciprocity* je nachdem, ob die Gegenleistung in die Beziehung eingebaut ist oder nicht. Das schließt unser besonderes Problem an allgemeinere soziologische Theorien an, die dem Tauschmodell und den Formen der Vermittlung von Leistungen grundlegende Bedeutung für die Stabilisierung sozialer Systeme beimessen - etwa den Theorien von Parsons, Homans oder Blau.

54 Vgl. namentlich Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1957, S. 249 ff.

Sinne entsprechender und wechselseitiger Berechtigungen und Verpflichtungen. Aus einem solchen Rechtsverhältnis hatte jeder, der beteiligt war, sowohl Rechte als auch Pflichten, die im selben Rechtsverhältnis bei Partnern ihre Entsprechung fanden. Das heißt: das Rechtsverhältnis war in sich ausbalanciert und in sich gerecht. Die Interessenlage war sozusagen lokal ausgeglichen. Dieser Ordnungstyp mußte mit zunehmender funktionaler Differenzierung der Gesellschaft seit dem ausgehenden Mittelalter in Schwierigkeiten geraten. Deren Entwicklung machte Leistungen zunehmend spezifischer und ihren Ausgleich zunehmend indirekter. Es bildete sich eine stärkere Rollendifferenzierung und stärkere Kontaktmobilität aus. Mehr und mehr wurde es normal, daß Probleme nicht mehr dort gelöst werden können, wo sie erzeugt werden, sondern in andere Bereiche abgewälzt werden, wo effektivere Mittel zur Verfügung stehen. Unter solchen Umständen müssen Motivation, soziale Kontrolle und Variabilität aus den Bindungen eines lokal ausgeglichenen Rechtsverhältnisses herausgelöst und abstrakter sichergestellt werden". Die Gesellschaft setzt in mehr und mehr sozialen Beziehungen abstraktere Motivationsmittel wie Geld oder legitime Entscheidungskompetenzen ein, und sie muß Möglichkeiten der Änderung institutionalisieren, die nicht mehr darauf angewiesen sind, daß das Rechtsverhältnis zwischen den unmittelbar Beteiligten neu ausbalanciert wird, sondern funktional spezifizierbaren Bedürfnissen folgen können. Steuersätze zum Beispiel müssen geändert werden können, ohne daß der Staat den Mehrbelasteten entsprechende Vorteile wie Privilegien oder Freiheiten zusagt. Damit verschiebt sich, wie oben bereits angedeutet⁵⁵, das Sicherheitsproblem: Sicherheit muß jetzt vor allem gegenüber zulässigen Verfügungen anderer gewährt werden. All das zusammengenommen zwingt dazu, Fungibilität und Sicherheit der Rechtsbeziehungen durch eine abstraktere Kategorie sicherzustellen.

55 Parallel dazu tritt aus den gleichen Gründen das Bedürfnis nach größerer Mobilität in der Regulierung der Rechtsbeziehungen, das Bedürfnis nach Vertragsfreiheit auf. Hierzu hat Maine, *Ancient Law*, 1861 (benutzte Ausgabe: *The World's Classics*, London 1954, S. 141), das seitdem viel diskutierte Stichwort einer Entwicklung »from Status to contract« ausgegeben. Vgl. dazu jetzt Rehinder, *Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat*, in: Hirsch-Rehinder (Hrsg.), a.a.O. (s. Anm. 12), S. 197-222. Durchführbar war dieser Wandel nur mit Hilfe der Kategorie disponibler subjektiver Rechte.

56 Vgl. Anm. 6.

len, die infolge ihres Abstraktionsgrades beides besser leisten kann, dafür aber nicht mehr autark und gerecht, sondern im System auf Umwegen ausgleichsbedürftig ist. Dem dient die Kategorie des subjektiven Rechts, die nur noch Komplementarität der Erwartungen, aber nicht mehr direkte Reziprozität der Leistungen fixiert.

Die Kühnheit und Riskiertheit dieser dogmatischen Erfindung, Rechtssicherheit auf eine asymmetrische und damit »ungerechte«, aber leichter disponible Beziehung zu gründen, ist uns kaum bewußt. Deshalb kommt es immer wieder zu Versuchen, in einzelnen Rechtsinstituten konkrete Gerechtigkeit zu erreichen durch Einbau gegenläufig-reziproker Pflichten in das subjektive Recht - so am ausgeprägtesten vielleicht in der Grundrechtsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erst wenn man das Bezugsproblem heranzieht, das in der zunehmenden funktionalen Differenzierung, Komplexität und Variabilität der Gesellschaft und in den Folgeproblemen dieser Strukturentscheidung gegeben ist, kann man erkennen, weshalb eine so paradoxe und unnatürliche Problemlösung Erfolg hatte. Nur dann wird andererseits einsichtig, weshalb auf der Basis subjektiver Menschenrechte mit der einzigen Verpflichtung, die Freiheit der anderen zu respektieren, niemals eine adäquate Theorie der Gesellschaft konstruiert werden kann, weil dabei die Ausgleichsbedürftigkeit der Basiskategorie durch eine Systemstruktur übersehen wird⁵⁷. Und nur wenn dieser soziologische Zusammenhang durchdacht ist, kann die Dogmatik die Frage stellen, ob und durch welche funktional äquivalente Problemlösung sie gegebenenfalls diesen Begriff ersetzen könnte.

z. Ein Beispiel für rechtspolitische Orientierung an funktionalen Analysen entnehmen wir dem Recht der öffentlich-rechtlichen Entschädigung⁵⁸. Auch hier hegt das soziologische Bezugsproblem letztlich in der zunehmenden funktionalen Differenzierung der

57 Alle Versuche der liberalen Staats- und Rechtstheorie in dieser Richtung verfehlen denn auch schon im Ansatz das Problem der Gerechtigkeit in einer spezifischen Weise, nämlich dadurch, daß sie die Ausgleichsbedürftigkeit des subjektiven Rechts und damit auch die Verantwortung der politischen Macht verkennen. So wird die Kategorie des subjektiven Rechts aus einem dogmatischen zu einem ideologischen Instrument.

58 Näheres in Luhmann, öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965.

Gesellschaft und besonders in der schon erwähnten Folge, daß in einer solchen Ordnung Folgeprobleme typisch nicht mehr dort gelöst werden können, wo sie erzeugt werden, sondern in anderen Systemen. Daraus entsteht ein wachsender Bedarf nach Rücküberwälzung von Schäden, die für betroffene Systeme »zufällig« eintreten und nicht in den Rahmen ihrer spezifischen Problemlösungsmöglichkeiten fallen. Dieses Problem löst sich nicht von selbst, es muß rechtlich programmiert und dann fallweise entschieden werden.

Unser Beispiel hat es im Ausschnitt mit Schäden zu tun, die die öffentliche Verwaltung in ihrer Umwelt verursacht. Fragt man in solchem Fall nach Programmierungsmöglichkeiten, muß das Problem auf die Form entscheidungsauslösender Konditionen gebracht werden (und nicht etwa auf die Form eines Zweckes!). Für eine erste Programmdifferenzierung scheinen sich die Kriterien rechtmäßig bzw. rechtswidrig verursachter Schäden zu eignen, die mit den übrigen Entscheidungsprogrammen der Verwaltung gut koordinierbar sind. Innerhalb der rechtswidrigen Schäden steht die Anknüpfung an Verschulden oder an Fehlerhaftigkeit schlechthin zur Wahl. Eine Verschuldenshaftung würde die Schadensregelung auf Tatbestände zuschneiden, die im Prinzip motivationstechnisch regulierbar sind und dem Versagen Einzelner zugerechnet werden können. Es würde sie »funktional diffus« mit dem ganz andersartigen Funktionskreis der Arbeitsmotivation, Aufsicht und internen Sanktionierung verquicken, der, soziologisch gesehen, ganz andersartigen Bedürfnissen folgt. Sieht man diese Diskrepanz und zugleich die strukturell bedingte Unvermeidlichkeit von Fehlern, drängt sich der Gedanke auf, an den Tatbestand des rechtswidrigen Fehlers anzuknüpfen, eine Bedingung, die zugleich den Vorteil relativ hoher Eindeutigkeit hat. Eine solche Ausweitung der Schadenshaftung auf alle Fehler ist freilich nur erträglich, wenn das gesamte System der öffentlich-rechtlichen Fehlerabwicklung zusammen betrachtet wird und wenn die einzelnen funktional äquivalenten Rechtsinstitute in ein komplementäres Verhältnis wechselseitiger Ergänzung und Entlastung gebracht werden. Daraus ergibt sich die Forderung, gerichtlichen Rechtsschutz gegen fehlerhafte Entscheidungen der Verwaltung und Staatshaftung in ein Verhältnis strenger Alternativität zu bringen, das heißt eine finanzielle Entschädigung nur für Fälle vorzusehen, in denen der

Betroffene den Schaden nicht durch Rechtsmittel abwenden kann.

Diese Überlegung zeigt, wie funktionale Analyse mit soziologischer Vororientierung Klarheit in eine relativ unübersichtliche und vielgestaltige Rechtsmaterie zu bringen vermag. Sie präzisiert das zu lösende Problem und entwickelt eine Alternative zum vorherrschenden, vom Aufopferungsgedanken getragenen Fehlerabwicklungssystem. Sie ermöglicht es zugleich, die funktionale Alternativität von Rechtsschutz und Haftung zu erkennen und zur Entlastung des Entschädigungsrechts auszunutzen. Außerdem macht unser Beispiel deutlich, wie sehr Problem und Lösungsmöglichkeiten ihre Konturen vorhandenen Strukturen verdanken: Ohne voll ausgebaute Gerichtsbarkeit in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wäre die vorgeschlagene Lösung nicht durchführbar, und damit würde auch das zu lösende Problem ein anderes Gewicht bekommen. All das vermag aber die Entscheidung für dieses oder ein anderes Fehlerabwicklungsprogramm logisch nicht zu begründen, geschweige denn zu ersetzen, sondern nur durch Vorgabe von durchdachten Alternativen zu vereinfachen.

3. Im Bereich der richterlichen Tätigkeit gibt es für unmittelbaren Einsatz soziologischer Analyse nur begrenzte Anwendungsmöglichkeiten. Eine Fallgruppe, die sich dafür zu eignen scheint, besteht aus Entscheidungen über die Erhaltenswürdigkeit bzw. Auflösungsbedürftigkeit sozialer Systeme. Darüber wird heute typisch auf Grund moralischer Kriterien entschieden, die teils dem täglichen Leben und seinem Selbstverständnis, teils der Gerichtspraxis entnommen werden - etwa unter dem Gesichtspunkt, daß bei schwerwiegenden Verstößen gegen das Recht, bei Vertrauensbrüchen, Verstößen gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten den Partnern die Fortsetzung der Beziehung nicht »zugemutet« werden könne. Diese Sichtweise könnte nach und nach entmoralisiert und auf soziologische Aussagen umgestellt werden⁵⁹: Man hätte dann zu prüfen, ob die Funktionen, die zur Erhaltung des Systems erforderlich sind, erfüllt worden sind und weiterhin erfüllt werden.

59 Wie weit solche Änderungen einer vorgängigen Gesetzesänderung bedürfen oder im Wege richterlicher Spruchpraxis eingeführt werden können, wäre von Fall zu Fall zu prüfen. Die entsprechende Dispositionsfreiheit des Richters wird im folgenden unterstellt.

Für den Fall der Familie, insbesondere der Ehe, gibt es eine große Zahl nichtfunktionalistischer empirischer Studien, die sich mit den Faktoren befassen, die es ermöglichen könnten, Eheglück vorauszusagen⁶⁰. Ihrer Anlage und ihrer Absicht nach dürften diese Studien am ehesten den Erwartungen entsprechen, die der Jurist hegt, wenn er bei der Soziologie Entscheidungshilfe sucht. Bei genauerem Zusehen zeigt sich jedoch ein wenig ermutigendes Bild - und zwar wegen der hohen Komplexität des Problems. Die Vorhersage hängt von zu vielen Faktoren ab, die schlecht zu identifizieren und zu isolieren sind und, wenn isoliert, im Effekt ihrer unterschiedlichen Kombinationen schwer abgeschätzt werden können.

Demgegenüber würde die hier vorgeschlagene funktionalistische Orientierung von den Funktionen ausgehen, die die Familie im System der Gesellschaft zu erfüllen hat. Diese Funktion liegt allgemein in der Erzeugung und Aufzucht von Nachwuchs, in unserer modernen Gesellschaft darüber hinaus vor allem in der Konstitution einer hinreichend konkreten, überzeugungskräftigen Nahwelt der unmittelbaren Lebensführung, in der Beschaffung von intimem Konsens für persönliche Ansichten, Sinndeutungen, Entscheidungen. Auf Grund dieser Funktion ist die moderne, in Liebe intim gebundene Kleinfamilie, die in der Ehe ihren unmittelbaren Begriff hat⁶¹, durch eine thematisch unspezifizierte Kommunikationsstruktur gekennzeichnet. Sie kann daher nur bestehen, wenn für diese Kommunikation über eine genügend dichte, nahe, konkrete Realität des gemeinsamen Erlebens und Handelns Konsens beschafft werden kann. Unter dieser Voraussetzung verträgt die Ehe ebenso wie die Familie ein hohes Maß an Ungleichgewicht der Leistungen⁶². Umweltsicht und Kommunikationsverhalten müssen

60 Siehe etwa Karlsson, *Adaptability and Communication in Marriage*, 2. Aufl., Totowa/N. J. 1963, mit einem Überblick über die bisherige Forschung (S. 45 ff.) und neuestens Orden-Bradburn, *Dimensions of Marriage Happiness*, *The American Journal of Sociology* 73 (1968), S. 715-731.

61 Wie Hegel weitsichtig formuliert hat. Siehe: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 160, zit. nach der Ausg. von Hoffmeister, 4. Aufl., 1956, S. 150.

62 Hier zeigt sich übrigens, daß ihre Basierung in der Sexualität stabilisierend wirkt, auch wenn ein voller Ausgleich nicht gelingt, und zwar gerade wegen der Unberechenbarkeit: Sie schließt eine demonstrative Aufrechnung von Leistung und Gegenleistung aus, die sehr rasch die Fortsetzung vieler Ehen als unzumutbar erscheinen lassen würde.

auf einem Niveau relativ geringer Komplexität in Übereinstimmung gebracht werden*⁶³. Andernfalls bringen die diskrepanten Weltansichten die Gatten in Verständigungsschwierigkeiten, schließlich in als typischen erwartbaren Wissens und damit in Nichtkommunikation. In solcher Lage bleiben nicht nur die Funktionen der Familie auf dem Gebiete der Sozialisation und des Ausgleichs der gesellschaftlichen Rollenspezifikation unerfüllt, es können auch beliebige Themen herangezogen werden, um die Entfremdung zu symbolisieren. Die Themen des Konflikts, an die eine moralische Bewertung sich halten müßte, geben keinen zuverlässigen Aufschluß über die funktionellen Störungen. Soziologische Überlegungen dagegen, die auch Konflikte noch danach beurteilen, welche Funktionen sie in einem gestörten System -erfüllen, lassen die Gründe besser erkennen, die ein System bestandsunfähig machen und seine Auflösung rechtfertigen.

Diese Beispiele zeigen vielleicht besser als theoretische Überlegungen, wie kompliziert man sich ein Zusammenspiel von funktionalistischer Soziologie und juristischer Entscheidung zu denken hat. Mit dem Postulat interdisziplinärer Kooperation und abstrakten Appellen, der Jurist solle sich um Erkenntnis der Wirklichkeit bemühen, ist wenig zu erreichen und viel zu verderben. Insgesamt scheint eine deutliche Trennung von Systemtheorien und Entscheidungstheorien unumgänglich zu sein. Nur mit Hilfe dieser Trennung können hochkomplexe Problemlagen analysiert und relativ rationaler Entscheidung zugeführt werden. Es wäre daher sicher verfehlt, die juristische Dogmatik und Entscheidungstechnik durch unmittelbaren Bezug auf Systemprobleme zu soziologisieren. Zu den ersten Forderungen, die an Rechtssoziologen zu stellen sind, gehört es, die soziale Funktion der Eigenständigkeit juristischer Dogmatik und Entscheidungstechnik zu begreifen. Ebenso verfehlt aber wäre es, die Trennung zu einem unüberbrückbaren Gegensatz von Sein und Sollen zu ontifizieren. Beide Meinungen, in die die gegenwärtige Diskussion immer wieder abrutscht, verkennen das

63 Zu den theoretischen Grundlagen dieser These vgl. Schroder-Harvey, *Conceptual Organization and Group Structure*, in: Harvey (Hrsg.), *Motivation and Social Interaction*, New York 1963, S. 134-166. Die Lehrbuchsoziologie der Familie schenkt dieser Frage allerdings nur marginale Aufmerksamkeit. Siehe z. B. Goode, *Soziologie der Familie*, 1967, S. 177. Gut dagegen Berger-Kellner, *Die Ehe und die Konstruktion der Wirklichkeit: Eine Abhandlung zur Mikrosoziologie des Wissens*, Soziale Welt 16 (1965), S. 220-235.

Problem der Komplexität. Eher treten Sinn und Grenzen einer solchen Differenzierung zutage, wenn man auch hier nach der Funktion fragt und diese Funktion auf die Überforderung des Menschen durch die hohe Komplexität unserer Gesellschaft bezieht. Dann erhellt, daß nur Trennung *und* Kooperation das gestellte Problem lösen können, nämlich funktionale Analyse der Problemkonstellation von Systemen *und* Übernahme der so zuge-spitzten Probleme in juristische Entscheidungsprogramme, die dann mit hermeneutisch-exegetischen Methoden zu richtigen Entscheidungen konkretisiert werden können.

Kapitel 12

Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht

I.

Die juristische Rechtsquellenlehre ist ein mehrschichtiges Gebilde. Nicht nur eine Vielzahl von Rechtsquellentheorien liegt im Streit. Die alte und schöne Metapher der Quelle selbst hat nicht die Trennschärfe eines modernen Begriffs¹. Sie bietet einen Anknüpfungspunkt für sehr verschiedenartige Überlegungen, die in der neueren Zeit, wenn nicht in der Jurisprudenz, so doch in der Rechtstheorie, auseinanderstreuen. Alf Ross unterscheidet in der für dieses Problem klassischen Monographie einen kausalen, einen ethischen und einen erkenntnistheoretischen Begriff je nachdem, ob es um die faktischen Ursachen, den Geltungsgrund oder den Erkenntnisgrund für bestimmte Rechtsnormen gehe². In dieser Dreiteilung finden wir, aus der Sicht der Rechtswissenschaft, schon den Platz definiert, an dem eine soziologische Rechtsquellenlehre sich entfalten könnte: Sie könnte sich mit der faktischen Entstehung des Rechts, den historischen und empirischen Prozessen der Rechtsbildung befassen; ein Urteil über den Geltungsgrund oder gar über den Erkenntnisgrund des Rechts bliebe ihr damit verschlossen.

Das wäre, wie gesagt, die Vorstellung des Juristen von einer soziologischen Rechtsquellenlehre. Die Vorstellung des Soziologen von der juristischen Rechtsquellenlehre sieht möglicherweise ganz anders aus. Zunächst frappiert den außenstehenden Beobachter am Begriff der Rechtsquelle³ bereits die Annahme der Einheit so

¹ Dazu Bemerkungen und Hinweise bei Klaus Adomeit, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München 1969, S. 78 f.

² Vgl. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig-Wien 1929, S. 291.

³ Siehe statt anderer Peter Liver, *Der Begriff der Rechtsquelle*, in: *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 91 (1955), S. 1-55, S. 8 f., S. 13.

verschiedenartiger »Grund«-Begriffe³. Daraus folgt die Frage nach dem Kontext faktischen Erlebens und Handelns, in dem solch eine Identifikation funktionieren kann. Diese Frage läßt sich in Richtung auf das Orientierungsvermögen des Systems der praktischen Jurisprudenz^{3*}, auf Dogmatik und Entscheidungsverhalten in Berufsrollen entfalten. Es könnte sein, daß der Begriff der Rechtsquelle oder semantische Äquivalente in solchen Entscheidungskontexten als »unanalysierte Abstraktion«, als systembezogene Sinnverkürzung fungieren. Und aus alldem folgen Fragen an das Reflexionspotential, das mit einer solchen Vorstellung von Rechtsquellen aktiviert werden kann.

II.

Eine Wort- und Begriffsgeschichte von »Rechtsquelle« wäre soziologisch nicht sehr ergiebig, weil sie nicht weit genug zurückführen würde. Eine Problemgeschichte muß nicht bei diesem Begriff, sondern bei der Sache selbst ansetzen, nämlich bei der Thematisierung von Geltungsfragen als Entscheidungsfragen. Die Rechtspraxis scheint ihren ersten Anlaß zu einer begrifflichen Artikulation von Geltungsfragen und Geltungsgründen an einem gut lokalisierbaren Problem gefunden zu haben, nämlich in der Frage der Fortgeltung lokaler und abweichender Rechtsgewohnheiten, die im Zuge der Bildung großräumiger politischer Systeme auftauchte und für rechtsvereinheitlichende und innovative politische Tendenzen ein Problem bilden mußten. Darauf scheint im Falle des römischen Rechts die für die Frage des Gewohnheitsrechts bedeutsame Digesten-Stelle 1.3.32 (Julian) hinzudeuten, deren principium vom Problem des lokalen Rechts ausgeht⁴. In mittelalterlichen Rechts-

3 Parallel dazu wird auch in der modernen Wissenschaftstheorie die alte Einheit von Erkenntnisquelle und Erkenntnisgrund in Frage gestellt. Das heißt, Wahrheiten können nicht mehr mit Vernunft oder Wahrnehmung *begründet* werden. Vgl. dazu Hans Albert, Probleme der Theoriebildung, in: ders., Hrsg., Theorie und Realität: Ausgewählte Aufsätze zur Wissenschaftstheorie der Sozialwissenschaften, Tübingen 1964, S. 3-70, hier S. 14 ff.

3a Im Sinne von Ottmar Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970.

4 Vgl. dazu und zur Entstehung einer begrifflich artikulierten und damit systematisierbaren Theorie des Gewohnheitsrechts Dieter Nörr, Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969,

Systemen wiederholt sich mit der Konsolidierung größerer Herrschaftsgebiete diese Problematik, und auch **hier** entstehen an den Reibungsflächen zwischen lokalen Gewohnheitsbildungen und sie überrollender neuer politischer Utilität juristische Abstraktionsleistungen, die sich des römischen Rechts bedienen⁵: Man fragt in diesem Entscheidungskonflikt explizit nach der ratio legis, nach Geltungsformen und Geltungsgründen.

Wenn diese Kurzdiagnose die Quelle der Rechtsquellenlehre richtig trifft, läßt das einige Rückschlüsse auf ihre Tragweite zu. Es handelt sich um einen durch die politische Entwicklung ausgelösten juristischen Abstraktionsgewinn - um die Thematisierung einer neuen begrifflichen Ebene, auf der man Geltungsfragen als Entscheidungsproblem behandeln kann und damit nicht nur Konflikte des Verhaltens und nicht nur Konflikte zwischen unterschiedlichen Normpräventionen einzelner, sondern auch Konflikte zwischen Geltungsansprüchen verschiedener Rechtsmaterien zur Entscheidung bringen kann. Die Abstraktion zu einem begrifflich konsolidierten Rechtsdogma überspielt zugleich die konkreten

S. 353-356. Sorgfältige Textinterpretationen finden sich ferner bei Burkhard Schmiedel, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Graz-Köln 1966, zu unserer Frage besonders S. 64 ff. Schmiedel neigt mehr dazu, die Bedrohlichkeit der neuen Kaisergesetzgebung, also die Positivierung des Rechts, als eigentlichen Grund anzusehen - ein Gesichtspunkt, der jedoch mit der Geltungsfähigkeit lokaler Gewohnheitsrechte eng zusammenhängt. Für das⁶Fehlen einer Thematisierung dieser Fragen in vorklassischer (republikanischer) Zeit siehe auch Max Käser, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt. 59 (1939)» S. 52-101. Siehe ferner als Beleg dafür, daß auch das griechische Recht die Vorstellung des Gewohnheitsrechts als einer besonderen Rechtsquelle nicht kannte, Hans Julius Wolff, *Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht in der griechischen Rechtsauffassung*, Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, Sonderveröffentlichung von Rabais Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin-Tübingen 1962, S. 3-18.

5 Vgl. dazu William E. Brynteson, *Roman Law and New Law: The Development of a Legal Idea*, in: *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3. sér. 12 (1965), S. 203-223; siehe auch ders., *Roman Law and Legislation in the Middle Ages*, in: *Spéculum* 41 (1966), S. 420-437. Zur Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entstehung von Geltungsproblemen und die Entwicklung einer rechtsimmanenten Rechtskritik im Mittelalter ferner Max Jörg Odenheimer, *Der christlich-kirchliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet: Ein Beitrag zur historischen Strukturanalyse der modernen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen*, Basel 1957.

Besonderheiten der historischen Entstehungslage. Wir sprechen noch heute von Rechtsquellen, obgleich der Anlaß zur Ausbildung dieses Begriffs entfallen ist. Wir müssen uns daher fragen, ob es sich um ein bloßes »survival« vergangener Begriffsarbeit handelt oder um eine zwar okkasionell entstandene, dann aber bleibend wichtige Errungenschaft des Rechtsdenkens, die beibehalten und ausgebaut werden müßte. Über diese Frage kann, weil es um Begriff und Ebene des Rechtsquellen-Denkens geht, nicht mehr innerhalb der einen oder anderen Rechtsquellentheorie entschieden werden. Hinzu kommt der Verdacht, daß der Praxisbezug dieses Konzepts eine hinreichende theoretische Erfassung des Problembezugs erschweren könnte. Sieht man näher zu, was unter diesem Begriff der Rechtsquelle produziert worden ist, findet man Normentypologien sowie Prüf- und Klassifikationsregeln, hauptsächlich die Unterscheidung von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht mit anschließenden Erörterungen, ob »Richterrecht«, »Allgemeine Rechtsgrundsätze«, »System«, »Verfahren«, »Rechtswissenschaft« und ähnliches daneben besondere Rechtsquellen darstellen⁶. Auch die Soziologie hat sich um solche Normentypologien bemüht und sie ins Außerrechtliche verlängert⁷. Damit ist jedoch die Fragestellung noch gar nicht erreicht, auf die wir bereits gestoßen sind: die Frage der rechtsimmanenten Abstraktionsebenen.

III.

Geht man mit dieser Fragestellung erneut in die Geschichte zurück, dann läßt sich aufweisen, daß die relevanten Veränderungen des Rechtsdenkens nicht in den Begriffsentwicklungen der Jurispru-

6 Als eine neuere Kurzdarstellung mit weiteren Hinweisen siehe Roland Dubischar, Grundbegriffe des Rechts: Eine Einführung in die Rechtstheorie, Stuttgart 1968, S. 60 ff. Zur umstrittenen Auffassung des Richterrechts als besonderer Rechtsquelle vgl. Josef Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 95-130 (ablehnend) und neuestens (bejahend) Heinrich Wilhelm Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, Tübingen 1971.

7 Vgl. René König, Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme, in: Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder, Hrsg., Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln-Opladen 1967, S. 36-53.

denz liegen, sondern sehr viel früher einsetzen. Sie finden sich, wie wir am Beispiel der chinesischen Legisten und des griechischen Rechtsdenkens zeigen wollen, eher in politikbezogenen Reflexionen auf die historische Lage des Gesellschaftssystems und setzen nicht unbedingt eine hochentwickelte Rechtstechnik voraus.

Für die chinesische Legistenschule, die die Reichsbildung der Ch'in (247-207 v. Chr.) begleitete, dann aber sehr rasch einem politischen Wechsel und der traditional und moralisch orientierten konfuzianischen Kritik erlag, ist eine ungewöhnlich hellsichtige, politisch aktive Erfassung einer evolutionär neuartigen Lage des Gesellschaftssystems bezeichnend⁸. Die agrarische, industrielle, merkantile Entwicklung des Landes wird als ein politisches Problem bewußt und auf den Herrscher als politisches Entscheidungszentrum und auf das Recht als Gestaltungsmittel bezogen. Methodische und taktische Überlegungen treten an die Stelle einer inhaltlichen Moral. Man will planen, weil man sieht, daß eine komplizierte, in sich veränderliche Gesellschaftsordnung von der Natur und vom Zufall unabhängig werden muß - und als Zufall gilt jetzt auch das Vorkommen von Tugend, das Auftreten weiser Männer. Ein negatives, vermeintlich realistisches Menschenbild läßt Handeln, läßt Ordnung als kontingent (= unnötig, auch anders möglich) und herstellungsbedürftig erscheinen. Damit verbinden sich eine Kritik des archaischen, haus- und familienbezogenen Ethos und Versuche des Abbaus entsprechender familiärer und aristokratischer Strukturen. Gleichheit wird als Rechtsprinzip proklamiert und durch Unmittelbarkeit des Verhältnisses des einzelnen zur Politik realisiert. Im Recht kulminiert der Versuch, durch Strenge, Klarheit, Eindeutigkeit, Voraussicht, Methodik, Publizität die Kontingenz der Gesellschaft zu kontrollieren. Doch weder für die autonom gesetzte Politik noch für das positiv gesetzte Recht kann eine zureichende Begründung gegeben werden, die moralisch und

8 Eine gute Zusammenfassung der Leitgesichtspunkte findet man in der Einleitung von J. J. L. Duyvendak, *The Book of Lord Shang: A Classic in the Chinese School of Law*, London 1928. Ausführlicher Leon Vandermeersch, *La formation du légisme: Recherches sur la Constitution d'une philosophie caractéristique de la Chine ancienne*, Paris 1965. Ferner Leang K'i-Tch'ao, *La conception de la loi et les théories des Légistes à la veille des Ts'in*, Peking 1926, und für eine der üblichen Darstellungen des Schulenstreites T'ung-Tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag 1961.

als Konsensangebot akzeptierbar wäre. Die neu gewonnene Ebene der Entscheidung über die Geltung von Recht bleibt ohne normatives Regulativ. Das Recht, das Kontingenz beseitigen soll, bleibt selbst kontingent - und das bringt diese Schule moralisch um ihre Überzeugungskraft und politisch um ihren Erfolg.

Im Vergleich dazu fällt am griechischen Rechtsdenken des 6.-5. Jahrhunderts zunächst eine entgegengesetzte Auslegung von Gleichheit (*Isonomia*) auf, die die gemeinsame Anerkennung des Rechts als dessen Geltungsgrundlage betont. Die Quellenlage läßt keine ganz sicheren Schlüsse zu, aber es scheint, daß der *Nomos*-Begriff, dem zunächst und auch weiterhin starke Konnotationen des Schwankenden und Labilen, des Angelernten, Zufälligen, Faktischen, bloß Eingelebten anhafteten⁹, in den politischen Bewegungen einer neuen Zeit moralisch aufgewertet wird und zusammen mit der politischen Gleichheitsvorstellung den alten Rechtsbegriff *Thesmos* verdrängt¹⁰. Die Rechtsgeltung ist hier nicht in der gesellschaftspolitischen Intention und Durchsetzungsmacht fundiert, sondern in der Sicherheit des Wissens um die frei und gleich gebildeten Meinungen der Mitbürger - modern gesprochen in der Erwartbarkeit konformer Erwartungen.

Ähnlich wie bei den Legisten wird auch hier den Risiken der Zeit das Risiko eines ungewöhnlichen Gedankens entgegengesetzt; hier liegt es darin, daß die Geltung von Recht auf dessen Anerkennung in der schwankenden Volksmeinung gegründet, die Stabilität der Geltungen also gerade auf die Labilität des Fundaments gestützt wird. Damit wird das Recht aus der Bindung an das mythische Faktum historischer Stiftung (*Thesmos*) gelöst und in der Gesellschaft, das heißt in der Stadt, politisch beweglich gemacht. Und diese Beweglichkeit wird nicht durch Rückgriff auf Restbestände eines archaischen Ethos eingeschränkt, sondern durch ein neues Konzept der Natur, die als das Beständige, das Gleiche, das allen

9 Dazu Belege bei John Walter Beardslee, *The Use of $\epsilon\gamma\gamma\alpha\iota\epsilon$ in Fifth-Century Greek Literature*, Diss. Chicago 1918, S. 68 ff. Vgl. auch Martin Ostwald, Pihdar, *Nomos*, and Heracles, in: *Harvard Studies in Classical Philology* 69 (1965), S. 109-138.

10 Diese These belegt, soweit möglich, Martin Ostwald, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford 1969. Ostwald sieht den politischen Wendepunkt in den kleisthenischen Reformen.

11 Dieses Argument taucht erst viel später in den nicht mehr institutionenbildenden Gegentheorien der Sophisten auf und wird kennzeichnenderweise nicht über den *Nomos*-Begriff, sondern über den *Physis*-Begriff lanciert.

Menschen als Menschen Zuwachsende - aber durchaus nicht als eine hierarchisch übergeordnete Rechtsquelle - der Nomothese Schranken zieht".

Bei aller Unterschiedlichkeit der chinesischen und griechischen Konzeption, der Richtung politischer Sensibilität und der institutionellen Folgerungen fällt als übereinstimmend auf, daß ein Abstands- und Fortschrittsbewußtsein gegenüber früheren Zeiten die Kontinuierbarkeit des archaischen Ethos und die Selektivität des Rechts zum Problem werden läßt. Es geht nicht mehr um die Frage, wer im Streitfalle Recht hat und behält, und es geht nicht mehr nur um den Unterschied von gutem und schlechtem Verhalten. Selbst das, was den späteren Rechtsquellentheorien am ehesten entsprechen könnte, der Unterschied von gesetztem (geschriebenem) und gewohnheitsmäßig geltendem Recht trifft das Problem nicht; er wird von den Legisten im Sinne einer taktischen Präferenz für geschriebenes Recht, von den Griechen bis auf Aristoteles hin als eine durchaus sekundäre Unterscheidung behandelt. Im Kern kommt vielmehr eine andere Strukturebene ins Spiel, auf der es um Geltung oder Nichtgeltung geht und der Ordnungswert von Geltungen unabhängig vom moralischen Urteil über Verhalten, ja selbst vom moralischen Urteil über Rechtsnormen, gesichert werden muß. Es ist diese Differenz von Abstraktionsebenen der Rechtsgeltung, die Sokrates mit dem Tod besiegelt. Sie wird als Nomos beschworen - aber weder zureichend begriffen noch politisch gemeistert.

Die gesellschaftsstrukturellen Bedingungen dieser Abstraktionsleistung bleiben vorerst prekär. Sie scheinen vor allem von der Ausdifferenzierung und der Leistungsfähigkeit des politischen Systems abzuhängen. Wo diese nicht gehalten werden kann, wird, wie das Beispiel der islamischen Rechtsentwicklung zeigt¹³, das Recht remoralisiert; die Unterscheidung von gültig und ungültig wird zurückentwickelt in die Unterscheidung von erlaubt und verboten, die Zeit der Rechtsstiftung wird wieder in die Vergangenheit verlegt und das Recht als Tradition behandelt.

12 Der klassische Beleg dafür ist Aristoteles, *Nikomachische Ethik* 1134b.

13 Vgl. Joseph Schacht, *Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts*, in: *Der Islam* 22 (1935), S. 207-238; ausführlicher ders., *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1950, und ders., *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964.

IV.

Den problemgeschichtlichen Analysen kann man vor allem den Eindruck entnehmen, daß Begriff und Dogmatik der »Rechtsquellen« eine Antwort sind, eine Antwort auf ein nicht ausreichend artikuliertes Problem; eine Antwort, die vor allem Entscheidungsbedürfnissen der Praxis gedient hat und die Sicht auf das Problem, das sie lösen soll, eher verstellt als freigibt. Die dogmatische Figur verkürzt hier, wie so oft, im Interesse der Entscheidungsfindung den Blick auf den sehr komplizierten Aufbau sozialer Strukturen. Andererseits ist sie nicht nur eine Vereinfachungsleistung. Sie entspricht dem Entscheidungszwang des Systems der Jurisprudenz nicht nur durch Reduktionen, sondern zugleich dadurch, daß sie einen Überschuß an Begründungsmöglichkeiten produziert, so daß hinreichend viele und auch entgegengesetzte Entscheidungen im Bedarfsfalle begründet werden können¹⁴. Die Rechtsquellenlehre bleibt aus diesem doppelten Grunde Metapher und Typenkatalog. Sie legt den Entscheidenden nicht fest, ob er seine Entscheidung mehr auf Gesetzesrecht oder Gewohnheitsrecht oder richterliche Praxis, auf allgemeine Rechtsgrundsätze oder auf Systemerwägungen gründen solle und wie er Konflikte zwischen diesen Möglichkeiten zu entscheiden habe.

Diesen Autonomiegewinn durch Ebenendifferenzierung kann man in noch einer weiteren Hinsicht studieren. Jedes Rechtssystem ist und bleibt auf Transfer gesellschaftlicher Wertvorstellungen in rechtliche Relevanzen angewiesen. Die rezeptive Autonomie der Jurisprudenz kann jedoch auf verschiedene Weisen gesteigert werden, wenn eine Differenz von Normfragen und Geltungsfragen institutionalisiert ist. Dann liegt die Wertgleichung zwischen rechtlichem Entscheidungssystem und gesellschaftlichem Rechtserleben nicht mehr notwendig auf der Ebene normativer Erwartungen und Sollvorstellungen. Vielmehr ertastet das Recht gesellschaftliche Wertungen und Wertungsänderungen mit den Fühlbegriffen seiner

¹⁴ Diese Einsicht ist bereits häufig für die Wahl unter anerkannten Auslegungsmethoden formuliert worden. Vgl. Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Conn., 1921; ferner Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, a.a.O., S. 115, mit weiteren Hinweisen, und als neuesten Versuch, die Möglichkeiten rationaler Selbstkontrolle in der Methodenwahl herauszuarbeiten: Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt 1970.

Dogmatik und stimmt auf diese Weise zu Änderndes mit Geltendem ab. Zunehmender Sicherheitsbedarf und entsprechender Wertewandel in der Gesellschaft werden zum Beispiel an Schwierigkeiten mit dem Prinzip reiner Verschuldenshaftung erkannt und durch korrigierende Haftungsgesichtspunkte, etwa Gefährdungshaftung, oder durch justizielle Aushöhlung bestimmter Anwendungen des Verschuldensprinzips, etwa im Bereich der Staatshaftung, in das geltende Recht eingebaut und harmonisiert, während im gesellschaftlichen Leben die Wertgesichtspunkte der individuellen Selbstbestimmung und der Sicherheit unverbunden nebeneinanderstehen können.

Innerdogmatische Wahlfreiheiten und Entscheidungszwänge des Rechts beruhen auf einer bestimmten Umschreibung und Chiffrierung von Systemproblemen der Gesellschaftsordnung. Es wäre falsche Soziologie, diese Leistung der Dogmatik im Bereich der Rechtsquellenlehre als eine wissenschaftliche Leistung zu kritisieren. Damit würde man ihre eigentliche Funktion verkennen. Dieser Vorbehalt schließt jedoch ein rechtstheoretisches oder ein soziologisches Überschreiten der Grenzen von Dogmatik nicht aus. Rechtstheoretisch ist ein solches Überschreiten erforderlich für ein undogmatisches Analysieren von Dogmatiken - für etwa das, was wir soeben tun". Soziologisch ist es erforderlich, wenn man die Kontingenz von Recht und Dogmatik begreifen will als Lösung strukturabhängiger sozialer Probleme, die auch anders gelöst und in andersartigen Gesellschaften auch anders gestellt werden können.

Die zentrale Frage des jurisprudentiellen Umgangs mit »Rechtsquellen« dürfte heute darin liegen, ob man weiterhin von einer *Mehrheit* von verschiedenartigen Rechtsquellen ausgehen solle oder nicht, und ob eine solche Mehrtypendogmatik rechtstheoretisch und soziologisch abgesichert werden kann. Es scheint, daß die Funktion der Typenmehrheit darin gelegen hat, die Wahlfreiheit des Richters in bezug auf jeweils bestimmte Rechtsquellen zu erweitern: Er konnte sich auch an anderen orientieren. In dem Maße, als man im Zuge der Positivierung des Rechts das Attribut des Änderbaren in die Norm selbst hineinverlegt, wird dieser

15 Auf dieser Linie vgl. außer Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, a.a.O., etwa Werner Krawietz, *Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft*, in: *Recht und Politik* 1970, S. 150-158.

dogmatische Behelf überflüssig, da auch der Richter dann Recht abändern kann, wenn er innerhalb der ihm anvertrauten Argumentationsfiguren überzeugende Gründe finden kann. Man könnte deshalb die Auffassung vertreten, daß die Zurechnung der Rechtsbildung, die mit dem Begriff der Rechtsquelle gemeint ist, heute nicht mehr historischen Ursachen oder Geltungsgründen folgt, sondern dahin zielt, wo Änderungsmöglichkeiten vermutet werden bzw. institutionalisiert sind. Symptomatisch für diese Entwicklung zur Einheit des Rechtsquellenkonzepts ist es, daß die Figur des Gewohnheitsrechts bei Autoren, die richterliche Rechtsänderung bejahen, ihre selbständige Bedeutung verliert¹⁶. Um so mehr käme es dann aber darauf an, für Zwecke der dogmatischen Anknüpfung eine soziologisch und rechtstheoretisch klare Konzeption des rechtsbildenden Prozesses zu entwickeln.

V.

Im folgenden behandeln wir nicht mehr die juristischen Rechtsquellen, sondern ihre unanalysierten Probleme aus rechtstheoretischer und soziologischer Sicht. Unanalysiert geblieben sind vor allem der Sinn und die Funktion rechtsimmanenter Abstraktionsebenen. Der Quellenbegriff bietet dafür die Möglichkeit, zwischen (konstanter) Quelle und (wechselndem) Informationsfluß zu unterscheiden - eine wichtige Aufbauregel kommunikativer Systeme¹⁷. Aber damit ist kein hinreichend differenziertes Urteil darüber gewonnen, was denn als »Quelle« fungieren kann. Die problemgeschichtliche Analyse hat jedoch einige weitere Anhaltspunkte ergeben, die sich in abstraktere theoretische Formulierungen übersetzen lassen.

16 Ich denke an Josef Esser, *Richterrecht* . . ., a.a.O., und Klaus Adomeit, *Rechtsquellenfragen* . . ., a.a.O., S. 53 ff. Adomeit selbst durchbricht diese Entwicklungsrichtung durch Einbeziehung des Rechtsgeschäfts in die Rechtsquellenlehre und entzieht sich den rechtstheoretischen Schwierigkeiten durch den Vorschlag einer katalogartigen Begriffsbestimmung, die Typenmehrheit voraussetzt.

17 Vgl. Milton Rokeach, *The Open and Closed Mind: Investigations Into the Nature of Belief Systems and Personality Systems*, New York 1960; ders., *In Pursuit of the Creative Process*, in: Gary A. Steiner, *The Creative Organization*, Chicago-London 1965, S. 66-88 (70 ff.). In der Rechtsquellenlehre ist genau diese Differenz bisher mit einem »sowohl/als auch« vermischt worden; Siehe Klaus Adomeit, *Rechtsquellenlehre* a.a.O., S. 78.

In komplexer werdenden Gesellschaften, die bereits Entscheidungen über normative Konflikte organisieren können, reicht die unmittelbar-erkenntnistmäßige Orientierung an institutionalisierten normativen Erwartungen nicht mehr aus. Es wird bewußt, daß nicht nur das schlichte Erwarten und Verhalten, sondern auch die normative Konzeption anders möglich, also kontingent ist; daß nicht nur die Schlechtigkeit des Menschen, sondern auch verschiedenartige Rechtsvorstellungen Konflikte auslösen. Dann müssen durch entsprechende institutionelle Vorkehrungen die Normativität im Sinne kontrafaktischer Sollerwartungen¹⁸ und die Geltung von Normen (bzw. Nichtgeltung anderer Normen) als zwei verschiedene Ebenen der Strukturbildung getrennt werden. Diese Ebenendifferenzierung ist eine Voraussetzung dafür, daß man auch mit divergierenden Normprojektionen *künftig* zusammenleben kann, da die Geltungsfrage entscheidbar ist. Die Trennung von Normativität und Geltung steht also im Zusammenhang mit einer Ausweitung des Zeithorizontes gesellschaftlichen Zusammenlebens und ferner mit dem beginnenden Übergang von segmentärer zu funktionaler Differenzierung - griechisch: mit der Differenzierung von oikos und polis -, der das archaische Konfliktlösungsmittel der Sezession ausschließt.

Die Trennung der Ebenen erfolgt dadurch, daß die Negationsmöglichkeiten entsprechend differenziert werden. Die Negation auf der Normebene muß von der Negation auf der Geltungsebene unterschieden werden können - am leichtesten in der Form unterschiedlicher Entscheidungs-»Quellen«. Man muß *bejahen* können, daß es Normen *gibt*, die *nicht gelten*, deren Geltungsansprüche geprüft und bejaht oder abgewiesen werden können¹⁹. Die Geltungsebene dient dazu, die *nicht mehr auszuschließende Kontingenz normativen Erwartens zu regulieren*. Wie und wo aber wird die Kontingenz des Geltens reguliert? Wie und wo kann die Geltung oder Nichtgeltung von Geltungen als Problem gesehen und zur Entscheidung gebracht werden²⁰?

18 Hierzu Niklas Luhmann, Normen in soziologischer Perspektive, in: Soziale "weit 20 (1969), S. 28-48; ders., Rechtssoziologie, Reinbek 1972, Bd. I, S. 40 ff.

19 Auch hier ist wiederum die Parallelentwicklung in der Erkenntnis- bzw. Wissenschaftstheorie interessant: Es gibt sinnvolle »Gedanken« (im Sinne von Frege), bei denen noch offen ist, ob sie wahr oder falsch sind, und die ihren Sinn nicht dadurch verlieren, daß sie sich als falsch erweisen.

20 Diese Art, die Begründungsfrage zu stellen, und die Richtung ihrer Beantwortung

Es scheint, daß dieses Problem der Kontingenzausschaltung auf der Geltungsebene von den juristischen Rechtsquellenlehren gelöst werden sollte, und zwar in der spezifischen Form der Begründung der Selektion von Geltungen. Zumindest die Hauptantworten der Rechtsquellenlehre - der Hinweis auf den *Willen* des legitimen Gesetzgebers und der Hinweis auf die *opinio necessitatis*, die Gewohnheitsrechtsbildungen trägt - deuten darauf hin. Das liegt auf der Linie der neuzeitlichen Tradition, das zunächst theologisch gestellte Problem der Kontingenz dieser Welt zu lösen durch Suche nach Gründen dafür, daß etwas so und nicht anders sei, so und nicht anders gelte. Auf dem Doppelgleise der Modaltheorie, auf dem Gleise des *necessariurfi/contingens* wie auf dem Gleise des *possibile/impossibile*, geht es immer um Reduktionen, um eine Begründung von restriktiven Selektionen - sei es dessen, was in einer kontingent geschaffenen Welt nun trotz der allmächtigen Freiheit Gottes als notwendig gelten könne²¹, sei es dessen, was im Rahmen des allgemeinen *possibile logicum* nun real möglich sei²¹. Entsprechend dieser Herkunft des Problems werden die theologischen Antworten - Intellekt bzw. Wille - zunächst nur wiederholt.

Auf die rechtstheoretische Problematik einer solchen Begründungskonzeption ist verschiedentlich hingewiesen worden²². Die soziologische Kritik hat diese Problemzusammenhänge bisher noch nicht bzw. nur unter sehr einseitig verengtem Blickwinkel zu Gesicht bekommen. Sie hat auf die Problematik der Kontingenzausschaltung durch Begründung von Selektionen gleichsam nur ablehnend, und insofern inadäquat, reagiert: durch Ideologiekritik oder durch Rückgang auf die wertfrei feststellbare Faktizität des Geltungsglaubens. Selbst Max Weber, dem jene Differenz von

sind zwischen Jürgen Habermas und mir strittig; vgl. Jürgen Habermas und Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt 1971, S. 239 ff., S. 380 ff.

21 Zu den Anfängen dieser Fragestellung im Nominalismus siehe etwa Gelestino Soáiguren, *Contingencia y creación en la filosofía de Duns Escoto*, *Verdad y Vida* 24 (1966), S. 55-100.

22 Hierzu Ingetrud Pape, *Tradition und Transformation der Modalität*, Bd. I: *Möglichkeit - Unmöglichkeit*, Hamburg 1966.

23 Siehe Klaus Adomeit, *Rechtsquellenlehre .. .*, a.a.O., S. 37 ff., mit dem Versuch, die Rechtsquellenlehre auf einer Metastufe hypothetischer Wirklichkeitsbeschreibung anzusiedeln.

(inhaltlicher, materialer) Normebene und (formaler) Geltungsebene auf Grund historischer Studien klar vor Augen stand²⁴, verwendet aus Gründen der »Wertfreiheit« einen faktifizierten Geltungsbegriff. Die Kontingenz der Geltung erhält bei ihm die doppelte Form der bloßen *Durchschnittlichkeit* der Erwartung des Verhaltens *anderer* und damit der *Möglichkeit der Selbstdispensierung*²⁵. Damit ist zugleich abgelehnt, zu den Intentionen und Denkmitteln der juristischen Rechtsquellenlehre als Soziologe überhaupt Stellung zu nehmen. So bleiben jedoch viele soziologisch interessante Fragen ungestellt und unbeantwortet.

Ächtet man auf die Art der Fragestellung, fallen anders liegende Gegensätze auf. Die juristische Rechtsquellenlehre stellt das Problem der Kontrolle normativer Kontingenz immer noch als Problem der Begründung richtiger Selektionen unter Ausschluß anderer Möglichkeiten. Sie kommt damit in die Verlegenheit, dem selektiven Prozeß selbst die Fähigkeit des Begründens zuschreiben zu müssen und damit bei theologischen Säkularisaten, sozialen Funktionen oder bei lediglich postulierten erkenntnistheoretischen Hypothesen zu landen - etwa bei der Annahme des Willens einer juristischen Person oder des Konsenses des Volkes. Solche Antworten widerlegen die Fragestellung. Möglicherweise ist es falsch oder doch unfruchtbar, unser Problem der Differenz von Strukturebenen in die Perspektive von Grund und Begründung zu pressen, wie das Bild der Rechtsquelle es nahelegt. Daß Geltungen *richtige* Normselektionen *begründen* und daß sie damit normative Kontingenzen durch Ausschluß anderer Möglichkeiten *beseitigen* sollen, ist eine Unterstellung, die dringend der Überprüfung bedarf, wenn sie schon nicht halten kann, was sie verspricht.

Eine weitere Überlegung führt in die gleiche Richtung: Eine Differenzierung von Norm und Geltung hat nur dann Sinn, wenn die Negationsmöglichkeiten auf beiden Ebenen getrennt werden können. Dann kann aber durch Entscheidung über Geltung oder Nichtgeltung die Kontingenz der Normprojektionen nicht beseitigt, das heißt in Nichtkontingenz (= Notwendigkeit) umgewandelt werden; gerade die Nichtausschließbarkeit der Normkontin-

24 Vgl. Max Weber, *Rechtssoziologie*, Neuwied 1960, z. B. S. \$5.

25 So besonders klar in: Max Weber, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl. Tübingen 1968, S. 4*7-474 (443"-).

genz hatte ja Anlaß zur Konstruktion einer neuen Ebene des Geltens gegeben. Auf dieser Ebene können Normkontingenzen nicht ausgeschlossen werden - genauso wenig, wie auf der Ebene der normativen Erwartungen die Kontingenzen faktischen Verhaltens ausgeschlossen werden können. Geltungen dienen vielmehr nur dazu, die Kontingenz der Normebene zu regulieren in dem Sinne, daß sie erhalten bleibt, zugelassen wird, aber zugleich eine »unschädliche« Fassung erhält. Geltungen haben lediglich die Funktion zu verhindern, daß die Kontingenz normativer Erwartungen als Kontingenz sich auswirkt; daß aus der Tatsache, daß auch andere Normprojektionen möglich sind, Schlüsse gezogen, Handlungen abgeleitet, Konflikte befeuert werden. Geltung verhindert, daß aus Kontingenz Anomie folgt.

VI.

Mit diesem auf ein funktionales Minimum abstrahierten Geltungsbegriff ist nur ein erster Anhaltspunkt gewonnen. Dessen begriffliche Ausarbeitung, die in schwierige Fragen der Modaltheorie führen würde, müssen wir als Desideratum dahingestellt sein lassen²⁶. Einige Anhaltspunkte für eine wissenschaftliche und entscheidungspraktische Operationalisierung der Geltungsfunktion lassen sich jedoch gewinnen, wenn man dafür erneut die juristische Rechtsquellenlehre heranzieht.

