

Reflexives Recht

*Entwicklungsmodelle des Rechts
in vergleichender Perspektive*

VON GUNTHER TEUBNER, BREMEN/FLORENZ

Evolution des Rechts ist ein lange totgegläubtes Thema. Beiderseits des Atlantik hat es die Rechtstheorie erst in den letzten zehn Jahren wieder belebt. Inzwischen aber hat sich in zahlreichen Varianten von Entwicklungsmodellen des Rechts ein neuer Reichtum des Evolutionismus niedergeschlagen, der angesichts der allseits bekannten „poverty of historicism“ schon ein erstaunliches Phänomen darstellt¹. Die Vielfalt der Modelle fordert geradezu den transatlantischen Theorievergleich heraus, der sich die Frage nach den Richtungsanzeigen der Evolutionsmodelle stellt: Wohin treibt die Entwicklung des modernen Rechts?

Für die europäische Diskussion verdient ein amerikanischer Beitrag besonderes Interesse, weil er in evolutionärer Perspektive klassische rechtsphilosophische Themen mit neuerem soziologischen Theoriematerial konfrontiert – die Theorie des „responsive law“ von Philip Selznick und Philippe Nonet². Nonet/Selznick präsentieren ein Entwicklungsmodell des Rechts, in dem die innere Dynamik der Sozialinstitution Recht drei einander ablösende Stadien der Rechtsevolution hervortreibt: repressives, autonomes und responsives Recht. Jedes dieser drei – idealtypisch gemeinten – Entwicklungsstadien stellt sich als ein System von Merkmalskonstellationen dar, dessen interne Interaktionen auf eine je spezifische Krise des Rechtssystems hinsteuern, aus der sich dann das jeweils „fortgeschrittenere“ Stadium entwickelt oder zumindest entwickeln kann. „Repressives Recht“ als eine relativ unentwickelte Form von Recht ist im wesentlichen auf bloße Legitimation von politischer Herrschaft und Aufrechterhaltung von Ordnung ausgerichtet. Durch seine eigenen Instabilitäten bringt es eine stärker gegenüber der Politik ausdifferenzierte Form von „autonem Recht“ hervor, in der nun die Kontrolle von Macht und die Integrität des Rechts selbst die vorherrschenden Orientierungen bilden. Innere Widersprüche und Krisen dieses modernen Rechtstypus wiederum bilden die evolutionäre Chance für

¹ Vergleiche die Diskussion neuerer evolutionistischer Ansätze in der amerikanischen Rechtstheorie bei Lawrence Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (New York: Russell Sage, 1975), Kap. X, S. 283 ff. (dt. *Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften*, Berlin: Duncker, 1981). Neuere deutsche Beiträge zur Evolution des Rechts: Klaus Eder, „Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts“, *Soziale Welt* 29 (1978), S. 247 ff.; Ernst Tugendhat, *Begründungsstrukturen im modernen Recht*, ARSP-Beiheft N. F. Nr. 14 (Wiesbaden: Steiner 1980); Andreas Zielcke, „Zur Rationalität des modernen Rechts“, *Rechtstheorie* 11 (1980), S. 85 ff.; Helmut Willke, *Zur Steuerungsfunktion des Staates in hochkomplexen Gesellschaften* (Köln, Typoscript 1981), besonders Kap. II.

² Philippe Nonet und Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (New York: Harper, 1978).

ein „responsives Recht“, in dem Recht als flexible, lernfähige Institution erscheint, die sensibel reagiert auf soziale Bedürfnisse und menschliche Aspirationen.

Den europäischen Gegenpart eines solchen soziologischen Entwicklungsmodells des Rechts findet man in den Evolutionstheorien von *Jürgen Habermas* einerseits und *Niklas Luhmann* andererseits. Beide thematisieren Normen- und Rechtsentwicklung im breiteren Kontext von gesellschaftlicher Evolution. In *Luhmanns* Analyse steht die Anpassung von Rechtsstrukturen an Sozialstrukturen im Vordergrund, die Frage, wie das Recht auf drei einander ablösende gesellschaftliche Differenzierungsformen reagiert: Segmentierung, Stratifizierung und funktionale Differenzierung³. Demgegenüber konzentriert sich *Habermas* auf die Analyse von gesellschaftlichen Organisationsprinzipien, die aus dem Zusammenspiel historischer Konstellationen von „sozialer Arbeit“ und „kommunikativer Interaktion“ resultieren⁴. Recht erscheint in *Habermas'* Modell als die institutionelle Verkörperung einer historischen Folge von präkonventionellen, konventionellen und postkonventionellen Rationalitätsstrukturen⁵.

Warum ist in der Rechtstheorie heute Evolutionismus wieder en vogue? Welche Motive steuern das neuerliche Interesse an soziologischen Entwicklungsmodellen des Rechts? Vermutlich finden die im einzelnen sehr disparaten Entwicklungsmodelle ihre Einheit in einem gemeinsamen Problembezug. Sie alle suchen in evolutionärer Perspektive Antworten auf die eine Frage, nämlich wie das Recht auf die Krise seiner spezifischen modernen Rationalität – der „formalen“ Rationalität – reagiert, warum diese Krise entstanden ist, welche Auswirkungen sie hat und ob eine Krisenbewältigung – oder auch nur ein Krisenmanagement – in Sicht ist.

Vor mehr als einem halben Jahrhundert hatte *Max Weber*, dessen soziologisches Interesse vornehmlich dem Spannungsverhältnis von materieller und formaler Rationalität in den verschiedensten Lebensbereichen galt, das moderne europäische Recht und – in geringerem Ausmaße – das anglo-amerikanische Recht als „formal rational“ gekennzeichnet⁶. Formale Rationalität besteht danach in

³ Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* 1 (Reinbek: Rowohlt, 1972) besonders Kap. III, S. 132 ff.; „Evolution des Rechts“, *Rechtstheorie* 1 (1970), S. 3 ff.; „Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft“ in *Gesellschaftsstruktur und Semantik* 2 (Frankfurt: Suhrkamp, 1981), S. 45 ff.

⁴ Jürgen Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus* (Frankfurt: Suhrkamp, 1976); *Theorie des kommunikativen Handelns* 2 (Frankfurt: Suhrkamp, 1981), S. 257 ff.

⁵ Konventionell ist eine Moral, die durch Tradition gerechtfertigt ist, post-konventionell bezieht sich auf eine Rechtfertigung durch die Interessen aller Beteiligten, Jürgen Habermas, „Einleitung: Historischer Materialismus und die Entwicklung normativer Strukturen“ und „Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts“, in *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, S. 9 ff.; 260 ff.

⁶ Max Weber, *Rechtssoziologie*, (Neuwied: 2. Aufl. 1967), § 3, § 5, § 7, § 8. Amerikanische rechtssoziologische Interpretationen bei Lawrence Friedman, „On Legalistic Reasoning: A Footnote to Weber“, *Wisconsin Law Review* 1966, S. 148 ff.; David M. Trubek, „Max Weber on Law and the Rise of Capitalism“, *Wisconsin Law Review* 1972, S. 720 ff.

dem Maße, in dem professionell trainierte Juristen sich an universalistischen Normstrukturen orientieren, konkreter: in dem im Rechtsverfahren „ausschließlich eindeutige generelle Tatbestandsmerkmale materiell-rechtlich und prozessual beachtet werden“⁷. Im modernen Rechtsformalismus entspricht einer begrifflich „zunehmend logischen Sublimierung und deduktiven Strenge des Rechts“ zugleich ein verfahrensmäßiges Element, eine „zunehmend rationale Technik des Rechtsganges“⁸. *Weber* analysierte bestimmte rechtliche Entwicklungsprozesse, in denen mächtige gesellschaftliche Interessen das Recht so beeinflussten, daß es von einer primär materialen, also einer inhaltlich-ethischen Orientierung zu einer formalen, also einer begrifflich abstrakten und verfahrensmäßig rationalisierten Orientierung überging.

Zugleich aber wies *Max Weber* auch nachdrücklich auf bestimmte antiformale Tendenzen in der neueren Rechtsentwicklung hin⁹. Im Vertragsrecht etwa manifestierten sich solche Re-Materialisierungen in einer „zunehmende(n) Partikularisierung des Rechts“ und einer wachsenden legislativen und richterlichen Kontrolle der Vertragsinhalte. Für *Weber* bedeutete dies eine Gefährdung formaler Rationalität durch Normen anderer qualitativer Dignität: „ethische Imperative oder utilitaristische oder andere Zweckmäßigkeitsregeln oder politische Maximen, welche sowohl den Formalismus des äußeren Merkmals wie denjenigen der logischen Abstraktion durchbrechen“¹⁰. Nach *Max Weber* müsse die innere Qualität der hochentwickelten Rechtskultur Schaden nehmen, „wenn soziologische und ökonomische Rasonnements an die Stelle juristischer Begriffe treten“¹¹.

Gegenüber jenen übermächtigen Prozessen formaler Rationalisierung des Rechts jedoch erschienen für *Max Weber* diese materialen Tendenzen alles in allem nur marginal. Ganz anders nun werden in den heutigen Entwicklungstheorien diese Tendenzen eingeschätzt. „Materialisierung des Formalrechts“ erscheint jetzt als der dominante neuere Entwicklungstrend, zu dessen Erklärung man evolutionistische Ansätze heranzieht¹². In der Tat konvergieren die drei genann-

⁷ *Weber, aaO.*, S. 125.

⁸ *AaO.*, S. 331.

⁹ *AaO.*, S. 332 ff.

¹⁰ *AaO.*, S. 125.

¹¹ *AaO.*, S. 346.

¹² Besonders deutlich bei Eder, „Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts“. Zu Materialisierungstendenzen im amerikanischen Recht vgl. Roberto M. Unger, *Law in Modern Society* (New York: Free Press, 1976), S. 192 ff.; David M. Trubek, „Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development“, *Yale Law Journal* 83 (1972), S. 1 ff.; Gerald Turkel, „Rational Law and Boundary Maintenance“, *Law and Society Review* 15 (1980–81), S. 41 ff.; zur deutschen Entwicklung vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967), S. 514 ff. Neuere eingehende Analysen der Materialisierungsprozesse bei Rudolf Wiethölter, „Entwicklung des Rechtsbegriffs“ in Gessner/Winter (ed.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1982); Hans-Dieter Assmann, Gert Brüggemeier, Dieter Hart, Christian Joerges, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts* (Königstein: Athenäum, 1980).

ten neueren Entwicklungsmodelle darin, daß formale Rationalität des Rechts durch einen neuen Rationalitätstyp abgelöst wird.

Die Qualitäten dieser neuen Rechtsrationalität jedoch sind alles andere als konsentiert. *Nonet/Selznick* kennzeichnen „responsives Recht“, das in der inneren Krise des Rechtsformalismus seine Entwicklungschance findet, durch eine neue „sovereignty of purpose“, die sich auf sozialwissenschaftliches Wissen, auf partizipatorische Mechanismen und auf eine Repolitisierung des Rechts stützt¹³. Im Gegensatz dazu plädiert *Luhmann*, für den Krisentendenzen im formalen Recht durch mangelnde Anpassung an die funktionale Differenzierung der Gesellschaft bedingt sind, gerade umgekehrt für höhere Autonomie des Rechts, für schärfere Abstraktion der Rechtsbegriffe, für Selbstreflexion des Rechtssystems und für einen neuartigen funktionalistischen Stil der Rechtsdogmatik¹⁴. *Habermas* wiederum sieht die formale Rationalität des Rechts einer allgemeinen Legitimationskrise des organisierten Kapitalismus ausgesetzt, deren Überwindung die Institutionalisierung einer neuen „kommunikativen“ Rationalität in den normativen, also auch in den rechtlichen Strukturen der Gesamtgesellschaft bedeuten würde¹⁵.

Lassen sich angesichts dieses kontroversen Diskussionsstandes – so stellt sich die Frage – überhaupt plausible Aussagen über eine neue Rationalität des post-modernen Rechtes machen? Ein Weg, diese Frage zu beantworten, – und dieser wird meist beschritten – geht dahin, die konkurrierenden Rationalitätsbegriffe auf ihre jeweiligen Theorie-Hintergründe zurückzuführen und nach einer Diskussion von deren theoretischer „Richtigkeit“ sich für die eine oder die andere Richtung zu entscheiden. Man würde damit jedoch nur einen neuen Rundgang durch bekanntes Gelände mit Blick auf das beeindruckende Panorama soziologischer Großtheorien veranstalten, mit allerdings nur geringen Aussichten auf klare Richtungsanzeigen. Vielleicht sollte man deshalb seinen Weg in anderer Richtung suchen: die großen plakatierten Kontroversen meiden und nach sachlichen Übereinstimmungen und heimlichen Konvergenzen suchen, die letztlich zu weiterführenden Analysen einer neuen Rechtsrationalität hinleiten können. Das Ziel eines solchen Vorgehens ist es, dem Zwang zur Entscheidung zwischen Theorie lagern auszuweichen und anscheinend unversöhnliche Standpunkte als komplementäre Perspektiven zu verstehen¹⁶. Konkret wird es darum gehen, die konkurrierenden Entwicklungsmodelle des Rechts in ihre Elemente zu zerlegen und diese in einer neuen Sicht wiederzuverknüpfen. In dieser Sicht konfligieren die Modelle nur vordergründig, da sie letztlich nur unterschiedliche Aspekte des gleichen Phänomens herausstellen. Möglicherweise lassen sich die drei genannten

¹³ *Law and Society in Transition*, S. 78 ff., 95 ff.

¹⁴ *Luhmann, Rechtssoziologie 2*, S. 325 ff.; *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart: Kohlhammer, 1974), besonders S. 49 ff.

¹⁵ *Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (Frankfurt: Suhrkamp, 1973), bes. S. 120 ff.

¹⁶ Zur Fruchtbarkeit eines solchen Vorgehens vgl. Philip Selznick, „Jurisprudence and Social Policy: Aspirations and Perspectives“, *California Law Review* 68 (1980) S. 209 mit Hinweis auf Maurice R. Cohen's „Principle of Polarity“.

Evolutionsmodelle des Rechts im Wege wechselseitiger Anpassung, gewiß auch über notwendige Neuinterpretationen, in ein umfassenderes Modell übersetzen, das einer um die Rationalität des Rechts bemühten soziologischen Jurisprudenz weiterführende Orientierungsleitlinien vermitteln kann.

Komplementär erscheinen in unserem Fall die Modelle schon deshalb, weil *Nonet/Selznick* nur aus den „internen“ Variablen des Rechtssystems und ihrer Interaktion eine Entwicklungslogik ableiten, während sowohl *Habermas* als auch *Luhmann* ihre Entwicklungstheorien explizit auf den Einfluß von „externen“ gesellschaftlichen Variablen auf das Rechtssystem stützen. Deshalb mag sich die Chance eröffnen, ein umfassenderes Modell der *Ko-variation* „interner“ und „externer“ Variablen zu konstruieren, um damit die Entwicklungschancen eines neuartigen Rechtstypus abschätzen zu können. Welche Begrenzungen und welche Potentiale eröffnen sich für die Rationalität des Rechts, wenn man die autonome innere Entwicklungsdynamik der Rechtsstrukturen (*Nonet/Selznick*) unmittelbar konfrontiert mit Funktionsproblemen und Strukturanforderungen einer herausziehenden post-modernen Gesellschaft (*Habermas* und *Luhmann*)?

Eine solche Re-interpretation des „responsiven Rechts“ im Lichte von gesamtgesellschaftlicher Evolution soll drei Thesen plausibel machen, die im folgenden näher ausgearbeitet werden:

1. „Responsive law“ als Ergebnis autonomer Rechtsentwicklung ist nicht ein-dimensional zu verstehen als Entwicklung einer neuen Zweckrationalität im Recht, sondern enthält in Wahrheit zwei miteinander verwobene, jedoch analytisch trennbare Entwicklungsstränge: „Formale“ Rationalität wird einerseits transformiert in eine neue „materiale“ Orientierung und andererseits in eine neue „reflexive“ Orientierung des Rechts (Abschnitt I).
2. Jedoch stellen diese Tendenzen eher nur potentielle als aktuelle Entwicklungen dar, da die Theorie des „responsive law“ hauptsächlich die „innere Dynamik“ des Rechtssystems thematisiert. Dabei bleibt die Frage offen, mit welchen externen Sozialstrukturen responsives Recht überhaupt kompatibel ist. Eine Antwort ist dann möglich, wenn man die „innere Dynamik“ der Rechtsentwicklung auf „äußere gesellschaftliche Organisationsprinzipien“ bezieht und diese Beziehung ihrerseits auf ihre „gesellschaftsadäquate Komplexität“ untersucht (Abschnitt II).
3. Erst in der Perspektive einer *Ko-variation* von Rechtsstrukturen und Sozialstrukturen zeigt sich, daß die beiden verschiedenen Dimensionen von responsivem Recht durchaus unterschiedliche Verwirklichungschancen besitzen. Dies wird deutlich, wenn man „responsive law“ mit Strukturproblemen der post-modernen Gesellschaft konfrontiert, nämlich mit Re-integrationsproblemen extrem ausdifferenzierter Sozialsysteme (*Luhmann*) bzw. mit Legitimationsproblemen des Interventionsstaates im organisierten Kapitalismus (*Habermas*). Dann erreichen die Tendenzen einer „materialen“ Rechtsrationalität sehr schnell die Grenzen des Wachstums, während eine „reflexive“ Orientierung durchaus Chancen besitzt, als eine sozialadäquate Antwort des responsiven Rechts zu gelten (Abschnitt III).

I. „*Toward Responsive Law*“: Innere Dynamik der Rechtsentwicklung

Um die verschiedenen Dimensionen des „responsiven Rechts“ einschätzen zu können, scheint es notwendig, näher zu untersuchen, wie *Nonet/Selznick* ihre Hauptthese – die Transformation des Rechtsformalismus – mit ihrer Methode einer „social science strategy“ verbinden. Was unterscheidet diese Strategie von herkömmlichen rechtsphilosophischen oder rechtssoziologischen Analysen? Was folgt daraus für den Begriff der Rechtsevolution? Und was ergibt sich für die beiden genannten Dimensionen von „responsive law“ – für materiale und reflexive Orientierung des Rechts?

1. „Social Science Strategy“: Jenseits von jurisprudentiellem und soziologischem Reduktionismus

Nonet/Selznick nehmen eine Reihe von rechtsphilosophischen Themen auf, analysieren sie jedoch mit soziologischen Mitteln¹⁷. In ihrer – wie sie es nennen – sozialwissenschaftlichen Strategie suchen sie Recht eher mit empirischer als rein begriffsanalytischer Vorgehensweise zu erfassen. Sie beziehen in einer multidimensionalen Definition des Rechtsbegriffs neben Rechtsnormen und Rechtsbegriffen explizit soziale, politische und institutionelle Elemente ein. Sie behandeln diese Elemente nicht als fixe Größen, sondern als historisch variabel in Abhängigkeit vom gesellschaftlichen Kontext. Schließlich verstehen sie spezifische Merkmalskonstellationen des Rechts als „Systeme“ von wechselseitig abhängigen Elementen, die nur eine begrenzte Anzahl von evolutionären Konfigurationen annehmen können. Mit dieser Ausweitung des Rechtsbegriffs und der expliziten Bezugnahme auf soziologische Theoriebestände gehen sie über eine traditionelle jurisprudentielle Sichtweise hinaus. Nicht die Entfaltung von Rechtsbegriffen, Rechtsprinzipien und dogmatischen Systemen steuert die Rechtsentwicklung, sondern das dynamische Zusammenspiel von sozialen Faktoren, institutionellen constraints, Organisationsstrukturen und – natürlich auch – rechtsbegrifflichen Potentialen innerhalb des Rechtssystems.

Auf der anderen Seite entgeht ein so verstandener sozialwissenschaftlicher Ansatz den Fallstricken eines soziologischen Reduktionismus. Eine häufig kritisierte Schwäche von soziologischen Theorien des Rechts ist es, in der Rückführung des Rechts auf Sozialstrukturen das Phänomen „Recht“ selbst aus den Augen zu verlieren¹⁸. Dieser Kritik sind sowohl Basis/Überbau-Theoreme ausgesetzt, in denen Recht als bloße Widerspiegelung gesellschaftlicher Basis-Strukturen erscheint, ebenso wie „positivistische“ Ansätze, die Recht auf Machtrela-

¹⁷ *Law and Society in Transition*, S. 8 ff.; Philipp Selznick, *Law, Society and Industrial Justice* (New York: Russell Sage, 1969), Teil I: „Legal and Social Theory“, S. 3 ff.; „Law. The Sociology of Law“ in *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9 (1968), S. 50 ff.

