

III. Einige Einwände gegen die Annahme einer moralischen Verbindlichkeit des Rechts

A. Verschiedene Einwände

Wer eine moralische Verbindlichkeit der Rechtsnormen annimmt, sieht sich einer Reihe von Einwänden und Bedenken ausgesetzt, schon gar, wenn er die Geltung solcher Normen letztlich aus einer Form von Vernunftmotivation herleitet.

Eine Art von Einwand geht dahin, alle sittlichen Pflichten seien zugleich Rechtspflichten, wenn es nicht zwei Arten von Verbindlichkeiten gebe, rechtliche und moralische. Der Staat sei dann tendenziell totalitär.²² In die gleiche Richtung zielt die Kritik, die Ausrichtung an moralischen Normen habe zur Konsequenz, daß fast jeder denkbare Sachverhalt zum Gegenstand gerichtsförmiger Entscheidung gemacht werden könne.²³ Warum das so sein muß, ist allerding nicht zu sehen. Wenn es sich nach moralischen Maßstäben und letztlich nach einem maßstabbildenden Vernunftmotiv richtet, welche Normen in den rechtlichen Entscheidungssituationen gelten, ist damit noch nichts Näheres darüber gesagt, welche Normen als Rechtsnormen, d. h. als Normen einer positiven Zwangsordnung zu setzen und zu befolgen begründet ist. Das hängt vom moralischen Maßstab und dem maßstabbildenden Motiv ab. Der Maßstab kann der Entscheidungsfrei-

²² So Höffe (1979), 22 f.

²³ Siehe etwa Maus (1989), 192; zum Einwand der Verwendung moralischer Argumente als Demokratieersatz(193) siehe unten S. 346 ff.

heit des Einzelnen und der Vermeidung des Einsatzes oder der Androhung von rechtlichem Zwang sowie einer demokratischen Gestaltung der Verhältnisse einen hohen Stellenwert einräumen. Wie bereits deutlich geworden ist, trifft das jedenfalls auf den Maßstab der Distanznahme zu.

Dagegen, das Recht und die Ordnung der Gesellschaft nach einer bestimmten Moralttheorie und deren Maßstäben zu gestalten, wird zuweilen eingewandt, dem stünden die Bedingungen moderner, pluralistischer Gesellschaften entgegen, in denen über Grundsatzfragen moralischer und weltanschaulicher Art keine Übereinstimmung bestehe. Als prominenter Vertreter einer solchen Art von Argumentation lässt sich Rawls anführen: Da sich über moralische und weltanschauliche Grundsatzfragen in modernen demokratischen Gesellschaften keine Einigkeit erzielen lasse, müsse gegenüber den verschiedenen moralischen Grundpositionen Toleranz geübt werden. Die einzige Alternative sei der autokratische Einsatz staatlicher Macht.²⁴ Demgemäß dürfe sich eine Theorie politischer Gerechtigkeit nicht auf eine bestimmte allgemeine Moralttheorie stützen.²⁵ Ihre Aufgabe bestehe darin zu untersuchen, wie sich unter den Bedingungen moderner demokratischer Gesellschaften eine stabile, von Zwang freie Übereinstimmung in Fragen der Gestaltung der Grundstrukturen der Gesellschaft erreichen lasse.²⁶ Die in den Institutionen und Traditionen einer Demokratie eingebetteten Überzeugungen seien aufzusuchen und so zu reorganisieren, daß ein Höchstmaß an solcher freier Übereinstimmung möglich sei.²⁷

²⁴ Rawls (1985), 230.

²⁵ Rawls (1985), 225.

²⁶ Rawls (1985), 230 f.

²⁷ Rawls (1985), 223 ff.

Argumente dieser Art liefern, richtig verstanden, keine Einwände gegen eine Entscheidungsbegründung in den rechtlichen Entscheidungssituationen, die sich an den moralischen Maßstäben und an den allgemeinen moraltheoretischen Grundüberzeugungen des Entscheidenden ausrichtet. Denn nach welchen Maßstäben beurteilt es sich aus der Perspektive des Entscheidenden, eines tatsächlichen oder hypothetischen Gesetzgebers etwa, ob und unter welchen Voraussetzungen Handlungsweisen oder eine bestimmte soziale Ordnung, falls möglich, mit rechtlichem Zwang durchgesetzt werden sollen? Wonach beurteilt es sich, wieviel Gewicht auf welche Art von Stabilität und Konsens zu legen ist? Denkbar wäre, daß sich die Beantwortung dieser Frage nach anderen als moralischen Maßstäben, insbesondere spezifischen Rechtsmaßstäben richtet. Dann wäre aber zu zeigen, welche dies sind und worin sie ihren Geltungsgrund haben. Sind aus der Sicht des Entscheidenden dagegen moralische Maßstäbe, die keine spezifischen Rechtsmaßstäbe im angegebenen Sinne sind, oberster Geltungsgrund von Normen, ist es aus der Entscheidendenperspektive auch begründet, nach diesen Maßstäben und den zugrundeliegenden moraltheoretischen Überzeugungen das Recht und die soziale Ordnung zu gestalten. Mit dieser Ausrichtung an moralischen und moraltheoretischen Grundüberzeugen ist per se noch nichts darüber gesagt, ob und unter welchen Voraussetzungen es aus der Entscheidendenperspektive begründet ist, jemanden zu benachteiligen oder zu etwas zu zwingen, der abweichende moraltheoretische oder weltanschauliche Grundüberzeugungen hat. Insbesondere ist noch nichts darüber gesagt, ob es begründet und überhaupt sinnvoll ist, ein mit bestimmten Rechtsfolgen verknüpftes Rechtsgebot zu setzen, das das Akzeptieren bestimmter moraltheoretischer Annahmen gebietet. Wieviel Glau-

bensfreiheit, Gewissensfreiheit und moraltheoretische Neutralität des Staates begründet ist, hängt vom moralischen Maßstab ab.²⁸ Der kann – wie der Maßstab der Distanznahme – der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen auch in moralischen und moraltheoretischen Angelegenheiten großes Gewicht beimessen.

Als Beispiel für eine andere Art von Einwand sei folgendes Zitat angeführt: „Nimmt man die Ethik als zureichend für eine soziale Normierung, so kommt es zu utopischen ... und also dysteleologischen Konzepten.“²⁹ Dieser Einwand lässt sich einmal dahin verstehen, moralische Maßstäbe seien nicht aussagekräftig genug. Ihnen lasse sich nichts zur Lösung solcher Probleme entnehmen, die für soziale Normierung spezifisch sind, insbesondere nichts zur Beantwortung der Frage nach den angemessenen Institutionen einer realen Gesellschaft, in der nicht alle moralisch handeln. Offensichtlich trifft das auf eine Reihe von Moralttheorien aber nicht zu, auf die utilitaristische beispielsweise nicht, aber auch nicht auf die hier vertretenen. Versteht man den Einwand dahin, im Bereich sozialer Normierung sei die Beachtung anderer als moralischer Maßstäbe ausschließlich oder vorrangig begründet, fragt sich, welche das sind und wie sie sich begründen lassen. Treffen die bisher angestellten Überlegungen zu, wird sich die Geltung solcher anderen Maßstäbe schwerlich aufzeigen lassen. Nach diesen Überlegungen richtet sich die Geltung von Normen zuoberst nach moralischen Maßstä-

²⁸ Vgl. auch Pawłowski (1986), 6 ff.; ders. (1988), 409 ff., der sich einerseits für einen „Staat der Glaubensfreiheit“ ausspricht und sich aus diesem Grund dagegen wendet, das Recht „von der eigenen Moral her zu bestimmen“ (1986), 9, der aber andererseits doch eine „indirekte“ Beziehung zwischen Recht und Moral einräumt, deren Beachtung er als „ethisch-moralisch geforderte Leistung“ beschreibt (1988), 422.

