

Kein Anfang und kein Ende

Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik

Von Thomas Vesting

I. Einleitung

Zumindest in den letzten Jahren vor seinem Tod ist Niklas Luhmann in der interessierten Öffentlichkeit als bedeutender, wenn nicht sogar: als einer der bedeutendsten Soziologen dieses Jahrhunderts wahrgenommen worden. Aber sein Denken ist alles andere als populär. Auch in der Rechtswissenschaft ist die Rezeption seines Werkes bislang eher oberflächlich und vereinzelt geblieben¹, wenn man von der im engeren Sinn rechtstheoretischen Rezeption einmal absieht.² Zwar tauchen Begriffe wie „Komplexität“, „funktionale Differenzierung“ und all die vielen Wortzusammensetzungen mit „selbst“ („Selbstreferenz“, „Selbstbeobachtung“, „Selbstbeschreibung“ etc.) seit einiger Zeit in dem einen oder anderen Zusammenhang auf. Aber was es mit der Systemtheorie als einer universalen Theorie der Gesellschaft auf sich hat, was die „Kernthesen“ und Konsequenzen dieses Unternehmens für die zeitgenössische *Rechtswissenschaft* sind, also für ein Denken, das nicht nur einfach Jurisprudenz sein will, ist weit weniger klar.

Diese Unklarheiten kommen nicht von ungefähr. Sie hängen nicht zuletzt damit zusammen, daß die Systemtheorie mehr ist als das, was heute üblicherweise als Fachsoziologie oder Politikwissenschaft angeboten wird. Systemtheorie ist die Suche nach einer wissenschaftlichen Form, in der das einst unter dem Namen Philosophie akzeptierte unbedingte Theorieinteresse angesichts veränderter Bedingungen fortgesetzt werden kann und soll.³ Obwohl Luhmann die Möglichkeiten von „grand theory“ in seinem letzten Lebensjahrzehnt hin und wieder selbst mit gewisser Skepsis beurteilt hat⁴, hat sich die Systemtheorie noch einmal auf die Suche nach einer wissenschaftlich strengen Form von Theoriebildung begeben, die auf das „Ganze“ der modernen Gesellschaft geht; darin ist sie den großen „Systemen“ und Entwürfen der eu-

• Der Beitrag stellt die überarbeitete Fassung eines Vortrages dar, den ich auf Einladung von A. Voßkuhle und I. Villinger am 11. Februar 2000 im Rahmen des Seminars „Steuerungsprobleme in Staat und Gesellschaft“ an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg gehalten habe. **In einer gekürzten Fassung ist er in der Zeitschrift JURA 2001, Heft 5, S. 299-305, erschienen.** (Quelle: <http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/vesting/veroeffentlichungen.html>.)

¹ Anschlüsse an Luhmann in neuerer Zeit z.B. bei Roellecke, *Verwaltungswissenschaft von außen gesehen*, *VerwArch* 91 (2000), S. 1 ff.; Callies, *Prozedurales Recht*, 1999; Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, 1998; kritisch z.B. Pauly, *Die Identifizierbarkeit des Staates in den Sozialwissenschaften*, *ARSP* 85 (1999), S. 112 ff.; Beyerle, *Die Vollendung des staatstheoretischen Nihilismus*, *Der Staat* 36 (1997), S. 163 ff.; Lepsius, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999; Möllers, *Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?*, *VerwArch* 90 (1999), S. 187 ff.

² Dazu aus neuer Zeit Riechers, *Rechtssystem als normative Struktur und sozietales Prozess*, *Rechtstheorie* 19 (1998), S. 497 ff.

³ Luhmann, *Die neuzeitliche Wissenschaft und die Phänomenologie*, 1996, S. 16. Über Luhmanns Beziehung zur Philosophie vgl. auch Reese-Schäfer, *Luhmann zur Einführung*, 1992, S. 172 ff.

⁴ Vgl. nur Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 540.

ropäischen Philosophie und ihren sozialphilosophischen Nachfolgern von Kant bis Parsons durchaus vergleichbar.

Ein produktiver Umgang mit der Systemtheorie setzt also (1) ein „unbedingtes Theorieinteresse“ voraus und erfordert (2), die Systemtheorie als „große Theorie“ zu lesen. Damit sind die Ausgangsbedingungen für die Rezeption der Systemtheorie in der Rechtswissenschaft wenig günstig. Zwar haben anspruchsvolle Juristen in der Vergangenheit immer den Gedankenaustausch mit anderen Disziplinen gesucht, man denke nur an Otto von Guericke oder Georg Jellinek, aber gegenwärtig scheint es um das Interesse an Theorie nicht gerade gut bestellt zu sein. Und wer will heute noch etwas von „großer Theorie“ wissen! Auch unter Juristen wird wieder und wieder der Vorwurf der Abstraktheit und Unverständlichkeit gegen Luhmann laut; es fehle der Theorie an empirischer „Absicherung“.⁵ Rechtsdogmatiker können mit der Systemtheorie noch weniger anfangen, schon deshalb, weil der mainstream der Rechtsdogmatik selten ein ausgeprägtes Theorieinteresse hat. Das mag ein Resultat der internen Ausdifferenzierung und Spezialisierung der Rechtswissenschaft sein, andererseits ist die zu beobachtende Weigerung, sich überhaupt auf Neues einzulassen, angesichts der großen Orientierungsprobleme, mit denen das Rechtssystem z.B. durch die globale informationsökonomische Entwicklung konfrontiert wird, doch ein wenig verwunderlich. Denn wie soll das Neue im Rechtssystem produktiv gebunden und verarbeitet werden, wenn nicht durch eine für Innovationen offene Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik?⁶

Ich möchte im Folgenden darstellen, dass die Systemtheorie der Rechtswissenschaft einen Begriffsapparat zur Verfügung stellt, der es ihr zunächst einmal ermöglicht, eine präzisere Selbstbeschreibung ihrer eigenen Tätigkeit anzufertigen. Die Systemtheorie kann – darin ist sie einer guten Unternehmensberatung vergleichbar –, den Horizont von möglichen Beobachterperspektiven erweitern und damit eine Ressource für mehr Flexibilität im Wissenschaftssystem zur Verfügung stellen; das gilt auch und gerade für das öffentliche Recht, auf das hier ein gewisser Schwerpunkt gelegt werden soll. Natürlich wäre es vermessen, in einem kleinen Zeitschriftenbeitrag eine umfassende Darstellung der Systemtheorie und ihrer Konsequenzen für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik liefern zu wollen. Ich möchte aber versuchen, ein paar Schlaglichter auf das „Zentrum“ dieser Theorie zu werfen. Dieses Verfahren wird insofern etwas schwer zu kommunizieren sein, als es ohne eine gewisse Abstraktionshöhe nicht geht. Dies zeigt bereits die erste große Verständnisbarriere, der Begriff des „Systems“.⁷

II. System ist die Differenz von System und Umwelt

Die Systemtheorie ist eine Differenztheorie. Sie geht von einem differentialistischen Denkmodell aus, wie es sich heute in ganz unterschiedlichen wissenschaftlichen Disziplinen findet, z.B. in der Linguistik, in der Kybernetik, in der Informationstheorie und in der neueren französischen Philosophie, insbesondere bei Jacques Derrida und Gilles Deleuze.⁸ Differenztheo-

⁵ Vgl. dazu auch die Auseinandersetzung zwischen *Rottleuthner*, Grenzen rechtlicher Steuerung – und Grenzen von Theorien darüber, in: Koller u.a. (Hrsg.), *Rechtspolitik*, ARSP Beiheft 54 (1992), S. 123 ff., 132 ff., und *Teubner*, Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes, in: Koller u.a. (Hrsg.), *Rechtspolitik*, ARSP Beiheft 54 (1992), S. 140 ff., 146 ff.

⁶ Vgl. dazu allg. *Hoffmann-Riem*, Zur Notwendigkeit rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, in: *Sauer/Lang* (Hrsg.), *Paradoxien der Innovation*, 1999, S. 229 ff.

⁷ Ein Glossar zu verschiedenen Begriffen der Systemtheorie findet man bei *Baraldi/Corsi/Esposito*, *GLU*, 1997.

⁸ In diese Zusammenhänge einfürend z.B. *Frank*, Was ist Neostukturalismus?, 1984.

rien greifen vor allem die Vorstellung des „Anfangs“ des Denkens an, also die Vorstellung, es gäbe einen absoluten, einheitsstiftenden „Ursprung“ der Welt. Das differenztheoretische Denken bestreitet mit anderen Worten, dass der Differenz, mit der jedes Denken zwangsläufig operiert, eine Einheit vorausliegt, die selbst außerhalb des Raums des Denkens lokalisiert werden könnte. Damit wird die Notwendigkeit provisorischer *Sinnkonventionen* akzentuiert und zugleich der künstliche und „konstruktive“ Charakter derselben. Der Gegner der Differenztheorie ist also letztlich die traditionelle aristotelisch-christliche Metaphysik, derzufolge eine jenseitige wirkliche Wirklichkeit die Erscheinungen des Diesseits strukturiert. Das bedeutet zugleich, dass die Systemtheorie keinen Anfang kennt, sondern sich selbst als Produkt des kommunikativen Geschehens der modernen Gesellschaft begreift bzw. sich inmitten dieses Geschehens situiert.

Wenn wir die Anweisung der Systemtheorie „Es gibt keinen Anfang!“ aber zunächst einmal außer Acht lassen, und so tun, als gäbe es ihn doch, und dann fragen: „Womit fängt die Systemtheorie an“?, dann gilt: Die Systemtheorie fängt nicht mit „Sein“ an oder mit „politischer Gemeinschaft“ (Aristoteles). Sie fängt auch nicht mit einem „Subjekt“ an, d.h. mit einem dem Bewußtsein nachgebildeten Schöpfer und Garanten objektiver Erkenntnis nach dem Zusammenbruch des metaphysischen Weltbildes der Tradition (Kant). Der Ausgangspunkt ist auch nicht der „Staat“ (Hobbes) oder das „Volk“ (Rousseau) als stellvertretende Kategorien für einen die Welt des Politischen fundierenden einheitlichen Willens. Der „Anfang“ ist lediglich eine Markierung, eine Unterscheidung, die eine Hintergrundunbestimmtheit in Bestimmtheit transformiert. Wenn man z.B. einen Kreis auf ein weißes Blatt Papier zeichnet, erzeugt man eine Differenz, nämlich die Innenseite und die Außenseite des Kreises. So ist es auch mit dem „System“ der Systemtheorie. Ein „System“ im Sinne der Systemtheorie ist keine Gestalt, kein Ding, keine Struktur, sondern eine Form, und zwar eine Form mit zwei Seiten. Ein „System“ ist eine prinzipiell zweiseitige Sache. „System“ ist die Markierung einer Differenz, oder genauer: Das System *ist* die Differenz von System und Umwelt – eine auf den ersten Blick merkwürdige Definition, in der das „System“ gleich zweimal vorkommt.

