

Ein Versuch
zur Kategorisierung der Lehren über die
›Natur der Sache‹
— Vorstudie zur Überwindung des Gegensatzes
von rechtlichem Faktum und Wert —
(Teil C: Schluß 2)

Shuji KANAZAWA

Teil A:

Einleitung

- I. Natur der Sache als Rechtsentstehungs- bzw. Rechtsgestaltungsquelle
(Vol. 28: No. 1/2, 169-207)

Teil B:

II. Natur der Sache als Rechtserkenntnisgrund

- III. Natur der Sache als ›Entsprechung‹ oder ›dialektische Einheit‹
von Sein und Sollen (Vol. 28: No. 1/2, 209-245)

Teil C:

Schlußbetrachtung

— Möglichkeiten und Grenzen einer Lehre über Natur der Sache

- IV. Natur der Sache: ihre Möglichkeit und Grenzen (Vol. 29: No. 2, 301-342)
V. **Natur der Sache heute und morgen**

V. Natur der Sache heute und morgen

5. 1 : Die Lehre der Natur der Sache in Auseinandersetzung mit gegenwärtigen rechtstheoretischen Strömungen

Hinsichtlich der Perspektive der „Natur der Sache“ spricht *Baruzzi* zutreffend so: „[...] Darum geht es beim Recht, welches in die Dimension der Gerechtigkeit hinauszudenken versucht. [...] Bei den heute dominierenden Diskurs- bzw. Systemtheorien des Rechts, aber auch anderen prozeduralen Versuchen, angefangen von der neuzeitlichen Vertragstheorie bis zum heutigen sogenannten Kontraktualismus, dominiert das Wie und nicht das Was des Rechts. Wohl entstand gegen den Kontraktualismus der Kommunitarismus, der aber weniger auf Recht und Gesetz als auf Moral und Ethik setzt.“⁽¹⁾ Dieser seinen Auffassung folgend will ich im Folgenden darauf hinweisen, daß weder das Rechtsverständnis der Systemtheorie noch das der Diskurstheorie zum Begreifen von Entstehung und Struktur des Rechts taugt, und daß der Begriff der Natur der Sache, d. i. das größte Erbe der lang fortgeführten rechtsphilosophischen Erforschung, in der Sphäre des Rechts immer noch Geltung hat. Damit würde auch der Vorteil dieses Begriffs wiederum klargemacht werden, der in heutigen modischen Varianten des Kontraktualismus‘ und des Kommunitarismus‘ schwer herauszufinden sein würde.

Obwohl man heutzutage dem schon weitverbreiteten Schema von ›System‹ im *Luhmann*‘sche Sinne⁽²⁾ gemäß zu versuchen pflegt, das Wesen des Rechts lediglich in der Konstellation der Zukunftssicherung

durch Erwartungsstabilisierung und der von ihr angeforderten konsistenten Entscheidungsfindungskommunikation zu finden, die Einheit des Rechts demnach als „die Autopoiesis des Rechtssystems“⁽³⁾ und die Einheit des Rechtssystems als „autopoietische Reproduktion der Elemente durch die Elemente auf Grund zirkulärer, rekursiver Normativität“⁽⁴⁾ zu halten und die Funktion der Rechtsnormen demnach hauptsächlich in ihrer „Reduktion der Komplexität“⁽⁵⁾ bzw. Unbestimmtheitsreduktion⁽⁶⁾ sowie in ihrer „konditionalen Programmierung“⁽⁷⁾ oder in ihrem Entlastungseffekt bzw. in ihrer „*Kontingenzregulierung*“⁽⁸⁾ zu suchen, würden sich die Funktionen des Gesetzes damit nicht erschöpfen, daß mit dem neben der nachträglichen generellen Normierung der gesellschaftskonformen Verhalten auch die vorausbedenkende Katalogisierung derselben (hier aber nicht im Sinne, daß es sich der sog. ›Erwartung‹ gemäß vollzieht)⁽⁹⁾ und die Sinngebung für dieselbe durchgeführt werden.⁽¹⁰⁾ Und auch der Sinn⁽¹¹⁾ des Rechts sowie seine Latenz würden damit keinerlei ausgeschöpft werden, wie jede Frage um Rechtssache weder auf den (Äquivalenz-) Funktionalismus⁽¹²⁾ zurückzuführen noch durch ihn aufzulösen ist, geschweige denn, daß trockenes Input/Output-Modell⁽¹³⁾ dafür tauglich wäre. Aus systemtheoretischer Sicht sei das Recht als die „*Struktur eines sozialen Systems*“ zu definieren, „*die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht*“.⁽¹⁴⁾ Die durch Kontingenz hervorbrachte Instabilität zum Anlaß nehmend reproduziere sich das Rechtssystem.⁽¹⁵⁾ Diese Ansichten als solche sind wohl instruktiv. Jedoch scheint das sog. Verfahrensrecht mit dieser Funktion noch nicht genug fähig, den Verlust des Naturrechts auszugleichen,⁽¹⁶⁾ sofern man die Frage nach dem Sinn der Gerechtigkeit und der Legitimität immer wieder stellt, es sei denn, daß man ausschließlich mittels ›binärer Codierung‹⁽¹⁷⁾ zu

erkennen dareinfände, was Rechtens ist.⁽¹⁸⁾ Man erachtet diesen Sinn nicht nur als eine „Kontingenzformel“⁽¹⁹⁾ des Rechtssystems, sondern man will ihn auch in irgendeiner Idee des Rechts und in seiner Erkenntnisquelle suchen, die als systemexterne Elemente bezeichnet werden sollen. Da sie somit aus der Selektionen, aus der Dimension der Reproduktion der ereignishaften Elemente und Prozesse innerhalb eines Systems, mit anderen Worten, aus seiner Operation⁽²⁰⁾ eigentlich von vornherein ausgeschlossen sind, ist ihr Anhaltspunkt unter Umständen in dem Gesellschaftssystem als dem Gesamtsystem bzw. der internen Umwelt, oder unter anderen gesellschaftlichen „Teilsystemen“ inklusive funktionaler Teilsystemen, also jedenfalls in der außer dem einen System liegenden, und freilich nicht nur als „Ressource“ oder „Information“⁽²¹⁾ aufzufassenden „Umwelt“ herauszufinden.⁽²²⁾ Wohl würde auch die Systemtheorie behaupten, sie habe auch einen solchen Fall schon vorgesehen und in sich eingeplant. Dagegen will ich nicht einwenden. Aber ich möchte betonen, daß diegleiche Systematik auch im Begriff der Natur der Sache einzusehen ist. Wenn man auf die Definition *Gutzwillers* z. B. hinweist, „Folgerungen mittels der «Natur der Sache»“ seien „Derivate einer anderen Potenz“,⁽²³⁾ wird man erfährt, daß die Systematik nicht allein das Patent der Systemtheorie ist. Gegen die Auffassung Luhmanns, wonach die Natur der Sache zusammen mit „[g]emeinsame[n] Überzeugungen“, „Wahrheit“ und „Tradition“ als fragwürdige Rechtfertigungsgrundlagen einfach über Bord geworfen werden soll,⁽²⁴⁾ stellen wir also fest, daß sie noch von Bedeutung ist. Und der Anspruch, ihre Bedeutung als die Rechtfertigungsgrundlage weiter zu untersuchen, ist demzufolge nach wie vor zu heben, wenn die soziologische Analyse auch darauf verzichtet.⁽²⁵⁾ In der Tat sind das Recht und dessen System mehr, als *Geiger* beispielweise sie als die „Erscheinung in der wahrnehmbaren Welt des sozialen

Geschehens“ definierte.⁽²⁶⁾ An Hand der Natur der Sache müssen wir daher sie auch in ihrer vor-autopoietischen Zustand in unsere Blickfeld bringen.

Auf der anderen Seite reichen die Kommunikations- und Diskurstheorie, ferner die Theorie der sog. juristischen Argumentation und die von ihr herkommenden mannigfaltigen Vorgehensweisen nicht genug aus, um ›das Was des Rechts‹ klarzustellen. Die Gründe dafür liegen nicht nur darin, daß die Bilder ihres Wegbereiters *Habermas*,⁴ wie etwa das Bild von dem aus seinem eigentümlichen Hegel-Verständnis stammenden „idealen Kommunikationsgemeinschaft“,⁽²⁷⁾ das Bild „idealer Sprechsituation“⁽²⁸⁾ und das der intersubjektiv tragbaren Konsens, allzu schematisch-formell und dementsprechend abstrakt-idealistisch erstellt sind, wengleich diese Bilder „die dialektische Vermittlung von theoretischer und praktischer Vernunft“⁽²⁹⁾ in ihr Blickfeld bringen scheinen. Die Schwachpunkt dieser Theorien kann auch darin gezeigt werden, daß es der Konzeption vom „universalen Auditorium“ oder der vom „rational motivierten Einverständnis“⁽³⁰⁾ trotz ihrer möglichen Gültigkeit als prozeduraler Voraussetzungen doch am Bedenken mangelt, wie der praktische Diskurs den materiellen Inhalt schafft, diesen rechtfertigt und gewährt, ob die sog. zwanglose ideale Sprechsituation uns wirklich vorliegen kann, oder radikaler, ob es echt kein Risiko gibt, daß der Nichtzustimmende als der Nichtvernünftige stigmatisiert und aus der Sprechmitgliederschaft exkludiert wird.⁽³¹⁾ Ohne grundsätzliche Revidierung ihres optimistischen Bildes über die konsensuale Konfliktlösung sowie die gewaltfreie Harmonie⁽³²⁾ dürfte also die Diskurstheorie den zwischen Individuen faktisch dauernden sozialen Streit nur marginalisieren. Oder sie vermag vielleicht derjenigen

Ausflucht zu geben, der zum Zweck der Erhaltung und Vermehrung seines Privatinteresses eher gegen den Anderen weiterkämpfen will, indem sein Mehr-Recht-Haben-Wollen unter dem Deckmantel des Gerechtigkeitsanspruchs nicht nur zuläßt, sondern auch noch begünstigt wird. Ob die sog. Diskursethik als solche schon „Hinweise auf ein Konzept sozialer Gerechtigkeit“⁽³³⁾ enthält, sollten wir nicht leichtsinnig beurteilen, denn es gibt auch bescheidenere Stellungnahme, wonach sich die Moraltheorie auf Erklärung und Begründung von „moral point of view“ beschränken und sie „auf eigene substantielle Beiträge verzichten“ muß.⁽³⁴⁾ Auch wenn das Postulat an sich aufgenommen werden würde, daß „jeder virtuelle Teilnehmer in einem praktischen Diskurs als Person anerkannt werden“ müsse, führt es genaugenommen unmittelbar nicht dazu, daß man „diesem realen und virtuellen Diskussionspartner *einige Rechte* zuschreiben muß“.⁽³⁵⁾ Eine solche Meinung scheint ihrer Erwartungen zum Trotz in bloße Tautologie oder logischen Zirkelschluß zu geraten, allenfalls findet sie nur formale Definition der Rechte, somit wird es sehr fragwürdig, ob der Diskurs materielle Inhalte der Menschenrechte auf seine abstrakte Komposition echt gründen kann. Was die interkulturelle Zusammenarbeit der Verallgemeinerung und Weiterentwicklung der Werte unter verschiedenen soziokulturellen Lebensformen angeht, scheint diese allzu individualistisch hergestellte Theorie unhaltbar. Auch wenn Züge und Eigentümlichkeiten einzelner Kulturen bei dieser Theorie außer Acht gelassen oder ausgeschlossen werden würden, da sie als „auf den Horizont der Lebenswert einer bestimmten Kultur eingegrenzt“ erachtet werden würden und daher als „nur im Kontext einer besonderen Lebensform“ verstehbar angesehen werden würden,⁽³⁶⁾ würde dann der Versuch dieser Theorie mit wenigem Erfolg tun. Um die Verallgemeinerung der Werte willen sollten

wir also nicht davon ausgehen, das werturteilende Subjekt überstürzt aufs atomistisch vorgestellten und demnach isolierten Individuum per se zurückzuführen. Vorauszusetzen ist im Gegenteil das Einzelne mit der jeweils besonderen Ausprägung, das mit der Eigenschaft und der Begrenztheit in seiner Gemeinschaft vertraut ist und damit diese Grenze überschreitend tolerante Perspektive in die Hände bekommt, wodurch auch die Originalität anderer Soziokulturgruppen passend geschätzt werden kann.⁽³⁷⁾ Und wenn die Frage um die juristische Argumentation wesentlich „am Begriff der praktischen Vernunft orientiert ist“,⁽³⁸⁾ muß dann nicht zuletzt auch verifiziert werden, wie und inwieweit ihre deontologische Annahme gilt und die Priorität der idealen Kommunikationsgemeinschaft zur realen Welt in Erscheinung tritt.⁽³⁹⁾ Mit Recht stellt *Kaufmann* fest: „Konsens bzw. Konsensfähigkeit müssen *qualitativ begründet* sein.“⁽⁴⁰⁾ Ihm zufolge kann die Diskurstheorie „nicht die Erreichung der Wahrheit bzw. der Richtigkeit von einem inhaltlichen Etwas, z. B. von Normen, behaupten“: „Daß in einem Diskurs Wahrheit erzielt wird, hängt nicht nur und nicht einmal primär von dem Gegebensein einer idealen Sprechsituation ab, sondern vor allem von dem Sachwissen und der Erfahrung der Diskurspartner, also von etwas, das von außen in den Diskurs eingebracht wird. Der rationale, konsenserzielende Diskurs als solcher sagt uns nicht, was wahr oder richtig ist, und nicht, was wir tun sollen. Erst wenn man dem Diskurs einen Inhalt, ein ‚Thema‘, gibt, der nicht mit dem Diskurs ineinsfällt, kann die Diskurs- bzw. Konsensustheorie als Wahrheits- und Richtigkeitstheorie fungieren.“⁽⁴¹⁾

