

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 149

Postmoderne Rechtstheorie

Selbstreferenz — Selbstorganisation — Prozeduralisierung

Von

Karl-Heinz Ladeur

Zweite Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

KARL-HEINZ LADEUR

Postmoderne Rechtstheorie

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 149

Postmoderne Rechtstheorie

Selbstreferenz — Selbstorganisation — Prozeduralisierung

Von

Karl-Heinz Ladeur

Zweite, mit einem Nachwort versehene Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ladeur, Karl-Heinz:

Postmoderne Rechtstheorie : Selbstreferenz –

Selbstorganisation – Prozeduralisierung / von Karl-Heinz

Ladeur. – 2., mit einem Nachw. versehene Aufl. – Berlin

Duncker und Humblot, 1995

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 149)

ISBN 3-428-08536-1

NE: GT

1. Auflage 1992

Alle Rechte vorbehalten

© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-08536-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Vom Subjekt der Vernunftordnung zur Intersubjektivität der kommunikativen Vernunft?

I. Dezentrierung der Ordnungsbildung und neue Selbstbeschreibung des Rechtssystems	9
II. Subjekt und Synthesis bei Kant	15
1. Das Subjekt als Resultat eines „Differenzierungsgeschehens“	15
2. Das Subjekt und das Andere	19
III. Neuzeitliche Verfassungstheorie und der Status des Subjekts	23
1. Subjekt und Artifizialisierung der gesellschaftlichen Ordnung insbesondere bei Hobbes	23
2. Subjekt und Kollektivordnung: Rousseau und die Folgen	25
3. Subjekt — Volk — symbolische Ordnung	29
IV. Die Dezentrierung des Subjekts in der Pluralität der Sprachspiele	33
1. Subjekt und Aneignung der Regeln	33
2. Subjekt, Sprache und Zeithorizont	35
3. Das Subjekt und das Spiel der Kontingenzen	39
4. Von der Vernunftordnung zur Pluralität der Sprachspiele	41
5. Zur Pluralisierung der „Binnenstruktur“ des Subjekts	45
V. Zur verfassungstheoretischen Relevanz der Theorie der intersubjektiven kommunikativen Rationalität	51
1. Intersubjektivität und die kollektiven Grenzen der Kommunikation	51
2. „Volkssouveränität als Verfahren“	55
3. Normativität der Diskursethik und institutionelle Unterbestimmtheit	61
4. Insbesondere: Verfassungstheoretische Implikationen der Auflösung der kollektiven symbolischen Ordnung in der „Assoziation“ der Individuen	65
5. Handeln unter Ungewißheitsbedingungen und moralische Selbstaufklärung der Bürger	69
6. Die Subjekte und der „Wille zur symbolischen Einheit“	71
7. Die Ablösung der regelorientierten Moral durch das moralische Argumentieren	73
8. Zur politischen Verortung der diskursethischen Konstitution von Politik und Verfassung	77

Zweiter Teil

**Zu einer postmodernen Theorie der Selbstreferenz
und Selbstbeschreibung der Gesellschaft**

I. Beobachtung und Selbstbeobachtung	80
1. Subjekt und Pluralisierung der Sprachspiele	80
2. Vom Subjekt zur kollektiven Intelligenz	85
3. Lernen durch Vervielfältigung der Beobachtungsstandpunkte	90
4. Selbstbeobachtung und Artifizialisierung der Welt	99
II. Die Systemtheorie als Theorie autonomer Systeme	107
1. Zur Selbstproduktion von Systemen nach Luhmann	107
2. Zur Konstruktion des Autopoiesis-Konzepts in der Biologie	114
3. In welcher Sprache beschreiben Systeme Systeme?	123
4. Zum Verhältnis von Selbstreferenz der Operation und Selbstorganisation des Systems	137
5. Zum wissenschaftstheoretischen Status der Systemtheorie als Theorie des Systems im System	141
6. Zum Verhältnis von Subjekt und System	143
7. Die Logik der Systeme als Substitut der Vernunftordnung?	150
III. Das Rechtssystem als autopoietisches System?	155
1. Selbstreferenz von „Element zu Element“?	155
2. Selbstbeschreibung des Rechtssystems und die Konstruktion nicht-linearer Ungleichgewichtsmodelle	167