Diese Definition knüpft an den Formbegriff des englischen Mathematikers George Spencer Brown an. Dessen Hauptwerk *Laws of Form* enthält die Anweisung „Triff eine Unterscheidung!“.⁹ Wenn man keine Unterscheidung trifft, kann man nichts erkennen, und die Anweisung, eine Unterscheidung zu *treffen* (also zu *machen*), ist für Luhmann nichts anderes als eine extrem hochformalisierte Variante der eben schon angedeuteten Nichthintergebarkeit der Differenz. Luhmann orientiert sich aber noch in einem weiteren wichtigen Punkt an Spencer Brown. So wie der operative Kalkül von Spencer Brown nur einen Operator hat, besteht das „System“ der Systemtheorie immer nur aus *einem* Typus von Elementen. Das System der Systemtheorie ist also kein „Und-System“, wie z.B. der Staat in der Staatslehre von Georg Jellinek: Staatsgebiet *und* Staatsvolk *und* Staatsgewalt.¹⁰ Die Systemtheorie ist sozusagen eine „Ein-Elementen-Lehre“. Ihr Basiselement ist Kommunikation. Mit Kommunikation sind in der Regel sprachliche Aussagen zu irgendwelchen Themen gemeint, Sätze, die lang oder kurz sein können, die aus direkter Rede hervorgehen oder (nur) in Schriftform vorhanden sind. Für „psychische Systeme“ – also für menschliches Bewußtsein in herkömmlicher Terminologie – heißt das Basiselement Sinn, also das, was in Worten gespeichert und durch Kommunikation transportiert wird. Für die Systemtheorie bestehen soziale Systeme deshalb aus Kommunikationen, die eine Einheit aus Information, Mitteilung und Verstehen zwischen System und

⁹ Dazu Baecker, Im Tunnel, in: ders., Kalkül der Form, 1993, S. 12 ff.

¹⁰ Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1905), 1966, S. 394 ff., 406 ff., 427 ff.

Umwelt herstellen.¹¹ Aber Kommunikation ist, um wieder mit Spencer Brown zu sprechen, immer nur die Innenseite der Form, d.h. Kommunikation kann ohne die andere Seite, die Außenseite der Form, nicht gedacht werden. Kommunikative Systeme und nicht-kommunikative Umwelt sind also immer zwei Seiten derselben Medaille (oder Form).

Die Systemtheorie interessiert sich also tatsächlich nur für Kommunikation und Sinn. Sie richtet ihre Aufmerksamkeit z.B. nicht auf das Ereignis des Zähneputzens oder des Garten Umgrabens, sehr wohl aber auf die möglichen sozialen Aspekte einer Kommunikation über Zähneputzen oder Garten Umgraben. Sie bestreitet nicht, daß Kommunikation über Zähneputzen oder Garten Umgraben Zähneputzen oder Garten umgraben als Ereignis in der Welt voraussetzt, so wie sie auch nicht bestreitet, daß man zum Zähneputzen Zahnpasta benötigt, eine Zahnbürste, möglicherweise elektrische Energie, gemäßigtes Klima, gesunde Muskulatur, sauberes Wasser usw. (ähnlich beim Garten Umgraben). Aber sozial und theoretisch relevant, das ist der Ausgangspunkt der Theorie sozialer Systeme, ist Zähneputzen oder Garten umgraben erst, wenn es zum Gegenstand kommunikativer Operationen wird, wenn also über Zähneputzen oder Garten umgraben gesprochen, geschrieben oder gesendet wird – und sei es in völlig unsinniger Weise. Alles andere ist Umwelt und damit Voraussetzung, nicht aber „Gegenstand“ der operativen Autonomie eines Kommunikationssystems.

Infolgedessen geht es in der Systemtheorie um eine Verschärfung der Grenzziehung. Die Systemtheorie konzentriert sich darauf, *letzte* Unterscheidungen zu benennen, Differenzen, über die System/Umweltgrenzen gezogen werden können. Dabei ist das System einerseits nichts anderes als eben die Unterscheidung oder Grenzlinie, andererseits ist es aber die Seite der Form, die die Differenz von System und Umwelt vollziehen und realisieren kann. Systeme kommen daher – formal logisch gesehen – durch ein „re-entry“ zustande; sie sind ein Produkt des Wiedereintritts der Form in die Form, der Differenz in die Differenz. Anders gesagt: Systeme benutzen die Differenz, die sie konstituiert, zur Bestimmung der Innenseite der Form, d.h. zur Konstitution der systemeigenen Elemente, die dadurch zu systemeigenen Elementen *werden*. Soziale Systeme bilden sich durch die Verknüpfung von Elementen (Operationen), die aus Differenzen erzeugt werden – vorausgesetzt man hat Zeit. Ist z.B. ein kommunikatives Ereignis, ein Satz, mit Blick auf Vergangenheit anschlussfähig und erzeugt dieser Satz mit Blick auf die Zukunft wiederum selbst Anschlußmöglichkeiten, dann kann der beständige Prozeß des Vorgriffs und Rückgriffs des Systems in der Zeit stabilisiert werden. Wir haben dann ein rekursiv geknüpftes Netzwerk von Kommunikationen vor uns, und genau das ist ein „soziales System“ im Sinne der Systemtheorie.

Soziale Systeme können so gesehen ihre eigene Anschlußfähigkeit kontrollieren. Sie benutzen die Differenz, die eine Differenz erzeugt, um zu sehen, was paßt und was nicht paßt. Ein soziales System kann also z.B. unterscheiden, ob Kommunikation vorliegt oder Zähneputzen bzw. Garten umgraben. Insofern ist das System paradox konstruiert: Es erzeugt, was es selbst voraussetzt. Figürlich wird das System daher in der Regel als Kreislauf dargestellt. Man spricht auch von „Rekursivität“, von einem „rekursiven Netzwerk“, von „operativer Geschlossenheit“, „operativer Autonomie“ oder benutzt jenes Autokomposit, das sich und die Bedingung seiner eigenen Möglichkeit selbst produziert: „Autopoiesis“. Aber all diese Theoriemuster, „operative Geschlossenheit“, „operative Autonomie“, „Autopoiesis“, besagen nur, dass das System die Elemente (und Strukturen), aus denen es besteht, im Netzwerk seiner eigenen (rekursiven) Zusammenhänge generiert. Luhmann schreibt: „Autopoietische Systeme sind Sys-

¹¹ Vgl. Luhmann, Soziale Systeme, 1987, S. 193 ff.; zur Kommunikationstheorie vgl. auch Bolz, Am Ende der Gutenberg-Galaxis, 1993, S. 42 ff.

teme, die nicht nur ihre Strukturen, sondern auch die Elemente, aus denen sie bestehen, im Netzwerk eben dieser Elemente selbst erzeugen.“¹² Autopoiesis steht also primär für die Erzeugung einer systeminternen Unbestimmtheit, die nur durch systemeigene Strukturbildung reduziert werden kann.

Das klingt sehr abstrakt, ist aber im Fall sozialer Systeme relativ leicht nachvollziehbar. Sprache reagiert normalerweise durch Sprache auf Sprache. Sprache ist also anschlussfähig, sobald sie als Mittel der Verständigung einmal etabliert worden ist. Man würde z.B. nicht bestreiten, daß *dieser* Text einen Text darstellt, sondern allenfalls den Sinn der Ausführungen des Textes in Frage stellen, aber dann doch in Form eines anderen *Textes*. Und durch die Theoriesprache, die in *diesem* Text benutzt wird, rekuriert *dieser* Text auf kommunikative Ressourcen, die im Wissenschaftssystem in Form der Systemtheorie abrufbar sind, d.h. in der Wissenschaft als Struktur oder strukturierte Komplexität existiert. Die Systemtheorie erzeugt mit anderen Worten eine systemeigene Strukturbildung und reduziert damit die systeminterne Unbestimmtheit im Wissenschaftssystem. Im nächsten Abschnitt soll etwas näher auf die Theorie der Zeit in der Systemtheorie eingegangen werden.

III. Alles was geschieht, geschieht gleichzeitig

1. Zeit in der Systemtheorie

Die Systemtheorie ist eine Differenztheorie und eine strikt operative Theorie. Mit Begriffen wie „Operation“, „operative Theorie“ und „operatives Denken“ assoziiert man heute vielleicht Arztserien im Vorabendprogramm, manche werden auch an die Wirtschaft der Gesellschaft denken. Und in der Tat ist die Vorstellung, dass in der Wirtschaft tätige Unternehmen aus operativen und nicht-operativen Teilen bestehen, heute weit verbreitet. Dem operativen Geschäftsbereich werden hier vor allem die Abteilungen des unmittelbar ertrags- und gewinnorientierten Alltagsgeschäfts zugeordnet; bei einem Automobilunternehmen etwa der Bereich des Verkaufs, des Marketings, des Service usw. – im Gegensatz zu den eher organisationsbezogenen Tätigkeiten, wie Logistik, Verwaltung usw. Wenn man es etwas vergrößert, kann man sagen: Das operative Geschäft ist der Teil eines Unternehmens, der sich in ständiger Bewegung befindet, während alle anderen Teile als statische, dingähnliche Erscheinung betrachtet werden, eben als Unternehmensbürokratie.

