

§ 4 Gesellschaftliche Selbstorganisation als Teil der Rechtsordnung

Das Recht ist zugleich Medium und Produkt gesellschaftlicher Selbstorganisation. Als Medium der gesellschaftlichen Selbstorganisation speichert es Funktionsweisen und macht diese für seine Subjekte nutz- und reproduzierbar. Es wird dadurch zu einer Infrastruktur kultureller Selbstorganisation. Das Recht ist aber auch Produkt der gesellschaftlichen Selbstorganisation, da es aus dezentralen, praktischen Prozessen der Wissensgenerierung hervorgeht und somit in der Subjektivität verankert ist. Ein Recht, das Formen der gesellschaftlichen Selbstorganisation zu seinem Ausgangspunkt macht und sie in jeder seiner Operationen reflektiert, ist somit der normative Fixpunkt einer Kulturtheorie des Rechts. Als solcher vollzieht er die Verbindung der Kulturtheorie des Rechts und einer Theorie der liberalen Transformation.

Die gesellschaftliche Selbstorganisation gründet dabei in individuellen Freiheitspraktiken und nicht in kollektivierenden, ritualisierenden und egalisierenden demokratischen Verfahren. Recht wird dadurch nicht im engeren Sinne individualisiert, sondern lediglich polyzentrisch. Es ist die Idee der »Sozialität des Ungebundenen«, wie sie im Kontext der Netzwerkgesellschaft vorgestellt wurde. Das Subjekt steht nicht isoliert für sich, sondern ist als Netzwerk- und Diskurseffekt beständig flexibel und interaktiv mit seiner Umgebung verbunden. Als Bestandteil des Netzwerks führen seine Handlungen zu Selbsttransformationen des Netzwerks. Dabei interagieren sie mit anderen Handlungen und es bilden sich dezentral flexible normative Verschiebungen heraus. Diese werden von den Netzwerkstrukturen der Kultur, und beschleunigt durch die Medientechniken der Netzwerkgesellschaft, prozessiert. Rationalisierende Verfahren demokratischer Willensbildung wirken hier geradezu anachronistisch, da sie der Versuch sind, die kulturellen Dynamiken nach ihrer Entfaltung erneut in die Formen der souveränen Zentralinstanz und Entscheidungsmacht zu überführen.

In diesem Kontext lässt sich von einem »vitalen Liberalismus« sprechen. »Liberal« ist an ihm, dass die praktische Freiheit des Subjekts als ästhetisch-existentieller Modus der Selbsttransformation zur unbedingten Grundlage des Rechts und des Staates wird. Die Transformationsdynamik der Freiheit anzuerkennen und produktiv zum Ausgangspunkt des Rechtsdenkens zu machen, ist dann die Aufgabe des staatlichen Rechts. »Vitalistisch« ist, diese individuellen Freiheitsräume mit den evolvierenden Prozessen der Lebensformen zur verknüpfen, die als offene Möglichkeitsräume experimentelle und teleologisch nicht festgelegte Praktiken befördern.

Zwei Entwürfe, die gesellschaftliche Selbstorganisation im Sinne dieses vitalen Liberalismus als integralen Bestandteil der Rechtsordnung begreifen, finden sich bei Friedrich August Hayek und Karl-Heinz Ladeur. Beide legen dezidiert am Wissensbegriff ausgerichtete Theorien des Rechts vor, die stark von wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen geprägt sind und die die Bedeutung des Staates zugunsten dezentraler Praktiken in den Hintergrund treten lassen. So entwirft Hayek im ersten Band seines dreiteiligen Werkes *Law, Legislation and Liberty* (1973–1979) mit dem Titel *Rules and Order* (1973) die Begriffspaare *nomos* und *thesis*, *kosmos* und *taxis* bzw. *law* und *legislation* und skizziert die Rechtsordnung als eine Mischform von staatlicher Gesetzgebung (Legislation) und organisch, evolvierend gewachsenem, praktisch fundiertem Recht (Law). Karl-Heinz Ladeur entwickelt dieses an der gesellschaftlichen Selbstorganisation ausgerichtete Recht speziell vor dem Hintergrund der Netzwerkgesellschaft. Dabei nimmt er vor allem die Bereiche der Hochtechnologie in den Blick, in denen sich die Netzwerkstrukturen, denen auch das Recht zunehmend folgt, besonders radikal beobachten lassen. Unter dem Begriff des »seriellen Rechts« skizziert er ein Recht, das sich von der ex-ante-Regulierung verabschiedet und Konflikte flexibel, ex post in einer Serie fallbezogener Entscheidungen löst.