Dritter Teil

**Das Paradigma der Selbstorganisation und die Evolution
der Grundrechtstheorie — Zur Funktion der Grundrechte
unter Bedingungen gesteigerter Komplexität**

I. Grundrechtsfunktionen jenseits der Eingriffsabwehr	176
1. Institutionelle Komponenten (insbesondere) der Kommunikationsrechte ...	176
2. Gruppenrechte, Schutzpflichten, Verrechtlichung des „besonderen Gewalt- verhältnisses“, Drittwirkung im Privatrecht	181
3. Die Unternehmensverfassung zwischen individueller Freiheit und Organi- sationsautonomie	186
II. Die Grundrechte im Übergang zur Informations- und Wissensgesellschaft	191
1. Die juristische Person und die Grundrechtsbetätigung im Unternehmen	191
2. Individuum und Organisation im Prozeß der gesellschaftlichen Wissens- produktion	193
3. Markt und Eigentum	197

III. Grundrechte und Selbstreferenz	200
1. Markt, Organisation und prozedurale Rationalität	200
2. Funktion der Grundrechte: Gewährleistung von Flexibilität und Selbstmodifikationsfähigkeit des gesellschaftlichen Wissens	205
3. Die Bedeutung der Grundrechte in einem nicht-linearen Ungleichgewichtsmodell der Gesellschaft	207
Literaturverzeichnis	214
Nachwort zur 2. Auflage	231

Erster Teil

Vom Subjekt der Vernunftordnung zur Intersubjektivität der kommunikativen Vernunft?

I. Dezentrierung der Ordnungsbildung und neue Selbstbeschreibung des Rechtssystems

Das Verfassungsdenken der Bundesrepublik wurde und wird von einem Pragmatismus beherrscht, der in der jüngsten Zeit vor allem aus zwei Richtungen, der Habermasschen Theorie der kommunikativen Vernunft und der Systemtheorie herausgefordert wird. Anlaß zu einer theoretischen Reflexion und Rekonstruktion der Verfassungspraxis bieten neue Regelungsprobleme, die vor allem das prekäre Verhältnis von Autonomie und Heteronomie in einer komplexen Gesellschaft sichtbar machen. Mehr und mehr treten Organisationen als Zurechnungseinheiten auf und provozieren die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Mediatisierung des Verhältnisses von Individuum und Staat. Ist die Organisation selbst ein „Instrument“ der dahinterstehenden Individuen¹ oder wird sie gar selbst zum quasi-staatlichen öffentlichen Akteur, gegen den Grundrechtsschutz zu gewähren ist? Damit korrespondiert die Frage nach den sozialen Rechten des Individuums gegenüber dem Staat, der dadurch vom Adressaten formaler Abwehrrechte, mit denen bestehende Handlungsmöglichkeiten verteidigt werden, zum Protagonisten der „realen“ Freiheit wird, die neue Handlungsmöglichkeiten eröffnen soll². Eine ähnliche Frage hat sich im Zusammenhang mit der Entwicklung von Schutzpflichten des Staates gegenüber den von genehmigungsbedürftigen Anlagen ausgehenden Gefahren (für Dritte) gestellt. Eine solche Schließung der zweiseitigen öffentlich-rechtlichen Beziehung des Staates zum Betreiber und der ebenfalls zweiseitigen privaten Beziehung zwischen Betreiber und Nachbar zu einem Dreiecksverhältnis durch die Begründung eines Schutzpflichtverhältnisses zwischen Nachbarn und Staat wirft neue Abstimmungsprobleme zwischen abwehr- und

¹ Vgl. nur K. H. Ladeur, Zu einer Grundrechtstheorie der Selbstorganisation des Unternehmens, in: Auf einem dritten Weg, FS Ridder, hg. v. Faber / E. Stein, Neuwied / Darmstadt 1989, S. 179 ff.; G. Teubner, Unternehmens korporatismus, KritV 1987, S. 61 ff.

