

## Die Autorität des Rechts: eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität

Eder, Klaus

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Eder, K. (1987). Die Autorität des Rechts: eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 8(2), 193-230. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-15382>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

## DIE AUTORITÄT DES RECHTS EINE SOZIALE KRITIK PROZEDURALER RATIONALITÄT<sup>1</sup>

Klaus Eder

### Inhalt

|   |    |
|---|----|
| 1 Verrechtlichung und Prozeduralisierung .....        | 2  |
| 1.1 Zum Begriff der Prozeduralisierung .....          | 2  |
| 1.2 Die Krise des regulatorischen Rechts .....        | 3  |
| 1.3 Die Autorität des postregulatorischen Rechts..... | 6  |
| 2 Zur Diagnose des Rationalitätsproblems .....        | 9  |
| 2.1 Das Unsteuerbarkeitstheorem .....                 | 9  |
| 2.2 Alter Wein in neuen Schläuchen.....               | 13 |
| 3 Das Rationalitätsproblem revisited .....            | 17 |
| 3.1 Die ökonomische Analyse des Rechts .....          | 17 |
| 3.2 Die soziologische Analyse des Rechts.....         | 23 |
| 4 Eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität.....  | 27 |
| 4.1 Die Quellen prozeduraler Rationalität .....       | 27 |
| 4.2 Steuerung und Disput.....                         | 31 |
| 4.3 Prozedurales Recht und Herrschaft.....            | 34 |
| 5 Methodologische Fragen.....                         | 37 |

---

<sup>1</sup> Dies ist eine Fortführung der Überlegungen zur prozeduralen Rationalität des modernen Rechts (ZfRSoz 7/1986, Heft 1), die einerseits ein Versuch sind, zu formulieren, was ich aus den Kritiken meines theoretischen Umgangs mit dem Begriff prozeduraler Rationalität gelernt habe, die andererseits aber zugleich die Rationalitätsdiskussion selbst als eine Form der sozialen Reproduktion des modernen Rechts soziologisch zu begreifen suchen. Insofern habe ich nicht Enttäuschungen über Mißverständnisse zu kommunizieren, sondern Überlegungen zu Funktion und Folgen der zunehmenden Verknüpfung von Recht und Moral durch "Prozeduralisierung" des Rechts. Einige spezielle Bezüge zu den Kritiken (ZfRSoz 7/86, Heft 2) werden in den Anmerkungen hergestellt. Für kritische Kommentare danke ich meinen Kollegen in der Münchner Projektgruppe für Sozialforschung, Elmar Koenen, Gerd Mutz und Reinhard Kreissl sowie Bernd Schulte und Frank Hirtz vom MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht und unbekannterweise einer gutachterlichen Kritik einer ersten Fassung dieses Aufsatzes.

## 1 Verrechtlichung und Prozeduralisierung

### 2.1 ZUM BEGRIFF DER PROZEDURALISIERUNG

Wie kann die Autorität des Rechts reproduziert werden, wenn Gerechtigkeitsgesichtspunkte oder Freiheitsgesichtspunkte keine tragfähigen Grundlagen mehr für die Behauptung der Rationalität des Rechts liefern? Wie kann die Autorität eines moralisch entzauberten modernen Rechts hergestellt und reproduziert werden? Man kann dieses Problem als das "Rätsel" der Autorität eines moralisch entzauberten modernen Rechts bezeichnen. Die Lösung dieses Rätsels lautet: Prozeduralisierung.

Prozeduralisierung des Rechts heißt, die Autorität des Rechts auf die Behauptung prozeduraler Rationalität zu gründen. Prozedurale Rationalität wird reklamiert, weil formale und materiale Rationalität in einer die Rationalität des Rechtssystems gefährdenden Weise strittig geworden sind. Prozeduralisierung ist also eine neuartige Form der Rationalisierung des Rechts.

Der Begriff der Prozeduralisierung wird aber auch noch in einem anderen Sinne verwendet. Prozeduralisierung kann auch heißen, daß im Corpus des Rechts der Anteil prozeduraler Normen zunimmt. Prozeduralisierung wird dann als ein quantitativ bestimmbarer Prozeß der Rechtsfortbildung verstanden, der entweder additiv oder substitutiv an das vorhandene Recht anschließt.

Beide Bedeutungen des Begriffs "Prozeduralisierung", also Prozeduralisierung als neuartige Form der Rationalisierung des Rechts und Prozeduralisierung als Ausdehnung prozeduraler Rechtsnormen, hängen miteinander zusammen. Prozedurale Normen sind sicherlich mehr als andere Typen von Rechtsnormen dafür prädestiniert, sich auf prozedurale Rationalität berufen zu können. Doch die bloße begriffliche Angleichung überspielt nur das Problem, das sich in der aktuellen Phase der Rechtsentwicklung stellt: wie die Autorität des neuen Rechts hergestellt und reproduziert werden kann.

Um begriffliche Klarheit zu erreichen, soll im folgenden Prozeduralisierung als ein Typus der (symbolischen) Rationalisierung des Rechts verstanden werden. Daraus folgt eine theoretisch weitreichende Konsequenz. Denn diese Unterscheidung impliziert, daß Rationalisierung nicht etwas ist, was dem Recht (oder der Rechtsform) quasi-naturwüchsig innewohnt. Rationalität ist etwas, das dem Recht (oder einer Rechtsform) von sozialen Akteuren im Rahmen ihrer Praxis *zugeschrieben* wird. Der Zusammenhang von Rechtsveränderung und Rechtsrationalisierung ist also selbst ein sozialer Prozeß.

Damit wird es möglich, eine dem Problem moderner Rechtsentwicklung angemessenere Problemstellung zu formulieren. Sie lautet: Prozeduralisierung (im genannten Sinne) wird zum Mechanismus der symbolischen Herstellung und Reproduktion der Autorität des Rechts in dem Maße, wie sich in der Moderne eine neuartige Rechtsform herausbildet, die in Konkurrenz zu bestehenden Rechtsformen tritt. Man hat dieses

Recht postregulatorisches Recht genannt. Wieweit die Ausdehnung dieses postregulatorischen Rechts vorangeschritten ist und wie schnell sie voranschreitet, mag dahingestellt bleiben. Entscheidend ist, daß hier ein evolutionär neuartiges modernes Recht entsteht, das das Rationalitätsproblem des modernen Rechts verändert. Das bedeutet auch, daß es im folgenden offenbleiben muß, in welchem Ausmaß man von einer Prozeduralisierung des Rechts sprechen kann. Es geht vielmehr um die Frage, ob und wie diese evolutionär neue Rechtsform in der Lage ist, die sozialen und symbolischen Bedingungen seiner Autorität, die Anerkennung des modernen Rechts unter den Bedingungen hochkomplexer moderner Gesellschaften zu reproduzieren.<sup>2</sup>

Die These lautet: Die Prozeduralisierung des Rechts ist eine Reaktion auf die Überforderung des regulatorischen Rechts. Die Prozeduralisierung des Rechts ist der Versuch, angesichts dieses Problems die symbolischen Grundlagen der Autorität des modernen Rechts neu zu formieren. Diese These impliziert, daß es sich bei dem, was man die Krise des regulatorischen Rechts genannt, gar nicht um eine Krise der regulativen Funktionen des Rechts handelt, sondern um eine Krise der symbolischen Grundlagen, um eine Krise der Autorität des Rechts.

---

<sup>2</sup> Die einzige empirische Annahme, von der im folgenden ausgegangen wird, ist die Existenz einer evolutionär neuartigen Rechtsform im modernen Recht. Die begrifflichen Bestimmungen sind schwankend. Man spricht von reflexivem Recht und Prozeduralisierung und setzt dieses (wie auch substantives Recht und Materialisierung) dem klassischen formalen Recht gegenüber. Dazu vor allem Teubner 1982. Dieser evolutionstheoretische Zugang zeichnet sich dadurch aus, daß Bedingungen und Folgen von Mutationen unter gleichzeitig sich ändernden objektiven Bedingungen erklärt werden sollen. Das reflexive Recht ist in diesem Sinne eine Mutation. Und das ermöglicht die Frage nach den - durch die Logik der Reproduktion des Rechtssystems strukturierten - Folgen dieser Mutation für die Evolution des Rechtssystems.

### 2.3 DIE KRISE DES REGULATORISCHEN RECHTS

Um diese These mit konkurrierenden Thesen zum Entwicklungsengpaß des modernen Rechts zu konfrontieren, bietet sich der Rückgriff auf die Verrechtlichungsdiskussion an.<sup>3</sup> Verrechtlichung wird normalerweise als Ausdehnung des regulatorischen Rechts im Zuge der Ausdehnung des Wohlfahrtsstaates verstanden. Diese Verrechtlichung ist, wenn man den Theoretikern der regulatorischen Krise des Rechts folgt, an seine Grenzen geraten. Dem Recht, das der Verrechtlichung der sozialstaatlich verfaßten Gesellschaft entspricht, mangelt es an Effizienz. Es ist zu teuer. Und - das ist der härteste, weil moralische Vorwurf - es entmündigt seine Nutznießer. Verrechtlichung, verstanden als die Zunahme regulatorischen Rechts, bedeutet eine Überlastung der Steuerungsfähigkeit des Rechts. Phänomene wie Vollzugsdefizite sind Ausdruck dieses Engpasses, in den das Rechtssystem durch die Ausdehnung des regulatorischen Rechts geraten ist.

Auf diese Krise kann man dann in unterschiedlicher Weise antworten. Eine erste Antwort ist das Plädoyer für eine *Rückkehr zum formalen Recht* der liberalen Phase moderner Staatsentwicklung.<sup>4</sup> Man muß den Staat soweit zurückdrängen, daß dem Markt wieder genügend Gestaltungsfreiheit bleibt. Das macht die Kosten des Rechts billiger, minimiert Effizienzverluste durch formale Organisation und macht jeden zum Herrn seines Glücks. Eine zweite Antwort ist das Plädoyer für *verbesserte Implementationsagenturen*.<sup>5</sup> Es müssen die Ressourcen verbesserter Implementation (und dazu gehört auch die Implementationsforschung) erweitert und in das Recht eingebaut werden. Das regulatorische Recht wird optimiert. Ziel ist also eine Radikalisierung

---

<sup>3</sup> Vgl. zur Prozeduralisierungsthese das Beispiel der Mitbestimmungsdiskussion. Dazu Wiethölter 1982, S. 45ff. Prozeduralisierung ist empirisch allerdings nur eine Tendenzbehauptung. Dazu etwa Teubner 1984, S. 344. Zur eher negativen Bewertungen der Prozeduralisierung, etwa als Devolution, vgl. die These der Disziplinierung der Gewerkschaften durch prozeduralisiertes Arbeitsrecht bei Simitis 1984, S. 197ff., 122ff. Zur Diskussion um die Grenzen der Verrechtlichung allgemein siehe Voigt 1986 mit weiteren Hinweisen.

<sup>44</sup> Solche Plädoyers gehören zum gängigen Arsenal konservativ-liberaler Rechtspolitik, vor allem in den rechtspolitischen Auseinandersetzungen um das Arbeitsrecht.

<sup>5</sup> Dazu vor allem Mayntz 1983, 1986. Den Begriff der prozeduralen Programmierung kann man als eine steuerungstheoretische Variante der Behauptung einer Prozeduralisierung verstehen, die auf Implementationsprobleme reagiert. Eine der immer noch klarsten Bestimmungen der Vorstellung einer prozeduralen Programmierung findet sich in Offe 1975, S. 83. Auch Ladeur (1986, S. 273f.) läßt sich hier einreihen, wenn er prozeduralisiertes Recht als dasjenige Recht definiert, das die Änderbarkeit seiner selbst in der Anwendung (!) ermöglicht. Solche prozedurale Programmierung institutionalisiert letztlich Beliebigkeit, was eine Reihe von Implementationsproblemen per definitionem beseitigt. Ob diese Definition die Autorität des Rechts zu reproduzieren erlaubt, ist allerdings mehr als zweifelhaft.

dessen, was Weber materiale Rationalisierung des Rechts genannt hat, und zwar materiale Rationalisierung durch Erhöhung der organisatorischen Fähigkeiten des Rechts. Eine dritte Antwort - und sie behauptet "Neues" - plädiert für *reflexives Recht*.<sup>6</sup> Reflexives Recht impliziert den Verzicht auf direkte Außensteuerung. Das Recht steuert nur noch sich selbst bzw. seine eigene Reproduktion. Das Recht hat dann nur mehr indirekte Wirkungen auf die Reproduktion anderer sozialer Systeme. Es wird zum Mechanismus der indirekten Steuerung gesellschaftlicher Subsysteme und damit zum einem neuartigen Mechanismus der Selbststeuerung des Gesellschaftssystems.<sup>7</sup>

Der Verrechtlichungsschub, der mit der Zentralstellung des regulatorischen Rechts verbunden gewesen ist, wird in der ersten Antwort wieder zurückgeschraubt. Man setzt auf Entrechtlichung, auf Vereinfachung von formellem und materiellem Recht, auf Verringerung administrativer Vorschriften. Die zweite Antwort setzt auf konsequente, zugleich folgenkontrollierende weitere Verrechtlichung. Die dritte Antwort erzeugt dagegen das Paradox von gleichzeitiger Verrechtlichung und Entrechtlichung. Denn reflexives Recht ermöglicht zugleich die Ausdehnung des Rechts und die rechtliche Deregulierung des Regelungsbereiches. Die Durchsetzung eines reflexiven Rechts ist ein Versuch, dem Paradox steigender Verrechtlichung und gleichzeitig steigender Ineffizienz zu entkommen.

Dieser Zusammenhang zwingt dazu, das Verhältnis von Prozeduralisierung des Rechts und zunehmender Verrechtlichung schärfer zu fassen. Denn offensichtlich gewinnt die Rede von Verrechtlichung und Entrechtlichung im Hinblick auf das postregulatorische Recht einen anderen Sinn als im Hinblick auf das regulatorische Recht.

Das Verhältnis von Verrechtlichung und Entrechtlichung hat gerade wegen der Unklarheit, von welchem Rechtstypus aus man dieses Problem angeht, zu systematischen Unklarheiten in der rechtssoziologischen Diskussion geführt.<sup>8</sup> So hat man den Versuch

---

<sup>6</sup> Siehe Teubner 1982, 1984a, 1984b, Teubner/Willke 1985. Vgl. auch Wiethölter 1984.

<sup>7</sup> Diese Ambivalenz hält auch bislang die Implikationen offen: Es ist eine offene Frage, ob dieses postregulatorische Recht effizient sein kann oder an seiner selbstproduzierten Ineffizienz scheitern muß. Es ist eine offene Frage, ob die ökonomischen Kosten eines solchen Rechts schlicht zu hoch sein werden. Und ebenso offen ist die Frage, ob es sich hier nicht um eine neue Form der Entmündigung durch Selbstorganisation handelt, um eine Form, die lokalen Machteliten neuartige Machtressourcen an die Hand gibt. Es hängt eben von der Struktur des sozialen Kontexts ab, davon, ob er symmetrisch oder asymmetrisch strukturiert ist, welches die Effekte der Prozeduralisierung sind. Darauf hat mich Reinhard Kreissl aufmerksam gemacht. Dazu unten Abschnitt 4.3.

<sup>8</sup> Zu den Abgrenzungsproblemen zwischen Verrechtlichung versus Entrechtlichung im Kontext steuerungstheoretischer Überlegungen vgl. Voigt 1983, S. 17ff., Blankenburg 1980. Um diese Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, hat Reinhard Kreissl vorgeschlagen, von **Umrechtlichung** zu reden. Die Abgrenzungsprobleme ergeben sich aus den inkompatiblen Anforderungen, die (von wem?) an das Recht herangetragen werden. Der Ausweg aus diesen Zielkonflikten ist die Verlagerung der Problemlösung in Disputationssysteme auf dem Weg der Formalisierung informeller Verhandlungssysteme und damit der Rolle politische Parteien bei Gesetzgebungsentscheidung, von

gemacht, die Substitution von regulatorischem durch ein postregulatorisches Recht zum Gegenteil von Verrechtlichung zu stilisieren. Prozeduralisierung konterkariere - so die Argumentation - die Aufblähung regulatorischen Rechts und gäbe das Recht in die Hände der Betroffenen zurück. Das ist dann der Ausgangspunkt für Überlegungen gewesen, die mit der Vorstellung der Entrechtlichung arbeiten.<sup>9</sup> Doch genau das hat den Zusammenhang von Verrechtlichung und der Zunahme prozeduralen Rechts verwischt. Es gibt auch eine Form der Verrechtlichung durch prozedurales Recht. Entrechtlichung ist also ein irreführender begrifflicher Kontext zur Beschreibung der Entstehung eines reflexiven Rechts. Das Recht setzt nur einen anderen Typus von Regeln: von Regeln, die außerhalb des Rechtssystems eine "autonome" Regulierung von Konflikten und Problemen erlauben.

Das Paradox von gleichzeitiger Verrechtlichung und Entrechtlichung besteht also darin, daß die sog. Entrechtlichung (also die Zurücknahme regulatorischen Rechts) mit einem neuartigen Verrechtlichungsschub des Rechtssystems einhergeht. Es legt - so die Annahme der Theoretiker des reflexiven Rechts - indirekte Interventionsregeln in die Umwelt durch die Ausdehnung prozeduraler Regeln fest. Damit kann das Rechtssystem seine funktionale Bedeutung erhöhen, die Relevanz des Rechtssystems für die Umwelt steigern. Das Recht regelt nur mehr indirekt - aber unter den Bedingungen der gegebenen Komplexität in umso wirksamerer Weise - Kommunikationsprozesse in anderen Teilsystemen.

Das Argument der Verrechtlichung arbeitet zugleich mit einer expliziten Wertungsprämisse: nämlich daß Verrechtlichung irrational sei. Mit der Formel von der Normenflut wird aber auch implizit angedeutet, daß es sich um ein Problem der Rationalität des Rechts handle, um eine Problematisierung der Autorität und Anerkennung des Rechts. Doch diese Formel führt auch in die Irre. Denn sie macht Entrechtlichung zum Inbegriff von Rationalität. Angesichts der empirischen Befunde zur Entrechtlichung können sich dann nur Abgründe an Irrationalität eröffnen. Diese manichäische Sicht auf das Recht, die in der Verrechtlichungsdebatte mitschwingt, versperrt den Blick auf das Rationalitätsproblem des modernen Rechts.