¹⁸ Vgl. die Kritik an verschiedenen rechtssoziologischen Ansätzen durch Luhmann, *Rechtssoziologie* 1, S. 1 ff. und Helmut Schelsky, *Die Soziologen und das Recht* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980), S. 77 f.

tionen, Organisationsstrukturen, professionelle Rollen oder persönliche Attitüden reduzieren¹⁹. *Nonet/Selznick* vermeiden diese Art von Reduktionismus dadurch, daß sie Recht zwar soziologisch konzeptualisieren, es jedoch nicht in allgemeinen Sozialstrukturen aufgehen lassen, sondern als „autonome“ Sozialinstitution begreifen, deren Entwicklung nicht bloß Reflex allgemeiner gesellschaftlicher Entwicklungen ist, sondern Resultat dynamischer Prozesse im Innern des Rechtssystems selbst.

Autonomie der Rechtsevolution scheint das Markenzeichen von „Law and Society in Transition“ zu sein. Es handelt sich um eine Theorie von rechtsspezifischen „institutional constraints and responses“, die eine bestimmte Disposition zur Veränderung damit erklärt, daß in dem einen Entwicklungsstadium systematische Kräfte innerhalb des Rechtssystems freigesetzt werden, die ihrerseits in einem anderen Stadium charakteristische Ergebnisse produzieren²⁰. Im Stadium des „repressiven Rechts“ etwa ist Machtlegitimation die primäre Funktion des Rechts. Und es liegt in der Logik von Legitimationsprozessen, daß sie aus sich heraus Kräfte mobilisieren, welche gerade die spezifischen Strukturen des repressiven Rechts, die sie doch erst hervorgebracht haben, unterminieren²¹.

Auf diese Weise bietet *Nonet/Selznicks* „social science strategy“ eine interessante Alternative zu herkömmlichen jurisprudentiellen und soziologischen Interpretationen der Rechtsevolution. Ganz deutlich wird dies in der uns besonders interessierenden Deutung von Materialisierungsprozessen des Formalrechts. In der Rechtsphilosophie erklärte etwa *Radbruch* solche Einbrüche ethisch-inhaltlicher Elemente als Resultat der ewigen Spannungen zwischen Billigkeit und Rechtssicherheit²². Soziologische Interpretationen sehen entweder wie in der *Marx*'schen Denktradition Materialisierungstendenzen als Überbau-Reaktion auf das Auftauchen des organisierten Kapitalismus²³ oder wie *Max Weber* als Resultat des Zusammenwirkens von Marktinteressen, sozialen Klasseninteressen und internen Standesideologien der Juristen²⁴. In der Analyse von *Nonet/Selznick* hingegen sind es autonome Entwicklungsprozesse im Recht selbst, die dazu führen, daß das Formalrecht bestimmte begrifflich-dogmatische Strukturen, Argumentationsweisen, Methoden der Faktenermittlung, institutionelle Konfliktlösungsverfahren und Modelle der Interessenbeteiligung hervorbringt, die dann eine solche Eigendynamik entwickeln, daß die Formalität des Rechts zerstört und ein neuer Rechtstyp produziert wird, der sich durch Zweckdenken, sozialwissenschaftliche Orientierung und politische Partizipation auszeichnet²⁵.

¹⁹ Eingehend zu dieser Kritik Luhmann, *aaO*.

²⁰ *Law and Society in Transition*, S. 20.

²¹ S. 51 f.

²² Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (Göttingen, 1965); vgl. auch Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (Stuttgart: Kohlhammer, 7. Aufl. 1977), Kap. VI.

²³ Vgl. die klassische Interpretation der Generalklauseln durch Franz Neumann, „Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft“ (1937) in *Demokratischer und autoritärer Staat* (Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt, 1967), S. 7 ff.

²⁴ Max Weber, *Rechtssoziologie*, S. 332 ff.

²⁵ *Law and Society in Transition*, S. 78 ff., 95 ff., 104 ff.

Eine solche innere Entwicklungslogik, auf der *Nonet/Selznick* insistieren, findet starken Rückhalt bei ihren europäischen Gegenspielern. *Habermas'* Rekonstruktion des Historischen Materialismus bedeutet in der Sache eine Transformation ökonomistischer Basis/Überbau-Modelle in hochabstrakte Beziehungen zwischen „sozialer Arbeit“ und „kommunikativer Interaktion“, die unter anderem die wichtige Modifikation enthält, daß normative Gesellschaftsstrukturen (Moral und Recht) einer autonomen „Entwicklungslogik“ unterworfen sind. Die Evolution des gesellschaftlichen Moral- und Rechtsbewußtseins folge einem eigensinnigen Evolutionsmuster und könne nicht auf einen bloßen Reflex der „Entwicklungsdynamik“ der sozialen und ökonomischen Basisstrukturen reduziert werden. Diese Prozesse der Rationalisierung der „Lebenswelt“, zu denen die Rechts- und Moralentwicklung gehört, seien gegenüber der Komplexitätssteigerung des „Systems“ autonom²⁶.

Luhmann wiederum trägt der Autonomie der Rechtsevolution dadurch Rechnung, daß er sie als Interaktion zwischen verschiedenen Evolutionsmechanismen innerhalb des Rechtssystems definiert. Normative Strukturen fungieren als Mechanismus für Variation, Verfahrensinstitutionen für Selektion, begriffliche Abstraktionen für Stabilisierung. Und deren Zusammenspiel produziert bestimmte evolutionäre Konfigurationen: archaisches, hochkulturelles und positives Recht²⁷. Auch wenn die jeweiligen Entwicklungsmodelle deutliche Unterschiede aufweisen, die noch zu diskutieren sind, so sollte doch hinreichend deutlich geworden sein, daß sie in einem Punkt, dem der Autonomie der Rechtsevolution, konvergieren.

Was bedeutet es nun, Rechtsentwicklung in terms von evolutionärer Autonomie zu reformulieren? Ist dies nicht letztlich ein Rückschritt zu einem a-soziologischen Begriff der Autarkie des Rechts, der für lange Zeit eine soziologische Aufklärung der Rechtswissenschaft blockiert hat?

Autonomie des Rechts sollte nicht mit Autarkie gleichgesetzt werden, denn in allen drei Entwicklungstheorien wird das Rechtssystem explizit nicht als „geschlossenes“ System in dem Sinne begriffen, daß es selbstgenügsam und unabhängig von Entwicklungen im breiteren gesellschaftlichen Kontext wäre. Die eigentliche Alternative zu den Interpretationen andererseits, die wir als soziologischen Reduktionismus gekennzeichnet hatten, liegt nicht im Autarkiebegriff, sondern im Begriff der Selbstprogrammierung. Ja, man sollte noch einen Schritt über *Nonet/Selznicks* Konzept von rechtlicher Autonomie hinausgehen und es als „Selbstproduktion“ des Rechtssystems in seinen Elementen uminterpretieren. *Selbstreferenz* scheint der Schlüssel zum Problem zu sein, die Abhängigkeit bzw. Unabhängigkeit des Rechtssystems von der Gesellschaft zu erfassen: Recht wandelt sich nur in Reaktion auf seine eigenen Impulse²⁸. Die Rechtsordnung –

²⁶ Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, S. 144 ff.; *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 251 ff., 257 ff.

²⁷ Luhmann, „Evolution des Rechts“.

²⁸ Der Begriff der Selbstreferenz wird sowohl in der Biologie als auch in den Sozialwissenschaften benutzt, um ein System zu identifizieren, das die Elemente, aus denen es besteht, produziert und reproduziert. Zu einer soziologischen Verwendung vgl. Niklas

Normen, Dogmatiken, Institutionen, Organisation – reproduziert sich selbst in ihren Elementen, aber sie tut dies in Reaktion auf Umweltinteressen. Die Prozesse des „institutional constraint and response“ finden nur zwischen internen Strukturen im Rechtssystem statt, dieser selbstprogrammierte Wandel jedoch macht das Recht sensibel für externe gesellschaftliche Anforderungen. Externe Entwicklungen werden einerseits nicht ignoriert, noch werden sie andererseits nach dem „Stimulus-response-Schema“ direkt in interne Wirkungen umgesetzt, sondern sie werden nach Kriterien eigener Selektivität in die Rechtsstrukturen gefiltert und eingepaßt in die interne Logik normativer Entwicklung. Selbst die machtvollsten gesellschaftlichen Pressionen werden juristisch nur insoweit wahrgenommen und verarbeitet, wie sie auf den internen „Bildschirmen“ der rechtlichen Wirklichkeitskonstruktionen erscheinen. In diesem Sinne „modulieren“ größere gesellschaftliche Entwicklungen die Evolution des Rechts, die dabei jedoch ihrer eigensinnigen Entwicklungslogik folgt.

Selbstreferenz erlaubt also eine Sicht auf Entwicklungsprozesse des Rechtssystems, in denen dieses gleichzeitig als „offenes“ und als „geschlossenes“ System erscheint. Eigenständigkeit der Rechtsentwicklung und ihre Umweltabhängigkeit erscheinen nicht als Dichotomie oder als Endpunkte auf einer gleitenden Skala, auf der es mannigfaltige Abstufungen und Mischformen gibt. Vielmehr sind beide Aspekte miteinander vereinbar und gegeneinander variierbar: die Selbstbezüglichkeit rechtlicher Entwicklungen einerseits und ihre Stimulierung durch die gesellschaftliche Umwelt andererseits. Jedenfalls der erste Aspekt ist bei *Nonet/Selznick* vorzüglich herausgearbeitet; der zweite bleibt später noch zu überprüfen.

Und es ist genau der Begriff der Selbstreferenz, der es uns erlaubt, dem „distinctively legal“²⁹ Element auch in soziologischen Analysen des Rechts Rechnung zu tragen, ohne daß man damit eine sozialwissenschaftliche Perspektive zugunsten rechtswissenschaftlicher Autarkie aufgeben müßte. Selbstreferenz ermöglicht es uns, auch soziologisch die Unterschiede zwischen Rechtsdogmatiken und wissenschaftlichen Theorien, zwischen rechtlichen und sozialwissenschaftlichen Wirklichkeitskonstruktionen, zwischen „Rechtstatsachenforschung“ und empirischer Sozialforschung, zwischen spezifisch juridischer Rationalität und der anderer Sozialsysteme nachzuvollziehen und funktional zu erklären³⁰. Für unsere jetzige Analyse dürfte jedoch das Wichtigste sein, daß Selbstreferenz in der Rechtsentwicklung unmittelbar zu einem Konzept des post-modernen

Luhmann, „Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive“, in *Gesellschaftsstruktur und Semantik 2*, S. 9 ff.; in bezug auf das Rechtssystem „Subjektive Rechte“, S. 100 ff.; in bezug auf das politische System *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (München: Olzog, 1981), S. 33 ff. Zu ihrer Interdependenz vgl. „Machtkreislauf und Recht in Demokratien“, *Zeitschrift für Rechtssoziologie 2* (1981), S. 158 ff.

²⁹ Gegenüber soziologischen Reduktionen betont gerade Selznick dieses Element, vgl. Selznick, „Law. The Sociology of Law“, S. 50 f.

³⁰ Vgl. zu dieser These Gunther Teubner, „Generalklauseln als sozio-normative Modelle“, in Klaus Lüderssen u. a., *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften* (Baden-Baden: Nomos, 1978), S. 13 ff.; überarbeitete Fassung in Herbert Stachowiak, *Werte, Bedürfnisse und sozialer Wandel* (München: Fink, 1982), S. 87 ff.

Rechts führt, dessen neue Rationalität ausschließlich als Produkt einer inneren normativen Entwicklungslogik erscheint. Welches sind die Dimensionen dieser Rationalität?

2. Dimensionen des „responsive law“: Materiale versus reflexive Orientierung

Während die aktuelle Diskussion zur Materialisierung des Formalrechts eine Fülle von Teilaspekten zu Tage gefördert hat, entwickeln *Nonet/Selznick* aus ihrer Prämisse einer autonomen Rechtsentwicklung eine systematische und kohärente Gesamtkonzeption der Rechtsmaterialisierung und ihrer Auswirkungen auf die wesentlichen Elemente des Rechtssystems. „Sovereignty of purpose“ ist die neue materiale Orientierung, die das Recht in der Krise des Formalismus formt und die nicht mehr das „allgemeine Gesetz“ als vorherrschende Normstruktur begünstigt, sondern offene Standards und ergebnisorientierte Direktiven. Die neue Zweckorientierung beeinflusst dogmatische Grundbegriffe („obligation and civility“) ebenso wie rechtliche Wirklichkeitskonstruktionen („political paradigm“)³¹. Sie wirkt sich weiter auf die Rechtsmethodik aus: klassische Methoden der Rechtsfindung werden überlagert von Methoden einer „social policy analysis“. Verfahren und Beteiligungsmodi im klassischen Zwei-Parteien-Prozeß wandeln sich zu eher politischen Konfliktlösungsmustern („legal pluralism“)³². Darüber hinaus erfordert die Materialisierung des Rechts völlig neue institutionelle und organisatorische Strukturen. Verlangt ist „regulation, not adjudication“, die von nicht-hierarchischen „post-bureaucratic organizations“ implementiert wird. Schließlich müssen die geschlossenen Außengrenzen des „autonomen“ Rechts in Richtung auf Politik und Gesellschaft geöffnet werden: Materiale Rationalität erfordert eine „integration of legal and moral judgment and of legal and political participation“³³.

Es lassen sich jedoch im „responsiven Recht“ auch Elemente ausmachen, die in einer materialen Orientierung des Rechts eigentlich Fremdkörper darstellen. Obwohl *Nonet/Selznick* auch diese Elemente ausdrücklich unter „substantive justice“ subsumieren, im Gegensatz zu „procedural fairness“ im autonomen Recht und zu „raison-d'état“ im repressiven Recht³⁴, ist zu vermuten, daß sie der Logik einer ganz anderen Rationalität gehorchen.

Deutlich wird dies am Beispiel von „institutional design and institutional diagnosis“, das im Denken von *Nonet/Selznick* einen zentralen Platz einnimmt³⁵. Hier ist die Aufmerksamkeit des Rechts darauf gerichtet, soziale Institutionen zu schaffen, zu gestalten, zu korrigieren und zu redefinieren, die als selbstregulierende Systeme funktionieren. Rechtsnormen werden in diesem Zusammenhang nicht im Hinblick darauf entworfen, gesellschaftliche Prozesse konkret in Einheiten zu steuern, sondern abstrakter, um strukturelle Kongruenzen zwischen

³¹ *Law and Society in Transition* S. 78 ff., 84, 87 ff., 93.

³² S. 84 ff., 96, 106.

³³ S. 104 ff., 108, 110 ff.

³⁴ S. 16.

³⁵ S. 111 ff.

gesellschaftlichen Ordnungen und rechtlichen Normen herzustellen. Statt auf inhaltlicher Verhaltenssteuerung sind diese Normen auf Organisation, Verfahren und Kompetenzen ausgerichtet. Das Recht übernimmt hier nicht die Verantwortung für bestimmte soziale Ergebnisse, sondern zieht sich darauf zurück, selbstregulatorische Mechanismen zu regulieren, wie etwa Verhandlung, Dezentralisierung, Planung, organisierten Konflikt. Während eine materiale Rationalität eine umfassende Regulierung von Sozialprozessen erfordert, zielt „institutional design“ auf „enablement and facilitation“.

Gleiches läßt sich von anderen Elementen des „responsiven Rechts“ sagen. Die geforderte Politisierung des Rechts etwa, die sich in neuen Formen politischer Partizipation im Rechtssystem (social advocacy, class action, Repräsentation von Gruppeninteressen im Prozeß) äußert³⁶, hat die Wirkung, sowohl neue gesellschaftliche Konflikte zu internalisieren als auch neue gesellschaftliche Interessen ins Recht zu integrieren. Dies geschieht ohne direktes Engagement für konkrete soziale Ergebnisse, was für eine materiale Rationalität aber erforderlich wäre. Weiterhin ist es nicht auszuschließen, daß das Eindringen der Sozialwissenschaften ins Recht gar nicht so sehr mit Ergebnis- und Folgenorientierung, mit sozio-technischer Steuerung gesellschaftlicher Prozesse, zu tun hat, wie es gemeinhin insbesondere mit „social-policy“-Ansätzen assoziiert wird³⁷. Sozialwissenschaftliches Denken mag durchaus anderswo für das Recht relevant werden, nämlich für eine Umstellung abstrakter Modell-Konstruktionen, für einen Wandel in begrifflichen Grundstrukturen, für einen andersartigen Stil der Argumentation. Solche Wandlungen in den rechtlichen Fundamenten haben nur noch wenig zu tun mit der „wissenschaftlichen“ Produktion inhaltlicher Ergebnisse im Sinne materialer Rationalität.

Diese Überlegungen legen es nahe, eine klare analytische Unterscheidung in das Konzept des „responsive law“ einzuführen. In der Transformation des Rechtsformalismus lassen sich – wie schon angedeutet – zwei Trends diagnostizieren: Auf dem Wege zum responsiven Recht wird die „formale“ Rationalität des Rechts einerseits durch eine „materiale“ Orientierung ersetzt, andererseits durch eine „reflexive“ Orientierung. Dies bedarf einiger begrifflicher Klärungen.

Als hilfreich erwiesen sich hierzu Differenzierungen, wie sie *Habermas* eingeführt hat, um die Rationalität des modernen (formalen) Rechts näher zu analysieren³⁸. Diese Differenzierungen sollte man jedoch nicht nur in bezug auf formales Recht anwenden, sondern weitergehend auch für den materialen und den reflexiven Rechtstyp fruchtbar machen. Man kann damit die Unterschiede der genannten Rechtstypen in den folgenden Dimensionen erfassen: Sie unterscheiden sich spezifisch (1) in der internen Systematisierung des Rechtsstoffes (*interne Rationalität*), (2) im spezifischen Modus der Rechtfertigung von Geltungsansprüchen (*Normrationalität*) und (3) in ihrem Beitrag zur Bestandserhaltung der Gesellschaft (*Systemrationalität*).

³⁶ S. 95 ff.

³⁷ S. 84 ff.

³⁸ Habermas, „Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts“, S. 262 ff.; *Theorie des kommunikativen Handelns* 1, S. 349 ff.

Formale Rationalität des modernen Rechts ist dann durch drei historisch miteinander verbundene Elemente definiert: (1) In seiner „internen Rationalität“, die sich auf die Begriffsstrukturen des Rechts bezieht, ist Recht formal rational in dem Maße, in dem es an Kriterien analytischer Begrifflichkeit, deduktiver Strenge und Normanwendung im Sinne eindeutiger Tatbestandsorientierung ausgerichtet ist. Im formalen Recht wenden Rechtsexperten formal-operationales Denken auf ihr professionelles Wissen in universalistischer Weise an³⁹. (2) „Normrationalität“ hingegen bezieht sich auf die grundlegenden Prinzipien, welche die Art und Weise rechtfertigen, in der Rechtsnormen menschliches Handeln ordnen sollen. In dieser Dimension bedeutet „Formalität“ des Rechts etwas ganz anderes, nämlich, daß das Recht klar beschränkt sein soll auf die Ausgrenzung abstrakter Handlungssphären für die autonome Verfolgung privater Interessen. Recht garantiert nur eine „formale“ Rahmenordnung, während die „materialen“ Entscheidungen von privaten Akteuren gefällt werden. Formalrecht in diesem Sinne ermöglicht private Ordnungen, es beruht auf der Indifferenz des Gesetzgebers gegenüber der Frage, welche alternativen Beziehungen die privaten Akteure eingehen sollen⁴⁰. Die Ordnungsleistung des Formalrechts ist nur negativ im Sinne einer Begrenzung prinzipiell gewährter subjektiver Rechte; Formalrecht ordnet keine konkreten Pflichten und inhaltliche Verhaltensregeln an. „An die Stelle vorgegebener und beurteilter Symbiosen von Rechten und Pflichten tritt die soziale Ermächtigung zum Handeln“⁴¹. Seine komplementären Elemente sind – in *Habermas'* Terminologie – Konventionalität, Legalismus und Universalität⁴². (3) „Systemrationalität“ schließlich bezieht sich auf die Kapazität der Rechtsordnung, auf Kontrollprobleme der Gesellschaft zu antworten. Rational in diesem Sinne ist das Formalrecht, insoweit es die normativen Imperative einer entwickelten Marktgesellschaft erfüllt, insoweit es die „Erschließung, Mobilisierung und zweckmäßige Allokation von natürlichen Ressourcen und von Arbeitskraft fördert“ (*Habermas*). Die „Semantik der Dezentralisation“ als Kennzeichen des Formalrechts, das in Form von subjektiven Rechten Autonomiespielräume ausgrenzt, stellt die Systemrationalität dieses Rechtstyps in bezug auf eine ausdifferenzierte Wirtschaft her⁴³.

Unser Vorschlag geht nun dahin, diese drei Dimensionen von Rationalität auch für den „materialen“ und den „reflexiven“ Rechtstyp fruchtbar zu machen. *Materiale Rationalität* hängt historisch mit der zunehmenden „Verrechtlichung“ vormals informeller sozialer Prozesse zusammen. Sie wird gemeinhin assoziiert

³⁹ Dies ist der Kern von Max Webers Begriff von formaler Rationalität, vgl. Max Weber, *Rechtssoziologie*, S. 123 ff.