5. 2 : Das Verhältnis der Lehre der Natur der Sache zu gegenwärtigen rechtstheoretischen Strömungen

Gegenüber systemtheoretischen, kommunikations- und diskurstheoretischen Strömen verhält sich unser die Natur der Sache berücksichtigende Denken neutral, es hält sich in der Mitte. Wenn es aber erlaubt werden würde, das Verständnis für zwei Seiten der Natur der Sache, nämlich die sachlogische Struktur und das Wesen des Menschen, in die Kritik an beiden Theorien einzuführen, könnten wir so formulieren: Je schärfer man auf die Struktur der Sachen fokussiert, desto stärker wird autonome und reproduktive Beschaffenheit des selbständigen Systems betont. Umgekehrt läßt die Züge des sprachlichen Verkehrs auffallen, falls man auf den subjektiven Akt des Einzelnen mehr Wert legt. Jene Hinsicht gilt für die Systemtheorie, diese für die Kommunikations- und Diskurstheorie. Jedoch stehen wir dem Entweder-Oder fern, indem wir in der Natur der Sache erblickt haben, daß in ihr beide Momente in ihre Einheit gebracht sind. Der Begriff der Natur der Sache fordert statt einer bloßen Zweckmäßigkeit ohne materiellen Zweck den Zweck selbst oder den Selbstzweck, dieser Begriff folgt statt der Bedeutung der Kommunikation oder des Diskurs dem jedem Teilnehmer oder Sprecher inhaltlich zu erklärenden Sinn, schließlich: nicht nur formelle Richtigkeit und Wahrhaftigkeit,⁽⁴²⁾ darüber hinaus auch die Wahrheit und die Gerechtigkeit als solche. Gewiß dürfen logische Regelungen sowie Bedingungen für richtigen Aussagen nicht zugleich mit materiellen Wertungskriterien gleichgesetzt werden,⁽⁴³⁾ Wahrheit heißt mehr als „potentielle Zustimmung aller anderen“.⁽⁴⁴⁾ Somit findet sich die Annahme, daß die Rechtswissenschaft an Hand eines solchen Wahrheitsfähigkeitsbegriffs die immer wieder gestellten

ontologischen Probleme um die Gerechtigkeit vermeiden kann, nur scheinbare Lösung. Obgleich es nicht verkannt werden darf, daß die objektive Richtigkeit jedes Rechts nur innerhalb des methodischen Verfahrens in Erwägung gezogen und jeweils situationsgerecht festgestellt werden kann,⁽⁴⁵⁾ bedeutet das nicht, daß die Frage nach der objektiven Gerechtigkeit damit aufgelöst werden kann. Weder die Systemtheorie noch die Kommunikations- bzw. Diskurstheorie würden sich wahrscheinlich nicht zu dieser Aufgabe geeignet sein. Vielmehr lohnt es sich, daß wir die Einsicht zur Natur der Sache als den Ansatz und als das Leitbild zur Suche nach der Gerechtigkeit setzen, nämlich daß wir die Natur der Sache schlechthin fürs Sinngefüge des Rechts halten, „in dem Norm und Lebenssachverhalt identisch sein müssen“.⁽⁴⁶⁾

Weil der Sinn des Rechts sowohl aus dem Begriffsschema des Systems als auch aus der Analyse vom kommunikativen Handeln und von Sprechakten⁽⁴⁷⁾ nicht genügend herauszubekommen ist, längt weder die Systemtheorie noch die Kommunikations- bzw. Diskurstheorie für die Lösung der Normfrage zu. Das Recht wird weder durch die Autonomisierung seines Systems von der Frage nach seiner materiellen Gültigkeit entkoppelt, noch löst seine Geltung im Konsensus auf. Zum adäquaten Begreifen des Rechts brauchen wir darum wenigstens beide Ansichten sachgerecht aufzuheben, und zwar mit dem an die Natur der Sache orientierenden Denken, welches freilich Ergebnisse und Erben dieser Throrien nicht vernachlässigt.

Denn die systemtheoretische Formdifferenzierung der Operationen des Systems an Gesichts der Erwartungen, nämlich die Differenz von normativer Selbstreferenz und kognitiver Fremdreferenz⁽⁴⁸⁾ weist uns

darauf hin, wie sich das System des positiv-geltenden Rechts mit seinen Adressaten verhält und wie es sich durch diesen doppelten Prozeß selbst revidierend weiter gründet. Auch mit diesem Hinweis vergewissern wir uns wiederum, daß das Rechtssystem relative Selbständigkeit und Unabhängigkeit von dem auf den Eigensinn fußenden Willensakt des Individuums im bloß hypothetischen Urstand, von der Willkür des Gesetzgebers und des Interpreten hat, daß dieses System also weder reine künstliche Konstruktion ist, wie die vertragstheoretische Naturrechtslehre so vorstellt, noch die nur im reinen juristischen Denken vorausgesetzte ›Grundnorm‹ im *Kelsen*'schen Sinne⁽⁴⁹⁾, noch das nach Belieben leicht Setzbares oder Verfügbares ist, wie sich der Gesetzespositivismus es so auszumalen neigt.⁽⁵⁰⁾ Mit der These der normativen Geschlossenheit des Rechtssystems ist nicht gemeint, daß man das Recht nicht in seiner sozialen Kontextur, im sinnbezogenen Zusammenhang mit der Sittlichkeit oder der Politik zu betrachten braucht. Gemeint ist nur, daß innerhalb des Rechtssystems eben solche Intention und Hindeutung als die seinen binären Recht/Unrecht-Code⁽⁵¹⁾ voraussetzenden Kommunikationen bereits entstanden und bewußtgemacht sind. Gehen wir von dieser Prämisse aus, erwerben wir den kritischen Ansatz, womit wir falsche Einmischung der politischen Ideologie ins Rechtssystem verhütet können.⁽⁵²⁾ Außerdem leuchtet es damit ein, daß der naive Gesetzespositivismus, dessen Pseudoneutralität gegen unterdrückerische Macht des Totalitarismus' nicht immun sein konnte, von vornherein als unhaltbar beseitigt wird.⁽⁵³⁾ Nebenbei hinzugefügt, die systemtheoretische Auffassung darf nicht so mißdeutet werden, als ob sie freie Handlung des Menschen wenig in Betracht ziehen oder sie gar beseitigen würde, obwohl sie der Person als der „Bezeichnung der sozialen Identifikation eines Komplex von Erwartungen“⁽⁵⁴⁾ keine

Entzität zuschreibt. Die Systemtheorie entwirft vielmehr, die Spontaneität einzelnen Handelns in Zusammenhang mit sozialen Bedingungen, mit dem ›Vertrauen‹ in Hinsicht auf Voraussesbarkeit des Verhaltens und somit auf Erwartungen festzulegen und damit die Freiheit der Persönlichkeit, die des sozialisierten Individuums in der faktischen Kommunikation zu institutionalisieren.⁽⁵⁵⁾ Luhmanns Formulierung, der Mensch könne nur dann Individualität als Persönlichkeit gewinnen, wenn er im sozialen Verkehr mit den Anderen in derart sozialisiert werde, daß er von sich selbst erkenne und von den Anderen für vertrauenswürdig gehalten werde, wenn durch diesen Prozeß Menschen als Interaktionspartner ineinander aufnehmen,⁽⁵⁶⁾ soll meines Erachtens aus der Perspektive der gegenseitigen Anerkennung bei Hegel weiter berücksichtigt und vertieft werden.

Wir gewinnen andererseits von der Kommunikations- bzw. Diskurstheorie, insbesondere von ihrer Differenzierung „zwischen dem normativen Geltungsanspruch moralischer Regeln und dem Legitimationsanspruch von Rechtsnormen“,⁽⁵⁷⁾ von ihrer Aufstellung und Überprüfung der Regelungen in verschiedener Art⁽⁵⁸⁾ und von ihrem Konzept der „prozedural universalistische[n] Rationalität“⁽⁵⁹⁾ die Überzeugung, daß die Wiederbelebung der altmodischen Naturrechtslehre mit ihrem abstrakt-allgemeinen Gerechtigkeitsbild nicht im heutigen Liberaldemokratismus und Pluralismus mehr möglich ist. Von diesen Verständnissen für beide Theorien setzt unser Nachdenken so fort, daß wir die von ihnen gebrachten Vorteile nicht ablehnen, sondern sie auswählend in Gebrauch nehmen. Daraus ergibt sich, daß der Kompromiß zwischen beiden Theorien geschlossen werden soll, und daß der eventuell angemessene Lösungen für gegenwärtige Probleme um die

Legitimierung und die Rechtfertigung von Form und Inhalt der Norm zur Folge haben kann. Nach unserem Denken ist die Argumentation z. B. als ein Begründungsmoment des Rechtssystems anzunehmen, sie funktioniert aber nicht nur innerlich als sein „Mittel“ oder seine „Operationsweise“,⁽⁶⁰⁾ sondern die Argumentation mag dazu beitragen, die Legitimität des Rechtssystems außerhalb seiner Selbststeuerung, Selbstreferenz⁽⁶¹⁾ und Selbstbeobachtung zu überprüfen, und zwar nicht nur im Sinne der „Fremdreferenz“.⁽⁶²⁾ Dies wird ermöglicht, soweit sowohl die Systemtheorie als auch die Kommunikations-, Diskus- sowie Argumentationstheorie auch aus ontologischer Perspektive geprüft werden, damit ihre Einseitigkeiten wieder gutgemacht werden können. Zum einen soll die Systemtheorie so maßhält, daß sie sich eigentlich systemexterne bzw. systemfremde Ereignisse nicht mehr schematisch unter ihr Bild von System/Umwelt oder so zu subsumieren und umzufassen vornimmt. Zum anderen wird es sich der Diskurstheorie offenbart, daß sich Grundlagen und Bedingungen ihrer Argumentation eigentlich auf die Seinsgebundenheit des Sprechers, die der Kommunikationsgemeinschaft und schließlich die des Kommunikativen bzw. des Argumentativen selbst stützen. Nur wenn die Diskurs- und Argumentationstheorie dies ernst nehmen, werden sie zur sachgemäßen, inhaltlich-normativen Wertung fürs Rechtliche fähig.⁽⁶³⁾ Falls die Anhänger beider Theorien klagen, sie verloren ihre Eigenschaft und Originalität, wenn sie diesen Vorschlag akzeptieren, müssen wir dann leider von ihnen Abschied nehmen. Aufgefordert ist eher flexible Reflexion als starre Reinhaltung des theoretischen Konzepts. Nur durch die Auseinandersetzung verschiedener Sichten miteinander auf der Stütze des Begriffs der Natur der Sache soll das aus dem Abfallbehälter der Rechtsgeschichte herausgeholt und wieder in reifliche Erwägung

gezogen werden, was zu Unrecht als leer und unbegründbar beseitigte und weggeworfen wurde. Und erst dann unterscheiden sich das Verfügbare und das Unverfügbare voneinander und sie erhalten ihrem Wesen und ihrer Existenz entsprechenden Bestimmungen. Gerade darin finden wir die eigentümliche Aufgabe der Rechtsphilosophie.

