

POLITISCHE VERFASSUNGEN IM KONTEXT DES GESELLSCHAFTSSYSTEMS (2. Teil)

Author(s): Niklas Luhmann

Source: *Der Staat*, Vol. 12, No. 2 (1973), pp. 165-182

Published by: Duncker & Humblot GmbH

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/43640462>

Accessed: 15-03-2019 16:52 UTC

---

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



*Duncker & Humblot GmbH* is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Der Staat*

JSTOR

POLITISCHE VERFASSUNGEN  
IM KONTEXT DES GESELLSCHAFTSSYSTEMS\*  
(2. Teil)

Von Niklas Luhmann, Bielefeld

IV.

Das Ergebnis des ersten Teiles unserer Überlegungen war, daß eine sozialwissenschaftliche Analyse von Verfassungen nicht allein unter dem Gesichtspunkt von Norm und abweichendem Verhalten angesetzt werden kann. Zahlreiche wichtige Probleme fügen sich diesem Schema nicht. Statt dessen legen Einzelproblemanalysen die Vermutung nahe, daß die Verfassung soziologisch als ein Regulativ für System/Umwelt-Beziehungen des politischen Systems der Gesellschaft zu begreifen ist. Der Verfassungsstaat der bürgerlichen Gesellschaft erreicht in diesen Beziehungen einen höheren Abstraktionsgrad, als es für frühere Gesellschaften möglich war. Das ist seine allgemeinste Charakterisierung.

Sucht man für diese Errungenschaft nach einer umfassenden Formel, die in das verfassungspolitische und verfassungsrechtliche Denken übersetzbar ist, so stößt man auf eine *Konvergenz von Negationsleistungen*. Die effektive Konzentration politischer Entscheidungsgewalt im Staat ermöglicht zugleich ihre effektive Spezifikation und Reduktion unter Ausgrenzung dessen, was *nicht* politisch entschieden werden soll<sup>55</sup>. In die Selbst-Thematisierung des politischen Systems werden Negativformulierungen eingebaut, die zugleich den Vorteil haben, mit mehr möglichen Zuständen der Gesellschaft kompatibel zu sein — etwa mit einem beliebigen Wechsel der Kleidungsmoden. Sinn und Funktion der Verfassung werden unter Verwendung expliziter Negationen, Negationen von Negationen, Abgrenzungen, Verhinderungen gekennzeichnet; die Verfassung selbst ist, ihrem formalen Verständnis nach, die Negation der uneingeschränkten Abänderbarkeit des Rechts<sup>56</sup>. Diese konstitutive Verwendung von Negationen ist an den beiden Hauptsäulen rechtsstaatlicher

\* 1. Teil s. Der Staat H. 1/1973, S. 1 - 22.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Festgabe für Wolfgang Hefermehl, 1972, S. 11 - 36 (13 f., 17).

<sup>56</sup> Vgl. z. B. *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 16 ff.; *Maunz*, a.a.O., S. 37.

Verfassungen, an der Institution der Grundrechte und am Prinzip der Gewaltenteilung mit aller Deutlichkeit ablesbar. Sie hat in institutionalisierter Form ihre theoretische Formulierung in der liberalen Staatslehre überlebt. Für diese Dominanz des Negativen gibt es eine Mehrzahl von dauerhaften Gründen, die teils auf der Hand liegen, teils in ihrer eigentümlichen Funktionalität erst noch geklärt werden müssen.

Auf der Hand liegt, daß die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft negative Staatszielbestimmungen ermöglicht, weil der Staat als „nicht die Gesellschaft“ und die Gesellschaft als „nicht der Staat“ bezeichnet werden können. Der Staat insbesondere hat als handlungsfähige Korporation die Freiheit der Negation und damit die Freiheit selektiver Behandlung der Gesellschaft, die er selbst nicht ist. Übersetzt in eine stärker systemtheoretisch orientierte Sprache heißt dies: Die Differenzierung von politischem System und gesellschaftlicher Umwelt ist die abstrakteste Bedingung der Möglichkeit von Indifferenz (als Nichtanpassung des Systems) und von negierenden Eingriffen des Systems in die Umwelt. Die Verfassung realisiert diese Bedingung, indem sie ein ihr entsprechendes Handeln programmiert. Alle Selektion positiver Zustände geht von dieser Grundbedingung aus, indem sie die Möglichkeit der Negation anderer Zustände zur Voraussetzung hat. Sie nimmt damit die Form einer Entscheidung an und bedarf in dieser Form der Macht und der Legitimation.

Diese Feststellungen waren leicht zu gewinnen, stoßen jedoch auf einen naheliegenden Einwand. Negationen sind uns zunächst geläufig als logisches Gegenstück zu positiven Feststellungen, sie sind durch Negation der Negation ins Positive umformulierbar. Wenn aber positive und negative Ausdrücke ineinander überführt werden können, haben wir dann mit der These einer dominanten negativen Strategie von Verfassungen irgend etwas Besonderes ausgesagt?

Wir müssen präzisieren. Mit der Verwendung von Negationen sind angebbare operative Vorteile verbunden. Sie beziehen sich auf den Umgang mit hochkomplexen und dadurch unerkennbaren Sachverhalten. Wenn man Zusammenhänge im Detail nicht erkennen kann, kann man gleichwohl Details negieren und beseitigen, wenn sie mißfallen, stören, schädigen. Auf diese Weise ist ein punktueller Zugriff ohne weitere Abwägung möglich, wenn das Negative nur drastisch genug auffällt. Die Negation des Negativen erscheint dann als ein jedenfalls sicheres, jedenfalls gerechtfertigtes Verfahren. Die denktechnischen Vorzüge eines solchen Umwegs über Negation von Negativem sind seit alters bekannt<sup>57</sup>. In einer Vielzahl von Praxis-Philosophien oder praktisch orientierten Disziplinen wird dieses Verfahren als Handlungs- oder gar als Fort-

<sup>57</sup> Siehe z. B. *Aristoteles*, *Topik* 117 a 5 ff.

schrittsmodell empfohlen<sup>58</sup>. Auch die psychologische Forschung läßt erkennen, daß die internen Belastungen eines Systems durch solche Umwege der Informationsverarbeitung zwar meßbar sind, aber relativ gering bleiben<sup>59</sup>.

Diese Vorteile der Entlastung von zu hoher Komplexität, die zur Grundausrüstung menschlicher Selektionsbefähigung gehören und in jedem Falle unverzichtbar sind, verstärken sich, wenn sich aus zunehmender Systemdifferenzierung die Möglichkeit ergibt, die Grenzen ausdifferenzierter Systeme zugleich operativ als Negationen zu verwenden. Dieser Schritt zur Negation von Negationen als Grenzstrategie und Reduktionsweise ausdifferenzierter Systeme wird mit dem Verfassungsstaat der bürgerlichen Gesellschaft getan. Dadurch entlastet dieser Staat sich von Komplexplanungen und beschränkt sich auf die Beseitigung fallweise auftretender Fehler, Störungen oder Unstimmigkeiten erwartbaren, vorqualifizierbaren Typs<sup>60</sup>. Symbolisiert wird diese Errungenschaft durch die verbreitete Metapher des „Gleichgewichts“, das in Ordnung bleibt, indem es nur ausnahmsweise und nur auf Störungen reagiert. In der darauf zugeschnittenen Rechtstheorie wird die Bestimmung der Gerechtigkeit als Gleichheit von der Vorstellung der maßvoll intendierten Mitte (z. B. auch: des *regimen commixtum*) abgelöst und transformiert in die Regel, daß Ungleichheit ein Problem signalisiert, das entweder aufgehoben werden muß oder eine Begründung erfordert. Die Herstellung einer gerechten Gesellschaft wird damit, soweit sie nicht vom „Fortschritt“ erwartet wird, dem Operieren der Entscheidungs-

<sup>58</sup> Siehe z. B. für Formherstellung *Christopher Alexander*, *Notes on the Synthesis of Form*, Cambridge Mass. 1964, S. 24 ff.; für politische Planung *David Braybrooke / Charles E. Lindblom*, *A Strategy of Decision. Policy Evaluation as a Social Process*, New York - London 1963, und *Charles E. Lindblom*, *The Intelligence of Democracy. Decision Making Through Mutual Adjustment*, New York - London 1965; für Herstellung von Gerechtigkeit als Beseitigung von Unrecht *Edmond N. Cahn*, *The Sense of Injustice. An Anthropocentric View of Law*, New York - London 1949; für Gesetzgebung *Fritz v. Hippel*, *Richtlinien und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen. Ein Kapitel moderner Gesetzgebungskunst*, 1942, S. 34 ff.; für die Entwicklung wissenschaftlicher Theorien *Gaston Bachelard*, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris 1947, und *ders.*, *La philosophie du non. Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, 3. Aufl., Paris 1962.

