

## Einige Probleme mit „reflexivem Recht“

Niklas Luhmann

*Zusammenfassung:* Der Beitrag diskutiert den von Gunther Teubner und Helmut Willke vorgeschlagenen Begriff des „reflexiven Rechts“. Der allgemeine Kontext einer Theorie selbstreferentieller autopoietischer Systeme bietet gute Aussichten für weitere Forschung. Der Begriff der Autonomie muß dann aber konsequent auf autopoietische Geschlossenheit des Systems bezogen werden. Reflexives Recht heißt dann: Beschränkung der Möglichkeiten rechtlicher Regulierung durch die autopoietischen Eigenschaften ihrer Objekte. Das Rechtssystem selbst ist jedoch ebenfalls ein autopoietisch-geschlossenes System. Das führt auf theoretisch noch nicht zureichend geklärte Probleme der Regulierung autopoietischer Systeme durch autopoietische Systeme, die sich nur selbst regulieren können. Das Problem wird an den Beispielen der Zurechnung von Handlungen, des Ausweichverhaltens und der juristischen Argumentation verdeutlicht.

*Summary:* The paper discusses the concept of „reflexive law“, proposed by Gunther Teubner and Helmut Willke. The general context of self-referential autopoietic systems offers interesting prospects for further research. The concept of autonomy has to be carefully restricted to autopoietic closure. Reflexive law, then, means the limitation of legal regulation by the autopoietic closure of its objects. However, the legal system itself operates under the condition of autopoietic closure. This leads into theoretically unsolved problems of regulating autopoietic systems by autopoietic systems which only can regulate themselves. The problems of attribution of action, of evading behaviour and of legal reasoning are used to illustrate the point.

### I.

Ein mutiger Vorschlag! Gunther Teubner und Helmut Willke haben in dieser Zeitschrift<sup>1</sup> und in anderen Publikationen<sup>2</sup> Ansätze zu einer Theorie „reflexiven Rechts“ vorgestellt, die auf Unverständnis und auf Widerspruch gestoßen sind.<sup>3</sup> Ein Theorie-

<sup>1</sup> Kontext und Autonomie, ZRSoz 6 (1984), S. 4–35.

<sup>2</sup> Günther Teubner, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13–59; ders., Substantive und Reflexive Elements in Modern Law, Law and Society Review 17 (1983), S. 249–284; ders., Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 13 (1984), S. 109–149.

<sup>3</sup> So z. B. in einer ausführlichen Diskussion anlässlich eines Kolloquiums in Madison Wisc. Siehe den Bericht von Heleen F. P. Ietswaart, Zeitschrift für Rechtssoziologie 5 (1983), S. 349–356.

vorschlag, der präzise durchdacht werden könnte, gerät in die Nebelzone einer verworrenen Diskussion. Die ihm zugrundeliegende Logik ist schwierig genug und den Juristen wie Rechtssoziologen völlig unvertraute Begriffe wie „reflexiv“ oder „Autonomie“ haben in dem Kontext, auf den Teubner und Willke sich beziehen, einen neuartigen Sinn angenommen, den man sorgfältig explizieren müßte. Überdies ist die Vorstellung des Programms belastet durch die Absicht, damit eine Synthese von Theorien der „kritisch-emanzipativen“ Richtung mit Vorstellungen über „responsive Dogmatik“ und mit soziologischen Analysen des „Rechtssystems“ herbeizuführen. Infolgedessen mag jeder Anhänger einer dieser Richtungen unter „reflexivem Recht“ ungefähr das verstehen, was er selbst immer schon gemeint hatte. Dem kommt entgegen, daß Worte wie „reflexiv“, „Reflexion“, „Selbstreferenz“, „Autonomie“ nicht gerade neu sind. Nur „Autopoiesis“ ist ein neu und bewußt zum Distanzgewinn geprägter Begriff, der aber ebenfalls rasch vermarktet wird, ohne daß immer gesehen würde, wie radikal damit ältere Theorieansätze und vor allem ältere Epistemologien verabschiedet sind. Angesichts dieser Rezeptionsprobleme lohnt es sich, in einer gewissen Distanz zur Präsentation durch Teubner und Willke einige der Theoriegrundlagen vorzustellen, deren Verständnis wichtig wäre, wenn man die Tragweite des Vorschlags und seine Schwierigkeiten abschätzen will.

Mit „Reflexivität“ ist gemeint, daß das Recht als ein autonomes Teilsystem der Gesellschaft gehalten ist, die Autonomie anderer Teilsysteme der Gesellschaft bis hin zur Autonomie von Organisationen und Interaktionen zu respektieren. Das liest sich für Juristen wie eine Art rechtspolitisches Programm im Sinne altliberaler oder neukritischer Freiheitsideen. So würde auch jeder lesen, der emanzipationspolitische Absichten wiederfinden, also Anregungen von Habermas aufgenommen sehen möchte. Nach den angezogenen Theoriegrundlagen handelt es sich jedoch um die schlichte Feststellung eines Faktums, eines logischen Faktums, wenn man so sagen darf. Es geht gar nicht anders. Der Begriff der Autopoiesis, erfunden als Definition des Lebens, hat eine gänzlich unbiegsame Härte. Ein System setzt seine Reproduktion selbst fort oder es setzt sie nicht fort. Es gibt keine dazwischenliegenden Möglichkeiten. Eine Frau ist schwanger oder sie ist nicht schwanger, sie kann nicht ein bißchen schwanger sein. Autonomie heißt in diesem Zusammenhang also nur: daß die Reproduktion der Elemente des Systems auf rekursiv-geschlossene Weise durch die Elemente des Systems sichergestellt wird. Das funktioniert oder nicht, und nur die Bedingungen dafür können kompliziert werden. Allenfalls auf Umwegen würde man mithin zu rechtstheoretischen, rechtsdogmatischen oder gar rechtspolitischen Konsequenzen kommen (aber eben dieser Verweis auf Umwege über hohe Abstraktionslagen dürfte das Fruchtbare an dem Gedanken sein). Und was bringt uns auf den Umweg? Ein Umweg!

## II.

Stellen wir mit Spencer Brown, dessen Logik die Ausformulierung dieser Theorie erheblich beeinflusst hat, zunächst die Frage, wie es möglich ist, daß die Welt sich

selbst beobachtet (oder konkreter: wie es möglich ist, daß die Welt Physiker hervorbringt, um sich selbst beobachten zu können).<sup>4</sup> Die Antwort liegt im Verweis auf eine Grundoperation des Unterscheidens und Bezeichnens, die die Einheit und Undifferenziertheit der Welt verletzt, in dem sie etwas bezeichnet, was etwas anderes außer sich läßt.<sup>5</sup> Dieser Grundvorgang definiert eine Beobachtung. Nach der Logik von Spencer Brown kann diese Beobachtung sich nicht selbst beobachten. Das wird mit ihrer Negation gleichgesetzt. Eine wichtige Ergänzung durch Francisco Varela hebt diese Beschränkung auf und fügt als dritten Wert (zu Vollzug oder Nichtvollzug der Grundoperation) die Selbstbezeichnung der Grundoperation hinzu.<sup>6</sup> Dieser dritte Wert ist die Autonomie der Operation des bezeichnenden Unterscheidens. Die Vorteile dieser Ergänzung in Richtung auf eine widerspruchsfreie Theorie selbstreferentieller Systeme brauchen uns hier nicht zu beschäftigen. Wichtig ist, daß sie, auf Realität bezogen, die These impliziert, daß jede Beobachtung als Anwendung einer Unterscheidung nicht nur eine Bezeichnung des Beobachteten, sondern auch eine Bezeichnung der Beobachtung selbst ermöglicht. Man gewinnt demnach durch Anwendung jeder beliebigen Unterscheidung die Möglichkeit, ich zu sagen. Wenn nun dies wiederum beobachtet wird, muß dieser Beobachter entscheiden, ob er die Selbstbezeichnung des beobachteten Systems oder das von diesem Bezeichnete bezeichnen will.

Wir halten fest: Der Theorieansatz liegt völlig auf der Ebene des Beobachtens (oder auf der Ebene, die Heinz von Foerster „second order cybernetics“ nennen würde).<sup>7</sup> Auf der einfachen Ebene der realen Prozesse könnte man nur feststellen, daß man nicht sieht, was man nicht sieht, oder daß der Blinde nichts sieht (um Beispiele Heinz von Foersterns aufzunehmen). Hier geht es dagegen um die Frage, was der Blinde sieht, wenn er sieht, daß er nichts sieht (oder, wie der Leser leicht extrapolieren kann: was das Rechtssystem regelt, wenn es regelt, daß es nichts regelt). Kombiniert man diese Logik der Beobachtung mit einer Theorie autopoietischer Systeme,<sup>8</sup> dann wird

4 Vgl. George Spencer Brown, *Laws of Form*, 2. Aufl. New York 1972, insbes. S. 105. Die Frage geht auf Wittgenstein zurück.