I. Kulturanthropologie, Selbstorganisation und die zwei Formen des Rechts: Friedrich August Hayek

Hayek bietet einen Rechtsbegriff, der auf der immanenten Verschränkung von Kultur und gesellschaftlicher Selbstorganisation beruht. Im Fokus steht dabei die normgenerierende Funktion von Interaktionen, wodurch Serien von Interaktionen die Regeln ihrer eigenen Regulierung hervorbringen und das Recht sich so als eine Form der Selbstregulierung darstellt, die agile Formen der Handlungskoordination als implizites Wissen ermöglicht. Ordnungsbildung ist somit immer kontingent evolvierend anstatt rational geplant.

1. Hayek als Rechts- und Sozialphilosoph

Es mag zunächst kontraintuitiv erscheinen, den Ökonomen Friedrich August Hayek zum Stichwortgeber einer Kulturtheorie des Rechts zu machen. Auf gesteigerte Ablehnung dürfte wahrscheinlich auch die damit unweigerlich einhergehende Verknüpfung mit poststrukturalistischen Denkern wie Foucault und Deleuze stoßen. Diese Irritation ist vor allem auf die Wahrnehmung Hayeks als Ideengeber neoliberaler Reformen

im Vereinigten Königreich der 1980er Jahre unter der Premierministerin Margaret Thatcher zurückzuführen. Die Rezeption Hayeks als eines neo-liberalen Wirtschaftswissenschaftlers bildet dabei einen vermeintlich unüberbrückbaren Gegensatz zu den im Regelfall linken Denkern des Poststrukturalismus und der zeitgenössischen Kulturtheorie im Allgemeinen. Dieser scheinbare Antagonismus hat die Rezeption Hayeks im Feld der Kulturwissenschaften über Jahre hinweg stark behindert. Dabei wäre, so die hier vertretene These, eine solche Diskussion der Konzepte Hayeks im Feld der Kulturtheorie in höchstem Maße bereichernd. Den Ausgangspunkt hierfür bildet der erste Band seiner Trilogie *Law, Legislation and Liberty*, der 1973 unter dem Titel *Rules and Order* erschienen ist. In diesem Text präsentiert sich Hayek überzeugend als Rechts- und Sozialphilosoph und nimmt somit eine Rolle ein, die in seiner Rezeption zumeist marginalisiert wird. *Rules and Order*, in seiner Funktion als rechtsphilosophisches Hauptwerk Hayeks, bietet eine äußerst anregende erkenntnistheoretisch informierte, wissenssoziologisch ausgerichtete und kulturanthropologisch fundierte Theorie des Rechts.¹ In dieser spezifischen Facette ihres methodischen Designs fügt sich die Studie somit hervorragend in den Ansatz der vorliegenden Arbeit ein und zeigt exemplarisch, wie die Verknüpfung von Kulturtheorie und Liberalismus in Bezug auf das Recht gelingen kann.

2. Wissen, Komplexität und dezentrale Evolution

Hayeks Argumentationslinie macht sich an drei wesentlichen Kategorien fest: dem Wissen, der Ordnungsbildung und dem Recht. Er baut die Elemente sukzessive aufeinander auf. Ausgehend vom Wissensbegriff werden so auch die Themen Ordnungsbildung und Recht im Spiegel der Begriffe von Komplexität und dezentraler Evolution reflektiert.

a. Kritik des cartesianischen Rationalismus als tertium comparationis zwischen Hayek, Foucault und Deleuze

Hayek beginnt seine Analyse des Rechts mit einer Kritik des cartesianischen Rationalismus. Dabei stellt er heraus, dass die Annahme, die primäre Quelle des Wissens sei der Verstand der einzelnen Subjekte, unzutreffend sei.² Mit diesem Auftakt seiner Theoriebildung unterstreicht

- 1 Vgl. Skoble, Aeon J.: »9 Hayek the Philosopher of Law«, in: Edward Feser (Hg.): *The Cambridge Companion to Hayek*. Cambridge et al.: Cambridge University Press 2006, S. 171–181, S. 172.
- 2 Vgl. Hayek, Friedrich August: *Law, Legislation and Liberty. A New Statement on the Liberal Principles of Justice and Political Economy* (engl. 1973–1979). London: Routledge 2013, S. 10ff.

