Verfassung als evolutionäre Errungenschaft

I.

Kaum eine der vielen Errungenschaften moderner Zivilisation ist so sehr das Ergebnis absichtlicher Planung wie die Verfassungen, mit denen sich seit dem Ende des 18. Jahrhunderts die modernen Staaten ausstatten. Wie kann man in Kenntnis dieses Sachverhalts von Evolution sprechen? Evolution wird doch durchweg als „blind" beschrieben, jedenfalls als eine Änderung von Strukturen, die nicht im Hinblick auf ein Ziel erfolgt, sondern sich aus der Verarbeitung von Zufallsanstößen ergibt. Man mag zugestehen, daß in der soziokulturellen Evolution Intentionen der Akteure eine Rolle spielen[1]; aber wenn es sich überhaupt um Evolution handelt, dann müssen sie die Rolle des Zufalls spielen. Und es mag sein, daß Akteure sich durch rationale Kriterien leiten lassen; aber wenn es sich überhaupt um Evolution handelt, läßt dies keinen Rückschluß auf die Rationalität des Gesamtresultats zu.

Juristen werden Verfassungen eher als Gegenstand planmäßiger Gestaltung ansehen, auch wenn sie heute gerne zugeben, daß dies nicht ein einmaliger Vorgang sein kann, sondern durch Interpretation und gegebenenfalls durch Verfassungsänderung nachgeplant werden muß. Für Soziologen liegt es näher, das Moment absichtsvoller Gestaltung nicht so hoch zu veranschlagen, es eher mit einer gewissen Nachsicht als Machbarkeitsillusion zu behandeln, und das führt dann zu einer evolutionstheoretischen Begrifflichkeit.

Planung oder Evolution – man kann sich eine Entscheidung zwischen diesen Alternativen erleichtern, wenn man zunächst einmal fragt, was denn *neu* war an den Konzepten, die man in der Rechtsform einer Verfassung zu verwirklichen versucht hat.

Nach allgemeiner, wohl unbestrittener Auffassung gibt es Verfassungen im modernen Verständnis dieses Begriffs erst seit dem 18. Jahrhundert. Zeitgenossen beobachten die Neuheit des Begriffs im Zusammenhang mit der französischen Revolution. Arthur Young berichtet aus Frankreich über diesen neuen Ausdruck „constitution ... which they use as if a constitution was a pudding to be made by a receipt"[2]. Offenbar haben sich der Sinn dieses Begriffs und die mit ihm verbundenen

[1] Siehe hierzu nur Stephen Toulmin, *Kritik der kollektiven Vernunft*, Frankfurt 1978.

[2] zitiert nach *The Oxford English Dictionary*, 2. Aufl. Oxford 1989, Bd. 3, S. 790.

Erwartungen im 18. Jahrhundert gewandelt – wie so viele Begriffe der sozialen und politischen Semantik. Auch darüber ist man sich einig[3]. Konzentriert man sich auf Fragen der Begriffspolitik und der semantischen Innovation, so ist leicht zu erkennen, daß revolutionäre Veränderungen einen innovativen Sprachgebrauch motivieren[4]. Hier hilft eine plötzliche, situative Evidenz, neue Unterscheidungen, neue Begriffe oder auch nur einen versteckten Bedeutungswandel gegenüber hergebrachtem Verständnis durchzusetzen. Analysiert man dagegen Rechtstexte, die vor der revolutionären Wendung in den drei letzten Dekaden des 18. Jahrhunderts bereits eine verfassungsähnliche Funktion erfüllt haben, verschwindet der Eindruck der Neuheit und es zeigt sich, daß das, was vorher immer schon vorausgesetzt war, jetzt nur explizit formuliert werden muß[5]. Dasselbe gilt noch drastischer, wenn man überlegt, was sich an den individuellen Rechten der Einzelnen angesichts massiver Konfiskationen, politischer und religiöser Einschränkungen der Pressefreiheit, erheblicher Beschränkung des Wahlrechts und vor allem: Fortdauer der Sklaverei geändert haben mag[6]. Offenbar beschreibt die Bill of Rights den vorhandenen Rechtszustand und führt nichts ein, was darüber hinausgeht. In einer von Gerald Stourzh[7] vorgeschlagenen Terminologie kann man auch sagen: auf die Fundamentalisierung der Individualrechte, die in England im 17. Jahrhundert einsetzt, folgt nur noch ihre Konstitutionalisierung. Deshalb führt es kaum weiter, wenn man die Innovation im Inhalt der

[3] Vgl. nur Dieter Grimm, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt 1987, S. 46–76; ders., Verfassung, *Staatslexikon*. Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Freiburg 1989, Bd. 5, S. 634–643. Anderer Meinung auf Grund der lateinischen Übersetzung von *politeia* mit *constitutio* (die aber nie in den spezifisch juristischen Sprachgebrauch übernommen worden war) Graham Maddox, A Note on the Meaning of 'Constitution', *American Political Science Review* 76 (1982), S. 805–809; ders., Constitution, in: Terence Ball/ James Farr/ Russell L. Hanson (Hrsg.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge Engl. 1989, S. 50–67.

[4] Etwa im Sinne der von Quentin Skinner angeregten Diskussion. Siehe James Tully (Hrsg.), *Meaning and Context: Quentin Skinner and his critics*, Princeton 1988; ferner vor allem Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, 2. Bde., Cambridge Engl. 1978; Terence Ball/ J. G. A. Pocock (Hrsg.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, Kansas, 1988; Terence Ball/ James Farr/ Russell L. Hanson (Hrsg.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge Engl. 1989.

[5] Siehe hierfür Donald S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*. Baton Rouge 1988, mit der Feststellung: „Indepedence required that the implicit constitutional developments of the colonial era be expressed in working constitutions, first at the state level and then at the national level" (S. 69).

[6] Hierzu mit viel Material Forrest Macdonald, *Novus Ordo Seclorum*, Lawrence Kansas 1985.

[7] *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien 1989, S. 31 f., 89.

konstitutionellen Regulierung, in ihrer Thematik sucht, etwa im Schutz individueller Rechte durch eine Beschränkung der Staatsgewalt[8]. – Gerade in Großbritannien, das sich keine Verfassung in diesem neuen Sinne gibt, war dieser Zusammenhang immer betont worden. Man muß also genau fragen, was denn am Begriff der Verfassung neu ist.

Orientiert man sich fürs Erste an der Wort- und Begriffsgeschichte, so fallen verschiedene Traditionen auf. Im groben Überblick[9] (wir kommen bei Bedarf auf Einzelheiten zurück) kann man einen juristischen und einen politisch-ethischen bzw. naturrechtlichen Sprachgebrauch erkennen, die getrennt tradiert werden. In der Jurisprudenz bezieht sich der Titel *constitutio* auf positivrechtliche Dekrete, die Gesetzeskraft haben, also im Englischen auch als *ordinance* oder *statute* bezeichnet werden können. Im politischen Sprachgebrauch ist *constitutio/constitution* die Verfassung eines Körpers, sei es des Einzelmenschen, sei es des politischen Körpers. Die Konstitution des Körpers, wie wir noch heute sagen, kann dann unter dem Gesichtspunkt gesund/krank beurteilt werden. Das hat offenbar sektiererische Bewegungen, Dissidenten usw. dazu angeregt, die Kirche bzw. den Staat unter Hinblick auf ihre Konstitution anzugreifen. Die religiösen und politischen Turbulenzen im England des 17. Jahrhunderts haben diesen Sprachgebrauch normalisiert, ohne daß er dadurch eine juristisch brauchbare Form erhalten hätte. So wird die politische Ordnung Englands und, *seit der Union*, des Vereinigten Königreichs auch als *constitution* bezeichnet. Die Bezeichnung deckt aber nur pauschal ab, was als Recht ohnehin gilt.

Wenn die Innovation des Sprachgebrauchs im Verlaufe der amerikanischen und dann der französischen Revolution zur Diskussion steht, kann man zunächst wohl mit Recht vermuten, daß diese beiden Traditionsstränge, der spezifisch juristische und der politische, verschmelzen. Man denkt jetzt bei *constitution* an einen Rechtstext, der zugleich die politische Konstitution eines Staates fixiert. Rechtliche und politische Terminologie werden zusammengezogen, weil es für den Moment um eine neue rechtliche Fixierung der politischen Ordnung geht und man die politische Ordnung als Rechtsordnung sieht. Für Amerika kommt noch hinzu, daß es bis zum Ende

[8] Diese Auffassung wurde vor allem in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts vertreten. Siehe auch noch Giovanni Sartori, Constitutionalism: A Preliminary Discussion, *American Political Science Review* 56 (1962), S. 853–864.

[9] Hierzu hilfreich Gerald Stourzh, Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century, in: Terence Ball/J. G. A. Pocock a. a. O. S. 35–54; ders., *Wege zur Grundrechtsdemokratie* a. a. O. (1989), S. 1 ff.

des 18. Jahrhunderts auf der lokalen Ebene gar keine andere Verwaltung gab als Gerichte, so daß es zwar Sinn machte, *judge* und *jury* zu unterscheiden (was das starke Interesse an *juries* erklärt), aber nicht zwischen Politik und Recht und auch nicht zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit[10]. Politik und Recht erscheinen, mit anderen Worten, als ein System und das Recht als die Form, mit der man auf politische Inkonvenienzen mit Einschluß der Gefahr des Rückfalls in den Naturzustand reagiert. Entsprechend genügt es bis zur amerikanischen Unabhängigkeitserklärung, und die kommt gewissermaßen überraschend, den Begriff „constitution" in der üblichen Unbestimmtheit zu belassen und nur die Mißstände in England scharf zu beleuchten[11]. Was „constitution" meint, wird im Spiegel ihrer Korruption bestimmt. Bei dieser Sichtweise hofft man auf den Gesetzgeber und kommt nicht auf die Idee, zwischen einfacher Gesetzgebung und Verfassungsänderung zu unterscheiden. Vom Gesetzgeber (der aber selbst korrumpiert ist) wird ein ständiger Kampf gegen die Korruption der Verfassung erwartet. Und deshalb: „Is not every public law an innovation in our constitution?"[12]

Daß sich dafür der Begriff *constitution* einbürgert, mag neu sein. An sich hat aber die Vorstellung, daß die politische Gesellschaft in Rechtsform gegeben bzw. durch Vertrag (*covenant, compact*) begründet worden sei, ebenso wie die Identifikation von *lex* und *imperium* eine lange Tradition. Es mag sich also nur um eine sprachliche Auffrischung handeln – die sich nicht zuletzt deshalb empfiehlt, weil es damit möglich wird, bestimmte Akte als „unconstitutional" zu bezeichnen. Das sagt aber noch nicht viel, wenn man die Differenz zwischen alter und neuer Verfassungssemantik genau lokalisieren möchte.

Erst recht wird es schwierig, wenn man wissen möchte, was denn die gesellschaftlichen Veränderungen sind, die einen neuen Sinnbedarf erzeugt haben und erklären können, weshalb und wie sich die geläufigen Vorstellungen über *constitution, fundamental law* etc. wandeln. Dieser Frage wollen wir im folgenden nachgehen. Meine

[10] Siehe Hendrik Hartog, The Public Law of a Country Court: Judicial Government in Eighteenth Century Massachusetts, *American Journal of Legal History* 20 (1976), S. 282–329; William E. Nelson, The Eighteenth-Century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence, *Michigan Law Review* 76 (1978), S. 893–960.

[11] Typisch, und ich zitiere mit vollem Untertitel, James Burgh, *Political Disquisitions: An Enquiry into Public Errors, Defects, and Abuses Calculated to Draw the Timely Attention of Government and People to a due Consideration of the Necessity, and the Means, of Reforming those Errors, Defects and Abuses; of Restoring the Constitution, and Saving the State*, 3 Bände, London 1774–1775, Nachdruck New York 1971.

[12] Aus einer Rede von Lord Sandys, zitiert bei Burgh a. a. O. Bd. 3, S. 303.

These wird sein, daß der Begriff der Verfassung entgegen dem ersten Anschein auf eine Differenzierung von Recht und Politik reagiert, ja stärker noch: auf vollständige Trennung dieser beiden Funktionssysteme *und auf den damit gegebenen Verknüpfungsbedarf.*

Diese These steht in offensichtlichem Widerspruch zu den Phänomenen, wie sie sich dem ersten Augenschein darbieten. Um Einwendungen vorzubeugen, soll daher dies zunächst einmal zugestanden werden. Die neue Begrifflichkeit, auch darüber besteht Einverständnis, formiert sich sowohl in den Vereinigten Staaten in den 70er Jahren des 18. Jahrhunderts[13] als auch in Frankreich 1789 aus Anlaß einer politischen Revolution. Das bestimmt den Ton der Gesänge. In Amerika wird die Revolution rechtlich begründet mit der noch mittelalterlichen Idee, daß ein Souverän – hier das Londoner Parlament – sich nicht Rechtsbrüche leisten dürfe. Unter der allgemeinen Formel der Souveränität wird der Bezugspunkt des Widerstandes, der Fürst, durch das jetzt souveräne Parlament ersetzt. Genau damit gerät man aber in Schwierigkeiten, wenn man fortfährt, das Parlament als Volksvertretung zu denken. Die Theorie der Repräsentation muß neue Formen annehmen. Man muß zwischen dem Volk als Kollektivkörper und dem Volk als Repräsentativkörper unterscheiden. Diese Konsequenz der Verschiebung des Sitzes der Souveränität war in England bereits im frühen 18. Jahrhundert gezogen worden[14]. Anläßlich der Formulierung eines Verfassungstextes für die Vereinigten Staaten von Amerika kommt jedoch das Problem hinzu, ob und wie ein Rechtstext dieses Problem aufnehmen, verfassen und jeder Gewaltsamkeit entkleiden könne. Es gilt, das soeben praktizierte Widerstandsrecht des Volkes gegen das Parlament in eine Rechtsordnung zu transformieren, die genau dies für künftige Fälle ausschließt. Parallel zu der neuen Vorstellung unbeschränkter *Souveränität*[15] werden individuelle Rechte aufgewertet[16] und über Gewaltenteilung abgesichert. Das eine ergibt sich aus dem anderen – ein Indikator dafür, daß man Politik und Recht nicht mehr identifizieren kann, aber den Unterschied noch in eine einheitliche Hierarchie hineinzukonstruieren versucht.

[13] Vgl. repräsentativ: Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776–1787*, Chapel Hill N. C. 1969, S. 259 ff.

[14] Siehe Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie* a. a. O. (1989), S. 37 ff.

[15] Zur zeitgleichen englischen Theorie siehe William Blackstone, *Commentaries of the Laws of England* I, ch. 2 (1765), zit. nach dem Nachdruck Chicago 1979, S. 142 ff.

[16] Speziell hierzu Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge Mass. 1967, S. 184 ff. mit Betonung der eigentümlichen Rückkehr zur naturrechtlichen Vorstellung von vorpositiven, „unverletzlichen" individuellen Rechten, die vom Gesetzgeber nur anerkannt, aber nicht begründet werden können – und natürlich: anerkannt werden sollen.

Auch in Frankreich läßt sich der für eine Verfassungsgebung notwendige Rechtsbruch nur politisch durchführen, und auch das prädisponiert zur Einheitssicht. Die radikalsten Versuche, Rechtssystem und politisches System kongruent zu setzen, findet man in der (nach beiden Seiten hin wirkungslosen) analytischen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts, besonders im Anschluß an Bentham bei John Austin[17]. Die gemeinsame Achse, die es dann nicht mehr erlaubt, die Systeme zu unterscheiden, besteht in der Beziehung von souveränem (und daher letztlich willkürlichem) „command" und dem „habit of obedience" der regierten Bevölkerung[18]. Wie sich rasch zeigt, war es jedoch nicht möglich, unter dieser Voraussetzung die Eigenkomplexität von Recht und Politik theoretisch zu rekonstruieren (Die commands können unabhängig voneinander erfolgen). Auch hier erweist sich letztlich Differenz als der fruchtbarere Ausgangspunkt und nicht Einheit.

Was man unter dieser Voraussetzung einer als rechtmäßiger Rechtsbruch getarnten Revolution des politischen Systems als Neuerung zu sehen bekommt, reicht nicht sehr tief. Frankreich übernimmt 1789 den englischen Begriff des „constitution" mit all seinen Unschärfen und diskutiert auf dieser Folie dann nur noch das Ausmaß der notwendig gewordenen Umverteilung der Gewichte. In Amerika wurde, im Kontrast zur Rechtslage in England, *die Einheit eines schriftlich abgefaßten Verfassungstextes* betont[19]. Das erforderte eine begriffliche Präzisierung, die gegen den englischen Sprachgebrauch eine Unterscheidung von Verfassung und sonstigem Recht einführte. Wie so oft, verhilft aber eine Unterscheidung auch hier dazu, das, was unterschieden wird, im Unklaren zu lassen. Die Verfassung ist eben *dieser* Text, und kein anderer. Bemerkenswert ferner, daß der *Anlaß* der politischen Revolution[20] zur Forderung nach einer rechtlichen Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten aller Staatsorgane, also zur Brechung der Omnipotenz auch des Parlaments führt. Das wiederum löst einen weiteren Effekt aus, es zwingt zu der Folge-

[17] Siehe *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), zit. nach der Ausgabe von H. L. A. Hart, London 1954.

[18] Alan Watson, Natural Law and English Legal Positivism, in ders., *Failures of Legal Imagination*, Philadelphia 1988, S. 107–131, beklagt hier einen Mangel an juristischem Vorstellungsvermögen und führt dies, wie in anderen Fällen auch, auf rechtsdogmatische Traditionsprägung zurück, in diesem Falle auf entsprechende naturrechtliche Theorien von Suárez und Pufendorf (und vielen anderen), also auf vorkonstitutionelles Gedankengut. Zu beachten ist jedoch, daß diese Tradition sich nur auf *„lex"* bezogen hatte, nicht auf *„ius"*.