Sowohl förmliche Gesetzgebung als auch richterliche Rechtsfortbildung als auch Gewohnheitsrechtsbildung können mit der For-

26 Die Richtung möglicher Ausarbeitung sei jedoch an einem Teilproblem der Rechtsquellenlehre angedeutet: Die *opinio necessitatis* ist als Kriterium der Geltung von Gewohnheitsrecht selbst *keine notwendige Meinung*. Wir haben es also mit nichtnotwendigem (kontingentem) Notwendigen zu tun. Wir müssen deshalb in zwei Ebenen der Modalisierung denken, damit die Negation der einen Notwendigkeit nicht die andere aufhebt, und die Ebenendifferenz als logische Diskontinuität begreifen. Die *theologische* Fassung dieses Problems mit Hilfe der Schöpfungstheorie, nämlich der Annahme der Freiheit Gottes zur Schöpfung des Notwendigen, ist geläufig und hat die Modaltheorie bis zu Kant hin beherrscht. Ihre Merkmale sind heute problematisch - nicht nur als Theologie, sondern auch darin, daß sie die Ebenendifferenz mit dem Kausalproblem verquickt, und darin, daß sie die Differenz und die Etablierung des Weltlich-Notwendigen in die Vergangenheit verlegt. Sie verliert dadurch ihre Eignung als Modell für die innerweltliche Entstehung von Notwendigem. Hier müßten Evolutions- und Systemtheorien einsetzen.

mel eines »selektiven Prozesses« auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden. Viele Rechtsquellentheorien lassen sich von dieser Grundvorstellung tragen. Andere stützen sich eher auf Kriterien der Rechtsfindung oder Strukturvorstellungen wie »allgemeine Rechtsgrundsätze« oder »Rechtssystem« und neigen dann dazu, den Prozeß als Rechtserkenntnis zu charakterisieren, Rechtsquellen also als Erkenntnisquellen zu begreifen. Beide Auffassungen können jedoch in der Kontrastierung nicht verbleiben, denn die Begriffe Prozeß und Struktur setzen sich wechselseitig voraus²⁷. Die Frage muß daher gestellt werden: Wie fungieren Geltungsvorstellungen in selektiven Prozessen?

Die Metapher »Quelle« verdient ein selektiver Prozeß sich dadurch, daß die in ihm fungierende Strukturvorstellung abstrahiert und dadurch innovativ wird. Das Problem, das gemeint ist, liegt im Abstraktionspotential der Prozesse, liegt im Operativwerden von Abstraktionen. Sollen normativer Sinn und Geltungsebene differenziert werden und soll diese Differenz Rechtsquelle, also Erzeugungsweise des Rechts sein, dann muß sie sich im Entscheidungsprozeß wiederfinden und dort in angebbarer Weise aktualisierbar sein. Nicht Normideen oder Geltungsidee allein, aber auch nicht der Entscheidungsprozeß selbst oder der ihn betreibende Wille ist die Quelle, sondern eine bestimmte Art, ihn differentiell zu strukturieren.

Diese Differenz läßt sich nicht gut hierarchisch begreifen, so als ob Geltendes den Normen übergeordnet und damit in eine nichtnormative Sphäre »höheren« Sinnes entrückt wäre. Ausgehend von der Funktion der Geltung, normative Kontingenzen zu regulieren, finden wir Geltung vielmehr in den *Variations- und Substitutionsbedingungen des rechtlichen Normengefüges*. Die Geltung liegt nicht in der Starrheit und Rücksichtslosigkeit des Festhaltens bestimmten Normsinnes, zu der es nur kommt, wenn man Normativität und Geltung identifiziert; sie liegt vielmehr darin, daß

27 Sehr klar bringt Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. Tübingen 1964, S. 132 ff., diesen Sachverhalt heraus: Esser begreift Rechtsquelle als den »Positivierungsvorgang«, der Recht bildet »kraft der Intensionsbeziehung des Rechtschaffenden und der Verständnisbeziehung des Recht Anwendenden und nach Recht Lebenden«. Die Frage ist nun, ob man mit Hilfe einer Rechtstheorie oder letztlich mit Hilfe einer Soziologie des Gesellschaftssystems deutlicher herausarbeiten kann, auf was diese Intention sich bezieht und woher sie ihre Qualität als Rechtsquelle gewinnt.

Entscheidungen über Änderung oder Nichtänderung normativen Sinnes vom vorhandenen Recht aus gesteuert werden. In Geltung befindet sich Recht in der Weise, daß auch Kontroversen, auch Zweifel, auch Evidenzverluste Struktur haben, gleichsam punktualisiert auftreten müssen und durch ihren Stellenwert Richtungshinweise für mögliche andere Lösungen geben²⁸. Man kann zum Beispiel den Satz »Alle Menschen sind rechtsfähig« nicht durch den Satz »Alle Menschen sind gut« oder den Satz »Alle Menschen sollen arbeiten« ersetzen, weil man damit den Geltungskontext nicht erwischt, in dem jener erste Satz fungiert; man müßte dann schon eine Rückkehr zum Statusprinzip der Rechtsverteilung wählen oder in Kauf nehmen, daß das Prinzip der Rechtsfähigkeit aller Menschen nach seiner »Aufhebung« apokryph weitergilt. Geltung besagt demnach, daß der Status quo des Rechts als Basis seiner Abwandlung, Modifikation, Aufhebung und Neusetzung benutzt wird²⁹. Recht gilt als selbstsubstitutive Ordnung mit Hilfe von »Anschlußzwang«; in dem Sinne, daß nur einbaubare Normen Recht werden können.

VII.

Mit dieser Funktionsbeschreibung sind die Vorstellungshilfen und Argumentationsmittel noch nicht erfaßt, mit denen die juristische Lehre und Praxis sich im Prozeß fortlaufender Normmodifikation der Geltung vergewissert. Sicherlich ist der Vorstellungskomplex, der in der Rechtsquellenlehre zusammengefaßt ist, nicht das einzige Mittel der Prüfung der Geltungsansprüche möglicher normativer Konzepte. Vor allem kommen die Auslegungslehren hinzu und ferner die erprobten dogmatischen Begriffsfiguren. Für den Bereich der richterlichen Rechtsfindung hat Josef Esser sehr viel weitergehende Möglichkeiten rationalen »Durchgriffs« auf transdogmati-

²⁸ Auch hier lassen sich Parallelen zum Bereich kognitiver Erwartungen herstellen. Edmund Husserl, *Formale und transzendente Logik*, in: *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* 10 (1929), S. 1-298 (140) formuliert: »Selbst eine sich als apodiktisch ausgebende Evidenz kann sich als Täuschung enthüllen und setzt doch dafür eine ähnliche Evidenz voraus, an der sie >zerschellt<«.

²⁹ Hierzu grundsätzlich: Niklas Luhmann, *Status quo als Argument*, in: Horst Baier, Hrsg., *Studenten in Opposition: Beiträge zur Soziologie der deutschen Hochschule*, Bielefeld 1968, S. 74-82.

sehe Orientierungspunkte nachgewiesen und an der Evidenzhilfe durch den Einzelfall festgemacht". Für die Frage der Geltungskontinuität und der Änderungsleitfäden im Bereich der Gesetzgebung fehlen jedoch rechtswissenschaftliche Vorarbeiten. In der Praxis wird denn auch relativ unbekümmert legisferiert, wenngleich man natürlich beachtet, daß die geladenen Drähte der Verfassung nur mit besonderen Handschuhen berührt und versetzt werden können. Die in der Gesetzgebung praktizierten Geltungskriterien beruhen kaum noch auf Abstraktionen des vorhandenen Rechtsstoffs; sie sind nicht mehr inhaltlicher, sondern formaler, kompetenzmäßiger Art. Das Recht expandiert über Organisation. Infolgedessen wirkt das im Wege der Gesetzgebung geschaffene Recht, wenn man zum Vergleich die großen, dogmatisch durchdachten Kodifikationen heranzieht, wie ein zusammengeschobener Haufen von Gelegenheitseinfällen, deren »Gründe« nicht mehr im Recht selbst zu suchen sind; und diese lockere, kaum noch durch Interdependenzen beeinträchtigte Struktur erleichtert ihrerseits »sektorale« Innovation. An anderer Stelle habe ich versucht, zu zeigen, daß auf diese Weise Zunahme an Größe und Vielfaltigkeit durch Verzicht auf Interdependenzen bezahlt wird".

All das zusammengekommen bietet für eine soziologische Analyse der juristischen Rechtsquellenlehre eine Mehrzahl von Ansatzpunkten. Unser Ergebnis war, daß »Rechtsquelle« weder als Kausalursache, noch als Geltungsgrund, noch als Erkenntnisgrund von Rechtsnormen ausreichend begriffen werden kann. Der Begriff symbolisiert eine Ebenendifferenz, die innovativ wird, wenn sie praktiziert werden kann. Sache der Rechtstheorie wäre es aufzuzeigen, wie die operativen Begriffe des Rechts diese Kapazitätserweiterung selektiver Entscheidungsprozesse zustande bringen, wie zum Beispiel Rechtsdogmatiken die Wahlmöglichkeiten im Umgang mit Texten steigern. Den Soziologen wird, wenn er von Normalerwartungen in bezug auf Trägheit und Geschichtsgeronnenheit sozialer Interaktionssysteme ausgeht, dieser Abstraktionsgewinn interessieren, in den sozialen Bedingungen seiner Möglichkeit ebenso wie in seinen Stabilisierungsproblemen. Die gleiche

30 Siehe zuletzt: Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, a.a.O.

31 Vgl. Niklas Luhmann, *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie*, in diesem Band, S. 241 ff.

Perspektive der Bewunderung juristischer Kunstformen würde gelten, wenn man die Abstraktionen des Rechts und vor allem die Geltungsorientierung selbst als eine evolutionäre Errungenschaft würdigt, die den Aufbau komplexerer Rechtssysteme überhaupt erst ermöglicht, indem sie die »Rechtsquellen« zum Fließen bringt.

Überwiegend urteilt die Soziologie heute freilich anders - nicht vom Einfachen und Vergangenen her, demgegenüber wir es weit gebracht haben, sondern im Blick auf die künftigen Anforderungen eines sehr komplexen Gesellschaftssystems, denen unsere Begriffs- und Planungstechniken bei weitem noch nicht genügen. Vor diesem Erwartungshorizont tritt vor allem das Ungenügen der Gesetzgebungstheorie in den Blick. Das Gesetz als Rechtsquelle - das ist eine Auskunft für den Richter, nicht für den Gesetzgeber. Mit der Erlaubnis, sich selbst als Rechtsquelle zu begreifen, ist dem Gesetzgeber nicht geholfen. Rekonstruiert man für ihn das Konzept einer Differenzierung von Strukturebenen des Entscheidungsprozesses, dann stellt sich die Frage, woher der Gesetzgeber jene Variations- und Substitutions Gesichtspunkte nimmt, die den Normänderungsprozeß steuern. Die soziologische Systemtheorie bietet dafür - wenn auch nur auf lange Sicht - die Möglichkeit, sich an theoretisch und empirisch faßbaren Systemproblemen zu orientieren, die bei einem Wechsel von Problemlösungen identisch bleiben³². Ob die Rechtswissenschaft andersartige, nämlich rechtsimmanente Gesichtspunkte zu entwickeln vermag und ob eine überpositive, überdogmatische Rechtstheorie etwas anderes sein kann als Naturrecht oder Soziologie, bleibt abzuwarten.

32 Als einen solchen Versuch siehe Niklas Luhmann, Reform des öffentlichen Dienstes: Zum Problem ihrer Probleme, in: ders., Politische Planung, Opladen 1971, S. 203-256.

Kapitel 13

Die Gewissensfreiheit und das Gewissen

Car j'ai vu trop souvent la pitié s'égarer
Saint-Exupéry, La Citadelle I

1

Wenn es ein Grundrecht gibt, das der juristischen Bearbeitung durch die Grundrechtsdogmatik entglitten ist, dann ist es das Grundrecht der Gewissensfreiheit". Bisher ist es ihr nicht gelungen, die Besonderheit dieses Grundrechts überzeugend herauszuarbeiten, seinen Tatbestand zu fixieren, seine Funktion verständlich zu machen. Bisher hatte sie aber auch kaum Gelegenheit, mit der Arbeit anzufangen. Denn das Grundrecht der Gewissensfreiheit wurde noch unter der Weimarer Verfassung mit einem Aspekt der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit identifiziert, also allein vom religiösen Gewissen her interpretiert'. Erst heute beginnt man, diese Einengung zu sprengen, und erst dadurch wird es nötig, einen Gewissensbegriff zu suchen, der nicht an eine bestimmte Thematik, vielleicht nicht einmal an die allgemeine ethische Unterscheidung

1 Als Beweis dafür genügt wohl die Tatsache, daß ein führender Kommentar zum Grundgesetz - Hermann von Mangoldt und Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Berlin ab 1955 - es sich leisten kann, die Gewissensfreiheit als besonderes Problem zu ignorieren, bzw. in der religiösen Bekenntnisfreiheit aufgehen zu lassen. Und das entspricht durchaus der Dogmengeschichte, insbesondere der Auslegung der Gewissensfreiheit unter der Weimarer Verfassung. Auch in dieser Zeitschrift ist das Grundrecht der Gewissensfreiheit letzthin mehrfach erörtert worden, ohne daß sich eine gemeinsame Verständnisgrundlage abzuzeichnen begänne; vgl. Franz Werner Witte, Der Gewissensbegriff des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, AöR 87 (1962), S. 155-196; Adalbert Podlech, Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat: Eine Auseinandersetzung mit Hamel und Witte, AöR 88 (1963), S. 185-221; Walter Hamel, Die Gewissensfreiheit im Grundgesetz: Eine Erwiderung, AöR 89 (1964), S. 322-335.

2 Vgl. Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919, 14. Aufl. Berlin 1933, Art. 135 Anm. 4; siehe aber auch die vorsichtige Ausweitung durch Einbeziehung der »Weltanschauungsfreiheit« bei Herrmann Mirbt, Art. 135 und 136: Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Hans C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1930, Bd. II S. 319-360.

von gut und böse gebunden und dadurch begrenzt ist, sondern anders, nämlich durch die Funktion des Gewissens definiert werden muß. Und das ist nur durch eine wirklichkeitswissenschaftliche Orientierung möglich³.

Das Versagen der juristischen Interpretation vor dem Tatbestand des Gewissens geht durch alle Auslegungsschulen. Es betrifft die traditionellen juristischen Auslegungsmittel, die heute namentlich durch Ernst Forsthoff weiter empfohlen werden, ebenso wie die vorherrschende geisteswissenschaftlich-wertethische Betrachtungsweise. Das Versagen ist vollständig und vermutlich auch dort bewußt, wo es nicht zugestanden wird. Der eigentlich gemeinte Tatbestand, das Gewissen, bleibt Gegenstand achtungsvoller Verehrung. Man tastet ihn nicht an. Man versteht darunter etwas »Inneres«, Unzugängliches, Höchstpersönliches, sogar Heimlich-Geheimnisvolles, das sich im Handeln äußert. Der Vorwurf des Versagens bezieht sich also nicht etwa auf einen Mangel an Hochachtung, Wertschätzung oder guter Absicht, sondern auf einen Mangel an gedanklicher Durchdringung des Tatbestandes. Vielleicht steht sogar das eine dem anderen im Wege. Jedenfalls dürfte es reizvoll sein, sich an einem Fall des gemeinsamen Scheiterns die Frage vorzulegen, ob die Kontroverse zwischen streng juristischer und wertethischer Grundrechtsauslegung überhaupt relevant ist und ob wir uns weiterhin darauf verlassen dürfen, daß wir uns richtig entscheiden, wenn wir in dieser Kontroverse Stellung beziehen.

Im großen und ganzen dürfte Einigkeit darüber herrschen, daß Art. 4 Abs. 1 GG, der die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses für unverletzlich erklärt, sich als Rechtsnorm nur auf ein menschliches Handeln bezieht. Daß Gedanken frei sind, versteht sich heute fast noch von selbst. Man scheut sich jedoch, das Gewissen selbst ohne weiteres als Handlung bzw. als kommunikativen Aspekt menschlichen Verhaltens zu definieren. Man versteht unter Gewissen eine innere Instanz, die im Unsichtbaren entscheidet und die erst danach im Verhalten Ausdruck findet (wenn sie nicht daran gehindert wird). Der Rechtsschutz scheint sich danach nur auf den Ausfluß des Gewissens, auf Kommunikation oder ausführendes

³ Vgl. hierzu grundsätzlich meine Arbeit: *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965.

Verhalten, zu erstrecken, nicht auf das Gewissen selbst, das als forum internum keines Schutzes bedarf. Das Recht gilt gleichsam nur für die Diener und Boten des Orakels; die innere Stimme bleibt - zu ihrem Glück oder zu ihrem Unglück - dem rechtlichen Zugriff entzogen.

Bei dieser Problemfassung drängt sich die Frage auf, weshalb man das Gewissen nicht einfach sich selbst überlassen kann. Wenn das Gewissen durch äußeren Widerstand gehindert wird, sich im Handeln zu aktualisieren, dann wird es selbst doch dadurch nicht betroffen, verunreinigt, zu einem schlechten Gewissen degradiert! Wie oft drängt das Gewissen den Menschen, anderen zu helfen, aber er hat selbst kein Geld, keinen Einfluß, keine Beziehungen - und fühlt sich dadurch entlastet. Ja, man fragt sein Gewissen gar nicht erst nach unmöglichen Handlungen. Wenn aber das Gewissen nicht damit steht oder fällt, daß es im Handeln erscheint, wenn es vielmehr äußere Beschränkungen reinen Gewissens hinnehmen kann, dann müßten die Grundrechtsausleger auf der Basis des allgemein akzeptierten Gewissensbegriffs eigentlich zu der Überzeugung gelangen, daß die Gewissensfreiheit gar nicht dem Gewissen dient, sondern vielleicht eine ganz andere Funktion hat.

Ein anderes Dilemma betrifft das Verhältnis von Gewissen und Wahrheit. Die neuzeitliche Interpretation des Gewissensbegriffes muß offenlassen, ob Gewissenssprüche wahr sind. Es gibt zwar vielfältige Tendenzen, die das Divergieren von Gewissen und Wahrheit als verschiedener Formen bindender Feststellung zu ignorieren oder zu überwinden trachten; denn in der Divergenz liegt zunächst etwas Unakzeptierbares. Aber schon durch ihre Vielfalt widerlegen sich die Bemühungen. Natürlich können die katholische Theologie, die evangelische Theologie (für das gute im Unterschied zum natürlichen Gewissen) und der dialektische Materialismus eine solche Divergenz nicht zugeben. Auch die Existenzphilosophie hat sich besonders im Anschluß an Martin Heidegger⁴ bemüht, im Gewissen den Ruf des Seins und damit Wahrheit zu vernehmen⁵. All diesen Bemühungen ist ein gemeinsa-

4 Vgl. Sein und Zeit I, 6. Aufl. Tübingen 1949, insbesondere S. 267 ff.

5 Vgl. dazu kritisch Helmut Kuhn, Begegnung mit dem Sein: Meditationen zur Metaphysik des Gewissens, Tübingen 1954; ferner Franz Werner Witte, aaO; ders., Die persönliche Gewissensentscheidung des Kriegsdienstverweigerers, D V B 1. 1962, S. 890-894. Wittes Gedanke einer unmittelbaren Judikatur nach Heidegger wird

mes Schicksal beschieden: die Wahrheitsmöglichkeiten zu über-spannen und die Wahrheit damit zur Wahrheit einer Teilgruppe zu degradieren.

Die Unsicherheit in der Frage der Wahrheitsfähigkeit hängt im übrigen eng mit dem Fehlen eines eindeutigen, intersubjektiv feststellbaren Kriteriums für Gewissenssprüche zusammen, das diese von anderen subjektiven Regungen zu scheiden vermöchte. Man kann an der These absoluter Wahrheit von Gewissensentscheidungen solange ohne Not festhalten, als man sich nicht auf ein nachprüfbares Kriterium festlegt; denn dann bleibt stets der Ausweg offen, bei problematischen Ansichten zu bestreiten, daß es sich überhaupt um eine Gewissensäußerung handele. Doch mit diesem Ausweg, der zum Beispiel für Fichte* bezeichnend ist, wird das Problem nicht gelöst, sondern nur verschoben: Es verlagert sich aus der inhaltlichen Prüfung der Gewissensentscheidungen in die Frage, ob überhaupt ein Gewissensspruch vorliegt.

Da der eine, Recht und Gewissen übergreifende Wahrheitskosmos gesprengt und durch sehr viel komplexere, differenziertere Vorstellungen ersetzt worden ist, muß es für Gewissensentscheidungen, um Achtung zu gebieten, genügen, daß sie authentisch sind - so wie auch das Recht in ganz anderem Sinne auf den Wahrheitsanspruch verzichtet hat und sich mit der Authentizität der Setzung begnügt. Fallen Gewissenssprüche allzu unsinnig aus, darf man an ihrer Echtheit zweifeln; doch damit lassen sich nur recht grobe Mißgriffe aussieben. Vielfach scheint die Mitgliedschaft in Organisationen als Beweis, zumindest als Anscheinsbeweis, zu genügen. Aber das ist ein Kriterium, das von dem Ideal des »Wertes«, um den es geht, seltsam absticht und deshalb kaum offen zugestanden wird⁷.

freilich weder Heidegger gerecht, dessen Werk gerade keine »philosophische Anthropologie« sein will, noch dem handfesten Problem der mangelnden intersubjektiven Verbindlichkeit der Gewissensentscheidung, mit dem sich die Rechtsprechung abmühen muß. Siehe auch die berechtigte Skepsis von Peter Düwel, Rechtsbewußtsein und existentielle Entscheidung, Hamburg 1961, insbesondere S. 88 ff., und die Kritik von Podlech a.a.O.

6 Siehe z. B. System der Sittenlehre (1812) in: Ausgewählte Werke (Hrsg. Medicus), Darmstadt 1962, Bd. VI S. 90. Ähnlich, wenn auch weniger deutlich, Kant, Metaphysik der Sitten, II. Teil § XII b (Ausgabe der Philosophischen Bibliothek, Leipzig 1893, S. 2,,f.).

7 Wenn z. B. Adolf Arndt, Umwelt und Recht, NJW 1965, S. 430-433, sich entschie-

Im Prinzip kann, wer als Jurist zur Feststellung eines Gewissenssachverhaltes berufen ist, sich nicht auf die allgemein akzeptierten Wahrheiten stützen und den Gewissensentscheid auf Übereinstimmung prüfen⁸. Gewissen ist nicht mehr syn-eidesis, con-scientia, Ge-Wissen, gemeinsames Wissen, ist überhaupt kein Wissen mehr, sondern eine Art Eruption der Eigentlichkeit des Selbst, die man nur mit staunender Toleranz zur Kenntnis nehmen und respektieren, aber inhaltlich nicht überprüfen kann. Der Richter kann an der erkalteten Lava die Tiefe des Ausbruchs und die Konsistenz des ausgeworfenen Materials ermitteln und so versuchen, die »Echtheit« der Gewissensentscheidung zu beurteilen. Er ist machtlos oder auf fragwürdige Kunstgriffe angewiesen, wenn das Gewissen sich aus der Tiefe gegen die Rechtsordnung oder gegen die Regeln gesitteten Betragens wendet. Eine solche Gewissenskonzeption ist nur segelfähig, wenn die rechtlichen und gesellschaftlichen Normen des Verhaltens in hohem Maße einverseelt sind und im Selbstverständnis der Menschen einen so starken Halt haben, daß man es typisch nicht wagt, allzu krasse Abweichungen als Sache des eigenen Gewissens darzustellen. Nicht zufällig wird das Gewissen in dieser gefährlich ungezügelter Bedeutung erst toleriert, nachdem die durch die Reformation ausgelösten konfessionellen Bürgerkriege erstickt worden waren⁹.

Damit ist schon angedeutet, daß auch Gewissen und Recht auseinandergetreten sind, und zwar nicht im Sinne einer bedauerlichen, in Grenzen tolerierbaren Neigung des Gewissens, in die Irre zu gehen, sondern im Sinne einer wesentlichen und notwendigen Differenzierung. Wo es Gewissensfreiheit gibt, ist damit die individuelle Verschiedenheit der Gewissenssprüche institutionalisiert¹⁰.

den dafür einsetzt, daß die Zeugen Jehovas aus Gewissensgründen auch vom Ersatzdienst der Kriegsdienstverweigerer freigestellt werden, so setzt er dabei voraus, daß die Mitgliedschaft in der Sekte als Beweis eines Gewissenssachverhaltes dient.

8 Das Bundesverfassungsgericht hat sich von der Wahrheitsprüfung der Gewissensentscheidungen mit Recht distanziert. Vgl. die Entscheidung vom 20. 12. 1960, BVerfGE 12, S. 45 ff. (56). Zustimmend Ulrich Scheuner, Der Schutz der Gewissensfreiheit im Recht der Kriegsdienstverweigerer, DÖV 1961, S. 201-205 (14 Anm. 18).

9 Vgl. auch Roman Schnur, Individualismus und Absolutismus: Zur politischen Theorie vor Thomas Hobbes (1600-1640), Berlin 1963, S. 39, mit Hinweis auf die noch wichtigere zweite Voraussetzung: die Trennung von Politik und Religion.

10 Vgl. dazu Eduard Spranger, Die Individualität des Gewissens und der Staat, Logos 22 (1933), S. 171-202, der das Problem, das aus der Individualisierung der Gewissen

Jeder hat ein Recht auf *sein* Gewissen. Man kann den Gewissensinhalt dann nicht mehr auf überpositives Recht beziehen und daran binden. Denn dann stellte sich unausweichlich die Frage, weshalb es überhaupt des Gewissens bedarf, um die Anwendung des überpositiven Rechtes zu vermitteln; weshalb dieses Recht zum Beispiel, wenn es in der Frage des Kriegsdienstes eine richtige Entscheidung enthält, nicht unmittelbar gilt, sondern nur für die 0,5% der Kriegsdienstverweigerer (oder umgekehrt: für die einzugsbereiten Rekruten), die in ihrem Gewissen subjektiv etwas davon spüren". Mit anderen Worten: Wenn es überpositives Recht gibt, ist nicht einzusehen, weshalb das Gewissen die Freiheit haben soll, es verschieden zu reflektieren.

Die offensichtlichen Schwierigkeiten mit dem Grundrecht der Gewissensfreiheit lassen sich auf diese Divergenzen von Gewissen und Recht und Gewissen und Wahrheit reduzieren. Seit dem 18. Jahrhundert haben sich Gewissensethos und Recht auseinanderentwickelt. Das Gewissen hat sich verinnerlicht, das Recht sich veräußert. Die zugleich einsetzende Trennung von Recht und Ethik einerseits und die Trennung dieser normativen Ordnungen vom Wahrheitsbereich der Wissenschaften andererseits haben die neuzeitliche Gewissensidee konturiert". Das Gewissen ist höchstpersönlich geworden und verpflichtet deshalb nur persönlich. Es werden ihm keine (intersubjektiven) Wahrheiten abverlangt. Es spricht auch kein Recht. Wir kennen heute verschiedene Weisen, zu bindenden Entscheidungen zu kommen: die Wahrheit, das Recht, das Gewissen und vielleicht noch andere; und wir brauchen

für den Staat entsteht, im Jahre 1933 mutig gestellt hat, ohne es jedoch selbst zu lösen.

11 Diese Frage richtet sich unter anderem an Heinrich Kipp, *Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerer*, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 83-106.

12 Als kürzester Beweis dieser These mag der Hinweis auf ein Gegenbeispiel dienen. In den Sozialordnungen des sowjetischen Einflusses kann die Gewissensfreiheit keine Anerkennung finden, weil dort das Zusammenfallen von Wahrheit, Recht und Moral proklamiert wird. Das ist Naturrecht im ursprünglichen Sinne, nur daß man die alte statische Ontologie durch die dynamische Dialektik ersetzt hat. Um so befremdlicher ist es, wenn man sich bei uns im Namen des Naturrechts gegen die Rechtskonzeption des Ostens und zugleich für die Gewissensfreiheit einsetzt. Das sind unverbindbare Positionen. Man würde besser fahren, wenn man dem dialektischen Materialismus das Faktum der sozialen Differenzierung und die Notwendigkeit einer stärker differenzierenden Theorie der Gesellschaft entgegenhielte.

deshalb zahlreiche soziale Institutionen mit der spezifischen Funktion, diese verschiedenen Verbindlichkeiten je für sich abzusichern, da ihr Zusammenhang, der sich selbst trug, aufgelöst ist. Wir können uns in Rechtsfragen nicht mehr auf die Wahrheit und in Wahrheitsfragen nicht mehr auf das Gewissen berufen und umgekehrt. Die Argumente des einen Bereichs müssen in ihrem besonderen Stil, ihrer Eigengesetzlichkeit gepflegt und abgeschirmt werden gegen unangemessene Einwirkungen zudringlicher Argumente anderer Provenienz.

Diese allgemeine Analyse macht die Rechtsferne des Gewissens und die Problematik des Wahrheitsbeweises in Gewissenssachen in groben Zügen verständlich. Es handelt sich um ein Phänomen der Differenzierung, vermutlich um eine Begleiterscheinung der sozialen Differenzierung. Zugleich wird deutlich, daß die Beschreibung des Gewissens als Bestandteil der menschlichen Natur und seine Einschätzung als Wert (was immer das sei) nicht weiterhelfen werden. Naturbegriff und Wertbegriff bezeichnen etwas dem Menschen Vorgegebenes und legen damit die Reflexion still. Angesichts der offenkundigen Schwierigkeiten, in denen die übliche Betrachtungsweise an dieser Stelle festgefahren ist, käme es aber eher darauf an, das Nachdenken zu beleben. Da die herrschende Lehre sich durch ihre begrifflichen Hilfsmittel ihren Gegenstand immobilisiert, erscheinen die erörterten Schwierigkeiten ihr als Natur der Sache, vor allem als Folgerungen aus der Wesensart des Gewissens. Wenn man dagegen nach der Funktion des Gewissens fragt, gewinnt man eine Distanz zum Thema, die neue Problemstrukturen in den Blick bringt.

II.

Wir beginnen die Suche nach der Funktion des Gewissens am besten an der Stelle, wo die gegenwärtige Diskussion steckengeblieben ist: der Differenz von Innen und Außen, von Gewissensentscheidung und äußerem Verhalten. Die Art, wie diese Differenz verstanden wird, führt in die Sackgasse. Die übliche Betrachtungsweise läßt sich, bewußt oder unbewußt, leiten durch die Vorstellung eines Wesensunterschiedes, einer qualitativen Differenz, die in der metaphysischen Diskussion bis zur Annahme zweier Welten,

der Vorstellung bzw. der Wirklichkeit, gesteigert worden ist. Als Gewissen stellt man sich den unmittelbaren Zugang des Inneren zur Transzendenz vor, zu einer nicht nur es selbst, sondern auch die Erfahrungswelt transzendierenden Sphäre. Diese Beziehung zur Transzendenz hat die Außenwelt, und damit auch das Du, nicht zur Bedingung, sondern nur zum Gegenstand. Damit ist die gesamte wirkliche Welt, in der Wahrheit und Recht sich bewähren müssen, Thema und Objekt, nicht aber Grund und Funktionsbezug des Gewissens. Der Anruf und die Bestimmung des Gewissens kann nur aus dem »Jenseits« kommen. Die Lebenswelt wird von religiösem Gehalt entleert und als Gegenstand des menschlichen Denkens und Handelns objektiviert. Das letzte Richtmaß des Handelns kommt allein im Inneren des Individuums auf die Welt¹³.

Es mag hier offenbleiben, ob religiöse Erfahrung so überhaupt erlebt werden kann. Jedenfalls sollte diese Theorie kein Monopol auf Religiosität in Anspruch nehmen. Man kann die Zulassung religiöser Erfahrung nicht von begrifflichen Vorentscheidungen abhängig machen. Das wäre um so bedenklicher, als die erörterte Konzeption unseres Problems in eine scharfe Diskrepanz zum Menschenbild der modernen Wissenschaften geraten ist und so, auf Selbsternährung angewiesen, in Gefahr kommt, auszutrocknen. Die Differenz von Innen und Außen rückt in ein anderes Licht, wenn wir sie funktional analysieren. Sie bezeichnet dann nicht einen Unterschied des »Ortes«, an dem das Gewissen sich aufhält bzw. nicht aufhält, zu finden ist bzw. nicht zu finden ist, sondern das Problem der Identität des Menschen, in bezug auf welches das Gewissen seine Funktion erfüllt.

Die Identität des Menschen ist durch seine Existenz als lebender Organismus nicht ausreichend gesichert. Sein Erlebens- und Verhaltenspotential ist weit größer als der Bereich von Informationen, die er zur Einheit eines sinnvollen persönlichen Daseins zusammenordnen kann. Deshalb bildet der Mensch sich zu einer Persönlichkeit aus. Er macht sich selbst zum System, indem er unterscheidende Grenzen gegen eine Umwelt von Informationen zieht, die er nicht sich selbst zurechnet. Die Potentialitäten seines Ichs bleiben

¹³ Als Ausnahme wird im christlichen Denken anerkannt: die Wirklichkeit von Leben und Tod des Jesus von Nazareth, jener Punkt in der Welt, der durch seine Faktizität die Verinnerlichung des Glaubens möglich gemacht hat.

aber eine ständige Bedrohung seines PersönJieheitssystems. Er braucht deshalb Kontrollinstanzen, die darüber wachen, daß das Ich die Grenzen seiner Persönlichkeit nicht sprengt - und eine solche Kontrollinstanz, die höchste in einer komplizierten Struktur der Selbsterhaltung, ist das Gewissen.

Jedes sichtbare und in diesem Sinne äußere Verhalten des Menschen hat neben seinen kausalen kommunikative (informationelle, symbolische), Aspekte. Es sagt etwas darüber aus, was der Mensch *ist*. Er stellt sich, ob er will oder nicht, in seinem Verhalten dar und legt sich damit fest, da die Zeit sein Verhalten unwiderruflich (obwohl: uminterpretierbar!) in die Vergangenheit entrückt. Will er sich als identische Persönlichkeit darstellen, muß er die Kontrolle über sein Erscheinen behalten. Das ist nur möglich, wenn er sich selbst durch innere Vorgänge, die dem Einblick entzogen sind, objektiviert. Wie George Herbert Mead¹⁴ gezeigt hat, stützt er sich bei dieser Reflexion auf die Tatsache, daß andere ihn objektivieren und daß er deren Einstellung übernehmen kann. Die Reflexion erreicht zwar, weil sie den Reflektierenden immer voraussetzen muß, keine Vollständigkeit in dem Sinne, daß der Mensch ganz zu seinem Objekt werden könnte. Aber was sie leistet, genügt zumeist für ihre Funktion. Denn die Reflexion hat nicht den Sinn, eine weiterklärende Philosophie der Subjektivität zu beweisen, sondern zunächst den einer Verhaltenskontrolle. Der Mensch kann sich sein Selbst als Persönlichkeit vorstellen und sich damit eine Kontrollbasis schaffen, die ihm eine individuell-sinnvolle, konsistente Selbstdarstellung ermöglicht. Da seine Situationen und Verhaltensprobleme recht komplex sind, muß er seine Persönlichkeit verinnerlichen, seine persönlichen Werte abstrahieren, seine Selbstdarlungsgeschichte erinnern können. Je weiter er auf diesem Wege der Persönlichkeitsbildung kommt, desto weiter kann er seine Selbstdarstellung spannen, desto komplexer kann seine Lebenswelt sein. Nie aber braucht er die Komplexität der ganzen Welt in seinem Innern widerzuspiegeln.

Die Funktion der Persönlichkeit liegt mithin auf dem Gebiet der Reduktion der unzähligen Potentialitäten des Ich zu einer kohärenten, individuellen Selbstdarstellung. Diese Leistung kann die Per-

14 Siehe: *Mind, Seif and Society*, Chicago 1934, und *The Philosophy of the Act*, Chicago 1938. Vgl. auch Kuhn a.a.O., S. 134 ff. mit einer Auswertung ähnlicher Gedanken für die Gewissenslehre.

sönlichkeit nur als elastisches, in sich differenziertes System erfüllen, das nicht in jeder Alltagshandlung als ganzes engagiert und aufs Spiel gesetzt werden muß. Manche Verhaltensweisen haben nur periphere Bedeutung. Sie werden der Persönlichkeit zugerechnet, sind aber nur für kurze Zeit, für eine Situation, für eine spezifische Fähigkeit relevant. Jemand hat sich verrechnet, einen anderen versehentlich angestoßen, ist irgendwo gesehen worden, wo er nicht hätte sein sollen usw. Darstellungsfehler dieser Art mögen peinlich sein, aber die Schäden sind reparierbar. Eine geschickte Regie der eigenen Würde kann solche Versehen vermeiden; Takt der Mitmenschen hilft über ihre Folgen hinweg.

Schwerer wiegt es, wenn ein Handeln ganze Rollenbereiche diskreditiert und für die Persönlichkeit unzugänglich macht - wenn einem Gelehrten Plagiate nachgewiesen werden, ein Offizier Angst zeigt, ein Ehegatte untreu wird. Hier hilft zumeist nur ein sehr weitgehender Wechsel der Umwelt zu neuen Möglichkeiten der Selbstdarstellung. Nicht selten ist ein Rückzug in Würde-Asyle wie die Halbwelt, der Stammtisch oder die eigene Familie der einzige Ausweg. Jene und andere Fehlhandlungen können schließlich die Identität der Persönlichkeit tangieren - und zuweilen sind es kausal gesehen minimale Fehler, die wegen ihrer symptomatischen Bedeutung die Darstellung eines Lebens radikal in Frage stellen. Handelt es sich dabei um sozial standardisierte Probleme und Verhaltenserwartungen, nennt man diese zentralen Kriterien *Ehre*. Geht die kritische Bedeutung dagegen auf die Struktur der individuellen Persönlichkeit zurück, so treffen wir auf das Phänomen des *Gewissens*.

Ehre und Gewissen schließen sich nicht aus, sondern überschneiden sich, da man auch sozial standardisierte Verhaltensgebote sich als Kern der Persönlichkeit zu eigen machen kann. Im Laufe der neueren Geschichte scheint jedoch mit wachsender sozialer Differenzierung der Individualismus der Selbstdarstellung zuzunehmen. Die Ehre vermag nur noch rollenspezifische Zusammenhänge zu ordnen, und die können kaum noch persönlichkeitszentrale Bedeutung gewinnen. So bleibt die generelle Persönlichkeitssteuerung mehr und mehr dem Gewissen überlassen.

Mit der Ausbildung der Instanz des Gewissens erreicht die Struktur der Persönlichkeit eine neue, deutlich absetzbare Stufe der Reflexivität: die der Darstellung vor sich selbst. Im Gewissen

besitzt der Mensch die Möglichkeit, nicht nur sein Handeln an einverseelten Normen zu prüfen, sondern sich selbst vor das forum internum zu ziehen und das Systemregulativ zu bewerten, mit dem er normalerweise sein Handeln steuert¹⁵. Sobald die *Identität* der eigenen Persönlichkeit zum Bezugspunkt der Reflexion wird, muß *jedes* eigene Verhalten, ob es vor Zuschauern und vor welchen auch immer es abläuft, zugerechnet und verantwortet werden. Die Zufälligkeiten der Situation, die wechselnden Umstände treten zurück, soweit sie nicht das Handeln selbst charakterisieren. Wenn ich einmal so handeln konnte, kann ich immer so handeln! Gewissensprobleme können daher auch und gerade bei ungesehenem Verhalten auftreten. Dem Ich scheint es dann so, als ob es nur um seiner selbst willen in bestimmter Weise handeln muß oder nicht handeln kann - die für das Gewissen typische Weise der Abstraktion.

Wird auf diese Weise die lebensnatürliche Einstellung auf die Erwartungen anderer oder auf ihre Formalisierung als Sittengesetz ersetzt durch die Orientierung an der eigenen Identität, so wird das Verhältnis von Sein und Zeit problematisch. Die Zeit ist nicht mehr im Sein objektiv durch die Kontinuität fremder Verhaltenserwartungen oder durch die Dauergeltung abstrakter Normen überwunden, sondern die Gewissenserforschung vollzieht man in der jeweils gelebten Gegenwart, die Vergangenheit und Zukunft trennt. Deren Zusammenfassung ist nun dem Gewissen selbst aufgegeben. Die Frage, ob ich mit einer *vergangenen* Handlung weiterleben kann und wer ich dann sein werde, hat eine andere Problematik - insbesondere ein anderes Verhältnis zum Tode - als die Frage, ob ich eine *künftige* Handlung auf mich nehmen kann oder nicht¹⁶. In diesem Falle kann ich das, was ich geworden bin,

15 Hier zeigt sich übrigens der Grund, weshalb der Gewissensbegriff der Schulphilosophie, der den wahrheitsfähigen Akt der Anwendung von Normen auf das eigene Verhalten meinte, aufgegeben werden mußte. Er scheiterte nicht nur mit seinem Wahrheitsanspruch vor den methodischen Anforderungen der neuzeitlichen Wissenschaften; er war auch mit einem hinreichend komplexen Verständnis der Persönlichkeitsstruktur nicht vereinbar. In der Persönlichkeit müssen mehrere Ebenen der Erlebnissteuerung unterschieden werden, und abstraktere Ebenen der Selbststeuerung sind nur durch Autonomsetzung gegenüber der Umwelt, hier also durch Trennung von Gewissensverbindlichkeit und Wahrheitsverbindlichkeit, erreichbar.

16 Dieser Unterschied wird namentlich in der Gewissenslehre Schopenhauers verzeichnet. Schopenhauer sieht das Gewissen als »seiner Natur nach« auf die Vergangen-

sein kann und sein will, offen zur Entscheidung stellen und wählen zwischen mir selbst und jenem Handeln, das mich zu einem anderen machen würde. Nach der Tat ist diese Wahlmöglichkeit vertan, und das Gewissen zwingt dann zur Identifikation mit der Vergangenheit, zu der Erkenntnis, daß ich auch jetzt noch und für immer einer bin, der so handeln konnte. Das Gewissen fordert mich dann auf, in den Trümmern meiner Existenz die verbleibenden Möglichkeiten neu zu ordnen¹⁷. Das kann auf verschiedene Weisen geschehen - auch ohne Reue zum Beispiel dadurch, daß ich meine Tat als Gesetz der Welt verstehe und mich zwingen, mit einer Weltauslegung weiterzuleben, die meiner Tat entspricht¹⁸. In jedem Falle ist jedoch die Struktur der Gewissensfrage in dem Zwang gegeben, sich ungeachtet des Zeitlaufs, ihn dadurch überwindend, durch das eigene Handeln zu identifizieren.

In diesem Sinne, als zeitüberwindende Funktion, ist der Gewissensspruch *normativ*. Er beansprucht Geltung auch für den Fall, daß im Laufe der Zeit Umstände sich ändern, ja auch für den Fall, daß ihm faktisch zuwidergehandelt wird. Er ändert sich nicht wie eine Prognose nach Maßgabe der tatsächlichen Erfahrungen, der

heit gerichtet. Es orientiere sich an der Zukunft nur *modo futuri exacti*, den Rückblick vorausprojizierend. Vgl.: Über die Grundlagen der Moral, insbesondere §§ 9, 13 und 20 (Sämtl. Werke, hrsg. von Wolfgang Frhr. von Löhneysen, Bd. III, Darmstadt 1962). Ähnlich auch Kuhn a.a.O., S. 13 f. Daher kann Schopenhauer dem Gewissen nur eine registrierende, keine normierende Funktion zusprechen. Identität hat jedoch als zeitüberwindende Generalisierung notwendig einen Vergangenheits- und einen Zukunftsaspekt und ist überhaupt nur durch die Unterschiedlichkeit dieser beiden Aspekte problematisch. Siehe hierzu ferner Vladimir Jankelevitch, *La mauvaise conscience*, Paris 1933, S. 51 f., der ebenfalls nur ein rückblickendes Gewissen kennt, diese These aber durch die Konzession entschärft, daß man bereits im Stadium des Planens wegen seiner (gehabten) Gedanken Gewissensbisse empfinden könne.

17 Siehe dazu Schopenhauers Unterscheidung von Reue und Gewissensangst (z. B. in: *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Bd. I § 55; Sämtl. Werke, hrsg. von Wolfgang Frhr. von Löhneysen, Bd. I, Darmstadt 1961, S. 407 ff.), die auf dem Kriterium beruht, ob man die Tat als nicht gewollten Irrtum abstoßen kann oder erkennen muß, »daß man denselben Willen noch immer hat«. Es handelt sich aber nicht, wie Schopenhauer meinte, um verschiedene Fallgruppen, die auf den Unterschied von Vorstellung und Wille zurückfuhrbar sind, sondern um verschiedene Ebenen der Generalisierung der Selbstüberprüfung.

18 Die herrschende Gewissenslehre kann dagegen, weil sie das Gewissen an vorgegebene Wahrheiten oder Werte bindet, nur einen einzigen Ausweg als legitim anerkennen: Reinigung durch Reue und Buße. Alle anderen Möglichkeiten der Wiederherstellung der Persönlichkeit gelten ihr daher als Abirrungen, als unechte Ausflüchte. Siehe z. B. Kuhn a.a.O., S. 38 f.

Bestätigung oder Enttäuschung von Erwartungen im Ablauf der Zeit. Der Sinn des normativen Erlebens hegt vielmehr in der zeitüberwindenden (insofern: identifizierenden), gegebenenfalls' kontrafaktischen Stabilisierung von Erwartungen. Nur so kann der Mensch seine Identität als Soll für sich selbst und als Maß für die Bewertung umweltabhängiger Handelnsmotive festhalten.

Andererseits beschränkt sich die normative Kraft des Gewissens auf diese spezifische Funktion der *zeitlichen* Generalisierung von Verhaltenserwartungen. Sie kann nicht ohne weiteres auch auf *soziale* Generalisierung, auf Verbindlichkeit für andere, Anspruch erheben. Zeitliche und soziale Generalisierung sind ganz verschiedene Richtungen der Erwartungsstärkung und müssen begrifflich als Normbildung bzw. Institutionalisierung von Verhaltenserwartungen unterschieden werden". Daß dies bisher nicht geschieht, daß vielmehr im üblichen Normbegriff zeitliche und soziale Generalisierung ununterschieden beieinanderruhen, als ob Konsens nur für Dauer und Dauer nur durch Konsens zu erreichen wäre, macht die heutige Gewissenslehre an der Wurzel krank. Vor allem hat dieser Mangel an Spezifikation der Begriffe dazu geführt, daß man sich die normative Kraft des Gewissens nur in Form eines »sittlichen« Urteils über Gut und Böse vorstellen kann und mit diesen ethischen Termini, wenn nicht Verbindlichkeit für andere, so doch Konsensfähigkeit impliziert. Gerade das Phänomen des Gewissens lehrt jedoch, daß es nichtinstitutionalisierbare normative Urteile gibt, die eine Identität gegen Fakten sichern, ohne dafür auf Konsens angewiesen zu sein. Das Gewissen kann in jenem Grenzfall, den erst das 19. Jahrhundert sich bewußt macht, zum kategorischen Imperativ des Dandy werden.

Mit dem Zwang zur zeitüberspannenden Identifikation ist eine

19 Die *begriffliche* Unterscheidung impliziert natürlich keine volle Trennung in der *Realität*. Sie hat analytischen Sinn und schließt keineswegs aus, daß beide Formen der Generalisierung sich wechselseitig stützen können. Doch besteht sicher kein Verhältnis strikter Covariation. Wie weit sie sich stärken und wie weit sie sich behindern, kann erst untersucht werden, wenn man über ein genügend verfeinertes begriffliches Instrumentarium verfügt. Siehe dazu näher: Niklas Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Berlin 1964, S. 54 ff., mit Einbeziehung der weiteren Dimension sachlicher Generalisierung (Rollenbildung). Daß die Trennung dieser Dimensionen der Auflösung des scholastischen Konvergenzprinzips - ens et verum et bonum convertuntur - entspricht, ja durch sie gefordert wird, kann hier nur angedeutet werden.

Verunsicherung der Maßstäbe des Gewissens gegeben. Wenn man die eigene Persönlichkeit als selektives Kriterium benutzt, setzt das eine Unterscheidung von konstanten und variablen Komponenten der Persönlichkeit voraus, von Werten, die man ändern, und solchen, die man nicht ändern kann. Die Gefahr einer neurotischen Übersteuerung, die das Gewissen zu oft benutzt und deshalb dazu neigt, entweder zu viel oder zu wenig Selbst als konstant anzusetzen, liegt auf der Hand. Dieses Problem läßt sich weder ontologisch noch logisch durch Erkenntnis lösen - und damit ist jede rigoros individualistische Gewissensethik widerlegt. Zumindest für die Grundunterscheidung zwischen konstanten und variablen Persönlichkeitszügen braucht der Mensch eine soziale Rückversicherung. Natürlich entnimmt er der Umwelt auch die möglichen Themen seines Selbstverständnisses. Und schließlich braucht er zahlreiche Vorstellungshilfen, mit denen er sich in der Außenwelt Reflexionsäquivalente schafft. Dies geschieht dadurch, daß er sich mit Personen, Zielen, Werten oder Symbolkomplexen: mit seiner Geliebten, seiner Religion, seinem Vaterland, seinen Kindern »identifiziert« und so seine Selbstaussage in die Welt hineinlegt, um griffigere Entscheidungs- und Rechtfertigungsgesichtspunkte zu haben. Im Grunde liegt in der Orientierung an solchen Außenhalten jedoch bereits ein Verzicht auf volle Reflexionsschärfe und damit ein Verzicht auf Freiheit.

Eine solche Über-Prüfung vollzieht man verständlicherweise (und vernünftigerweise) selten. Das normale Unbehagen bei verbotenen Handeln, wenn etwa ein Kind nascht, ein Autofahrer riskant überholt, ein Angestellter sich mit einer Lüge entschuldigt, gibt selten dazu Anlaß, obwohl die Möglichkeit nie ausgeschlossen und die Disposition zu radikalem Fragen unterschiedlich verteilt ist". Die Gewissensfrage stellt zugleich das Vertrauen in die eigene Integrität in Frage. Sie verunsichert zutiefst. Man kommt in

20 Weil man mindestens diese beiden Stufen innerer Störung bei vorwerfbarem Handeln unterscheiden muß, ist der soziologisch-sozialpsychologische, in der Konzeption auf Dürkheim, Freud und Parsons zurückgehende Begriff der *Einverseelung* (Internalization) für unsere Zwecke zu einfach. Das gleiche gilt für Riesmans berühmte Unterscheidung von innengeleitetem und außengeleitetem Charakter. Man wird diese Begriffe dadurch verfeinern müssen, daß man das »Innen« differenziert ansetzt. Übernahmen aus der Sozialordnung können mehr oder weniger bewußt, mehr oder weniger abstrakt, mehr oder weniger kritisch und änderungsbereit erfolgen, je nachdem, welche Ebene des Persönlichkeitssystems beteiligt ist.

Gefahr, sich selbst unerträglich zu werden. Gewissenserforschung erhellt die Fragwürdigkeit der eigenen Identität und führt daher in die Nähe des Todes; denn im Gewissen stellt man das eigene Sein zur Entscheidung. Wird die gewissenswidrige Handlung (oder Unterlassung) zum unwiderruflichen Bestandteil der Persönlichkeit - sei es, daß sie geschehen ist, sei es, daß sie einen als Zukunft ohne Alternative anblickt -, dann bleibt der eigene Tod als andere Möglichkeit offen. Gewissen kann nur haben, wer sich selbst töten kann. Die Wahl des Todes befreit in jedem Falle. Man kann die Faktizität des Todes benutzen, um einer gewissenswidrigen Handlung auszuweichen. Man kann auch den Symbolwert des Todes benutzen, um die eigene Vergangenheit radikal zu diskreditieren und sie als *eigene* Vergangenheit aufzuheben. Die Möglichkeit, den eigenen Tod zu wählen, macht schließlich den Menschen in einem radikalen Sinne von seiner Umwelt unabhängig und auch insofern frei. Sie ist Bedingung dafür, daß all sein Handeln und Unterlassen ihm zugerechnet werden kann, ihn identifiziert. Vor dem Gewissen gibt es keine Entschuldigungen.