5 Ähnliche Vorstellungen gibt es heute in großer Zahl. Siehe für die Kybernetik z. B. Magoroh Maruyama, *The Second Cybernetics: Deviation-Amplifying Mutual Causal Processes*, *General Systems* 8 (1963), S. 233–241; P. Wender, *Vicious and Virtuous Circles: The Role of Deviation Amplifying Feedback in the Origin and Perpetuation of Behaviour*, *Psychiatry* 31 (1968), S. 309–324; Für eine philosophische und sprachtheoretische Version: Jacques Derrida, *L'écriture et la différence*, Paris 1968 (dt. *Die Schrift und die Differenz*, Frankfurt 1972). Bei Gotthard Günther, *Cybernetic Ontology and the Transjunctive Operations*, in ders., *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik* Bd. 1, Hamburg 1976, S. 249–328 (319) heißt es, „that these systems of self-reflection with centers of their own could not behave as they do unless they are capable of „drawing a line“ between themselves and their environment. We repeat that this is something the Universe as a totality cannot do. It leads to the surprising conclusion that parts of the Universe have a higher reflective power than the whole of it, as has been recognized for a long time.“

6 Siehe *A Calculus for Self-Reference*, *International Journal of General Systems* 2 (1975), S. 5–25. Vgl. dazu ferner Jean-Pierre Dupuy, *Le signe et l'envie*, in: Paul Dumouchel/Jean-Pierre Dupuy, *L'enfer des choses: René Girard et la logique de l'économie*, Paris 1979, S. 97 ff.

7 Siehe: *Observing Systems*, Seaside Cal. 1981. Eine deutsche Ausgabe ist in Vorbereitung.

8 Dies versucht Francisco Varela in: *Principles of Biological Autonomy*, New York 1979.

die Beobachtung selbst zu einer Operation autopoietischer Systeme, die aus solchen Operationen bestehen und sie verwenden, um solche Operationen zu reproduzieren.<sup>9</sup> Die rekursive Geschlossenheit der Produktion der Elemente durch die Elemente ist, logisch gesehen, äquivalent zur Selbstbezeichnung des Systems. Dies ist seine Einheit, dies ist seine Autonomie. Es kann danach (und das ist eine Einsicht, über die man in der Theorie des Selbstbewußtseins seit langem verfügt),<sup>10</sup> keine externen Kriterien der Selbstbestimmung geben und ebenso wird alles, was das System intern bestimmt, seinerseits durch andere Elemente des Systems kontrolliert. Es gibt keine vom System unabhängigen Einwirkungen, weder von außen noch von innen. Alle Operationen sind rekursiv bedingt, und genau dies macht die Einheit und Autonomie des Systems aus. Das System konstituiert sich selbst mit kriterienloser Selbstreferenz, indem es Grenzen zieht, sich selbst von der Umwelt unterscheidet und sich selbst damit bezeichnet. Wenn es daraufhin die Gegenstände seiner Umwelt oder auch Ereignisse, Prozesse oder Strukturen in sich selbst beobachtet, ist genau dies immer schon impliziert: daß das System im Vollzug der Beobachtung sich selbst als Beobachter unterscheidet und bezeichnet – was immer das Differenzschema und der Gegenstand sind, die die jeweilige Beobachtung bestimmen. Die bereits zitierte Aufsatzsammlung Heinz von Foersters hält dies in ihrem doppelsinnigen Titel fest: *observing systems!*

### III.

Gegen naheliegende, besonders mit dem Begriff der Autonomie sich aufdrängende Mißverständnisse muß betont werden, daß diese Theorie selbstreferentieller Systeme mit Autonomie nicht nur die Selbstregulierung meint, etwa das Recht, sich eine eigene Satzung zu geben oder mit eigenem Eigentum nach Gutdünken zu verfahren. Es geht deshalb auch nicht um Freiheitsgarantien oder um Dezentralisation von Verfügungsgewalten. Die Theorie hat etwas viel „Substantielleres“ im Sinn – wenn man so formulieren darf, wo es gerade darum geht, den Substanzbegriff durch den Begriff der Selbstreferenz zu ersetzen. Man kann daraus allein kein rechtspolitisches Programm herleiten – so wenig wie die Definition des Lebens als Autopoiesis schon sagt, welche Formen des Lebens es gibt oder welches Leben lebenswert ist.

Dieser Verzicht auf vorschnelle Auswertungen wird jedoch durch nicht zu unterschätzende Vorteile kompensiert. Einerseits wird deutlich, daß die Pluralität selbstreferentieller Systeme keine Alternative läßt als reflexives Recht. Die Frage kann nur sein, in welchem Umfange der Theorieapparat des Rechtssystems und speziell die Rechtsdogmatik befähigt sind, in ihrer Umwelt autopoietische Systeme wahrzunehmen und dem Rechnung zu tragen. Dem Problem der rechtspolitischen Inten-

tion wird ein Problem der kognitiven Kompetenz vorgeschaltet. Zum anderen geht die gesamte Theorie vom Primat differenzgesteuerter Beobachtung aus. Es geht dann nicht mehr einfach um die Frage, ob eine Erkenntnis ihrem Gegenstand entspricht (*adaequatio*) oder ob eine rechtliche Regulierung einer immanenten „Rechtswürdigkeit“ (oder wie immer man das nennen will) ihres Gegenstandes gerecht wird. Die Leitfrage ist vielmehr: mit Hilfe welcher Unterscheidungen ein System Objekte externer oder interner Art beobachten kann in einem Sinne, der systemintern autopoietisch verwendbar ist. Anders gesagt: Beobachtungen müssen systemintern sich in ein Netz des Prozessierens von Selbstbezeichnungen (*self-indications*) einfügen und dessen Autopoiesis fortsetzen können. Wenn das Rechtssystem aus diesem Grunde alles andere und sich selbst unter dem Schema rechtmäßig/rechtswidrig beobachtet, d.h. mit Hilfe dieser Unterscheidung Bezeichnungen vergeben muß: welche Schranken sind dadurch der Einsicht in die Autopoiesis von Umweltsystemen gezogen? Und ebenso dramatisch: welche Schranken der Selbstthematizierung des Rechts liegen darin, daß das Recht sich selbst nur unter dem Schema Recht/Unrecht beobachten kann, obwohl die Selbstbezeichnung als Beobachter, der dieses Schema verwendet, das System auf die Einheit seines eigenen Code verweist?<sup>11</sup> Fremdbeobachtung und Selbstbeobachtung laufen letztlich auf die gleichen Probleme auf, die ihren Grund darin haben, daß jeder Beobachtung, damit sie etwas bezeichnen kann, eine Unterscheidung zugrundegelegt werden muß. Man geht dabei nicht länger von geheimnisvollen, zumeist anthropomorph konzipierten Fähigkeiten aus, die dann *ratio*, *Vernunft* oder ähnlich heißen und moralisch angedickt werden können. Statt dessen steht am Anfang die Differenz und mit ihr die Möglichkeit der Selbstbezeichnung der Operation oder des Systems, das mit Hilfe dieser Differenz die Operation ermöglicht.

Die Einführung der Leitunterscheidung ist völlig arbiträr. Es gibt für sie keinen „Grund“. Sie steht einzig unter der Bedingung, in einem autopoietischen System verwendbar zu sein. Genau diese Bedingung wirkt dann aber im Laufe von Evolution scharf selektiv. Das System muß sich selbst bezeichnen können als diejenige Einheit der Operationen, die gerade dieses Schema verwenden, um sich zu reproduzieren. Vom Rechtssystem her gesehen würde das Schema „mit oder gegen den Willen Allahs“ sich weniger gut eignen als das Schema rechtmäßig/rechtswidrig, weil nur das zuletztgenannte Schema eine eindeutige Unterscheidung von System und Umwelt ermöglicht.<sup>12</sup> Man kann dann alles, was sich am Schema rechtmäßig/rechtswidrig orien-

11 Gotthard Günther würde hier von „rejection value“ sprechen. Geläufiger ist vielleicht eine Jahrhunderte währende Diskussion der Frage, ob die gelegentlich notwendig werdende Dero-gation des Rechts in Notlagen oder um höherer Ziele willen („Staatsräson“) innerhalb des Naturrechts zu konstruieren sei oder als rechtswidriger Verstoß gegen das Naturrecht hingenommen werden müsse. Siehe dazu speziell für das 16./17. Jahrhundert Rodolfo de Mattei, *Il Problema della deroga e la „Ragion di Stato“* in: Enrico Castelli (Hrsg.), *Christianesimo e Ragion di Stato*, Roma 1953, S. 49–60. Die Bedenken dieser, im ius eminens kulminierenden Diskussion machen deutlich, welche praktische Tragweite das für die Rechtslogik bisher unzugängliche Problem der logischen Unvollständigkeit der Rechtsordnung bereits gehabt hat.