<sup>59</sup> Vgl. *P. C. Wason*, *The Processing of Positive and Negative Information: Quarterly Journal of Experimental Psychology* 1 (1959), S. 92 - 107; *ders.*, *Response to Affirmative and Negative Binary Statements: British Journal of Psychology* 52 (1961), S. 133 - 142, und für einen knappen Überblick über die Forschung *George A. Miller*, *Language and Psychology*, in: *Eric H. Lenneberg* (Hrsg.), *New Directions in the Study of Language*, Cambridge Mass. 1964, S. 89 - 107 (102 ff.).

<sup>60</sup> Vgl. als eine neuere Darstellung mit bewußtem Bezug auf das anders nicht lösbare Problem der Komplexität *F. A. v. Hayek*, *Rechtsordnung und Handlungsordnung*, in: *ders.*, *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, 1969, S. 161 - 189 mit weiteren Hinweisen S. 173 f.

regeln eines Teilsystems überlassen, das sich die Negation des Negativen seiner Umwelt zum Ziel setzt. Die Verfassung fomuliert und instituiert dieses Prinzip. Darin hat sie ihre systematische Einheit. Das entspricht exakt einem Gesellschaftszustand, der nicht mehr positiv als gerecht repräsentiert, ja zunächst nicht einmal mehr auf einen Begriff gebracht werden kann.

Eine prinzipiell andersartige, deutlich überlegene Lösung<sup>61</sup> für dieses Problem der Transformation sehr hoher gesellschaftlicher Komplexität in politische und rechtliche Entscheidungsmöglichkeiten zeichnet sich einstweilen nicht ab. Ausdifferenzierung und Grenzbildung fungieren, soweit sie überhaupt stabilisierbar sind, zwangsläufig zugleich als Erzeugung und als Technik der Reduktion hoher Komplexität. Vermutlich handelt es sich also um eine bleibende Bedingung evolutionär fortgeschrittener Gesellschaften, die strukturell dazu disponiert sind, hohe Selektivität und damit mehr Neins als Jas zu produzieren<sup>62</sup>. Dafür spricht auch die verbreitete Beobachtung, daß jede Problemlösung ungelöste Probleme überproportional vermehrt<sup>63</sup>. Eine Selektionstechnik, die sich durch negative Erfahrungen stimulieren läßt, würde damit immer unvermeidlicher werden. Die Versuche sozialistischer Staaten, Politik und Wirtschaft in der Form staatlicher Produktionsplanung zu integrieren, sind ihr auf konkreten Ebenen der Verflechtung selektiver Prozesse in weit stärkerem Maße ausgeliefert: Ihre Pläne sind Entwürfe des gerade nicht mehr Nichterfüllbaren.

Die Negationsverwendungsregeln der Verfassung wie Einschränkungen absolutgesetzter Kompetenz, Begründungsbedürftigkeit von Freiheitseingriffen, Begründungsbedürftigkeit ungleicher Regelungen sind *relativ einfach zu praktizierende* Entscheidungsprämissen. Wenn solche Konzepte an *Systemgrenzen* operativ werden, das heißt angesetzt werden auf Probleme, die durch eine *Diskontinuität von System und Umwelt* entstehen, kommt es nach einer allgemeinen systemtheoretischen Hypothese zum *Aufbau komplexer Systeme*<sup>64</sup>. Nach einfachen Regeln wird durch Konfrontation mit Umweltkomplexität Systemkomplexität erzeugt. Man könnte auch formulieren: Es entsteht unter diesen Voraussetzungen *kontingente Komplexität*. Als Resultat finden wir unter anderem eine hochkomplexe Normenmenge positiven Rechts und eine

<sup>61</sup> Überlegen etwa in dem Sinne, den Parsons „adaptive upgrading“ nennt. Siehe *Talcott Parsons, Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs NJ. 1966, S. 22 f.; *ders., The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, NJ. 1971, S. 25 f.

<sup>62</sup> Vgl. insb. *Geoffrey Vickers, The Undirected Society. Essays on the Human Implications of Industrialization in Canada*, Toronto 1959.

<sup>63</sup> Siehe z. B. *Hayek, a.a.O.*, S. 171; *Gaston Berger, Phénoménologie du temps et prospective*, Paris 1964, S. 232, 235.

<sup>64</sup> Hierzu grundsätzlich *Herbert A. Simon, The Sciences of the Artificial*, Cambridge Mass. 1969.

ebenso komplexe Menge staatsbezogener gesellschaftlicher Ansprüche, Wünsche und Komplementärerwartungen vor. Jenes *genetische* Verhältnis von Einfachem und Komplexem gewährleistet jedoch keineswegs die *Kontrollierbarkeit* des komplexen Systems; es gewährleistet, scholastisch gesprochen, nicht die *Rationabilität der Vielfalt*<sup>65</sup>. An der Verfassung läßt sich dieses Problem gut exemplifizieren: Sie gewährleistet die Entscheidungsfähigkeit eines ausdifferenzierten politischen Systems, gewährleistet damit eine operative Funktion in der laufenden Vermittlung von System und Umwelt — und gewährleistet nicht die Rationabilität und Kontrollierbarkeit der dadurch erzeugten Zustände.

Mit diesen Überlegungen haben wir das Selbstverständnis des Verfassungsstaates der bürgerlichen Gesellschaft aufgearbeitet. Einem so dynamischen Prinzip einer dynamischen Gesellschaft in der heute üblichen Weise entgegenzuhalten, es sei „konservativ“, ist ebenso unsinnig wie wirklichkeitsfremd. Eine solche Kritik, die sich noch an Gegensätzen wie Statik/Dynamik oder Bestand/Wandel orientiert, imitiert die im 19. Jh. sinnvolle Selbstkritik der bürgerlichen Gesellschaft und läuft heute leer. Und doch: Negation ist als erforderlich und erfolgreich noch nicht ausreichend begriffen. Sobald man formuliert, daß ein System sich mittels Negationen auf seine Umwelt bezieht, formuliert man diese Relation auf einer (als analytisch oder als real gemeinten) Ebene, die die Möglichkeit hat, diese Negation als etwas Positives, zum Beispiel als eine Funktion oder eine Leistung, darzustellen. Damit setzt man sich der Frage nach den genaueren Bedingungen einer Positivwertung auf dieser Ebene aus<sup>66</sup>. Eine Negation kann etwas Positives leisten, sie muß es nicht. Die abstrakte Funktionalität des Umwegs über Negation von Negationen sagt

<sup>65</sup> Für die theologisch-metaphysische Tradition war die Rationabilität der entstandenen Ordnung auch im Falle der *complexio contingens* durch die Genesis selbst garantiert, nämlich durch ihren Grund im Willen Gottes. Auch hier wurde jedoch bereits diskutiert, ob nicht die Natur des kontingenten Komplexen einer rein intellektiven göttlichen Voraussicht entgegenstehe. Vgl. *Duns Scotus*, *Ordinatio I dist. 39 n.7* (zit. nach *Opera Omnia*, *Civitas Vaticana* 1950 ff., Bd. VI, S. 406 f.). Für die Systemtheorie fallen beide Aspekte auseinander: Die Entstehung kontingenter Komplexität garantiert nicht ihre rationale Durchsichtigkeit und Kontrollierbarkeit; vielmehr werden Informationsverarbeitungsprobleme als (nicht unbedingt lösbare) *Folgeprobleme* der Entstehung hochkomplexer Systeme behandelt.