Diese Deutung des Gewissens ersetzt die alte, locker gewordene Vorstellung einer inhaltlich-normativen Bindung des Gewissens durch die Vorstellung eines Sachzwangs, der sich aus der Funktion des Gewissens ergibt. Angesichts der Vielfältigkeit der Lebensumstände, auch der einzelnen Persönlichkeit, der Verschiedenartigkeit von Rollenanforderungen, Pflichten, Engagements und Verlockungen, ist die Einheitsbewahrung ein Problem, mit dem es seine Schwierigkeiten hat. Es kann nicht beliebig gelöst werden. Wenn man in der Bestimmung des Gewissens auf eine material-ethische Festlegung verzichtet, liefert man sich damit keineswegs der subjektiven Willkür aus²¹. Der Einzelne ist nicht frei, die Thematik seines Gewissens zu wählen, wie ihm beliebt. Da er sich selbst immer schon festgelegt vorfindet, soziale Verpflichtungen immer schon übernommen, Normen immer schon anerkannt und sich zu eigen gemacht hat, sein Selbst immer schon objektiviert hat, kann er seine Selbstdarstellung nicht frei manövrieren. Der Bereich seiner Willkür ist sogar sehr viel geringer, als eine normative Ethik, die ihre Gebote notwendig allgemein und unpräzise formulieren muß, vermuten lassen könnte. Die Freiheit des Gewissens, die man

21 Zur Widerlegung dieses verbreiteten Vorurteils vgl. Jean Paul Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*, Paris 1946, insbesondere S. 63 ff.

als Freiheit zum Tode von der Gewissensfreiheit im landläufigen Sinne unterscheiden muß, ist die Freiheit eines letzten Mittels, das die Dimension der Werte und des Befolgens oder Nichtbefolgens von Geboten sprengt.

Wie alle höchsten Instanzen steht das Gewissen an einer Grenze des Systems, das es steuert - einer Grenze, die Heidegger als Grenze zum Nichtsein des Seienden deutet. Weniger anspruchsvoll können wir resümieren: Im Gewissen entdeckt das Ich sich im Besitz seiner vollen Möglichkeiten: als potentieller Feind seines schon geformten Selbst, als drohende Zerstörung seiner Persönlichkeit. Nur im Angesicht dieser Gefahr kann es ihr begegnen. Es muß zur Erhaltung des Sinnes der eigenen Persönlichkeit die Potentialitäten des Ich reduzieren, im Grenzfalle über den Tod des Ich verfügen können.

III.

In schöner Übereinstimmung versteht man unter Gewissensfreiheit allgemein die Freiheit, nach seinem Gewissen handeln zu können. Diese Auffassung leuchtet ein und trifft bei sehr vordergründiger Betrachtung auch zu. Wenn man jedoch nach den latenten Funktionen der Institutionalisierung der Gewissensfreiheit als Grundrecht fragt, wenn man die Beziehung zwischen Freiheit und Gewissen selbst zum Thema macht, wird man zu Überlegungen getragen, die eher das Gegenteil ergeben. Die Gewissensfreiheit soll die Orientierung des Handelns am individuellen Gewissen nicht ermöglichen, sondern ersparen.

Die Verfügung über sich selbst nach Maßgabe des Gewissens stößt im sozialen System an zwei prinzipielle Schranken. Die eine besteht in den *Folgen* solchen Handelns; die andere in den *Bedingungen oder Gelegenheiten* dazu. Und beide gewinnen, wie im folgenden darzulegen sein wird, im Zuge des Fortschreitens der sozialen Differenzierung wachsende Bedeutung.

Für die erste Schranke mag ein sehr charakteristisches Beispiel als Orientierungsgrundlage dienen: Wer sich im Gewissen das Töten anderer Menschen verbietet, der wäre im Krieg ein unzuverlässiger Kamerad. Auf Posten gestellt, könnte er versagen, würde er soziale Erwartungen, die er durch eigenes vorheriges Rollenhandeln auf-

bauen half, enttäuschen oder den Begriff von sich selbst aufgeben müssen.

In diesem Fall tritt der Schaden in dem Rollenzusammenhang auf, der den Gewissenskonflikt provoziert. Der Gewissensspruch kann aber auch andere Rollenbeziehungen stören, ja zerstören, die mit der Problemsituation gar nichts zu tun haben und sie daher auch nicht regulieren können. Ein gutes Beispiel dafür ist die notwendige Rücksicht auf die Familie. Wer für eine Familie zu sorgen hat - man kann wohl auch allgemeiner sagen: Wer geliebt wird -, kann sich eben dadurch gebunden fühlen, in anderen Rollenbeziehungen, zum Beispiel im staatlich-politischen Bereich, aber auch im kirchlich-religiösen Leben, nicht nach seinem Gewissen zu entscheiden. Man braucht dabei nicht gleich an den krassen Fall totalitärer Staaten zu denken, die gegen die Familie des Abtrünnigen, Ungehorsamen, Landesflüchtigen oder Hochverraters Sanktionen ergreifen. Auch im Rechtsstaat kann das Gewissen sich nicht gegen den Staat auflehnen, ohne daß die Familie, und sei es nur über den wirtschaftlichen Ruin, auf unzählige Weisen in Mitleidenschaft gezogen würde.

Das gleiche gilt, weniger stark, für Gewissenskonflikte im Bereich der Berufsrolle, von der Auskommen und Ansehen der Familie abhängen. Besonders bei organisierter Berufsarbeit gilt ein bis in die Details gehender Zwang zur Konformität. Und wo dieser Zwang nachläßt, in leitenden Stellungen, tritt an seine Stelle eine sehr viel gefährlichere Korruption des Gewissens: die Korruption durch Überforderung". Zwar ist das Engagement »formal frei«. Man kann eintreten und wieder austreten. Aber man kann sich nicht mehr »auf seine Güter zurückziehen«. Ganz allgemein ist die Mitgliedschaft in Organisationen nicht mehr eine Ausnahme - wodurch früher die Koordination von Persönlichkeitsstruktur und Organisationszweck über Selektionsprozesse gewährleistet war¹³ -, sondern die Regel. So steht in Gewissensfragen oft nur der Austritt und der Eintritt in eine ähnliche Situation offen. Der Fall der

22 Zur Korruption der Fähigkeit, nach eigenen moralischen Standards zu handeln, die in leitenden Stellen durch schwierige, konfliktreiche Rollenanforderungen, Zeitdruck etc. eintritt, finden sich lesenswerte Ausführungen bei ehester I. Barnard, *The Functions of the Executive*, Cambridge Mass. 1938, S. 258 ff.

23 Vgl. dazu Edmund A. Smith, *Bureaucratic Organization: Selective or Saturative*, *Administrative Science Quarterly* 2 (1957), S. 361-375.

Selbsttötung schließlich, der alle Rollenzusammenhänge unterbricht und in ihnen alle zwischenmenschlichen Erwartungen unerfüllt läßt, braucht als Extremfall nur erwähnt zu werden, damit das Prinzip des Problems deutlich wird.

Es handelt sich einfach darum, daß das Handeln heute durchweg in spezifische Rollenzusammenhänge eingeordnet ist, daß Gewissensprobleme, wenn überhaupt, in einzelnen Rollen auftreten und dann für diese oder andere Rollen nicht ohne weiteres relevant sind. Die Rollen sind institutionell, normativ, erwartungsmäßig voneinander getrennt, aber Erschütterungen werden durch die Einzelperson, die in mehreren Rollensystemen Mitglied ist, doch übertragen. Schicksalsschläge in der einen Rolle wirken auf die andere zurück, obwohl es institutionelle Puffer, etwa die Arbeitslosenversicherung, gibt und obwohl in der Theorie Eigentum nichts mit Liebe zu tun hat und Glaube nichts mit Sport. Die als Differenzierung des sozialen Systems geforderte Rollentrennung findet in der Konkretheit des Menschen ihre Schranke, und deshalb ist der Mensch auch nicht in der Lage, aus bestimmten Rollen auf Grund von Gewissensentscheidungen oder sonstigen persönlichen Idiosynkrasien einfach auszusteigen, ohne andere Rollenzusammenhänge in unverantwortlicher Weise zu stören.

Wir finden hier in der sozialen Rollendifferenzierung das Korrelat zu dem Problem, mit dem wir unsere Untersuchung begannen: der Differenzierung der Weisen, zu bindenden Entscheidungen zu kommen. Die Rationalität der einen Rolle ist nicht mehr ohne weiteres die Rationalität anderer Rollen und erst recht nicht die Rationalität des Gesamtsystems. Diese Differenzierung hat ihren guten Sinn. Störungen in einzelnen Rollensystemen können dadurch gut isoliert und für die Gesamtordnung entschärft werden. Und Änderungen lassen sich problemnah ohne allzu komplexe Rückwirkungen im Gesamtsystem dosieren. Dem entspricht eine allgemeine Tendenz zur »funktionalen Stabilisierung« der Gesamtordnung, das heißt: zur Stabilisierung durch Ersetzbarkeit aller Einzelbeiträge²⁴. Auch dieser Blickpunkt macht jedoch sichtbar, daß die Austauschbarkeit der menschlichen Leistungen nur unvollkommen erreicht werden kann: in den subalternen Sphären der Organisation und im Wirtschaftsleben besser als in der Familie, in

24 Hierzu Näheres bei: Niklās Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin 1964, S. 372 ff.

Führungspositionen, bei individuellen wissenschaftlichen oder künstlerischen Leistungen und überall sonst, wo die individuelle Persönlichkeit komplex beansprucht wird.

Demnach müßte eine differenzierte Sozialordnung stärkste Vorbehalte gegen eine Orientierung am eigenen Gewissen haben, und das hätte sie wohl auch, wenn sie nicht zugleich die Anlässe zur Gewissensorientierung abgebaut hätte. Sie entlastet von Gewissensproblemen vornehmlich auf drei Weisen: durch Bereitstellung einer Vielzahl von Alternativen, durch Institutionalisierung »unpersönlicher« Handlungsweisen und nicht zuletzt durch Vermeidung von Zwangssituationen mit Hilfe des Grundrechts der Gewissensfreiheit.

Der Ansatzpunkt all dieser Institutionen liegt im *Zukunftsaspekt* des Gewissens. Von der Selbsterkenntnis *nach* der Tat kann keine Sozialordnung, die individuelle Gewissensbildung überhaupt ermöglicht, entlasten²⁵ Sie kann aber versuchen, das Feld der Handlungsmöglichkeiten so zu strukturieren, daß man jeder Gewissensnot im voraus ausweichen kann, so daß gewissenswidriges Handeln im Prinzip frei, immer zurechenbar, immer schuldhaft erfolgt. Die Sozialordnung steuert den Einzelnen nach Möglichkeit an seinem Gewissen vorbei, läßt ihn aber, wenn er gewissenswidrig handelt, eben deshalb um so deutlicher den persönlichen Schuldvorwurf spüren. Sie sucht die unberechenbare Wahlfreiheit des Gewissens zu vermeiden und benutzt es nur als Sanktion.

Einer der bezeichnendsten Züge der modernen Sozialordnung ist die Vielzahl der Handlungsalternativen, die sie dem Einzelnen zur Verfügung stellt. Durch interne Differenzierung hat die Gesellschaft einen Grad an Komplexität erreicht, den sie nur noch durch Zulassung von Freiheiten des Verhaltens bewältigen kann. Sie kann nicht mehr allen Menschen feste Plätze mit genau vorgezeichneten, institutionalisierten Rollenerwartungen zuweisen. Der Einzelne muß mit einer Vielzahl von offenen Verhaltensalternativen konfrontiert werden und muß ein Kriterium für die Wahl, nämlich eine individuelle Persönlichkeit, ausbilden. Die Sozialordnung muß so organisiert sein, daß sie in bestimmten Grenzen indifferent dagegen

25 Vielleicht findet man hier den verborgenen Grund, weshalb so viele Autoren - vgl. oben Anm. 16 mit einigen Hinweisen - dem Gewissen eine in die Vergangenheit gerichtete Blickstellung zuschreiben. Die soziale Erlebensstrukturierung wird dabei zum »Wesen« des Gegenstandes Gewissen substantialisiert.

sein kann, wie der Einzelne seine Persönlichkeit identifiziert und handhabt.

Unter diesen Umständen individualisiert der Mensch seine Persönlichkeit durch wählende Entscheidungen im Rahmen vorgeordneter Variablen. Sie kann in vielen Organisationen Mitglied sein, kann eintreten und austreten, sie kann unter zahllosen Konsumgütern auswählen, eine Fülle von Bekanntschaften anbahnen oder abbrechen. Was sie auf diese Weise als persönlichen Stil zusammenbringt, ist häufig nicht viel mehr als eine Sammlung von Zufälligkeiten des So-geworden-Seins, sehr individuell in der Art der Kombination, aber nicht eigentlich gewissensfähig²⁶. In einer solchen Umwelt kann man vor Gewissensfragen in nicht belastende Alternativen ausweichen und braucht das Fragen deshalb nicht zu vertiefen²⁷. In Intellektuellenkreisen wird der Zweifel und die Angst kultiviert, aber in der Wirklichkeit sind tragfähige Lösungen, die das Gewissen nicht aufstören, leicht zu finden - es sei denn, daß jemand sich mit Vorhaben identifiziert, die wie die Atomforschung in sich selbst gewissensproblematisch sind. Man kann in einem vordergründigen Sinne nach seinem Gewissen leben, ohne es je zu beanspruchen und ohne in seinem Verhalten bis an die Grenze gehen zu müssen, an der man sich selbst unerträglich wird.

Unterstützt wird diese Lösung durch eine zweite Gruppe von

26 Hierzu finden sich treffende Bemerkungen bei Peter Heintz, Einführung in die soziologische Theorie, Stuttgart 1962, S. 185 ff., dessen Gewissensbegriff allerdings - was für die heutige Soziologie typisch ist - dem des Freudschen Über-Ich nachgebildet ist und deshalb die Kritik auf sich zieht, die wir oben Anm. 20 zum Begriff der Einverseelung formuliert haben

27 Auch in Situationen mit gewissenskonformen Auswegen fehlt es freilich heute nicht an der Benutzung des Gewissens als Argument, und die herrschende Rechtsauslegung ermutigt noch dazu. Im bekannten Fall der Rentenkonkubinate - siehe die Darstellung der Diskussion bei Heinrich J. Scholler, Die Freiheit des Gewissens, Berlin 1958, S. 172 ff. - geht es z. B. darum, aus Gewissensgründen eine nur religiöse Eheschließung zu erreichen, die nicht zum Verlust von Versorgungsrechten führt. Da die Eheschließung nicht verboten ist, steht in dieser Hinsicht ein gewissenskonformer Ausweg offen - es sei denn, daß jemand es zur Sache seines Gewissens macht, seine Rente zu behalten. Wer sich dazu bekennt, muß sich dann freilich den Wert seines Gewissens vorrechnen und sich den Vergleich mit denen gefallen lassen, die ihr Gewissen gegen Entgelt verstummen lassen. Rechtsdogmatisch beleuchtet dieser Fall nicht nur einen seltsamen Fehlgriff in der Bewertung, sondern darüber hinaus die Schwäche einer Orientierung an Wertbegriffen (statt an Systemstrukturen): Es fehlt dieser Theorie an begrifflichen Hilfsmitteln für die Behandlung wertkomplexer oder alternativenreicher (also: realistischer!) Entscheidungssituationen.

Institutionen, die es dem Einzelnen erlauben, Aspekte seines Verhaltens, die er nicht wählen kann, als »unpersönlich« darzustellen. Sie werden ihm dann nicht auf sein Wesen angerechnet, verpflichten seine künftige Selbstdarstellung nicht. Sie werden der Gewissensprüfung keineswegs entzogen; denn das Gewissen erfaßt alles Verhalten ohne Ausnahme. Aber sie drängen sich nicht zum Gewissen vor, zumindest wird es sozial nicht zugemutet, das Gewissen mit ihnen zu befassen. Unpersönlich ist einmal das technisch komplex vermittelte Wirken, das heute die Bühne des großen Wirkens beherrscht²⁸; sodann das formal organisierte Handeln in Beruf und Wirtschaft. Kein Verkäufer braucht sich ein Gewissen daraus zu machen, daß er seine Ware einem bedürftigen Menschen nicht verkauft, der den festgesetzten Preis nicht zahlen kann. In Grenzfällen gibt es gegenläufige Institutionen: die Hilfspflicht des Arztes oder die geregelten Pflichten des Beamten bei Befehlen, die er für rechtswidrig hält; auch hier ist aber ein unpersönliches, fast routinemäßiges Handeln möglich. Daraus wird auch verständlich, daß so viele Nationalsozialisten nicht dazu kamen, ihr Gewissen zu beteiligen, und heute die hilflosesten Opfer des Nationalsozialismus sind, weil sie mit etwas identifiziert bleiben, was sie als Eigenes nicht wollen können.

Dieselbe Einsicht kann auch mit den Begriffen Rollenspezifikation und Verantwortlichkeit ausgedrückt werden. In dem Maße, als Rollenerwartungen differenziert, begrenzt und spezifischer ausgefeilt werden, verliert der Handelnde Gesamtbedingungen und Gesamtfolgen seines Verhaltens aus dem Blick, und seine Verantwortlichkeit muß entsprechend auf das Rollentypische begrenzt werden²⁹. Ein individual-ethischer Rigorismus ist in der Verantwortungsethik ebenso undurchführbar wie in der Gewissensethik. In beiden Fällen müßte soziale Entlastungen des Verhaltens mitberücksichtigt werden³⁰. Differenzierte Sozialordnungen müs-

28 Kuhn, a.a.O., S. 189, spricht in bezug hierauf mißbilligend von »der Verbergung der Schuld durch technologische Depersonalisierung der Tat und durch Vergesellschaftung der Ursächlichkeit«.

29 Siehe hierzu auch Dieter Caeßens, *Rolle und Verantwortung*, Soziale Welt 14 (1963), S. 1-13 (12).

30 Dazu vgl. David Braybrooke und Charles E. Lindblom, *A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process*, New York-London 1963, S. 236 ff., und grundsätzlich vor allem Arnold Gehlen, *Urmensch und Spätkultur: Philosophische Ergebnisse und Aussagen*, Bonn 1955.

sen gerade deshalb, weil ihre *Struktur* (und nicht etwa eine vorgegebene Wertordnung, die man beachten oder auch mißachten könnte) zur Individualisierung der Persönlichkeiten zwingt³¹, in dieser oder in anderen Formen Entlastungen bereitstellen; denn es würde ein unübersehbares Durcheinander eintreten, wenn jeder alle Folgen seines Handelns auf sein Gewissen nehmen müßte und sich dadurch bestimmen lassen würde. Dazu ist das Gewissen, als höchste Instanz persönlicher Selbststeuerung, sozial zu schlecht koordiniert.

In diesen Kontext der Entlastungen ist nun auch das Grundrecht der Gewissensfreiheit einzuordnen. Es ergänzt und komplettiert die Funktion des Alternativenreichtums und der Unpersönlichkeit des Verhaltens für den Fall von Situationen, in denen der Staat direkt oder indirekt die Handlungsalternativen reduziert und für den Einzelnen Zwangslagen schafft. Das bedeutsamste und akute- ste Beispiel für direkten Zwang liefert die Wehrpflicht. Indirekter Zwang läge namentlich dann vor, wenn der Staat das Recht durchsetzen würde, obwohl der Bürger in Einzelfällen aus Gewis- sensgründen das Rechtsgebot, zum Beispiel einen Vertrag³², nicht erfüllen will. Der Einzelne soll nicht in Situationen gepreßt werden, in denen sein Gewissen sich gegen ihn selbst wendet und seine Persönlichkeit zerstört. An die Stelle des Ringens um Selbst- bestimmung tritt die Beweisführung im Gerichtssaal. Damit wird aus der Darstellung vor sich selbst eine Darstellung vor anderen. Man kann sich über die aussichtsreichen Argumente bei den dafür geschaffenen Organisationen unterrichten und die Begegnung mit dem eigenen Gewissen vermeiden.

Ganz anders freilich lautet der deklarierte Sinn, die offizielle Ratio der Gewissensfreiheit. Sie gibt als ihren Zweck an, dem bedrängten Gewissen zu Hilfe zu kommen und zu ermöglichen, daß der Mensch nach seinem Gewissen leben kann. Sie orientiert sich dabei

31 Das ist alter soziologischer Erkenntnisbesitz. Vgl. z. B. Georg Simmel, *Über soziale Differenzierung*, Leipzig 1890, insbesondere S. 45 ff., und ders., *Soziologie*, 2. Aufl. München-Leipzig 1922, S. 527 ff.; Emile Dürkheim, *De la division du travail social*, 7. Aufl. Paris 1960, S. 336 ff., 398 ff.

32 Zur Diskussion dieser Frage siehe Friedrich Wilhelm Bosch und Walther J. Habscheid, Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 1954, S. 213-217; dies., Noch- mals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 1956, S. 297-303; Arwed Blomeyer, Gewissensprivilegien im Vertragsrecht, JZ 1954, S. 309-312; Franz Wieacker, Vertrags- bruch aus Gewissensnot, JZ 1954, S. 466-468.

am »Wert« der Würde und der Freiheit des Menschen, verliert aber in ihrem Pathos den konkreten Einzelmenschen und sein individuelles, für andere gänzlich unverbindliches Gewissen aus den Augen³³. Sie muß für das Gewissen des Einzelnen höheres Recht und höhere Wahrheit in Anspruch nehmen, die zu respektieren andere Menschen verpflichtet sind; und das kann sie nur, wenn sie nicht jeden beliebigen Inhalt als gewissensfähig anerkennt. Das blanke Versprechen der Gewissensfreiheit wird so hinterrücks vom Normativen her eingeschränkt - sei es, daß man das Gewissen in alter Weise als anerkennende Anwendung des Sittengesetzes, sei es, daß man es modern und wissenschaftlich als Einverseelung der ^institutionalisierten Normordnung bestimmt. Nur so erscheint es auch als erträglich, in Art. 4 Abs. 1 GG auf den üblichen Gesetzesvorbehalt zu verzichten³⁴. Jedenfalls müssen diese Einschränkungen durch eine verwickelte juristische Kasuistik ausgeprägt werden. Was als Gewissen in Betracht kommt, muß deshalb im Zusammenwirken mit einem Rechtsberater anhand der Fachliteratur und der Rechtsprechung geklärt werden. Auch im Hinblick darauf - und nicht nur wegen des Wahrheitsbeweises - empfiehlt sich die Mitgliedschaft in Organisationen³⁵.

33 Darin zeigt sich übrigens, daß dieses Grundrecht seine Prägung zu einer Zeit erfahren hat, in der Freiheit und Gleichheit nicht als Widerspruch empfunden wurden, die Freiheit des Menschen vielmehr auf eine Vernunft bezogen wurde, von der man annahm, daß alle Menschen sie in gleicher Art besäßen. Wie damals prinzipiell, wird an dieser Stelle auch heute noch die Faktizität des Einzelmenschen durch ein normatives Modell der *natura humana* verstellt.

34 Siehe aber auch den juristischen Kunstgriff des Oberlandesgerichts Karlsruhe (Urteil vom 25. 5. 1964, JZ 1964 S. 761-763), wonach das Grundrecht der Gewissensfreiheit nur ein Ableger des allgemeinen Freiheitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG) sei und deshalb an die allgemeine Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung gebunden sei. Weitere Nachweise und eine Kritik dieser Auffassung bei Scholler a.a.O., S. 203 ff. Dieses Argument könnte, so angreifbar es ist, als Korrektiv für die Orientierung an einem normfrei-empirisch gedachten Gewissensbegriff benutzt werden. So etwas liegt dem zitierten Gerichtsspruch freilich fern. Ihm geht es nur darum, die gefährliche Einbruchsstelle des Gewissens in das Recht gleich zweimal zu versiegeln: durch Innenbindung und durch Gesetzesvorbehalt.

35 Ganz allgemein ist ja heute die Rationalisierung von Abweichungen eine Sache, die über die Kräfte des Einzelnen geht. Sie erfolgt durch Gruppen, die sich die Bildung hauptberuflicher Rollen für diesen Zweck leisten können. Deren Vertreter arbeiten dann sowohl an der Mitgliederberatung als auch an der Außenprojektion des abweichenden Verhaltens, an der Entwicklung von Routinen wie an der Konsensbeschaffung. Dazu manches bei Howard S. Becker, *Outsiders: Studies in the Sociology*

Eine Kehrtwendung im Ansatzpunkt der juristischen Dogmatik wird weder diese Schwierigkeiten beheben, noch gar ihre Auswirkungen auf die Möglichkeit, unbefangen dem eigenen Gewissen gegenüberzutreten, einfach annullieren können. Das widerspräche im übrigen geradezu der oben skizzierten Entlastungsfunktion des Grundrechts der Gewissensfreiheit. Die Technik der juristischen Problemisolierung und **-Verkleinerung** gehört mit dazu. Sie baut gangbare Brücken über die Abgründe des Ich und verstrickt den, der sein Selbst behaupten will, auf dem Wege über Erfolgchancen, Argumentationsregeln und Prozeßführungstaktiken unversehens wieder in die Gesellschaft. Und doch könnte einiges getan werden, um die Zusammenhänge durchsichtiger zu machen. Vor allem könnte die juristische Dogmatik besser mit den Fakten abgestimmt werden³⁶. Das leere Wertpathos, das auf ein Gesundbeten der politischen Verhältnisse hinausläuft, ließe sich abbauen. Die Entwicklungstendenz der modernen Entscheidungstheorie geht deutlich auf Ausgleich exzentrischer Wertprämissen³⁷, und dies war ja schließlich das Thema jener Schrift, die mehr als andere das abendländische Rechtsdenken beeinflusst hat: der Nikomachischen Ethik. Das soll nicht heißen, daß die Normen den Tatsachen zu folgen hätten, statt die Tatsachen den Normen; und auch nicht: daß beides nicht zu unterscheiden wäre. Die Wirklichkeit ist aber für lineare oder dichotomische Denkmodelle dieser Art viel zu komplex. Normen werden stets auf Grund von Tatsachen gebildet,

of Deviance, New York-London 1963, insbesondere S. 38 f.; Erving Goffman, *Stigma: Notes on the Management of Spoiled Identity*, Englewood Cliffs N. J. 1963, S. 105 ff.

36 In der Faktendeutung wirkt nämlich die herrschende Konzeption der Gewissensfreiheit als verzerrendes Vorurteil. Die Auffassung, daß der Staat durch das Grundrecht dem Gewissen freie Bahn schaffe, setzt die im Vorstehenden skizzierten sozialen Strukturen und Prozesse, die den Menschen von seinem Gewissen entlasten, in ein schlechtes Licht. Es scheint dann so, als ob der gute Staat zwar alles getan hätte, um den Menschen die Gewissensfreiheit zu schenken, daß aber die Menschen und die Gesellschaft noch nicht reif dafür seien und ihre Möglichkeiten nicht nutzten. Diesen Gedanken führt Wilhelm Geiger, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, in: Karl Forster (Hrsg.), *Staat und Gewissen*, München 1959, S. 11-43 (33 ^-)> bis in kritische Betrachtungen über Massengesellschaft, Sicherheitsbedürfnis, Materialismus und Korruption, verrät damit aber nur, wie sehr normative Vorurteile, letztlich der deutsche Staatsbegriff, den Blick für die Wirklichkeit trüben können.

37 Ein sehr forciertes - und insofern nicht repräsentatives - Beispiel für diese Richtung findet man in der bereits zitierten Arbeit von Braybrooke und Lindblom.

gestalten mehr oder weniger erfolgreich neue Tatsachen, die wieder Normbildungen motivieren.

Unter diesen Umständen ist die wechselseitige Entfremdung von empirischen und normativen Wissenschaften verhängnisvoll - nicht zuletzt auch, weil ihre Trennung beibehalten werden muß, so aber nicht verstanden werden kann. Gerade aus der Trennung von Soziologie und Entscheidungslogik folgt die Notwendigkeit einer Verbindung, folgt ein strategisch plzierter Bedarf für klug ausgedachte Transmissionsformen und Übersetzungsroutinen. Die schlichte Nüchternheit des juristischen Argumentes käme auch im Verfassungsrecht wieder zu Ehren und zu besserer Überzeugungskraft, wenn der Jurist auch hier seine nichtjuristischen Entscheidungsprämissen und Auslegungshilfen von den empirischen Wissenschaften beziehen würde.

Notwendig wäre es vor allem, den Erkenntnissen, die die soziologische Analyse über latente Funktionen rechtlicher Institutionen - hier: über die Entlastungsfunktion des Grundrechts der Gewissensfreiheit - beibringen kann, im Kontext der juristischen Topik die Wirkung eines Argumentes zu geben. Um die Hauptlinien unserer Gedankenführung noch einmal herauszuzeichnen: Die differenzierte Sozialordnung braucht individuelle Persönlichkeiten, die sich in hohem Maße selbst identifizieren können. Sie muß aber die Last erleichtern, die sie dem Menschen mit der Kontinuität eines scharf bewußten Selbstverständnisses aufbürdet - wenn nicht um seiner selbst willen, dann um der sozialen Rollenverflechtungen willen, die unter Gewissensstößen zusammenbrechen können³⁸. Diese Rollenverflechtungen lassen sich dadurch schützen, daß der Einzelne an seinem Gewissen normalerweise vorbeigeleitet wird, ohne daß ihm indes die *Möglichkeit* einer auf das Gewissen abstrahierten Persönlichkeitssteuerung genommen würde. Darin liegt eine brauchbare Koordination persönlicher und sozialer Systeminteressen. Der Mensch verfügt über eine Instanz der

38 Das eine schließt das andere nicht aus. Die Technik der funktionalen Analyse ist hier wie überhaupt nur systemrelativ einsetzbar. Das heißt: man muß große Sorgfalt auf die Unterscheidung von Systemreferenzen verwenden. Die Gewissensfreiheit mag eine Funktion für die Stabilisierung konkreter Persönlichkeiten (aller?) haben. Hier interessiert ihre Funktion für das Sozialsystem der Gesellschaft. Natürlich hat sie auch eine Funktion für die Vereinigung der Kriegsdienstgegner. In diesem Problem der Systemreferenz dürfte die Hauptschwierigkeit für die juristische Auswertung soziologischer Erkenntnisse und eine Quelle vieler Mißverständnisse liegen.

Besinnung für Krisenfälle, deren Gebrauch jedoch für ihn selbst und für seine Umwelt gefährlich ist". Ihre Benutzung wird ihm daher wegsuggestiert: Anlässe werden beiseitegeräumt, nicht zu verantwortende Folgen in den Rollenbeziehungen mit Warnfunktion sichtbar gemacht. Nimmt man noch mit in den Blick, was oben zum sozialen Einfluß auf Struktur und Thematik der Gewissen gesagt worden ist, dann ist verständlich, daß die Sozialordnung, ohne die Persönlichkeitsfunktionen des Gewissens anzutasten sich gegen dessen Auswirkungen weitgehend immunisieren kann³⁹. Diese Sicht auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit korrespondiert mit der zuvor erläuterten Wahrheitsproblematik und der wahrheitsunabhängig definierten Gewissensfunktion. Wenn man die alte Annahme einer Wahrheitsbindung oder mindestens einer »moralischen« Bindung des Gewissens aufgeben muß, dann müssen die darin latent verankerten sozialen Rücksichten kompensiert werden. Es muß auf andere Weise für sie gesorgt werden. Damit verschiebt sich die Problemstellung. Es geht dann nicht mehr in erster Linie darum, *ob* der Einzelne auf sein Gewissen hört und dadurch, wie man unterstellt, in die gemeinsame Wahrheit zurückgeführt wird oder nicht; sondern das Problem lautet, daß er, *wenn* er auf sein Gewissen hört, eine Quelle sozialer Störungen und Enttäuschungen werden kann. Und entsprechend findet man den Sinn der Gewissensfreiheit dann nicht mehr darin, daß sie die Gewissensorientierung ermöglicht, sondern darin, daß sie sie erspart. So gefaßt, können das Phänomen des Gewissens und seine Folgeprobleme mit mehr Problembewußtheit und auf dem Wege sozialer Planung behandelt werden, während der alte Wahrheitskosmos gemeinsamer Überzeugungen sich in einer differenzierten Sozialordnung nicht wiederherstellen läßt".

39 Es gibt viele andere, strukturell analog geordnete Fälle solcher Notfallkontrollen, deren Funktion auf der Seltenheit ihres Einsatzes beruht. Das politische System besitzt sie im Recht auf legitime Anwendung physischer Gewalt, die Wirtschaft im Prinzip der (partiellen) Notendeckung. Zu diesen beiden Beispielen vgl. auch Karl W. Deutsch, *The Nerves of Government: Models of Political Communication and Control*, New York-London 1963, S. 122 ff. Der Vergleich mit dem Gewissen erstreckt sich auch auf den bemerkenswerten Umstand, daß es gerade das Prinzip der Systembildung ist, das diesen Gebrauchsbeschränkungen unterliegt.

40 Vgl. die allseits mit Überraschung vermerkte geringe Quote der Kriegsdienstverweigerer. Sie bleibt unter 1 %.

41 Als klassische Formulierung dieser Umstellung siehe Emile Durkheim, *De la division du travail social*, 7. Aufl., Paris 1960.

Daß ein solcher Ersatz von Wahrheit durch soziale Planung in spezifischen Perspektiven isoliert gesehen kein vollwertiges Äquivalent erbringt, versteht sich von selbst, steht doch die Substitution unter dem speziellen Problemgesichtspunkt der Sozialdimension, der den Sinn der Wahrheit nicht ausschöpft. Aber gerade dies ist ein typisches Merkmal des Prozesses der sozialen Differenzierung, der die Problemstellung bestimmt. Wie alle Institutionen wird auch die Wahrheit in der Neuzeit funktional spezifiziert, und zwar in bezug auf die Ordnung des Verhältnisses von Wahrnehmung und Begriff. Auch die Wahrheit muß daher, so wie die Familie, das Recht, die politische Ordnung, Funktionen abgeben, die durch andere, darauf spezialisierte Institutionen wirksamer befriedigt werden können. Daß unsere Gewissenslehre diese Entwicklung bisher nicht akzeptiert, bringt sie in die Gefahr, als romantische Ideologie zu versteinern⁴².

IV.

Welche Direktiven lassen sich aus diesen Überlegungen für die juristische Auslegung des Grundrechts der Gewissensfreiheit gewinnen? Für ein einfaches Rezeptdenken ist die Problematik zu komplex. Aber einige Beispiele für das Umdenken sozialwissenschaftlicher in juristische Aussagen lassen sich vorführen.

I. Das Gewissen und mithin die Gewissensfreiheit beziehen sich auf alle Themenbereiche, mit denen ein Mensch sich in seinem Verhalten identifizieren kann, also keineswegs allein auf religiöse Themen⁴³. Man muß konzedieren, daß ein Mensch sein Selbstverständnis ohne jede Bezugnahme auf religiöse Erfahrungen, geschweige denn: auf die organisierte Interpretation der religiösen Erfahrungen anderer, konstituieren kann. Wer das nicht zugibt, nimmt von Tatsachen keine Kenntnis.

42 Talcott Parsons, *Some Considerations on the Theory of Social Change*, *Rural Sociology* 26 (1961), S. 219-239 (238), spricht im Hinblick auf solche Fälle, in denen die Wertvorstellungen mit der sozialen Differenzierung noch nicht Schritt halten, von Ideologiebildung als Symptom »unvollständiger Institutionalisierung umstrukturierter Werte«.

43 Ähnlich Geiger a.a.O., und ders., *Gewissen, Ideologie, Widerstand, Nonkonformismus*, München 1963, S. 67.

Dieser Ausweitung entspricht eine Einschränkung: Es muß sich um Themen handeln, die der Mensch in seinem persönlichen Verhalten darstellen kann, um Einstellungen, Werthaltungen, die er in seinem Verhalten als seine eigenen symbolisiert. Zwangsläufigkeiten werden nicht vom Gewissen betreut. Auch der Bereich der Wahrheit scheidet deshalb aus, und hier zeigt sich am schärfsten die Abkehr vom Gewissensbegriff der philosophischen Tradition. Dabei ist — als ein Kontrastmoment, das der Gewissensfreiheit überhaupt erst ihre Konturen gibt - die Präzisierung des Wahrheitsbegriffs durch die neuzeitlichen Wissenschaften vorausgesetzt. Es gibt keine Gewissensfreiheit in bezug auf Mathematik oder auf die richtige Weise, eine Maschine zu bedienen, in bezug auf Wahlstatistiken oder die wahrscheinlichen Folgen einer Diskontsatzänderung. Diejenigen, die für ihre Religion oder Weltanschauung Wahrheit (im Sinne intersubjektiver Gewißheit) in Anspruch nehmen, allen voran die Anhänger des dialektischen Materialismus, sind deshalb konsequent, wenn sie keine Gewissensfreiheit einräumen.

2. Die Gewissensfreiheit will nicht das Gewissen zur obersten Rechtsnorm erklären und alles Verhalten bis zum Rechtsbruch daran legitimieren. Solche Vorstellungen wachsen leicht und natürlich auf dem Boden der Werttheorie, die das Gewissen als unverzichtbaren Persönlichkeitswert behandelt sehen möchte. Die Gewissensfreiheit hat nur den Sinn, die Einzelperson und ihre vielfältigen Rollenbeziehungen gegen Gewissenskrisen zu schützen. Die Erhaltung der Kontinuität in der Selbstauffassung und den Rollenbeziehungen, die eigentliche Funktion des Gewissens, geht der Gewissensfreiheit vor und wird zum Maßstab für die Beurteilung der Konflikte zwischen Recht und Gewissen.

Es ist nicht Sinn des Gewissens und nicht Sinn der Gewissensfreiheit, dem Einzelnen zu ermöglichen, sich von den Konsequenzen seines Handelns zu distanzieren, zum Beispiel Verträge auf gewissenswidrige Leistungen nicht zu erfüllen; vielmehr hat das Gewissen gerade die Aufgabe, Vergangenes und Zukünftiges zu koordinieren und ein Selbstverständnis zu finden, das vielfältiges, ja widerspruchsvolles Handeln zu identifizieren vermag. Scheitert das Gewissen an diesem Problem, so ist es insofern ein »schlechtes« Gewissen. Die Gewissensfreiheit aber geht nicht so weit, von jedem schlechten Gewissen freizustellen.

Treten bei Rollen, die man übernommen hat, unerwartete Gewissensprobleme auf, so genügt als Schutz zumeist wohl die Tatsache, daß eine Vollstreckung bei Ansprüchen auf Dienstleistungen nicht zulässig ist (§ 888 Abs. 2 ZPO). Fälle, die die Persönlichkeit auf ähnliche Weise verhaltensmäßig stark engagieren, könnten bei Gewissenskonflikten analog geregelt werden. Das Erfüllungsinteresse hätte der durch sein Gewissen Gehinderte dann aber zu ersetzen. Daran hindert ihn sein⁴⁴ Gewissen nicht, ja es fordert ihn dazu auf, konsequent zu sein und den Schaden zu vertreten, den er verursacht hat. Das Gewissen will nicht nur »bekannt«, sondern auch verantwortet werden..

Anders ist die Situation bei zugeschriebenen oder erzwungenen Rollen⁴⁴. Hier ist der Einzelne nicht durch eigenes Handeln vorbelastet. Daher stehen keine von ihm selbst begründeten Vertrauens- oder Kontinuitätsinteressen auf dem Spiel. Hier kann und sollte freigestellt werden, wer sich durch sein Gewissen gehindert fühlt zu handeln. Die Zeugnisverweigerungsrechte der Prozeßordnungen sind ein altes, wenn auch zu kasuistisch geregeltes Beispiel dafür; das aktuellste und umstrittenste findet man im Kriegsdienstverweigerungsrecht des Art. 4 Abs. 3 GG.

Schließlich ist die Lage dessen zu behandeln, der sich durch sein Gewissen zu rechtswidrigem Handeln getrieben fühlt. Man denke an den Fall der Tötung des unheilbar erkrankten Gatten auf Verlangen, an manche politische Verbrechen, an den rechtswidrig trauenden Priester, an den Verrat von Amtsgeheimnissen aus Gewissensnot. Mit Recht, aber ohne eine gute Erklärung, beurteilt die ganz herrschende Meinung das vom Gewissen geforderte Tun anders als das Unterlassen. Sie gibt keinen Freibrief zum Handeln nach Gewissen. Der Grund für diese Differenzierung liegt nicht in der Gewissenssituation, nicht in einem Unterschied an Dringlich-

⁴⁴ Wir legen hier die in der Soziologie weithin akzeptierte Unterscheidung von selbst erreichten und zugeschriebenen Rollen (*achieved roles / ascribed roles*) zugrunde. Man nimmt an, daß die gesellschaftliche Entwicklung dahin tendiere, diese abzubauen und jene zu fördern. Trifft das zu, dann wäre anzufügen, daß die Gewissensfreiheit, die im Rahmen der selbsterreichten Rollen wenig Bedeutung hat, mitbenutzt wurde, um die zugeschriebenen Rollen aufzusprengen und die soziale Differenzierung und Mobilisierung dadurch zu begünstigen. Zugleich würde das die oben schon einmal angedeutete Vermutung erhärten, daß die Gewissensfreiheit erst zugelassen werden kann, nachdem die Gesellschaft strukturell durch ausreichende soziale Differenzierung und Mobilisierung darauf vorbereitet ist.

keit, Tragik oder »Werthöhe« des Gewissensrufes. Damit verfängt sich die einfache Vorstellung, Gewissensfreiheit sei Freiheit zu gewissensmäßigem Handeln, erneut in Schwierigkeiten, die ihr unerklärlich bleiben müssen. Die Unterscheidung ist nur deshalb gerechtfertigt, weil die Sozialordnung sich auf ein rechtswidriges Unterlassen, auf einen Ausfall von Leistungen, besser einstellen kann als auf aggressives rechtswidriges Tun. Im Falle der gewissensgebotenen Unterlassung kann die Sozialordnung zumeist Leistungsäquivalente und Auswege bereitstellen; im Falle des rechtswidrigen Tuns liegt es dagegen beim Einzelnen, Handlungsalternativen zu finden, die sein Gewissen freizeichnen. Die Folgen des Konflikts muß tragen, wer über die Alternativen verfügt.

3. Damit haben wir das wichtigste Thema der Alternativen schon berührt. Dem Juristen liegt das Denken in Alternativen nicht, da es das Entscheiden erschwert. Er pflegt sich über die Vorstellung von Regeln und Ausnahmen und nicht durch Suche nach funktionalen Äquivalenten der Realität und der Gerechtigkeit zu nähern. Deshalb ist es zumeist unbeachtet geblieben, daß das Gewissen sehr oft nur spezifische Handlungen fordert bzw. blockiert, andere Handlungen, die im sozialen System als Ersatz eingesetzt werden könnten, dagegen freiläßt. Auf Beispiele sind wir schon gestoßen: den Rentenverlust als gewissensneutrale Folge der Eheschließung, den Ersatz des Erfüllungsinteresses bei gewissensbedingtem Vollstreckungsverbot. In der Tat reduziert sich die Problematik heute angesichts des Alternativenreichtums unserer Sozialordnung durchweg auf die Frage, welche Opfer in Form eines gewissenskonformen Ersatz- oder Ausweghandelns dem Einzelnen für sein Gewissen zugemutet werden können. Bestimmt meint die Gewissensfreiheit nicht, daß *jedes* Opfer zu schwer sei; aber wo liegt die Opfergrenze? Auch für diese Entscheidung dürfte die erörterte Funktion des Grundrechts eine Hilfestellung geben.

Die Gewissensfreiheit begann ihren geschichtlichen Weg mit der Zulassung einer Alternative: dem Ventilrecht der Auswanderung. Doch ist dies für das soziale System und zumeist wohl auch für das Individuum, von dem immer offener der Ausweg des Todes abgesehen, die unrationellste Lösung, weil sie nahezu alle Rollenbeziehungen (mit Ausnahme derer der Kernfamilie) abbricht und insofern das nicht erfüllt, was das Grundrecht der Gewissensfreiheit eigentlich leisten sollte: gewissensbedingte Störungen in den Rol-

lenverflechtungen zu vermeiden. Mit Recht gilt daher heute die Auswanderungsmöglichkeit als nicht akzeptabler Ausweg, als unzumutbares Opfer. Der Einzelne soll weder in den Tod noch in ein neues Leben gezwungen werden.

In Fortführung dieses Gedankens wird man die Opfergrenze dort ziehen müssen, wo das Gewissensproblem sich nicht auf seinen Ursprungskontext isolieren läßt, sondern andere Rollenbeziehungen des Gewissensträgers tiefgreifend beeinträchtigt - wenn zum Beispiel sämtliche freistehenden Ausweghandlungen so problematisch sind, daß sie eine erhebliche Erschütterung des religiösen Glaubens und der darauf gegründeten Kontakte in Kirchen oder Sekten nach sich ziehen". Das ist heute bei einer weithin institutionalisierten Rollentrennung und bei sehr sachlich-spezifischer Ausrichtung des Rechts gewiß selten der Fall. Ein Wechsel des Berufs allein, ein Aufgeben spezifischer Mitgliedschaften in dem Problem-bereich selbst und vor allem eine Abfindung von Schäden in Geld, dem rollenneutralsten aller Mittel, dürften danach durchaus zumutbar sein - es sei denn, daß der allgemeine soziale Status des Betroffenen und seiner Familie dadurch wesentlich getroffen wird, denn damit wäre wieder eine Effektübertragung in andere Rollenzusammenhänge verbunden. Man sollte sich gerade hier vor den Verirrungen des Mitleids hüten; denn wenn man hier vor jeder Opferzumutung zurückschreckt, setzt man nicht nur den »Wert« des Gewissens herab, sondern ist zugleich auch genötigt, andere Korrekturen, namentlich normative Vorurteile über zulässige Gewissensthemen, zu benutzen, von denen wir gerade freikommen wollen.

4. Tritt in dieser Sicht demnach die Prüfung funktional äquivalenter Verhaltensauswege an die Stelle der Annahme einer normativen Determination der Gewissensinhalte, so setzen wir an die Stelle der alten Wahrheitsprüfung die Prüfung der Konsequenz des Gewissens⁴⁵. Gewissensfähig sind nur Vorstellungen, mit denen eine

45 Man denke an den bereits zitierten Fall des Oberlandesgerichts Karlsruhe: daß eine Sekte nicht nur den Kriegsdienst, sondern auch den Ersatzdienst strikt ablehnt.

46 Solche Konsequenz-Prüfungen finden in der Gerichtspraxis zu Art. 4 Abs. 3 GG statt - aber unter anderen Vorzeichen. Die Gerichte sehen in der Konsequenz nicht ein Kriterium des Gewissens, sondern legen die Norm des Art. 4 Abs. 3 GG so aus, daß sie nur konsequente Gegner der Tötung im Kriege meint, also nicht solche, die ihre Gewissensentscheidung von den Umständen des Falles abhängig machen. So kommt es in dem dafür bezeichnenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. 7. 1963,

Persönlichkeit sich identifizieren kann, nach denen sie sich also konsequent verhalten kann. Fordert das Gewissen ein Verhalten, so steht dahinter die Sanktion des Identitätsverlustes: des Todes, der Schizophrenie, des radikalen Bruchs mit der eigenen Vergangenheit. Die Ernsthaftigkeit solcher Lebensführungsentscheidungen ist in gewissem Umfang objektiv nachprüfbar. Wer zum Beispiel ein vermeintliches Gewissensgebot nicht befolgt, wenn damit die Gefahr finanzieller Verluste verbunden ist, beweist, daß es sich gar nicht um ein Gewissensgebot handelt. Für ihn ist nicht die Gewissensfreiheit, sondern eine Belehrung angebracht. Er ist in eine falsche Terminologie geraten. Wer ethische Maximen, zum Beispiel christlicher Art, laufend durchbricht, kann nicht verlangen, daß sie im Einzelfall als seine Gewissensentscheidung respektiert werden.

Andererseits darf man vor der Tatsache grundlegender Überzeugungsänderungen nicht die Augen verschließen. Es gibt sie sowohl in Einzelfragen als auch - allerdings selten - in der Gesamthaltung der Persönlichkeit. Wer am letzten Krieg teilnahm, kann eben dadurch bewogen worden sein, sich als Gegner jeden Kriegsdienstes zu bekennen. Das Gewissen identifiziert die Persönlichkeit, es muß ihre Geschichte einbeziehen, aber das schließt ein radikales Verwerfen der eigenen Vergangenheit und den Entschluß zu einem Neubeginn nicht aus, sondern als eine der möglichen Gewissensentscheidungen vielmehr ein. Die christliche Taufe sollte ursprünglich einen solchen Akt symbolisieren. In ernsthaften religiösen Bekehrungen kennen wir ihn auch heute. Eine solche »Wiedergeburt« kann gerade für diejenigen ein Ausweg sein, dem sein Gewissen es unmöglich macht, mit seiner Vergangenheit zu leben. Der Mensch ist frei, in dieser Weise über sich selbst zu disponieren, und das Gewissen ist die Instanz, die solche Entscheidungen trifft.

Die eigene Vergangenheit, die Selbstdarstellungsgeschichte, ist also kein eindeutiges Kriterium - und doch das einzige objektive Beweismaterial - für die Echtheit einer Gewissensentscheidung. Die Vorstellung, daß das Gewissen eine »innere Stimme« sei, die

NJW 1963, S. 1994, zu der Feststellung, daß die* Erklärung des Klägers »seiner Gewissenslage zwar entsprechen« mag, aber nicht ausreiche, »um als Gewissensentscheidung im Sinne des Art. 4 Abs. 3 GG anerkannt zu sein«. Verstößt diese Argumentation nicht gegen Art. 4 Abs. 1 GG?

man beachten solle, aber auch nicht beachten könne, hat hier Unsicherheiten und Kontroversen von großer praktischer Bedeutung erzeugt. Das Bundesverwaltungsgericht⁴⁷ trennt auf Grund dieser Vorstellung gegen Widerspruch in der Literatur⁴⁸ scharf zwischen Gewissensentscheidung und faktischem Verhalten und meint, daß Gewissensentscheidungen auch dann beachtet werden müßten, wenn der Betreffende aus Willensschwäche oder Bequemlichkeit (!) nicht nach ihnen lebe. Die Lebensführung entfällt danach als Indiz für die Echtheit einer Gewissensentscheidung. Man bleibt auf überzeugenden Vortrag der Behauptung (und vielleicht auf die Tatsache der Mitgliedschaft in entsprechenden Organisationen) angewiesen. Wenn man das Gewissen als eine unter Umständen schwache und machtlose Stimme im Konzert der Seelenregungen ansieht, ist diese Auffassung in der Tat konsequent.

Indessen ist die Ausgangsvorstellung zu verwerfen. Das Gewissen ist nicht eine Stimme, sondern eine Funktion. Es dient nicht dazu, die Persönlichkeit von ihren Taten zu distanzieren, indem es das Verhalten nur »vorwirft«; sondern es identifiziert die Persönlichkeit mit ihrem Verhalten, indem es ihr zeigt, was sie ist und was sie sein kann. Es sucht nach einer Lebensformel, die Vergangenheit und Zukunft zusammenfaßt. Es entschließt sich für die Zukunft nicht durch Verleugnung seiner Vergangenheit, sondern gerade im Lichte der Erkenntnis seiner faktisch so gewordenen Identität, die das unveränderlich Gewesene festlegt. Und diese Erkenntnis ist objektiv nachprüfbar, wenngleich es für die Deutung von Selbstdarstellungen, von symbolischen Implikationen des Handelns, noch keine allseits anerkannte Wissenschaft gibt⁴⁹. Die Konsequenz

47 Vgl. die Entscheidung vom 3. 10. 1958, BVerwGE 7, S. 242 ff. (247 f.).

48 Siehe Werner Scherer / Georg Flor / Theo Krekeler, Wehrpflichtgesetz, 2. Aufl. Berlin-Frankfurt 1962, § 25 Anm. III, 1. Vgl. auch Ulrich Scheuner, Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung, in: Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, Schriftenreihe des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. Mainz, Bd. 4, München 1954, S. 251-281 (255).

49 Wichtige Ansätze dazu sind in Amerika vorhanden und besonders mit der Universität von Chicago verbunden. Es sei nur auf Namen wie George H. Mead, Kenneth Burke, Hugh D. Duncan, Erving Goffman, Everett C. Hughes, Howard S. Becker, Anselm Strauss hingewiesen. Als allgemeinen Bericht vgl. den Sammelband Arnold M. Rose (Hrsg.), Human Behavior and Social Processes: An Interactionist Approach, Boston 1962.

des Gewissens, die Erfüllung seiner Funktion, wird in dem Maße sichtbar, als die Bewahrung einer Vergangenheit für die Zukunft gelingt: einer unerträglichen Vergangenheit im Tod, einer verworfenen Vergangenheit in der Radikalität einer geleisteten Umstellung, einer gescheiterten Vergangenheit in der frohen Bescheidenheit eines neuen Lebenszuschnitts. Es ist möglich, über solche Gewissensleistungen zu richten, weil das Gewissen selbst seine Ausrichtung nur richtend vollbringen kann.

Zur Funktion der »subjektiven Rechte«

I.

