

Napoleons verlorener Code

Eigendynamik des Rechts als politisches Problem

von
GUNTHER TEUBNER

I.

„Mon code est perdu!“ – hat bekanntlich Napoleon verzweifelt ausgerufen als er erfuhr, daß entgegen seinen Instruktionen Juristen damit begonnen hatten, den code civil nach den Regeln der Kunst zu interpretieren. Die Eigendynamik des Rechts, so fühlte er intuitiv, würde seinen code pervertieren, wenn nicht zerstören. In der Tat, zur Zeit der großen Kodifikationen (Preußen 1794, Frankreich 1804, Österreich 1811) unternahm der politische Gesetzgeber den paradoxen Versuch, die Gesellschaft durch Recht zu verändern und zugleich das Recht und die Juristen auszuschalten (siehe Wieacker, 1967: 322 ff.). Sie schnitten Gewohnheitsrecht und *jus commune* zurück, sie installierten Gesetzgebungskommissionen, um politischen Einfluß auf die Entwicklung der Kodifikationen zu sichern; in Preußen gingen sie gar soweit, ausdrücklich zu verbieten, das Recht durch Präzedenzen, Kommentare und „gelehrte Spitzfindigkeiten“ zu interpretieren. Offensichtlich nahmen sie die Eigendynamik des Rechts als ein politisches Problem wahr. Die obskuren Interna des Rechtsbetriebs wurden als Hindernis für eine rationale Neu-Konstruktion der Gesellschaft angesehen. Zugleich hielten die Gesetzgeber sich für fähig, dies Problem einer rechtlichen Eigendynamik durch politische Regulierung aus der Welt zu schaffen: man brauchte nur die Rechtskodifikation zu entrechtlichen.

Die gegenwärtige Verrechtlichungsdiskussion (Voigt 1980, 1983, 1984, 1986a, 1986b; Kübler, 1984; Teubner, 1987c) thematisiert das moderne Pendant zu Napoleons verlorenem code. Vom Verlust bedroht sind heute die politischen Ziele gesellschaftlicher Regulierung, wenn sie in Rechtsprogramme übersetzt und in die komplexe Rechtsmaschinerie eingespeist werden. Jedoch haben Napoleons Sorgen inzwischen eine subtile Bedeutungsverschiebung durchgemacht. In der

gegenwärtigen Debatte um Regulierungsversagen wird nicht der Rechtsbetrieb, sondern das Implementationsfeld als das zentrale Problemgebiet gekennzeichnet (Mayntz, 1980, 1983; Sabatier/Mazmanian, 1980: 538; Windhoff-Heritier, 1980). Dem Implementationsfeld wird eine Eigendynamik zugeschrieben, die der Regulierungspolitik Schwierigkeiten bereitet. Es wird ein „mismatch“ zwischen politischen Zielen und sozialer Eigendynamik diagnostiziert, dem man mit „congruency“-Strategien, die politische Programme, Regulierungsinstrumente und Sozialstrukturen aufeinander abstimmen sollen, abzuhelfen trachtet (Nonet/Selznick, 1978: 106; Mitnick, 1980: 337 ff.; Breyer, 1982: 161; Mayntz, 1983: 15; Stewart, 1988).

Das kann jedoch nicht heißen, daß Napoleons ursprüngliche Sorgen heute unbegründet wären. Im Gegenteil, der Rechtsbetrieb leistet auch heute mit seiner Eigendynamik der politischen Regulierung der Gesellschaft erheblichen Widerstand. Widerstand wird nicht nur von seiten der dogmatischen Eigenlogik des Rechts, von eigensinnigen Normen, Prinzipien und Theorien geleistet, auch nicht nur von vorgeprägten Einstellungen der Juristen und ihren Machtressourcen als Profession. Vielmehr liegt die Hauptquelle des Widerstandes in der Eigendynamik des „law in action“, als eines autonomen Interaktionsprozesses von Klienten, Profession und formaler Organisation.

Um dieser Eigendynamik des Rechts begrifflich auf die Spur zu kommen, schlage ich vor, den Begriff der Eigendynamik im Kontext von Selbstreferenz und Autopoiese neu zu formulieren. Was gewinnt man, wenn man die Theorie selbstreferentieller Systeme, wie sie von Maturana (1982), von Förster (1984b) und Luhmann (1984) entwickelt wurde, dazu benutzt, die Eigendynamik des Rechts gegenüber den Regulierungsabsichten der Politik zu analysieren?

Ich gebe meine Antwort in den folgenden drei Thesen:

1. Eigendynamik sollte nicht – wie es häufig geschieht – mit dem Phänomen der nicht-intendierten Folgen verwechselt werden. Ebenso wenig ist Eigendynamik mit nicht-teleologischen Prozeßen oder mit endogener Verursachung gleichzusetzen. Stattdessen sollte Eigendynamik als eine spezifische Erscheinungsform von Selbstreferenz definiert werden.