Wenn in der Systemtheorie von „Operation“ die Rede ist, dann geht es auch hier um den Teil der sozialen Realität, der sich in Bewegung befindet. Wenn im zweiten Abschnitt dieses Beitrages gesagt wurde, soziale Systeme bestünden aus „Elementen“, ist das allenfalls in einer sachlichen bzw. ontologischen Perspektive richtig. Unter Hinzunahme von Zeit bestehen soziale Systeme nicht aus „Elementen“, sondern aus Operationen, d.h. aus zeitpunktbezogenen Ereignissen. Diese Ereignisse können im Laufe der Lebenszeit eines Systems zu sich selbst stabilisierenden systeminternen Relationen oder Strukturen verwebt werden, d.h. vom System zum Aufbau von Eigenkomplexität benutzt werden; der Begriff der Operation wird deshalb auch als „Reproduktion der ereignishaften Elemente“ eines Systems definiert.¹³ Da soziale Systeme aber nur aus ereignishaften Elementen bestehen, aus der je aktuellen Verknüpfung momentaner Operationen, bestehen sie strenggenommen gar nicht aus „Elementen“, sondern aus flüchtigen Ereignissen, die im Zeitpunkt ihres Entstehens schon wieder vergehen. Damit stellt sich die Frage, wie sich das System als prozesshaftes Geschehen zur „Einheit“ des Sys-

¹² Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 65; für die Konsequenzen im Gesellschaftsbegriff vgl. auch ders., Soziale Systeme, 1987, S. 555.

¹³ Luhmann, Soziale Systeme, 1987, S. 79.

tems verhält? Kann man ein soziales System ähnlich wie ein Unternehmen in einen dynamischen und einen statischen Teil zerlegen? Besteht ein soziales System einerseits aus prozesshaften und andererseits aus festen Bestandteilen?

Es ist für das Verständnis der Systemtheorie entscheidend zu sehen, dass die Vorstellung autonomer (autopoietischer) Systeme jenseits der Unterscheidung von Statik und Dynamik, Ruhe und Bewegung, Festem und Fließendem, angesiedelt ist. Die Systemtheorie situiert sich jenseits des Verhältnisses von Sein *und* Zeit, jedenfalls jenseits der Vorstellung, die wir uns herkömmlicherweise davon machen. Luhmann geht davon aus, dass soziale Systeme durch einen Primat der Zeit bestimmt werden. Aber auch das ist eigentlich noch falsch formuliert. Die Vorstellung ist nicht die eines Gegensatzes von dinghafter Identität und Zeitlichkeit, sondern die, dass es dinghafte Identität nur *in* der Zeit gibt, dass die Einheit eines sozialen Systems nur gegenwärtig konstruiert und reproduziert wird, um für eine gewisse Zeit Zeitbindungen zu erzeugen, die zwischen Vergangenheit und Zukunft, zwischen Rückgriff und Vorgriff, zwischen Erinnerung und Erwartung, zwischen Systemgedächtnis und Anschlußmöglichkeiten des Systems ständig hin- und heroszillieren. Das bedeutet z.B. für das Rechtssystem, dass die Geltung von Normen nicht als freischwebend, d.h. als unabhängig von ihrer je aktuellen Beobachtung gedacht werden kann, sondern das Rechtssystem die Produktion und Variation normativen Sinns ausschließlich auf der Grundlage je aktueller Beobachtungen vollzieht – und *nur* dann!¹⁴

Luhmanns operative Vorstellung von System und Systembildung knüpft an einen sozialen Umbau der Zeitstrukturen an, den erst die moderne Gesellschaft vollzieht. Wie vielfach gezeigt worden ist¹⁵, findet im Übergang zur Neuzeit eine Verschiebung in der Zeitsemantik statt, die jetzt vollständig auf Temporalstrukturen umstellt. Die Gegenwart wird nun mehr und mehr als laufende Differenz von Vergangenheit und Zukunft gedacht, mit eindeutigem Bezug auf Zukunft, und zwar auf: unbekannte Zukunft. Wie Luhmann betont, bewegt sich die Welt nicht in Richtung auf andere Stellen im Raum, sei es linear oder zyklisch, sondern in Richtung auf einen Weltzustand, den es noch gar nicht gibt; sie fällt beständig ins Bodenlose.¹⁶ Die moderne Gesellschaft operiert sozusagen in schnellen Zeittakten, sie bewegt sich von Ereignis zu Ereignis vor dem Horizont einer Zukunft, die zugleich Chancen wie Gefahren eröffnet, aber immer als offene und unbekannte Zukunft gedacht werden muss.

Dieser Umbau der Zeitvorstellung führt vor allem zu einer zunehmenden Wertschätzung des Neuen.¹⁷ Diese Wertschätzung des Neuen wird seit dem 17. Jahrhundert in positiv besetzten Begriffen wie Genie, Kreativität, Innovation, Erfinden (statt finden) usw. deutlich und überträgt sich schließlich auf ein progressistisches Selbstverständnis der Gesellschaft, d.h. darauf, dass sich die moderne liberale Gesellschaft eben selbst als *moderne* Gesellschaft versteht. Dieses Zeitschema, das die Gegenwart als Differenz von Vergangenheit und Zukunft mit einer Präponderanz des Zukunftsbezugs denkt, ist heute eine Alltagserfahrung. So muß z.B. die Wirtschaft ständig Neues produzieren, man denke nur an die Verkürzung der Produktzyklen in der Automobilindustrie; oder an die Werbung, die beständig das Image von Produkten auf-

¹⁴ Das betont auch *Riechers*, Rechtssystem als normative Struktur und sozietales Prozess, Rechtstheorie 19 (1998), S. 497 ff., 534.

¹⁵ Vgl. nur *Koselleck*, Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, 1979.

¹⁶ *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 998.

¹⁷ Dazu *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 997 ff.; *Groys*, Über das Neue, 1992; *Gerschlager*, Konturen der Entgrenzung, 1996.

polieren und mit den neuesten Lifestyle-Attributen versehen muß. Man denke ferner an die Mode, in der es einen geradezu neurotischen Zwang zur Produktion des Neuen gibt; man denke an die Börse mit ihren stündlich und täglich neuen Kurswerten. Oder man denke an die Massenmedien, bei denen sich die Wertschätzung des Neuen ebenfalls ganz deutlich zeigt: Jede Mitteilung, die als Information bzw. Nachricht ausgewählt wird, wird automatisch von einer Information in eine Nicht-Information verwandelt, und dieser Mechanismus der permanenten Vernichtung der neuen Information zwingt z. B. den politischen Journalismus dazu, von Moment zu Moment ständig Neues bieten zu müssen, also neue Nachrichten, neue Informationen, neue Meldungen zu produzieren. Operativ zu denken heißt also, Zeitlichkeit immer mit zu bedenken oder Zeit als ein dem Denken immanentes Medium zu begreifen (und die Zeit nicht in einer als „logisch“ oder „formal-logisch“ ausgegebenen Sphäre zu negieren).

2. Folgen für den Systembegriff

Dieser Primat der Zeitdimension muß immer mitgedacht werden, wenn von „Autopoiesis“ oder „operativer Autonomie“ eines Systems die Rede ist. Die Zeit ist nicht nur thematisch, sondern viel tiefer greifend operativ in die Selbstbeschreibung der Gesellschaft und ihrer Systeme eingebaut. Das ist eine der großen Zumutungen der Systemtheorie, bei denen sie mehr oder weniger vollständig mit der philosophischen Tradition und dem Alltagsbewußtsein bricht. Denn nicht nur die klassische Philosophie von Aristoteles bis Hegel¹⁸, auch der gesunde Menschenverstand geht normalerweise von einer ontologischen Einbettung der Zeitbegrifflichkeit aus. Wir wissen zwar, daß Menschen sterbliche Lebewesen sind und ihre Identität nicht ewig ist. Wir wissen auch, dass sich Menschen im Laufe ihres Lebens verändern und ihre „Identität“ heute mehr denn je über zeitabhängige offene Muster stabilisiert wird. Wir wissen auch, dass es in der physikalischen Welt Halbwertzeiten gibt, aber wir würden umgekehrt das Verhältnis von Dinghaftigkeit und Zeitlichkeit doch nicht so weit radikalalisieren, dass wir jegliche dinghafte Identität in Zeit auflösen würden. Unser Zeiterleben sagt uns ja z.B. nicht, dass ein Raum, in dem wir uns befinden, nicht wirklich ist, nur weil wir ihn nie vollständig beobachten können. Wir vertrauen vielmehr darauf, dass die Wand, die wir nicht sehen, auch in dem Moment stehen bleibt, in dem wir sie nicht wahrnehmen können.

Aber dieser zeitpunktbezogene Realismus ist der Ausgangspunkt der Systemtheorie. Soziale Systeme stehen mitten in der Zeit und werden je gegenwärtig konstruiert und reproduziert, d.h. soziale Systeme existieren nur im Moment ihres Vollzugs. Die in der Autopoiesis-Formel angelegte Paradoxie, dass das soziale System ein Netzwerk von Kommunikationen ist, das seinerseits auf vorangegangene Kommunikation zurückgreift, um im Netzwerk seiner eigenen Operationen weitere Kommunikation zu erzeugen, also das voraussetzt, was es produziert, löst sich auf, wenn man Zeit hinzunimmt: Das System ist die Gegenwart der jeweils aktuell operativen Ereignisse, der Zeitpunkt, in dem alles, was geschieht, gleichzeitig geschieht.¹⁹ Ein soziales System basiert auf der unaufhörlichen Erneuerung seiner Systemelemente, aber es existiert nicht vor, hinter, über oder jenseits dieser realen Zeitlichkeit; das wird auch mit dem Begriff der Emergenz umschrieben. Soziale Systeme produzieren eine emergente Ebene kollektiver Ordnung, die weder auf ein Subjekt zurückgeführt werden kann noch als „ewige I-

¹⁸ Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse II (1830), Theorie-Werkausgabe, Bd. 9, 1986, S. 47 ff. (§ 257 – § 259); Aristoteles, Buch der Physik IV, 10, Werkausgabe, Bd. 1, 1978 (1854). Die These behauptet nur eine Übereinstimmung im Hinblick auf die ontologische Einbettung der Zeit, d.h. der Wahrnehmung der Zeit durch das Schema Sein/Nicht-Sein, nicht etwa eine Identität der Zeitvorstellungen bei Aristoteles und Hegel.

¹⁹ Vgl. näher Luhmann, Soziale Systeme, 1987, S. 70 ff.; ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 5, 1991, S. 95 ff.; ders., Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 1012 ff., 1069 ff.

dee“ im Sinne Platons verselbständigt ist. Soziale Systeme benutzen auch keine transzendenten Voraussetzungen im Sinne Kants. Das System reproduziert und produziert ein ständiges Kommen und Gehen, die Elemente verschwinden, weil sie sich in der Zeit nicht halten können und in der Zeit laufend neu hervorgebracht werden müssen. Das System ist zwar auf Reproduktion angelegt (und nicht auf Iteration)²⁰, aber die Zeit ist irreversibel, so dass ein Sich-Selbst-Gleichbleiben des Systems nur durch beständigen Austausch der Elemente erzeugt werden kann. Reproduktion eines autonomen Systems heißt also nicht: Wiederholung der Produktion des Gleichen, sondern reflexive Produktion, Produktion aus Produkten.