Für den Versuch einer Deutung des Sinnes subjektiver Rechte liegt es verführerisch nahe, sich an das Subjekt zu halten. Im Unterschied zu anderen Arten von Recht scheint die Besonderheit subjektiver Rechte im Subjektbezug zu liegen. Bei genauerem Zusehen zeigt sich zunächst, daß dieser Bezug nicht eindeutig ist, sondern verschiedenen Sinn annehmen kann. Drei mögliche Bedeutungen drängen sich vor:

Man könnte daran denken, im Subjekt die *Rechtsquelle* zu sehen, den Grund der Geltung subjektiver Rechte. »Je veux, donc j'ai des droits«, formuliert Saleilles mit cartesianischer Radikalität¹. Diese Auffassung führt, ganz abgesehen von der Problematik des Begriffs der Rechtsquelle, in eine scharfe Trennung von subjektivem Recht und objektivem Recht, die heute weitgehend abgelehnt wird². Das subjektive Recht wäre dann kein objektives Recht. Seine intersubjektive Geltung wäre nicht einsichtig zu machen, sondern allenfalls zu postulieren. Auch gäbe die reine Subjektivität kaum ein Maß für die Begrenzung des Rechts her und keinen Aufschluß über seine Funktion.

Als subjektiv könnten weiter solche Rechte bezeichnet werden, die individueller *Disposition* unterliegen. Dafür spricht das frühe Auftreten von »potestas« als Definitionsmerkmal in der Entwicklungsgeschichte des subjektiven Rechts. Diese Auffassung hat es schwer, dem Umstand gerecht zu werden, daß zahlreiche subjektive Rechte, etwa Grundrechte, unverzichtbar sind. Man nimmt gemeinhin jedenfalls nicht an, daß das Subjekt über seine Menschenwürde

¹ Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2. Aufl. Paris 1922, S. 535.

² Vgl. z. B. Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2. Aufl. Neuwied-Berlin 1964, S. 166 ff.; Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris 1952, S. 85; Eugen Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen 1965, S. 14; Franz Kasper, *Das subjektive Recht*, Karlsruhe 1967, S. 47.

ganz oder teilweise oder situationsweise disponieren könne. So wenig geleugnet werden kann, daß in der neueren Rechtsgeschichte mit Hilfe dieser Denkfigur des subjektiven Rechts höhere Dispositionsfreiheiten institutionalisiert worden sind* so wenig kann man diesen Erfolg im »Wesen« des Rechtsinstituts verankert finden. Er scheint nur eine seiner Konsequenzen zu sein.

Die dritte Auffassung könnte lauten, subjektive Rechte seien darin subjektiv, daß sie individuellen *Interessen* dienen. Das ist jedoch weder historisch noch sachlich gesehen ein hinreichend spezifiziertes Kriterium³. Einerseits dienen Institutionen wie Ehe oder Verwaltungsgerichtsbarkeit durchaus individuellen Interessen, ohne daß man sie als subjektive Rechte bezeichnen würde. Zum anderen dienen subjektive Rechte, etwa das Eigentum, keineswegs nur individuellen Interessen, sondern haben, wie übrigens Individualität schlechthin, durchaus auch soziale Funktionen.

Diese nur sehr grob skizzierte Kritik läßt die Frage aufkommen, ob die Benennung das Geheimnis schon preisgibt, ob die Funktion dieser Rechtsfigur des subjektiven Rechts überhaupt in der Beziehung auf das Subjekt liegt. Es könnte ja sein, daß man bei der Einführung dieser zweifellos weittragenden Neuerung in das Rechtsgefüge auf die gerade modische Terminologie der Subjektivität zurückgegriffen hat, um eine plausible Begründung zu liefern, damit aber Sinn und Tragweite der Neuerung nicht angemessen zum Ausdruck brachte. Für die Soziologie ist ein solches Unterlaufen offizieller Benennungen und Begründungen nichts Ungewöhnliches, sondern tägliches Geschäft - soweit sie funktionalistisch denkt, sogar Bestandteil ihrer Methode. Die Frage nach der Funktion der subjektiven Rechte soll aus dieser distanzierten soziologischen Perspektive heraus gestellt werden.

3 Max Weber, *Rechtssoziologie*, Neuwied 1960, S. 57 f., verdeutlicht es dahin, daß der Schutz individueller Interessen einverständnismäßig geltender Sinn der Institution und nicht bloße Reflexwirkung sein müsse. Diese Unterscheidung ist jedoch dem modernen Rechtsleben entnommen und dient lediglich dazu, den Manövrierraum für Rechtsänderungen zu bestimmen. Auf archaische Rechtsordnung angewandt, würde sie zu dem Schluß führen, daß gerade dort die eigentliche Domäne der subjektiven Rechte liegt, da Rechtsbrüche dort in hohem Maße der Ahndung durch die Verletzten überlassen bleiben, also als Interessenverletzung gesehen werden.

II.

Als Ausgangspunkt dient uns die Unterscheidung von *Komplementarität* und *Reziprozität* in sozialen Beziehungen⁴. Eine rein komplementäre Beziehung wird nur auf der abstrakten Ebene des Erwartens integriert. A erwartet von B eine bestimmte Leistung. Wenn auch B seinerseits diese eigene Leistung erwartet, die Erwartung des A also annimmt und entsprechend handelt, kann man von Komplementarität sprechen. Die Erwartungen entsprechen sich, in den Leistungen bleibt die Beziehung dagegen asymmetrisch und unausgeglichen. Es fehlt zunächst eine Antwort auf die Frage, warum B die Erwartung des A annimmt und erfüllt. Reziproke Beziehungen sind dagegen in den Leistungen symmetrisch geordnet, also ausgeglichen. A erwartet von B eine bestimmte Leistung, und B erwartet von A eine andere Leistung. Auch in diesem Fall müssen die Erwartungen auf beiden Seiten komplementär sein. Darüber hinaus findet sich ein doppeltes Leistungsverhältnis, in dem auf beiden Seiten Rechte und Pflichten entstehen⁵. Bezeichnend für die Reziprozität ist nun, daß *verschiedenartige* Leistungen zu *einem* Verhältnis der Gegenläufigkeit zusammengefaßt werden. Die Symmetrie besteht mithin nur formal und gerade nicht inhaltlich. Die Gerechtigkeit ist gleichsam avierte, aber doch ein Problem. Darauf beruht die Ordnungsleistung dieses Beziehungstypus. Ob dabei die volle Gleichwertigkeit und Freiwilligkeit der Beziehung verwirklicht wird, wie im Falle des Tausches, oder ob die Beziehung ein Ranggefälle aufweist (und in dieser Hinsicht asymmetrisch bleibt), wie die von Herr und Knecht, ist eine zweite Frage, die sich nur durch Hinzunahme inhaltlicher Kriterien der Gerechtigkeit beantworten läßt. Formal ist eine Beziehung schon dann reziprok, wenn auf beiden Seiten Rechte und Pflichten entstehen, die sich wechselseitig motivieren und begründen. Diese Unterscheidung erschließt eine Eigentümlichkeit des alteuropäischen Rechtsdenkens. Achtet man auf den älteren Sprachge-

4 Mit der wir anschließen an Alvin W. Gouldner, *The Norm of Reciprocity*, *American Sociological Review* 25 (1960), S. 161-178.

5 Im einzelnen bedarf diese Beziehung natürlich stärkerer Aufgliederung. Siehe z. B. Joel Feinberg, *Duties, Rights, and Claims*, *American Philosophical Quarterly* 3 (1966), S. 137-144; oder Jürgen Schmidt, *Ein soziologischer Begriff des »subjektiven Rechts«*, im *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* Bd. 1, 1970, S. 299-330.

brauch, dann scheint der Begriff des »ius« immer reziproke, also in sich ausbalancierte, selbsttragende Rechtsverhältnisse gemeint zu haben⁶. Deren Problem scheint vor allem in der benötigten *Langfristigkeit* und dem Aushalten vorübergehender Unbalanciertheit reziproker Beziehungen gelegen zu haben, also in Fragen des Kredits. Hier mußten ältere Sicherungen, die sich im rollendiffusen, nachbarlichen Zusammenleben kleinerer Wohngemeinschaften von selbst entwickelt hatten, durch den formaleren Mechanismus des Rechts ersetzt werden, der genauere Spezifikation von Verpflichtungen und Bindung auch Fremden gegenüber ermöglichte⁷. Dabei blieb jedoch die zeitüberspannende Reziprozität das Problem, auf das hin Recht als Recht verstanden wurde. Man kann dies an der Entwicklung des römischen Vertragsrechts ablesen, daran nämlich, daß zur Entstehung einer rechtlichen Verpflichtung eine »reale« Leistung zwischen den Beteiligten erforderlich war, also in der Reziprozität der Leistungen und nicht in der »nuda pactio« bloßer Willenserklärungen der Verpflichtungsgrund gesehen wurde⁸. Eine soziale Beziehung lediglich komplementärer Art, in der eine Seite nur Rechte und die andere nur Pflichten hat, hätte an das Verhältnis von Eigentümer und Sklaven erinnert, sie wäre nicht als Rechtsverhältnis begriffen worden, weil ihr die Möglichkeit einer inneren Gerechtigkeit fehlte. In diesem Sinne galt das Recht als

6 Die allgemeine Bedeutung des Prinzips der Reziprozität für archaische Rechtsordnungen ist vielfach herausgearbeitet worden. Siehe z. B. Broniskvw Malinowski, *Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern*, Wien o. J., insb. S. 26 ff., dort S. 22 ff. auch das vieldiskutierte Beispiel des Kanueigentums; Richard Thurnwald, *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen*, Bd. V, Berlin-Leipzig 1934, S. 5 f., 43 ff.; Louis Gernet, *Droit et prédroit en Grèce ancienne*, L'année sociologique, 3e série, 1948-49, S. 21-119 (26 ff.), und Rüdiger Schott, *Die Funktionen des Rechts in der primitiven Gesellschaft*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. I, 1970, S. 107-174. Eine andere Frage ist, wie weit Gegenseitigkeit in den bewußten Sinngehalt von Rechtsinstitutionen aufgenommen wird, was ein Abstraktions- und Relationierungsvermögen erfordert, das keineswegs überall vorausgesetzt werden kann. Siehe dazu in bezug auf das von Malinowski erhobene Material D. Demetracopoulou Lee, *A Primitive System of Values*, *Philosophy of Science* 7 (1940), S. 355-378.

7 Vgl. etwa Alice G. Dewey, *Peasant Marketing in Java*, New York 1962, S. 91 ff.; Raymond Firth/B. S. Jamey (Hrsg.), *Capital, Saving, and Credit in Peasant Societies*, London 1964, insb. S. 29 ff.

8 Vgl. D 2, 14, 7, 4 und 5. Die vier Konsensualgeschäfte bildeten eine spät entwickelte Ausnahme, die unter strengem Typenzwang stand und keinen generalisierbaren Rechtsgedanken ausdrücken sollte.

immanentes Merkmal aller sozialen Beziehungen, aller koinoniai, societates bzw. communitates im weiten, das Vropolitische einschließenden Sinne. Die Humanität des Rechts, die mit der politischen Gründung der antiken Stadt dem archaischen Recht der Stammesgesellschaft abgerungen werden konnte, lag nicht in der Subjektivität von Rechten, sondern in der handelnden Teilnahme der Menschen am Rechtsgeschehen - wenn man so will: im Verfahren. Überhaupt fehlt der Sprache kennzeichnenderweise ein besonderes Wort, um Recht als Gegensatz zur Pflicht auszudrücken. Weder ius noch right noch Recht hatten diesen Sinn'. Ihr Bedeutungsgehalt ergab sich aus dem Gegensatz zum Unrecht, und daran ist ablesbar, daß einfachere Gesellschaften weder das Bedürfnis noch die Möglichkeit hatten, reine Komplementarität zu formulieren¹⁰. Ihr Gerechtigkeitsgefühl bezog sich auf den Ausgleich von Belastungen.

In *diesem* Punkte bricht die neuzeitliche Rechtsfigur des subjektiven Rechts mit der Tradition". Zur Identifikation - und damit auch zur Legitimation und Sicherstellung - eines subjektiven Rechts ist Reziprozität nicht mehr erforderlich, sondern nur noch Komplementarität. Die Einordnung in reziproke Rechtsbeziehungen, die Entstehung durch gegenseitigen Vertrag, die Bindung an korrespondierende Pflichten werden dadurch keineswegs ausgeschlossen oder auch nur diskreditiert. Aber sie sind nicht mehr wesentlich mit dem Recht als Recht verbunden. Man kann jetzt eine Berechtigung denken, die nicht mehr durch parallellaufende Pflichten gegenüber dem Partner ausgewogen und am Zaum gehalten wird. Man kann den skandalösen Gedanken fassen, daß Freiheit ein

9 Als ein Beispiel aus einem nichtindogermanischen Sprachkreis vgl. Max Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Nigeria*, Manchester 1955, S. 166.

10 Deshalb ist auch eine nachträgliche Analyse primitiver Rechtssysteme mit den abstrakteren Kategorien reiner Komplementarität wenig ergiebig. Siehe den Versuch von E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge/Mass. 1954, S. 46 ff. mit dem Hohfeld-Schema.

11 Zur Umstellung vgl. namentlich Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1957, S. 249 ff. Zu unentwickelten Ansatzpunkten für die Konzeption subjektiver Rechte im römischen Recht siehe auch Max Käser, *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, S. 96 ff. Erst durch die neuzeitliche Pandektistik wurden die römisch-rechtlichen Klagen umfassend und systematisch in materiell-rechtliche Ansprüche uminterpretiert.

Recht sei". Daß für den Rechtscharakter einer sozialen Beziehung Komplementarität des Erwartens genüge, ist die entscheidende Neuerung.

Zwei Aspekte dieser Neuerung fallen sofort ins Auge: ihr Abstraktionsgrad und ihre Riskiertheit. Subjektive Rechte sind abstrakter als auf Reziprozität beruhende Rechtsinstitute, weil sie Reziprozität zwar ermöglichen, aber nicht mehr voraussetzen. Ihre Anforderungen an die Rechtsqualität sind geringer, ihr Anwendbarkeitsbereich entsprechend größer. Eine Rechtsordnung, die sich dieser Grundfigur bedient, kann mithin mehr sozialen Beziehungen Rechtsqualität verleihen. Sie hat ein höheres Potential für Komplexität. Wir werden fragen müssen: wozu?

Das höhere Risiko läßt sich schon daran erkennen, daß sogar Freiheit jetzt ein Recht sein kann - Freiheit, die ihre Grenzen nur an der Freiheit des ändern findet, wie die liberale Formel lautet. Gewiß haben subjektive Rechte auch andere Grenzen. Ihre Grenzen brauchen aber nicht als Pflichten gegenüber dem jeweiligen Partner konkretisiert zu werden, und das heißt: sie wirken nicht mehr als immanentes Korrektiv der Rechtsausübung. Das Eigentum am Betrieb begründet keine Pflichten gegenüber den dort Arbeitenden. Die Grundrechte gehen dem nicht verloren, der seine Steuern nicht bezahlt. Das führt zu Situationen, in denen das Subjekt seine Rechte rücksichtslos bis an die Grenzen ausnutzen kann - bis an Grenzen, die nur allgemein und daher weit definiert sein können. Auch hier wird man fragen müssen, weshalb dieses Risiko eingegangen wird.

Zugespitzt können wir formulieren: Das subjektive Recht ist das ungerechte Recht, das Recht, das in sich selbst keinen Ausgleich hat. Es ist insofern eine paradoxe Institution und, wenn man es an älteren Rechtserwartungen mißt, aus denen es entstehen mußte, eine unwahrscheinliche Errungenschaft. Man findet indes nicht selten, daß der evolutionäre Erfolg im Unwahrscheinlichen liegt. So hatte man zum Beispiel im frühen Mittelalter positiver Gesetzgebung dadurch Rechtscharakter zu verleihen versucht, daß man dem neuen Recht Bindungswirkungen wie dem alten zu verschaf-

12 Vgl. dazu Villey a.a.O., besonders S. 252, 277, 279. Auch Fritz von Hippel, *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts*, Tübingen 1957, S. 42 ff., hat den »lange noch nachklingenden Affekt betonter Asozialität« des Freiheitsgedankens bemerkt (S.43).

fen suchte: Es wurde mit Ewigkeitsschwüren verkündet, paktiert, laufend erneuert, bekräftigt, für alle Nachfolger bindend erklärt - alles vergebliche Müh¹³. Der Erfolg lag in der entgegengesetzten Richtung: im unwahrscheinlichen Prinzip der Nichtbindung des Gesetzgebers an seine Gesetze und in der Institutionalisierung dieses höheren Risikos der Änderbarkeit des Rechts. Ein anderes Beispiel für solch ein Auf-den-Kopf-Stellen von Normalerwartungen wäre die Tatsache, daß wir Prozesse wirtschaftlicher Verteilung nicht mehr über Knappheit der Waren steuern, sondern über Knappheit der Verbraucher. So könnte es sein, daß auch im Falle des subjektiven Rechts eine Unwahrscheinlichkeitsschwelle der Evolution genommen worden ist - was auch erklären könnte, weshalb man die Neuerung provisorisch und ihre Tragweite verdeckend an den Begriff und die Ideologie des Subjekts anlehnte.

III.

Ein theoretischer Bezugsrahmen für die Beantwortung dieser Fragen und damit für eine Klärung der Funktion subjektiver Rechte findet sich in der Theorie gesellschaftlicher Entwicklung¹⁴. Eines der auffallendsten Merkmale der neueren Gesellschaftsentwicklung ist die zunehmende Bedeutung funktionaler Differenzierung als Strukturprinzip der Gesellschaft. Damit ist nicht nur die zunehmende Arbeitsteilung im Bereich der Wirtschaft gemeint, sondern eine Tendenz zur Ausdifferenzierung und funktionalen Spezifikation von Teilsystemen der Gesellschaft selbst, von global zusammengefaßten, in sich wiederum differenzierten Funktionsbereichen für Politik und Verwaltung, Religion, Wirtschaft, residuale Familienfunktionen, Wissenschaft, Erziehung, Unterhaltung, Krankenpflege usw. Solche auf zentrale gesellschaftliche Funktio-

13 Vgl. dazu Hermann Krause, *Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. 75 (1958), S. 206-251.

14 Einer Theorie, die im übrigen immer schon den Deutungshorizont für »große Thesen« der Rechtssoziologie geliefert hat: für Maines These einer Entwicklung von Status zu Kontrakt, für Durkheims These einer Entwicklung von repressiven zu restitutiven Sanktionen und für Webers These einer Entwicklung von materialen zu formalen Rechtsqualitäten.

nen angesetzten Teilsysteme brauchen und entwickeln eine relativ hohe Autonomie und wechselseitige Unabhängigkeit, die sich mit spezifischen Abhängigkeiten durchaus verbinden läßt, ja deren Steigerung ermöglicht. Wissenschaftliche Entdeckungen sind zum Beispiel nicht ohne weiteres politische Ereignisse, politische Veränderungen nicht immer auch schon für die Wirtschaft relevant, Wirtschaftskrisen nicht als solche schon ruinös für das Familienleben. Einige der wichtigsten Folgen dieser Umstrukturierung auf funktionale Differenzierung sind für unser Problem unmittelbar von Bedeutung.

Typisch wächst durch funktionale Differenzierung der Bedarf für Abstraktion und Spezifikation sozialer Beziehungen. Das kommt unter anderem in einer immer weiter verfeinerten Rollendifferenzierung zum Ausdruck. Partner begegnen sich mehr und mehr in spezifischen Rollen, in denen die Rücksicht auf eigene andere Rollen und auf die anderen Rollen des Partners ausgeblendet ist. Bei der Einstellung eines Arbeiters ist es in der Regel unerheblich, ob er katholisch ist oder nicht, dem lokalen Fußballklub angehört oder nicht, Vater ist oder nicht - und die Rechtsordnung unterstützt diese Indifferenz, wenn sie Fälle der Durchbrechung als Verstoß gegen den Gleichheitssatz diskreditiert. Beim Einkaufen sucht man den Laden nicht danach aus, welche Partei der Inhaber wählt oder bei welcher Truppe er gedient hat. Bei stark spezialisierter Rollendifferenzierung versagen deshalb ältere Formen der sozialen Kontrolle: die Selbstkontrolle durch Rücksicht auf eigene andere Rollen und die unmittelbare Fremdkontrolle durch den gegenüberstehenden Partner, dem jetzt das Sanktionsmittel der Wiederbegegnung in anderen Rollenzusammenhängen fehlt¹⁵. Die Kontrolle muß jetzt in indirekterer und abstrakterer Form sichergestellt werden, etwa durch staatliche Aufsicht oder durch kollegiale Beobachtung. Schon das erfordert andere, bestimmtere Formen der Fixierung von Rechten.

Zugleich verlieren die Beziehungen durch funktionale Spezifikation den Manövrierraum für den Ausgleich von Belastungen. Es mehren sich Fälle, in denen A in der Beziehung zu B hauptsächlich oder nur noch Rechte, in der Beziehung zu C dagegen hauptsäch-

15 Vgl. Siegfried F. Nadel, *The Theory of Social Structure*, Glencoe/IU. 1957, S. 63 ff. Siehe auch ders., *Social Control and Self-Regulation*, *Social Forces* 31 (1953), S. 265-273.

lieh oder nur noch Pflichten hat und beide Beziehungen unabhängig voneinander variabel sein müssen. Die Gerechtigkeit kann nicht mehr durch einen »lokalen« Interessenausgleich im einzelnen Rechtsinstitut sichergestellt werden. Es wäre zum Beispiel unsinnig, die Vorteile des Eigentums auszubalancieren durch entsprechende Verpflichtungen gegenüber denen, die das Eigentum respektieren müssen. Statt dessen zahlt man Steuern. Die elterliche Gewalt bzw. die Vormundschaft (*cura*) wird in ein Pflichtverhältnis umgeformt, das nicht mehr durch entsprechende Herrschaftsrechte im eigenen Interesse kompensiert zu sein braucht. Ein lokales Sicharrangieren und Nichtausnutzen juristischer Chancen "wird sogar mißbilligt, nicht selten rechtlich verboten. Zum Beispiel sollte - nach Meinung des Bundesrechnungshofes - eine Verwaltung, die Grundbesitz benötigt, sich in der Ausübung ihrer Enteignungsbefugnisse nicht durch die Erwägung hindern lassen, daß das die Betroffenen als Wähler (also in einer anderen Rolle) der herrschenden Partei entfremden könnte^{*}. Nicht einmal politische Rücksicht darf mithin die Ausübung rechtlicher Befugnisse der Verwaltung unmittelbar abmildern, weil die Integration sozialer Beziehungen nicht auf dieser konkreten, sondern auf einer abstrakteren Ebene zu erfolgen hat. An die Stelle konkreter Gerechtigkeit tritt dann teils ein *umgeleiteter* Ausgleich besonderer, überdurchschnittlicher Belastungen, teils hohe *Mobilität* im Eingehen und Lösen von Rechtsbeziehungen, die es dem einzelnen ermöglichen, Chancen und Belastungen in seiner individuellen Rollenkombination auszugleichen".

Weiter ist zu beachten, daß funktionale Differenzierung zu hochspezialisierten Problemlösungstechniken führt mit der Folge, daß es vielfach unsinnig wird, die Probleme dort zu lösen, wo sie ihre Entstehungsursachen haben oder auftreten, sondern anderswo. Ein Professor, der sich überarbeitet hat, wird nicht in der Universität wiederhergestellt, sondern im Sanatorium. Den Bau von Freibädern bezahlen nicht diejenigen, welche die Flüsse verunreinigen.

16 Nach einem Bericht der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 3.5. 1967.

17 In soziologischen Theorien, die dieses Problem behandeln, tauchen institutionelle Koppelungen von Rechten und Pflichten nur noch marginal auf. Vgl. William J. Goode, A Theory of Role Strain, *American Sociological Review* 25 (1960), S. 483-496; auszugsweise übersetzt in: Heinz Hartmann (Hrsg.), *Moderne amerikanische Soziologie*, Stuttgart 1967, S. 269-286.

Die Unfallopfer werden nicht in die Autofabriken gebracht, die Atombombe wird nicht auf die Physiker geworfen, die randalierende Jugend wird nicht von ihren Eltern und Lehrern niedergeknüpelt. Es muß mithin in erheblichem Umfange Mechanismen der Problemüberwälzung und eines indirekten Folgenausgleichs geben. Diese Umleitung wird weitgehend durch abstrakte Medien der Kommunikation wie Geld oder Macht zu verbindlichen Entscheidungen getragen. Von der Rechtsform her gesehen, kann dadurch vielfach die Fiktion unmittelbarer Reziprozität der Leistungen aufrechterhalten werden. Juristisch ließe sich ein solcher indirekter Ausgleich ohne die Figur des subjektiven Rechtes kaum organisieren.

Schließlich wäre darauf hinzuweisen, daß in funktional differenzierten Gesellschaften ein erwartbarer, fast täglicher Bedarf für Strukturänderungen entsteht¹⁸. Auch hier bietet die Rechtsfigur abstrakt identifizierbarer subjektiver Rechte eminente Vorteile gegenüber dem alten Denken in durch Reziprozität stabilisierten Instituten. Die Steuersätze müssen zum Beispiel geändert werden können, ohne daß der Staat sein Gesamtverhältnis zu den Betroffenen durch Gewährung entsprechender Vorteile wie Privilegien oder Freiheiten neu aushandelt. Das Kündigungsschutzrecht wird der Marktentwicklung angepaßt, die Regeln über Mitbestimmung der Arbeiter und Angestellten im Betrieb werden geändert, die Prüfungsordnungen des Erziehungssystems werden reformiert, indem neue subjektive Rechte geschaffen und alte modifiziert werden. Bei alledem ist es nur noch eine politische und nicht mehr eine rechtliche Frage, wieweit dem Status quo Rechnung getragen werden muß und die Rechte und Pflichten unter den Beteiligten neu ausbalanciert werden müssen. Das juristische Instrumentarium für die verschiedenartigsten politischen Lösungen des Problems steht bereit, und die Politiker würden sich kaum mit der Auskunft abfinden, daß eine Neuregelung gegen das Recht verstößt, weil die Gerechtigkeit der konkreten sozialen Beziehung verletzt ist.

Ebenso wie die Variabilität ist aber auch der Schutz gegen Variabilität auf die abstraktere Form des subjektiven Rechtes angewiesen. Das ist kein Widerspruch, sondern besagt nur, daß der laufende Ausgleich zwischen Bewahrung und Veränderung in abstrakteren

18 Vgl. dazu meinen Beitrag »Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft« in diesem Bande S. 113 ff.

Kategorien, die mehr Kombinationsmöglichkeiten zulassen, gesucht und gefunden werden muß. Wäre die Rechtsstellung des einzelnen konkret durch ein Bündel von Rechten und Pflichten charakterisiert, ließe sie sich gar nicht von der anderen trennen, also weder ändern noch gegen Änderungen schützen. Der gestiegene Bedarf an Sicherstellung wird mit der gleichen Figur befriedigt, die entscheidend zur Mobilisierung des Rechts beiträgt. Erst das subjektive Recht Heß sich ohne immobilisierende Rückwirkung auf die gesamte Rechtsordnung abstrakt garantieren und, im Unterschied zu den mittelalterlichen Privilegien, zugleich in seiner Durchsetzung gewährleisten. Der Schlüssel für diese zunächst unwahrscheinlich klingende Problemlösung lag nicht so sehr in der vermeintlich naturrechtlichen Grundlage einiger Menschenrechte, sondern in jenem juristischen Kunstgriff, der den alten Streit um die Widerrufbarkeit der Privilegien beendete: in der sich seit dem 17. Jahrhundert durchsetzenden Ansicht, daß subjektive Rechte *unabhängig von ihrer Rechtsgrundlage*, also auch bei rein positiv-rechtlicher Entstehung, Schutz gegen Enteignung genießen¹⁹.

IV.

Zusammenfassend können wir aus diesen Überlegungen die Hypothese herausziehen, daß die Rechtsfigur des subjektiven Rechts durch ihren höheren Abstraktionsgrad den Erfordernissen einer zunehmend funktional differenzierten Gesellschaft zu entsprechen sucht²⁰. Es handelt sich dabei nicht um eine Abstraktion alten Stils,

19 Vgl. Jacob Andreas Crusius, *Tractatus historico-politico-juridici de praeceminenti dominio principis et rei publicae in subditos, eorum bona, ac ius quaesitum*, in ders., *Opuscula varia*, Münster 1668, cap. XIII, 5; Hugo Grötius: *De iure belli ac pacis libri tres*, cap. II, 14 § VIII, zit. nach der Ausgabe Amsterdam 1720, S. 416. Als Überblick über die Rechtsentwicklung Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 5. Aufl. Aalen 1958, S. 268 ff. Als Hintergrund dieser Diskussion muß man mitsehen, daß im Mittelalter die Privilegienfrage mit der Theorie der Gesetzgebung verquickt war, so daß mit dem Recht zur positiven Gesetzgebung und Gesetzänderung auch das Recht zum Widerruf von Privilegien aus dem kanonischen in das weltliche Recht gelangt war. Die zunehmende Ausdehnung und Veralltäglichsung positiver Gesetzgebung im neuzeitlichen Staat zwang nun zu einem neuen Begriff für garantierbare Rechtspöpositionen, der abstrakter sein mußte als der alte, Rechte und Pflichten umfassende Begriff des Privilegs.

20 Das gleiche läßt sich übrigens - und dariri sehe ich eine Bestätigung der Thesen des

nicht um kategoriale Verallgemeinerung, nicht um gattungsmäßige Unspezifiziertheit des Begriffs, sondern die Abstraktion liegt im Verzicht auf einen »lokalen« Leistungsausgleich im einzelnen Rechtsinstitut, in einem Verzicht auf unmittelbar-konkrete Verzahnung von Rechten und Pflichten als Bedingung für Rechtlichkeit schlechthin. Die innere Harmonie der Rechtsinstitute, die mathematische Musik der Gerechtigkeit wird aufgegeben, um eine höhere adaptive Elastizität des Rechts als Struktur der Gesellschaft zu erreichen. So wird die Verstärkung bzw. Abschwächung des Kündigungsschutzes der Mieter heute nicht mehr als Annäherung an ein Ideal der Gerechtigkeit im Verhältnis von Mieter und Vermieter motiviert und begründet, sondern als Anpassung an Veränderungen auf dem Bau- und Wohnungsmarkt.

Der Verzicht auf den Leitgedanken konkreter Reziprozität hat indes seine Gefahren. Man kann die Ausbalancierung der Rechte und Pflichten nicht einfach fallenlassen, man muß sie durch abstraktere Formen ersetzen. Der Ausgleich kann nicht einfach aufgegeben oder der Natur überlassen werden, er muß durch indirekter sich verbindende, umweghafte, alternativenreichere Strukturen und Prozesse verwirklicht werden. Wer dies übersieht und sich allein auf den Gedanken der Komplementarität des Erwartens bzw. des subjektiven Rechts stützt, setzt sich dem Ideologieverdacht aus. Gouldner hat darauf hingewiesen, daß Parsons, der von dem Erfordernis der Komplementarität ausgehe und das Erfordernis der Reziprozität unterschätze, damit auch das Problem der Ausbeutung in sozialen Beziehungen übergehe²¹. Mit

Textes - für die verwandte Institution der Vertragsfreiheit zeigen. Auch hier mußte die Idee einer konkreten Gerechtigkeit der Reziprozität aufgegeben und der Vertrag auf das jeweils frei Vereinbarte abstrahiert werden, weil die funktionale Differenzierung der Gesellschaft die Wirtschaft ausdifferenziert und relativ autonom gesetzt hatte. Das System der neuen Volkswirtschaft erforderte zu seiner Eigensteuerung *instabile* Preise, konnte also aus Gründen höherer adaptiver Elastizität die konkrete Gerechtigkeit im Einzelvertrag nicht mehr gewährleisten. Und auch hier lassen sich in der Rechtswissenschaft unseres Jahrhunderts regressive Tendenzen beobachten, die sich mit der Angemessenheit des Einzelvertrags befassen.

21 Vgl. Gouldner a.a.O. (1960), S. 168. Dazu auch William C. Mitchell, *Sociological Analysis and Politics. The Theories of Talcott Parsons*, Englewood Cliffs/N.J. 1967, S. 54. Bei genauerer Würdigung der Parsonsschen Theorie ließe sich zeigen, daß die Wurzel dieser Einseitigkeit weniger im Übersehen der Reziprozität liegt als im Ansatz der Reziprozität in den InterSystembeziehungen analytischer Teilsysteme der Gesellschaft.

mehr Recht kann dieser Vorwurf der liberalen Staats- und Gesellschaftslehre gemacht werden. Sie belegt exemplarisch, wie leicht die Betonung des subjektiven Rechts als Recht zur Vernachlässigung von Strukturfragen führen kann.

In der Kritik an dieser Einseitigkeit und Ideologiehafteit und in dem Bemühen um Korrektur sind wir weit fortgeschritten, ohne daß eine zureichende Klärung der Funktion subjektiver Rechte erfolgt wäre. Zumeist laufen die Bestrebungen daher - dem natürlichen Empfinden folgend und somit regressiv - auf einen Wiedereinbau von Pflichten in Rechte hinaus. Die lapidare Feststellung der Weimarer Verfassung: »Eigentum verpflichtet«²² bot dafür das Modell. Das Prinzip der Güterabwägung im Rahmen einzelner (!) Grundrechte führt die verfassungsgerichtliche Praxis auf diesen Weg. Mannigfache Anzeichen für den Aufbau eines an Rollen anschließenden Rechtsgefüges belegen die gleiche Tendenz²³.

Sieht man die Funktion subjektiver Rechte in der Blickweise der Gesellschaftstheorie, geraten diese Entwicklungen in ein fragwürdiges Licht. Sie zeigen deutlich eine Rückkehr zu lokalem, kleinräumig-konkretem Ausgleich von Rechten und Pflichten und zu entsprechender Immobilisierung des Status quo. Gerechtigkeit durch Güterabwägung und Zumutbarkeitsbegrenzungen, durch materialen Interessenausgleich und Reziprozität in konkreten Lagen zu suchen, heißt heute mehr denn je, Strukturfragen der Aufmerksamkeit und der Problematisierung zu entziehen. Solange die Funktion des subjektiven Rechts nicht geklärt ist, kann die Kritik am subjektiven Recht ebenso wie die Betonung des subjektiven Rechts dazu dienen, die Verantwortung für Strukturfragen zu verdecken. Der darauf zugeschnittene Ideologieverdacht ist bereits zur Stelle.

Eine solche Entwicklung kann nicht zureichend als Verteidigung bestehender Interessen erklärt werden. Ihre Gründe liegen eher in der Problematik struktureller Variation. Steigende Komplexität sozialer Systeme hat typisch die Folge, daß Strukturentscheidungen

22 So Art. 153 III 1 WRV.

23 Vgl. dazu Manfred Reh binder, *Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat*, in: Ernst E. Hirsch/Manfred Reh binder (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft 1 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln-Opladen 1967*, S. 197-222 (210 ff.).

schwieriger, weil folgenreicher werden, eine Lösung der Folgeprobleme gegebener Strukturen dagegen erleichtert wird, weil überall Alternativen und Substitutionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Ein hohes Potential für Strukturänderung und rationale Selbststeuerung der Gesellschaft ist dann institutionell gewährleistet - und doch nicht ausnutzbar. Die Kontingenz des Systems wird nicht praktikabel.

Daran wird sich kurzfristig wenig ändern lassen. Um so wichtiger dürfte es sein, in der theoretischen Analyse gegebener Gesellschaftsstrukturen und Rechtsformen jene Möglichkeiten abstrakter Systemsteuerung zu erkennen, zu bewahren und fortzubilden, welche die Gesellschaft schon institutionalisiert hat. Zu ihnen zählen die »subjektiven Rechte«.

Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft

I-

Blickt man nur weit genug zurück, dann erkennt man in der Entwicklung der menschliche^r Gesellschaft und ihres Rechts deutlich eine Schwelle, die von älteren Formationen menschlichen Zusammenlebens zur neuzeitlichen Gesellschaft hinüberführt. In der historisch mitlaufenden, also jeweils zeitgenössischen Gesellschaftstheorie ist diese Schwelle ablesbar an der Sinnveränderung, die dem Wandel von »societas civilis« zu »bürgerlicher Gesellschaft« zu Grunde liegt¹. Aus heutiger Sicht könnte man diesen Wandel soziologisch charakterisieren als Übergang des funktionalen und evolutionären Primats von der Politik auf die Wirtschaft². Im Bereich des Rechts entspricht diesem Wandel die volle Positivierung der Rechtsgeltung mit dem Effekt, daß das Recht nicht mehr auf die natürliche Ordnung der Welt, also auf die Umwelt des Gesellschaftssystems, gegründet wird, sondern im Gesellschaftssystem selbst gemacht wird³. Damit verändert sich zugleich der Geltungsgrund des Rechts: Es gilt nicht mehr wegen normimmanenter Qualitäten, sondern deshalb, weil es geändert werden könnte, also seiner Kontingenz wegen.

Diese Thesen sollen hier nicht näher begründet werden, sondern als Hintergrund dienen für weiterführende Analysen. Nur zum Begriff der evolutionären Schwelle ist noch eine vorbereitende Bemerkung erforderlich. Ich verstehe darunter eine Änderung, die nicht nur einzelne Institutionen oder Teilsysteme, sondern die

¹ Vgl. etwa Manfred Riedel, Hegels »bürgerliche Gesellschaft« und das Problem ihres geschichtlichen Ursprungs, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 48 (1962), S. 539-566, neu gedruckt in ders., Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, Frankfurt 1969, S. 135-166.

² Vgl. Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 3. Aufl. Opladen 1972, S. 225 ff.

³ Hierzu näher Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Reinbek 1972, Bd. 2.

gesamte Gesellschaft erfaßt, und zwar eine Änderung des Selektionsstils, in dem das Gesellschaftssystem seine Struktur auswählt und Möglichkeiten des Erlebens und Handelns (also: Welt) entwirft, aus denen dann jeweils geeignetes (zum Beispiel adaptives) Handeln ausgewählt werden kann'. Evolutionäre Schwellen bringen eine durchgehende Veränderung des Möglichkeitshorizontes der Gesellschaft und der Selektivität aller Strukturen und Prozesse mit sich. Alles einzelne wird zur Auswahl aus mehr Möglichkeiten - mag es auch formal identisch bleiben wie die katholische Kirche, der gotische Spitzbogen, die Schrift oder gewisse elementare Technologien.

Eine Veränderung dieser Tragweite spiegelt sich in der Positivierung des Rechts (so wie einst beim Übergang von archaischen zu hochkultivierten Gesellschaften in der Justiziabilisierung des Rechts). Durch Positivierung wird die Kontingenz der Geltung aller Rechtsnormen gesellschaftliche Wirklichkeit und wird in der Form von Rechtsänderung praktikierbar. Damit wird die Komplexität des jeweils geltenden und erst recht die Komplexität des möglicherweise geltenden Rechts immens erweitert. Dieser Wandel geht über jede Anpassung der Rechtsnormen an die *diversitas temporum* oder an veränderte gesellschaftliche Verhältnisse hinaus. Er erfordert eine Rechtstheorie neuen Typs - nicht nur um ihn begreifen, sondern auch um ihn in seinen Konsequenzen steuern zu können.

Die Rechtswissenschaft kann sich heute nicht mehr damit begnügen, durch Interpretation geltender (oder möglicherweise geltender) Rechtsnormen Entscheidungsmöglichkeiten für Rechtsstreitigkeiten vorzustrukturieren'. Sie muß den Positivierungsprozeß

4 Es handelt sich also nicht nur um Veränderungen, die Parsons »adaptive upgrading« einzelner Institutionen oder Prozesse nennt. Vgl. Talcott Parsons, *Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs N. J. 1966, S. 22; ders., *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs N. J. 1971, S. 27; für eine Einzelanalyse auch ders. und Winston White, *The Link Between Character and Society*, in ders., *Social Structure and Personality*, New York 1964, S. 183-235 (206 ff.). Ein solches »adaptive upgrading«, zu dem auch die Positivierung des Rechts zu zählen wäre, wird einer hier gemeinten evolutionären Schwelle in vielen Fällen vorausgehen, in anderen folgen müssen, da das Gesamtsystem der Gesellschaft nicht mit einem Zuge geändert werden kann. Die evolutionäre Schwelle besteht im Erreichen eines neuen Niveaus der Kompatibilität gesellschaftlicher Strukturen und Prozesse mit dem Effekt, daß der dahin führende Entwicklungsprozeß praktisch irreversibel wird.

5 Zur Kritik dieser Begrenzung rechtswissenschaftlicher Dogmatik auf Interpreta-

des Rechts auf allen in Betracht kommenden Ebenen der Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung und der praktierten 'Rechtsbildung' in seinen Systembedingungen erfassen; und zwar als einen Prozeß der Selektion geltenden Rechts aus dem weiten Horizont möglichen Rechts, in dessen Bestimmung auf sehr komplizierte Weise wiederum geltendes Recht als Bedingung der Möglichkeit neuen Rechts eingeht.

Für diese Aufgabe ist die Rechtswissenschaft so wenig gerüstet, daß zunächst nicht einmal erkennbar ist, um welche Probleme es sich überhaupt handelt. Der Jurist wird geneigt sein, seine bewährten exegetischen Techniken einfach auf »höhere« Normen von entsprechender Unbestimmtheit oder auf allgemeine Rechtsprinzipien oder gar auf das Kriterium des Rechts, auf die Gerechtigkeit selbst, anzuwenden. Aber diese Ausweitung bekannter Verfahren hat Grenzen der Ergiebigkeit, die bei steigender Komplexität und zunehmendem Änderungstempo des Rechts heute längst überschritten sind. Man braucht - schon um diese eben formulierte Einsicht zu begründen - neue begriffliche Instrumente nicht nur der Problemlösung, sondern auch, und daran zeigt sich die Radikalität des Bruchs, der Problemfindung: Instrumente der Ausarbeitung von Fragestellungen, der Neuformierung von Urteilen über Relevanzen und der Präzisierung von Bedingungen, unter denen Probleme als lösbar und Lösungen als richtig oder doch brauchbar akzeptiert werden können. Die Rechtstheorie steht aus Gründen, die eine soziologische Gesellschaftstheorie ihr vorlegen kann, vor der Frage, ob nicht durch Übergang zu anderen theoretischen Grundlagen und zu anderen Funktionsvorstellungen, die das bloße Interpretieren transzendieren, *Präzisionsgewinne erreichbar sind, die gar nicht auf der Linie des exegetisch bedeutsamen Kontinuums von sehr unbestimmten zu sehr bestimmten Normen liegen, also nicht notwendig an Normpräzisierungen gebunden sind, sondern auf der überpositiv und überdogmatisch angesetzten Rechtstheorie selbst beruhen.*

tionsfunktionieren siehe auch Werner Krawietz, *Von der Methodologie der Rechtswissenschaft zur Theorie des Rechts*, Ms. 1971. Jetzt: *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, Wien 1978.

II.

Symptomatisch für das, was man in Anlehnung an einen soziologischen Sprachgebrauch als »Funktionsverlust des Rechts« bezeichnen könnte, ist die Tatsache, daß die Idee der Gerechtigkeit im juristischen Denken ihre operative Bedeutung und damit ihre Normativität verloren hat⁶. Sie wird nur noch geschätzt. Wer diese Behauptung bestreitet, wird zumindest die Frage zulassen, ob die Unterscheidung von gerecht/ungerecht noch als selbständiges Kriterium funktioniert, ob sie vor allem im rechtspolitischen Bereich die angebotenen Materialien, Erwartungen, Vorschläge noch differenziert. An dieser Stelle wird auch das *politische* Ungenügen der rechtswissenschaftlichen Argumentation in der Praxis am deutlichsten spürbar. Wo der Jurist den Böden des positiven Rechts unter den Füßen verliert, weil es um dessen Änderung geht, müßte er mit Gerechtigkeit argumentieren können und kann es nicht, weil die Idee der Gerechtigkeit auf Urteile über gleich und ungleich relativiert worden ist, die ihrerseits logisch abhängig sind von Interessen-, Wertungs- oder Funktionsentscheidungen, also diese gerade nicht diskriminieren. Mit dem traditionellen Gerechtigkeitsbegriff unterwirft der Jurist unter heutigen gesellschaftlichen Bedingungen sich einer Politik, an die er selbst nicht glaubt. Wenn die Rechtsordnung noch durch ein eigenes Kriterium der Gerechtigkeit ausgezeichnet sein und sich dadurch von anderen Erwartungsstrukturen unterscheiden soll, und wenn der Jurist sich noch von Programmierungstechnikern anderer Art unterscheiden soll, müßte die geforderte Rechtstheorie mithin dieses Kriterium des Rechts neu bestimmen.

Das Recht hat in höher entwickelten Gesellschaften die Funktion,

6 Diese Auffassung findet sich mustergültig zu Ende geführt bei Hans Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, in ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, S. 355—444. Vgl. auch ders., *The Metamorphoses of the Idea of Justice*, in: *Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York 1947, S. 390-418. mit der These, Gerechtigkeit sei ein »irrrationales Ideal« (397). Danach gibt es auf der gleichen Linie nur noch die Möglichkeit, den Ausdruck der Ablehnung zu steigern - etwa die Anregung, die Gerechtigkeitsidee aufzugeben, »weil sie Alternativen-Denken hemmt, gefundenen Problemlösungen gleichsam eine Weihe verleiht, die Denken stillstellt und dem Glauben Raum bietet«. So Peter Schwerdtner, *Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus* (II.), *Rechtstheorie* 2 (1971), S. 224-244 (242).

Erwartungen so zu generalisieren, daß über kontingentes Handeln bindend entschieden werden kann. Weil und nur weil Handeln kontingent ist - das heißt: auch anders ablaufen könnte -, kann und muß gegebenenfalls darüber entschieden werden. Diese Funktion, Kontingenz entscheidbar zu machen, verdichtet sich angesichts von Rechtsstreit zum Entscheidungszwang. Entscheidungsveiweigerung kommt der Rechtsverweigerung und diese dem Funktionsverlust des Rechts gleich.

Diese allgemeine Funktion und der Eritscheidungsbezug allen Rechts können jedoch verschieden interpretiert werden. Auch in dieser Frage hat die neuzeitliche Entwicklung der Gesellschaft und des Rechts über eine Schwelle geführt, jenseits derer Gerechtigkeit nicht mehr im alten Sinne verstanden werden kann. Iii der bis in die Neuzeit hineinreichenden Tradition war Gerechtigkeit nach dem Muster von *Perfektionsbegriffen* behandelt worden. Noch Leibniz hält sie für den Perfektionsbegriff der Vernunft schlechthin⁷. Erst im Laufe des 18. Jahrhunderts, mit Winckelmann, Moser, Herder, Goethe, tritt der Entwicklungsbegriff an die Stelle des Begriffs der Perfektion, nachdem man in einer Übergangszeit, nämlich in der sog. Aufklärungszeit, beides kongruent zu sehen versucht hatte. Damit entfällt die bis dahin tragende Antwort auf das Problem der Kontingenz. Das wird deutlich, wenn man die Begriffsstruktur von Perfektion analysiert und beachtet, wie sie Kontingenz absorbiert.

Perfektionsvorstellungen beruhen auf sprachlich ermöglichten Steigerungsleistungen und bezeichnen deren Kulminationspunkt. Dieser Kulminationspunkt wird durch eine eigentümliche nichtfunktionalistische Form der Reflexivität gewonnen, die ihn der Negierbarkeit entzieht: In der Perfektion ist die Perfektionierung der Perfektion immer schon impliziert. Die Wahrheit ist selbst wahr, sie kann weder wahrer werden, noch unwahr sein. Die Gerechtigkeit selbst ist gerecht. In dieser Form eignen Perfektionsbegriffe sich zur Repräsentation *selbstsubstitutiver Ordnungen*. Das zusammenfassende und verbindliche Modell liegt im Gottesbegriff, der

7 *Perfectio circa mentes*, in: 24 Thesen der Leibnizschen Philosophie, in: Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz (Hrsg. C. J. Gerhardt), Bd. 7, Neudruck Hildesheim 1965, S. 289-291 (290). Im übrigen war es damals durchaus üblich, *justitia* auch als Perfektionsbegriff der Natur zu gebrauchen, zum Beispiel im medizinischen Schrifttum.

die allgemeinste aller selbstsubstitutiven Ordnungen, die Welt, repräsentiert⁸. 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. Die Begriffsform der Perfektion löst bis in die Aufklärungszeit hinein das Begründungsproblem dieser Ordnungen, indem es sie symbolisch repräsentiert und ihre Kontingenz absorbiert. Nach dem Zusammenbruch dieser Repräsentation tritt deshalb der Entwicklungsbegriff selbst an die Stelle der Perfektion'. Infolgedessen kann die Welt nicht mehr als endlich-geordnete Menge (kosmos, mundus), sondern nur als unbestimmter Horizont weiterer Möglichkeiten begriffen werden; nicht mehr als *caelum caeli* verherrlicht und repräsentiert, sondern nur als Horizont der Horizonte bei jeder Grenzüberschreitung miterfahren und reflektiert werden.

Beide Problemfassungen implizieren ein Ausschalten von Negationsmöglichkeiten auf einer Metaebene, die in Kommunikationen nur impliziert wird. Diese Ausschaltung wird mit charakteristischen Ambivalenzen bezahlt - im Falle der Ausschaltung durch Perfektion damit, daß die Relation auf Perfektion in einem *doppelten* Sinne hergestellt werden kann: als Begründung und als Kritik. Über diese Alternative wird in der perfektionierten Idee keine Entscheidung getroffen. Die Entscheidung wird delegiert auf Situationen, Machthaber, historisch vorgefundene Verhältnisse. Die Absorption der Kontingenz erweist sich bei näherem Zusehen als bloße Umformulierung des Problems. Das setzt Gesellschaftssysteme voraus, die ein Problem in dieser Fassung »auffangen« und verarbeiten können. Das war in archaischen Gesellschaften noch nicht und ist in der heutigen Gesellschaft nicht mehr der Fall.

In der heutigen Gesellschaft vor allem deshalb nicht mehr, weil ihr dominantes Teilsystem Wirtschaft durch den Geldmechanismus kontrolliert wird, der sich der Begriffsform der Perfektion nicht fügt. Im Geldcode ist Eigentum als binäre Schematisierung von

8 Vgl. die Parallelargumentation in: Niklas Luhmann, *Funktion der Religion*, Frankfurt 1977, S. 130 ff.

9 Insofern ist es zeitgemäß gedacht, wenn Edwin N. Garland, *Legal Realism and Justice*, New York 1941, insb. S. 70 ff., Gerechtigkeit nur noch in ihrer Entwicklungsfunktion anerkennt und sie in ihrer Funktion als *selfjustifying ideal* (124 f.) ablehnt.

Haben und Nichthaben vorgesehen; das steigert Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit zugleich¹⁰, steigert also diese Disjunktion und kann daher nicht mehr über Perfektionsvorstellungen ethisch oder politisch kontrolliert werden. Gleichwohl hat die Wirtschaft den Charakter einer selbstsubstitutiven Ordnung, für die es keinen Ersatz, sondern nur Entwicklung gibt. Damit entsteht nicht nur Ungerechtigkeit in neuen Formen und Ausmaßen - das hatte es immer gegeben als ein Moment, das in der Beziehung auf perfekte Gerechtigkeit formulierbar war -, sondern die Begriffsform der Perfektion selbst verliert ihre Eignung als Regulativ von Kontingenz und als Repräsentant für selbstsubstitutive Ordnungen, und zurück bleiben nur Gesichtspunkte der Schätzung ohne operative Funktion. In der durch Wirtschaft bestimmten bürgerlichen Gesellschaft muß man auf die Frage nach der Gerechtigkeit verzichten - oder ihr eine Fassung geben, die das Kontingenzproblem nicht mehr in der Begriffsform der Perfektion aufhebt.

Die Begriffsentwicklung von *perfectio* selbst gibt einen ersten Hinweis. Sie löst sich ab von der scholastischen *bonitas transcendentalis* und nimmt die Form eines systemtheoretischen Problems an. Christian Wolff definiert (und erläutert unter anderem am Beispiel der Uhr!): »*Perfectio est consensus in varietate, seu plurium a se invicem differentium in uno*«¹¹. Die Einheit der Vielheit ist das System, seine *ratio* - immer nach Wolff - die Bestandserhaltung in Ausrichtung auf den Zweck des Ganzen¹².

Diese Kombination von Bestandsformel und Zweckformel hat lange gehalten. Sie muß heute als überholt gelten¹³. An ihre Stelle tritt in den verschiedensten Forschungsgebieten das Begriffsinstru-

10 »Where there is no property there is no injustice«, formuliert bereits ein frühbürgerlicher Denker - John Locke, *Essays Concerning Human Understanding* IV. 3 § 18.

11 *Philosophia prima sive Ontologia*, Neudruck der 2. Aufl. 1736, Darmstadt 1962, § 503. In der Erläuterung tritt als Perfektionsprinzip menschlichen Handelns an die Stelle der Gottesliebe der natürliche Zweckkonsens in der Gesellschaft.