So weist die heutige Lehre der Natur der Sache den Versuch der Kommunikationstheorie oder der Theorie der juristischen Argumentation und der Systemtheorie keineswegs zurück, vielmehr nimmt diese Lehre sie in sich auf, um sich inhaltsreicher zu machen. Es ist richtig, daß ohne Rücksicht auf die aktuelle Verstehensakt des Subjekts im konkreten Kommunikationsraum, wobei es sich namentlich um die Argumentierung und den Konsens unter der Intersubjektivität dreht, auch die Erforschung und Feststellung des objektiven Sinnes und zuguterletzt das Begreifen des Rechts scheitern, und daß alles Bestreben immer „eine Sisyphusarbeit“ bleiben muß.⁽⁶⁴⁾ Der aktiven Teilnahme am kommunikativen Netzwerk z. B., in dem jeder Teilnehmer seinen Diskurs offen durchführt, soll auch die Rechtswissenschaft kein frostiges Willkommen entbieten und sie soll sie nicht etwa mißachten, sofern dieser Diskurs uns ein Erkenntnismittel liefert.⁽⁶⁵⁾

Die Sprache erschafft nicht die Sache selbst, nur macht sie sie als verstehbar. In dem Kommunikations- und Diskursraum wird aber der Sachverhalt aufs Korn genommen und nach der sozialetischen Anschauungen und Wertungen klarer gestellt, mit deren Hilfe auch richterliche Rechtsfindung erfolgen kann.⁽⁶⁶⁾ Allerdings muß es immer wieder betont werden, daß die Argumentierung im Kommunikationsraum bzw. durch den Diskurs keine letzte Begründung zu geben vermag. Daß

jeder einen Sachverhalt verschieden wahrnimmt und von *einer* Wahrheit verschieden bespricht, bedeutet nicht, daß die Wahrhaftigkeit *der* Wahrheit nur auf solcher Weise gewährleistet werden könnte. Zur juristischen Argumentation gibt die Formel ›Natur der Sache‹ mehr als den Maßstab für die bloß formallogische Richtigkeit des Urteils. Bei der Argumentierung kommt es nur auf die subjektive Wertung einzelnen Sprechers an. Hingegen impliziert die Natur der Sache immer etwas Objektives. Jeder Konsens, jede Übereinstimmung soll sich an etwas Objektives orientieren und das Kriterium für Richtigkeit und Evidenz der Behauptung muß demnach auf dem Basis dieser Orientierung ermeßt werden. Hierbei geht es nicht um *ein* bestimmtes Objektives oder *einzig*e Wahrheit, sondern vorerst nur um intellektuelle Bescheidenheit zwischen den Sprechern: es gebe irgendein Objektives, das von der menschlichen Willkür nicht abhängt und deshalb nicht verfügbar sei. Ein solches Objektives kann nicht durch den Konsens hergestellt werden, im Gegenteil sollen Sprecher die Gültigkeit ihres Konsenses auch in Ansehung von diesen Objektiven überprüfen. So betrachtet scheint für dieses Objektive kein anderer als der Begriff der Natur der Sache geeignet zu sein. Daher ist „die Formel Natur der Sache“ gar nicht „inhaltlich eine Leerformel“, wie *Ekkehard Kaufmann* so erachtet.⁽⁶⁷⁾ Die Bedeutung dieses Begriffs liegt nicht darin, daß man von ihm irgendwelche normative Handlungsanweisungen oder bestimmte Anwendungsmuster der Rechtssätze direkt ableiten könnte. So ist dieser Begriff als solcher kein tüchtiges Instrument der Argumentation. Die Norm und ihre Auslegung sind nicht direkt aus der Natur der Sache, sondern stets aus dem menschlichen Setzungs- und Wertungsakt herkommen. Aber dieser Akt kann nicht umhin, den Begriff der Natur der Sache als das Erkenntnismittel der Wahrheit zu berücksichtigen, solange er in den

schlechten Relativismus wie den des Piratus‘ nicht geraten will. „Für normative Erkenntnisse“, so stellt *Arthur Kaufmann* fest, sind folgende Prinzipien zu beachten, nämlich: „a) das Argumentationsprinzip, nach dem alle Argumente zugelassen sind; b) das Konsensusprinzip; danach ist kein Konsens endgültig; c) das Fallibilitätsprinzip; das bedeutet, dass jedes Argument grundsätzlich falsifizierbar ist. Erweist sich eine Theorie oder eine Hypothese auf lange sich als nicht widerlegbar, so besteht die Vermutung der Wahrheit.“⁽⁶⁸⁾ Zur diesen Falsifizierung, zur Vermutung der Wahrheit und schließlich zur Grundlegung sowie Gewährleistung des bescheidenen Relativismus‘ in Nathan’scher Art im Kommunikationsraum scheint das Voraussehen irgendeines Objektiven jedenfalls unentbehrlich zu sein. So tritt der Begriff der Natur der Sache, zusammen mit der juristischen Hermeneutik und juristischen Topik, als die Bedingung zur richtigen Diskurs und Argumentierung, als das Mittel für die Erkenntnis der objektiven Wahrheit heute neu auf.

Für die Bereicherung des Begriffs der Natur der Sache ist auch die systemtheoretische Perspektive nutzbar und lehrreich, um insbesondere die Verwandtschaft und den Unterschied zwischen diesem Begriff und der Naturrechtslehre überhaupt zu erhellen. Sofern wir sich auf den Standpunkt der Systemtheorie berufen, kann der Charakter der Naturrechtslehre so definiert werden: während der Gesetzespositivismus nur auf operativ-normative Geschlossenheit des Gesetzessystems Rücksicht nimmt und er somit systemexterne Faktoren und Kriterien in der Regel aus diesem System ausschließt, mag die Naturrechtslehre kognitive Offenheit des Rechtssystems gegen seine Umwelt kristallisieren und sie will gern ins System hineinbringen, was außer dem Rechtssystem, in der Umwelt liegt, sofern es zur Verwirklichung der materiellen

Gerechtigkeit zu dienen scheint. Dies gilt vor allem für den extremen Fall, wie etwa bei der Bewältigung des gesetzlichen Unrechts, das die Menschenrechte bewußt verletzt, oder im Fall des revolutionären Systemwandels, nämlich wenn es sich dringend darum dreht, festzustellen, was verbindendes Recht heißt.

Gewiß kann das Rechtssystem nicht nur als ein bloß geschlossenes erachtet werden und es soll auch offene Beschaffenheit innehaben. Aus dieser Hinsicht wird es daher nicht in seiner Funktion ausschöpft werden, daß es zur Stabilisierung normativer Erwartungen vor dem Hintergrund der weitgehend als kontingent erfahrenen Norminhalte diene. Wohl präveniert das Rechtssystem uns, was neu entworfen werden kann und was damit auf jeweilige Situation anpassen kann. Dennoch ist das Recht mehr als eine bloße Durchsetzungsstrategie. Denn wir können zur Setzung des Rechts immer nicht umhin, zuerst nach dem Rechtlichen zu suchen und es jeweils im Sinnkomplex herauszufinden. Und es befindet sich nicht außer der Sphäre des positiven Rechts im weitesten Sinne, wie die Naturrechtslehre so irrezugehen pflegt. Sondern die Faktoren und Kriterien für das Rechtliche sind nach dem Begriff der Natur der Sache oder der sachlogischen Struktur allein aus den positiv daseienden Sachverhalten in verschiedenen Situation als die Typischen zu entnehmen. An Hand der Reihe der so gewonnenen Typischen, die den relativ dauernden Kraft habenden Maß für das Urteil geben, können wir den Einzelfall bewerten, ohne daß wir ihn immer etwas neues zu nehmen brauchen. Gefordert ist also kein anderes als das Begreifen des Rechts, das in der konkreten Situation stets an der Kontingenz teilnimmt, das doch jeweils den objektiven Maßstab für den Rechtens voraussieht.

5. 3 : Wozu Natur der Sache heute?

In der Natur der Sache ist sozusagen ein ›missing link‹ herauszufinden, worin der subjektive Rechtssetzungsakt und die objektiv-logische Struktur des Rechts zusammentreffen und zu ihrer Einheit dialektisch zusammenschmelzen, indem sie sich nach ihrem Erscheinungsmodus ins Möglichen einerseits und ins Wirklichen andererseits differenzieren und gliedern. Mit der Einsehung der Natur der Sache, schätze ich also, kann ein Ariadnefaden zum dritten Weg uns gezeigt werden, es sei denn, daß wir den so mißdeuten, als ob wir mittels ihres Begriffs abstrakte Gerechtigkeitsvorstellung beliebiger Ideologie etablieren oder rechtfertigen könnten. Propagandische Schlagwörter, wie etwa ›Ab-/Rückkehr‹, ›ewige Wiederkehr‹ oder ›Renaissance‹, womit sich die Dogmatiker einst oft die Naturrechtslehre und auch den Gesetzespositivismus zu rehabilitieren vornahmen, sind daher dem sich auf die Natur der Sache richtenden Denken nicht angemessen und inakzeptabel. Vielmehr sollten wir daran Genüge finden, zum Schluß nur so festzustellen:

Wer auf der Suche nach der Gerechtigkeit ist, der vermag durch die Natur der Sache zu begreifen, daß er ihr Vorliegen voraussetzt und ihre Bedeutung in der Sphäre alles Rechtlichen schon anerkennt.

(Schluß)

Anmerkungen

- (1) Arno Baruzzi, Rechtsphilosophie der Gegenwart, Darmstadt, 2006, 31. Siehe auch dens., Rechts-Autonomie und Rechts-Autopoiesis der Gesellschaft?, PhJ 103 (1996), 181-190, 182. Während Baruzzi dort von der Rechtsphilosophie Radbruchs erläutert, stellt er fest: „Nach heutigen

Rechtstheorien, wie von Habermas oder Luhmann, ist dies [Radbruch'sches Vorgehen, das an Hand der Natur der Sache uns Rechtswesen oder Rechtsnatur erkennen läßt: d. Verf.] ein unmögliches, weil irreführendes Vorgehen. Dabei wird heute einerseits fraglos vorausgesetzt, daß es einfach Recht gibt, daß mit Recht viel und gar alles (für den Menschen, für die Gesellschaft) zu machen ist. Aber andererseits wird das Recht doch von einem bestimmten Vorgehen, sprich Methode, abhängig gemacht, einmal vom Diskurs, zum anderen vom System.“

- (2) Hierfür Niklas Luhmann, *The World Society as a Social System*, *International Journal of General Systems* 8 (1982), 131–138, 132, revised edition in: R. Felix Geyer/Johannes van der Zouwen (eds.), *Dependence and Inequality. A Systems Approach to the Problems of Mexico and other Developing Countries*, Oxford/New York/Toronto/Sydney/Paris/FaM, 1982, 295–306, 297. Vgl. auch dens., *Essays on Self-Reference*, New York, 1990, 175–190, 177f.: „Modern society is differentiated into the political subsystem and its environment, the economic subsystem and its environment, the scientific subsystem and its environment, the educational subsystem and its environment, and so on. Each of these subsystems accentuates, for its own communicative processes, the primacy of its own function. All of the other subsystems belong to its environment and vice versa.“
- (3) Z. B. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, FaM, 1986, 41. Siehe auch dens., *Machtkreislauf und Recht in Demokratien*, in: ders., *Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, 4. Aufl., Wiesbaden, 2009, 148–158, 152: „Die Qualifikation als ‚rechtlich‘ kann einer Entscheidung nur durch Bezugnahme auf andere als rechtlich qualifizierte Entscheidungen verliehen werden – also nicht durch Bezugnahme auf den schlichten politischen Willen, nicht durch Inaussichtstellen wirtschaftlichen Nutzens und auch nicht durch Anknüpfung an eine nur erkenntnistheoretische Hypothese im Sinne Kelsens [...]. Dies gilt gleichermaßen für Gesetze, die Rechtsqualität in Anspruch nehmen, wie für Ausführungsentscheidungen. Die Gesetze gründen sich auf ihre Ausführung, die Ausführung gründet sich auf die Gesetze, sofern eine jeweils ausreichende Menge von Rechtselementen hinzuassoziiert werden kann. [...] Obwohl das Rechtssystem nur aus Entscheidungen besteht und *alle* Entscheidungen im Rechtssystem durch andere Entscheidungen

