

Autopoiesis der Rechtskommunikation?

Die Herausforderung der Medientheorie

von

Thomas Vesting, Frankfurt am Main

I. Sprache, gemeinsames Wissen, Kommunikation

(1) Jedes Erkennen setzt schon gewonnene Erkenntnisse voraus, die nicht durch den Erkenntnisakt selbst konstituiert werden können. Bevor Erkenntnisse realisiert werden können, muss immer schon ein kollektiver Bestand an (implizitem) Wissen gegeben sein, weil nur dann überhaupt *neues* Wissen identifiziert, d.h. Information von Redundanz unterschieden werden kann. Es gibt daher keinen „Anfang der Anfänge“.¹ Die Abhängigkeit aller Kognition von einer Welt und einem (impliziten) Wissen, das niemals vollständig in einem „absoluten Anfang“ negiert werden kann, wird besonders deutlich, wenn man die Sprache ins Spiel bringt: Man muss eine Sprache schon sprechen können, bevor ein neuer Gedanke gedacht und artikuliert werden kann; das gilt insbesondere dann, wenn man mit W. v. Humboldt und der neueren Sprachphilosophie davon ausgeht, dass die Bildung eines Gedankens notwendigerweise des Mediums der Sprache, „der allgemeinen Formen unserer Sinnlichkeit“,² bedarf. Denken mittels Sprache kann wiederum nur in einer öffentlichen Sprache gelingen, zumindest können Gedanken nur in einer öffentlichen Sprache artikuliert werden. Öffentlich wird eine Sprache aber erst dann, wenn sich innerhalb einer Sprachgemeinschaft ein fester Bestand an grammatischen Regeln und ein bereits erprobter Bestand des wirklichen Gebrauchs der Worte etabliert haben. Erst unter diesen Voraussetzungen kann auch Kommunikation im Sinne einer *sozialen* Handlung realisiert werden. Wo es an jeder allgemein geteilten Bedeutung der Worte „schön“ und „reich“ fehlt, wird es auch keine Verständigung über diese Worte geben.

¹ H. v. Foerster, *Der Anfang von Himmel und Erde hat keinen Namen*, 2002, 29.

² W. v. Humboldt hier zitiert nach Chr. Stetter, *Schrift und Sprache*, 1997, 404. Die Bemerkung spielt auf Humboldts viel zitierten Satz an, dass die Sprache das bildende Organ des Gedankens sei. Diese Einsicht ist seit der Transformation der Philosophie zur Sprachphilosophie (und der Erkenntnistheorie zu einer sozialen Epistemologie) fast ein Gemeinplatz geworden, aber auch nur fast, denn sie widerspricht insbesondere der kantischen Transzendentalphilosophie, in der die Sprache auf die dem „reinen“ Denken nachrangige Ebene der Einbildungskraft, der sinnlichen Repräsentation, abgeschoben wurde. Damit musste ihre Bedeutung für das in das Subjekt hinein verlagerte Denken ausgeblendet werden. Vgl. dazu Stetter, ebd., 397 f.; zur Vernachlässigung der Sprache bei Kant vgl. auch J. Simon, *Kant*, 2003, 559; R. Rorty, *Der Spiegel der Natur*, 1981, 152 f. Fn. 4.

(2) Dieser „erkenntnistheoretische“ Einstieg soll zunächst nur zeigen, dass Sprache als Inbegriff von Regeln und praktizierten Regelmäßigkeiten ein gegenüber dem jeweiligen Sprechakt verselbständigtes gemeinsames Wissen einschließt. Zwar kann Sprache nicht ohne Kommunikation und insbesondere die mündliche Sprache nicht ohne die Anwesenheit von Menschen gedacht werden. Dennoch können die Gesetze der Sprache und das an sie gebundene gemeinsame Wissen nicht auf individuelle Intentionen zurückgeführt werden, sonst wäre, um Wittgenstein zu paraphrasieren, der Glaube an die Regeln der Sprache dasselbe wie ihre Praxis.³ Es gibt hier einen konstitutiven Überschuss. Sprache ist – nach einer Formel Ch. Stettens – ein „distributives Allgemeines“,⁴ das mehr ist als die Summe der Einzelbeiträge ihres Publikums. Auch und gerade als Erscheinungsform des Sozialen bildet sprachliche Kommunikation ein „System höherer Ordnung“, in dem „die Kontakte wählbar sind und das System je nach gewählten Kontakten unterschiedliche Strukturen realisiert“.⁵ In einer einflussreichen, vor allem von Saussure begründeten linguistischen Tradition hat diese Einsicht in die Autonomie der Sprache sogar zu ihrer weitgehenden Ablösung von der Empirie der Rede geführt: Saussure unterscheidet die *langue* als stabiles System von der flüchtigen *parole* und siedelt die *langue* als dauerhaftes Objekt semiologischer Erkenntnis oberhalb des empirischen Sprachgebrauchs an. Die *parole* wird als jedesmalige Anwendung eines abstrakten Musters nach dem Vorbild von Symphonie und Aufführung begriffen,⁶ im Übrigen mit ähnlich „intellektualistischen“ oder „logischen“ Konnotationen, mit denen der (Gesetzes-)Positivismus des 19. Jh. das Verhältnis von Gesetz und Einzelfall konstruiert hat.

(3) Auf eine vergleichbar hierarchische Opposition von Sprache, gemeinsamem Wissen und Kommunikation trifft man auch in der Hermeneutik Gadamer. Zwar geht es Gadamer im Unterschied zu Saussure nicht um die Sprache als differentielle Ordnung, um die Arbitrarität des Zeichens, sondern um die notwendige Einbettung sprachlicher und ästhetischer Bedeutungen in einen historischen Kontinuitätszusammenhang. Aber wie bei Saussure verweist das Verstehen einer Sprache auch bei Gadamer notwendigerweise auf ein allgemeines Wissen. Diese Allgemeinheit versucht Gadamer über die Bildsprache, die Erfahrung der Kunst, zu erschließen. Kunstwerke, so lautet seine Kernthese, bringen in einer verwandelnden Darstellung ein Mehr an Sein zur Geltung. Gerade das neuzeitliche Tafelbild enthält einen unauflös-

³ L. v. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen (1945), 2003, § 202.

⁴ Christian Stetter, Nach Chomsky. Überlegungen zu einer symboltheoretisch fundierten Linguistik, in: Jürgen Fohrmann (Hrsg.), Rhetorik. Figuration und Performanz, 2004, S. 193 ff., 206; vgl. auch *ders.*, (Fn. 2), 266 („distributiv allgemeine Größe“).

⁵ N. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 194; D. Baecker, Kommunikation, 2005, 22.

⁶ Vgl. dazu S. Krämer, Sprache, Sprechakt, Kommunikation, 2001, 19 ff.

baren (positiven) Bezug zur Welt, der in der Selbstbegegnung mit dem Bildwerk in einer gesteigerten Art und Weise (re-)präsentiert wird.⁷ Es ist das Porträt des Königs, das den leiblichen König erst in seiner vollen Wirklichkeit zur Geltung bringt. Die objektive Geltung des Kunstwerks wird damit nicht einfach als „ontologisch“ gegeben postuliert, aber doch in einem mit der Sprache verbunden gemeinsamen Wissen verankert, in einem das Denken aus der Subjektivität übersteigenden „Vorverständnis“, in dem der Welthorizont der Kunst verwoben ist und in dem allein ihre Bedeutungen erschlossen werden können. Gadamer findet die transsubjektiven Absicherungen der Möglichkeit des Verstehens also in einer eher „vertikalen Autorität“, die nicht das stabile System der Sprache selbst ist (wie bei Saussure), aber doch ein historisch eher *vorgegebener* als *aufgegebener* Kontinuitätszusammenhang.