<sup>66</sup> Ich antworte hier auf eine sehr verbreitete und völlig berechtigte Kritik am Abstraktionsgrad funktionaler Aussagen auf der Ebene einer allgemeinen Systemtheorie. Allerdings sehe ich nicht einen Fehler in der Theorie, sondern ein Problem in der Sache selbst. Komplexe Systeme erfordern generalisierte Strukturen. Der Respezifikationsbedarf, der sich als Folge notwendiger Generalisierungen in komplexen Systemen einstellt, ergibt sich nicht nur für die Realsysteme der gesellschaftlichen Wirklichkeit; er wiederholt sich verstärkt in ihrer theoretischen Analyse. Diese muß daher auf diesen Sachverhalt antworten durch Unterscheidung von allgemeinen Funktionsangaben und konkreten strukturellen „constraints“, die einschränken — im Grenzfall bis auf einen Fall einschränken —, welche Form der Ausführung einer Funktion in bestimmten Systemen möglich ist.

nur etwas aus über diese *Möglichkeit*, allenfalls über die *Notwendigkeit einer solchen Möglichkeit* bei einem bestimmten Entwicklungsstande der Gesellschaft. Ihre Benutzung steht unter zusätzlich zu ermittelnden restriktiven Bedingungen. Innerhalb dieses allgemeinen, durch Negation vermittelten Regelstyps sind aber sehr verschiedenartige Formen der Abarbeitung von negativen Erfahrungen möglich — zum Beispiel solche, die dynamisch und progressiv werden, und solche, denen diese Eigenschaft fehlt<sup>67</sup>. Um in dieser Richtung differenzieren zu können, braucht man einen „reicheren“ (um Strukturangaben bereicherten und historisch relativierten) Theorieansatz, der gleichwohl die Ebene einer Theorie des umfassenden Gesellschaftssystems einhält. Eine solche Theorie steht heute nicht zur Verfügung. Von ihrer Entwicklung hängt die Möglichkeit ab, einen soziologischen Begriff der politischen Verfassung zu präzisieren.

Der klassischen Unterscheidung von (politischem) Staat und (wirtschaftlicher) Gesellschaft fehlte, wie oben bereits erörtert, für diese Ebene des umfassenden Sozialsystems ein Begriff. Sie hatte keine Möglichkeit, Negationsverhältnisse zwischen System und gesellschaftlicher Umwelt „aufzuheben“ oder in ihrer positiven Funktion zu analysieren. Die Negation blieb so ein letztes, ihr entsprach kein kontrollierendes Bewußtsein, sondern das Fehlen eines solchen — das heißt: die pure, unnegierbare Faktizität der Gesellschaft<sup>68</sup>. Dieses Konzept hat in bezug auf die historische Situation eine eigentümliche Richtigkeit, die sich nachträglich rekonstruieren und verständlich machen läßt. Mit zunehmender Differenzierung eines Systems nehmen zugleich die Aussagen ab, die für das System als Ganzes und für alle seine Teile zutreffen können; zugleich nehmen die Strukturen ab, die für das System als Ganzes und für alle seine Teile in jeder Situation relevant und verbindlich sein können. Man kann diese Gesetzlichkeit mit Ackerman und Parsons als Zwang zur Generalisierung und Respezifikation formulieren<sup>69</sup>. In der Umbruchsituation von primär politischer zu primär wirtschaftlicher Gesellschaft hatte man dies Problem als einen Dualismus von Staat und Gesellschaft überinterpretiert und damit unlösbar gemacht<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Dazu grundsätzlich *Magoroh Maruyama*, Goal-Generating Dissatisfaction, Directive Disequilibrium and Progress: *Sociologia Internationalis* 5 (1967), S. 169 - 188.

<sup>68</sup> Bzw. ihr abstraktes Gegenbild, die ins ebenfalls Unnegierbare hochstilisierte konkrete „Wirklichkeit der sittlichen Idee“ — Hegels Staat.

<sup>69</sup> Siehe *Charles Ackerman / Talcott Parsons*, The Concept of „Social System“ as a Theoretical Device, in: Gordon J. DiRenzo (Hrsg.), *Concepts, Theory, and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York 1966, S. 19 - 40 (36 ff.).

<sup>70</sup> Unlösbar zumindest mit rationalen Mitteln. Älteren Gesellschaften hätten für die Behandlung von Situationen, in denen strukturell notwendige Duale verschwimmen und mehrdeutig werden, bestimmte Techniken der sprachlichen oder der moralischen *Tabuierung* zur Verfügung gestanden. Vgl. *Edmund Leach*, *Anthropological Aspects of Language. Animal Categories and*

## V.

Nach diesen Sondierungen, die durch Abstraktion Distanz gewinnen und zu Bewahrendes ermitteln sollten, kehren wir zur Frage nach der Funktion von Verfassungen zurück. Dafür hatten wir im ersten Anlauf unter II die These aufgestellt, Verfassungen hätten die Bedingungen gesellschaftlicher Kompatibilität für das politische System der Gesellschaft zu reformulieren. Daran knüpfen wir an.

Der Bedarf für eine *Reformulierung* von Kompatibilitätsbedingungen ergibt sich aus dem Bedarf für *Respezifikationen*, der als Folge sehr hoher Generalisierung gesamtgesellschaftlicher Strukturen zu erwarten ist. Die Systembildungsebenen der Gesamtgesellschaft und ihrer Teilsysteme sind heute stärker auseinandergezogen als je zuvor. Das gleiche gilt erst recht für das Gesellschaftssystem im Verhältnis zu einzelnen Organisationen oder gar im Verhältnis zu einfachen Interaktionssystemen unter Anwesenden<sup>71</sup>. Damit verliert die jeweils höhere Ebene der Systembildung an unmittelbarer Aussagekraft und an Orientierungswert für das Handeln in untergeordneten Systemen. Deren besondere Systembedingungen müssen stufenweise konkretisiert werden. Die Gesellschaft ist nicht mehr unvermittelt instruktiv<sup>72</sup>. Auf diese Lage antwortet die Forderung nach gesetzten und geschriebenen Verfassungen. Die Antwort liegt also zunächst im Postulat einer Form, die auszuformulieren ist, nicht in der Vorschreibung bestimmter gesellschaftspolitischer, religiöser, moralischer Inhalte. Daß solche Inhalte in ihrer gesellschaftlichen Unmittelbarkeit sachlich undeutlich, zeitlich variabel und sozial kontrovers geworden sind, begründet gerade die Notwendigkeit einer Reformulierung auf der Ebene des politischen Systems; sie sind bloße Möglichkeiten, die eine reduktive Selektion erfordern. Als Verfassungs-

---

Verbal Abuse, in: Eric H. Lenneberg (Hrsg.), *New Directions in the Study of Language*, Cambridge Mass. 1964, S. 23 - 63. Auch die berühmte Analyse der Viskosität bei *Jean-Paul Sartre*, *L'être et le néant*, 30. Aufl., Paris 1950, S. 690 ff., bietet ein einschlägiges Beispiel. Spätere Hochkulturen lösen das gleiche Problem auf abstrakteren Sinnebenen durch *Perfektionierung* bestimmter Idealvorstellungen (etwa Gott, Gerechtigkeit), die Möglichkeiten der Kritik und der Rechtfertigung in etwas Unnegierbarem zusammenfassen. Dazu *Kenneth Burke*, *The Rhetoric of Religion*. *Studies in Logology*, Boston 1961, insb. S. 283 ff. Dem 19. Jh. bleibt nur noch die *Formulierung* für das Problem: Dialektik.

<sup>71</sup> Ähnlich sieht *Parsons*, a.a.O. (1966, 1971), Evolution als stärkeres Auseinandertreten einzelner Ebenen einer kybernetischen „hierarchy of control“.