Das Rationalitätsproblem, vor dem das moderne Recht steht, lautet: die Autorität des Rechts als rational begründet ausweisen zu können, Rationalität für die symbolische Reproduktion der Autorität des Rechts mobilisieren zu können. Dem am Verrechtlichungsparadigma geübten theoretischen Blick auf das Recht entgeht deshalb die Funktion, die die Prozeduralisierung des Rechts für die Reproduktion eines postregulatorischen Rechts hat.

---

Lobbies bei Gesetzesentwürfen, die Formalisierung intern bindender Auslegungsrichtlinien und die Verrechtlichung der neokorporatistischen Strukturiertheit des Gesetzgebungsprozesses.

<sup>9</sup> Zur Entrechtlichungsdiskussion vgl. Abel 1980a, Hendler 1983, Pitschas 1983.

## 2.5 DIE AUTORITÄT DES POSTREGULATORISCHEN RECHTS

Im folgenden wird davon ausgegangen, daß das Phänomen des reflexiven Rechts den zentralen Entwicklungsempfang des modernen Rechts indiziert. Denn die Strategie der Entlastung des regulatorischen Rechts durch reflexives Recht macht nun auch unter Rationalitätsgesichtspunkten problematisch, was bislang nur Mittel zum Zweck war: die Binnenstruktur des Rechtssystems, seine soziale Organisationsform. Damit wird zum Thema, was bislang eher selbstverständlich war: die prozedurale Rationalität des Rechts.<sup>10</sup> Das 18. Jahrhundert hat die formale Rationalität des Rechts als Problem thematisiert. Das Entwicklungsproblem war die kognitive Organisation des Rechtsstoffes nach systematischen Gesichtspunkten. Das 19. Jahrhundert hat die materiale Rationalität des Rechts als Problem thematisiert. Das Entwicklungsproblem des Rechts war die Anpassung des Rechtsstoffes an die Komplexität der gesellschaftlichen Realität, war die Suche nach gesellschaftsadäquaten Rechtsbegriffen. Das 20. Jahrhundert hat die prozedurale Rationalität des Rechts als Problem thematisiert. Das Entwicklungsproblem ist heute die Suche nach Lösungen für das Problem eines zunehmend überforderten Prozesses der Rechtserzeugung.<sup>11</sup>

Das bedeutet, daß die Prozeduralisierung des Rechts als ein Versuch verstanden werden kann, die Autorität und Anerkennung des Rechts unter den Bedingungen einer hochdifferenzierten modernen Gesellschaft zu sichern. Prozeduralisierung ist die dem reflexiven Recht wahlverwandte Strategie der Legitimierung. Das reflexive Recht liefert nicht bloß eine Lösung für das Problem, daß Steuerungsfunktionen nicht mehr in

---

<sup>10</sup> Die Prozeduralisierung des Rechts stellt die Rationalität des Rechts deswegen infrage, weil sie die Bedingungen der Kommunikabilität im Recht verändert. Die Prozeduralisierung des Rechts provoziert (bzw. radikalisiert) die Selbstbeschreibung des Rechtssystems als eines prozedural-rationalen Rechtssystems. Prozedurale Rationalität ist also eine Selbstzuschreibung des Rechtssystems und damit keine immanente Eigenschaft des Rechts. Diese Differenz ist im Aufsatz von 1986 (Eder 1986c) - hier gebe ich Ladeur recht - nicht immer klar durchgehalten. Vgl. die entsprechende Kritik bei Ladeur 1986, S. 272f.

<sup>11</sup> Dieses Modell einer Abfolge ist natürlich holzschnittartig. Es soll nur andeuten und griffig formulieren, daß sich die Engpässe der Entwicklung des modernen Rechts systematisch verändert haben. Sie reformulieren ein früheres Schema der modernen Rechtsentwicklung. Vgl. Eder 1978. Zur Diskussion dieser Problematik siehe u.a. Rottleuthner (1985, 1986). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Teubner 1984a, S. 384ff., der eine ähnliche evolutionistische, genauer: entwicklungs-theoretische, Deutung gibt. Für die erste Stufe dieser Entwicklung steht Luhmanns Rechtssoziologie, die auf den Vorschlag einer Reformalisierung hinausläuft. Dies ist ein Beispiel dafür, daß das, was man in die Systemtheorie vorne hineinsteckt, hinten als Ergebnis wieder herauskommt. Wie eine dritte Stufe von einer zweiten Stufe unterschieden werden kann, hat Ladeur 1982, S. 24, so formuliert: Ein alternativer Rechtsstil wäre dementsprechend - auf der Grundlage von Ungewißheit - zentriert um die Schaffung von Kollisionsregeln für "Dissens", während die bisherige "Gesellschaft der Organisationen" orientiert war an der Reproduktion von organisational gestiftetem "Konsens" - auf der Grundlage von Gewißheitsannahmen (Wachstum und Gleichgewicht).



klassischer Manier erfüllt werden können. Es liefert vor allem eine Lösung für das Problem, daß die Legitimität, die mit der Erfüllung von Steuerungsfunktionen verbunden gewesen ist (etwa Herstellung von Gerechtigkeit durch Umverteilung), infragegestellt wird.<sup>12</sup> Das Steuerungsproblem ist also nur der Auslöser für das eigentliche Problem: das Problem der Sicherung der Autorität des Rechts unter der Bedingung fortschreitender Differenzierung der Gesellschaft.

Prozeduralisierung ermöglicht den Rückzug des Rechts aus der Gesellschaft. Sie löst gleichzeitig das Problem der Legitimation durch Selbstlegitimierung.<sup>13</sup> Sie braucht dazu nicht mehr den Erfolg in der Gesellschaft und noch weniger die Nähe zu Metaphysik oder Natur. Sie braucht dazu nur die Explikation ihrer eigenen Struktur, also die Rechtstheorie. Die Rechtstheorie wird zu jener Institution, die den Ausweis der höheren Rationalität gegenüber anderen Rechtsformen zu erbringen sucht. Wenn dieses Problem der symbolischen Produktion von Rationalität angemessen gelöst werden kann, dann sind die Voraussetzungen gegeben, reflexives Recht mit der dem Recht eigentümlichen Autorität auszustatten: daß es akzeptiert wird, ohne daß immer wieder die Begründungsfrage für dieses Recht gestellt werden muß.

Um die Autorität dieser Rechtsform zu gewährleisten, muß sie den Grund ihrer Rationalität in sich selbst suchen. Sie kann das nur mehr dadurch tun, daß sie sich selbst, d.h. ihre sozialen Organisationsprinzipien als rational ausweist. Prozedurale Rationalität ist der Schlüssel zur Herstellung und Reproduktion der Autorität dieses Rechts. Wie gut dem spätmodernen Recht diese Umstellung auf prozedurale Rationalität gelingt, ist eine offene Frage. Erst dann, wenn diese symbolischen Ressourcen im Rechtssystem vorhanden sind und in die rechtliche Kommunikation eingebaut werden können, stellt sich die speziellere Frage der Institutionalisierung dieses Rechts in verschiedenen rechtlichen Teilbereichen.

Der Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist das Reden um die Krise des regulatorischen Rechts und die Identifizierung neuartiger Rechtsformen (die man dann als "reflexives Recht" bezeichnet hat). Sie haben die Diskussion um die Rationalität des modernen Rechts wieder in Bewegung gebracht. Anstatt aber die herrschenden

---

<sup>12</sup> Diese Formulierung zielt darauf ab, das Legitimitätsproblem als ein soziologisches Problem und nicht nur als ein normatives Problem zu thematisieren. Nicht jede Legitimierungsstrategie erlaubt die Reproduktion der Autorität des Rechts. Welche Legitimitätsstrategie die Funktion der Sicherung der Autorität des Rechts erfüllt, hängt von den objektiven Reproduktionsbedingungen des Rechts ab.

<sup>13</sup> Diese "Selbst"-Bezüglichkeiten sind der Effekt der zunehmenden Entkoppelung der einzelnen gesellschaftlichen Subsysteme. Das gilt nicht nur für Bildungssystem und Beschäftigungssystem, sondern auch für das Rechtssystem. Das Recht reguliert nicht mehr die anderen Subsysteme, sondern wartet darauf, daß es von den anderen in Anspruch genommen wird. Es muß gewissermaßen Werbung für sich betreiben, indem es immer wieder bestätigt, daß die Autorität des rechtlichen Wortes weiterhin besteht. Dazu vor allem Bourdieu 1986.

Diagnosen des Rationalitätsproblems einfach nicht mehr ernst zu nehmen<sup>14</sup>, wird im folgenden der Ernst der Rationalitätsdiskussion darin gesehen, daß sie selbst Teil des Legitimierungsprozesses des alten wie neuen modernen Rechts ist. Statt den Ernst in Spaß umzukehren, wird die soziale Funktion des Ernstes thematisiert, wird also rechtssoziologisch argumentiert.

---

<sup>14</sup> Vgl. dazu Frankenberg 1987, der auf die postmoderne Kritik an der sich postmodern gerierenden Rechtstheorie setzt.

### 3 Zur Diagnose des Rationalitätsproblems

#### 4.1 DAS UNSTEUERBARKEITSTHEOREM

Die Versuche, das mit der Krise des regulatorischen Rechts verbundene Rationalitätsproblem zu identifizieren, hat im vergangenen Dezennium zu einer eigentümlichen Konvergenz von Handlungstheorie und Systemtheorie geführt.<sup>15</sup> Auf dem Hintergrund der fundamentalen Differenzen zwischen der systemtheoretischen und handlungstheoretischen Konzeptualisierung einer Rechtstheorie mag es zunächst überraschend sein, eine solche Konvergenz festzustellen. Worauf beide Theorien gleichermaßen zulaufen, ist das Theorem der Unsteuerbarkeit der Umwelt des Rechtssystems. Dieses Theorem bestimmt die Diagnose des gegenwärtigen Zustandes des modernen Rechts. Und mit dieser Diagnose sind ganz bestimmte Therapien verbunden.

Die Diagnose der Unsteuerbarkeit geht davon aus, daß die Intervention durch kollektive Akteure in einen Handlungszusammenhang und dessen Dynamik mit dem Ziel, dessen Reproduktion zu sichern, nicht mehr gelingt.<sup>16</sup> Das kann zwei Gründe haben: Gründe, die mit dem Steuerungsakteur, und Gründe, die mit dem Steuerungsobjekt zu tun haben.

Zu den Problemen, die mit dem *Steuerungsakteur* zu tun haben, gehören

- Motivationsprobleme: Die Steuerungsakteure sind nicht motiviert, Steuerungsnormen durchzusetzen.
- Wissensprobleme: Die unerwünschten Nebenwirkungen der Steuerung sind unbekannt, das Wissen der Steuerungsakteure ist begrenzt.

Von diesem Steuerungsproblem lassen sich Probleme unterscheiden, die mit dem *Steuerungsobjekt* zu tun haben; dazu gehören

- Implementationsprobleme: Gegen die Steuerung gesellschaftlicher Teilbereiche wendet sich der explizite Widerstand der Betroffenen.
- Machtprobleme: Die funktionale Differenzierung der Gesellschaft erzeugt Kompetenzmonopole von Teilsystemen, die dem Recht Grenzen der Durchsetzbarkeit setzen.

---

<sup>15</sup> Je allgemeiner die Ansatzpunkte werden, umso offensichtlicher sind die Parallelen. Vgl. Habermas 1981 und Luhmann 1984. Daß gerade prozedurale Theoreme theoretische Bedeutung gewinnen, dürfte an der soziologischen Entzauberung substantieller Gesellschaftsbegriffe liegen. Das bleibt nicht ohne Folgen für die soziologische Rechtstheorie.

<sup>16</sup> Zum steuerungstheoretischen Paradigma vgl. etwa Mayntz 1986, Eckhoff 1986, Willke 1983. Zur Kritik dieses Paradigmas im Kontext rechtssoziologischer Studien vgl. auch Abel 1980b, der für eher symboltheoretische bzw. kultursoziologische Zugangsweisen plädiert.

Die Therapie für diese Steuerungsprobleme läuft darauf hinaus, die Bedingungen der Rechtspraxis durch prozedurale Regelungen zu verbessern. Diese Therapie läßt zwei Optionen zu, eine optimistische bzw. eine pessimistische. Die optimistische Variante setzt auf die Lösbarkeit von Wissens- und Motivationsproblemen durch institutionelle Lernprozesse. Das Problem des Rechtssystems besteht dann darin, Prozeduren einzubauen, die die notwendigen Lernprozesse in Gang setzen können. Die pessimistische Variante geht von der Unlösbarkeit dieser Probleme aus. Implementationsprobleme und Machtprobleme lassen sich rechtlich nicht lösen. Sie können nur durch Steuerungsverzicht behandelt werden.

Die optimistische Variante geht davon aus, daß das Problem prinzipiellen Nichtwissens über die Effekte rechtlicher Steuerung dadurch gelöst werden kann, daß die Implementation, also der Steuerungsprozeß, zum Gegenstand rechtlicher Steuerung wird. Das, was sich im Steuerungsalltag naturwüchsig entwickelt (das Kleinhacken von Vollzugsproblemen), wird rechtlich geregelt und den Experten vor Ort (vom Verwaltungsbeamten bis hin zum Sozialarbeiter) überlassen. Diese besitzen das notwendige Erfahrungswissen. Sie wissen und entscheiden über die Durchlässigkeit des Steuerungsobjekts für rechtliche Regelungen. Der Rekurs auf die Fähigkeit der Rechtsakteure, sich autonom anzupassen, Probleme zu sehen und zu lösen, bedeutet nur einen relativen Steuerungsverzicht. Denn letztlich wird das Steuerbarkeitsproblem dabei nur verschoben. Das Recht wird auf den Zweck der Steuerung der Steuerer bezogen. Damit entsteht das neue Problem der Koordination dezentraler Steuerung durch Recht.<sup>17</sup> Diese Therapie verzichtet also konsequent auf zentralisierte direkte Steuerung und sucht vom regulatorischen Recht zu retten, was zu retten ist.

Die pessimistische Variante geht davon aus, daß die zunehmende Komplexität der Welt oder die Widerständigkeit einer Lebenswelt das Steuerungsobjekt rechtlich unsteuerbar machen. Dann stellt sich das Problem, ob man nicht angesichts der Komplexität der Welt und der damit zusammenhängenden Sensibilität des Gegenstandsbereiches (Stichwort "Lebenswelt") auf rechtliche Steuerung verzichten und stattdessen auf nichtrechtliche Anreiz- und Steuerungssysteme wie Geld oder auf kulturelle Rahmensteuerung<sup>18</sup> zurückgreifen sollte. Damit ließen sich auch Komplementärprobleme auf der Ebene der Steuerungsakteure, etwa die Probleme alltäglicher Verwaltung (Routinisierung und fehlende Responsivität), umgehen. Das Recht teilt nur mehr Geldmittel oder Diskursmöglichkeiten zu; es steuert aber nicht mehr. Es bietet

---

<sup>17</sup> Dezentrale Steuerung heißt Konfliktregulierung innerhalb funktional spezifizierter Teilsysteme. Der Begriff Steuerung wird dabei auf "indirekte" Steuerung reduziert. Damit macht der Steuerungs-begriff einen Bedeutungswandel durch. Denn Steuerung impliziert nicht mehr Zwang durch Steuerung, sondern Offenheit für oder gar Forderung nach Steuerung. Vgl. Teubner/Willke 1980. Zur These der Unmöglichkeit einer solchen Steuerungsform Nahamowitz 1985.

<sup>18</sup> Zum Diskurs als Anreizsystem vgl. Teubner/Willke 1984, S. 27ff. Offener in der Festlegung, aber in dieselbe Richtung argumentiert Voigt (1986) mit der Vorstellung einer kulturellen Rahmensteuerung.

nur mehr einen Kommunikationszusammenhang an, in dem über Geld oder Diskurschancen gestritten werden kann.

Die optimistische Variante findet sich in der von Teubner und Willke verfochtenen These von der indirekten Steuerbarkeit der Gesellschaft durch reflexives Recht.<sup>19</sup> Damit werden zwei Probleme auf einen Streich gelöst: die Mobilisierung demokratischer Legitimität und die Sicherung gesellschaftlicher Steuerung. In der systematischen Beschränkung der dem Recht aufgegebenen Regulierungsaufgabe liegt das Geheimnis des reflexiven Rechts. Es weiß um seine "trilemmatische Struktur". Es darf seine Grenzen nicht überschreiten, will es nicht irrelevant werden, dysfunktionale Effekte für das Regulierungsobjekt haben oder gar das regulatorische Recht selbst infragestellen. Es muß sich seine Umwelt vereinfachen. Und dazu konstruiert es sich ein Bild von seiner Umwelt und behandelt diese Umwelt nach dem in ihr entworfenen Bilde. Der Optimismus gründet letztlich auf inkompatiblen Anforderungen: daß Kommunikation im Rechtssystem möglich ist und daß das Recht zugleich der Willkür seiner eigenen Positivität entspringt. Daß beides nicht interferiert, ist schwer einzusehen. Das Rationalitätsproblem, das mit Kommunikation in einem solchen Rechtssystem verbunden ist, wird schlicht auf die Seite geschoben. Rationalität wird im Optimismus weiterer Steuerbarkeit durch die Differenzierung von Steuerbarkeit und Unsteuerbarkeit aufgehoben. Es wird auf "Systemrationalität" reduziert.

Aufschlußreicher für das Rationalitätsproblem eines postregulatorischen Recht ist die pessimistische These von der zunehmenden *Unsteuerbarkeit* gesellschaftlicher Teilsysteme. Sie findet sich - mehr oder weniger überraschend - gleichermaßen bei Habermas und Luhmann, also in der handlungstheoretisch und in der systemtheoretisch konzipierten Kommunikationstheorie. Dabei zeigt sich eine eigentümliche Parallelität der Theorie selbstreferentieller Systeme und der Theorie der Lebenswelt. Denn ihnen gemeinsam ist, daß Steuerung Grenzen findet. Das wird nur unterschiedlich erklärt: aus der *selbstreferentiellen Schließung* von funktional differenzierten Systemen oder aus der (nur durch Kolonisierung durchbrechbaren) Sperrigkeit einer *Lebenswelt*.

Das Geheimnis der Rede von der selbstreferentiellen Schließung von Systemen<sup>20</sup> besteht darin, daß Systeme Kommunikation einbauen, um die eigene Steuerbarkeit zu

---

<sup>19</sup> Das reflexive Recht wird als ein Versuch verstanden, die Funktion der Steuerung hochkomplexer Systeme mit den "demokratischen" Legitimationszwängen moderner Gesellschaften in Einklang zu bringen. Das Trilemma einer Steuerung durch reflexives Recht hat Teubner (1984a) beschrieben. Zu Zweifeln an der Steuerungsleistung durch reflexives Recht vgl. die Reaktion von Luhmann (1985) auf den Beitrag von Teubner/Willke (1984). Härtester Verfechter einer Theorie gesellschaftlicher Steuerung ist Willke. Vgl. dazu vor allem Willke 1983.