[19] Vgl. Wood a. a. O. S. 260.

[20] und nicht die bloße Tatsache der Unabhängigkeit, wie Jefferson zu Recht bemerkt. Siehe Thomas Jefferson, *Notes on the State of Virginia* (1787), zit. nach der Ausgabe von William Peden, Neudruck New York 1982, S. 110 ff.

rung, daß dann *die Verfassung allem anderen Recht vorgeordnet* sein müsse. Dieser Gedanke scheint erst nach der Unabhängigkeitserklärung von 1776 aufgekommen zu sein[21]. Man muß ihn daher als eine politisch ausgelöste Innovation im Rechtssystem selbst verstehen: denn vorher gab es zwar die Vorstellung besonders wichtiger, fundamentaler Gesetze, nicht aber die Vorstellung, daß es *ein* Gesetz gebe, das als Maß für die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit *aller anderen Gesetze* und sonstiger Rechtsakte diene. Diese Sonderstellung kommt unter anderem darin zum Ausdruck, daß die Verfassung sich selbst zu anderem Recht in Beziehung setzt und eine Kollisionsregel für den Fall eines Widerspruchs zwischen sich selbst und anderem Recht enthält[22]. Sie spricht sich selbst den Vorrang zu und durchbricht damit die

[21] Als eine der frühesten Quellen gilt ein Schreiben von James Iredell „Instructions to Chowan County Representatives ..." vom September 1783. Siehe Don Higginbotham (Hrsg.), *The Papers of James Iredell*, Raleigh 1976, Bd. II, S. 449 „.... in a Republic where the Law is superior to any or all the Individuals, and the Constitution superior even to the Legislature, and of which the Judges are the guardians and protectors". Vgl. auch die Einleitung des Herausgebers Bd. I, S. XC. Bereits ein Jahr früher (Nov. 1782) war jedoch die erste Entscheidung ergangen, die den Akt eines Gesetzgebers für verfassungswidrig und daher ungültig erklärt hatte, nämlich Commonwealth v. Caton, 8 Virginia (4 Call), S. 5. Dagegen argumentiert Jefferson noch 1787, und entlarvt so die Fiktionalität eines verfassungsgebenden Auftrags des Volkes, daß das Volk aus Anlaß der Unabhängigkeit zwar eine souveräne Regierung benötigt habe, aber keineswegs einen so weitreichenden Auftrag zur Einführung eines neuen Begriffs von „constitution" gegeben habe, der die Regel, daß neues Recht altes Recht im Falle eines Widerspruchs außer Kraft setze, seinerseits für die Verfassung außer Kraft setze. Man sei vielmehr von der alten (römischrechtlichen!) Begrifflichkeit ausgegangen, die *constitution* mit *statute, ordinance, law* usw. gleichsetze. „The term *constitution* has many other significants in physics and in politics; but in Jurisprudence, whenever it is applied to any act of the legislature, it invariably means a statute, law, or ordinance, which is the present case". Siehe mit Bezug auf die Verfassung von Virginia von 1776 Jefferson, *Notes on the State of Virginia* (1787), a. a. O. S. 123.

[22] Vgl. Alexander Hamilton, *Federalist* No. 78, zit. nach der Ausgabe Middletown Con. 1961, S. 521-524 (525 f.). Ob und wie weit dieser Text den Vorstellungen der Verfasser des Verfassungstextes entspricht, läßt sich trotz eines erheblichen Forschungsaufwands nicht entscheiden. Dazu Leonhard W. Levy, *Judgements: Essay on American Constitutional History*, Chicago 1972, S. 24 ff. Sie war zu neuartig. Endgültig ist in den Vereinigten Staaten diese Kollisionsregel und damit das *judicial review* bei einem ersten geeigneten Anlaß durch die Entscheidung Marbury v. Madison, 1 Cranch (1803), S. 137-180 (siehe insb. S. 176 ff.) des Supreme Court in das geltende Recht eingefügt worden. Damals wurde der Sinn einer geschriebenen Verfassung als „paramount law" bereits als gegeben vorausgesetzt. „The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written". Technisch läuft das Argument dann so, daß jede andere Meinung dem Gesetzgeber die Möglichkeit geben würde, die Verfassung durch einfaches Gesetz zu ändern. Im übrigen ist im Zusammenhang der folgenden Ausführungen bemerkenswert, daß die Analyse dieses Falles durch die Unterscheidung von *civil servants* als *political agents* und als *officers of the law* eingeleitet wird (a. a. O. S. 166). In der einzelstaatlichen Rechtsprechung findet sich die Kollisionsregel zugunsten der Verfassung bereits früher. So wird in Cases of the Judges of the Court of Appeals 8 Virginia (4 Call), S. 135 ff. vom Mai 1788 ausdrücklich argumentiert, „that the constitution and the act in opposition cannot exist together; and that the former must control the opposition of the latter". Und schon während der Revolution war es in Einzelfällen dazu gekommen, daß Richter, gleichsam in Ausübung des Widerstandsrechtes des Volkes, ein als verfassungswidrig angesehenes Gesetz, den berüchtigten „Stamp Act", nicht angewandt hatten. Hinweise bei Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie* a. a. O. (1989), S. 53 f.

sonst geltende Regel, daß neues Recht altem Recht vorgeht. Diese „autologische", sich selbst in den eigenen Regelungsbereich einschließende Struktur macht deutlich, daß die Verfassung dazu bestimmt ist, altes Recht zu werden. Um so drängender dann, wir kommen darauf zurück, die Interpretationsprobleme.

Man muß sich die Kühnheit dieses Prinzips vor Augen halten: alle anderen Gesetze können nun auf Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit hin beobachtet und beurteilt werden![23] Jedes Gesetz, mit der dann doch wohl problematischen Ausnahme der Verfassung selbst, ist möglicherweise rechtswidrig. Das ganze Recht wird in den Zustand der Fragwürdigkeit, der Kontingenz versetzt. Und dies nicht nur insofern, als der Gesetzgeber es machen und gegebenenfalls ändern kann (was ja auch für die Verfassung selbst gilt), sondern deshalb, weil es möglicherweise Unrecht ist. Der Code Recht/Unrecht wird dem gesamten Recht übergeordnet mit der einzigen Ausnahme des Verfassungsgesetzes selbst. Wie aber kann diese Ausnahmeposition verdient sein?

Der politische Eifer der gewagten Revolution hat diese mehr systematischen Fragen nicht aufkommen lassen. Auch die Vorstellung, die Verfassung sei ein Einheitsreglement für Politik und Recht, und darauf kam es ja politisch an, blockiert den Blick auf das strukturelle Wagnis der Innovation. Wie so oft bei evolutionären Entwicklungen gibt es begünstigende Anlässe, die über den Moment hinaustragen und Strukturänderungen ermöglichen, die in ihrer Tragweite nicht überblickt werden

[23] Zu sehr ähnlichen Vorstellungen kommt in England Bischof Paley. Er schränkt den Begriff *constitution* ebenfalls auf eine besondere Textsorte ein (die freilich nicht in einem Dokument zusammengefaßt und einheitlich redigiert sein muß), nämlich auf alle Regeln, die sich auf Gesetzgebung beziehen („as relate(s) to the designation and form of the legislature"). Auch dies führt dann zu einer binären Codierung des Gesamtsystems unter der Ägide der Omnipotenz des Parlaments. „Therefore the terms *constitutional* and *unconstitutional* mean legal and illegal". Siehe William Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1785), zit. nach *The Works*, London - Edinburgh 1897, S. 114. Die Konsequenz ist allerdings eine thematisch zu starke Einschränkung des Begriffs der Verfassung. Der Text ist im übrigen voller Zirkularitäten, die schließlich über die Unterscheidung eines *proper sense* und eines *lower sense* aufgelöst werden. Im ersten Sinne kann das Parlament nicht unkonstitutionell handeln („An act of parliament in England can never be unconstitutional"); im zweiten Sinne dann aber doch, wenn das gesetzte Recht gegen den Geist des Rechts oder gegen andere Gesetze verstößt. Es fehlt eine klare Kollisionsregel, die die Verfassung gegen andere Gesetze differenziert.

können. Die historischen Bedingungen der Variation und Selektion eines neuen Wort- und Begriffsinnes, die gerade in der neueren Forschung stark betont werden[24], sind nicht schon die Bedingungen der Restabilisierung des neuen Sinnes in einem weiteren semantischen und strukturellen Kontext, der Wiederverwendbarkeit in unabschbaren Situationen garantiert. Insofern hat man aus guten Gründen von „blinder" Evolution gesprochen. Ihr Resultat kann aus den sie begünstigenden Bedingungen nicht abgeleitet und gerade wegen dieser Bedingungen nicht vorausgesehen werden. Die historische Situation vergeht, die Errungenschaft bleibt, wenn sie sich bewährt. Aber das hängt von sehr viel tiefer reichenden Strukturproblemen der modernen Gesellschaft ab. Wir kommen diesen Problemen auf die Spur, wenn wir den Verfassungsbedarf des Rechtssystems und des politischen Systems zunächst einmal getrennt analysieren.

II.

Daß es Verfassungen geben muß, wird in der juristischen Interpretation begründet mit der Notwendigkeit, die Geltung des Rechts zu begründen. Das führt aber nur auf weitere Fragen nach der Begründung der Geltung des Verfassungsrechts. Darauf antworten dann nur noch feierliche Erklärungen. Wir stellen deshalb die Frage der Begründung zunächst zurück und ersetzen sie, wie angekündigt, durch eine systemtheoretische Analyse.

In allen selbstreferentiellen Systemen gibt es (1) eine fundamentale Zirkularität und (2) die Unmöglichkeit, die Einheit des Systems operativ in das System wiedereinzuführen. Die fundamentale Zirkularität erscheint, wenn man sie zu beschreiben versucht, als Tautologie und, wenn man Negationen zuläßt, als Paradoxie. Wer zwischen System und Umwelt unterscheidet – ob nun im System oder in der Umwelt – muß zunächst einmal diese Unterscheidung machen, muß sie operativ benutzen und kann dann als Unterscheider in der Unterscheidung nicht wiedervorkommen. Er handelt zugleich als Odysseus und als unsichtbare Athene. Die Realbedingungen des Unterscheidenkönnens (in unserem Themenbereich: die Faktizität gesellschaftlicher Kommunikation) lassen sich weder auf der einen noch auf der anderen Seite der Unterscheidung abbilden. Die logische Unmöglichkeit, die Einheit des Systems irgendwo, sei es im System, sei es in der Umwelt, nochmals wiedervorkommen zu

[24] Vgl. insb. Terence Ball/J. G. A. Pocock (Hrsg.), a. a. O. (1988) und Terence Ball/James Farr/Russell L. Hanson (Hrsg.), a. a. O. (1989).

lassen, erscheint als Unangemessenheit aller Selbstbeschreibungen[25]. Wenn das Rechtssystem als Folge einer langen soziokulturellen Evolution sich als selbstreferentiell geschlossenes System ausdifferenziert und, sei es extern, sei es intern, nur so angemessen beschrieben werden kann, muß man mit diesen beiden Problemen der Tautologie und der Paradoxie rechnen.

Das Rechtssystem selbst leistet zunächst einmal nur die Ersetzung der Orientierung an der eigenen Einheit (Recht ist Recht) durch die Orientierung am binären, positiv/ negativ Code des Systems, an der für alle Operationen verbindlichen Unterscheidung von Recht und Unrecht[26]. Die Frage der „Geltung" des Codes, er ist ja keine Norm, und erst recht die Frage nach dem Grund der Geltung des Code tritt dabei gar nicht auf. Das Rechtssystem tut, was es tut, nämlich im laufenden Operieren zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden. Die Referenz auf diesen Code ordnet eine Kommunikation diesem System zu. Würde ein anderer Code verwendet werden, wäre dagegen nichts zu sagen, aber es würde sich dann eben nicht um eine rechtssysteminterne Operation handeln. Das Rechtssystem „sanktioniert" sich, wenn man so sagen darf, auf dieser Ebene durch Einschließung und Ausschließung im faktischen Vollzug seiner Operationen. Nur darf keine Selbstbeschreibung zugelassen werden, die die Frage aufwirft, ob der Code selbst Recht oder Unrecht ist. Das darin liegende Paradox muß unsichtbar bleiben. Aber damit werden die Fragen nur abgeschnitten, die dennoch hin und wieder gestellt werden können und insbesondere bei radikalen Veränderungen des Gesellschaftssystems an die Oberfläche drängen[27]. Die Idee der Verfassung ist ein darauf antwortendes Entparadoxierungskonzept.

Man kann die Bedingung, auf die damit reagiert wird, aus der Sicht des Rechtssystems auch als Positivierung des Rechts bezeichnen. Positivität heißt ja nichts anderes als: daß das Recht nur durch das Recht selbst und nicht ab extra durch Natur oder politischen Willen erzeugt werden kann. Positivität ist, mit anderen Worten, nichts

[25] Vor dem Hintergrund des Gödel-Theorems und mit Yves Barel, *Le paradoxe et le système: essai sur le fantastique social*, 2. Aufl. Grenoble 1989, S. 285 ff. könnte man auch von der Unvollständigkeit aller Selbstreferenz sprechen.

[26] Mit einem Begriff von George Spencer Brown, *Laws of Form*, zit. nach dem Neudruck New York 1979, kann man diese Reformulierung der Einheit durch die Einheit einer Unterscheidung auch als „Form" bezeichnen. Der Begriff meint die Markierung einer Grenze, die zwei Seiten trennt, und damit jeden Rückgriff auf ihre eigene Einheit ausschließt bzw. anderen Unterscheidungen überlassen muß. In diesem Sinne ist der Code Recht/Unrecht die Form des Rechts.

[27] Zu hier anschließenden Möglichkeiten historischer Forschungen vgl. Niklas Luhmann, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, *Journal of Law and Society* 15 (1988), S. 153–165.

anderes als ein altsprachlicher Ausdruck für die operative Selbstbestimmtheit des Rechts[28] und gerade nicht, wie oft behauptet, die Begründung der Geltung des Rechts durch einen Akt politischer Willkür. Man muß, anders gesagt, das Recht und nicht die Politik beobachten, wenn man wissen will, was als Recht gilt. Auch mit dieser Maßgabe impliziert aber Positivität des Rechts das logische Zwillingsproblem der operativen Zirkularität („Autopoiesis") und der Inadäquität (also auch: Pluralität) aller Selbstbeschreibungen des Rechtssystems.

Das Rechtssystem ist durch die eigene gesellschaftliche Ausdifferenzierung so sehr überrascht worden, daß es die damit gegebene Positivität zunächst nicht (und unter Rechtsphilosophen selbst heute noch nicht) begreifen konnte. Es verlangte nach wie vor nach einer superregulativen Instanz, und es ist von zweitrangiger Bedeutung, ob diese nun Politik, Staat, *authority*, Volk oder Natur genannt wurde. Tatsächlich kommt jedoch in der Positivierung allen Rechts die Unabhängigkeit und Selbstbestimmtheit des Systems zum Ausdruck. Tatsächlich dirigiert der damit verbundene Willkürverdacht den Beobachter nur in Richtung Rechtssystem, und hier geht es nun wirklich alles andere als beliebig zu. Vor allem heißt dies, daß alle Unveränderbarkeit, Verletzlichkeit, Höchstwertigkeit etc. *im Rechtssystem selbst konstruiert werden muß*[29].

Positivität ist die einzige Möglichkeit (und nichts anderes als ein Begriff für die Möglichkeit), die Einheit des Rechts auf sich selbst zu gründen. Das war historisch nicht sogleich klar, man kann es aber an den Argumenten ablesen, mit denen die Einheit des Rechts im 16./17. Jahrhundert durchgesetzt wurde. So wurde in den Reformbemühungen dieser Zeit die grundherrliche und die klerikale Gerichtsbarkeit, die man vorfand, als „Mißbrauch" bezeichnet – also von dem Zustand her charakterisiert, der als Einheit des Rechts erst geschaffen werden sollte[30]. Der Übergang zur Positivierung des Rechts bewertet sich selbst als Recht – wenngleich zunächst noch unter dem Schutz von Natur- und Vernunftrecht. Erst geraume Zeit danach – die Gesetzgebungspositivierung folgt der Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeit und wäre ohne sie nicht sinnvoll gewesen – wird diese Referenz auf Unverfügbarkeiten durch das Verfassungsgesetz ersetzt. Insofern ist es, vom Rechtssystem her gesehen,

[28] Vgl. Niklas Luhmann, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts, *Rechtstheorie* 19 (1988), S. 11-27.

[29] Wir kommen weiter unten darauf zurück, daß dies am Thema „loix fondamentales" zwar noch nicht bei Bodin, aber alsbald danach erkennbar wurde.