<sup>72</sup> Ein Indikator dieser Entwicklung ist das Zurücktreten *religiöser* Handlungsbindungen, die auch dort, wo Religion als gesellschaftliches Teilsystem (Kirche) ausdifferenziert wird, *funktional* an die Ebene der Gesamtgesellschaft gebunden bleiben. Dazu *Niklas Luhmann*, *Religiöse Dogmatik und gesellschaftliche Evolution*, in: Karl-Wilhelm Dahm / Niklas Luhmann / Dieter Stoodt, *Religion — System und Sozialisation*, 1972, S. 15 - 132. Ein weiterer Beleg liegt im Verblässen von *Moral* als gesellschaftlich *durchgehender* Bedingung menschlicher Achtung und in ihrer pluralistischen Rekonstruktion.

staat gesteht das politische System der neuzeitlichen Gesellschaft sich die Selektivität seiner Selbstidentifikation ein. Diese Selektivität ist als solche in der gegebenen welthistorischen Situation zwangsläufig. Sie mag dem „Willen“ eines Verfassungsgebers und einer Gesetzesentscheidung zugerechnet oder als historisch entwickelte Form der Institutionen bloß registriert werden. Auch die Engländer haben, nolens volens, eine Verfassung erhalten.

Ist die Verfassung demnach als selektive Selbstfestlegung der Identität des politischen Systems im Rahmen gesellschaftlicher Möglichkeiten zu begreifen, so wären zwei Fragen zu klären, nämlich (1) die Frage nach dem *Prozeß*, der diese Selektion leistet, und (2) die Frage nach den *gesellschaftsstrukturellen Rahmenbedingungen*, die ihn beschränken. Erst nach Klärung dieser Vorfragen können wir uns erneut dem Problem zuwenden, ob und in welchem Sinne der Verfassungsstaat ein *Rechtsstaat* ist.

(1) Seine berühmte Studie über die englische Verfassung leitet *Walter Bagehot* mit distanzierenden Bemerkungen über jene ehrwürdigen und unzutreffenden Worte ein, die sich von Generation zu Generation vererben, um Verfassungen zu charakterisieren<sup>73</sup>. Zu diesem Typus gehören nicht nur die Vorstellungen über Gewaltenteilung, die Bagehot behandelt, sondern auch jene zentralen Kategorien, mit denen der Verfassungsstaat der bürgerlichen Gesellschaft bis heute seine Selbstselektion beschreibt: die Kategorien *Repräsentation* und *Partizipation*. Die zutreffende Kategorie heißt dagegen: *Reflexion*.

Selbstverständlich können Kompatibilitätsformeln nicht schlicht ausgewechselt werden in dem Sinne, daß Gerechtigkeit verschwindet, wenn Repräsentation eingeführt wird, und Repräsentation verschwindet, wenn Reflexion eingeführt wird. Weder Schöpfung noch Evolution vollziehen sich im Wege der Annihilation<sup>74</sup>. Die Substitutionsmöglichkeiten im evolutionären Prozeß beruhen vielmehr darauf, daß Annihilation nicht erforderlich ist, sondern Strukturen so reorganisiert werden, daß Errungenschaften erhalten bleiben und unlösbare Probleme übersprungen werden. In diesem Sinne rechtfertigt und kritisiert sich das Prinzip der Repräsentation am Maßstab der Gerechtigkeit, ohne strukturell davon abzuhängen, daß das Gerechte ermittelt und gerecht gehandelt wird; und Reflexion beruht auf Darstellung von Bedürfnissen, Interessen, Konflikten, Ambitionen durch Repräsentation, ohne strukturell davon abzuhängen, daß die Transformation von Interessenvertretung in Gemeinwillen gelingt.

<sup>73</sup> *The English Constitution*, London 1867, dt. Ausgabe: *Die englische Verfassung*, 1971, S. 47.

<sup>74</sup> Über Begriff und Begriffsgeschichte orientiert *H. K. Kohlenberger*, *Annihilation*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. I, 1971, Sp. 333 f.

Die Kategorie der Repräsentation kann nicht aus einer Theorie der bürgerlichen Gesellschaft heraus entwickelt werden; sie hat nach Denkvoraussetzungen und Sinngebung ältere Wurzeln. Repräsentation ist Darstellung der Einheit in der Vielfalt, Vergegenwärtigung dessen, was als Vielfältiges nicht gegenwärtig sein kann. Sie setzt Realperfektion und Rationabilität dieser Einheit voraus. Diese Denkvoraussetzungen werden heute nicht mehr geteilt. Damit ist die Kategorie der Repräsentation unbegründbar geworden. Eine Kritik der Kategorie darf nicht als Kritik des modernen Parlamentarismus mißverstanden werden. Sie zielt auf die Entwicklung von analytisch besser brauchbaren Nachfolgebegriffen, die unter anderem auch den Parlamentarismus besser begründen können — zum Beispiel als Institution des „Offenhaltens“ von Möglichkeiten<sup>75</sup>.

Daß man in der bürgerlichen Revolution an beglaubigten guten Worten wie Repräsentation und Partizipation festhielt und nicht auf die neue Kategorie der Reflexion zurückgriff, hatte zunächst diese Gründe des historischen Anschlußzwanges neuer Formen, im einzelnen aber auch teils unmittelbar politische, teils komplizierte begriffsgeschichtliche Gründe, die hier nicht angemessen dargestellt werden können. Erstaunlicherweise fehlt es sogar an Erörterungen des Verhältnisses dieser Kategorien zueinander<sup>76</sup>. Daß darin ein Problem steckt, sieht man erst nach Klärung des Begriffs der Reflexion, und diese Klärung setzt voraus, daß man in dem oben (Teil I, S. 5 f.) vorgeschlagenen Sinne eine Mehrheit von Systemreferenzen unterscheidet.

Das politische System hat als Teilsystem der Gesellschaft Beziehungen zu anderen Teilsystemen und Beziehungen zum Gesellschaftssystem selbst, die, obwohl voneinander abhängig, analytisch sorgfältig unterschieden werden müssen. Im Verhältnis zu anderen Teilsystemen der Gesellschaft spielen die mediengesteuerten (hier: machtgesteuerten) Prozesse des Eingreifens und Anpassens. Um das Verhältnis des Teilsystems zum umfassenden System der Gesellschaft zu bezeichnen, braucht man andere Kategorien. Für solche Beziehungen des Teils zum Ganzen waren in der überlieferten Sprache die Begriffe Repräsentation und Partizipation reserviert<sup>77</sup>. Ihre Unterscheidung beruhte auf der Voraussetzung einer

<sup>75</sup> Hierzu Niklas Luhmann, Komplexität und Demokratie, in: *ders.*, Politische Planung, 1971, S. 33 - 45.

<sup>76</sup> Eine kurze Kontrastierung von Repräsentation und Reflexion bei Gerhard Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, 1929, S. 35, macht deutlich, weshalb es nicht zu einem „Leistungsvergleich“ von Repräsentation und Reflexion gekommen ist: Repräsentation sei auf Anwesenheit eines Repräsentanten angewiesen, Reflexion könne als bloßes Vorstellen sich Nichtanwesendes vergegenwärtigen. Es fehlt der Bezug auf ein gemeinsames Grundproblem. Immerhin wird in dieser Kontrastierung das höhere Abstraktionspotential der Reflexion deutlich; und zugleich kündigt sich ein Folgeproblem an, nämlich die Frage, ob und wie Reflexion auch als sozialer Prozeß unter Anwesenden möglich sei.

<sup>77</sup> Daß diese Festlegung ohne klare Unterscheidung von Systemreferenzen

gesellschaftlichen Hierarchie, die alle Teile zur Partizipation, aber nur die „maiores partes“ zur Repräsentation befähigte. Die bürgerliche Gesellschaft hat zunächst diese Unterscheidung aufgehoben, indem sie Partizipation und Repräsentation identifizierte; sie hat im weiteren aber auch den Boden dieser Unterscheidung aufgehoben<sup>78</sup> und zwingt damit zum Umdenken von politischer Partizipation/Repräsentation auf politische Reflexion.