⁴⁰ Duncan Kennedy, „Form and Substance in Private Law Adjudication“, *Harvard Law Review* 89 (1976), S. 1685 ff., 1691.

⁴¹ Luhmann, „Subjektive Rechte“, S. 74.

⁴² Habermas, „Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts“, S. 264 f.

⁴³ Luhmann, „Subjektive Rechte“, S. 76 ff.; vgl. Habermas, *aaO.*, S. 262; entsprechende Analysen für die amerikanische Situation bei Lawrence Friedman, *A History of American Law* (New York: Simon and Schuster, 1973), S. 14 ff.; Trubek, „Max Weber on Law and the Rise of Capitalism“.

mit dem Wachstum des Sozialstaats und mit staatlicher Intervention in organisierte Marktstrukturen⁴⁴. In diesen Entwicklungen verliert das Recht seinen formalen Charakter in allen drei Dimensionen. (1) Die „interne Rationalität“ wandelt sich, insofern die vorherrschende Regelerorientierung von einer zunehmenden Zweckorientierung überlagert wird. Statt einer strikten Anwendung präzise definierter Rechtsnormen (Konditionalprogramme) verwalten jetzt Rechtsexperten eher offen definierte Standards und vage Generalklauseln (Zweckprogramme). Die daraus resultierenden Strukturprobleme für die Rechtsdogmatik sind bekannt⁴⁵. (2) In seiner „Normrationalität“ verschiebt sich der Fokus des Rechts von Autonomie auf Regulierung. Statt Freiheitssphären für autonomes privates Handeln zu garantieren, tendiert materiales Recht dazu, soziales Verhalten direkt und ergebnisorientiert zu steuern. Nun definiert die Rechtsordnung selbst konkrete Pflichten und inhaltliche Verhaltensregeln. Gleichzeitig verliert es seine universalistische Orientierung, welche das Rechtssubjekt von sämtlichen Statusbeziehungen abstrahierte, und tendiert zu einem neuen Partikularismus, einer neuerlichen Orientierung der Rechtsnormen an gesellschaftlichen Rollenzusammenhängen⁴⁶. (3) Materiales Recht gewinnt „Systemrationalität“ in dem Maße, in dem es dogmatische Figuren und Verfahrensmodi herausbildet, die für die politischen Interventionen des modernen Wohlfahrtsstaates adäquate Rechtsformen liefern. Materiales Recht ist instrumentalisierbar für die Zwecke des politischen Systems, das nun für gesellschaftliche Prozesse die Verantwortung übernimmt, und zwar sowohl in der Definition von Zielen, in der Auswahl normativer Mittel, im Anordnen konkreter Verhaltensprogramme als auch in der Implementierung der Normen. Erst durch seine „Materialisierung“ wird Recht zum wichtigsten Steuerungsmedium des Wohlfahrtsstaates.

Reflexive Rationalität stellt demgegenüber eine weitaus weniger wohldefinierte Orientierung des Rechts dar, was mit ihrem noch relativ unentwickelten Status zusammenhängt. Dieser Rationalitätstyp tauchte erst in neuerer Zeit auf, im Grunde erst in der sich abzeichnenden Krise des Wohlfahrtsstaates, als eine noch wenig geklärte Alternative zu den zur Zeit recht dominanten regressiven Tendenzen der Re-formalisierung des materialen Rechts. Mit staatsinterventionistischen Konzepten teilt reflexives Recht das Programm eines Rechtsaktivismus, das in soziale Prozesse kompensatorisch zu intervenieren sucht. Jedoch zieht es sich aus der vollen Verantwortung für konkrete soziale Ergebnisse zugunsten einer abstrakteren Steuerung zurück. (1) Die „interne Rationalität“ eines reflexiven

⁴⁴ Systematische Analysen dieses Zusammenhanges bei Assmann, Brüggemeier, Hart, Joerges, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, S. 32 ff., 71 ff., 187 ff., 249 ff.; Eder, „Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts“; Rüdiger Voigt (ed.), *Verrechtlichung* (Königstein: Athenäum 1980); Wolf von Heydebrand, „Der Einfluß des Staats-Wirtschafts-Komplexes auf die justiziellen Entscheidungsformen“, in: Gessner/Winter, *Rechtsformen der Verflechtung*.

⁴⁵ Als eindringliche Analyse, besonders in bezug auf Konsequenzialismus im Recht, vgl. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, S. 31 ff.; Thomas Wälde, *Juristische Folgenorientierung* (Königstein: Athenäum 1979).

⁴⁶ Manfred Rehbinder, „Status – Kontrakt – Rolle. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft“, in *Festschrift für Ernst E. Hirsch* (Berlin: Duncker, 1967), S. 141 ff.

Rechts liegt jenseits der Alternative von Konditionalprogrammen versus Zweckprogrammen. Sie baut weder auf ein System von präzise definierten Normen und Rechtsbegriffen, noch auf die Zweck-Mittel-Logik von materialen Rechtsprogrammen. Reflexives Recht tendiert eher zu abstrakteren prozeduralen Programmen, die sich auf die Meta-Ebene der Regulierung von Prozessen, von Organisationsstrukturen, auf die Verteilung und Neudefinition von Steuerungsrechten und von Entscheidungskompetenzen zurückziehen. Ein solcher neuer „Prozeduralismus“ kann auf ganz verschiedenen Rechtsgebieten beobachtet werden, als eine sich entwickelnde Alternative sowohl zu formaler als auch materialer Rechtsrationalität. *Wiethölter* etwa analysiert auf dem Gebiet des Sonderprivatrechts diese neuere Tendenz in drei Entwicklungsstufen: Formalisierung, Materialisierung, Prozeduralisierung, wobei er die letztere sozusagen als steckengebliebene Entwicklung auf dem Wege zu einer Materialisierung begreift⁴⁷. *Eike Schmidt* spricht im Vertragsrecht von einer neuen „Sozialautonomie“, welche die Defizienzen klassischer Privatautonomie gerade nicht durch Materialisierung, sondern durch Prozeduralisierung überwinden soll⁴⁸. Auf dem Gebiet des Verbraucherrechts analysiert *Joerges* ein „Entdeckungsverfahren Praxis“ jenseits der materialisierten „Verwaltung des Privatrechts“⁴⁹. Es zielt auf die Koordination von „Politiken“ unterschiedlicher gesellschaftlicher Akteure. Auch wenn hier eine anders nuancierte Interpretation dieses neuen Rechtstyps, im Zusammenhang mit einer Selbstreflexion des Rechtssystems, versucht werden soll, so kann doch als konsentiert unterstellt werden, daß die prozedurale Orientierung des Rechts indirektere, abstraktere Mittel sozialer Kontrolle bevorzugt: reflexive Mechanismen, die anstelle einer inhaltlichen Entscheidung selbst nur über die organisationalen und prozeduralen Entscheidungsprämissen entscheiden⁵⁰. (2) Die „Normrationalität“ des reflexiven Rechtstyps weist in der Tat deutliche Parallelen zu neo-liberalen Rechtskonzeptionen auf. Indem es soziale Autonomie mit Rechtsmitteln schafft, fördert und neu definiert, setzt es letztlich auf „invisible-hand“-Mechanismen. Im direkten Gegensatz zu diesen Konzepten beschränkt es sich aber nicht darauf, sich an „natürliche soziale Ordnungen“ anzupassen, bzw. deren Wiederherstellung mit der „sichtbaren Hand des Rechts“ zu betreiben. Reflexives Recht zielt auf „regulierte Autonomie“, es fördert aktiv selbst-regulierende „lernende“ Sozialsysteme und versucht zugleich, deren Defizienzen mit

⁴⁷ Am Beispiel des Mitbestimmungsurteils des BVerfG und der Aussperrungsurteile des BAG, *Wiethölter*, „Entwicklung des Rechtsbegriffs“, *passim*. In allgemeiner rechtssoziologischer Perspektive vgl. *Willke*, *Zur Steuerungsfunktion des Staates*, Kap. II. Zu einem neuen Prozeduralismus im amerikanischen Verfassungsrecht vgl. *John Hart Ely*, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge: Harvard University Press, 1980).

⁴⁸ *Eike Schmidt*, „Von der Privat- zur Sozialautonomie“ in *Juristenzeitung* 35 (1980), S. 153 ff., 155 f.

⁴⁹ *Christian Joerges*, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem* (Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1981), S. 111 ff.

⁵⁰ *Luhmann*, „Reflexive Mechanismen“; „Selbstthematization des Gesellschaftssystems“ in *Soziologische Aufklärung* 2, S. 92 ff., 72 ff.

kompensatorischen Korrekturen abzubauen, und dies alles mit abstrakten Steuerungsmitteln von Organisation und Verfahren. Es anerkennt nicht bloß vorgegebene subjektive Rechte, sondern steuert durch die Neudefinition und Neuverteilung von fungiblen property rights. (3) Die „Systemrationalität“ eines reflexiven Rechtstyps schließlich ist an einem Zentralproblem hochdifferenzierter Gesellschaften ausgerichtet, dem Problem der Integration autonomer Subsysteme. Es geht jedoch nicht in klassischer Perspektive um „normative“ Integration über die Projektion von gemeinsamen Normen und Werten für alle Teilsysteme der Gesellschaft, sondern um die Definition rechtlicher Strukturprämissen für eine dezentralisierte Integration der Gesellschaft. Die Rolle reflexiven Rechts besteht dann darin, integrative Mechanismen für Verfahren und Organisation innerhalb der betroffenen Teilsysteme selbst bereitzustellen, ihnen eine „Sozialverfassung“ zu geben, die ihre Eigengesetzlichkeiten respektiert, ihnen aber zugleich gesellschaftliche Restriktionen auferlegt.

Warum „reflexive“ Rationalität? Der theoretische Kontext, auf den sich die Terminologie bezieht, wird im Teil III noch systematisch behandelt. Um die Begriffswahl vorläufig zu rechtfertigen, mag der Hinweis genügen, daß der Ausdruck „reflexiv“ in unserem Zusammenhang drei Phänomene zusammenfassend kennzeichnet. Er bezeichnet erstens Selbstidentifikationsprozesse im Rechtssystem als solchem; er verweist zweitens auf die unterstützende Rolle des Rechts in Selbstidentifikationsprozessen anderer Sozialsysteme; er bezeichnet schließlich drittens die selbstbezüglichen normativen Mechanismen, deren sich die Rechtsordnung dabei bedient.

Als Illustration der vorgestellten abstrakten Begriffsbildungen soll wiederum das schon erwähnte Vertragsrecht dienen. In der rechtlichen Transformation der Sozialbeziehung „Vertrag“ betont jeder der genannten Rationalitätstypen des Rechts einen je spezifischen Aspekt. Formale Bedingungen der Willensübereinstimmung abstrakter Rechtssubjekte, die generellen Wirksamkeitsvoraussetzungen des Vertragsabschlusses, stehen bekanntlich im Zentrum des klassischen Formalrechts. Während Materialisierungsprozesse zu einer verstärkten richterlichen und gesetzgeberischen Inhaltskontrolle von Verträgen führen, würde ein reflexiver Rechtstyp seine Aufmerksamkeit nicht nur auf die prozeduralen und organisationalen Bedingungen der Machtneutralisierung im Verhandlungsprozeß richten, sondern insbesondere auf vertragliche Mechanismen „öffentlicher Verantwortung“, die das kooperative System sensibel gegenüber seinen sozialen Effekten machen würden. Daß hier die rechtsförmige Ausgestaltung des Tarifvertragssystems als recht fortgeschrittene Form des Vertragsrechts besonders einschlägig ist, braucht nicht erst erwähnt zu werden.

„Externe Dezentralisierung“ mag als ein weiteres Beispiel für reflexive Entwicklungschancen des Rechts stehen⁵¹. In der aktuellen Diskussion über „Verrechtlichung“ und die „Grenzen des Sozialstaats“ ist immer wieder herausgear-

⁵¹ Dazu Franz Lehner, *Grenzen des Regierens* (Königstein: Athenäum 1979), S. 178 ff.; Jürgen Gotthold, „Privatisierung oder Entbürokratisierung kommunaler Sozialpolitik“ in Rüdiger Voigt, *Entrechtlichung* (Königstein: Athenäum 1982).

beitet worden, welche dysfunktionale Konsequenzen es hat, wenn sozialstaatliche Steuerung Lebensbereiche „verrechtlicht“, deren strukturelle Eigenarten sich den Steuerungsmedien Geld und Recht widersetzen. Die Materialisierung des Rechts findet an solchen Lebensbereichen, die vormals nur informell oder allenfalls über Formalrecht strukturiert waren, ihre natürlichen Grenzen. Die bekannten neo-konservativen Lösungsformeln heißen: De-Regulierung, Re-Formalisierung, Privatisierung. Als Alternative wurde das Konzept der „externen Dezentralisierung“ entwickelt, wonach öffentliche Aufgaben zwar auf halbstaatliche oder private Institutionen übertragen werden, aber dennoch in dem Sinne öffentlich bleiben, daß sie politisch verantwortet werden müssen. Delegationen auf „korporatistische“ Gremien, halbstaatliche Verbände, auf die Tarifpartner oder auf kommunale gesellschaftliche Organisationen sind Beispiele für solche „externe Dezentralisierung“. Die politische Gesamtverantwortung wird auf eine rechtliche Rahmenregelung, auf eine „Sozialverfassung“, auf Binnenkonstitutionalisierung, also auf Partizipationsrechte und Entscheidungsverfahren, zurückgenommen mit der jederzeitigen Möglichkeit zu Korrektur und Revision der institutionellen Arrangements, wenn sich die Ergebnisse solcher gesellschaftlichen Lernprozesse als politisch unzutraglich erweisen sollten.

Typen und Dimensionen der Rationalität des modernen Rechts

Dimensionen	Typen		
	FORMAL	MATERIAL	REFLEXIV
INTERNE RATIONALITÄT	Regel-Orientierung: Konditionalprogramme, präzise Definition von Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen; dogmatische Systembildung	Zweckorientierung: Zweckprogramme, vage Standards und Generalklauseln; offene (topische) Argumentation	Verfahrensorientierung: Reflexive Normierung, Organisations-, Verfahrens-, Kompetenznormen; Logik selbstregulierender Systeme
NORM-RATIONALITÄT	proskriptiv: grenzt Autonomiesphären für private Akteure aus	präskriptiv: reguliert direkt und ergebnisorientiert soziale Prozesse	fazilitativ: reguliert indirekt und abstrakt soziale Selbstregulierung
SYSTEM-RATIONALITÄT	rechtliche Strukturvoraussetzungen für Mobilisierung und Allokation von Ressourcen in einer entwickelten Marktgesellschaft	Rechtsinstrumente für politische Interventionen des Wohlfahrtsstaates: Korrektur von Marktdefiziten und kompensatorische soziale Maßnahmen	integrative Funktion: rechtliche Verfahrens- und Organisationsprämissen für Reflexionsprozesse innerhalb sozialer Subsysteme

Um es klarzustellen: Im Konzept des „responsive law“ diskutieren *Nonet/Selznick* durchaus Elemente sowohl von materialer als auch von reflexiver Rationalität des Rechts, ohne jedoch diese systematisch zu unterscheiden. Was macht die Unterscheidung aber so relevant? Reflexive Rechtsrationalität benötigt ganz andere institutionelle Ordnungen, ganz andere Wirklichkeitsmodelle und ganz

andere normative Strukturen als eine materiale Orientierung. Wichtiger ist noch ein zweiter Gesichtspunkt. Erst die systematische Unterscheidung beider Rechtstypen erlaubt es, die Verwirklichungschancen des „responsive law“ im gesellschaftlichen Kontext abzuschätzen, nämlich dann, wenn man die Strukturmerkmale beider Rechtstypen systematisch auf die Funktionsprobleme ihrer gesellschaftlichen Umwelt bezieht.

An dieser Stelle stoßen wir nun auf eine empfindliche Schwäche in der Konzeption von *Nonet/Selznick*. Gerade ihr Begriff von Autonomie der Rechtsentwicklung erweist sich nun als problematisch. Könnte es sein, daß für den analytischen Gewinn dieses Begriffes, der das Verständnis der inneren Entwicklungsdynamik außerordentlich fördert, ein zu hoher Preis gezahlt werden muß? Der Preis, den *Nonet/Selznick* für den Begriff der autonomen Rechtsentwicklung entrichten müssen, scheint darin zu bestehen, daß sie die Interdependenzen von rechtlichen und gesellschaftlichen Entwicklungsprozessen aus den Augen verlieren. Es scheint, als ob ihr Verständnis von Selbstreferenz des Rechts nur die Selbstbezüglichkeit von rechtlichen Entwicklungsprozessen umfaßt, dabei aber die systematischen Einflüsse der gesellschaftlichen Umwelt, die innerrechtliche selbstreferentielle Prozesse stimulieren, vernachlässigt. Deshalb können sie ohne weiteres im Begriff des „responsive law“ materiale und reflexive Tendenzen zusammenfassen, da sich für beide aus der inneren Sicht des Rechtssystems keine Unterschiede in ihrer Realisierungsmöglichkeit zeigen. Will man hingegen die gesellschaftlichen Wirkungschancen genauer analysieren, so muß man „interne“ und „externe“ Variablen in einem Modell der Ko-variation von Rechtsstrukturen und Sozialstrukturen aufeinander beziehen. Und in einer solchen Perspektive soll im folgenden unsere These begründet werden, daß nämlich soziale Entwicklungen außerhalb des Rechtssystems das Potential „materialer“ Rechtsrationalität drastisch beschränken, während die gleichen Entwicklungen die Wirkungschancen des „reflexiven“ Rechtstyps eher systematisch fördern. Oder um es in *Nonet/Selznicks* eigener Terminologie auszudrücken: Sollte man eher im „reflexiven“ als im „materialen“ Rechtstyp die notwendige „conceptual readiness“ finden, mit der das responsive Recht auf die „opportunity structures“ der gesellschaftlichen Entwicklung reagieren kann? ⁵²

II. „Law and Society in Transition“: Recht ohne Gesellschaft?

1. Ein Modell inneren Wachstums

Das Interesse gilt jetzt der Beziehung zwischen Gesellschaft und Recht in den Evolutionsmodellen des Rechts. Bei *Nonet/Selznick* erscheint diese Beziehung nur marginal. Ganz im Vordergrund steht die innere Dynamik. Sie setzt systematische Kräfte frei, die neuartige Konfigurationen im Rechtssystem produzieren. Äußere gesellschaftliche Entwicklungen erscheinen bloß als historisch kontingente Ereignisse, die Entwicklungen innerhalb der Sozialinstitution Recht blockie-

⁵² „Law, Sociology of Law“, S. 50, 55, 57; *Law, Society, and Industrial Justice*, S. 243.

ren oder fördern mögen, nicht aber die Merkmalskonstellationen des Rechtssystems systematisch beeinflussen⁵³. Zwar betonen die Autoren durchweg, daß die Variationen in den vielen Dimensionen des Rechts auch vom gesellschaftlichen Kontext abhängen, jedoch versäumen sie es, ihr Entwicklungsmodell des Rechts mit einem ähnlich sorgfältig ausgearbeiteten Entwicklungsmodell breiterer gesellschaftlicher Strukturen zu kombinieren.

Man wird ihnen auch einräumen müssen, daß die gesellschaftlichen Bezüge der Rechtsentwicklung in ihrer konkreten Ausarbeitung der drei Rechtstypen weit- aus vielfältiger und reicher sind als ihr formales „developmental model“ vermuten läßt. Insbesondere sind die Beziehungen zwischen der rechtlichen und der politischen Ordnung als ein spannungsreicher und prekärer Entwicklungsprozeß dargestellt, so daß man ihre Schrift als eine Spielart einer politischen Rechtstheorie lesen kann. Dennoch müssen sie sich die Kritik gefallen lassen, daß in der Theorie des responsive law die Gesamtgesellschaft allenfalls über Politik repräsentiert ist, was eine drastische Verengung bedeutet. Und zweitens, daß der Begriff einer Entwicklungslogik ausschließlich für das Rechtssystem entfaltet wird, nicht aber für Politik oder sonstige gesellschaftliche Teilsysteme und schon gar nicht für die Gesellschaft als Ganzes.

Nonet/Selznicks Ansatz läßt sich am besten als ein Modell inneren Wachstums kennzeichnen, in dem die Rolle gesellschaftlicher Strukturen darauf beschränkt ist, für vor-programmierte Wachstumsprozesse im Recht mehr oder weniger günstige Umweltbedingungen bereitzustellen. Wachstum oder Niedergang aber sind im Rechtssystem selbst angelegt. Insofern bietet uns „responsive law“ das Bild eines Rechts ohne Gesellschaft. Äußere gesellschaftliche Kräfte dienen allenfalls dazu, ein bereitstehendes Potential zu aktualisieren, die Stabilität eines rechtlichen Entwicklungsniveaus zu sichern bzw. die Wahrscheinlichkeit von Fortschritt oder Regression zu beeinflussen.