²⁹ K. Hartmann (1981), 50 Anm. 61.

ben, insbesondere nach dem Maßstab der Distanznahme und den Maßstäben der Chancenförderung. Soweit in dem Einwand die Annahme mitschwingt, es komme zu totalitären Tendenzen, gilt das oben Gesagte.

Einige Einwände richten sich gegen die Annahme einer speziellen Form der moralischen Geltung des Rechts. Nach ihr sind Normen nur dann verbindlich, wenn sie durch das Gewissen im Einzelfall gebilligt bzw. Gegenstand eines bestimmten Sollenserlebnisses sind.³⁰ Kritisiert wird, daß eine solche Lehre die Gefahr eines Chaos und anarchischen Zustands der Rechtsgeltung heraufbeschwört.³¹ Die hier vertretene Position trifft dieser Einwand insofern nicht, als eine Norm vom Standpunkt der Distanznahme aus gesehen auch dann gültig sein kann, wenn der Einzelne sie irrtümlich für ungültig hält. Der angeführte Einwand läßt sich aber noch erweitern. In bestimmtem Sinne gilt für jede Form der moralischen Geltung des Rechts, daß die Geltung der Rechtsnorm vom moralischen Urteil des Einzelnen abhängt: insofern nämlich, als jedenfalls aus der Sicht des Handelnden Rechtsnormen unverbindlich sind, deren Setzung oder Befolgung dieser nicht als moralisch begründet ansieht. Schon das kann man kritisieren, daß also „jedes rechtsunterworfenen Subjekt die Geltung des Rechts für sich mit der Begründung aufheben [kann], daß die ihm vom Recht auferlegte Pflicht nicht sittlich sei“.³²

Allerdings fragt sich, wieweit eine solche Erwägung aus der Handelndperspektive, aus der Perspektive dessen also, der nach einer Handlungsorientierung durch Gründe

³⁰ Vgl. Laun (1935), für den der einzige Verpflichtungsgrund im Bereich von Recht und Moral „das autonome Erlebnis des konkreten Sollens als letzte, nicht weiter abgeleitete Urgegebenheit“ ist (241).

³¹ So etwa H. L. Schreiber (1966), 101; Henkel (1977), 559.

³² Kelsen (1965), 468 Anm. 22 a.

fragt, überhaupt relevant ist. Angenommen, was zu tun begründet ist, richtet sich aus der Handelndenperspektive gesehen vorrangig nach moralischen Maßstäben. Dann ist es aus dieser Perspektive gesehen auch begründet, daß der Handelnde nach eigenen moralischen Überzeugungen handelt – auch in rechtlichen Entscheidungssituationen. Das Handeln nach moralischen Maßstäben schließt das Handeln nach eigenen moralischen Überzeugungen mit ein. Die Alternative wäre nur, blind zu handeln, was die moralische Richtigkeit des eigenen Handelns anbelangt, oder einfach den Urteilen anderer darüber zu folgen, was zu tun moralisch begründet ist. Einem solchen Verhalten steht schon das bereits angesprochene, grundlegende moralische Gebot entgegen, nach eigenem Urteil darüber zu handeln, was zu tun moralisch begründet ist.³³ Auch solche Verhaltensweisen führen im übrigen nicht notwendig zum Gehorsam gegenüber dem Recht.

Auch ein Verallgemeinerungsargument führt nicht weiter, das Einwände der eben genannten Art häufig mehr oder weniger explizit zugrunde liegt: Da es Chaos oder sonstige schlechte Folgen hätte, wenn jeder die Beachtung des Rechts von seinen eigenen moralischen Überzeugungen abhängig mache, darf der Einzelne die Befolgung nicht davon abhängig machen, daß die Befolgung der Rechtsnorm seinem eigenen Urteil nach moralischen Maßstäben entspricht. Geht man vom moralischen Standpunkt aus, ist dieses Argument überhaupt nur in folgender Fassung relevant: Da es gemessen an moralischen Maßstäben schlechte Folgen hätte, wenn jeder die Befolgung des Rechts von seinen eigenen moralischen Überzeugungen abhängig mache, ist eben dies moralisch verboten. Verallgemeinerungsargumente dieser speziellen Art sind abzu-

³³ Vgl. dazu oben S. 266 f.

lehnen. Das gilt auch dann, wenn man die Argumentationsweise, die auf die Folgen einer hypothetischen allgemeinen Praxis abstellt, grundsätzlich für zulässig und beachtlich hält.³⁴

Das genannte Verallgemeinerungsargument lässt sich schon nicht konsequent durchhalten. Wenn der Handelnde das Recht befolgt, weil es schlechte Folgen hätte, mache jeder die Befolgung von seinem eigenen moralischen Urteil abhängig, befolgt er das Recht bereits nach Maßgabe seiner moralischen Überzeugungen, der Überzeugung nämlich, daß das Verallgemeinerungsargument moralisch relevant und der Gehorsam deswegen geboten ist. Auch führen Argumente von der Struktur, jemand solle nicht so handeln, wie er es nach eigenem Urteil für moralisch begründet hält, wenn es schlechte Folgen hätte, verhielten alle sich so, zu einem nicht endenden Regreß. Der Handelnde müßte sich konsequenterweise auch fragen, ob es schlechte Folgen hätte, wenn jeder nach der Überzeugung handelte, er solle nicht so handeln, wie er es für moralisch begründet hält, weil es schlechte Folgen hätte, verhielten alle sich so. Daran schlösse sich dann die Frage an, ob es schlechte Folgen hätte, wenn jeder nach *dieser* Überzeugung handelte usw. Nicht einmal das Argument, jemand solle an sich moralisch relevante Umstände bestimmter Art bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigen, wenn es schlechte Folgen hätte, berücksichtigten alle diese Umstände, läßt sich ohne Regreß durchhalten. Um die Folgen abzuschätzen und zu bewerten, die die allgemeine Berücksichtigung dieser Umstände hätte, muß er auch diese Umstände berücksichtigen. Er muß dann weiter fragen,

³⁴ Zur Diskussion über die Begründung und den Anwendungsbereich solcher Verallgemeinerungsargumente siehe näher Hoerster (1971) 2. und 3. Kap.; Wimmer (1980), 296 ff.; Trapp (1988), 212 ff. m. w. Nachw.

ob es schlechte Folgen hätte, wenn alle diese Umstände bei der Bewertung und Abschätzung der Folgen berücksichtigten, die die allgemeine Berücksichtigung dieser Umstände hätte usf. Verallgemeinerungsargumente der genannten Struktur sind schon deswegen prinzipiell abzulehnen.