<sup>20</sup> Die Unsteuerbarkeitsthese ist, was Luhmanns These der selbstreferentiellen Schließung von Systemen anbelangt, systematisch bislang nicht kritisiert worden. Als einen Schritt in diese Richtung vgl. Nocke 1986. Im übrigen wäre es ein groteskes Mißverständnis, die Systemtheorie weiterhin als Steuerungstheorie mißzuverstehen. Zu modifizierten Schlußfolgerungen kommt Teubner 1985.

regulieren. Je mehr Kommunikation eingebaut wird, umso mehr können Probleme, die an das System herangetragen werden, nach den systemeigenen Regeln behandelt werden. Ein Teilsystem steuert nicht die anderen; es steuert nur mehr sich selbst, den Aufbau der eigenen Systemstrukturen. Daraus folgt für das Rechtssystem die Selbstabschließung nach außen: Es soll nicht mehr eingreifen, sondern nur bereit sein, dann, wenn es zu Konflikten kommt, diese nach den eigenen prozeduralen Regeln zu behandeln.

Die lebenswelttheoretische Lösung läuft auf eine Aufteilung der Gesellschaft in eine rechtlich regelbare und eine rechtlich nicht regelbare Welt hinaus. Das Recht wird weiterhin als Steuerungsmechanismus betrachtet, nur mit dem Unterschied, daß das Steuern auf die nicht-kommunikativ strukturierten Bereiche eingeschränkt wird. Allerdings hält sich das Recht nicht an diese Einteilung. Denn es zieht sich (je nach Umständen) aus der systemischen Welt wie aus der Lebenswelt zurück oder dringt in diese ein. Im ersten Fall institutionalisiert es seinen eigenen Steuerungsverzicht und überläßt die Lösung der Steuerungsprobleme den gesellschaftlichen Akteuren und ihren Rationalitäten und Irrationalitäten.<sup>21</sup> Im zweiten Fall kommt es zu Verrechtlichung und Kolonisierung.

Beide Theoriestrategien teilen aber jenseits dieser Differenzen die Annahme der Unsteuerbarkeit und stehen damit vor einem identischen Problem, nämlich zu erklären, wie trotz der Unsteuerbarkeit der Gesellschaft durch Recht die Reproduktion des Rechtssystems gelingt. Beide Theoriestrategien deuten - auch hier geht die Parallelität der theoriestrategischen Überlegungen weiter - die Richtung an, in der die Lösung des Problems gefunden werden kann: in der Analyse der kommunikativen Prozesse, die die Produktion und Reproduktion des modernen Rechts ermöglichen. Die handlungstheoretische Perspektive trennt Recht als Institution von der steuerungstheoretischen Perspektive (Recht als Medium). Die systemtheoretische Perspektive setzt auf die Sicherung der Reproduktion des Rechtssystems durch den Anschlußzwang rechtlicher Kommunikation an vorhergehende rechtliche Kommunikation und sichert durch diese spezifische Differenz rechtlicher Kommunikation die Identität des Rechtssystems.

Der Entwicklungsengpaß des modernen Rechts liegt dann gar nicht so sehr in der *Steuerungsproblematik*, sondern in der *Selbststeuerungsproblematik*. Selbststeuerung wird - in anderen Worten - zum Steuerungsproblem. Wie aber kann das Recht seine Selbststeuerungsfähigkeit steigern? Der Therapieversuch lautet: durch die rechtliche Institutionalisierung von Kommunikation.<sup>22</sup> Die Entwicklungsprobleme des modernen

---

<sup>21</sup> Die Rationalität, die in empirische Lebenswelten eingebaut ist, schützt per se vor gar nichts - im Gegenteil!

<sup>22</sup> Die rechtliche Institutionalisierung von Kommunikation meint hier den Einbau von Prozeduren rechtlicher Kommunikation, die den Anspruch diskursiver Rationalität erheben. Ein Beispiel wäre die in der Rede von der "offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten" (Häberle 1978) enthaltene Selbstlegitimierung verfassungsgerichtlicher Prozeduren.

Rechts sind nicht mehr im Steuerungsproblem der Umwelt, sondern im Steuerungsproblem der Binnenwelt, und damit im Kommunikationsproblem zu suchen. Das heißt im einen Fall Bewahrung und Sicherung von Recht als Institution und im anderen Fall selbstreferentielle Schließung von rechtlichen Kommunikationssystemen durch die rechtliche Festlegung von Anschlußregeln. Und das heißt in beiden Fällen: Sicherung der Identität des Rechtssystems durch *Selbststeuerung*.

Man muß also - so das Ergebnis dieser Überlegungen - die Unsteuerbarkeitsthese durch die These der Selbststeuerung des Rechtssystems durch Kommunikation ersetzen. Deshalb wäre es ein Mißverständnis, die Unsteuerbarkeitsthese zum Schlüssel dieser Analysen des modernen Rechtssystems zu machen. Denn sie gilt nur für die Steuerung der Umwelt des Rechtssystems, nicht aber für dieses selbst.

#### 4.3 ALTER WEIN IN NEUEN SCHLÄUCHEN

Wenn aber Selbststeuerung durch Kommunikation möglich ist, dann stellt sich das Rationalitätsproblem in einer neuartigen Weise. Der entscheidende Wandel, den das moderne Recht erlebt, besteht darin, daß das Rechtssystem die prozeduralen Regeln für die Herstellung des eigenen Systems, für die Produktion und Reproduktion eines genuin rechtlichen Kommunikationszusammenhanges, selbst formuliert. Wie diese Regeln konzeptualisiert und in ihrer praktischen Verwendung beschrieben werden, das wird dann zum Schlüssel der Rationalität der modernen Rechtsentwicklung.

Luhmann hat diesen Schlüssel in der legitimatorischen Wirksamkeit der Praxis rechtlicher Verfahren gesehen.<sup>23</sup> Die Spezifität rechtlicher Kommunikation besteht - so Luhmann - darin, Alltagserwartungen zu neutralisieren und die Beteiligten auf den rechtlich geregelten Kommunikationsprozeß (und damit auch auf dessen Ergebnisse) festzulegen. Die Problematik dieser Lösung besteht darin, daß sie letztlich nichts anderes beschreibt als die systematischen Täuschungen, die das Rechtssystem produziert, damit seine Entscheidungen akzeptiert werden. Die Grenzen dieser Lösung bestehen darin, daß diese Täuschungen, sobald man sie thematisiert, durchschaubar werden. Wer sollte dann noch motiviert werden können, Rechtsentscheidungen zu akzeptieren? Die Luhmannsche Lösung des Problems ist eine Scheinlösung, wenn nicht Vorkehrungen gegen eine solche Thematisierung in das Rechtssystem (und seine Umwelt!) eingebaut werden können. Doch kein Rechtssystem kann sich prinzipiell gegen Thematisierungen seiner selbst sichern. Es kann sie nur erschweren. Wenn dies nicht mehr gelingt, wenn das Recht das Einfallstor für solche Thematisierungen nicht mehr schließen kann, wenn also die bestehende Praxis nicht mehr einschüchtert, dann wäre das gleichbedeutend mit dem Ende des modernen Rechts. Daß das Ende dann gekommen sein muß, bleibt allerdings bloße Setzung.

---

<sup>23</sup> Dazu Luhmann 1969, S. 32ff. Man kann Legitimation durch Verfahren auch noch anders lesen - dann muß man die "ökonomische" Brille aufsetzen. Siehe unten Abschnitt 3.1.

Habermas sieht den Schlüssel zur Rationalität rechtlicher Kommunikation neuerdings im engen Zusammenhang von prozeduralen Regelungen und der Logik argumentativer Auseinandersetzung. In dem Maße, wie prozedurale Regelungen ausgebaut werden, löst sich die Eindeutigkeit substantieller rechtlicher Festlegungen auf. Sie müssen argumentativ geklärt werden. Die Institutionalisierung von rechtlichen Verfahren, sei es in der Gesetzgebung oder in der Rechtsprechung, erzwingt notwendig argumentative Auseinandersetzung.<sup>24</sup> Die Unterscheidung von System und Lebenswelt, von Recht als Medium und als Institution, wird durch die Annahme dieses Zusammenhangs umgedeutet. Denn mit der systematischen Verknüpfung von institutionalisierten Verfahrensregeln und argumentativen Zwängen zieht, was die kommunikative Rationalität anbelangt, das Rechtssystem mit der Lebenswelt zumindest gleich. Es zieht an der Lebenswelt sogar vorbei, wenn man davon ausgeht, daß lebensweltliche Kommunikation mit ihren kulturellen Selbstverständlichkeiten<sup>25</sup> weniger auf argumentative Auseinandersetzungen angewiesen ist als ein Rechtssystem, das seine Offenheit nur argumentativ wieder schließen kann. Die idealisierende Überhöhung rechtlicher Kommunikation als argumentativ geregelter (und damit an universalistische Prinzipien gebundener) Kommunikation erweist sich damit als Umkehrung der zynischen Deutung rechtlicher Kommunikation als eines kollektiv veranstalteten Täuschungsprozesses.

Diese Theorieangebote reformulieren die für das Rechtssystem bislang konstitutiven Vorstellungen formaler Rationalität und materialer Rationalität. Sie bieten aber keine neue Lösung für das Rationalitätsproblem. Sie gießen nur alten Wein in neue Schläuche. Sie wiederholen mit neuen Begriffen alte Lösungen. Prozedurale Rationalität bleibt hier nur eine neue Vokabel für die klassischen Rationalitätsunterstellungen im modernen Recht. Ihre objektive Funktion im Kommunikationssystem Recht besteht darin, die klassischen Selbstzuschreibungen von Rationalität des modernen Recht zu

---

<sup>24</sup> Vgl. Habermas 1981, S. 535ff. Ansonsten geht es bei Habermas gar nicht um die soziale Organisation des Kommunikationsprozesses im Recht, sondern um (moraltheoretische) Konstruktionsprobleme von Rechtsnormen. Siehe jetzt aber Habermas 1987. Hier nimmt Habermas eine andere Linie der Argumentation auf, die quer zur Analyse des Rechts in den Begriffen von System und Lebenswelt steht. Entscheidend ist die Idee, daß prozedurale Regelungen immer zugleich auch implizieren, daß Argumentationen zugelassen werden müssen und damit die Logik der Argumentation eine regulative Bedeutung erhält. Vgl. als eine historische und systematische Explikation dieser These bereits Eder 1985.

<sup>25</sup> Der Begriff der Lebenswelt scheint eher die "natürliche" Basis der Gesellschaft denn deren kommunikative Basis zu sein. Lebenswelt hat eher mit dem zu tun, was Mary Douglas mit dem Begriff des Selbstvidentes zu fassen versucht hat. Vgl. Douglas, 1975. Das kann man mit dem Hinweis von Ladeur 1986, S. 267, verbinden, der darauf hinweist, daß vor allen Konsens- und Konfliktbildungsprozessen kollektive Identitäten produziert werden. Sie funktionieren wie etwas Selbstvidentes vor aller Kommunikation.



mobilisieren.<sup>26</sup> Sie sind Antworten, die entweder auf das klassische Konditionalrecht bzw. auf mehr regulatorisches Recht hinauslaufen.

Die systemtheoretische Analyse führt zu einer Rückkehr zu den dogmatischen Abstraktionen des bürgerlichen Rechtssubjekts. Die Rationalität prozeduraler Regelungen im Recht besteht nur darin, daß sie eine kontrafaktische Welt juristischer Konstruktionen behaupten. Prozedurale Normen wie andere Rechtsnormen müssen notwendig mit Fiktionen arbeiten: sei es mit der Fiktion des freien Vertrags, sei es mit der Fiktion des demokratischen Gesetzgebungsverfahrens, sei es mit der Fiktion argumentativ erzeugter Urteile. Die Rationalität des modernen Rechts besteht weiterhin in ihrer formalen Rationalität, in der juristischen Systematisierung rechtlicher Fiktionen zum einem juristischen Denksystem.

Die handlungstheoretische Analyse führt dagegen zu einer weiteren Materialisierung. Dem Prozeduralisierungsbegriff, der der Theorie kommunikativen Handelns zugrundeliegt, hat Wiethölter bereits "heimliche Materialität" attestiert.<sup>27</sup> Es geht eigentlich nur darum, welche Lebenswelt ihre Gerechtigkeitsvorstellungen im Rechtssystem durchsetzen kann. Damit bleibt die Frage nach der spezifischen Rationalität des prozeduralisierten Rechts unbeantwortet. Die Rationalität prozeduraler Regelungen besteht letztlich darin, sittlich angemessene Normen (wie Gerechtigkeit und gutes Leben) mit Hilfe rechtlicher Verfahren durchzusetzen. Die Beschreibung prozeduraler Rationalität bei Habermas arbeitet nicht mit einer Fiktion, sondern mit einer - Luhmann entgegengesetzten - moralischen Unterstellung. Der Freiraum für moralische Gesichtspunkte ergibt sich quasi-automatisch dann, wenn im Rechtssystem Interpretationsspielräume eingebaut werden müssen, deren prozedurale Rationalität in der Logik moralischer Argumentation begründet ist. Wenn Kommunikation im Rechtssystem notwendig den Regeln moralischer Argumentation gehorchen muß, dann ist das Einfallstor für die "heimliche Materialität" prozeduraler Rationalität geöffnet.

Aus dieser Kritik folgt, daß diese Theorieansätze zwar das Phänomen thematisieren, um das es geht, nämlich prozedurale Rationalität, daß sie es aber entweder realistisch oder idealistisch auflösen. Der Begriff der in die Selbstreferentialität sozialer Systeme eingebauten Rationalität ist zu weit (denn das Recht ist dann nur noch ein Medium selbstreferentieller Schließung des Rechtssystems). Der Begriff der lebensweltlich gebundenen Rationalität wird zu eng (denn dort kommt das Recht nicht mehr vor). Die Luhmannsche Lösung macht zynische Unterstellungen, die Habermassche ideali-

---

<sup>26</sup> Die Folgen einer solchen Umdeutung werden weiter unten in Abschnitt 4.2. deutlich werden. Sei implizieren eine Soziologisierung, die den Verwendungszusammenhang symbolischer Formen thematisiert und zugleich die Logik symbolischer Formen nicht auf diese Verwendungsbedingungen reduziert.

<sup>27</sup> Zur Kritik der Prozeduralisierung als "heimlicher Materialität" vgl. Wiethölter 1982. Sie trifft unmittelbar Teubner/Willke 1984, und indirekt auch Habermas, der sich aber nicht soweit wie Teubner/Willke festlegen würde.

sierende Unterstellungen. Der Luhmannsche Blick ist realpolitisch, der Habermassche fundamentalistisch.

Wie aber wird es möglich, diese alten und ausgetretenen Pfade der Konzeptualisierung des Rationalitätsproblems im modernen Recht zu verlassen? Ein Ausweg daraus ist bereits ausgeschlossen worden: der Rückzug auf Systemrationalität. Denn Systemrationalität sichert nur in Grenzen die Akzeptabilität des Rechts. Prozedurale Rationalität, wie sie in den genannten Konzepten thematisiert wurde, setzt auf der anderen Seite zuviel voraus: sei es das Begründungszwängen gehorchende Subjekt, sei es das sich legalistischen Zwängen unterwerfende Subjekt. Beides sind idealisierende Annahmen, die soziologisch als variabel zu behandeln sind.

Der im folgenden versuchte Ausweg aus diesem Theorieproblem besteht darin, nicht nach der Rationalität des Rechts, sondern nach der Rationalität der Praxis des Rechts zu fragen. Man beschreibt dann die Rationalität eines Kommunikationszusammenhangs, in dem die Rationalität des Rechts thematisiert wird. Das ist nicht einfach ein Plädoyer für mehr Empirie, nach dem empirischen Anteil und nach der empirischen Relevanz, die Argumente oder systematische Täuschungs- und Einschüchterungsstrategien in der Rechtspraxis haben. Durch Abzählen von moralischen Argumentationen und Interaktionssequenzen in Gesetzgebungs- oder Gerichtsverfahren wird man diesen Theorieengpaß nicht lösen können. Man muß vielmehr Selektionskriterien theoretisch auszeichnen können, die den praktischen Umgang mit Argumentationen und Interaktionsritualen regeln.

Dazu gibt es zwei Theorieangebote. Ein erstes ist die *ökonomische Analyse* des Rechts.<sup>28</sup> Sie bietet ein allgemeines Modell rationaler Rechtspraxis, deren Rationalität dann mit Hilfe von Zusatzannahmen empirisch variiert wird. Ein zweites Modell ergibt sich aus der Kritik dieses Modells: die - um den Gegensatz zur ökonomischen Analyse zu markieren - *soziologische Analyse* des Rechts.

---

<sup>28</sup> Daß ökonomische Analysen im Recht gerade zu einer Zeit prominent werden, in der die klassischen Rationalitätsmaßstäbe zerbrechen, ist sicherlich kein Zufall. Haben ökonomische Theorien sich bislang eher als die empirisch gehaltvolleren Theorien dargestellt, so scheinen sie sich doch zunehmend auch als Selbstbeschreibungen sozialer Systeme zu eignen. Diese Rationalität scheint - zumindest auf der Ebene symbolischer Legitimierungsstrategien - nicht nur das Wirtschaftssystem (mit den heute beobachtbaren Folgeproblemen), sondern auch das Rechtssystem zu überformen.

## 5 Das Rationalitätsproblem revisited

### 6.1 DIE ÖKONOMISCHE ANALYSE DES RECHTS

Das Theorieangebot der "ökonomischen Analyse des Rechts"<sup>29</sup> wird noch selten angenommen. Dabei ist dieses Theorieangebot gerade soziologisch interessant. Denn sie zwingt zu einem genuin soziologischen Ausgangspunkt. Sie fragt nach der *Praxis des Rechts* und versucht, die Verwendungsbedingungen des - wie auch immer "rationalen" - Rechts mit Hilfe von verhaltenstheoretischen, spieltheoretischen oder verwandten Annahmen zu rekonstruieren, d.h. ein rationales Modell der Praxis des Rechts zu formulieren. Die ökonomische Analyse erlaubt es, den praktischen Umgang mit dem bürgerlichen Formalrecht und dem regulatorischen Recht a posteriori zu rekonstruieren und deren ökonomische Effekte zu identifizieren. Die damit verbundene desillusionierende Funktion der ökonomischen Analyse hat auch dazu beigetragen, die symbolische Autorität formaler und materialer Rationalität des Rechts auszuhöhlen. Und sie ist diejenige Form theoretischer Analyse des Rechts, die auch über die Unterstellung prozeduraler Rationalität am ehesten zu desillusionieren weiß. Doch in dem Maße, wie sie desillusioniert, sucht sie sich an die Stelle des Desillusionierten zu setzen. Sie sucht sich selbst als die dem postregulatorischen Recht angemessene Form der Rationalität zu setzen. Und dabei überfordert sie sich. Denn sie arbeitet mit einer kulturellen Idealisierung, die sie selber nicht mehr thematisieren und kontrollieren kann.