12 Wir setzen hier die Annahme voraus, daß die Ausdifferenzierung moderner Funktionssysteme über Kommunikationscodes geleistet wird und nicht über Zentralideen oder über etwas, was man konzentrierte Kausalität, Herrschaft oder ähnlich nennen müßte.

9 So heißt es bereits in *A Calculus for Self-Reference*, a.a.O., S. 5, „the physiological and cognitive organization of a self-conscious system may be understood as arising from a circular and recursive network, containing its own description as a source of further description.“

10 Vgl. für eine neuere Ausarbeitung Sidney Shoemaker, *Self-Knowledge and Self-Identity*, Ithaca N.Y. 1963.

tiert, als Rechtssystem begreifen unabhängig davon, ob eine Bezeichnung innerhalb dieser Unterscheidung auf rechtmäßig oder rechtswidrig verweist. Eben damit tauchen in der Reflexion der Einheit des Systems Paradoxien auf (die in Allahs Namen leichter verkräftet werden könnten). Sie hängen an der Frage, ob das Schema rechtmäßig/rechtswidrig rechtmäßig oder rechtswidrig eingeführt wird.

Wenn ein System eine Leitdifferenz als Code der Gesamtheit seiner Operationen einsetzt, muß diese Selbstanwendung des Code auf den Code ausgeschlossen werden. Die Selbstreferenz wird nur innerhalb des Code zugelassen, und hier als Negation operationalisiert. Recht wird als Negation von Unrecht und Unrecht wird als Negation von Recht behandelt. So definiert man die Totalität aller Möglichkeiten, die für das System relevant werden können. Ein Widerspruch (Recht = Unrecht) wird ausgeschlossen, *und dieser Ausschluß tritt an die Stelle der Explikation der Paradoxie*. Die Paradoxie ist zwar kein Widerspruch. Sie besagt nicht Recht *gleich* Unrecht, sondern Recht *weil* Unrecht bzw. umgekehrt: Unrecht *weil* Recht.<sup>13</sup> Diese Paradoxie, auf die man immer stößt, wenn man nach dem Recht (oder Unrecht) zur Unterscheidung von Recht und Unrecht fragt, wird aber *durch Codierung entparadoxiert*. Sie wird auf die Form eines Widerspruchs heruntertransformiert und dann logisch neutralisiert. Es sind dann nach diesem Code keine Operationen zugelassen, die die Unterscheidung mit Hilfe der Unterscheidung selbst bezeichnen. Die self-indication, der dritte Wert, den Varela auch Autonomie nennt, bleibt ausgeschlossen. Der Durchgriff auf die Paradoxie wird nicht etwa verboten; denn das würde die Paradoxie operativ wirksam werden lassen, weil man durch die Operation des Verbietens auf die Frage käme, ob das Verbot rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Die Paradoxie wird verschwiegen. Operationen, die sie thematisieren könnten, sind nicht vorgesehen, und sie werden, falls sie auftauchen sollten, unter die Form eines Widerspruchs gebracht und eliminiert. Die *Autonomie* des Systems ist dann nichts anderes als das *Operieren nach Maßgabe des eigenen Code*, und zwar deshalb, *weil dieser die Paradoxie der Selbstreferenz entparadoxiert*.

Daß dies nicht alle Fragen löst und daß ein Beobachter, ein Soziologe etwa, sich seine eigene Meinung darüber bilden kann, liegt auf der Hand. Er mag sich frei fühlen, auf die Paradoxie des „Recht weil Unrecht“ zurückzugreifen, etwa im Rahmen des labeling approach die Unterscheidungen und Bezeichnungsweisen der Polizei fast wie Unrecht zu behandeln oder zivilen Ungehorsam als eine Art Staatsräson von unten zu empfehlen. Auch die Rechtstheorie selbst hatte nach Formen der Selbstthematisierung gesucht, die die Paradoxie im Auge hatten, um haarscharf an ihr vorbeizuziehen. Im 18. Jahrhundert hatte man, nachdem die Vertragstheorien am Problem der Selbstimplikation gescheitert waren, Gewalt als Ursprung für unerläßlich gehalten. Heute fragt man ebenso blaß wie unsicher nach Legitimation. In jedem Falle dient die Semantik des Rechtssystems dazu, die hier liegende Paradoxie zu retouchieren.

13 Historisch gesehen hat das Rechtsdenken im übrigen in dieser Form begonnen. Unrecht *weil* Recht ist das große Thema der griechischen Tragödie. Darauf hat man institutionell mit der Einsetzung des Areopag und semantisch mit Logik reagiert, die dann ihrerseits zwar den Ausschluß von Widersprüchen ermöglichte, aber eben damit auch zur Entdeckung des logischen Problems der Paradoxie (Epimenides) führte.

ren. Ob die Einsicht in die Notwendigkeit des „dritten Wertes“ der Selbstbezeichnung andere Möglichkeiten erschließt, ist derzeit nicht sicher zu sagen. Es ist schon viel gewonnen, wenn man sieht, daß sie sich hierfür anbietet.

#### IV.

Was ist nun gewonnen, und vor allem: was ist praktisch gewonnen? Die Theorie selbst müßte auf eine solche Frage antworten, daß sie ihr eigenes Schema der Beobachtung expliziert. Mit Van Parijs könnte man das „parasitic clarification“ nennen.<sup>14</sup> Gegenwärtig ist die Theorie selbstreferentieller Systeme denn auch in erster Linie damit beschäftigt, zu zeigen, daß sie möglich ist, daß sie sogar logisch möglich ist, daß sie in formalen Kalkülen operationalisiert werden kann und daß die traditionellen Einwände gegen die Zirkelschlüsse der Selbstreferenz teils ausgeräumt, teils als Paradoxien im Gegenstand der Theorie berücksichtigt werden können. Bei all dem geht es, wohlgemerkt, um eine Theorie empirischer Systeme, die das Wissenschaftssystem und sich selbst als eine Theorie des Wissenschaftssystems als einen Fall unter vielen anderen einschließt. Zu sehen, ob und wie dies möglich ist, gehört zu den großen intellektuellen Abenteuern der Gegenwart und hat seinen eigenen Reiz, auch wenn man die praktischen Konsequenzen einer so radikalen Umstellung des Denkens auch nicht annähernd abschätzen kann.

Der Umweg durchs logische Barock, den wir damit abgeschlossen haben, gibt weder für Rechtssoziologie noch für Rechtstheorie sofort klare Sicht frei. Das Konzept des „reflexiven Rechts“ läßt sich aber ohne solche Vorüberlegungen nicht zutreffend beurteilen.

Jedenfalls ist „reflexives Recht“ kein Konzept, über das vermehrt und gleichsam hemmungslos soziales Wissen in das Recht einfließen könnte.<sup>15</sup> Im Gegenteil: Die Betonung liegt auf Systemsubjektivität, wenn man so formulieren darf, und damit auf der unausweichlichen Systemrelativität aller Perspektiven. Es ist denn auch unvorstellbar, daß man vom Recht aus die Autopoiesis aller Sozialsysteme kontrollieren und regulieren könnte – etwa im Sinne der Regulierung von Selbstregulierung. Man muß bedenken, daß es bei Autopoiesis um die konkrete faktische Reproduktion von Moment zu Moment geht, um das, was als nächstes gesagt und getan wird. Gerade wenn man dieses Konzept zugrundelegt, wird sofort klar, daß eine solche Oberregulierung der Gesellschaft durch das Recht eine Illusion wäre – so sehr die besondere Bedeutung des Rechts speziell in der europäischen Gesellschaftsentwicklung uns immer wieder dazu disponiert, so zu denken. Reflexives Recht kann nur selbst-

14 So Philippe Van Parijs, *Evolutionary Explanation in the Social Sciences: An Emerging Paradigm*, London 1981, S. IX.

15 Auch Teubner selbst wehrt diese Vorstellung ab, indem er die Eigenständigkeit der rechtssystemischen Modelle des Recht gegenüber Angeboten sozialen Wissens betont (a.a.O., 1984). Zum gleichen Thema einer unaufhebbaren begrifflichen Differenz auch Vilhelm Aubert, *On the Relationship between Legal and Sociological Concepts*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 6 (1980), S. 117–136, und ders., *In Search of Law*, Oxford 1983, insb. S. 77 ff.

reflexives Recht sein, es kann nur in der Art, wie es sich als Recht reproduziert, dem Umstände Rechnung tragen (und vielleicht: vermehrt Rechnung tragen), daß die Gesellschaft (und damit auch das Recht selbst) sich autopoietisch reproduziert. Der Vorschlag kann also nur die Selbstsensibilisierung des Rechts für die Faktizität seiner gesellschaftlichen Bedingungen verstärken, aber wenn er das könnte, wäre das schon viel. Um zu verdeutlichen, was das bedeuten könnte, sollen zwei Beispiele aus einem eher rechtsdogmatischen und einem eher rechtspolitischen Bereich angeführt werden. In einem anschließenden Abschnitt werden wir dann auf rechtstheoretische Fragen eingehen, die mit dem Vordringen topischer, rhetorischer oder argumentationstheoretischer Betrachtungsweisen aufgeworfen sind.