In der Kategorie der Reflexion kommt eine *prozeßabhängige Kontingenz der Selbstfestlegung eines Teilsystems* zur Sprache, was wir oben zunächst Reformulierung genannt haben. Reflexion ist keineswegs beschränkt auf jenen Sonderfall von Reflexivität, an dem sie entdeckt wurde; sie ist nicht nur Denken des Denkens und auch nicht ausreichend bezeichnet als Selbstbewußtsein des „Subjekts“, das gezwungen ist, seine Identität zu denken, wenn es sein Denken denkt. Vielmehr kommt in diesem Paradigma ein allgemeinerer, auch auf soziale Systeme anwendbarer Sachverhalt zum Ausdruck, nämlich daß reflexive Selbststeuerung das Identitätsbewußtsein verändert in Richtung auf Kontingenz, Möglichkeit der Strukturselektion und funktionale und/oder historische Spezifikation, weil anders weder Spielraum noch Grenzen der Selbststeuerung bestimmbar sind<sup>79</sup>. Reflexion in diesem Sinne ist gleichsam die Innenansicht gesellschaftlich erzwungener Selbstselektivität, die Antwort auf eine Lage, in der die Gesellschaft in der Identität ihrer Teilsysteme nicht mehr repräsentiert werden kann, sondern so viel Möglichkeiten, anders zu sein, bereithält, daß psychische wie soziale Systeme reflexive Prozesse der Strukturselektion entwickeln müssen — Prozesse des Denkens des Denkens oder des Liebens der Liebe, des Forschens über

schwer durchzuhalten war, zeigt die immer wieder problematische Verquickung von Repräsentationen und Interessenvertretung.

Zur Geschichte von „Partizipation“ siehe im übrigen *Otthein Rammstedt*, Partizipation und Demokratie: ZPol 17 (1970), S. 343 - 357; zur Geschichte von „Repräsentation“ etwa *Hans J. Wolff*, Organschaft und juristische Person, Bd. II, 1934, S. 16 - 91, neu gedruckt in: Heinz Rausch (Hrsg.), Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung, 1968, S. 106 - 208.

<sup>78</sup> Wenn man Forsthoffs These vom Verlust der geistigen Selbstdarstellung des Staates hinreichend staucht, bleibt dies als ihr berechtigter Kern erhalten. Vgl. *Ernst Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971 (vgl. insbes. S. 158) und insoweit übereinstimmend *Werner v. Simson*, Der Staat der Industriegesellschaft: Der Staat 11 (1972), S. 51 - 60.

<sup>79</sup> Wieviel davon unter dem Titel *Subjekt* angemessen begriffen werden kann, lassen wir offen. Vgl. dazu jetzt *Willi Oelmüller*, Was ist heute Aufklärung?, 1972, insbes. S. 68 ff., der im Subjektbegriff eine Anknüpfung an die Geschichte unvollendeter Freiheiten sucht. Das Subjekt ist aber nicht der Mensch als Mensch (oder als Unmensch?), sondern im strengeren Sinne das der Reflexivität Zugrundeliegende. Auch das Subjekt beginnt, eine ehrwürdige und unzutreffende Kategorie zu werden, und eine verwaschene außerdem, wenn man darunter eine Art anthropologische oder personale Substanz versteht, die repräsentiert werden und Partizipation fordern kann! Angesichts solcher Begriffsverwirrungen dürfte es richtiger sein, den Gedanken des Subjekts in einer abstrakteren Form aufzuheben und das Wort aufzugeben.

Forschung, des Normierens von Normsetzungen, des Finanzierens von Geldaufwendungen oder des Übermächtigen der Machthaber<sup>80</sup>.

Systeminterne Bedingung der Reflexion ist ein ausreichender Entscheidungsspielraum, in dem sich Entscheidungen als Auswahl aus anderen Möglichkeiten profilieren können. Die Frage ist jedoch, ob die Bedingungen der Konstitution dieses Entscheidungsspielraums Reflexion nicht zugleich verhindern. Für das politische System konstituiert dieser Entscheidungsspielraum sich auf Grund der Verfassung dadurch, daß Verfahren eingerichtet werden, in denen das Entscheidungsergebnis nicht von vornherein feststeht. Verfahren fangen den unmittelbaren Motivdruck der gesellschaftlichen Umwelt auf das politische System ab, transformieren ihn in Betriebsmotive und in Mechanismen der Absorption von Enttäuschungen, die mit mehr als einer Entscheidung kompatibel sind<sup>81</sup>. Damit können strukturelle Bedingungen der *Ermöglichung* von Entscheidungen und strukturelle Bedingungen der *Richtigkeit* von Entscheidungen auseinandergezogen werden. Entscheidungen werden programmierbar. Verfahren bringen den Entscheidungsprozeß selbst jedoch in eine wenig reflexionsgünstige Form. Das politische System identifiziert sich mehr durch Akkumulation als durch Reflexion der Ergebnisse von Verfahren. Jedenfalls hat unter den spezifischen Systembedingungen der Verfahren und dem an die Gewaltenteilung gebundenen Schema ihrer Differenzierung politische Reflexion bisher nicht operationalisiert, das heißt auf die Ebene organisierten Handelns und elementarer Interaktion überführt werden können.

Vermutlich liegt der Engpaß jedoch eher in den kategorialen Bedingungen der Reflexion, von denen die institutionelle Entwicklung mit abhängt.

Mit der Umstellung von Repräsentation auf Reflexion ist verbunden die Umstellung von einer als bekannt vorausgesetzten Gesellschaft auf

<sup>80</sup> Hierzu mit weiteren Erläuterungen Niklas Luhmann, Reflexive Mechanismen, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung, a.a.O., S. 92 - 112.

<sup>81</sup> Meine Analyse dieses Transformationsmechanismus in „Legitimation durch Verfahren“ ist von Kritikern vielfach so verstanden worden, als ob ich diese Problemlösung befürworte. Siehe vor allem Hubert Rottleuthner, Zur Soziologie richterlichen Handelns: Kritische Justiz 1970, S. 282 - 306, 1971, S. 60 - 88 (69 ff.). Dem liegt ein Mißverständnis der Bedingungen und Grenzen wissenschaftlicher Analyse von Einzelproblemen zugrunde. Zumindest für die Form systemtheoretischer Analyse, die mir vorschwebt, ist Klärung von Problemlösungen immer verbunden mit dem Aufwerfen neuer Fragen. Natürlich ist die These einer Neutralisierung streitbarer individueller Motive durch Verfahren „anstößig“. Aber daraus folgt weder rechtspolitisch noch wissenschaftlich, daß man den Anstoß unmittelbar beseitigen solle, denn das hieße die Errungenschaft des Verfahrens beseitigen und eine regressive Entwicklung einleiten. Wohl aber könnte die Analyse Anstoß sein, das Problem der politischen Reflexion und ihrer Umsetzung in operatives Bewußtsein neu zu stellen; denn erst in der Reflexion läßt sich jene Negation des unmittelbaren Motivdrucks so aufheben, daß sie als Errungenschaft bewahrt und zugleich in ihren Folgen problematisiert wird.

eine als unbekannt vorausgesetzte Gesellschaft. Das politische System kann seine Entscheidungen nicht mehr auf volle Information über die Gesellschaft stützen, und zwar nicht nur wegen der Fülle der Details, sondern aus drei prinzipiellen Gründen, die konvergieren: sachlich gesehen, weil die Gesellschaft im ganzen sehr viel komplexer ist als das politische System; sozial gesehen, weil das politische System in der Gesellschaft unter der Bedingung doppelter Kontingenz mit anderen Systemen interagiert und in zweiseitig variablen Beziehungen ein Moment der Unvorhersehbarkeit nicht auszuschließen ist; und zeitlich gesehen, weil das politische System sich nicht mehr an der Vergangenheit, sondern an der Zukunft der Gesellschaft ausrichtet. Unter dem Prinzip der Reflexion ist das Problem gesellschaftlicher Erkenntnis mithin ein Problem ausreichender Komplexität des Erkennenden im Verhältnis zum Gegenstand; unter dem Prinzip von Repräsentation/Partizipation war es im ganz alten Sinne ein Problem der Erkenntnis des Gleichen durch Gleiches.