Dieses Wachstumsmodell des Rechts mit nur minimalen Bezügen auf gesellschaftliche Evolution läßt einige Fragen offen. Welche Mechanismen besorgen eigentlich die gesellschaftliche Aktualisierung des Entwicklungspotentials im Recht und welche analytischen Werkzeuge sollte man auf sie anwenden? Muß man sie sich als Druck gesellschaftlicher Interessen vorstellen, deren Wirkung auf das Recht mit den Mitteln einer Kausalanalyse erhellt werden kann? Oder ist eine Zweck-Mittel-Analyse eher angemessen, mit der sich erfassen läßt, wie individuelle und kollektive Akteure Rechtsinstitutionen für eigene Zwecke instrumentalisieren? Eine dritte Möglichkeit wäre eine funktionalistische Analyse, die Beziehungen zwischen externen gesellschaftlichen Funktionen und internen Rechtsstrukturen aufdeckt. All diese Fragen bleiben bei *Nonet/Selznick* offen.

Eine grundsätzlichere Kritik noch ist anzubringen gegenüber der bloßen Statistenrolle, die gesellschaftliche Kräfte in *Nonet/Selznicks* Inszenierung spielen dürfen. Gehen bei dieser Regie nicht wichtige Botschaften der „Klassiker“ der Rechtssoziologie verloren? *Durkheims* „restitutives“ Recht, das die organische Solidarität moderner Gesellschaften repräsentiert, ist verständlich nur vor der

⁵³ *Law and Society in Transition*, S. 15, 21, 23, 116.

Staffage einer bestimmten Sozialstruktur, nämlich vor gesellschaftlicher Teilung der Arbeit, die an die Stelle einer segmentierten Organisation der Gesellschaft mit nur mechanischer Solidarität getreten ist⁵⁴. Ebenso lassen sich bei *Max Weber* Rationalisierungsprozesse im Recht nur im Zusammenspiel mit ähnlichen Erscheinungen in Wirtschaft, Politik und Wissenschaft darstellen⁵⁵. Kann man solche Einsichten über systematische gesellschaftlich-rechtliche Interaktionen – so kritikbedürftig sie im einzelnen auch sein mögen – reduzieren auf die Denkfigur von Potential und Aktualisierung? Noch radikaler gefragt: Macht es angesichts durchgängiger sozialer Interdependenzen überhaupt einen Sinn, Entwicklungsmodelle für ein spezifisches Sozialsystem, in unserem Falle Recht, zu konstruieren, ohne gleichzeitig eine Theorie gesamtgesellschaftlicher Entwicklung wenigstens in den Grundzügen vorzulegen?

Ein dritter Komplex von Fragen stellt sich in bezug auf den von *Nonet/Selznick* vorgestellten Krisenbegriff. In jeder der drei Entwicklungsphasen soll eine spezifische Krise des Rechts entstehen, die Entwicklungschancen für einen neuen Rechtstyp auftauchen läßt. Doch bleibt die Frage nach der Natur dieser Krise. Stellen sich in diesen Krisen Probleme der „Systemintegration“ in dem Sinne, daß die jeweiligen Rechtsstrukturen einen geringeren Möglichkeitsspielraum eröffnen, als für die Kontrollprobleme der Gesellschaft erforderlich wäre⁵⁶? *Nonet/Selznicks* Ausführungen zu größeren „Problemlösungskapazitäten“ des Rechts, zur „Ökonomie der Macht“ und zur „prekären Balance“ im responsiven Recht würden durchaus in einen solchen funktionalistischen Analyserahmen passen⁵⁷. Andererseits thematisieren sie jedoch die Probleme des repressiven wie des autonomen Rechts als spezifische Legitimationskrisen, was auf Fragen der „Sozialintegration“ verweisen würde, auf defiziente soziale Identität und auf normative Desintegration. Möglicherweise würden *Nonet/Selznick* sich dagegen verwehren, vor eine solche klar geschnittene Alternative gestellt zu werden, da ihr Krisenkonzept Elemente beider enthält. Da wir jedoch Sozialintegration und Systemintegration nicht gleichsetzen können, müssen wir dann nicht jedenfalls innerhalb eines umfassenderen Krisenkonzepts deren interne Beziehungen klären? Denn eine Rationalitätskrise des Rechts, die ihre sozialtechnischen Kapazitäten betrifft, hat andere Ursachen, Auswirkungen und Lösungsmöglichkeiten als eine Legitimationskrise. Wie etwa muß man die Krise des autonomen Rechts, die Krise formaler Rationalität in *Max Webers* Sinne, verstehen? Als Kontrolldefizit

⁵⁴ Emile Durkheim, *Über die Teilung der sozialen Arbeit* (Frankfurt: Suhrkamp, 1977), Kap. 2 und 3. Vgl. für eine moderne Reformulierung von Durkheims Theorie der Rechtsentwicklung Jonathan H. Turner, „A Cybernetic Model of Legal Development“, *Western Sociological Review* 5 (1974), S. 3 ff.

⁵⁵ Vgl. als neuere Analyse der Rationalitätstypen in Max Webers Werk, Stephan Kalberg, „Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History“, *American Journal of Sociology* 85 (1980), S. 1145 ff.; grundlegend Wolfgang Schluchter, *Rationalismus der Weltbeherrschung* (Frankfurt: Suhrkamp 1980); Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* 1, S. 225 ff.

⁵⁶ Vgl. Habermas' „Sozialwissenschaftliches Konzept einer Krise“ in *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, S. 9 ff.

⁵⁷ *Law and Society in Transition*, S. 24, 33 f., 115 ff.

der abstrakten, allgemeinen und formalen Rechtsnormen⁵⁸? Oder als Legitimationsproblem des Rechtsformalismus, der sich Fragen substantieller Gerechtigkeit nicht stellt⁵⁹? Eine Klärung dieser Fragen hätte beträchtliche Auswirkungen auf das Konzept eines responsiven Rechts. Die Herausforderungen, auf die responsive Recht antwortet, könnten präziser analysiert werden, entweder als interne Legitimationsprobleme oder als externe Rationalitätsprobleme des Rechts. Mehr noch, die Antworten des responsiven Rechts würden entsprechend unterschiedlich ausfallen: Verstärkung des Steuerungspotentials einerseits, Ermöglichung von sozialer Identifikationsprozessen andererseits.

Alle drei Fragenkomplexe gehen über eine bloße Klärung der Modellprämissen von *Nonet/Selznick* hinaus. Sie tendieren dahin, die Reichweite des Entwicklungsmodells in einer bestimmten Richtung zu vergrößern: von internem Wachstum des Rechts zu gesellschaftlich-rechtlicher Ko-variation. Eine solche Erweiterung mag die Chance eröffnen, *Nonet/Selznicks* Analysen der inneren Rechtsdynamik zu nutzen, aber gleichzeitig die klassischen Intentionen einer umfassenden Gesellschaftsanalyse des Rechts beizubehalten.

2. Alternative Modelle: Ko-variation von Rechtsstrukturen und Sozialstrukturen

Für diese Zwecke mag es fruchtbar sein, zwei zentrale Begriffe heranzuziehen, die die Ko-variation von Recht und Gesellschaft betreffen: den Begriff des „Organisationsprinzips der Gesellschaft“ (*Habermas*) und den der „sozialadäquaten Komplexität des Rechts“ (*Luhmann*). In beiden Begriffen ist Rechtsentwicklung als autonome angelegt, zugleich aber ist ein je spezifischer Zusammenhang von Recht und Gesellschaft systematisch ausgearbeitet.

Habermas argumentiert, daß nachdarwinianische Theorien der Gesellschaftsevolution, die sich auf das Zusammenspiel der drei bekannten Evolutionsmechanismen stützen (Variation, Selektion, Stabilisierung), nicht in der Lage sind, die Identität von Entwicklungsstufen und deren Lernpotential zu analysieren. Beides könne erst von einem Begriff gesellschaftlicher Bewußtseinsstrukturen erfaßt werden⁶⁰. In der Konsequenz kontrastiert *Habermas* die „Entwicklungsdynamik“, die aus dem Zusammenspiel der Evolutionsmechanismen in der Gesellschaft entsteht, mit einer autonomen „Entwicklungslogik“ normativer Strukturen (Moral- und Rechtsbewußtsein), die ein rational nachkonstruierbares Muster evolutionärer Sequenzen hervorbringen soll. *Habermas* benutzt Modelle der moralischen Ich-Entwicklung in der Tradition von *Piaget* und *Kohlberg* und übersetzt sie aus individuellem in gesellschaftlichen Kontext⁶¹. Aus dem Zusammenspiel der „Entwicklungslogik“ normativer Strukturen und der „Entwick-

⁵⁸ Als amerikanisches Beispiel für diese Interpretation Unger, *Law in Modern Society*, S. 192 ff.

⁵⁹ So die Interpretation von *Habermas*, „Legitimationsprobleme im modernen Staat“, in *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, S. 271 ff.

⁶⁰ *Habermas*, „Geschichte und Evolution“, S. 226 ff.

⁶¹ *Habermas*, „Moralentwicklung und Ich-Identität“, in *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, S. 63 ff.

lungsdynamik“ gesellschaftlicher Basisstrukturen resultieren dann bestimmte „Organisationsprinzipien“ der Gesellschaft, die ihrerseits eine logische Folge strukturierter Ganzheiten bilden. Der Entwicklungsprozeß dieser Organisationsprinzipien ist gekennzeichnet durch Irreversibilität, strukturierte Hierarchie und evolutionäre Gerichtetheit⁶².

In *Habermas'* Evolutionstheorie definiert das jeweilige Organisationsprinzip – und damit das Recht als Teil seiner institutionellen Verkörperung⁶³ – das Lernniveau einer gegebenen Gesellschaft⁶⁴. Es bestimmt die Variationsbreite für Sozialintegration (soziale Identität, Wertkonsens) ebenso wie für Systemintegration (Kontrollkapazität der Gesellschaft). Organisationsprinzipien sind nach *Habermas* das Produkt eines doppelten Lernprozesses, der angemessen nur durch die Kombination zweier analytischer Modelle erfaßt werden kann. Ein funktionalistisches System/Umwelt-Modell erweist sich als fruchtbar bei der Analyse der gesellschaftlichen Kontrollkapazität eines Organisationsprinzips. Im Falle einer Systemkrise jedoch, wenn Entwicklungen in der Sozialsphäre Probleme schaffen, die die Kontrollkapazität eines gegebenen Organisationsprinzips übersteigen, setzen neue Lernprozesse innerhalb der kulturell-normativen Sphäre ein, zu deren Erklärung dann aber ein anderes Modell herangezogen werden muß, das Modell der „rationalen Rekonstruktion“. Mit diesem Modell soll es möglich sein, normativen Mustern in ihrer eigentümlichen Entwicklungslogik nachzuspüren, die letztlich kulturelle Innovationen und die Herausbildung neuartiger Organisationsprinzipien ermöglicht. *Habermas* selbst kennzeichnet die systematisch nachkonstruierbaren Muster der Entwicklung normativer Strukturen folgendermaßen⁶⁵: „Diese Strukturmuster beschreiben eine den kulturellen Überlieferungen und dem Institutionenwandel innewohnende *Entwicklungslogik*. Diese sagt nichts über die Entwicklungsmechanismen; sie sagt nur etwas über den Variationsspielraum, innerhalb dessen kulturelle Werte, Moralvorstellungen, Normen usw. auf einem gegebenen Organisationsniveau der Gesellschaft verändert werden und verschiedene historische Ausprägungen finden können. In seiner *Entwicklungsdynamik* bleibt dieser Wandel normativer Strukturen abhängig von den evolutionären Herausforderungen ungelöster, ökonomisch bedingter Systemprobleme und von Lernprozessen, die darauf antworten.“

Das Zusammenspiel von Entwicklungslogik und Entwicklungsdynamik wird bei *Habermas* in folgenden Erklärungsschritten analysiert⁶⁶:

1. *Ausgangszustand*: Das historisch gegebene Organisationsprinzip besitzt die notwendigen Kapazitäten, um Probleme der Systemintegration und der Sozialin-

⁶² Habermas, „Einleitung: Historischer Materialismus und die Entwicklung normativer Strukturen“, S. 26 ff.; *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 229 ff.

⁶³ „Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts“, S. 266.

⁶⁴ Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, S. 92 ff., 129 ff., 200 ff., 260 ff.; *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, S. 270 ff.

⁶⁵ Habermas, „Einleitung: Historischer Materialismus und die Entwicklung normativer Strukturen“, S. 12.

⁶⁶ Habermas, „Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus“, S. 177 ff.; „Geschichte und Evolution“, S. 242 ff.; vgl. auch *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 229 ff.

tegration zu lösen. Beispiel: Politische Klassenstrukturen der mittelalterlichen Feudalgesellschaft waren den Kontrollproblemen feudaler Agrarproduktion und städtischen Handwerks durchaus gewachsen.

2. *Evolutionäre Herausforderungen*: Die Sozialstruktur produziert neuartige Systemprobleme, die mit der durch das hergebrachte Organisationsprinzip begrenzten Steuerungskapazität nicht bewältigt werden können. Beispiel: Wirtschaftliche Probleme (Fernhandel und Geldwirtschaft) überfordern die Anpassungs- und Lernfähigkeit der mittelalterlichen politischen Gesellschaft im Rahmen ihres Organisationsprinzips.

3. *Experimentierphase*: Kognitive Potentiale, die innerhalb der kulturellen Sphäre autonom nach ihrer eigenen Entwicklungslogik hervorgebracht worden sind, werden nun in einer experimentellen Weise für die soziale Organisation ausprobiert. Beispiel: Die Institutionalisierung universalistischer Strukturen innerhalb engumrissener Systemgrenzen für strategisches Handeln (Markt, rationale Organisation).

4. *Stabilisierung*: Im Erfolgsfall wird das neue Organisationsprinzip gesellschaftsweit institutionalisiert, besonders in grundlegende Rechtsstrukturen inkorporiert. Beispiel: Schaffung der Komplementärbeziehung zwischen kapitalistischer Wirtschaft, Privatrechtssystem, Steuerstaat und moderner Verwaltung.

Was diesen hier skizzierten Begriff des Organisationsprinzips für unsere Zwecke so fruchtbar macht, ist sein Bezug auf das Verhältnis von Rechtsstrukturen und Sozialstrukturen. Grundlegende Rechtsstrukturen erscheinen darin als die institutionelle Verkörperung gesellschaftlicher Organisationsprinzipien und können damit aus dem Zusammenspiel von kulturell-normativen und basisgesellschaftlichen Strukturen erklärt werden. Die Autonomie der Rechtsentwicklung bei *Nonet/Selznick* taucht hier als eigensinnige Entwicklungslogik normativer Strukturen wieder auf und läßt sich in *Habermas'* Modell „rational nachkonstruieren“, was der Selbstreferenz im Rechtssystem gerecht wird. Zugleich aber wird sie um ein System/Umwelt-Modell ergänzt, das den Einfluß der gesellschaftlichen Entwicklungsdynamik auf normative Strukturen einer funktionalistischen Analyse (Systemprobleme Problemlösungskapazität) zugänglich macht. Die Kombination beider Modelle führt *Habermas* zu der für die Ko-Variation von rechtlichen und gesellschaftlichen Strukturen grundlegenden These, „daß in der sozialen Evolution höhere Integrationsniveaus nicht etabliert werden können, bevor sich nicht Rechtsinstitutionen herausgebildet haben, in denen ein moralisches Bewußtsein der konventionellen bzw. der postkonventionellen Stufe verkörpert ist“⁶⁷. Damit wird das Problem, das bei *Nonet/Selznick* nur unbefriedigend angegangen wurde, wie es nämlich möglich ist, Rechtsentwicklung als autonome Entwicklung und zugleich in ihren gesellschaftlichen Bezügen darzu-

⁶⁷ Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 261. Vgl. zum folgenden „Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts“, S. 262 ff.

stellen, von *Habermas* derart gelöst, daß er zwei unterschiedliche analytische Modelle einführt und anschließend miteinander kombiniert. *Habermas'* Vorgehen ermöglicht es, den Begriff der Rechtsrationalität – wie oben schon angedeutet – in dreifacher Weise aufzufächern und damit in seinen innerrechtlichen wie in seinen gesellschaftlichen Bezügen darzustellen: Rationale Rekonstruktion erlaubt eine Analyse der jeweiligen „Normrationalität“ des Rechts, welche die Möglichkeit der Rechtfertigung von Normen und Werten innerhalb einer gegebenen Rechts- und Moralordnung definiert. System/Umwelt-Analysen ergänzen diese innere Sicht um die „Systemrationalität“, die die Problemlösungskapazitäten der Rechtsordnung gegenüber gesellschaftlichen Kontrollproblemen definiert. Aus den Anforderungen beider Aspekte – Normrationalität und Systemrationalität – an die inneren Strukturen des Rechtssystems bestimmt sich dann die „interne Rationalität“ des Rechts, also seine spezifischen Grundbegrifflichkeiten und dogmatischen Systematisierungen.

Die Prozesse der „institutionellen Verkörperung“ allerdings, die Frage, wie denn gesellschaftliche Organisationsprinzipien in Rechtsstrukturen „übersetzt“ werden, bleibt bei *Habermas* ziemlich im Dunkeln. Hier mag der selektive Zugriff auf konkurrierende Theorien weiterhelfen. Um die Umsetzung von Gesellschaftsorganisation in konkretere Rechtsstrukturen analysieren zu können, kann man sich einiges von *Luhmanns* Konzept der „adäquaten Komplexität des Rechtssystems“ erhoffen.

Luhmann weist zentrale Annahmen des klassischen Evolutionismus zurück, wie Unilinearität, Notwendigkeit, Fortschritt, und entwickelt eine minimalistische Version einer Evolutionstheorie, die auf drei Grundannahmen, nämlich über Dynamik, Mechanismen und Gerichtetheit zurückgeführt werden kann⁶⁸. In letzter Instanz gewinnen danach evolutionäre Prozesse ihre Dynamik aus der fundamentalen Komplexitätsdifferenz zwischen System und Umwelt⁶⁹. Die Überproduktion an Möglichkeiten in der Umwelt resultiert in Anpassungsprozessen sozialer Systeme, wenn und soweit sie selbst stabile Evolutionsmechanismen für Variation, Selektion und Stabilisierung entwickeln⁷⁰. Im Falle des Rechtssystems übernehmen normative Strukturen die Variation, institutionelle Strukturen (besonders Verfahren) die Selektion und dogmatisch-begriffliche Strukturen die Stabilisierung⁷¹. Gesellschaftlich-rechtliche Evolution ist dann gekennzeichnet durch die Interaktion zwischen diesen „endogenen“ Evolutionsmechanismen einerseits und „exogener“ Evolution der gesellschaftlichen Umwelt andererseits⁷². Und zwar wird die endogene Evolution des Rechts von exogenen

⁶⁸ Zur Evolutionstheorie vgl. Luhmann, „Evolution und Geschichte“ und „Systemtheorie, Evolutionstheorie und Kommunikationstheorie“, in *Soziologische Aufklärung 2* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1975), S. 150 ff. und 193 ff.; *Gesellschaftsstruktur und Semantik 1* (Frankfurt: Suhrkamp, 1980); „Differentiation of Society“, *Canadian Journal of Sociology 2* (1977), S. 29 ff. Speziell zur Rechtsevolution vgl. Luhmann, *Rechtssoziologie 1*, S. 132 ff.; „Evolution des Rechts“; „Subjektive Rechte“.

⁶⁹ *Rechtssoziologie 1*, S. 136.

⁷⁰ „Evolution und Geschichte“, S. 150 ff.

⁷¹ *Rechtssoziologie 1*, S. 140.

⁷² *Rechtssoziologie 1*, S. 132 ff.; „Evolution des Rechts“, S. 7 ff.

Entwicklungen in der Weise systematisch beeinflußt, daß bestimmte Organisationsprinzipien der Gesamtgesellschaft das relative Gewicht der endogenen Evolutionsmechanismen (Normen, Verfahren, Dogmatiken) unterschiedlich verstärken bzw. abschwächen und damit die innere Dynamik im Rechtssystem extern beeinflussen. Das Recht wird an verschiedene Entwicklungsstadien gesellschaftlicher Differenzierung angepaßt und zwar in der Weise, daß das dominante Organisationsprinzip der Gesellschaft (Segmentierung, Stratifizierung, funktionale Differenzierung) typische Konfigurationen im Rechtssystem schafft, für die sich jeweils spezifische Entwicklungengpässe (mit dem entsprechenden „Krisen“-Potential) ausmachen lassen⁷³.

