

Um nicht in dieser Abstraktionslage zu verbleiben, soll im folgenden anhand von zentral gewählten Beispielen aus dem Bereich der Rechtstheorie und der Rechtsdogmatik vorgeführt werden, wie sich eine Selbstbeschreibung und eine Fremdbeschreibung, eine juristische und eine soziologische Darstellung des Rechts unterscheiden. Wir wählen das Problem der Norm (III.), das Problem der Positivität der Rechtsgeltung (IV.), die rechtsdogmatischen Probleme der Folgenorientierung (V.), die Eigenart der juristischen Argumentation (VI.) und das Problem der Gerechtigkeit (VII.).

### III.

Das Rechtssystem selbst ist gehalten, die *Normqualität seiner Entscheidungen* tautologisch zu definieren. Es kann die Worte wechseln, zum Beispiel Normen durch „Sollen“ definieren, aber das dient nur der verbalen Verschleierung der Tautologie. Rechtsnormativer Sinn ist das, was ein Element als zugehörig zum Rechtssystem auszeichnet. Das gilt nicht nur für Gesetze und Verträge, sondern auch für Entscheidungen, Ansprüche, Erwartungen, die sich dem Rechtssystem dadurch zuordnen, daß sie auf rechtsnormativen Sinn rekurrieren. Die Autopoiesis des Rechts ist nichts anderes als die Reproduktion dieser Möglichkeit und ihre laufende Umsetzung in aktuelles Erleben und Handeln<sup>31</sup>. Zum Rechtssystem gehört mithin nicht nur das Handeln in organisierten oder in professionellen Rollen, das Handeln der Gesetzgeber, der Gerichte und der Anwälte<sup>32</sup>, sondern auch jede alltägliche Kommunikation, sofern sie auf Recht Bezug nimmt. Das rechtliche Gesolltsein symbolisiert die Einheit und Geschlossenheit des Systems. Es gibt kein Recht außerhalb des Rechts, also im Ver-

31 Vgl. Niklas Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie 14 (1983), S. 129-154.

32 So die wohl vorherrschende Auffassung. Vgl. z.B. Lawrence M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective, New York 1975.

hältnis zur gesellschaftlichen Umwelt des Systems weder Input noch Output von Recht. Mit anderen Worten: die gesellschaftliche Funktion des Rechts wird ausschließlich im Rechtssystem wahrgenommen und nirgendwo sonst.

In der Rechtstheorie erscheint dieser Sachverhalt als die logische Unmöglichkeit, Normen aus Fakten abzuleiten. Dieses Verbot scheint in dem Maße entdeckt worden zu sein, als die gesellschaftliche Evolution zur Ausdifferenzierung des Rechtssystems und zum Abbau naturrechtlicher Prämissen geführt hat. Es gilt heute unbestritten. Auch die Soziologie wird es zu respektieren haben. Dennoch, und gerade deshalb, nimmt die rechtssoziologische Beobachtung eine ganz andere Position ein als die systeminterne Beobachtung. Für die Rechtssoziologie sind Normen Fakten, so daß sich das Problem einer logischen Deduktion gar nicht stellt. Somit liegt die Theorieleistung der Rechtssoziologie in der Frage, wie sie Normen als Fakten behandelt, das heißt: mit welcher Begrifflichkeit sie die theoretische Relevanz und Anschlußfähigkeit des besonderen Faktums „Norm“ herstellt.

Die bis heute wohl herrschende Auffassung bietet hierfür im Anschluß an Max Weber und Emile Durkheim eine sehr einfache Lösung an. Die Faktizität der Norm ist die empirisch feststellbare Meinung, die Vorstellung oder der Konsens, also ein subjektives Phänomen, das den Sinn der Norm in sich aufnimmt. Dies klärt den Normbegriff jedoch nicht, sondern setzt ihn als eine nicht weiter auflösbare Form des Erlebens voraus<sup>33</sup>. Die Tautologie, wonach die Norm das ist, was sie ist, wird damit nur ins empirische Bewußtsein verlagert. Entsprechend wiederholen sich die tautologischen Definitionen. „A

33 So explizit Nicholas S. Timasheff: An Introduction to the Sociology of Law, Cambridge, Mass. 1939, S. 68: „Ought to be“ is a primary, irreducible content of consciousness. „Das wird vor allem Phänomenologen einleuchten. Bei Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neudruck Neuwied 1964, S. 45 ff., finden sich aber auch Bemerkungen darüber, daß die normative Gültigkeit von Regeln eine nur scheinbar einfache Vorstellung des täglichen Lebens ist, hinter der in Wahrheit sehr komplexe Sachverhalte aufzudecken wären.

151

norm is a rule, more or less overt, which expresses 'ought' aspects of relationships between human beings<sup>34</sup>, heißt es zum Beispiel bei einem Sozialanthropologen<sup>34</sup>. Diese Auffassung ist nicht unproduktiv geblieben. Sie hat zum Beispiel klären können, daß zur Genese von Normbewußtsein Kontingenzbewußtsein nötig ist, daß es auf eine Vorausschau auf Folgen ankommt und anderes mehr<sup>35</sup>. Was den Normbegriff selbst angeht, so blieben jedoch die Möglichkeiten ungenutzt, die in der Differenzierung von Fremdbeobachtung und Selbstbeobachtung angelegt sind.