2. Innerhalb der Klasse selbstreferentieller Phänomene läßt sich Eigendynamik deutlich von elementarer Selbstreferenz, struktureller Autonomie und von Autopoiese abgrenzen. Von Eigendynamik im strengen Sinne sollte man nur sprechen, wenn Prozesse (und nicht

Elemente, Strukturen oder Systeme) selbstreferentiell werden. Reflexivität von Prozessen, hyperzyklische Kopplung und das Zusammenspiel von evolutionären Filtermechanismen sind prominente Fälle von Eigendynamik.

3. Die Eigendynamik des Rechtssystems in diesem Sinne, die regulatorischer Politik Widerstand entgegensetzt, ist im Zusammenspiel von Prozessen der Konfliktregulierung und von blinder Evolution von Rechtsnormen zu finden. Dies setzt einen sich selbst beobachtenden Prozeß in Bewegung, der unvermeidlich politische Regulierungsziele verfälscht. Nur in begrenztem Ausmaß kann über die Installation von spezialisierten Organisationen, über das Eindringen politischer Zwecke in das Recht und über die Verrechtlichung regulatorischer Politik diese rechtliche Eigendynamik politisch kontrolliert werden.

Wenn ich solche Thesen in einem Werner Maihofer gewidmeten Beitrag vertrete, dann muß ich gleich doppelt um Nachsicht bitten. Gegenüber dem Ausspannen juristischer Zwirnsfäden hat sich Werner Maihofer, dem es um politische Gestaltung und um den Bau von Institutionen geht, stets mit einer gewissen Ungeduld verhalten. Wie kann man einem stolzen „Noi si mura“ gegenüber pedantisch auf der Eigendynamik des Rechtssystems beharren! Die Geduld wird ein zweitesmal strapaziert, wenn der juristische Bedenkenträger seine Einwände überdies im Neudeutsch der Autopoiese vorträgt, einer Sprache, die auch bei Werner Maihofer im Ruf steht, nichts als blutleere Abstraktionen zu produzieren (Maihofer, 1986). Rechtfertigen, oder besser: entschuldigen, kann ich diese doppelte Geduldsprobe eigentlich nur mit der vagen Hoffnung, daß sie ein Stück dazu beiträgt, die Idiosynkrasien des Rechtsbetriebes, die ganze politische Reformprojekte zum Scheitern bringen können, ein wenig durchsichtiger zu machen.

II.

Wenn man an einem nicht bloß metaphorischen Gebrauch des Begriffs Eigendynamik interessiert ist, muß man sich von mancherlei Assoziationen der Alltagssprache lösen. Es dürfte noch einigermaßen leicht fallen, darin übereinzukommen, daß Eigendynamik gegenüber solch vagen Begriffen wie Verselbständigung, Ausdifferenzierung, Intransparenz oder Nicht-Steuerbarkeit von Ereignisketten eine ei-

genständige Bedeutung besitzt. Konsens ist aber schon schwieriger herzustellen, wenn es um Nicht-Intentionalität geht (Merton, 1936; Hoffmann-Nowotny, 1982). In der wissenschaftlichen Diskussion wird sehr oft Eigendynamik von Prozessen mit dem berühmten Phänomen der nicht-beabsichtigten Folgen intentionalen Handelns identifiziert (vgl. die Diskussion verschiedener Begriffsfassungen bei Mayntz/Nedelmann, 1987: 648 ff., 651). Ich halte dies für problematisch. Verknüpft man wie gemeinhin üblich Intentionalität mit der Sinnorientierung handelnder Subjekte, dann läßt sich das Kriterium der Intentionalität nicht mehr zur Unterscheidung sozialer Prozesse benutzen. Man würde damit auf die Trivialposition zurückfallen, daß jeder soziale Prozeß gegenüber den Intentionen der Akteure autonom ist und Eigendynamik würde letztlich nichts anderes als die Differenz zwischen psychischen und sozialen Phänomenen kennzeichnen. Darüberhinaus ist Intentionalität eher marginal bei eigendynamischen Prozessen. Diese laufen ohne Rücksicht auf parallele Absichten der Akteure ab. Schließlich ist Intentionalität als Kriterium für Eigendynamik zu eng. Nichtintendierte Folgen sind bestenfalls ein Sonderfall von Eigendynamik. Man müßte Eigendynamik ebenso als Kontrastphänomen zu exogener Verursachung, zu System und Umwelt übergreifenden Prozessen, zu externen Entwicklungstrends und anderen möglichen Formen der Heterodynamik ansehen.

Statt Eigendynamik mit dem Phänomen nichtbeabsichtigter Folgen zu identifizieren, sollte man besser beide Phänomene analytisch trennen und ihre Kovariationen studieren. Für den Fall des Rechts: Welchen Unterschied macht es für die Eigendynamik von Rechtsprozessen, wenn politisch-regulatorische Absichten explizit in die Rechtsargumentation eingeführt werden? Lassen sich Regulierungsabsichten identifizieren, die mit rechtlicher Eigendynamik eher kompatibel sind als andere?