In segmentierten Gesellschaften, die sich durch Alternativenarmut auszeichnen, bestehen die evolutionären Probleme des „archaischen Rechts“ darin, ausreichende Varietät an normativen Strukturen zu produzieren. Dieses Varietätsproblem wird erst in stratifizierten Gesellschaften mit einer differenzierten hierarchischen Ordnung gelöst. Sie sind in der Lage, einen größeren Normenreichtum zu schaffen, jedoch ist das „Recht der hochkultivierten vorneuzeitlichen Gesellschaften“ Problemen der Selektion ausgesetzt. Funktional differenzierte Gesellschaften schließlich sind durch eine massive Überproduktion von Normen gekennzeichnet; das „positive Recht“ hat zwar seinerseits das Selektionsproblem mit der Institutionalisierung von hochentwickelten Rechtsverfahren bewältigt, es verfügt jedoch in den herkömmlichen dogmatisch-begrifflichen Strukturen nur über unzureichende Stabilisierungsmechanismen. Die Krise des positiven Rechts liegt für *Luhmann* genau in jener Insuffizienz der dogmatischen Begrifflichkeit, die noch primär auf Rechtsanwendung zugeschnitten ist, begründet⁷⁴. Ihr rigider Normativismus hindert das Entstehen eines „lernenden Rechts“. Was nach *Luhmann* fehlt, ist eine „eigentlich rechtspolitische Begrifflichkeit, die es gestattet würde, verschiedene Problemlösungen in ihren Konsequenzen zu vergleichen, kritische Erfahrungen zu machen, Erfahrungen aus verschiedenen Rechtsbereichen zu vergleichen, kurz: zu lernen“⁷⁵.

Was kann die Theorie des „responsive law“ von diesen beiden skizzierten Konzepten – Organisationsprinzip und adäquate Komplexität – gewinnen? In einer Art Gedankenexperiment wollen wir *Nonet/Selznicks* Konzept der inneren Entwicklungsdynamik des Rechts mit beiden konfrontieren, um zu sehen, wie sich jedes der drei Stadien der Rechtsentwicklung spezifisch verändert, wenn man die externe gesellschaftliche Dimension hinzunimmt. Angesichts unseres besonderen Interesses an moderner Rechtsrationalität sollen dabei die Modifikationen von repressivem und autonomem Recht nur kurz skizziert werden, während die Implikationen für responsives Recht genauer auszuarbeiten sind.

⁷³ „Evolution des Rechts“, S. 16 ff.

⁷⁴ Vgl. zusätzlich *Luhmann*, „Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft“, *Rechtstheorie* 4, (1973), S. 130 ff., 142 ff.; *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, S. 49 ff.

⁷⁵ „Evolution des Rechts“, S. 19.

3. Neuinterpretation von repressivem und autonomem Recht

Bei *Nonet/Selznick* beginnt die Rechtsentwicklung mit „repressivem Recht“ – einem Rechtstyp, dessen Primärfunktion sich auf die Legitimation von politischer Herrschaftsordnung beschränkt⁷⁶. Aus der Sicht gesamtgesellschaftlicher Evolution müßte hier schon eine erste Korrektur ansetzen. Denn sowohl in *Habermas'* als auch in *Luhmanns* Theorie würde „repressives Recht“ ein ziemlich modernes Entwicklungsstadium darstellen, welches das Organisationsprinzip einer „politischen Gesellschaft“ reflektiert⁷⁷. Das legt es nahe, *Nonet/Selznicks* Typologie sozusagen nach rückwärts um einen weiteren, einen vor-modernen Rechtstyp – „archaisches Recht“⁷⁸ – zu erweitern, dessen Besonderheit in keinem der drei Rechtstypen von *Nonet/Selznick* aufgeht. Im Unterschied zu repressivem Recht verkörpert archaisches Recht das Organisationsprinzip segmentierter Gesellschaften, die durch das Vorherrschen von Familien- und Stammesstrukturen gekennzeichnet sind⁷⁹. Vergeltung und Reziprozität sind die wesentlichen Prinzipien des archaischen Rechts, das in seinen zahlreichen Varianten von heiligem Recht sehr konkrete und rigide Normen aufweist, nur über ritualistische Formen des Rechtsverfahrens verfügt und den Schwerpunkt auf expressive, nicht auf instrumentale Funktionen des Rechts legt⁸⁰. Ein solches primitives Recht transformiert sich erst dann langsam in Formen eines „repressiven“ Rechts, wenn in der Gesellschaft Systemprobleme auftauchen, die die Kontrollkapazität des Verwandtschafts-Prinzips übersteigen und einen evolutionären Druck in Richtung politischer Organisation der Gesellschaft über Herrschaftsrollen ausüben⁸¹.

Erst mit dem Auftauchen eines neuen gesellschaftlichen Organisationsprinzips (*Luhmann*: „Stratifizierung“⁸², *Habermas*: „politische Klassenherrschaft“⁸³) entsteht also ein Bedarf dafür, daß primitives Recht sich zum „repressiven Recht“ wandelt. *Nonet/Selznick* analysieren im Detail dessen intime Verbindung zur politischen Macht⁸⁴. Dies entspricht durchaus *Luhmanns* Begriff vom „Recht vorneuzeitlicher Hochkulturen“, dessen Strukturen den Primat der politischen Ordnung in stratifizierten Gesellschaften widerspiegeln und ihren hierarchischen Herrschaftsformen entsprechen⁸⁵. *Luhmanns* Analysen fügen dem aber noch das

⁷⁶ *Law and Society in Transition*, S. 29 ff.

⁷⁷ Vgl. *Habermas*, „Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus“, S. 176 ff.; *Luhmann*, *Rechtssoziologie* 1, S. 166 ff.

⁷⁸ *Luhmann*, *Rechtssoziologie* 1, S. 145 ff.

⁷⁹ *Luhmann*, *aaO*. Vgl. für eine ähnliche Begriffsbildung *Habermas*, „Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?“ in *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, S. 97 ff.; *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 261 ff.

⁸⁰ *Luhmann*, *Rechtssoziologie* 1, S. 154 ff.

⁸¹ *Habermas*, „Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus“, S. 176 ff.

⁸² *Luhmann*, „Differentiation of Society“, S. 33.

⁸³ *Habermas*, *aaO*. In *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 246 ff. löst *Habermas* dieses Organisationsprinzip in zwei Stadien auf: „hierarchisierte Stammesgesellschaft“ und „politisch stratifizierte Klassengesellschaft“.

⁸⁴ *Law and Society in Transition*, S. 29 ff.

⁸⁵ *Luhmann*, *Rechtssoziologie* 1, S. 166 ff.

Moment adäquater Komplexität hinzu, die dann erreicht wird, wenn Gerichtsverfahren institutionalisiert werden, die dem höheren Konfliktpotential in stratifizierten Gesellschaften gerecht werden können⁸⁶. *Habermas'* Analyse des gesellschaftlichen Organisationsprinzips in stratifizierten Gesellschaften wiederum erhellt besonders die spezifische Form von Sozialintegration, die unter dem Vorzeichen von „politischer Klassenherrschaft“ möglich wird. Wieder ist es der wichtige Entwicklungsschritt zur Einrichtung von Gerichtsverfahren, der das Ablösen einer präkonventionellen durch konventionelle Moralität ermöglicht⁸⁷:

„Das ist der Fall, wenn der Richter, statt als bloßer Schiedsrichter an die kontingenten Machtkonstellationen der beteiligten Parteien gebunden zu sein, nach intersubjektiv anerkannten, durch Tradition geheiligten Rechtsnormen urteilen kann; wenn er neben den konkreten Handlungsfolgen auch die Intention des Täters berücksichtigt; wenn er sich nicht länger von der Idee der Vergeltung für entstandenen Schaden und der Wiederherstellung eines status quo ante leiten läßt, sondern die Regelverletzung eines Schuldigen bestraft.“

Die Krise des repressiven Rechts wiederum sollte in terms von rechtlich-gesellschaftlichen Interrelationen analysiert werden. Erst das Zusammenspiel von zwei Krisentendenzen, einer inneren Legitimationskrise des repressiven Rechts (*Nonet/Selznick*)⁸⁸ und einer äußeren Systemkrise (*Habermas'*: wirtschaftliche Systemprobleme⁸⁹; *Luhmann*: funktionale Differenzierung⁹⁰) macht den Entwicklungsschub von repressivem zu autonomem Recht einsichtig.

„Autonomes Recht“ erfüllt in *Nonet/Selznicks* Definition die Bedingung formaler Rationalität in *Max Webers* Sinne: Trennung von Recht und Politik, juristische Professionalisierung, strikte Regelorientierung, Universalismus und Präzision, artifizielle Argumentation und ein Begriff von Verfahrensgerechtigkeit⁹¹. Aber erst *Habermas'* Analyse der Beziehungen zum gesellschaftlichen Organisationsprinzip würde diese „interne Rationalität“ des formalen Rechts aus den Dimensionen von „Normrationalität“ und „Systemrationalität“ erklären können⁹². Auf der einen Seite trägt das moderne Formalrecht zur Mobilisierung und Allokation von Ressourcen bei; diese Systemrationalität wird durch die Elemente der Konventionalität, des Legalismus und der Formalität gestützt. Auf der anderen Seite beginnt das Recht, in seinen universalistischen Strukturen eine postkonventionelle Moralität zu entwickeln, nämlich die Notwendigkeit, Normen durch Rekurs auf universale Prinzipien zu rechtfertigen. Ganz komplementär lassen sich *Luhmanns* Analysen des „positiven Rechts“ verwenden, um zu zeigen, inwieweit das Recht adäquate Komplexität in einer funktional differenzierten Gesellschaft entwickelt. In dieser Sicht scheinen die Positivität des Rechts und die Trennung rechtsanwendender und gesetzgebender Verfahren die

⁸⁶ *AaO.*, S. 171 ff.

⁸⁷ Habermas, „Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus“, S. 177.

⁸⁸ *Law and Society in Transition*, S. 51 f.

⁸⁹ Habermas, „Geschichte und Evolution“, S. 242.

⁹⁰ Luhmann, *Rechtssoziologie* 1, S. 190 ff.

⁹¹ *Law and Society in Transition*, S. 53 ff.

⁹² „Zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts“, S. 262 ff.; *Theorie des kommunikativen Handelns* 1, S. 349 ff. und 2, S. 264 f.

ausschlaggebenden Variablen zu sein⁹³. Für Krisentendenzen innerhalb des modernen Formalrechts gilt wieder das oben Gesagte. Die aus der inneren Dynamik des Rechtssystems erwachsenden Bedürfnisse nach einem inhaltlich legitimierten responsiven Recht (*Nonet/Selznick*) sind in ihrer Interdependenz zu sehen sowohl zu Komplexitätsdefiziten der Sachstrukturen des Rechts (*Luhmann*) als auch zu Krisentendenzen des dominierenden Organisationsprinzips (*Habermas*)⁹⁴.

Eine solche versuchsweise Re-formulierung von „repressivem“ und „autonem“ Recht im gesellschaftlichen Kontext mag plausibel gemacht haben, daß der hier gewählte kombinatorische (oder auch: eklektische, harmonistische?) Ansatz die Erklärungskraft der Theorie des „responsive law“ steigern kann. Es bringt jedenfalls beträchtliche Modifikationen der Theorie mit sich, wenn man interne Konfigurationen des Rechts mit gesellschaftlichen Organisationsprinzipien in Beziehung setzt und sie auf die Adäquatheit ihrer inneren Komplexität befragt. Wie gezeigt, zwingt ein solcher Ansatz dazu, die dreifache Typologie der Rechtsentwicklung um einen vierten Typ – archaisches Recht – zu erweitern und gibt Anlaß zu einer veränderten Einschätzung von repressivem und autonomem Recht sowohl in bezug auf ihre inneren Strukturen als auch in bezug auf ihre äußeren gesellschaftlichen Funktionen. Das gleiche gilt für die Analyse der den Rechtstypen immanenten Entwicklungskrisen. Jedoch ist die uns in diesem Zusammenhang am meisten interessierende Frage noch unbeantwortet: In welcher Hinsicht kann ein solcher kombinatorischer Ansatz unser Verständnis von responsivem Recht bereichern?

III. „The Quest for Responsive Law“: Sozialadäquate Komplexität des Rechtssystems?

Um kurz den bisherigen Gedankengang zu rekapitulieren: Unsere Ausgangsfrage war: Welche Lösungsperspektiven werden in der Rechtstheorie angeboten, die einen Ausweg aus der gegenwärtigen Krise formaler Rechtsrationalität bieten? *Nonet/Selznick* präsentieren in der Kombination einer sozialwissenschaftlichen Strategie mit einem evolutionären Ansatz das Konzept des responsiven Rechts, das – in unserer Interpretation – zwei Elemente enthält: materiale und reflexive Rationalität (Abschnitt I). Ihr Entwicklungsmodell erscheint jedoch deshalb unbefriedigend, weil es nur unzureichend die Interdependenzen von Rechtsentwicklung und gesellschaftlicher Evolution thematisiert. Ein umfassenderes Modell der gesellschaftlich-rechtlichen Ko-variation läßt sich in der Weise konstruieren, daß die Analyse der „inneren Dynamik des Rechts“ (*Nonet/Selznick*) mit Vorstellungen „externer“ gesellschaftlicher Einflüsse auf das Recht kombiniert wird, genauer mit den Konzepten von „gesellschaftlichen Organisa-

⁹³ Luhmann, „Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft“, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970), S. 176 ff.; *Rechtssoziologie* 1, S. 190 ff.

⁹⁴ *Nonet/Selznick, aaO.*, S. 70 ff.; *Habermas*, „Geschichte und Evolution“, S. 242; *Luhmann, Rechtssoziologie* 1, S. 190 ff.

tionsprinzipien“ (*Habermas*) und von „adäquater Komplexität“ des Rechts (*Luhmann*). In diesem Zusammenhang konnten die Entwicklungsstadien des repressiven und des autonomen Rechts mit entsprechenden Stadien in der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung systematisch verbunden werden (Abschnitt II). Die daraus resultierende Frage lautet, wie „responsives“ Recht im Lichte rechtlich-gesellschaftlicher Interdependenzen re-formuliert werden müßte. Auf welche gesellschaftlichen Organisationsprinzipien antwortet „responsives“ Recht? Welche Elemente des responsiven Rechts weisen eine solche innere Komplexität auf, daß sie als adäquat gegenüber den Anforderungen der Gesellschaft bezeichnet werden können? Und schließlich: Wenn es stimmt, daß die innere Rechtsdynamik Entwicklungschancen sowohl für materiale wie für reflexive Rationalität des Rechts produziert, wie steht es um deren Realisierungsmöglichkeiten im größeren sozialen Kontext?

Um solchen Fragen eine halbwegs beantwortbare Fassung zu geben, wollen wir sowohl aus *Habermas'* als auch aus *Luhmanns* Theorie die jeweiligen Konzepte einer post-modernen Gesellschaft herausarbeiten und dann die Frage stellen, wie sich im Lichte dieser Konzepte Sozialstrukturen auf materiale beziehungsweise auf reflexive Rechtsrationalität auswirken. Auch für dieses Vorgehen gilt das eingangs Gesagte, daß *Luhmann* und *Habermas* zwar die Protagonisten einer fundamentalen makro-soziologischen Kontroverse sind und entsprechend höchst unterschiedliche Einschätzungen post-moderner Gesellschaften bieten⁹⁵. Dennoch darf man mit gutem Grund, jedenfalls für die jetzigen Analyse Zwecke, ihre Theorien als komplementär und nicht als konkurrierend behandeln. Denn im Kontext der Normen- und Rechtsevolution fokussieren sie beide ein und dasselbe Fundamentalproblem: Ist normative Integration in einer Gesellschaft noch möglich, die sich durch innere Widersprüche, durch desintegrierende, ja disruptive Konflikte zwischen unterschiedlichen Rationalitäten hochspezialisierter Subsysteme auszeichnet⁹⁶? Auch ihre jeweiligen Antworten lassen sich als einander ergänzend betrachten. Auf der einen Seite sind *Habermas'* Analysen der Krisentendenzen im Spätkapitalismus in eine allgemeine Systemtheorie übersetzbar, die diese Krisen als Rationalitätskonflikte verschiedener gesellschaftlicher Subsysteme – Wirtschaft, Politik, Kultur, Familie – interpretiert⁹⁷. Auf der anderen Seite sind die integrativen Mechanismen, auf die *Luhmann* setzt, in

⁹⁵ Vgl. ihre Debatte in *Habermas/Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*.

⁹⁶ Explizit *Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns* 1, S. 334 ff.; vgl. besonders sein „deskriptives Modell des Spätkapitalismus“, das als ein Modell von Inter-System-Konflikten interpretiert werden kann, in *Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, S. 50 ff. Vgl. auf der anderen Seite *Luhmann, „Die Weltgesellschaft“*, in *Soziologische Aufklärung* 2, S. 51 ff. Ein wichtiger Unterschied dürfte allerdings darin bestehen, daß *Habermas* solche Inter-System-Konflikte zusätzlich mit dem Dual „System/Lebenswelt“ überformt.

⁹⁷ *Habermas* benützt explizit den Begriffsrahmen der Systemtheorie, vgl. nur *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, S. 9 ff. Gegenüber solchen Übersetzungen würde *Habermas* jedoch darauf insistieren, daß damit eine befriedigende Analyse der „Lebenswelt“ nicht geleistet werden kann, *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 171 ff.

Habermas' Theoriegebäude durchaus eingeschlossen. In *Habermas'* Terminologie handelt es sich dabei um Mechanismen der Systemintegration, die allerdings ohne ergänzende Mechanismen der Sozialintegration erfolglos bleiben müßten⁹⁸. Dieses wechselseitige Sich-Einverleiben von Systemtheorie und Kritischer Theorie sollte uns gegenüber den Ausschließlichkeitsansprüchen in den Großkontroversen skeptisch stimmen und uns dazu ermutigen, das analytische Potential beider zu benutzen, um die Realisierungschancen des responsiven Rechts besser einschätzen zu können.

1. Materiale Rationalität des Rechts in der Krise des interventionistischen Staates

Habermas hat eine Theorie der Legitimationsprobleme im organisierten Kapitalismus entwickelt⁹⁹, die man systematisch auf den Begriff des responsiven Rechts beziehen kann. In ihrem Kern besagt die Theorie, daß Krisen im Kapitalismus nicht wirklich gelöst werden, sondern im Laufe ihrer „Bewältigung“ sich nur von einem gesellschaftlichen Teilsystem in das andere verschieben. Primäre ökonomische Krisen können zwar teilweise vom interventionistischen Staat abgefangen werden, dies aber produziert nur wiederum Krisenphänomene im politischen System. Die hier entstehenden politischen Legitimationsprobleme werden auf das sozio-kulturelle System abgeschoben, dessen Politisierung eine kulturelle Motivationskrise auslöst, die allenfalls durch fundamentale Änderungen der normativen Strukturen überwunden werden kann¹⁰⁰. In diesem Analyserahmen wird die Krise der formalen Rationalität des Rechts – die *Nonet/Selznick* ausschließlich aus inneren Problemen des „autonomen“ Rechts erklären – in Beziehung zu einem gesamtgesellschaftlichen Phänomen gesetzt: den politischen Interventionen des modernen Wohlfahrtsstaats. Die frühere Systemrationalität des Formalrechts, die sich im Zusammenspiel von entwickelter Marktstruktur, formalem Privatrechtssystem, Steuerstaat und bürokratischer Administration zeigt, wird in dem Maße unterminiert, als der Staat Verantwortung übernimmt für die Korrektur von Marktdefiziten, für globale wirtschaftspolitische Steuerung und für kompensatorische Sozialpolitik¹⁰¹. „Materialisierung des Formalrechts“ repräsentiert die Parallelentwicklungen im Rechtssystem. Die materiale Rechtsrationalität ist für sozialstaatliche Zwecke instrumentalisierbar, besonders in den Merkmalen des Partikularismus, der Ergebnisorientierung, des instrumentellen Normverständnis und der zunehmenden „Verrechtlichung“ vormals rechtsfreier, autonomer Sozialprozesse. Sozialstaatliche Verrechtlichung „zähmt“ das wirtschaftliche System durch Konstitutionalisierung und soll mit sozialstaatlichen Verbürgungen dessen externe Effekte auffangen¹⁰².

⁹⁸ Habermas, „Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?“, S. 113 ff.

⁹⁹ Insbesondere in Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*.

¹⁰⁰ *AaO.*, S. 66 ff.

¹⁰¹ *AaO.*, S. 50 ff.