## V.

Als eine zentrale dogmatische Figur wählen wir den Begriff der Handlung. Juristen haben seit Jahrhunderten gewußt, daß sich hier Probleme der Zurechnung des Handelns auf „freien Willen“ stellen. Sie haben aber eben deshalb einen davon unabhängigen Handlungsbegriff zu bilden versucht, wohl in der Annahme, daß man schließlich wissen müsse, „was“ zugerechnet wird.<sup>16</sup> Die übliche, an Max Weber anknüpfende soziologische Handlungstheorie scheint dies zu bestätigen.<sup>17</sup> Sie vertritt, polemisch gegen „behaviouristische“ Theorien gerichtet, einen „subjektiven“ Handlungsbegriff. Das heißt: das nur das „Subjekt“ wissen könne, ob es gehandelt habe oder nicht, und die Folgerung ist: man muß es fragen. Das Subjekt muß dabei vor-sozial – sei es materialistisch, sei es transzendental, in jedem Falle aber der sozialen Ordnung vorgegeben – angesetzt werden. Das entspricht der im weitesten Sinne „liberalen“ Tradition des modernen Europa und korreliert als Semantik offensichtlich mit den Gegebenheiten einer hochkomplexen, funktional differenzierten Gesellschaft. Die Theorie autopoietischer Systeme zwingt dazu, dieses Konzept aufzugeben.<sup>18</sup> Für sie ist Handeln das Resultat einer Beobachtung autopoietischer Prozesse (die natürlich vorliegen müssen, um beobachtet werden zu können; also keine Fiktion!). Die Beobachtung kann Selbstbeobachtung oder Fremdbeobachtung psychischer oder sozialer

Systeme sein, und es gibt keine „natürliche“ Garantie dafür, daß solche Beobachtungen konvergieren. Die Fixierung einer Verhaltenseinheit ergibt sich aus dem Kontext anderer Handlungen, in den sie eingebettet ist und zu dessen Reproduktion sie beiträgt. Systeme, die sich in dieser Weise als Handlungssysteme beobachten, entscheiden also selbst über das, was für sie als Handlungseinheit fungiert, und richten sich dabei nach Anschlußmöglichkeiten. Zur Dirigierung solcher Anschlüsse sind Zurechnungen notwendig, denn man muß ggfs. wissen, an wen man sich zu wenden hat, wenn man loben oder tadeln, belohnen oder bestrafen, unvollendete Anliegen fortsetzen oder durchkreuzen, Angefangenes unterbrechen oder Geschehenes ignorieren will. Insofern gibt es kein Handeln ohne Zurechnung, und die Frage kann nur sein, welches System die Zurechnung unter welchen Bedingungen kontrolliert. Gleichwohl ist die Handlung eine Handlung nur durch ihre Verkettung mit anderen Handlungen. „L'auteur n'est qu'un détail à peu près inutile.“<sup>18a</sup>

Diese Auffassung macht zunächst, noch bevor das Recht sich selbst in den Blick zieht, ein hohes Maß an normaler Nichtübereinstimmung in der Bestimmung von Handlung als Handlung verständlich – bisher hauptsächlich Gegenstand psychiatrischer Forschungen.<sup>19</sup> Ferner wird damit klar, daß über die Sinneinheit häufig nicht auf der Stelle entschieden wird, sondern erst später, wenn die Folgen sich herausstellen und man daraufhin auf das Handeln reagieren, es bereuen, es korrigieren, es ableugnen, es erzählen und sich seiner rühmen kann. Definitionsprozesse dieser Art betreiben und korrigieren die laufende Herstellung des Handelns. Eine wissenschaftliche Beobachtung, die solches Verhalten als „richtig“ oder „falsch“ beobachten wollte, müßte (irrig) voraussetzen, daß es einen davon unabhängigen Tatbestand Handlung gibt; oder sie müßte, und das ist sowohl in der Psychiatrie als auch in der Sozialpsychologie akzeptierter Stand der Wissenschaft, ein davon unabhängiges Beobachtungsschema zugrundelegen – etwa bewußt/unbewußt oder internale/externale Kontrolle.

Das Rechtssystem kann sich nur auf prinzipiell gleiche Weise am Spiel der Definition des Handelns beteiligen. Es verwendet dabei rechtseigene Schematiken, die es ermöglichen, letztlich zu Entscheidungen über Recht und Unrecht zu kommen. Kausalität wird als Akkusationskausalität gehandhabt – teils um den Schuldigen zu finden, teils um die „eigentlichen Ursachen“ aus dem Tatbestand herauszuverlagern. Auch über Schuldtheorien wird der Anschluß von spezifisch rechtlichen Folgehandlungen kontrolliert. Dies alles ist im Prinzip geläufig, und man wird nur in sehr detaillierten Analysen feststellen können, ob und in welchem Sinne hier etwas zu verbessern ist. Die Reflexivität des „reflexiven Rechts“ könnte dem Juristen aber vor Augen führen, wie wenig sein Beobachtungsschema und das, was für ihn Handlung ist, mit den Handlungen und Selbstbeobachtungen anderer autopoietischer Systeme übereinstimmen. Normal ist dann eher, daß im Gerichtssaal eine neue Definition der Handlung

16 Vgl. als eindringliche Kritik und als Reformulierung der Frage einer Handlungssemantik, mit der das Recht der Gesellschaft entsprechen könne, Raffaele de Giorgi, *Azione e imputazione; Semantica e critica di un principio nel diritto penale*, Lecce 1984. Zum Oszillieren zwischen Delegitimation und Relegitimation des handelnden „Subjekts“ ferner Thomas C. Heller, *Structuralism and Critique*, Stanford Law Review 36 (1984), S. 127–198.

17 Auch innerhalb der Soziologie wird dieser, derzeit vorherrschende Begriff aber angegriffen. Siehe mit guten Argumenten D. Rubinstein, *The Concept of Action in the Social Science*, Journal for the Theory of Social Behaviour 7 (1977), S. 209–233. Vgl. auch Robert M. Emerson, *Holistic Effects in Social Control Decision-Making*, Law and Society Review 17 (1983), S. 425–455.

18 Genau entgegengesetzt müßte man argumentieren, wenn man den Begriff der Autopoiesis von seinen biologischen Ursprüngen her an Leben bindet und dann zu dem Schluß geführt wird, das Handeln als ein Moment der Reproduktion des Lebens zu sehen. Diese Version bei Peter M. Hejl, *Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme*, Frankfurt 1982; ders., *Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die soziologische Systemtheorie*, Rechtstheorie 13 (1982), S. 45–88.

18a Paul Valéry, *Dialogue de l'arbre*, zit. nach: *Œuvres* Bd. 2, éd. de la Pléiade, Bd. 2, S. 177–194 (185).

19 Vgl. z. B. Ronald D. Laing/Herbert Philippon/A. Russell Lee, *Interpersonal Perception: A Theory and a Method of Research*, London 1966.

erarbeitet und zu Protokoll genommen werden muß.<sup>20</sup> Und das heißt zugleich, daß in keiner Weise gesichert ist, daß und wie diese neue Handlung in die Autopoiesis der psychischen und sozialen Umwelt des Rechts zurückübertragen werden kann.