² Vgl. dazu nur P. Badura, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 1975, S. 17 ff.; E. W. Böckenförde, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: Soziale Grundrechte, hg. v. ders. / J. Jekewitz / Th. Ramm, Heidelberg 1981, S. 7 ff.

leistungsrechtlichen Grundrechtselementen auf³. Auch die Stellung des Gesetzgebers als Adressat von subjektiv- oder objektivrechtlichen Verpflichtungen wird damit klärungsbedürftig. Die Frage nach der Handlungspflicht des Gesetzgebers ist vom Problem der sich in der Zeit verändernden Informationsgrundlagen des Entscheidens nicht zu trennen; daraus ergeben sich neue prozessuale Anforderungen an die Gesetzgebung⁴, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit und Grenzen experimenteller Gesetzgebung, die Nachbesserungspflicht bei Gesetzgebung unter Ungewißheitsbedingungen etc.

Die Erweiterung der Staatsaufgaben und die Bedeutung der dem Staat zur Verfügung stehenden Handlungsressourcen zwingen wiederum zu Überlegungen über die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts über den Bereich traditioneller Eingriffsregelungen hinaus auf Konstellationen, in denen die faktischen Ausübungsbedingungen von Freiheit durch das staatliche Handeln „berührt“ werden. Das gilt etwa im Schulrecht, wenn neue Schulfächer eingeführt werden sollen. Daß diese Frage zum Rechtsproblem werden konnte, hängt wiederum damit zusammen, daß die traditionell in dem „besonderen Gewaltverhältnis“ Schule vermittelten Voraussetzungen für die Autonomie der Grundrechtssubjekte (im allgemeinen Gewalt- / Rechtsverhältnis) Gegenstand politischer Kontroverse und deshalb regelungsbedürftig geworden sind. Um das Problem der rechtlichen Schaffung von Voraussetzungen und Bedingungen der Grundrechtsausübung geht es auch bei der Ergänzung der materiellen Grundrechte um Organisations- und Verfahrenselemente, über die vor allem die Generierung von Wissen als Voraussetzung für die Beteiligung an komplexen staatlichen Abwägungsentscheidungen oder die Produktion von Meinungen, Information und Kunst durch öffentlich-rechtliche Organisation selbst ermöglicht werden soll (Rundfunk, Hochschule etc.). Schließlich stellen neue komplexe, schwer abschätzbare Umweltprobleme, deren Bewältigung rechtlich schwer strukturierbar ist, auch die traditionelle Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem in Frage. Diese Unterscheidung begründet nicht nur eine Kompetenzverteilung, sondern konstituiert ein Entsprechungsverhältnis von Staat und Gesellschaft, Staatssubjekt und Rechtssubjekt, das eine wichtige kognitive, Problembeschreibung und Handlungsorientierung ermöglichende Funktion hat. Wie voraussetzungsvoll diese Unterscheidung war, wird paradoxerweise erst sichtbar, wenn die Voraussetzungen in Frage gestellt werden und insbesondere das Rechtssystem in zunehmendem Maße seine eigenen Operationsbedingungen selbst referentiell thematisieren muß. Vor allem die zen-

³ E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633 ff.; vgl. auch R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990, S. 48 ff.; R. Wahl/J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff.; G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987.