¹⁰² Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 530 ff. Zur Materialisierung vgl. außerdem Brüggemeier, „Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts“, in Assmann, Brüggemeier, Hart und Joerges, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, S. 32 ff.,

Nach allem scheint also materiale Rechtsrationalität die sozialadäquate Rechtsform des Sozialstaates zu liefern. *Habermas'* Pointe jedoch ist das genaue Gegenteil, nämlich die Grenzen ihres Wachstums zu demonstrieren. *Habermas* identifiziert drei Krisentendenzen innerhalb des politischen Systems, die das Potential einer politisch-rechtlichen materialen Rationalität drastisch begrenzen¹⁰³. Widersprüchliche Imperative eines ökonomischen Krisenmanagements sind geeignet, die Kontrollkapazitäten staatlicher Intervention schnell zu überfordern, sie stürzen das politische System in eine „Rationalitätskrise“, welche die Systemintegration gefährdet und damit auch die Sozialintegration in Frage stellt¹⁰⁴. Die Komplexität sozio-ökonomischer Prozesse läßt sich nach allen Erfahrungen nicht in der Weise von politisch-rechtlichen Kontrollmechanismen erfassen, wie es eine materiale Rationalität erfordern würde. Wichtiger für *Habermas* ist eine zweite Krisentendenz, die „Legitimationskrise“ im organisierten Kapitalismus. Aufgrund ökonomischer Konzentrationsprozesse und staatsinterventionistischer Politiken verliert der Markt seine einst selbstverständliche Legitimation als ein Verteilungsmechanismus, der sozusagen „natürliche“ und damit auch gerechte Ergebnisse produzierte. Nun wird das Ausmaß staatlicher Markt-Substitution und Markt-Kompensation eine Frage bewußter politischer Entscheidung, die dann aber das politische System in verstärktem Maße legitimationsbedürftig und gerade in der nur schwer beherrschbaren politischen Steuerung der Wirtschaft von Massenloyalität abhängig macht. Der naheliegende Ausweg, legitimierende Ersatz-Ideologien künstlich zu produzieren, steht nach *Habermas* dem politischen System deshalb nicht offen, weil resistente normative Strukturen im kulturellen System einer manipulativen Ideologisierung unüberwindliche Hindernisse bereiten¹⁰⁵. Die Konfrontation politischer Legitimationsbedürfnisse mit der normativen Entwicklungslogik im sozio-kulturellen System produziert also mit Notwendigkeit eine „Motivationskrise“, die der materialen politischen und rechtlichen Rationalität des Staatsinterventionismus eine effektive Grenze setzt¹⁰⁶.

Erst eine neuartige „diskursive“ Rationalität, die sich nach *Habermas* in autonomen Entwicklungsprozessen der normativen Sphäre herausbildet, könnte, sofern ihre gesellschaftsweite Institutionalisierung gelingen sollte, die Legitimationsprobleme des modernen Staates lösen¹⁰⁷. Zugrunde liegt dem eine Theorie

71 ff.; Unger, *Law in Modern Society*, S. 192 ff.; Eder, „Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts“.

¹⁰³ *Habermas*, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, S. 73 ff.

¹⁰⁴ Für das Verständnis von *Habermas'* Theorie ist es wichtig, daß sowohl die Rationalitätskrise als auch die Legitimationskrise des politischen Systems nur mögliche Krisen darstellen, während der dritte Typ, die Motivationskrise, einen notwendigen Konflikt zwischen dem politischen und dem kulturellen System aufdeckt.

¹⁰⁵ *AaO.*, S. 99 ff.

¹⁰⁶ *AaO.*, S. 106 ff.

¹⁰⁷ *AaO.*, S. 131 ff. In *Habermas'* neuester Veröffentlichung ist dies weit vorsichtiger – fast defensiv – formuliert. Nicht mehr die diskursive Durchdringung der Gesamtgesellschaft, sondern die Verteidigung kommunikativer Strukturen der Lebenswelt vor dem Zugriff der System-Rationalität steht jetzt im Vordergrund, *Theorie des kommunikativen Handelns 2*, S. 445 ff.

politischer Legitimation, die aufgrund irreversibler normativer Entwicklungen ausschließlich prozedurale Legitimationsmodi für möglich hält: „Jetzt, da letzte Gründe theoretisch nicht mehr plausibel gemacht werden können, *erhalten die formalen Bedingungen der Rechtfertigung selber legitimierende Kraft*. Die Prozeduren und Voraussetzungen vernünftiger Einigung werden selbst zum Prinzip“¹⁰⁸. Demgegenüber hängt die konkrete Frage der Institutionalisierung, also die Frage, welche Organisationsstrukturen und welche Diskussions- und Entscheidungsmechanismen prozedural legitime Ergebnisse produzieren können, vom sozialen Kontext ab, „von der konkreten gesellschaftlichen Ausgangssituation, von gegebenen Interessenlagen, von Dispositionsspielräumen, Informationen usw.“¹⁰⁹ *Habermas'* eigene Vorschläge zur Institutionalisierung prozeduraler Legitimation schließen insbesondere Mechanismen organisationsinterner Demokratie in öffentlichen Verbänden, Gewerkschaften und Funktionseliten ein, partizipatorische Mechanismen in verschiedenen gesellschaftlichen Subsystemen, hauptsächlich im Erziehungs- und Kulturbereich, und das „pragmatische Modell“ eines Dialogs für die institutionalisierte Zusammenarbeit im Dreieck von Wissenschaft, Politik und Öffentlichkeit¹¹⁰.

Dieses Programm einer Demokratisierung gesellschaftlicher Subsysteme könnte seine rechtlichen Entsprechungen im Konzept des „responsive law“ finden. Die Re-politisierung des Rechts, die Ausdehnung demokratischer Partizipation in den Rechtsprozeß hinein und der „institutional design“ für die Organisation unterrepräsentierter Interessen bei *Nonet/Selznick* wären rechtliche Gegenstücke gesellschaftlicher Demokratisierung. Die Parallele stimmt aber eben nur für solche Elemente im responsiven Recht, die wir „reflexiv“ genannt haben. Diese unterschiedliche Einschätzung materialen und reflexiven Rechts wird bei *Habermas* in seiner Kritik an *Max Weber* besonders deutlich. *Habermas* wendet sich gegen *Webers* undifferenzierte Verwendung des Begriffs „antiformaler Tendenzen“, mit der sowohl partikularistische Re-Ideologisierungen des Rechts als auch die weitergehende Verkörperung posttraditionaler Bewußtseinsstrukturen im Recht unterschiedslos belegt und abqualifiziert werden¹¹¹. In *Habermas'* Einschätzung handelt es sich dabei um zwei fundamental verschiedene Wandlungen der Rechtsstruktur, die unserer Unterscheidung materialer und reflexiver Tendenzen nahekommt. *Habermas'* Analyse der Krisentendenzen im Interventionsstaat legt damit folgende Schlußfolgerung nahe. Konfrontiert man das Konzept des „responsive law“ mit den von *Habermas* herausgearbeiteten Krisenphänomenen, so sind die Entfaltungschancen der unterschiedlichen Tendenzen die-

¹⁰⁸ *Habermas*, „Legitimationsprobleme im modernen Staat“, S. 217.

¹⁰⁹ *AaO.*, S. 279.

¹¹⁰ *Habermas*, „Zum Begriff der politischen Beteiligung“ (1958) in *Kultur und Kritik* (Frankfurt: Suhrkamp, 1973), S. 9 ff., 55 ff.; *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (Neuwied: Luchterhand, 1962), S. 228 f., 269 ff.; „Für ein neues Konzept der Hochschulverfassung“, in *Protestbewegung und Hochschulreform* (Frankfurt: Suhrkamp 1969), S. 202 ff.; „Verwissenschaftlichte Politik und öffentliche Meinung“, in *Technik und Wissenschaft als „Ideologie“* (Frankfurt: Suhrkamp, 1968), S. 120 ff.

¹¹¹ *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns* 1, S. 364.

ses Rechtstyps durchaus auch unterschiedlich zu beurteilen. Tendenzen in Richtung einer materialen Rechtsrationalität laufen recht bald an den strukturellen Grenzen des Staatsinterventionismus auf. Die Grenzen, sowohl der Kontrollkapazität staatlicher Steuerung als auch von deren öffentlicher Legitimation kann eine Materialisierung des Rechts nicht aufbrechen.

In seinen Tendenzen zu einer eher reflexiven Rationalität hingegen kann „responsive law“ Möglichkeiten einer institutionalisierten prozeduralen Legitimation entwickeln, die – in *Habermas'* Einschätzung – das dominante Organisationsprinzip einer post-modernen Gesellschaft repräsentieren könnte. Recht würde dann nicht als sozialtechnisches „Steuerungsmedium“ fungieren, das sich an den eigensinnigen Strukturen der Lebenswelt bricht oder aber diese Strukturen zerbricht, sondern als legitimationsbedürftige und -fähige „Institution“, die sich darauf beschränkt, die „äußere Verfassung“ der Bereiche von Sozialisation, sozialer Integration und kultureller Reproduktion zu normieren, und die diese in ihren selbstregulatorischen Lern- und Kommunikationsprozessen nicht gefährdet¹¹².

2. Reflexive Rationalität und funktionale gesellschaftliche Differenzierung

Bis hierhin haben wir die Denkmodelle der Kritischen Theorie dazu benutzt, die Realisierungschancen des responsive law im gesellschaftlichen Kontext einzuschätzen. Wenn wir nun die gleiche Frage in die Sprache der neo-funktionalistischen Systemtheorie übersetzen, in der *Luhmann* die *Durkheim-Parsons*-Tradition weiterverfolgt, so werden wir auf ganz ähnliche Problemkonstellationen stoßen – wenn auch in noch abstrakterer und umfassenderer Perspektive. Krisentendenzen im organisierten Kapitalismus erscheinen in diesem Lichte nur als Sonderfälle eines allgemeineren Phänomens. Nicht mehr nur die „evolutionären Herausforderungen ungelöster, ökonomisch bedingter Systemprobleme“, wie *Habermas* es sieht, sondern allgemeiner die gesamtgesellschaftliche Umstellung auf funktionale Differenzierung bestimmt nun die Entwicklungsdynamik, die hochspezialisierte gesellschaftliche Subsysteme dazu treibt, ihre Eigenrationalität so extrem zu forcieren, daß krisenhafte Inter-System-Konflikte unvermeidlich sind¹¹³. Die bei *Habermas* so zentrale „Motivationskrise“, die aus dem Grundwiderspruch zwischen der Logik des politisch-ökonomischen Systems und der Logik normativer Strukturen entsteht, erscheint nun als ein eher marginales Problem, sofern man eine Reihe von fundamentalen Konflikten ins Auge faßt: „etwa die zwischen dem bereits welteinheitlich konstituierten Gesellschaftssystem und den noch auf regionaler Integrationsbasis festgehaltenen politischen Teilsystemen; oder die Folgeprobleme der Ersetzung religiöser durch monetäre Zukunftsvorsorge; oder die Folgen des Abbaus von Schichtung; oder die zu-

¹¹² *AaO.*, 2, S. 535 ff.

¹¹³ Vgl. speziell für die Rolle der Wirtschaft in der modernen Gesellschaft *Luhmann*, „Wirtschaft als soziales System“, in *Soziologische Aufklärung* 1, (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1970), S. 232 ff.; für den Aspekt der Inter-System-Konflikte, *Rechtssoziologie* 1, S. 190 ff.

nehmenden Wertungs- und Planungsdivergenzen zwischen wissenschaftlicher Planung und ökonomischer Produktionssteuerung; oder die mit strukturellen Interdependenzen zunehmenden Tempoanforderungen, denen Sozialisations-, Ausbildungs- und Institutionalisierungsprozesse nicht zu folgen vermögen¹¹⁴. In dieser Perspektive gewinnt man auch schließlich eine andere Sicht auf die Konturen eines neuen „responsiven“ Rechts. Das Grundproblem lautet nunmehr: Wie partizipiert und wie reagiert Recht in den säkularen Prozessen funktionaler Differenzierung¹¹⁵?

Der Ausdruck „formale“ Rationalität im Sinne *Marx Webers* erscheint in dieser Sicht ziemlich irreführend, da Form und Substanz in einem systemtheoretisch orientierten Vergleich traditionellen und modernen Rechts fast austauschbar sind¹¹⁶. Eher schon angemessen scheint „autonomous law“, da es auf die entscheidende funktionale Ausdifferenzierung des Rechtssystems verweist: Steigerung der Autonomie des Rechts, seine Trennung von Moralität und Wahrheit, seine relative Unabhängigkeit von Macht und Politik. Mit Hilfe dieser Autonomisierungstendenzen lassen sich die Merkmale des „Formalismus“ im Recht erklären: die strikte Regel-Orientierung, professionalisierte „künstliche“ Argumentationsweisen, die Prominenz von Verfahren. Und die Krise des „autonomous law“ hat in genau diesen Prozessen funktionaler Differenzierung ihre Ursache. Das Rechtssystem hat sich, besonders in seinen begrifflich-dogmatischen Strukturen, noch nicht den Anforderungen einer hochdifferenzierten Gesellschaft gestellt. Rechtsdogmatik ist immer noch dem klassischen Rechtsanwendungsmodell in richterlicher Perspektive verhaftet und hat noch keinen Begriffsapparat entwickelt, der den Planungs- und Politikerfordernissen in den Beziehungen zwischen spezialisierten Teilsystemen angemessen wäre¹¹⁷.

„Materiale“ Rationalität in *Max Webers* Sinne, die der Krise des Formalrechts mit einer Re-Moralisierung und einer Re-Politisierung des Rechts begegnen will, erscheint in dieser Perspektive klar als regressive Tendenz. Eine neuerliche Verschmelzung des Rechts mit Wissenschaft, Moral, Politik würde die spezifisch juristische Rationalität zerstören, ohne daß sie sie durch eine neue erfolgversprechende Orientierung ersetze¹¹⁸. In *Luhmanns* Sicht – die in diesem Aspekt der von *Habermas* weitgehend entspricht – würde eine durchgehende Re-Materialisierung des Formalrechts das politisch-rechtliche System unvermeidlich in eine Steuerungskrise stürzen. Denn in den Prozessen funktionaler Differenzierung haben die sozialen Teilsysteme einen solchen Grad an innerer Komplexität gewonnen, daß keines der gesellschaftlichen Teilsysteme – sei es Politik, Wissenschaft, Wirtschaft, Moral, Recht, sei es eine Kombination zwischen ihnen – mehr in der Lage ist, die notwendige Kontrollkapazität zu ihrer inneren Steuerung zu entwickeln. Responsives Recht in seiner Dimension mate-

¹¹⁴ Luhmann, „Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas“ in *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, S. 375 f.

¹¹⁵ *Rechtssoziologie* 1, S. 190 ff.; „Evolution des Rechts“, passim.

¹¹⁶ *Rechtssoziologie* 1, S. 17.

¹¹⁷ *Rechtssoziologie* 2, S. 325 ff.

¹¹⁸ *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, S. 31 ff.

rialer Rechtsrationalität würde danach, sofern es gesellschaftsweit wirksam werden sollte, eher zu einer regressiven Entdifferenzierung gesellschaftlicher Strukturen führen als zu ihrer normativen Integration.

Das führt zu der zentralen Frage, wie denn eine Integration der Gesellschaft noch möglich ist unter Bedingungen extremer funktionaler Differenzierung? Und welche Rolle Recht denn spielt als integrativer Mechanismus¹¹⁹? Luhmanns Antwort unterscheidet sich beträchtlich von klassischen Lösungen, etwa Durkheims bekannter „organischer Solidarität“, die durch „restitutives Recht“ gestützt wird¹²⁰. Für Luhmann stellt organische Solidarität immer noch einen traditionellen Mechanismus dar, der noch nicht wirklich radikale Folgerungen aus gesellschaftlicher Arbeitsteilung gezogen hat, da diese Solidarität immer noch auf zwar hochgeneralisierte, aber doch für alle Subsysteme gemeinsame gesellschaftliche Normen setzt. Für ausdifferenzierte gesellschaftliche Subsysteme, die in äußeren Funktionen und internen Strukturen extrem differieren, kann Integration nicht mehr durch politisch-rechtliche Definition uniformer normativer Strukturen geleistet werden. Luhmann: „Die Gesellschaft kann bei zunehmender Komplexität immer weniger garantieren, daß alle Teilsysteme unter gleichen Strukturen gleichförmig operieren . . . Integration muß vielmehr dadurch vermittelt werden, daß *alle Teilsysteme füreinander innergesellschaftliche Umwelt sind*“¹²¹. Daraus folgt, „. . . daß alle Teilsysteme der Gesellschaft . . . nicht nur ihre eigene Funktion adäquat erfüllen müssen, sondern auch als gesellschaftliche Umwelt anderer Systeme zu deren Funktionen und strukturellen Errungenschaften in einem sinnvollen Verhältnis der Kompatibilität stehen müssen“¹²². Damit verlangt funktionale Differenzierung eine Verlagerung integrativer Mechanismen von der Ebene der Gesamtgesellschaft auf die Ebene der Subsysteme¹²³. Eine zentralisierte Integration über politisch-rechtliche Mechanismen – wie sie in stratifizierten Gesellschaften noch möglich war – ist heute effektiv ausgeschlossen und kann nicht durch andere, etwa rechtliche, moralische oder wissenschaftliche Integrationsmittel ersetzt werden. Wenn unter modernen Bedingungen gesellschaftliche Integration bedeutet zu vermeiden, daß die Maximierung einer Subsystem-Rationalität zu unlösbaren Problemen für andere Funktionssysteme führt, dann ist eine dezentrale Integration unvermeidlich. „*Entsprechende Beschränkungen müssen in die Reflexionsstruktur eines jeden Funktionssystems eingebaut sein, soweit sie sich nicht unmittelbar aus den laufenden Beziehungen zur Umwelt ergeben*“¹²⁴. Sonach scheinen „reflexive“ Strukturen der Schlüssel

¹¹⁹ Vgl. zu dieser Frage die eingehenden Analysen von Helmut Willke, „Zum Problem der Integration komplexer Sozialsysteme“, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 30 (1978), S. 228 ff.; *Zur Steuerungsfunktion des Staates in hochkomplexen Gesellschaften*, Kap. II.; Turner, „A Cybernetic Model of Legal Development“, S. 379 ff.

¹²⁰ Durkheim, *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, Kap. II und III.

¹²¹ *Funktion der Religion*, S. 243.

¹²² Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, S. 88, Fn. 108.

¹²³ „Differentiation of Society“, S. 36 ff.

¹²⁴ *Funktion der Religion*, S. 245.

zu unserem Problem sein, die Rolle des „responsive law“ in funktional differenzierten Gesellschaften zu bestimmen. Dies bedarf einiger Vertiefung.

Reflexionsprozesse innerhalb gesellschaftlicher Teilsysteme müssen in hochdifferenzierten Gesellschaften dann an die Stelle gesamtgesellschaftlicher Integrationsmechanismen treten, wenn die Teilsysteme widersprüchliche Orientierungen herausbilden, die nur noch systemintern harmonisiert werden können¹²⁵. Nach *Luhmann* kann jedes Teilsystem seine selektiven Operationen an drei Beziehungen ausrichten: (1) als Funktion in Richtung auf die Gesamtgesellschaft, (2) als Leistung in bezug auf andere gesellschaftliche Teilsysteme, (3) als Reflexion in bezug auf sich selbst¹²⁶. Entscheidend ist nun, daß diese Orientierungen einander widersprechen und nicht unter einem gemeinsamen Oberzweck subsumiert werden können. Im politischen System etwa besteht ein inneres Spannungsverhältnis zwischen der gesellschaftlichen Funktion der Politik (Herstellung und Durchsetzung gesellschaftlich bindender Entscheidungen) und ihren Leistungen an andere Sozialsysteme (Bereitstellung von Machtressourcen und ausreichende Legitimation der Entscheidungen). Dieses Spannungsverhältnis kann nur noch intern durch politische Reflexionsprozesse (historische Identifizierung) in ein Gleichgewicht gebracht werden¹²⁷. Ganz analog ist es die Aufgabe von Reflexionsstrukturen in jedem anderen gesellschaftlichen Teilsystem, den Konflikt zwischen Funktion und Leistung dadurch zu entschärfen, daß den Kapazitäten des Systems innere Schranken auferlegt werden, und zwar im Interesse ihrer Eignung als Komponenten der Umwelt anderer Teilsysteme¹²⁸. „Reflexion muß dann zwischen Funktion und Leistung vermitteln, weil die Gesellschaft für das Funktionssystem sowohl übergreifendes System als auch soziale Umwelt ist“¹²⁹. Aufgrund ihrer Ausgleichsfunktion werden also Reflexionsstrukturen innerhalb der Teilsysteme zu Hauptträgern gesellschaftlicher Integration. Auf unser Problem des „responsive law“ zurückgewendet bedeutet dies, daß aus dieser Perspektive das Recht reflexive Dimensionen entwickeln muß, wenn es als integrativer Mechanismus überhaupt noch in Frage kommen soll¹³⁰.