[30] Siehe (übrigens mit guten Argumenten auch in der Sache) C. L. P. (Charles Loyseau, Parisien), *Discours de l'abus des iustices de village*, Paris 1603.

berechtigt, die Neuheit des revolutionär geschaffenen Verfassungsbegriffs in der Positivität[31] eines Gesetzes zu sehen, das alles Recht und sogar Gesetzgebung und Regierung fundiert[32]. Folglich ist die Verfassung diejenige Form, mit der das Rechtssystem auf die eigene Autonomie reagiert. Die Verfassung muß, mit anderen Worten, Außenanlehnungen, wie sie das Naturrecht postuliert hatte, ersetzen. Sie ersetzt sowohl das Naturrecht im älteren kosmologischen Verständnis als auch das Vernunftrecht mit seinem transzendentaltheoretischen Konzentrat der Selbstreferenz in der sich selbst beurteilenden Vernunft. An die Stelle tritt ein teilweise autologischer Text. Das heißt: die Verfassung schließt das Rechtssystem, indem sie es als einen Bereich regelt, in dem sie selbst wiedervorkommt. Sie konstituiert das Rechtssystem als geschlossenes System durch Wiedereintritt in das System. Das geschieht in der bereits erörterten Weise durch Kollisionsregeln, die den Vorrang der Verfassung sichern; ferner durch Vorschriften über die Änderbarkeit/Nichtänderbarkeit der Verfassung; außerdem durch Vorsorge für die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des Rechts in der Verfassung; und nicht zuletzt: durch feierliche Anrufung der verfassungsgebenden Instanz und ihren aus sich selbst heraus verbindlichen Willen[33]. Die Verfassung sagt ich zu sich selbst.

Die Geltung der Verfassung kann jetzt nicht mehr, muß aber auch nicht mehr ab extra begründet werden. Auch die wissenschaftsanalog modellierte hypothetische Geltung einer Grundnorm (Kelsen) befriedigt kaum. Sie ist in jedem Falle ein unnötiges Konstrukt. Man kann einsehen, daß es wenig Sinn macht, die Frage nach dem Anfang oder dem Geltungsgrund, der *arché* oder dem *principium* immer neu aufzulegen. Gibt man diese Problemstellung auf, öffnet dies keineswegs der Beliebigkeit oder, wie man in Deutschland leicht befürchtet, einer Rückkehr der Nationalsozialisten Tor und Tür. Man gewinnt vielmehr die Möglichkeit, genauer zu analysieren,

[31] Von einer „Positivierung des Naturrechts" spricht auch Gerald Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie* a. a. O. (1989), S. 56 Anm. 60.

[32] So Dieter Grimm a. a. O. (1987 und 1989). Wir beschränken diese Feststellung allerdings auf das Rechtssystem. Denn es ist doch wohl undenkbar, daß es ohne eine verfassungsmäßige Herrschaftsbegründung keine politische Herrschaft mehr gegeben hätte, sondern man (was die Protagonisten der Verfassungsgesetzgebung freilich befürchteten) in den Naturzustand zurückgekehrt wäre.

[33] Auf die historischen Schwierigkeiten dieser Innovation einer autologischen Konstitution und des Ausfindigmachens ihrer zum Teil sehr spezifischen Implikationen wie *judicial review* oder Kollisionsregel waren wir bereits eingegangen. Hier sei nur nochmals darauf hingewiesen. Dies erklärt im übrigen „logische" Unzulänglichkeiten des Textes sowie die Tatsache, daß wichtige Argumente erst in der amerikanischen Gerichtspraxis ausgearbeitet werden.

welchen Erfordernissen ein partiell autologischer Text in einem selbstreferentiellen, operativ geschlossenen System zu genügen hat.

Entscheidend dafür ist, daß die Einführung einer Asymmetrie im Verhältnis von zwei verschiedenen Textsorten, der Verfassung und dem übrigen Recht, verbunden wird mit einem Abschneiden des infiniten Regresses in der Begründungsfrage. Das Recht ist dann die Einheit der Differenz von zwei Textsorten: Verfassungsrecht und anderes Recht. Sie kann nur als ein „und" bezeichnet werden, nur durch die Aufzählung angerufen werden, aber sie läßt sich durch eine Kollisionsregel in Operationen umsetzen. Außerdem findet man einen Ersatzausdruck im Lob der Verfassung. Sie gilt als „paramount law". Sie schneidet den infiniten Begründungsregreß ab – jedenfalls für das Rechtssystem selbst. Sie transformiert die schon mögliche Einsicht, daß alles Recht rechtmäßig oder rechtswidrig sein könnte, in die Einsicht, daß alles Recht entweder der Verfassung entspricht oder gegen sie verstößt. Der Ausdruck „unconstitutional" kommt erst im 18. Jahrhundert vor[34], breitet sich dann aber in den 60er und 70er Jahren des 18. Jahrhunderts rasch aus[35]. Die Ausdrucksweise ermöglicht eine quasilegale Ablehnung von Entscheidungen des „souveränen" Londoner Gesetzgebers. Kein anderer Ausdruck der Tradition für denselben Sachverhalt, weder *compact*, noch *covenant*, noch *fundamental law*, noch *instrument*, hätte sich in dieser Weise für eine Kopplung mit dem Präfix „un" geeignet, und mehr als alles andere scheint das die Karriere des Begriffs „constitution" ausgelöst zu haben.

[34] *The Oxford English Dictionary*, 2. Aufl. Oxford 1989, Bd. 18, S. 925 s.v. *unconstitutional* gibt einen frühen Beleg aus dem Jahre 1734. Bereits Henry, Viscount Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties* (1735), zit. nach *Works* Bd. II, Philadelphia 1841, Nachdruck Farnborough Hants, England 1969 spricht von „unconstitutional expedients" (S. 11), hier aber ganz klar noch nicht bezogen auf die Unterscheidung von Verfassungsrecht und sonstigem Recht, sondern bezogen auf die Unterscheidung von constitution und government (siehe insb. S. 88 ff.). Insofern lassen sich dann auch rechtliche Beurteilung und politische Beurteilung nicht deutlich trennen.

[35] Siehe dazu Gerald Stourzh, Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century, in: Ball/Pocock a. a. O. (1988), S. 35–54 (45 f.); ders., *Wege in die Grundrechtsdemokratie* a. a. O. (1989), S. 50 ff. Der Bedarf für das Wort „unconstitutional" hat offensichtlich seinen Ursprung darin, daß die Amerikaner ihren Widerstand gerade unter Berufung auf die britische Verfassung zu begründen versuchten und sich dabei für verfassungstreuer hielten, als in ihrer Sicht die Engländer selbst es waren. Vgl. dazu Gordon S. Wood a. a. O., S. 10 ff. Nach der Unabhängigkeitserklärung wird es sehr bald aber auch auf die neuen eigenen Verfassungen angewandt, zum Beispiel in Commonwealth v. Caton, 8 Virginia (4 Call), S. 5 ff. (Nov. 1782) auf die Verfassung von Virginia und in Bayard v. Singleton, 1 North Carolina (1 Martin) S. 5 ff. vom November 1787 auf die Verfassung von North Carolina. Typische Ausdrücke sind: *violating the constitution, contrary to the constitution, unconstitutional and void.*

Ein zunächst rein linguistisches Phänomen also: Man sagt aus konkretem Anlaß „unconstitutional" und überlegt erst dann, was, wenn das möglich ist, denn ein *constitution* sei. Der bereits geläufige positive/negative Sprachgebrauch zieht mithin die Forderung nach sich, genauer anzugeben, was unter „constitution" zu verstehen sei, so daß mit Berufung darauf festgestellt werden könne, welches Recht „constitutional" (also Recht) und welches Recht unconstitutional (also Unrecht) sei.

Die Antwort darauf gibt ein *schriftlich abzufassender Text* mit all den Zusatzinnovationen, die dessen Ausarbeitung auslöst – zum Beispiel der These von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes mitsamt den weiteren Vorkehrungen dafür, daß diese nicht jederzeit irgendwie als pure *volonté générale* tätig werden kann. Also kurz gefaßt: Der Code Recht/Unrecht generiert die Verfassung, weil die Verfassung den Code Recht/Unrecht zu generieren hat. Die radikalisierte Differenz etabliert den Text, der dann die Differenz etabliert – unter der Voraussetzung freilich, daß das ganze autologische Manöver invisibilisiert wird[36].

Damit gelangt man freilich nur zu dem Problem, wie denn der exzeptionelle Status der Verfassung selber legitimiert und zugleich gegen tagespolitisch inspirierte Änderungen geschützt werden könne. In der Versammlung, die mit der Ausarbeitung des Textes der amerikanischen Verfassung von 1787 beauftragt war, kam dieses Problem im Bewußtsein einer einmaligen historischen Mission auf, und zwar aus Anlaß einer Diskussion über den Modus der Ratifikation – einzelstaatliche Gesetzgeber oder in irgendeinem repräsentativen Sinne „das Volk". Es wurde anscheinend ziemlich pragmatisch geschen[37] und politisch gelöst durch Erfindung der Form historisch einmalig zusammengerufener verfassungsgebender Versammlungen (Conventions)[38]. Daß die Idee der letztinstanzlichen, verfassungsgebenden Gewalt des Volkes durch Rousseau und durch die volksdemokratischen Einrichtungen der towns New Englands vorbereitet war, soll damit nicht bestritten sein[39], aber die Modalitä-

[36] Die Invisibilisierung benutzt die Unterscheidung selbst, durchweg in einem hierarchischen Verständnis von Überordnung und Unterordnung oder Prinzip und einfachem Gesetz oder die Unterscheidung von Verfassung und Staatsformbestimmung als einem ihrer Themen, vor allem aber natürlich situative Plausibilitäten, die später dann durch die „Große Tradition" ersetzt werden können.

[37] Der Delegierte Elsworth, heißt es in den Protokollen, zitiert nach Max Farrand (Hrsg.), *The Records of the Federal Convention of 1787*, rev. edition, New Haven 1966, 4 Bde. Bd. 2., S. 92, „preferred a reference to the authority of the people expressly delegated to Conventions, as the most certain means of obviating all disputes and doubts concerning the legitimacy of the new Constitution".

[38] Zu dieser Innovation vgl. auch Wood a. a. O. S. 306 ff.

[39] In der vorrevolutionären Phase stellt der Begriff der letztinstanzlichen Funktion des Volkes aber noch keine spezifischen Ansprüche an den Begriff der Verfassung und an die technisch-organisato-

ten der Realisation fanden sich in einer politischen Abwägung möglicher Rechtsformen. Unter einer solchen Dachformel legitimiert, bot die in Geltung gesetzte Verfassung dann die Möglichkeit, den politischen Einfluß auf das Recht als laufende Praxis des Aushandelns von Gesetzgebungsvorhaben zu normalisieren und ihn zugleich auf diese Form zu beschränken. Einmal für allemal und dann laufend wird das Recht durch Bezug auf Politik asymmetrisiert.

Aber das geschieht *in einem Rechtstext*. Die Verfassung selbst muß den Zirkel der Selbstreferenz unterbrechen, sie muß Symmetrie in Asymmetrie überführen. Sie erreicht das vor allem dadurch, daß sie die Rechtserzeugung regelt unter Einschluß der Verfassungsänderung selbst. Sie konstituiert damit eine Hierarchie von (rechtssystemintern ermöglichten) Rechtsquellen. Sie unterscheidet zum Beispiel Verfassungsrecht (sich selbst) und anderes Recht. Sie regelt und beschränkt damit Möglichkeiten der Delegation. Im gleichen Zuge (wenngleich mit anderen Artikeln) ordnet sie die Selbstbeschreibung des Rechtssystems oder gibt ihr zumindest Anhaltspunkte. Sie benennt zum Beispiel Werte, denen das Recht zu dienen hat. Auch dies wird in eine (logisch unbegründbare) asymmetrische Form gebracht. Erst gilt der Wert, so scheint es, und dann das Instrumentarium seiner Realisation.

Der Schritt von Symmetrie zu Asymmetrie und von Tautologie und Paradoxie zu operativ besser anschlußfähigen Strukturen kann nicht der Begründung dienen. Er vollzieht das Unterscheiden (Asymmetrieren, Externalisieren) in einer Weise, die in der Unterscheidung nicht wiedervorkommen kann[40]. Er ist ein metalogisches Erfordernis der Autopoiesis des Systems, der operativen Anschlußfähigkeit unter evolutionär unwahrscheinlichen, hochkomplexen Systembedingungen. Noch befangen in traditionelle Begründungserwartungen spricht man auch von verfassungsgebender „Gewalt" (im Sinne von „potestas"), die heutigen Franzosen sagen sogar „violence"[41].

rische Realisierung. Er dient nur als Argument. Vgl. z. B. Burgh a. a. O. 1774/1971 Bd. 1, S. 3 f.: „All lawful authority, legislative and executive, originates from the *people*". Und: „happy is that people who have originally so principled their constitution, that they themselves can without violence to it, lay hold of its power, wield it as they please, and turn it, when necessary, against those to whom it was entrusted, and who have exorted it to the prejudice of its original proprietors". Auf diese Weise wird die gegenwärtige Korruption der britischen Verfassung beschrieben. Und erst wenn man zur Realisierung des Arguments, zur Realisierung des Volkswillens übergeht, stellt sich die Frage des wie und des was.

[40] In diesem Sinne hatten wir oben (S. 184 f.) von Unvollständigkeit bzw. Unangemessenheit aller Selbstbeschreibungen gesprochen.

[41] Was verständlich ist, wenn man den religionstheoretischen Hintergrund eines René Girard mit im Blick hat. Vgl. insb. *La violence et le sacré*, Paris 1972. Beliebt ist vor allem die Anwendung auf die Etablierung der Geldwirtschaft. Vgl. etwa Paul Dumouchel/Jean-Pierre Dupuy, *L'enfer des choses: René Girard et la logique de l'économie*, Paris 1979; Michel Aglietta/André Orléan, *La violence de la monnaie*, 2. Aufl. Paris 1984.

Das wird im Duktus unserer Tradition jedoch leicht mißverstanden als Primat politischen Willens und politischer Durchsetzungsfähigkeit. Die Theorie autopoietischer Systeme ersetzt diese auf Politik bezogenen Referenzen durch eine Analyse der Erfordernisse selbstreferentieller Autopoiesis. Und dann kann man einfach sagen, daß es ohne Verfassung oder funktionale Äquivalente nicht geht.

Vergeblich wird man auf diese Weise nach Letztsicherheiten suchen oder nach Abschlußgedanken, die alle Vernünftigen überzeugen (was ja nur dazu führen würde, der Verfassung oder den Verfassungsjuristen die Aufgabe zuzuschieben, festzustellen, wer denn in diesem rechtsverbindlichen Sinne vernünftig ist). Akzeptabel ist aber die Einsicht, daß alle selbstreferentiellen Systeme die Beobachtung ihrer Beobachtungen und die Beschreibung ihrer Beschreibungen organisieren und auf dieser Ebene zweiter Ordnung sich selbst in den Modus der Kontingenz versetzen. Sie produzieren damit zugleich neue Kontrastebenen, die sie selbst für unantastbar halten, ohne dieses Postulat auf operativer Ebene einlösen zu können. Die Menschenwürde ist „unantastbar" und ist folglich so zu interpretieren, daß Verletzungen nicht als solche deklariert werden müssen. Alles „supertangling creates a new inviolate level"[42], auf den das System sich beziehen kann, wenn es die eigene Autopoiesis bezeichnen will und deren Erfordernisse zu operationalisieren hat. Aber das heißt nichts anderes als: sich als notwendig (oder natürlich) vorzustellen, was einem Beobachter als kontingent (oder artifiziell) erscheint.

Die interpretatorisch angelegte Rechts- und Verfassungstheorie bemüht sich deshalb, Unabdingbarkeiten durch Externalisierung der Referenz plausibel zu machen und auf diese Weise zu begründen, daß das positive Recht nicht über sie verfügen kann. Das gilt für das Neonaturrecht mancher Grundrechtstheorien und ebenso für das neoliberale Insistieren auf Rechten, die dem Individuum vor aller rechtlichen Bestimmung zustehen (vertreten vor allem durch Dworkin, Epstein, Fried, Nozick und andere). Aber die Naturrechtstheoretiker verwenden, anders als im Mittelalter, einen Naturbegriff, den heute sonst niemand mehr verwendet, und bestätigen damit durch semantische Insulation, daß sie trotz allem nichts weiter tun, als Probleme des Rechtssystems zu explizieren. Und das Insistieren auf Rechten, die zur Individualität gehören, kann im Grunde das, was mit Rechten gemeint ist, nicht ohne *strange loops*, nicht ohne implizite Referenz auf die Selbstreferenz des Rechtssystems expli-

[42] Douglas R. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Hassocks, Sussex UK 1979. S. 688.

zieren, denn anderenfalls könnte – wie jedenfalls Thomas Hobbes noch gewußt hat – gar nicht plausibel gemacht werden, wieso das Recht diese Rechte überhaupt zu beachten hat[43].

Begründungsversuche dieser Art meinen zwar, den Gesetzestext transzendieren zu können. Aber sie geraten eben dadurch in die Probleme der selbstreferentiellen Schließung des Rechtssystems. Das beweist einmal mehr, daß die Verfassung die Unzugänglichkeit des Systems für sich selbst in lösbare Zuordnungsprobleme, die unsichtbare Einheit des Systems in Unterscheidungen, die Symmetrie der internen Interdependenzen in Asymmetrien transformiert, aber in dieser Funktion nicht durch Rechtstheorien ersetzt werden kann, die denselben Effekt gleichsam gödelisierend durch Transzendieren der Systemgrenzen erreichen wollen. Ein autopoietisches System ist eben kein allopoietisches System.