- ersetzbar sind, ist die Ordnung des Reproduktionszusammenhanges selbst eine notwendige. Das Rechtssystem hat, anders formuliert, seine eigene Notwendigkeit darin, daß es notwendigerweise aus kontingenten Entscheidungen besteht“. Ferner vgl. auch dens., *Steuerung durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen*, *ZfRSoz* 12 (1991), 142–146, 145f.; dens., *Die Paradoxie des Entscheidens*, *VerwArch* 84 (1993), 287–310, 287 („Das Entscheidungsgeschehen ist, anders gesagt, die Art und Weise, in der die Organisation sich selbst unterscheidet und daran erkennt, was sie tut. Nicht mehr, aber auch nicht weniger.“); dens., *Organisation und Entscheidung*, 2. Aufl., Wiesbaden, 2006, 44f.; Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, *FaM*, 1988, v. a. 327ff. *Kritische Auseinandersetzung bei Hubert Rottleuthner*, *The Limits of Law – The Myth of a Regulatory Crisis*, *International Journal of the Sociology of Law* 17 (1989), 273–285, 274 seqq., 280 seqq. *Zu einem knappen Überblick über den Charakter des autopoietischen Systems*, z. B. Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft* (hg. v. André Kieserling), *FaM*, 2000, 197ff.
- (4) Luhmann, *Die Einheit des Rechtssystems*, *Rth* 14 (1983), 129–154, 143. Vgl. auch dens., *Die operative Geschlossenheit psychischer und sozialer Systeme* in: Hans Rudi Fischer/Arnold Retzer/Jochen Schweitzer (Hgg.), *Das Ende der großen Entwürfe*, *FaM*, 1992, 117–131, 120f. = Luhmann, *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*, 3. Aufl., Wiesbaden, 2008, 26–37, 29f.
- (5) Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 4. Aufl., Stuttgart, 2000, 8f., 14f., 18, 27ff.; dens., *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl., Darmstadt/Neuwied a. Rh., 1978, 43, 141ff.; dens., *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie*, in: Hans Albert/Niklas Luhmann/Werner Maihofer/Ota Weinberger (Hgg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft (JbRSoz II)*, Düsseldorf, 1972, 255–276, 259 = Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, *FaM*, 1981, 241–272, 247; dens., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Bd. 1, *FaM*, 1997, insbes. 134ff. *Siehe auch dens., Ideengeschichte in soziologischer Perspektive*, jetzt in: Kieserling (Hg.), *Ideenevolution. Beiträge zur Wissenssoziologie*, *FaM*, 2008, 234–252, 244; dens., *Organisation und Entscheidung*, 33. *Zur Reduktion der Komplexität unter Bezugnahme auf „Codierung“* vgl. dens., „Distinctions

directrices“. Über Codierung von Semantiken und Systemen, in: Friedhelm Neidhardt/M. Rainer Lepsius/Johannes Weiß (Hgg.), Kultur und Gesellschaft, Opladen, 1986, 145-161, 158f. = Soziologische Aufklärung 4, 13-32, 28f.; dens., Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?, Opladen, 1986, 159ff., 219ff., 229 u. 267. Zum Begriff der Komplexität vgl. Christoph Henke, Über die Evolution des Rechts. Warum ändert sich das Recht?, Tübingen, 2010, v. a. 120ff..

- (6) Hinsichtlich vor allem der Bedeutung der Positivierung des Rechts vgl. Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Berlin, 1966, insbes. 23ff.. Hinzu kommt, daß es zwei „Lösungen“ geben soll, damit das System Komplexität reduziert. Die erste ist die externe/adaptive, die „in der Institutionalisierung gemeinsamer Werte und auf sie bezogener Kooperationsformen in System und Umwelt – also in einem Anpassungsvorgang“ besteht. Die zweite ist die interne/autonome, womit Komplexität „durch interne Komplizierung des Systems (Arbeitsteilung, Hierarchiebildung) und durch eine sehr unbestimmt gehaltene, elastische Programmstruktur“ reduziert wird. Luhmann sieht an, in der neueren Entwicklung des Rechts sei der Übergang von der ersten zur zweiten eklatant wahrzunehmen. Dazu siehe ebendort.
- (7) Hierfür Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, Neudr., FaM, 1973, 101ff., 242f. u. 317f.; dens., Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), 1-31, 3ff. = Ausdifferenzierung des Rechts, 273-307, 275ff.; dens., Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Rüdiger Lautmann/Werner Maihofer/Helmut Schelsky (Hgg.), Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft (JbRSoz I), Bielefeld, 1970, 175-202, 192ff. = Ausdifferenzierung des Rechts, 113-153, 137ff.; dens., Rechtssoziologie, 4. Aufl., Wiesbaden, 2008, 227ff.. Ferner vgl. auch dens., Lob der Routine, VerwArch 55 (1964), 1-33, 6f. et passim = Luhmann, Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung, 5. Aufl., Wiesbaden, 2007, 113-142, 117ff. et passim. Gekürzte Fassung: Die Programmierung von Entscheidungen und das Problem der Flexibilität, in: Renate Mayntz (Hg.), Bürokratische Organisation, Köln/Berlin, 1968, 324-

- 341, 324ff.; dens., Ökologische Kommunikation, 90ff. u. 104; dens., Das Recht der Gesellschaft, FaM, 1993, 165ff.; dens., Die Kunst der Gesellschaft, FaM, 1995, 301ff.
- (8) Luhmann, Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, 275 (Ausdifferenzierung des Rechts, 270). Vgl. auch Werner Maihofer, Die gesellschaftliche Funktion des Rechts, in: Lautmann/Maihofer/Schelsky (Hgg.), Die Funktion des Rechts, 11–36, 27f.
- (9) Vgl. dazu Luhmann, Die Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft, VerwArch 49 (1958), 97–105, 101.
- (10) Hierfür Hasso Hofmann, Das Recht des Rechts und das Recht der Herrschaft, in: Dietmar Willoweit (Hg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem, München, 2000, 247–267, 252: „Mag die Rechtsregel auch Lernprodukt aus einem sozialen Konflikt sein: Sie modelliert ihn nicht einfach nach. Vielmehr konstituieren die Gesetze den Normalfall, geben in diesem Sinne – zumindest implizit – Handlungsanweisungen und suchen diese durch Sanktionen zu stabilisieren, bevor die sozusagen pathologischen Konfliktfälle auftreten.“
- (11) Mit dem Ausdruck „Sinn“ ist nach Luhmann nicht „a property of dynamic systems only“, sondern auch „a representation of complexity“ gemeint, so soll ›Sinn‹ auch unter „›historisch-politischer Semantik‹“ ›semantisch‹ verstanden werden. Hierfür: Luhmann, Complexity and Meaning, in: The United Nations University (ed.), The Science and Praxis of Complexity, 1984, Tokyo, 1985, 99–104, 102 seq. = Essays on Self-Reference, New York, 1990, 80–85, 83f.; id., Society, Meaning, Religion – Based on Self-Reference, Sociological Analysis 46 (1985), 5–20, 6 seqq. = Essays on Self-Reference, 144–164, 146 seq.; dens., Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition, in: Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 1, FaM, 1980, 9–71, 19f. Zum Verständnis von ›Sinn‹ bei Luhmann vgl. Dirk Baecker, Unbestimmte Kultur, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hgg.), Widerstände der Systemtheorie. Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann, Berlin, 1999, 29–46, 41f.; Friedrich Balke, Dichter, Denker und Niklas Luhmann. Über den Sinnzwang in der Systemtheorie, in: ebd., 135–157, 142ff.
- (12) Vgl. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart/Berlin/

- Köln/Mainz, 1974, 25ff. u. 58f. Kritisch dazu Arthur Kaufmann, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München, 1989, 11f.
- (13) Zu diesem Modell vgl. Luhmann, *Zweck - Herrschaft - System. Grundbegriffe und Prämissen* Max Webers, *Der Staat* 3 (1964), 129-158, 149f. = *Politische Planung*, 90-112, 102; dens., *Positives Recht und Ideologie*, *ARSP* 53 (1967), 531-571, 557ff. = *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 7. Aufl., Wiesbaden, 2005, 224-255, 241ff. Vgl. auch Niklas Luhmann/Karl Eberhard Schorr, *Das Technologiedefizit der Erziehung und die Pädagogik*, in: dies. (Hgg.), *Zwischen Technologie und Selbstreferenz. Fragen an die Pädagogik*, *FaM*, 1982, 11-40, 31f.; Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, 63. Lehrreich auch Albrecht Koschorke, *Die Grenzen des Systems und die Rhetorik der Systemtheorie*, in: Koschorke/Vismann (Hgg.), *Widerstände der Systemtheorie*, 49-60, 50; Gunther Teubner, *Folgenkontrolle und responsive Dogmatik*, *Rth* 6 (1975), 179-204, insbes. 181ff.
- (14) Luhmann, *Rechtssoziologie*, 105. Am anderen Orte bespricht er vom Rechtsbegriff als der Kombination von Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung. Hierfür dens., *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?*, in: Luis Legaz y Lacambra (Hg.), *Die Funktionen des Rechts* (*ARSP* Bt. 8), Wiesbaden, 1974, 31-45. Kritisch zu Luhmann, Rottleuthner, *Zum soziologischen Rechtsbegriff*, in: Robert Alexy/Ralf Dreier/Ulfrid Neumann (Hgg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung*, Stuttgart, 1991, 300-311, 302.
- (15) Vgl. dazu Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 49ff.; dens., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, *FaM*, 1984, 148ff.; id., *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, revised edition in: Gunther Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/New York, 1985, 111-127, 119 = Luhmann, *Essays on Self-Reference*, 227-245, 234 seq..
- (16) Hierzu denken Anhänger der Systemtheorie ja typisch systemtheoretisch. Z. B. erläutert Teubner: „Für das Recht etwa bedeutet autopoietische Selbstreferenz, daß es sich in seiner Gültigkeit nur auf Normativität stützt und sich damit endgültig von allen außerrechtlichen Bezügen - Politik, Moral, Wissenschaft - und von naturrechtlichen Begründungen

löst und nur noch innerrechtlich sich selbst reproduzieren kann.“ Siehe Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden, 1984, 289–344, 314f.. Allerdings verißt er nicht, zugleich auf den negativen Effekt hinzuweisen, nämlich: mit der steigenden Formalisierung des Rechts *„gerät es in steigende Abhängigkeit von den Leistungsanforderungen seiner gesellschaftlichen Umwelt – Materialität.“* (ebd.). Ähnlich meint Günther: „Die Autonomie des Rechtssystems besteht gerade darin, sich von naturrechtlichen Begründungsanforderungen emanzipiert zu haben.“ Hierfür Günther, a. a. O., 328. Vgl. auch Luhmann, Die Soziologie des Wissens: Probleme ihrer theoretischen Konstruktion, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 4, FaM, 1995, 151–180, 169; Marcelo Neves, Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas, Baden-Baden, 2000, 59.