Die ökonomische Theorie des Rechts geht - wie jede ökonomische Theorie - von einer selbstverständlichen kulturellen Welt, der Welt einer utilitarischen Kultur aus. Diese Kultur wird als diejenige postuliert, die vor aller Kommunikation den Umgang der Menschen miteinander regelt. Diese Annahme zeichnet sich dadurch aus, daß sie das Koordinationsproblem bereits größtenteils gelöst hat, wenn die Menschen anfangen, miteinander zu kommunizieren. Sie ist also nicht - wie handlungstheoretisch ansetzende Kommunikationstheorien - gezwungen, immer wieder am Punkt Null der Vergesellschaftung anzufangen.<sup>30</sup> Und sie ist nicht - wie systemtheoretisch ansetzende Kommunikationstheorien - gezwungen, die Kontingenz des Gelingens kommunikativer Prozesse (und damit die Vergeblichkeit ihrer Erklärung) zu betonen. Sie setzt vielmehr eine bestimmte Form der Vergesellschaftung schon voraus.

---

<sup>29</sup> Damit nehme ich Kritik und Anregungen von Frank (1986) auf, ohne allerdings den Anspruch zu erheben, angemessen auf ihn reagieren zu können. Ich möchte nur Offenheit für Auseinandersetzung signalisieren. Denn nur aus der systematische Kritik der ökonomischen Theorie läßt sich - so meine Vermutung - für eine soziologische Theorie wieder etwas Neues lernen.

<sup>30</sup> Vgl. dazu die Diskussion der Gesellschaftsvertragslehren (Eder 1985), die genau dieses tun und deshalb nur selten bei den aktuellen Problemen ankommen.

Es wäre deshalb ein Mißverständnis, diese Form der Analyse nur als einen Versuch zu deuten, eine institutionalisierte Praxis aus der Aggregation egoistisch motivierter Handlungen von individuellen Akteuren unter strukturellen Randbedingungen zu erklären.<sup>31</sup> Sie behauptet mehr: Sie unterstellt eine utilitarische Vernunft als selbstverständliche Grundlage von Kommunikation. Sie behauptet aber nicht mehr, daß die utilitarische Vernunft eine kontingente Vernunft ist. Die ökonomische Lösung besteht also darin, die Frage nach der prozeduralen Rationalität im Rückgriff auf die *Rationalität einer utilitarischen Kultur* zu lösen.<sup>32</sup> Damit haben wir es hier mit einer Kommunikationstheorie jenseits von System- und Handlungstheorie zu tun.

Dabei entsteht eine eigentümliche Form der Analyse. Aus der ökonomischen Analyse wird eine Form der demystifizierenden Analyse. Die moralische Rationalität, die das Recht sich zuschreibt, wird als Illusion decouvriert. Wenn man etwa die empirischen Analysen zur "Elitist Theory of Democracy"<sup>33</sup> durchsieht, dann haben sie die Funktion gehabt, das praktische Funktionieren von demokratischen Systemen vorzuführen und damit die mit solchen Systemen verbundenen ideologischen Unterstellungen zu demystifizieren. Der praktische Umgang mit der demokratischen Theorie scheint darauf hinzuweisen, daß die Logik dieser Praxis weniger der Logik einer diskursiven Vernunft, sondern eher der Logik einer utilitarischen Vernunft folgt. In diesem Sinne läuft auch ein klassisches Argument der empirischen Demokratietheorie. Sie führt die prozedurale Rationalität demokratischer Institutionen darauf zurück, daß die Toleranz der Eliten die Intoleranz des Normalbürgers daran hindert, auf politische Entscheidungen Einfluß zu nehmen. Dieses Argument, das auf die utilitarische Vernunft setzt, hat offensichtlich immer noch einiges für sich. Daraus ergibt sich z.B. für die theoretische Beschreibung der verfassungsrechtlichen Praxis die Folgerung, daß verfassungsrechtliche Normen nichts als Mittel einer Praxis sind, die zu garantieren sucht, daß diese Institutionen auch funktionieren.

Ähnliche Argumente finden sich nicht nur auf dem Gebiet des Verfassungsrechts, sondern auch auf dem Gebiet des Strafrechts. Die Diskussion um die Abschreckung ist

---

<sup>31</sup> Obwohl einzelne ökonomische Theoretiker dazu immer wieder Anlaß geben. Vgl. dazu u.a. Opp 1973, 1983.

<sup>32</sup> Inwieweit das den methodologischen Individualismus notwendig nach sich zieht, mag hier offenbleiben. Daß es eine Wahlverwandtschaft zwischen der utilitarischen Vernunft und dem methodologischen Individualismus gibt, dürfte offensichtlich sein. Zu einer interessanten Fortführung gerade unter rationalitätstheoretischen Gesichtspunkten vgl. Elster 1986. Vgl. zu diesem Problembereich besonders auch Sahlins 1981.

<sup>33</sup> Zur ökonomischen Demokratietheorie vgl. Dahl 1976. Zur Empirie vgl. Lawrence 1976, S. 99f. Zu einer interessanten Weiterentwicklung dieses Ansatzes Coleman 1984. Gegen die Kraft der utilitarischen Vernunft spricht wieder ein neueres empirisches Phänomen: Die Entwicklung demokratischer Institutionen scheint zunehmend dadurch gekennzeichnet zu sein, daß die populistische Verführung der Eliten heute Realität geworden ist. Die Rationalität der ökonomischen Analyse scheint sich selbst in der Durchführung ihres Programms aufzuheben.

bereits zu Beccarias Zeiten mit Hilfe von Überlegungen zur Effizienz von Abschreckung "rationalisiert" worden (das hat ja bekanntlich den ersten Schub zur "Humanisierung" des Strafrechts ausgelöst). Man kann zwischen Strafandrohungen, die effizient sind, und solchen, die ineffizient sind (etwa als Grenzfall die Todesstrafe), unterscheiden. Man kann auch über die Höhe rational begründete Angaben machen. Eine erneute Bedeutung hat diese Rationalitätsunterstellung bei der "Humanisierung" des Strafverfahrens und des Strafvollzugs gewonnen, die mit der strafrechtlichen Reformpolitik eingeleitet wurde. Solche Humanisierungsansätze haben die Prozeduralisierung des Rechts im Strafrecht forciert.<sup>34</sup> Gerade die nichtintendierten Ergebnisse dieser Reformpolitiken, die mit der Idee einer (evtl. auch "heimlichen") materialen Rationalität angetreten sind, haben dazu geführt, die Rationalität dieser Lösungen infrage zu stellen. Welche prozeduralen Regelungen im Strafverfahren wirklich ihr Ziel erreichen, ist - angesichts der Praxis eines strategischen Umgangs mit solchen Regeln - ein offenes Problem. Und die Auslagerung des Strafvollzugs in selbstorganisierte (durch prozedurales Recht nur mehr geregelte) Institutionen, was bis hin zur Forderung nach der Privatisierung von Haftvollzugsanstalten führt, kann offensichtlich nur durch ökonomische Kalküle in seinen Konsequenzen beurteilt werden.

Der entscheidende Punkt der ökonomischen Analyse lautet also: Die Rationalität einer Rechtspraxis läßt sich nicht auf die dem Recht zugeschriebene Rationalität zurückführen. Diese dem Recht zugeschriebene Rationalität ist Teil eines davon (relativ) unabhängigen Verwendungszusammenhangs. Die Logik dieses Verwendungszusammenhangs basiert auf der Logik des ökonomischen Kalküls. Die Rationalität dieses Verwendungszusammenhangs besteht darin, über die dem Recht zugeschriebene Rationalität zu desillusionieren.

Die übliche theoretische Kritik<sup>35</sup>, die gegen solche ökonomischen Analysen vorgebracht wird, zielt darauf zu zeigen, daß wir es in der ökonomischen Diskussion mit einem zu sehr abgemagerten Begriff von Rationalität zu tun haben. Rationalität sei - zumindest im Rahmen des Rechtshandelns - mehr als nur ein Modell kalkulatorischen Handelns. Es könne nur als ein Modell eines an moralischen Gesichtspunkten orientierten Handelns konstruiert werden. Prozeduren der Einigung im Falle strittiger Fragen

---

<sup>34</sup> Zur ökonomischen Analyse des Strafrechts siehe die Bemerkungen bei Frank 1986, S. 204-206. Zu einer entwicklungstheoretischen Deutung der "Humanisierung" vgl. Eder 1986b.

<sup>35</sup> Das Argument über die Amoralität des ökonomischen Modells muß modifiziert werden. Die Kritik bei Frank trifft hier. Siehe Frank 1986, S. 196. Moralisches Handeln ist zuviel verlangt. Das Problem ist eher, wann und wie moralisches Handeln kommunikativ erzwungen wird, besonders welche ökonomischen oder sonstigen kulturellen Voraussetzungen gegeben sein müssen. Ich modifiziere damit auch die Kritik an den handlungstheoretischen Grundlagen der ÖAR. Zur Einführung der Rationalitätsannahme siehe die Ein- und Ausschließungsregeln bei Frank 1986, S. 192ff. Die Abstraktionen, die dabei vorgenommen werden, sind mehr oder weniger allgemein und realitätsnah. Das Problem ist nur, daß die Theorie nicht weiß, warum dies so ist.

erforderten prozedurale Regeln, die mehr als nur ein Interesse an der Maximierung des eigenen Vorteils erfordern. Sie erforderten auch moralisches Engagement. Doch moralische Interessen lassen sich problemlos in die Präferenzstrukturen von Individuen einbauen. Über ihr Verhältnis zu nichtmoralischen Interessen ist damit noch nichts gesagt. Auch das Denken zugunsten zukünftiger Generationen, die ja mit ihren Präferenzen nicht in die kollektiven Auseinandersetzungen eingreifen können, problematisiert nicht das ökonomische Kalkül. Denn Prinzipien advokatorisches Handeln können jederzeit Teil von Präferenzstrukturen werden, die in die Entscheidung, ob und wie gehandelt wird, miteingehen können. Und Präferenzstrukturen können zugleich verzeitlicht werden, d.h. als Präferenzstrukturen unter der Bedingung der Ungewißheit über ihre zukünftige Erfüllung konstruiert werden.

Die übliche Kritik ist in dieser Form also nur ein "begging for the argument". Denn sie übersieht, daß - im Selbstverständnis der ökonomischen Theorie - die ökonomische Welt kein Spezialfall der kommunikativen Welt ist, sondern als deren selbstverständliche oder implizite oder unbewußte Voraussetzung gesehen wird. Wenn man diese Voraussetzung kritisieren will, dann muß man entweder zeigen, daß Kommunikation in der modernen Gesellschaft voraussetzungslos funktioniert (was empirisch unwahrscheinlich und auch theoretisch mit Komplikationen verbunden ist), oder daß die selbstverständlichen Voraussetzungen empirisch andere sind und in der ökonomischen Analyse theoretisch unangemessen verkürzt beschrieben werden.

Eine mögliche Kritik ist mit der Annahme verbunden, daß die übersubjektive Koordination von ökonomisch rationalen Einzelhandlungen ein Rationalität impliziert, die über die ökonomische Logik hinausgeht. Das bedeutet, daß sie einer "überökonomischen" (und damit einer "kulturellen") Logik unterworfen sind, die soziale Akteure auch dann noch miteinander verbindet, wenn sie sich im "Gefangenendilemma" verfangen haben, und die es sozialen Akteuren erlaubt, sich aus dem Gefangenendilemma zu befreien.<sup>36</sup>

Es wäre allerdings überraschend, wenn die ökonomische Theorie dieses Problem nicht selber gesehen hätte. Die Lösung ist die unsichtbare Hand, der Auktionator, der die Interdependenz der Präferenzstrukturen und in Abhängigkeit davon ein neues (temporäres) Gleichgewicht der Interessen, eine "pareto-optimale" Lösung herzustellen weiß. Die implizite Voraussetzung, die dabei gemacht werden muß, ist die Identifikation mit dem Auktionator, die Anerkennung seiner Autorität und seiner Rationalität.

---

<sup>36</sup> An den Arbeiten von Sahlins und Bourdieu kann die Dialektik von ökonomischer und soziologischer Analyse gezeigt werden. Das von Dimmel zitierte Prinzip "Die Methode der Gesetzgebung ist gleichzeitig eine Methode, die Methode der Gesetzgebung der Kritizierbarkeit zu entziehen" demystifiziert die Praxis und ist doch gleichzeitig ein Indikator dafür, daß das Recht unter dem Gesichtspunkt seiner prozeduralen Form, nämlich sich als kritisierbar darstellen zu müssen, thematisiert wird. Vgl. Dimmel 1986, S. 276.

Was aber garantiert diese Anerkennung des Auktionators? Was ist das Gemeinsame, das den Auktionator mit der Welt der Menschen verbindet? Die ökonomische Analyse kann hier nur eine Gemeinsamkeit des praktischen Nützlichkeitsprinzips unterstellen. Die Fiktion des Auktionators dupliziert nur die Welt individueller Interessen auf der Ebene kollektiv geteilter Deutungsmuster. Wenn aber die dominanten Deutungsmuster nicht mit dem Deutungsmuster übereinstimmen, das dem Auktionator zugrundeliegt, dann fällt die Anerkennung des Auktionators in sich zusammen.

Die der ökonomischen Theorie angemessene Ebene der Gegenkritik ist die Annahme einer kulturellen Ordnung, die die utilitarische Vernunft als eine (unwahrscheinliche?) Möglichkeit in sich enthält. Die Praxis des Umgangs mit kulturellen Regeln mag "ökonomischer Natur" sein. Doch zugleich ist zu erwarten, daß diese Ökonomie der Praxis nur dann die kollektive Koordination dieser Praktiken leistet, wenn die Logik der Kultur selbst dieser utilitarischen Rationalität gehorcht.

Die soziologische Analyse ersetzt deshalb die Idee des Auktionators durch die Idee der Kultur. Die Koordination sozialer Handlungen liegt darin begründet, daß es eine gemeinsam geteilte Kultur, daß es eine kulturspezifische Logik symbolischer Zusammenhänge gibt.<sup>37</sup> Die Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts lautet also, daß sie kulturtheoretisch blind ist. Sie ist kulturtheoretisch blind, weil sie ihre modelltheoretischen Annahmen kulturfrei, ausgehend von universalen Verhaltensdispositionen konstruiert, und dann hofft, daß diese Modellannahmen durch kontinuierliche Korrektur zunehmend zu inhaltlich gehaltvollen Modellen, zu Modellen einer kulturellen Realität gemacht werden können.

Die ökonomische Analyse macht die Praxis zum Modell und die Kultur zur Randbedingung, innerhalb derer dieses Praxismodell dann respezifiziert werden kann. Eine soziologische Analyse kehrt dieses Verhältnis von Modell und Praxis um. Sie rekonstruiert die Logik symbolischer Zusammenhänge, die in einer Gesellschaft oder einem ihrer Subsysteme gegeben sind, und analysiert dann die empirisch beobachtbaren Praktiken als Formen des Umgangs mit diesem Modell. Während die soziologische Analyse den ökonomischen Umgang mit kulturellen Modellen, also die spezifische ökonomische Praxis eines kulturellen Modells als eine mögliche Praxis analysiert, analysiert die ökonomische Analyse die Kultur als restriktive Bedingung einer ökonomischen Praxis. Die Differenz von Modell und Praxis<sup>38</sup> wird jeweils umgekehrt. Wenn aber ökonomische Praxis nur eine Praxisform unter mehreren ist und Kultur nicht nur restriktive Rahmenbedingung, sondern konstitutive Bedingung von Praxis ist, dann läßt sich der Vorwurf der kulturtheoretischen Ahnungslosigkeit der ökonomischen Theorie begründen.

---

<sup>37</sup> Sahlins Kritik der utilitarischen Vernunft verweist auf eine symbolische Logik, die Grundlage von Kommunikation ist. Zu diesem strukturtheoretischen Argument vgl. Leach 1978.

<sup>38</sup> Dieser Punkt kann nicht genügend betont werden: auch für das Rechtssystem gilt die Differenz von Modell und Realität, von Partitur und Aufführung, von Struktur und Praxis. Das hat weitreichende methodologische Folgen. Siehe unten Abschnitt 5.

Der Ausweg aus dieser Ahnungslosigkeit besteht darin, die modelltheoretische Konstruktion nicht an psychologische Annahmen, sondern an die Rekonstruktion der Logik symbolischer Zusammenhänge anzubinden, sie also an die Rekonstruktion realer Deutungsmuster anzuschließen. Das darf aber nicht den Blick auf das verstellen, was die ökonomische Theorie ins Blickfeld gerückt hat: das Phänomen des praktischen Umgangs mit der symbolischen Welt, die Nutzung der symbolischen Welt als "symbolisches" Kapital. Sie desillusioniert über die idealisierenden Zuschreibungen des Handelns und macht auf einen Aspekt der Logik der Verwendungsbedingungen solcher moralisierender Unterstellungen aufmerksam. Doch sie ist unzureichend, weil die Verwendung moralisierender Unterstellungen mehr impliziert als nur kalkulatorische Prinzipien. Sie impliziert eine moralische Welt, die jenseits der Handlungen und Intentionen der Beteiligten, also im Rücken der Akteure, den Zusammenhang utilitarischer und nichtutilitarischer Handlungen ermöglicht. Ein Rationalitätsbegriff, der diese "quasi-objektive" Voraussetzung nicht macht, macht die soziale Welt zur Randbedingung. Er schiebt sie in die ceteris-paribus-Klausel.

Diese Kritik der ökonomischen Analyse hat die Funktion, den Übergang von der ökonomischen zu einer soziologischen Analyse des Rechts theoretisch zu begründen. Die ökonomische Analyse des Rechts hat zwar - und das ist ihre spezifische Leistung - ein in sich konsistentes Rationalmodell einer Praxis des Rechts geliefert, das darauf aufmerksam macht, was das Recht alles "aushalten" muß, wenn es praktisch wird. Sie reicht jedoch nicht aus, um das zu benennen, was trotz allen strategischen Umgangs mit dem Recht dessen Autorität sichert.