## VI.

Das nächste Beispiel ist von eher rechtspolitischer Bedeutung. Die aus dem Naturrecht stammende, auf Gesetzgebung fixierte, durch das Willkürproblem irritierte Tradition des europäischen Rechtsdenkens hatte die Kontingenz des Rechts auf die gesetzgebende Gewalt und ihre rechtliche Legitimation bezogen, also als Problem der Positivität des Rechts und letztlich als Verfassungsproblem interpretiert. Das Problem lautet, wenn man es so stellt: mit welchem Recht Recht unter Ausschluß anderer Möglichkeiten in Geltung gesetzt werden könne. Daß das Recht befolgt werden solle, wenn es einmal gelte, verstand und versteht sich von selbst. Wenn man dagegen das Recht als autopoietisches System in einer Welt autopoietischer Systeme auffaßt, hat man, vielleicht ohne es zunächst zu merken, mit diesen Denkvorsetzungen gebrochen. Es kommt dann die Frage hinzu, was das Recht für die Autopoiesis des Lebens, des Bewußtseins und der sozialen Kommunikation überhaupt besagt. Der Blick wird damit auf eine zweite Kontingenz, auf eine Kontingenz „von unten“ gelenkt. Für alle autopoietischen Systeme führt die Geltung des Rechts zu einer Bifurcation: man kann es kennen oder nicht kennen, befolgen oder nicht befolgen und mit der Wahl dieser oder jener Rechtsform befolgen, ohne die eigene Autopoiesis zu unterbrechen, ohne aufzuhören zu leben, zu denken, zu kommunizieren.<sup>21</sup> Wie kann Recht als reflexives Recht sich darauf, und sich damit auch auf sich selbst, einstellen?

Die klassische Antwort ist die der Selbstapplikation: des Nochmaleinsatzes von Recht zur Lösung der Probleme, die es selbst in die Welt gesetzt hat. Das Nichtkennen des Rechts wird verboten oder rechtswirksam ignoriert. Die Konfusion des Rechts durch Interpretation seiner Vorschriften wird verboten. Das Nichtbefolgen des Rechts wird verboten und bestraft. Was sich dann trotzdem noch dem Recht entziehen kann, wird wie ein rein faktischer Restbestand behandelt und der relativen Ohnmacht des

20 Zum Problem der Steuerung von Anschlüssen durch Dokumente vgl. Aaron V. Cicourel, *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York 1968.

21 Wohlgemerkt: dies gilt für *alle* autopoietischen Systeme, auch für das Recht selbst. Auch das Recht selbst kann sich kennen oder nichtkennen, befolgen oder nichtbefolgen, in dieser oder jener Form befolgen. Der Unterschied ist nur: daß diese Kontingenz im Recht zu einer Paradoxie führt. Das Thema ist seit dem Mittelalter unter dem Gesichtspunkt der *Derogation des Naturrechts durch Naturrecht* diskutiert worden, mit der Positivierung des Rechts aber mehr und mehr in Vergessenheit geraten. Heute sieht man, gerade auch an der Ergebnislosigkeit der mittelalterlichen Diskussion und an ihrer Fortsetzung in der Theorie der Staatsräson, daß das Problem im Rechtssystem selbst retouchiert werden muß.

Der Text, der dies Problem vielleicht am klarsten verschlüsselt, ist Jorge Luis Borges, *El jardín de senderos que se bifurcan* (zitiert nach *Ficciones*, Madrid 1972, oder deutsch in: *Sämtliche Erzählungen*, München 1970).

Rechts, aber nicht seiner Struktur zugeschrieben. Die Paradoxie des Rechts, die Paradoxie der kommandierten Bifurcation wird damit externalisiert.

Rechtspolitisch gesehen scheint die Idee des reflexiven Rechts mit dieser Externalisierung brechen zu wollen. Schon die traditionelle Lösung des Problems durch Selbstapplikation hatte eine selbstreferentielle Grundlage. In Anwendung der Logik von Spencer Brown kann man diesen Vorgang als „re-entry“ einer Unterscheidung in das mit ihrer Hilfe Bezeichnete bezeichnen.<sup>22</sup> Die Frage, ob das Recht befolgt wird oder nicht, wird wiederum dem Recht überantwortet (analog zu: ich sehe, daß ich nicht sehe, was ich nicht sehe). Dieselbe Struktur kann man in den Erlaubnissen des Rechts finden, vor allem in der Doppelkonzession der bürgerlichen Theorie: Gesetzgebungsfreiheit für den „Staat“ und Vertragsfreiheit für die „Gesellschaft“. Hier reflektiert das Recht die Bifurcation, die es auslöst, indem es die Bestimmung der normativen Inhalte selbst externalisiert. Die in Freiheit erzeugte Bindung, die Bindung des Staates an seine eigenen Gesetze und die Bindung des Bürgers an seine eigenen Verträge, ist die Form, mit der die Anpassung des Rechts an Motivlagen und Interessen erreicht und damit die Differenz von Kennen/Nichtkennen bzw. Befolgen/Nichtbefolgen entschärft werden soll. Dem entspricht die Rechtstechnik der Pauschalerlaubnisse, die im Begriff des subjektiven, nach Belieben aktivierbaren Rechts ursprünglich intendiert war.

Was kann dem durch eine explizit „reflexive“ Rechtspolitik noch hinzugefügt werden?

Unausgenutzt, oder jedenfalls wenig systematisch bedacht ist bisher vor allem die Möglichkeit, die Bifurcation ins Rechts selbst einzubauen und der Umwelt dann die Wahl von jeweils konditionierten Rechtsformen anzubieten: etwa Haftungsbeschränkungen im Gesellschaftsrecht nur unter typisierten Bedingungen als Alternative zu unbeschränkter Haftung. Man juridifiziert damit etwas, was im Kontext der Kontingenz „von unten“ ohnehin laufend und über alle Gebiete des Rechts hinweg geschieht. Wer immer betroffen ist, überlegt sich, ob es sich lohnt, einen Prozeß zu führen; ob es sich lohnt, die schriftliche Fixierung einer Abmachung zu verlangen, ob es besser ist, das geerbte Haus zu verkaufen oder zu vermieten. Nicht zuletzt haben die unterschiedlichen steuerlichen Konsequenzen das Bewußtsein der Formwahl zunehmen lassen. Fragen dieser Art werden seit einigen Jahren unter dem Gesichtspunkt einer „wirtschaftlichen“ Betrachtungsweise des Rechts<sup>23</sup> oder unter dem (merkwürdigen) Titel „Neue Politische Ökonomie“<sup>24</sup> erörtert. Ungeklärt bleibt da-

22 Vgl. a.a.O., S. 69 ff.

23 Anregungen kommen im wesentlichen aus den USA. Siehe als deutschsprachige Publikationen etwa Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg Ts. 1978; Michael Adams, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, Königstein Ts. 1981; ders., *Ökonomische Analyse der Verschuldens- und Gefährdungshaftung*, und ders., *Der Wert des Lebens im Recht der Unerlaubten Handlungen und der Einfluß der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherungen auf das Unfallgeschehen*, – beides Arbeitspapiere der Universität Bern, Volkswirtschaftliches Institut 1984; C. Christian von Weizsäcker, *Effizienz und Gerechtigkeit*, Arbeitspapier der Universität Bern, Volkswirtschaftliches Institut 1983.

24 Siehe dazu das Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie (ab 1982) mit Beiträgen auch zur ökonomischen Analyse des Rechts.

bei, in welchem Umfang die Kontingenz „von unten“ tatsächlich in der strengen Form einer Nutzen/Kosten-Kalkulation genutzt wird und was *für das Recht* daraus folgt, wenn es in dieser Weise ein- und ausgeschaltet wird. Man kann die Prämisse eines wirtschaftlich-kalkulierenden Verhaltens jedoch auch lockern oder ganz aufheben. Dann kommt man zu der Frage, ob und wie das Recht *Ausweichverhalten* einplanen könne, ohne sich dabei in der eigenen Paradoxie bzw. in der logischen Unentscheidbarkeit der Frage nach dem Recht (oder Unrecht), zwischen Recht und Unrecht zu entscheiden, zu verfangen.

Es gibt eine inzwischen recht umfangreiche rechtssoziologische Forschung, die sich diesem Problemkreis mit ganz anderen Perspektiven nähert. Teils werden unter dem Stichwort „access to law“ die Bedingungen erforscht, unter denen Rechtsbetroffene das Recht in Anspruch nehmen oder dies aus den verschiedensten Gründen nicht tun. Diese Forschungen werden durch die Hintergrundnorm der Chancengleichheit gesteuert. Teils werden Verhandlungs-, Streitbeilegungs- und Schlichtungsmöglichkeiten untersucht mit dem Ziele, festzustellen, wie man ohne die Umständlichkeiten, Kosten und Risiken des geltenden Rechts zu einer Konfliktlösung kommen könne. Beide Perspektiven ergänzen sich perfekt; denn im einen Falle wird kritisiert, daß zu wenig vom Recht Gebrauch gemacht wird, und im anderen Falle, daß es zu viel sei. So läßt sich die Kritik des Rechtssystems kompletieren, aber die Frage bleibt, was das Recht, wenn es die Resultate dieser Forschungen zur Kenntnis nimmt, daraus lernen könne.