- (17) „Dem positiven Wert, der die Anschlußfähigkeit der Operationen bezeichnet, wird ein anderer Wert, ein Negativwert, ein Reflexionswert gegenübergestellt, der besagt, daß alle anschußfähigen Operationen (alle Zahlungen, alle Machtprüche, alle kollektive bindenden Entscheidungen, alle Wissensfixierungen usw.) auch anders ausfallen könnten, *ohne daß dies die Autopoiesis des Systems beenden würde.* Binäre Codierung ist, mit anderen Worten, eine bedeutsame, ja die in der Gesellschaftsentwicklung führende Erfindung der Neukonstituierung eines Mediums über der immer schon in Formen und nur so benutzbaren Sprache.“ So Luhmann, Das Kind als Medium der Erziehung, ZfPäd 37 (1991), 19–40, 22f. = Soziologische Aufklärung 6, 194–217, 198. In diesem Zusammenhang vgl. auch dens., Selbstreferenz und binäre Schematisierung, in: Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 1, 301–313, v. a. 304ff.; dens., Ökologische Kommunikation, 76ff., 219ff. u. 229; dens., Die Ehrlichkeit der Politiker und die höhere Amoralität der Politik, in: Peter Kemper (Hg.), Opfer der Macht. Müssen Politiker ehrlich sein?, FaM, 1993, 27–41, 32 = Detlef Horster (Hg.), Die Moral der Gesellschaft, FaM, 2008, 163–174, 167 („Heute können wir [...] sehen und haben wir zu akzeptieren, *daß die Werte der verschiedenen Funktionssysteme keine moralischen Werte sind.* [...] Die Zwei-Werte-

Codierung der Funktionssysteme läßt sich in keinem Fall mit dem Moralcode von gut/schlecht gleichsetzen, und damit entzieht sich auch die gesamte Selbstorganisation dieser Funktionssysteme einer moralischen Kontrolle. Ja, der Rückzug der Moral aus diesen Bereichen wird durch die Moral selbst gefordert und gedeckt.“); dens., Die Moral des Risikos und das Risiko der Moral, in: Gotthard Bechmann (Hg.), Risiko und Gesellschaft. Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung, Opladen, 1993, 327-338, 335 = Horster (Hg.), Die Moral der Gesellschaft, 362-374, 374 (es sei „sinnvoll, in der Reflexion der Moral nicht von Einheit auszugehen, sondern von Differenz, und nicht von Gründen oder Prinzipien, sondern von Problemen; und zwar von Problemen, an denen die Frage aufbricht, ob man ein Verhalten moralisch beurteilen solle *oder nicht*.“); dens., Politik, Demokratie, Moral, in: Konferenz der deutschen Akademien der Wissenschaften (Hg.), Normen, Ethik und Gesellschaft, Mainz, 1997, 17-39, jetzt in: Horster (Hg.), Die Moral der Gesellschaft, 175-195, 184ff.; Dirk Martin, Überkomplexe Gesellschaft. Eine Kritik der Systemtheorie Niklas Luhmanns, Münster, 2010, insbes. 194ff.

- (18) Hierfür z. B. Luhmann, Paradigm Lost: Über die ethische Reflexion der Moral (1990), 3. Aufl., FaM, 1996, 23ff. = Horster (Hg.), Die Moral der Gesellschaft, 253-269, 259ff.
- (19) Vgl. dazu Luhmann/Schorr, Reflexionsprobleme im Erziehungssystem, Stuttgart, unveränd. Wiederaufl., FaM, 1988, 58ff. sowie 364f. (Nachwort 1988); Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 214ff.; dens., Die Religion der Gesellschaft, 149. Siehe auch Ralf Dreier, Niklas Luhmanns Rechtsbegriff, ARSP 88 (2002), 305-322, 315ff. Teubner, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, ZfRsoz 29 (2008), 9-36, 16f., sieht an: „Als Kontingenzformel des Rechts hat Gerechtigkeit im Recht einen ähnlichen Status wie ihn andere Kontingenzformeln auf anderen Gebieten ebenfalls haben: Legitimität in der Politik, Gott in der Religion, Güterknappheit in der Ökonomie, Bildung in der Pädagogik, Limitationalität in der Wissenschaft [...]. Kontingenzformel heißt: Negationsverbot, Kanonisierung, Unbestreitbarkeit. Und ihre Dynamik enthüllt ein Paradox. Die notwendige Suche nach dem Unbestreitbaren erzeugt, wenn sie als Suche beobachtet werden kann, immer wieder neue Kontingenzen. Notwendige Kontingenz – kontingente Notwendigkeit.“ Zu

bemerken ist aber, daß er mit Recht so fortfährt: „Die Kontingenzformel impliziert sehr viel mehr als bloße interne Konsistenz des Entscheidens: Kontingenz heißt Anders-möglich-Sein und zugleich Von-etwas-anderem-Abhängigsein. Die Kontingenzformel operiert auf der Grenze des Rechts zu seiner äußeren Umwelt und zielt auf historische Variabilität der Gerechtigkeit und zugleich auf deren Umweltabhängigkeit. Der Ruf nach Gerechtigkeit – und dies ist der Kern der Kontingenzformel – fordert, Konsequenzen zu ziehen aus der Abhängigkeit des Rechts von seiner Ökologie, von seinen sozialen, menschlichen und natürlichen Umwelten. Damit kommen jenseits formaler Konsistenz materielle Orientierungspunkte ins Spiel. [...] Die Intention der Gerechtigkeit richtet sich nicht auf die Maximierung dogmatischer Konsistenz, sondern darauf, auf äußerst divergente Anforderungen von außen sensibel zu antworten und dabei möglichst hohe Konsistenz anzustreben. Die Kontingenzformel zielt nicht auf eine dem Recht immanente, sondern eine das Recht transzendierende Gerechtigkeit. Interne Konsistenz plus Responsivität gegenüber ökologischen Anforderungen – dies ist die Doppelformel juridischer Gerechtigkeit.“ So handele es sich bei juridischer Gerechtigkeit um „re-entry des Außerrechtlichen in das Recht“, „re-entry der Ökologie in das Recht“ oder „die interne rechtliche Rekonstruktion externer Forderungen von Gesellschaft, Menschen und Natur“ (ebd., 18ff.), diese Gerechtigkeit selbst sei aber rechtsintern und „bleibt system- und zeitgebunden“ (ebd., 23). Zur gesellschaftlichen Abhängigkeit der Kontingenzformel ›Gerechtigkeit‹ siehe dens., *Altera Pars Audiatur. Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, in: Hans-Martin Pawlowski/Gerd Roelcke (Hgg.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates. Die Verschiedenheit der Kulturen und die Allgemeinheit des Rechts* (ARSP Bt. 65), Stuttgart, 1996, 199–220, 218; dens., *Dreiers Luhmann*, in: Robert Alexy (Hg.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen, 2005, 199–211, 201ff. (auf. 203 findet er, „Gerechtigkeit als rechtsinternes Kriterium“ habe sich „in wechselseitiger Abhängigkeit von Gesellschaftsstrukturen gewandelt“); dens., *Die anonyme Matrix, Der Staat*, 45 (2006), 161–187, 185ff.

(20) Hierfür Luhmann, *Soziale Systeme*, 25, 74f., 79; id., *Complexity and Meaning*, 102 seq. = *Essays on Self-Reference*, 83f.; dens., *Organisation und*

Entscheidung, 2. Aufl., Wiesbaden, 2006, 61ff.

- (21) Über diese Formulierung vgl. Luhmann, Soziale Systeme, 252, 295. Siehe auch dens., Einfache Sozialsysteme, ZfS 1 (1972), 51-65, 58ff. = Luhmann, Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, 6. Aufl., Wiesbaden, 2009, 25-47, 34ff.
- (22) Hierzu z. B. Dietmar von der Pfordten, Deskription, Evaluation, Präskription. Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlagen von Ethik und Recht, Berlin, 1993, 420f. Dagegen Luhmann, Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, in: Gunther Teubner (Hg.), Die Rückgabe des zwölften Kamels. Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit (Sonderausg. a. d. ZfRsoz 21), Stuttgart, 2000, 3-60, 27: „Das System reproduziert sich selbst in rekursiv-geschlossenen Operationen, indem es auf Grund von normativem Sinn normativen Sinn erzeugt. Es kann normative Qualität nicht aus der Umwelt beziehen (es gibt kein Naturrecht) und auch nicht an die Umwelt abgeben“. Allein erkennt Luhmann Intersystembeziehungen bzw. „Interpenetration“, ferner „strukturelle Kopplung“ als ein Verhältnis von autopoietischen Systemen und „Co-evaluation“ zwischen den Systemen an. Über „Interpenetration“ vgl. Luhmann, Soziale Systeme, 286ff.: „Von *Penetration* wollen wir sprechen, wenn ein System die eigene *Komplexität* (und damit: Unbestimmtheit, Kontingenz und Selektionszwang) *zum Aufbau eines anderen Systems zur Verfügung stellt*. [...] *Interpenetration* liegt entsprechend dann vor, wenn dieser Sachverhalt wechselseitig gegeben ist, wenn also beide Systeme sich wechselseitig dadurch ermöglichen, daß sie in das jeweils andere ihre vorkonstituierte Eigenkomplexität einbringen“ (290). „[...] Interpenetration, nämlich Beisteuern von Komplexität zum Aufbau eines emergenten Systems, findet demnach in der Form von Kommunikation statt; und umgekehrt setzt jedes konkrete Ingangbringen von Kommunikation ein Interpenetrationsverhältnis voraus“ (294). In diesem Zusammenhang siehe auch dens., Was ist Kommunikation?, Information Philosophie 15 (1987), 4-16, 7ff. = Soziologische Aufklärung 6, 109-120, 113ff. = Fritz B. Simon (Hg.), Lebende Systeme. Wirklichkeitskonstruktionen in der Systemischen Therapie, FaM, 1997, 19-31, 23ff.. Dort kritisiert Luhmann zugleich „Theorie der Rationalität kommunikativen Handelns“ von Habermas scharf so, daß sie

„schon empirisch schlicht falsch“ sei (10, Soziologische Aufklärung 6: 115, Lebende Systeme: 25). Ebenfalls dens., Selbstreferentielle Systeme, in Fritz B. Simon (Hg.), Lebende Systeme. Wirklichkeitskonstruktionen in der Systemischen Therapie, FaM, 1997, 69–77, 71ff.; dens., Organisation und Entscheidung, 59ff., 62ff., 141ff., 388ff. u. 397ff. Siehe auch Teubner, Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?, in: Christian Joerges/Inger-Johanne Sand/Gunther Teubner (eds.), Transnational Governance and Constitutionalism, Oxford/Portland (Oregon), 2004, 3–28, 20 et seqq.; Thomas Vesting, Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner, in: ibd., 29–39, 36. Unter Bezugnahme auf das Verhältnis von Individuum und Gesellschaft vgl. Soziale Systeme, 299; Talcott Parsons, The System of Modern Societies, Englewood Cliffs/N. J., 1971, 6 seq. Zur „Co-evaluation“ zwischen sozialen und psychischen Systemen vgl. Luhmann, Individuum und Gesellschaft, Universitas 39 (1984), 1–11, 9. Zum Verhältnis des Rechtssystems als eines Teilsystems des Gesellschaftssystems zu dem Gesellschaftssystem als dem Gesamtsystem, d. h. zu seiner Umwelt vgl. dens., Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, 273ff. (Ausdifferenzierung des Rechts, 266ff.). Dort erwähnt Luhmann, die Beziehung zwischen beiden Systemen gewinne „die Form einer *nichtkontingenten Verknüpfung kontingenter Sachverhalte*“ (276; Ausdifferenzierung des Rechts, 271). Siehe auch Ökologische Kommunikation, 47ff. u. 204f.; dens., Systemtheorie, Evolutionstheorie und Kommunikationstheorie, Sociologische Gids, 22, (1975), 154–168, 161 seq.; dens., Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition, v. a. 25ff.; dens., Rationalität in der modernen Gesellschaft, in: Kieserling (Hg.), Ideenevolution, 186–233, 208ff., 216f. u. 218ff.. Spezifisch für das Rechtssystem vgl. id., The Self-Reproduction of Law and its Limits, 113 seqq. = Essays on Self-Reference, 229 seqq.. In diesem Beitrag ist zwar erklärt, auch das Rechtssystem als „*normatively closed system*“ sei zugleich „*cognitively open system*“: „The openness of a system bases itself upon self-referential closure, and closed ‘autopoietic’ reproduction refers to the environment.“ „Normative closure does not exclude cognitive openness. On the contrary, it requires the exchange of information between system and environment.“ So gesteht Luhmann die Anpassung des Rechtssystems auf seine Umwelt zu, indem es als „system of legal operations“ um seiner