II. Autopoiesis der Kommunikation

(4) Luhmann hat Kommunikation in verschiedenen Veröffentlichungen als Synthese verschiedener Selektionen definiert, die durch die Verarbeitung einer mitgeteilten Information, als Verstehen, abgeschlossen wird.⁸ Während das Problem der Sprache für die neuere Sprachphilosophie immer auch eine kognitive Seite hat, basiert Luhmanns Kommunikationsbegriff auf einer im Anschluss an Edmund Husserl durchgeführten Sinnanalyse. Diese Sinnanalyse geht davon aus, „dass das Bewusstsein nicht nur vorbegrifflich, sondern vorsprachlich und damit in der geschlossenen Welt seiner Empfindungen und Vorstellungen operiert“,⁹ ähnlich wie Kant Sprache auf die dem „reinen“ Denken nachrangige Ebene der Einbildungskraft, der sinnlichen Repräsentation, abgeschoben hatte. Sinn wird dementsprechend auf die zunächst sprachunabhängige Unterscheidung von Aktualität und Potentialität zurückgeführt. Im Kontext von *sprachlicher* Kommunikation wird diese Unterscheidung durch die Unterscheidung von Medium und Form angereichert und Kommunikation als aktuelle Bestimmung einer an sich instabilen Form spezifiziert: Die Frau von Nicolas Sarkozy trägt Prada, schreibt die Frankfurter Allgemeine Zeitung, und im nächsten Augenblick erinnert mich meine Frau daran, dass die Hemden von der Reinigung abgeholt werden müssen. Die Nachricht zerfällt wieder in ihr Medium, in die unbestimmte Menge an stabilen Möglichkeiten, den Wörtern der (deutschen) Sprache, aus denen die Frankfurter Allgemeine Zeitung ihre Mitteilung geformt hat. Vor diesem – hier nur knapp skizzierten Hintergrund – werden Kommunikationssysteme

⁷ H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960, 128 ff., 137; J. Grondin, *Einführung zu Gadamer*, 2000, 74 ff.; vgl. auch D. Baecker, *Form und Formen der Kommunikation*, 2005, 186 f.

⁸ Vgl. nur N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung* Bd. 6, 1995, 115; *ders.*, *Soziale Systeme*, 1984, 193 ff.

⁹ D. Baecker (Fn. 5), 2005, 16.

von Luhmann als rekursive, netzwerkartige Formen modelliert, in denen „Ereignisse Strukturen produzieren und Strukturen Ereignisse dirigieren“.¹⁰ Die Verknüpfung von Ereignis und Struktur, von Medium und Form, vollzieht sich in dem Augenblick, in dem eine (absichtsvolle) kommunikative Handlung verstanden, also – im sozialen Regelfall – von einem Einzelbewusstsein wahrgenommen wird.

(5) Auf den Effekt des *Verstehens* einer Mitteilungshandlung im Sinne des Abschlusses einer kommunikativen Episode durch weitere ablehnende oder annehmende *neue* Kommunikationen kommt es Luhmann an. Sprachliche Kommunikation wird unter dem (funktionalistischen) Blickwinkel von ständig produzierten Anschlusszwängen und -möglichkeiten beobachtet. Sprachliche Kommunikation ist als soziale Handlung auf strukturelle Kopplungen psychischer Systeme angewiesen (Interpenetration),¹¹ aber sie bildet ihrerseits eine emergente Ebene, ein „System höherer Ordnung“.¹² Auf dieser Ebene höherer Ordnung ist Kommunikation kein Behälter für irgendwelche Rationalitätspräntionen. Sie wird allein durch den binären Code der Sprache strukturiert, d.h. dadurch, dass „für alles, was gesagt wird, eine positive und negative Fassung zur Verfügung stellt.“¹³ Der Raum, in dem die Luhmann-Tagung in Oñati stattfand, ist wie die Welt gegeben, aber im Medium der Sprache kann ich diesen Raum ohne weiteres als hässlichen, unzumutbaren, unbewohnbaren, unheimlichen Raum charakterisieren, ja ich kann von ihm sogar als zerstörtem, längst untergegangen, gar nicht existentem Raum sprechen und die Luhmann-Tagung in Oñati eine Scheintagung nennen. Damit konnte ich am Tag der Tagung nicht durchkommen, weil die Wahrnehmung aller Anwesenden eine andere war. Aber nachdem ich in einem Artikel für das *German Law Journal* geschrieben hatte, die Luhmann-Tagung in Oñati sei ein einziger großer Bluff gewesen, stellte sich die Wahrheitsfrage ganz anders dar. Jemand schrieb eine Gegendarstellung: Die Luhmann-Tagung habe stattgefunden, der Raum sei weder hässlich noch unheimlich, sondern von großer Schönheit und Eleganz gewesen. Luhmann geht mit anderen Worten davon aus, dass durch Sprache eine autonome, von den faktischen Gegebenheiten abgelöste Kommunikation evoluiert, die ihre eigene Vergangenheit, ihren eigenen „Erinnerungsraum“ produziert.¹⁴ Dieser Erinnerungsraum steckt einen Horizont künftiger Erwartungen ab und reduziert Anschlussmöglichkeiten für nachfolgende Kommunikation (*narrowing of choice*). Einmal in Gang gesetzt, er-

¹⁰ Luhmann (Fn. 5), 195 Fn. 9.

¹¹ Luhmann, ebd., 92 ff., 108; dazu die Beiträge in *Soziale Systeme* Bd. 7, 2001.

¹² Luhmann (Fn. 5), 194.

¹³ Luhmann, ebd., 221.

¹⁴ Vgl. dazu allg. A. Assmann, *Erinnerungsräume*, 1999; zu Luhmanns gegenwartsbezogener Gedächtnistheorie vgl. auch R. de Giorgi, *Das Gedächtnis des Rechts*, in: FS Simon, 2005, 99 ff.

zeugt Kommunikation Irritationen in ihrer Umwelt und regt zu neuer Kommunikation an. Aber in diesem rekursiven Netzwerk fließt die sprachliche Kommunikation nicht unendlich wie ein Fluss, sondern muss aufgrund ihrer Ereignishaftigkeit immer wieder durch neue Mitteilungshandlungen motiviert und in Bewegung gehalten werden.

(6) Die Vorstellung der Autopoiesis der Kommunikation zielt damit letztlich auf das Problem der Selbstreproduktionsfähigkeit sozialer Systeme, des Aufbaus von Kontinuitätszusammenhängen in der Gesellschaft und im Recht – nachdem die moderne Gesellschaft die „letzten Orientierungspunkte der Gewißheit“ aufgelöst hat und eine neue „Empfänglichkeit für das Unbekannte in der Geschichte entsteht“.¹⁵ Aber gerade weil Luhmann sprachliche Kommunikation als prinzipiell diskontinuierliches Geschehen begreift und diese Diskontinuität in den Mittelpunkt seiner Theoriebildung stellt, gewinnt das Problem der Motivation zur nächsten Kommunikation schon auf der Ebene des Gesellschaftssystems eine so große Bedeutung. In dieser Hinsicht unterscheidet sich Luhmanns Denken grundlegend von der Linguistik Saussures. An die Stelle einer Hierarchie von *langue* und *parole* tritt die heterarchische Vorstellung eines Strukturen benutzenden Sprachgebrauchs, der Rekursivität der Kommunikation, der Wiederverwendung von Regeln der Sprache im Moment der Kommunikation und ihre gleichzeitige Veränderung durch sie. Das ständige Werden des autopoietischen Systems, eines Systems, das seinen Halt nur noch an den Ablagerungen seiner ereignishaft produzierten Strukturen jenseits aller traditionellen Bindungen findet, unterscheidet es zugleich vom Verstehen der Hermeneutik. Während die ästhetische Erfahrung für Gadamer notwendigerweise auf eine objektive – der Momenthaftigkeit des Verstehens – enthobene „Seinsweise des Kunstwerks“ verweist,¹⁶ ist Kommunikation für Luhmann eine Angelegenheit diskontinuierlicher Akte, eines Systems, das beständig ins Bodenlose fällt, und seine Strukturbildung durch die Zufuhr immer neuer Operationen permanent selbst anregen muss. Es geht Luhmann also im Unterschied zu Saussure und Gadamer um eine radikale Ablösung der eigenen Grundbegriffe von allen ontologischen und quasi-ontologischen Verankerungen. Die Fähigkeit zur Grenzziehung, die Saussure der Sprache selbst zuschreibt, kann nach Luhmann erst das freischwebende autopoietische Kommunikationssystem leisten. Und der Kontinuitätszusammenhang der Tradition, den Gadamer noch voraussetzt, muss nach Luhmann von Kommunikation zu Kommunikation neu *im* System selbst „erarbeitet“ und reproduziert werden. Autopoiesis der Kommunikation heißt also: Weiterführung von Kommunikation durch Bezugnahme auf das,

¹⁵ C. Lefort, Fortdauer des Theologisch-Politischen?, 1999, 54.

¹⁶ Gadamer (Fn. 7), 96.

was bereits gesagt worden ist, Selbstbindung an den Kontinuitätszusammenhang einer einmal angelaufenen Kommunikation, im Unterschied zur Fremdbindung an eine *langue* oder Tradition, die letztlich als stabil vorausgesetzt werden.