In der politisch-administrativen Planungs- und Entscheidungspraxis entwickeln sich faktisch (wenn auch unterlegitimiert) rationale Techniken der präzisen Formulierung unbekannter Sachverhalte, der Selbstkonditionalisierung durch Einbau offener Anwendungsbedingungen, der Innenabsicherung von Risiken, der Einplanung von Fehlermöglichkeiten und der kybernetischen Regelung, die Rationalität im Umgang mit unbekanntem Verhältnissen ermöglichen. In dieser Weise wird Negation des Negativen praktisch; nur die Art der Ausführung entspricht unter veränderten Bedingungen nicht mehr den ursprünglichen Vorstellungen des bürgerlichen Verfassungsstaates. Angesichts dieser Entwicklungen steht die Verfassungstheorie vor den Fragen nach den Bedingungen ihrer Möglichkeit (nicht nur: ihrer Zulässigkeit!) und nach den Bedingungen ihrer gesellschaftlichen Kompatibilität.

(2) Die gesamtgesellschaftlichen Rahmenbedingungen für Reflexion in Teilsystemen der Gesellschaft lassen sich unter drei Gesichtspunkten zusammenfassen, nämlich im Hinblick auf die Funktionen der Bestimmung kontingenter Möglichkeiten, der Bildung von Kommunikationsmedien und der Systemdifferenzierung<sup>82</sup>.

Das Problem der Kontingenz wird durch die Verfassung in ein Problem der Begründbarkeit bindender Entscheidungen transformiert. Es nimmt insoweit Rechtsform an, dichotomisiert also die Vorfälle in die Kategorien rechtmäßig/rechtswidrig im Sinne einer vollständigen Disjunktion.

<sup>82</sup> Diese Gesichtspunkte beziehen sich, evolutionstheoretisch gesehen, auf Mechanismen der *Variation* durch Erzeugung von Möglichkeiten, der *Selektion* und der *Stabilisierung*. Hierzu eine kurze Skizze über gesellschaftliche Evolution in: Jürgen Habermas / Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung?*, 1971, S. 361 ff., und meine Ausarbeitung für den Bereich des Rechts in: *Rechtssoziologie*, 1972.

Diese Problemstrukturierung hat eigentümliche Prämissen und sehr weittragende Konsequenzen für die Art, wie im politischen Kontext Probleme gestellt und gelöst werden können<sup>83</sup>. Sie kommt als ihrerseits kontingente Strukturwahl nicht angemessen in den Blick, wenn man nur die Frage nach der Richtigkeit von Begründungen stellt und Begründungen über Begründungsketten hinweg auf Werte oder im Diskurs haltbare Regeln der Begründung zurückverfolgt. Darüber hinaus wäre zu untersuchen, wie es möglich ist, diese einseitige Option einer solchen Formel in einer hochkomplexen Gesellschaft zu halten und zu praktizieren.

Zu diesen Bedingungen gehört, daß der Spezialisierung eine Funktionsentlastung entspricht, daß also in anderen Bereichen der Gesellschaft andere Kontingenzformeln auf gesellschaftlich adäquatem Niveau funktionieren und in operatives Bewußtsein umgesetzt werden können. Dies kann zumindest für die Wirtschaft und ihre (nichtdichotomische!) Kontingenzformel Knappheit vorausgesetzt werden<sup>84</sup>. In der bürgerlichen Gesellschaft kompensiert der Knappheitskalkül die Strukturschwächen des Rechts, so wie umgekehrt das Recht die Strukturschwächen des Knappheitskalküls.

Gegenüber der Ausgangssituation der bürgerlichen Gesellschaft, die das Recht dem Staat und die Knappheit der Gesellschaft zuwies, haben sich inzwischen Änderungen ergeben, die mit dieser Dichotomie der Kontingenzformeln und Systeme nicht zu erfassen sind. Wie allgemein gesehen wird, hat der Bedarf der Wirtschaft für politische Steuerungs- und Korrekturentscheidungen zugenommen. Zum anderen verlagert sich in einer hochkomplexen, möglickeitsreichen Gesellschaft der Enttäuschungsdruck von den normativ institutionalisierten auf bloß projizierte Erwartungen. Man ist nicht nur deshalb enttäuscht, weil man sein gutes Recht nicht erhält, sondern schlicht deshalb, weil man nicht schnell genug mehr bekommt. Damit verschiebt sich die Funktion der Kontingenzbewältigung und des Abfangens der Enttäuschung mit Zuständen und Ereignissen, die auch anders möglich wären, aus den normativen Ent-

<sup>83</sup> Sehr deutlich zeigt sich dies an Fallstudien über Grenzen und dysfunktionale Folgen des rechtsförmigen Zugriffs auf soziale Sachverhalte. Vgl. z. B. *Vilhelm Aubert*, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, in: Ernst E. Hirsch / Manfred Rehinder (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1967, S. 284 - 309; *Leon H. Mayhew*, Law and Equal Opportunity. A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination, Cambridge Mass. 1968, oder *Troy Duster*, The Legislation of Morality. Law, Drugs, and Moral Judgment, New York - London 1970.

<sup>84</sup> Hierzu *Niklas Luhmann*, Knappheit, Geld und die bürgerliche Gesellschaft: Jb. f. Sozialwiss. 23 (1972), S. 186 - 210. Ähnliches gilt für die Kontingenzformel der Wahrheit — den dichotomischen, aber nicht normativen, sondern kognitiven binären Schematismus der Logik. Sehr viel schwieriger ist diese Frage für den Bereich der Religion und ihre Kontingenzformel Gott zu beantworten. Dazu *Niklas Luhmann*, Religiöse Dogmatik und gesellschaftliche Evolution, a.a.O.

scheidungsregeln und -verfahren in die Politik als Prozeß. Deren Kontingenz ist mit der Gesellschaft nicht mehr durch vorgegebene Normensysteme oder Summenkonstanzen oder Naturannahmen vermittelt, sondern nur noch durch abstrakteste Wertgesichtspunkte im Sinne möglicher Steigerungslinien und durch näher zu erforschende Bedingungen struktureller Kompatibilität. Damit nähern wir uns einer Situation, in der die Politik Formeln für strukturierte, nichtbeliebige Kontingenz nur noch mit Hilfe wissenschaftlicher Forschung gewinnen kann.

Weitere Rahmenbedingungen beziehen sich auf die Gesellschaftsbezogenheit des Kommunikationsmediums Macht. Das Problem ist, die Verfügbarkeit von Macht in *allen* gesellschaftlichen Interaktionen zu erhalten, auch dann, wenn die gesellschaftliche Differenzierung zunimmt und für die Erzeugung und Bereitstellung effektsicherer Macht ein besonderes politisches System ausdifferenziert wird. Die politische Konzentration der Entscheidung über jedenfalls überlegene Machtressourcen (insbesondere solche, die auf der Möglichkeit physischer Gewaltanwendung beruhen) darf nicht dahin führen, daß politische Macht nur noch innerhalb des politischen Systems als Kommunikationsmedium dient — so wenig, wie Wahrheit auf eine Forschungssprache reduziert werden kann. Vielmehr muß politische Macht auch in unpolitischen Interaktionen jeder Art aktivierbar bleiben, auch im Straßenverkehr und auch in Ehestreitigkeiten. Das geschieht durch eine Kombination des Machtcodes mit dem Recht. Das Recht formuliert Bedingungen der Anwendung politisch konstituierter Macht, die auch dann zum Zuge kommen, wenn die Beteiligten selbst nicht über politische Macht verfügen und nicht politisch handeln können oder wollen. Es erspart damit die unmittelbare Politisierung aller gesellschaftlichen Interaktionen.