Die vielleicht tiefstreichende Neuerung liegt in der Anpassung an einen Umbau der Temporalstrukturen des Gesellschaftssystems, der in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ohnehin vor sich geht; und auch dies ist selbstverständlich nicht Gegenstand eines besonderen Verfassungsartikels. Die neue Einheit von Selbstreferenz und Fremdreferenz in einem metalogischen (imaginären, nicht normierfähigen) Raum, die das System schließt[44], hat zur Folge, daß die Zeitperspektiven sich umstellen. An die Stelle der *Vergangenheit* tritt die *Zukunftsoffenheit* des Rechts. Vergangenheitsoffen – das heißt, daß jedes historische Argument zählt, mit dem man Rechte behaupten oder nachweisen kann, daß bestimmte Rechtsregeln seit unvordenklichen Zeiten gelten[45]. Zukunftsoffenheit heißt dagegen: daß das Recht seine eigene Änderbarkeit vorsieht und rechtlich vor allem durch Verfahrensvorschriften, darüber hinaus aber auch durch Öffnung der Gesetzgebung für politischen Einfluß beschränkt. Alles Recht wird der Prüfung an Hand der Verfassung ausgesetzt, und altes Recht wird durch verfassungsmäßig gesetztes neues Recht rasch obsolet. Die Vergangenheit wird dadurch von der Funktion eines Horizontes für imaginäre Legitimationen entlastet; sie kann der Geschichtsforschung überlassen wer-

[43] Im übrigen sei noch angemerkt, daß die Polemik dieser Gruppe sich weniger gegen den Positivismus als gegen den Utilitarismus als Rechtstheorie wendet und hier mit guten Gründen Bedenken hat, Rechte einfach als Annex des Nutzenkalküls anderer zu- oder abzuerkennen.

[44] Zur Tragweite dieser Einsicht vgl. JAQUES MIELMONT, Les conditions formelles de l'état autonome, *Revue internationale de systémique* 3 (1989), S. 295–314.

[45] Eine Zurückweisung rein historisch begründeter Legitimitätsansprüche findet man bereits bei BOLINGBROKE a. a. O., S. 79 ff. Die Geschichte der Dynastien beruhe auf zu vielen Rechtsbrüchen, als daß man eine Legitimitätskontinuität konstruieren könne.

den[46]. Statt dessen fungiert nun die Zukunft als der imaginäre Raum, in dem die Einheit von Selbstreferenz und Fremdreferenz im Recht laufend erneuert werden muß. Und genau dies wird, ohne daß es Verfassungsthema werden könnte, durch die strukturelle Kopplung von Rechtssystem und politischem System erreicht.

Man muß also unterscheiden: Die Verfassung verwendet Begriffe wie Volk, Wähler, politische Parteien, Staat und verweist damit auf Politik. Das können als Begriffe des Verfassungstextes aber nur Rechtsbegriffe sein, die gegebenenfalls auf einen justiziablen Gehalt zu reduzieren sind. Bei einer externen Beschreibung des Rechtssystems läßt sich derselbe Sachverhalt jedoch anders fassen. Verweisungen auf das politische System etablieren zugleich eine strukturelle Kopplung von Rechtssystem und politischem System, die zu den systeminternen Operationen „orthogonal" steht und in ihnen nicht erfaßt werden kann. Alle rechtsspezifischen Unterscheidungen setzen das System, das mit ihnen operiert, als Operator, als Unterscheider, als gesellschaftlich existierenden autopoietischen Kommunikationszusammenhang voraus. Auf dieser vorausgesetzten Ebene beschreibt der Begriff der strukturellen Kopplung eine gesellschaftlich unerläßliche (wenngleich historisch in verschiedenen Formen gegebene) Bedingung von Differenzierung. Nichts anderes war gemeint, wenn oben gesagt wurde, daß alle Selbstreferenz unvollständig bleibt, weil sie das unterscheidende Referieren nicht in sich aufnehmen kann. Die Verfassung konstituiert und invisibilisiert zugleich die gesellschaftliche Kopplung von Recht und Politik.

III.

Im europäischen Bewußtsein gelten Verfassungen nicht nur als Einrichtungen des Rechtssystems, sondern auch, ja vor allem, als Einrichtungen des politischen Systems. Auch das hat seine Berechtigung. Rechtssystem und politisches System sind und bleiben jedoch verschiedene Systeme. Sie folgen verschiedenen Codes, nämlich dem von Recht/Unrecht auf der einen Seite und dem von Macht/Ohnmacht auf der anderen. Sie dienen verschiedenen Funktionen und projizieren Code und Funktion daher auf verschiedene Welten. Sie sind zwar füreinander zuständig – aber in je verschiedenem Sinne. Ihre jeweilige Selbstreproduktion (Autopoiesis)

[46] Daß das *common law*, wie bekannt, diese Änderung nicht mitvollzieht, darf nicht übersehen werden. Der Änderungsdruck macht sich hier dann freilich auf andere Weise bemerkbar. Das *common law* wird jetzt zum Gegenstand einer nationalen Rechtsideologie und, gegen alle historische und selbst zeitgenössische Evidenz, als unabhängig vom *civil law* dargestellt.

wird daher in ganz verschiedenen Netzwerken vollzogen. Sie können, sobald man nur etwas theoretische Sorgfalt aufwendet, nicht identifiziert werden.

Wenn aber mit der Autopoiesis der Systeme auch alle Strukturen, die dem Anschluß von Operation an Operation dienen, verschieden sind: wie kann dann die Verfassung als eine Einrichtung beider Systeme begriffen werden? Die Verfassungstheorie hat diese Frage bisher nicht (oder nur durch einseitige Zuordnung à la Kelsen) beantworten können. Das hat zu einer eigentümlichen Ambivalenz des Verfassungsbegriffs geführt und überdies dazu beigetragen, daß man es ablehnen mußte, Politik und Recht als getrennte Systeme zu begreifen. Die verschärften Instrumente der Theorie selbstreferentieller Systeme machen dies jedoch unausweichlich (wobei zugleich mitkonzediert wird, daß ein Beobachter es anders sehen kann, wenn ihm andere Unterscheidungen als sinnvoller erscheinen). Was aber wird dann aus dem Begriff und dem Verständnis von Verfassungen?

Bevor wir auf diese Frage zurückkommen, muß zunächst die Funktion der Verfassung im politischen System geklärt werden, und wir werden sehen: sie ist ganz ähnlich wie die im Rechtssystem.

In der klassischen politischen Theorie wird die Erforderlichkeit einer Verfassung mit Blick auf das Problem der Souveränität begründet. Der Begriff der Souveränität – wir überspringen hier die immer noch nachwirkende mittelalterliche Bedeutung, die mit Unabhängigkeit (= Freiheit) assoziiert war – bezeichnet die Einheit des Systems als Entscheidungsproblem. Irgendwo im System muß es, so lautet die Lehre, eine Möglichkeit ungebundener (= unabhängiger = freier = willkürlicher) Entscheidung geben, und das System kann sich als konfliktfreie (= friedliche) Einheit nur behaupten, wenn es nur eine solche Entscheidungsinstanz gibt und nicht jeder Adelige oder jede Gewerkschaft einen Anteil daran für sich beansprucht.

Im frühmodernen Staat war es zunächst um Herstellung der Souveränität nicht nur gegenüber Reich und Kirche, sondern vor allem gegenüber den „eingebetteten" Machtverhältnissen der ständischen Gesellschaftsordnung gegangen. Deshalb wurde die Gesamtorganisation auf den Monarchen ausgerichtet, und deshalb wurden alle Organisationsfragen in die Form der „Beratung" des Monarchen gekleidet. Unter diesen Umständen konnten weder Opposition noch Gewaltenteilung toleriert werden, denn sie wären nichts anderes gewesen als Trittbretter für Rivalen, die im Hochadel und auch in den Familien der regierenden Dynastien reichlich vorhanden waren. Seit der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts diskutiert man Organisationsfragen im Bereich der ratgebenden Organe[47], aber die hier erörterten Sachfragen haben keinen Verfassungsrang. Man kennt grundsätzliche Regelungen, etwa im Bereich der dynastischen Erbfolge, und man wird nicht bezweifeln können, daß der Monarch in der faktischen Staatspraxis das Recht zu beachten hatte, auch wenn er es ändern oder im Einzelfall durchbrechen konnte und wenn auch eine wilde Souveränitätsrhetorik ihm für alles, was ihm „gefiel"[48], Absolution erteilte[49]. Vorherrschend empfindet man jedoch die Notwendigkeit, in der Organisation des Staates dessen Einheit zu betonen und an die Person des Herrschers zu binden und die Probleme im Verhältnis zum Recht dann als Anomalien in Kauf zu nehmen[50]. Damit

[47] Einer der Ausgangspunkte einer weitläufigen Diskussion ist Fadrique Furió Ceriol, *El concejo y consejeros del príncipe*, Antwerpen 1559, zit. nach der Neuausgabe Valencia 1952, der seinerseits auf spanische und burgundische Hoftraditionen zurückgreifen kann. Für die anschließende Entwicklung siehe eine Reihe von Beiträgen in Roman Schnur (Hrsg.), *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlin 1986.

[48] „placuit" ist im übrigen in der Antike und in der Frühmoderne sicherlich unterschiedlich sensitiv für das, was gefällt, und kann hier all die Einschränkungen absorbieren, die ins Spiel kommen, wenn man hinzudenkt, was einem tüchtigen, tugendhaften Fürsten „gefällt".

[49] Siehe für Unausgeglichenheiten dieser Art z. B. Jacobus Omphalius, *De officio et potestate Principis in Republica bene ac sancte gerenda*, libri duo, Basel 1550. Bei Bodin ist das, liest man genau, nicht wesentlich anders.

[50] Dies übrigens keineswegs eine Besonderheit monarchisch regierter Staaten. Schon immer hatte die Bereitschaft, Unrecht im Interesse höheren Nutzens hinzunehmen, zu den zivilrepublikanischen Tugenden gehört. Für Venedig z. B. Giovanni Maria Memmo, *Dialogo ... dopo alcune Filosofiche dispute, si forma un perfetto Principe, & una perfetta Republica, e parimente un Senatore, un Cittadino, un Soldato, & un Mercatore*, Vinegia 1563, S. 12: „Et meglio è, che un Cittadino privato patisca a torto, che permettendogli si tanta licenza, & autorità, egli si faccia lecito d'opprimere la publica libertà, per la conservazione della quale è lecito a una Republica fare ogni opera, quantunque ingiusta, derivando da quella una tanta utilità, quanta e la libertà publica". Also Unrecht im Namen von Freiheit oder (im Falle der Monarchien) Sicherheit – das wird im Verfassungsstaat undenkbar.

wird die Beschreibung des Systems auf das Souveränitätsparadox zugespitzt, also in die Form einer ungebundenen Selbstbindungsmacht gebracht[51].

Bis zur Einführung von Verfassungen neuen Stils im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts hat sich daran nichts Wesentliches geändert. Was sich neu entwickelt, ist eine zunehmende Bedeutung (und vor allem: Anerkennung der Bedeutung) von Gesetzgebung. Das führt in England zur Anerkennung der Souveränität des Parlaments und auf dem Kontinent zur Aushöhlung der Vorstellung einer einheitlichen, durch Gesetz und Rechtsprechung wirkenden *iurisdictio* des Monarchen. Es liegt dann nahe, die Rechtsprechung der Gesetzgebung unterzuordnen und das Rechtssystem auf die asymmetrisch begriffene Differenz von Legislative und Justiz zu reduzieren. Das läuft im Effekt auf die Positivierung des Gesamtrechts hinaus[52]. Darin liegt aber, was immer man von der Macht der Gerichte gehalten haben mag[53], keine Lösung des politischen Problems der Souveränität. Dies Problem stellt sich vielmehr um so schärfer, wenn man nun die Rechtsprechung unter den politischen Souveränitätsanspruch des Parlaments zu bringen versucht.

Nur wenn man an der Vorstellung einer Einheit von Rechtssystem und politischem System festhält, kann man auf die Idee kommen, die „Rechtssouveränität" irgendwo letztinstanzlich konzentrieren zu müssen – sei es beim Volk, sei es beim Parlament, sei es beim Monarchen – mit der Folge, daß die Vorstellung einer gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des Handelns anderer Staatsorgane dann abgelehnt werden muß[54]. Nur unter dieser Voraussetzung ist die Funktion der Gerichte „en quelque façon nulle". Tatsächlich entwickelt sich im operativ geschlossenen Rechtssystem jedoch eine Eigenkomplexität, die auf die Differenzierung von Rechtsprechung und Gesetzgebung gar nicht verzichten kann und sich durch den im politischen System gebildeten „politischen Willen" auch nicht kontrollieren läßt (es sei denn, daß dieser sich vorweg schon dem anpasse, was rechtlich möglich ist).

Eben deshalb liegt darin aber auch keine Lösung des Souveränitätsproblems, das sich im politischen System stellt. Mutatis mutandis erkennt man im politischen

[51] Siehe zu dieser Paradoxie speziell bei Bodin Stephen Holmes, Jean Bodin: The Paradox of Sovereignty and the Privatization of Religion, in: R. Roland Pennock/John W. Chapman (Hrsg.), *Religion, Morality and the Law* (Nomos XXX), New York 1988, S. 5–45.

[52] Siehe hierzu Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, S. 59 ff.

[53] Hierzu Regina Ogorek, De l'Esprit des légendes, oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983), S. 277–296.

[54] Zu der sich weit in das 19. Jahrhundert hineinziehenden Diskussion vgl. Regina Ogorek, Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 11 (1989), S. 12–39.

System die Selbstreferenzprobleme wieder, die auch das Rechtssystem irritieren. Die Souveränitätsformel formuliert eine Tautologie: Ich entscheide, wie ich entscheide. Wenn man Negation hinzunimmt, erscheint eine Paradoxie: Ich entscheide ungebunden mit Bindungseffekt für alle, also auch für mich selber, da ich zum System gehöre; ich binde und entbinde mich. Außerdem ist klar, daß dies „Privileg" nur an einer Stelle, also nur in spezifischen Operationen praktiziert werden kann. Das souveräne System erfordert den Souverän – und sei er „das Volk". Das souveräne Entscheiden wird im System nicht nur mit Durchsetzungsmacht ausgestattet und befolgt, es wird auch beobachtet. Und unter diesem Gesichtpunkt bezeichnet Souveränität nicht ein Recht zu ursacheloser Willkür (was empirisch kaum vorstellbar wäre), sondern nur eine Adresse, also die Regel: beobachte den Beobachter, der die Souveränität im System wahrnimmt[55].

Mit der tautologisch/paradoxen Formel der Souveränität, die sich von ihrer mittelalterlichen Bedeutung der Unabhängigkeit von Kaiser und Kurie bald ablöst, werden höhere Kontingenzen und entsprechende Entscheidungsbedürfnisse abgedeckt, die sich aus der Ausdifferenzierung des politischen Systems und dem Zurücktreten ständischer Kontrollen und religiöser Festlegungen ergeben. Die Einheit des Systems kann allenfalls noch territorial (und insofern: durch Eigennamen), aber nicht mehr als die natürliche Form der Tüchtigkeit des politisch-zivilen Lebens, das heißt: des Lebens außerhalb des eigenen Hauses, bestimmt werden. Der Fürst ist nicht mehr ein *civis* unter anderen. Er ist *princeps* im Unterschied zu den *subditos*, Regierender im Unterschied zu Regierten; und diese Differenz formiert nun einen spezifisch-politischen Entscheidungsprozeß, der für sich Souveränität reklamiert[56].

Wie das denkende Subjekt sich vom Code „entweder wahr oder unwahr" unabhängig machen kann, indem es denken kann, daß es „sowohl wahr als auch unwahr" denken kann, so macht, obwohl man sich nicht traut, dies mit cartesischer Radikalität zu

[55] Deshalb, bei aller Bewunderung für das Räderwerk Venedigs, zunächst eine eindeutige Präferenz für die beobachtungsgünstige Form der Monarchie und für ihre Ausstattung (aber nicht: durch Verfassung!) mit Beratern, die wußten, wen sie zu beraten und was sie hinzunehmen hatten. Hierzu rechtsgeschichtlich interessant: Ernst H. Kantorowicz, Mysteries of State: An absolutist concept and its late medieval origins, *Harvard Theological Review* 48 (1955), S. 65–91.

[56] Das zeigt sich nicht zuletzt daran, daß noch bestehende ständische Bindungen, aus französischer Sicht zumindest, einer Beschreibung des Fürsten als souverän im Wege stehen, und selbst dann, wenn es nur darum geht, daß der König seinen Vasallen Gerichtsbarkeit überläßt, ohne selbst als letzte Rechtsmittelinstanz zu fungieren. Vgl. Cardin Le Bret, *De la Souveraineté du Roy*, Paris 1632, S. 11 mit Bezug auf Dänemark (vor 1665). Vgl. zu den konkreten Problemen auch C. L. P. (Charles Loyseau, Parisien), *Discours de l'abus des iustices de village*, Paris 1603.

formulieren, die unbeschränkbare Souveränität des politischen Systems sich vom Rechtscode unabhängig.Sie kann ihre Gewalt sowohl rechtmäßig als auch rechtswidrig ausüben, und wenn man dies von einer souveränen Person befürchten muß (aber doch wohl nicht wirklich erwarten kann), wird das Problem beim Übergang zur Volkssouveränität vollends akut. Und *erst nach dieser Zuspitzung*, erst *dagegen* sucht man nach der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung und nach dem Verlust des (wie immer menschlich zu dirigierenden) Königs Schutz in einer Verfassung.

Die Probleme der Zirkularität und des Wiedereintritts der Einheit in die Einheit plagen also auch das politische System. Im Rechtssystem werden sie durch die Verfassung in interpretatorische Kanäle abgeleitet, im politischen System dagegen in organisatorische und strategische. Seit dem 18. Jahrhundert sind die modernen Staaten genug gefestigt (oder besser: ist die funktionale Ausdifferenzierung so weit fortgeschritten), daß man mit Experimenten dieser Art beginnen kann. Es werden mit Hilfe des Staatsbegriffs Ämter gebildet und mit konditionierbaren Kompetenzen ausgestattet. Es wird „Gewaltenteilung" organisiert. Die Integration des Verkehrs zwischen den Ämtern wird davon abhängig gemacht, daß ihre Entscheidungen rechtmäßig sind, was in letzter Konsequenz Ämter erfordert, nämlich Verfassungsgerichte, die darüber entscheiden, aber selbst nur verfassungsmäßige Ämter unter anderen sein können. Immerhin: man kann sich in so organisierten Zirkeln zurechtfinden, und das reicht, solange es nicht zu von rechts oder von links (Bismarck, Allende) betriebenen Verfassungskonflikten kommt.