Ähnliches gilt für den Zusammenhang von Eigendynamik und Zweckfreiheit. Es liegt nahe, eigendynamische Prozesse durch ihren nicht-teleologischen Charakter zu bezeichnen. Invisible-hand-Mechanismen, Filterprozesse und evolutionäre Trends wären wichtige Typen nicht-teleologischer Prozesse. Doch würde man mit einer solchen Begriffsfassung gerade eines der faszinierendsten Phänomene von Eigendynamik ausschalten: die Eigenlogik von systemintern konstituierten zielorientierten Prozessen, die gerade aus der Spannung von Ziel und Wirklichkeit der Ereignisketten resultiert.

So ist es gerade eines der ärgsten Hindernisse für politische Regelungen, wenn explizit zielorientierte Konfliktregulierung eigendynamisch aus dem Ruder läuft. Ein anderes Beispiel sind Prozesse im Rechtssystem, deren unkontrollierbare Eigendynamik daraus erwächst, daß explizit gesetzte Ziele kollidieren. Und schließlich: Verschwindet die Eigendynamik des Rechts schon dadurch, daß Rechtsinstitutionen loyal die politischen Regulierungsziele internalisieren? Aktuelle Beispiele einer rechtlichen policy-Orientierung sprechen eine andere Sprache. Ihre Wirkung bestand nicht etwa darin, rechtliche Eigendynamik unter politische Kontrolle zu bringen, sondern eher darin, eine andersartige Eigendynamik des Rechts auszulösen.

Was bleibt als Eigendynamik übrig, wenn wir nicht-intentionale und nicht-teleologische Prozesse ausscheiden? Ist die Innen/Außen-Unterscheidung, die Trennung von Prozessen innerhalb des Systems und solchen in der Umwelt mit dem Begriff angesprochen? Genauer, ist mit Eigendynamik endogene Verursachung im Unterschied zu exogener Verursachung gemeint? In der Rechtssoziologie wird in der Tat häufig die Autonomie von Rechtsprozessen durch das Ausmaß ihrer endogenen, also ihrer rechtssysteminternen Verursachung definiert. Theorien der relativen Autonomie des Rechts, die den relativen Grad der Abhängigkeit des Rechts von ökonomischen und politischen Prozessen thematisieren, definieren die „Relativität“ durch die folgende Zurechnung: In welchem Grad ist ein gegebenes Rechtsphänomen durch interne Faktoren, in welchem Grad durch externe Faktoren verursacht? So beschreibt etwa Lempert (1988: 11 ff.) ein autonomes Rechtssystem als „independent of other sources of power and authority in social life“. Autonomes Recht ist „influenced only by the pre-established rules of the legal system, ... it must be independent of society's other mechanisms of social control, uncontrolled by the political branches of government ... uninfluenced by the power and status differences that permeate social life.“ Vor allem aber ist die Autonomie des Rechts eine relative Sache, relativ zu dem Ausmaß, in dem Recht ein Eigenprodukt ist oder ein Produkt anderer Sektoren der Gesellschaft.

Von diesem Ausgangspunkt tendieren Rechtssoziologen zur Skepsis, wenn die Eigendynamik des Rechts behauptet wird (Friedman, 1985; Rottleuthner, 1988: 112 ff.). Dies scheint zu offensichtlich der unbestreitbaren Tatsache zu widersprechen, daß viele Rechtsphänomene, wenn nicht der gesamte Rechtsprozeß von externen Ursachen

beeinflusst sind. Eigendynamik des Rechts erscheint inkompatibel mit massiven Beeinflussungen des Rechts von seiten der Politik und der Wirtschaft. Allenfalls kann es sich bei der Eigendynamik des Rechts um ein sekundäres Randphänomen handeln (Friedman, 1985). Bedeutet Eigendynamik des Rechts nicht ein Wiederaufleben alter Vorstellungen von Rechtspositivismus? Handelt es sich hierbei nicht um eine neue Version der alten Autarkie des Rechts? Von solchen Befürchtungen scheinen Rechtssoziologen geplagt, wenn sie sich mit Konzepten der Eigendynamik des Rechts auseinandersetzen müssen (Blankenburg, 1984).

An dieser Stelle der Diskussion müßte man m.E. sehr viel deutlicher zwischen Eigendynamik und endogener Verursachung unterscheiden. Allen Autarkieverdächtigen zum Trotz – Eigendynamik impliziert gar nicht, daß alle Ursachen im System gesetzt sein müssen. Ja, es impliziert nicht einmal, daß alle relevanten Ursachen (wer oder was definiert die Relevanzkriterien?) oder daß die meisten Ursachen (wer oder was definiert die Schwellenwerte?) interner Natur sein müssen. Eigendynamik schließt überhaupt nicht die politische oder wirtschaftliche Beeinflussung des Rechts aus.