Als Gegenperspektive zu den bekannten Problemen der „Implementation“ wird das hohe Maß an Nichtinanspruchnahme des Rechts erstaunen. Nach den Feststellungen von Blankenburg<sup>25</sup> unternehmen ein Viertel bis die Hälfte der Personen mit Rechtsproblemen von vornherein nichts, nur 2–7% gehen schließlich zum Gericht (wobei Gerichte weit weniger als die Hälfte ihrer Prozesse streitig entscheiden) und nur 7–13% ziehen für das nächste Mal eine gerichtliche Konfliktlösung in Erwägung. Wenn man daraufhin einschätzt, daß die Gerichte 2–3% der Rechtsstreitigkeiten nach Maßgabe des Rechts entscheiden, wird das die Realität ungefähr treffen. Das ist natürlich kein Maß für die Beachtung des Rechts, aber es zwingt zu einer Umkehrung klassischer Denkmuster zumindest für den Bereich des für Privatpersonen disponiblen Rechts: Die reflexive Steuerung liegt nicht in den Händen des Staates, sondern in den Händen der Betroffenen. Ob oder ob nicht ein Sachverhalt im Sinne des Rechts behandelt wird, ist insoweit Sache privater Kalkulation. Das Rechtssystem kommt gar nicht dazu, sich selbst über Verrechtlichung und Entrechtlichung Gedanken zu machen. Es wird gar nicht gefragt.<sup>26</sup>

25 Vgl. Erhard Blankenburg, Mobilisierung von Recht: Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1 (1980), S. 33–64 (47). Vgl. auch William L.F. Festiner, Influences of Social Organization on Dispute Processing, Law and Society Review 9 (1974), S. 63–94; ders. Avoidance as Dispute Processing; An Elaboration, Law and Society Review 9 (1975), S. 695–706; Martin S. Greenberg/R. Barry Ruback/David R. Westcoll, Decision-Making by Crime Victims: A Multimethod Approach, Law and Society Review 17 (1982), S. 47–84.

26 In anderen Ländern findet man im übrigen weitaus frappierendere Abweichungen, die auch zwingendes Recht und behördliche Rechtspraxis einbeziehen. Vgl. etwa Joaquim A. Falcão, Justiça social e justiça legal, Florianópolis 1982. Nach einer mündlichen Mitteilung hat Falcão

Die Gesellschaft hat offenbar eine eigene Logik, mit der sie ihr Recht behandelt. Die Vermutung, daß dies etwas mit der Selbstreproduktion gesellschaftlicher Kommunikation zu tun haben könne, wird durch die Erfahrung bestärkt, daß intakte Sozialsysteme die Juridifizierung ihrer Konflikte eher scheuen als zerbrochene.<sup>27</sup> Offenbar rächt man sich mit Recht, wenn soziale Systeme nicht mehr funktionieren; oder man versucht, aus dem System, mit dem es ohnehin zu Ende geht, so viel wie möglich zu retten. Dies gilt für privatrechtliche Beziehungen, aber sicher auch für Beziehungen zu Behörden, etwa zum Finanzamt, die man kontinuierlich pflegen muß.

Nehmen wir an: das Rechtssystem erfährt davon, auf welcher Entscheidungsebene immer: Was würde daraus folgen? Könnte man die Reflexion auf „reflexives Recht“ so weit treiben, daß das Recht überlegt und in Rechtsform entscheidet, ob es in die Entscheidung eingreifen will oder nicht, mit der potentielle Rechtsbenutzer entscheiden, ob sie das Recht benutzen wollen oder nicht? Wäre das nicht zwangsläufig eine von jenen paradoxen Kommunikationen, mit denen die gute Absicht beteuert und das Gegenteil bewirkt wird? Wenn die Benutzer schon „reflexives Recht“ praktizieren, indem sie überlegen, ob es sich lohnt oder nicht, sich kommunikativ aufs Recht zu beziehen, kann das Recht nicht selbst darauf wieder reflexiv reagieren, es sei denn in expliziter Paradoxie. Oder man tut genau das, was man schon immer getan hat: das Recht in die Form eines Ordnungsangebots zu bringen, dessen die Benutzer sich bedienen können, si eis placuit.

## VII.

Das letzte Beispiel soll uns vor die Tore der juristischen Dogmatik führen. Genauer und weniger metaphorisch gesagt: Wir machen uns nicht anheischig, Grundzüge oder auch nur einige inhaltliche Direktiven für eine brauchbare Dogmatik zu entwerfen. Wir stellen statt dessen die Frage, ob es nicht grundlegende Probleme und relativ einfache Regeln gibt, nach denen Rechtssysteme Dogmatiken erzeugen. Würde man solche Probleme und solche Regeln kennen, würde man zwar nicht in der Lage sein, die Dogmatik daraus abzuleiten, so wenig, wie man aus der Kenntnis des genetischen Code eine Beschreibung des durch ihn aufgebauten Organismus herleiten kann. Man würde aber gleichwohl ein besseres Verständnis für das hochkomplexe Phänomen einer Dogmatik gewinnen, wenn man in Erfahrung bringen könnte, wie sie gebildet und ggfs. korrigiert wird. Anders gesagt: ein Beobachter des Systems kann zwar beschreiben, wie es beim Aufbau einer Dogmatik verfährt, er kann den Aufbau aber nicht simulieren oder prognostizieren. Die Entscheidungen muß aus Gründen, die einsichtig zu machen sind, das System selber treffen.

### Fortsetzung Fußnote 26

in den von ihm untersuchten Fällen illegaler Siedlungen, mehr als 25 000 Personen betreffend, festgestellt, daß der Konflikt in fast allen Fällen ohne Anwendung des Código Civil bzw. des Código de Processo Civil bereinigt wurde.

27 Vgl. Blankenburg a.a.O., S. 37 ff.; ferner etwa Stewart Macaulay, Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study, American Sociological Review 28 (1963), S. 55–67 und, wenn man so will, die Auskunft eines jeden erfahrenen Geschäfts- oder Ehemannes.

Wir nehmen an, daß Dogmatik (im Unterschied zu Entscheidungsprogrammen) etwas damit zu tun hat, daß über Recht in der Form von *Argumentation* kommuniziert wird. Vor der Entscheidung läuft typisch ein Sondierungsprozeß ab, der ermittelt, welche Entscheidungen sich mit welchen Folgen (oft heißt dies: mit welchem Minimum an Rechtsänderung) in das Recht einfügen lassen. Das hat nur unter zwei Voraussetzungen Sinn: daß es eine *Mehrheit* von *verschiedenen* Argumenten gibt (Negentropie) und daß die Argumente *wechselseitig füreinander nicht ohne Bedeutung sind* (Redundanz). Redundanz in dem hier verwendeten Sinne<sup>28</sup> heißt: daß die Kenntnis eines Arguments den Informationswert (Überraschungswert) anderer Argumente verringert. Im Grenzfall logisch geschlossener Systematisierung (die aber aus bekannten Gründen bei selbstreferentiellen Systemen nicht möglich ist), wäre die Ordnung voll redundant. Faktisch findet man alle realen Systeme irgendwo zwischen Kristall und Rauch (um Atlan<sup>29</sup> zu zitieren).

Argumentation ist die Selbstbeobachtung des Rechtssystems und Redundanz ist nichts anderes als die Ordnung dieses Systems, gesehen unter dem Aspekt der für diese Beobachtung notwendigen Information.<sup>30</sup> Argumente werden mithin eingesetzt, um den Informationswert anderer Argumente zu limitieren mit dem Effekt, daß ein Beobachter dann eine Ordnung sehen kann, in der die Argumente sich wechselseitig stützen. Nach einiger Zeit des Betriebs von Argumentation findet man dann Argumente ohne Anschlußwert – etwa: dazu habe ich heute keine Lust – ausgeschlossen. Sie können dann nur noch provokativ gebraucht werden – etwa um zum Ausdruck zu bringen, daß die Redundanz selbst redundant ist und das System auf sein Grundparadox der Rechtfertigungsunfähigkeit zurückgeführt werden muß.

Diese Ordnungstheorie ist freilich noch lange nicht die, an die Juristen denken, wenn sie sich für „Argumentationstheorie“ interessieren. Man sieht dies schon daran, daß gerade Konflikte und überhaupt pathologische Systeme hochredundante Ordnungen sind.<sup>31</sup> Wenn man den Schriftsatz des einen Anwalts gelesen hat, kann der des Gegenanwalts kaum noch überraschen, und dasselbe gilt, wenn man umgekehrt anfängt).