Neu daran ist, daß das Souveränitätsparadox nicht mehr auf *Kosten des Rechts* zugespitzt wird, sondern *mit Hilfe des Rechts* gelöst wird. Dazu mußte *innerhalb des positiven Rechts* nochmals differenziert werden in unantastbares und zur Disposition stehendes Recht, ein dem Mittelalter fremder Gedanke. Es genügt nicht mehr, sich auf altes Recht oder auf ungeschriebenes (und deshalb unänderbares) Recht zu berufen, und auch die alte Hierarchie von göttlichem, natürlichem und positivem Recht taugt nicht zur Lösung des Souveränitätsparadoxes. Erste tastende Versuche führen auf so etwas wie „loix fondamentales"[57]. Inhaltlich geht es um Bedingungen

[57] Dank der Untersuchungen von Heinz Mohnhaupt, Die Lehre von der „lex fundamentalis" und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien, in: Johannes Kunisch (Hrsg.), *Der dynastische Fürstenstaat: Zur Bedeutung von Sukzessionsordnungen für die Entstehung des frühmodernen Staates*, Berlin 1982, S. 3–33, und von Harro Höpfl, Fundamental Law and the Constitution in Sixteenth-Century France, in: Roman Schnur (Hrsg.), *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlin 1986, S. 327–356, kann man dies genau datieren: kein Beleg vor 1573, allmähliches Auftauchen in der politischen Pamphletistik, deutliche juristische Konturen, spezifiziert auf die lex salica und die Unveräußerlichkeit des Staatsgutes erst gegen Ende des Jahrhunderts.

der Erhaltung der Kontinuität dynastischer Herrschaft (und insofern: des Staates), zum Beispiel um Thronfolgeregelungen. Als Begründung dient ein selbstreferentielles Argument, nämlich daß der Staat nicht die Grundsätze negieren kann, denen er sich selbst verdankt[58]. Erst im 18. Jahrhundert erhält dann auch der Begriff der Konstitution, der römischrechtlich ganz anders belegt war[59], einen neuen Sinn, der ihn ablöst von allen fundamentalrechtlichen Einschränkungen, die vorher gegolten hatten; und er kann damit auch auf eine naturrechtliche Fundierung verzichten[60].

Der „Geltungsgrund" ist einzig und allein die Notwendigkeit, die tautologisch/paradoxe Konstitution jeder Systemeinheit zu verdecken und durch handhabbare Unterscheidungen zu ersetzen. In die Terminologie von Spencer Brown übersetzt, gilt die Verfassung dank eines „re-entry" der Form in die Form, nämlich der System/Umwelt-Unterscheidung in das System[61].

Verfassung ist somit, rechtlich wie politisch, nichts anderes als die Anweisung, Selbstreferenz und Fremdreferenz in system*internen* Operationen zu unterscheiden. Die Geltungsgewißheit der Verfassung läßt sich dann daraus erklären, daß die Reversibilität von Strukturen *in* den Systemen, die sie praktizieren müssen, andere Probleme aufwirft (etwa solche des „Ersatzes" von Problemlösungen) als für einen *externen* Beobachter, der sich seinen eigenen Ideen hingeben kann.

[58] So argumentiert bereits Bodin (siehe die Interpretation von Holmes a. a. O.); ferner Charles Loyseau, *Des Seigneuries* (1608) nach Hinweisen bei André Lemaire, *Les Lois Fondamentales de la monarchie française d'aprés les théoriciens de l'ancien régime*, Paris 1907, S. 151 ff. Später geläufig als das wichtigste offene (interpretationsfähige) Prinzip der Selbstbeschränkung des Souveräns. Siehe z. B. Anonym (Pierre Bouquet), *Lettres Provinciales ou Examen Impartial De l'Origine, de la constitution, et des Révolutions de la Monarchie Française*, Paris - La Haye 1772, S. 67 f. Das heißt nicht zuletzt, daß jeder Versuch einer Änderung dieser *lois fondamentales* selbstdestruktiv wirken würde und deshalb nicht vernünftig sein kann. Im übrigen ist dies Argument politisch ausdehnungsfähig bis in konkrete Politikinhalte hinein, wenn man berücksichtigt (Bouquet a. a. O., S. 180), daß der König ein Volk braucht, um etwas zum Regieren zu haben, und daß er deshalb sich um die Erhaltung von *peuple, richesses* etc. kümmern müsse. Im Vergleich zu späteren Verfassungsgesetzen fällt die geringe Justiziabilität einer solchen Maxime auf. Man kann mit Bouquet a. a. O. nur sagen: Wer sie nicht beachte „s'néantit lui-même peu à peu".

[59] nämlich im Sinne von Edikt, Erlaß etc., so daß überhaupt erst einmal begründet werden mußte, daß solche Anordnungen des Kaisers, „quas vulgo constitutiones appellamus" (Ulpian, D. 1.4.1.1, eingeführt mit dem bekannten: Quod principi placuit, legis habet vigorem) überhaupt Rechtsgeltung beanspruchen können.

[60] Wenn Juristen gleichwohl glauben, auf eine naturrechtliche Rhetorik nicht verzichten zu können, sind sie unter modernen Bedingungen genötigt zu vergessen, was diese Semantik einst bedeutet hatte. Und sie bestätigen auf eigentümliche Weise die Ausdifferenzierung des Rechtssystems dadurch, daß sie an einem Naturbegriff festhalten, den außerhalb des Rechtssystems niemand mehr verwendet.

[61] Vgl. George Spencer Brown, *Laws of Form*, 2. Aufl. London 1971.

Im 17. Jahrhundert war dieser Weg, die Zuspitzung des Souveränitätsparadoxes in Recht aufzulösen, zunächst dadurch verbaut, daß man die juristische Figur der Selbstbindung ablehnte, da bindende Verpflichtung immer Bezug auf bestehendes Recht voraussetze[62]. Deshalb greift man zunächst (und wie wir wissen: provisorisch) auf Staatsvertragskonstruktionen zurück[63]. Erst die Erfindung der Rechtsform Verfassung wird diesen Umweg erübrigen. Und erst das Bewußtsein einer Ebenendifferenz macht es nötig und möglich, nicht länger nur von grundlegenden Gesetzen, *loix fondamentales* usw., sondern von der Verfassung (im Singular) zu sprechen[64].

Bei allen Versuchen, das Souveränitätsproblem rechtlich einzufangen und es über irgendwelche Unterscheidungen zu domestizieren, bleibt jedoch ein Restproblem erhalten: das Problem der Staatsräson, des *ius eminens*, des Notstandsrechts. Das sind allerdings unzulängliche (weil noch juristische) Formulierungen. Sie haben den Vorteil und die Intention, eine Zuständigkeit zu spezifizieren und damit die kampflose Lösung des Problems in Aussicht zu stellen. Es muß im politischen System jemanden (aber warum: jemanden? und wen?) geben, der sich im Ausnahmefalle über jede Rechtsschranke hinwegsetzen kann. Souverän ist dann derjenige, der in solchem Falle definiert, was das Gemeinwohl erfordert, und sich damit politisch durchsetzen kann[65]. Wenn der Verfassungstext das nicht zuläßt, geschieht es (im hoffentlich seltenen Falle) eben *extra legem*.

[62] „Hisce directe non obligari summum imperium patet. Summum enim est: ergo a superiore homine obligatio ipsi non potest accedere. Seipsum autem per modum legis, id est, per modum superioris obligare nemo potest", heißt es z. B. bei SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium* lib. VII, cap. VI, § III, zit. nach der Ausgabe Frankfurt - Leipzig 1744, Bd. II, S. 213 f., unter Berufung auf Hobbes, De cive c. 6 § 14. Belege für Jean Bodin und Thomas Jefferson bei HOLMES a. a. O. S. 17 f. Anders und in Richtung auf ein genaueres Verständnis von „kollektiv bindenden Entscheidungen" GASPARD DE RÉAL CURBAN, *La Science du gouvernement* Bd. 4, Aix La Chapelle - Amsterdam - Paris 1765, S. 125 ff. Solange Gesetze nicht geändert werden, müssen sie auch vom Gesetzgeber beachtet werden: „La raison veut que celui qui ordonne une chose, l'exécute lui-même" (128) - ein frühes Beispiel für die Verlagerung des Problems in die Zeitstruktur der Rechtsgeltung.

[63] Zu diesem Zusammenhang siehe auch CHRISTOPH LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit: Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Wien 1979, S. 181 f.

[64] Offenbar im Trend der Singularisierung von Kollektivbegriffen, der auch Reinhart Koselleck aufgefallen ist.

[65] Mit der Formel „Gemeinwohl" ist hier nur die Kontingenzformel der Politik gemeint und nicht etwa ein Superkriterium, z. B. naturrechtlicher Art, an Hand dessen man schließlich doch noch prüfen und entscheiden könnte, ob eine Politik rechtmäßig ist oder nicht. Und Kontingenzformel heißt: daß es nicht beliebig (hier z. B.: nicht im reinen Privatinteresse) sein kann, was als Politik erkennbar ist. Wer außerhalb des Sinnbereichs dieser Formel handelt, würde überhaupt nicht als politisch handelnd beobachtet werden. Er würde gar nicht dem politischen System zugerechnet werden. Er wäre vielleicht ein Räuber, ein Privatkapitalist, ein religiöser Fanatiker oder Ähnliches.

An dieser Stelle zeigt sich mit der Vergeblichkeit der Bemühungen um eine rechtliche Fixierung des Problems zugleich die Grenze der Möglichkeit einer strukturellen Kopplung von Politik und Recht, also die Leistungsschranke dieses evolutionär hoch unwahrscheinlichen Mechanismus. Der Begriff der strukturellen Kopplung ist so gewählt, daß er seine Belastungsgrenze, also sein eigenes Nichtfunktionieren, miterklärt. Er kann nicht die Identität und Autonomie der gekoppelten Systeme aufheben und sie auch nicht in eine asymmetrisch-hierarchische Rangordnung bringen. Es ist vergeblich, für dieses Problem in einer Einheitsformel einen Abschlußgedanken zu suchen. Die funktionale Differenzierung von Rechtssystem und politischem System läßt sich weder von der einen noch von der anderen Seite her kontrollieren.

Wenn das politische System die Probleme der eigenen Selbstreferenz durch Verfassung löst, benutzt es also das Recht. Das kann aber nur deshalb funktionieren, weil die Systeme nicht übereinstimmen, weil sie nicht im geringsten Umfange überlappen, sondern das politische System sich des Rechtssystems per Fremdreferenz, also durch Inanspruchnahme eines anderen Funktionssystems, bedienen kann. Entsprechend bezeichnet der Begriff des Staates eine Organisation und eine juristische Person zugleich - je nach dem, in welchem System er verwendet wird[66]. Und entsprechend ist die immense Ausdehnung des Anwendungsbereichs politischer Macht, die durch rechtliche Zweitcodierung aller politischen Entscheidungen erreicht wird, bedingt durch die eindeutige Differenzierung der Systeme[67].

IV.

Heute weiß man, daß kein System auf ausschließlich selbstreferentieller Basis entstehen und sich reproduzieren kann. Auch dann nicht, wenn das System mit der Möglichkeit der Selbstorganisation, auch dann nicht, wenn es mit der Möglichkeit der Selbstbeobachtung ausgestattet ist[68]. Ist das so, dann sind alle Selbstbeschrei-

[66] So ist es denn auch wenig sinnvoll, darüber zu streiten, „welche Staatslehre fruchtbarer, tiefer, lebenswichtiger war: die der Politiker Dahlmann, Stahl, Stein und Mohl oder die der Unpolitiker Gerber, Laband, Jellinek und Kelsen?" (so HERMANN HELLER, *Staatslehre*, Leiden 1934, S. 26). Es geht nur um die Frage, wessen Beobachtungsinstrumente man beobachten will: die des politischen Systems oder die des Rechtssystems.

[67] Siehe auch NIKLAS LUHMANN, Zwei Seiten des Rechtsstaates, in: *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, Tokyo 1989, S. 493-506.

[68] Vgl. nur HEINZ VON FOERSTER, On Self-Organizing Systems and Their Environments, in: MARSHALL C. YOVITS/ SCOTT CAMERON (Hrsg.), *Self-Organizing Systems: Proceedings of an Interdisciplinary Conference, 5. und 6. May 1959*, Oxford 1960, S. 31-50, neu gedruckt in DERS., *Observing Systems*, Seaside Cal. 1981, S. 2-23. W. Ross Ashby, Principles of the Self-Organizing System, in: HEINZ VON

bungen, die das logisch und systemisch Unmögliche voraussetzen, fehlerhaft. Nichts anderes hatten wir in den historischen Analysen festgestellt mit dem Ergebnis, daß solche Selbstbeschreibungen auf eine Paradoxie hinauslaufen. Gerade die Bezeichnung von etwas als etwas (des Selbst als des Selbst) setzt ja voraus, daß man es von etwas anderem unterscheiden kann. Die Selbstbeschreibung hilft also an diesem Problem nicht weiter (obwohl die gesamte Kybernetik zweiter Ordnung von diesem Problem ihren Ausgang genommen hat[69]). Man hat deshalb einen Ausweg zunächst im Konzept des *order from noise*, später im Kontext der Abhängigkeit des Komplexitätsaufbaus vom Rauschen der Umwelt gesucht[70]. Die Theorie der strukturellen Kopplung schließt hier an und unterscheidet im Bereich des Rauschens nochmals zwischen ausgeschlossenen und eingeschlossenen und dadurch verstärkten Geräuschen. Erst dies macht es verständlich, daß und wie ein System sich durch interne Organisation – und zwar durchaus: Selbstorganisation – auf bestimmte Geräuschquellen einstellen und andere ausblenden kann.

Vor diesem Theoriehintergrund wird der Komplexitätsgewinn verständlich, der mit einer Trennung und Wiederverknüpfung von politischem System und Rechtssystem erreicht worden ist. Zusammenfassend können wir nunmehr formulieren: Die Neuheit des Verfassungskonzepts des 18. Jahrhunderts liegt darin, daß die Verfassung eine *rechtliche* Lösung des Selbstreferenzproblems des *politischen* Systems und zugleich eine *politische* Lösung des Selbstreferenzproblems des *Rechts*systems ermöglicht. Wie immer situativ inspiriert durch die Notwendigkeit, den unabhängig gewordenen amerikanischen Kolonien die Form einer Einheit zu geben, oder durch die Möglichkeit, eine bereits anlaufende Revolution zur Neuformierung politischer Souveränität zu nutzen, und wie immer gebunden an den Variationsrahmen überlieferter und bekannter Terminologien: die strukturelle Innovation ist bedingt durch das Auftreten der skizzierten Selbstreferenzprobleme und die Notwendigkeit ihrer Entfaltung, ihrer Auflösung durch Unterscheidungen, ihrer Asymmetrisierung. Im selben Zuge stößt man auf die Notwendigkeit, Paradoxien zu entschärfen und damit die andernfalls unmögliche Beobachtbarkeit des Systems wiederzugewinnen – so

Foerster/ George W. Zopf (Hrsg.), *Principles of Self-Organization*, New York 1962, S. 255–278; neu gedruckt in: Walter Buckley (Hrsg.), *Modern Systems Research for the Behavioral Scientist: A Sourcebook*, Chicago 1968, S. 108–118.

[69] Vgl. hierzu Paolo Garbolino, A proposito di osservatori, in: Rino Genovese et al., *Modi di Attribuzione: Filosofia e teorie dei sistemi*, Napoli 1989, S. 185–236.

[70] Siehe Heinz von Foerster a. a. O. und Henri Atlan, *Entre le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant*, Paris 1979.

die Paradoxie des Gebundenseins der ungebundenen Souveränität oder die Paradoxie, daß der generalisierte Code Recht/Unrecht in der Form *constitutional/unconstitutional* in der Selbstanwendung blockiert werden muß, also eine Instanz außerhalb des Rechts voraussetzt, die dem Schema entzogen ist und die jetzt als politisch geeintes Volk auftritt. Die Politik findet Formen, dem Rechnung zu tragen, indem sie sich einschränkend auf den Staat bezieht und diesen als Verfassungsstaat begreift. Im Gegensatz zum alteuropäischen Begriff der *societas civilis* heißt es jetzt: ohne (konstituierten) Staat keine Politik. Das Recht findet Formen, dem Rechnung zu tragen, indem es sich selbst über das Verfassungsgesetz auf ein inhaltlich unbestimmtes Rechtsinstitut zurückführt, das verfassungsgebende Gewalt des Volkes heißt. Dies Gesamtkonzept wird auf zweitrangigen Ebenen wiederholt und implementiert. Die Politik kann, will sie politisch erfolgreich operieren, nicht auf ein Rechtsinstrumentarium verzichten, das juristisch funktionieren muß und nicht entgleisen darf. Und das Recht richtet sich mit Hilfe der politisch inspirierbaren Gesetzgebung auf laufende Irritationen durch Politik ein und gewinnt damit die Möglichkeit, viele Impulse zur Rechtsänderung auf den politischen Weg zu verweisen.