Das zielt auf eine Theorie, die die Praxis des Rechts nicht nur aus sich heraus, sondern als Teil des symbolischen Reproduktionszusammenhanges der Gesellschaft versteht. Das klassische Formalrecht hat diesen symbolischen Bezugspunkt in den subjektiven Rechten (sowohl Freiheitsrechten wie Eigentumsrechten) gesucht. Für das regulatorische Recht war dies die Wohlfahrt und Gerechtigkeit der sozialstaatlich verfaßten Gesellschaft. Für das reflexive Recht ist dieser Bezugspunkt ein Deutungsmuster, dessen Konturen noch unklar sind, ein Deutungsmuster, das mit Ideen wie Autonomie und Verantwortlichkeit zu tun hat. Eine soziologische Analyse des Rechts geht von solchen kulturellen Voraussetzungen aus. Sie kann dann zeigen, wie diese kulturelle Logik das Funktionieren einer Rechtspraxis ermöglicht.

### 6.3 DIE SOZIOLOGISCHE ANALYSE DES RECHTS

Gegen die ökonomische Herausforderung hat die soziologische Diskussion im Bannkreis von Handlungstheorie und Systemtheorie außer prinzipiellen Einwänden nur wenig entgegenzusetzen. In empirischer Hinsicht hat die ökonomische Analyse das Argument der besseren Angemessenheit an das Faktische (besonders das Psychologische, das "Allzu-Menschliche") für sich. In der konkreten Analyse erweisen sich jedoch beide Argumente als wenig bedeutsam. Denn man kann weder eine Rationalitätsunterstellung soziologisch analysieren, ohne ihre strategische Verwendung in der Praxis zu thematisieren. Und man kann auch nicht eine strategische Praxis untersuchen, ohne die Rationalitätsvoraussetzungen des soziokulturellen Feldes, in das diese Praxis eingelassen ist, zu thematisieren.

Das Programm einer über die ökonomische Analyse hinausgehenden soziologischen Analyse des Rechts<sup>39</sup> versucht deshalb, die Rationalitätsvoraussetzungen einer Rechtspraxis zu rekonstruieren und die Praxis zu analysieren, die mit diesen Voraussetzungen die Autorität des Rechts zu produzieren und zu reproduzieren sucht. Eine soziologische Analyse des Rechts beginnt also damit, das "symbolische Kapital"<sup>40</sup>, mit dem die Praxis des Rechts die Autorität des Rechts reproduziert, zu benennen und aus ihnen Stabilität und Wandel einer Rechtspraxis zu erklären. Das bedeutet, daß im Gegensatz zur ökonomischen Analyse des Rechts die soziologische Analyse des Rechts mit spezifischen Annahmen über die Rationalität des Rechts arbeiten muß.

---

<sup>39</sup> Eine solche "soziologische" Theorie ist streng struktural. Zur strukturtheoretischen Grundlegung der Soziologie bislang am weitestgehenden Bourdieu 1980, 1982. Daraus ergibt sich eine ganz spezifische Umorientierung rechtssoziologischer Analysen. Eine Umorientierung rechtssoziologischer Analysen ist inzwischen eine gängige Forderung in der Rechtssoziologie geworden. Vgl. Hunt 1981, Abel 1980, Bourdieu 1986. Die Implikation einer solchen strukturalen Soziologie ist, die Analysen auf den sozialen Erzeugungsprozeß zu zentrieren. Damit reagiere ich auch auf den Vorwurf, daß sozialer Erzeugungsprozeß nur eine Worthülse ohne theoretische Folgen sei.

<sup>40</sup> Der Begriff des "symbolischen Kapitals" meint bei Bourdieu die inkorporierten und verinnerlichten Formen von ökonomischem, kulturellem und sozialem Kapital. Eine systematische Klärung findet sich in Bourdieu 1980, S.191ff.

Jede Rechtspraxis ist dadurch definiert, daß sie auf ihre symbolischen Repräsentationen, also auf Rechtsnormen, methodische Vorverständnisse usw. zurückgreift, um soziale Konflikte in Rechtskonflikte transformieren zu können. Dies ist das symbolische Kapital einer Rechtspraxis. Der Mechanismus, der die Mobilisierung dieses symbolischen Kapitals erlaubt, ist Kommunikation im Rechtssystem. Kommunikation im Rechtssystem herzustellen heißt, Probleme der Umwelt des Rechtssystems in ein rechtliches Problem zu transformieren und damit zum Gegenstand rechtsspezifischer Kommunikation zu machen. Rational ist eine Rechtspraxis dann, wenn es ihr gelingt, solche Kommunikation zu ermöglichen, also Kommunikabilität im Rechtssystem herzustellen und zu reproduzieren. Die Rationalität des Rechts bemißt sich in dieser "praxistheoretischen" Perspektive daran, inwieweit es gelingt, Interessen, Probleme, Erwartungen in eine andere Sprache zu übersetzen und sie damit kommunikabel zu machen. Für eine soziologische Analyse der Rechtspraxis ist also *Kommunikabilität* der Schlüsselbegriff.<sup>41</sup>

Die ökonomische Theorie ist nicht in der Lage, diese Rationalität der Rechtspraxis zu beschreiben, weil seine Rationalitätsannahmen restriktiver sind als das, was dem Recht an Rationalität zur Verfügung steht. Das symbolische Kapital des Rechts mobilisiert vor allem Ressourcen, die in der ökonomischen Theorie keine Rolle spielen: nämlich Begründungszwänge und Geltungsansprüche. Und die Restriktionen ökonomischer Rationalitätsannahmen unterschlagen auch das Irrationale, das dem Recht zur Verfügung steht: die rituelle Qualität von normativen Vorschriften, die (vorrationalen) kulturellen Selbstverständlichkeiten, die zur Sicherung von Kommunikation im Rechtssystem beitragen.

Die soziologische Analyse des Rechts erlaubt es schließlich auch, die symbolische Analyse des Rechts mit einer sozialstrukturellen Analyse des Rechts zu verbinden. Das Vermittlungskonzept ist das der kommunikativ geregelten Praxis. Die Rationalität des Rechts ist etwas, das objektiv bestehenden Rechtsnormen von den Akteuren im Rechtssystem in kommunikativen Prozessen zugeschrieben wird. Die soziologische

---

<sup>41</sup> Die Differenz von Kommunikation und Kommunikabilität hat in der Tat klärende Funktion. Insofern habe ich hier nichts "verschwiegen", sondern etwas Naheliegendes an dieser Stelle nicht gesehen. Diese Differenz ist aber kein Einwand gegen das Modell egalitär-diskursiver Vergesellschaftung. Sie verweist begrifflich auf die sozialen Bedingungen der Sicherung von Kommunikation. Kommunikabilität der Welt ist analog zur Spielbarkeit einer Partitur zu sehen. Es ist insofern ein vermittelnder Begriff zwischen Struktur und Praxis. Er beschreibt die notwendigen Voraussetzungen für die Reproduktion einer Struktur in der historisch-konkreten Praxis. Zur Einführung des Begriffs vgl. Weiß 1981. Man kann diesen Begriff aber auch anders einführen. Es muß nicht über einen Klassiker sein. Insofern ist Treibers Kritik an der Weberschen Einleitung meines Aufsatzes eine Überschätzung der Funktion dieses Anknüpfens. Sie ist nur eine einführende Bemerkung - und ich bin sicher, daß man bei gutem Willen in Weber noch viel mehr und sogar bislang Ungeahntes finden kann. Nur muß man dazu das Problem, das sich stellt, bereits begriffen haben muß. Der veränderte Blick wird - notwendig - den Blick auf die Klassiker mitverändern. Es ist aber nicht der Klassiker, der den Blick verändert hat.

Analyse beschränkt sich deshalb nicht auf die Rekonstruktion der "Logik des Rechts". Sie beschreibt auch die kommunikative Praxis des Rechts und mit ihr die sozialstrukturellen Bedingungen, die über diese kommunikative Praxis reproduziert wird. Diese sozialstrukturellen Bedingungen sind einmal Ausdruck des Grades der Ausdifferenzierung und Autonomisierung des Rechtssystems von anderen Teilsystemen. Wieweit das Rechtssystem von anderen Teilsystemen getrennt oder an sie gebunden ist, hängt wiederum von den spezifischen Herrschaftsstrukturen und Klassenverhältnissen ab, die eine Gesellschaft kennzeichnen. Damit ist der umfassende Reproduktionszusammenhang bezeichnet, in den das Recht eingebunden ist.

Eine soziologische Analyse, die mit diesen Annahmen ansetzt, erlaubt es, das Reden über Prozeduralisierung und prozedurale Rationalität angemessener als im Rahmen einer ökonomischen Analyse der Rechtspraxis zu verorten. Soziologische Analyse der Prozeduralisierung des Rechts heißt, die Sprache des Rechts auch unter der Bedingung hochgradiger funktionaler Differenzierung in den ausdifferenzierten Subsystemen zur Geltung bringen zu können. Prozeduralisierung heißt also, Rechtsautorität unter hochmodernen Bedingungen ausüben oder sogar erweitern zu können. Prozeduralisierung ist der Versuch, das symbolische Kapital der Rechtspraxis zu mehren und damit die Reproduktion eines zunehmend "autonomisierten" Rechtssystems zu sichern. Diese Autonomisierung ist ihrerseits ein Ausdruck sich verändernder Herrschafts- und Klassenverhältnisse in fortgeschrittenen, wohlfahrtsstaatlich organisierten Gesellschaften.

Prozeduralisierung des Rechts heißt also, daß das moderne Recht zunehmend dazu gezwungen wird, seine Rationalität unabhängig von abstrakten Rechtsideen wie Freiheit und Gerechtigkeit auszuweisen. Es ist zunehmend auf die Rationalität angewiesen, die seinen Erzeugungsbedingungen zugrundeliegen. Die prozeduralen Regeln (die "sekundären Normen" im Sinne Hart's), die die Praxis der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung zu institutionalisieren erlauben, werden thematisch. Das moderne Recht wird also gezwungen, auf die Rationalität seiner basalen Bedingungen zurückzugreifen. Prozeduralisierung heißt (und hier läßt sich die eingangs gegebene Definition erweitern), der Rechtspraxis ein symbolisches Kapital zur Verfügung zu stellen, das die Reproduktion der Rechtspraxis um ihrer selbst willen jenseits aller substantieller Festlegungen ermöglicht. Sie erlaubt die zweckfreie Reproduktion der Autorität des Rechts.<sup>42</sup> Damit erweist sich die Prozeduralisierung des Rechts als eine Form der symbolischen Darstellung des Rechts, die genau dort greifen kann, wo die Zwecke des Rechts (vor allem der Gerechtigkeitszweck) desillusioniert worden sind. Prozeduralisierung des Rechts, die Reorganisation des Rechts nach Maßgabe von Kriterien prozeduraler Rationalität liefert die symbolischen Ressourcen für einen Umbau des Rechtssystems, das sich in einer desillusionierten gesellschaftlichen Umwelt reproduzieren muß.

---

<sup>42</sup> Das bedeutet, daß die zweckorientierte Reform des Rechts, die am Ende des letzten Jahrhunderts mit Liszt eingeleitet und mit Radbruch dann fortgeführt worden ist, sich erschöpft hat und neuen Rechtsformen Platz macht.

Die aktuellen Versuche einer prozeduralen Begründung des Rechts<sup>43</sup> sind Versuche, das symbolische Kapital eines Rechts, dessen formale und materiale Qualitäten nicht mehr die eigene Reproduktion sichern können, wiederherzustellen und auszubauen. Mit diesem Rückgriff wird aber zugleich ein Modell von Vergesellschaftung mobilisiert, das für die Moderne konstitutiv ist. Der Versuch, das symbolische Kapital der Rechtsakteure zu mehren, ist untrennbar mit dem Rückgriff auf das Modell egalitär-diskursiver Vergesellschaftung und die damit gegebenen Bedingungen rationaler Kommunikation verbunden.<sup>44</sup> Prozedurale Rationalität ist ein Bumerang: Je mehr es zur einzigen und letzten Grundlage des symbolischen Kapitals wird, umso mehr muß sich die Rechtspraxis um ihre Legitimität fürchten. Je mehr Prozeduralisierung voranschreitet, umso mehr ist prozedurale Rationalität nötig, und umso mehr sieht sich die Rechtspraxis mit restriktiven Bedingungen einer praktischen Vernunft konfrontiert, die über die utilitarische Vernunft der ökonomischen Theorie hinausgeht, nämlich der praktischen Vernunft, die in das Modell egalitär-diskursiver Verständigung eingebaut sind.

Die aktuellen Versuche einer moralfreien Begründung der Rationalität von Rechtsnormen erfüllen komplementäre Funktionen. Das Wissen über die interaktiven Zwänge ritualisierter Kommunikation erweitert die Möglichkeiten der Rechtspraxis, in rechtliche Kommunikation zu intervenieren. Sie ist gleichermaßen offen für strategische wie für verständigungsorientierte Praktiken. Auch die Desillusionierung über das Funktionieren der Rechtspraxis, also das sozialwissenschaftliche Wissen über diese Praxis, erweitert das symbolische Kapital des Rechts, das in die Reproduktion des modernen Rechts eingehen kann.

Soziologische Analyse des Rechts ist zugleich soziale Kritik des Rechts. Eine soziologische Analyse prozeduraler Rationalität nimmt prozedurale Rationalität, etwa die Auszeichnung rechtlicher Argumentation als moralischer Argumentation, nicht beim Wort und prozedurale Irrationalität, also die Zwänge ritualisierter Interaktionsabläufe, nicht als naturgegeben an. Sie erklärt diese vielmehr als Ressourcen einer Rechtspraxis. Die Rationalität der Rechtspraxis ist insofern eine sachlich, zeitlich und sozial spezifische. Sie ist davon abhängig, auf welche symbolischen Ressourcen sie setzt, wieweit der Funktionswandel des modernen Rechts vorangeschritten ist und unter welchen Herrschafts- und Klassenverhältnissen sie sich reproduzieren muß. Sie ist umso rationaler, je mehr sie unter diesen Bedingungen die symbolische Ressource "Rationalität" einsetzen kann. Soziologische Analyse prozeduraler Rationalität ist also immer zugleich soziale Kritik prozeduraler Rationalität.

---

<sup>43</sup> Eine solche Prozeduralisierung auf der Ebene der Begründung von Rechtsnormen findet sich etwa bei Alexy 1981.

<sup>44</sup> Zu diesem für Modernität konstitutiven Organisationsprinzip vgl. Eder 1985. Siehe auch unten Anmerkung 54.

Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, die historischen Voraussetzungen der symbolischen Ressource "prozedurale Rationalität" zu klären. Sie wird dadurch gekennzeichnet, daß sie im Rekurs auf die sekundären Normen des Rechts die moralische Qualität dieses Rechts zu begründen erlaubt. In einem zweiten Schritt soll gezeigt werden, daß diese prozedurale Rationalität sich gerade für ein Recht als funktional erweist, das aufgrund gesellschaftlicher Entwicklungen auf seine Basisfunktion, nämlich Streit zu schlichten, reduziert wird. Schließlich wird an dieser Rechtspraxis gezeigt, daß sie einen neuen Typus von Herrschafts- und Klassenverhältnissen, nämlich die Teilung der Gesellschaft in Experten und Klienten, zu reproduzieren erlaubt.

## 7 Eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität

### 8.1 DIE QUELLEN PROZEDURALER RATIONALITÄT

Prozedurale Rationalität ist ein Rationalitätspotential, das mit dem Beginn moderner Vergesellschaftung zur Verfügung steht. Diese Rationalität liegt implizit den prozeduralen Regelungen moderner Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung zugrunde. Nicht die Gewaltenteilung, also die Differenzierung von Formen der Rechtserzeugung, sondern der Modus der durch rationale prozedurale Regeln geregelten Erzeugung des Rechts machen die prozedurale Rationalität des modernen Rechts aus.<sup>45</sup>

Diese prozeduralen Normen machen es möglich, daß das Recht sich selbst normieren, seine eigenen Entstehungs- und Verwendungsbedingungen normieren kann. Die moderne Rechtsentwicklung unterscheidet sich von der Entwicklung des traditionellen Rechts durch die Form seiner prozeduralen Normen. Der Schlüssel zur Modernität des Rechts ist im Verfahrensrecht zu suchen, das rechtssetzende, rechtsanwendende und rechtsvollziehende Verfahren zu institutionalisieren erlaubt.<sup>46</sup> Die spezifische Eigenschaft dieser reflexiven Struktur besteht - so Luhmann<sup>47</sup> - darin, daß im laufenden Entscheidungsprozeß die Regeln dieses Entscheidungsprozesses nicht mit verändert werden dürfen.

---

<sup>45</sup> Zu dieser Unterscheidung vgl. vor allem Hart's Unterscheidung von primary and secondary rules, der - neben anderen - gezeigt hat, daß das Recht nicht nur aus primären Regeln, also aus direkten Verhaltensvorschriften und Strafnormen besteht, sondern auch aus Ermächtigungsregeln, die dazu dienen, Verfahren zur Produktion und Reproduktion dieser Regeln zu erzeugen. Vgl. Hart 1961.

<sup>46</sup> Begriffliche Verwirrung kann durch die mit der Positivität des modernen Rechts zusammenhängende Reflexivität des Rechts und durch den von Teubner/Willke (1985) eingeführten Begriff des reflexiven Rechts entstehen. Beides hängt miteinander auch zusammen. Das reflexive Recht könnte man so verstanden als die bislang letzte Stufe in der Evolution der Reflexivität des Rechts deuten.

<sup>47</sup> Das ist wohl der entscheidende Punkt in Luhmanns Rechtssoziologie. Siehe Luhmann 1983, S. 214.

Diese Reflexivität des Rechts ist durch die Ablösung von traditionellen Formen der Rechtserzeugung erzwungen worden. Mit der Auflösung traditionaler Herrschaftsformen ist deutlich geworden, daß Rechtserzeugung nicht einfach darin besteht, bereits bestehendes Recht nur sichtbar zu machen, sondern darin besteht, genuin neues Recht zu erzeugen. Die Vorstellung eines beliebigen "Machens" von Gesetzen war traditionellen Gesellschaften fremd. Die Rechtsprüche der Herrscher waren - soweit sie als neu erschienen - nur Verlängerungen der Rechtsprüche der Götter. Ansonsten handelte es sich um die Wiederholung von bereits Gesagtem und Verkündetem.<sup>48</sup>

Der absolutistische Herrscher der Neuzeit durchbricht diese traditionale Form des Rechts. Er repräsentiert eine neue Praxis des Rechts. Er steht über dem (Natur-)Gesetz. Er ist "princeps legibus absolutus". Als solcher kann er Gesetze setzen, ohne an bestehende Gesetze gebunden werden zu können. Er kann kraft eigener Machtfülle Gesetze geben. Die Positivität des Rechts ist eine Folge dieser Transformation des Rechtserzeugungsprozesses. Diese Freisetzung des gesetzgeberischen Willens markiert den Beginn moderner Rechtsentwicklung.