Ganz im Gegenteil, rechtliche Eigendynamik gründet sich erst darauf, daß die Umwelt Ursachen für interne Systemprozesse setzt, ja Eigendynamik benötigt, um in Bewegung gesetzt zu werden, exogene Ursachen. Natürlich muß man von einem Zusammenspiel externer und interner Ursachen sprechen. Aber das ist nicht der springende Punkt. Eigendynamik hat nichts mit dem Verhältnis von internen zu externen Verursachungsprozessen zu tun, sondern mit emergenten Systemeigenschaften! Eigendynamik bedeutet: Der Ereignisfluß in der materiellen, energetischen und kommunikativen Basis eines Systems wird dadurch neu organisiert, daß Prozesse in eine Beziehung der Selbstreferenz geraten und dadurch eine neue dynamische Einheit konstituieren. Im Kern bedeutet Eigendynamik Zirkularität von Prozessen (vgl. Boudon, 1979: 169 ff.; Masuch, 1985; Mayntz/Nedelmann, 1987).

Wenn man in dieser Weise auf einer deutlichen begrifflichen Trennung von prozessualer Zirkularität und endogener Verursachung besteht, dann heißt das nicht, daß sie für einander irrelevant wären. Vielmehr kann prozessuale Zirkularität als Hypothesengenerator für kausale Beziehungen dienen. Wenn Recht zirkulär organisiert ist, wenn das Recht wie andere eigendynamische Systeme nichts anderes

ist als ein „endloser Tanz interner Korrelationen in einem geschlossenen Netzwerk interagierender Elemente“ (Maturana, 1982: 28), dann müssen Modelle externer Verursachung sehr viel komplizierter gefaßt werden als das oben erwähnte Modell der „relativen Autonomie“ des Rechts. Dann muß man Vorstellungen linearer Kausalität aufgeben, wonach soziale Faktoren unmittelbar den Wandel des Rechts steuern. Die Logik von Stimulus-Response muß durch die Logik der „Perturbation“ selbststeuernder Systeme ersetzt werden (Roth, 1982). Zwar setzt die Umwelt Ursachen für internen Wandel, aber doch nur in dem Sinne, daß diese eigendeterminierte interne Prozesse „auslösen“, die von außen nicht kontrollierbar sind (Maturana, 1982; Teubner, 1984: 315 f., 1988b).

Bei von Förster (1984a: 8 ff.) findet sich eine erste Formulierung, wie der Zusammenhang von externer Verursachung und interner Zirkularität zu denken ist. Er unterscheidet zwischen „trivialen“ und „nicht-trivialen Maschinen“. Triviale Maschinen verbinden gewisse Inputs mit gewissen Outputs nach wohldefinierten Regelmäßigkeiten. Die Beziehungen zwischen unabhängiger Variable, Funktion und abhängiger Variable sind synthetisch determiniert, analytisch determinierbar, vergangenheitsunabhängig und voraussagbar. Dagegen ist eine nicht-triviale Maschine durch eine Eigendynamik ausgezeichnet, die ihre externe Determinierbarkeit kompliziert. Von Förster beschreibt die Eigenlogik nicht-trivialer Maschinen durch zwei Eigenschaften: (1) „die internen Zustände (z) einer Maschine, deren Werte seine Input/Output-Relation (x,y) mitbestimmen“, (2) „die Beziehung zwischen den gegenwärtigen und den zukünftigen inneren Zuständen (z,z') ist durch die Inputs (x) mitbestimmt“. Die daraus resultierenden Beziehungen zwischen externen Kausalfaktoren und internen Ereignissen sind zwar auch synthetisch determiniert, aber analytisch nicht mehr determinierbar, sie sind vergangenheitsabhängig und nicht voraussagbar.

III.

Bisher haben wir Eigendynamik als eine Erscheinungsform von Selbstreferenz definiert. Jedoch umfaßt Selbstreferenz als solche viel zu viele Phänomene als daß man sie sinnvoll mit Eigendynamik gleichsetzen könnte. Selbstreferenz bezeichnet jegliche Rekursivität, sei es logische Zirkularität, epistemologische Reflexivität, kybernetische Selbstregulierung oder psychische Reflexion (Zolo, 1988).

Wenn man Selbstreferenz nach den Komponenten eines Systems, die in selbstreferentielle Beziehung geraten können, differenziert, dann kann man Eigendynamik sinnvoll von anderen selbstreferentiellen Phänomenen abgrenzen: von elementarer Selbstreferenz, von struktureller Autonomie und von Autopoiese.

Elementare Selbstreferenz betrifft soziale Handlungen als die Atome sozialer Systeme. Im Recht entsteht elementare Selbstreferenz immer dann, wenn soziale Handlungen als spezifische „Rechtsakte“ konstituiert werden. Verträge, Gesetzgebungsakte, Gerichtsurteile sind prominente Beispiele. Doch kann jede beliebige soziale Handlung in einen Rechtsakt transformiert werden, wenn sie nur der Bedingung gehorcht, eine Änderung der Rechtslage zu veranlassen (vgl. Luhmann, 1983: 134 ff.; Teubner, 1987b: 106 ff., 1988a: 221 f.).

Strukturelle Autonomie dagegen bezieht sich auf Normen und Erwartungen. Recht entwickelt strukturelle Autonomie immer dann, wenn die zur Konfliktregulierung benutzten Normen ihrerseits von Rechtsprozessen produziert worden sind und nicht einfach identisch sind mit sozialen Normen, Sitten und Gebräuchen, die in Prozessen sozialer Verhaltenskoordination entstanden sind. Vorbedingung für eine solche strukturelle Autonomie des Rechts ist die Existenz „sekundärer Normen“ (Hart, 1961: 77 ff.), welche die Identifizierung und das Verfahren für die Produktion von primären „rules of obligation“ sicherstellen.