Das funktioniert jedoch nur, wenn die in der Frühzeit des Konstitutionalismus noch vorherrschende Einheitskonzeption mit ihrem Zwang zur Hierarchisierung der Systemarchitektur aufgegeben wird. Zunehmende Komplexität, die aus dem Wirksamwerden der bereits eingerichteten Ordnung des Verfassungsstaates resultiert, erfordert den Übergang von einer hierarchischen zu einer heterarchischen Architektur, die auf oben/unten-Darstellungen verzichtet und nur noch mit begrenzt gekoppelten Teilsystemen der Gesellschaft rechnet[71]. Dank dieser Kopplung erträgt das Rechtssystem ein politisches System, das zum regulativen Staat tendiert und sich nichts entgehen läßt, was es mit eigenen Operationen bearbeiten kann. Dank dieser Kopplung erträgt aber auch das politische System ein Rechtssystem, das ständig eigene, gegen politische Interferenz geschützte Prozesse anlaufen läßt, sobald die Frage Recht oder Unrecht aufgeworfen wird. Das führt letztlich zu einer Theorie operativ geschlossener Systeme, die sich wechselseitig nicht mehr determinieren, sondern nur noch irritieren können und zur Reaktion auf Irritationen auf die jeweils

[71] Man kann diese Umbaunotwendigkeit in der Rechtstheorie selbst verfolgen an Hand der Argumente, mit denen H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, London 1961, die Souveränitätstheorie von John Austin abweist, um mit dem Ersatzkonzept der *rules of recognition* mehr Komplexität des wirklichen Rechtsgeschehens erfassen zu können. Nur geht gerade in dieser Hinsicht der Ersatzvorschlag nicht weit genug.

eigene Systemsprache angewiesen sind. Das Verhältnis von politischem System und Rechtssystem ist nicht das von siamesischen Zwillingen, die sich nur zusammen bewegen können, sondern eher das von Billardkugeln, die einander zwar häufig gezielt anstoßen, aber eben deshalb dann getrennte Wege rollen. Die Realitätsbasis der Verfassungen im neuzeitlichen Verständnis liegt in der funktionalen Differenzierung des Gesellschaftssystems.

Dieser Hinweis auf vollständige Differenzierung der je für sich selbstreferentiell geschlossenen Funktionssysteme für Politik und für Recht übergeht zunächst offensichtliche Zusammenhänge. Das mag raschen Widerspruch motivieren. Man soll den Tag jedoch nicht vor dem Abend tadeln. Selbstverständlich gibt es enge und keineswegs nur gelegentliche, zufällige, kontingente Zusammenhänge. Sie können mit dem bereits genannten Begriff der *strukturellen Kopplung* beschrieben werden[72].

Strukturelle Kopplungen übersetzen *analoge* Verhältnisse in *digitale*[73]. Sie beruhen auf der unvermeidlichen Gleichzeitigkeit von System und Umwelt und auf dem kontinuierlichen Fließen der Zeit. Insofern ist ein System immer schon angepaßt, tragen Politik und Recht immer schon der Tatsache Rechnung, daß es eine Verfassung gibt, und prozessieren unter dieser Voraussetzung analog. Das braucht in den Operationen nicht thematisiert zu werden. Gerade diese Voraussetzung erzeugt aber gelegentliche bis häufige, überraschende bis reguläre Irritationen auf beiden Seiten, und diese Irritationen treten als Ereignisse, als Fälle auf, also digital. Sie haben bestimmte oder doch rasch bestimmbare Konturen und verweisen damit auf bestimmte Möglichkeiten, mit ihnen umzugehen.

Strukturelle Kopplungen zwischen System und Umwelt (oder konkret: System und Systemen in der Umwelt) sind voll kompatibel mit operativer Geschlossenheit

[72] Er gehört zum engeren Bestand der Begriffe der Theorie autopoietischer Systeme, und man darf aus diesem Anlaß vielleicht einmal sagen, daß diese Theorie keineswegs den hoffnungslosen Versuch unternimmt, alles mit einem Begriff, nämlich „Autopoiesis" zu erklären.

Siehe zu „struktureller Kopplung" HUMBERTO R. MATURANA, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig 1982, S. 143 ff., 150 ff., 243 f., 251 f. Zur Übertragung auf andere Bereiche siehe auch NIKLAS LUHMANN, Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?, in: HANS ULRICH GUMBRECHT/ K. LUDWIG PFEIFFER (Hrsg.), *Materialität der Kommunikation*, Frankfurt 1988, S. 884–905; DERS., *Wirtschaft und Recht: Probleme struktureller Kopplung*, Ms. 1989.

[73] Die Terminologie stammt aus dem Computerwesen. Für Verallgemeinerungen siehe auch GREGORY BATESON, *Ökologie des Geistes: Anthropologische, psychologische, biologische und epistemologische Perspektiven*, dt. Übers. Frankfurt 1981, passim, insb. S. 376; ANTHONY WILDEN, *System and Structure: Essays in Communication and Exchange*, 2. Aufl. London 1980, passim, insb. 152 ff., 495 ff.

der gekoppelten Systeme. Der Grund ist: daß durch strukturelle Kopplungen keine Ereignisse spezifiziert werden, sondern dies den gekoppelten Systemen überlassen bleibt. Dies folgt schon daraus, daß der Begriff der strukturellen Kopplung ein Verhältnis der Gleichzeitigkeit von System und Umwelt bezeichnet, während ein Verhältnis der Kausalität ein Nacheinander von Ursache und Wirkung erfordert[74].

Strukturelle Kopplung ist eine besondere *Form* im Sinne von Spencer Brown[75], das heißt eine Unterscheidung, die zwei Seiten hat. Auf der Innenseite wird die wechselseitige Beeinflussung erleichtert, nämlich durch die Verfassung „legalisiert". Auf der Außenseite wird sie nach Möglichkeit ausgeschlossen, jedenfalls illegalisiert. Politik und Rechtspflege sollen demnach „nur verfassungsmäßig" und nicht anders miteinander umgehen. Unter der Bedingung, daß anderes ausgeschlossen wird wie zum Beispiel unmittelbare politische Intervention in Einzelfälle der Rechtspflege mittels politischer Parteien oder korrupter Funktionäre oder andererseits juristische Lähmung wichtiger politischer Aktivitäten, zum Beispiel der Außenpolitik (sog. „political questions" Doktrin, beginnend mit Marbury v. Madison[76]), kann der wechselseitige Einfluß immens gesteigert werden[77]. Man schließt Interferenz in die Autopoiesis des jeweils betroffenen Systems aus und erlaubt auf dieser Grundlage um so mehr wechselseitige Irritation. Man verzichtet auf unmittelbare Durchsetzbarkeit politischer Maximen wie „Rassenreinheit", nationale Unabhängigkeit, sozialistische Errungenschaften, Gemeinwohl und gewinnt statt dessen eine Fülle von Möglichkeiten, rechtsstaatlich zu wirken. Man verzichtet auf die Möglichkeit, die politisch benötigten Mittel der Wirtschaft direkt zu entziehen und richtet statt dessen eine strukturelle Kopplung von Wirtschaftssystem und politischem System im Instrument der Besteuerung ein, das, verfassungsmäßig etabliert und also rechtlich kontrollierbar, die Autopoiesis der Wirtschaft schont und es ihr überläßt, durch Inflation, Abwanderung von Firmen oder ähnliche Indikatoren Überbesteuerung zu signalisieren, die dann ihrerseits zu einem politischen Problem werden kann.

[74] Wir wollen damit nicht definitiv ausschließen, daß ein Beobachter es anders sehen und beschreiben könnte; aber er müßte dann einen eher ungewöhnlichen Begriff der Kausalität verwenden.

[75] Siehe GEORGE SPENCER BROWN, *Laws of Form*, Neudruck New York 1979.

[76] Cranch 1 (1803), S. 137–180 (166).

[77] Siehe zu diesem Paradox der Steigerung durch gezielte Reduktion, der Erleichterung durch Verhinderungen, der Stärkung durch Beschränkung STEPHEN HOLMES, Precommitment and the Paradox of Democracy, in: JON ELSTER/ RUNE SLAGSTADT (Hrsg.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, England 1988, S. 195–240.

Einen guten Beleg für den Ausschließungseffekt von strukturellen Kopplungen – wenngleich nicht annähernd in dieser Terminologie formuliert – findet man in Bolingbrokes *Dissertation upon Parties*[78]; und nicht zufällig findet man in diesem Text, der im wesentlichen von der britischen Verfassung handelt, sehr frühe Belege für Formulierungen wie „unconstitutional", „anti-constitutional", „extra constitutional"[79]. Der Anlaß des Textes ist die berüchtigte Korruption des Londoner Parlaments mit Finanzmitteln der Krone. Die britische Verfassung habe, so die These, das Problem der politischen Macht weltweit einzigartig gelöst; es gäbe ein Machtgleichgewicht zwischen den drei Ständen Krone, Adel und Volk im Parlament und weder eine Prärogative der Krone, die nicht auf der Verfassung beruhe, noch ein Verbot des Widerstandes des Volks (Revolution) gegen verfassungswidrige Entwicklungen. Das Problem sei jetzt nicht der Einfluß von Macht, sondern der Einfluß von Geld auf dieses System; „that the power of money, as the world is now constituted, is real power, and that all power without this is imaginary; that the prince who gets prerogative alone, gets a phantom; but that he who gets money, even without prerogative, gets something real."[80] Annähernd gleichzeitig entwickeln sich andere strukturelle Kopplungen, die der Wirtschaft über Eigentum, Vertragsfreiheit und Anfänge eines neuen Korporationsrechts direkte Möglichkeiten der Rechtsgestaltung und damit der Mobilisierung von politischer Gewalt im privatwirtschaftlichen Interesse eröffnen. Man kann daraus ersehen, was die sich durchsetzende funktionale Differenzierung verlangt: Trennung und wechselseitige Abdichtung der strukturellen Kopplungen zwischen Politik, Recht und Wirtschaft.

Mit strukturellen Kopplungen bildet sich innerhalb von System/Umwelt-Beziehungen ein enger Ausschnitt mit verdichteten Wahrscheinlichkeiten wechselseitiger Irritationen (oder „perturbation" im Sinne von Maturana). Das heißt auch, daß es für die beteiligten Systeme auf diese Weise zu verdichteten Lernchancen kommt. Sie beobachten diejenigen Umweltausschnitte, an die sie strukturell gekoppelt sind, mit bevorzugter Aufmerksamkeit und unter Aktivierung ihres Gedächtnisses. Irritationen, die diesem Ausschnitt zugerechnet werden, lassen sich mit Hilfe des Gedächtnisses (aber das heißt nichts anderes als: mit Bezug auf schon vorhandene Strukturen) rasch interpretieren und auflösen. Sie erscheinen von vornherein schon

[78] Henry, Viscount Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties*, (1735), zit. nach *The Works*, Philadelphia 1841, Nachdruck Farnborough 1969, Bd. II, S. 5–172.

[79] S. 11, 118, 122, 160. Vgl. dazu bereits oben S. 188.

[80] a. a. O. S. 165 f.

als normal und verweisen auf naheliegende Alternativen. Das System ist mit diesem Umweltbereich nicht auf ein ad hoc Lernen angewiesen und wird daher auch weniger als anderswo zur „Verdrängung" der Irritation neigen. Die Dauerberieselung mit politischen Impulsen zu neuen Gesetzen kann das Rechtssystem in der eigenen Form der Gesetzgebung verarbeiten, die natürlich nicht alles annimmt, was politisch wünschenswert wäre; und umgekehrt kann die Politik Störungen, die in der Form von Rechtsentscheidungen anfallen (Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines politisch wichtigen Gesetzes, neuartige Haftungsprobleme, Aufdeckung von Gesetzesumgehungsversuchen, um nur einiges zu nennen), leichter verkraften, weil die Lokalisierung der Entscheidung im Rechtssystem es erschwert, den Störfall politisch auf Regierung oder Opposition zuzurechnen. Kurz: im Kontext struktureller Kopplungen erscheinen Irritationen als „vertraut". Sie erscheinen als „Problem", für die mehr oder weniger leichte, mehr oder weniger willkommene Lösungen schon bereitliegen und rasch zu greifen sind. So erklärt sich, daß strukturelle Kopplungen den Aufbau systeminterner Regelmäßigkeiten ermöglichen – allerdings nur unter der Voraussetzung eines weitreichenden Ausschließungseffekts und hinreichender systeminterner Komplexität[80a].

Auf diese Weise hinterlassen strukturelle Kopplungen ihre Spuren im System. Einem Rechtssystem ist es anzumerken, wenn es seit langem unter politischem Druck sich entwickelt hat. Seine Strukturen sind dann nicht nur, ja kaum noch aus tatsächlich aufgetretenen Rechtskonflikten zu erklären. Es verliert jene Sachnähe, die daraus resultiert, daß das Recht erst dann zum Zuge kommt, wenn es Leuten einfällt, sich zu streiten. Es formt seine Strukturen nach wie vor ausschließlich selbst, aber nicht mehr ausschließlich an Hand von Fallerfahrungen und mit daraus gewonnenen Generalisierungen. Die strukturelle Binnendifferenzierung nach Gesetzgebung und Rechtsprechung dient jetzt nicht mehr der Abwehr von Pressionen, also nicht mehr der Differenzierung gegen Schichtung[81], sondern der Kanalisierung der Tiefenwirkung politischen Einflusses.

[80a] Francisco J. Varela, On the Conceptual Skeleton of Current Cognitive Science, in: Niklas Luhmann et al. (Hrsg.), *Beobachter: Konvergenz der Erkenntnistheorien?*, München 1990, S. 13–23 (20 f.) betont in diesem Zusammenhang die Bedeutung dezentrierter, heterarchischer, „modularer" Informationsverarbeitung für die Erzeugung von „regularities" in Systemen. Offenbar liefert eine Hierarchisierung das System zu sehr den Eigenwilligkeiten und den kontingenten Umweltkontakten seiner Spitze aus.

[81] So hatte es Aristoteles gesehen, und noch im Hochmittelalter war dies die angemessene Betrachtungsweise. Siehe die primär mit der Abwehr rhetorischer Einflüsse befaßte Textstelle bei Aristoteles,

Schließlich läßt sich dem Begriff der strukturellen Kopplung auch entnehmen, daß Norminhalte der Verfassungstexte nicht beliebig gewählt werden können. Es ist kein Zufall, daß Verfahrensnormen einen wichtigen Platz einnehmen; denn durch Beachtung der Verfahren kann das politische System das Rechtssystem respektieren, ohne allein dadurch schon politische Belange außer Acht lassen zu müssen. Deshalb wird das Demokratie-Postulat über Verfahren faktorisiert. Zugleich lehrt diese Überlegung, wie gefährlich Normen sind, die allzu direkt politische Belange abbilden – etwa ideologische Zentralnormen in sozialistischen Staaten oder der Vorrang von Rücksichten auf militärische Sicherheit im (ungeschriebenen) Verfassungsrecht Israels. Die Verführung der Erleichterung des Einflusses und der Anpassung durch strukturelle Kopplung liegt genau darin: Verfassungsnormen so zu wählen, daß das Rechtssystem in nahezu jedem politischen Handeln Rechtmäßigkeit erkennen kann; und umgekehrt jede Entscheidung über Verfassungsmäßigkeit/Verfassungswidrigkeit dem politischen System einen Hinweis darauf gibt, wie beliebige Entscheidungen dargestellt werden müssen, damit die Verfassungsgerichtsbarkeit außer Funktion gesetzt wird. Gegen diesen Hintergrund profilieren sich Menschenrechte als Formen, die ausreichende Komplexität haben, um ein juristisches Eigenleben zu führen; oder auch Verfahrensregeln (etwa der politischen Wahl), die sicherstellen, daß auf eine politisch nicht dirigierbare Weise Interessen in der Politik eine Rolle spielen, ohne sich als solche an einer vorgegebenen Wertordnung legitimieren zu müssen.

V.

Strukturelle Kopplungen sind evolutionäre Errungenschaften. Man kann ihre Entstehung nicht auf spezifische Ursachen zurückführen. Sie setzen sich gleichsam selber voraus, denn sie knüpfen an Diskontinuitäten in der Umwelt an, zu deren Stabilisierung sie selber beitragen. Das gilt für strukturelle Kopplung von Bewußtsein und Kommunikation über Sprache, das gilt für die strukturelle Kopplung von Erziehungssystem und Wirtschaftssystem über Zertifikate, das gilt für die strukturelle Kopplung von Krankensystem und Wirtschaftssystem über die Krankschreibungen durch Arztpraxen und für Tausende anderer Fälle in einer hochentwickelten Gesellschaft. Für die Beziehungen zwischen Rechtssystem und politischem System folgen Verfassungen diesem Muster[82].

Daß die Institution Verfassung entstanden und auf ihre Kopplungsfunktion festgelegt worden ist, läßt sich deshalb nicht über Ein-Faktor-Zuschreibungen erklären und auch nicht so, daß man mehr als eine Ursache in Betracht zieht. Man muß, wie bei allen autopoietischen Systemen, von zirkulären Entwicklungen ausgehen, an denen das, was entsteht, selber mitwirkt. Offenbar hilft, wie einleitend gesagt, eine situative Evidenz beim Abweichen von hergebrachtem Sprachgebrauch. Dabei mag es sich für „lois fondamentales" um die religiösen Bürgerkriege gehandelt haben und für „constitution" um revolutionäre Lagen, sei es um 1640, sei es gegen Ende des 18. Jahrhunderts. Vorübergehende Überzeugungskraft also als Selektionsfaktor. Damit ist, theoriegeschichtlich gesehen, jede teleologische Erklärung ausgeschlossen und ebenso die Vorstellung, die Funktion sei der alles bestimmende evolutionäre Attraktor. Denn die situative Überzeugungskraft erklärt weder das Vorkommen sinnhaft-sprachlich-begrifflicher Variationen am vorhandenen Gedankengut noch die Möglichkeit der Stabilisierung von Errungenschaften durch Übernahme von Funktionen. Man braucht, anders gesagt, die komplexe Maschinerie von Variation/Selektion/Stabilisierung, also Evolutionstheorie, um strukturelle Veränderungen zu erklären.