An die Stelle der Differenz von Statik und Dynamik, von Ruhe und Bewegung, von Festem und Fließendem oder, um es etwas feierlicher zu machen, von religiös interpretierter Ewigkeit und vergänglicher Diesseitigkeit, tritt in der Systemtheorie die Vorstellung einer unendlichen Sukzession des Endlichen. Von daher auch der Titel dieses Beitrags: „Kein Anfang und kein Ende“. Die unendliche Sukzession des Endlichen kann keinen Anfang haben, weil die Autopoiesis immer schon angefangen hat und begrifflich diesen Anfang selbst nicht mehr reflektiert. Die Vorstellung der zirkulären Selbstproduktion verweist die Frage nach dem Anfang eines Systems an den Rand des theoretischen Interesses, denn die Frage nach dem Anfang eines sozialen Systems kann man nur aus der Mitte eines Systems heraus stellen, d.h. die Frage ist schon in Kommunikation verstrickt und setzt somit die unaufhörliche Selbstproduktion des autonomen Systems voraus. Hat die Autopoiesis aber einmal angefangen, kann über die Zukunft des Systems lediglich gesagt werden, dass das System solange produziert und reproduziert werden wird, wie es sich produziert und reproduziert. Diese Aussage sollte allerdings kein Anlaß zur Beunruhigung sein, denn so wie in der Biologie die Autopoiesis des Lebens das Leben am Leben erhält, so verfügen soziale Systeme mit dem Basiselement Kommunikation über ein äußerst robustes Element für ihre fortlaufende Produktions- und Reproduktionsfähigkeit. Wir wissen, *dass* kommuniziert wird und können davon ausgehen, dass in Zukunft solange kommuniziert werden wird, solange Kommunikation an Kommunikationen anschließen und das unendlich geflochtene Band der Autopoiesis der Gesellschaft fortgewebt werden kann.²¹

3. Vom deduktiven zum nachbarschaftlich gebauten System

Es geht in der Systemtheorie nicht zuletzt um ein neues Verständnis des „Systems“. Das „System“ in der Tradition des westlichen Rationalismus wurde im Anschluß an die Vorstellungen der Mechanik immer als geschlossene deduktive Einheit begriffen; die Transzendentalphilosophie, sagt Kant in der Einleitung der *Kritik der reinen Vernunft*, kann gar nicht anders als ein Entwurf aus Prinzipien bei völliger Gewährleistung der Vollständigkeit und Sicherheit aller Stücke begriffen werden, d.h. als „System aller Prinzipien der reinen Vernunft“.²² Dagegen ist ein soziales System im Sinne der Systemtheorie ein heterarchisches, nachbarschaftlich aufgebautes, in die Zukunft offenes Netzwerk kommunikativer Ereignisse.

²⁰ Darin besteht ein relativ großer Unterschied zwischen dem Dekonstruktivismus Derridas und der Systemtheorie Luhmanns. Eine Kritik an Luhmanns übersteigter Punktualisierung der Elemente als Ereignisse findet man bei z.B. bei *Ladueur*, Postmoderne Rechtstheorie, 1992, S. 128 u.ö.

²¹ Eine brillante literarische Anknüpfung an dieses kybernetische Konzept findet man bei dem in New York lebenden Schriftsteller T. Pynchon. In *Mason & Dixon* heißt es gleich zu Beginn: „Tenebrae hat sich gesetzt und ihre Handarbeit aufgenommen, ein Stück, dessen Größe und Schwierigkeit im Hause bereits Anlaß zu Diskussionen gibt, während die Strickerin selbst sich in Schweigen hüllt – zu diesem Thema jedenfalls.“

²² *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Bd. 1 (1787), Theorie Werkausgabe Bd. III, 1982, B 27; vgl. auch Vorrede zur Ersten Auflage, A XX.

Auch wenn Luhmann diese netzwerkförmige Offenheit des Systems selbst wenig akzentuiert, erledigen sich damit doch die Art von Einwänden, die in der Systemtheorie eine neue Ontologie sehen wollen, eine Welt hermetisch geschlossener „black boxes“. Autonome Systeme sind keine dinghaft existierenden Seinseinheiten. Es ist also nicht so, dass die moderne Gesellschaft in der Systemtheorie aus unterschiedlichen Abteilungen bestehen würde, aus Recht, Politik, Wirtschaft, Religion, so wie ein Schiffsrumpf aus wechselseitig nicht zugänglichen Kammern und Ebenen. Die Gesellschaft besteht überhaupt nicht aus „Räumen“, sondern aus kommunikativen Netzwerken, d.h. aus der laufenden Verknüpfung kommunikativer Ereignisse zu sich selbst stabilisierenden Strukturen. Die Gesellschaft ist permanent realisierte Zeitlichkeit und existiert nur im Vollzug von Ereignissen. Das bedeutet u.a., dass Ordnung im Sinne von Regelmäßigkeit nicht mehr als Resultat eines allgemeinen Gesetzes gedacht werden kann, das sich unabhängig von Raum und Zeit realisiert. Die Theorie autonomer Systeme eröffnet vielmehr eine neue Perspektive auf die Emergenz kollektiver Ordnung, die im Vollzug der Verknüpfung ihrer Elemente reproduziert, damit aber auch selbst verändert wird. Was für Konsequenzen hat das Konzept des autonomen (autopoietischen) Systems nun für die Beschreibung des Rechtssystems?

IV. Das Recht als autonomes (autopoietisches) System

1. Operative Geschlossenheit und binäre Codierung

Nimmt man die Verzeitlichung des Systembegriffs als Ausgangspunkt, wird als erstes klar, dass auch die Einheit und Autonomie des Rechtssystems nur in der dauernd laufenden Verknüpfung von Elementen bzw. Operationen bestehen kann. Das Rechtssystem ist wie alle anderen sozialen Systeme als Netzwerk konstruiert. Es ist heterarchisch und nachbarschaftlich aufgebaut – und nicht hierarchisch von oben nach unten. Es ist ein über Unterscheidungen und Beobachtungen sich selbst verknüpfendes Netzwerk, das in der Lage ist, rechtlich relevante Kommunikationen an rechtlich relevante Kommunikationen anzuschließen. Da nach Luhmann die spezifische und universale Funktion des Rechts in der Sicherung normativer Erwartungen besteht²³, werden im Fall des Rechtssystems normative Erwartungen mit normativen Erwartungen verknüpft, nicht aber einfach normative Erwartungen mit Fakten.

Infolgedessen kann das Rechtssystem zum Aufbau seiner *eigenen* operativen Geschlossenheit nur ganz bestimmte Kommunikationen verwenden. Es benutzt wie jedes andere soziale System Kommunikation. Als ausdifferenziertes System muß es sich aber mit *Rechtskommunikationen* begnügen und alles andere, z.B. Wirtschaftskommunikation, ausschließen. Dazu benötigt das Rechtssystem u.a. – nicht nur – einen binären Code²⁴, d.h. eine Differenz, die an anderer Stelle in der Gesellschaft nicht vorkommt. Das ist die Unterscheidung von Recht und Unrecht. Damit schließt das System sowohl Widersprüche aus, z.B. Recht ist Unrecht, aber auch dritte Werte wie z.B. Moral. Die Codierung trägt dazu bei, dass das System eine eigene Sprache entwickeln kann, indem es lernt, dass nur Recht sagen kann, was Recht und was Unrecht ist. Und sofern das Rechtssystem einmal als autonomes System mit eigenen Programmen ausdifferenziert ist, die die Zuordnung zur Rechtsseite steuern, ermöglicht die operative Schließung eine Disziplinierung und Verfeinerung der rechtsinternen Kommunikation. Das Rechtssystem muß nun stets auf die Resultate der eigenen Operationen und auf Konsequenzen solcher Operationen für künftige Operationen des Systems Bezug nehmen, sich also beständig

²³ Zur Erwartungssicherung ausführlich *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 73 ff.

²⁴ Daneben benötigt das System für seine Autonomie eine soziale Funktionsspezifikation (Sicherung normativer Erwartungen) und darauf abgestimmte Programme (Konditionalprogramme). Ich muß mich hier aus Raumgründen auf die Darstellung des Rechtscodes beschränken.

erinnern, beständig gespeicherten Sinn re-aktualisieren.²⁵ Das Rechtssystem löst sich also ab einem bestimmten Zeitpunkt von anderen Kommunikationszusammenhängen, insbesondere von Theologie und Moral, bis es nur noch seine eigene Geschichte von vergangenen Operationen, von früheren Interpretationen, von vorangegangenen Gerichtsentscheidungen, von Verträgen, Statuten, Gesetzen, wissenschaftlichen Publikationen usw. benutzt. Bei der Frage, wann der Prozeß der Ausdifferenzierung des Rechtssystems historisch gesehen eingesetzt hat, schwankt Luhmann freilich ein wenig. Es gibt Äußerungen, die sich in Richtung der These Harold Bermans deuten lassen, nach dem schon das kanonische Recht des Mittelalters ein modernes autonomes Recht war.²⁶ Die meisten Äußerungen Luhmanns gehen aber eher dahin, dass der eigentliche take-off nicht vor 1800 stattfindet und in einem engen Zusammenhang mit der Ausdifferenzierung des Wirtschaftssystems gesehen werden muß.²⁷

Der Mechanismus der operativen Schließung des Rechtssystems über den Code Recht/Unrecht führt dazu, dass jede Kommunikation, die eine Rechtsbehauptung aufstellt oder abwehrt, als eine interne Operation des Rechtssystems qualifiziert werden muß, sei es der Streit mit den Nachbarn, der Verkehrsunfall, die Polizeikontrolle, der Vertragsabschluß usw.²⁸ Es genügt, dass die Kommunikation sich selbst dem System zuordnet; immer dann, wenn es um das Prozessieren rechtsnormativer Erwartungen geht (der Vertrag soll eingehalten werden), handelt es sich um eine rechtsinterne Operation, und was sich dieser Codierung nicht fügt, ist nur dann rechtserheblich, wenn es als Vorfrage bei Entscheidungen über Recht und Unrecht erheblich ist. Das System orientiert sich also immer an seinen eigenen Systemzuständen, d.h. nur an sich selbst, und das Recht kann auch *nur* sein eigenes Systemgedächtnis benutzen, um in einer unbekanntem Zukunft Orientierung zu finden. Ein Gericht, das z.B. mit der Frage konfrontiert wird, ob eine Tatsachenbehauptung auf einer Internet-Homepage gegendarstellungsfähig ist, wird zur Lösung dieser Frage möglicherweise nach gesetzlichen Grundlagen suchen und auf Regelungen im Mediendienstestaatsvertrag stoßen (§10 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 2 MDSStV). Es wird möglicherweise auch nach dem bisherigen Umgang des Rechtssystems mit dem presserechtlichen Institut des Gegendarstellungsrechts fragen und prüfen, ob es die Funktion der Gegendarstellung nahelegt, auch auf einer Internet-Homepage angewendet zu werden.²⁹ Aber das Gericht wird sein Urteil nicht auf wirtschaftliche Überlegungen stützen, auch nicht auf politische Förderprogramme zur Innovation des „Standortes“ Deutschland. Und wenn es seine Argumente an solchen ökonomischen oder politischen Überlegungen orientieren würde, würde in Urteilkritiken und Urteilsanmerkungen die Verschiebung der Systemreferenz beklagt und das Urteil als krasser Fall der Mißachtung der Regeln der juristischen Argumentation kritisiert – und im Instanzenzug aufgehoben.