12 Den Zusammenhängen zwischen Perfektion und Finalität können wir im einzelnen nicht nachgehen. Summarisch kann man sagen, daß sie der Scholastik zur Begründung von Systemdifferenzierungen gedient haben.

13 Hierzu ausführlich Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Tübingen 1968, Neudruck Frankfurt '973-

mentarium einer neuartigen, umweltbezogenen Systemtheorie. In deren Rahmen müßte daher das Problem der Kontingenz und in engerem Sinne die Frage nach der spezifisch rechtlichen Form der Behandlung von Kontingenz neu gestellt werden.

III.

Neben diesen allgemeinen Gründen, die eine Absorption von Kontingenz durch Perfektionsvorstellungen jeder Art haben fragwürdig werden lassen, treten besondere Gründe, die die Gerechtigkeit selbst betreffen. Man hat noch kaum gesehen, daß die alte Gerechtigkeitsformel der gleichen Distanz zu den Maximierungstendenzen aller besonderen Werte und Ziele in der Neuzeit dupliziert, wenn nicht übertrumpft worden ist, und zwar durch das Rationalitätsprinzip der *Wirtschaftlichkeit*. Auch Wirtschaftlichkeit meint mit ihrem Perfektionsbegriff der Optimalität nicht die maximale Erfüllung eines bestimmten Wertes, sondern eine Problemlösung, die ein Verhältnis zwischen dem Grad der Erfüllung mehrerer Werte optimiert, also in sich selbst keinen Anlaß zur Bevorzugung bestimmter Werte mehr findet, sondern Werte gleich und indifferent behandelt. Was hindert uns, von Kalkulationsschwierigkeiten abgesehen, die Gerechtigkeit in der Optimierung gesamtgesellschaftlicher Wirtschaft zu suchen, genauer gesagt, in der Optimierung der Beziehung zwischen allen Beziehungen von Aufwand und Ertrag? Könnte es sein, daß die Funktion einer prinzipiell wertneutralen Überwachung der Konsistenz des Wertstrebens vom Kriterium der Gerechtigkeit auf das Kriterium der Wirtschaftlichkeit übergegangen ist und wir uns dessen nur noch nicht voll bewußt geworden sind?

Selbstverständlich läßt sich diese Frage nicht damit beantworten, daß man Gerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit zu genuin verschiedenartigen Werten erklärt und sie in eine »natürliche« Stufenordnung innerer Perfektion und Wichtigkeit bringt oder sie einander »pluralistisch« bloß gegenüberstellt und es dabei beläßt. Solche Lösungen bzw. Lösungsverzichte sind nicht nur in sich selbst unglaublich geworden, sie bleiben auch hinter der Problemstellung zurück.. Unsere Frage beruht auf der Voraussetzung, daß beide Kriterien nicht einfache Werte sind, sondern Kriterien für

Beziehungen zwischen Wertbeziehungen; und die Frage lautet, ob sie in dieser Form der Beziehung zwischen Beziehungen auch inhaltlich konvergieren. Zur Einschätzung dieser Fragestellung mag eine evolutions- und gesellschaftstheoretische Zwischenüberlegung beitragen.

Zu den selbstverständlichen Voraussetzungen der aristotelischen Gerechtigkeitslehre gehörte die Annahme, daß wirtschaftliches Handeln in Kontexten unterhalb der Ebene stattfindet, auf der die politische Gesellschaft sich konstituiert hatte¹⁴. Wirtschaftliches Handeln wurde, wie in allen vorneuzeitlichen Gesellschaften, begriffen als gezielt auf einen möglichst hohen Ertrag - möglichst hohe Beute, möglichst gute Ernten, möglichst hohen Gewinn im Handelsgeschäft oder in der Ausnutzung der Arbeit von Abhängigen usw. Ein solches Nahziel der Ertragsmaximierung - in moderner Terminologie gesprochen des Einsatzes der Produktionsfaktoren, bis ihre Grenzerträge den Nullwert erreichen - war in älteren Gesellschaften plausibel und bei geringen Interdependenzen in der Wirtschaft und hoher Umweltabhängigkeit des Ertrags auch rational. Aristoteles hatte daher durchaus recht, das wirtschaftliche Handeln als schlichte Zielmaximierung den Forderungen: der Gerechtigkeit zu unterwerfen und vom Recht die Limitierung dieser Tendenz im Interesse des gesamtgesellschaftlichen Zusammenlebens zu fordern.

Diese Forderung ist nicht nur durch das Recht nicht erfüllt, sondern durch die Entwicklung der Wirtschaft unterlaufen worden. Aus Gründen, die hier nicht im einzelnen erörtert werden können¹⁵, hat die neuzeitliche bürgerliche Gesellschaft in dieser Frage einen entscheidenden Strukturwandel durchgemacht: Ihre Wirtschaft ist als Teilsystem stärker ausdifferenziert worden; dieses Teilsystem ist dadurch komplexer und leistungsfähiger geworden; seine gesamtgesellschaftliche Relevanz wird durchgehend durch Prozesse vermittelt, die durch Orientierung am Geld gesteuert sind

14 Siehe z. B. Otto Erb, *Wirtschaft und Gesellschaft im Denken der hellenischen Antike: Studien zur Wirtschafts- und Gesellschaftsgeschichte*, Berlin 1935f.

15' Einen knappen Überblick bietet Jochen Röpke, *Neuere Richtungen und theoretische Probleme der Wirtschaftsethnologie*, in: Hermann Trimborn (Hrsg.), *Lehrbuch der Völkerkunde*, 4. Aufl., Stuttgart 1971, S. 446-457. Siehe auch ders., *Primitive Wirtschaft, Kulturwandel und die Diffusion von Neuerungen: Theorie und Realität der wirtschaftlichen Entwicklung aus ethnozoologischer und kulturanthropologischer Sicht*, Tübingen 1970, insb. S. 29 ff.

und wirtschaftsintern abstrakter rationalisiert werden können, nämlich durch *Vergleich mehrerer möglicher Beziehungen zwischen Aufwand und Ertrag*".

Diese Umstrukturierungen im Verhältnis von Gesellschaft und Wirtschaft haben dazu beigetragen, den gesamtgesellschaftlichen Primat der Politik durch einen Primat der Wirtschaft zu ersetzen¹⁷. Sie haben im Zusammenhang damit das Rationalitätskriterium der Wirtschaft auf ein Abstraktionsniveau gebracht, auf dem es mit dem rechtlich-politischen Kriterium der Gerechtigkeit konkurrieren, ja Gerechtigkeit vielleicht überbieten kann. Dieser evolutionsgeschichtliche und gesellschaftsstrukturelle Hintergrund gibt unserem Problem der kategorialen Fassung des Gerechtigkeitsbegriffs eine besondere Tragweite. Zugleich stellt die Doppelung scheinbar isomorph gebauter Relationierungskriterien uns vor die Frage ihrer wechselseitigen Abgrenzung.

Dazu gibt es zwei sich wechselseitig komplettierende Möglichkeiten. Man kann nach der besonderen Funktion des Rechts fragen. Wir sehen sie in der Art, wie ursprüngliche Kontingenz des Verhaltens durch kongruent generalisierte Verhaltenserwartungen auf die Differenz von Recht und Unrecht gebracht wird. Man kann ferner nach dem besonderen System fragen, das diese Funktion erfüllt. Wir werden im folgenden vornehmlich die letztere Perspektive verwenden. Systeme ermöglichen es, Sachverhalte, Erlebnisse, Handlungen in die Form von Relationen zu bringen. Sie bilden den Kontext, durch den der spezifische Sinn solcher Relationen definierbar wird¹⁸. Eine systemtheoretisch konzipierte Rechtstheorie könnte sich mithin die Aufgabe stellen, den besonderen Kontext des Rechtssystems so zu klären, daß verständlich wird, in welchem

16 Die verbreitete Definition der Wirtschaftlichkeit als Optimierung »der« Beziehung von Aufwand und Ertrag verschleiert die Doppelstufigkeit der Struktur als einer Relationierung von Relationen - ganz ähnlich, wie Gerechtigkeit nicht ausreichend begriffen werden kann, wenn man sie nur als Gleichheit in einer Tausch- oder Vergeltungsbeziehung sieht. Dazu nochmals unten S. 396 f.

17 Vgl. auch Niklas Luhmann, *Wirtschaft als soziales System*, in ders., *Soziologische Aufklärung*, a.a.O., S. 204-231; ders., *Knappheit, Geld und die bürgerliche Gesellschaft*, *Jahrbuch für Sozialwissenschaft* 23 (1972), S. 18Ä-210.

18 An der Präzisierung dieser Konzeption mit Mitteln der kybernetischen Systemtheorie arbeitet Werner Loh. Siehe für die Ausgangspunkte sein Buch *Kritik der Theorieproduktion von Niklas Luhmann und Ansätze für eine kybernetische Alternative*, Frankfurt 1972.

Sinne dieser Kontext besondere Relationen und besondere Relationen besondere Kriterien ihrer Konsistenzsicherung erfordern; sie hätte hierbei darauf zu achten, daß dieser Gesamtzusammenhang sich an der Rechtsfunktion evolutionär ausbildet und mit der Evolution des Gesellschaftssystems variiert.

IV.

Ein letzter Gesichtspunkt, der zum Verzicht auf die Hoffnung zwingt, Kontingenz durch Perfektion zu absorbieren, ist in der gesellschaftlichen Wirklichkeit allenfalls latent wirksam und läßt sich am besten auf theoretischer Ebene darstellen. Die Idee perfekter Gerechtigkeit hatte sich auf die Einheit der Rechtsordnung bezogen, hatte sie gleichsam formuliert als das Prinzip, das allen Rechtsnormen als Ziel gemeinsam ist. Darin wird impliziert, daß nur das Recht, nicht aber das Unrecht zur Rechtsordnung gehört. Man stellte sich zum Beispiel die Einheit der Rechtsordnung schlicht als Menge der geltenden Rechtssätze vor und sah nur in deren Systematisierbarkeit ein Problem¹⁹. Das Unrecht fiel als Gegensatz des Rechts, als mit ihm unvereinbar, aus dem Recht heraus²⁰. Es wurde als bloße Negation des Rechts gesehen und umgekehrt. Nur auf Grund dieser logischen Symmetrisierung war es möglich gewesen, die Idee der Perfektion der Welt im allgemeinen und des Rechts im besonderen als Theodizee zu vertreten²¹. Es gibt Gründe, diese Auffassung zu überprüfen, und damit wird die Möglichkeit fragwürdig, die Einheit des Rechts als perfektionierbar zu denken bzw. sie durch ein Prinzip der Perfektion auszudrücken.

Die neuere soziologische Forschung über abweichendes Verhalten tendiert aus guten Gründen zu der These, daß Normen als Klassifikationsregeln benutzt werden, mit deren Hilfe Verhalten

¹⁹ Siehe z. B. Eugen Ehrlich, *Die juristische Logik*, z. Aufl., Tübingen 1925, S. 121 ff.; Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935.

²⁰ In die Begriffe von John W. Thompson, *The Importance of Opposites in Human Relationships*, *Human Relations* 16 (1963), S. 161-169, gefaßt, heißt dies: *inconvertible polarities* wurden als *convertible polarities* behandelt.

²¹ Hierzu ausführlich Georg Katkov, *Untersuchungen zur Werttheorie und Theodizee*, Brunn-Wien-Leipzig 1937.

*entweder als Recht oder als Unrecht etikettiert wird*²². Es ist eine offene, eine empirische Frage, wie weit durch solche Kategorisierung rechtmäßiges bzw. unrechtmäßiges Verhalten auch motiviert oder mittelbar ausgelöst wird. Jedenfalls kann es ohne Rechtsnormen kein Recht und auch kein Unrecht geben. Die Einheit des Rechts kann deshalb nur als die Disjunktion von Recht und Unrecht begriffen werden²³. Entsprechend müssen nicht nur Urteile über Recht, sondern auch Urteile über Unrecht gerecht sein. Ein Rechtssystem ist gerecht, wenn es die Einheit von Recht und Unrecht gewährleistet. Das klingt zunächst befremdlich. Bei genauerem Zusehen zeigt sich jedoch, daß gerade die Versteifung der Disjunktion zu einem Verhältnis wechselseitiger Ausschließung (im Sinne von: aut - aut) ein Mittel der *Zusammenfassung und Vereinheitlichung* ist; denn sie erleichtert den Übergang von einem zum anderen, indem sie dazu nichts weiter erfordert als eine Negation. Dadurch, daß Recht und Unrecht wechselseitig exklusiv gesetzt werden, können sie als Aussagen leichter füreinander substituiert werden. So hängen Recht und Unrecht enger zusammen als etwa Recht und Wahrheit oder Recht und Liebe²⁴, und es

22 Vgl. als Einführung Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, a.a.O., Bd. I, S. ii<5ff.

23 Erstaunlicherweise zieht Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neudruck Neuwied 1964, aus einem ähnlichen Ansatz die entgegengesetzte Folgerung. Auch für Geiger gilt die Rechtsnorm im Sinne einer Wahrscheinlichkeit, daß eine Disjunktion zum Zuge kommt. Für ihn lautet die Disjunktion jedoch: normgemäßes Verhalten oder Sanktion. Deshalb kann Geiger Unrecht nicht mehr begreifen, sondern es nur noch als »bloß subjektive« Bewertung sozusagen metaphysisch disqualifizieren (S. 206).

24 Für die Schwierigkeit dieses Gedankens ist bezeichnend, daß er erst in hochdifferenzierten Gesellschaften zum Ordnungsprinzip werden kann. Für ältere Hochkulturen ist gerade umgekehrt typisch, daß sie zwar Recht und Unrecht differenzieren können, nicht aber Recht und Wahrheit. Teils fehlt für letzteres sogar die sprachliche Möglichkeit - so im alten Ägypten (vgl. z. B. Siegfried Morenz, Ägyptische Religion, Stuttgart 1960, S. 120 ff. zum terminus Maat) - teils gründet sich die Vorstellung einer harmonischen Ordnung auf die Einheit von Wissen und Rechttun, der gegenüber schon die bloße Disjunktion von gutem und schlechtem Verhalten als Störung und Abfall gesehen wird. Vgl. etwa Harn Pyong-Choom, The Korean Political Tradition and Law, Seoul 1967, insb. 29 f., 41 ff., 53; Kawashima Takeyoshi, The Notion of Law, Right and Social Order in Japan, in: Charles A. Moore (Hrsg.), The Status of the Individual in East and West, Honolulu 1968, S. 429-447 (431). Erst die neuzeitliche Gesellschaft kann auf Grund ausgeprägter Systemdifferenzierung die verschiedenen Perfektionsrichtungen trennen, etwa den Zusammenhang von Recht und Wahrheit kappen, und den Negationsgebrauch so weit technisieren, daß vollständige Disjunk-

ist leichter, von Recht auf Unrecht zu schließen, als von Recht auf Wahrheit oder von Wahrheit auf Recht.

Eine vollständige Disjunktion kann auf dieser Grundlage als Prinzip einer Systemeinheit mit dem Anspruch auf Universalität der Geltung ausgestattet werden, das heißt mit dem Anspruch auf Relevanz für jede Situation, in der die Funktion des Rechts in Anspruch genommen wird. Genau das war die Prämisse aller Theodizeen. Sie erscheint heute nur noch als problematische Systemleistung. Sie kann nicht mehr als perfektionierbar gedacht werden. Wir werden noch sehen warum.

Zuvor soll ein Vergleich mit dem Parallelproblem im Bereich von Erkenntnisprozessen unsere Perspektive erweitern und normalisieren. Auch dort erzwingt die Ausdifferenzierung eines Wissenschaftssystems eine Einheitsvorstellung, die auf der Wahrheits/*ahigkeit* von Aussagen beruht und damit die Differenz von Wahrheit und Unwahrheit übergreift". *Innerhalb* der Wissenschaft finden sich wahre und unwahre Aussagen, *außerhalb* der Wissenschaft Aussagen, die weder wahr noch unwahr sein können. Auch unwahre Aussagen sind, als solche festgestellt, ein wissenschaftlicher Gewinn, wenn und soweit sie eliminierte Problemlösungsmöglichkeiten bezeichnen. Vielleicht enthält eine Wissenschaft nach dem Ablauf einer längeren Geschichte mehr unwahre als wahre Erkenntnisse, mehr überwundene Irrtümer als gesicherte Einsichten*. Wie dem auch sei - auch in der Wissenschaft entsteht durch Ausdifferenzierung der Bedarf für ein Wahrheit und Unwahrheit übergreifendes, daher abstrakteres Einheitsprinzip, das nicht mehr als perfektionierbar, sondern nur noch als Regulativ für Entwicklung gesehen werden kann; und auch hier folgen daraus Zweifel an der Eignung des Einheitsprinzips als Selektionskriterium. Die *allgemeinen* Konturen des Problems sind demnach solche

tionen wie die von Recht und Unrecht zum Prinzip einer Ordnungseinheit werden können.

25 Vgl. Gottlob Frege, *Der Gedanke*. In ders., *Logische Untersuchungen* (Hrsg. Günther Patzig), Göttingen 1966, S. 30-53.

16 Hierzu näher Gaston Bachelard, *La formation de resprit scientifique: Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris 1938; ders., *La philosophie du non: Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, Paris 1940; Karl R. Popper, *On the Sources of Knowledge and of Ignorance*, *Proceedings of the British Academy* 46 (1960), S. 39-71, neu gedruckt in ders., *Conjectures and Refutations*, London-New York 1963.

einer hochentwickelten Gesellschaft, die im Bereich des Rechts nur eine besondere Ausprägung finden²⁷.

Die neuzeitliche Gesellschaft und die durch sie konstituierte Welt haben ein Maß an Komplexität und Kontingenz erreicht, das zu einem Umbau zentraler Mechanismen der Reduktion und Bestimmung zwingt. Weithin können ihre Kontingenzformeln, die unbestimmbare in bestimmmbare Kontingenz transformieren und dabei Systeme identifizieren, nicht mehr zugleich als Selektionsanweisungen dienen²⁸. Dieses Erfordernis einer funktionalen Differenzierung von Kontingenzformeln und Kriterien (zum Beispiel von Knappheit und Wirtschaftlichkeit) sprengt die Idee der Perfektion, in der beide Funktionen eine undifferenzierte Einheit gebildet hatten. Deshalb tritt an die Stelle von Perfektion Entwicklung, die sich durch Kontingenzformeln und Selektionskriterien steuern läßt.

Im Bereich des Rechts scheitert daran die Auslegung der Gerechtigkeit als Perfektion. Das Rechtssystem rekonstruiert Kontingenz als Disjunktion von Recht oder Unrecht - aufs Ganze gesehen als Recht und Unrecht. Es ist als System steigerbar in seiner Komplexität, damit steigerbar in der Größe, Vielfalt und Interdependenz von Recht und Unrecht. Es ist als Einheit von Recht und Unrecht nicht perfektionierbar²⁹. Aber aus der im System angelegten Stei-

27 Die denkgeschichtlichen Vorbereitungen reichen allerdings weit zurück. Im allgemeinen Kontext des Theodizee-Problems hatte man bereits im Mittelalter einen sozusagen supramoralischen Perfektionsbegriff gesucht, der als geordnete Vielfalt, als *rationalis varietas* oder ähnlich bestimmt wurde und Positives wie Negatives, Gutes und Schlechtes, Vollkommenes und Unvollkommenes in sich begriff. Vgl. Thomas, *Summa Theologiae* I q 47, ferner Arthur O. Lovejoy, *The Great Chain of Being: A Study of the History of an Idea*, Cambridge Mass. 1936 als einen Überblick über die Geschichte speziell dieses Themas. Nur konnte dieser Komplexitätsbegriff als Begriff der Perfektion nicht zureichend formuliert bzw. nur in einer Weise formuliert werden, die die menschliche Reflexion auf die Einsicht in die eigene, positionsbedingte Unvollkommenheit reduzierte. Auch Hans Kelsen, 'Gott und Staat, *Logos* 11 (1923), S. 261-284 ('80), hatte bereits notiert, daß ein auf das Recht beschränkter Begriff des Rechtssystems in ähnliche Schwierigkeiten führt wie sie eine an Gott orientierte Theologie im Problem der Theodizee vorfindet - ohne allerdings daraus weitergehende Konsequenzen zu ziehen.

28 Die Folgen, die sich daraus für das Religionssystem ergeben, bedürfen besonderer Erörterung. Vgl. hierzu Niklas Luhmann, *Funktion der Religion*, a.a.O.

29 Anders Hegel. Hegel denkt die Einheit von Recht und Unrecht nicht als Ebenendifferenz in Systemen, sondern als dialektische Entwicklung, in der die Unmittelbarkeit des Rechts als eines Daseins, welches sich Freiheit gibt, als besonderes

gerbarkeit von Recht und Unrecht ergibt sich ein Bedarf für die Spezifikation³¹ und Kontrolle von Selektionsgesichtspunkten. Als Antwort auf diesen Bedarf muß die Frage nach der Gerechtigkeit neu formuliert werden.

V.

Einen solchen Versuch kann man einleiten mit der These, die der allgemeinen Systemtheorie entnommen ist und lautet, daß ein Rechtssystem adäquate Komplexität haben müsse. *Gerechtigkeit* -wäre danach zu verstehen als *adäquate Komplexität des Rechtssystems*. Unter »Rechtssystem« verstehen wir nicht nur den Zusammenhang der Rechtsnormen (geschweige denn: nur der Erkenntnisse über Rechtsnormen)“, sondern das soziale System des Erlebens und Handelns, das sich bewußt am Recht orientiert und sich dadurch aus dem laufend-alltäglichen gesellschaftlichen Leben ausdifferenziert“. Nur unter der Voraussetzung eines Systems, nämlich beim Entscheiden *mehrerer* Fälle durch *ein* System, stellt sich überhaupt ein Problem der Gerechtigkeit. Die Formel »adäquate Komplexität« hat diese Systemreferenz; sie bezieht sich auf das Rechtssystem als ganzes und kann weder wie der ethische Gerechtigkeitsbegriff auch als *Handlungsnorm*, noch in einem naturrechtlichen Sinne als *Regel der Rechtfertigung* bzw. *Kritik einzelner Normen* verstanden werden.

Daß diese Thesen und besonders der Begriff der adäquaten Komplexität der Erläuterung und der Ausarbeitung bedürfen, liegt auf

Recht und Unrecht vermittelt wird und durch Negieren dieser Negation zu sich selbst (!) zurückgekehrt, sich so als wirkliches und geltendes Recht bestimmend. Vgl. Grundlinien der Philosophie des Rechts, insb. §§ 40, 81, 82. Auf diese Weise bleibt die Einheit des Rechts als entwicklungsmäßig perfektionierbar gedacht - zwar nicht in Richtung auf ein normatives Ideal der Gerechtigkeit, wohl aber in Richtung auf konkret bestimmt gewordene Freiheit.

30 Diese normale juristische Anwendung des Systembegriffs ist für unsere Zwecke schon deshalb nicht brauchbar, weil sie nichtgeltendes oder nur möglicherweise geltendes Recht aus dem Rechtssystem ausschließt.

31 Dieser Sprachgebrauch entspricht dem der Soziologie. Siehe zum Beispiel Leon H. Mayhew, *Law: The Legal System*, *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9 (1968), S. 59-66. Zur Übertragbarkeit in die Rechtstheorie siehe im übrigen Niklas Luhmann, *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie*, in diesem Band, S. 241 ff.

der Hand. Zunächst sollen einige Argumente ihre Einführung begründen.

1. Die Aufnahme und Thematisierung des Problems der Komplexität schließt die Rechtstheorie an ein Zentralproblem des heutigen Gesellschaftssystems an; sie könnte damit zur Reaktivierung des gesellschaftspolitischen Reflexionspotentials der Rechtswissenschaft beitragen. Zugleich erfaßt sie in evolutionstheoretischer Perspektive den Punkt, an dem die dogmatisch-exegetisch verfahrende Rechtswissenschaft in Schwierigkeiten geraten ist, nachdem das Recht durch Positivierung übermäßig komplex geworden ist. Die zu Tage getretenen Schwierigkeiten werden als Problem der Gerechtigkeit des Rechts formulierbar - wenn auch nicht ohne weiteres lösbar. Wer Evolution dialektisch nachkonstruiert, könnte sagen, daß die Entwicklung der traditionellen Rechtswissenschaft in eine Leidensgeschichte ausmündet, die am kritischen Punkte des Ungenügens zum Umschlag in eine andere Form führt.

2. Zugleich reagiert die Neufassung des Gerechtigkeitskriteriums auf das Schicksal des 'Gerechtigkeitsgedankens selbst, nämlich auf den Verlust der Möglichkeit, ihn hinreichend konkret und zugleich universell als Handlungsqualität (Tugend) oder als Idee, die zumindest annäherungsweise verwirklicht werden könnte, oder als Norm für Entscheidungen zu fixieren". In der heute üblichen Fassung - als bloßer »Wert«, dem wegen seiner Abstraktheit niemand den Konsens versagt - hat die Idee der Gerechtigkeit ihre Funktion als ein auf viele Werte beziehbares Entscheidungskriterium verloren".

32 Vgl. hierzu Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Reinbek 1972, Bd. I, S. 187 ff.

33 Dieser Verlust erschwert den Wiedergewinn einer Gerechtigkeitslehre mit Hilfe antiker Muster der dialektischen Rechtfertigung von Standpunkten und der rhetorischen Argumentation. So berechtigt das Anliegen von Viehweg, Perelman, Kriele, Habermas und anderen ist, die These einer angeblich unüberbrückbaren Kluft von rationaler Logik und irrationaler Wertdektion als wissenschaftstheoretische Fehlkonstruktion abzuwehren, so sehr bleiben diskursive, vernünftige Formen der Klärung von akzeptablen bzw. unakzeptablen Wertpositionen heute im Bereich bloßen Erlebens stecken. Die zentrale Voraussetzung der praktischen Philosophie, daß man im Argumentieren über das, was man heute Werte nennt, dem *Handeln* näher kommen könne, läßt sich unter den heutigen Bedingungen einer sehr viel möglichsreicheren Welt nicht mehr halten; der Selektionsstil des Erlebens unterscheidet sich dafür zu stark vom Selektionsstil des Handelns, und gerade diese Differenz findet in wichtigen Institutionen der modernen Gesellschaft - im Geldwesen, in der Absonderung einer Privatsphäre, in der Ausdifferenzierung eines besonderen Erziehungssystems - ihre Stütze.

Die hier vorgeschlagene Neufassung reagiert durch Wahl einer andersartigen Abstraktionsrichtung. Der Gesichtspunkt der adäquaten Komplexität bezieht sich nicht mehr direkt auf Handlungen oder Entscheidungen, sondern auf das Rechtssystem selbst und dessen Strukturen, die dann ihrerseits als Entscheidungsprämissen entscheidungswirksam werden; er bezieht sich nicht auf die Selektion von Entscheidungen, sondern auf die Selektivität des Systems. Auf diese Weise wird eine zusätzliche Abstraktionsebene der Strukturbeurteilung in die Rechtstheorie eingezogen (und in der Rechtswirklichkeit als gegeben unterstellt), auf der das Gerechtigkeitskriterium als Regulativ für Strukturanalyse und Strukturkritik, aber nicht mehr als direkt anwendbare Entscheidungsnorm zur Verfügung steht. Damit verbindet sich die Hoffnung, ebenenspezifische Präzisionsgewinne realisieren zu können, die sich nicht notwendig als Interpretationshilfe des Rechtsanwenders auszahlen müssen.

3. Die Neufassung des Gerechtigkeitskriteriums soll eine Rekonstruktion mit veränderten Anforderungen sein, soll aber keinen Problemverlust bedeuten. Die alten Gehalte werden eingebracht in die Forderung, daß die Komplexität des Rechtssystems *adäquat* sein solle. Damit bleibt die hohe Unbestimmtheit des klassischen Gerechtigkeitsbegriffs erhalten³⁴, sie gewinnt aber einen anderen Stellenwert als Moment in einem komplexer angesetzten Begriffsgefüge.

Mit »adäquater Komplexität« meinen wir *nicht* das Kriterium der »erforderlichen Komplexität« (requisite variety) der kybernetischen Systemtheorie, das die Bestandsfähigkeit des Systems im Auge hat³⁵. Dieses Thema der Anpassung des Rechtssystems an seine gesellschaftliche Umwelt könnte die Rechtssoziologie weiterverfolgen. Wir wollen die Komplexität des Rechtssystems vielmehr *adäquat* nennen, wenn und soweit sie mit konsistentem Entscheiden im System noch vereinbar ist. Der Begriff soll mithin als Dachformel dienen für Konformität mit Ansprüchen, die an die Konsistenz des Entscheidens im Rechtssystem gestellt werden. In

34 Wir gehen also nicht den Weg weiter, den Aristoteles begonnen hat: die Bestimmung der Gerechtigkeit als Gleichheit durch *Einschränkung* und *Differenzierung* zu präzisieren und sie damit sozusagen, normfähig zu machen.

35 Siehe die viel zitierten Ausführungen von W. Ross Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, London 1956, S. 206 ff.

dem Maße und nur in dem Maße, als konsistent entschieden wird - was immer das logisch oder prudentiell besagen mag -, kann auch gesichert werden, daß gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich entschieden werden. Die Funktionsrichtung des Prinzips zielt also nicht nur auf die Umweltanpassung des Rechtssystems, sondern auf die Gesamtermöglichung von Entscheidungen, die den genannten, im System selbst zu fixierenden Ansprüchen genügen.

Nach diesen noch sehr unklaren, vorläufig aber ausreichenden Angaben können wir den Problemgehalt dieses Gerechtigkeitskriteriums etwas deutlicher bestimmen. Er hegt nicht, wie in der politisch-ethischen Tradition des Abendlandes, in der Gefährdung durch niedrige Triebe oder durch bösen Willen des Handelnden im allgemeinen oder der Amtsinhaber im besonderen. Er besteht darin, daß der gesellschaftliche Druck auf Steigerung der Komplexität des Rechtssystems dessen Entscheidungsmöglichkeiten überfordert und sie denaturieren läßt. Die gesellschaftlich geforderte Komplexität des Rechtssystems hegt höher als die im System tragbare, adäquate, entscheidungsmögliche Komplexität; sie liegt höher deshalb, weil die im gesellschaftlichen Erleben möglicherweise rechtsrelevanten Fakten und Normansprüche komplexer sind als das, was als Information und Entscheidungsprämisse in das Rechtssystem übernommen werden kann, welche Standards der Selektion und welche Anspruchsniveaus auch immer man systemintern benutzt³⁶. Systemintern gibt es Schranken für die Steuerbarkeit der entscheidungswirksamen Komplexität des Systems. Sie liegen zum Beispiel in der Aktuaksierbarkeit von vergleichenden Analysen, in der verfügbaren Entscheidungszeit, in der verfügbaren Macht und in anderem mehr. Bei gegebenen Beschränkungen läßt sich den Ansprüchen auf Steigerung der Komplexität des Rechtssystems, auf ein »Unterbringen« immer weiterer Fakten und Normen im System, nicht in beliebiger Weise Rechnung tragen. Man kann die Anspruchsniveaus in bezug auf die Konsistenz des Entscheidens senken, und das ist bis heute der Weg, den unser

36'Eine Konsequenz dieser Auffassung ist, daß man bei voller Kongruenz von Gesellschaftssystem und Rechtssystem von Gerechtigkeit nicht reden kann. Der Bedarf für ein solches Kriterium entsteht, wie sich rechtsgeschichtlich belegen ließe, erst mit der Ausdifferenzierung eines besonderen Rechtssystems in der Gesellschaft.

positives Recht nach voreiliger Verabschiedung der »Begriffsjurisprudenz« genommen hat. Man kann auch, etwa mit Hilfe eines durchdogmatisierten Begriffsgefüges, die Konsistenzansprüche hoch und die Unterscheidbarkeit gleicher und ungleicher Fälle überblickbar halten auf Kosten der Komplexität erfassbarer Entscheidungsmengen. Man sollte schließlich rechtstheoretisch überprüfen können, ob sich nicht diese verschiedenen Variablen besser, das heißt auf einem Niveau höherer Komplexität und höherer Konsistenz, integrieren lassen. Das würde heißen: die Gerechtigkeit des Systems im Sinne adäquater Komplexität steigern.

4. Die Formel »adäquate Komplexität« läßt sich nicht auf einzelne Entscheidungen beziehen, sondern nur auf das Rechtssystem als ganzes, ähnlich wie das Kriterium der Zahlungsfähigkeit nicht auf einzelne Verträge, sondern nur auf eine Firma im ganzen bezogen werden kann³⁷. Im Vergleich zu klassischen Perspektiven mag daran erschrecken, daß Einzelentscheidungen (wie Rechtshandlungen, Urteile, Normsetzungen) dann nicht mehr als gerecht oder ungerecht bezeichnet werden können. Damit verliert der Begriff seine Appellfunktion, seine motivationale und seine moralische Bedeutung. Gewonnen wird eine Ebene der Generalisierung, auf der *ein Kriterium jede Einzelentscheidung limitiert*. Das ist nur möglich, wenn man das Kriterium unabhängig macht von jeder systeminternen Differenzierung durch Werte oder Normen. Deshalb kann Gerechtigkeit auch nicht in einer *relationalen Beziehung einzelner Entscheidungen auf einzelne Werte oder Normen gefunden werden*³⁸, sondern nur in der Art, wie das Rechtssystem als ganzes Entscheidungsmöglichkeiten limitiert. Entscheidungen können gerecht nur sein als Elemente eines adäquat komplexen Rechtssystems, nicht allein durch ihren intendierten Sinn³⁹. Die

37 Siehe zu diesem Vergleich Aristoteles, Nikomachische Ethik 1132 b.

38 Eine prinzipielle Kritik solcher Versuche, Systeme auf Mengen von Zweier-Beziehungen zu reduzieren, findet sich bei Andras Angyal, *The Structure of Wholes*, Philosophy of Science 6 (1939), S. 25-37.

39 Hieraus ergeben sich weittragende Konsequenzen für die Reflexionsproblematik. In der aristotelischen Gerechtigkeitslehre lag der entscheidende Unterschied und damit die Höherwertigkeit der Gerechtigkeit im Vergleich zu anderen Tugenden in der *erforderlichen Intentionalität*, die das Mittlere ausmacht und festsetzt. (So verstehe ich ÖXX' Ott n^oov :OT.IV in Nik. Ethik 1133 b 33, nachdem vorher von 6t«aiocfuyn die Rede war und Gerechtigkeit stets als Tugend Jtoüc, &teooiv betrachtet werden muß.) In moderner Terminologie konnte man Gerechtigkeit daher als Reflexivität des Wertens,

»logische Distanz« zwischen generalisiertem Systemkriterium und den instruktiven Entscheidungsprämissen wird damit größer und setzt kategoriale und institutionelle Einrichtungen der »Respezifikation« voraus⁴⁰.

5. Wenn mit Adäquatheit der Bezug auf Entscheidungsmöglichkeiten hergestellt wird, leistet die vorgeschlagene Gerechtigkeitsformel zugleich einen wichtigen *Beitrag zur interdisziplinären Diskussion*⁴¹. Die heute wichtigsten interdisziplinären Forschungstendenzen findet man in Systemtheorien einerseits, in Entscheidungstheorien andererseits. Es ist daher zu erwarten, daß eine Rechtstheorie, die sich mit dem Begriff der adäquaten Komplexität um eine Vermittlung von Systemkomplexität und Entscheidungsmöglichkeiten bemüht, gute interdisziplinäre Anschlußmöglichkeiten gewinnen und die Rechtswissenschaft aus ihrer derzeitigen fachlichen Isolierung herausführen kann.

6. Definiert man Gerechtigkeit als adäquate Komplexität des Rechtssystems, gewinnt man damit eine Systemformel jenseits der alten Kontroverse, ob das Gerechte mehr in der Masse des gegebenen Rechtsstoffs liege oder mehr im Bezug auf ein alle Rechtsnormen transzendierendes, sie begründendes (oder auch kritisch verwerfendes) Ideal. Im oben skizzierten systemtheoretischen Sinne ist das Gerechte weder allein die Realität eines Normenbestandes um der Faktizität seiner Ordnungsleistung willen, noch eine Idee für sich. Die Systemtheorie integriert beide Positionen, indem sie sie im Begriff der Komplexität zwangsläufig zugleich vertritt.

Der gegebene Rechtsstoff erfüllt seine gesellschaftliche Funktion durch seine bestimmte Komplexität; er wäre nicht möglich als eine einzige Norm: handle gerecht! Durch seine Komplexität wird er jedoch zugleich eine nicht-mehr-beliebig-zu-ordnende Ordnung, die demzufolge eine interne Dynamik von Negationen, Möglich-

als Bewertung von Wertungen bezeichnen. Dagegen läßt sich »adäquate Komplexität« nicht in diesem Sinne *aktförmig* intendieren. Das Reflexionsmoment⁴² muß daher ebenfalls bestimmt werden als kontingente Selbstfestlegung des Rechtssystems in seiner gesellschaftlichen Umwelt.

40 Hierzu Charles Ackerman / Talcott Parsons, The Concept of »Social Systems« as a Theoretical Device, in: Gordon J. DiRenzo (Hrsg.), Concepts, Theory, and Explanation in the Behavioral Sciences, New York 1966, S. 36 ff.

41 Vgl. Niklas Luhmann, Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, in diesem Band. S. 191 ff., ausgearbeitet in bezug auf das Problem der Kontingenz.

keitsprojektionen und Selbstbeschränkungen erzeuge. Recht gehört, wie Wahrheits- oder Geld-Codes zu den »selbstsubstitutiven« Ordnungen, die nur durch sich selbst ersetzt, also ihre eigene Änderung aus sich heraus erzeugen müssen. Das Gerechtigkeitskriterium liefert die Kontrollformel für diesen Prozeß der Selbstselektion und Selbstsubstitution des Rechts - und nicht für die Kontrolle der laufenden Annäherung an die *perfectio circa mentes*.

VI.

Offen geblieben ist im vorigen Abschnitt, was unter »konsistentem Entscheiden« zu verstehen sei. Die bloße Kompatibilität gerechter Wertungen reicht nicht aus - senon gar nicht, wenn man Kompatibilität als Nichtnotwendigkeit des Widerspruchs definiert". Von einer weiteren Klärung des Konsistenzbegriffs hängt deshalb die Ergiebigkeit und vor allem die dogmatische und rechtstechnische Umsetzbarkeit unserer Gerechtigkeitsformel ab. Eine ausgereifte Konzeption kann hier nicht angeboten werden. Aber wir können das Problem in eine Fassung bringen, die eine weitere Bearbeitung als erfolgversprechend erscheinen läßt.

Rein positive Ausdrücke sind ohne weiteres miteinander kompatibel. Konsistenzprobleme treten nur auf, wenn und soweit im Erleben und Handeln Negationsleistungen involviert sind; sie sind Folgeprobleme des vorteilhaften Gebrauchs von Negationen. Im Recht geht es speziell um die Negation von Normprojektionen (und allenfalls im Zusammenhang damit auch um die Negation von Tatsachenbehauptungen). Wir können unsere Fragestellung daher umformulieren als *Problem der Konsistenz normbezogener Negationsleistungen*. Warum, in welchem Sinne und in welchem Umfang wird diese Konsistenz problematisch?

Die Antwort auf diese Frage setzt eine Analyse der Funktion und der Leistungsweise des Negierens voraus⁴³. In der Form der

42 Vgl. dazu Enrico di Robilant, *Sui principii di giustizia*, Mailand 1961, S. 122 ff., der dieses Kriterium ebenfalls für zu abstrakt und unergiebig hält.

43 Dazu eine knappe Skizze in meinem Beitrag Sinn als Grundbegriff der Soziologie, in: Jürgen Habermas / Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt 1971, S. 25-100 (35 ff.). Ausführlicher: Über die Funktion der Negation in sinnkonstituierenden Systemen, in: Harald Weinrich (Hrsg.), *Positionen der Negativität*, München 1975, S. 201-218. Vgl. ferner *Rechtssoziologie*, Reinbek 1972, Bd. 2, S. 359 ff.

Negation können Unbestimmtheiten benutzt und Generalisierungsmöglichkeiten überzogen werden, ohne daß das darin Hegende Risiko des Fehlgriffs voll abgesichert wäre. Man kann etwas als nichtvorhanden ansehen, was doch vorhanden ist; etwas nicht wollen, was man in seinen Folgen doch will oder wird gewollt haben wollen. Das Risiko solchen Vorgehens ist nicht sehr groß in Themenfeldern, die geringe Interdependenz aufweisen; dann kann man das jeweils Negierte in seiner Relevanz und in seinen Konsistenzansprüchen abweisen. Das verbleibende Risiko wird durch Rücknegierbarkeit der Negation tragbar gemacht, aber nicht voll gedeckt.

Unser Konsistenzproblem ist ein Aspekt dieses Risikos: Wenn und soweit man nicht genau weiß, was man negiert, wenn man unbestimmt negiert, bzw. was man bejaht, wenn man bestimmt negiert, bleibt offen, wie an erste Negationsleistungen weitere sinnvoll angeschlossen werden können. Muß man sie bei nächster Gelegenheit widerrufen oder kann man auf sie aufbauen? Handelt es sich um eine Errungenschaft, die das Negierte in der Negation »aufhebt«? Haben wir durch Negation eine Bestimmtheit gewonnen, die nicht bei nächster Gelegenheit wieder wegnegiert zu werden braucht? Und wie bringen wir den Eliminierungseffekt der Negation, der uns zur Entscheidung verhilft, unter Kontrolle? Jedenfalls ist Konsistenz nicht allein durch Aufstellung von und Orientierung an Entscheidungsregeln zu erreichen. Damit wäre einerseits zu viel verlangt, weil es auch eine unmittelbare »Anlehnung« von Entscheidungen an Entscheidungen gibt⁴⁴, und andererseits zu wenig. Es muß zusätzliche Sicherungen geben.

Als erstes würde man von der juristischen Dogmatik die Erfüllung dieser Funktion erwarten. Im großen und ganzen - eine Detailana-

44 Wir formulieren in der Nähe, aber nicht kongruent, zum Hegeischen Begriff der Aufhebung. Hegel, Wissenschaft der Logik, Bd. I, Sämtliche Werke, hrsg. von G. Lasson, 2. Aufl. Leipzig 1934, S. 94, charakterisiert das Aufgehobene als Aufbewahrung des negierten Positiven in seiner Bestimmtheitsqualität, nicht als Aufbewahrung der Negation selbst als Selektionsleistung in ihrem Anschluß wert für weitere Selektionen. Das Aufgehobene ist für Hegel »das Nichtseiende, aber als *Resultat*, das von einem Sein ausgegangen ist. Es hat daher die Bestimmtheit, aus der es herkommt, noch an sich«.

45 Vgl. Josef Esser, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, Karlsruhe 1965, S. 20 ff.; Elmar Bund, Untersuchungen zur Methode Julians, Köln-Graz 1965.

lyse ist an dieser Stelle nicht möglich* - läßt sich die Rechtsdogmatik charakterisieren als Kontrolle derjenigen Bedingungen, unter denen Rechtssätze in Fallentscheidungen umsetzbar sind. Sie hängt strukturell von der Form des Konditionalprogramms ab. Konditionalprogramme ermöglichen es, Rechtsfolgen davon abhängig zu machen, ob bestimmte Tatbestandsmerkmale vorliegen oder nicht. Sie bringen Selektionen in die entscheidungstechnisch günstige Form eines binären Schemas, das alle Möglichkeiten vollständig abdeckt. Die Kehrseite ist, daß der Fall des McAtvorliegens der Bedingungen unkontrolliert bleibt, er wird pauschal abgewiesen allein deshalb, weil die Bedingungen nicht vorliegen.

Die Rechtsdogmatik bemüht sich immerhin um Konsistenz jener Bedingungen und kontrolliert auf dieser Ebene Ausschließungseffekte. Sie würde zum Beispiel zu verhindern suchen, daß dieselben Rechtswirkungen, die durch die Regelung der Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen werden sollen, durch Rücktritt vom Vertrage erreichbar sind. Sie differenziert deshalb die Konditionen, von denen Rechtsfolgen abhängen, in dem Sinne, daß gleiche Bedingungen nur gleiche Folgen auslösen und für ungleiche Folgen ungleiche Bedingungen Voraussetzung sind. Die Haftungsbeschränkungen natürlicher Personen unterscheiden sich beispielsweise von den Haftungsbeschränkungen der juristischen Personen, die durch natürliche Personen gebildet werden können, mit Hilfe unterschiedlicher Tatbestände.

Im Blick auf diese Struktur von Konditionalprogrammen und Rechtsdogmatiken erschien es der rechtsphilosophischen Tradition sinnvoll, Gerechtigkeit zu bestimmen als *gleiche Regelung gleicher und ungleiche Regelung ungleicher Tatbestände*. Kelsen⁴⁷ hat darin lediglich eine logische Folgerung aus dem generellen Charakter der Norm gesehen, ohne deren konditionale Form zu problematisieren. In Wahrheit liegt eine komplexe, zweistufige Struktur vor, die man analysieren muß, wenn man die Negationsleistung überprüfen will.

Die Regulierung der Sachverhalte erfolgt durch konditionale Relationen. Der Gleichheitsbegriff dient auf einer höheren Ebene als Ausdruck für eine Relation zwischen solchen Relationen. In dieser

46 Vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974.

47 A. a. O., S. 393 ff. Ähnlich Chaim Perelman, *De la justice*, Brüssel 1945, zit. nach der dt. Übers. *Über die Gerechtigkeit*, München 1967, insb. S. § 7 ff.

Verwendung des Gleichheitsbegriffs geht es nicht etwa um die konkrete Gleichheit von Sachverhalten im Sinne alter Tausch- oder Vergeltungsregeln (»Gleiches für Gleiches«), und es geht auch nicht um den »Vergleich« von Sachverhalten und Tatbestandsmerkmalen bei der Anwendung einer Norm⁴⁸, sondern Gleichheit bezeichnet hier eine Relationierung von Relationen. Eine solche Relationierung von Relationen wird genau deshalb erforderlich, weil es sich um Relationen handelt, die Normen und Sachverhalte kontingent und fungibel erscheinen lassen. Der Begriff des Konditionalprogramms bezeichnet den Kontext, der zur Explikation des Relationsbegriffs benötigt wird, auf den sich die Relation der Gleichheit im Sinne von Gerechtigkeit bezieht⁴⁹.

Die Konsistenzregulierung erfolgt demnach auf einer Ebene, die konditionale Relationen verbindet, welche kontingente Normen mit kontingenten Sachverhalten verbinden. Die Frage ist, ob auf einer solchen Metaebene die Kategorie der Gleichheit zur Negationskontrolle ausreicht und was durch Prüfung ihrer Negation kontrolliert werden kann. Der Problemansatz ist hochgeneralisiert. Er bleibt - ein klassischer Diskussionspunkt, auf den sich die Kritik konzentriert hat - abhängig von Bezugsgesichtspunkten⁵⁰. Er relationiert Relationen, die zweiseitig (in den Normen und in den Sachverhalten) variiert werden könnten und daher in ihrer eigenen Kontingenz entscheidungstechnisch schwer zu vergleichen sind. Eine genauere Analyse mit modernen Mitteln bleibt abzuwarten⁵¹.

Weiter wäre von unserer Problemstellung aus die Bedeutung der *Logik* für die Gerechtigkeit des Rechtssystems (also nicht nur: für

48 Hierzu z. B. Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 22 ff.

49 Zur Verdeutlichung kann vielleicht auch die oben behandelte Parallele dienen: Die Wirtschaft stellt sich im Laufe der neuzeitlichen Gesellschaftsentwicklung von Maximierung des Ertrages bei Ausbeutung von Mensch und Natur auf eine Maximierung der Relation von Aufwand und Ertrag um, wodurch (1) die relationierten Positionen kontingent und entscheidbar werden, (2) als Kontext der Bestimmung ihrer Relation das Zweck/Mittel-Schema eine neue Bedeutung gewinnt und (3) Systemkriterien für die Relationierung dieser Relationen erforderlich werden - z. B. das Kriterium der Liquidität, das Kriterium der Profitmaximierung.

50 Vgl. etwa Perelman, a.a.O.; Hans Nef, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Zürich 1941.

51 Als zur Zeit wichtigsten Beitrag siehe Adalbert Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin 1971.

die Richtigkeit der Schlußfolgerungen *im* Rechtssystem) zu untersuchen. Dem Vernehmen nach beabsichtigt die Logik, die Fortsetzbarkeit von Operationen (trotz Verwendung von Negationen!) zu garantieren". Die Frage ist aber, welche restriktiven (und vielleicht zu riskanten?) Bedingungen der Möglichkeit den Begriff der Fortsetzbarkeit definieren.

Die übliche Meinung, Logik sei auf Rechtsfragen nur begrenzt anwendbar, ist ebenso richtig wie unergiebig - besonders, wenn als Grund dafür die Wertungsabhängigkeit des Rechts angegeben wird und es bei dieser Auskunft bleibt. Man müßte als erstes genauer ermitteln, wie die Konsistenz- und Eliminierungskontrolle der Negationsleistungen durch die Logik eigentlich gesteuert wird. Was besagt es für *diese* Funktion zum Beispiel, daß die Logik einem binären Schematismus folgt, der nicht mit dem von Recht und Unrecht identisch ist; daß sie unter der Anweisung operiert, Widersprüche zu vermeiden, also wiederum nur unter einer Negation von negativ Bewertetem; und daß sie nach Möglichkeit systematisiert wird, also das Risiko in die Form einer Systemwahl zu bringen und es so zu zentralisieren sucht?

Ein anderer Suchbereich hat sich unter dem Titel *Dialektik* formiert. Auch dabei geht es - und diesmal explizit! - um die Konsistenz von Negationsleistungen. Außerhalb einer treu an Hegel und Marx anschließenden Tradition wird man heute kaum noch unterstellen, daß Dialektik sich als Entwicklungsgesetz von selbst versteht, daß die Weltgeschichte also die Konsistenz der Negationen gleichsam erzwingt. Vielmehr ist es ein Problem, begriffliche oder institutionelle Errungenschaften so zu dialektisieren, daß das in ihrer Selektivität steckende Negationsrisiko bewußt gemacht wird und in die Entscheidungen über ihre Verwendung und Weiterentwicklung eingeht". Um Beispiele aus dem Rechtsbe-

52 Siehe dazu Lothar Eley, Metakritik der formalen Logik: Sinnliche Gewißheit als Horizont der Aussagenlogik und elementaren Prädikatenlogik, Den Haag 1969; ders., Life-World Constitution of Propositional Logic and Elementary Predicate Logic, Philosophy and Phenomenological Research 32 (1972), S. 322-340.

53 In der Wissenschaftstheorie spricht Gaston Bachelard in etwa diesem Sinne von Dialektisierung. Vgl. insb. La philosophie du non, a.a.O., passim. Zum Problem der Konsistenz von Negationen in der Entwicklung wissenschaftlicher Konzepte, a.a.O., S. 137 ff. Zum Gesamtwerk Paul Ginestier, La Pensée de Bachelard, Paris 1968. Auch die Nähe zu den bekannteren, an Popper anschließenden Diskussionen über Wissenschaftsentwicklung wäre zu erwähnen.

reich zu geben: Im Rechtsinstitut des subjektiven Rechts steckt die Negation eines symmetrisch-gerechten Ausgleichs als einer Geltingsbedingung; in der Verschuldenshaftung steckt die Negation einer Schadensverteilung unter dem Gesichtspunkt des Vermögens, der Zweit- und Drittfolgen, der Kontrolle über Alternativen. In zahlreichen Formvorschriften steckt die Negation materialer Interessen- oder Verschuldensabwägung. Solche Negationen können ihrerseits im rechtsändernden Eingriff ganz oder partiell negiert werden - etwa nach dem Schema von Regel und Ausnahme". Dialektische Rechtsentwicklung erfordert, daß die etablierten Negationen in ihrer Funktion respektiert und, wenn negiert oder eingeschränkt, »aufgehoben« werden in einem komplexeren Arrangement.

Komplikationen ergeben sich vor allem in der Zeitdimension, nämlich daraus, daß die Einzelentscheidungen mit verschiedenen Zeithorizonten nacheinander erfolgen. Es gibt, selbst in den Wirtschaftswissenschaften, noch kaum Bemühungen um eine Formalisierung und Operationalisierung des Problems intertemporaler Konsistenz", etwa Kalküle für die gegenwärtige Minimierung künftiger Reue. Auch die Dialektik läßt das Ausmaß der durch Zeitverschiebung notwendigen Inkonsistenzen (und damit alles) im Unklaren⁵⁴. Gerechtigkeit müßte unter anderem als ein Regulativ für die Konsistenz zeitpunktbezogener Konsistenzkalküle begriffen werden können - also auch unter diesem Gesichtspunkt als Relationierung von Relationen.