Während elementare Selbstreferenz und strukturelle Autonomie bloße Vorbedingungen für das Funktionieren eigendynamischer Prozesse sind, betrifft Autopoiese ein komplexes Phänomen, das über Eigendynamik weit hinausgeht. Ein autopoietisches System ist durch die Kombination dreier Merkmale ausgezeichnet: (1) die Selbstproduktion der Elemente und anderer Komponenten des Systems (Struktur, Prozeß, Grenze, Identität), (2) die Selbsterhaltung des Systems im Sinne der Aufrechterhaltung der Bedingungen der Selbstproduktion, (3) Selbstbeobachtung als Steuerung der Selbstproduktion und der Selbsterhaltung. Moderne, autonome, hochformalisierte und professionalisierte Rechtsordnungen lassen sich in diesem spezifischen Sinne als autopoietisches Recht beschreiben (vgl. die Beiträge der Florenzer Konferenz über „Autopoiesis in Law and Society“ in Teubner, 1988a und 1988c).

In klarer Abgrenzung zu diesen drei Phänomenen (elementare Selbstreferenz, strukturelle Autonomie und Autopoiese) sollte Ei-

gendynamik als eigenständig definiert werden. Es sollte für die Situation reserviert werden, in der soziale Prozesse (und nicht Elemente, Strukturen oder Systeme) selbstreferentiell werden. Mit Prozeß ist dabei nicht einfach eine chronologische Abfolge von Ereignissen gemeint, sondern nur eine solche Ereigniskette, in der das spätere Ereignis sich auf die früheren Ereignisse bezieht und auf deren Selektivität aufbaut (vgl. eingehend zum Prozeßbegriff Luhmann, 1981: 188 ff.; 1984b: 482 ff.). In diesem Sinne geht ein Element von Selbstreferenz schon in die Fassung des Prozeßbegriffs als solcher ein: im Bezug von Ereignis auf Ereignis bezieht der Prozeß sich auf sich selbst. Man sollte jedoch vermeiden, hier bereits von Eigendynamik zu sprechen, da sonst die Rede von einem eigendynamischen Prozeß eine pure Tautologie wäre. Um sinnvoll eigendynamische und heterodynamische Prozesse abgrenzen zu können, muß ein zusätzliches Element von Selbstreferenz ins Spiel kommen.

Der paradigmatische Fall ist natürlich der Kreisprozeß, also ein Prozeß, der an einer bestimmten Stelle in sich zurückläuft, der berühmte „*circulus vitiosus*“, aber auch der „*circulus virtuosus*“, dessen positive Rolle bei der Selbstorganisation von Systemen in der neueren Diskussion so deutlich herausgestellt wird (Varela, 1981). Man würde jedoch wichtige Phänomene übersehen, wenn man Eigendynamik auf Zyklizität von Prozessen beschränkte. Mit Recht machen Mayntz/Nedelmann (1987: 652 ff., 656 ff.) auf die Autonomie von bestimmten sequentiellen Prozessen und Kettenreaktionen aufmerksam, ebenso wie auf aggregierte Effekte, die von einer Vielzahl von unabhängig voneinander operierenden Akteuren produziert werden. Impliziert ist in der Rede von Autonomie solcher Prozesse, daß nicht jede Ereignissequenz und jede Kettenreaktion schon eigendynamisch ist, sondern nur solche Sequenzen, in denen ein zusätzliches Element von Selbstreferenz auftaucht. Prominente eigendynamische Prozesse in diesem Sinne wären: Reflexivität (= Anwendung von Prozeß auf Prozeß), hyperzyklische Kopplung (= Verknüpfung von verschiedenen Prozessen zu einem selbstproduktiven Prozeß), und evolutionäre Filterprozesse (= Zusammenspiel von Prozessen der Variation, Selektion und Retention). Im Falle des Rechtssystems sind es genau solche eigendynamischen Prozesse, die der regulatorischen Politik in die Quere kommen und die Rede von der Autonomie des Rechtssystems gegenüber der Politik in einem starken Sinne rechtfertigen.

IV.