Über diesen Diskussionsstand kommt man hinaus, wenn man Normen als kontraktische Verhaltenserwartungen auffaßt, das heißt als Erwartungen, die auch dann aufrechterhalten werden, wenn sie enttäuscht werden<sup>36</sup>. Auch damit werden Normen als Fakten behandelt (und nicht etwa: aus Fakten logisch abgeleitet). Zugleich wird mit dieser Definition der Unterschied von kognitiven und normativen Erwartungen deutlich: Bei kognitiven Erwartungen lernt man aus Enttäuschungen, bei normativen Erwartungen dagegen nicht. Man sieht außerdem, daß es in vielen, ja vielleicht in den meisten Fällen auf diese Unterscheidung gar nicht ankommt, weil es nicht notwendig ist, sich über das Verhalten im Enttäuschungsfall im voraus Gedanken zu machen. Das Alltagserwartet nimmt dann Selbstverständlichkeiten in Anspruch und bleibt in bezug auf die Unterscheidung kognitiv/normativ (Lernen/Nichtlernen) unqualifiziert. Nur

34 Paul Bohannan, *The Differing Realms of Law*, in *ders.* (Hrsg.), *Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City, N. Y. 1967, S. 43–56 (45). Vgl. auch den materialreichen Überblick über Definitionsversuche bei *Rüdiger Lautmann*, *Wert und Norm: Begriffsanalysen für die Soziologie*, Köln–Opladen 1969, S. 54 ff.

35 Vgl. für Forschungen in dieser Richtung z. B. *Milton Oman/Richard F. Tomasson*, *Disparities in Visualizing Social Norms*, *Social Forces* 3 (1952), S. 328–333; *Shalom H. Schwartz*, *Words, Deeds, and the Perception of Consequences and Responsibility in Action Situations*, *Journal of Personal and Social Psychology* 10 (1968), S. 232–242; *Sybilie Sukale-Wolff*, *Konformität als Antwort auf Konflikte: Zwei Modelle*, Festschrift Eduard Baumgarten, Meisenheim am Glan 1971, S. 174–200.

36 Hierzu näher *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl. Opladen 1983, S. 40 ff.

wenn Konflikte und gegebenenfalls Erwartungsenttäuschungen sich als Möglichkeit abzeichnen, besteht ein Anlaß, sich vorgreifend darüber Gedanken zu machen und gegebenenfalls durch einen betont normativen Erwartungsstil sich selbst und andere für diesen Fall vorweg zu binden<sup>37</sup>. Klassische Aspekte des soziologischen Normbegriffs können nun sekundär eingeführt werden: Wenn es um Durchhalten von Erwartungen im Enttäuschungsfall geht, also um das Risiko der Verweigerung von lernernder Anpassung, muß die Unwahrscheinlichkeit eines solchen Verhaltens zusätzlich abgesichert sein – sei es durch besondere Anforderungen an Formulierung und Symbolisierung der Norm, damit sie sich ohne Korrelat in der Wirklichkeit halten kann; sei es durch Unterstellung des Konsenses unbeteiligter anderer (Institutionalisierung); sei es durch Aussicht auf Sanktionsmöglichkeiten, mit denen man seiner Enttäuschung Ausdruck und seiner Erwartung Nachdruck verleihen kann<sup>38</sup>. Achtet man auf die Funktion des Erwartungsmodus der Normativität, wird zugleich der Grund dieses Stützbedarfs und der Zusammenhang der verschiedenen Absicherungsweisen verständlich. Die Norm muß sich in mehr oder weniger großem Umfange gegen die Wirklichkeit halten können, und sie wird nur deshalb formuliert, weil dies gegebenenfalls nötig werden wird. Die Bedeutung der Norm liegt im abweichenden, nicht im konformen Verhalten.

37 Zuzugeben ist natürlich, daß gerade diese vorgreifende Bindung lästig werden kann und man nach Wegen der Selbstdisziplinierung suchen wird, wenn sich dies herausstellt. Vgl. hierzu die Fallstudie von *Barbara Frankel*, *The Cautionary Tale of the Seven-Day Hospital: Ideological Messages and Sociological Muddles in a Therapeutic Community*, in: *Klaus Krippendorff* (Hrsg.), *Communication and Control in Society*, New York 1979, S. 353–373.

38 Sehr oft wird, besonders von Soziologen, aber auch von „realistischen“ Rechtstheoretikern, der Normbegriff durch dieses *sekundäre* Merkmal *definiert*. Auch das ist eine Möglichkeit, die pure Faktizität des Normativen zu behaupten, ohne auf den eigentümlichen Sinn der Normativität einzugehen. Vgl. z. B. *Héinrich Potz*, *Soziale Normen*, Europäisches Archiv für Soziologie 2 (1961), S. 185–198; *Gerd Spittler*, *Norm und Sanktion: Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus*, Olten–Freiburg 1967, insb. S. 14 ff.