Hayek nicht nur deren philosophischen Anspruch, sondern den Ausgangspunkt der Kritik der Moderne und ihres subjektverklärenden Rationalismus teilt Hayek darüber hinaus auch mit den Strukturalisten und Poststrukturalisten.³ In diesem Aspekt gliedert sich Hayeks Argumentation nahtlos in die kulturphilosophischen Strömungen der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ein. Wo die Genese des Wissens bei den Strukturalisten in die Strukturen bzw. (Zeichen-)Systeme verlagert wird und bei den Poststrukturalisten wie Foucault in die machtdurchdrungenen Diskurse, siedelt Hayek sie hingegen in einem Prozess der dezentralen Evolution an. Diese These besitzt neben ihrer deskriptiven Ebene auch eine normative Dimension. Zum einen nimmt Hayek – ähnlich wie die in den vorherigen Kapiteln besprochenen kulturtheoretischen Ansätze – die soziale Dimension der Wissensproduktion in den Blick. Andererseits besitzt der Evolutionsprozess bei ihm zusätzlich eine normative Kodierung, die in dieser Form bei Foucault fehlt. Für Foucault sind die Diskurse kontingente, durch Machtbeziehungen strukturierte Kampffelder, in denen die Subjekte unter Einsatz ihrer Freiheit Transformationen durch Praxis aktiv herbeiführen. Der Diskurs ist somit nicht der Garant wünschenswerter normativer Ordnungen, sondern lediglich ein Feld, aus dem diese durch entsprechend von ihm verarbeitete freiheitliche, transformative Praktiken hervorgehen *können*. Bei Hayek hingegen wird der Evolutionsprozess selbst zum normativen Primat. Seine innere Logik garantiert im Ergebnis die Hervorbringung wünschenswerter normativer Ordnungen. Die Evolution generiert entsprechende normative Ordnungen demnach automatisch und *zwingend*, sofern sie sich frei entfalten kann. In diesem Unterschied zwischen Foucault und Hayek liegt auch eine wichtige geschichtsphilosophische Implikation, die sich in der Gegenüberstellung von Genealogie und Evolution ausdrückt. Während das genealogische Geschichtsverständnis die Geschichte als eine Abfolge von durch Auseinandersetzungen herbeigeführten Umbrüchen begreift, die dabei nicht teleologisch festgelegt ist, geht das evolutionistische Geschichtsverständnis zwar ebenfalls von der Kontingenz des Prozesses aus, und verzichtet somit in gleicher Weise auf eine teleologische Festlegung, betont im Gegenzug allerdings die stetige Prozessualität anstelle der Diskontinuität und folgt einer spezifischen Effizienzlogik.⁴ Im Ergebnis ist

- 3 Es sei hier noch einmal an Foucaults Konzept der ›erkenntniskritischen Wahrheit‹ und dessen Definition des »cartesischen Moment[s]‹ als jene[m] Augenblick, »wo das, was den Zugang zur Wahrheit gewährt, die Erkenntnis und die Erkenntnis allein ist«, erinnert (Balke, Friedrich: »Selbstsorge/Selbsttechnologie«, in: Clemens Kammler / Rolf Parr / Ulrich Johannes Schneider (Hg.): *Foucault-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*. 2. Auflage, Stuttgart: J. B. Metzler 2020, S. 331–337, S. 333).
- 4 Vgl. Vesting, Thomas: *Die Medien des Rechts IV. Computernetzwerke*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2015, S. 9ff.

diese Unterscheidung hier allerdings vernachlässigbar, denn wenn man Foucault so liest, wie es hier bisher getan wurde, dann ist in beiden Fällen die freie und transformative Praxis der Subjekte das Fundament gesellschaftlichen Normativitätswissens. Ob dies durch den diskursiven oder evolutorischen Prozess garantiert wird oder nur als eine zu nutzende Möglichkeit besteht, ist dann kaum noch entscheidend.