Regulatorische Politik nimmt im Prinzip das Recht als ein Instrument zur zielgerichteten Steuerung der Gesellschaft wahr, hauptsächlich über „command-and-control“-Normen (vgl. etwa Stewart, 1988). Der regulatorischen Politik liegt ein klar instrumentaler Begriff von Recht zugrunde, wonach Recht als Mittel der Sozialgestaltung bestimmte soziale Veränderungen hervorrufen soll. In politischen Prozessen wird ein bestimmtes Ziel definiert, dieses wird in ein Programm umgesetzt, dieses Programm soll Verhaltensänderungen in der betroffenen Zielgruppe hervorrufen und diese Verhaltensänderungen sollen den erstrebten neuen Sozialzustand herstellen (Mayntz, 1977: 51 ff., 1980, 1983; Daintith, 1988). Rechtssanktionen sollen dazu benutzt werden, das Programm durchzusetzen, wenn freiwilliger Normgehorsam oder andere Motivationen nicht ausreichend sind. Verwaltung und Gerichte werden als „Rechtsstab“ angesehen, dessen Aufgaben in der Überwachung und Durchsetzung der Regulierung besteht. Die Eigenlogik des Rechts wird in der Regulierungsperspektive in einer ganz beschränkten Weise wahrgenommen, nämlich in ihrer Beziehung zur Eigenlogik des Implementationsfeldes. Wenn das Implementationsfeld nicht ausreichend auf „command-and-control“-Normen reagiert, werden Überlegungen angestellt, die Rechtsstruktur besser auf die „opportunity structure“ des Implementationsfeldes einzustellen. Der Einsatz ökonomischer Anreize statt negativer Rechtssanktionen ist dafür der typische Fall (z.B. Breyer, 1982: 161; Schmidt, 1986; Stewart, 1988).

Die Eigendynamik des Rechts im oben beschriebenen Sinne sabotiert regulatorische Politik jedoch noch ganz anders. Das hängt damit zusammen, daß man die Funktion des Rechts nicht auf Verhaltenssteuerung zurückschneiden kann, wie es in der Regulierungsperspektive geschieht. Die zwei anderen großen Funktionen des Rechts – Konfliktregulierung und Erwartungsproduktion – treiben das Rechtsgeschehen häufig in eine Richtung, die aus der Sicht politischer Verhaltenssteuerung als Obstruktion wahrgenommen wird. Evolutionäre Filterprozesse der Normproduktion sind mit Prozessen der Konfliktentscheidung so verknüpft, daß ihr Zusammenspiel die Regulierungsabsichten der Politik durchkreuzt.

Die Betonung liegt auf der Verknüpfung beider Prozesse. Die Autonomie rechtlicher Konfliktregulierung als solcher wäre noch kein

zu schwieriges Problem für politische Regulierung. Wenn Gerichtsprozesse mit einem anderen Ergebnis enden als der getreuen Durchsetzung des Ziels der Regulierung, dann unterscheidet sich dies nicht wesentlich vom Fall des effektiven Widerstandes machtvoller privater Akteure. Das Ergebnis wäre eine gewisse Beeinträchtigung der Durchsetzungsquote, nicht mehr. Aus der Sicht der Regulierungspolitik unkontrollierbare Eigendynamiken werden aber in Gang gesetzt, weil und sofern der einzelne Rechtsfall in den rechtsinternen Prozeß der Normproduktion eingespannt ist. Dann verliert die Politik die Kontrolle über das von ihr eingesetzte Regulierungsinstrument. Der Rechtsfall treibt einen „normativen Mehrwert“ hervor, der durch die rechtsinterne Verknüpfung mit anderen Rechtsfällen in Entscheidungsserien abgeschöpft wird. So beginnt die berühmte von Esser (1956) erfolgreich persiflierte „Fahrt ins Blaue“ der Gesetzgebung, die von den politischen Instanzen nicht mehr gesteuert werden kann.

Es ist letztlich die eigensinnige „Episodenverknüpfung“ im Recht (Teubner, 1987a,) die der Regulierungspolitik arge Schwierigkeiten bereitet. Die isolierten Rechtsepisoden der Konfliktentscheidung werden auf verschiedene Weise im Rechtsgeschehen miteinander verknüpft und setzen eine evolutionäre Dynamik der Erwartungsproduktion in Bewegung, die gegenüber der Logik der Regulierung irrational erscheint.

Alle drei Evolutionsfunktionen sind dabei von der Politik abgekoppelt und unterliegen rechtssysteminternen Kontrollen. Der Mechanismus der Variation reagiert auf Perturbationen des Rechtssystems, unter denen der regulatorisch-politische Impuls nur einer von vielen externen Störungen ist. Nachdem eine politische Regulierung einmal auf den Rechtsweg gebracht worden ist, kommen die Anstöße zur weiteren Rechtsbildung von ganz verschiedenen Quellen. Ganz neue Konfliktlagen werden produziert, an die der politische Gesetzgeber nie gedacht hatte, die aber nun im Rechtssystem abgearbeitet werden müssen. Ähnliches gilt für den Mechanismus der Selektion. Die erfolgreiche Implementierung einer Regulierungspolitik ist nur einer unter vielen Faktoren, die bei der Dynamik der rechtlichen Konfliktentscheidung ins Spiel kommen. Von den Parteien eingebrachte Gesichtspunkte und rechtsintern entwickelte Kriterien der Fairness und der Gerechtigkeit stehen oft im Konflikt zur Regulierungsabsicht und bewirken eine drastische Modifikation der ur-

sprünglich angezielten Verhaltensvorschrift. Und schließlich gehorcht auch nicht der Mechanismus der Retention den Zwängen der Politik, sondern denen des Rechts. Stabilisierung findet im „Gedächtnis“ des Rechts statt, im Netzwerk von Regeln, Prinzipien und Dogmatiken, die innerhalb der Rechtskultur entwickelt worden sind.