Selbstreproduktion und der Selektion der Information willen in „*asymmetrical* relations between the system and its environment“ über normative Selbstreferenz verfügt. Zu diesem Punkt vgl. Matthias Jestaedt, *Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie*, Paderborn/München/Wien/Zürich, 2009, 42ff.. Was wir aber hier vorlegen wollen, sind Beschreibung und Erforschung, wie das Rechtssystem mit den Gegebenheiten und der Idee verknüpft, wie ihre gegenseitige Interferenz entsteht und läuft. Es scheint mir, die Behandlung dieser Fragen, welche auch über die Perspektive der Reproduktion bzw. der Selbstreferenz des Systems hinaus auseinanderzusetzen sind, würde den Rahmen der systemtheoretischen Analyse sprengen. Über „Koevolution“ und Mitwirkung der Systemen zwischeneinander und dieselben zwischen Systemen und Teilsystemen, vgl. Luhmann, *Sinn, Selbstreferenz und soziokulturelle Evolution*, in: Günter Burkart/Gunter Runkel (Hgg.), *Luhmann und die Kulturtheorie*, FaM, 2004, 241–289, 242f. = Vollständ. Fass. in: Kieserling (Hg.), *Ideenevolution*, 7–71, 11 u. 26; dens., *Rationalität in der modernen Gesellschaft*, 216f.; Teubner, *Autopoiese im Recht: Zum Verhältnis von Evolution und Steuerung im Rechtssystem*, San Domenico (FI), 1986, 38ff.; dens., *Recht als autopoietisches System*, FaM, 1989, 66, 78ff., 99ff., 133, 146f.. An anderer Stelle erläutert Teubner: „[...] Diese ultrazyklische Bindung von Recht und gesellschaftlichem Teilsystem führt nicht zur Herausbildung eines neuen operativ geschlossenen Systems, sondern beruht auf der Trennung und Autonomie der beteiligten Systeme, ja nützt gerade die prinzipielle Verschiedenheit der Systemoperationen (gesellschaftliche Akte und Rechtsakte) für die Fremdkatalyse aus. Deshalb also kein Hyperzyklus im Verhältnis Recht–Gesellschaft, der beide in einem emergenten System der Selbstproduktion der Komponenten zusammenschlüsse, sondern ein Ultrazyklus, der die Grenzen von Recht und gesellschaftlichem Teilsystem respektiert und zugleich überschreitet, eine zirkuläre Förderungsbeziehung zwischen System und Nische, eine Art ökologischer Rekursivität.“ Hierzu Teubner, *Verrechtlichung – ein ultrazyklisches Geschehen: Ökologische Rekursivität im Verhältnis Recht und Gesellschaft*, Neubiberg, 1997, 24. Ferner vgl. Riccarda Pfeiffer, *Philosophie und Systemtheorie. Die Architektonik der Luhmannschen Theorie*, Wiesbaden, 1998, 48ff.

- (23) Hierfür Max Gutzwiller, Zur Lehre von der „Natur der Sache“, in: *Hommage de la faculté de droit de l'université de Fribourg à la Société suisse des juriste l'occasion de sa 59me assemblée générale à Fribourg, les 29 et 30 (1924)*, 282-302, 292 = Anton Heini (Hg.), *Max Gutzwiller, Elemente der Rechtsidee. Ausgewählte Aufsätze und Reden*, Basel/Stuttgart, 1964, 134-148, 141 = Arthur Kaufmann (Hg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965, 14-32, 23.
- (24) Luhmann, *Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates*, in: Carl Heymanns Verlag KG (Hg.), *Studien über Recht und Verwaltung*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1967, 81-102, 84 = *Politische Planung*, 53-65, 54.
- (25) Zuzufolge Luhmann ist die Rechtsquelle auch „als Erkenntnisgrund von Rechtsnormen“ nicht ausreichend zu begreifen. Vgl. dens., *Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht*, in: *Ausdifferenzierung des Rechts*, 308-325, 324.
- (26) Theodor Julius Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1947), 2. Aufl., Neuwied a. Rh./Berlin, 1970, 397.
- (27) Jürgen Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, FaM, 1973, v. a. 144ff.; ders., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 4., durchges. Aufl., FaM, 1987, 148. Ihm zufolge subsumiert sich das konkret-Allgemeine bei Hegel „zu einer von allem Substantiellen gereinigten Kommunikationsstruktur“. Vgl. dazu dens., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, FaM, 1998, 280. Zu diesem Punkt siehe auch Bodo Pieroth, *Diskurstheorie und juristische Methodik*. Jürgen Habermas' Beitrag zum Verfassungsrecht, in: Ralph Christensen/ Bodo Pieroth (Hgg.), *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht* (FS Müller), Berlin, 2008, 171-188, 183ff.
- (28) Habermas, *Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, in: Jürgen Habermas/Dieter Henrich/Jacob Taubes (Hgg.), *Theorie-Diskussion*. Jürgen Habermas/Niklas Luhmann. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, FaM, 1971, 101-141, 124 und 136; ders., *Wahrheitstheorien*, in: Helmut Fahrenbach (Hg.), *Wirklichkeit und Reflexion* (FS Schulz), Pfullingen, 1973, 211-265, 252ff.; *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1:

Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, 4., durchges. Aufl., FaM, 1987, 47ff.. Siehe auch Luhmann, Die Soziologie und der Mensch, Neue Sammlung 25 (1985), 33-41, 34 = Soziologische Aufklärung 6, 252-261, 253. Zu Argumentationstypen vgl. Habermas, a. a. O., 44ff..

(29) Habermas, ebd., 216.

(30) Ebd., 48ff..

(31) Zu derartigen Kritiken seitens der Philosophen und Soziologen vgl. Otto Pöggeler, Die ethisch-politische Dimension der hermeneutischen Philosophie, in: Gerd-Günther Grau (Hg.), Probleme der Ethik, Freiburg/München, 1972, 45-81, 73ff.; Otfried Höffe, Kritische Überlegungen zur Konsensustheorie der Wahrheit (Habermas), PhJ 83 (1976), 313-332, insbes. 329ff.; Karl-Heinz Ilting, Geltung als Konsens, in: Rüdiger Bubner/Konrad Cramer/Reiner Wiehl (Hgg.), Neue Hefte für Philosophie 10: Moderne Sophistik, Göttingen, 1976, 20-50, 34; dens., Der Geltungsgrund moralischer Normen, in: Wolfgang Kuhlmann/Dietrich Böhler (Hgg.), Kommunikation und Reflexion. Zur Diskussion der Transzendentalpragmatik. Antworten auf Karl-Otto Apel, FaM, 1982, 612-648, v. a. 619f.; Luhmann, Die Religion der Gesellschaft, 202 u. 234, Fn. 11. Zutreffend auch Kaufmann, Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen, JZ 1985, 1065-1072, 1067; ders., Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?, in: Heike Jung/Heinz Müller-Diez (Hgg.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens (FS Kielwein), Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, 15-24, 18ff. = Kaufmann, Über Gerechtigkeit, Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, Köln/Berlin/Bonn/München, 1993, 425-434, 428ff.; ders., Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse. Deduktion · Induktion · Abduktion · Analogie · Erkenntnis · Dezision · Macht, München, 1999, 21ff. u. 95ff..

(32) In diesem Zusammenhang vgl. Bertram Keller, Streit um Konsens - Alternative Konfliktlösung im diskursiven System des Rechts, in: Günther Kreuzbauer/Silvia Augeneder (Hgg.), Der Juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik (ARSP Bt. 99), Stuttgart, 2004, 156-164, insbes. 156f., 159ff. u. 163f.. Kritische Betrachtung über Diskursethik auch bei Kaufmann, Die Aufgaben heutiger Rechtsphilosophie, in: ders., Über Gerechtigkeit, 503-508, 505ff..

- (33) Hierzu Axel Honneth, Diskursethik und implizites Gerechtigkeitskonzept, in: Wolfgang Kuhlmann (Hg.), *Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik*, FaM, 1986, 183–193, 189ff.
- (34) Vgl. Habermas, *Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?*, in: Wolfgang Kuhlmann (Hg.), *Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik*, FaM, 1986, 16–37, 32.
- (35) Adela Cortina, *Diskursethik und Menschenrechte*, ARSP 76 (1990), 37–49, 44. Zu diesem Punkt vgl. auch Karl-Otto Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, in: ders., *Transformation der Philosophie*, Bd. II: *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*, FaM, 1973, 358–435, 400. Dort erwähnt Apel vom Hegelschen Begriff der wechselseitigen Anerkennung unter Bezugnahme auf die Formulierung der Personen als der „Subjekten der logischen Argumentation“.
- (36) Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 71. Vgl. auch dens., *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: ders., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, FaM, 1983, 53–125, 113f.: „Kulturelle Werte führen zwar einen Anspruch auf intersubjektive Geltung mit sich, aber sie sind so sehr mit der Totalität einer besonderen Lebensform verwoben, daß sie nicht von Haus aus normative Geltung im strikten Sinne beanspruchen können – sie *kandidieren* allenfalls für eine Verkörperung in Normen, die ein allgemeines Interesse zum Zuge bringen sollen.“ Ferner ebd., 118f.
- (37) An Gesichts der Komplexität der Gesellschaft betrachtet Habermas neuzeitliche Naturrechtslehre von Hobbes und Kant (Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, KJ 20 [1987], 1–16, 8.) und die „im Urzustand begründeten Gerechtigkeitsprinzipien“ Rawls' („Erläuterungen zur Diskursethik“ in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik*, FaM, 1991, 119–226, 204ff.) wohl kritisch. Aber auch seine eigene Perspektive scheint genauso abstrakt und unrealistisch wie dieselbe von Rawls und anderen Vertretern der sog. Theorie der Gerechtigkeit, wenngleich sie alle nach ihrem Stil Realität und Gültigkeit ihrer Komposition ansprechen. Zu diesem Punkt vgl. statt aller Teubner, *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?*, ZfRsoz 29 (2008), 9–36. Während er in Rawls'schen und Habermas'schen Vorstellungen zur Gerechtigkeit den

Überrest des Kantischen Gerechtigkeitskonzepts, nämlich „die alteuropäische Struktur-Semantik-Relation“, d. h. „Universalisierung von Reziprozität, Konsenssuche, Rationalität“ einsieht, stellt er fest: „Angesichts von Polykontextualität, also angesichts der Emergenz von hochfragmentierten, intermediären Sozialstrukturen und des Auseinanderdriftens von Interaktionssystemen, formalen Organisationen und Gesellschaftssystemen kann man die Gesellschaft nicht mehr von der Interaktion her begreifen. Und ebensowenig kann Gerechtigkeit noch in nachvollziehbarer Weise auf die Universalisierung des Prinzips der Reziprozität zwischen individuellen Akteuren gestützt werden“ (11); „Selbst wenn man Rawls oder Habermas auf gegenwärtige Sozialstrukturen übertragen wollte und Reziprozität zwischen Akteuren universalisierte, so müsste man doch mit fragmentierten reziproken Beziehungen beginnen und landete letztlich bei fragmentierten Gerechtigkeiten und nicht bei einer komprehensiven Gerechtigkeit. Wendete man den Schleier des Nichtwissens oder die Bedingungen der idealen Sprechsituation auf einen ökonomischen, vom Effizienzprinzip bestimmten Tausch zweier rationaler Akteure innerhalb eines idealen Marktes an, würde man zwar zu einer universalisierten Gerechtigkeit gelangen, die aber ökonomischer Natur wäre und daher den moralischen, rechtlichen oder politischen Aspekten unseres Zusammenlebens nicht gerecht werden, von ökologischen Fragen ganz zu schweigen“ (13). Gegen diese Theorien nimmt Teubner sich vor, die alte Idee, insbesondere die von ›juridischer Gerechtigkeit‹, unter neuen Bedingungen zu reformieren. „Sie [Juridische Gerechtigkeit: d. Verf.] kann [...] weder mit einem rechtsphilosophischen Konstrukt noch mit einem rechtlichen Entscheidungskriterium identifiziert werden, sondern erscheint als eine strukturierte soziale Dynamik innerhalb des Rechts. Juridische Gerechtigkeit wäre [...] ein eigensinniger Prozess der *Selbstbeschreibung im Recht, der die routinisierte Rekursivität der Rechtsoperationen, unterbricht, blockiert, sabotiert, unterminiert, der damit das Recht zu seiner Selbsttranszendierung über jeden Sinn hinaus zwingt, der sich aber so gleich wieder unter den Fortsetzungszwang, weitere Rechtsoperationen zu produzieren, setzt und sich dadurch selbst sabotiert, dass er genau dadurch neue Ungerechtigkeiten schafft*“ (22); „Endgültig wird der Spielraum juridischer Gerechtigkeit dadurch eingeengt, dass sie nicht über alle

Macht- und Einflussmittel dieser Welt verfügt, um eine gerechte Gesellschaft herstellen zu können, sondern nur über die im Vergleich hochspezialisierten und zugleich armseligen Operationen und Strukturen des Rechts, Rechtsakte und Rechtsnormen“ (30).