Im übrigen wäre erst zu zeigen, daß sich schlimme Folgen oder gar ein anarchischer Zustand ergäben, wenn jeder Mann den Rechtsgehorsam von eigenen moralischen Überzeugungen abhängig mache. Dergleichen anzunehmen besteht jedenfalls dann kein Grund, wenn man zu den moralischen Maßstäben auch formelle Prinzipien zählt, nach denen die Befolgung einer Rechtsnorm auch dann geboten sein kann, wenn die Norm inhaltlich nicht begründet ist. Auf die Eigenart solcher formeller Prinzipien und die Konsequenzen, die es hat, wenn speziell Richter ihr Handeln an moralischen Maßstäben orientieren, wird im nächsten Kapitel noch einzugehen sein. Hinzu kommt, daß das Handeln der Individuen nach ihren eigenen moralischen Überzeugungen nach dem Gesagten an sich schon ein positiv zu bewertender Vorgang ist.

Der angeführte Einwand gegen eine Orientierung an moralischen Maßstäben und am eigenen moralischen Urteil in den rechtlichen Entscheidungssituationen kann allenfalls in folgender Interpretation Erfolg haben: Nicht vom moralischen, von einem anderen Standpunkt aus wird empfohlen, die Befolgung des Rechts nicht davon abhängig zu machen, daß sie nach eigenem Urteil moralischen Maßstäben entspricht, weil ein solches Verhalten von diesem anderen Standpunkt aus gesehen, verallgemeinert oder nicht, schlechte Folgen hätte. Wer den Einwand in diesem Sinne versteht, muß dann aber auch darlegen, um was für einen Standpunkt es sich handelt und ob und wie

sich aus der Handelndenperspektive das Gebot begründen lässt, gerade diesen Standpunkt einzunehmen. Nach den bisher angestellten Überlegungen wird sich eine solche Begründung schwerlich finden lassen.

Hier können nicht alle grundsätzlichen Einwände gegen die Annahme einer lediglich moralischen und die Ablehnung einer spezifisch rechtlichen Verbindlichkeit des Rechts zur Sprache kommen.³⁵ Nur auf einen Ansatz der Kritik sei noch eingegangen: auf Einwände von seiten der systemtheoretischen Rechtsanalyse.

B. Kritik von seiten der systemtheoretischen Rechtsanalyse

Wer den Grund der Geltung des Rechts in moralischen Maßstäben sieht, muß sich auf harsche Kritik von seiten der Anhänger systemtheoretischer Rechtsanalyse gefaßt machen. Nach Luhmann, dem Hauptvertreter dieser Richtung, gilt das Recht „allein deshalb, weil entschieden worden ist, daß es gilt“.³⁶ Diese Positivität des Rechts ist „ein Korrelat der Ausdifferenzierung des Rechtssystems und seiner autopoietischen Autonomie“.³⁷ Das Bestreben, die Rechtsnormen auf letzte Prinzipien, schon gar auf

³⁵ Höffe (1979), 32 f., führt als Einwand gegen eine moralische Begründung des Rechts aus einem „sittlichen Begehrungsvermögen“ noch an, das Recht sei nur unter der Voraussetzung ein lebensweltliches Problem, daß die Menschen nicht *eo ipso* moralisch handelten. Ergibt sich die Begründung von Normen indessen daraus, daß sie einem Maßstab entsprechen, auf dessen Verwirklichung sich ein Vernunftmotiv richtet, setzt das nicht voraus, daß alle Menschen aus diesem Motiv heraus handeln. Ebensowenig schließt diese Art von Begründung es aus, die Befolgung von Normen zu begründen, die dem Umstand Rechnung tragen, daß tatsächlich nicht alle moralisch handeln.

³⁶ Luhmann (1985), 26.

³⁷ Luhmann (1985), 26.

moralische Normen zurückzuführen, belegt für den Systemtheoretiker nur „die Schwierigkeit, die vollständige Ausdifferenzierung des Rechtssystems gedanklich nachzuvollziehen“.³⁸

Auf den ersten Blick scheinen sich die Positionen allerdings gar nicht zu widersprechen, gehen beide doch von ganz unterschiedlichen Geltungsbegriffen aus. Wenn hier von der Geltung oder der Verbindlichkeit von Rechtsnormen die Rede ist, dann in dem Sinne, daß es begründet ist, diesen Normen gemäß zu handeln. Der Geltungsbegriff Luhmanns ist hingegen soziologischer Art: Geltung ist für ihn „nichts anderes als die rekursive Selbstreferenz des Rechts, das Weiterlaufen der Reproduktion von Fall zu Fall mit Aussicht auf ein Weiterlaufen der Reproduktion von Fall zu Fall“.³⁹ Will man den Gegensatz zwischen den Positionen genauer fassen, empfiehlt es sich, mindestens folgende Richtungen der Kritik an einer Theorie moralischer Rechtsverbindlichkeit wie der hier vertretenen auseinanderzuhalten:

Erstens lässt sich vom Standpunkt des Systemtheoretikers gegen eine Moraltheorie des Rechts einwenden, sie sei, jedenfalls unter den Bedingungen eines ausdifferenzierten Rechtssystems autopoietischen Charakters, realitätsfremd, insofern nämlich, als es wegen des autopoietischen Charakters des Rechtssystems faktisch „keinen Import von normativer Qualität ... aus der innergesellschaftlichen Umwelt (etwa Religion, Moral)“⁴⁰ gibt.

Zweitens richtet sich die Kritik gegen die Rationalitätsannahmen einer Theorie moralischer Rechtsverbindlichkeit, gegen die Annahme, Normen oder Entscheidungen ließen

³⁸ Luhmann (1983), 141 Anm. 28.

³⁹ Luhmann (1980), 358.

⁴⁰ Luhmann (1980), 357.

sich begründen oder rechtfertigen. Nach Luhmann „erscheint es“ dem Juristen nur so „als ob die Gründe die Entscheidungen rechtfertigen und nicht die Entscheidungen die Gründe“.⁴¹ Zugleich wird die Entgegensetzung von Faktischem und Normativem als „begriffliche Fehlkonstruktion“ entlarvt.⁴² „Das Faktische umfaßt das Normative.“⁴³ Normen sind „kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen“.⁴⁴

Drittens läßt sich einwenden, daß die Erfüllung des Gebots, die rechtlichen Entscheidungen an moralischen Prinzipien auszurichten, auf eine Entdifferenzierung des Rechtssystems im systemtheoretischen Sinne hinauslaufe und daß ein Zustand, in dem das Rechtssystem im systemtheoretischen Sinne ausdifferenziert sei gegenüber einem solchen, in dem das nicht der Fall sei, den Vorzug verdiene.