Vergleicht man Hayeks Rationalismuskritik mit Deleuze' Vitalismus so ergeben sich ähnliche Synergieeffekte. Auch Hayek geht von der normgenerierenden Funktion alltäglicher Interaktionen und Lebenspraktiken aus, deren freie, das heißt unregulierte, Entfaltung normativ geboten ist und die sich prozesshaft-evolvierend vollzieht. Problematisch bleibt auch hier das Effizienzparadigma, das Hayek seiner Evolutionstheorie als normative Prämisse zugrunde legt.

b. Wissen und Ordnungsbildung: *kosmos* und *taxis*

Am Beginn von Hayeks Rechtsphilosophie steht somit die Dichotomie von Rationalität und Evolution, die er normativ zugunsten der Evolution aufzulösen versucht. Dies ist die erkenntnistheoretische Basis für seine Gesellschafts- und Rechtstheorie. Hayek verknüpft diese erkenntnistheoretischen bzw. wissenssoziologischen Überlegungen sodann mit ordnungspolitischen Fragen, woraus sich die Ordnungstypen *kosmos* und *taxis* ergeben. Das unter dem Begriff *taxis* stehende Organisationsparadigma des Rationalismus ist Hayek zufolge die Planung. So wie im Rationalismus der menschliche Verstand zur Quelle des Wissens wird, sind auch hier Regeln und Ordnungen das Ergebnis menschlicher Planung. Wissen wird dabei als Produkt von Rationalität verstanden. Die Ordnung der gesellschaftlichen Verhältnisse wird in diesem Modell rational konstruiert. Hayek spricht daher auch von einem »rationalen Konstruktivismus«, mit dem er gerade nicht die kontingente soziale Konstruiertheit der gesellschaftlichen Verhältnisse meint, sondern deren rationale Planung. Der Leitgedanke einer solchen politischen Theorie ist, dass die gesellschaftliche Ordnung mithilfe der Benutzung des Verstandes in einem deliberativen Prozess gerecht und effektiv entworfen werden könne. Hayek widerspricht dem, und setzt dem rationalen Konstruktivismus das Ordnungsmodell der Evolution entgegen (*kosmos*). Ihm zufolge besteht die Fehleinschätzung des rationalen Konstruktivismus in dessen Grundannahme, dass die Komplexität gesellschaftlicher Ordnungen überhaupt rational erfassbar und berechenbar sei. Dies ignoriere die starke Fragmentierung des Wissens in der (post-)modernen Gesellschaft, die sich insbesondere durch ökonomische Phänomene wie die Arbeitsteilung ausdrücke.⁵ Keinem Entscheidungsträger sei es

5 Vgl. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, S. 14.

dabei möglich, über das für die Entscheidung erforderliche Wissen in Gänze zu verfügen. Hayek illustriert dies mithilfe eines Beispiels aus der Volkswirtschaftslehre; so bestehe das wirtschaftliche Leben einer Gesellschaft aus Millionen von Beziehungen und (Waren-)Strömen zwischen einzelnen Firmen und Haushalten und so ließen sich zwar bestimmte Theoreme über diese Austauschprozesse aufstellen, doch es sei niemals möglich, sie alle zu beobachten.⁶ Anders ausgedrückt: Die Komplexität der wirtschaftlichen Prozesse lässt sich niemals vollumfänglich erfassen, weshalb sie auch nicht abstrakt und rational ex ante geplant werden kann. In diesen Beziehungsgeflechten, inmitten der mit ihnen einhergehenden Interaktionen, der dezentralen Praktiken und des fragmentierten Wissens entstehen jedoch implizit, allein durch Praxis, Regelbestände und es bilden sich bottom-up soziale Ordnungen heraus, die niemand entworfen oder durch Beobachtung abstrahiert hat, sondern die als *tacit knowledge* (Polanyi)⁷ vorhanden sind.⁸ Analog zu Descombes' Beschreibung der institutionsgebenden Macht postuliert somit auch Hayek, dass die gesellschaftlichen Institutionen das Ergebnis von Gewohnheiten, Bräuchen und Praktiken seien, die weder erfunden noch bewusst zum Zweck ihrer Nutzbarmachung beobachtet wurden.⁹ Ordnungsbildung durch Evolution bedeutet somit für Hayek, dass der Evolutionsprozess die Vielzahl dezentraler, versprengter

6 Vgl. ebd., S. 14.

7 Vgl. hierzu Polanyi, Michael: *The Tacit Dimension* (engl. 1966). Gloucester (Mass.): Peter Smith 1983, insb. S. 1ff. (»Tacit Knowing«).