- (38) Hierzu Robert Alexy, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: Aulis Aarnio/Ilkka Niiniluoto/Jyrki Uusitalo (Hgg.), Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation. (Rth Bt. 2), Berlin, 1981, 177-188, 178. Siehe auch dens., Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft, in: Robert Alexy/Ralf Dreier (Hgg.), Rechtssystem und praktische Vernunft (ARSP Bt. 51), Stuttgart, 1993, 11-29, 12ff.
- (39) Hierfür Karl-Otto Apel, Diskursethik als Antwort auf die Situation des Menschen als ethisches Problem, in: Karl-Otto Apel/Marcel Niquet (Hgg.), Diskursethik und Diskursanthropologie, Freiburg/München, 2002, 13-94, v. a. 90ff.
- (40) Vgl. Kaufmann, Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer, in: Arthur Kaufmann/Ernst-Joachim Mestmäcker/Hans F. Zacher (Hgg.), Rechtsstaat und Menschenwürde (FS Maihofer), FaM, 1988, 11-39, 28.
- (41) Ders., Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 19. Ebenfalls ders., Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis, in: Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn/Georg Schilling/Wolfgang Schöne/Eberhard Struensee/Diethart Zielinski (Hgg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, 1-13, 9 = Kaufmann (Hg.), Über Gerechtigkeit, 155-168, 163; ders., Richtiges Recht - eine Skizze, Universitas 45 (1990), 150-161, 159 = Über Gerechtigkeit, 355-368, 366. Dort sieht er, „das Konsensprinzip verbürge keine ‚Letztbegründung‘ von Wahrheit, sondern niemals mehr als Plausibilität, als Wahrscheinlichkeit, als Entscheidung unter Risiko“. Aus diesem Bedenken schließt er (Richtiges Recht, 159 = Über Gerechtigkeit, 367; Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis, 11 = Über Gerechtigkeit, 165): „Ein erreichter Konsens - auch schon die Konsensfähigkeit - ist ein ganz wichtiges *Indiz* dafür, daß Wahres - ‚richtiges Recht‘ - vorliegt. Aber eine ‚Letztbegründung‘ kann er nicht sein.“ Jedoch schätzt Kaufmann die Bedeutung der Argumentation nicht gering, sondern er erkennt sie in ge-

wissem Maße an, während er vor warnt: „Man muß miteinander reden und die Argumente austauschen – und nicht absolutistisch aus einer »Natur« (der »Natur des Menschen« oder der »Natur der Sache«) angeblich zwingende Sätze deduzieren.“ Hierzu dens., Die »Natur« in rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Argumentationen, 128f. = Über Gerechtigkeit, 214. Zu diesem Punkt vgl. ferner dens., Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit, ARSP 72 (1986), 425–442, 439f. = Über Gerechtigkeit, 259–279, 276f.; dens., Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch–methodologischem Aspekt, in: Stavros Panou/Georges Bozonis/Demetrios Georgas/Paul Trappe (eds.), *Philosophy of Law in the History of Human Thought* (ARSP Suppl. II), Stuttgart, 1988, 114–119, 118 = Über Gerechtigkeit, 201–207, 206.

- (42) Vgl. dazu Habermas, Was heißt Universalpragmatik?, in: Karl-Otto Apel (Hg.), *Theorie–Diskussion. Sprachpragmatik und Philosophie*, FaM, 1976, 174–272, v. a. 255ff.. Etwas anders meint Alexy, Probleme der Diskurstheorie, ZphF 43 (1989), 81–93; 87ff. u. 92f. (Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, FaM, 1995, 109–126, 118ff. u. 124ff.). Auf 90 (ebenfalls 122) stellt er fest: „Antworten auf praktische Fragen beruhen zwar nicht nur, aber wesentlich auch auf Interesseninterpretationen und Interessengewichtungen. Es kann nicht angenommen werden, daß auf dieser Basis auf jede praktische Frage stets nur genau eine Antwort möglich ist. Die These von der Existenz einer einzig richtigen Antwort auf jede Frage stellt damit, zumindest im Bereich des Praktischen, eine nicht zu rechtfertigende ontologische Fiktion dar. Eine solche Fiktion reicht nicht aus, um eine bestimmte Verwendung des Ausdrucks ‚richtig‘ verbindlich zu machen.“ Allerdings räumt er zugleich auch ein, der Begriff der Richtigkeit „als regulative Idee“ habe „einen absoluten Charakter“.
- (43) Nach Hassemer besteht es kein Zweifel, „daß eine juristische Argumentationstheorie nicht die inhaltliche Bewertung bestimmter juristischer Argumente leisten“ kann, und „daß sie keine Argumentbewertungstheorie sein kann“. Hierfür Winfried Hassemer, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, in: Hans Albert/Niklas Luhmann/Werner Maihofer/Ota Weinberger (Hgg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft*

- der Rechtswissenschaft, Düsseldorf, 1972, 467–480, 470. Auch Alexy gibt zu: „Selbst ein faktischer Konsens ist kein Wahrheitskriterium.“ Vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 3. Aufl., FaM, 1996, 177. Siehe aber auch dens., Probleme der Diskurstheorie, 86f. (Recht, Vernunft, Diskurs, 116ff.). Auf 87 (ebenfalls 117) nimmt er an: „Ein Konsens, der das Ergebnis eines potentiell unendlichen idealen Diskurses ist, garantiert zwar keine endgültige Gewißheit, aber doch ein so hohes Maß an Sicherheit, daß er als Kriterium akzeptiert werden kann.“
- (44) Habermas, Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, 124; ders., Wahrheitstheorien, 219. Zu seinem Wahrheitsbegriff vgl. dens., Einleitung: Realismus nach der sprachpragmatischen Wende, in: ders., Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze, erw. Ausg., FaM, 2004, 7–64, 18, 48ff.; Wahrheit und Rechtfertigung. Zu Richard Rortys pragmatischer Wende, in: ebd., 230–270, 246ff.; Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen, in: ebd., 299–346, 314ff. Zur Kritik an Habermas und an seiner Tendenz des ›schwachen Naturalismus‹ vgl. Daniel C. Henrich, Jürgen Habermas: Philosoph ohne metaphysische Rückendeckung?, DtZPhil 55 (2007), 389–402, insbes. 398ff.
- (45) Vgl. dazu Kaufmann, Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, in: Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug (Hgg.), FS Engisch, FaM, 1969, 243–273, 272f.. Geringf. geänd. Fass.: Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik, in: Kaufmann (Hg.), Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, Karlsruhe, 1971, 81–102, 101f. = Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen, Köln/Berlin/Bonn/München, 1984, 25–52, 51f.
- (46) Ders., Freirechtsbewegung – lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre, JuS 1965, 1–97, 7 = ders., Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, FaM, 1972, 251–271, 266; 2., überarb. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1984, 231–249, 245.
- (47) Hinzuweisen ist hier: Habermas, Ein Fragment (1977): Objektivismus in den Sozialwissenschaften, in: ders., Zur Logik der Sozialwissenschaften, 5., erw. Aufl., FaM, 1982, 541–697, 591f.

- (48) Vgl. dazu Luhmann, *Evolution des Rechts*, Rth 1 (1970), 3-22, insbes. 7ff. = Ausdifferenzierung des Rechts, 11-34, insbes. 16ff.; dens., *Die Einheit des Rechtssystems*, 138ff.; dens., *Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form*, in: Teubner (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, 1995, 19-37, 35.
- (49) Siehe Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. 2., vollständ. neu bearb. u. erw. Aufl.*, Wien, 1960, 443.
- (50) So verweigert Luhmann in jeder Hinsicht sowohl die Naturrechtslehre inklusive der Vorstellung überpositiven Rechts als auch den Rechtspositivismus. Vgl. z. B. seine folgenden Bücher sowie Abhandlungen: *Die Gewissensfreiheit und das Gewissen*, AöR 90 (1965), 257-286, 261; *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 23ff., 53 (Fn, 7) u. 138; *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, 3 = Ausdifferenzierung des Rechts: 276; *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, Rth 4 (1973), 131-167, 142f. = Ausdifferenzierung des Rechts, 374-418, 388; *Selbstreflexion des Rechtssystems. Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive*, Rth 10 (1979), 159-185, v. a. 173f. = Ausdifferenzierung des Rechts, 419-450, 436ff.; *Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte*, RJ 3 (1984), 133-149, 135ff.; *Ökologische Kommunikation*, 91f., 95f., 134, 144 (hier lehnt er auch „Natur der Sache“ ab) u. 211; *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, Rth 19 (1988), 11-27, 15; *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, 113 = *Essays on Self-Reference*, 229; *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, RJ 9 (1990), 176-220, 191f.; *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, 1993, 8ff. = Horster (Hg.), *Die Moral der Gesellschaft*, 228-252, 233ff.; *Quod omnes tangit...* Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas, RJ 12 (1993), 36-56, 39. Günther meint, „[d]ie Bemühungen um eine Art Auslegungsnaturrecht [...] haben ihren gefährlichsten Gegner noch gar nicht richtig zur Kenntnis genommen: Die Systemtheorie Niklas Luhmanns.“ Hierzu Günther, *Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren? Otfried Höffes Beiträge zum Neo-Naturrecht*, RJ 10 (1991), 233-267, 235. Der Luhmanns Ansicht nach beruht die Rechtsgeltung auf ihre Positivierung des selektiven und variablen Inhalts der Rechtsnorm, und dies heißt „Ausschaltung von Kontingenz, die im politisch-

gesellschaftlichen Horizont des Möglichen doch erhalten bleibt“. Hierzu Luhmann, Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spiegel der Gesellschaft, in: Udo Derbolow-sky/Eberhart Stephan (Hgg.), Die Wirklichkeit und das Böse, Hamburg, 1970, 161–170, 163. Kritik an der Luhmann'schen Definition, Gerechtigkeit sei „adäquate Komplexität des konsistenten Entscheidens“ (Luhmann, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, Rth 4 [1973], 142 = Ausdifferenzierung des Rechts, 374–418, 388ff; Das Recht der Gesellschaft, 225f.) siehe Dreier, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, Rth 5 (1974), 189–200. Darauf erwidert Luhmann, Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf Dreier, ebd., 201–203. Ebenfalls kritisch Teubner, Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und *différance*, in: Koschorke/ Vismann (Hgg.), Widerstände der Systemtheorie, 199–212, 210: „Nach Luhmann ist Gerechtigkeit adäquate Komplexität des Rechtssystems, höchstmögliche innere Konsistenz angesichts extrem divergierender Umweltanforderungen. Aber auch hier offenbart sich der Mangel, daß die Umweltrelation zwar angezielt, aber nicht ‚als solche‘ systemtheoretisch erfaßt werden kann, sondern nur asymmetrisch, entweder aus der Innenperspektive des Rechtssystems oder aus einer externen Beobachterperspektive. Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft selbst, die Übersetzung von einem System in das andere, verschwindet im blinden Fleck der System/Umwelt-Unterscheidung. Diese Art von Gerechtigkeit wird daher allenfalls dem Rechtssystem selbst gerecht.“ Allerdings folgt er im Grunde genommen dem Standpunkt Luhmanns und den weiterentwickelt, wenn er Gerechtigkeit im Sinne der juristischen Gerechtigkeit nicht als „Entscheidungskriterien“, „oberstes Rechtsprinzip“, „Regel“, „Wert“ und nicht als „rechtsexternes Kriterium“ (wie etwa „moralische Tugend“, „politisches Ziel“ oder „regulative Idee“), sondern „nur noch als Selbstbeobachtung rechtseigener Kontingenz“, „Prozess juristischer Selbstbeschreibung“ bzw. „Kontingenzformel“ formuliert. Hierzu dens., Die Erb-last, ZfRSoz 29 (2008), 3–7, 4; dens., Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, ZfRSoz 29 (2008), 9–36, 9, 11 u. 16f. Hinsichtlich der System/Umwelt-Unterscheidung und des ›blinden Flecks‹ siehe Teubner, Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven

Rechts, in: Dieter Grimm (Hg.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, 115-154, 123ff.; Urs Stäheli, *Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie*, Weilerswist, 2000, 30ff. u. 77ff.