28 Zu beachten ist, daß auch der Fall der Entropie, nämlich der Fall völliger Gleichheit aller Argumente (so will es Allah! So will es die Partei!) ein Fall von Redundanz ist. Denn auch dann kennt man, wenn man ein Argument hört, alle anderen, weil man damit schon weiß, mit welchem System man es zu tun hat. Dieser Fall *entropischer* Redundanz beruht auf der Eigenart der *Elemente* des Systems. Der im Text behandelte Fall *negentropischer* Redundanz beruht auf der *Nichtbeliebigkeit* (Limitationalität) der Beziehungen zwischen den Elementen des Systems – einer Nichtbeliebigkeit, die es ihrerseits (zirkulär) erst ermöglicht, daß die Elemente sich qualitativ unterscheiden. Diesen zuletzt genannten Redundanzbegriff verwendet auch Henri Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, Paris 1979. Nur diese Vorentscheidung ermöglicht es ihm, in der Redundanz ein Maß für die Konnektivität der Elemente und für die Komplexität des Systems zu sehen.

29 A.a.O.

30 Diese Feststellungen schließen zugleich an die unter II. behandelten Fragen der Unterscheidung und Bezeichnung an; denn Information gewinnt man nur mit Hilfe eines Schemas, das es ermöglicht, etwas im Kontext einer vorausgesetzten Unterscheidung als Selektion zu bezeichnen.

31 Deshalb spielt der Begriff in der neueren Psychiatrie und in der Psychopathologie der Kommunikation eine wichtige Rolle. Vgl. nur Paul Watzlawick/Janet H. Beavin/Don D. Jackson, *Pragmatics of Human Communication: A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, New York 1967.

Redundanzen sind symmetrisch gebildet. Sie verdichten die Ordnung. Sie scheiden Seitenblicke auf andere Möglichkeiten aus. Was damit noch nicht geleistet ist und oft gerade erschwert wird, ist das Auffinden von Gründen, die eine Entscheidung zu tragen vermögen. Um begründen zu können, muß man eine vorgefundene Redundanz asymmetrisieren; denn anders kommt man aus dem Zirkel, in dem der Grund wegen seiner Eignung, etwas zu begründen, gewählt wird, nicht heraus.

Wir wissen zwar, daß dieser Zirkel in einem selbstreferentiellen System ohnehin nicht zu vermeiden ist. Das Begründen der Gründe endet unvermeidlich bei der Einsicht, daß man genau dies und nichts anderes tut. Aber wenn dies so ist, kann man immer noch fragen, welche Strategien dem System zur Verfügung stehen, um sich selbst zu entparadoxieren.

Die Tradition der Rhetorik und Dialektik hatte *topisch* angesetzt, d.h. Gründe wie „Plätze“ (später: wie Textstellen) vorausgesetzt, an denen man Argumente „finden“ könne. Das zu Findende diente der Amplifikation der Kommunikation, d.h. ihrer Ausstattung mit Effekten der zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung. Es ging dabei, evolutionsgeschichtlich gesehen, um ein Gegenmittel gegen den zunehmend hohen Informations- und Unwahrscheinlichkeitsgehalt der Kommunikation in entwickelten Gesellschaften.<sup>32</sup> Es war vielleicht keine glückliche Idee, diese Tradition gegen das Verdikt der Geschichte wiederzubeleben, um zeitgenössischen Verlegenheiten zu begegnen.<sup>33</sup> Neuere Entwicklungen dessen, was man in vorsichtiger Distanz zur Tradition jetzt „Argumentationstheorie“ nennt, distanzieren sich (ohne genau zu sagen warum) von der Topik,<sup>34</sup> setzen aber ihrerseits eine asymmetrische, nicht-zirkuläre Struktur des Begründungszusammenhangs voraus. Der Theoriefortschritt liegt in der Betonung des operativen, verfahrensmäßigen Charakters der diskursiven Suche nach Gründen. Die Asymmetrie bleibt jedoch unterstellt in der Annahme, daß es letztlich eine Vernunft gäbe, die entscheide, sofern man nur bereit sei, auf sie zu hören.

An die Stelle dieser Vernunft-Hypothese setzt die systemtheoretische Analyse die Annahme eines problematischen Verhältnisses von Redundanz und Begründung, von autopoietischer Rekursivität und asymmetrisierter Struktur. Damit soll nicht eine (schlechte) Theorie durch eine andere, bessere ersetzt werden. Es geht vielmehr darum, das Verständnis des Kontextes zu erweitern, in dem juristische Argumentation ab-

32 Auf die Bedeutung der alphabetischen Schrift und des Buchdrucks in diesem Zusammenhang ist wiederholt hingewiesen worden. Vgl. nur Joan Marie Lechner, *Renaissance Concepts of the Commonplaces*, New York 1962; Walter J. Ong, *The Presence of the Word: Some Prolegomena for Cultural and Religious History*, New Haven 1967; ders., *Interfaces of the Word: Studies in the Evolution of Consciousness and Culture*, Ithaca N.Y. 1977.

33 Einflußreich von allem Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1953, seitdem viele Auflagen. Kritisch etwa Gerhard Otte, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, *Rechtstheorie* 1 (1970), S. 183–197. Vgl. auch Fritjof Haft, *Juristische Rhetorik*, Freiburg 1978; Waldemar Schreckenberger, *Rhetorische Semiotik: Analysen von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts*, Freiburg 1978; Josef Esser, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Heidelberg 1979; Ottmar Ballweg/Thomas-Michael Seibert (Hrsg.), *Rhetorische Rechtstheorie*, Freiburg 1982.

34 Vgl. vor allem Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt 1978 (zur Topik S. 39 ff.).



läuft. (Über die Frage, ob Neo-Rhetorik, Semiotik, Argumentationstheorie diesen Vorgang selbst gut genug beschreiben, braucht hier gar nicht geurteilt zu werden.) Die These ist: daß die Produktion von rechtsdogmatischen Begriffen und Theorien „zwischen Kristall und Rauch“ erfolgt, nämlich durch eine Manipulation von Redundanzen, die teils aufgelöst, teils benutzt und in jedem Falle auf Asymmetrie hin strukturiert werden.

Teils müssen im Rechtsbetrieb, wenn „ein Argument das andere gibt“, Redundanzen abgebaut werden, neue Gesichtspunkte eingeführt, und Unsicherheiten erhöht werden dadurch, daß ein (noch) nicht engagierter Dritter hinzukommt;<sup>35</sup> teils muß man zur Klärung, Vermittlung und eventuellen Entscheidung des Streitigen die vorgefundenen Redundanzen benutzen. Genau dies Verfahren wurde in der Tradition als topisches beschrieben, es kann heute aber nicht mehr als eine Art geographische Orientierung im Raum der Argumente begriffen werden; es geht statt dessen um eine Konstruktion von nicht umkehrbaren Asymmetrien – eben von „Gründen“, die nicht nur deshalb gelten, weil jemand mit ihnen etwas begründen möchte.<sup>36</sup> Die Tautologie kann nicht eliminiert, aber sie kann begründigt und, wie Logiker sagen, „entfaltet“ werden.<sup>37</sup> Das gedankliche Experimentieren in dieser typischen Situation hinterläßt dann im Laufe der Zeit das, was man als wiederverwendbare Semantik oder eben als „juristische Dogmatik“ beschreiben kann. „Vernunft“ ist allenfalls ein Aggregatbegriff für die so funktionierenden Überzeugungen, jedenfalls nicht eine besondere Kompetenz, die gegen die Intervention von Leidenschaften, Interessen, Techniken oder gegen pure Macht geschützt und zur Geltung gebracht werden müsse. Man kann den Vernunftbegriff, der immer schon die Funktion hatte, Selbstreferenz auf sich zu laden und die Welt davon zu befreien, stehen lassen, muß aber eingestehen, daß er nichts anderes ist als ein Pauschalbegriff für die Behauptung der Asymmetrie.

Zu all dem kommt hinzu, daß die Theorie autopoietischer Systeme die praktische Bedeutung von juristischer Dogmatik und erst recht die praktische Bedeutung von Rechtstheorie stark relativiert. Weder kann die Rechtstheorie die Gesamtheit der Systemereignisse „vorformulieren“, noch gibt die juristische Dogmatik Normalanweisungen für die normale Praxis des Rechts. Es sind nur wenige Kollisionen von wenigen Argumenten, die über eine so hochgetriebene Semantik kontrolliert werden<sup>38</sup>

35 Vgl. dazu Niklas Luhmann, *Konflikt und Recht*, in ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt 1981, S. 92–112.