Mit dieser Freisetzung ist das Problem der Rationalität des gesetzgeberischen Willens gestellt. Wie kann der gesetzgeberische Wille seine Rationalität begründen? Dazu muß man auf die politisch-moralischen Implikationen bürgerlichen Staatsverständnisses zurückgehen, insbesondere auf dessen (gesellschafts-)vertragstheoretische Begründung.<sup>49</sup> Sie läuft darauf hinaus, daß Rationalität nur durch egalitär und diskursiv organisierte Kommunikation gewährleistet werden kann. Der Rekurs auf diese prozedurale Rationalität überfordert allerdings zunächst das Rechtssystem.

Der Rekurs auf den Willen des *absoluten Herrschers* virtualisiert diesen Kommunikationsprozeß. Die Gesetzgebung findet in der monologischen Form statt. Gesetzgebung ist virtueller Dialog. Daß die kommunikative Struktur dieses Modells für die Selbstbeschreibung als rational unzureichend gewesen ist, scheint offensichtlich zu sein. Rationalität wurde denn auch in der Rechtsstaatlichkeit, in der Gesetzesbindung rechtlicher Kommunikation gesucht.

Der Rekurs auf die konstitutionelle Bindung der Gesetzgebung hat die Verortung der prozeduralen Rationalität der Gesetzgebung im virtuellen Dialog des Herrschers mit sich selbst aufgelöst. Die Verfassung wird zum regulativen Prinzip der Gesetzgebung. Prozedurale Rationalität wird hier für den *verfassunggebenden Akt* reklamiert. Mit

---

<sup>48</sup> Diese Entwicklung ist im einzelnen beschrieben in Eder 1985, S. 360ff. Diese Beschreibung beruht auf einer expliziten Theorie der sozialen Konstitution von moderner Moral und ihrer verfahrensethischen Begründung. Vgl. dazu auch Taylor 1986, Habermas 1983, S. 53-126, Benhabib 1980.

<sup>49</sup> Zur Funktion gesellschaftsvertragstheoretischer Deutungen der Reflexivität des modernen Rechts siehe Eder 1986a. Damit erübrigt sich vermutlich Ladeurs Kritik an der Erhebung der Vertragstheorie zum Anfang der Normativ- und Verwaltungsakte" (Ladeur 1986, S. 267).

diesem Akt wird die prozedurale Regel der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zum rationalen Grund des Rechts. Die Kommunikation der an der Gesetzgebung Beteiligten, idealiter die Gesetzgebung durch das Volk, wird der Grund für die prozedurale Rationalität des Rechts. Diese Rationalität ist ein für allemal mit dem Akt der Verfassungsggebung institutionalisiert. Sie bedarf deshalb auch keiner besonderen Arbeit der Rationalisierung mehr. Was unter Rationalitätsgesichtspunkten vielmehr problematisch wird, sind die Ergebnisse dieser prozeduralen Regelung.

Sobald die Bedeutung des "Verfassungsmäßigen" strittig wird, verlagert sich die prozedurale Rationalität des Rechts auf gerichtliche Verfahren.<sup>50</sup> Der verfassunggebende Akt wird in der Institution einer Gerichtsbarkeit "auf Dauer" gestellt. Sie ist der Ort, wo der Dissens über Gesetzgebung und ihre "Verfassungsmäßigkeit" kommunizierbar gemacht wird. Die Rationalität verfassungsgerichtlicher Kommunikation mobilisiert prozedurale Rationalität in einem dem Gesetzgebungsprozeß vorgeordneten institutionellen Rahmen.<sup>51</sup>

Die Rationalität bzw. Irrationalität der Gesetzgebung wird an die prozedurale Rationalität der Binnenstruktur dieser Gerichte gebunden. Doch die Mobilisierung prozeduraler Rationalität ist damit nicht gesichert. Die Praxis der Verfassungsrechtsprechung versucht eher, den Rekurs auf Argumentationen zu vermeiden, die mit diesem Topos arbeiten. Sie mobilisiert vielmehr eher formale bzw. materiale Rationalität. Sobald Verfassungsgerichtsurteile jedoch ein erratisches Bild bieten<sup>52</sup> und das rationale Anschließen von Entscheidungen beliebig wird, muß auf prozedurale Rationalität umgestellt werden. Die Rationalisierung dieser Rechtspraxis besteht dann darin, den Kreis der an der Entscheidung Beteiligten zu erweitern. Idealiter heißt das, die rechtliche Kontrolle der Rechtsprechung zu einem öffentlichen Prozeß und damit zu einem realen Dialog auszuweiten. Die Rationalität verfassungsgerichtlicher Verfahren wird in der Form der "offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten"<sup>53</sup> gesucht.

---

<sup>50</sup> Die Verlagerung prozeduraler Rationalität auf gerichtliche Verfahren ist Ausdruck des Legitimationsverlustes parlamentarisch geregelter Gesetzgebung. Man hat insbes. das Verfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber bezeichnet, das - im Gegensatz zum Gesetzgeber - höhere symbolische Autorität für sich reklamieren kann.

<sup>51</sup> Zu einer solchen Begründung vgl. Alexy 1986, S. 495-521.

<sup>52</sup> Die Uneindeutigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen kann man darauf zurückführen, daß diese zwischen einer strategischen und einer moralischen Deutung von Grundrechten hin- und herschwanken. Zum amerikanischen Fall und theoretisch aufschlußreich Frankenberg/Rödel 1981, insbes. S. 20-31. Gegenüber diesem Typus der Analyse ist der Vorwurf des Reduktionismus wohl am ehesten angebracht.

<sup>53</sup> Dazu Häberle 1973, insbes. S. 155-180. Ob die Probleme der Rechtfertigung verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle durch begriffsjuristische Arbeit, also rechtliche Autopoiese, gelöst werden können, ist nicht unbedingt zu erwarten. Zu einem Versuch in dieser Richtung im Hinblick auf Grundrechtsnormen vgl. Alexy 1986, insbes. S.32-38. Die Alternative ist "prozedurale Autopoiese",



Analoges gilt für die prozedurale Rationalität von Verwaltungsakten. Auch sie scheint zunehmend weniger der Illusion einer bloßen exekutivischen Funktion zu folgen. Sie muß ihr Rationalität aus sich selbst, aus der Rationalität ihrer "sekundären" Normen zu begründen suchen.<sup>54</sup> Die hoheitlichen Aspekte des Verwaltungshandeln können die Rationalität von Verwaltungsentscheidungen nicht tragen. Die Autorität solcher Normsetzungen wird von einer (verwaltungsspezifischen) "demokratischen" Form abhängig. Nur in dem Maße, wie die Verwaltung das Image prozeduraler Rationalität mobilisieren kann, kann sie den Rationalitätsanspruch administrativer Rechtspraxis verteidigen. Die Zunahme "partizipativer" Formen im Verwaltungsverfahren ist diesem Zwang geschuldet.

In diesem - im Verlauf moderner Rechtsentwicklung zunehmend bedeutsamer werdenden - Rekurs auf prozedurale Rationalität manifestiert sich das für moderne Vergesellschaftung konstitutive Modell prozeduraler Rationalität: das Modell egalitär-diskursiver Kommunikation.<sup>55</sup> Dieses Modell gründet auf zwei Prinzipien, an denen Vergesellschaftungsprozesse in modernen Gesellschaften gemessen werden: dem *Egalitätsprinzip* und dem *Diskursivitätsprinzip*. Diese Prinzipien liegen der Rationalität zugrunde, an die das moderne Rechtssystem in einem doppelten Sinne gebunden ist: es ist Quelle seiner Autorität und zugleich Quelle der Kritik des Rechts. Sie sind die Organisationsprinzipien des symbolischen Kapitals, mit dem das moderne Recht seine Autorität herstellt.

---

und darauf scheinen die theoretischen Intentionen von Teubner hinzulaufen. Vgl. dazu Teubner 1985, insbes. S. 8-15.

<sup>54</sup> Zu diesem Problembereich siehe die sehr gute Darstellung von Maus 1986, S. 393ff. Auf den Aspekt der Verselbständigung der Verwaltung wird weiter unten im einzelnen eingegangen. Vgl. auch Wahl 1980.

<sup>55</sup> Im Modellbegriff liegt eines der entscheidenden Unverständnisse einiger Kritiken begründet. Insbes. Treiber unterstellt in seiner Kritik die Identität von Modell und Realität mit der Folge, zu behaupten, daß das, was ist, auch so sein muß und nicht anders sein könnte. Modelle aber klären gerade Möglichkeiten von Praxis, sie sind aber nicht mit einer der möglichen Praktiken identisch. Es gibt eine Partitur und viele Arten, diese zu spielen - man kann sie gut oder schlecht spielen. Vom schlechten Spielen läßt sich aber nicht auf eine schlechte Partitur schließen. Das hat auch mit der Kritik am Assoziationswesen zu tun, die Treiber übt. Ähnlich Frommel 1986. Dabei geht es (zunächst!) nicht um die Praxis (und damit eine Verklärung der Praxis) der Aufklärungsgesellschaften, sondern um eine Rekonstruktion des Modells der Vergesellschaftung, das ihnen zugrundeliegt. Die Praxis dieses Modells habe ich nirgendwo verklärt - sie ist gerade der Ausgangspunkt dafür, pathologische Entwicklungen (vgl. Eder 1985) theoretisch faßbar zu machen. Aufschluß dazu könnte eine weitere historische Reflexion bringen: die Frage nach einer pathogenen Lösung des Problems, das mit der Prozeduralisierung des Rechts im Zuge fortschreitender Modernisierung verbunden gewesen ist. Der kritische Fall wäre das NS-Recht. Strittig kann dann allenfalls sein, ob es nicht mehrere "Partituren" gibt. Darauf kann ich nur mit evolutionstheoretischen Annahmen antworten. Und strittig kann dann die methodologische Frage sein, wer denn der Komponist dieser Partituren ist. Dazu siehe Abschnitt 5.

Prozedurale Rationalität ist also ein latentes Rationalitätspotential des modernen Rechts. Sie wird mit der modernen Rechtsentwicklung erzeugt. Sie wird aber nicht unbedingt immer als symbolische Ressource mobilisiert. Die demokratischen Implikationen dieser Rationalitätsunterstellung haben im Gegenteil eher dazu geführt, die Rationalität des modernen Rechts dieseits von prozeduraler Rationalität in formaler und materialer Rationalität zu suchen.

Offensichtlich ist der Zwang, die dem modernen Recht zugrundeliegende prozedurale Rationalität zu thematisieren, abhängig von Typus und Entwicklungsstand des modernen Rechts, ist also abhängig von den gesellschaftlichen Anforderungen an das Recht. Die spezifischen Anforderungen an das Recht, die dazu zwingen, auf prozedurale Rationalität zu setzen, haben mit einem Funktionswandel oder zumindest Funktionszuwachs des Rechts zu tun: mit der Zunahme des Bedarfs an prozeduralen Regeln rechtlich geregelter Konfliktlösung.

### 8.3 STEUERUNG UND DISPUT

Solange Freiheit und Gerechtigkeit als gesellschaftliche Probleme definiert sind und das kollektive Handeln in der Gesellschaft orientieren, ist die Thematisierung prozeduraler Rationalität nur sekundär. Sie ist dann das Geschäft von Außenseitern (radikalen Demokraten im 19. Jahrhundert, "Radikalen" als solchen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts). Die Moralisierung prozeduraler Fragen und die Behauptung prozeduraler Rationalität bleibt die Ausnahme.

Das verändert sich mit der Krise des regulatorischen Rechts. Mit der Desillusionierung über die Rechtsideale von Freiheit und Gerechtigkeit muß die prozedurale Rationalität des Rechts thematisiert werden, will das moderne Recht überhaupt noch einen Anspruch auf Rationalität festhalten. Diejenigen, die das Recht praktizieren, können sich nicht mehr auf Freiheit und Gerechtigkeit berufen, wenn sie für das Recht Autorität und Anerkennung fordern. Der Unschuld des frühbürgerlichen Rechts beraubt führt diese Krise in die Suche nach den Voraussetzungen des modernen Rechts. Subjektive Rechte werden als Ausdruck eines possessiven Individualismus decouvriert; kollektive Rechte werden als Setzungen eines kollektiven Akteurs, der die Bedürfnisse der anderen nicht kennt (bzw. nicht zur Kenntnis nehmen kann oder will) entzaubert. Die "Systemrationalität" des Rechts, seine funktionalen Bezüge zum Reproduktionsprozeß des Gesellschaftssystems werden brüchig. Das zwingt dazu, die Praxis des Rechts umzubauen.

Reflexives Recht ist der Versuch, prozedurale Rationalität für die Reproduktion des modernen Rechts zu mobilisieren. Es bezeichnet nicht nur einen neuen Typus von

Steuerung, der dem modernen Recht zur Verfügung steht.<sup>56</sup> Es bezeichnet vor allem einen neuen Typus der Praxis des Rechts. Dieser Praxistypus zielt nicht mehr nur auf Berechenbarkeit. Er sucht auch nicht mehr Gerechtigkeit in der Gesellschaft zu verwirklichen, diese sozial, politisch und kulturell zu gestalten. Er sucht vielmehr Konflikte, die außerhalb der Gesellschaft nicht gelöst werden können, durch den Zwang zu Kommunikation im Rechtssystem zu steuern. Das reflexive Recht erlaubt es also dem Rechtssystem, über die Steuerung von Kommunikation im Rechtssystem gesellschaftliche Steuerungsfunktionen zu erfüllen. Dieser Funktionszuwachs setzt diese Rechtspraxis in die Lage, das latente Rationalitätspotential des modernen Rechts, nämlich prozedurale Rationalität, für die Zwecke der eigenen Reproduktion einzusetzen und damit die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der Autorität des Rechts zu liefern.

Das reflexive Recht reagiert damit auf das Phänomen zunehmender funktionaler Differenzierung. Denn je mehr sich Teilsysteme ausdifferenzieren, umso höher wird der Zwang zur Selbstregulation. Das Recht würde, wenn es seine Form direkter Steuerung beibehalten würde, mit dieser Entwicklung hin zu funktionaler Ausdifferenzierung interferieren. Es wäre gezwungen gegenzusteuern. Es müßte Konflikte in und zwischen ausdifferenzierten Subsystemen regeln und würde sich dabei ständig überfordern. Das Rechtssystem könnte diese direkte Strategie der Steuerung nicht überleben. Mit der Prozeduralisierung der Rechtsform aber wird es gerade in die Lage versetzt, das Folgeproblem funktionaler Differenzierung rechtlich regelbar zu machen: nämlich dafür zu sorgen, daß auch in ausdifferenzierten Systemen die Macht des rechtlichen Wortes zählt, daß sich auch unter diesen Bedingungen spezifisch rechtliche Kommunikation reproduzieren kann.

---

<sup>56</sup> Man kann die vorhandenen Steuerungsoptionen immer auf konkurrierende Rechtsformen beziehen. Diese Rechtsformen selektieren zwischen

- Zentralisierung/Dezentralisierung von Entscheidungsprozessen
- Demokratisierung/Entdemokratisierung
- Erweiterung/Einschränkung von Partizipationsmöglichkeiten
- Politisierung/Entpolitisierung von Konflikten
- Individualisierung/Kollektivierung von Interessen
- Reduzierung/Steigerung von Konfliktpotentialen
- Innovierung/Immobilisierung sozialer Systeme
- Integration/Desintegration

Zu dieser Liste siehe Werle 1980, S. 12.

Ein Beispiel für Regelungsversuche durch reflexives Recht ist die Zunahme von Verhandlungssystemen, die sich zum Zweck der Selbstlegitimierung der prozeduralen Rationalität des Rechts zu versichern suchen. Der weite Bereich vorrechtlicher "informeller" Einigung und Schlichtung erfährt eine Aufwertung. Er erhält die symbolischen Insignien des Rechts. Er kann die Autorität des Rechts für sich reklamieren. Dies stellt einen universalen Aspekt des Rechtssystems zentral: den Disput.<sup>57</sup> Das reflexive Recht steuert mit Hilfe von "Disputationssystemen". Das Recht sichert seine eigenen Reproduktionsbedingungen, indem es Konflikte in und zwischen ausdifferenzierten Teilsystemen durch rechtlich geregelte Dispute abkürzt und beendet.

Dieses Phänomen ist auch in komparativer Hinsicht bemerkenswert. Denn auch in einfachen Gesellschaften läßt sich ein Zusammenhang zwischen Selbstregulation ("Selbsthilfe") und Konfliktproblematik zeigen. So hat Sally Moore aus der Problematik der Selbsthilfe das Prinzip der sich ausdehnenden Dispute ("the principle of expanding disputes") abgeleitet.<sup>58</sup> Die theoretische Zentralstellung der Kategorie des Disputs bedeutet nicht, daß das Rechtssystem auf die Organisationsform einfacher Rechtssysteme reduziert wird. Das bedeutet nur, daß, sobald der Erzeugungsprozeß von Rechtsnormen, der von informellen Verhandlungssystemen über formelle gerichtliche Kommunikationssysteme bis hin zu legislativen Kommunikationssystemen reicht, zum Ausgangspunkt für die Selbstbeschreibung des Rechtssystems als "rational" wird, der Disput zum Elementarmodell rechtlicher Rationalität wird.

Was den Disput in einfachen vom Disput in modernen Gesellschaften und damit den Inhalt der Rationalitätsunterstellungen, die mit dem Disput verbunden sind, unterscheidet, ist die durch den modernen Vergesellschaftungsmodus gegebene kulturelle Bedeutung des Disputs. Der Disput wird im modernen Recht an die Prinzipien egalitär-diskursiver Vergesellschaftung angebunden. Damit erhält der Disput aber eine - über seine traditionellen Funktionen hinausgehende - Bedeutung für das Recht. Die dem Disput zugeschriebene Rationalität wird zum reproduktionsnotwendigen symbolischen Kapital des postregulatorischen Rechts. Damit sind zwei weitreichende Folgen für die Rationalität dieses prozeduralisierten Rechts verbunden.