Wir hatten bereits gesehen, daß gegen Ende des 16. Jahrhunderts das semantische Terrain, in das die Idee einer grundgesetzlichen Ordnung eingepflanzt werden muß, neu geordnet wird. Die Angebote der alteuropäischen Tradition, etwa die Begrifflichkeit von politeia/Polizey/police, werden zwar weitergeführt, reichen aber nicht aus, weil die Vorstellung einer höherrangigen Grundordnung in das positive Recht eingebaut werden muß. Das führt zur Auszeichnung grundlegender Normen des positiven Rechts als „lois fondamentales". Zugleich sperrt sich die Idee der Souveränität mit der Konzentration des Beobachtens und Beschreibens auf eine „willkürlich" handelnde Spitze gegen rechtliche Beschränkungen, bot eben damit aber auch die Gelegenheit zu einer permanenten Selbstirritation der politischen Systeme. Ein Glücksfall vielleicht, daß in Frankreich einige Prinzipien doch festgelegt werden konnten – so im spezifisch politischen Bereich die Regelung der Thron-

Rhetorik 1354 a 32 – 1354 b 16 und dazu Aegidius Columnae Romanus (Egidio Colonna), *De regimine principum libri III*, Buch III, Teil II, zit. nach der Ausgabe Roma 1607, Nachdruck Aalen 1967, insb. S. 507 ff.

[82] Ähnlich, aber viel weitergehend, bezeichnet Rüdiger Voigt, Limits of Legal Regulation: The Use of Law as an Instrument of Societal Regulation, in ders., (Hrsg.), *Limits of Regulation*, Pfaffenweiler 1989, S. 11–30, rechtliche Regulation schlechthin als strukturelle Kopplung zwischen Rechtssystem, politischem System und „sozialem Subsystem" (??) der Gesellschaft. Das erlaubt jedoch, wie schon der Begriff der Regulation selbst, keine hinreichend präzise Beschreibung.

folge und im politökonomischen Bereich die Unveräußerlichkeit des Staatsgutes. Mehr und mehr wird im 18. Jahrhundert dann auch die Interpretationsfähigkeit der englischen Verhältnisse in Richtung auf „Gewaltenteilung" eine Rolle spielen. Daß sich neue Terminologien über Buchdruck rasch verbreiten und griffbereit vorlegen lassen, wird eine Rolle gespielt haben, und im Zusammenhang damit der Übergang zu den neuen Nationalsprachen[83]. Sicher hätte man aber semantische Überzeugungsmittel und paradigmatische Fälle auch anders arrangieren können. Entscheidend dürfte deshalb gewesen sein, daß die Umstellung der Gesellschaft von stratifikatorischer auf funktionale Differenzierung Probleme erzeugte, die nicht mehr im Kontext schichtspezifischer Ressourcenallokation gelöst werden konnten. Daß diese Entwicklung ihrerseits durch Geldwirtschaft bedingt war, dürfte heute unbestritten sein.

Angesichts so komplexer Verhältnisse ist die historische Forschung sehr viel stärker auf Theorie angewiesen, als wenn es nur um ein Herausfinden der ausschlaggebenden Ursachen ginge. Die Theorie autopoietischer Systeme legt jedenfalls einen andersartigen Zugriff auf Geschichtsforschung nahe – Geschichte als etwas, was immer schon da ist, wenn ein autopoietisches System im Vollzug seiner Operationen die dafür notwendigen „Anfänge" rekrutiert. Dabei muß man zweigleisig verfahren. Der theoretische Grund für die evolutionäre Errungenschaft „Verfassung" liegt in der Notwendigkeit einer strukturellen Kopplung von Recht und Politik und in der Benutzung des Kopplungsmechanismus zur Enttautologisierung der Selbstreferenz der beiden Systeme. Auf der Ebene der historischen Semantik ist deshalb ein neuer Begriff der Verfassung erforderlich. Aber dieser Begriff wird aus ganz anderen Gründen gebildet. In Nordamerika erfolgt die Innovation absichtlich und unabsichtlich zugleich. Sie erfolgt absichtlich deshalb, weil die Auseinandersetzung mit Großbritannien auf verfassungsrechtlicher Grundlage geführt wird und dann die Unabhängigkeitserklärung die Notwendigkeit einer eigenen Ordnung der Regierungsgewalt auslöst; und das erklärt die Zweigleisigkeit einer Betonung der Menschenrechte auf der einen und einer darauf abgestimmten Ordnung der Regierungsgewalt auf der anderen Seite. Sie erfolgt aber auch unabsichtlich insofern, als sich die Konsequenzen einer Zweiteilung des Rechts in Verfassungsrecht und anderes Recht und einer autologischen, sich selbst in ihren Ordnungsbereich einordnenden Verfassung erst allmählich in der Rechtspraxis klären. Das Neue liegt nicht in den spezifisch juristischen Themen, die dann in Europa imitiert werden, sondern in der spezifisch juristischen Erfindung und Handhabung eines autologischen Textes.

[83] „fundamentalis" läuft im Lateinischen schwer durch die Feder; fondamental/fundamental klingt schon besser. Aber wie weit ist das wichtig, wenn eine neue Bezeichnung gebraucht wird?

Wenn man in Frankreich 1789 plötzlich entdeckt, daß das Land, was immer an *lois fondamentales* vorliegen mag, gar keine Verfassung hat und daß es sich eine solche Verfassung erst noch „geben" müsse[84], so liegt dem offensichtlich ein neuer Anspruch zu Grunde, der sich aus den Desideraten der Menschenrechte und der Gewaltenteilung speist[85]. Es ist also einerseits diese historische Gelegenheit der Revolution, die Regelungen erfordert oder doch möglich macht, und andererseits sind es die Regelungsinhalte, die einen Text als Verfassungstext qualifizieren. Als wesentliche Inhalte einer Verfassung partizipieren sie am Rang dieses Konzepts: Die alten Vorstellungen über Eigentumsschutz werden zu Menschenrechten gesteigert. Die Gewaltenteilung, die sich im Konzept einer „unteilbaren Souveränität" bereits eingenistet hatte[86], wird nun zur Form des seine Souveränität selbst kontrollierenden Staates. Und die emphatische Aufwertung dieser Inhalte ersetzt die Frage nach Begriff und Funktion dessen, was man jetzt *constitution* nennt[87]. Auch in der Zeit der Auseinandersetzungen um die Strukturen des „konstitutionellen Staates", die in Deutschland das 19. Jahrhundert durchziehen, bleibt das Problem eines autologischen Textes latent. Vor allem die Kontroverse um die Frage der richterlichen Normenkontrolle, die in den Vereinigten Staaten auf Grund einer akzeptierten Fassung

[84] Lemaire a. a. O. S. 248 zitiert dafür eine in Lausanne 1789 erschienene Schrift, die noch beide termini verwendet: De la constitution française, ou des lois fondamentales du royaume. Vgl. sodann Art 16 der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen vom 2. Oktober 1789: „Toute société dans laquelle la garantie des droit n'est pas assurée, ni la separation des pouvoir déterminée n'a point de constitution". Im übrigen hatte bereits Turgot eigene Verfassungspläne auf die These gestützt, Frankreich habe (noch) keine Verfassung (so 1775 im Mémoire sur les municipalités, zit. nach Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie* a. a. O. S. 41).

[85] Für die Unsicherheiten des vorangehenden Sprachgebrauchs gibt es viele Belege. Teils bezeichnet der Begriff *constitution* einfach eine Option im Repertoire der klassischen Staatsformenlehre (so z. B. bei Bouquet a. a. O. S. 19), teils findet man im Kontext der Lehre von den *lois fondamentales* vage Formulierungen wie „forme de constitution" (so Pierre-Louis Gin, *Vraies Principes du Gouvernment François*, (1777), 3. Aufl. Paris 1787 Bd. 1, S. 51), die offen lassen, ob, wenn etwas geändert wird, die Form der Verfassung geändert wird. Bei Réal Curban a. a. O. fehlt der Begriff im sonst ausführlichen Index des Bandes über Droit Public.

[86] und zwar mit Hilfe des Juristentricks, Inhalt und Ausübung der Souveränität, *puissance souveraine* und *puissance exécutrice*, zu unterscheiden (Bouquet a. a. O., S. 124; Réal. Curban a. a. O. S. 111 ff., 359 ff., Gin a. a. O., Bd. 1, S. 48 ff.).

[87] Vgl. hierzu an Hand des Art. 16 der Déclaration von 1789 auch Hasso Hofmann, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in ders., *Recht – Politik – Verfassung: Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt 1986, S. 261–295 (266 f.).

rasch zu entscheiden war, wird in Deutschland ohne gemeinsames Problemverständnis geführt[88]. Wie in der „Verfassungsfrage" selbst geht es um die Explikation von Parteistandpunkten im Kontext symbolischer Politik.

Der eigentliche Sinn, die eigentliche Funktion und damit auch der Begriff von Verfassung bleiben verborgen. Noch im 20. Jahrhundert werden zum Überdecken dieses Defizits einfach verschiedene Verfassungsbegriffe unterschieden[89]. Am Wort Verfassung kondensiert ein Sinnhorizont mit praktisch ausreichenden Gebrauchsanweisungen. In diesem Sinne ist Verfassung das Resultat einer evolutionären Entwicklung, eine evolutionäre Errungenschaft, die durch keine Intention genau getroffen wird. Nachdem die funktionale Differenzierung des Gesellschaftssystems neue Anforderungen an die tautologisch/paradoxe Selbstbeschreibung der Funktionssysteme erzeugt und entsprechende Irritationen ausgelöst hat, setzt die (wie immer durch Bruchstücke der Tradition motivierte) Erfindung von „Verfassung" einen Schlußstein in dieses Gebäude. Und von da aus wird dann das strukturelle und das semantische Material, auf das man in diesem Moment zurückgreifen kann, neu organisiert.

Abgesehen von dieser Doppelorientierung historischer Forschungen an strukturellen Innovationen und den sie umsetzenden Semantiken könnte man fragen, ob „Verfassungen" eine spezifisch europäische Institution sind, die wegen dieser kulturellen Abhängigkeit anderswo nicht funktionieren können, oder ob es für dieses offenkundige Schlechtfunktionieren in zahlreichen Staaten des Erdballs andere, nämlich strukturelle Gründe gibt.

Dies ist nicht lediglich ein Problem der Durchsetzungsfähigkeit von Verfassungsnormen. Vielmehr muß vorab die Trennung und operative Geschlossenheit der beiden Systeme Politik und Recht gesichert sein. Nur auf diese Weise gewinnt die Orientierung an dem, was im eigenen System jeweils möglich und erfolgversprechend ist, den Primat. Und nur so kann gesichert werden, daß jedes System sich quasi automatisch nach dem eigenen Code richtet bzw. Kommunikationen, die das nicht tun, nicht als eigene erkennt. Nur so entwickelt sich eine hinreichende Indifferenz gegen externe Werte und Interessen oder auch gegen die Zeitvorstellungen und das Tempo in der Umwelt. Durch Kopieren von berühmten, anderswo bewährten Verfassungstexten oder -institutionen, durch „legal transplants"[90], kann dieser Effekt nicht erreicht werden. Seine strukturellen Voraussetzungen sind zu komplex.

Eine gezielte Entwicklungspolitik und auch Verfassungspolitik (und gar noch in Imitation europäischer oder US-amerikanischer Muster) wird schwierig zu konzipieren sein, wenn man sich zirkuläre Verhältnisse vorzustellen hat. Wenn es richtig ist, daß die Funktion der Verfassung nicht in der Realisation entsprechender Wertbeziehungen liegt (also auch nicht qua Interpretation aus den Texten herauszuziehen ist), sondern in der strukturellen Kopplung von bereits differenzierten Systemen, mag man deutlicher sehen, wo die Probleme liegen, und zugleich weniger deutlich, welche spezifischen Interventionen diese Probleme lösen könnten. Zwar lösen sich überall auf dem Erdball die traditionellen Schichtungstrukturen auf, und insofern verschwindet die intakte Gesellschaftsordnung, gegen die sich die europäische Moderne mit ihren Verfassungsstaaten durchgesetzt hat. Aber das besagt keineswegs, daß damit auch die Voraussetzungen einer autopoietischen Autonomie der Funktionssysteme gesichert seien, ohne die dem Mechanismus der strukturellen Kopplung die Anknüpfungspunkte fehlen. Es mag gesellschaftliche Komplexe geben wie das Militär, die internationalen Banken und Korporationen (in Südamerika manchmal American Embassy genannt) oder den internationalen Terrorismus, gegen die eine autonome Politik sich nicht durchsetzen kann, weil solche Einflüsse nicht den Weg über politische Wahlen nehmen und auch nicht in der Form unterschiedlicher politischer Parteien innerhalb des politischen Systems wirken[91]. Es mag sein, daß „gag rules", die in der europäischen Geschichte bestimmte Themen – vor allem Religion, in gewissem Umfang auch Fragen der Eigentumsverteilung – der politischen Debatte entzogen haben, unter diesen Bedingungen nicht funktionieren[92] und daß Lösungen für politisch unlösbare Probleme dann immer wieder über Revolutionen oder über Bürgerkriege oder über bürgerkriegsähnlichen Terrorismus von links oder von rechts gesucht werden; und daß Verfassungsgesetze

[88] Dies zeigt mit sorgfältigen Analysen Regina Ogorek, Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 11 (1989), S. 12–38.

[89] Vgl. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München 1928, S. 1 ff.; Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, S. 249 ff.

[90] Ein Ausdruck von Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974, mit dem aber gerade die relativ kontextfreie Übertragbarkeit von Rechtsvorstellungen betont werden soll. Man wird auch in dieser Frage zwischen Verfassungsrecht und sonstigem Recht unterscheiden müssen.

[91] In anderen Worten: die in dieser Form konsolidierten Interessen könnten zu kompakt sein für ein „Madison"-Programm der pluralistischen Diversifikation und der wechselseitigen Neutralisierung anerkannter Interessen.

[92] So für den Fall der Sklaverei in Nordamerika Stephen Holmes, Gag Rules or the Politics of Omission, in: Jon Elster/ Rune Slagstadt (Hrsg.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge Engl. 1988, S. 19–58.

in solchen Lagen dann nur als Kampfmittel oder als Mittel „symbolischer Politik" in Betracht gezogen werden können.

Die europäische Verfassungsgeschichte hatte denn auch eine Situation genutzt, die heute nicht mehr gegeben ist. Im Zeitalter eines relativ starken Fortschrittsoptimismus und einer sich bewährenden Eigendynamik von Wirtschaft und Wissenschaft konnte das politische System sich beschränken und durch Retraktion auf die eigentlichen Staatsaufgaben Möglichkeiten des Aufbaus von Eigenkomplexität gewinnen. Die auf Staatsämter bezogene Politik wurde komplexer, die Wählerschaft wurde erweitert, Demokratie als Normalform akzeptiert, politische Parteien gebildet – alles in allem eine postkonstitutionelle Entwicklung[93]. Die im 19. und 20. Jahrhundert in ehemals kolonisierten oder auch in frei gebliebenen Territorien sich bildenden Staaten finden sich in einer völlig anderen Situation: zunächst in einer Situation des Entwicklungsrückstandes, die ein Kopieren europäischer Muster nahelegt, als wäre dies ein Erfolgsrezept; heute aber zunehmend konfrontiert mit einem hochdynamischen Weltwirtschaftssystem, mit aufwendigen und rasch veraltenden Technologien, mit internationalen Finanzmärkten und spekulativen Geldflüssen sowie zunehmend mit ökologischen Auswirkungen und entsprechendem Zurückhaltungsdruck. In dieser Situation ist eine Verfassungsapparatur, die über Gewaltenteilung, Verrechtlichung und Grundrechtsschutz auf Autonomisierung der Funktionssysteme und auf den Doppelschritt des Aufbaus durch Limitierung ausgerichtet war, prima facie wenig attraktiv. Faktisch zeigen sich denn auch Entwicklungstendenzen, zum Beispiel in Brasilien, die einen ganz anderen Typus von Beschränkung favorisieren, nämlich Exklusion der Unterschichten aus dem Bereich staatlich-politischer Relevanz, zum Beispiel durch eine weit verzweigte, ihnen aber unzugängliche Staatstätigkeit, durch Korruption, durch Inflation. Das mag eine Strategie sein – erst müsse man das Haus in Ordnung bringen und dann könne man Bewohner einladen; aber es setzt sich auch dort durch, wo der Verfassungstext und internationale Aufmerksamkeit eine andere Darstellung erzwingen. Auch bei Beschränkung durch diese Exklusion überlastet dieser zweite Weg jedoch die Politik und läßt sie instabil werden. Und erst recht ist dies zu erwarten, wenn auch die ehemals „sozialistisch" regierten Territorien nur noch den Weg sehen, sich über Exklusion der Unterschichten zu entwickeln.

[93] An der Literatur des 18. Jahrhunderts „on factions" oder „on parties" und vor allem an den Beratungsthemen des Philadelphia convention wird Seite um Seite deutlich, wie sehr die Entstehung von organisierten Parteien und von Kommunikation über Massenmedien unvorhergesehen kam und dann die Problemlage veränderte: Alte Sorgen wurden dadurch obsolet, neue kamen hinzu.