⁴ Vgl. M. Kloepfer, Was kann die Gesetzgebung vom Planungs- und Verwaltungsrecht lernen?, ZG 1988, S. 289 ff.; H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, Berlin 1988, S. 24, 391, 496, 507; vgl. zur experimentellen Gesetzgebung H. D. Horn, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, Berlin 1989.

trale Rolle des Rechtssubjekts wird durch komplexe Prozesse der Selbstmodifikation der Gesellschaft, die die Abgrenzung von Autonomie und Heteronomie erschweren, unterlaufen.

Im folgenden soll der Versuch unternommen werden, anhand zweier prominenter Theoriemodelle die Notwendigkeit und Möglichkeit eines Rearrangements der auf der Trennung von Rechtssubjekt und dem Staat als Vertreter der „Allgemeinheit“ basierenden Konstruktion des Rechtssystems zu testen. Es fragt sich, ob gerade angesichts neuer Spannungen und divergierender Entwicklungsmöglichkeiten des Verfassungssystems die Beschreibung nicht auf eine andere bzw. neu spezifizierte Selbstbeschreibung angewiesen ist. In den hier nur kurz skizzierten widersprüchlichen Tendenzen deutet sich die Notwendigkeit an, über punktuelle „Abwägungen“ hinaus nach Begrifflichkeiten zu suchen, die für die größere Dynamik der Selbständerung der Gesellschaft besser sensibilisiert sind. In den beiden hier diskutierten konkurrierenden Theoriemodellen steht der Abschied vom Subjekt als Ausgangspunkt nicht in Frage. Und beide Theoriemodelle streben eine Art von „Prozeduralisierung“ an, in der einen Variante unter der Form einer plural konstituierten Intersubjektivität, die die Allgemeinheit des Zusammenhangs einer „zivilen Gesellschaft“ bei der Entscheidungsfindung auf Dauer reflexiv mitthematisieren soll. Demgegenüber zielt die andere, die systemtheoretische Option, auf eine Verbesserung der Selbstbeschreibung des Rechts durch seine Konstruktion als autonomes System, das seine Operationsweise an einer eigenen Leitdifferenz orientiert und sich vom Subjekt als Ursprung einer vernünftigen (Rechts-)Ordnung — und sei es auch in der Form einer prozeduralen Rationalität der Verständigung — gänzlich ablöst.

Beide Optionen versuchen auf die Schwierigkeiten des spätliberalen Verfassungsdenkens zu reagieren, das sich jedenfalls nicht mehr problemlos auf einen einheitsbildenden Gründungsakt beziehen kann, der längst eine Vielheit von ausdifferenzierten Handlungsfeldern und Sprachspielen mit Regeln hervorgebracht hat, die sich im Prozeß ihrer „Anwendung“ selbst verändern⁵ und damit die zentrale Perspektive des seine Handlungen reflektierenden Subjekts verstellen. Darin ist eine Paradoxie angelegt, die die Frage provozieren muß, ob die Autonomieeinbuße des Subjekts nicht auch seine Fähigkeit zur Selbstaufklärung über diesen Verlust affiziert und deshalb nicht von der „Erkenntnistheorie“ des Subjekts übergegangen werden muß zur Theorie der (Selbst-)Beobachtung von Systemen. Auch die Verfassungstheorie sieht sich mit Selbstreferentialität konfrontiert: Sie kann den Prozeß der Selbstmodifikation der liberalen Verfassung durch ihre Anwendung nicht beobachten, ohne auch ihre eigenen Beobachtungen mit der

⁵ Vgl. D. Busse, Zum Regelcharakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen, RECHTSTHEORIE 1988, S. 305 ff.; R. C. Christensen, Gesetzesbindung oder Bindung an das Gesetzbuch der praktischen Vernunft?, in: Die Leistungsfähigkeit des Rechts, Hg. R. Mellinshoff / H. H. Trute, Heidelberg 1988, S. 95 ff.; ders., Was heißt Gesetzesbindung, Berlin 1988; K. H. Ladeur, Gesetzesinterpretation, „Richterrecht“ und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive, ARSP 1991, S. 176 ff.