Eine umfassende Auseinandersetzung mit den angesprochenen Richtungen der Kritik und den Grundlagen der Systemtheorie ist hier nicht angestrebt. Einige Anmerkungen sollen genügen.

1. Zur Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral auf der Kriterienebene

Worin besteht für Luhmann die Abgeschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral genauer? Beim Rechtssystem handelt es sich für Luhmann um ein selbstreferentielles autopoietisches System. Systeme dieser Art sind Systeme, „die sich in all ihren Operationen immer auf sich selbst beziehen, also keine Fremdreferenz

⁴¹ Luhmann (1985), 33.

⁴² Luhmann (1980), 43.

⁴³ Luhmann (1980), 43.

⁴⁴ Luhmann (1980), 43.

ohne Selbstreferenz produzieren können und die alle Elemente, aus denen sie bestehen ... durch die Elemente, aus denen sie bestehen, selbst reproduzieren“.⁴⁵ Die Ausdifferenzierung und Geschlossenheit des Reproduktionszusammenhangs der Operationen vollzieht sich dadurch, daß sich die Operationen an einem „binären Code“ orientieren. Im Fall des Rechtssystems handelt es sich um den Code Recht/Unrecht.⁴⁶ Als Operationen des Rechtssystems bezeichnet Luhmann alle Kommunikationen, die auf den Rechtscode Bezug nehmen, konkreter solcher Kommunikationen, bei denen es um die Vorbereitung, Aufstellung, Klärung oder die Entscheidung von Rechtsbehauptungen geht.⁴⁷ Damit die Weiterführung der Operationen gelingt, müssen zu den Codewerten „rechtsnormative Programme hinzutreten, die die Bedingungen richtigen Entscheidens fixieren“,⁴⁸ die also festlegen, wann etwas Recht und wann etwas Unrecht ist. Programme dienen als Kriterium für die richtige Zuordnung der Codewerte auf Sachverhalte.⁴⁹

Nach Luhmann ist das System auf dieser Ebene der Programmierung geschlossen und offen zugleich. Geschlossen ist es „insofern, als Normqualität nur aus Normen gewonnen werden kann (wie immer man die logische Qualität der Schlußverfahren oder Argumente beurteilen mag) ... offen insofern, als dabei kognitive Gesichtspunkte eine Rolle spielen“.⁵⁰ Kognition ist „sowohl zur Feststellung der faktischen Bedingungen für die Normwendung als auch zur Beurteilung der Adäquität oder

⁴⁵ Luhmann (1985), 11 f.

⁴⁶ Vgl. Luhmann (1986), 171 ff.

⁴⁷ Luhmann (1986), 178 f.

⁴⁸ Luhmann (1988), 127.

⁴⁹ Luhmann (1988), 90 f., 368.

⁵⁰ Luhmann (1988), 127.

Änderungsbedürftigkeit der Normen“ erforderlich.⁵¹ Wichtig dabei ist: „Vorgängig muß jedoch immer die Autopoiesis des Systems bedient, d. h. nach der Differenz von Recht und Unrecht und im Anschluß an Rechtsprogramme verfahren werden ...“⁵² „Zur Autopoiesis des Systems gehört daher nicht nur die Orientierung an der Recht/Unrecht Disjunktion, sondern ebenso die Ausrichtung an *Rechtsprogrammen*.“ „Nur an ihnen [den Rechtsprogrammen] kann das System seine Umwelt erkennen.“⁵³

Tatsächlich könnte von einer normativen Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral auch nicht mehr sinnvoll die Rede sein, wären die Programme, nach denen die Codewerte Recht und Unrecht zugeteilt werden, schlicht moralische Normen. Damit kommt alles darauf an, die *Rechtsprogramme* von moralischen Normen zu unterscheiden und zu zeigen, daß im Rechtssystem „vorgängig“ nach diesen Programmen verfahren wird. „Programm ist nun alles, was in Übereinstimmung mit den die Programmierung regelnden Rechtsregeln ... für die Funktion der Zuordnung von Codewerten zu Tatbeständen bereitgestellt ist: Verfassungen, Gesetze, Verordnungen, Gerichtsentscheidungen mit offizieller Präjudizwirkung und vor allem: Verträge ...“⁵⁴ Sind unter Programmen Kriterien für die Zuordnung der Codewerte Recht/Unrecht zu verstehen, ist der Hinweis auf Verfassung, Gesetz etc. allerdings noch unzureichend. Was Recht und Unrecht ist, bestimmt sich ja nicht lediglich nach dem bloßen Rechtsmaterial, sondern nach Normen der Bearbeitung und des Umgangs mit diesem Material und resultierenden

⁵¹ Luhmann (1988), 127.

⁵² Luhmann (1988), 127 f.

⁵³ Luhmann (1988), 128.

⁵⁴ Luhmann (1986), 196 f.

Normen. In der oben eingeführten Terminologie sind es Zuordnungs- und zugeordnete Normen, nicht nur Rechtstexte, die letztlich über die Zuteilung der Codewerte Recht/Unrecht entscheiden. Auch Luhmann übersieht das nicht. So heißt es bei ihm, Rechtsprogramm und Entscheidung stünden in einer doppelseitig variablen Beziehung, in der die Rechtsnorm insofern contingent sei, als sie „so oder anders ausgelegt (oder gar: so oder anders gesetzt)“ werden könne.⁵⁵ Damit stellt sich auch für ihn die Frage nach den Kriterien und den Grenzen für die „Relationierung der Rechtsanwendungsbeziehung“ zwischen Normprogramm und Entscheidung.⁵⁶ Das heißt aber: Soll die Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral nicht einfach darin liegen, daß die Codewerte Recht/Unrecht zugeteilt werden, sondern sich auch auf die Ebene der Kriterien für die Zuordnung dieser Werte erstrecken, sind aber die Zuordnungs- und zugeordneten Normen kriterienbildend, muß die normative Geschlossenheit des Rechtssystems auf der Kriterienebene auch im Blick auf diese Normen definiert werden.

An die Geschlossenheit des Rechtssystems gegenüber der Moral auf der Kriterienebene lassen sich unterschiedlich hohe Anforderungen stellen. Eine äußerst schwache Form der Geschlossenheit wäre die, die lediglich voraussetzt, daß im Rechtssystem nach Zuordnungsnormen, also mit Bezug auf ein bestimmtes Rechtsmaterial entschieden wird. Danach wäre das System auf der Kriterienebenen auch dann noch geschlossen, wenn sich die Operationen im Rechtssystem, insbesondere die Entscheidungen der Richter, ausgesprochen oder unausgesprochen, zuoberst ausschließlich an moralischen Normen orientierten, geht

⁵⁵ Luhmann (1974), 17.