2. Operative Geschlossenheit und kognitive Offenheit

Nun bedeutet operative Geschlossenheit des Rechtssystems natürlich nicht, dass das Recht keine Beziehungen zu seinen Umwelten unterhalten würde. Im obigen Fall muß das Rechtssystem ja z.B. registrieren, dass es jetzt das Internet gibt und nicht mehr nur die herkömmli-

²⁵ Man achte auf die Formulierung: Das soziale System muss sich erinnern!

²⁶ *Berman*, *Recht und Revolution* (1983), 1991, S. 81, 808; *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 62.

²⁷ *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 452 ff. Problematisch in diesem Zusammenhang ist allerdings, dass Luhmann der Sozialvertragslehre des 17. Jahrhunderts (Hobbes, Locke etc.) und den Grundrechten so gut wie keine Beachtung schenkt.

²⁸ *Luhmann*, *Recht als soziales System*, *ZfRSoz.* 1999, S. 1 ff., 6.

²⁹ Zu diesem Fall vgl. den Beschluß des LG Düsseldorf v. 29.4.1998 – 12 O 132/98 –, *MMR* 1998, S. 376 f.; dazu auch die Besprechung von *Theißen*, *MMR* 1998, S. 678 ff.

chen Massenmedien wie die Presse. Das Rechtssystem, so lautet die Kernthese der Systemtheorie, kann Beziehungen zur Gesellschaft aber nur auf Grund von Eigenleistungen herstellen. Es muß eigene Übersetzungsmöglichkeiten finden und ausbilden, über die es die Umwelt in sich hineinspiegeln kann, und dies ist nur im Vollzug rekursiv vernetzter Operationen möglich, also nur im Rahmen operativer Geschlossenheit. Offenheit ist infolgedessen nur und gerade durch Geschlossenheit möglich (und umgekehrt Geschlossenheit nur durch Offenheit).

Um diese Paradoxie bewältigen zu können, kombiniert das Rechtssystem normative Geschlossenheit mit kognitiver Offenheit. Im Zivilrecht verknüpft es z.B. Fragen der Haftung mit gesellschaftlichen Konventionen wie z.B. Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Im öffentlichen Recht greift das Rechtssystem ebenfalls auf vorhandene gesellschaftliche Konventionen zurück, z.B. im Polizeirecht, wo Gefahrenabwehr über Verantwortungszuschreibungen oder Kausalitätsnachweise läuft, die wiederum an Wahrscheinlichkeiten und praktische Erfahrungen anknüpfen. In anderen Rechtsgebieten ist es sehr häufig ganz spezifisches Wissen, über das normative Geschlossenheit und kognitive Offenheit miteinander kombiniert werden, insbesondere im Umweltrecht bei Fragen der Anlagensicherheit, in denen der „Stand von Wissenschaft und Technik“ eine große Rolle spielt. Immer aber wird die Gesellschaft und ihre Praxis, die „Realität“, über rechtsinterne Normprogramme in das System eingeführt. Vom System her gesehen wird Fremdreferenz also nur im Rahmen der Selbstreferenz zugelassen.

Karl Heinz Ladeur hat die Operationsweise autonomer, operativ geschlossener Systeme mit der Situation eines Blinden verglichen.³⁰ Der Blinde benutzt einen Stock, um die Stabilität der ihn umgebenden Umwelt daraufhin zu überprüfen, ob sie hinreichende Festigkeit für die eigene Fortbewegung bietet. Der blinde Mann arbeitet mit einer Unterscheidung (stabil/instabil). Mit Hilfe dieser Unterscheidung konstruiert er ein vollständig operativ geschlossenes System der Orientierung, indem er Wahrnehmungen, die er über die Unterscheidung macht, laufend miteinander verkettet. Dies erlaubt ihm – bei entsprechender Übung – eine relativ sichere Fortbewegung, obwohl er über diese Unterscheidung keineswegs eine auch nur annähernd vollständige Beschreibung der Umwelt mitgeliefert bekommt, in der er sich bewegt. Er sieht nur das, was er mit der Unterscheidung, die er benutzt, sieht; aber er sieht nicht, was er nicht sieht. Der differentialistische Ausgangspunkt der Theorie autonomer Systeme hat deshalb auch relativ weitreichende erkenntnistheoretische Implikationen. Das, was das Rechtssystem benutzt und beobachtet, ist nicht *die* Realität, sondern immer nur die Realität, die sich nach Maßgabe des systemeigenen Codes als Realität darstellt, also nach Maßgabe der eigenen semantischen Möglichkeiten des Rechtssystems. Damit ist vor allem die Vorstellung unvereinbar, dass Rechtssystem könnte die „volle“ Wirklichkeit erkennen.

Die beschränkte Sicht ist freilich der Vorteil der operativen Geschlossenheit. Der Blinde realisiert, dass der Stock eine gute Orientierung ermöglicht, also hohe Umweltsensibilität garantiert. Der Blinde kann gerade aufgrund der Geschlossenheit des Systems, also der Benutzung nur *einer* Differenz (stabil/instabil) eine relativ komplexe Konstruktion seiner Umwelt entwerfen. Nur weil das Rechtssystem irgendwann einmal in der Geschichte begonnen hat, seine Operationen zu spezifizieren und nur noch nach Maßgabe der eigenen Codes und Programme zu prozessieren, hat es einen produktiven Zugang zur Umwelt finden können, ist es für die europäische Kultur so wichtig geworden. Die unstrukturierte Komplexität der inner- und au-

³⁰ Ladeur, The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law – From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-Relationships, EUI Working Paper LAW No. 99/3.

Bergesellschaftlichen Umwelt wird mit anderen Worten dadurch zugänglich, dass das Rechtssystem eigene Übersetzungssysteme aufbaut, eigene Rechtsinstitute, einen eigenen Argumentationsstil entwickelt usw. Aber alles, was das Rechtssystem dabei über seine Umwelt lernt, ist eben nicht die Fülle des Seins, sondern *seine* Umwelt. Das ist zugleich die Erklärung für die Notwendigkeit des binären Codes; der Recht/Unrecht-Code im Rechtssystem ist der Stock des blinden Mannes.

Dieses Beispiel zeigt auch, dass autonome Systeme nur im Plural existieren können. Das Rechtssystem unterscheidet sich nicht nur von seiner natürlichen Umwelt, z.B. den Juristen als physisch-psychischer Einzelindividuen, sondern auch von einer sozialen Umwelt, die in der modernen a-zentrisch gebauten Gesellschaft aus anderen autonomen Systeme besteht (soziale Systeme, Funktionssysteme, Organisationen etc.). Diese Systeme orientieren sich ebenfalls an eigenen Codierungen, aber die Mehrheit von autonomen Systemen erlaubt jedem einzelnen System, die durch andere Systeme strukturierte Komplexität für sich als Umwelt zu benutzen – und umgekehrt. So ist es gerade für das Rechtssystem unerlässlich, dass andere autonome Funktionssysteme, z.B. Wirtschaft, Wissenschaft, Politik, ihre eigene Autonomie entwickeln und strukturierte Komplexität bereitstellen, auf die das Rechtssystem bei seinen Operationen zurückgreifen kann. Wäre das nicht der Fall, würde die Autonomie des Rechtssystems zusammenbrechen. Es ist z.B. nicht vorstellbar, dass es ein autonomes Rechtssystem ohne professionelle Juristen geben könnte. Rechtsprofessionalismus setzt jedoch spezialisierte Organisationen voraus, z.B. Anwaltskanzleien, Gerichte, Unternehmen mit Rechtsabteilungen, Kirchen etc., und solche Organisationen kann es nur geben, wenn die materielle Reproduktion dieser Organisationen gesichert ist. Anwälte, Richter und Justitiare müssen Geld verdienen können, und das geht nur in einer geldbasierten Wirtschaft. Die Wirtschaft muss ihrerseits international konkurrenzfähig sein, und das ist wiederum nur bei einem gemäßigten Klima möglich – und so weiter und so fort. Auch hier ist es wieder wie im Beispiel des blinden Mannes: Der blinde Mann muß unterstellen, dass es eine vorstrukturierte Ordnung in seiner Umwelt gibt. Er muss unterstellen, dass Gehwege von Straßen unterschieden werden, dass Leute freundlich zu blinden Menschen sind (und nicht rüpelhaft) und dass die Wege, die er beschreitet, ihn an Orte bringen, wo es Supermärkte gibt. Wäre all das nicht gegeben, und würde der blinde Mann z.B. mitsamt Stock in einen tiefen See fallen, wäre er sofort orientierungslos. Er hätte es auf einmal mit völlig unstrukturierter Umweltkomplexität zu tun, die für die binäre Codierung stabil/instabil nicht zugänglich wäre. Die Autopoiesis des Blindenstocks würde zusammenbrechen. Aber, schon hat jemand gesehen, dass der Blinde in Gefahr ist. Er wird gerettet, der Retter kommt ins Fernsehen, die Autopoiesis des Blindenstocks läuft weiter und die Systemtheorie kann weitergeschrieben werden.