8 Einer der wenigen, der hier die Parallele zu Foucault erkennt, ist Jacopo Marchetti, der in seinem Buch *Foucault e Hayek. Tra Biopolitica e Liberalismo* (Turin: IBL Libri 2018) herausarbeitet, inwiefern sowohl bei Foucault als auch bei Hayek Macht als Konstante in zwischenmenschlichen Beziehungen unmittelbar aus Interaktionen bzw. aus einem Austausch hervorgeht und erst posterior als juristisch-politische Form konzipiert werden kann (»il potere è una costante delle relazioni umane e, prima di essere concettualizzato all'interno di forme giuridico-politiche, viene esercitato nello scambio«). Formen der Macht sind dadurch stets durch die eigene Praxis in Interaktionen veränderbar, wodurch polyzentrische Entscheidungsräume entstehen (»ambiti decisionali policentrici«, vgl. dazu im Buch insb. S. 239ff. (»Il potere e il mercato: due forme decisionali policentriche«)) und stabile Formen institutioneller Herrschaft als Theoriekonzept zu verwerfen sind (»è sempre possibile cambiare tali relazioni e mutare la propria posizione all'interno di esse«, S. 27, »affinché il potere non si fissi in situazioni di dominio o in forme stabili di coercizione«, dazu insb. S. 229ff. (»Libertà e potere, dominio e coercizione«)).

9 Vgl. Hayek, Law, Legislation and Liberty, S. 12; die Verbindung von institutionsgebender Macht bei Descombes und Hayek reißt auch Vesting in Vesting, Thomas: *Gentleman, Manager, Homo Digitalis. Der Wandel der Rechtssubjektivität in der Moderne*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2021, S. 35 kurz an.

Praktiken in sich aufnimmt und sie zu ›*tacit rules*‹ verarbeitet. Die Evolution prozessiert dadurch die Komplexität, die der rationale Konstruktivismus niemals bewältigen könnte. Dafür ist Freiheit eine unverzichtbare Voraussetzung, denn nur wenn die Praxis sich entfalten kann, ist die Herausbildung bottom-up generierter und funktionaler Ordnungen möglich.

Hayeks Theorie sozialer Ordnungen besitzt in diesem Sinne sowohl eine normative als auch eine deskriptive Ebene. Deskriptiv trifft Hayek den wesentlichen kulturanthropologischen Punkt, dass soziale Ordnungen das Ergebnis dezentraler kultureller Prozesse sind und nicht von Individuen und Kollektiven in rationalen, politischen Prozessen entworfen werden. Darin besteht ein unauflösbarer Nexus von Kultur und (impliziter) Selbstorganisation, den Hayek zutreffend beschreibt. Normativ an seiner Theorie ist hingegen das Postulat, dass der freie Evolutionsprozess effizientere Regeln und Ordnungen hervorbringe und ihm daher der Vorrang vor der Politik (im Sinne von *polity* und *politics*)¹⁰ einzuräumen sei. Wenn man sich die Ausführungen zur Netzwerksubjektivität und zur vitalen Normativität vor Augen führt und die Ausgangsfrage nach einem Recht, das sich für experimentelle Praktiken öffnet und die kulturell fundierte Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft zu seinem Ausgangspunkt macht, berücksichtigt, dann ist diese normative Unterstellung Hayeks mitzugehen.

3. Hayeks Rechtsbegriff: *nomos* und *thesis*

In einem dritten Schritt überträgt Hayek die auf seiner Epistemologie aufbauenden ordnungspolitischen Konzepte auf das Recht, womit der eigentliche rechtsphilosophische Zugriff Hayeks erfolgt. Der Rechtsbegriff bei Hayek ist zweigeteilt und setzt somit die epistemologische und ordnungspolitische Binarität fort. Auf der einen Seite steht die *thesis* und auf der anderen der *nomos*. Die Rechtsordnung als Ganze entspricht in diesem Modell einer Mischung beider Erscheinungsformen, *thesis* und *nomos*, die im Idealfall in einem Ergänzungsverhältnis zueinander stehen.