Man darf vermuten, daß die Rechtsentwicklung bisher im wesent-

54 Das Denken in Regein und Ausnahmen gehört somit eher in diesen dialektischen als in einen logischen Zusammenhang. Zu den logischen Schwierigkeiten vgl. Lothar Phillips, Rechtliche Regelung und formale Logik, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 50 (1964), S. 317-329.

Für die Funktion des Regel/Ausnahme-Schemas ist die Einsicht zentral, daß Regeln nicht unbedingt in dem Maße geschwächt werden, als Ausnahmen zugelassen werden, sondern daß die Zulassung von Ausnahmen auch ein Weg der Spezifikation und Stabilisierung einer unbestimmt formulierten (übergeneralisierten) Regel sein kann. Dazu Leonhard G. Miller, Rules and Exceptions, Ethics 66 (1956), S. 262-270.

55 Hierzu Roben W. Grubbström, Economic Decisions in Space and Time: Theoretical and Experimental Inquiries into the Cause of Economic Motion, Göteborg 1972.

56 Vgl. z. B. B. Kedrow, Das Gesetz »Negation der Negation«, in: Werner Pfoh/Hans Schulze (Hrsg.), Philosophie und Gesellschaft: Beiträge zum Studium der marxistischen Philosophie, Berlin 1958, S. 117-140.

liehen dogmatisch und allenfalls dialektisch, aber kaum logisch verfahren ist. Das steht in Zusammenhang mit einer an Rechtsfällen entwickelten Rechtsdogmatik, die in Fallentscheidungen, in denen jeweils konkret vorgetragene Ansprüche oder Anspruchsnegationen *abzuweisen* sind, den Eliminierungseffekt von Negationen am Fall gut fassen und ihre Konsistenz kontrollieren konnte. Dogmatik und Dialektik bleiben vergangenheitsorientiert. Im Blick auf die Zukunft genügt dieser Praxis die Selbstgarantie der Wiederholung *gleicher* Fallentscheidungen. Unerreichbar bleibt ihr, was nur die Logik in Aussicht zu stellen vermöchte: die Garantie konsistenter Progression zu *andersartigen* Entscheidungen.

Auf diesem Stand steht die Rechtswissenschaft heute. Ihre Negationstechnik setzt, indem sie nur in geringem Umfange Konsistenz ihrer Negationen kontrolliert und im übrigen von diskontinuierlichen Entscheidungsthemen ausgeht, ein Themenfeld von geringen Interdependenzen voraus. Diese Voraussetzung ist ebenso natürlich wie falsch⁵⁷. Es ist ferner kaum zu bestreiten, daß sie mit diesen bisher erfolgreichen Techniken nicht den Anforderungen genügt, welche die Positivierung des Rechts an sie stellt und die, in welcher Weise auch immer, auf eine regulierbare Progression zu vorab nicht fixierbaren Entscheidungen hinauslaufen.

Denn der Geltungsgrund positiven Rechts hegt nur noch in seiner Änderbarkeit selbst, in seiner Negierbarkeit⁵⁸. Positives Recht wird, wie die Negation selbst, durch Rücknegierbarkeit gehalten, über deren Aktualisierung in laufender Konfrontation von System und Umwelt entschieden wird. Negier^{aw} und anderer ist eine selbstsubstitutive Ordnung wie das Recht in dem Maße, als sie selbst die Bedingungen dieser Möglichkeit vorstrukturiert. Das kann nicht allein durch die erforderliche Minimalbedingung der Einrichtung von Kompetenzen zur Rechtsänderung geschehen. Dadurch erhielte die Gerechtigkeit des Systems den Nullwert einer unbestimmt-behebigen Möglichkeit. Erforderlich sind außerdem kategoriale Strukturen, die auf der Ebene der Einzelfälle, der Rechtsnormen und der dogmatischen Begriffe und Theorien die

57 Das Problem ist identisch mit der Erfahrung eines kontraintuitiven Verhaltens sozialer Systeme, das Jay W. Forrester analysiert hat. Siehe *Counterintuitive Behavior of Social Systems*, *Technology Review* 73 (1971), S. 53-68, und ders., *World Dynamics*, Cambridge Mass. 1971.

58 Vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, a.a.O., insb. Bd. 2, S. 207 ff.

Anschließbarkeit weiterer Selektionsleistungen sicherstellen. Genau diese Vorstrukturierung ist jedoch problematisch geworden dadurch, daß die Positivierung des Rechts die Komplexität des Rechtssystems in einem Ausmaß hat steigen lassen, das historisch ohne Parallelen ist. Das hat zu einer Senkung des Anspruchsniveaus in bezug auf Konsistenz geführt. Gleichwohl bleibt das hier erreichbare Anspruchsniveau in bezug auf Konsistenz eine der Variablen, die ein Rechtssystem charakterisieren. Ein System hat als Rechtsordnung *adäquate* Komplexität in dem Maße, als es seine übrigen Variablen auf die Ermöglichung konsistenten Entscheidens einspielt.

VII.

Ein weiterer Gedankengang führt in die gleiche Richtung. Der Anspruch, die Konsistenz und den Eliminierungseffekt von Negationen zu kontrollieren und in diesem Sinne konsistent zu entscheiden, impliziert einen Verzicht auf Entscheidungsvereinfachungen. Er hebt die Gleichung von Negation und Irrelevanz auf. Gerade das Negierte ist besonders zu beachten. Gerade, weil es negiert wird, darf es nicht aus dem Blickfeld verschwinden. Das erfordert Kapazität für Aufmerksamkeit. Eine Steigerung des Anspruchsniveaus in bezug auf Konsistenz nimmt mithin knappe Ressourcen in Anspruch, muß also mit anderen Systemerfordernissen konfrontiert und abgestimmt werden. Auch diese Überlegung zwingt uns, Gerechtigkeit nicht mehr nur als Konsistenz (oder gar, Konsistenz chiffrierend, als »Gleichheit«) zu definieren, sondern Thema und Problemstellung in die Systemtheorie zu verpflanzen. Gerechtigkeit wird damit eine Systemkategorie. Wir sagen: Ein System hat als Rechtsordnung *adäquate* Komplexität in dem Maße, als es seine übrigen Variablen auf die Ermöglichung konsistenten Entscheidens einspielt.

All diese Argumente für eine systemtheoretische Gerechtigkeitsformel ergeben noch keine ausreichende Begründung, sondern bestenfalls einen gewissen Kredit für weitere Bemühungen. Letztlich wird ein vorgeschlagener theoretischer Ansatz nur durch seine Verwendungsmöglichkeiten, seine Ergebnisse, seine Leistungen überzeugen können. Die Formel *adäquate* Systemkomplexität ist in

ihren beiden Bestandteilen hochgradig unbestimmt und unklar. Das ist nicht einer unzureichenden Denkleistung anzulasten, sondern liegt in Sachzusammenhängen begründet. Aussagen, die sich auf ein sehr komplexes, differenziertes System *als ganzes* beziehen, müssen in bezug auf *alle* Teilmerkmale des Systems sehr generalisiert, also unspezifisch abgefaßt sein. Deshalb ist es nicht möglich, Gerechtigkeit als Prinzip *des Rechts* und außerdem als spezifizierbare Rechtsnorm, Idee oder Regel zu begreifen; denn jede Spezifikation auf der Ebene der Normen, Ideen oder Regeln würde immer dahin führen, daß die Gerechtigkeit zu einem Teilmoment des Rechtssystems neben anderen denaturieren würde". Daran ist jeder Versuch, Gerechtigkeit als eine im Einzelfall unvermittelt anwendbare Norm der Gesetzmäßigkeit, Regelmäßigkeit oder Konsistenz aufzufassen⁶⁰, immer wieder gescheitert⁶¹. Hält man dagegen daran fest, daß die Gerechtigkeit das Rechtssystem als ganzes betreffe, ist bei der Verwendung des Kriteriums mit operativen Schwierigkeiten und mit einem Respezifikationsbedarf zu rechnen. Die Aussichten für eine Präzisierung dürften gleichwohl besser sein, als wenn man dem Gerechtigkeitsgedanken den Status einer allumfassenden, hochgradig unbestimmten normativen Idee beließe. Jeder Versuch, die Denkmittel und bisherigen Erfahrungen der Systemtheorie für diese Aufgabe der Spezifikation einzusetzen, wird sich mit der Tatsache konfrontiert sehen, daß es nicht gelungen ist, einen eindeutigen, eindimensionalen Begriff der Komplexität zu bilden und logisch oder gar empirisch zu verwenden. Die Systemtheorie geht daher, wenn nicht zum Verzicht auf die Messung von Komplexität als Systemeigenschaft⁶², so doch zu

59 Aus diesem Grunde ist auch das Verhältnis von Gerechtigkeit und Naturrecht unklärbar geblieben mit der Folge, daß die Gerechtigkeit schließlich nur noch als ein ethisches Prinzip außerhalb des Rechts angesehen wurde.

60 Vgl. etwa Carl August Emge, Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt-Wien 1955; vorsichtiger Georgio del Vecchio, Die Gerechtigkeit, Basel 1950, S. 155 ff. mit weiteren Hinweisen.

61 So mit Recht di Robilant, a.a.O., S. 177 ff.

62 Diese Tendenz gibt es zur Zeit vor allem in der Psychologie angesichts der Schwierigkeiten in der Erforschung »kognitiver Komplexität«. Vgl. z. B. Joseph S. Vannoy, Generality of Cognitive Complexity-Simplicity as a Personality Construct, *The Journal of Personality and Social Psychology* 2 (1965), S. 385-396; Uriel G. Foa / Terence R. Mitchell / Fred E. Fiedler, Differentiation Matching, *Behavioral Science* 16 (1971), S. 130-142.

multidimensionalen Variablenmodellen über⁶³. Die Rechtstheorie wird deshalb davon ausgehen müssen, daß der *Begriff der Komplexität kein einfacher Begriff sein kann, sondern selbst »adäquate Komplexität« aufweisen muß* - adäquat jetzt aber nicht mehr unmittelbar für die Gerechtigkeit des Rechtssystems, sondern für die Wahrheitsleistung des Wissenschaftssystems der Rechtstheorie⁶⁴.

Ein mehrdimensionaler Komplexitätsbegriff erleichtert den Übergang von der Gerechtigkeitsformel zur theoretischen Arbeit am Problem des Rechtssystems. Der Begriff Komplexität wird forschungsmäßig adäquat (und Gerechtigkeit zugleich operationalisiert), wenn es gelingt, ihn zu untergliedern und als Variablem Kombination zu verstehen, die unter Bedingungen interner Kompatibilität steht, also viele, aber nicht beliebige Zustände annehmen kann. Die folgenden Überlegungen bilden einen ersten, tastenden Versuch in dieser Richtung⁶⁵.

Wir gehen davon aus, daß mit Positivierung des Rechts das Rechtssystem auch auf der Ebene der *rechtsbildenden Entscheidungen* ausdifferenziert wird, also in seinen die Eigenständigkeit tragenden Elementen aus *Entscheidungen* besteht. In einem solchen für Recht zuständigen hochkomplexen Entscheidungssystem, in dem die eigene Systemkomplexität zum Problem wird, kann man unterscheiden zwischen Variablen der Steigerung von Komplexität und Variablen, welche Möglichkeiten der Reduktion zu hoher Komplexität ausweisen. Um zunächst einen Überblick zu

63 Häufig werden auch verschiedene Bezeichnungen wie Größe, Komplexität, Abstraktion, Varietät, Komplikation einfach nebeneinander gestellt und mehr oder weniger unabhängig voneinander definiert. Mehrdimensionale Begriffe finden sich z. B. bei Daniel E. Berlyne, *Conflict, Arousal, and Curiosity*, New York-Toronto-London 1960, S. 38 ff. (in bezug auf Stimulus complexity) oder bei Andrew S. McFarland, *Power and Leadership in Pluralist Systems*, Stanford 1965, S. 16.

64 Damit ist zugleich angedeutet, daß wir die Komplexität der Begriffsstrukturen der Rechtstheorie von der realen Komplexität des Rechtssystems unterscheiden, also die in der Rechtswissenschaft übliche Vermengung von richtig festgestelltem Normsinn und Erkenntnis aufgeben müssen. (Vgl. dazu auch Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel 1970.) Die Begriffe der Rechtstheorie erbringen eine Eigenleistung nur, wenn sie im Vergleich zur Komplexität des Rechtssystems selbst eine erheblich reduzierte Komplexität aufweisen.

65 Wichtige Anregungen finden sich bei Aleksander Peczenik, *Toward a Juristic Theory of Law*, österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 21 (1971), S. 167-182.

geben, stellen wir die wichtigsten Variablen wie folgt zusammen“:

1. Die *Größe des Systems* im Sinne der Zahl der getroffenen und zu treffenden Entscheidungen;
2. die *Varietät des Systems* im Sinne der Verschiedenartigkeit der getroffenen und zu treffenden Entscheidungen;
3. die *Interdependenz im System* im Sinne der Abhängigkeiten zwischen den einzelnen Entscheidungen;
4. der *Generalisierungsgrad der Struktur des Systems*, nämlich der programmatischen, organisatorischen und personellen Prämissen des Entscheidens, und davon abhängig die Zahl, Varietät und Interdependenz der im System *möglichen* Entscheidungen und davon abhängig das Ausmaß der Selbstselektivität des Systems; und
5. die *Häufigkeit und das Tempo der Veränderung von Entscheidungsprämissen*.

Offensichtlich lassen sich nicht alle diese Variablen zusammen maximieren. Sie schränken ihren Spielraum wechselseitig ein, setzen füreinander Bedingungen der Möglichkeit. Im Korrelationsraum dieser und vielleicht noch anderer Variablen wäre nach unserem Begriff der Gerechtigkeit deren Anspruchsniveau festzulegen. Das heißt: Gerechtigkeit muß im System »ausgehandelt« werden und gegebenenfalls bezahlt werden mit Verzichten auf Steigerung in anderen Variablen, zum Beispiel mit Verzicht auf Steigerung von Größe oder von Änderungstempo. Dabei kann es nicht nur darum gehen zu ermitteln, in welchen Werten die genannten Variablen *miteinander* kompatibel und der gesellschaftlichen *Umwelt* *angepaßt* sind. Eine solche Feststellung wäre zwar systemtheoretisch interessant, hätte aber noch keinen spezifischen Bezug zum Recht. Die spezifische Funktion des Rechts in der Gesellschaft - an anderer Stelle habe ich sie als kongruente Generalisierung von Verhaltenserwartungen charakterisiert⁶⁶ - läßt sich nur in der Form *zusätzlicher Anforderungen an Kompatibilität und Angepaßtheit* zum Ausdruck bringen. Mit der Möglichkeit, diese Anforderungen zu präzisieren und als gesellschaftliche Funk-

66 Vgl. auch - unter Beschränkung auf die ersten drei der folgenden Gesichtspunkte - Niklas Luhmann, Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, in diesem Band., S. 241 ff.

67 Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, a.a.O., Bd. I.

tion gegen anders spezifizierten Umweltdruck zur Geltung zu bringen, ist dem Juristen die Chance gegeben, gesellschaftlich und politisch seine Eigenständigkeit zu behaupten.

VIII.

Was Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft sein kann, läßt sich nicht in der Art der Auslegung einer Norm oder eines Wertes, zum Beispiel durch Exegese des Gleichheitsbegriffs, ermitteln, sondern kann sich nur aus dem Zusammenspiel mit anderen, das Rechtssystem bestimmenden Variablen in Abhängigkeit von bestimmten Umweltbedingungen ergeben. Somit hängen Feststellungen über Gerechtigkeit auch davon ab, ob Aussagen über Varietät, Interdependenz oder Generalisierung für das Rechtssystem operationalisiert werden können. Das setzt langwierige rechtstheoretische Bemühungen voraus, deren Ergebnisse hier nicht vorweggenommen werden können. Wir können jedoch einige dieser Zusammenhänge näher skizzieren, um an Beispielen deutlich zu machen, wovon in unserer Gesellschaft abhängt, welches Anspruchsniveau in bezug auf Gerechtigkeit realisiert werden kann.

Seiner Umwelt entspricht ein Entscheidungssystem besser in dem Maße, als es externe Komplexität intern abbilden und zur Entscheidung bringen, das heißt sachgerecht entscheiden kann. Das erfordert Rekonstruktion nicht nur der Umweltgröße und der Umweltvarietät, sondern auch der Umweltinterdependenzen im System. Ein solcher Nachvollzug externer Interdependenzen stößt jedoch sehr rasch auf Schwierigkeiten, die beim heutigen und auf Zukunft absehbaren Stand der Entscheidungstechnik als unüberwindbar gelten⁶⁸. Jedes Entscheidungssystem fällt daher auf Kriterien und Verfahren der Reduktion von Komplexität zurück. Dafür gibt es eine Vielzahl von mehr oder weniger anspruchsvollen und erfolgreichen Ersatzlösungen, die das System von einer vollen Korrelation aller mit allen Entscheidungsmöglichkeiten entlasten.

68 Vgl. dazu für Systeme politischer Planung Fritz W. Scharpf, Komplexität als Schranke der politischen Planung. Referat auf der Jahresversammlung der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft, Mannheim 1971 (Ms.).

Eine dieser Entscheidungserleichterungen ist das Prinzip, gleiche Fälle gleich und ungleiche ungleich zu entscheiden. Das setzt eine mehr oder weniger grobe Schematisierung, Standardisierung, Kategorisierung der Fälle voraus.

Steigert man das Anspruchsniveau dieser Reduktionsweise, und verfeinert man die Kriterien, mit denen man gleich und ungleich differenziert, dann steigert man die Varietät, aber nicht ohne weiteres auch die Interdependenz der Entscheidungen. Die Verfeinerung der Kriterien differenziert die Verschiedenartigkeit der Fälle, sie stellt nicht ohne weiteres auch Interdependenz her in dem Sinne, daß die Folgen einer Fallentscheidung für andere Fälle in der Entscheidung vorweggenommen und berücksichtigt werden. Berücksichtigt wird nur eine rege/vermittelte Interdependenz, nicht oder nur in sehr geringem Maße auch eine *kausalkermittelte* Interdependenz. Mit anderen Worten: Berücksichtigt wird nur, welche Folgen die Annahme einer begrifflichen Subsumtion oder einer Entscheidungsregel für die Entscheidung anderer gleicher Fälle hätte; berücksichtigt wird kaum die kausale Interdependenz, die in den weitläufigen Effekten der verschiedenen möglichen Entscheidungen steckt".

Wollte man anders verfahren, müßte man Folgezusammenhänge durch die Zahl der Gesichtspunkte ausdrücken, die als Kriterien für gleich und ungleich fungieren, müßte man die Zahl dieser Kriterien im Einzelfall steigern und würde damit rasch in Situationen geraten, die nicht mehr eindeutig entscheidbar sind".

Abgesehen davon ist eine auf Kontrolle *künftiger* Kausalverflechtungen abzielende Entscheidungspraxis in ihrer eigenen *Gegenwart*

69 Eine ähnliche Unterscheidung spielt in der spätutilitaristischen Moral- und Rechtstheorie eine große Rolle. Vgl. z. B. Richard B. Brandt, *Ethical Theory: The Problems of Normative and Critical Ethics*, Englewood Cliffs N. J. 1959, S. 380-406, oder John Hospers, *Human Conduct: An Introduction to the Problems of Ethic*, New York-Chicago-Burlingame 1961, S. 311-343 als lehrbuchmäßige Darstellungen; für die Übertragung in die Rechtstheorie besonders Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford Cal.-London 1961 mit der wichtigen Rezension von Ronald Dworkin, *Does Law Have a Function? Comment on the Two-Level Theory of Decision*, *The Yale Law Journal* 74 (1964), S. 640-651.

70 Die neuere juristische Literatur zum Problem der Folgenanalyse äußert sich eher optimistisch - sei es implizierend, sei es postulierend - ohne indes die entscheidungstechnischen Schwierigkeiten ausreichend in Betracht zu ziehen. Eine gut abgewogene Darstellung mit weiteren Literaturhinweisen gibt Gerd Winter, *Tatsachenurteile im Prozeß richterlicher Rechtsetzung*, *Rechtstheorie* 2 (1971), S. 171-192 (178 ff.).

mit hoher Wahrscheinlichkeit falsch⁷¹, nämlich absehbar korrekturbedürftig, und mit Sicherheit ungerecht. Schon wegen des alten Problems künftiger Kontingenzen⁷², also schon aus logischen Gründen, können Konsistenzansprüche künftige Gegenwarten nicht einbeziehen, sondern allenfalls einen gegenwärtigen Zukunftshorizont unterstellen, dessen Gleichheitsstrukturen auf dem gegenwärtig geltenden Recht basieren⁷³.

Bei dieser Sachlage muß man damit rechnen, daß Techniken der Steigerung von Gerechtigkeit und Techniken der Steigerung der Fähigkeit zur Einplanung von Umweltinterdependenzen nicht ohne weiteres harmonieren. Wir haben keinen Anlaß, eine starre negative Korrelation zu vermuten, bei der eines notwendig auf Kosten des anderen ginge und umgekehrt. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil es sowohl für die Kategorisierung der Gerechtigkeit als auch für die Reduktion zu hoher Interdependenzen eine Mehrzahl funktional äquivalenter Möglichkeiten geben wird. Es dürfte aber bei einer Steigerung des Anspruchsniveaus in beiden Richtungen zunehmend schwieriger werden, Lösungen zu finden, die miteinander kompatibel sind.

2. Im Anschluß daran können wir überlegen, ob es rechtsimmanente Schranken der *strukturellen Generalisierung* und der Steigerung der *Möglichkeit* von Entscheidungen gibt. Hier liegt das Problem zunächst darin, daß für ein Rechtssystem auf gesamtgesellschaftlicher Ebene nicht alle Möglichkeiten struktureller Generalisierung ausnutzbar sind. Organisierte Sozialsysteme benutzen normalerweise sowohl organisatorische Regelungen kommunikativer Prozesse als auch Persönlichkeitsmerkmale als auch Entscheidungsprogramme, um ihre Entscheidungsprozesse zu strukturieren⁷⁴. Ihr

71 Auf die systemtheoretischen Gründe, die diese Aussage stützen, hat Jay W. Forrester, a.a.O. (oben Anm. 57), aufmerksam gemacht.

72 Aristoteles, *De interpr.* IX. Als eine neuere Darstellung vgl. Nicholas Rescher, *Truth and Necessity in Temporal Perspective*, in: Richard M. Gale (Hrsg.), *The Philosophy of Time*, London 1968, S. 183-220.

73 Die logischen und zeittheoretischen Probleme, die in dieser Unterscheidung von künftigen Gegenwarten und gegenwärtiger Zukunft stecken, bleiben ungeklärt, solange man aus Vereinfachungsgründen von der Gleichzeitigkeit dieser Zeitbestimmungen ausgeht. So z. B. Rescher, a.a.O., S. 214; Arthur N. Prior, *Time and Modality*, Oxford 1957, S. 10; ders., *Papers on Time and Tense*, Oxford 1968, S. 8.

74 Vgl. Niklas Luhmann, *Reform und Information*, in: ders., *Politische Planung*, Opladen 1971, S. 181-202 (188 ff.).

Umweltverhältnis wird durch Ausbalancierung organisatorischer, personeller und programmatischer Beschränkungen des Entscheidungsprozesses reguliert. Ein Rechtssystem muß im Hinblick auf das Kriterium der Gerechtigkeit zumindest prätendieren, daß seine Entscheidungen allein von Programmen und nicht auch von Organisationsformen oder Persönlichkeitsmerkmalen abhängen; es wäre nicht gerecht und würde dem Gebot konsistenten Entscheidens widersprechen, wollte man organisatorisch erzeugte Machtdifferenzen oder Ausbildungs- und Persönlichkeitsmerkmale der Richter ausnutzen, um interne Komplexität zu erzeugen und zu reduzieren. Die Last der Strukturierung von Entscheidungsprozessen wird primär auf die Entscheidungsprogramme und auf dogmatische »Theorien« überwältigt. Diese allein dürfen, soll es gerecht zugehen, die Funktion der Bestimmung des Entscheidungsprozesses tragen, *und das bedeutet, daß sie nicht zu hoch generalisiert werden können*“⁷⁵. Als Antworten auf diese Problemlage findet man in den Rechtssätzen gewisse (bisweilen hohe) Unbestimmtheiten, die als Programm für noch zu leistende Präzisionsarbeit behandelt werden, und daneben die begrifflichen Generalisierungen der Rechtsdogmatik. Beide Formen der Generalisierung dienen primär dazu, Inkonsistenzen im Entscheidungsgang zu vermeiden - oder zumindest nicht erscheinen zu lassen, indem man sich in verschiedenen Entscheidungen auf dieselbe Vorschrift oder auf denselben Rechtsgedanken bezieht.

Schon diese kursorischen Überlegungen lassen ein Problem erkennen, das auch Peczenik⁷⁶ beschäftigt hat: Offensichtlich gibt es begriffs- und entscheidungstechnische Beschränkungen in der Möglichkeit, Konsistenz von Entscheidungen durch Generalisierung ihrer Prämissen zu sichern. Sehr komplexe Rechtsordnungen müßten jedoch höher generalisierte normative und dogmatische Strukturen entwickeln, um bei höherer Varietät Entscheidungskonsistenz auf einem bestimmten Gerechtigkeitsniveau halten zu

⁷⁵ Hier liegt der Grund, weshalb es Schwierigkeiten bereitet, sich die Struktur des Rechts in der Form guter Zwecke vorzustellen, die die Wahl angemessener und geeigneter Mittel weitgehend offen lassen. Rechtssysteme bevorzugen, um sich von konsistenzgefährdenden personalen oder machtpolitischen Faktoren unabhängig zu machen, die Form des Konditionalprogramms. Vgl. Niklas Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, Tübingen 1968, S. 58 ff.

⁷⁶ A.a.O., S. 174 ff.

können. Die nachpandektistische Rechtsentwicklung ist diesem Dilemma erlegen. Sie hat Neuentwicklungen rasch, massenhaft, instabil und auf relativ konkretem Strukturrievau in Geltung gesetzt. Darin könnte sich ein Ausweichen in die Zeitdimension abzeichnen, ein stärkeres Abstützen nicht nur der Geltung, sondern auch der Gerechtigkeit des Rechts auf Änderbarkeit. Das würde erfordern, daß eine im raschen Wechsel sich befindende Gesellschaft rein zeitliche Inkonsistenzen nicht mehr als Ungerechtigkeit empfindet. Und in der Tat scheint die heutige Gesellschaft diesem Erfordernis zu genügen, da sie zeitliche Kontinuität nicht mehr im Blick auf Vergangenheit, sondern im Blick auf die Zukunft problematisiert.

3. Problematisch ist dann nicht mehr die Kontinuitätsunterbrechung als solche, wohl aber ihre Häufigkeit. Nicht jedes Tempo der Rechtsänderung ist mit den übrigen Variablen des Rechtssystems kombinierbar. Andere Systeminteressen, und vor allem das Interesse an Gerechtigkeit, bilden Beschränkungen für ein erträgliches Änderungs tempo, und dies auch dann, wenn die gesellschaftliche Umwelt des Rechtssystems ein hohes Tempo verlangt und durch ihre eigenen Interdependenzen erzeugt.

Selbst wenn die heutige Gesellschaft den zeitlichen Wechsel des Rechts nicht mehr als Ungerechtigkeit empfindet, kann das bloße Tempo des Wechsels Inkonsistenzen und damit Ungerechtigkeiten produzieren⁷⁷. Prozesse der Rechtsentwicklung brauchen Zeit. Sie brauchen viel Zeit, wenn sie auf eine Dogmenentwicklung anhand von Fallertahrungen angewiesen sind, deren Eintreffen vom System aus nicht gesteuert werden kann, sondern abgewartet werden muß. Es ist keineswegs garantiert, daß dogmatisch wichtige, signifikante Entscheidungsanlässe von weittragender präjudizieller Bedeutung häufig und rasch anfallen⁷⁸. Hat das Rechtssystem heute dafür ausreichende Wartezeit?

Die Frage läßt sich nicht mit einem schlichten Ja oder Nein beantworten, denn die Antwort hängt davon ab, wie hoch die

⁷⁷ Darauf zielen auch die Hypothesen 8 und 9 bei Peczenik, a.a.O., S. 176.

⁷⁸ In gewissem Umfange' gibt es natürlich Möglichkeiten der Beschleunigung. Höchste Gerichte können zum Beispiel, wenn ein Bedarf für eine bestimmte Leitentscheidung erkennbar ist, ihre Entscheidungstendenz in der Form von obiter dicta vorweg signalisieren oder auch Fälle, die an sich dazu wenig geeignet sind, zur Proklamation von Leitsätzen mißbrauchen.

rechtsinternen Interdependenzen sind, die im Entscheidungsprozeß berücksichtigt werden. Der Begriff Interdependenz bezeichnet den Zentralisierungsgrad der Systemkontingenz. Je mehr Gesichtspunkte und Gesichtspunktverflechtungen in den Entscheidungsprozeß" eingehen und je größer die Varietät der Menge anderer Entscheidungen ist, die durch ihn gesteuert werden, desto stärker wird er in Prämissen und Resultaten von Änderungen betroffen, die anderswo ausgelöst werden. Es muß unter dem Druck einer hochkomplexen, dynamischen Umwelt daher entweder beschleunigt oder insuliert und auf spezielle zeitbeständige Problemstellungen beschränkt werden. Eine durch Fall Erfahrungen induzierte Entwicklung von Rechtsinstituten und rechtsdogmatischen Theorien setzt aus zeitlichen Gründen Interdependenzunterbrechungen im Rechtssystem voraus, die nach außen hin als Abstraktionen wirken. Solche Entscheidungen werden nur deshalb nicht als ungerecht empfunden, weil sich ein höheres Anspruchsniveau in bezug auf Konsistenz bei höherer Interdependenz nicht artikulieren läßt - wenn schon nicht im Rechtssystem, dann erst recht nicht in seiner gesellschaftlichen Umwelt. Sie hinterlassen gleichwohl unartikulierte Unzufriedenheit.

Für eine dogmatische Rechtsentwicklung wirkt im übrigen eine vorhandene Dogmatik als Beschleunigungsfaktor (und nicht nur, wie zumeist angenommen, als retardierender Faktor). Sie erhöht die Wahrscheinlichkeit, daß Rechtsprobleme von allgemeiner Bedeutung für die Konsistenz einer Entscheidungspraxis an Einzelfällen überhaupt entdeckt, artikuliert und entschieden werden. Wo die dazu notwendige »kritische Menge« rechtsdogmatischer Begriffe und Problemstellungen fehlt, kommt dieser Prozeß nicht oder nicht rasch genug in Gang, und die Rechtsentwicklung bleibt voll und ganz dem gesetzgeberischen (oder auch richterlichen) Prozeß der Produktion von Rechtssätzen überlassen.

IX.

Soziale Systeme können nicht wertspezifisch oder unifunktional ausgerichtet werden. Nimmt man die Gerechtigkeit als perfekte Wertidee, kann sie nicht das einzige Kriterium des Rechtssystems sein. Man hat ihr in der Antike die Idee der Billigkeit, in der

Neuzeit die Idee der Rechtssicherheit als Korrektiv gegenüberstellt. Der Wandel dieser Gegenideen im Übergang zur neuzeitlichen bürgerlichen Gesellschaft ist symptomatisch dafür, daß die Problemstellung abhängt von den Strukturen des Gesellschaftssystems und seiner evolutionären Lage. Wenn dem so ist, genügt die bloße Kontrastierung zweier Leitgesichtspunkte nicht - weder um den Zusammenhang mit der Gesellschaftsentwicklung zu analysieren, noch als Entscheidungsgrundlage im Rechtssystem selbst. Eine systemtheoretische Umformulierung des Gerechtigkeitsproblems kann auch hier weiterhelfen.

Wir beginnen mit der Analyse der Problemformel Rechtssicherheit⁷⁵. Sie bezieht sich, wie das Recht selbst, letztlich auf die Notwendigkeit, über kontingentes Verhalten Erwartungen zu bilden. Zur Erfüllung dieser Funktion wird in höher entwickelten Gesellschaften ein Rechtssystem ausdifferenziert, das über Rechtsfragen bindend entscheiden kann. In der Form des Bezugs auf ein solches Rechtssystem kann die Disjunktion von Recht und Unrecht dem Erleben der unmittelbar Betroffenen entzogen, versachlicht, situations- und enttäuschungsunabhängig gemacht werden. Sie wird *universell* gesetzt, wenn und soweit sichergestellt ist, daß über *jede* Handlung bei (unvorhersehbarem) Bedarf eine Rechtsentscheidung herbeigeführt werden kann⁷⁶. In der gesell-

⁷⁵ Vgl. Franz-Xaver Kaufmann, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem: Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften, Stuttgart 1970. Zu beachten ist, daß die erste Stufe dieses Wandels - terminologisch unter »certitudo jurisprudentiae« laufend - im 16. Jahrhundert genommen wird als Reaktion auf die konfessionellen Bürgerkriege und als Versuch, ein von der prudenziellen Ethik der Gerechtigkeit und Billigkeit unabhängiges Fundament der Rechtspflege zu gewinnen. Vgl. dazu Hans Erich Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, in: Jürgen Blühdorn / Joachim Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert, Frankfurt 1969, S. 63-88. Diese Wendung war noch keine Reaktion auf die Faktizität der *bürgerlichen Gesellschaft*; sie ging ihr voran. Sie konnte deshalb auf der Ebene eines Problems bloßer Erfahrungsgewißheit formuliert werden. Das besagt »certitudo«. Die Umorientierung der Problemstellung von (Erkenntnis-) *Gewißheit* auf (Handlungs-) *Sicherheit* findet, wie Kaufmann, a.a.O., S. 89 ff. im Anschluß an Dewey zeigt, erst im 20. Jahrhundert statt, also erst als Reaktion auf die Auswirkungen und Folgeprobleme der bürgerlichen Gesellschaft. Ältere Belege lassen sich finden - vgl. z. B. die Zusammensetzung des Glücks aus pleasure und security bei Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (hrsg. von J. H. Bums und H. L. A. Hart), London 1970, S. 34 -, bleiben aber vereinzelt.

⁷⁶ Diese Formulierung bezieht den Begriff der Universalität bewußt nicht auf die

schaftlichen Umwelt des Rechtssystems setzt das einen durch außerrechtliche Strukturen (z. B. Bildung, Schichtung, Vermögen, moralische Rücksichten, physische Gewalt) nicht beschränkten allgemeinen und gleichen Zugang zur Rechtsentscheidung voraus. Innerhalb des Rechtssystems wird dieses Erfordernis durch das Verbot der Justizverweigerung abgesichert".

Das Syndrom dieser Bedingungen (Rekonstruktion unbestimmter Kontingenz durch die Disjunktion von Recht und Unrecht; Entscheidbarkeit; Universalwerden dieser Disjunktion; Minimierung der Rechtsverweigerung und Verbot der Justizverweigerung) kann unter dem Begriff der Rechtssicherheit zusammengefaßt und als perfektionierbar gedacht werden. Damit überspielt man zahlreiche strukturelle und praktische Hindernisse, die einer Realperfektion entgegenstehen. Das gilt vor allem für die gesellschaftsstrukturellen Gründe, die einen beschränkten und ungleichen Zugang zur Rechtsentscheidung bewirken"; ferner für die Tatsache, daß ein Verbot der Justizverweigerung stets ein mehr oder weniger hohes Maß an filternder Rechtsverhinderung im Vorfeld der Justiz voraussetzt. Über solche Gegebenheiten setzt sich der Perfektionsanspruch hinweg. Das ist im Prinzip seit alters bekannt und in der Idee der Perfektion gleichsam impliziert.

In Wirklichkeit liegt das Problem komplizierter. Was nicht hinreichend bedacht wurde, ist die bereits erwähnte Rekonstruktion von Kontingenz als *Recht oder Unrecht*. Danach kann Sicherheit in

Geltung (oder gar die allgemeine Anerkennung) von *Rechtsnormen*, sondern auf die *Disjunktion von Recht und Unrecht*. Dies geschieht in der Absicht, die Einheit der Rechtsordnung als Rekonstruktion und Bestimmung von Kontingenz zu begreifen - also nicht nur als Zusammenhang von Rechtsnormen, sondern als Struktur eines Verhaltens, das entweder die Form von Recht oder die Form von Unrecht annehmen kann. Eine *Theorie* des Rechts setzt deshalb *Indifferenz* in bezug auf Recht oder Unrecht voraus - so wie Logik Indifferenz in bezug auf das Wahre oder Falsche.

81 Dessen theoretischer Stellenwert wird selten so klar und so grundsätzlich gesehen wie von Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel 1970, insb. S. 49, 108 f.

82 Für die Soziologen ist offensichtlich, daß nahezu jede außerrechtliche Gesellschaftsstruktur - nicht nur Schichtung, sondern auch die Moralität kleiner Gruppen, nicht nur Rassenunterschiede, sondern auch Unterschiede der beruflichen Überlastung - den Zugang zur Rechtsentscheidung diskriminieren; und daß die gleichen Strukturen ihn je nach Thematik erleichtern oder erschweren, Angehörige höherer Schichten z. B. eher Ansprüche des öffentlichen Rechts durchsetzen, aber weniger geneigt sind, Strafanzeigen zu erstatten.

zwei verschiedenen Formen erreicht werden: als *Rechtssicherheit* und als *Unrechtssicherheit*. Rechtssicherheit läßt sich daher nur zusammen mit Unrechtssicherheit gewährleisten. Eben deshalb, weil sie auch Unrechtssicherheit schafft, ist diese Gewährleistung ein Problem, dessen adäquate Lösung die Ausdifferenzierung eines Rechtssystems und rechtlich geregelter Entscheidungsverfahren erfordert. Nur so kann vermieden werden, daß die Verteilung von Rechtssicherheit und Unrechtssicherheit mit anderen Gesellschaftsstrukturen - etwa mit Schichtung* oder mit Verfügung über eigene Gewaltmittel oder mit moralischen Überzeugungen - korreliert und so vorweg die Chancen, im Recht bzw. Unrecht zu sein, unabhängig von den eigenen Handelnsentschlüssen ungleich verteilt⁸³. Die Funktion des Rechts hängt aber davon ab, daß jedermann jederzeit zumindest die *Möglichkeit* hat, rechtmäßig zu handeln. Will man aber strukturell vorgezeichnete *Unrechtssicherheit* vermindern, muß man *Rechtsunsicherheit* steigern, zumindest ihre Steigerung in Kauf nehmen, indem man die Verteilung von Recht und Unrecht abhängig macht von dem Ergebnis eines Entscheidungsverfahrens und alle Vorfilter des Zugangs zum Verfahren abbaut⁸⁴. In dem Maße, als die Sicherheit nur durch das Recht selbst gewährleistet werden soll, wächst aber auch ihre Gefährdung durch alle Bemühungen, auf der Systemebene des Rechtssystems adäquate Komplexität, Interdependenz und Variationstempo zu steigern.

Nach all dem reicht es nicht aus, lediglich die verabsolutierten Leitideen zu kontrastieren, von einem Wertkonflikt zu sprechen

83 Instruktiv hierzu die (allerdings unter anderen Kategorien abgefaßte) Analyse der Stellung von Lehrlingen durch Gerd Spittler, Norm und Sanktion: Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus, Olten-Freiburg/Brsg. 1967. Vgl. auch ders., Probleme bei der Durchsetzung sozialer Normen, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), S. 203-225, insb. die Ausführungen über Sanktionsmodus und Legitimität bei den Hausa.

84 Generell wird man sagen können, daß das Gesellschaftssystem binäre Schematisierungen bestimmter Funktionsbereiche nur tolerieren kann, wenn sie nicht zu stark mit jeweils extrafunktionalen Strukturen korrelieren. Das gilt auch für den Schematismus von Wahrheit/Unwahrheit oder für Eigentum/Nichteigentum.

85 Solche Vorfilter können in lokalen Machtverhältnissen liegen, aber auch in moralischen Codes und in der Rechtsauffassung selbst. Vgl. Bernard S. Cohn, Anthropological Notes on Disputes and Laws in India, American Anthropologist 67 (1965), S. 82-122; Hahm, a.a.O. (1967); David I. Steinberg, Law, Development, and Korean Society, Journal of Comparative Administration 3 (1971), S. 215-256.

und dann einen Kompromiß dadurch zu suchen, daß man die Ansprüche an Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Einzelfall auf ein Normalmaß heruntertransformiert. Die Darstellung des Problems als Wertkonflikt ist banal und ohne Bedeutung für die Entscheidungsfindung. Wenn man den komplexen Charakter des Anspruchsniveaus in bezug auf Gerechtigkeit und Rechtssicherheit beachtet, läßt sich auch der Grund ihres Divergierens deutlicher herausarbeiten. Er hegt in einem signifikanten Unterschied des Gebrauchs von Negationen.

Rechtssicherheit im Rechtssystem wird durch das *Verbot der Justizverweigerung* normiert⁸⁶ - das heißt in der Form der Negation einer Negation. Recht ist in diesem Prinzip in ähnlicher Weise unnegierbar gesetzt wie in der Idee perfekter Gerechtigkeit, aber mit anderen Konsequenzen. Das Entscheiden selbst wird der Negierbarkeit entzogen. Alle Negationen müssen daher die Form von Entscheidungen annehmen, die als Form nicht-negiert werden kann. Damit wird *alles* als juristisch entscheidbar postuliert; selbst ein Begehren ohne Vorliegen von Prozeßvoraussetzungen, etwa ohne Rechtsschutzinteresse, wird noch in der Form einer Entscheidung abgewiesen⁸⁷. Das Rechtssystem versteht sich nicht nur als *universell*, sondern auch als *vollständig* relevant; es definiert nicht nur Rechtssätze und Sachverhalte, sondern einen Aspekt der Welt selbst, eine »Sonderwelt« im Sinne von Husserl oder Schütz⁸⁸ unter spezifischen Gesichtspunkten; es operiert nach Maßgabe bestimmter Regeln in einem unabschließbaren Entscheidungshorizont. Das hat Konsequenzen für den Gebrauch von Negationen. In einem System, das unter Entscheidungszwang steht, müssen Nega-

86 Dieser Zusammenhang ist nicht unbestritten geblieben. Ekkehard Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot, Zeitschrift für Zivilprozeß 81 (1968), S. 79-102 (98 f.), weist mit Recht darauf hin, daß der Zwang zur Entscheidung unklarer Rechtsfragen einen ausgesprochenen Unsicherheitsfaktor in sich berge. Dieser Hinweis bestätigt die oben behandelte Mehrschichtigkeit des Problems, nämlich die Notwendigkeit, Rechtssicherheit über die Steigerung von Rechtsunsicherheit zu erreichen.

87 Zu den rechtsdogmatischen Konsequenzen dieser Errungenschaft kann hier nicht Stellung genommen werden. Zu ihrer historischen Entwicklung gehört die Umstellung vom aktionenrechtlichen Denken der Römer auf die Systematisierung materiellrechtlicher Anspruchsgrundlagen in der Pandektistik. Siehe hierzu und zum Zusammenhang mit der staatlichen Garantie der Einheit des Rechts Eugen Ehrlich, Die juristische Logik, 2. Aufl. Tübingen 1925.

88 Hierüber orientiert Werner Marx, Das Problem der Sonderwelten bei Husserl, Festschrift für Bernhard Lakebrink, Freiburg 1969, S. 167-180.

tionen auch dann gebraucht werden, wenn ihre Konsistenz nicht gesichert ist. Wir hatten (oben S. 394 ff.) gesehen, daß ein konsistenter Gebrauch von Negationen nur praktiziert werden kann, wo hinreichende Klarheit über das besteht, was eliminiert wird. Das Justizverweigerungsverbot erzwingt aber, sofern es ohne Vorfiltrierung durchgeführt wird, Entscheidungen auch in Fällen, in denen solche Klarheit nicht besteht und entscheidungstechnisch nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand erreicht werden kann. Aus diesem Grunde kann ein System, das Entscheidungen nicht verweigern kann, nicht die Konsistenz seines Entscheidens garantieren". Es verliert die Kontrolle über seine eigene Komplexität (sofern es nicht Wege erfindet, die Entscheidungslast doch zu kontrollieren") und muß sein Anspruchsniveau in bezug auf Gerechtigkeit senken.

Im Anschluß hieran läßt sich der Prinzipienkonflikt von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit systemtheoretisch reformulieren. Gerechtigkeit erfordert Entscheidungsbeschränkungen, welche die Konsistenz- und Eliminierungskontrolle der im System gebrauchten Negationen ermöglichen. Diese Beschränkungen können liegen in sozialstrukturellen Filtern des Zugangs zum Rechtssystem, in systeminternen Entscheidungserleichterungen (insbesondere Abweisung aus formalen Gründen), aber auch ganz allgemein in der »Nachschaltung« des Rechtssystems im Anschluß an soziale Konflikte, in denen die normalen gesellschaftlichen Regelungsmechanismen versagen". Rechtssicherheit erfordert abstrakte Entscheidungsfähigkeit für einen nicht vorweg regulierbaren Problemfall; sie erfordert einen Abbau jener sozialstrukturellen und systeminternen Barrieren, auf denen - entscheidungstechnisch gesehen - Gerechtigkeit beruht. Lediglich die »Nachschaltung« des Rechtssystems scheint ein Entlastungsmechanismus zu sein, der beiden Anforderungen genügt - solange man das Rechtssystem im wesent-

89 Anders Ballweg, a.a.O., S. 109, der im Gebot der Widerspruchsfreiheit eine Folge des Verbots der Justizverweigerung sieht. Das wäre nach der Logik der Perfektion, nicht aber nach der Logik des Entscheidens der Fall.

90 Das geschieht typisch durch Zulassung von Entscheidungstypen, die inhaltlich nicht unter Konsistenzgebot stehen, weil sie z. B. Ansprüche aus formalen oder prozessualen Gründen abweisen. Zu den mehr soziologischen Aspekten vgl. Lawrence M. Friedman, Legal Rules and the Process of Social Change, Stanford Law Review 19 (1967), S. 786-840.

91 Diesen Gesichtspunkt betont Ballweg, a.a.O., S. 101 ff., 109.

liehen als Justizsystem versteht und die Möglichkeitserweiterungen und Konsequenzen der Positivierung des Rechts nicht einbezieht.

Mit der zunehmenden Komplexität und Variabilität der Gesellschaft, mit wachsendem Entscheidungsdruck und vor allem mit der real vollzogenen Positivierung des Rechts wird diese Diskongruenz von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit sich verschärfen. Die Kluft zwischen gesellschaftlich erforderlicher und entscheidungstechnisch adäquater Komplexität des Rechtssystems nimmt zu. Ob rechtstechnische Mittel bekannten Stils zu seiner Lösung entwickelt werden können, ist fraglich. Eher zeichnen sich globale Tendenzen der Entrechtlichung ab, die das Problem gesamtgesellschaftlich diskontieren, nämlich eine Verschiebung des Sicherheitsproblems aus der Rechtssicherheit in die Funktionssicherheit und eine Verschiebung des Gerechtigkeitsproblems in die Politisierung gesellschaftlichen Wachstums. Wenn es gesamtgesellschaftliche Tendenzen dieser Art gibt, wird die Rechtstheorie ihnen nicht entgegenwirken können. Sie sollte aber wenigstens in der Lage sein, die Konsequenzen im Rechtssystem auf adäquatem begrifflichen Niveau zu formulieren. Und eine Möglichkeit wäre, den gesamtgesellschaftlich erforderlichen Prozeß des Umdenkens von Perfektion auf Entwicklung mitzuvollziehen.

X.

Wir fassen zusammen. Unsere Gedankenführung hängt ab von einer systemtheoretischen Fragestellung, nämlich von der Unterscheidung der gesellschaftlich geforderten und der im Rechtssystem erreichbaren adäquaten Komplexität. Ältere Gesellschaften waren seit ihrer politischen Konstituierung durch das Recht integriert worden. Ihre Perfektionsvorstellung kulminierte in der Idee der Gerechtigkeit. In dieser Idee lag zugleich das Postulat, daß die volle Komplexität des Gesellschaftssystems repräsentierbar und in adäquat-konsistentes Entscheiden übersetzbar sei. Diese Vorstellung ist in einer zunehmend komplexer werdenden Gesellschaft nicht mehr haltbar. Damit verliert die Auffassung der Gerechtigkeit als Perfektion des Gesellschaftssystems ihre Realisierungsaus-

sieht und ihre Überzeugungskraft. Mit dem Durchbruch zur bürgerlichen Gesellschaft wird in den zeitgenössischen Gedankenbewegungen des 17./18. Jahrhunderts die *Selbstbegründung der Perfektion* übertragen auf *Reflexion*, die *Selbstbestimmung der Perfektion* übertragen auf *Evolution*. Hält man danach die Vorstellung der Realität als Perfektion fest, wird sie zur Ideologie - diesen Begriff im Sinne von Parsons genommen als Komplex von Wertgrundlagen, die durch den gesellschaftlichen Wandel überholt sind, wegen ihrer Konsensfähigkeit aber festgehalten werden. Die Gerechtigkeit degeneriert damit zu einer moralischen oder einer politischen Idee, die in den Entscheidungsprogrammen der Rechtswelt keine Entsprechung hat. Soll man es mit Kelsen dabei belassen?

Daß darin eine Option steckt, wird nur sichtbar, -wenn sich eine Alternative abzeichnet. Diese könnte darin bestehen, den Gedanken der Gerechtigkeit zu rekonstruieren als Sonderwert für die internen Anforderungen eines Teilsystems der Gesellschaft. Die gesamtgesellschaftliche Kompatibilität eines solchen Sonderwerts kann dann nicht mehr in ihm selbst oder in seinem Anspruch auf Perfektion gesucht werden. Die Frage stellt sich: Wieviel Gerechtigkeit kann eine Gesellschaft sich leisten?

Die Suche nach einer Antwort auf diese Frage erfordert eine Orientierung an der gesellschaftlichen Funktion des Rechts. In der Funktion eines Teilsystems liegt das Maß und die Grenze seines Anspruchs auf Autonomie. Eine weitere Präzisierung des Anspruchsniveaus in bezug auf Gerechtigkeit wird daher abhängen von einer Spezifikation der Funktion des Rechts. Dies setzt auf der Ebene wissenschaftlicher Forschung funktional orientierte rechtssoziologische Analysen voraus. Insofern ist die Entwicklung einer Rechtstheorie auf Rechtssoziologie angewiesen - also nicht nur in dem Sinne, daß der Rechtsetzer und Rechtsanwender Weltkenntnis besitzen müsse und mit Hilfe der Soziologie gewinnen könne (was mehr als fraglich ist); sondern in dem Sinne, daß eine Präzisierung rechtstheoretischer Begriffe in höchsten Abstraktionslagen eine Präzisierung soziologischer Begriffe in entsprechenden Abstraktionslagen voraussetzt. Interdisziplinäre Kontaktfähigkeit ist für die grundbegriffliche Struktur der Disziplinen erforderlich, in ihren Einzelerkenntnissen und Anwendungen dagegen weder durchgehend notwendig noch mit Arbeitsteilung

und sachlicher Spezialisierung vereinbar⁹². Damit hängen zwar die Bezugspunkte der Problemformulierungen, nicht aber die Problemlösungen der Rechtswissenschaft von den anderen Sozialwissenschaften ab.

92 Vgl. hierzu auch Niklas Luhmann, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, in diesem Band, S. 273 ff.

Kapitel 16

Selbstreflexion des Rechtssystems Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive

I.

Die Gedankenentwicklungen, mit denen das Rechtssystem Entscheidungserfahrungen speichert und zur Wiederverwendung aufbereitet, haben zunächst eine Schicht von Begriffen und dogmatischen Theorien hinterlassen, deren Kenntnis im Rechtsbetrieb vorausgesetzt werden muß. Diese Ebene der dogmatischen Begrifflichkeit soll im folgenden ausgeklammert bleiben. Sie ist unbestreitbares Attribut jeder verfeinerten Rechtskultur und jedes ausdifferenzierten Rechtssystems, aber sie ist (zumindest nach heutiger Auffassung) nicht der letzte Kulminationspunkt des Rechtsdenkens. Mit Rechtstheorie wird im allgemeinen eine Metaebene überdogmatischer Begrifflichkeit bezeichnet, auf der Eigenart und Autonomie und vielleicht universelle Formen des Rechts reflektiert werden können, unabhängig von den Besonderheiten der einzelnen Rechtsordnungen¹. Aber was ist der Realitätsbezug oder die Realität dieser Metaebene Rechtstheorie? Wie kann man sich erklären, daß sie vorkommt, weshalb sie vorkommt und wie sie mit anderen Strukturen des Gesellschaftssystems korreliert?