3. Zwischenbetrachtung

Die „Einheit“ des Rechtssystems, so viel kann man für eine erste Zwischenbetrachtung vielleicht festhalten, liegt für die Systemtheorie nicht in einer vorauszusetzenden Abschlußformel oder Metaebene. Während das zeitgenössische Rechtsdenken bis in die Rechtstheorie hinein noch immer nach Substituten für die verlorengegangene natur- und vernunftrechtliche Theoriearchitektur sucht³¹, wird das „System“ der Systemtheorie weder durch eine nach logischen Gesichtspunkten geordnete Gesamtnormmenge (Weinberger) noch durch eine Grundnorm (Kelsen) zusammengehalten. Es gibt keinen Anfang des Rechtssystems. Es gibt keine außerhalb des Rechts liegenden „transzendentalen Bedingungen“ des Rechts, keine das „einfache“ Recht steuernde secondary rule (Hart), kein a priori feststehendes Set von universalen morali-

³¹ Riechers, Rechtssystem als normative Struktur und sozialer Prozess, Rechtstheorie 19 (1998), S. 497 ff., 501 ff.

schen Regeln (Habermas/Alexy). Das System hat einen rein emergenten Charakter, d.h. es existiert nicht außerhalb seiner konkreten zeitlichen Operationen. Die „Einheit“ des Rechtssystems besteht also auch nicht in einer durch territoriale staatliche Grenzen zu unterscheidenden „nationalen Normenmenge“, d.h. sie wird auch nicht durch einen angeblich einheitlichen Willen der verfassungsgebenden Gewalt konstituiert. Das System produziert und reproduziert sich vielmehr aus der fortlaufenden Verknüpfung von kommunikativen Ereignissen, die es selbst als rechtlich relevant identifiziert.

Diese fortlaufende Wiederknüpfung von Recht mit Recht, die über die Regeln der juristischen Argumentation diszipliniert wird – und nicht durch die „Subsumtion“ unter das Gesetz –, konstituiert den unaufhörlichen Prozeß der Autopoiesis des Rechtssystems. Und je länger das Rechtssystem in dieser Weise autonom operiert, um so höher wird seine systeminterne Komplexität. Aber nochmals: Es gibt keine Essenz, an der das System Halt findet. Das Rechtssystem hält sich ausschließlich an seiner eigenen Praxis fest. In dem Moment, wo das Recht sich von seinen „Ursprüngen“ entfernt, setzt es sich selbst als Ursprung in Permanenz³², und in diesem Sinn ist das Rechtssystem nichts anderes als ein fortwährendes Sprachspiel, in den Worten Maturanas, „ein endloser Tanz interner Relationen in einem geschlossenen Netzwerk interagierender Elemente“.³³

V. Zu einigen Folgen für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik

1. Skizze des tradierten Verständnisses der Einheit der Rechtsordnung

Normalerweise geht die Rechtswissenschaft davon aus, dass das Recht aus einem Korpus von Regeln oder Normen besteht („corpus iuris“), d.h. seit der Erfindung des Buchdrucks und der daraus hervorgehenden Kodifikation unterstellt sie, dass sich die Einheit der Rechtsordnung in einen mehr oder weniger geschlossenen *Textzusammenhang* materialisiert. Juristen assoziieren mit „Rechtssystem“ üblicherweise ein hierarchisches, deduktives, von oben nach unten gebautes Schichtenmodell von Normen, ein „System“, das als solches jenseits des je aktuellen kommunikativen Vollzugs als einheitlicher Rechtsnormenzusammenhang existent ist. Die Vorstellung der lückenlosen Geschlossenheit ist zwar vor allem im deutschen Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts betont worden, während heute - in freilich unterschiedlichem Maße - die porösen Stellen, die Notwendigkeit der „Lückenfüllung“³⁴, die Produktivität der „Rechtsfindung“³⁵, die „Rechtsarbeit“ des Richters oder die Notwendigkeiten einer rationalen Begründungsprozedur angesichts des produktiven Moments der richterlichen Entscheidung betont werden.³⁶ Aber bei aller Kritik am klassischen Anwendungsparadigma der positivistischen Subsumtionslogik wird dieser Rechtsnormenzusammenhang von vielen doch noch immer dann als „System“ qualifiziert, wenn alle geltenden Normen nach einem „einheitlichen

³² Dupuy, On the Supposed Closure of Normative Systems, in: Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law*, 1988, S. 51 ff., 68.

³³ Maturana, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, 1982, S. 28.

³⁴ Z.B. bei Picker, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung*, JZ 43 (1988), S. 1 ff., 62 ff.; *Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, S. 403 ff.

³⁵ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, S. 34, 72.

³⁶ Ersteres bei Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 1984, S. 246 ff.; Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, S. 17 ff.; Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 71 ff.; vgl. auch Ladeur, *Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels*, *RabelsZ* 64 (2000), S. 60 ff.

Gesichtspunkt“ geordnet bzw. als „einheitlich, logisch geordnetes Ganzes“ identifiziert werden können.³⁷

Eng mit der Vorstellung der „logischen Geschlossenheit“ der Rechtsordnung verknüpft ist die Vorstellung einer internen Ebenenunterscheidung des Rechtssystems, für die sich auch der Begriff der Normenpyramide (oder Normenhierarchie) durchgesetzt hat. Über diese Ebenenunterscheidung wird die Einheit der Rechtsordnung von oben nach unten typologisch – Verfassung, Gesetz, Verordnung, Einzelfallentscheidung – gegliedert. Darin ist zugleich die Annahme angelegt, das Allgemeine, das Gesetz (auch: Verfassungsgesetz), dem Besonderen, Urteil, Verwaltungsakt, Vertrag etc. überzuordnen. Die Norm und insbesondere das allgemeine Gesetz operieren nicht – wie das autonome System der Systemtheorie – vor dem Horizont einer unbekannteren Zukunft, sondern eilen ihrer Zeit voraus und nehmen die Wirklichkeit der Fälle vorweg. Die Fähigkeit des Gesetzes, eine derartig weitreichende Ordnungsleistung zu erbringen, wird zwar heute um so mehr relativiert, je mehr – wie eben schon angedeutet – der produktive Charakter der „Rechtsfindung“ im juristischen und insbesondere gerichtlichen Entscheidungsprozess betont wird³⁸; aber das Verhältnis von Regel und fallbezogener Regelanwendung wird doch insofern mehr oder weniger unter Ausschluß von Zukunftsbezug gedacht, als die Wirklichkeit der Fälle nicht die Regel selbst verändert, sondern im wesentlichen der fortlaufenden Bestätigung der Regel durch ihre praxisgerechte Mikrovariation dient.³⁹ Noch heute denken die meisten Rechtswissenschaftler jedenfalls nicht operativ, ihr Ausgangspunkt ist nicht die oben skizzierte Vorstellung einer kreativen Zeit, sondern die rationalistische Annahme einer prinzipiellen Reversibilität der Zeit, wie sie auch der Mechanik zu Grunde liegt.

2. Autonomie und Grenze des Rechtssystems in der Systemtheorie

Die Theorie der operativen Geschlossenheit führt sowohl zu anderen Vorstellungen über die Einheit als auch den internen Aufbau der Rechtsordnung. Die Grenze des Rechtssystems kann jetzt z.B. nicht mehr über einen vorab gegebenen Textzusammenhang, d.h. über Normen, gezogen werden. Das würde bedeuten, auf Strukturen zu referieren, ein Ansatz, der mit der Theorie der Autopoiesis unvereinbar wäre, da die Theorie der Autopoiesis, wie wir gesehen haben, auf Rechtsakte bzw. Ereignisse rekurriert. Die Systemtheorie macht daher auch mit der Vorstellung Schluss, dass die Differenz von Recht und Gesellschaft in bestimmten „Normmerkmalen“ liegen könnte. Noch heute ist z.B. die Vorstellung weit verbreitet, dass das Recht aus „Sollensätzen“ bestehe und dass sich rechtliche „Sollensnormen“ von anderen Normen, wie etwa der Moral, durch Äußerlichkeit und Erzwingbarkeit unterscheiden. Diese Vorstellung, die sich wohl auf Hobbes zurückführen lässt und in Hans Kelsen einen ihrer prominentesten Vertreter hatte⁴⁰, ist gerade im öffentlichen Recht weit verbreitet, da hier primär auf die staatlichen Institutionen abgestellt wird, die mit Rechtsentscheidungen befaßt sind. Ein Teil

³⁷ Coing, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, 1956, S. 26; Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969; Weinberger, Die Struktur der rechtlichen Normenordnung, in: Rechtstheorie und Rechtsinformatik, Forschungen aus Staat und Recht, Bd. 32, 1975, S. 110 ff., 111; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 437 ff. Aus jüngerer Zeit vgl. nur Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 1999, Rz. 156 ff., 159.

³⁸ Vgl. Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung, JZ 43 (1988), S. 1 ff., 62 ff.

³⁹ Vgl. nur Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 33 ff., 133 ff., 137 ff., 153 ff.

⁴⁰ Hobbes, Leviathan (1651), Cambridge Texts, 1996, Ch. XVII; „And Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all“; Kelsen, Reine Rechtslehre (1960), 1983, S. 34 ff.

der Verwaltungsrechtler konzentriert sich folglich auf die Gerichte, die als *staatliche* Letztentscheidungssträger angesehen werden, andere beziehen sich mehr auf den demokratischen Gesetzgeber als angeblich wichtigstem „*Entscheidungsorgan*“.⁴¹ Insbesondere in dieser letzten Variante können Politik und Recht dann nicht mehr hinreichend unterschieden werden. Rechtssystem und politisches System werden gewissermaßen als *ein* System gedacht, als „Rechtsstaat“, und das, was man tut, wird sogar als „Staatsrecht“ bezeichnet. Gesetzgebung erscheint dann als eine Art Grund oder Vorbedingung der Autonomie des Rechtssystems, als „Input“ von Politik in Recht.