Diese Entwicklungen stellen einmal die prozedurale Rationalität des Rechts im Sinne der klassischen rechtsstaatlichen (Gesetzesbindung) und demokratischen (Zentralstellung der Legislative) Maximen infrage. Denn das Argument zunehmender informeller Strukturen der Konfliktlösung hat eine eigentümliche Implikation. Die Differenz zwischen den Regeln, mit denen das Recht sich selbst als Rechtssystem konstituiert,

---

<sup>57</sup> Zur Literatur um Disput-Institutionen vgl. Abel 1973, 1980c. Zur Literatur über Streitschlichtung vgl. Spittler 1980a, 1980b; Als jüngsten Überblick Nothdurft/Spanz-Fogasy 1986.

<sup>58</sup> Dazu Moore 1972, S. 67. Weitere Zusammenhänge zwischen einem prozeduralisiertem Recht und anderen Variablen des Rechtssystems finden sich bei Black 1976, unter der Kategorie "conciliatory style of law".

und den Regeln, mit denen das Recht in seine Umwelt interveniert, wird umgebaut. Mit der Steuerung intra- und intersystemischer Konflikte durch die Bereitstellung von Disputationssystemen wird die Differenz von materiellem und formellem Recht in eine neuartige Differenz transformiert. An die Stelle der alten Unterscheidung läßt sich eine neue Unterscheidung setzen: die von primären und sekundären prozeduralen Normen.<sup>59</sup> Primäre prozedurale Normen sind diejenigen Normen, die die Positivität des Rechts ermöglichen. Sekundäre prozedurale Normen treten an die Stelle materieller Normen; sie machen rechtlich geregelte Verfahren der Streitschlichtung möglich.

Das ist das "Geheimnis" des reflexiven Rechts: eine Form der Praxis des Rechts zu sein, die auf aktive Steuerung der Gesellschaft verzichtet und zugleich prozedurale Rationalität für diesen Steuerungsverzicht zu mobilisieren weiß. Ob dieses reflexive Recht sich ausbreiten kann und damit die Fähigkeit des modernen Rechts, sich auch unter Bedingungen weitgehender Differenzierung des Gesellschaftssystems zu reproduzieren, institutionalisieren kann, ist eine Frage, die mit den Herrschafts- und Klassenverhältnissen zu tun hat, in die das moderne Recht eingebunden ist. Damit wird die soziale Dimension einer Kritik prozeduraler Rationalität thematisch.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Das erlaubt es, der Habermas'schen Unterscheidung von Recht als Steuerungsmedium und Recht als Institution eine neue und nichtdichotomische Bedeutung zu geben. Zu dieser Unterscheidung vgl. Habermas 1981, Band 2, S. 536ff. Als analytische Unterscheidung mag sie weiterhin nützlich sein - nur entfallen dann die normativen Implikationen (System versus Lebenswelt!) dieser theoretischen Perspektive. Sie läßt sich dann auf die klassische Doppelfunktion des Rechts reduzieren. Zu diesem Elementarmodell der Analyse des Rechts vgl. etwa Schott 1971.

<sup>60</sup> Diese Soziologisierung des Rationalitätsproblems muß nicht zur Empfehlung (an wen?) führen, den Rationalitätsbegriff aufzugeben. Daß die Gesellschaft ihre Probleme mit dieser Rationalität hat, ist offensichtlich. Das impliziert aber nicht den Verzicht auf den Begriff. Sowenig wie das Scheitern von Erziehung oder Liebesbeziehungen den Verzicht auf Erziehung oder neue Liebesbeziehungen nach sich zu ziehen hätte. Man muß halt weiter probieren.

## 8.5 PROZEDURALES RECHT UND HERRSCHAFT

Reflexives Recht setzt ein spezifisches Entsprechungsverhältnis von Rechtsform und Herrschaftsform voraus. Die Praxis des Rechts, die über das symbolische Kapital prozeduraler Rationalität verfügt und die die Institutionalisierung eines reflexiven Rechts möglich macht, impliziert eine Radikalisierung der Differenz von Rechtsprofessionellen und Rechtsklienten. Damit stellt sich in spezifischer Weise das Problem der Macht, das der Kritik des bürgerlichen Formalrechts bei Marx wie der Kritik eines wohlfahrtsstaatlichen regulatorischen Rechts bei Weber zugrundegelegt hat. Die Praxislogik, in die die Beteiligten, die Rechtsprofessionellen und die Rechtsklienten, im Medium eines prozeduralisierten Rechts verstrickt werden, enthält eine grundlegende Asymmetrie. Sie gründet auf der Differenz zwischen professionellem Rechtshandeln und dem Anerkennungshandeln durch die Rechtssubjekte. Auch in die prozedural begründete Rechtspraxis ist damit eine asymmetrische Beziehung eingebaut.

Die Logik professionellen Rechtshandelns, die gleichermaßen der Gesetzgebungsarbeit, der Rechtsprechungsarbeit und der Verwaltungsarbeit zugrundeliegt, grenzt einen spezifischen Diskurs der Rechtsprofessionellen aus und monopolisiert die Autorität des Rechts. Diese Monopolisierung wird dadurch verstärkt, daß dieser Diskurs sich nur mehr um sich selbst dreht. Er produziert und reproduziert sich selbst unabhängig von den Problemen der Rechtsklienten. In der Formel von der Autopoiesis des Rechts wird dieses Phänomen euphemisiert.

Diese professionelle Rechtspraxis unterscheidet sich von den klassischen Formen einer professionellen Rechtspraxis: von der dogmatisch sauberen und das "Rechtsgut" befördernden Praxislogik des traditionellen Juristen, von der das Gesetz zur Geltung bringenden Praxislogik des Verwaltungsbeamten und von der Gesetze durch parlamentarische Diskussion erzeugenden Praxislogik des demokratischen Gesetzgebers. Sie unterscheidet sich dadurch, daß sie sich ihre Regeln selber definiert. Die Rechtsprofessionellen werden "autonomisiert".

Auf der anderen Seite stehen die Rechtssubjekte, die komplementär zur Autonomisierung der Rechtsprofessionellen "entmündigt" werden. Dies ist im modernen Recht systematisch angelegt. Das bürgerliche Formalrecht hat seine formale Rationalität mit der Fiktion des Rechtssubjekts, das subjektive Rechte hat, zu begründen versucht. Das materiale Recht des Wohlfahrtsstaats hat dieses Subjekt mit zusätzlichen Rechten ausgestattet und damit geglaubt, der Idee eines empirischen Subjekts näherzukommen. Beide Ideen erweisen sich heute als sinnlose Unterstellungen einer prozedural begründeten Rechtspraxis.

Die Transformation des materialen Rechtssubjekts in ein "prozeduralisiertes" Rechtssubjekt führt dazu, daß das Rechtssubjekt noch mehr mit kontextuellen (d.h. in der Regel partikularen) Merkmalen ausgestattet werden muß. Mit dieser Partikularisierung

(etwa im Arbeitsrecht, im Umweltrecht, im Verfassungsrecht, im Strafrecht<sup>61</sup>) kommen in verschärftem Maße die Probleme wieder zum Zuge, die bereits das bürgerliche Formalrecht nur ungenügend unter Kontrolle hat bringen können: nämlich Machtungleichgewichte zwischen den Beteiligten, die vor der rechtlichen Behandlung bereits bestanden haben, und Machtungleichgewichte, die nach der rechtlichen Bearbeitung sich verstärkt haben oder gar neu entstanden sind. Das Problem ist also das vorgegebener oder erzeugter asymmetrischer sozialer Beziehungen. Daß dies ein aktuelles Problem ist, zeigen die Gegenbewegungen auch gegen den Verrechtlichungsschub, der mit der Prozeduralisierung des Rechts einhergeht.<sup>62</sup>

Die Prozeduralisierung des Rechts verschärft somit die Machtfrage und trägt sie mitten in das Rechtssystem hinein. Sie reproduziert eine veränderte gesellschaftliche Form von Macht. Reflexives Recht reproduziert die neue Teilung der Gesellschaft in Experten und Klienten. Es erlaubt, diese neue gesellschaftliche Macht zugleich mit Steuerungsfähigkeit und Rationalität auszustatten. Die Praxis des reflexiven Rechts produziert und reproduziert somit auch ein verändertes gesellschaftliches Machtverhältnis, für das das regulatorische Recht keine angemessene Form mehr bieten kann. Insofern kann man davon ausgehen, daß mit einer zunehmenden Teilung der Gesellschaft in Experten und Klienten die Bedeutung des reflexiven Rechts steigen und die Irrelevanz des bürgerlichen Formalrechts wie des regulatorischen Rechts sinken wird.

Dieser Zusammenhang von prozeduralisiertem Recht (wie dem reflexiven Recht) einerseits, der Entwicklung der Herrschafts- und Klassenverhältnissen in modernen Gesellschaften in Richtung auf Experten-Klienten-Verhältnisse andererseits macht dieses Recht auch zum Schlüssel für die institutionellen Konflikte und Auseinandersetzungen in dieser postregulatorischen Gesellschaft. Das reflexive Recht kann nicht nur Medium professioneller Rechtspraxis, sondern auch Medium einer die Rationalität des Rechts in Frage stellenden Protestpraxis sein. Insofern kann man vermuten, daß das reflexive Recht eher als das bürgerliche Formalrecht oder das regulatorische Recht dazu prädestiniert ist, gesellschaftliche Konflikte zu kanalisieren und ihre Austragung zu institutionalisieren.

Die soziologische Analyse des modernen Rechts sensibilisiert aber nicht nur für diese Herrschaftsaspekte. Sie sensibilisiert zugleich für den Verwendungszusammenhang der theoretischen Beschreibungen eines postregulatorischen Rechts. Die aktuelle Diskussion um die Rationalität des Rechts ist also selbst auch ein Mechanismus, der das

---

<sup>61</sup> Zu diesen Rechtsgebieten vgl. Simitis 1984, Wiethölter 1982, Kübler 1984, Graver 1986, Felstiner/Williams 1980. Hier kann dem Einwand, daß man auf die spezifische soziale Strukturiertheit der Teilbereiche Rücksicht nehmen muß, im einzelnen Rücksicht getragen werden.

<sup>62</sup> Die neuen Protestformen werden in der Regel mit einem neuen Irrationalismus gleichgesetzt. Doch der Irrationalismusverdacht dürfte vorschnell formuliert sein. Denn auch die Annahme ist plausibel, daß diese Protestbewegungen entweder alte Rationalitäten wiederherzustellen oder neue Rationalitäten herzustellen suchen. Vgl. in diesem Zusammenhang Steinert 1985.

symbolische Kapital des modernen Rechts unter den Bedingungen der Überlastung seiner Steuerungsfunktionen mehrt. Eine Rechtssoziologie, die sich nur an dieser Diskussion beteiligt (und insofern nur mehr Rechtstheorie betreibt), bleibt soziologisch blind. Sie ist nicht in der Lage, den praktischen Verwendungszusammenhang der eigenen Diskussionsbeiträge theoretisch zu begreifen. Eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität, die diesem Problem entgehen will, muß deshalb auch die methodologischen Implikationen benennen, die sich daraus ergeben, daß sie selbst auch Teil des sozialen Zusammenhanges ist, den sie analysiert.



## 9 Methodologische Fragen

Die soziologische Analyse des Rechts sensibilisiert - und das macht ihre Relevanz im Zusammenhang methodologischer Überlegungen aus - für reflexive Implikationsverhältnisse.<sup>63</sup> Insofern liefert sie einen Beitrag zu einer strukturalen Kommunikationstheorie. Sie beschreibt Kommunikationssysteme, die ihre prozedurale Selbstbeschreibung selbst beobachten können und als rational auszuweisen suchen. Sie beschreibt Kommunikationssysteme, die ihre prozedurale Form selbst festlegen und sich dann in ihr fangen.

Eine solche Rekonstruktion ist ein eigentümlich ambivalentes Geschäft. Denn die Theorie, die rekonstruiert wird, ist selber in statu nascendi. Die Arbeit der Rekonstruktion wirkt also zunächst einmal wie die Arbeit eines Geburtshelfers: Sie arbeitet mit an einer evolutionär neuen Selbstbeschreibung des Rechtssystems. Das haben nun Theorien, die sich mit der sozialen Welt beschäftigt haben, immer getan (in traditionellen Gesellschaften etwa die Theologie, in der frühmodernen Gesellschaft die politische Philosophie, insbes. das Naturrecht). Doch die soziologische Rekonstruktion ist - im Gegensatz zu diesen traditionellen Formen - in der Lage (das ist letztlich ihr sine qua non!), diese Geburtshelferfunktion zu reflektieren.<sup>64</sup>

Dieser reflexive Blick, nämlich den Geburtshelfer bei der eigenen Geburt beobachten zu können, ist notwendig mit der Perspektive einer objektivierenden Drittbeobachterperspektive verbunden (wobei offen ist, ob man aus dieser Perspektive schlechter oder besser sieht). Inwieweit diese Perspektive eine Vogelperspektive auf die Realität impliziert, ist ein schwierigeres Problem. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, daß auch der Vogel beim Fliegen nur eine Beobachterperspektive mit verschobener Perspektive einnimmt. In diesem Sinne scheint die systemtheoretische Perspektive dieser Form der Beobachtung am nächsten zu kommen: Sie überfliegt die soziale Landschaft und verknüpft Dinge, die Menschen, die beide Füße auf Erden haben, nicht einnehmen können. Für Überraschung ist auf diese Weise immer gut gesorgt. Und wenn wir es dann noch mit einem witzigen Vogel zu tun haben, dann ist auch für intellektuelles Vergnügen gesorgt.

Anders dagegen der - immer angestrenzte - Blick des Hermeneuten. Dieser steht in der Regel mit beiden Beinen auf der Erde (manchmal wird er von ihrer Gewalt oder

---

<sup>63</sup> Auch die Luhmannsche Systemtheorie hat sich auf dieses Problem spezialisiert. Das Fehlen angemessener Reflexivität, wie sie Ladeur mir vorwirft, kann im Rahmen der Überlegungen zu einer strukturalen Soziologie ausgeglichen werden. Zugleich will ich den Objektivismusvorwurf voll und ganz auf mich nehmen, ohne allerdings das Verdikt, nichts als Späthegeleaner zu sein, zu übernehmen, ein Verdikt, das ich vielmehr weit von mir weisen möchte.

<sup>64</sup> NB die Bescheidung: nicht Zeuger oder Gebärer(in), sondern Geburtshelfer(in).

Dynamik fast zu Boden gedrückt; dann versagt die hermeneutische Anstrengung) und versucht, sich die Perspektiven der anderen vorzustellen. Letztlich ist es aber seine, die die anderen in sich aufnimmt und sich damit über diese erheben kann. Das Ergebnis ist ein fiktiver Vogelflug. Denn der Hermeneut fliegt ja gar nicht.

Beide Versuche, eine objektivierende Perspektive einzunehmen, laufen darauf hinaus, sich an den eigenen Haaren aus der Relativität der eigenen Perspektive herauszuziehen. Man weiß, daß man die Selbstbeschreibung der Gesellschaft beschreibt. Man weiß, daß man damit selbst Teil der Selbstbeschreibung der Gesellschaft ist. Doch eine radikale Selbstimplikation in den Gegenstand wird in beiden Fällen nicht geliefert. Entweder variieren die Selbstbeschreibungen mit der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft - doch woher kommt die funktionale Differenzierung? Sie erhält in der Systemtheorie eine eigenartig konstitutive Rolle für Theoriebildung, wo sie doch nichts anderes ist als eine Form der Beschreibung der Gesellschaft (insbes. der modernen Gesellschaft). Oder sie sind unvollständige Formen einer möglichen Selbstbeschreibung, die die hermeneutische Anstrengung herausfindet. Doch woher nimmt man das Modell einer vollständigen und gelingenden Beschreibung? Sie erhält im hermeneutischen Denken den Status einer zu erwartenden Zukunft, eines normativ ausgezeichneten Zielzustandes, auf den sich Gesellschaft hinentwickeln muß um den Preis ihres guten Überlebens. Das, was nicht ist, wird damit konstitutiv für das Denken der gegebenen Gesellschaft.

Vor die Wahl gestellt, entweder im hermeneutischen oder im systemtheoretischen Zirkel gefangen zu werden, ist die Suche nach einer objektivierenden Perspektive ein Versuch, in der Reflexivität, die uns allenthalben angesonnen wird, einen Punkt zu finden, der es möglich macht, die Selbstbeschreibung, die die Gesellschaft oder eines seiner Teilsysteme erzeugt bzw. zu erzeugen versucht, einem objektivierenden Blick zugänglich zu machen, sie zum Gegenstand soziologischer Analyse zu machen.

Wenn man nach einer solchen Selbstobjektivierung der Selbstbeschreibung fragt, dann kann man sie sich nur mehr vorstellen als Beschreibung ihres sozialen/gesellschaftlichen Erzeugungsprozesses. Das ist eine genetische Perspektive, die die Fragen der Geltung als ein nur partiell determiniertes Ergebnis dieses Erzeugungsprozesses betrachtet. Damit ist dem Vorwurf der "naturalistic fallacy" der Wind aus den Segeln genommen, ohne daß zugleich eine Antwort auf die Frage der Geltung gegeben wird. Man kann aber Geltungsfragen als empirisch gegeben nehmen und sich fragen, wie der Entstehungsprozeß strukturiert sein muß, damit solche Geltungsansprüche formuliert werden können. In der gegenseitigen Kontrolle von Genesis und Geltung liegt die Möglichkeit einer objektivierenden soziologischen Analyse begründet. Das ist ein erster Weg, auf dem soziologische Analyse ihr Reflexionssoll erfüllen kann und nicht in der bloßen Geburtshelferrolle steckenbleibt.