III. Autopoiesis der Rechtskommunikation

(7) Um die Herstellung von Bindungen durch Rückgriffe und Vorgriffe in einem Netzwerk von ereignishaften Kommunikationen geht es auch in Luhmanns Rechtssystem. Rechtskommunikationen werden durch spezifische Rechtsbehauptungen motiviert, die dem System auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung mit Hilfe von Konditionalprogrammen zugeordnet werden.¹⁷ Ab einem bestimmten Punkt der Evolution löst die Rechtskommunikation Konflikte aus dem Zusammenhang verwandtschaftlicher Bindungen und politischer Freundschaften und stellt die „*quaestio iuris*“: Die Kommunikation definiert den Streit als Rechtsproblem und sucht von da aus nach Ähnlichkeiten im geltenden Recht. Seitdem gilt: Immer wenn ein Konflikt auftaucht, wird der gute Jurist diesen in den Erinnerungsraum der Rechtskommunikation hineinstellen. Das war nach Gaius bereits im frühen Rom Praxis: Stand hier jemand unter Verdacht, Weinreben (*vites*) auf einem fremden Grundstück abgeschnitten zu haben und hatte der Kläger die Weinreben im Spruchformelverfahren (*legis actiones*) ausdrücklich als solche bezeichnet, als *vites*, dann hatte er die Klage schon wegen des Gebrauchs der falschen Worte verloren. Die Gutachten (*responsum*) verwiesen ihn dann darauf, dass die Tradition des römischen Zivilrechts und insbesondere das Zwölftafelgesetz keine Anhaltspunkte für die Zulässigkeit einer Klageformel für abgeschnittene Weinreben kannten.¹⁸ Das römische Zivilrecht ist daher für Luhmann der erste Fall eines – jedenfalls in Ansätzen – in Richtung Autonomie driftenden Rechtssystems,¹⁹ auch wenn von autopoietischer Autonomie des Rechtssystems wohl erst unter den Bedingungen der modernen (funktional differenzierten) Gesellschaft gesprochen werden kann.²⁰

(8) Luhmanns abgemagerter Begriff des Verstehens – laufende Fortsetzungen von stets ereignishaften kommunikativen Episoden – orientiert sich sehr stark an seinem Widerpart, dem Begriff des verständigungsorientierten Handelns, wie ihn J. Habermas entwickelt hat. Wäh-

¹⁷ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 67, 70; vgl. allg. Th. Huber, Systemtheorie des Rechts, 2007.

¹⁸ Vgl. Gaius, Inst. 4.11; M.Th. Fögen, Römische Rechtsgeschichten, 2003, 139.

¹⁹ Luhmann (Fn. 17), 264.

²⁰ Dazu gibt es von Luhmann widersprechende Aussagen. Klar im Hinblick auf das im Recht benutzte Symbol der Rechtsgeltung Luhmann, ebd., 105 („eine semantische Errungenschaft der Moderne“).

rend Kommunikation bei Habermas auf intersubjektive Verständigung in einem substantiellen Sinn hinausläuft (Konsens) und dafür quasi-metaphysische Gewissheiten im Sprachgebrauch vorausgesetzt werden (Universalpragmatik), versucht Luhmann seinen Kommunikationsbegriff soweit wie möglich von jedweden Rationalitätspräntionen zu reinigen.²¹ Kommunikation läuft nicht auf einen Perfektionszustand des Verstehens hinaus, sondern wird ausschließlich durch die Ja/Nein-Codierung und insbesondere durch die darin angelegte Möglichkeit des Neins, des Dissenses, in Bewegung gehalten. Auch Rechtskommunikation wird durch die Möglichkeit der Negation des Rechts, des Rechtsbruchs,²² motiviert, nicht aber etwa durch die immanente Programmierung auf ein Vernunftziel (Gerechtigkeit). Im Unterschied zur modernen Gesellschaft als solcher, die die Nichtakzeptanz von Kommunikation grundsätzlich zulassen kann, muss das Rechtssystem als Teilsystem der Gesellschaft den binären Code aber immer wieder auf der Seite des positiven Werts, des Rechts, aktivieren. Hier liegt denn auch der innere Zusammenhang zwischen autopoietischer Selbstreproduktion des Rechts und dem ausschließlich im Rechtssystem zirkulierenden *Symbol* der Rechtsgeltung: Rechtskonflikte können nur durch Rekurs auf den positiven Wert des Systemcodes, nur durch Rekurs auf das Recht, entschieden werden.²³ Das hat auch methodologische Konsequenzen: So wie Luhmanns Kommunikationstheorie sich primär für die Frage interessiert, wie die Wahrscheinlichkeit des Abbruchs der Kommunikation vermieden und die Fortsetzung der Autopoiesis gesichert werden kann, kreist seine Rechtstheorie um das Problem, wie Rechtskommunikation Bindungen im Hinblick auf Anschlusskommunikation aufbauen, wie die „Wahrscheinlichkeit der Erfüllung normativer Erwartungen“ erhöht werden kann.²⁴ Das Urteil erster Instanz spricht dem Kläger Schadensersatz zu. Der Beklagte kann das Urteil annehmen oder in Berufung gehen, aber ein funktionierendes Rechtssystem setzt voraus, dass die Prozessparteien die Rechtmäßigkeit der Entscheidung nicht in Frage stellen. Sollte letzteres dennoch der Fall sein, dann muss dieser Fall die Ausnahme bleiben. Anders wäre gar keine geordnete Rechtspflege möglich.

IV. Die Kommunikationsmedien des Gesellschaftssystems

(9) Auf das Problem, durch welche Institutionen und evolutionäre Errungenschaften der jederzeit mögliche Abbruch der Kommunikation überwunden und sprachliche Kommunikation

²¹ Vgl. Krämer (Fn. 6), 74 ff., 151 ff.

²² Fögen (Fn. 18), 104.

²³ Luhmann (Fn. 17), 98 ff.

²⁴ Luhmann, ebd., 117 (im Kontext der Frage nach den strukturellen Bedingungen operativer Geschlossenheit).

entlang von Themen erfolgreich stabilisiert werden kann, ist auch Luhmanns Theorie der Kommunikationsmedien zugeschnitten.²⁵ Das gilt sicherlich, wie eben schon angedeutet wurde, für die so genannten „Erfolgsmedien“,²⁶ die symbolisch generalisierten Kommunikationsmedien, zu denen außer Geltung (Recht) etwa Geld (Wirtschaft), Macht (Politik) und Wahrheit (Wissenschaft) zählen. Erfolgsmedien sind das moderne funktionale Äquivalent für die normativen Integrationsmechanismen Alteuropas (Naturrecht, Sozialkontrakt, Moral etc.).²⁷ Geld macht noch die unwahrscheinlichste Kommunikation wahrscheinlich. Der Makler hasst mich, weil ich ihm vor Jahren seine Freundin ausgespannt habe, aber er verkauft mir die 15-Zimmer Villa an der Cote d'Azur ohne zu zögern, weil er weiß, dass ich immer anstandslos und pünktlich zahle und ich ihm obendrein einen nicht unbeträchtlichen („steuerfreien“) Bonus in Aussicht gestellt habe. Aber lassen sich auch Schrift, Buchdruck und Computertechnologie unter diese Fragestellung subsumieren, also jene Medien, die Luhmann „Verbreitungsmedien“ nennt?²⁸

(10) Luhmann scheint eine Art Ergänzungs- und Abstützungsverhältnis beider Medientypen zu unterstellen. Verbreitungsmedien erweitern den Empfängerkreis der Kommunikation über die Interaktion von Anwesenden hinaus und steigern die Reichweite sozialer Redundanz, dessen, was schon gewusst wird. Der Fluch des Sklaven im Steinbruch bleibt heute stumm, aber das „erste europäische Gesetz“, das die Bewohner Gortyns um 650 v. Chr. in ihre Steine geschrieben haben, kann noch immer besichtigt oder zum Gegenstand rechtshistorischer Untersuchungen gemacht werden. Die Kehrseite ist: Wer sich wirklich für alteuropäische Gesetzkunst interessiert und wer mehr für den jeweils aktuellen Seelenzustand von Paris Hilton ist heute, angesichts der insgesamt erzeugten Menge an tagtäglich zirkulierenden Informationen, ungewiss. Soll gesellschaftliche Autopoiesis auch unter diesen Bedingungen möglich bleiben, muss die extreme Anreicherung semantischer Vielfalt, der tagtägliche *information overflow* der (post-)modernen Gesellschaft, reduziert und kanalisiert werden. In dieser Notwendigkeit liegt für Luhmann der innere Zusammenhang von Erfolgs- und Verbreitungsmedien. Das gilt schon im Kontext der alteuropäischen Gesellschaft: Dort lieferte etwa die Erfindung der (Alphabet-)Schrift die entscheidenden Anstöße der Suche nach neuen (nicht-normativen, proto-modernen) Motivations- und Integrationsmitteln, etwa in Form einer Allianz von Rhetorik, Topik und Moral als neuartiger Form der Überredungs- und Überzeugungskunst oder in Ge-

²⁵ So explizit Baecker (Fn. 7), 178.