⁵⁶ Luhmann (1974), 18.

es darum, nach welcher Zuordnungsnorm entschieden und die Codewerte zugeteilt werden sollen. Auf das gleiche Ergebnis liefe es hinaus, definierte man einfach jeden Maßstab, an dem sich rechtliche Instanzen und Operationen im Rechtssystem orientieren, als Rechtskriterium. Die Codewerte würden dann trivialerweise in jedem Fall nach Rechtskriterien zugeordnet. Eine Geschlossenheit in diesem Sinne wäre ebenfalls mit der Orientierung an in der Sache moralischen Normen vereinbar. Wäre das Rechtssystem lediglich in einer dieser Verständnisweisen des Begriffs geschlossen, ergäbe sich daraus noch kein Einwand der Realitätsferne gegen eine Theorie moralischer Rechtsverbindlichkeit.

Denkbar wäre es auch, die Wahl von Zuordnungsnormen nach moralischen Maßstäben zwar als mit der Autopoiesis des Rechtssystems vereinbar anzusehen, das aber nur, so weit die die Programmierung regelnden Rechtsprogramme, das Rechtsprogramm der Verfassung etwa, dies gestatten und dazu ermächtigen oder soweit Rechtsprogramme auf außerrechtliche Normen verweisen.⁵⁷. Die Frage nach der Art der Geschlossenheit des Rechtssystems auf der Kriterienebene wäre damit indes noch nicht beantwortet. Es stellte sich sogleich die weitere Frage, nach welchen Kriterien Zuordnungsnormen gewählt werden, wenn kein solcher Verweis oder keine solche Ermächtigung gegeben ist. Insbesondere wäre weiter zu fragen, nach welchen

⁵⁷ Vgl. Luhmann (1988 b), 345, wo er vom Erfordernis einer rechtlichen Legitimierung („legally legitimate block acceptance of external norms“) des Rückgriffs auf externe Normen schreibt. Ebenso Teubner (1989), 48, nach dem „Durchgriffe“ auf außerrechtliche Werte in einem selbstreferentiell geschlossenen Rechtssystem nur durch „konstitutive Verweisungsnormen“ normativen Gehalt erlangen und nach dem in einem solchen System über Durchgriffe dieser Art nach „rechtseigenen Kriterien“ entschieden wird, die notfalls neu festzulegen seien.

Kriterien diejenigen Zuordnungsnormen gewählt werden, die die Zuordnung zu den Programmen bzw. zu dem Rechtsmaterial regeln, das auf außerrechtliche Maßstäbe verweist bzw. Fragen der Ermächtigung zur Heranziehung außerrechtlicher Maßstäbe betrifft, Normen der Zuordnung von Normen zum Verfassungstext etwa. Wie unten noch deutlich werden wird, sind solche Fragen auf einer nicht mehr positivrechtlichen Begründungsebenen zu beantworten.⁵⁸ Jedenfalls führt für Luhmann kein Weg daran vorbei zu zeigen, daß im Rechtssystem auch bei der Wahl der Zuordnungsnormen „vorgängig“ nach spezifischen Rechtskriterien „verfahren wird“, will er eine nicht nur triviale Form der Geschlossenheit des Rechtssystems auf der Kriterienebene aufweisen.

Geht es um die Frage, ob das Rechtssystem auch bei der Wahl der Zuordnungsnormen durch die Ausrichtung an spezifischen Rechtskriterien geschlossen ist, lassen sich wiederum verschiedene Weisen der Geschlossenheit auseinanderhalten: Eine schwache Form der Geschlossenheit wäre die, nach der lediglich vorausgesetzt ist, daß im Rechtssystem, speziell von Richtern, *in mehr oder minder großem Umfang* nach solchen Rechtskriterien verfahren wird. Damit wäre es vereinbar, daß sich rechtliche Instanzen bei der Zuteilung der Codewerte teilweise auch „vorgängig“, zuoberst, an anderen, moralischen Normen orientieren. Gegen eine Theorie der moralischen Verbindlichkeit des Rechts ließe sich immer noch nicht der Einwand der Realitätsferne erheben.

Eine andere Verständnismöglichkeit wäre die, von vornherein nur solche Entscheidungen rechtlicher Instanzen als Operationen innerhalb des Rechtssystems anzusehen, die sich an dem Recht/Unrecht-Code *und* „vorgängig“ an

⁵⁸ Dazu näher unten S. 326 ff.

den spezifischen Rechtskriterien orientieren.⁵⁹ Orientierten sich Richter etc. allerdings in nennenswertem Umfang zuoberst an moralischen Normen, würden solche definitorischen Ausgrenzungen nur dazu führen, einen wichtigen Aspekt der Rechtspraxis zu ignorieren. Auch verträgt sich eine solche Ausgrenzung schlecht mit der Luhmannschen Beschreibung von „Elementareinheiten“ des Rechtssystems als Ereignissen, die die Rechtslage ändern.⁶⁰ Auch richterliche Entscheidungen, die die Wahl der Zuordnungsnorm und damit auch die Zuteilung der Codewerte in letzter Instanz an Moralnormen orientieren, ändern die Rechtslage. Schließlich kommt noch eine starke Form von Geschlossenheit in Betracht, nach der sich die Operationen im Rechtssystem, insbesondere die Entscheidungspraxis bestimmter rechtlicher, vor allem richterlicher Instanzen, „vorgängig“ *ausschließlich* an bestimmten spezifischen Rechtskriterien orientieren, wenn es um die Zuordnung der Werte Recht/Unrecht geht. Allenfalls in diesem Fall wäre der Einwand der Realitätsferne einer Moraltheorie des Rechts berechtigt.

Luhmann ist in seinen Formulierungen nicht eindeutig.⁶¹ Jedenfalls einige seiner Äußerungen wie etwa die bereits zitierte, nach der es keinen Import von normativer Qualität aus der Umwelt in das System gibt, legen eine Interpretation nahe, nach der er die Geschlossenheit ausdifferenzierter Rechtssysteme gegenüber der Moral auf der Kriterienebene als eine Form von Geschlossenheit im an-

⁵⁹ Vgl. dazu Lempert (1988), 174 f.

⁶⁰ Luhmann (1983), 136.

⁶¹ So deuten einige Formulierungen bei Luhmann auf eine Trivialisierung der Geschlossenheit des Rechtssystems auf der Kriterienebene hin, etwa wenn es heißt: „Selbstverständlich sind dann alle Komponenten des Rechtssystems alle ‚Durchgriffe‘ (Esser) nach draußen, alle Hinweise auf die Natur oder auf Werte positiv“ (1988 a), 23 f.

gesprochenen starken Sinne begreift. Entsprechend führt Lumann aus, daß es die Rechtsdogmatik ist, die die „Relationierung der Rechtswendungsbeziehungen“ kontrolliert und „die Bedingungen des juristisch Möglichen“ definiert.⁶² Dies geschehe „unter der Idee, daß das Recht nach rechtseigenen Kriterien zu behandeln sei“.⁶³ Fragt man, welche Kriterien das sind, wird man auf den Zusammenhang zwischen Dogmatik und Gerechtigkeit verwiesen: Die Dogmatik „respezifiziert und operationalisiert“ nach Luhmann Gerechtigkeit auf systeminterner Ebene.⁶⁴ Gerechtigkeit versteht er dabei nicht als moralische oder naturrechtliche Norm oder Metanorm der Rechtfertigung einzelner Normen, sondern als „Ausdruck für adäquate Komplexität des Rechtssystems ... , nämlich als Gebot, die Komplexität zu erhöhen, soweit dies mit konsistentem Entscheiden vereinbar ist“.⁶⁵