3. Der Konvergenzpunkt: Reflexionsstrukturen und demokratischer Diskurs in gesellschaftlichen Teilsystemen

Gerade in der reflexiven Orientierung des „responsive law“ vermuten wir den Konvergenzpunkt der drei diskutierten Entwicklungsmodelle des Rechts. Unsere Übersetzungen von „responsive law“ in die Sprache der Kritischen Theorie und des Neo-Funktionalismus haben zunächst Gemeinsamkeiten in der skeptischen

¹²⁵ *AaO.*, S. 54 ff.

¹²⁶ „Differentiation of Society“, S. 36 f.

¹²⁷ *AaO.*, S. 38.

¹²⁸ *Funktion der Religion*, S. 245 ff.

¹²⁹ „Selbstreflexion des Rechtssystems“, *Rechtstheorie* 10 (1979), S. 176.

¹³⁰ Zu einer Ausarbeitung dieses Ansatzes vgl. Heinz-Dieter Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy. Auf der Suche nach einem Sozialmodell für das Wirtschaftsrecht* (Frankfurt: Athenäum, 1980), bes. S. 122 ff.

Einschätzung von rechtlichen Materialisierungstendenzen erbracht. Darüber hinaus aber lassen sich in unserer Interpretation des responsiven Rechts systematische Verbindungen zwischen prozeduralem Legitimationstyp bei *Habermas* und systeminternen Reflexionsstrukturen bei *Luhmann* herstellen. Unsere These ist, daß einerseits Reflexion in gesellschaftlichen Teilsystemen erst gelingen kann, wenn Demokratisierungsprozesse in diesen Teilsystemen diskursive Strukturen herstellen, und daß andererseits die primäre Funktion von Demokratisierung gesellschaftlicher Teilbereiche nicht in Partizipationssteigerung oder Machtneutralisierung liegt, sondern in der systeminternen Reflexion auf gesellschaftliche Identität. Reflexive Rechtsstrukturen vermögen in diesem Kontext eine nicht unwesentliche Rolle zu spielen. Wir stoßen hier auf komplementäre Begriffe von reflexiver Rationalität des Rechts: Während die neo-funktionalistische Theorie auf eine neuartige Selbst-Beschränkung des Rechts hinführt, verweist die Kritische Theorie auf ein wichtiges Potential reflexiven Rechts, interne demokratische Prozesse in sozialen Subsystemen über Verfahren und Organisation zu fördern.

Was eine solche *rechtliche Selbst-Beschränkung* bedeuten kann, wird klarer, wenn man die oben erwähnte Typologie möglicher Orientierungen – Funktion, Leistung, Reflexion – auf das Rechtssystem anwendet. Als Funktion des Rechts kann formuliert werden, daß es für die Gesellschaft normative Strukturen in Form von kongruent generalisierbaren Erwartungen bereitstellt¹³¹. Die Leistungen des Rechtssystems hingegen bestehen darin, Konflikte zu regulieren, die in anderen sozialen Systemen als nicht mehr mit systemeigenen Mitteln lösbar erscheinen. Beide Orientierungen überschneiden sich natürlich, aber sie können einander deutlich widersprechen. Die Produktion kongruenter Generalisierung mag nicht ausreichen, um Regeln für konkrete Konfliktlösungen bereitzustellen. Umgekehrt mag das Rechtssystem im Laufe seiner Konfliktlösungen Regeln entwickeln, die sich als nicht kongruent generalisierbar erweisen. Die Rolle rechtlicher Reflexion muß dann darin bestehen, das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsfunktion und Rechtsleistung zu entschärfen, indem sie den inneren Kapazitäten des Rechtssystems Beschränkungen auferlegt.

Unter modernen Bedingungen – so kann man vermuten – wird das im wesentlichen bedeuten, daß das Recht seine Leistung in bezug auf andere Sozialsysteme einschränken muß. Statt umfassender Konfliktregulierung in allen möglichen Sozialkontexten im Sinne materialer Rechtsrationalität, die letztlich eine Selbstüberforderung des Rechts bedeuten, müßte Reflexion im Rechtssystem zu beschränkteren, abstrakteren, indirekteren Formen der sozialen Kontrolle führen.

Der entscheidende Punkt liegt in der *strukturellen Entsprechung von Rechtsnormierungen einerseits und den sozialen Regelungssituationen in gesellschaftlichen Subsystemen andererseits*. In den bekannten Materialisierungsprozessen wurde auf dieses Verhältnis von „opportunity structure“ in der Gesellschaft und der „conceptual readiness“ des Rechts wenig Rücksicht genommen. Man tendier-

¹³¹ Luhmann, *Rechtssoziologie* 1, S. 94 ff.

te dazu, Regulierungstechniken auch dort zu benutzen, wo die Sozialstrukturen sich solchen Regulierungen kaum fügen. Aspekte des Erziehungssystems und der Sozialpolitik sind dafür schlagende Beispiele. Die aktuelle Kritik an Verrechtlichungstendenzen hat immer wieder aufs neue herausgearbeitet, daß materiale Rechtsprogramme als sozialstaatliche Steuerungsmedien Funktionsmodi, Rationalitätskriterien und Organisationsformen besitzen, die der lebensweltlichen Struktur der regulierten Sozialbereiche nicht angemessen sind, an ihr erfolglos auflaufen oder aber um den Preis ihres Erfolges diese zerstören¹³². In reflexiver Orientierung hingegen würde man die Regulierungskapazitäten des Rechts selbstkritisch prüfen, ehe man die Dynamik der „Verrechtlichung“ einleitet. Leitfrage wäre dann nicht länger, ob Sozialkonflikte bestehen, demgegenüber ein sozialkompensatorisches Recht „responsiv“ sein müßte. Vielmehr, ob in Sozialkonflikten eine „opportunity structure“ besteht, die Rechtsinterventionen erfolgversprechend erscheinen lassen und zwar erfolgversprechend in dem Sinne, daß sie nicht um den Preis effektiver Intervention gewachsene Sozialstrukturen irreversibel zerstören.

Worauf könnte nun eine solche Selbstlimitierung des Rechts hinauslaufen? Lassen sich plausible Aussagen darüber machen, in welche Richtung autonome Reflexion im Recht die Rolle des Rechtssystems gegenüber anderen Teilsystemen definiert?

Resultat solcher rechtlichen Reflexionsprozesse wäre nun nicht notwendig eine Politik der „de-regulation“, eine Re-formalisierung des materialen Rechts. Der rechtliche „self-restraint“ ging womöglich in ganz andere Richtung, nämlich das Recht darauf zu konzentrieren, strukturelle Voraussetzungen für selbstregulatorische Prozesse in anderen Sozialzusammenhängen zu schaffen. Dies bedeutet nicht nur rechtliche Garantien für Systemautonomie anderer Sozialsysteme. Solche Garantien sind zwar wichtig, erschöpfen aber nicht das Potential eines reflexiven Rechts. Es ist eher *Habermas'* Konzept einer *Demokratisierung gesellschaftlicher Teilsysteme*, das mit seiner Betonung prozeduraler Legitimation die Richtung angeben kann, auf die reflexives Recht sich hinentwickeln mag. In seiner Kritik an Verrechtlichungsprozessen im Sozialstaat hat *Habermas* die schon oben erwähnte wichtige Unterscheidung zwischen Recht als „Medium“ und Recht als „Institution“ getroffen. Während Recht als sozialstaatliches „Medium“ der Gesellschaftsteuerung die kommunikativen Strukturen des verrechtlichten Handlungsbereichs zu verletzen droht, kann Recht als „Institution“ kommunikative Strukturen unverletzt lassen, ja, sie sogar rechtlich fördern, wenn es sich auf die – wie *Habermas* sagt – „äußere Verfassung“ des kommunikativ strukturierten Sozialbereichs beschränkt. Recht als „äußere Verfassung“ muß Verfahren der Konfliktregulierung ermöglichen, die den Strukturen verständigungsorientierten Handelns angemessen sind: „diskursive Willensbildungs-

¹³² Vgl. zahlreiche Beiträge in Voigt, *Verrechtlichung*, die für verschiedene Politikbereiche die ambivalenten Folgen der Verrechtlichung untersuchen. Die Kritik ist aufgenommen und theoretisch verarbeitet bei *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns* 2, S. 522 ff. und *Luhmann*, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, S. 94 ff.

prozesse und konsensorientierte Verhandlungs- und Entscheidungsverfahren“¹³³. Genau dies trifft unser Verständnis der gesellschaftlichen Leistungen eines „reflexiven“ Rechts: die äußere Verfassung für Prozesse der Selbstreflexion in anderen Sozialbereichen zu normieren. Denn zur Herstellung prozeduraler Legitimität, die in unterschiedlichen Sozialkontexten auch unterschiedliche Organisationsformen von „Diskursen“ benötigt, kann Recht nicht unwesentliche Beiträge leisten. Das Rechtssystem kann Normierungen für Verfassungen, Verfahren, Organisation und Kompetenzen entwickeln, die andere Sozialsysteme als Voraussetzung demokratischer Selbst-Organisation und Selbst-Regulierung benötigen. Anstatt, wie es unter materialer Rechtsrationalität tendenziell geschieht, die Funktionen anderer Sozialsysteme autoritativ zu definieren, beziehungsweise deren Input- und Output-Leistungen rechtlich zu regulieren, müßte das Recht nun seine Aufmerksamkeit auf solche Mechanismen richten, *die systematisch ihrerseits Reflexionsstrukturen innerhalb anderer Subsysteme fördern*.

Der wesentliche Punkt in diesem Zusammenhang ist die subsystemspezifische Fassung der allgemeinen Diskurs-Theorie. Ebenso wie es unmöglich ist, durch zentralisierte politische Entscheidungsprozesse eine funktional differenzierte Gesellschaft normativ zu integrieren, ist es unmöglich, für subsystemspezifische Reflexionsprozesse eine universelle Rechtfertigungsstruktur, eine generelle Diskursmoral, ein allgemeingültiges Entscheidungsverfahren zu entwickeln. Reflexionsprozesse im Wirtschaftssystem bedürfen prinzipiell anderer „subsystemadäquater“ Normierungen von Verfahren und Organisation als etwa im Erziehungssystem – und entsprechend bedarf es anderer subsystemadäquater Leistungen eines reflexiven Rechts¹³⁴. Recht müßte sich dann darauf beschränken, demokratische selbstregulatorische Mechanismen zu installieren, zu korrigieren und zu redefinieren, und würde gerade nicht die Gesamtverantwortung für soziale Ergebnisse übernehmen. Die technischen Mittel, die das Rechtssystem hierzu einsetzte, wären ihrerseits reflexiv¹³⁵. Im Rechtssystem fällt man nicht die faktische Entscheidung selbst, sondern entscheidet nur über Entscheidungsprämissen. Kurz, unsere These ist: *Ein responsives Recht realisiert seine eigene reflexive Orientierung, indem es strukturelle Voraussetzungen für Reflexionsprozesse in anderen*

¹³³ Habermas, *aaO.*, S. 535 ff.

¹³⁴ In der Argumentationstheorie ist dies besonders von Toulmin herausgearbeitet worden. Er differenziert Argumentationsstrukturen nach sozialen Handlungsfeldern, Stephen Toulmin, Richard Rieke, Allan Janik, *An Introduction to Reasoning* (New York: McMillan 1979). Für den subsystemspezifischen Fall des Rechtssystems selbst vgl. Tendenzen in dieser Richtung bei Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (Frankfurt: Suhrkamp, 1978), S. 259 ff. Dies trifft sich mit parallelen Überlegungen im Rahmen der Modelltheorie, die sich mit systemspezifischer Selektivität von „inneren Modellen“ befassen, vgl. Herbert Stachowiak, *Allgemeine Modelltheorie* (New York: Springer, 1973), S. 40 ff.; für den Fall des Rechtssystems Teubner, „Generalklauseln als sozio-normative Modelle“, S. 13 ff.

¹³⁵ Eine intensivere Diskussion der Begriffe Reflexion und reflexiver Mechanismen bei Luhmann, „Reflexive Mechanismen“ und „Selbstthematisierung des Gesellschaftssystems“; „Identitätsgebrauch in selbstsubstitutiven Ordnungen, besonders Gesellschaften“, in *Soziologische Aufklärung* 3 (Opladen: 1981), S. 178 ff.

Sozialsystemen schafft. Genau dies trifft das Verständnis einer integrativen Funktion des „responsive law“.

4. Eine neue rechtliche Selbstbeschränkung: Entwicklungschancen im modernen Privatrecht

Sicherlich, das „Ergebnis“ unserer bisherigen Überlegungen ist rein hypothetischer Natur. Daß responsive Recht sich in Richtung auf materiale und auf reflexive Rationalität hinentwickelt, und daß deren Potential sich unter Bedingungen einer post-modernen Gesellschaft nur unterschiedlich realisiert, dies sind Hypothesen, die wir durch selektive Ausbeutung dreier Gedankenkonstrukte aus unterschiedlichen Theoriekontexten gewonnen haben. Die Kombination „interner“ rechtlicher Variablen (Theorie des „responsive law“) mit „externen“ gesellschaftlichen Variablen (Theorien der postmodernen Gesellschaft aus dem Kontext des Neo-Funktionalismus bzw. der Kritischen Theorie) ergab ein Modell gesellschaftlich-rechtlicher Entwicklung, in dessen Rahmen die These aufgestellt wurde, daß „responsives“ Recht nur dann auf die Herausforderungen einer post-modernen Gesellschaft angemessen antworten kann, wenn es sich in Richtung auf „reflexive“ Rationalität entwickelt. Kein Zweifel, daß solch eine Hypothese, die auf spekulativen (und deshalb fragwürdigen) theoretischen Annahmen aufbaut, harte empirische Tests durchlaufen müßte, ehe sie irgendeine „Validität“ beanspruchen könnte. Dennoch mag es sinnvoll sein, die Realitätsentsprechungen unseres Modells wenigstens zu illustrieren, dadurch, daß wir auf solche rechtliche Tendenzen hinweisen, in denen man „reflexive“ Entwicklungschancen vermuten kann. Freilich muß man bei einem solchen Vorgehen von vornherein einräumen, daß die „fallacy of misplaced concreteness“ eigentlich unvermeidlich ist.

Vertragsrecht soll wieder als Beispiel dienen. Die bekannte Entwicklung der „socialization of contract“ durch öffentliche Inhaltskontrollen drückt offensichtlich den Trend zu einer materialen Rationalität aus¹³⁶. Gesetzliche Definitionen von Minimalbedingungen und richterliche Inhaltskontrollen sind die wesentlichen Kennzeichen einer Materialisierung des Vertragsrechts. Die Kapazitätsgrenzen dieser Vorgehensweise, in der staatliches Recht wieder die politische Verantwortung für unzählige Teilsystemordnungen übernehmen muß, werden heute sichtbar¹³⁷. Ein Ausweg liegt nun möglicherweise in abstrakteren, indirekteren Steuerungstechniken des Rechts. Im kollektiven Arbeitsrecht sind solche abstrakteren Kontrolltechniken entwickelt worden, in denen sich „reflexive“ Chancen ausmachen lassen. Ohne den Schwerpunkt auf konkrete Inhaltskontrollen zu setzen, tendiert dort das staatliche Recht dahin, kollektive Vereinbarun-

¹³⁶ Z. B. Wolfgang Friedman, *Law in a Changing Society* (Berkeley: University of California Press, 1959), S. 90 ff., 106 ff.

¹³⁷ Dies wird gerade von Autoren sehr deutlich gesehen, die selbst emphatisch für eine De-formalisierung des modernen Rechts plädiert haben, vgl. Wiethölter, „Entwicklung des Rechtsbegriffs“.

gen nur dadurch indirekt zu steuern, daß es auf die innere Organisation der Tarifverbände Einfluß nimmt, ihre rechtliche Anerkennung von bestimmten Strukturvoraussetzungen abhängig macht, Verfahrensnormen für das Verhandlungssystem und kampfbweise Auseinandersetzung entwirft, die Kompetenzen der kollektiven Akteure ausweitet oder einschränkt. Dadurch wird nicht nur versucht, über eine Balancierung ihrer Verhandlungsmacht indirekt die Qualität der Verhandlungsergebnisse zu steuern. Wichtiger als die Neuarrangements von sozialer Macht mit Mitteln des Rechts sind Rechtsstrategien, die darauf abzielen, die „öffentliche Verantwortung“ der konfligierenden Parteien im industriellen Konflikt zu erhöhen. Nicht gemeint sind hier die eher naiv anmutenden Versuche, durch explizite Normierung einer „Gemeinwohlklausel“ den Tarifpartnern oder dem Tarifsysteem als solchem eine öffentliche Verantwortlichkeit auferlegen zu wollen. Die Entwicklung von „Reflexionsstrukturen“ im industriellen Konfliktssystem, von Strukturen also, in denen die gesellschaftlichen Folgen ins Handlungskalkül aufgenommen werden, ist eher von einer institutionellen Beeinflussung von Organisationsgröße und inneren Organisationsstrukturen zu erwarten. Vergleichende empirische Studien stützen bis zu einem gewissen Grad die Vermutung, daß die gesellschaftsweiten Effekte innerhalb der Entscheidungsprozesse des Tarifsystems in einem größeren Ausmaß „reflektiert“ zu werden pflegen, wenn das kollektive Arbeitsrecht ein zentralisiertes „Industriegewerkschaftssystem“ im Gegensatz zu einem dezentralisierten „shop steward“-System mit berufsmäßig orientierten Gewerkschaften systematisch favorisiert¹³⁸.

Sicherlich kann das kollektive Arbeitsrecht kein Muster für eine universelle Anwendung im Vertragsrecht abgeben. Entsprechende Bemühungen auf anderen Gebieten, ein auf Gegenmacht basierendes Verhandlungssystem zu installieren, haben sich als nur bedingt entwicklungsfähig erwiesen, so besonders auf dem Gebiet des Verbraucherrechts¹³⁹. Jedoch mögen funktionale Äquivalente darin gefunden werden, daß mit staatlich-rechtlicher Hilfe „künstlich“ autonome öffentliche Institutionen geschaffen werden, die Verbraucherinformationen liefern oder die Verbraucherinteressen für ihre wirtschaftlich-politische Repräsentation wirksam organisieren (vgl. als erste Ansätze in dieser Richtung z. B. Stiftung Warentest, Verbraucherzentralen, öffentliche Verbrauchervertretungen)¹⁴⁰. Auch hier bestünde die Rolle des staatlichen Rechts nicht in materialer Regulierung von Marktprozessen, sondern in prozeduraler und organisationaler Vorstrukturierung von „autonomen“ sozialen Prozessen. Über die Anordnung von Organisa-

¹³⁸ Wolfgang Streeck, P. Seglow, P. Bayley, *Railway Unions in Britain and West Germany. Structural Sources of Crossnational Differences and Similarities* (Berlin: Wissenschaftszentrum, 1978); Streeck, „Gewerkschaftsorganisation und industrielle Beziehungen“, in Joachim Matthes, (ed.), *Sozialer Wandel in Westeuropa*, (Frankfurt: Campus, 1979), S. 206 ff.; Manfred Groser, „Stabilität und Wandel im System der Arbeitsbeziehungen“, *Politische Vierteljahresschrift* 20 (1979), S. 258 ff.

¹³⁹ Dieter Hart und Christian Joerges, „Verbraucherrecht und Marktökonomik“ in Assmann u. a., *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, S. 83 ff.

¹⁴⁰ Vgl. Joerges, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, S. 133, mit Hinweis auf entsprechende amerikanische Programme.

tionsnormen zwingt das Recht hochspezialisierte, einseitig ausgerichtete Institutionen, widersprüchliche Anforderungen ihrer gesellschaftlichen Umwelten in das eigene Entscheidungskalkül aufzunehmen.

Die Konsequenzen einer solchen verbraucherrechtlichen Perspektive, die die Schwächen eines rechtlichen Interventionismus überwinden könnte, werden von Joerges folgendermaßen gekennzeichnet: „Das Recht hätte dann nicht autoritativ darüber zu befinden, was das Verbraucherinteresse ‚ist‘; es könnte sich damit begnügen, Kompetenzen für die Artikulation von Verbraucherinteressen zu bestimmen und deren Wahrnehmung zu sichern. Der Justiz fiel dann nicht die Aufgabe zu, eigene Zweckprogramme zu entwickeln, oder Zielkonflikte zwischen konkurrierenden Politiken zu entscheiden; sie könnte sich damit begnügen, Koordinationsprozesse zu gewährleisten und Einigungen zu erzwingen“¹⁴¹.