Die Annahme der operativen Geschlossenheit des Rechtssystems versperrt auch diesen Ausweg. So wenig die Grenzen des Rechtssystems über Strukturen bzw. Normen festgelegt werden können, so wenig können sie institutionell gezogen werden. Sie können nur operativ definiert werden. Und ob ein Rechtsakt zum Rechtssystem gehört, ob also ein Sprechakt mit rechtlich relevanter Geltung vorliegt, kann selbstverständlich nicht vom Normgeber definiert werden, zumal dieser im Verfassungsstaat selbst normativ gebunden ist. Auch der Normgeber kann nur das Normieren normieren (das hatte schon Kelsen zum Ausgangspunkt seiner Unterscheidung von genereller und individueller Normierung gemacht⁴²). Entscheidungen über die Systemzugehörigkeit einer Kommunikation zum Recht können nur mit Hilfe der rekursiven Bezugnahme auf Recht, d.h. nur im Rechtssystem getroffen werden. Das schließt nicht aus, dass Gerichte im Einzelfall dem politischen Willen oder moralischen Grundsätzen den Vorrang über geltendes Recht einräumen⁴³, aber diese Ausnahme setzt die rekursive Schließung des Rechtssystems bereits voraus. Im statistischen Normalfall liegt die Letztentscheidung über Recht und Unrecht also immer im Rechtssystem.

Andererseits kommt die Systemtheorie von hier aus zu der folgerichtigen Annahme, dass auch Verträge zum Rechtssystem gehören. Das ist nach herkömmlicher Auffassung bekanntlich nicht der Fall, zumindest sind Verträge keine „Rechtsquelle“.⁴⁴ Die Theorie der Rechtsquellen leidet in systemtheoretischer Perspektive einerseits daran, einen „Anfang“ außerhalb des Rechtssystems als Geltungsgrundlage des Rechts suggerieren zu müssen und andererseits die Abhängigkeit des positiven Rechts von Erfahrung, Praxis und sozialen Konventionen zugunsten einer positivistischen Vorstellung der Konstitution des Rechts aus dem „Nichts“ zu ersetzen. Heute verstellt die herkömmliche Rechtsquellenlehre vor allem den Blick auf die zunehmende Bedeutung der Selbstorganisation sozialer Prozesse, in denen auch eine Zunahme „spontaner Rechtsbildung“ durch Konventionsbildung zu beobachten ist.⁴⁵ Dies gilt nicht

⁴¹ In diese Richtung *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 152 f.; *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 1999, C II 1 und Fn. 170; und insbesondere *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 21 ff., 36 ff.; in diese Richtung auch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999.

⁴² *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960), 1983, S. 242 ff.

⁴³ Vgl. etwa BVerfGE 95, 96 ff.; zu dieser Problematik auch *Dreier*, Gustav Radbruch und die Mauer schützen, JZ 52 (1997), S. 421 ff.; *Alexy*, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, 1997.

⁴⁴ Seit *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, 1840, S. 12; vgl. auch *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 100, mit dem Hinweis darauf, dass das Römische Recht mit der Figur des *lex contractus* keine Schwierigkeiten hatte.

⁴⁵ Vgl. dazu nur *Teubner*, Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society?, im Erscheinen.

nur, aber vor allem für die Generierung technischer Standards bei komplexen Technologien wie z.B. der Telekommunikation.⁴⁶

3. Gerichte als Zentrum des Rechtssystems

Aus der Theorie der Autopoiesis folgt, dass das Rechtssystem nur im beständigen Selbstkontakt eigene Komplexität aufbauen kann. Dies führt in der Systemtheorie Luhmanns zur Vorstellung einer quasi maschinenförmigen Arbeitsweise des Rechtssystems, und diese Vorstellung impliziert dann, dass die Gesetzgebung nicht das Zentrum des Rechtssystems sein kann. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass die Gesetzgebung keine Normen produzieren könnte oder dass Gesetzgebung für das Rechtssystem – kausal gesehen – irrelevant wäre. Aber angesichts der Fülle tagtäglicher Rechtskommunikationen und der dazu im Verhältnis relativ geringen Zahl von Gesetzen muß die Gesetzgebung aus systemtheoretischer Sicht an der Peripherie des Rechtssystems angesiedelt werden. Dies hängt auch damit zusammen, dass Gesetze nur dann Wirkungen in der Rechtskommunikation entfalten können, wenn sie an die dogmatischen Bestände des Rechtssystems anschließbar sind, d.h. durch begleitende Gerichtsentscheidungen, Dogmatik und Theorie produktiv bearbeitet werden können. Luhmann, der das Moment des rechtlichen Entscheidungszwangs sehr stark betont, siedelt deshalb die Gerichte im Zentrum des Rechtssystems an.⁴⁷

4. Gesetz und Gesetzesanwendung

In einer operativen Theorie kann das Verhältnis von Regel und Regelanwendung nicht unter Ausschluß von Zeit gedacht werden. Die Wirklichkeit der Fälle, d.h. die Rechtspraxis, verändert die Regel selbst; und zwar ohne sich dabei ihrerseits wiederum an voraussetzbaren Meta-Regeln wie z.B. „praktische Vernunft“ orientieren zu können.⁴⁸ Auch in diesem Zusammenhang ist die Kreativität der Zeit zu berücksichtigen: Normanwendung ist immer reflexive Rechtsproduktion, Produktion aus Produkten, also z.B. von Texten aus Texten. Dieses produktive Moment innerhalb einer eher horizontalen konnexionistischen Struktur und die daraus resultierenden immanenten Steuerungsgrenzen des abstrakten Rechtssatzes sind z.B. „in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik erstaunlich wenig präsent.“⁴⁹ Dies ist um so erstaunlicher, als die Verwaltung heute vorwiegend über Zweckprogramme gesteuert wird, d.h. über Abwägungsgebote, Ermessensvorschriften, unbestimmte Rechtsbegriffe, Verwaltungsvorschriften etc. Die Verwaltung ist also kein „Subsumtionsautomat“, wie der Interpret des Gesetzes bei Montesquieu, sondern in hohem Maße produktiv tätig; sie muß das gesetzgeberische Material in Entscheidungssituationen selbst nach Maßgabe eigener Bordmittel verarbeiten. Die Schwierigkeiten, die z.B. bei der rechtlichen Strukturierung planerischer Abwägungsgebote noch heute auftreten⁵⁰, sind ein Beispiel dafür, welchen Zeitraum das Rechtssystem für die praktische Adaption planerisch angelegter Normen benötigt. Der Gesetzgeber muß also immer die Anschlußzwänge beachten, die das Rechtssystem vorgibt, ansonsten produziert er nicht justiziable Normen oder funktionslose Gesetzesattrappen, wie man sie heute z.B. im

⁴⁶ Als Fallstudie vgl. *Ladeur*, Die Regulierung von Telekommunikation und Medien im Zeitalter ihrer Konvergenz: Das Beispiel des Universal Mobil Telecommunications System (UTS), RTkom 1999, S. 68 ff.

⁴⁷ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 297 ff., 320.

⁴⁸ Vgl. dazu nochmals *Ladeur*, The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law – From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-Relationships, EUI Working Paper LAW No. 99/3; vgl. auch *Balke*, Der Staat nach seinem Ende, 1993, S. 383 ff.

⁴⁹ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 44.

⁵⁰ *Hoppe/Grotfels*, Öffentliches Baurecht, 1995, S. 93 ff., benötigen ca. 100 Seiten.

Medien- und Umweltrecht massenweise findet. Diese Überlegung zeigt erneut, dass die Trennung von Norm und Normanwendung, die viele Öffentlich-Rechtler noch heute für ein „Grundprinzip“ des demokratischen Rechtsstaats halten, jedenfalls in komplexen Handlungsfeldern nicht durchgehalten werden kann. Das „Prinzip“ der „Gewaltenteilung“ muß vielmehr durch eine neue Abstimmung der Funktionen von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung reformuliert werden; eine Herausforderung, die man aber nicht einfach – wie vielfach üblich – durch Rekurs auf angeblich vorgegebene normative Verfassungsprinzipien bewältigen kann. Dies liefe letztlich auf eine Scheinbewältigung der Probleme durch Zirkelschlüsse hinaus.

5. Zur Funktion der Dogmatik

In systemtheoretischer Perspektive ist Dogmatik ein Gesamtausdruck für die Notwendigkeit begrifflichen Argumentierens im Recht.⁵¹ Dogmatik ist eine Stoppregel für Argumentationssequenzen, eine Möglichkeit, Begründungen begrifflich zu kontrollieren, indem man z.B. sagt: Das ist ein Verwaltungsakt und dann eben weiß, was gemeint ist und welche Folgen das hat. Dogmatik dient daher nicht zuletzt der Absicherung der Begriffe gegen ein ständiges und grenzenloses rechtspolitisches, ökonomisches oder sonstiges Hinterfragen. Man kann dann nicht mehr fragen, ob man nicht einfach – aus Kostengründen – hätte anrufen sollen!

Für die Systemtheorie hat Dogmatik aber nichts mit Logik zu tun. In der Dogmatik geht es um Begriffe, also um Unterscheidungen im Medium der Sprache. Rechtliche Unterscheidungen können aber nicht im Stil der traditionellen Logik in völliger Unabhängigkeit von möglichen Inhalten entwickelt werden. Ein solches Verfahren würde darauf hinauslaufen, eine im Rechtssystem benutzte Unterscheidung von der *quaestio iuris* zu lösen, also z.B. von der Frage, ob Eigentum oder Besitz vorliegt, Fahrlässigkeit oder Vorsatz. Es ist also nicht möglich, über Rechtsbegriffe „dogmatische Systeme“ aufzubauen, die „dogmatische“ Begriffe und *nur* „dogmatische“ Rechtsbegriffe so vernetzen, dass ein Textzusammenhang unabhängig von ständig wechselnden Entscheidungslagen *universell* gültige Entscheidungsanweisungen produzieren könnte. Im Gegenteil, die Vorstellung, dass Rechtsbegriffe lediglich auf „systemische“ Konsistenz zugeschnitten werden müssten, ist abwegig. Es gibt kein autonomes System, das ohne Umweltabbildungen in sich selbst funktioniert. Und auch das Rechtssystem funktioniert nicht auf diese Weise. Es ist zwar normativ geschlossen, aber eine ausschließliche Orientierung an Selbstreferenz („Dogmatik“) würde das System auf Dauer ruinieren.

Vielleicht hilft es, in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass die modernen Kodifikationen, insbesondere die großen Kodifikationen des Zivilrechts, einerseits sehr stark an das geschlossene deduktive Weltbild der Mechanik angeknüpft haben⁵², andererseits die Enge der Verknüpfung zwischen Recht und lokalen Gewohnheiten aufbrechen wollten.⁵³ Darin ist auch der abstrakt allgemeine Charakter z.B. des BGB begründet. Das Recht sollte das Chaos der vielen lokalen Grundsätze und Regeln beseitigen, das BGB wollte Verbindungen zwischen allen Individuen in Deutschland ermöglichen, die sich vorher als Bayern, Preußen, Westfalen, Rheinländer etc. verstanden, und d.h. auch ihre Koordination und Kooperation nach provin-

⁵¹ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 384 ff.; vgl. auch Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, S. 90 ff.