Unter bestimmten, näher zu erforschenden Bedingungen, die wir abschließend im Begriff des Rechtsstaates zusammenfassen werden, scheint es möglich zu sein, den Zugriff des Rechts auf gesellschaftliche Situationen zu steigern, ohne diese damit unmittelbar unter den Kommunikationscode der Macht zu bringen. Im Geschäftsverkehr ist es möglich, Verträge im Vertrauen auf die Erfüllungsbereitschaft der anderen Seite abzuschließen und zugleich eine einklagbare Fixierung zu fordern<sup>85</sup>. Rechtlich bedingte garantierte Möglichkeiten der Ehescheidung verhindern nicht, sondern fördern gerade, daß die Kommunikation der Ehepartner durch Liebe und Achtung motiviert wird und sich nicht zu einem systemspezifischen Macht- und Ausbeutungsverhältnis entwickelt. Ähn-

<sup>85</sup> Wie „unnatürlich“ und kulturabhängig diese Kombination ist, zeigt ein Blick in fernöstliche Kulturen, in denen Vertrauen und Verständigungsbereitschaft einerseits und Rechtsorientierung andererseits als Widersprüche empfunden werden. Siehe z. B. *Dan Fenno Henderson, Conciliation and Japanese Law. Tokugawa and Modern*, 2 Bde., Seattle - Tokyo 1965; *Kawashima Takegoshi, The Notion of Law, Right and Social Order in Japan*, in: Charles A. Moore (Hrsg.), *The Status of the Individual in East and West*, Honolulu 1968,

liches dürfte für die Organisation wissenschaftlicher Forschung gelten, in der sich die Kommunikation gerade dann am Wahrheitscode orientieren kann, wenn die Abhängigkeitsverhältnisse rechtlich — das heißt auch hier: durch konditionalen Bezug auf *fernliegende* politische Macht — geklärt sind<sup>86</sup>.

Diese Beispiele illustrieren zugleich Themen einer politischen Reflexion, die sich auf Bedingungen der Kompatibilität des politischen Systems mit Strukturen seiner gesellschaftlichen Umwelt richtet. Sie zeigen, daß Codes und Prozesse verschiedenartiger Kommunikationsmedien getrennt und als Möglichkeitskonstellationen rekombiniert werden können unter der entscheidenden Voraussetzung, daß die Integrationsniveaus nicht zu konkret und zu „lokal“ gewählt werden müssen. Das setzt ein ausreichendes Maß von Systemdifferenzierung voraus.

Durch Systemdifferenzierung werden Prozesse der Systembildung reflexiv, das heißt auf sich selbst angewandt, das heißt in Systemen wiederholt<sup>87</sup>. In Systemen können dann Teilsysteme einander als geordnete Umwelt behandeln und sich dadurch entlasten. In bezug auf Systemdifferenzierung heißt deshalb Reflexion (im Unterschied zu Anpassung), daß die Teilsysteme ihre *Eignung als Umwelt anderer Systeme* im Prozeß ihrer Selbstbestimmung mitberücksichtigen. Sie müssen als Teilsysteme eines Systems füreinander mögliche Umwelt sein. Die Bedingungen der Kompossibilität variieren mit der Struktur des Gesamtsystems. Sie können auf der Ebene des Gesellschaftssystems heute nicht mehr nur in

---

S. 429 - 447; *Hahn Pyong-Choom*, *The Korean Political Tradition and Law*, Seoul 1967, sowie *ders.*, *The Decision Process in Korea*, in: Glendon Schubert / David J. Danelski (Hrsg.), *Comparative Judicial Behavior. Cross-Cultural Studies of Political Decision-Making in the East and West*, New York 1969, S. 19 - 47 mit ausgezeichneten Analysen der „verfassungsmäßigen“ Gründe, nämlich (1) fehlende Differenzierung von Wahrheit und Macht im politischen System; daher (2) keine Spezialisierung der Justiz auf Realisierung der moralisch-rechtlichen Disjunktion von gutem (rechtmäßigem) und schlechtem (rechtswidrigem) Verhalten; daher (3) Alternativenlosigkeit der hierarchischen Gesellschaftsstruktur, (4) fehlende Trennbarkeit von Personenunterwerfung und Rechtsunterwerfung, also fehlende Freiheit, und (5) fehlende Gleichheit, also Undurchführbarkeit kontradiktorischer Gerichtsverfahren, was wiederum (6) zur Folge hat, daß man sich im täglichen Leben an den naheliegenden (örtlichen!) Machtverhältnissen und nicht an einer Kombination von Recht und fernliegenden Machtverhältnissen orientieren muß.

<sup>86</sup> Dies läßt sich am Verhältnis von Ordinarius und Assistent in der heute sich wandelnden Universitätsstruktur illustrieren. Das Problem lag nicht in der Abhängigkeit als Abhängigkeit (etwa in der Weisungsgebundenheit), sondern in den rechtlich unqualifizierbaren und daher „lokalen“ Formen der Abhängigkeit. Es hätte in Richtung auf Juridifizierung und politische Kontrolle möglichst aller für das Verhältnis bestimmenden Machtquellen reformiert werden können. Da man das Problem jedoch in der Abhängigkeit als solcher sah, läuft die Reform in Richtung auf eine Dissoziierung, die Abhängigkeiten ersetzt durch Kooperationsappelle und Tauschbeziehungen mit Folgen, die die Organisationsfähigkeit der Universität beeinträchtigen.

<sup>87</sup> Zu diesem Konzept reflexiver Mechanismen allgemein *Niklas Luhmann*, *Soziologische Aufklärung*, a.a.O., S. 92 - 112.

einem minimalen Bestand gemeinsamer Werte und Überzeugungen gefunden werden, sondern liegen eher in Formen der Leistungssteigerung und Selbstbeschränkung, die anderen Systemen als Umweltvoraussetzung die Möglichkeit hoher struktureller Spezialisierung und eine ausreichende Entlastung ihrer Informationsverarbeitungsprozesse gewähren. Diese Funktion ist für das politische System in der Verfassung lokalisiert und wird über die Verfassung mit den übrigen Prozessen des politischen Systems vermittelt, für die Reflexion nicht in gleichem Maße bestimmend sein kann, weil sie in unmittelbaren Einfluß- und Anpassungsbeziehungen zur Umwelt stehen.

## VI.

Abschließend lassen sich im Anschluß an eine frühere Veröffentlichung<sup>88</sup> einige Konsequenzen für den Gedanken des Rechtsstaates formulieren. Das Rechtsstaatsprinzip ist nicht als eine Verfassungsvorschrift unter anderen zu verstehen. Die Versuche einer entsprechenden Reduktion — etwa auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung — werden heute als zeitbedingt und überholt angesehen. Auch die Gegenüberstellung von Rechtsstaat und Sozialstaat verhilft nicht zur Präzisierung; denn der Rechtsstaatsgedanke kann nicht als Gegensatz oder als Unterschied zum Sozialstaatsgedanken begriffen werden, sondern bestenfalls der Sozialstaatsgedanke als das dynamische, Änderungsrichtungen angegebende Prinzip des Rechtsstaates<sup>89</sup>. Schließlich läßt auch die übliche Zusammenstellung von Einzelnormen als Bestandteilen des Rechtsstaatsgedankens<sup>90</sup> unbefriedigt, wenn sie das Prinzip der Aggregation im unklaren läßt.

Ist der Rechtsstaat keine Verfassungsnorm im üblichen Sinne, dann ist er möglicherweise die Rechtllichkeit der Verfassung selbst. Wir sind bereits im vorigen Abschnitt auf Gründe dafür gestoßen, daß die Differenzierungs- und Transmissionsfunktion der Verfassung in Rechtsform erfüllt wird: Die Kontingenzformel des politischen Systems liegt in der Disjunktion von Recht und Unrecht, das Kommunikationsmedium Macht des politischen Systems muß im Interesse der Steigerung von Übertragungsleistungen einen rechtsförmigen Code erhalten. Unter Rechtsstaat ist zu verstehen, daß diese Leistungen des Rechts nicht in politisch-beliebiger Weise zu erhalten sind. (Insofern war es nicht falsch, in der ersten

<sup>88</sup> Niklas Luhmann, *Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates*, in: *ders.*, *Politische Planung*, a.a.O., S. 53 - 65.