Gerade das Verbraucherrecht, aber auch andere Bereiche des Vertragsrechts zeigen, daß die Technik der „externen Dezentralisierung“, in der wir reflexive Entwicklungschancen vermutet haben, dann versagt, wenn soziale Macht- und Informationsasymmetrien die rechtliche Fernsteuerung von autonomen selbstregulatorischen Prozessen zur Farce machen. Kann das Recht dann in sich selbst „reflexive“ Strukturen ausbilden, die kompensatorisch wirken? Eine etwas gewagte Vermutung geht dahin, daß solche „reflexive“ Entwicklungschancen im Recht der Generalklauseln bestehen. Am Beispiel der Generalklausel von „Treu und Glauben“ kann gezeigt werden, daß sie nicht notwendig als ein Instrument der „Verstaatlichung“ des Vertragsrechts, also des richterlichen Interventionismus im Sinne eines materialisierten Rechts, interpretiert werden muß, wie es gemeinhin geschieht, sondern eher als ein Instrument der „Vergesellschaftung“ des Vertrages¹⁴². Damit ist gemeint, daß die Generalklausel dazu benutzt wird, die Abhängigkeit vertraglicher Erwartungsstrukturen von vielfältigen nicht-konsensualen gesellschaftlichen Steuerungsmechanismen sichtbar zu machen und diese vertragsintern zu koordinieren. Widersprüchliche gesellschaftliche Anforderungen werden von verschiedenen Ebenen an die Vertragsbeziehung gestellt – von der Interaktionsebene der Vertragspartner, von der Institutionenebene von Markt und Organisation, von der gesamtgesellschaftlichen Ebene des Zusammenspiels von Politik, Wirtschaft, Recht. Diese Anforderungen zu kompatibilisieren bezeichnet die Konkretisierungsaufgabe der Generalklausel. Der „reflexive“ Charakter eines solchen Vorgehens zeigt sich in der Notwendigkeit der rechtsinternen Simulation von autonomen gesellschaftlichen Prozessen. Auf der Interaktionsebene heißt dies, daß eine Verweisung auf informelle Verhaltenserwartungen in Frage steht, daß aber bei richterlich diagnostizierten „Interaktionsversagen“ objektive Vertragszwecke und Verhaltenspflichten von Rechts wegen definiert werden. Entsprechend geht es auf der Institutionsebene darum, daß bei „Marktversagen“ die bloße rechtliche Übernahme von „Verkehrssitten“ und „Handels-

¹⁴¹ Christian Joerges, „Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts“ (Typskript 1982), S. 22 f.

¹⁴² Eine detaillierte Ausarbeitung dieses Ansatzes bei Gunther Teubner, in *Alternativ-Kommentar BGB*, Bd. 2, (Neuwied: Luchterhand 1980), § 242, 18 ff.

bräuchen“ ersetzt wird durch die Formulierung eines richterlichen Marktverhaltensrechts, durch die autoritative Formulierung von Aufklärungspflichten und professionellen Standards. Auf gesamtgesellschaftlicher Ebene verweist die Generalklausel auf die in Rechtsnormen verbindlich definierte „Politik des Gesetzes“. Bei einem „Versagen“ der politischen Mechanismen aber bleibt es der richterlichen Entscheidung überlassen, wie im Einzelfall die „public policy“ zu formulieren ist. Die Logik dieses Vorgehens besteht darin, daß ein Defizit gesellschaftlicher Selbststeuerungsmechanismen in der Realität unterstellt wird und daß die Generalklausel die Anweisung enthält, solche *sozialen Selbststeuerungsprozesse rechtssystemintern zu simulieren*. Daß eine solche Simulation ihrerseits Rationalitäts- und Legitimitätsdefizite aufweist, ja daß sie zum bloßen Moralappell an die billig und gerecht Denkenden verkommen kann, liegt auf der Hand. Eine offene Frage ist es, ob man die Qualität solcher rechtsinternen Außenweltmodelle in kognitiver und in prozeduraler Hinsicht verbessern kann. Ein „Entdeckungsverfahren Praxis“, verstanden als ein Kommunikations- und Lernprozeß zwischen „beteiligten Verkehrskreisen“, Verbandsorganisationen, staatlichen Aufsichtsämtern, Ministerialbürokratien, akademischen Rechts- und Sozialwissenschaften, mag in dieser Hinsicht eine sehr praktische Entdeckung sein¹⁴³.

Gesellschafts- und Unternehmensrecht mag als ein weiteres Beispiel dienen. Auch hier finden sich Tendenzen zu einer Materialisierung des vormals neutralen Formenrechts. Doch auch hier scheinen staatliche Regulierung und richterliche Kontrolle des „corporate behavior“ die Grenzen ihrer Kontrollkapazität zu erreichen, und das nicht nur wegen vordergründiger politischer Trendwenden, sondern aus strukturellen Gründen¹⁴⁴. Unser Ansatz würde nun nicht zu einer Verstärkung staatlicher Machtressourcen führen, sondern eher zu einer Umstellung auf abstraktere Kontrollmechanismen: Rechtsnormen zu entwerfen, die systematisch „Reflexionsstrukturen“ innerhalb des wirtschaftlichen Systems stärken. „Unternehmensverfassung“ und „neokorporatistische Verhandlungssysteme“ sind die einschlägigen Stichworte. Die offene Frage ist, ob sich solche Kontrollmechanismen dahin dirigieren lassen, daß sie als „corporate conscience“ effektiv fungieren, d. h. das Wirtschaftssystem bzw. die Unternehmung dazu zwingen, gesellschaftliche Außenkonflikte zu „internalisieren“. Und zwar in der Weise, daß interne Entscheidungsprozesse zugleich auch nicht-wirtschaftliche Interessen der Arbeitnehmer, der Verbraucher, der allgemeinen Öffentlichkeit berücksichtigen. Ist es völlig ausgeschlossen, daß ökonomische Zielstrukturen innerhalb der Unternehmung, die in den letzten Jahrzehnten schon erhebliche Wandlungen von Gewinnorientierung zu einer Wachstumsorientierung durchgemacht haben, sich erneut wandeln, so daß sie Probleme der ökologischen Balance in das Zielbündel effektiv mit aufnehmen? Und muß dies wirklich der Punkt

¹⁴³ Dazu Joerges, aaO. und in Wendung auf das Deliktsrecht Gert Brüggemeier, in *Alternativ-Kommentar BGB*, Bd. 3, 2. Auflage 1982, vor § 823, C.

¹⁴⁴ Renate Mayntz, „Regulative Politik in der Krise“ in Joachim Matthes, *Sozialer Wandel in Westeuropa*.

¹⁴⁵ Luhmann, „Differentiation of Society“, S. 39.

sein, „where the law ends“, um mit *Christopher Stone* zu sprechen¹⁴⁶, sondern ist dies nicht gerade der Punkt, an dem Recht eine institutionelle Chance erhält: die „reflexive“ Kontrolle wirtschaftlichen Verhaltens zu veranlassen, die externe soziale „troubles“ in organisationsinterne „issues“ für die Mikropolitik der Unternehmung zu transformieren geeignet ist?

Um es in diesem Zusammenhang zu wiederholen, die „Demokratisierung“ sozialer Institutionen wandelt hier ihre traditionelle Bedeutung¹⁴⁷. Weder Machtabbau noch Steigerung individueller Partizipation im emphatischen Sinne der „partizipatorischen Demokratie“ sind die vorrangigen Ziele, sondern die überlegte Planung von internen Organisationsstrukturen, die die Institutionen – Unternehmen, öffentliche Verbände, Gewerkschaften, Massenmedien, Erziehungseinrichtungen – sensibel machen gegenüber den sozialen Effekten, die ihre Strategie zur Maximierung ihrer spezifischen Rationalität auslösen. Hauptfunktion solcher reflexiver Binnenstrukturen wäre es, interventionistische Staatskontrollen durch effektive Binnenkontrollen zu ersetzen¹⁴⁸. Strukturelle Bedingungen für ein „organizational conscience“ zu schaffen, das die Balance zwischen Funktion und Leistung des Sozialsystems reflektiert, dies wäre in unserer Definition die integrative Rolle eines responsiven Rechts.

5. Einige Folgerungen für eine soziologische Jurisprudenz: Rechtliche Konstruktion sozialer Wirklichkeit

Diese Beispiele mögen die Bedeutung einer „reflexiven“ Orientierung des Rechts illustriert haben. Schon aus ihnen wird ersichtlich, welche Relevanz einem ihrer Teilaspekte zukommt: der „kognitiven Kompetenz“ des Rechts, die auch in der Theorie des „responsive law“ einen zentralen Platz einnimmt¹⁴⁹. Wenn die Annahme richtig ist, daß rechtliche Reflexion dadurch zu sozialer Integration beiträgt, daß sie zwischen Funktion und Leistung des Rechts vermittelt, dann sind die kognitiven Vorbedingungen solcher Selbstreflexion, besonders ihre „inneren Modelle der Wirklichkeit“, in ihrer Bedeutung kaum zu überschätzen. Die Relevanz solcher rechtssystemeigener Wirklichkeitsmodelle – die sowohl empirische, prospektive als auch operative Elemente umfassen – wird in der Rechtstheorie zunehmend anerkannt¹⁵⁰. Nur als Beispiel mag *Dworkin* angeführt werden, der

¹⁴⁶ Christopher Stone, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior* (New York: Harper, 1975).

¹⁴⁷ Dies bezieht sich auf neuere Diskussionen in der Demokratietheorie. Als zusammenfassende Darstellung der Entwicklungen zu normativen komplexen Demokratietheorien, die die Kontroverse zwischen elitistischer und partizipatorischer Theorie überwinden, vgl. Gunther Teubner, *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung* (Tübingen: Mohr, 1978), Kap. 3.

¹⁴⁸ Zu einer Detailanalyse im Falle der öffentlichen Verbände vgl. Teubner *aaO.*, Kap. 5 und 6.

¹⁴⁹ Nonet/Selznick, *Law and Society in Transition*, S. 78 ff., 104 ff., 112.

¹⁵⁰ Zur Modelltheorie im allgemeinen vgl. Lyndhurst Collins (ed.), *The Use of Models in Social Sciences* (Boulder: Westview Press, 1976); Herbert Stachowiak, *Allgemeine Modelltheorie*, (New York: Springer, 1973). In der Rechtstheorie vgl. Miguel Reale, „Pour une théorie des modèles juridiques“, Acts of the IV. International Congress for Philosophy,

die Konstruktion „politischer Theorien“ für notwendig hält, um in der Interaktion zwischen Normen und Prinzipien „hard cases“ zu entscheiden¹⁵¹. Allgemeiner gesprochen lassen sich „Modelle“ der sozialen Realität rekonstruieren, die Rechtsnormen, Gerichtsentscheidungen und dogmatischen Überlegungen regelmäßig zugrundeliegen, Modelle, die ihrerseits als kognitiver Hintergrund oder – um den hermeneutischen Ausdruck zu benutzen – als „Vorverständnis“ dienen, um rechtliche Entscheidungen anzuleiten¹⁵². Modelle des Vertrags, der Verbandsorganisation, der Unternehmung, der Beziehung von Staat und Gesellschaft etwa gehören zu solchen spezifisch rechtlichen Wirklichkeitskonstruktionen, die ganz erheblich von unserem Alltagsverständnis, aber auch von wissenschaftlichen Theoriekonstruktionen abweichen. Solche Abweichungen lassen sich systematisch auf den jeweiligen sozialen Kontext zurückführen: Um soziale Konflikte unter normativen Gesichtspunkten rechtsförmig entscheiden zu können, muß sich das Rechtssystem im strengen Sinne des Wortes eine rechtseigene Wirklichkeit konstruieren¹⁵³. In der Perspektive rechtlicher Konfliktlösung schafft sich das Recht buchstäblich seine eigene Welt, indem es hochselektive Modelle der Wirklichkeit abstrahiert und dabei viele seiner „relevanten“ politischen, sozialen oder ökonomischen Elemente systematisch vernachlässigt.

Offensichtlich müssen solche Modellkonstruktionen mit der gesellschaftlich-rechtlichen Entwicklung zugleich variieren, und es stellt sich die Frage nach den Entsprechungen von Modelltypen und Typen rechtlicher Rationalität. Wenn schon Materialisierungsprozesse das Formalrecht gezwungen haben, seine Wirklichkeitssicht drastisch zu verändern, welche Art von Modellkonstruktion wird dann von reflexiver Rechtsorientierung gefordert?

Die soziologische Revolution im Recht (sociological jurisprudence, Freirechtsschule, Interessenjurisprudenz) sollte als das methodologische Gegenstück zu den Materialisierungsprozessen des Formalrechts gesehen werden¹⁵⁴. Sie attackierte den Rechtsformalismus nicht nur wegen seiner „Begriffsjurisprudenz“, wie es ihrem Selbstverständnis entsprach, sondern gerade wegen seiner rechtlichen Konstruktion der Wirklichkeit. Formale Rechtsrationalität hatte auf einer autonomen rechtswissenschaftlichen Konzeptualisierung der Welt bestanden; „ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen“ waren nach dem bekannten

1970, Vol. 5, S. 144 ff.; Teubner, „Generalklauseln als sozio-normative Modelle“, S. 13 ff.; Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, S. 130 ff.; für die Gesetzgebungswissenschaft Werner Maihofer, „Gesetzgebungswissenschaft“ in Günther Winkler u. a. (ed.), *Gesetzgebung* (Wien: Springer, 1981).

¹⁵¹ Ronald Dworkin, „Hard Cases“ in *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), S. 81 ff., 90 ff.

¹⁵² Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl* (Frankfurt: Athenäum, 1970).

¹⁵³ Peter Berger und Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality* (Garden City: Doubleday, 1966).

¹⁵⁴ Etwa Roscoe Pound, „The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence“, *Harvard Law Review* 24 (1910/11), S. 591 ff.; 25 (1911/12), S. 140 ff., 489 ff.; „A Survey of Social Interests“, *Harvard Law Review* 57 (1943/44), S. 1 ff.; Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (Bad Homburg: Athenäum, 1968).

Windscheid-Zitat nicht Aufgabe des „Juristen als solchem“¹⁵⁵. Demgegenüber führte die Re-Materialisierung des Rechts zu einer Verwissenschaftlichung seiner Wirklichkeitsmodelle exakt in dem Sinne, wie „sociological jurisprudence“ es forderte¹⁵⁶.

Ein solcher Typ soziologischer Jurisprudenz ist jedoch an materiale Rechtsrationalität auch in ihrer Krise gebunden, die wir im Kontext von Neo-Funktionalismus und Kritischer Theorie analysiert haben. Wenn eine solche methodologische Orientierung Ernst machen sollte, dann müßte sie in der Lage sein, hochkomplexe Wirklichkeitsmodelle zu entwickeln, die sozialwissenschaftliches Wissen in einem solchen Ausmaß voraussetzen und inkorporieren, daß das Recht die Verantwortung für umfassende Planungsprozesse übernehmen könnte. Juristische Analysen müßten dann in veritable „social policy“-Analysen überführt werden, die von einer adäquaten Situationsanalyse, über die Definition von Zielzuständen, die Auswahl von Normen als geeignete Mittel bis hin zu ihrer Implementation in der Sozialwirklichkeit führen müßten¹⁵⁷. Offensichtlich würde die hierfür erforderliche Komplexität von Modellen, wenn dies Vorgehen Aussicht auf Erfolg haben sollte, die kognitive Kompetenz jedes heute existierenden Rechtssystems überfordern, selbst wenn es auf gründlichen interdisziplinären Analysen aufbaute¹⁵⁸.

Es scheint, als benötigte soziologische Jurisprudenz – parallel zu bestimmten Entwicklungen in der Entscheidungstheorie – ein Konzept der „bounded rationality“, um arbeitsfähige Wirklichkeitsmodelle konstruieren zu können¹⁵⁹. Wieder mag es die Rolle von rechtlichen Reflexionsprozessen sein, eine neue rechtliche Selbst-Beschränkung zu definieren, diesmal im Zusammenhang des juristischen Zugriffs auf Sozialwirklichkeit. Eine reflexive Rationalität des Rechts erforderte, daß das Rechtssystem sich als ein System in einer Umwelt begreift¹⁶⁰, um seine eigenen Kapazitätsgrenzen in der Regulierung anderer Sozialsysteme zu erkennen. Und dies erforderte ein Verhältnis von Rechtswissenschaft zu Sozialwissenschaft, das weder durch „Rezeption“ noch durch „Abschottung“ angemessen erfaßt wird, sondern nur als „Übersetzung“ sozialwissenschaftlichen Wissens von einem Sozialkontext zum anderen nach bestimmten Übersetzungsregeln, d. h. nach bestimmten rechtseigenen Selektivitätskriterien¹⁶¹. Wenn

¹⁵⁵ Bernhard Windscheid, „Die Aufgaben der Rechtswissenschaft“ in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (Leipzig: Duncker und Humblot, 1904), S. 101.

¹⁵⁶ Zur Verwissenschaftlichung des Rechts repräsentativ Hubert Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* (Frankfurt: Fischer, 1973).

¹⁵⁷ Vgl. die Kritik am „Rationalmodell“ der Sozialpolitik bei Charles E. Lindblom und David K. Cohen, *Usable Knowledge. Social Science and Social Problem Solving* (New Haven: Yale University Press, 1979), S. 30 ff.

¹⁵⁸ Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, S. 31 ff.

¹⁵⁹ Herbert Simon, *Administrative Behavior* (New York: Free Press, 1976); James G. March und Herbert Simon, *Organizations* (New York: Wiley, 1966).

¹⁶⁰ Luhmann, „Selbstreflexion des Rechtssystems“, S. 161 ff.; Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, S. 333 ff.

¹⁶¹ Teubner, „Generalklauseln als sozio-normative Modelle“, S. 27 f.; zu einer detaillierten Anwendung der modelltheoretischen Vorstellungen anhand konkreter Rechtsprobleme vgl. Rainer Walz, *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung* (Hamburg: Decker, 1980).

unsere These richtig sein sollte, daß die integrative Aufgabe des Rechts darin besteht, Reflexionsprozesse in anderen Sub-Systemen systematisch zu fördern, dann ergeben sich hieraus bestimmte Beschränkungen für das erforderliche sozialwissenschaftliche Instrumentarium und für die rechtlichen Modellkonstruktionen. Beides unterscheidet sich deutlich von einem umfassenden Planungsrecht materialer Rationalität. *Reflexives Recht müßte vorrangig soziales Wissen über selbstregulatorische Prozesse in unterschiedlichen Sozialkontexten verarbeiten – und neu entwickeln.* Umfassende Modelle einer rechtlichen „social policy“ würden dann abgelöst von Modellen, die rechtlich-soziologische Analysen mit Interaktionsprozessen zur Lösung von Sozialproblemen kombinierten .

Résumé/Summary

Droit réflexif: Les efforts les plus complets visant à développer une nouvelle approche de l'évolution du droit se trouvent dans les œuvres de *Nonet* et *Selznick* aux États Unis et dans les travaux de *Habermas* et *Luhmann* en Allemagne. Ces théories neo-évolutionnistes identifient certaines phases de développement du droit, illustrent la progression d'une phase à l'autre et fournissent des futurs explicatifs des mécanismes de transition ainsi observés. Alors que toutes ces théories traitent d'un problème commun la crise de la rationalité formelle du droit, elles révèlent des différences sensibles lorsqu'elles abordent la question de l'émergence d'une rationalité post-moderne du droit. Dans cet article, l'auteur tente d'approcher ce phénomène en décomposant les modèles neo-évolutionnistes et en les restructurant d'une manière différente. C'est dans un modèle intégrant de la co-variation socio-légale que l'auteur identifie un type émergent de structures légales, nommé «droit réflexif». La conception est alors développée par la mise en évidence des futurs expliquant comment la dynamique interne de l'évolution légale (*Nonet* et *Selznick*) est appelée à se développer dans le cadre des transformations sociales contemporaines (*Habermas* et *Luhmann*). La thèse centrale est qu'une orientation réflexive du droit constitue une nouvelle auto-restriction du droit. Plutôt que d'assumer une responsabilité totale pour les effets des procès sociaux, le droit réflexif se restreint à l'établissement, l'aménagement et la formulation nouvelle des mécanismes démocratiques auto-régulateurs dans les subsystemes sociaux.

Reflexive law: The most comprehensive efforts to develop a new evolutionary approach to law are found in the work of *Nonet* and *Selznick* in the United States, and *Habermas* and *Luhmann* in Germany. These neo-evolutionary accounts seek to identify different types of law, show the progression from one type to the other, and explain the processes of transition. While they all are concerned with a common problem – the crisis of formal rationality of law – they differ drastically in their account of an emerging post-modern rationality of law. The author tries to approach this phenomenon by decomposing the diverse neo-evolutionary models and restructuring them in a different way. In

a comprehensive model of socio-legal co-variation, the author identifies an emerging kind of legal structure which he calls "reflexive law". The development of this concept arises from the effort to explain how the internal dynamics of legal development described by *Nonet* and *Selznick* is likely to play itself out in the environment of societal transformation which form the basis of the theories developed by *Habermas* and *Luhmann*. The central thesis is: A reflexive orientation of law leads to a new legal self-restraint. Instead of taking a regulatory responsibility for the outcome of social processes, reflexive law restricts itself to the installation, correction and re-definition of democratic self-regulatory mechanisms.