Eine solche Frage nach der Realität einer Reflexionsebene stellt sich nicht, solange man Rechtstheorie ausschließlich im Kontext von wissenschaftlichen Bemühungen um Erkenntnis des Rechts verortet. Es handelt sich dann um eine Möglichkeit wissenschaftlicher Forschung unter anderen, die im Prinzip jederzeit aufgegriffen werden kann und ihre eigene Realität ihrem Gegenstand verdankt. Wahre Erkenntnis braucht, mit anderen Worten, ihre eigene

¹ Vgl. z. B. Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel 1970; Aleksander Peczenik, *Towards a Juristic Theory of Law*, in: *österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 21 (1971), S. 167-182; Werner Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis: Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung*, Wien-New York 1978, insb. S. 210 ff.

Realität nicht mehr eigens zu reflektieren. Sie formuliert, wenn ihr Gegenstand menschliche Praxis ist, ihr Sonderproblem als ein Verhältnis von Theorie und Praxis und verlangt in diesem semantischen Kontext von der Praxis theoriegeleitete Orientierung und von sich selbst als Theorie Praxisbezug². Wenn es raffiniert zugeht, wird auf Seiten der Theorie und ebenso auf seiten der Praxis das Theorie-Praxis-Verhältnis als ganzes nochmals reflektiert. Aber damit sind die Möglichkeiten, die von diesem Ausgangspunkt her sich entfalten lassen, auch erschöpft.

Bei einiger Sensibilität für Theorieentwicklungen der neueren Zeit kann man jedoch erkennen, daß dieser Ausgangspunkt nicht nur in seinen Anschlußüberlegungen steril geworden ist, sondern auch als Prämisse bereits untergraben wird. Es kommt zwar nicht zu einem Frontalangriff auf die Wissenschaftlichkeit der Rechtstheorie, und ein solcher ist auch nicht nötig, da schließlich alles Gegenstand von Wissenschaft sein kann. Aber es gibt außerhalb des normalen Blickfeldes von Rechtstheoretikern Forschungsentwicklungen, die möglicherweise Anpassungen, ja tiefgreifende Modifikationen ihres Selbstverständnisses erzwingen werden. Ich denke einmal an das rasch zunehmende Interesse an selbstreferentiellen Strukturen in realen Systemen, also nicht nur im »erkennenden Subjekt«; und zweitens an neuartige Koalitionen von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftsgeschichte und Wissenschaftssoziologie, die sich teils aus Aporien der Wissenssoziologie älteren Typs, teils aus wissenschaftstheoretischen Entwicklungen selbst (Kuhn, Lakatos) ergeben haben. Wieso ist all das aber rechtstheoretisch relevant?

Die Betroffenheit der Rechtstheorie ergibt sich daraus, daß jetzt die Frage nach ihrer eigenen Realität gestellt werden kann, ja gestellt werden muß. Wissenschaftlichkeit immer zugestanden - aber sie ist keine sichere Rückzugsposition mehr, von der aus man die Frage nach der gesellschaftlichen Realität der eigenen Bemühungen vermeiden oder mit Hinweis auf den Realitätshegemonie, auf die Wahrheit der Resultate erledigen könnte. Denn einerseits gibt es schon wissenssoziologische Analyse von Wissenschaftlichkeit³, und ande-

² Vgl. etwa Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 37 ff.

³ Wie wenig überzeugend die Vorstellungen vorerst auch noch sind. Vgl. z. B. Norbert Elias, Sociology of Knowledge: A New Perspective, in: Sociology 6 (1971), S. 149-168; 355-370; Roger G. Krohn, Wissenssoziologie und Wissenschaftssoziolo-

rerseits ist der Vollzug von Reflexion noch kein Anhaltspunkt dafür, daß dies außerhalb von Realität, gegenüber der Realität oder sonstwo in Bereichen extramundaner Subjektivität geschehe. Es gibt nicht nur Tendenzen zu einer sozialwissenschaftlichen »coscienciologia«, um diesen italienischen Ausdruck zu übernehmen; es gibt Forschungen über selbstreferentielle, sich am Bezug auf sich selbst steuernde Realität. Der Fall Wissenschaft ist in dieser Hinsicht nur einer unter anderen. Also kann man auch fragen: Ist Rechtstheorie die selbstreferentielle Realität des Rechts? Und ist sie das nur als Wissenschaft, nur sofern sie den Kriterien der Wissenschaftlichkeit genügt, nur sofern sie nach den Regeln der Wissenschaftstheorie wahre Sätze erzeugt? Oder gibt es Reflexionsprobleme im Recht selbst, so wie es auch Reflexionsprobleme in der Wissenschaft gibt, ohne daß die einen sich auf die anderen zurückführen lassen?

Wir wollen für diese Fragen im folgenden eine Antwort suchen, und zwar mit systemtheoretischen Mitteln. Dabei können wir die Systemanalyse nicht nur auf das Rechtssystem, wir müssen sie auch auf das umfassende Gesellschaftssystem beziehen, weil erst die Relation beider uns zu einer befriedigenden Behandlung des Problems verhilft.

II.

Bei der Analyse der modernen Gesellschaft stößt die Systemtheorie an vielen Stellen auf eigentümliche Reflexionsverhältnisse. Es handelt sich um Systeme, die selbst eine Theorie über sich selbst entwickeln. Die Theorie ist dann Teil des Systems, dessen Theorie sie ist. Sie bezieht sich auf das System, dessen Teil sie ist. Die psychologische These einer »implicit personality theory« gibt ein gutes Beispiel dafür. Die Wissenschaftstheorie wäre ein weiteres Beispiel aus dem Bereich sozialer Systeme; denn die Wissenschaftstheorie will selbst Wissenschaft sein, bezieht ihre eigentümliche

gie: Entwicklung eines gemeinsamen Untersuchungsrahmens, in: Nico Stehr / René König (Hrsg.), Wissenschaftssoziologie: Studien und Materialien, Opladen 1975, S. 79-99.

4 Francesco Remotti, Tendenze autarchiche nell'antropologia culturale italiana, in: Rassegna italiana di sociologia 19 (1978), S. 183-226 (209 ff.).

Funktion aber daraus, daß sie nicht die ganze Wissenschaft ist, sondern nur ein Teil. Es muß sogar sehr viel wissenschaftliche Forschung außerhalb von Wissenschaftstheorie geben, damit es sich lohnt, eine Wissenschaftstheorie zu entwickeln. Nach weiteren Fällen braucht man nicht lange zu suchen. Die Theologie übernimmt eine ähnliche Funktion für das Religionssystem, die Pädagogik für das Erziehungssystem'. Und ist nicht auch die Wirtschaft (und nicht nur: die Wirtschaftswissenschaft) vor Adam Smith eine andere als nach Adam Smith, vor Keynes eine andere als nach Keynes, weil die Theorie, was immer sie wissenschaftlich leisten mag, auch Teil des Systems ist, das sie zu ihrem Gegenstand macht?

Diese Beispiele legen es nahe, analog dazu auch die Rechtstheorie als denjenigen Teil des Rechtssystems anzusehen, der das ganze reflektiert. Damit würde sich die Frage nach der Realität der Reflexionsebene Rechtstheorie beantworten lassen, und zwar anders als durch bloßen Verweis auf Wissenschaftlichkeit. Arbeit an Rechtstheorie wäre ein Teilsystem desjenigen Systems, das für die Betreuung von Rechtsangelegenheiten ausdifferenziert ist⁵. Und außerdem wären Vergleichsmöglichkeiten gewonnen, mit deren Hilfe man allgemeine Rahmenvorstellungen für die Entwicklung von »Theorie des Systems im System« ermitteln könnte.

Bei übergreifenden Betrachtungen fällt als erstes die *selbstreferentielle Struktur* des Sachverhalts auf. Das reflektierende Teilsystem kann das umfassende System nicht vergegenständlichen, ohne sich selbst als Teil seines Gegenstandes mitzuerfassen. Die Vergegenständlichung des Gegenstandes wird zum Prozeß im Gegenstand selbst. Jeder Versuch, den Gegenstand zu begreifen, ändert also diesen selbst, die Aufgabe kann nicht zu Ende geführt werden, sie hat kein Ziel (etwa: wahre Resultate), dessen Erreichen einen Abschluß bedeuten würde, keine eingebauten Stoppregelein, keine Teleologie. Das genügt für manche schon, um eine solche Problemstellung aus logischen Gründen für verfehlt zu erklären. Demgegenüber muß man sich jedoch nach dem Vorgang von Kant auf die pure Faktizität des Sachverhalts berufen. Es gibt selbstreferentielle

5 Für den zuletzt genannten Fall ausführlicher Niklas Luhmann / Karl Eberhard Schorr, *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem*, Stuttgart 1979.

6 Vgl. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechtssystems*, in diesem Band, S.,jfi.

Systeme, und man kann Fakten nicht deshalb bestreiten oder ignorieren, weil sie den Erfordernissen der Logik nicht genügen. Man muß sich allerdings fragen, wie solche Systeme (und solche Theorien) ohne Logik zurechtkommen⁷.

Der typische Ausweg scheint zu sein: daß *Abschlußprobleme* offen gelassen und marginalisiert werden. Oder daß sie mit Zusatztheorien bedient werden, für die es nur eine Notrechtfertigung gibt. So muß die Pädagogik, wenn sie Lernen von Lernfähigkeit als letzten Sinn von Erziehung proklamiert, sich fragen, ob denn alles, auch Delinquenz, auch Resignation, auch menschliche Verhärtung eingeschlossen ist, sofern es nur gelernt wird. Sie muß dann entsprechende Zusatztheorien anschließen, die gesellschaftliche Beschränkungen symbolisieren und ihnen eine Form geben, die auf den Erziehungsprozeß beziehbar ist. Daß Beliebigkeit und Limitation dann ihrerseits nochmals vermittelt werden müssen, kann zugestanden werden; aber zugleich wird man sich fragen, ob und in welchen Hinsichten Entscheidungen in dieser Abstraktionslage noch relevant sind. Weiter unten soll an einer Fallanalyse (Positivismus/Naturrecht) gezeigt werden, daß die Bedingungen dafür auch historisch variieren.

Ein weiterer Punkt betrifft die *Ausdifferenzierung des reflektierenden Systems im System* bzw. die *Ausdifferenzierung seiner Theorie*. Hier müssen wir zwischen Selbstreferenz und Reflexion unterscheiden. Während Selbstreferenz in dem allgemeinen Sinne, daß sich Prozesse des Systems immer auch auf andere Prozesse desselben Systems (und nie nur auf die Umwelt) beziehen, für alle Systeme sinnhaften Handelns charakteristisch ist, muß die systeminterne Ausdifferenzierung, arbeitsteilige Absonderung und gesonderte Bearbeitung von Selbstreferenz besonderen Anforderungen genügen. Sie muß sich, und das nennen wir dann *Reflexion*, auf die Identität des Systems beziehen, dem sie angehört, und nicht nur schlicht auf die laufend sich verschiebenden Kontaktnotwendigkeiten im System, etwa auf das Abstimmen verschiedener Entscheidungen über Regeln und Präzedenzwirkungen. Reflexion ist, mit anderen Worten, eine Form konzentrierter Selbstreferenz. Sie erfordert eine Engführung der Informationsverarbeitungsprozesse

7 An dieser Stelle wäre auch die Frage nach einer für solche Systeme adäquaten Logik einzuhängen. Wir lassen sie außer acht, weil uns schon die Vorfrage einer ausreichenden Klärung des Sachverhaltes selbst hinreichend beschäftigen wird.

auf bestimmte Zentralprobleme hin, durch deren Lösung das System sich identifiziert. Diese Engführung ist Voraussetzung dafür, daß in einem System auf Theorie des Systems spezialisierte Teilsysteme sich bilden können. Nur wenn dieser Konzentrationsprozeß genügend Anhaltspunkte findet, kann er die Ausdifferenzierung besonderer Bemühungen focussieren. Und auch das mag von historischen Bedingungen abhängig sein.

Hiernach muß es historische wie strukturelle Bedingungen dafür geben, daß sich selbstreferentielle Aspekte des Alltagslebens zu Reflexion verdichten und als Teilsysteme ausdifferenzieren lassen. Wir vermuten diese Bedingungen jeweils im Verhältnis von System und Umwelt. Das ist sicher eine noch viel zu allgemeine Formulierung; sie reicht aber aus, um die Hypothese anzuschließen, daß die Form gesellschaftlicher Differenzierung historisch und strukturell der wesentliche Auslösefaktor für Reflexionsleistungen in den gesellschaftlichen Teilsystemen, unter anderem im Rechtssystem, ist; denn die Form gesellschaftlicher Differenzierung verfügt über das, was für die Einzelsysteme in der Gesellschaft Umwelt sein kann. Wir kommen darauf zurück (unter V.).

Im Rahmen unserer allgemeinen Überlegungen bedarf weiter der Zusammenhang von Reflexion und Geschichte noch einiger ergänzender Bemerkungen. Aus dem Grundkonzept der »Theorie des Systems im System« folgt, daß eine Änderung dieser Theorie zugleich das System ändert, auf das sie sich bezieht. Theoriefortschritt ist daher nicht einfach die Verbesserung der Erkenntnislage in bezug auf einen unabhängig von ihr vorhandenen Gegenstand; sondern sie bewirkt ein Neuarrangieren der Reflexionsverhältnisse im System, das möglicherweise einer gegebenen historischen Lage besser entsprechen kann. Man müßte demnach, wenn nicht voraus-sagen so doch beobachten können, was im System geschieht, wenn die Theorie des Systems sich ändert. So vermochte, um nochmals dies Beispiel zu nehmen, die Keynessche Geldtheorie die Zentralität des Geldmechanismus als Form der Ausdifferenzierung, der Krisenerzeugung und Krisenbewältigung der Ökonomie zu benennen und entsprach so einem Reflexionsbedarf, der sich auf ein Versagen aller unmittelbar gesamtgesellschaftlichen Erklärungen ökonomischer Phänomene einstellen mußte. In dem Maße, als man in der Wirtschaft nach dieser Theorie zu handeln begann, veränderte sich aber das System, auf das die Theorie sich bezieht. Und die

Frage, ob es sich um eine wissenschaftliche Wahrheit gehandelt hatte oder um einen brillanten Irrtum, verliert an Bedeutung gegenüber der Frage, ob es nun Reflexionstheorien geben kann, die auch sich selbst als Theorie im System noch reflektieren können. Allenfalls auf dieser Metaebene könnte man eine relative Geschichtslosigkeit der Reflexionstheorien erwarten. Aber wäre das dann nicht auch relative Eingriffsferne, relative Belanglosigkeit?

Schließlich wäre zu fragen und im Zuge der Theoriearbeit zu beantworten, was Reflexion überhaupt für ein System bedeutet. Es wäre voreilig, die Antwort mit Hilfe von Hierarchiemodellen zu geben, die nur die Möglichkeit offen lassen, Reflexion als oberste Instanz zu denken und sie mit Funktionen der Steuerung zu identifizieren. Die bisher erörterten Beispiele geben nicht die geringsten Anhaltspunkte für einen solchen unihierarchischen Aufbau. Vermutlich ergibt sich der reale Einfluß von Reflexionstheorien aus der Engführung in den Problemstrukturen selbst, aus einer Art »law of limited possibilities« in komplexen Systemen⁸. In gewissen Zentralproblemen mag es nur noch wenige jeweils plausible Lösungsansätze und andererseits hochgradige Interdependenzen geben, die sich aber wieder auflösen, je weiter man ins Detail geht. So mag es Reflexionstheorien gelingen, Konzepte von bedeutendem Orientierungswert zu entwickeln, ohne daß von ihnen her prognostizierbar wäre oder anweisungsreif gemacht werden könnte, wie praktische Probleme zu lösen sind.

III.

Mit dem nächsten Schritt soll ein Konzept vorgestellt und am Falle der Rechtstheorie erläutert werden, das verdeutlichen könnte, wieso es zu jener Engführung kommt, das heißt zur Focussierung auf einige zentrale Probleme, die dazu Anlaß geben, im System die Identität des Systems zu fixieren. Hierbei gehen wir davon aus, daß jeder Sinn Verweisungen in zeitlicher, sachlicher und sozialer Hinsicht bündelt und daß mit einer analytischen Trennung dieser

⁸ Nach Alexander A. Goldenweiser, *The Principle of Limited Possibilities in the Development of Culture*, in: *Journal of American Folk-Lore* 26 (1913), S. 259-290.

Sinndimensionen in komplexer werdenden Gesellschaften dimensionspezifische Probleme auftauchen. Das soll nicht heißen: daß es ein Zeitproblem, ein Sachproblem und ein Sozialproblem schlechthin gibt. Wenn es das gäbe, wir können diese Frage hier offen lassen, wäre die Reflexion des Gesellschaftssystems dafür zuständig. Vielmehr soll nur gesagt sein, daß ein stärkeres Auseinanderziehen der einzelnen Sinndimensionen Sonderprobleme entstehen läßt, die nicht mehr ohne weiteres durch wechselseitige Interferenz oder durch gemeinsame Grundannahmen gelöst werden können. Für das Rechtssystem wird dies an der Auflösung naturrechtlicher Grundlagen deutlich, die in jeder Dimension jeweils anders ersetzt werden müssen⁹.

In der zunächst notwendigen Abstraktionslage vermag dieser Ansatz kaum einzuleuchten. Auf eine Ausarbeitung der Grundbegriffe soll daher an dieser Stelle verzichtet werden. Wir gehen sogleich zu einer Analyse der Reflexionsprobleme über, die sich ergeben, wenn dem Recht die Absicherung durch eine Natursymbolik entzogen wird.

In zeitlicher Hinsicht wird dann das *Ende der Prozesse* zum Problem. Die juristischen Prozeßtheorien beruhen bis heute durchweg auf teleologischen Grundannahmen. Sie sehen den *Sinn* des Prozesses in einem guten Ende, in wahren Feststellungen und rechtmäßigen Entscheidungen. Das ist jedoch offensichtlich eine Theorie, die die Realität nicht voll abdeckt, sondern nur ihre guten Seiten beleuchtet. Auch fehlerhafte Prozesse *sind* Prozesse, auch rechtswidrige Urteile *sind* Urteile, auch Prozesse, die gar kein Urteil zustandebringen, sondern vorher beendet werden, *sind* Prozesse. Die Institution der Rechtskraft bzw. der Bindungswirkung von Gesetzen und Urteilen unabhängig von Mängeln ihres Zustandekommens trägt dieser Problemlage Rechnung. Soll in der Reflexion die Einheit des Rechtssystems als ganzes erfaßt werden, kann dies nicht einfach außer acht bleiben, zumal es auf der normativen und institutionellen Ebene schon berücksichtigt ist. Kann aber dann die Reflexion des Systems noch mit teleologischen Formeln arbeiten und sich daran halten, daß die Prozesse ein gutes

9 Daß diese Frage nicht verwechselt werden darf mit der zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung von *Verkaltenserwartungen*, die allem Recht zu Grunde liegt, sei hier nur vorsorglich angemerkt. Vgl. hierzu Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Reinbek 1972 Bd. 1, S. 27 ff.

Ende nehmen *sollen*} Genügt diese Auskunft über Normen und gute Absichten? Und setzt nicht gerade sie sich einer relativ vordergründigen »Ideologiekritik« aus?

Das Problem einer das Gute und Wünschenswerte transzendierenden Systemeinheit würde sich nicht stellen, wenn man Prozesse in alter Weise teleologisch denken könnte als Naturprozesse eines nach Perfektion tendierenden Kosmos, die in ihrem guten Resultat kulminieren, wenn sie nicht ausnahmsweise korruptiert werden. Damit hatte man zugleich die Problematisierung der Zeit gestoppt bzw. auf religiös behandelte Themenkomplexe (*aeternitas/aevum/tempus*, Gewißheit des Seelenheils u. ä.) beschränkt. Dieses Konzept von Teleologie ist jedoch bereits im 17. Jahrhundert aufgegeben und durch Problemstellungen ersetzt worden, die Selbstreferenz und positiv gesetzte Endpunkte betonen. Eben dadurch sind neue spezifisch zeitstrukturelle Problemlagen entstanden, die auch die Rechtstheorie berücksichtigen muß. Ein Ende kann seitdem seine eigene Qualität nicht mehr garantieren, und umgekehrt tendieren qualitätssichernde Prozesse, auch »Diskurse«, ins Unbeendbare, wenn sie unter der Bedingung von Selbstreferenz ablaufen sollen.

Man kann heute das Interesse an Teleologisierung als Interesse an Gutsein zwar nachvollziehen, und auch diese Rekonstruktion gehört mit zur Reflexion. Aber die Reflexion kann sich diesem Interesse nicht mehr unterordnen, kann sich dadurch nicht mehr führen lassen, nachdem grundlegendere Probleme der Legitimation aufgeworfen sind. Daher ist eine Theorie rechtsbildender Verfahren gefragt, die das Bemühen um gute Ergebnisse nicht übergeht, die ihr eigenes Begriffsvermögen aber damit nicht abschließt, sondern die laufende Erzeugung von legitimierten Prozeßresultaten erklären kann, die nach den Kriterien des Systems mehr oder weniger zu überzeugen vermögen¹⁰.

Die *Sachprobleme* des Rechts hatten ihrerseits auf Naturrecht und letztlich auf *Gerechtigkeit* verwiesen. Wenn man vom einzelnen Rechtsfall ausgeht, ist klar, daß kein Fall ohne Rücksicht auf

10 Als einen Theorievorschlag, der sich diesen Anforderungen stellt, vgl. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. Darmstadt-Neuwied 1975. Das mit diesem Buch gestellte Problem ist im übrigen weithin nicht verstanden worden, und die Kritik hat deshalb immer wieder nur nach der Legitimation des Legitimationsverständnisses gefragt.

kognitive Zusammenhänge mit anderen Sachlagen entschieden werden kann. Für ausdifferenzierten Rechtsbetrieb heißt dies: daß kein Rechtsfall ohne Rücksicht auf andere Rechtsfälle entschieden werden kann. Für diese Notwendigkeit steht, wenn man von den Evidenzen dessen, was jeweils als »natürlich« gilt, absieht, das Zentralsymbol der Gerechtigkeit ein. Es wird aus diesem Grunde über Gleichheit bzw. Ungleichheit artikuliert. In der älteren Tradition hatte man darin, sei es ein moralisches Gebot an das Recht, sei es eine Art Supernorm des Rechts selbst gesehen, in jedem Falle eine ihrerseits entscheidungswirksame Regel. Die Reflexionslage verschärft sich, wenn bei zunehmender Komplexität des Rechts die Rechtssicherheit einen Eigenwert" gewinnt und schließlich Gerechtigkeitsprobleme in Probleme der *kognitiven Konsistenz von Rechtsentscheidungen ohne feststehenden Bezugspunkt aufgelöst werden*". Dann muß eine Rechtstheorie mit Reflexionsarbeit beginnen, ohne vorweg schon die Antwort zu wissen.

Auch für die *Sozialdimension* entstehen durch Ausdifferenzierung eines immer komplexer werdenden Rechtssystems besondere Probleme, die in der Form von *Bedenken gegen die reine Positivität des Rechts* diskutiert werden. Die Positivität des Rechts wird *gemeinhin* unter dem Gesichtspunkt der Begründung der Geltung des Rechts diskutiert. Damit allein sind jedoch noch keine theoretischen Konturen gewonnen. Zu bedenken ist vielmehr, daß mit der Zulassung von möglichem anderen Recht (das nicht näher spezifiziert ist) und von jederzeitiger Änderbarkeit des Rechts die *Problematik aus der Sachdimension und der Zeitdimension in die Sozialdimension verschoben wird*. Jetzt treten *Attributionsprobleme auf, jetzt wird relevant, wer das Recht macht, und damit wird die Frage akut, wieso man davon ausgehen kann, daß dies auch im Sinne der anderen geschieht*. Dies erklärt den ausgeprägt religiösen Widerstand gegen Konzepte der Konvention (*nomos*) und der

11 So besonders im Europa des 16. und 17. Jahrhunderts. Vgl. dazu Hans Erich Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, in: Jürgen Blühdorn/Joachim Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert, Frankfurt 1969, S. 63-88.

12 Hierzu Niklas Luhmann; Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in diesem Band, S. 374 ff., mit dem darüber hinausgehenden Vorschlag, auf Steigerung der Komplexität abzustellen, die mit kognitiver Konsistenz noch vereinbar ist.

Machbarkeit (techne) in der griechischen Stadt, weil mit diesen Konzepten evident gemacht wird, daß die Religion die Attributionsfrage nicht beantwortet¹³. Letztlich geht es also um die Problematisierung der Sozialdimension des Rechtssinnes, und zwar in sozialen Lagen, in denen die Religion dafür keine Antwort mehr anbietet.

Demnach liegt der Kontrastierung von Naturrecht und positivem Recht mehr zu Grunde als ein Unterschied von Geltungstheorien. Es geht um die Frage, ob ein Recht noch der allgemeinen Zustimmung und des »Rechtsglaubens« sicher sein kann, wenn es nur noch auf Konvention (nomos) und schließlich nur noch auf zuständige Entscheidung gegründet wird. Allem Gemachten sieht man ja an, daß es auch nicht und auch anders hätte gemacht werden können. »Was so vor unsern Augen von Menschenhänden gemacht ist«, meinte Savigny¹⁴, »wird im Gefühl des Volkes stets von demjenigen unterschieden werden, dessen Entstehung nicht ebenso sichtbar und greiflich ist, und wenn wir in unserm löblichen Eifer diese Unterscheidung ein blindes Vorurtheil schelten, so sollten wir nicht vergessen, daß aller Glaube und alles Gefühl für das, was nicht unsres gleichen ist, sondern höher als wir, auf einer ähnlichen Sinnesart beruht«¹⁵.

Die Pandektistik des 19. Jahrhunderts hatte die Positivität, diesem Problem ausweichend, zunächst in die begriffliche Struktur der Rechtsdogmatik verlagern können, weil sie Konsens mit dieser Begriffsarbeit als universelles und nationales Interesse voraussetzen konnte. Die Überführung in Gesetze erschien ihr nur als Kodifikation des richtig erarbeiteten positiven Rechts¹⁶. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hat sich dann gegen die Bedenken

13 Noch klarer ist dieser Zusammenhang, wenn man, ohne auf Attribution abzustellen, Dürkheim folgt und der Auffassung ist, daß das Soziale als Religion symbolisiert wird.

14 Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, Neudruck in: Thibaut und Savigny, Darmstadt 1959, S. 69 ff. (96).

15 Und hier ist mitzulesen, daß »Volk« nicht mehr, wie noch wenige Jahrzehnte zuvor, Unterschicht bedeutet, sondern die Inklusion der Gesamtbevölkerung in das Rechtssystem meint.

16 Vgl. hierzu auch Gerhard Dilcher, Der rechtswissenschaftliche Positivismus: Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 61 (1975), S. 497-528.

Savignys der Gesetzespositivismus als Theorie durchgesetzt, aber nur mit der Note »ausreichend«¹⁷. Es gab und gibt eine Art Zwang, das Faktum der Positivität des Rechts in der Theorie anzuerkennen. Aber dieses Faktum wird durch den »Positivismus« zunächst nur in die Theorie zurückkopiert. Die Konsensprobleme werden an die Politik abgegeben, wo sie in ruhigen Zeiten sicher aufgehoben scheinen. Aber die Frage bleibt, ob die Sozialdimension des Rechts damit überhaupt noch reflektiert ist¹⁸. Die heute übliche Kritik des Positivismus sieht dessen Versäumnisse anders; sie moniert, daß die Frage nach der »Richtigkeit« des Rechts nicht gestellt werde¹⁹. Diese Kritik bleibt indes zu pauschal²⁰, und sie setzt sich der Rückfrage aus, ob Reflexionsdefizite nicht genauer bezeichnet werden könnten.

Zunächst wäre jedoch zu überlegen, ob es überhaupt die Sache rechtstheoretischer Reflexion ist, die Richtigkeit des Rechts zu ermitteln und festzustellen. Muß nicht in der intellektuellen Situation der Gegenwart *jede Propagierung von Richtwerten als Grundlagen einer Theorie zu vorschnellen Optionen verführen?* Und wer, wenn nicht die Reflexion, würde dann die Einheit des Rechts

17 Für rückblickende Würdigungen vgl. etwa Peter von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus: Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Diss. Göttingen 1953, gedruckt Frankfurt 1974; Samuel I. Shuman, Legal Positivism: Its Scope and Limitations, Detroit 1963; Wilfried Löwenhaupt, Politischer Utilitarismus und bürgerliches Rechtsdenken: John Austin (1790-1859) und die »Philosophie des positiven Rechts«, Berlin 1972; Enrico Pattaro, Der italienische Rechtspositivismus von der Wiedergeburt bis zur Krise, in: Rechtstheorie 5 (1974), S. 67-93; Walter Ott, Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, Berlin 1976.

18 Die Darstellung des Textes verkürzt und vereinfacht sehr. Ergänzend muß namentlich auf Versuche hingewiesen werden, das Problem auf eine Theorie der Institutionen umzulagern. Vgl. vor allem Santi Romano, L'ordinamento giuridico, Pisa 1917, Neudruck der 2. Aufl. Florenz 1962; Maurice Hauriou, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze (hrsg. von Roman Schnur), Berlin 1965; Roman Schnur (Hrsg.), Institution und Recht, Darmstadt 1968; Helmut Schelsky (Hrsg.), Zur Theorie der Institution, Düsseldorf 1970; Neil MacCormick, Law as Institutional Fact, in: The Law Quarterly Review 90 (1974), S. 102-129.

19 Vgl. namentlich Hans Ryffel, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, Neuwied 1969; Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. München 1977, S. 486 ff.

19a Vgl. dazu Norberto Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, 2. Aufl., Mailand 1972, S. 77 ff.

bedenken können, von der nicht auszuschließen ist, daß sie auch unrichtiges Recht einschließt, und die vor allem laufend auf unrichtiges Unrecht (was nicht gleichbedeutend ist mit richtigem Recht) abzusuchen ist? Es wäre jedenfalls voreilig, Reflexion sogleich als Zielpunktreflexion anzusehen, also wenn nicht auf der Prozeßebene, so doch auf der Reflexionsebene zu teleologisieren..

Wir lassen diese Frage vorerst offen und schieben zur weiteren Klärung eine Fallstudie ein.

IV.

Nach dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches im Jahre 1945 war es in Deutschland in Rechtslehre und Rechtsprechung zu Bemühungen um eine Wiederbelebung des Naturrechts gekommen. Die Bewegung hat bis in die 60er Jahre getragen, ist dann jedoch verebbt bzw. durch andersartige politmoralische Impulse abgelöst worden²⁰. Die Anlässe, Argumentationen und Resultate dieser Bewegung lassen sich soziologisch analysieren. Man kann dabei Rechtstheorie sozusagen im Arbeitsverhalten beobachten. Und die Leitfragen wären: Was zwingt zu Positionsänderungen? Auf welchen Theorieebenen werden sie eingefädelt und auf welchen Ebenen werden sie wirksam? Wie wirken sich welche Irrtümer aus? Und wie begegnet man der unvermeidlichen Erfahrung, daß semantische Traditionen auf veränderte Verhältnisse nicht mehr ohne weiteres passen?

Der Ausgangspunkt war ein historischer gewesen: Die Erfahrung des Nationalsozialismus hatte die Vorstellung von dem, was möglich ist, erweitert. Grauenhaftes war politisch zugelassen, ja betrieben und rechtlich nicht verhindert worden. Vor diesem Hintergrund hatte sich die Plausibilitätslage der Theorieangebote verschoben. Man mußte sich fragen, ob und wie weit dies Geschehen durch Recht gedeckt gewesen war, und radikaler noch: ob es auch als Recht möglich gewesen wäre. Eine Theorie, die dies behauptet oder ihrer Konstruktion nach nicht eindeutig ausge-

20 Vgl. zusammenfassend und bereits rückblickend: Werner Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt 1962. Ferner etwa Gebhard Müller, *Naturrecht und Grundgesetz*, Würzburg 1967.

schlossen hätte, konnte keine Plausibilität mehr gewinnen. Der »Positivismus« geriet in diesen Verdacht. Denn wenn alles Recht durch Entscheidung in Geltung gesetzt wird, kann dann nicht alles als Recht in Geltung gesetzt werden, sofern es nur so entschieden wird?

Zugleich war die politische Zukunft Deutschlands ungewiß. Das nahm dem »Positivismus« eine zweite Stütze: die Möglichkeit, das Problem der Schranken möglichen Rechts in die Politik zu verlagern und Sicherheit in den Formen der Demokratie anzubieten. Diese hatten 1933 versagt. Sie hätten im übrigen wiederum Rechtsformen sein müssen, deren Änderbarkeit der Positivismus nicht ausschließen konnte. Das Vertrauen in »politisch Unmögliches« war nicht gegeben. Also mußte es Vertrauen in »rechtlich Unmögliches« geben. Dieses Vertrauen konnte die positivistische Doktrin nicht konstruieren. Deshalb drängte es sich auf, zum Naturrecht zurückzukehren.

Auf der Ebene der Theorieformulierzwänge war mithin eine deutlich erkennbare Situation gegeben, die Theorien favorisierte, die rechtsimmanente Limitationalität behaupten konnten. Bei konkreter zielenden Argumenten verließ man jedoch sehr rasch gesicherten Boden. So hält etwa das Argument von Gustav Radbruch und anderen, die positivistische Grundüberzeugung hätte den deutschen Juristen dem Nationalsozialismus wehrlos ausgeliefert, weil sie ihn auf Gehorsam auch ungerechten Gesetzen gegenüber eingestellt hätte²¹, einer näheren Nachprüfung kaum stand. Die laufenden Verstöße gegen die Weimarer Verfassung ab 1933 hätten gerade formal und positivrechtlich denkende Juristen zum Blockieren veranlassen müssen - wenn es auf die Geltungsgrundlage der Rechtsnormen angekommen wäre. Die Umstellung auf nationalsozialistische Rechtsauffassungen wurde jedoch mehr über Verunsicherung des Personals als über Neuregulierung erreicht²². Man sieht auch nicht, wo genau die rechtstheoretische Differenz von

21 Vgl. Gustav Radbruch, Die Erneuerung des Rechts (1947), neu gedruckt in: Maihofer, a.a.O., S. 1-10(2); Hans Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus (1953), neu gedruckt in: Maihofer, a.a.O., S. 322-338 (323); Hermann Weinkauff, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus: Ein Überblick, in: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus Bd. I, Stuttgart 1968, S. 17-188 (182 ff.).

22 Siehe namentlich Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968.

positivistischer und naturrechtlicher Rechtsauffassung hätte entscheidungswirksam werden können und wie vom Naturrecht aus hinreichend rigide Detailzugriffe auf das Recht hätten programmiert werden können. Dazu lassen sich am Normmaterial selbst Naturrecht und positives Recht zu wenig trennscharf auseinanderdividieren.

Wenn diese nur grob skizzierte Beurteilung zutrifft²³, dann belegt sie einen relativ hohen Grad an Ausdifferenzierung einer rein rechtstheoretischen Reaktionsebene im System des Rechts. Auf dieser Ebene fühlt man sich gedrängt, Konsequenzen zu ziehen, die sich anderwärts nicht mit gleicher Klarheit aufdrängen. Die Entscheidungspraxis kann sich zwar naturrechtlicher Argumente bedienen und hat dies nach 1945 vor allem in der Praxis des Bundesgerichtshofs getan²⁴, aber die Grundlagentheorie verliert sich hier schon in Details, von denen nicht sicher auszumachen ist, ob sie nicht auch anders hätten begründet werden können. Deshalb kann die Naturrechtstheorie auch wieder zurücktreten, ohne daß dies zu einschneidenden Änderungen der Judikatur führt. Aber wie ist der Zusammenhang dieser rechtstheoretischen Kontroverse mit der Entscheidungspraxis des Gesetzgebers und der Gerichte dann zu verstehen?

Um erklären zu können, wie eine relativ ausdifferenzierte Ebene rechtstheoretischer Reflexion - und damit: wie Theorie des Systems im System - das Rechtssystem in seiner Entscheidungspraxis beeinflusst, fügen wir zwei Zwischenerwägungen ein. Die eine betrifft Zuständigkeitsverteilungen im Rechtssystem, die andere Inflationen bzw. Deflationen des Rechtes selbst. In beiden Hinsichten ist die rechtstheoretische Differenz von Positivismus und

23 Sie wird heute bei größerer Distanz zum »historischen Anlaß« des Wiederauflebens von Naturrechtstheorien wohl weitgehend geteilt. Siehe z. B. Alessandro Baratta, Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer »naturrechtlichen« Apologie des Rechtspositivismus, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 54 (1968), S. 325-3 50; Günter Ellscheid, Das Naturrechtsproblem in der neueren Rechtsphilosophie, in: Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg-Karlsruhe 1977, S. 23-71 (26 f.).

24 Siehe Hermann Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (1960), in: Maihofer, a.a.O., S. 554-576; Albrecht Langner, Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, Bonn 1959; Hans-Ulrich Evers, Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, in: Juristenzeitung 16 (1961), S. 241-248.

Naturrecht nicht neutral geblieben, und diese Nichtneutralität der Theorie scheint ihre Auswirkungen auf das Rechtssystem nach 1945 vermittelt zu haben.

Bei Rechtspositivismus hatte man vorwiegend an Gesetzespositivismus gedacht. Diese Einschränkung entsprach bürgerlicher Rechtstradition. Im Zeichen des Gesetzes (im Sinne der siegreichen Positivierung des natürlichen Gesetzes) hatte die französische Revolution die bürgerliche Gesellschaft etabliert²⁵. Die Einschränkung war zugleich semantisch bequem, man konnte das Gesetz als Befehl definieren, es auf souveräne Autorität zurückbeziehen und das ursprünglich gemeinte Allgemeine der Natur allmählich vergessen. Eine (unvermeidlich brisante, hochkontingente) theoretische Konzeption von Positivität blieb der neu sich etablierenden bürgerlichen Gesellschaft zunächst erspart.

Entsprechend war nun naturrechtliche Argumentation eher etwas, was für den Richter in Betracht kam, wenn er über Auslegung und Anwendung bzw. Nichtanwendung von Gesetzen zu entscheiden hatte. Mit Hilfe einer Kritik am reinen Positivismus und einer Hinwendung zum Naturrecht konnte daher die Entscheidungslast in ihren spezifischen Rechtsqualitäten vom Gesetzgeber auf den Richter verlagert werden²⁶. Zumindest war die Wende zum Naturrecht in der Rechtstheorie einer solchen Tendenz eine Zeidang konform, bis man bei zunehmendem Richterrecht schließlich entdecken und akzeptieren mußte, daß auch dies positives Recht, nämlich ebenfalls durch Entscheidung geschaffenes und durch Entscheidungswandel sich änderndes Recht ist²⁷. Da war aber

25 Vgl. Jean Ray, *La Révolution Française et la pensée juridique: l'idée durègne de la Loi*, in: *Revue Philosophique* 128 (1939), S. 364-393; Roman Schnur, »La Révolution est finie«: Zu einem Dilemma des positiven Rechts am Beispiel des bürgerlichen Rechtspositivismus, in: *Festschrift Arnold Gehlen*, Frankfurt 1974, S. 331-350.

26 Hierzu kritisch Werner Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Stuttgart 1951, S. 31 ff.; Wolf Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht: Rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluß der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, Neuwied-Darmstadt 1972, S. 106 ff. - ein Thema, das, wie nicht selten, von »rechts« nach »links« gewandert ist.

27 Bis hin zu Auffassungen, die in der richterlichen Rechtsfindung die eigentliche Positivierungsinstantz des Rechts sehen und »Richterrecht« als eine besondere Art von Rechtsquelle ablehnen, Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt 1970.

bereits eine Entwicklung zu höheren richterlichen Freiheiten in der Handhabung von Gesetzen eingeleitet, mit der das Rechtssystem seine Autonomie angesichts einer zunehmenden Politisierung der Gesetzgebung zu wahren versuchte. Die Rechtstheorie sieht sich dann ihrerseits vor der Aufgabe, ein Konzept der Positivität des Rechts zu finden, das einer Entwicklung Rechnung tragen kann, die sie selbst mitausgelöst hatte.

Der zweite Zusammenhang, auf den hier hingewiesen werden soll, wird durch die Begriffe Inflation und Deflation vermittelt. Wir schließen hier an neuere Entwicklungen in der Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien an, die diesen Begriffen eine über das Geldwesen hinaus erweiterte Bedeutung gegeben haben²⁸. Von Inflation kann man sprechen, wenn über Generalisierung von Symbolen mehr Kommunikationsmöglichkeiten in Aussicht gestellt werden, als real in Überzeugungen oder Anschlußhandlungen umgesetzt werden können. Von Deflation kann man umgekehrt sprechen, wenn Chancen, mittels symbolischer Generalisierung wirksam zu kommunizieren, nicht ausgenutzt werden. Im Falle des Rechts lassen diese Begriffe sich anschließen an die Überlegungen zur Sozialdimension des Rechts. Recht ist darauf angewiesen, auch die Überzeugungen und Einsatzbereitschaften der jeweils nicht Betroffenen ansprechen und aktivieren zu können. Zumindest muß, aber darin liegen schon die Ausgangspunkte inflationärer/deflationärer Entwicklungsmöglichkeiten, das gleichsinnige Erleben anderer unterstellt werden können²⁹. In dieser Hinsicht können überzogene bzw. unterzogene Vorstellungen herrschen³⁰. Dafür mag es vielerlei Gründe geben, und sie mögen

28 Vgl. Talcott Parsons, On the Concept of Influence, in: *Public Opinion Quarterly* 27 (1963), S. 37-62, neu gedruckt (mit Postscript), in: ders., *Politics and Social Structure*, New York 1969, S. 405-438; David A. Baldwin, *Money and Power*, in: *The Journal of Politics* 33 (1971), S. 578-614 (608 ff.); Talcott Parsons / Gerald M. Platt, *The American University*, Cambridge Mass. 1973, S. 304 ff.; Rainer Baum, On Societal Media Dynamics, in: Jan J. Loubser et al. (Hrsg.), *Explorations in General Theory in Social Science: Essays in Honor of Talcott Parsons*, New York 1976, Bd. 2, S. 579-608; Niklas Luhmann, *Macht*, Stuttgart 1975, S. 87 ff.

29 Zu einem darauf abstellenden Begriff der Institutionalisierung des Rechts vgl. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Reinbek 1972, Bd. 1, S. 64 ff.

30 Das letztere war noch vor kurzer Zeit typisch für Vorstellungen auf dem Gebiet des Sexualverhaltens. Vgl. z. B. Ragnar Rommetveit, *Social Norms and Roles: Explorations in the Psychology of Enduring Social Pressures with Empirical Contributions from Inquiries into Religious Attitudes and Sex Roles of Adolescents from*

von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet variieren. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert jedoch nur die Teilfrage: wie sich die Rechtstheorie zu inflationären bzw. deflationären Trends im Recht verhält.

Es ist sicher kein Zufall, daß gerade diejenige Schnittebene der Reflexion, die sich am Problem der Sozialdimension orientiert, zu einer Theoriekontroverse führt, die ihrerseits Affinitäten zu deflationären bzw. inflationären Trends im Recht aufweist. Naturrechtstheorie und Rechtspositivismus haben in bezug auf unterstellbare Zustimmungsbereitschaft verschieden weitgehende Prämissen. Die *Naturrechtstheorie* legt einen in dieser Hinsicht *deflationären* Kurs nahe. Indem sie natürliche, also selbstverständliche Normgrundlagen annimmt, setzt sie voraus, daß die Natur den Menschen auch zur Zustimmung disponiert, wenn ihr gemäßes Recht behauptet wird. Dissens wäre dann, so weit das Naturrecht reicht, widernatürlich, vorwerfbar, jedenfalls normativ irrelevant. Der Spielraum kontingenter, nach Zustimmung/Nichtzustimmung hin offener Sozialität wird dadurch eingeschränkt. Nur im Bereich naturrechtsneutraler Rechtsnormen kann man über Zustimmung bzw. Nichtzustimmung frei verfügen. Umgekehrt öffnet der Rechtspositivismus, da für ihn alles Recht gesetzt und änderbar ist, die Sozialdimension des Rechts ohne Einschränkung für (politisch zu organisierende) Zustimmung bzw. Ablehnung. In der Sicht, dieser Rechtstheorie werden die faktisch vorliegenden Schranken sozialer Meinungsbildung nicht in das Konzept der Rechtsgeltung eingebaut. Insofern optiert der *Rechtspositivismus* eher für einen *inflationären* Kurs. Er läßt typisch mehr Recht zu, als durch Zustimmung gedeckt ist, und verläßt sich ähnlich wie das Bankengeld darauf, daß die Unterstellung der Einlösbarkeit funktioniert.

Es gibt, so können wir dies zusammenfassen, auf der Ebene der Rechtstheorie Möglichkeiten, deflationäre und inflationäre Tendenzen zu symbolisieren³¹. Darüber hinaus ist die Ausdifferenzie-

Some Districts in Western Norway, Oslo-Minneapolis 1955. Man lese dazu die Ansichten, die der Große Strafsenat des Bundesgerichtshofs etwa gleichzeitig über die sittliche Ordnung im Verkehr der Geschlechter und über Verlobtenkuppelei entwickelt hat (BGHSt 6, jz).

31 In diesem Sinne charakterisiert Talcott Parsons mit Bezug auf das Religionssystem »fundamentalistische« Theologie, aber auch alles konkrete Lokalisieren von Bindun-

rung einer besonderen Ebene für rechtstheoretische Reflexion ihrerseits ein Korrelat der Möglichkeit, die symbolische Generalisierung zu deflationieren oder zu inflationieren". Die Distanz der Theorie zum Normmaterial selbst und erst recht zu den Rollenvorstellungen im System legt es nahe, die Rückverknüpfung nur noch über inflationistische bzw. deflationistische Reflexionspolitik laufen zu lassen. Dann müßte die Reflexion aber in der Lage sein, die Konsequenzen ihrer Theoriepolitik im System beobachten zu können; sie müßte soziologischer werden.

Wenn nun Rechtstheorien Affinitäten aufweisen zu deflationären bzw. inflationären Tendenzen im System, mag dies in zweifacher Hinsicht relevant werden. Einerseits können Rechtstheorien solche Trends bestätigen und verstärken, sozusagen als rechtmäßig legitimieren. Andererseits mag ihre eigene Plausibilität davon abhängen, ob Inflation oder Deflation herrscht bzw. Gegenbewegungen gegen einen vorherrschenden Trend gefragt sind. Es sind demnach eher diese reflexionspolitischen Erwägungen, die das Unbehagen an einem allzu inflationistischen Kurs des Rechtspositivismus wachhalten und es nach 1945 situationsbedingt verstärkt haben. Die »ewige Wiederkehr des Naturrechts« wäre so plausibel zu interpretieren vor dem Hintergrund der Annahme, daß die Ausdifferenzierung des Rechtssystems in einer funktional differenzierten Gesellschaft eher inflationäre Tendenzen auslöst und damit immer wieder auf Probleme stößt, die nur über Kontrastsymbolisierungen abgeleitet werden können. Aber wie steht es mit dieser Annahme

gen in Personen (Charisma) oder Gruppen (Kommunen) als deflationär; hingegen alle Varianten von offener Anpassung der Theologie an die moderne Welt als inflationär. Vgl. Talcott Parsons, On the Concept of Value Commitments, in: Sociological Inquiry 38 (1968), S. 135-160, neu gedruckt in: ders., a.a.O. (1969), S. 439-472.

32 Rainer Baum (a.a.O.) nennt diese Möglichkeit »conflation« und bietet ein umfassenderes Theoriemodell an, das sowohl Inflationen als auch Deflationen zu erklären versucht. Zugrunde liegt die Vorstellung verschiedener Sinnenebenen der Bestimmung von Handlung, die sämtlich erforderlich sind, um Handlungssinn zu produzieren. Wenn diese Sinnenebenen (values, norms, roles, facilities) stärker auseinandergezogen sind, kommt es zu Inflationen, werden sie stärker komprimiert, kommt es zu Deflationen im symbolischen Code des Systems. Setzt man an die Stelle (oder über die Stelle) von Werten die Reflexionsebene des Systems, würde hieraus folgen, daß eine starke Ausdifferenzierung rechtstheoretischer Reflexion ihrerseits inflationäre Trends im Rechtssystem begünstigt, und daß sich Naturrechtsüberzeugungen nur halten lassen, wenn die Reflexion stärker an das Rechtsmaterial selbst zurückgebunden wird.

und wie läßt sie sich, obwohl sie die Kontroverse von Positivismus und Naturrecht offensichtlich unterläuft, rechtstheoretisch noch reflektieren?

V.

In erster Linie wird ein Reflexionsbedarf sich selbst reflektieren müssen. Weshalb findet er sich vor? Was sind die Bedingungen seiner Möglichkeit? Für die Beantwortung dieser Fragen gibt es kein vorausliegendes Startrezept. Man kann nur zu sehen versuchen, wohin man geführt wird, wenn man bestimmte Voraussetzungen »annimmt«. Das Kriterium operativer Erfolge kann dann nur sein, ob und wie es gelingt, die Voraussetzungen in der Theorieentwicklung einzuholen, zu bewähren, zu rekonstruieren.

Die Voraussetzung der folgenden Überlegungen ist: daß die Reflexion des Rechts in der Differenz zwischen Rechtssystem und gesellschaftlicher Umwelt ihren Bezugspunkt haben wird, also letztlich auf eine Theorie gesellschaftlicher Differenzierung zurückgeleitet werden muß. Dieser Reflexionsbezug ist bewußt ins Metarechtliche verlagert. Das ergibt sich aus der Erfahrung mit Versuchen, Reflexion rechtsimmanent bzw. rein logisch abzuschließen, das heißt sie auf ein Rechtsideal (Gerechtigkeit) oder eine Grundnorm zu beziehen, die dann ihre eigene Normativität nur noch postulieren kann"; aber auch aus Erfahrungen mit Hierarchisierungen, das heißt mit Versuchen der Rückleitung der Reflexion auf suprarechtliche Normen, häufig moralischer oder religiöser Qualität. An die Stelle dieser Reflexionstypik soll im folgenden die Orientierung an der Differenz von Rechtssystem und gesellschaftlicher Umwelt treten, genauer: an der Einheit dieser Differenz, an den Bedingungen ihrer Möglichkeit und an ihren Auswirkungen, insbesondere auf das Recht selbst.

33 Vgl. für eine knappe Übersicht über die Diskussion Werner Krawietz, Grundnorm, Historisches Wörterbuch der Philosophie Bd. 3, Basel-Stuttgart 1974, Sp. 918-922. Siehe ferner Norbert Hoerster, Grundthesen analytischer Rechtstheorie, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2 (1972), S. 115-132 (122 ff.); Torstein Eckhoff / Nils Kristian Sundby, The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence, in: Scandinavian Studies in Law 1975, S. 123-151.

Der Grund für die Wahl des Ausgangsproblems Systemdifferenzierung ist: daß damit die eingangs genannte Anforderung erfüllt, nämlich zugleich erklärt werden kann, weshalb historisch ein Reflexionsbedarf auftritt und was strukturell die Bedingungen der Möglichkeit von Reflexion sind. Zu Fragen nach Sinn und Identität besonderer Interessen- und Handlungskomplexe in der Gesellschaft kommt es erst, wenn diese als Besonderheit erkennbar und gegen eine andersartige Umwelt ausdifferenziert werden. Damit liegt auch die Hypothese nah, daß die Form gesellschaftlicher Differenzierung darüber vorverfügt, wie ein Reflexionsbedarf auftritt und in welchen Formen er befriedigt werden kann.

Grob gesehen und aufs Grundsätzliche beschränkt, kann man segmentäre, stratifikatorische und funktionale Differenzierung unterscheiden je nach dem, ob Gleichheit der Teilsysteme, Rangdifferenzen oder Funktionsunterschiede als Grundlage der primären Dekomposition des Gesellschaftssystems dienen. Diese Typendifferenzierung fundiert den Rahmen aller semantischen Operationen und damit auch die Möglichkeiten für Reflexion. Segmentäre Gesellschaften haben kaum Anlaß zu teilsystemspezifischer Reflexion, weil deren eigene Identität ihnen in ihrer Umwelt als Gleiches wiederbegegnet. Stratifizierte Gesellschaften kopieren ihren strukturellen Aufbau in einer Semantik, die zu hierarchischen Unterscheidungen tendiert³⁴. Es mag »ständische« Funktionsdifferenzierungen geben, aber weder die Spitze der Ordnung noch das Ganze kann an nur einer Funktion orientiert werden³⁵. Soweit es zu einem gegen Religion und Ethos differenzierten, eigengesetzlichen Rechtsbetrieb kommt, werden dessen Reflexionsbestimmungen re-hierarchisiert, nämlich in eine ins Moralische und Religiöse überleitende »Legeshierarchie« eingebaut. Diese Form, zu der im Anschluß an antike Vorgaben und besonders an die römische Rechtskultur die alteuropäische Tradition gefunden hatte, kann als fortgeschrittenste Variante der Rechtsreflexion stratifizierter

34 Siehe mit starker Betonung des Kontrasts zur modernen Gesellschaft Louis Dumont, *Homo hierarchicus: The Caste System and Its Implications*, Engl. Übers., London 1970.