Im folgenden sei einmal von derjenigen möglichen Variante der Interpretation ausgegangen, nach der ausdifferenzierte Rechtssysteme autopoietischen Charakters für Luhmann auf der Kriterienebene in dem Sinne geschlossen sind, daß im Rechtssystem ohne Einschränkung „vorgängig“ nach rechtseigenen Kriterien verfahren wird, d. h. also auch nach dogmatischen oder Zuordnungsnormen, die die Gerechtigkeit verstanden als adäquate Komplexität des Rechtssystems spezifizieren. Welchen Grund gibt es anzunehmen, daß dies irgendwo so zutrifft, daß die rechtliche Entscheidungspraxis die Wahl der dogmatischen oder Zuordnungsnormen und damit auch die Zuteilung der Codewerte in letzter Instanz nicht auch an moralischen Maßstäben ausrichtet, sei es ausgesprochen oder un-

⁶² Luhmann (1974), 19.

⁶³ Luhmann (1974), 22.

⁶⁴ Luhmann (1974), 20.

⁶⁵ Luhmann (1974), 23.

ausgesprochen, sei es in größerem oder geringerem Ausmaß?

Auch Luhmann schließt es nicht aus, „daß sich auch in unserer Gesellschaft gewisse Prinzipien der Moral herausabstrahieren und als invariant und unantastbar institutionalisieren lassen“.⁶⁶ Die Annahme liegt also nahe, daß sich die rechtliche Entscheidungspraxis wenigstens in geringem Ausmaß zuoberst auch an derartigen Prinzipien ausrichtet, und zwar bereits bei der Wahl der Zuordnungsnormen und nicht nur, weil sich solche Prinzipien einem bestimmten Rechtsmaterial nach spezifischen Rechtskriterien zuordnen lassen. Die moralischen Prinzipien betreffen dann eine moralische Kriterienebene, keine positivrechtliche mehr. Auf diese Unterscheidung wird unten noch zurückzukommen sein.⁶⁷ Luhmann setzt dem entgegen, solche Prinzipien seien „nicht instruktiv genug“ und „praktisch unwichtig“.⁶⁸ Entsprechend heißt es, Begriffe wie „material richtig“ oder „objektiv wertvoll“ seien leerformelhaft und instruktionsarm.⁶⁹ Gerechtigkeit im herkömmlichen Sinne liefere kein Kriterium, um zwischen guten und schlechten Gesetzen zu diskriminieren. Gerechtigkeit als regulatives Prinzip oder Ideal zu verstehen sei nur ein Notbehelf. „Man soll sich um Annäherung bemühen. Aber wenn man sie nicht erreicht, schadet es auch nichts.“⁷⁰

Solche Einwände der Leerformelhaftigkeit und Instruktionsarmut moralischer Maßstäbe sind verfehlt. Sie sind es um so mehr, als derjenige Maßstab, den Luhmann als alternativen rechtseigenen Maßstab für die Zuteilung der

⁶⁶ Luhmann (1980), 216.

⁶⁷ Siehe dazu unten 3. Teil, IV. A.

⁶⁸ Luhmann (1980), 216.

⁶⁹ Luhmann (1974 a), 202.

⁷⁰ Luhmann (1988 b), 26.

Codewerte anzubieten hat, die Spezifizierung der adäquaten Komplexität des Rechtssystems, seinerseits hochgradig instruktionsarm ist. Es mag Ethiken geben, die Diskursethik etwa, bei denen unklar bleibt, wie die Beteiligten zu moralisch orientierenden Maßstäben gelangen können. Auf andere Ethiken, insbesondere die hier vertretene, trifft das jedoch nicht zu. Nach ihr lassen sich Prinzipien nicht einfach als instruktionsarm abtun. Natürlich sind sie es insofern, als sie konkretisierungsbedürftig sind und häufig eine Abwägung nötig ist, um von ihnen aus zu einer Entscheidung zu gelangen. Das folgt bereits aus dem Begriff des Prinzips. Nichtsdestoweniger sind sie jedenfalls in Verbindung mit konkretisierenden moralischen Intuitionen der oben beschriebenen Art für die Begründung konkreter Entscheidungen maßstab- und strukturbildend.. Daß häufig Streit darüber besteht, welche Konkretisierung und Abwägung der Prinzipien begründet ist und daß auch nicht notwendig immer nur eine Entscheidung moralisch begründet ist, ändert daran nichts.

Lassen sich moralische Maßstäbe aber nicht einfach als leerformelhaft abtun, gibt es nicht den geringsten Grund anzunehmen, daß die Operationen innerhalb des Rechtssystems, insbesondere die Entscheidungspraxis der Richter, nicht in mehr oder minder hohem Maße, ausgesprochen oder unausgesprochen, „vorgängig“ daran ausgerichtet und davon beeinflußt sind, welche Zuordnungsnormen am ehesten den moralischen Maßstäben entsprechen. Nach diesen Maßstäben mögen dann auch Konsistenzerwägungen oder auch Gesichtspunkte der Komplexitätssteigerung relevant sein. Nur sind sie insoweit eben nur nach Maßgabe moralischer Maßstäbe relevant, die sich wiederum nicht lediglich in Kriterien der Konsistenz oder der Komplexitätssteigerung erschöpfen. Von

einer Fixierung der „Relationierung der Rechtsanwendungsbeziehung“ auf die Spezifizierung adäquater Komplexität auszugehen besteht insbesondere dann kein Grund, wenn man wie hier die Existenz eines Vernunftmotivs annimmt, das zur Beachtung moralischer Maßstäbe bewegt, und wenn man daneben folgendes beachtet: Auch wenn sich die Entscheidungspraxis rechtlicher Instanzen zuoberst ausschließlich an moralischen Maßstäben orientierte, hieße das nicht, daß diese Instanzen damit aufhörten, dogmatischen Normen und Rechtsprogrammen Beachtung zu schenken. Darauf wird, was die richterliche Entscheidungspraxis anbelangt, im nächsten Kapitel noch zurückzukommen sein.