Vier Wirkungen rechtlicher Eigendynamik lassen sich angeben, die systematisch den Zielen regulatorischer Politik entgegenarbeiten:

1. Zielverschiebung: Der gesamte Prozeß der innerrechtlichen Konfliktlösung und Erwartungsproduktion wird von der Frage dominiert: Wer gewinnt, wer verliert? Damit wird das ursprüngliche Anliegen der gezielten Verhaltensänderung, die auf bestimmte gesellschaftliche Effekte gerichtet war, in den Hintergrund gedrängt.

2. Statik von Rechtspositionen: Das Denken in Zweck/Mittel-Relationen transformiert sich zum Denken in Rechtspositionen. Während regulatorische Instrumente in Hinblick auf veränderte Umstände, besonders in Hinblick auf antizipierte Konsequenzen flexibler sein müssen, werden sie im Rechtsprozeß uminterpretiert als Gewährung oder Entzug von Rechten, die als statische Positionen unter klare und zeitlich stabile Bedingungen gesetzt werden. Als solche stehen sie dann einer situativen Anpassung des Regelungsprogrammes entgegen.

3. Realitätskonstruktion: „Rechtswirklichkeit“ ist von politischer „Regulierungswirklichkeit“ klar unterschieden. In der Praxis des Rechtsprozesses wird die in Bezug genommene Wirklichkeit aus der Zwei-Parteien-Perspektive, aus der Sicht der Ansprüche des Klägers und des Beklagten konstruiert. Die „Regulierungswirklichkeit“, die durch Kausalzusammenhänge und das Verhältnis von sozialem Problem und möglichen Lösungen konstituiert ist, wird im Rechtsprozeß nicht aufgenommen, sondern in die „Rechtswirklichkeit“ der Gerichtsprozesse transformiert.

4. Dogmatisierung: Regulierungsinstrumente werden in den Händen von Juristen umgeformt zu bloßen Elementen von normativen Ordnungen und Dogmatiken. In diesem Vorgang der juristischen Kontextualisierung, in dem Konflikte zwischen konkurrierenden

Normierungen gelöst werden müssen, bleiben die regulativen Intentionen häufig auf der Strecke.

Freilich sind schon manche Gegenstrategien erdacht worden, um die Eigendynamik des Rechts, die sich der Durchsetzung politischer Ziele entgegenstellt, weitgehend auszuschalten. Und sie sind durchaus wirksamer als Napoleons hilfloser Versuch, die Interpretationskünste der Juristen schlicht zu verbieten. Dazu zählen insbesondere die Erfindung spezialisierter „regulatory agencies“, die durch formale Organisation und laufende Arbeit die politische Zielverwirklichung garantieren und damit ein wirksames Gegengewicht zur Zielverschiebung durch das Rechtssystem abgeben sollen. Dazu gehören aber auch Veränderungen im Recht selbst, besonders der Aufstieg des „Zwecks im Recht“, der Siegeszug des policy-Denkens, der verstärkte Einbau von „Responsivität“ in das Recht (Maihofer, 1986) und bestimmte Tendenzen der Politisierung des Rechtsbetriebes (dazu Teubner, 1987c). Bezieht man jedoch diese institutionellen Veränderungen auf die eben entwickelten vier Wirkungen, die den regulatorischen Absichten der Politik systematisch entgegenarbeiten, dann wird deutlich, daß dies nur Randkorrekturen darstellen können. Die systematische Verfälschung gesellschaftssteuernder Absichten ist der Preis, der für die „Verrechtlichung“ regulatorischer Politik gezahlt werden muß.

Blankenburg, Erhard (1984) „The Poverty of Evolutionism. A Critique of Teubner's Case for „Reflexive Law““, 18 *Law and Society Review* 273.

Boudon, Raymond (1977) *Effets pervers et ordre social*. Paris.

Breyer, Stephen G. (1982) *Regulation and Its Reform*. Cambridge: Harvard University Press.

Daintith, Terence C. (1988) „Law as Policy Instrument: A Comparative Perspective“ in: T.C. Daintith (Hg.) *Law and Economic Policy: Comparative and Critical Perspectives*. Berlin: de Gruyter.

Esser, Josef (1956) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre. 3. Aufl. 1974. Tübingen: Mohr.

Förster, Heinz von (1984a) „Erkenntnistheorien und Selbstorganisation“, 4 *Delfin* 6. — (1984b) *Sicht und Einsicht*. Braunschweig: Vieweg.

Friedman, Lawrence (1985) *Total Justice*. New York: Russell Sage.

Hart, Herbert L.A. (1961) *The Concept of Law*. London: Oxford University Clarendon Press.

Hoffmann-Nowotny, Hans-Joachim (1982) *Unbeabsichtigte Folgen sozialen Handelns*. Frankfurt.

Kübler, Friedrich (1984) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Baden-Baden: Nomos.