⁵² Dazu Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, S. 249 ff., 348 ff.

⁵³ Vgl. Ladeur, *Der „Eigenwert“ des Rechts – Die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts*, in: Meier-Schatz (Hrsg.), *Die Zukunft des Rechts*, 1999, S. 31 ff., 42 f.

ziellen Regeln geordnet haben.⁵⁴ Daraus folgt auch – praktisch gesehen – die abstraktere Fassung der Dogmatik einschließlich der Subsumtionslogik. Deren Abstraktheit geht aus der Notwendigkeit hervor, den „Geist der Provinz“ zu bekämpfen. Wenn ich mein Klavier von Hamburg nach Freiburg schicke, sollen in Freiburg die gleichen Regeln gelten wie in Hamburg. Die mangelnde Flexibilität gegenüber der Wirklichkeit ist darin begründet, dass die Wirklichkeit fragmentarisch geordnet ist, es aber darauf ankommt, allgemeine Bedingungen für die Herausbildung einer homogenen nationalen Rechtsordnung zu schaffen.

Vor diesem Hintergrund dürfte z.B. die in jüngster Zeit in der neueren verwaltungswissenschaftlichen Diskussion mehrfach vorgetragene Forderung nach einer stärkeren Akzentuierung der Autonomie der Dogmatik eher auf eine Selbstblockierung des Verwaltungsrechts hinauslaufen.⁵⁵ Eine Methode, die sich nur an normativen Vorstellungen und Ideen wie z.B. dem Demokratieprinzip orientiert (ihre Erkenntnisse also nicht durch einigermaßen haltbare kognitive Beschreibungen abstützt), läuft in ähnlicher Weise wie die untergegangenen sozialistischen Staaten Gefahr, sich notwendigen Innovationen zu verschließen. Das Rechtssystem kann nicht über eine ausschließlich „logische“ Arbeitsweise gefahren werden, und das gilt gerade dann, wenn sich die Gesellschaft rapide verändert, wie wir es momentan durch den Druck der Neuen Ökonomie in vielen Bereichen erleben.⁵⁶ Es muß also ein hinreichender Ausgleich für exklusive begriffliche Orientierung eingerichtet werden, so dass es erfolgversprechender sein dürfte, eine erhöhte wechselseitige Anschlußfähigkeit insbesondere zwischen rechts- und sozialwissenschaftlicher Theoriebildung zuzulassen – und die Dogmatik als *ein* Element einer solchen Theoriebildung anzusehen.

VI. Auf dem Weg zu einer postmodernen Rationalität des Rechts

Die Suche nach neuen intelligenten Formen, in denen das Rechtssystem Offenheit und Geschlossenheit produktiv kombiniert, dürfte allerdings nur ein Stück weit mit einer Lesart von Systemtheorie gelingen, wie sie hier – in Anlehnung an Niklas Luhmann – vorgestellt worden ist. Mit der Annahme, dass die Gerichte das Zentrum des Rechtssystems bilden, schöpft Luhmann die Vorteile eines netzwerkartigen, heterarchischen, nachbarschaftlich gebauten Systembegriffs nicht wirklich aus.⁵⁷ Das ist vor allem darauf zurückzuführen, dass Luhmann sich zwar von der insbesondere in Deutschland noch immer verbreiteten Staatsfixierung gelöst hat, seine Begriffsbildung aber noch sehr stark am organisierten staatlichen Entscheidungssystem des Rechtssystems orientiert ist. Dagegen spricht heute mehr dafür, dass sowohl die Kodifikation des Gesetzes als auch die richterliche Entscheidung als auch die Dogmatik eine eher sekundäre abstützende Funktion für das Rechtssystem haben. Eine zeitgemäße Rechtstheorie hätte jedenfalls darauf zu insistieren, daß die Selbstkoordination und Selbstproduktion rechtlicher Bindungen zwischen Organisationen und Individuen stark an Bedeutung gewonnen haben. Das bedeutet zugleich, dass die Bewältigung des dynamischen Wandels angesichts der

⁵⁴ Vgl. allgemein zum Kodifikationsgedanken auch *Voßkuhle*, Kodifikation als Prozeß, in: Schlosser (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996, 1997, S. 77 ff.

⁵⁵ In diese Richtung: *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999; *Möllers*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, *VerwArch* 90 (1999), S. 187 ff.

⁵⁶ Die daraus resultierenden Anforderungen an die öffentliche Verwaltung beschreibt *Hill*, Folgen veränderter Wahrnehmung durch Neue Medien im Verhältnis Staat – Bürger, in: Reichwald/Lang (Hrsg.), Anwenderfreundliche Kommunikationssysteme, 2000, S. 79 ff.

⁵⁷ Ausführlicher *Ladeur*, Der „Eigenwert“ des Rechts – Die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts, in: Meier-Schatz (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts, 1999, S. 31 ff.

globalen informationstechnologischen Entwicklung nur noch in einer Theorie des Rechtspluralismus, der Anerkennung eines Pluralismus von Rechtsordnungen, verarbeitet werden kann, die die Fixierung auf den Staat hinter sich lassen muss. Das liberale Recht hat, wie schon Max Weber erkannt hat, einen Prozess der „Dezentralisation der Rechtsschöpfung“ freigesetzt⁵⁸, einen Prozess der weltweiten Streuung der Rechtsgeltung, die erst jetzt, im Zeitalter der Globalisierung, deutlicher erkennbar wird.

Dafür gibt es eine Fülle von Indizien: die Europäisierung des Rechts⁵⁹, die ja vor allem den Anschluß an neue kooperative Formen der Normenproduktion bedeutet; die transnationale Rechtsordnung der Weltmärkte, die internen Rechtsordnungen multinationaler Unternehmen, das kollektive Arbeitsrecht (Weltbetriebsräte), Menschenrechte, technische Normungen, das internationale Sportrecht der Sportverbände, das entstehende Cyberlaw des Internet usw.⁶⁰ All dies sind Produkte neuartiger „spontaner Rechtsbildungsprozesse“ jenseits des Staates. Gerade die zunehmende Bedeutung von Verträgen in globalen Wirtschaftsbeziehungen (*lex mercatoria*) läßt die Vorstellung einer durchgängig gesetzlich (nationalstaatlich) determinierten Geltung von Recht wenig fruchtbar erscheinen.⁶¹ Die Annahme, dass Verträge selbst keine „Rechtsquelle“ sind, d.h. keine rechtliche Bindungswirkung erzeugen, ist ohnehin nur von akademischem Interesse und muß daher in Zukunft aufgeben werden. Alles andere dürfte mit der tatsächlichen Entwicklung der Emergenz transnationaler Rechtsbeziehungen kaum in Einklang zu bringen sein. Das transnationale Wirtschaftsrecht ist also eher ein Beleg dafür, dass das Recht die Bedingungen seiner Geltung in wachsendem Maße selbst erzeugt und allenfalls sekundär einer Abstützung durch staatliche Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung bedarf. Der Höhepunkt des kontinentaleuropäischen Modells des Rechtsstaates liegt offensichtlich hinter uns, d.h. wir müssen künftig mit einer stärkeren Entkopplung von Rechtssystem und politischem System rechnen, d.h. aber auch: mit einer stärkeren Selbststeuerung des Rechtssystems.⁶²

Diese Entwicklung sollte allerdings kein Anlaß für kulturkritische Untergangsszenarien sein. In der Dezentralisation der Rechtsproduktion liegt vielmehr eine große Chance für die längst überfällige Innovation des Rechtssystems. Während das alte Recht Ordnung im Sinne von Regelmäßigkeit, Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit durch allgemeine Gesetze und einem normativen Erwartungsstil gewährleistet hat – durch abstrakte, bockige, nicht lernfähige Gesetze, die der Wirklichkeit gestaltend vorausseilen –, eröffnet die Theorie autonomer Systeme eine neue Perspektive auf die Emergenz kollektiver Ordnungen, die sich im Vollzug ihrer Praxis selbst verändern, ohne dabei einfach Unordnung zu erzeugen.⁶³ Das bedeutet vor al-

⁵⁸ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, S. 439 f.

⁵⁹ Vgl. dazu *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe*, 1998, S. 307 ff.; *Schoch*, *Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, JZ 50 (1995), S. 109 ff.

⁶⁰ Dazu verschiedene Fallstudien bei *Teubner* (Hrsg.), *Global Law without a State*, 1997; zur Bedeutung der Menschenrechte als Indikatoren eines weltgesellschaftlichen Rechtssystems vgl. auch *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 574 ff.; *Schröder*, *Kulturelle Identität von Recht und Staat?*, *Rechtstheorie* 29 (1998), S. 441 ff., 447 ff.

⁶¹ Vgl. dazu *Stein*, *Lex Mercatoria*, 1995, S. 252 ff.; vgl. allg. auch *Teubner*, *„Global Bukowina“: Legal Pluralism in the World Society*, in: ders. (Hrsg.), *Global Law without a State*, 1997, S. 3 ff.

⁶² Dieses Moment der Eigenständigkeit des Rechts betont auch *Di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998, S. 133.

⁶³ *Ladeur*, *Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels*, *RabelsZ* 64 (200), S. 60 ff., 90.

lem, dass das Recht die Realität, die es regulieren will und soll, nicht mehr einfach vorwegnehmen kann, sondern kooperative Verfahren der Ordnungsbildung entwickeln muß, die es ermöglichen, juristische Bindungsfähigkeit und Lernfähigkeit, also die fortlaufende Verknüpfung und Unterbrechung von normativen Geschlossenheit und kognitiver Offenheit, in neuartigen rechtlichen Formen zu realisieren. Das gilt auch und gerade für das öffentliche Recht, das Anschluß an neue kooperative „hybride“ Formen der Rechtsproduktion mit Privaten suchen muß. Das öffentliche Recht muß also Anschluß an Modelle suchen, die in der neueren Steuerungsdiskussion mit „Verantwortungsteilung“ umschrieben werden⁶⁴, es kann aber nicht einfach in die Scheinsicherheit des „Selbststandes“ dogmatischer Deduktionen flüchten.

⁶⁴ *Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 13 ff.; *Vofßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 47 ff.