- (5) Hierfür Luhmann, *Codierung und Programmierung. Bildung und Selektion im Erziehungssystem*, in: Heinz-Elmar Tenorth (Hg.), *Allgemeine Bildung. Analysen zu ihrer Wirklichkeit, Versuche über ihre Zukunft*, Weinheim/München, 1986, 154-182, 177f. = *Soziologische Aufklärung* 4, 193-213, 210: „Kein Rechtssystem kann unter einem Dreiercode von Recht/Unrecht/politischer Opportunität operieren, alles muß in eindeutig feststellbarer Weise entweder Recht oder Unrecht sein. Aber man kann unter dieser Prämisse ein *ius eminens*, Regierungsprärogative oder sonstige verfassungspolitische Regulierungen vorsehen, die einen politischen Einfluß auf das Rechtsgeschehen in Rechtsform bringen und damit zulassen, soweit dies innerhalb des Rechtssystems zu noch lösbaren Problemen führt.“ Ebenfalls dens., *Macht*, 3. Aufl., Stuttgart, 2003, 34 u. 48ff.; dens., *Ökologische Kommunikation*, 125ff., 143f. u. 225f.; dens., *Brauchen wir einen neuen Mythos?*, in: *Soziologische Aufklärung* 4, 269-290, 281. Siehe auch id., *Law as a Social System*, *Northwestern University Law Review* 83 (1989), 136-150, 140; dens., *Der Gleichheitssatz als Form und als Norm*, *ARSP* 77 (1991), 435-445, insbes. 439f. Über den Begriff von Code und Codierung vgl. dens., *Macht*, insbes. 33ff.; dens., *Die Codierung des Rechtssystems*, *Rth* 17 (1986), 171-203, v. a. 178ff.; dens., *„Distinctions directrices“*, v. a. 151ff. u. 158f. = *Soziologische Aufklärung* 4: 20ff. u. 28f.; dens., *Codierung und Programmierung*, 154ff. = *Soziologische Aufklärung* 4: 193ff.; dens., *Organisation und Entscheidung*, 238. Zum Verständnis vgl. ferner Rottleuthner, *Grenzen rechtlicher Steuerung - und Grenzen von Theorien darüber*, in: Peter Koller/Csaba Varga/Ota Weinberger (Hgg.), *Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik. Ungarisch-Österreichisches Symposium der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990 (ARSP Bt. 54)*, Stuttgart, 1992, 123-139, 135ff.; Teubner, *Ökonomie der Gabe*, 207f.; André Kieserling, *Die Soziologie der Selbstbeschreibung. Über die Reflexionstheorien der Funktionssysteme und ihre Rezeption der soziologischen Theorie*, in: Henk de Berg/Johannes F. K. Schmidt (Hgg.), *Rezeption und Reflexion. Zur Resonanz*

der Systemtheorie Niklas Luhmanns außerhalb der Soziologie, FaM, 2000, 38–92, 56ff.; Klaus A. Ziegert, Rechtstheorie, Reflexionstheorien des Rechtssystems und die Eigenwertproduktion des Rechts, in: ebd., 93–133, 109 u. 113f. (Fn. 32); Stäheli, Sinnzusammenbrüche, 48ff.; Thomas Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen, 2004, v. a. 122ff.; Kai-Uwe Hellmann, Spezifik und Autonomie des politischen Systems. Analyse und Kritik der politischen Soziologie Niklas Luhmanns, in: Gunter Runkel/Günter Burkart (Hgg.), Funktionssysteme der Gesellschaft. Beiträge zur Systemtheorie von Niklas Luhmann, Wiesbaden, 2005, 13–51, 27f. mit Fn. 51; Martin Schulte, Niklas Luhmann und das Recht. Selbstbeschreibung und Fremdbeschreibung des Rechtssystems, in: ebd., 53–69, 56f.; Hassemer, Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit. Eine Skizze, in: Mark Pieth/Kurt Seelmann (Hgg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht (FS Krauß), Basel/Genf/München, 2006, 9–30, 21ff.; auch in: Hassemer, Erscheinungsformen des modernen Rechts, FaM, 2007, 153–171, 164ff.; Christian Borch, Niklas Luhmann, London/New York, 2011, 82 seqq.; Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, Niklas Luhmann: Law, Justice, Society, London/New York, 2011, 72 seqq.; Sergey Tyulenev, Applying Luhmann to Translation Studies. Translation in Society, New York/London, 2012, 102, 225. Hinsichtlich der gerichtlichen Entscheidungen vgl. Ulfrid. Neumann, Richtigkeitsanspruch und Überprüfbarkeit rechtlicher Entscheidungen, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hgg.), FS Hassemer, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2010, 143–157, 149.

(52) Vgl. dazu Luhmann, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, *Journal of Law and Society* 15 (1988), 153–165, 159 seqq.

(53) In dieser Hinsicht muß der folgende Standpunkt Cornells z. B. sowieso als seicht oder parteiisch angesehen werden: „The newest brand of legal positivism is offered by Niklas Luhmann and goes by the name *auto-positivis*. But if the name is new, the ultimate project of legal positivism, which is to solve the problem of *validity* of legal propositions through an appeal to the *mechanism* of validation internally generated by an existing legal system, remains the same.“ Drucilla Cornell, *Time, Deconstruction*

- and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility, *Yale Journal of Law & the Humanities* 2 (1990), 267–297, 270 = Jerry Leonard (ed.), *Legal Studies as Cultural Studies. A Reader in (Post) Modern Critical Theory*, Albany, 1995, 231–266, 234.
- (54) Luhmann, *Soziale Systeme*, 286. Siehe auch 429: „Das Personsein erfordert, daß man mit Hilfe seines psychischen Systems und seines Körpers Erwartungen an sich zieht und bindet, und wiederum: Selbsterwartungen und Fremderwartungen.“ Ferner vgl. dens., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, *FaM*, 1990, 33: „Personen sind [...] Strukturen der Autopoiesis sozialer Systeme, nicht aber ihrerseits psychische Systeme oder gar komplette Menschen.“
- (55) Aus früheren Abhandlungen Luhmanns kann man dies ausführlicher ersehen. Vgl. Luhmann, *Der neue Chef*, *VerwArch* 53 (1962), 11–24, 12; *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, 57 („die normative Verhaltenserwartung“ werde „durch Einbau in Rollen und Institutionen gesichert“), 347ff., 358ff. u. 371f.; *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965, 63ff.; *Spontane Ordnungsbildung*, in: Fritz Morstein Marx (Hg.), *Verwaltung. Eine einführende Darstellung*, Berlin, 1965, 163–183, 169ff.. In der Kommunikation spielen die sog. symbolisch generalisierten Medien auf verschiedene Weise entscheidende Rolle, Individuen zu organisieren sowie reduzierte Komplexität zu übertragen. Zu ihren Arten und Funktionen siehe Luhmann, *Generalized Media and the Problem of Contingency*, in: Jan J. Loubser/Rainer C. Baum/Andrew Effrat/Victor Meyer Lidz (eds.), *Explorations in General Theory in Social Science. Essays in Honor of Talcott Parsons*, Vol. 2, New York/London, 1976, 507–532, 511 seqq.; dens., *Soziale Systeme*, 205f., 222ff.; dens., *Die Religion der Gesellschaft*, 203ff.. Zum Freiheitsbegriff bei Luhmann vgl. auch dens., *Paradigm Lost*, 46 = Horster (Hg.), *Die Moral der Gesellschaft*, 253–269, 268: „Wenn Freiheit nicht als Voraussetzung der Moral, sondern als Nebenprodukt der Kommunikation eingeführt wird, ist sie mit der Strukturdeterminiertheit aller selbstreferentiellen Systeme kompatibel. Der alte Streit von Determinismus und Indeterminismus löst sich auf.“
- (56) Vgl. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 347ff.; dens., *Grundrechte als Institution*, 61f.; dens., *Soziologie der Moral*, in:

Niklas Luhmann/Stephan H. Pförtner (Hgg.), *Theorietechnik und Moral*, FaM, 1978, 8–116, 46ff.

- (57) Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, in: ders., *Erläuterungen zur Diskursethik*, FaM, 1991, 119–226, 201.
- (58) Hierzu Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 3. Aufl., FaM, 1996, vor allem 221ff.
- (59) Eingehend darüber: Alexy, *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*, in: Robert Alexy/Ralf Dreier (Hgg.), *Rechtssystem und praktische Vernunft (ARSP Bt. 51)*, Stuttgart, 1993, 11–29, 14ff.
- (60) Hierfür Luhmann, *Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form*, in: Teubner (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 19–37, 20ff.
- (61) Zur Selbstreferenz als der Reflexion vgl. Luhmann, *Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive*, in: Rüdiger Bubner/Konrad Cramer/Reiner Wiehl (Hgg.), *Neue Hefte für Philosophie Ht. 20: Teleologie*, Göttingen, 1981, 1–30, v. a. 21ff. = Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, FaM, 1981, 9–44, 33ff. Hier unterscheidet er sie von „basaler“ Selbstreferenz: „Basale Selbstreferenz liegt immer dann vor, wenn Operationen nur durch Bezug auf andere Operationen desselben Systems zu gewinnen sind. Reflexion ist dagegen vorgestellte Identität, die in bestimmter Weise durch Engführung von Thematisierungsprozessen stilisiert sein muß. Man findet Reflexion in Systemen, die geraffte Information über sich selbst, eine Beschreibung ihrer selbst, eine Theorie über sich selbst enthalten und als Ausgangspunkt für weitere Operationen verwenden“ (22. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2: 33f. Siehe auch dens., *Organisation und Entscheidung*, 417ff.). Zu dem Punkt, daß von der Teleologie als solcher keine letztendliche Verbindlichkeit der rechtlichen und sittlichen Werte gebracht wird, vgl. auch Nicolai Hartmann, *Teleologisches Denken*, Berlin, 1951, 117ff. In diesem Zusammenhang vgl. auch Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 1. Bd.: AT, München/Berlin, 1950, 128f. (§ 9); Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, 1952, 336f.
- (62) Zu diesem Punkt vgl. Luhmann, *Die Autopoiesis des Bewußtseins, Soziale Welt* 36 (1985), 402–446, 409ff. = Alois Hahn/Volker Kapp (Hgg.),

- Selbstthematization und Selbstzeugnis: Bekenntnis und Gedächtnis, FaM, 1987, 25-94, 34ff. = Soziologische Aufklärung 6, 55-108, 62ff.
- (63) Hinsichtens der Menschenrechte nimmt sich Alexy vor, sie auf eine „Metaphysik“ zu stützen. Wohl wird diese von ihm nicht etwa ontologisch, sondern nur ›konstruktiv‹ erfaßt, gibt sie aber der formallogischen Theorie immerhin einen Anlaß, ihre Einseitigkeit und Begrenztheit bewußt zu machen und ihren Blick aufs ihr Grundlegenden werfen zu lassen. Hierfür Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik?, DZPh 52 (2004), 15-24, 23f.
- (64) Vgl. dazu Arthur Kaufmann, Wozu Rechtsphilosophie heute?, FaM, 1971, 28 = Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 1-23, 14. Siehe auch dens., Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung, in: Karl Lackner/Heinz Lefrenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst Amadeus Wolff (Hgg.), FS Gallas, Berlin/New York, 1973, 7-20, 8ff. = Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 65-77, 66ff.; dens., Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, in: Arthur Kaufmann/Günter Bemma/Detlef Krauß/Klaus Volk (Hgg.), FS Bockelmann, München, 1979, 67-73, 71f. = Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 119-125, 123. In bezug auf „hermeneutisches Verstehen“ als „ein Überschreiten des Positivismus“ vgl. dens., Die „ipsa res iusta“. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie, in: Gotthard Paulus/Uwe Diederichsen/Claus-Wilhelm Canaris (Hgg.), FS Larenz, München, 1973, 27-40, 39 = Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 53-64, 63.
- (65) Hierzu Bernd Rüthers, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts, Trier, 2003, 23f.
- (66) Vgl. dazu Jörg Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, München, 1992, 73ff. u. 79f. Siehe auch 83f.
- (67) Ekkehard Kaufmann, Die Natur der Sache, Jus 1987, 848-852, 848 u. 851f.
- (68) Arthur Kaufmann/Heribert Prantl, Was der Mensch dem Menschen schuldet, Köln/Berlin/Bonn/München, 2001, 12. Vgl. auch Kaufmann, Gerechtigkeit - der vergessene Weg zum Frieden. Gedanken einen Rechtsphilosophen zu einem politischen Thema, München/Zürich, 1986, 125ff.