35 Vgl. z. B. T'ung-Tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag 1961; Pyorig Choom Hahm, *The Korean Political Tradition and Law*, Seoul 1967; Robert Lingat, *The Classical Law of India*, engl. Übers. Berkeley 1973, insb. S. 28 ff.

Gesellschaften begriffen werden: einerseits entsprechungsgenau zum strukturellen Aufbau der Gesellschaft formuliert, andererseits auf der Ebene des naturrechtlich durchgesetzten positiven Rechts aber bereits mit einem hohen Maß an funktionaler Ausdifferenzierung des Rechtssystems kompatibel.

Wenn das gesamtgesellschaftliche System sich auf primär funktionale Differenzierung umstellt, ändert sich für *alle Teilsysteme* die *Reflexionslage* radikal. Die Identität eines Teilsystems läßt sich dann nur noch mit Bezug auf eine Sonderfunktion begründen, die das System für die Gesellschaft im ganzen erfüllt. Zugleich steht das Rechtssystem in Leistungszusammenhängen mit anderen Teilsystemen der Gesellschaft - es sichert als Rechtssystem z. B. Kapitalbildungsmöglichkeiten in der Wirtschaft, Schulpflicht der Gesamtbevölkerung, Verfassungsschranken für die Politik -, die nicht allein, ja nicht einmal primär als Erfüllung der systemspezifischen Funktion des Rechts begriffen werden können. Reflexion muß dann zwischen Funktion und Leistung vermitteln, weil die Gesellschaft für das Funktionssystem sowohl übergreifendes System als auch soziale Umwelt ist. Die stärkere Ausdifferenzierung steigert die Autonomie des Systems bei gleichzeitiger Steigerung der Abhängigkeit von der Umwelt; es ist unabhängiger in der Regulierung seiner Funktion, aber abhängiger in der Angewiesenheit darauf, daß andere Funktionen anderenorts erfüllt werden. Es kommt einerseits zu Funktionshypostasierungen, die nicht mehr durch eine übergreifende Kosmologie und Sittenordnung relativiert werden; andererseits zu Kontrastformulierungen nach dem Muster von System und Umwelt (z. B. Kirche und Welt, Schule und Welt, Staat und Gesellschaft), die eine Grenzvorstellung auf der Basis funktionszentrischer Maximierungsstrategien radikalisieren.

Man kann davon ausgehen, daß eine Änderung der Differenzierungsform der Gesellschaft tief in die semantischen Traditionen eingreift, Kontinuität von Bedeutungen eigentlich ausschließt und bei einer Fortführung gleiche Namen (z. B. Naturrecht, positives Recht) über die Wende hinweg Identität nur vortäuscht³⁶. Die Terminologien Alteuropas werden aus diesem Grunde im 17. und

36 Eine ähnliche These vertritt (ohne die hier gegebene soziologische Begründung) für die Umbruchzeit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts das Wörterbuch Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Stuttgart ab 1972.

18. Jahrhundert neuen Reflexionserfordernissen angepaßt. Um nur einige Beispiele zu geben: In der Religion werden (1) die Erbsünde und (2) die Furchtkomponente im Gottesbegriff und nicht zuletzt die Hölle eliminiert. Die »Ökonomie« wird vom »Haus« abgelöst und über den monetären Mechanismus als nationale bzw. internationale Wirtschaft der bürgerlichen Gesellschaft begriffen. Deren alter Name *societas civilis* wird dann von einem politischen Sinn auf einen wirtschaftlichen Sinn umgestellt. Entsprechend wird das politische Recht (Civilrecht) zum Privatrecht. Freiheit wird als Recht denkbar. Passion wird aus einer passiven in eine aktive, aus einer inkonstanten in eine Intimbeziehungen tragende Affektion überführt. All das registriert bzw. erleichtert das Angliedern von Funktionen.

Was nun das Rechtssystem betrifft, so war der Umbruch hier weniger spektakulär als in anderen Funktionsbereichen, weil ein hohes Maß an Ausdifferenzierung sowohl der Begrifflichkeit als auch der institutionellen Einrichtungen (Gerichte, Schulungseinrichtungen) bereits vorlag, als die Neuzeit begann. Man sah gegen Ende des 16. Jahrhunderts wohl, daß im Interesse der Beschleunigung und der Sicherheit von Ausbildung und Rechtsgang die Denkmittel des Juristen bereinigt, gestrafft und systematisiert werden mußten. Es kamen anschließend wichtige Transformationen in Richtung auf Generalisierung und strukturelle Differenzierung hinzu - etwa die Herauslösung »subjektiver Rechte« aus einer konkreteren Gemengelage institutioneller Rechte und Pflichten, der Umbau, des Naturrechts ins Vernunftrecht, die Generalisierung der Klagbarkeit aus allen Rechtslagen heraus und damit die Aufgabe des Aktionenschemas als Limitation der Dogmatik, schließlich die Generalisierung von Vertragsfreiheit und Rechtsfähigkeit. All das hat zur strukturellen Anpassung des Rechts an die moderne Gesellschaft beigetragen, hat jedoch nicht ausgereicht, um die Reflexion des Rechts auf ganz neue Grundlagen zu stellen. Die Rechtsphilosophie Hegels hat daran nichts geändert, sie ist im Rechtssystem nicht als Reflexion der eigenen Identität perzipiert worden³⁷. Dasselbe gilt erst recht für die wenig beachtete Tatsache,

37 Die Gründe dafür bedürften gesonderter Untersuchung. War es die zu perfekte Theorieform? Oder die Art, wie Gesellschaft als zu Überwindendes plaziert ist? Oder die Einschätzung von Staat in der fast wieder aristotelischen Position von sittlicher Politik?

daß die klassische soziologische Theorie der Gesellschaft fast Rechtssoziologie, jedenfalls Soziologie der normativen Struktur des Gesellschaftssystems gewesen war und auf dieser Basis die Perspektive individueller Handlungsmotivation überschritten hatte".

Vielleicht hängt also die historische Lage, in der die Rechtstheorie sich heute findet, damit zusammen, daß das Rechtssystem als ausdifferenziertes Teilsystem einer funktional differenzierten Gesellschaft verstärkt zur Reflexion seiner eigenen Identität aufgefordert ist und daß damit der Aussagewert des Symbols »Natur« zurückweicht; daß aber andererseits die Transformationsgeschichte zu wenig abrupt, zu wenig zeitlich verdichtet, zu wenig revolutionär verlaufen ist, als daß oberhalb von noch dogmatisch steuernder Begrifflichkeit eine neue Rechtstheorie hätte kondensieren können. Dies ist jedoch nur eine Erklärungsmöglichkeit. Eine andere, die eine ähnliche Reflexionslage anderer Teilsysteme stärker mit in Betracht zieht", führt vor die Frage, ob die Reflexion der Teilsysteme, wenn sie ihr System jeweils als ein System-in-einer-gesellschaftlichen-Umwelt identifiziert, nicht überhaupt der Führung durch eine Gesellschaftstheorie bedarf. Auf ein »in-sich-Geschäft« beschränkt, bleibt die Reflexion des Rechts eine zirkuläre Argumentation. Das zeigen die logischen Analysen der Begründung des Rechtspositivismus, aber auch die Art, wie Willkür als notwendig angesehen wird, wenn es gilt, das Ende eines Prozesses zu begründen, und nicht zuletzt die Rückführung der Gerechtigkeitsidee auf ein »haltloses« Gebot der Steigerung von Komplexität unter der Nebenbedingung kognitiver Konsistenz". In allen drei Sinndimensionen wird die Reflexion des Rechts mithin auf Selbstreferenz zurückgeworfen. Das ist äußerst unbefriedigend, wenn von der Rechtstheorie Begründungsleistungen oder zumindest

38 Vgl. hierzu Talcott Parsons, *Unity and Diversity in the Modern Intellectual Disciplines: The Role of the Social Sciences*, in: ders., *Sociological Theory and Modern Society*, New York 1967, S. 166-191.

39 Vgl. Niklas Luhmann, *Funktion der Religion*, Frankfurt 1977; Niklas Luhmann/Karl Eberhard Schorr, a.a.O.

40 Insofern verständlich die Kritik von Ralf Dreier, *Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems*, in: *Rechtstheorie* 5 (1974), S. 189-200. Nur bleibt die Frage nach der materialen Richtigkeit des Rechts ihrerseits nur eine Frage, und jede Antwort gerät zur Leerformel, der man ihrerseits diese Frage stellen könnte.

Hinweise auf die Richtigkeit des Rechts erwartet werden. Aber ist es auch unbefriedigend als Form und als Ausgangsbedingung für Reflexion?

VI.

Für Selbstreferenz als Systemstruktur ist vor allem kennzeichnend, daß sie zu »Unterbrechungen« gezwungen ist. Mit »Unterbrechung« soll bezeichnet sein, daß der Rückbezug irgendwo blockiert wird. Man könnte auch von notwendiger Repression sprechen⁴¹. Denn wenn A von B, aber auch B von A abhängt, bliebe das System AB unbestimmbar. Die Notwendigkeit von Unterbrechungen heißt nicht, daß Selbstreferenz unmöglich ist oder aufgegeben werden müßte, sobald ein System realisiert wird; vielmehr müssen nur für Zwecke der Respezifikation Blockierungen eingebaut werden, die aber ihrerseits wieder aufgelöst bzw. umgelagert werden können, wenn sich Ersatzstrukturen entwickeln lassen⁴². Wenn man sieht, daß ein X sich nicht durchhixen läßt, muß man eben ein M nehmen. Als Unterbrechungen können in sozialen Systemen vor allem fungieren: (i) Externalisierungen, das heißt Umweltfaktoren, die zwar zur vom System perzipierten, in eigenen Kategorien erfaßten Umwelt gehören, gleichwohl aber nicht dem System selbst, sondern der Umwelt zugerechnet werden; (2) vorausgesetzter Konsens, etwa in bezug auf Werte, mit dem eine Reihe von Kommunikationen beginnen kann; (3) Zeitdifferenzen in dem Sinne, daß A vor B bestimmt wird (wenn auch vielleicht: in Rücksicht auf einen antezipierten Zustand von B) und damit Anhaltspunkte gibt für die Bestimmung von B; (4) Vertrauen im Sinne einer risikobereiten Handlungsbereitschaft, die sich trotz reziproker Abhängigkeit zuerst festlegt. Es genügt für die Funktion der Selbstreferenzunterbrechung, daß solche Unabhängigkeiten

41 Das Argument ist vergleichbar dem bekannteren Argument: daß Systeme (entgegen älteren Definitionsgepflogenheiten) durch vollständige Interdependenz aller Elemente lebensunfähig werden würden, also in der Realität durch Interdependenzunterbrechungen strukturiert sind, weil anderenfalls die Anpassungszeit bei Umweltänderungen im Prinzip gegen unendlich tendieren würde.

42 Sozialwissenschaftliche Forschung hierzu gibt es z. B. unter dem Stichwort »Prisoner's Dilemma«. Vgl. etwa Anatol Rapaport / Albert W. Chammah, *Prisoner's Dilemma*, Ann Arbor Mich. 1965.

zufällig entstehen bzw. zufällig plausibel sind; in komplexen Systemen, die eine Zeitlang Erfahrungen mit sich selbst gesammelt haben, wird man jedoch nur noch »bewährte Zufälle« finden.

Es ist in Anbetracht dieser Überlegungen also keine logische Sackgasse, wenn sich bei einer Analyse der Reflexionslage des Rechtssystems herausstellen sollte, daß letztlich immer Selbstreferenz als Grundfigur zu Grunde hegt. Bisher scheint die Arbeit an rechtstheoretischen Problemen vor allem beherrscht zu sein durch die Angst vor diesem Resultat und durch die Absicht, dies (mit wie immer provisorischen und unzulänglichen semantischen Mitteln) Zu verhindern. Vom Standpunkt systemtheoretischer Analyse aus ist Selbstreferenz jedoch eine Realitätsstruktur, ein Objektmerkmal, das einer genaueren Analyse unterzogen werden kann⁴³.

Da die Rückbezogenheit auf sich selbst genötigt ist, sich zu unterbrechen, eignet sie sich als Abtasteinrichtung, mit der das System Realität provozieren und wahrnehmen kann. Sie läuft sozusagen leer, wenn sie nicht gestört wird. Selbstreferentielle Systeme sind über dieses »wenn nicht« an die Umwelt rückgekoppelt. Es gibt keine Möglichkeit eines adäquaten »matching« von Systemzuständen und Umweltzuständen, weil die Umwelt immer komplexer ist als das System; insofern bleibt die Umwelt »Ding an sich« außerhalb von Erkenntnis. Aber es gibt jene zunächst zufälligen Unterbrechungen, etwa im Sinne eines entlang der Umwelt erfahrenen Vorher und Nachher, die dann intern in weniger zufällige Zusammenhänge umgearbeitet werden.

Laufen solche Prozesse über »Sinn« - also über redundante Informationsbereitschaft, die sich selbst in allem, was geschieht, als Überschuß mitwahrnimmt -, ermöglicht das eine Dekomposition in zeitlicher, sachlicher und sozialer Hinsicht; jedenfalls dann, wenn die Evolution der Sinnsysteme weit genug fortgeschritten ist. Auch im Rechtssystem sind, das haben wir zu zeigen versucht

43 Vgl. z. B. Solomon Klaczko-Ryndziun, Systemanalyse der Selbstreflexion: Eine inhaltliche Vorstudie zu einer Computersimulation, Basel—Stuttgart 1975; Niklas Luhmann, Selbst-Thematisierungen des Gesellschaftssystems, in: ders., Soziologische Aufklärung Bd. 2, Opladen 1975, S. 72-102; Gordon Pask, Conversation, Cognition and Learning, Amsterdam-New York 1975; ders., Conversation Theory, Applications in Education and Epistemology, Amsterdam-New York 1976; Norbert Müller, Problems of Planning Connected with the Aspect of Reflexivity of Social Processes, in: Quality and Quantity 10 (1976), S. 17-38; Klaus Merten, Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozeßanalyse, Opladen 1977.

(unter III), im Zuge der Ausdifferenzierung eines eigenen Funktionsbereichs solche Dekompositionen bewußt geworden - aber zunächst nicht als Dekompositionen des Problems der Selbstreferenzunterbrechung, sondern als Einschränkung der natürlich-sittlichen Geltungsweise des Rechts. Man hat im Zuge der Ausdifferenzierung, mit anderen Worten, zunächst den Verlust der Harmonie mit der Umwelt erfahren und mit Bezug darauf problematisiert. Dieses Abschied nehmende Denken wurde jedoch immer unausweichlicher auf Selbstreferenz zurückgeführt, ohne sie als solche, als Zirkel oder als Widerspruch, bejahren zu können. Zugleich damit hat sich die Ebene rechtstheoretischer Reflexion innerhalb des Rechtssystems stärker ausdifferenziert, also stärker von Aufgaben der Naturrechtsbegründung oder der Betreuung dogmatischer Entscheidungshilfen abgelöst. Man kann im Zusammenhang dieser Transformationen globale Veränderungen erkennen und auch diese wieder systemtheoretisch, und zwar jetzt gesellschaftstheoretisch, zu erklären versuchen: Die Funktionssysteme der modernen Gesellschaft beginnen den Mitvollzug funktionaler Differenzierung - bis in ihre Reflexionsformen hinein. Mit all dem ist noch keine Rechtstheorie formuliert. Wir sind nur auf den Modus ihrer Erzeugung gestoßen. Dieser ist systemtheoretisch formulierbar, und er ist im Gesellschaftssystem bedingt durch dessen evolutionäre Entwicklung und durch das Erreichen einer primär funktionsorientierten Form der Differenzierung. Außerdem gibt die Problemdekomposition erste Suchhinweise. Die temporale Struktur des Rechts kann nur eine solche der Verfahren sein, die den Zeitlauf benutzen, um Selektionsmöglichkeiten zu verengen, und damit ihr Ende selbst legitimieren. Die Sachordnung des Rechts ist nicht durch höherrangige Gebote reguliert, aber durch Konsistenzanforderungen des Entscheidens limitiert, wobei das Problem nicht in zu geringer, sondern in zu starker (weil ihrerseits zeitlich festliegender) Limitation hegt. Deshalb sollte man auf der Ebene rechtstheoretischer Reflexion Gerechtigkeit als Steigerung von noch konsistenzfähiger Komplexität begreifen und Dogmatik als Steigerung der Freiheit im Umgang mit Texten und Erfahrungen“. Schließlich folgt aus diesem Ansatz für die Sozialdi-

44 So Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, insb. S. 16. Symptomatisch, daß einen Rezensenten diese Aussage als »schon fast zynisch anmutet« - Jürgen Schmidt, in: Rechtstheorie 5 (1974), S. 223-228 (227).

mension, daß die Institutionenlehre in eine Theorie der Positivität des Rechts zu überführen ist, die an Beschränkungen der Unterstellbarkeit von Konsens anzuknüpfen hätte. Sie hätte eines ihrer Probleme darin, daß die Politik mit eigenen, sehr funktionspezifischen Konsensannahmen dem Recht sozusagen den Wind aus den Segeln nimmt.

Was von der einen Seite her als Dekomposition der Grundproblematik erscheint, kann von der anderen Seite her als Engführung des Reflexionsprozesses in Richtung auf Systemidentität begriffen werden. Dekomposition und Engführung sind insofern komplementäre Begriffe. Unter dem Gesichtspunkt der Engführung kann man daher nur wiederholen, was im Dekompositionsschema angelegt ist: daß im auf Recht spezialisierten Funktionssystem das Verfahren, mit dem man auf gesellschaftliche Inanspruchnahmen reagiert, die Zeitdimension problematisch werden läßt; daß die Beziehung konkreter Themen, Fälle, Regelungsprojekte auf andere, damit zusammenhängende Sachlagen letztlich auf Limitationen führt, mit denen die Sachdimension allen Rechts dogmatisch und gerecht artikuliert sein sollte, obwohl das Gesamtsystem als kontingent zu begreifen ist; und daß die Argumentationsketten nach konsentierten Ausgangspunkten suchen, obwohl angesichts der Komplexität des Systems Konsens nur darüber bestehen kann, daß Konsens unterstellt werden muß.

Jede dieser Thesen stößt für sich genommen auf Kritik bei denen, die davon ausgehen, daß es auch auf der Ebene der Rechtstheorie noch um Begründung von Entscheidungen, um eine Art Superrichtigkeit des Rechts gehe. Aber vielleicht verlieren diese Thesen doch ihre Anrühigkeit, wenn man deutlicher sieht, wie sie unter sich und wie sie mit gesellschaftstheoretischen Perspektiven zusammenhängen.

VII.

Rechtstheorie ist nach all dem eine selbst positive Realität - eine Theorie des Systems im System, mit der das System auf Variationen seiner eigenen Ausdifferenzierung reagiert. Wir hatten (unter II) bereits angedeutet, daß damit nichts Ungewöhnliches behauptet ist; daß vielmehr die gesellschaftstheoretische Ableitung einer

internen Ausdifferenzierung von Reflexionsebenen erwarten läßt, daß alle Funktionssysteme (wie immer unzulängliche) Theorien über sich selbst generieren. Um dies deutlicher zu zeigen, soll abschließend kurz der Parallellfall Wissenschaftstheorie skizziert werden - nicht um die Rechtstheorie »wissenschaftlich« zu überprüfen und zu begründen, und erst recht nicht: um eine Variante von Rechtstheorie neben andere zu stellen''; sondern um mit Hilfe eines Vergleichs das allgemeine Paradigma zu erhärten.

Auch im Funktionsbereich von Wissenschaft gibt der Übergang zu funktionaler Differenzierung im 17. Jahrhundert wichtige Reflexionsanstöße. Thematisch hängen sie eng mit den Gewißheitsproblemen der Religion zusammen, und zwar mit dem Reflexivwerden der Glaubensgewißheit, mit dem Problem der Gründe des Glaubens an den Glauben und mit der Verlagerung der Problemstellung auf Gründe für die Gewißheit der inneren Zustimmung⁴⁵. Dieser Gesichtspunkt der begründeten Zustimmung gibt dem 17. Jahrhundert den Ausgangspunkt für eine Säkularisierung des Gewißheitsproblems, soweit es um den engeren Bereich der Wissenschaften und ihres Fortschritts geht. Hier wird die Gewißheitsgrundlage zunächst »anthropologisiert«, nämlich auf common sense und vernünftige Zustimmungserwartungen im zwischenmenschlichen Verkehr (moral certainty) bezogen⁴⁶. Das entspricht einem noch geringen Maße funktionaler Ausdifferenzierung, nämlich einer Absicht, Wissen auf der Grundlage allgemeiner menschlicher Sinnes- und Vernunftqualitäten für jedermann zu demonstrieren.

Erst im 18. Jahrhundert, erst bei der Reflexion der Prämissen bereits erreichter wissenschaftlicher Erfolge (alles überstrahlend:

45 Das ist heute üblicher theoriepluralistischer Stil. Vgl. 2. B. Ulfried Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, im Kontext von: Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg-Karlsruhe 1977, S. 174-187.

46 Vgl. z. B. Karl Heim, Das Gewißheitsproblem in der systematischen Theologie bis zu Schleiermacher, Leipzig 1911; Richard H. Popkin, The History of Scepticism from Erasmus to Descartes, New York 1961.

47 Vgl. Henry G. van Leeuwen, The Problem of Certainty in English Thought 1630-1690, Den Haag. 1970, zu Gründungsprämissen der Royal Society; aber auch Benjamin Nelson, Der Ursprung der Moderne: Vergleichende Studien zum Zivilisationsprozeß, Frankfurt 1977, insb. S. 94 ff., 165 ff. zu stärker objektivistischen Gewißheitsprätentionen als Grundlage der Auseinandersetzungen mit der Theologie.

Newton) ergibt sich die Unzulänglichkeit der anthropologischen Ausstattung, des Ideenkommerzes und des common sense als Reflexiorisgrundlage. Der Skeptizismus läßt sich durch Hinweise auf das *Faktum* Wissenschaft erledigen (Hartley, Condillac u. a.). Gerade dieses Faktum verlangt dann aber eine neuartige Reflexion unter dem Gesichtspunkt seiner theoretischen Möglichkeit. Eben damit radikaliert sich auch die Reflexion. Die entscheidende Abhebungseinsicht dürfte gewesen sein: daß die Ungewißheit der Erkenntnis sichyücht auf das Objekt und nicht auf die Erkenntnis des Objekts beziehe, sondern auf die Entsprechungsrelation von Gegenstand und Erkenntnis (*convenientia*); so daß selbst, wenn wahre Erkenntnis vorliege, es ungewiß bleiben müsse, ob es wahre Erkenntnis sei, weil die Erkenntnis an ihrer Selbstrelationierung zur Außenwelt hin selbstreferentiell beteiligt ist“.

David Hume setzt genau hier an und löst damit die transzendental-philosophische Wende der Erkenntnistheorie aus. Seitdem steht der Rückgang auf bloße Selbstreferenz an. Die Bemühungen zweier Jahrhunderte dienen, in genauer Parallele zu den Diskussionen über die Positivität des Rechts, dazu, das Einmünden in eine bloß zirkuläre Begründung zu vermeiden“. Die Reflexion dieser Bemühungen macht es jedoch unabweisbar zu fragen, ob man den Zirkel wirklich vermeiden muß.

Will man Schritte in eine dritte Phase wissenschaftstheoretischer Reflexion einleiten, so müßte das zu einer stärkeren Differenzierung von Reflexionsebene und Forschungsebene auch im Wissenschaftssystem führen. Wissenschaftstheorie wäre dann nicht mehr nur als Reflexivwerden der Forschungsprozesse selbst zu begreifen, also nicht mehr nur als Begründung ihrer Begründungen oder als Programmierung ihrer Theorieprogramme. Sie hätte eine Positivität eigener Art zu beanspruchen, die die Reflexion der Selbstreferenz inkorporiert, nämlich das System unter der Limitierung durch eine Funktion mit Selbstreferenz identifiziert⁴⁸. Die Forderung

48 So Pierre Daniel Huet, *Traité de la foiblesse de l'esprit humain*, Amsterdam 1723, Nachdruck Hildesheim 1974, S. 180 f. Huet selbst schließt hieraus auf die Unerläßlichkeit von Religion in der Fundierung von Erkenntnisgewißheit.

49 Diese Einschätzung auch bei Donald T. Campbell, *Unjustified Variation and Selective Retention in Scientific Discovery*, in: Francisco Jose Ayala / Theodosius Dobzhansky (Hrsg.), *Studies in the Philosophy of Biology: Réduction and Related Problems*, London 1974, S. 139-161 (140).

50 Vorüberlegungen dazu in Fichtes Erster und Zweiter Einleitung in die Wissen-

einer nicht mehr normativen, sondern positiven Wissenschaftstheorie ist nicht neu". Sie müßte jedoch ihrerseits theoretisch und forschungsmäßig normalisiert, das heißt auf bekannte und bewährte Theorieprogramme zurückgeführt werden. In diesem Sinne liegt das Angebot einer evolutionstheoretischen Rekonstruktion", einer systemtheoretischen Analyse" und einer Behandlung im Rahmen einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien vor".

Die Besonderheit dieser neuen Epistemologie besteht darin, daß sie quer steht zur *Erkenntnisintention* und diese einbaut in einen strukturabhängigen, zufallsgetriebenen Aufbauvorgang, der auf Änderung abzielt. Die Umweltadäquität (Sachadäquität) von Erkenntnis beruht danach auf einem Verfahren der *Änderung*, nicht auf einem Verfahren der *Vergewisserung* von Erkenntnissen. Die Umwelt an sich bleibt unbekannt, sie wird durch die jeweils letzte Entwicklungsstufe vorläufig maßgebend definiert. Es gibt keine diese Stufe transzendierende Erkenntnisprojektion, sondern nur Ausgangspunkte für weitere Evolution. Und Evolution ist nicht prognostizierbar.

Auch die Wissenschaftstheorie gelangt demnach, wenn man diese Anzeichen einer Positivierung von Selbstreferenz ernst nimmt, an einen Wendepunkt, von dem ab vorliegende Reflexionsleistungen anders bewertet, nämlich als Systemleistungen bewertet werden. Die Reflexion stimuliert sich durch die eigene Geschichte, die jetzt nicht mehr nur als Begriffs- oder Theoriegeschichte, sondern als Systemgeschichte gelesen wird. Das heißt: sie ist die Geschichte eines Zusammenhangs von Ausdifferenzierung und Innendifferen-

schaftslehre, und zwar in der Unterscheidung des reinen Ichs und des empirischen Ichs, wobei das reine Ich sich selbst von seinem empirischen Ich, das sich mit Hilfe von Umweltbeziehungen identifizieren muß, nicht unterscheidet.

51 Vgl. Raymond Boudon, *La crise de la sociologie: Questions d'epistemologie sociologique*, Genf 1971, S. 37 ff., 145 ff.

52 Vgl. Campbell, a.a.O.; ferner ders., *Variation and Selective Retention in Socio-Cultural Evolution*, in: *General Systems* 14 (1969), S. 69-85; Stephen Toulmin, *Kritik der kollektiven Vernunft*, dt. Übers. Frankfurt 1978.

53 Z. B. Norman W. Storer, *The Social System of Science*, New York 1966; Niklas Luhmann, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, Soziologische Aufklärung Bd. 1, 4. Aufl. Opladen 1974, S. 232-252.

54 Vgl. Niklas Luhmann, *Einführende Bemerkungen zu einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien*, in: ders., *Soziologische Aufklärung* Bd. 2, Opladen 1975, S. 170-192.

zierung, der in seiner »modernen« Form durch die funktionale Differenzierung des Gesellschaftssystems ermöglicht wird. Die Reflexion der Identität des Systems hat die Geschichte des Systems aufzunehmen, sie führt Theoriegeschichte und Strukturgeschichte auf ein Gemeinsames zurück: auf funktionale Differenzierung. Dies heißt dann auch: daß die Wissenschaftstheorie ihr Verhältnis zu anderen Reflexionstheorien überdenken muß. Sie bleibt einerseits Kontrollinstanz für all die Fälle, in denen Theorien Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben. Dieser Anspruch hat in der Rechtstheorie, aber auch in der Pädagogik und der Theologie Tradition, er müßte für die politische Theorie und die Wirtschaftstheorie neu überdacht werden. Daneben ist die Wissenschaftstheorie aber auch Modellreflexion für das, was in anderen Funktionsbereichen »Theorie des Systems im System« sein kann, und insofern ist sie nicht regulierende Instanz, sondern Vergleichsfall; sie ist in dieser Hinsicht nämlich auch nur Dogmatik für jeweils ein Funktionssystem und den damit verbundenen Problemen der Funktionshypostasierung und der Negationskontrolle ausgesetzt. Entsprechend ergibt sich auch für die Weiterarbeit an Rechtstheorie eine Doppelperspektive auf Wissenschaftstheorie. Man könnte sich bemühen, den Regulativen der Wissenschaftstheorie zu folgen, um selbst eine wissenschaftliche Disziplin sein zu können. Dabei wird man indes die Erfahrung machen, daß es »die« Wissenschaftstheorie in irgendeinem anwendungsreifen Sinne (noch) nicht gibt und daß Optionen in einem hochkontroversen, für Rechtstheoretiker kaum beherrschbaren Feld notwendig werden. Daher mag derzeit der zweite Weg an Attraktivität gewinnen, nämlich daraus zu lernen, wie die Wissenschaftstheorie ihrerseits Selbstreferenz positiviert und Theorie des Systems im System zu sein versucht.

Register

- Abhängigkeit/Unabhängigkeit
 - 65 f., 165 f., 440
- Abschlußprobleme in Theorien
 - 4*3
- Abstraktion 195, 219, 322, 365
- abweichendes Verhalten 81 f., 216, 290, 384 f.
- Änderungstempo s. Beschleunigung
- Äquifinalität 32
- Aktionenschema 95, 441
- Alternativen 232 ff., 281 f., 344 f., 355 f.; s. funktionale Äquivalenz
- amicitia 106
- Anfang 65, 67, 75 f.
- Anspruch s. Rechtsbehauptung; subjektives Recht
- Anwendbarkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse 284
- Apriori 167, 218
- Arbeitsbelastung 258
- Asymmetrisierung 167 ff., 254 f., 300
- Attribution 93, 102, 109 f., 123, 428 f.
- Aufmerksamkeit 266 f., 401
- Ausdifferenzierung
 - des Rechts 7 f., 78, 137 f., 289
 - des Rechtssystems 35 ff., 174, 266 f., 411, 437
 - von Reflexionstheorien 423 f., 433, 436 f.
 - von Wissenschaft 386
- Auswanderung 3 j 5 f.
- Automation 266
- Autonomie 440
- basale Souveränität 38 f.
- Begriffe s. Rechtsbegriffe
- Begriffsjurisprudenz 392
- Beliebigkeit 259; s. Kontingenz
- , Institutionalisierung von 143 f.
- Beobachtung 8, 437
- Beschleunigung 85, 129, 409 f., 441
- der Rechtspflege 265 f.
- Billigkeit 410
- binärer Schematismus 81 f., 413
- Anm. 84; s. Recht/Unrecht
- Bindungswirkung 69 f.
- bürgerliche Gesellschaft 43, 77, 79, 81, 125, 149 Anm. 78, 374, 380, 382, 411, 417, 434, 441
- Bürokratie, Gesetzesausführung durch 89
- Demokratie 24, 32, 148 f., 183, 185, 258, 432
- Devianz s. abweichendes Verhalten
- Dialektik 387 Anm. 29, 389 f.
- Differenzierung, funktionale 17, 29, 42 ff., 84, 90, 129 f., 137, 164 f., 170, 268, 301, 302 f., 366 ff., 440 f., 445, 450; s. Systemdifferenzierung
- Dogmatik s. Rechtsdogmatik
- doppelte Kontingenz 70, 99 ff., 102 f., 203 f.
- double interchanges 165 ff.
- Dritte 61, 97, 103, 107 ff., 123
- Anm. 25
- Dysfunktionen 281
- Ehe 305 f.; s. Familie
- Ehre 335
- Eigentum 41, 379 f.
- Element/Relation 92 f.

- Ende 426
 Enteignungsschutz 370
 Entschädigung 255 f.
 -, öffentlich-rechtliche 302 ff.
 Entscheidungen, Konsistenz von
 88, 135, 244, 390 f., 394 ff., 428;
 s. Interdependenz
 Entscheidungsprämissen, Eingabe
 von 40, 44 f.
 Entscheidungsprogramm 19 f., 89,
 134 f., 296 f., 408; s. konditiona-
 le Programmierung
 EntScheidungsprozess, Reflexivität
 des 125
 Entscheidungssouveränität 38 f.
 Entscheidungstheorie 195 ff., 241,
 297 ff.- 393
 Entscheidungszwang 71, 95, 259,
 412, 414 f.
 Enttäuschung von Erwartungen
 73 f. < 93» ' ' S f. > ' ' 3
 Enttautologisierung von Selbstre-
 ferenz 166 f.
 Entwicklung 378 f.
 Erkenntnistheorie 449; s. Wissen-
 schaftstheorie
 Errungenschaften, evolutionäre 22,
 26, 32, 61 f., 107, 143, 365 f.
 Erwartungen s. Verhaltenserwar-
 tungen
 Erwartungserwartungen 114,
 207f., 212, 215, 235
 Erwartungsunsicherheit 95 ff., 99 ff.,
 107 ff.
 Evolution 11 ff., 22, 39, 75, 105,
 417, 449; s. Überleitung; Wahr-
 scheinlichkeit
 -, Engpässe der 27 ff.
 -, Schwellen der 374 f.
 Externalisierung 443

 Fälle s. Rechtsfälle
 Familie 305 f., 342

 Fehde s. Selbsthilfe
 Folgenorientierung 44, 47 ff., 71 f.,
 76 f., 90, 141 f., 276, 406 f.
 Folgeprobleme 199, 286 ff., 298
 Freiheit 42, 69, 105, 157, 160, 164
 Anm. 29, 270, 364 f.
 Freundschaft 106
 Frieden 172
 Funktion 273, 274 f., 279, 280
 funktionale Äquivalenz 88, 232,
 238 f., 282, 293 f.
 Funktionalismus, funktionale Me-
 thode 199, 273 ff.
 Funktionswandel 267, 278

 Ganzes/Teil 242
 Gefährdungshaftung 316
 Geltung s. Rechtsgeltung
 Generalisierung 209 f., 207 f.
 -, Risiko von 210, 226
 -, symbolische 170, 208 f.
 -, zeitliche/soziale 338
 Gerechtigkeit 29, 88, 111, 166
 Anm. 32, 222, 258, 301 f., 362,
 363 f., 368, 371, 374 ff., 427 f.,
 438, 442, 445, 446
 Gerichtsbarkeit 22, 26, 36, 184 ff.
 Geschichte 166 f., 424 f., 449 f.
 Gesellschaft/Interaktion 63 f.
 Gesellschaften, hochkultivierte
 28 f., 103, 156, 219 f., 439
 -, segmentäre 28, 60, 103, 106,
 156, 219, 318, 439
 Gesetzespositivismus 430, 434
 Gesetzgebung 23, 27, 30 f., 45 f.,
 88 ff., 121, 126, 294 f., 324,
 365 f.
 Gewalt 75 f., 104, 138 ff., 154 ff.,
 184 f.
 Gewissen 333, 334 f., 358 f.
 - als forum internum 327
 - und Recht 330 ff.
 - und Reflexion 334 ff.

- und religiöse Erfahrung 333, 352
- und Rollendifferenzierung 342 ff.
- und Wahrheit 328 ff., 351 f., 353
- Gewissensfreiheit 326 ff., 341 ff., 347 ff., 352 ff.
- Gewißheit 447
- Gewohnheitsrecht 309 f., 314, 316; s. Rechtsquellen
- Gleichheit/Ungleichheit 49, 157 f., 256, 391, 396 f., 406
- Gleichheitssatz 142, 276, 312 f., 367
- Gottesbegriff 378
- Gottesurteile 22
- Grund/Begründung 320
- Grundnorm 438
- Güterabwägung 372

- Handlung 92 f., 94
- Hauptstadt 180
- Hermeneutik 53, 127, 166, 292 ff.
- Herrschaft 156
- Hierarchie 254 f., 425, 438, 439

- Identität 333 f., 336 ff., 344 f., 423
- Ideologie 133, 352, 371 f., 417
- Indifferenz 210, 226
- Individualisierung 344 f., 346 f.; s. Identität
- von Entscheidungen 42 f.
- Inflation/Deflation des Rechts 433, 435 ff-
- Inklusion 42, 157, 411 f.
- Innovation s. Neuerung
- Instabilität 94 ff., 105, 108
- Institutionalisierung 132 f., 215, *73> 33'
- Integration 101
- Interaktionssysteme 38, 53 ff.
- und Gesellschaft 63 f.
- Interdependenz
- , Steigerung von 67, 250 f.
- von Entscheidungen 251 ff., 260, 400, 406, 410
- Interdependenzen, externe/interne 4*5
- interdisziplinäre Beziehungen 191, 193. 393> 417 i-
- Interessen 361
- Interessenjurisprudenz 76
- Internalisierung 339 Anm. 20
- invisible hand 169 Anm. 38
- Isonomia 313
- ius 300 f., 362 ff.
- ius eminens 23, 126 Anm. 33

- Juridifizierung s. Thematisierung
- Juristen 43, 44, 51 f., 173 ff.; s. Richter
- , Ausbildung von 51 f., 77, 190
- , Berufswahl von 177 f.
- in der Verwaltung 181 f.
- , Karrieren von 177 ff., 181
- , Textorientierung der 174 ff., 189
- und Politik 180 ff.
- , Zusammenhalt von 179 f., 186 f.
- Justiz s. Gerichtsbarkeit
- Justizverweigerung, Verbot der s. Entscheidungszwang

- Kapitalbildung 440
- Kausalität 13, 123, 202 f., 280 f.

- Kommunikation 53 ff., 92 f.
- Kommunikationsmedien 30, 435, 449
- Komplementarität 362 ff.
- Komplexität 93, 191 ff., 241 f., 246 f., 249 f., 259, 283 f., 389, 402 f.
- , adäquate 268, 388 ff., 416
- der Gesellschaft 21, 29, 80 f., 416
- , Reduktion und Steigerung 103, 108, 110, 270 f.

- , Steigerung der 13 f., 32, 128 f., 262 f., 375
- Konditionalprogramm 138, 140 ff., 257 t., 271, 275 ff., 289, 396 f.
- Konflikt 16, 17 f., 55 ff., 67 f., 92, 97 ff., 171, 185, 212 f., 215 f., 306, 318
- , Polarisierung von 101 ff.
- , Themen von 110 f.
- und Evolution 105
- Konfliktrepression 56 f., 103 f.
- Konflikttheorie 100 f.
- Konsens 132, 171, 221, 436, 443, 446
- Konsistenz s. Entscheidungen
- , zeitliche 409
- Konstanz/Wandel 95, 98
- Kontingenz 38, 200 ff., 312 f., 318; s. doppelte K.
- der Welt 234
- , Entscheidbarkeit von 378
- Kontingenzausschaltung 217, 226, 3>9
- Kontingenzformeln 387
- Kontingenzregulierung 270 f., 318 f.
- Kriterien s. Selektionskriterien

- Latenz**
- von Funktionen, Strukturen 25, 281, 291
- von Prämissen 55
- Legeshierarchie 25, 121 f., 439
- Legisten (China) 219 Anm. 59, 312 f.
- Legitimation 75 f., 132 f., 168 Anm. 35, 171, 427
- Leistung 440
- Lernen 136 f., 229 f.; s. Variabilität, strukturelle
- Liebe 148
- Logik 397 f.

- Mehrparteiensystem 171
- Ministerialbürokratie 181 f.
- Möglichkeit 208 f., 249 Anm. 20
- , Bedingungen der 21e, 233
- Multifunktionalität 281 f.

- Nachgeben 109 f.**
- Nationalsozialismus 176, 188, 431 ff.
- Naturrecht 29, 43, 119 ff., 144, 151, 152, 157, 163 ff., 168 Anm. 35, 289, 295, 313 f., 331 Anm. 12, 402 Anm. 59, 426, 429, 431 ff.
- , absolutes/hypothetisches 161
- als Zwangsrecht 158 ff.
- Negation 54, 394 ff., 414 f.
- Neuerung 24, 28, 255
- nomos 313 f., 428 f.
- Normen, Normativität 17, 57 f., 75> 77 f> 94. "§ * . 210 ff., 229 f., 289, 337 ff., 349 f.

- oikos/polis 318
- Organisation 407 f.
- , Mitgliedschaft in 342 f.
- und Entscheidung 263 ,
- Organisationen im Rechtssystem 35 f., 130f.

- Patron/Klient 106
- Perfektion 378 ff., 384, 387, 412, 416, 427
- Pflicht s. Recht**
- Planung s. Sozialplanung**
- Polarisierung von Konflikten 101 ff.**
- Politik 31, 171
- politisches System 42, 45, 95, 314; s. Rechtssystem; Demokratie
- , Autonomie des 151, 168
- Positivität s. Recht, positives potestas 156 f., 360**

Präjudizien 254
 Primat, gesellschaftlicher 149 ff.,
 374, 373
 Prinzip s. Rechtsprinzipien
 Privatheit 42
 Privatrecht 172, 441
 Problematisierung, funktionale
 285 ff.
 Problemorientierung 198 ff., 222 f.
 Problemüberwälzung 368 f.
 Profession 173 f.; s. Juristen
 Prozeß 248 f.

 Rationalität, formale 171
 Recht 118
 - als Konfliktregulierung 57, 92,
 104 f.
 - als Steigerung von Konfliktfä-
 higkeit 104 f.
 -, Alter des 119
 -, De-Thematisierung des 71 f.
 - des Stärkeren 157, 158
 -, Funktion, Funktionswandel des
 73 ff., 268 f., 377 f., 383, 417
 -, positives 25, 29, 32 f., 39,
 113 ff., 122 ff., 161, 374 ff., 400,
 416, 428 ff., 446
 -, Richtigkeit des 430 f., 446
 -, Ritualisierung des 24
 -, subjektives 27, 84, 144, 163,
 270, 299 ff., 360 ff., 399, 441
 - und Pflicht 162 f., 301 f., 362 ff.
 - und Macht 61 f., 139 f.
 - und Moral 104 f., 138, 147, 119,
 221, 304, 312
 - /Unrecht 35, 57 f., 72, 78, 82,
 90, 383, 384 ff., 411 ff.
 Rechtsänderung 23, 125, 128 f.,
 369, 409; s. Gesetzgebung
 Rechtsbegriffe 227, 256 f., 269 f.,
 408
 Rechtsbehauptung 59, 67
 Rechtsdogmatik 21, 30 f., 46, 85,
 86 Anm. 19, 87, 90, 146, 187,
 213, 299, 345, 349, 395
 400, 408, 410, 419
 Rechtsfähigkeit 150, 157, 441
 Rechtsfälle 39, 44, 49 ff., 66, 231,
 255, 256, 400, 406, 409, 427 f.
 Rechtsgeltung 38, 113, 122 ff.,
 217 ff., 309, 314, 318 ff.
 Rechtskraft 254, 426 f.
 Rechtslehre, Wissenschaftlichkeit
 der 186 ff.
 Rechtspolitik 31, 86 ff.
 Rechtsprinzipien 223 ff., 376, 384
 Rechtsquellen 25, 121, 122 f.,
 308 ff., 360
 Rechtsschutz gegen den Staat 144,
 183, 303 f.
 Rechtssetzung/Rechtsanwendung
 133 ff., 296
 Rechtssicherheit 143, 187, 271,
 277, 301 f., 411 ff., 428
 Rechtssoziologie 7 f., 417, 442
 Rechtssprechung 89 f.; s. Gerichts-
 barkeit; Richter
 Rechtsstaat 144, 154, 155 f., 181,
 188 f.
 Rechtssystem 35 f., 96, 244 ff., 388
 -, Entscheidungszwang im 71, 95
 - und Erziehungssystem 41, 440
 - und Gesellschaftssystem 267 f.,
 391, 438 ff.
 - und politisches System 44 f.,
 133, 144, 147, 155 ff., 165 ff.,
 258, 377, 431 f., 440
 - und Wissenschaftssystem 41, 440
 Rechtstheorie 7 f., 33 f., in f.,
 191 ff., 241 ff., 324, 376, 383 f.,
 403, 419 f., 446, 450
 Rechtswang 138 ff., 154 ff.;
 s. Gewalt
 Redundanz 264
 Reflexion 334, 335 f., 417, 419 ff.,
 423 f.

- Reflexionstheorie** 421 ff., 446 ff.
Reflexivität 125, 296, 378, 392
 Anm. 39
Reformen 182
Regel/Ausnahme 227 ff., 399
Religion 42, 333, 422, 428 f., 447
Rentenkonkubin 345, **Anm.** 27
Respezifikation 209, 211, 220, 393, 402
Revolution 75 f.
Reziprozität 362 ff.
Richter 184 ff.
 -, **Entscheidungsfreiheiten der** 46, 89, 134, 155
Richterrecht 126 f., 311, 434 f.
Risiko von Strukturen 143 ff., 365
Rollendifferenzierung 342 ff., 367

Sanktion 117 f.
Schematisierung 225 f.
Schlichtung 71 f.
Schöpfung 200, 201 ff.
Schulpflicht 41, 440
Schweigen 104
Schwelle, evolutionäre 374 f., 440 f.
Selbstdarstellung 334 f., 340
Selbsthilfe 22, 24, 27
Selbstreferenz 8, 92 f., 96 f., 166, 420 f., 423 f., 442; s. **doppelte Kontingenz**
Selbstreferenz, Unterbrechung von 443 f.
Selbstsubstitution 87, 323, 378 f., 394, 400
Selbstverständlichkeiten 54 f.
Selektion, evolutionäre 14, 18 f.
Selektionskriterien 387
Selektivität 200
Sensibilität, kontrollierte 210, 212, 226
Sezession 318
Sinn 34, 289, 292 f., 444

Sinndimensionen (zeitlich, sachlich, sozial) 42; f., 444 f.
Social engineering 48, 86
societas civilis 149 **Anm.** 78, 374, 441
Souveränität s. basale Souveränität; Entscheidungssouveränität
soziale Kontrolle 103
soziale Regression 101 ff., 108
Sozialisation 211
Sozialplanung 86 f., 260 f.
Sozialwissenschaften, Soziologie 77, 85, 191 f., 273 f., 280 ff., 288 ff.
Staat und Gesellschaft 165, 440
Stabilisierung, evolutionäre 14, 19 f.
Stabilität s. Instabilität
Stratifikation s. Schichtung; Gesellschaften, hochkultivierte
Streit s. Konflikt
Struktur 114 f., 127 f.
 -/**Prozeß** 247 ff.
Subjekt, Subjektivität 93, 360 f.
subjektives Recht 27, 84, 144, 163, 270, 299 ff., 360 ff., 399, 441
symblotischer Mechanismus 158; s. **Gewalt**
System, soziales 37, 92 f.
Systeme, analytische/konkrete 194 f., 218
Systemendifferenzierung 96, 128, 267, 438 ff.; s. **Differenzierung**
Systemreferenz 282
Systemtheorie 31, 100, 193 ff., 241 ff., 285, 297 f., 393, 449

techné 429
Technisierbarkeit 141 f.
Teleologie 426 f.; s. **Zwecke**
Thematisierung von Normen 54 f., 59, 61, 65

Theodizee 384, 387 Anm. 27
Theorie/Praxis 420
Temporalisierung von Komplexität
80 f.
Tod 340
Toleranz 98 f.
Topik 201, 293
Traditionalismus 119 Anm. 14, 124
Typus 225, 227 Anm. 70

Überleitung, evolutionäre 24 ff.,
148, 152, 164
Unabhängigkeit s. Abhängigkeit
-, richterliche 142
Ungewißheit, Steigerung von 67;
s. Erwartungsunsicherheit
Ungewißheitstoleranz 119
Universalismus 78 f., 411 f.
unpersönliches Verhalten 346 f.
Unrecht s. Recht/Unrecht
Unterstützung, soziale im Rechts-
streit 60 f.
UnWahrscheinlichkeit s. Wahr-
scheinlichkeit

Variabilität, strukturelle 30, 113,
.130 f., 145 f., 372 f.
Variation, evolutionäre 14, 16 ff.,
27 f.
varietas naturae 24 Anm. 31
Verfahren 19, 21, 29, 33, 133, 263,
268 f., 413, 427, 445, 446; s. Ge-
richtsbarkeit
Verfassung 45, 144, 155, 440
Verhaltenserwartungen 17, 37,
73 ff., 94, 114 ff., 170, 362
Verlangsamung der Rechtspflege
264 f.
Vernunft 105, 159 f., 168 Anm. 35,
378

Verschuldenshaftung 316* 399
Vertrag, Vertragsfreiheit 22 f., 27,
68 ff., 95, 150, 158, 161, 270,
301 Anm. 55, 363, 370 Anm. 20,
441
-, Gesellschaft als 43, 69
Vertrauen 118, 170, 443

wahr/unwahr 386 f.
Wahrscheinlichkeit des Unwahr-
scheinlichen 22, 26, 145, 365 f;
s. Errungenschaften
Wandel s. Konstanz
Wehrpflicht 347
Welt 169, 233 f., 379
Weltgesellschaft 32, 90, 268
Wertvorstellungen, gesellschaftli-
che 315 f., 381, 389
Wirtschaft und Gesellschaft
149 ff., 379 f., 382 f.
Wirtschaftlichkeit 381
Wissenschaft 386 f., 419 f.
Wissenschaftstheorie 420 f., 447 ff.
Wohlfahrtsstaat 171

Zeitdimension 73 f., 76, 80 ff., 93,
94, 101 f., 114, 202, 225, 264 ff.,
318, 336 ff., 399, 406 f., 409, 443
Zeitdruck 85
Zufall 49, 66, 312, 443 f.
Zugang s. Inklusion
Zumutbarkeit 72, 372
Zurechnung s. Attribution
Zwang s. Gewalt
Zwecke, Zweckprogramme 142,
232, 261, 269, 274 ff., 380, 408
Anm. 75
Zweierbeziehung 101 ff.

Quellennachweis

1. Evolution des Rechts, Rechtstheorie i (1970), 3-22
2. Ausdifferenzierung des Rechtssystems, Rechtstheorie 7 (1976), 121 bis 135
3. Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen, in: Erhard Blankenburg et al. (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Wiesbaden 1980, 99-112
4. Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, in: Die Funktionen des Rechts: Vorträge des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie Madrid 7. IX.-12. IX. 1923, Beiheft Nr. 8 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 1974, 31-45
5. Konflikt und Recht (bisher nicht veröffentlicht)
6. Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), 175-202
7. Rechtszwang und politische Gewalt (bisher nicht veröffentlicht)
8. Die Profession der Juristen: Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland (englische Fassung: The Juridical Review 20 ('97S)> 116-132; deutsche Fassung bisher nicht veröffentlicht)
9. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, Annales de la Catedra Francisco Suarez 12 (1972), 201-253
10. Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2 (1972), 255-276
1. Funktionale Methode und juristische Entscheidung, Archiv des öffentlichen Rechts 94 (1969), 1-31
2. Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht, in: Soziologie, Festschrift René König, Opladen 1973, 387-399
3. Die Gewissensfreiheit und das Gewissen. Archiv des öffentlichen Rechts 90 (1965) 257-286
4. Zur Funktion des »Subjektiven Rechts«, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1970), 321-330
5. Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, Rechtstheorie 4 (1973), 131-167
6. Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, Rechtstheorie 10 (1979), 159-185

In diesem Band wird eine soziologische Theorie präsentiert, die Möglichkeiten einschließt, Rechtstheorie (wie auch andere kunstvolle Gedankengebilde) zu analysieren. Die Rechtstheorie wird dabei als eine Reflexionsleistung des Rechtssystems angesehen.

Mit »Ausdifferenzierung des Rechts« ist der Gesichtspunkt benannt, der die Reflexion im Rechtssystem selbst und ihre Beobachtung von außen ermöglicht. Er bezeichnet einen geschichtlichen Prozeß, der von der Evolution des Gesellschaftssystems abhängt.

In der Theoriesprache der Soziologie kann die Evolution des Rechts, die Ausdifferenzierung eines besonderen Funktionssystems für Recht, dessen Verhältnis zu alltäglichen Interaktionen und zu Konflikten behandelt werden und vor allem natürlich die Funktion des Rechts.

stw

ISBN 3-518-29018-5

DM 29.80



9 783518 290187