Mit Hilfe dieses in ein Netz von faktischen Bedingungen und Funktionen eingebauten Normbegriffs kann die Soziologie viel mehr sehen und formulieren, als im Rechtssystem selbst verwendbar ist<sup>39</sup>. So wird der Soziologe den Kontingenzbezug, die Funktion der Erwartungssicherung und das eigentümliche Trotzverhalten der Norm herausstellen und den Begründungsbedarf darauf zurückführen, während im Rechtssystem umgekehrt die Reproduktion und die Durchsetzung der Norm mit ihrer Begründbarkeit begründet werden. In der soziologischen Perspektive wird die Norm daher in ganz anderer Weise dem Vergleich ausgesetzt als im Rechtssystem. Andererseits sind nur die Operationen des Rechtssystems in der Lage, im Vollzug ihrer Autopoiesis ihre normativen Erwartungsstrukturen zu variieren, und die dazu nötigen Überlegungen mögen dem Soziologen als unerklärbar und als unprognostizierbar erscheinen.

#### IV.

Es ist nicht ganz leicht, festzustellen, auf welche Frage der Begriff der Positivität des Rechts eigentlich antwortet, und deshalb bleibt auch unklar, was er letztlich bedeutet. Vermutlich ist die den Begriff tragende Fragestellung in der neuen Geschichte ausgewechselt worden – aber wie? Und weshalb?

In der mittelalterlichen Rechtsarchitektur war Positivität die Bezeichnung einer Rechtsquelle gewesen<sup>40</sup>, also eines Geltungsgrundes, der zugleich die Richtigkeit des Rechts innerhalb einer hierarchischen Ordnung von Geltungsgründen garantierte und durch Beschränkung

39 Vgl. Rolf Ziegler, Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 36 (1984), S. 433–463.

40 Zur historischen Semantik von „Rechtsquelle“ vgl. auch Niklas Luhmann, Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht, in ders., Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre, Frankfurt 1981, S. 308–325.

glaubwürdig machte. Die Legeshierarchie ermöglichte, mit anderen Worten, Geltungsaussage und Richtigaussage zusammenzuschließen. Zugleich war damit, politisch gesehen, ein Widerstandrecht hinzunehmen. Vielleicht war dieses Problem des Rechtes zum Widerstand gegen unrechtmäßig gesetztes Recht (also eine Erscheinungsform der Rechtsparadoxie) der Anstoßpunkt: jedenfalls hat sich im 17. und 18. Jahrhundert diese Legeshierarchie aufgelöst, und zurück blieb die Positivität der Rechtsgeltung<sup>41</sup>. Heute gilt nur noch positives Recht. Hinter der Szene ist die Paradoxie des Rechts durch die Tautologie des Rechts ersetzt worden, und Positivität besagt nun nichts anderes, als daß als Recht gilt, was nach den Vorschriften des Rechts als Recht gilt. Der Normjurist hat im konkreten Falle bei bestimmten Rechtsbehauptungen dann nur noch die eine Frage zu stellen und zu beantworten: wo steht das?

Aber diese zunächst so bestechend einfache Lösung hat ihre Kosten. Sie hat die Einheit von Geltungsaussage und Richtigaussage aufgelöst. Das geltende Recht ist nicht mehr ohne weiteres richtiges Recht. Es bedarf der „Legitimation“ – jedenfalls nach Meinung der Literatur. In diese Funktionsstelle bugsiert, kann der Begriff der Legitimation heute nicht mehr wie früher ein Rechtsbegriff sein<sup>42</sup>. Er wird zum politischen Begriff, mündet ein in die Frage der Legitimation der Politik zur Legitimation des Rechts<sup>43</sup> und findet hier dann eine, sei es

41 Für die Umstellung der Reflexionstheorie vgl. Jürgen Blühdorn, Naturrechtskritik und „Philosophie des positiven Rechts“: Zur Begründung der Jurisprudenz als positiver Fachwissenschaft durch Gustav Hugo, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 41 (1973), S. 3–17; ders., „Kantianer“ und Kant: Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur Wissenschaft vom positiven Recht, Kanstudien 64 (1973), S. 363–394.

42 Verlegenheiten zeichnen sich allerdings schon früh ab. So wird Legitimität, auf politische Herrschaft bezogen, zumeist negativ definiert durch Bedingungen ihres Nichtvorliegens, nämlich gewaltsame Usurpation oder tyrannischen Mißbrauch. Vgl. z. B. *Ciro Spontone, Diodici libri del Governo di Stato*, Verona 1599, S. 241 ff.

43 Im übrigen erlaubt es der Staatsbegriff der kontinentaluropäischen Tradition, diesen komplexen Sachverhalt verkürzt auf die Formel der Legitimation des Staates zusammenzufassen. Vgl. dazu die Beiträge und Diskussionen in: *Norbert Achterberg/Werner Krawietz* (Hrsg.), Legitimation des modernen Staates, Beiheft 15 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 1981.

153