²⁶ Luhmann (Fn. 5), 203.

²⁷ Luhmann, ebd., 316.

²⁸ Luhmann, ebd., 202.

stalt des Münzgelds. Griechenland in seiner klassischen Epoche ist dafür der entscheidende „weltgeschichtliche“ Beleg.²⁹

(11) Letztlich trifft man in Luhmanns Theorie der Kommunikationsmedien auf eine uneingelöste Spannung zwischen zwei Theoriesträngen. Auf der einen Seite gibt es die auf Max Weber und Talcott Parsons zurückgehende Theorie der funktionalen Differenzierung, an die die Theorie der Erfolgsmedien, der symbolisch generalisierten Kommunikationsmedien, anknüpft. Dieser ältere Theoriestrang führt den Übergang von der alteuropäischen zur modernen Gesellschaft auf die Ausbildung systemspezifischen Hochleistungswissens zurück, auf das Prinzip der funktionalen Differenzierung. „Modern society ... has to be described as a functionally differentiated system. This is its main characteristics, the principle which generates its structures.”³⁰ Auf der anderen Seite gewinnt seit der autopoietischen Wende der Systemtheorie und der damit zusammenhängenden Bedeutungszunahme des Kommunikationsbegriffs die Beschreibung der Konsequenzen der Einführung neuer Verbreitungsmedien an Bedeutung. Man findet deshalb seit den 80er Jahren wiederholt Bezugnahmen auf medientheoretische Fragestellungen und Thesen insbesondere von E. Havelock, J. Goody und W.J. Ong. Luhmann interessiert sich in solchen Kontexten insbesondere für den Zusammenhang der Erfindung und Ingebrauchnahme von Medien wie Schrift und begrifflichen bzw. theoretischen Wissenskonstruktionen. So führt er etwa in *Soziale Systeme* die Entstehung von Philosophie in Griechenland – mit Havelock – auf das Auftreten der Alphabetschrift zurück.³¹ Später wird die durchgehende Tendenz in der Evolution von Verbreitungsmedien als „Trend von hierarchischer zu heterarchischer Ordnung“ sowie als „Verzicht auf räumliche Integration gesellschaftlicher Operationen“ beschrieben.³² Beide Theoriestränge, Theorie der funktionalen Differenzierung/Theorie der Erfolgsmedien einerseits und Kommunikationstheorie/Theorie der Verbreitungsmedien andererseits, werden aber letztlich nicht aufeinander abgestimmt, ja tendenziell wird das innerhalb der Theorie der Verbreitungsmedien wiederholt thematisierte Wissensproblem dem Systemfunktionalismus untergeordnet. Das ist wohl auch der Entscheidung geschuldet, die Teilsystemsoziologen vor der Gesellschaftstheorie zu publizieren.³³ Diese Publikationsstrategie setzt die funktionale Differenzierung der modernen Gesellschaft ja immer schon voraus und muss daher notwendigerweise die Frage vernachlässigen, ob nicht

²⁹ Luhmann, ebd., 322, 324, 331. Vgl. auch ders., *Soziale Systeme* (Fn. 8), 221 f., 513; zu Luhmanns Sicht der Rhetorik als Amplifikationsmechanismus ausführlicher F. Steinhauer (in diesem Band).

³⁰ N. Luhmann, *The Self-Description of Society*, 1984, 64.

³¹ Vgl. nur Luhmann, *Soziale Systeme* (Fn. 8), 127 f., 219 f., 449.

³² In ders. (Fn. 5), 312.

³³ Vgl. Luhmanns Selbstreflexion dieser Publikationsstrategie in ders. (Fn. 5), 12 ff.

auch die Verbreitungsmedien zu dieser Differenzierungsform entscheidend beigetragen haben.

(12) Als Zwischenergebnis kann man festhalten: Die Verbreitungsmedien werden im funktionalen Licht des Grundproblems der Erfolgsmedien, der laufenden Transformation von unwahrscheinlicher in wahrscheinliche Kommunikation, analysiert. An die Stelle einer stabilen *langue* und an die Stelle eines kontinuiertsstiftenden Vorverständnisses tritt ein Denken der Unwahrscheinlichkeit der Kommunikation und des Sozialen, d.h. ein Denken, das den soziologischen Ausnahmefall, den Abbruch der Kommunikation, die soziale Desintegration, zum Ausgangspunkt der Theoriebildung macht. Daran ist sicher einleuchtend, dass die moderne Gesellschaft nicht mehr – wie noch Saussure und Gadamer unterstellt hatten – in einer „vertikalen Autorität“ Halt finden kann, sondern sich auf die Ungewissheit einer beschleunigten Innovation eingelassen hat und diese Ungewissheit immer wieder neu binden muss. Aber auch in der (post-)modernen Gesellschaft kann der Anschluss von Operation zu Operation nicht ohne kontinuiertsstiftende Verknüpfungsmuster, ohne einen bereits erprobten Bestand an Regeln funktionieren, wie Luhmann durch seine Akzentuierung des Ereignisses, der Operation, innerhalb der autopoietischen Systemproduktion zu unterstellen scheint. Diese läuft auf eine extreme Punktualisierung der Zeit hinaus, auf einen „Momentanismus“ im Stile Montaignes oder Schlegels,³⁴ der kommunikative Sequenzen und ihre Traditionen auf etwas Sofort-Vergängliches reduziert, so als müsste die Welt in jedem Augenblick neu geschaffen werden. Das ist womöglich auch der Grund dafür, dass nicht nur die Theorie der Erfolgsmedien, sondern auch die Theorie der Verbreitungsmedien unter die soziologische Bindungsproblematik subsumiert werden; und diese Entscheidung dürfte wiederum der Auslöser dafür sein, dass die im Kontext der Theorie der Verbreitungsmedien liegenden Fragen nach den kognitiven Eigenschaften von Medien wie Schrift, Buchdruck oder Computertechnologie³⁵ nur sporadisch behandelt werden, indem sie etwa im Rahmen der Explikation der Medium/Form-Unterscheidung als „besondere Vorkehrungen“ für die Erhaltung an sich flüchtiger Formen eingeführt werden.³⁶ Das gibt Anlass zu fragen, ob dieser Zuschnitt des Problems der Sprache und der Medien nicht zu eng ist. Sind Schrift, Buchdruck und Computertechnologie nicht mehr als bloße „Verbreitungsmedien“, mehr als Einrichtungen zur Bestimmung und

³⁴ Vgl. nur Luhmann, *Soziale Systeme* (Fn. 8), 389; *ders.* (Fn. 5), 1009; zum Begriff des „Momentanismus“ K.-H. Bohrer, Was heißt unabhängig denken, *Merkur* 61 (2007), 563 ff.

³⁵ S. Krämer, Das Medium als Spur und als Apparat, in: dies. (Hrsg.), *Medien – Computer – Realität*, 1998, 73 ff.; Chr. Stetter, *System und Performanz*, 2005, 90 („Sehen, unterscheiden, identifizieren kann man etwas immer nur, sofern es uns medial gegeben ist.“).

³⁶ Luhmann (Fn. 5), 200 (Formen „erhalten sich nur über besondere Vorkehrungen wie Gedächtnis, Schrift, Buchdruck“).