2. Begründungsskepsis

Selbst wenn ein Rechtssystem mit autopoietischem Charakter existierte, innerhalb dessen in irgendeinem interessanten Sinne „vorgängig“ nach rechtseigenen Kriterien verfahren würde, wäre damit immer noch nicht die Frage beantwortet, ob es in den rechtlichen Entscheidungssituationen auch begründet ist, die Entscheidung zuoberst ausschließlich an rechtseigenen Kriterien und nicht in letzter Instanz an moralischen Maßstäben zu orientieren. Diese Frage wird allenfalls dann obsolet, wenn man die Luhmannsche Begründungsskepsis teil. Eine Seite dieser Begründungsskepsis, der Einwand der Leerformelhaftigkeit und der Instruktionsarmut moralischer Prinzipien, ist bereits zur Sprache gekommen. Eine andere Seite der Begründungsskepsis stützt sich auf den Versuch, das Normative ins Faktische aufzulösen. Wie bereits zitiert, umfaßt das Faktische für Luhmann das Normative. Normen sind für ihn kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen, d. h. „Erwartungen, die auch dann aufrecht erhalten

ten werden, wenn sie enttäuscht werden“.⁷¹ Der Enttäuschungsfall wird „im voraus als für das Erwarten irrelevant angesehen“.⁷² Der Erwartende zeichnet sich durch die Entschlossenheit aus, aus Enttäuschungen nicht zu lernen.⁷³

Luhmanns Normverständnis ist auf Kritik gestoßen und als „Zumutung an unseren Verstand“ bezeichnet worden.⁷⁴ Tatsächlich ist es alles andere als überzeugend. Angenommen beispielsweise, A ist davon überzeugt, daß B ihn im nächsten Augenblick tatsächlich angreifen und ihm Verletzungen zufügen wird. Heißt das, daß A den Angriff des B deswegen nicht mehr für verboten hält? Wenn nein, müßte A den Enttäuschungsfall im voraus als für das Erwarten irrelevant ansehen. Er wäre also davon überzeugt, daß B ihn tatsächlich angreifen wird, und würde zugleich erwarten, daß B dies nicht tut. Wenn A die Flucht ergreift, weil er mit dem Angriff des B rechnet, hieße das, daß er in Erwartung des Angriffs flüchtet und zugleich an der Erwartung festhält, daß B ihn nicht tatsächlich angreift. Das alles macht wenig Sinn.

Die Frage drängt sich auf, ob Luhmann den Begriff der Erwartung nicht in einem speziellen Sinne verwendet, wenn es um kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen geht. Möglicherweise ist unter solchen Erwartungen ja etwas ganz anderes zu verstehen als unter Erwartungen in anderen Kontexten.

Tatsächlich gibt es auch umgangssprachlich einen Sinn von „Erwartung“, nach dem sich die Erwartung nicht lediglich auf die Prognose eines bestimmten Verhaltens stützt. So mag jemand von einem anderen auch dann „erwarten“, daß

⁷¹ Luhmann (1985), 22.

⁷² Luhmann (1980), 43.

⁷³ Luhmann (1980), 43.

⁷⁴ Kriele (1981), 39.

dieser Versprechen einhält, pünktlich ist etc., wenn ein solches Verhalten eher unwahrscheinlich ist. Erwartungen dieser Art erlauben indes noch keine Gleichsetzung von Normen mit kontrafaktisch stabilisierten Verhaltenserwartungen. Wenn A zu B sagt, er „erwarte“, daß B sein Versprechen einhält, mag er damit zum Ausdruck bringen, daß das Einhalten des Versprechens von A gebilligten Verhaltensmaßstäben entspricht. Möglicherweise stützt sich seine Erwartung auch auf eine Art von mehr oder minder enttäuschungsresistente Unterstellung: die Unterstellung, daß B bestimmte Verhaltensmaßstäbe beachten wird. In moralischen und rechtlichen Kontexten sind solche „Erwartungen“ aber – jedenfalls in einer Vielzahl von Fällen – auf Normen und ein Sollen bezogen. A bringt zum Ausdruck, daß das „erwartete“ Verhalten aus seiner Sicht geboten ist oder einer gültigen Norm entspricht. Oder A stützt seine Erwartung auf die Unterstellung, daß B sich in bestimmter Weise verhält, *weil B annimmt, daß B sich so verhalten soll*. Erwartungen dieser Art beziehen sich auf Normen oder ein „Sollen“, lassen sich mit Normen aber nicht einfach gleichsetzen. Sie setzen ein Verständnis von „Norm“ und „Sollen“ bereits voraus. Entsprechendes gilt, folgt man einer Unterscheidung von Habermas zwischen Verhaltenserwartungen im prognostischen und im normativen Sinne. Nach Habermas zeichnen sich letztere dadurch aus, daß sie in folgendem Sinne zu einer Erwartung „berechtigen“: „.... eine Norm berechtigt zu einer Erwartung, daß sich S in bestimmten Situationen in bestimmter Weise verhält, wenn angenommen werden darf, daß S diese Norm anerkennt und sich in seinem Handeln an den in ihr verkörperten Werten orientiert“.⁷⁵ Nach dieser Definition sind Normen nicht einfach mit Verhaltenserwartungen

⁷⁵ Habermas (1976), 328.

gleichgesetzt. Die Definition der Erwartungen im normativen Sinne setzt vielmehr ein Verständnis vom Begriff der Norm bereits voraus.

Im übrigen deuten die Ausführungen Luhmanns nicht darauf hin, daß der, dessen Erwartungen im Luhmannschen Sinne normativ sind, ein Verhalten in einem anderen Sinne erwartet als der, der „kognitive“ Erwartungen hat – abgesehen eben davon, daß der eine auch im Enttäuschungsfall an seinen Erwartungen festhalten will und der andere nicht. Nach Luhmann liegt der Unterschied zwischen den verschiedenen Formen des Erwartens nicht im Erwartungscharakter als solchen oder darin, daß normative Erwartungen auf ein Sollen oder die Anerkennung eines Sollens verweisen. Nach Luhmann liegt der Unterschied lediglich in der Reaktion des Erwartenden auf den tatsächlichen oder antizipierten Fall der Erwartungsenttäuschung: Im einen Fall ist der Erwartende lernwillig und bereit, die Erwartung zu ändern, im anderen Fall nicht.⁷⁶ Danach erwartet A den Angriff des B im Beispielsfall ebenso wie er das Unterlassen des Angriffs erwartet. Nur in der Enttäuschungsverarbeitung ergeben sich Differenzen: A ist zugleich lernwillig und lernunwillig.

Daß mit dem Normbegriff Luhmanns etwas nicht stimmt, wird spätestens an den Konsequenzen deutlich, die Luhmann selber aus seinem Normverständnis zieht. So heißt es: „Die Entschlossenheit, nicht zu lernen, darf nicht als solche erscheinen.“⁷⁷ „Man kann den wahren Sachverhalt nicht aufdecken, nicht argumentieren: Ich kann nicht lernen, also sollst du handeln bzw. unterlassen. Da läge die Alternative, doch zu lernen, zu sehr auf der Hand.“⁷⁸ Eine

⁷⁶ Luhmann (1980), 43 ff.

⁷⁷ Luhmann (1969), 38.

⁷⁸ Luhmann (1969), 37.