Nicht zuletzt muß man sich fragen, ob gewisse inhaltliche Prämissen des im weitesten Sinne liberalen Konstitutionalismus obsolet werden könnten. Das gilt insbesondere für die heimliche Voraussetzung aller Freiheitsrechte und damit der Form, in der die Unabhängigkeit anderer Funktionssysteme von der Politik rechtlich garantiert ist, die Voraussetzung nämlich, daß es einen weiten Bereich von Handlungsmöglichkeiten gebe, in dem der Handelnde seine eigenen Interessen verfolgen könne, ohne jemandem anderen zu schaden. Jede soziologische Analyse zeigt, wie prekär eine solche Annahme von „pareto-optimalen" Bedingungen ist, und jede ökonomische Analyse zeigt, daß sie nur vorliegen, wo man eine „Externalisierung" von Kosten akzeptiert. Die ökologische Bedrohung der modernen Gesellschaft zeigt mehr als deutlich die Problematik solcher Prämissen, und die Diskussion über das Verhältnis von riskantem Entscheiden und Betroffenheit anderer verstärkt diese Zweifel. Die Zukunftsperspektiven haben sich damit in einer Weise verschoben, die deutlich macht, wie sehr der klassische Konstitutionalismus (der sich selbst ja erst durchsetzen mußte) auf einem undefinierten Zukunftsvertrauen beruhte.

Das muß nicht schon heißen, daß man auf Verfassungen verzichten könnte. Nur wird man damit rechnen müssen, daß die Politik sich mit Entscheidungsproblemen konfrontiert findet, die nicht mehr auf das Souveränitätsparadox alten Stils zurückgerechnet werden können, sondern auf die Außenbedingungen der gesellschaftlichen Kommunikation zurückgeführt werden müssen; und daß das Recht ebenfalls unter diesen Druck gerät und nicht mehr nur als Regulierung von Konflikten begriffen werden kann, sondern zur Erzeugung spezifierten Verhaltens eingesetzt werden muß. Und vielleicht täuschen uns die Faszination durch das Grundgesetz und seine Wertbekenntnisse, die Vorstellung einer hierarchisch garantierten Höchstinstanz und die tägliche Inanspruchnahme dieser Regulierung darüber hinweg, wie weit wir auf einem Wege schon fortgeschritten sind, der diese Grundlagen längst verlassen hat.

VI.

Abschließend kommen wir noch einmal auf das Rechtssystem zurück, und zwar auf die Frage der Interpretation von Verfassungstexten. Ungeachtet der allgemeinen Probleme des Interpretierens von Rechtstexten, die so alt sind wie die schriftliche Fixierung von Recht überhaupt[94], gewinnen Interpretationsnotwendigkeiten im Ver-

[94] Hierzu Peter Goodrich, *Reading the Law, A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*, Oxford 1986.

fassungsrecht eine besondere Zuspitzung, denn mit der Interpretation geht im Maße ihrer Freiheit die Souveränität vom Verfassungsgesetzgeber auf den Interpreten über. Seitdem es geschriebene Verfassungen im modernen Sinne gibt, hat dieses Problem irritiert. Schon bei der Ausarbeitung des Textes der Verfassung der Vereinigten Staaten hat man darauf gesehen und auf textliche Voraussetzungen für einen möglichst engen Interpretationsspielraum geachtet. Daraus hat sich die Doktrin des „original intent" entwickelt, eine streng selbstreferentielle Lösung des Problems durch Bindung an die im Text selbst erkennbaren Absichten des Gesetzgebers[95]. Der Begriff der Verfassung und die ihm zu Grunde liegende Ideenwelt der zivilrepublikanischen Tradition[96], der *civil rights* und des als Vernunft interpretierten Naturrechts boten keinen ausreichenden Halt. Im Gegenteil: gerade sie mußten die Verfassung für Interpretation öffnen. Im Prinzip ließ sich nichts daran ändern, daß jede Konstruktion des Sinnes der Verfassung Teilhabe an Souveränität beansprucht. Die Frage konnte daher nur noch sein, ob es sich um bloße Rechtsmeinungen akademischer Provenienz handelte, oder ob die Interpretation verbindlichen Rechtsentscheidungen und damit einer Fortentwicklung des Rechts selbst zu Grunde gelegt wurde.

Alle Interpretation muß zunächst einmal ihren Text als interpretationsbedürftig beschreiben. Sie faßt damit den Text und sich selbst ins Auge, erfordert also ein partiell autologisches Operieren[97]. Der durch Interpretation erschlossene, verständlich und anwendbar gemachte Text ist aber auch seinerseits bereits ein Schema, das festlegt, wie Beobachter beobachten und was sie für rechtmäßig bzw. rechtswidrig halten sollen. Interpretation ist mithin ein mindestens zweistufiges Operieren, ein Beschreiben von Beschreibungen.

[95] H. Jefferson Powell, The Original Understanding of Original Intent, *Harvard Law Review* 98 (1985), S. 885–948, zeigt, daß dem ursprünglich ein sehr viel engeres Verständnis zu Grunde lag, als man heute unterstellt, und keineswegs dem Rückgriff auf die subjektiven Vorstellungen der Textverfasser Spielraum gegeben werden sollte. Um diese Frage geht es aber in der heutigen Diskussion der original intent Doktrin.

[96] Hierzu die heute viel diskutierten Thesen von John G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton 1975.

[97] Siehe dazu den Versuch eines Auswegs über eine Mehrebenenlogik (*description* ist die eine, *interpretation* die andere Ebene) bei Lars Loefgren, Towards System: From Computation to the Phenomenon of Language, in: Marc E. Carvallo (Hrsg.), *Nature, Cognition and System* I: Current Systems – Scientific Research on Natural and Cognitive Systems, Dordrecht 1988, S. 129–155. Vgl. auch ders., Life as Autolinguistic Phenomenon, in: Milan Zeleny (Hrsg.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, New York 1981, S. 236–249.

Die selbstreferentielle Komponente kommt dadurch zustande, daß auch die Interpretation normative Bindungen zu erzeugen versucht – und nicht einfach nur über den Text redet. Insoweit findet sich der Verfassungsjurist in der gleichen Situation wie der Linguist, der über Sprache spricht und daher an seinem Objekt sein eigenes Verhalten erkennt. Logiker, die ihrerseits solche Implikationsverhältnisse beobachten und wissen können, daß all dies auch für sie selber gilt, unterscheiden oft mehrere Ebenen, um damit die unausweichliche Selbstreferenz zu „entfalten", das heißt: auf unterscheidbare Identitäten aufzuteilen. Daß dies ein Willkürakt ist, mit dem die Logik sich selber salviert, also ihre eigene Zirkularität unterbricht, ist bekannt. „Strange loops" im Sinne von Hofstadter können dadurch nicht ausgeschlossen werden[98]. Die logische Analyse der Interpretation von Texten, die ihrerseits Beobachtungs- und Beschreibungsanweisungen enthalten, gibt also keine festen Gründe, keine Kriterien für die Begründung der Richtigkeit von Interpretationen, ja nicht einmal eine Einschränkung ihres Spielraums. Sie verlagert das Problem der Selbstreferenzunterbrechung nur auf das, was für diesen Zweck als eine „andere Ebene" bezeichnet wird. Jeder Fluchtweg in Richtung auf einen festen Grund ist verschlossen, sobald man beginnt, Beschreibungen zu beschreiben. Man mag zwar Beschreibungen erster und zweiter Ordnung (oder mit Loefgren[99]: *description* und *interpretations*) unterscheiden, aber damit wird das Problem, daß es auf der zweiten und auf allen weiteren Ebenen zur Selbstimplikation kommt, nicht ausgeschlossen. Im Sozialarbeiterjargon kann man daher den Verfassungsjuristen fragen: und wie gehst Du damit um?

Die eindeutige Trennung von politischem System und Rechtssystem, die den vorstehenden Analysen zu Grunde gelegt ist, wirkt sich auf diese Frage aus. Verfassungsinterpretationen irritieren beide Systeme zugleich, haben aber in beiden Systemen völlig verschiedene Voraussetzungen und Anschlußbedingungen. Sie integrieren beide Systeme punktuell – aber eben nur punktuell. Die typische Lösung, die sich in dieser Situation entwickelt hat, ist der Rückgriff auf Politik *und* Recht transzendierende *Wertvorstellungen* im Sinne der „unviolate levels", die Hofstadter[100] als jeweils fraglos Akzeptierbares unterstellt[101]. Sie ersetzen in der Bundesrepublik

[98] Siehe Douglas R. Hofstadter, *Goedel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Hassocks, Sussex UK 1979 (dt. Übers. Stuttgart 1985).

[99] A. a. O. [100] A. a. O.

[101] Vgl. Niklas Luhmann, Grundwerte als Zivilreligion, *Archivio di Filosofia* 1978, No. 2–3, S. 51–71, neu gedruckt in: Heinz Kleger/Alois Müller (Hrsg.), *Religion des Bürgers: Zivilreligion in Europa und Amerika*, München 1986, S. 175–194.

heute die politisch deutlich zugespitzten „Staatslehren", mit denen Carl Schmitt, Rudolf Smend oder Hermann Heller zur Zeit der Weimarer Verfassung diese Probleme anzugehen versuchten. Die Werte repräsentieren an dieser Funktionsstelle das, was man früher als wohlgeordnete Gesellschaft, als perfekte communitas über Tugendkataloge anschaulich machen konnte. Sie können die sehr viel komplexere Gesellschaft unserer Tage aber nur noch extrem formelhaft bezeichnen und referieren dazu auf das, was in der Normalkommunikation vermutlich nicht bestritten, als gegeben unterstellt, aber eben deshalb auch nicht explizit thematisiert wird. Auch das ist ein „strange loop" aus Begründungsverlegenheiten über höchste Ideale in die Trivialitäten der Alltagskommunikation, wo fraglos unterstellt wird, daß Frieden, Freiheit, Gleichheit, Sicherheit, Wohlfahrt für alle etc. gute Dinge sind. Und: das wollen die Leute hören, meinen die Verfasser von Parteiprogrammen, Slogans für politische Wahlen, politischen Reden sowie, weniger direkt, Verfassungskommentaren. Das mag durchaus sein; aber das könnte man nachprüfen.

Das Verlangen nach einer moralischen Begründung von Verfassungsinterpretationen erfüllt dieselbe Funktion. Strukturell gesehen scheint dies der „dritte Weg" zu sein, der einzige Ausweg, auf dem man vermeiden kann, in die selbstreferentielle Zirkularität, sei es des Rechtssystems, sei es des politischen Systems, hineingezogen zu werden. Empirisch gesehen, ist die Apotheose von Moral (oder, feiner ausgedrückt, von Ethik) weit verbreitet[102] und läßt sich allenfalls über eine wenig sinnvolle, weil unhistorische, historische Interpretation nach Art der Doktrin des „original intent" vermeiden. Auch bei dieser ausdrücklich moralischen (und nicht nur Grundwerte affirmierenden) Vorstellung ist eine gesamtgesellschaftliche Referenz im Spiel, auch hier braucht man deshalb zwischen Recht und Politik nicht zu unterscheiden und als Jurist deshalb nicht zuzugeben, daß politische Vorstellungen und Wirkungsabsichten im Spiel sind. Es ist jedoch leicht zu erkennen, daß über Grundwerte und über Moralpostulate der Interpretationsspielraum ausgedehnt wird und damit die Struktur, von der aus die gesamte Rechtsordnung auf Recht und Unrecht hin kontrolliert werden soll, mit erheblichen Unsicherheiten belastet wird. Und auch hier sind es zwei Systeme, die strukturell gekoppelt sind und sich deshalb aneinander reiben. Um nicht als Politik erscheinen zu müssen, verunsichert die Verfassungsinterpretation die Rechtsordnung.

[102] Die Terminologie und die Ratschläge für eine Respezifikation moralischer Leerformeln variieren natürlich. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1978, spricht von „constitutional morality"; Neil MacCormick, Institutional Morality and the Constitution, in: Neil MacCormick/Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, 1986, S. 171–188, spricht, wie der Titel sagt, von „institutional morality", die Besonderheiten der Verfassungsinterpretation damit eher verwischend; Michael Perry, *Morality, Politics, and Law*, London 1988, S. 121 ff. würde, den Grundgedanken seiner Ausführungen komprimierend, wahrscheinlich von „aspirational morality" sprechen. Entsprechend variieren die Strategien der Vermeidung von Festlegungen und die semantischen Vehikel, mit denen man, moralisch gefestigt, dann doch ins Rechtssystem und seine gewohnten Interpretationsweisen zurückkehrt.

So sehr dieser dritte Weg über Moral unvermeidlich zu sein scheint: er verlangt von dem, der ihn betritt, die Naivität, Moral selbst für gut zu halten. Man kann ihn nur unreflektiert begehen. Moral ist jedoch, als Form der Beobachtung, Beschreibung, Beurteilung gesehen, nichts anderes als die Unterscheidung von gutem und schlechtem Verhalten. Als Unterscheidung kann sie nicht selber gut bzw. schlecht sein; und wenn man sie, wie Moralisten es tun, für gut, oder, wie Sadisten es tun, für schlecht hält, begeht man einen einfach zu durchschauenden logischen Fehler. Das mag ein kreativer Fehler sein; aber dann müßte man genauer angeben können, unter welchen Umständen der Gebrauch dieser Unterscheidung gut bzw. schlecht ist. Vielleicht bietet die Darstellung der Verfassung als eines Mechanismus struktureller Kopplung dafür einen Ausgangspunkt, obwohl die These, daß Moralisieren hier nahezu alternativenlos geboten ist, noch nicht ohne weiteres sagt, daß es auch gut sei.

Nur eine wissenschaftliche Analyse, die alle normativen Implikationen kappt, könnte diese Art Selbstreferenz, die als Interpretation praktiziert wird, vermeiden. Sie könnte von einem anderen System aus beobachten und sich dabei in nur wissenschaftsspezifische (epistemologische) Selbstreferenzen verwickeln und diese entfalten. Auch sie praktizierte dann ein Beschreiben von Beschreibungen. Auch sie hätte dabei hinzunehmen, daß das, was sie über Beschreibungen aussagt, auch für sie selber gilt. Aber sie wäre dabei durch ihre eigenen Systemgrenzen geschützt und ihre Ambition gälte ausschließlich der Theorieförderlichkeit innerhalb weit gespannter Vergleichshorizonte und nicht einer sinnvollen, sich selbst als vernünftig rühmenden Verfassungsanwendung.

Ob eine solche wissenschaftliche Analyse mit ausreichend sachnahem Zugriff auf die Probleme in Recht und Politik möglich ist und ob sie im eigenen Kontext ergiebig ist, kann nicht abstrakt vorentschieden werden. Der hier vorgelegte Text bejaht es, indem er es versucht. Die aufgedeckten Probleme sind mit der Differenzierung und operativen Geschlossenheit von Rechtssystem und politischem System gegeben. Sie sind Folgeprobleme der funktionalen Differenzierung der modernen Gesellschaft. Das legt es nahe, einmal mehr auf Differenzierung zu bestehen und auch die

Möglichkeiten des Wissenschaftssystems ins Spiel zu bringen. Freilich gibt es hierfür dann keine strukturelle Kopplung, keine verfassungsanaloge Einrichtung. Und Recht und Politik sind damit frei, wissenschaftliche Meinungen über sie zu ignorieren. Die Soziologie könnte das nachmessen, sie würde derzeit allenfalls Aversionen gegen Soziologie, aber keinen signifikanten Irritationseffekt feststellen können.

NIKLAS LUHMANN

„Ein Gegensatz principieller Art"

Betrachtungen zur rechtsdogmatischen Diskussion um die Möglichkeit subjektloser subjektiver Rechte

I.

Die Rechtsgeschichte – eine friedliche Provinz im hektischen Wissenschaftsbetrieb. So sieht es Joachim Rückert, und wer könnte ohne weiteres widersprechen? Nur zögernd reagiere sie auf intellektuelle Moden und sei damit gut beraten. Eine bedenkliche Modeerscheinung sei namentlich die systemtheoretische Vorstellung von einer Autonomie des positiven Rechts als ausdifferenziertem gesellschaftlichem Teilsystem[1].

Dabei bot Rückert zugleich selbst ein schönes Beispiel für eine zögernde Reaktion. Seine Kritik richtete sich nur gegen Thesen, die aus einer früheren Phase der Systemtheorie stammen. Schon seit Beginn der 80er Jahre spricht Luhmann demgegenüber von einem Paradigmawechsel[2]. Freilich hat er gleichwohl von der Einarbeitung des neuen Konzepts selbstreferentieller (autopoietischer) Systeme in die 2. Auflage seiner Rechtssoziologie abgesehen. Damit bleibt der theoretisch überholte Lehrbuchtext eine legitime Grundlage der Kritik. Zudem sind die Thesen zum Recht als selbstreferentiellem System in einer Abstraktionshöhe angesiedelt, die greifbare rechtsgeschichtliche Bezüge nur schwer erkennen läßt. Die Angabe konkreter Daten und historischer Orte besitzt ausgesprochenen Seltenheitswert[3].

Bis auf weiteres könnte sich der Rechtshistoriker also erst einmal dispensiert fühlen. Sein Interesse wird allerdings beansprucht, wenn ein anderer Kritiker Luhmanns, Joachim Nocke, über eine erstaunliche Tendenz der Systemtheorie aufklären will. Die „Zauberformel Autopoiesis" laufe auf „nichts weniger als auf ein mehr oder weniger explizites Plädoyer für die Begriffsjurisprudenz"[4] hinaus. Dabei sei Begriffsjurisprudenz nicht als bloßes Kürzel für weltfremde und mitunter erheiternde

[1] RÜCKERT 1988, 8 ff.; vgl. dazu FALK 1989 b.

[2] LUHMANN 1983, Vorwort; auf der Grundlage des Konzepts geschlossen-selbstreferentieller Systeme schon DERS., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, 1981, 45 ff. (102 f.).

[3] In diesem Sinne kritisch Rottleuthner 1988, 113.

[4] NOCKE 1986 a, 370, 379.