Erweiterung des Adressatenkreises einer Kommunikation? Muss ihre Eigenart nicht stärker unter dem Aspekt der Generierung von begrifflichen und theoretischen Wissenskonstruktionen beobachtet werden, wie es Luhmann nach der autopoietischen Wende selbst immer wieder angedeutet hat?³⁷ Und müsste ein solches Theoriearrangement nicht auch Konsequenzen für den Systembegriff der Systemtheorie selbst haben? Gibt es möglicherweise einen intrinsischen Zusammenhang zwischen der medialen Verfasstheit der Gegenwartsgesellschaft, der Computerkultur, und der Einsicht Luhmanns, dass die Systementwicklung heute nicht mehr als „Entscheidungsbaum oder als Kaskade“ dargestellt werden kann? Warum ist „die Rekursion“ heute die (einzige) Form, „in der das System Grenzziehungen und Strukturbildungen ermöglicht“?³⁸

V. Die Kommunikationsmedien des Rechtssystems

(13) In der Rechtstheorie kommt die Spannung zwischen Systemfunktionalismus und Kommunikationstheorie darin zum Ausdruck, dass die Folgen der Einführung von Schrift und Buchdruck für das Rechtssystem fast ausschließlich im evolutionstheoretischen Teil, im sechsten Kapitel des Rechts der Gesellschaft, behandelt werden.³⁹ Im systematischen Teil, vor allem im zweiten Kapitel, in dem die Theorie der autopoietischen Kommunikation auf die besonderen Bedingungen der Rechtskommunikation abgestimmt wird, kommen die Medien so gut wie überhaupt nicht vor. Mit einer interessanten Ausnahme: Mit Blick auf die Schrift spricht Luhmann von einer „strukturellen Bedingung“ bzw. „strukturellen Vorkehrung“ der operativen Geschlossenheit des Rechtssystems;⁴⁰ Schrift bewirke eine Härtung des Systemgedächtnisses und habe erhebliche Konsequenzen für die Form der laufenden Strukturbildung des Systems.⁴¹ Dies wird im evolutionstheoretischen Teil näher präzisiert. Luhmann folgt hier einer These von J. Bottéro, derzufolge das Konditionalprogramm, die Wenn/Dann-Form von Sätzen, eine Erfindung der Divinationspraktiken im alten Mesopotamien ist.⁴² Nach Luhmanns eigenem Verständnis ging es in Mesopotamien aber um Rechtsprobleme im Kontext von Divinationsproblemen.⁴³ Das impliziert vor allem eines: Das Rechtssystem verwendet mit der Schrift ein Medium, dessen Formbildungen nicht spezifisch rechtlicher Art sind, d.h. die

³⁷ Am ausführlichsten wohl in *N. Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, 597 ff.

³⁸ *Luhmann* (Fn. 5), 139.

³⁹ *Luhmann* (Fn. 17), 245 ff. (Schrift), 272 ff. (Buchdruck).

⁴⁰ *Luhmann*, ebd., 117.

⁴¹ *Luhmann*, ebd., 119 f., 212; vgl. auch 46.

⁴² *Luhmann*, ebd., 248; vgl. auch 196; *J. Bottéro*, Mesopotamien, 1992, 158 f., 161 f.

⁴³ *Luhmann* (Fn. 17), 248.

„strukturellen Bedingungen“ oder „Vorkehrungen“, von denen Luhmann im Kontext der Begründung der operativen Geschlossenheit des Rechtssystems spricht, sind offensichtlich gerade nicht funktionspezifischer, sondern allgemein gesellschaftlicher Natur. Das kann man etwa daran erkennen, dass die Wenn/Dann-Form von Sätzen in Mesopotamien außer in divinatorischen auch in medizinischen Kontexten Verwendung fand und erst sehr viel später, in Rom, zu einer spezifisch juristischen Technik (*regulae iuris*) wurde.⁴⁴ Auch heute werden überall in der Gesellschaft Sätze in Wenn/Dann-Form verwendet, etwa in wissenschaftlichen Texten. Die Gesellschaft ist also gerade über die grammatischen Formen der Sprache viel stärker im Recht präsent als Luhmanns Theorie der Autopoiesis der Rechtskommunikation dies suggeriert. Von einer ausschließlichen Produktion der Strukturen des Rechtssystems durch die Operationen desselben Systems, von operativer Geschlossenheit im strengen, Strukturbildung einschließenden Sinn,⁴⁵ kann mit Blick auf das Konditionalprogramm wohl kaum die Rede sein.

(14) Die eigentliche Schwierigkeit, die Luhmann in diesem Zusammenhang nicht zu bewältigen scheint, ist der Nachweis, dass eine Autopoiesis der Rechtskommunikation innerhalb der Autopoiesis der gesellschaftlichen Kommunikation möglich ist. Luhmanns Aussagen zu diesem Thema sind zumindest schwer auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Auf der einen Seite wiederholt Luhmann mehrfach, dass die Rechtssprache ein Teilbereich der gesellschaftlichen Sprache sei und wie alle Wissenschaftssprachen in der Umgangssprache eingebettet sein müsse.⁴⁶ Juristen verwendeten, was Phonologie, Syntax usw. betreffe, die normale Sprache „durchsetzt nur mit einigen Spezialausdrücken oder mit Worten, die im juristischen Diskurs einen von der Umgangssprache abweichenden Sinn annehmen.“⁴⁷ Dementsprechend insistiert Luhmann auch darauf, dass es zwischen Operationen und Strukturen keine Wesensverschiedenheiten oder Materialverschiedenheiten gebe und Rechtsnormen nicht „von anderer Substanz und Qualität sind als Kommunikationen.“⁴⁸ Ja, die Annahme einer stabilen Grenze zwischen Rechtskommunikation und sprachlicher Kommunikation wird sogar durchaus als problematisch angesehen: Das Rechtssystem setze, „sofern“ es Sprache benutze, um zu kommunizieren (!?), immer Anschlussmöglichkeiten außerhalb des Systems voraus; daher sei die

⁴⁴ H. Oppel, KanΩn, 1937, 98 ff.; ausführlich P. Stein, *Regulae Iuris*, 1966; zur Medizin in Mesopotamien vgl. nur A. Pichot, *Die Geburt der Wissenschaft*, 1991, 130.

⁴⁵ Luhmann (Fn. 17), 63 (Der Erkenntnisgewinn des autopoietischen Begriffs der Autonomie liege in der These, „daß Strukturen nur durch Operationen des Systems erzeugt und jeweils fallweise benutzt oder nicht benutzt, erinnert oder vergessen werden können.“); vgl. auch ebd., 50.

⁴⁶ Luhmann (Fn. 17), 102.

⁴⁷ Luhmann, ebd., 36.

⁴⁸ Ebd., 49.

Grenze des Rechtssystems für Kommunikation durchlässig, auch wenn das Rechtssystem als System nicht mit der Gesellschaft sprechen könne.⁴⁹ Auf der anderen Seite betont Luhmann aber mindestens genau so oft, dass die Sprachform der Rechtskommunikation der Effekt eines „systemeigenen Sprachgebrauchs“ sei.⁵⁰ „Rein von der Sprache her gesehen, käme man nie auf die Idee, den juristischen Diskurs für ‚autonom‘ oder für ein operativ geschlossenes System zu halten; und er findet ja auch in der Gesellschaft statt. Das Problem ist nur, dass man ihn oft nicht verstehen kann, wenn man nicht speziell dafür geschult ist. Und das schließt nicht nur Sinnverstehen ein, sondern auch und erst recht das Verstehen der Intention und der Folgen bestimmter Mitteilungen.“⁵¹

(15) Mit Blick auf das oben erwähnte Problem der Strukturbildung durch operative Geschlossenheit landet man vor diesem Hintergrund bei zwei miteinander nicht zu vereinbarenden Möglichkeiten. Entweder werden alle bestehenden Strukturen des Rechtssystem im Rechtssystem produziert, dann ist das Rechtssystem ein „(eigen-)strukturbestimmtes System“, das keine „externe Strukturdetermination“ kennt.⁵² Oder das Rechtssystem verwendet mit der Rechtsprache eine in der Umgangssprache eingebettete Sprache, dann können nicht alle sprachlichen Strukturen Effekte eines systemeigenen Sprachgebrauchs sein. Diese Widersprüche sind so offensichtlich, dass man sich fragt, warum sie einem so strengen Denker wie Luhmann nicht selbst aufgefallen sind. Die Antwort darauf ist einfach: Diese Widersprüche lösen sich auf, wenn man *Rechtssätzen* einen spezifisch normativen *Sinn* unterlegt und behauptet, dass normative Erwartungen nur im Rechtssystem als spezifisch normative Konditionalprogramme produziert und reproduziert werden können.⁵³ Dann liegt die Besonderheit des Rechtssatzes gegenüber anderen Sätzen (und Diskursen) in seiner „Normativität“. Das Problem dieser Auflösung aber ist, dass die Unterstellung einer ausschließlich das Recht kennzeichnenden Normativität auf einer soziologischen Umschreibung der neukantischen Tradition beruht und einen „ontologischen Rest“ mit sich führt, der der älteren Schicht des Systemfunktionalismus entstammt. Dass dieser „ontologische Rest“ mit der autopoietischen Wende der Systemtheorie kaum kompatibel ist, zeigt sich im Recht der Gesellschaft auch darin, dass die Funktion des Rechts (Kapitel 3) vor dem Kapitel über „Codierung und Programmierung“ behandelt wird. Damit wird die Neuerung der Kommunikationstheorie gewissermaßen revidiert. Diese besteht ja gerade darin, das Eigenständige der Autopoiesis der Rechtskommunika-

⁴⁹ Ebd., 56.