Ein anderer Weg ist die Verortung der theoretischen Begrifflichkeit in der Gesellschaft selbst. Dann wird die rechtssoziologische Fragestellung zu einer gesellschaftstheoretischen. Die Praxis der Logik egalitär- diskursiver Verständigung liegt

gleichermaßen dem Rechtssystem wie dem Wissenschaftssystem, das das Rechtssystem beobachtet, zugrunde. Diese Gemeinsamkeit eines Modells gesellschaftlicher Realität erlaubt es, die unterschiedlichen Praktiken, die die einzelnen Subsysteme konstituiert, vergleichbar zu machen und damit zu "objektivieren". Die kognitive Distanz zur Praxis ist dann der Schlüssel zu einer soziologischen Analyse überhaupt. Ohne sie blieben wir Gefangene unserer jeweiligen Praxis - das Ergebnis wäre die Unvergleichbarkeit dessen, was sich in der Gesellschaft ereignet, die Kontingenz gesellschaftlichen Geschehens. Dagegen wird die Vorstellung von der objektiven Strukturiertheit sozialer Praktiken gesetzt, und zwar in einem doppelten Sinne: strukturiert im Hinblick auf den Erzeugungsmodus, d.h. im Hinblick auf das zugrundeliegende Modell der Vergesellschaftung; und strukturiert im Hinblick auf das Ergebnis, die objektive Klassifikation dieser Praktiken, im Hinblick also auf ihre soziale Strukturiertheit.<sup>65</sup>

Und es gibt eine dritte Möglichkeit: die der Vergewisserung über die eigene Funktion. Die Frage lautet dann: Welches Recht kommt aus der Debatte über prozedural-rationales Recht heraus? Diese Frage nach der Funktion der Rationalitätsdebatte für die Entwicklung des modernen Rechts zwingt zu Annahmen über die diskursive Struktur moderner Selbstbeschreibungen.<sup>66</sup>

Das reflexive Reden macht die symbolische Ordnung der Gesellschaft kommunikabel. Das hat - u.a. - zur Folge, daß das Recht seine Funktion verliert, Tugendwächter der Gesellschaft zu sein. Das Recht sorgt nur mehr dafür, daß über die symbolische Ordnung der Gesellschaft immer wieder kommuniziert werden kann. Und nur, wenn kommuniziert wird, gibt es Chancen für Veränderungen, insbesondere Chancen der Veränderungen der symbolischen Ordnung der Gesellschaft selbst. Prozedurale Rationalität als solche besteht also darin, daß Kommunikation auch dort erzwungen wird, wo sie evtl. nicht stattfinden würde. Das heißt nicht, daß Kommunikation per se zum Guten führen muß. Daß Kommunikation aber eher als Nichtkommunikation über das aufklärt, was dem eigenen Handeln zugrundeliegt, dürfte unbestritten bleiben. Ansonsten müßten wir uns wieder einer symbolischen Ordnung unterwerfen, die von uns Glauben ohne Kommunikation verlangt. Diese Stufe kultureller Evolution dürfte aber nicht mehr wiederherstellbar sein. Man glaubt zwar weiterhin vieles. Die Gesellschaft im allgemeinen und das Recht im besonderen sind aber in der Moderne zu einem Mechanismus geworden, der dazu zwingt, Selbstverständliches kommunikationsfähig zu machen und Durchschautes über Bord zu werfen. Damit aber zwingt es zugleich dazu, dauernd Neues produzieren zu müssen. Das ist gemeint, wenn man die Spezifität der Moderne in der Institutionalisierung kollektiver Lernprozesse sieht.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Hier ist der Schnittpunkt von strukturaler Soziologie und methodologischer Reflexivität (mit ihren objektivistischen Konnotationen) zu lokalisieren.

<sup>66</sup> Die Frage nach der Funktion der Rationalitätsdebatte ist die Apotheose der Reflexivität. Doch das impliziert nicht aufzuhören, über Rationalität und Irrationalität nachzudenken.

<sup>67</sup> Zur Idee kollektiver Lernprozesse siehe Eder 1985.

Darin bemißt sich letzten Endes die Rationalität des Rechts: inwieweit es im Rahmen der es determinierenden inneren und äußeren Bedingungen die Institutionalisierung kollektiver Lernprozesse fördert oder behindert.

## Literatur

- Abel, R. L. (1973). A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society. Law & Society Review, 8, 217-347.
- Abel, R. L. (1980a). Delegalization: A Critical Review of Its Ideology, Manifestations, and Its Consequences. In E. Blankenburg/E. Klaus/H. Rottleuthner (Hg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Band 6, S. 11-26). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Abel, R. L. (1980b). Redirecting Social Studies of Law. Law & Society Review, 14, 805-829.
- Abel, R. L. (1980c). Theories of Litigation in Society - "Modern" Dispute Institutions in "Tribal" Society and "Tribal" Institutions in "Modern" Society . In E. Blankenburg/E. Klaus/H. Rottleuthner (Hg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Band 6, S. 165-191). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Alexy, R. (1981). Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. Rechtstheorie. Beiheft, 2, 177-188.
- Alexy, R. (1986). Theorie der Grundrechte. Frankfurt: Suhrkamp.
- Benhabib, S. (1980). Procedural and Discursive Norms of Rationality. The Search for the Normative Grounding of Critical Theory. Starnberg: Manuskript.
- Black, D. (1976). The Behavior of Law. New York: Academic Press.
- Blankenburg, E. (1980). Recht als gradualisiertes Konzept - Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung. In E. Blankenburg/E. Klaus/H. Rottleuthner (Hg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Band 6, S. 83- 98). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Bourdieu, P. (1980). Le sens pratique. Paris: Les Editions de Minuit.
- Bourdieu, P. (1982). Die feinen Unterschiede. Frankfurt: Suhrkamp.
- Bourdieu, P. (1986). La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique. Actes de la Recherche en Sciences Sociales, 64, 3-19.
- Breuer, St./Treiber, H. (Hg.) (1984). Zur Rechtssoziologie Max Webers. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Coleman, J. S. (1984). Notes toward a Theory of Constitutions. (Ms).
- Dahl, R. A. (1976). Vorstufen zur Demokratie-Theorie. Tübingen: Mohr.
- Dimmel, N. (1986). "Ein Eder'scher Weltgeist?". Zeitschrift für Rechtssoziologie, 7, 274-276.
- Douglas, M. (1975). Implicit Meanings. London: Routledge & Kegan.
- Eckhoff, T. (1986). Steuerung durch Normen. (HiMoN-DB 79/86). Siegen.
- Eder, K. (1985). Geschichte als Lernprozeß? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland. Frankfurt: Suhrkamp.
- Eder, K. (1986a). Der permanente Gesellschaftsvertrag. Zur Kritik der ökonomischen Theorie des Sozialen. In L. Kern/H.-P. Müller (Hg.), Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt? Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie (S. 67-81). Opladen: Westdeutscher Verlag.

- Eder, K. (1986b). Die Zivilisierung staatlicher Gewalt. Eine Theorie der modernen Strafrechtsentwicklung. In F. Neidhardt (Hg.), Kultur und Gesellschaft. Sonderheft 27/1986 der KZfSS (S. 232-262). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Eder, K. (1986c). Prozedurale Legitimität. Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 7, 1-30.
- Elster, J. (1986). Subversion der Rationalität. Frankfurt: Campus.
- Felstiner, W. L. S./Williams, L. A. (1980). Mediation as an Alternative to Criminal Prosecution: Ideology and Limitations. In E. Blankenburg/E. Klaus/H. Rottleuthner (Hg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Band 6, S. 195-214). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Frank, J. (1986). Die "Rationalität" einer ökonomischen Analyse des Rechts. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 7, 191-211.
- Frankenberg, G. (1987). Von einem neuerdings erhobenen ironischen Ton in der Jurisprudenz. (Manuskript).
- Frankenberg, G./Rödel, U. (1981). Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz. Die Freiheit politischer Kommunikation im Verfassungsstaat. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt.
- Fommel, M. (1986). Rezension: Eder, Geschichte als Lernprozeß? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 7, 70-75.
- Görlitz, A./Voigt, R. (1985). Rechtspolitologie. WV Studium. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Griffiths, J. (1982). The general theory of litigation - a first step. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 3, 145-201.
- Gulliver, P. H. (1977). On Mediators. In I. Hamnett (Hg.), Social Anthropology and Law (S. 15-52). London/New York: Academic Press.
- Gulliver, P. H. (1979). Disputes and Negotiations. A Cross-Cultural Perspective. London/New York: Academic Press.
- Habermas, J. (1981). Theorie des kommunikativen Handelns. 2 Bände. Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1983). Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1987). Legitimität durch Legalität? Kritische Justiz, 20, 1-16.
- Häberle, P. (1978). Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot.
- Hart, H. L. A. (1961). The Concept of Law (dt.: Der Begriff des Rechts 1973). Oxford: Clarendon Press.
- Hendler, R. (1983). Grundprobleme der Entregelung im demokratischen Rechts- und Sozialstaat. In R. Voigt (Hg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung (Band 9, S. 59-70). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Hunt, A. (1981). Dichotomy and Contradiction in the Sociology of Law. British Journal of Law & Society, 8, 47-77.
- Knieper, R. (1981). Zwang, Vernunft, Freiheit. Studien zur juristischen Konstruktion der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt: Europäische Verlagsanstalt.

- Kübler, F. (1984). Verrechtlichung von Unternehmensstrukturen. In F. Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen (S. 167-228). Baden-Baden: Nomos.
- Ladeur, K.-H. (1986). "Prozedurale Rationalität" - Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems? Zeitschrift für Rechtssoziologie, 7, 265-274.
- Lawrence, D. G. (1976). Procedural Norms and Tolerance: A Reassessment. The American Political Science Review, 70, 80-100.
- Leach, E. (1978). Kultur und Kommunikation. Zur Logik symbolischer Zusammenhänge. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1969). Legitimation durch Verfahren. Neuwied: Luchterhand.
- Luhmann, N. (1983). Rechtssoziologie (2. Aufl.). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, N. (1984). Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1985). Einige Probleme mit "reflexivem Recht". Zeitschrift für Rechtssoziologie, 6, 1-18.
- Maus, I. (1986). Perspektiven "reflexiven Rechts" und Deregulierungstendenzen. Kritische Justiz, 19, 390-405.
- Mayntz, R. (1983). Implementation von regulativer Politik. In R. Mayntz (Hg.), Implementation politischer Programme II. Ansätze zur Theoriebildung (S. 50-75). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Mayntz, R. (1986). Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems. (HiMoN-DB 70/86). Siegen.
- Moore, S. F. (1972). Legal Liability and Evolutionary Interpretation: Some Aspects of Strict Liability, Self-Help and Collective Responsibility. In M. Gluckman (Hg.), The Allocation of Responsibility (S. 51-107). Manchester: Manchester University Press.
- Nader, L./Todd Jr., H. F. (1978). Introduction. In L. Nader/ H. F. Todd Jr. (Hg.), The Disputing Process - Law in Ten Societies (S. 1-40). New York: Columbia University Press.
- Nahamowitz, P. (1985). "Reflexives Recht": Das unmögliche Ideal eines postinterventionistischen Steuerungskonzepts. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 6, 29-44.
- Nocke, J. (1986). Autopoiesis - Rechtssoziologie in seltsamen Schleifen. Kritische Justiz, 19, 363-389.
- Nothdurft, W./Spranz-Fogasy, Th. (1986). Der kulturelle Kontext von Schlichtung. Zum Stand der Schlichtungs-Forschung in der Rechts-Anthropologie. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 7, 31-52.
- Offe, C. (1975). Berufsbildungsreform. Eine Fallstudie über Reformpolitik. Frankfurt: Suhrkamp.
- Opp, K.-D. (1973). Soziologie im Recht. Reinbek: Rowohlt.
- Opp, K.-D. (1983). Die Entstehung sozialer Normen. Ein Integrationsversuch soziologischer, sozialpsychologischer und ökonomischer Erklärungen. Tübingen: Mohr.
- Pitschas, R. (1983). Entbürokratisierung durch Beratung? "Beratung" als bürokratisch-distnzierte Regulierungsform des Verwaltungsstaates. In R. Voigt (Hg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung (Band 9, S. 225-241). Opladen: Westdeutscher Verlag.

- Rottleuthner, H. (1985). Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland. Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 6, 206-254.
- Rottleuthner, H. (1986). Theories of Legal Evolution: Between Empiricism and Philosophy of History. In E. Kamenka/R. S. Summers/W. L. Twining (Hg.), Rechtstheorie. Beiheft 9: Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorie des Rechts (S. 217-230). Berlin: Duncker & Humblot.
- Sahlins, M. (1981). Kultur und praktische Vernunft. Frankfurt: Suhrkamp.
- Schott, R. (1971). Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften. In R. Lautmann/W. Maihofer/H. Schelsky (Hg.), Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Band 1, S. 108-174). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Simitis, S. (1984). Zur Verrechtlichung von Arbeitsbeziehungen. In F. Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen (S. 73-166). Baden- Baden: Nomos.
- Spittler, G. (1980a). Konfliktaustragung in akephalen Gesellschaften: Selbsthilfe und Verhandlung. In E. Blankenburg/E. Klaus/H. Rottleuthner (Hg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Band 6, S. 142-164). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Spittler, G. (1980b). Streitregelung im Schatten des Leviathan. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1, 4-32.
- Steinert, H. (1985). Moralische Subkulturen und herrschendes Recht. In V. Gessner/W. Hassemer (Hg.), Gegenkultur und Recht (pp. 85-106). Baden-Baden: Nomos.
- Taylor, Ch. (1986). Die Motive einer Verfahrensethik. In W. Kuhlmann (Hg.), Moralität und Sittlichkeit. Das Problem Hegels und die Diskursethik (S. 101-135). Frankfurt: Suhrkamp.
- Teubner, G. (1982). Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vetgleicher Perspektive. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 68, 13-59.
- Teubner, G. (1984a). Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um postinstrumentale Rechtsmodelle. Quaderni Fiorentini, 13, 109- 149.
- Teubner, G. (1984b). Verrechtlichung. Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. In H. F. Zacher/S. Simitis/F. K. Kübler /G. Teubner (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen (S. 289-344). Baden- Baden: Nomos.
- Teubner, G. (1985). Legal Autopoiesis and Legal Evolution. (EUI Colloquium Papers. Doc. IUE 332/85 (Col. 85)). Florence: European University Institute.
- Teubner, G., & Willke, H. (1980). Dezentrale Kontextsteuerung im Recht intermediärer Verbände. In R. Voigt (Ed.), Verrechtlichung (pp. 46-62). Königstein, Ts: Athenäum.
- Teubner, G., & Willke, H. (1984). Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 5, 4-35.
- Treiber, H. (1986). Prozedurale Rationalität - eine **verfahrenre** Sache? Zeitschrift für Rechtssoziologie, 7, 244-265.
- Voigt, R. (1986). Grenzen rechtlicher Steuerung. Zur Brauchbarkeit des Rechts als Steuerungsinstrument. (HiMoN-DB 72/86). Siegen.



- Wahl, R. (1980). Die bürokratischen Kosten des Rechts- und Verwaltungsstaats. Die Verwaltung, 13, 273-296.
- Weiß, J. (1981). Rationalität als Kommunikabilität. Überlegungen zur Rolle von Rationalitätsunterstellungen in der Soziologie. In W. M. Sprondel/C. Seyfarth (Hg.), Max Weber und die Rationalisierung sozialen Handelns (S. 39-58). Stuttgart: Klett.
- Werle, R. (1982). Aspekte der Verrechtlichung. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 3, 2-13.
- Wesel, U. (1985). Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Umriss einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern. Frankfurt: Suhrkamp.
- Wiethölter, R. (1982). Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und - allgemeiner- an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts. In V. Gessner/G. Winter (Hg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Band 8, S. 38-59).
- Wiethölter, R. (1984). Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht. In G. Brüggemeier/C. Joerges (Hg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts. Zentrum für europ. Rechtspolitik (S. 25-64). Bremen: ZERP (Mat 4).
- Willke, H. (1983). Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie. Königstein/Ts: Athenäum.

**Zusammenfassung:** Prozedurale Rationalität ist nicht dem Recht immanent; sie wird ihm zugeschrieben. Ausgehend von dieser Annahme wird in einem ersten Schritt die These expliziert, daß prozedurale Rationalität ein Mittel ist, die Autorität des Rechts in der modernen Gesellschaft trotz der mit der Desillusionierung über die Rechtsideale der Freiheit und Gerechtigkeit verbundenen Auflösung der tradierten Rationalitätsunterstellungen herzustellen und zu reproduzieren. In einem zweiten Schritt wird gezeigt, daß diese Umstellung der rationalen Grundlagen des Rechts damit zusammenhängt, daß das Entwicklungsproblem des modernen Rechts in der Steuerung der im Rechtssystem stattfindenden kommunikativen Prozesse begründet liegt. Das Ungenügen der herrschenden rechtssoziologischen Theorieansätze, den systematischen Zusammenhang zwischen diesen objektiven Reproduktionsbedingungen des modernen Rechts und den symbolischen Reproduktionsbedingungen der Autorität des Rechts zu klären, ist der Ausgangspunkt für den Versuch, in einem dritten Teil diesen Zusammenhang im Rahmen einer Theorie der Praxis des Rechts zu klären. In einem vierten Teil wird eine soziologische Analyse "prozeduralisierter" Rechtspraxis in drei Punkten erläutert: (1) Die Logik egalitär-diskursiver Vergesellschaftung stellt ein latentes Rationalitätspotential bereit, das in der Entwicklung des modernen Rechts nur unter bestimmten Bedingungen mobilisiert wird. (2) In dem Maße, wie in der modernen Rechtsentwicklung das Recht von nichteinlösbaren moralischen Ansprüchen entlastet werden muß, um seine Selbstreproduktion zu sichern, sind Bedingungen gegeben, die den Rückgriff auf prozedurale Rationalität zu einer rationalen Strategie der Rechtspraxis machen. (3) In dem Maße, wie das moderne Recht seine Autorität auf das symbolische Kapital prozeduraler Rationalität gründet, wird es zum Schlüssel für eine Analyse der Reproduktion demokratisch legitimierter Machtverhältnisse. Schließlich werden einige methodologische Konsequenzen aus diesen Überlegungen diskutiert.

Summary: Procedural rationality is not inherent in law, but it is socially ascribed to law. Based on this assumption a hypothesis is developed as follows: procedural rationality is a means of generating and reproducing the authority of law in modern society although the legal ideals of freedom and justice used to be legitimized have ceased to serve as standards of legal rationality (part 1). A next step is taken to demonstrate that the change in the rational basis of modern law is bound to a specific problem of development of modern law, namely the control of communicative processes within the legal system (part 2). The failure of socio-legal theories to clarify the relationship between the objective and symbolic conditions of the reproduction of modern law, is the starting point for an attempt to discuss that relationship within a genuinely sociological theory of legal practice (part 3). Such a sociological analysis of a "proceduralized" legal practice is discussed in three respects: (1) The logic of the development of modern society following the principles of equality and discursive rationality offers a potential for rationality, that may -- but need not -- be mobilized within the development of modern law. (2) To search for procedural rationality as a new legitimizing basis of the law becomes rational to the extent that modern law must be relieved of moral claims that cannot be realized without destruction of the reproductive basis of the law. (3) Procedural law becomes a key factor for the analysis of the reproduction of democratic forms of power inasmuch as modern law is based on the

symbolic capital of procedural (part4). Finally some methodological consequences of this approach are discussed.