Argumentation von der Art „Ich kann (?) nicht lernen, also sollst du handeln“ macht nach dem Luhmannschen Normverständnis schon keinen Sinn. Daß der andere handeln *soll*, heißt nach diesem Normverständnis ja nichts anderes, als daß der Argumentierende nicht lernen will (kann?). Im übrigen ergeben sich aus dem Gesagten sonderbare Konsequenzen: Wer immer von den Früchten des Baums systemtheoretischer Erkenntnis gekostet hat, wer sich bewußt macht, daß seine normativen Überzeugungen auf der Entschlossenheit beruhen, nicht zu lernen, für den liegt es auf der Hand, doch zu lernen und seine normativen Überzeugungen zu verabschieden. Diskussionen über normative Fragen und die Verbindlichkeit von Normen ließen sich prinzipiell dadurch beenden, daß den Streitenden nur hinreichend deutlich gemacht wird, daß ihre ganzen Überzeugungen im normativen Bereich nur die Entschlossenheit ausdrücken, nicht zu lernen. Auch führt es nicht weiter, wenn Luhmann schreibt: „Die Zumutung [das Festhalten an der Erwartung] muß vielmehr aus sich selbst begründet oder aus höheren Normen abgeleitet, jedenfalls also sollensimmanent dargestellt werden.“⁷⁹ Soll A im Beispielfall die Erwartung, B werde ihn nicht angreifen, als aus sich begründet ansehen? Und was hilft es, die Zumutung des Festhaltens an Erwartungen durch den Verweis auf höhere Normen abzusichern, wenn auch die höheren Normen nichts weiter als kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen symbolisieren?

Der Versuch Luhmanns, das Normative über den Begriff der kontrafaktischen Stabilisierung von Verhaltenserwartungen ins Faktische aufzulösen, ist nach dem Gesagten alles andere als überzeugend. Luhmann vermag dem Sinn der Frage nach der *normativen* Geltung von Normen, auch

⁷⁹ Luhmann (1969), 37 f.

von Rechtsnormen, mit seinen Kategorien nicht zureichend zu erfassen. Oben wurde dieser Sinn dahin bestimmt, daß die Frage nach der normativen Geltung einer Rechtsnorm die Frage danach ist, ob es begründet ist, nach ihr zu handeln. Diese Frage stellt sich für jeden, der sich in einer rechtlichen Entscheidungssituation befindet. Sie läßt sich nicht mit dem Hinweis auf die vermeintliche Qualität der Norm als stabilisierte Verhaltenserwartung oder Symbol einer solchen oder auf die Einbindung der Norm in die Reproduktion der Elemente des Rechtssystems beantworten. Die Antwort auf diese Frage besteht nach dem Gesagten vielmehr darin, daß es moralische Maßstäbe, der Maßstab der Distanznahme und Normen der Chancenbeförderung, sind, die letztlich den Maßstab für die normative Geltung der Rechtsnormen abgeben.

Dabei „erscheint“ es dem Juristen auch nicht etwa nur so, als ob Gründe die Entscheidungen rechtfertigten.⁸⁰ Nach welchen Kriterien will Luhmann bestimmen, ob Begründungen „scheinbare“ oder „wirkliche“ Begründungen sind? Soll sich die Qualität einer Begründung als nur scheinbare Begründung daraus ergeben, daß Argumentationen in der Beobachtung des Systemtheoretikers eine bestimmte Funktion haben, die Funktion etwa, „Redundanz“ zu erzeugen, d. h. „den Überraschungswert weiterer Argumente und letzlich den Überraschungswert von Entscheidungen zu mindern“?⁸¹ Argumentationen mögen Redundanz erzeugen oder auch nicht: Darauf, daß bestimmte Gründe bestimmte Entscheidungen rechtfertigen und einige Gründe besser sind als andere hat das nicht

⁸⁰ Siehe Luhmann (1985), 33.

⁸¹ Luhmann (1985), 35. Nach Luhmann muß diese Funktion der Argumentation im systeminternen Diskurs verschwiegen, „abgedunkelt“ werden (1985), 36.

mehr Einfluß als etwa die Körpergröße der Argumentierenden.

3. Warnung vor Entdifferenzierung

Hält man eine Theorie moralischer Rechtsverbindlichkeit weder für realitätsfern noch aus Gründen Luhmannscher Begründungsskepsis für obsolet, bleibt als Kritikpunkt noch das Argument, die Ausrichtung an moralischen Prinzipien führe zu einer Entdifferenzierung des Rechts und sei daher abzulehnen. Verhaltensempfehlungen dieser Art von Seiten des Systemstheoretikers an diejenigen, die an den Kommunikationen des Rechtssystems beteiligt sind, machen die Erfüllung der Systemfunktionen und die Ausdifferenzierung des Rechtssystems letztlich zu einer Art von Handlungsgrund und Zielzustand. Das ist an sich nicht in Luhmanns Sinne⁸² und steht auch zu seiner Begründungsskepsis in einem prekären Verhältnis. Dennoch enthält sich Luhmann nicht jeder präskriptiven Stellungnahme,⁸³ noch weniger andere Anhänger der System-

⁸² Vgl. Luhmann (1983), 147: „Die Funktion des Rechts ist nicht einfach ein Zweck oder eine regulative Idee.“

⁸³ Siehe z. B. Luhmann (1974), 48: „.... daß wir keine überzeugende Möglichkeit gefunden haben, eine Rechtsdogmatik zu empfehlen [Hervorh. durch Verf.], die Folgen als Kriterien für Recht und Unrecht verwendet“. Eine Gemengelage zwischen Vernunftskepsis, gesellschaftstheoretischer Analyse und präskriptiver Stellungnahme findet sich auch bei Ladeur. An seine Diagnose einer „Pluralisierung der Subjekte“ und „Partikularisierung der Rechtsdiskurse“ schließt er die Empfehlung an, einer „Logik der Heterogenität“ zu folgen, die ein hohes Maß an sozialem Wandel zulasse (1983), 480. Die Turbulenz komplexer Handlungsfelder „zwinge“ dazu, das Recht auf die Kompatibilisierung heterogener, „ökologischer“ Kontextstrukturen umzustellen ((1983), 482; vgl. auch (1984), 223 ff.; (1988), 231 ff.). Die Forcierung einer Kompatibilisierung von Strukturen, wie Ladeur sie versteht, erscheint als nicht weiter begründungsbedürftiger Leitwert der Bewertung und Beeinflussung sozialer Geschehensabläufe.

theorie. So wird vor einer „Moralisierung“ des Rechts gewarnt weil sich so „auch systemverändernde Aktivitäten unter Berufung auf die Vernunft und eine neue Rechtsmoral leicht voranbringen ließen“.⁸⁴

Wer so argumentiert, macht die Erfüllung von Systemfunktionen oder den Bestand von Systemen zu einem Maßstab für die Bewertung sozialer Zustände, der vor moralischen Maßstäben Vorrang hat. Daß es begründet ist, Entscheidungen in letzter Instanz nach einem solchen Maßstab zu bewerten, ist freilich alles andere als selbstverständlich. Richtigerweise ist eine solche Sichtweise verfehlt, sind die obersten Maßstäbe, nach denen zu entscheiden begründet ist, ganz anderer, moralischer Art. Das ist im bisherigen Gang der Untersuchung deutlich geworden.

⁸⁴ Krawietz (1987), 249; vgl. dazu auch Dreier (1987), 382 f.