⁵⁰ Ebd., 353.

⁵¹ Ebd., 36.

⁵² Ebd., 50.

⁵³ Ebd., 144.

tion über letzte Unterscheidungen, über nur einmal in der Gesellschaft verwendete Codes, begründen zu wollen, nicht aber über das „Prinzip“ funktionaler Differenzierung und einen daran anschließenden Rechtsnormbegriff.

(16) Die Schwierigkeit, die Autopoiesis der Rechtskommunikation hinreichend scharf von gesellschaftlicher Kommunikation abgrenzen zu können, wiederholt sich im Ausschluss der technisch-physikalischen Seite aus dem Medienbegriff. Gerade weil Rechtskommunikation für Luhmann wie alle sprachliche Kommunikation primär als Sinnigeschehen (und nicht als empirisch-sinnliches Geschehen) behandelt wird, werden die materiellen Aspekte von Medien wie Schrift und Buchdruck aus der Operationsweise des Rechtssystems herausgenommen. Die Schrift, so Luhmanns These, gehöre in ihren physikalischen Merkmalen lediglich „zur Umwelt des Kommunikationssystems“.⁵⁴ Die Physik könne keine Komponente sozialer Kommunikation sein, das Rechtssystem könne Schrift immer nur im Sinne Piagets „assimilieren“, indem es „Schrift als Information benutzt“.⁵⁵ Aber was genau heißt hier als *Information* benutzt? Luhmann überspringt an dieser Stelle erneut seine eigene Einsicht, dass die Trennung von Information und Mitteilung, von Sach- und Sozialdimension, überhaupt erst durch Schrift realisiert werden konnte. Dann kann die Möglichkeit, Schrift als Information zu benutzen, aber nicht unabhängig von der Existenz der Schrift – als „reiner“ Sinn – gedacht werden. Hinter solchen und ähnlichen Thesen steht wiederum das problematische Erbe der husserlschen Phänomenologie, die Luhmanns Denken bis in die Medium/Form-Unterscheidung hinein präokkupiert: Weil technisch-physikalische Komponenten, etwa die spezifische Ikonizität von Schriftzeichen, als Information nicht mitgeteilt werden, wird angenommen, dass sich die materielle Gestalt des Zeichens vollständig indifferent gegenüber dem verhält, was es bedeutet. Als Einheit der Differenz von Bezeichnendem (*signifiant*) und Bezeichnetem (*signifié*) ist das Zeichen – wie bei Saussure – ohne Kontakt zur Außenwelt (Arbitraritätsprinzip).⁵⁶ Wie die neuere linguistische Forschung zeigt, kann von einer Arbitrarität des Zeichens jedoch nur im Hinblick auf den abstrakten, auf einem geringen Schemenrepertoire (Kreis, Halbkreis, Gerade) beruhenden Typus der Alphabetschrift gesprochen werden, nicht aber etwa im Hinblick

⁵⁴ Ebd., 246.

⁵⁵ Luhmann, ebd.

⁵⁶ Luhmann (Fn. 5), 209 mit Fn. 32. Merkwürdigerweise behandelt Luhmann den Zeichenbegriff und das Arbitraritätsprinzip unter der Rubrik mündliche Kommunikation (Sprache). Das ist insofern verwunderlich, als (gesungene) Worte ja keine Zeichen sind und das Arbitraritätsprinzip kein universelles Prinzip der Sprache ist, sondern sich dem abstraktesten medialen Artikulationsprinzips von Sprache, nämlich der Alphabetschrift, einer „Spätentwicklung“ der Schriftevolution, verdankt.

auf solche Fälle, in denen Schrift eine hohe ikonische Prägnanz aufweist, wie es z.B. für die chinesische Schrift (Han ze) charakteristisch ist.⁵⁷

(17) Luhmanns vollständige Ablösung der systembezogenen Begriffsbildung von sämtlichen Materialitäten der Kommunikation ist auch insofern wenig überzeugend, als Schrift gerade durch physikalische „Starrheit“ charakterisiert ist.⁵⁸ Diese Starrheit ist aber wiederum eine Folge der Schrifttechnologie und der verwendeten Materialien, dessen, was Luhmann gelegentlich die „Physik der Schrift“ nennt. Schrift setzt – vor allem als Buchdruck – einen formatierten Raum voraus und verflüchtigt sich als textliche Fixierung im Unterschied zur gesprochenen Sprache nicht schon im Moment ihres Gebrauchs; deshalb kann Luhmann auch von einer „Härtung“ des Systemgedächtnisses des Rechtssystems durch den Gebrauch von Schrift sprechen. Die Stabilität der Schrift, die Textur im Sinne Ch. Stetters,⁵⁹ kann dann aber nicht gleichzeitig auf das Leseverhalten (Verstehen) eines Benutzersystems reduziert werden. Vielmehr müssen die physikalische Starre der Schriftzeichen und die Technologie, von der sie abhängt, vorausgesetzt werden, um von einem Benutzersystem „assimiliert“ und „als“ Information behandelt werden zu können. Schrift erleichtert nicht den „Wiederzugriff auf Sinngehalte“,⁶⁰ sondern macht einen Wiederzugriff auf „Sinn-Gehalte“ überhaupt erst möglich: Unter Bedingungen primärer Oralität kann eine beliebige Aussage streng genommen niemals wiederholt werden, weil ihr „Ge-Halt“ gar nicht über den Moment der Artikulation eines Lautes hinaus gesichert werden kann. Das ist erst im Medium der Schrift möglich, deren „Spur“ Derrida nicht zu Unrecht als den absoluten und zugleich nicht-absoluten Ursprung des Sinnes bezeichnet hat.⁶¹ Der Gortyn-Code etwa, das „erste europäische Gesetz“, kann noch heute gelesen werden. Weder die Menge der einzelnen Buchstaben noch ihre jeweilige Identität sind strittig; strittig ist allein der Sinn mancher Aussagen des Textes und die ursprüngliche Funktion des Codes.⁶² Schrift ist also mehr als eine bloße „Umweltvoraussetzung“ des operierenden (Sinn-)Systems. Ohne die Starrheit der Buchstabenschrift und ohne die spezifische Technologie des Einritzens der Buchstaben in Stein könnte keine Interpretationsgemeinschaft das Geschriebene des Gortyn-Codes zweifelsfrei als Gortyn-Code erkennen. Deshalb macht die

⁵⁷ Stetter (Fn. 35), 57, 98, 119 (Fn. 74).

⁵⁸ Stetter, ebd., 58 („Auch wenn die Tinte, mit der Buchstabe geschrieben wurde, mit der Zeit vergilbt – solange er noch gelesen werden kann, handelt es sich, auch nach hunderten von Jahren, noch immer um denselben Buchstaben.“).

⁵⁹ Stetter (Fn. 2), 294 ff. Danach ist Text, was geschrieben und verstanden wird, Textur, was geschrieben *ist* und gelesen wird.

⁶⁰ Luhmann (Fn. 17), 246.

⁶¹ J. Derrida, *Grammatologie*, 1974, 113 f.; vgl. auch Luhmann (Fn. 5), 182 f.

⁶² Dazu K. Robb, *Literacy and Padeia in Ancient Greece*, 1994, 99 ff.; eine Darstellung des Inhalts findet sich z.B. bei J. Davies, *The Gortyn Laws*, in: M. Gagarin/D. Cohen (eds.), *Ancient Greek Law*, 2005, 305 ff.