<sup>89</sup> Nähme man diese Formel auf, dann würde es relativ berechtigt erscheinen, mit *Ernst Forsthoff*, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in: *ders.*, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, S. 38 ff., den Verwirklichungsbereich des Sozialstaats unterhalb des Verfassungsrechts in Gesetzgebung und Verwaltung zu suchen; allerdings aus anderen Gründen und nur relativ berechtigt, da auch die Verfassung für ihre Weiterentwicklung auf sozialstaatliche Direktiven angewiesen ist.

<sup>90</sup> Vgl. z. B. *Maunz*, a.a.O., S. 67 ff.

Formulierung des Rechtsstaatsgedankens vom Begriff der Vernunft auszugehen; nur verwies dieser Begriff zu sehr auf die *Erkenntnis* von Bedingungen und Schranken der Kompatibilität und sah in dieser Erkenntnis zugleich die Verwirklichungsbedingungen, während man heute in *dieser* Hinsicht zweifeln muß und deshalb lieber die Kompatibilität selbst als Rechtsstaat bezeichnen sollte).

Danach ist es richtig, reicht aber nicht aus, den Rechtsstaat als Beschränkung „souveräner“ (das heißt: ausdifferenzierter) staatlicher Macht durch das Recht zu bestimmen. Diese Formel hat einen historisch wandelbaren Inhalt, der erst analysierbar wird, wenn man sie soziologisch aufschließt. Dazu dient uns die Einsicht, daß mit der Bindung an das Recht die Kontingenzformel und der Macht-Code des politischen Systems auf die Gesellschaft als Ganzes bezogen werden (ohne ihre funktionale Spezifizierbarkeit dadurch zu verlieren). Dieser Gesellschaftsbezug zeigt sich am allgemeinsten in der *universalistischen* Institutionalisierung der Geltung und Funktion des Rechts. Mit „universalistisch“ ist nach soziologischem Sprachgebrauch<sup>91</sup> gemeint, daß die Funktion des Rechts unabhängig von den konkreten Merkmalen und Situationsdefinitionen derjenigen erfüllt werden kann, die an Konflikten beteiligt sind. Dieses Prinzip muß mit der Positivierung des Rechts erweitert und auf die Rechtssetzung selbst erstreckt werden. Die Perfektion rechtlichen Universalismus wird erreicht durch das Postulat, daß *jedermann* an die *jeweils* für *alle* geltenden Gesetze gebunden sei — *sogar der Gesetzgeber selbst*, sofern er die Gesetze nicht im rechtlich geregelten Verfahren ändert<sup>92</sup>. Die zeitgenössische Fixierung des Blicks auf das Subjekt und auf die Begründung des Rechts verdeckt zugleich die Möglichkeit eines viel weitergehenden Postulats: daß jede *Handlung* jederzeit unter dem Gesichtspunkt von rechtmäßig/rechtswidrig geprüft und zur Entscheidung gestellt werden könne.

Universalistische Rechtsgeltung hat *zur Voraussetzung* die Existenz eines hinreichend ausdifferenzierten, den täglichen Interaktionen fernliegenden, entscheidungsfähigen politischen Systems; universalistisch orientierte Rechtspraxis kann aber *nicht die partikulare, selbstbezüg-*

<sup>91</sup> Im Anschluß an Parsons (siehe vor allem *Talcott Parsons / Robert F. Bales / Edward A. Shils, Working Papers in the Theory of Action*, Glencoe Ill. 1953, S. 45 ff., 81; ferner *Talcott Parsons, Pattern Variables Revisited: American Sociological Review* 25 (1960), S. 467 - 483 (472) wird dieser Aussage die Unterscheidung *universalism/particularism* zugrunde gelegt, die sich darauf bezieht, ob Objekte in Handlungssituationen nach bestimmten allgemeinen Eigenschaften, die sie mit anderen Objekten teilen, oder nach Beziehungen zu den an der Situation beteiligten Handlungssystemen (Akteuren) identifiziert werden. Vgl. auch die kritischen Analysen von *Peter M. Blau, Operationalizing a Conceptual Scheme. The Universalism — Particularism Pattern Variable: American Sociological Review* 27 (1962), S. 159 - 169, und von *Harry S. Scarr, Measures of Particularism: Sociometry* 27 (1964), S. 413 - 432.

<sup>92</sup> Parallel dazu die Perfektion des moralischen Universalismus im Gedanken der Selbstgesetzgebung des Subjekts bei Kant.

*liche Praxis dieses politischen Systems sein.* Daraus folgert Parsons die Notwendigkeit einer Trennung von Rechtssystem und politischem System. Damit ist jedoch dem Faktum der Gesetzgebung nicht Rechnung getragen. Es obliegt gerade der rechtsstaatlichen Verfassung, die Transformation partikulärer in universalistische Orientierungen zu regulieren. Das geschieht effektiv durch Innendifferenzierung des politischen Systems, die ein Nebeneinander von partikularen (im engeren Sinne „politischen“) und universalistischen Orientierungen ermöglicht.

Auf der Grundlage gesicherter universalistischer Rechtlichkeit kann eine Mehrzahl von Einzelfunktionen erfüllt werden, deren Zusammenspiel heute mehr als jeder Normenkonsens die Funktion einer Gesellschaftsstruktur übernimmt — nämlich: (1) die Funktion der Regulierbarkeit gesellschaftlicher Konflikte von nichtnegierbaren Interaktionsebenen aus<sup>93</sup>; (2) die Erhaltung der Möglichkeit von Dissens bis hin zu moralischem Dissens als Voraussetzung eigenständiger, in der Gesellschaft verteilter Selektivität<sup>94</sup>; (3) die Bildung langer Selektionsketten, die hohe Anschlußselektivität der Einzelereignisse sichern, ohne daß für die Beteiligten der Selektionszusammenhang selbst übersehbar, nachvollziehbar, konsensfähig wäre<sup>95</sup> und, damit zusammenhängend, (4) die universalistische Garantie rechtlicher Entscheidbarkeit für unbestimmte, noch unbekannte, noch nicht einmal festgelegte Situationen — also für eine offene Zukunft. Die Universalität der Rechtsgeltung ist nicht schon die aktuelle Lösung dieser verschiedenartigen Probleme; sie ist die gemeinsame Bedingungen der Lösbarkeit, von der aus Anforderungen an Rechtsetzung und an dogmatische Konstruktion zu entwickeln sind. Ebenso muß in umgekehrter Blickrichtung gesehen werden, daß die Gesellschaft und ihre unpolitischen Teilsysteme eigene Voraussetzungen für die Regulierbarkeit von Konflikten, die Ermöglichung von Dissens und die Bildung langer Selektionsketten beisteuern; in ihnen liegen die gesellschaftlichen Bedingungen der Möglichkeit des Rechtsstaates.

<sup>93</sup> Sehr interessant ist hier ein Vergleich mit den Formen der Selbstregulierung einfacher Interaktionssysteme, die ebenfalls Steuerungsebenen voraussetzen, auf denen Negationen ausgeschlossen sind, dabei aber im wesentlichen auf Sprachschwierigkeiten oder auf moralische Negationsverbote angewiesen sind. Vgl. *Niklas Luhmann*, *Einfache Systeme*: Z. f. Soz. 1 (1972), S. 51 - 66.

<sup>94</sup> Im klassischen Selbstverständnis des Rechtsstaats wird diese Funktion bezeichnet als Gewährleistung von Freiheit und Eigentum. Beides garantiert primär die Möglichkeit, sich Zumutungen im Interesse anderer Selektionen zu entziehen. Unter dieser abstrakteren Funktionsbestimmung gesehen fällt auf, daß der gesamte Bereich innerorganisatorischen Verhaltens unberücksichtigt geblieben war. Hierfür sind Rechtsinstitutionen wie Mitbestimmung und Streikrecht nachentwickelt worden, die aber eine kollektive (also ebenfalls organisationsabhängige) Basis suchen mußten, weil Organisationen die Freigabe individuellen Dissenses strukturell nicht vertragen.

<sup>95</sup> Allgemein zur Verlängerung der Handlungsketten in der neuzeitlichen Gesellschaft *N. Elias*, *Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, 2. Aufl. 1969; *ders.*, *Was ist Soziologie?*, 1970.