- Lempert, Richard* (1988) „The Autonomy of Law: Two Visions Compared“, in: G. Teubner (Hg.) *Autopoietic Law: A New Approach to Legal Theory*. Berlin: de Gruyter, 152.
- Luhmann, Niklas* (1981) „Geschichte als Prozeß und die Theorie sozio-kultureller Evolution“ in: N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung* Bd. 3, Opladen, 178.
- (1984) *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (1984) „Die Einheit des Rechtssystems“ 14 *Rechtstheorie* 129.
- Maihofer, Werner* (1986) „Legal Autopoiesis versus Responsive Law“ Konferenzpapier „Autopoiesis in Law and Society“, Florenz: Europäisches Hochschulinstitut.
- Masuch, Michael* (1985) „Vicious Circles in Organizations“ 30 *Administrative Science Quarterly* 14.
- Maturana, Humberto R.* (1982) *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*. Braunschweig: Vieweg.
- Mayntz, Renate* (1977) „Die Implementation politischer Programme: Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet“, 10 *Die Verwaltung* 51.
- (1980) „Die Implementation politischer Programme“, in: R. Mayntz (Hg.) *Implementation politischer Programme I*. Königstein: Athenäum.
- (1983) „Zur Einleitung: Probleme der Theoriebildung in der Implementationsforschung“, in: R. Mayntz (Hg.) *Implementation politischer Programme II*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 7.
- Mayntz, Renate* und *Birgitta Nedelmann* (1987) „Eigendynamische soziale Prozesse: Anmerkungen zu einem analytischen Paradigma“, 39 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 648.
- Merton, Robert K.* (1936) *The Unanticipated Consequences of Social Action*. *American Sociological Review* 894.
- Mitnick, Barry* (1980) *The Political Economy of Regulation. Creating, Designing and Removing Regulatory Forms*. New York: Columbia University Press.
- Nonet, Philippe* und *Philip Selznick* (1978) *Law and Society in Transition*. New York: Harper & Row.
- Roth, Gerhard* (1982) „Conditions of Evolution and Adaptation in Organisms as Autopoietic Systems“, in: D. Mossakowski and G. Roth (Hg.) *Environmental Adaptation and Evolution*. Stuttgart/New York: G. Fischer.
- Rottleuthner, Hubert* (1988) „Biological Metaphors in Legal Thought“ in: G. Teubner (Hg.) *Autopoietic Law*. Berlin: de Gruyter, 97.
- Sabatier, Paul* und *Mazmanian, Daniel* (1980) „The Implementation of Public Policy“ 8 *Policy Studies Journal* 538.
- Schmid, Allan* (1986) „Neo-Institutional Economic Theory: Issues of Landlord and Tenant Law“, in: T. C. Daintith and G. Teubner (Hg.) *Contract and Organization*. Berlin: de Gruyter, 132.
- Stewart, Richard* (1988) „Regulation and the Crisis of Legalization in the United States“, in: T. Daintith (Hg.) *Law and Economic Policy: Comparative and Critical Perspectives*. Berlin: de Gruyter.
- Teubner, Gunther* (1984) „Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege“, in: F. Kübler (Hg.) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen*. Baden-Baden: Nomos, 289.
- (1987a) „Episodenverknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht“, in: J. Bäcker, J. Markowitz, H. Tyrell, H. Willke (Hg.) *Theorie als Passion*: Frankfurt: Suhrkamp, 423.
- (1987b) „Hyperzyklus in Recht und Organisation: Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese“, in: H. Haferkamp und M. Schmid,

- Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Frankfurt: Suhrkamp, 89.
- (Hg.) (1987c) *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law.* Berlin: de Gruyter.
- (1988a) *Autopoietic Law. A New Approach to Legal Theory.* Berlin: de Gruyter.
- (1988b) „Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation“, in: G. Teubner (Hg.) *State, Law and Economy as Autopoietic Systems.* Berlin: de Gruyter.
- (1988c) *State, Law and Economy as Autopoietic Systems.* Berlin: de Gruyter.
- Varela, Francisco J.* (1981a) „Autonomy and Autopoiesis“ in: G. Roth and H. Schwegler (Hg.) *Self-Organizing Systems.* Frankfurt: Campus, 14.
- Voigt, Rüdiger* (Hg.) (1980) *Verrechtlichung.* Frankfurt a.M.: Athenäum.
- (1983) *Gegentendenzen zur Verrechtlichung.* Opladen: Westdeutscher Verlag.
- (1984) *Abschied vom Recht?* Frankfurt: Suhrkamp.
- (1986a) *Neue Zugänge zum Recht.* Siegen: Universität.
- (1986b) *Recht als Instrument der Politik.* Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Wieacker, Franz* (1967) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.* 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Windhoff-Heritier, Adrienne* (1980) *Politikimplementations. Ziel und Wirklichkeit politischer Entscheidungen.* Königstein: Athenäum.
- Zolo, Danilo* (1988) „The Epistemological Status of the Theory of Autopoiesis and Its Applications to the Social Sciences“ in G. Teubner (Hg.) *State, Law, Economy as Autopoietic Systems.* Berlin: de Gruyter.