Schrift einen Unterschied, der es nicht zulässt, sie in der Temporalisierung des Lesens aufzuheben und ihre Ungleichzeitigkeit zu einer „Illusion der Schriftkultur“ zu erklären.⁶³

VI. Re-Arrangement von Medien und Kommunikationstheorie

(18) Wenn es aber mit Luhmanns Kommunikationstheorie so ohne weiteres nicht geht, wie geht es dann? Man müsste über Möglichkeiten eines Re-Arrangierens der Theorie nachdenken, über andere Sequenzen der Kombination von Unterscheidungen. Der Startpunkt für ein solches Re-Arrangement hätte eine nähere Klärung der Frage sein, wie Medien, gemeinsames Wissen und theoretische Wissenskonstruktionen, also etwa Buchdruck, Lesen-Können und systematisches Wissen, über zufallsgetriebene Strukturbildungen hinaus intrinsisch zusammenhängen. Das bedeutet – in einem ersten Schritt – stärker als Luhmann zu akzentuieren, dass auch die Form der autopoietischen (heterarchischen) Systembildung, die rekursive Verknüpfung sprachlicher Kommunikationen jenseits des Entscheidungsbaums und der Kaskade, nicht einfach bei Null anfangen kann. Wie ihre hierarchischen Vorläufer setzt das System der Systemtheorie einen Bestand an gemeinsamem Wissen, der mitlaufen muss, voraus. Dazu gehören im Fall der sozialen Kommunikation etwa ein allgemeiner Bestand an grammatischen Regeln sowie ein gemeinsamer Verständnishorizont, der einen kollektiven Gebrauch von Worten überhaupt möglich macht. Das hat auch Luhmann nie bestritten. So wird etwa in der *Wissenschaft der Gesellschaft* eine soziale Epistemologie eingefordert, die anerkenne, dass gemeinsames Wissen zu den konstitutiven Merkmalen des Gesellschaftssystems gehöre.⁶⁴ Wohl gemerkt: Das gemeinsame Wissen zählt Luhmann an dieser Stelle zu den Implikationen des Kommunikationsvorgangs selbst, zu einem Merkmal, ohne das die Autopoiesis der sprachlichen Kommunikation nicht anlaufen könne. Aber Luhmann hat diese Abhängigkeit aller sprachlichen Kommunikation von einem gemeinsamen Wissen erstaunlich wenig elaboriert. Das mag nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass Luhmann seinen Kommunikationsbegriff zu sehr in Abgrenzung zu Habermas entwickelt und sich aufgrund der Fixierung auf die Vermeidung jedweder Rationalitätspräventionen einen produktiven Zugang zur Problematik des gemeinsamen Wissens möglicherweise verstellt hat.

(19) Im Zusammenhang mit unserer Fragestellung erweist sich insbesondere Luhmanns soziologische Engführung der Sprachtheorie als problematisch. Weil die soziale Bedeutung der

⁶³ So aber *Luhmann* (Fn. 5), 265.

⁶⁴ *Luhmann* (Fn. 37), 1990, 122, 704.

Sprache auf die Überwindung der Unwahrscheinlichkeit einer Kommunikation reduziert wird, kann die Rückbindung aller Kommunikation an das in die Sprache eingelassene gemeinsame Wissen mit der These über Bord geworfen werden, dass die Sprache kein System sei. Das mag – von Luhmanns System/Umwelt-Unterscheidung aus gesehen – durchaus richtig sein. Ebenso richtig ist jedoch, dass sprachliche Kommunikation und autopoietische Systembildung ohne vorausgesetztes gemeinsames Wissen nicht funktionieren würden. An diese Erfahrung, an die Einsicht in den Zusammenhang von Sprache und Kognition, für den sich schon Humboldt interessiert hatte, müsste die Medientheorie anschließen: Sprache, Schrift und Buchdruck stellen eine Verknüpfung zwischen gemeinsamen Wissen, der Bandbreite zur Verfügung stehender Wissenskonstruktionen und dem gesellschaftlichen Gebrauch je spezifischer Medien her. Jede Subsystembildung innerhalb der Gesellschaft setzt diese mediale und kognitive Infrastruktur voraus. Diese Überlegung könnte auch helfen, das äußerst diffuse Konzept der „strukturellen Kopplung“ schärfer zu konturieren: Die Medien, ihre Technologien und die an sie gebundene soziale Epistemologie sind das Material der „strukturellen Kopplung“.⁶⁵ Medienbrüche, wie etwa die Erfindung und Ingebrauchnahme des Computers, haben deshalb stets gesellschaftsweite Auswirkungen. Entgegen Luhmanns Vorstellungen dürfte dies auch für das Differenzierungsprinzip der Gesellschaft selbst gelten. Funktionale Differenzierung ist keine zeitlose Erscheinung nach dem Ende der traditionellen Gesellschaft, vielmehr scheint gerade die Computerkultur eine – folgt man J.M. Guéhenno – neuartige „Logik der Vernetzung“ jenseits der herkömmlichen Systemunterscheidungen und auch jenseits der tradierten innersystemischen Grenzen voranzutreiben.⁶⁶ Man denke nur an die Auflösung der stabilen Grenze im Verhältnis von Unternehmen und Markt durch Herausbildung von Netzwerken in der Wirtschaft, an virtuelle Unternehmen, Franchising, *Just-in-time*, *communities of creation*, *peer production* etc.,⁶⁷ an die zunehmenden Verknüpfungen von Kultur und Ökonomie (Hol-

⁶⁵ Ähnlich argumentiert A. Hahn, *Ist Kultur ein Medium?*, in: G. Burkhart/G. Runkel (Hrsg.), *Luhmann und die Kulturtheorie*, 2004, 40 ff. (im Kontext von Kultur); vgl. auch S. Vietta, *Ästhetik der Moderne*, 2001, 24, der gegen Luhmann – zu Recht – darauf insistiert, dass die Autonomie der Kunst nicht ein Effekt der Abgrenzung zum Rationalismus des neuzeitlichen Denkens ist, sondern genau umgekehrt sich die moderne autonome Ästhetik dadurch begründet, „indem sie eine Denkfigur von der Philosophie übernimmt und im Medium der Ästhetik neu bestimmt“.

⁶⁶ J.-M. Guéhenno, *Das Ende der Demokratie*, 1994, 89; vgl. auch K.-H. Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, 2006, 296.

⁶⁷ Zu virtuellen Unternehmen, Franchising, *Just-in-time* vgl. nur G. Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund*, 2004, 35 ff.; zu „communities of creation“ und „peer production“ vgl. nur K.-H. Ladeur/T. Vesting, *Geistiges Eigentum im Netzwerk*, 2007 i.E.

lywood, *information economy*) oder an das Ausfransen von Politik und Staat in Richtung „Mediengesellschaft“.⁶⁸

VII. Einige allgemeine Konsequenzen für die Rechtstheorie

(20) Die Abhängigkeit von einem Wissen, das in der Kommunikation stets mitlaufen und insofern vorausgesetzt werden muss, gilt auch für die Rechtskommunikation. Rechtskommunikation ist einerseits an Netzwerke gemeinsamen Wissens gebunden, andererseits ist sie immer schon mit einem bestimmten gesellschaftlichen Mediengebrauch konfrontiert, der die soziale Epistemologie „formatiert“. Ein „Anfang“ der Rechtskommunikation ist nicht ohne Bindung an diese Vor-Gegebenheiten möglich, und im Unterschied zu biologischen Systemen kann es im Rechtssystem keine vom gesellschaftlichen Mediengebrauch abgekoppelte operative Ebene geben, schon weil das Recht erst durch reflexive (auf Medien angewiesene) Beschreibungen auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung rekursiv operieren kann. Rechtskommunikation ist also schon immer sprach- und medienabhängige Rechtskommunikation. Erst nachdem Schrift allgemeingesellschaftlich zur Verfügung stand und erst nachdem die Form des Satzes erkannt worden war, konnte Recht in explizite Regeln gefasst werden. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass es juristische Regeln (*regulae iuris*) nicht schon in Mesopotamien gab (wie J. Bottéro glaubt), sondern erst im römischen Recht: Erst im Medium der griechischen Alphabetschrift – in Gestalt der Philosophie Platons – gelang es, den Satz als abstrakte grammatikalische Form zu reflektieren,⁶⁹ und an dieses grammatikalische Wissen haben die römischen Juristen angeknüpft.⁷⁰ Das Gleiche gilt für das kontinentaleuropäische Systemdenken, wie es in seiner Vollstufe im deutschen Rechtspositivismus von Savigny bis Laband entworfen und u.a. im BGB realisiert worden ist: Die Idee einer Einheit und Vollständigkeit des Rechts war (und ist bis heute) mit dem Buchdruck verbunden und wurde erstmalig in den naturphilosophischen Systemen von Galilei bis Newton realisiert.⁷¹

⁶⁸ Guéhenno (Fn. 66), 49 ff.; N. Luhmann, *Die Realität der Massenmedien*, 1996, 124 f., 144 f.; H.-J. Bucher, *Die Medienrealität des Politischen*, in: U. Frevert (Hrsg.), *Sprachen des Politischen*, 2004, 268 ff., 286 ff., 302.

⁶⁹ Platon, *Kratylos*, 425 a ff., 431 b ff.; vgl. dazu Eintrag Satz, in: J. Ritter/K. Gründer (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 8, 1992; Stetter (Fn. 2), 299 ff.; J. Villers, *Das Paradigma des Alphabets*, 2005, 45 ff.; allgemeiner S. Krämer, ‚Schriftbildlichkeit‘ oder: Über eine (fast) vergessene Dimension der Schrift, in: H. Bredekamp/S. Krämer (Hrsg.), *Bild, Schrift, Zahl*, 2003, 157 ff., 160 („grammatische Strukturen sind etwas, das erst im Schriftbild tatsächlich zutage treten kann“).