36 Es ist vielleicht fast überflüssig, aber im Hinblick auf ältere Gesellschaftsformationen wichtig festzuhalten, daß die Asymmetrisierung nur in einer Richtung erlaubt wird: Nur der Grund darf begründen. Die Asymmetrisierung in Richtung auf den, der den Grund braucht und der z. B. seinen Status in die Waagschale werfen kann, wird ausgeschlossen. (übrigens gerade nicht in der topischen Rhetorik, wo zumindest moralische Qualität des Redners ein wichtiges Argument für seine Argumente war und moralische Qualität selbstverständlich mit Status korrelierte).

37 Vgl. Lars Löfgren, *Unfoldment of Self-Reference in Logic and in Computer Science*, Proceedings of the 5th Scandinavian Logic Symposium (Hrsg. von Finn V. Jensen/Brian H. Mayoh/Karen K. Møller) Aalborg 1979, S. 205–229.

38 Thomas Heller sieht mit Recht die Bedeutung der legal theory (was freilich nicht den ganzen Bereich von juristischer Dogmatik abdeckt) „only in the liminal case where the content of settled practice comes into crisis“. Die Reproduktion des Rechts laufe direkt von Praxis zu Praxis und in der Masse der Fälle ohne Inanspruchnahme von Theorie. „What is necessary for

(und es scheint vor allem der institutionelle Zusammenhang von Ausbildung und Theorieproduktion zu sein, der zu einer Überschätzung des Einflusses von Theorie und von Theoriestreitigkeiten auf die sogenannte Praxis führt). Die autopoietische Reproduktion von Recht läuft über Kommunikationen, die die Qualität normativer Geltung auf andere Kommunikationen übertragen. Typisch hängt die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten eher von Tatsachenfragen (Beweisfragen) als von Rechtsfragen ab. Der entgegengesetzte Fehler einer Bagatellisierung von Theoriefragen muß natürlich auch vermieden werden. Sie können für große Serien von Fallentscheidungen richtungsweisend sein. Es wäre für das Rechtssystem aber sicherlich fatal – und vor allem politisch fatal –, wenn es durch einen Austausch zentraler Theorieelemente oder auch durch einen Paradigmawechsel revolutioniert werden könnte. Das Rassenparadigma ist nicht durch Theorie, sondern durch Macht oktroyiert worden, und auch das bedeutete keineswegs, daß alle Fälle anders entschieden wurden als zuvor.

Dies alles hat mit „reflexivem Recht“ zunächst wenig zu tun. Es führt jedoch vor die Frage, ob diesem Begriff nicht zu sehr die Tendenz innewohnt, Rechtsdogmatik unter dem Gesichtspunkt eines rechtspolitischen Instruments zu betrachten und sie für planbar zu halten. Die Genese der Dogmatik ist jedoch, wenn wir sie richtig beschrieben haben, ein eher evolutionäres Geschehen der laufenden Justierung von Argumenten, und das Ergebnis ist eine nichtkontrollierbare Komplexität. In vielen Fällen werden Argumente heute stärker folgenorientiert gesetzt, und es mag auch eine laiensozialwissenschaftliche Blickweise an Bedeutung gewinnen. Wenn aber „reflexives Recht“ selbst ein Argument werden soll, würde man mit einem jener „strange loops“<sup>39</sup> dort landen, wo man unter allen Umständen nicht landen will: in der Paradoxie des Rechts.

## VIII.

Wäre das ein Zufall, ein Mißgriff, ein Fehler? Vom Standpunkte der argumentativen Operation und der Dogmatik aus sicher ja. Für die systemtheoretische Analyse kommt dies jedoch alles andere als überraschend. Das Postulat des reflexiven Rechts gibt sich als ein Programm der *Kombination* von Selbstreflexion des Rechts und Reflexion der Selbstreflexion anderer autopoietischer Systeme. Die Kombination wird dabei entweder praktisch als Sache des Aushandelns betrachtet, also als Sache eines „dritten Systems“ der Verhandlung, das aber nicht logisch mächtiger und komplexer sein kann als die an ihm beteiligten Systeme;<sup>40</sup> oder sie muß als eine Art co-evolutiver Adaptation begriffen werden. Es soll nicht bestritten werden, daß diese Ant-

### Fortsetzung Fußnote 38

the reproduction of theoretical practice is not control over the full run of legal outcomes, but rather continuing domination over paradigmatic or semiotically central events“. (*Structuralism and Critique*, Stanford Law Review 36 (1984), S. 127–198, 186 bzw. 189).

39 Im Sinne von Douglas R. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid, Hassocks, Sussex UK 1979.

40 Vgl. Helmut Willke, *Entzauberung des Staates: Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie*, Königstein Ts. 1983.

worten in eine richtige Richtung weisen. Es bleibt jedoch die Frage, wie die beteiligten Systeme und wie speziell das Rechtssystem die damit auf sie zukommenden Reflexionslasten bewältigen.

Kein System kann sich selbst transzendieren und andere Operationen als die eigenen durchführen. Die Einkalkulation der Umwelt erfordert ein re-entry einer Unterscheidung in das durch sie Unterschiedene. Das Rechtssystem wird, wenn es dazu kommt, gewahrt, daß es Umwelt der Systeme seiner Umwelt ist, für die Recht nur im Kontext ihrer eigenen Autopoiesis relevant wird. Es muß z. B. lernen, daß Systeme seiner Umwelt der Differenz von Recht und Unrecht zumeist eine andere Differenz vorschalten, nämlich die von Erwischtwerden und Nichterwischtwerden. Es muß lernen zu sehen, was es nicht sieht, und zu regeln, was es nicht regelt. Auch andere Interventionsysteme stehen vor diesem Problem.<sup>41</sup> Ja, alle Kognition führt in der Reflexion auf Bedingungen ihrer Möglichkeit letztlich auf die Einsicht, daß sie nicht erkennt, was sie nicht erkennt.<sup>42</sup> Diese Reflexion konfrontiert das System mit derjenigen Paradoxie, der es seine eigene Existenz verdankt.

Paradoxie heißt, wie unter III. ausgeführt, nicht einfach: logischer Widerspruch. Wir sagen nicht: Sehen = Nichtsehen, Regeln = Nichtregeln, sondern Sehen *weil* Nichtsehen, Regeln *weil* Nichtregeln. Wir kommen daher auch nicht zu einer „dialektischen“ Synthese, die ja einen Widerspruch von These und Antithese voraussetzen müßte. Die Problematik besteht vielmehr darin, daß die Paradoxie nicht auf einer logischen Ebene liegt, sondern für eine logische Behandlung eine Unterscheidung logischer Ebenen (oder „Typen“) erfordern würde, die sich selbst logisch nicht rechtfertigen kann. Das, was das „reflexive Recht“ letztlich mit den Selbstreferenzen der Systeme seiner Umwelt gemein hat, ist die unauflösbare Paradoxie in der Selbstreferenz. Alle Systemstrukturen und alle Systemoperationen hier und dort dienen der Entparadoxierung dieser Paradoxie. Man kann diesen Vorgang als „Kombination“ oder „Aushandeln“ tarnen oder als Relationierung von Relationen oder als Unterscheidung von Unterscheidungen oder als *computations of*.<sup>43</sup> In einer logischen Behandlung steht man vor der Frage, ob dieser Bezug auf sich selbst, auch wenn er als Bezug ein Paradox ist, als „dritter Wert“ verwendet werden kann und damit eine typfreie Logik ermöglicht.

41 Interessante Parallelen lassen sich zur Familientherapie herstellen, die sich heute verstärkt systemanalytischer Betrachtungsweisen bedient und dabei ihrerseits auf das im Text gestellte Problem stößt. Vgl. Karl Tomm/John W. Lannamann/Sheila McNamee, „No Interview Today“: A Consultation Team Intervenes by Not Intervening, *Journal of Strategic and Systemic Therapies* 2 (1983), S. 48–61.

42 „We do not see that we do not see“, heißt es bei Heinz von Foerster, *Cybernetics of Cybernetics*, in: Klaus Krippendorff (Hrsg.), *Communication and Control in Society*, New York 1979, S. 5–8 (6). Eben deshalb muß eine „second order cybernetics“ beim *Beobachten* ansetzen, mit der zumindest erkannt werden kann, daß man nicht erkennt, was man nicht erkennt, wenngleich nicht, was man nicht erkennt, wenn man nicht erkennt. Vgl. auch die Umstellung von „was“ und „wie“ in ders., *Notes pour une épistémologie des objets vivants*, in: Edgar Morin/Massimo Piatelli-Palmarini (Hrsg.), *L'Unité de l'homme*, Paris 1974, S. 401–417 (402); auch in *Observing Systems*, a.a.O., S. 258–278 (259).

43 So Heinz von Foerster, *Observing Systems*, a.a.O., S. 296.