⁷⁰ Zum Einfluss der griechischen „Dialektik“ auf das römische Rechtsdenken vgl. J. Kirov, *Die soziale Logik des Rechts*, 2005, 81 ff.; A. Schiavone, *Ius*, 2005, 171 ff. (mit der Betonung auf „Abstraktion“); F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte (Erster Abschnitt)*, 1988, 596 ff.; F. Schulz, *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*, 1961, 73 ff.

⁷¹ Vgl. Th. Vesting, *Rechtstheorie*, 2007 i.E., Rn. 73 ff., 83 ff.

(21) Deshalb muss man Luhmann widersprechen, wenn er das autopoietische System als Invariante in die Rechtstheorie einführt.⁷² Das autopoietische Rechtssystem, das nur noch an den Strukturablagerungen seiner eigenen Operationen jenseits der Bindungen der Tradition Halt findet, ist überhaupt erst nach Aufstieg des Computers formulierbar geworden. Diese Öffnung des Systemdenkens für die Konsequenzen der Computerkultur macht nicht zuletzt die hohe Anschlussfähigkeit der Systemtheorie des Rechts für aktuelle Problemlagen und Entwicklungen aus. In Zukunft käme es aber darauf an, die Theoriestücke genauer zu identifizieren und aus der Theorie herauszulösen, die zu den neuen Erfahrungen nicht passen. Zwei dieser Theoriestücke scheinen mir die größten Probleme aufzuwerfen. Erstens bedarf Luhmanns Fixierung auf „die Gerichtsentscheidung“ als Zentrum oder „Fluchtpunkt für die Analyse des Rechtssystem“⁷³ einer Relativierung. Dies gilt vielleicht nicht so sehr im Hinblick auf den möglichen Bedeutungsverlust einer nationalstaatlich und international-rechtlich organisierten Gerichtspraxis gegenüber neuartigen Selbstregulierungen und Selbstkontrollen unabhängiger und horizontal grenzübergreifender Behördennetzwerke (z.B. im Telekommunikationsrecht), mehr oder weniger autonomen semi-öffentlichen, quasi-privaten und privaten Normsetzungsinstitutionen mit eigenen Konfliktschlichtungsinstanzen (z.B. ICANN und UDRP), dem Vertragsrecht der Anwaltskanzleien und ihrer eigenen Schiedsgerichtsbarkeit (z.B. *lex mercatoria*) oder dem Bedeutungszuwachs unternehmensinterner *codes of conduct* (z.B. CSR), also allesamt solchen Entwicklungen, die die Gerichtsentscheidung durch außergerichtliche Mechanismen der Selbst- und Fremdbindung des Rechts aus ihrer Zentralstellung verdrängen. Dieses Problem mag innerhalb der luhmannschen Architektur noch zu bewältigen sein. Ein kaum innerhalb der Theoriearchitektur zu lösendes Problem wirft aber Luhmanns zu starke Fixierung auf den *Moment* der *Gerichtsentscheidung* auf.

(22) Luhmann nimmt in diesem Zusammenhang zu wenig die notwendigen Vorstrukturierungsleistungen durch gesellschaftliche Selbstorganisation in den Blick, die für die Tragfähigkeit rechtlicher Regelbildung unerlässlich sind und ohne die auch keine Gerichtspraxis funktionieren könnte. So ist es beispielsweise in vielen Feldern des transnationalen Wirtschaftsrechts schwierig geworden, Rechtsbildung und Regelbildung, Rechtsnormen und Sozialnormen, Rechtsregime und Governance-Regime, voneinander unterscheiden zu können. Das kann allerdings nicht als Ausdruck der Krise einer theoretisch fehlgeleiteten Rechtsanalyse

⁷² Luhmann (Fn. 17), 45.

⁷³ Luhmann, ebd., 307, 323.

gelesen werden, die durch den Einsatz feinerer systemtheoretischer Instrumentarien bewältigt werden könnte,⁷⁴ sondern muss als Indiz für einen nicht hintergehbaren „Regelpluralismus“ innerhalb emergierender globaler Handlungszusammenhänge gelesen werden. Hier zeigt sich, dass Rechtsbildung nur auf der Grundlage sozialer Konventionsbildung möglich ist und diese stets einen gemeinsamen Bestand an praktisch erprobten Regeln voraussetzt; und jede darauf reagierende gerichtliche Entscheidungspraxis umgekehrt eine jeweils „angemessene“ Reaktion auf diese praktisch erprobten Regel- und Wissensbestände herstellen können muss.⁷⁵ Wenn Luhmann diese Form der Herstellung kontextspezifischer Angemessenheit als ein in der Moderne unpraktikables Prinzip verwirft, dann unterstellt er „für das alte Europa mehr Ordnung als es gab und für das neue Europa weniger Ordnung als es gibt.“⁷⁶ Das Recht ist immer schon – auch jenseits „struktureller Kopplungen“ – vor allem über generalklauselartige Rezeptionsformeln (erforderliche Sorgfalt, Fahrlässigkeit, Stand des technischen Wissens etc.) für gesellschaftliche Regel- und Wissensbestände offen gewesen. Und im Unterschied etwa zum jüdischen Recht, kann das (post-)moderne Recht diese Regel- und Wissensbestände auch nicht einfach übergehen und durch besseres Wissen in Frage stellen.⁷⁷ Damit soll nicht die Notwendigkeit der Konfliktschlichtung durch Entscheidung in Frage gestellt werden, aber in dieser Perspektive wird doch Luhmanns Vorstellung relativ, dass Strukturen im Rechtssystem in erster Linie durch Gerichtsentscheidungen bzw. richterliche Rechtsfortbildung aufgebaut würden.

(23) Der andere Punkt betrifft Luhmanns Subsumtion des Systembegriffs unter den Formbegriff Spencer-Browns (Form als Grenzziehung). Luhmanns Theorie der autopoietischen Autonomie der Rechtskommunikation hat das große Verdienst, eine (heterarchische) Alternative zum (hierarchischen) Systembegriff des 19. Jahrhunderts formuliert zu haben. Statt das System von einem Prinzip oder Anfang her zu bauen (wie der Rechtspositivismus), wird Luhmanns System durch die Fähigkeit einer stabilen Grenzziehung getragen. Damit ist es möglich geworden, das autopoietische System als Ausdruck einer neuartigen – mit dem Medium der Computertechnologie zusammenhängenden – Form der rekursiven (heterarchischen) Ordnungsbildung von Fall zu Fall zu konstruieren. Nachdem dies geschehen ist, müsste künftig aber gerade diskutiert werden, ob und inwiefern neuere Rechtsentwicklungen nicht eine Auflösung der stabilen Grenzen noch des heterarchischen Rechtssystems signalisieren. Dazu

⁷⁴ So aber *Calliess/Renner* in diesem Band.

⁷⁵ Vgl. *M. Amstutz*, Der Text des Gesetzes, ZSR 2007, 280 f.

⁷⁶ *Steinhauer* (Fn. 29), 71 (in diesem Band)

⁷⁷ Dazu *Shai Lavi* (in diesem Band).

reicht es möglicherweise nicht aus, sich auf das Konzept der „strukturellen Kopplung“ zurückzuziehen und etwa den Trend zur „Methode“ der „Abwägung“ als rechtliche Bewältigung der Politiken des Wohlfahrtsstaates zu beschreiben.⁷⁸ Kündigt sich hier nicht ein partielles Ausfransen des Rechtssystems an, das eine neuartige (grenzüberschreitende) „Logik der Vernetzung“ zur Geltung bringt? Müsste die Rechtstheorie sich nicht stärker auf die Erfahrung der Durchlässigkeit der Ränder ihres Gegenstandes einlassen und nach produktiven hybriden Verknüpfungen mit anderen Disziplinen, mit politischer Theorie, ökonomischer Theorie, Kunsttheorie, Sprachtheorie, Medientheorie oder Gesellschaftstheorie suchen, um die Autonomie des Rechts unter den neuartigen Bedingungen einer Computerkultur sichern zu können? Vielleicht kann das post-nationale Recht seine Grenzen nicht mehr so scharf konturieren, wie es sein Vorgänger, das rechtspositivistische Rechtssystem des Nationalstaats, noch vermocht hatte. Vielleicht signalisiert deshalb gerade Luhmanns Einordnung des Systembegriff in die *Formtheorie* Spencer-Browns, dass der Systembegriff seinen Zenit hinter sich hat und nichts weiter ist als eine an den Buchdruck gebundene europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer weltweiten Computerkultur weiter abschwächen wird.

⁷⁸ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, 2000, 399.