10 *Polity* als Ebene der »Strukturen und konstitutiven Normen des politischen Systems« (politische Institutionen, Staatsorganisation) und *politics* als Ebene der politischen Prozesse (Verfahren), Mols, Manfred: »Politik als Wissenschaft. Zur Definition, Entwicklung und Standortbestimmung einer Disziplin«, in: Hans-Joachim Lauth / Christian Wagner (Hg.): *Politikwissenschaft. Eine Einführung*. 9. Auflage, Paderborn: Ferdinand Schöningh 2019, S. 23–62, S. 27.

a. *thesis* und *nomos*

Thesis ist das Recht als Gesetz (Law of Legislation). Es entspricht in weiten Teilen dem Rechtsbegriff des Rechtspositivismus. Recht wird hier verstanden als der Ausdruck des Willens des Souveräns. Als verbindliche Ordnung, hinter der die staatlichen Institutionen und ihr Zwangsapparat stehen, organisiert es das gesellschaftliche Zusammenleben top-down. Eine Rechtsordnung, die ausschließlich aus *thesis*-Normen bestünde, wäre eine künstliche bzw. konstruierte Ordnung, die das Resultat der deliberativen Planung eines Souveräns ist. Hayek bezeichnet solche ›geplanten Ordnungen‹ – wie obenstehend erläutert – als *taxis*. *Thesis* als an Gesetzgebungsverfahren zurückgebundener Normbegriff korrespondiert somit im Modell Hayeks mit der *taxis* und dem rationalen Konstruktivismus.

Folgerichtig stellt Hayek ihm einen Normbegriff gegenüber, der vom Begriff der Evolution ausgeht. *Nomos* ist bei Hayek das Recht der Freiheit (Law of Liberty). Es entsteht nicht durch bewusste Planung, sondern durch dezentrale Interaktionen. Im Kontext gesellschaftlichen Zusammenlebens führen die Formen der Handlungskoordination zwangsläufig zur Herausbildung impliziter Normbestände. Dies führt zur Genese ›spontaner Ordnungen‹ (spontaneous order), die als bottom-up gewachsene Ordnungen (grown order) die Selbstorganisationsfähigkeit liberaler Gesellschaften in den Vordergrund stellen und von Hayek als *kosmos* bezeichnet werden.

John Hasnas merkt allerdings zu Recht an, dass die Ausformulierung des *nomos* in *Rules and Order* letztendlich hinter ihrem eigenen radikalen Anspruch zurückfällt. Laut Hasnas fehlt es Hayek an einer klaren Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und modernem ›Common Law‹, was zur Folge hat, dass seine Ausführungen zum *nomos* konstant zwischen beiden Vorbildern oszillieren.¹¹ Grund dafür sei ein Anachronismus bei Hayek, der in der Projektion der Eigenschaften des modernen Common Law auf die stärker am Gewohnheitsrecht orientierten Formen des Common Law des 17. und 18. Jahrhunderts besteht.¹² Konkret liest Hayek die erst ab dem 19. Jahrhundert im Zuge der Rationalisierung der Verfahren entstehende Doktrin der ›stare decisis‹, also der Bindungswirkung von Präjudizien, in die am Gewohnheitsrecht orientierten Formen des Common Law vor dem 19. Jahrhundert hinein.¹³ Dies hat zur Folge, dass Hayek »judge-made law« und »grown law« in einer problematischen Weise verbindet.¹⁴ Der Richter wird hier als eine

11 Vgl. Hasnas, John: »Hayek, the Common Law, and Fluid Drive«, in: *NYU Journal of Law & Liberty* 2005 (Bd. 1, Nr. 0), S. 79–110, S. 98.

12 Vgl. ebd., S. 99.

13 Vgl. ebd., S. 90 u. 100.

14 Vgl. ebd., S. 99.

Figur betrachtet, die die gewohnheitsrechtlichen Maßstäbe, die tatsächlich ein »grown law« darstellen, in ein »judge-made law« übersetzt, und über die ›stare decisis‹ entsteht so ein sich stetig weiter ausdifferenzierendes Normsystem, das sowohl »grown« als auch »judge-made« ist.¹⁵ In diesem Ansatz führen »grown« und »judge-made« immer zum selben »law«, sprich zum selben inhaltlichen Ergebnis. Mit dem Richter steht dann wieder ein *menschliches Subjekt* im Fokus, das ein System von Normen *abstrahiert*. Der *nomos* wäre schließlich doch wieder ein »product of human design«, das vor dem Hintergrund der in die Zukunft gerichteten Bindungswirkung der gegenwärtigen Entscheidung (stare decisis) von einem Systematisierungsgedanken geprägt ist, und das sich aus einer konkreten Beobachtungsleistung ergibt. Dabei soll der *nomos* laut Hayek genau dies nicht sein. Hasnas schlägt daher eine Lesart vor, die die inhaltliche Seite des *nomos* vor allem nach dem Vorbild des Gewohnheitsrechts versteht. Gewohnheitsrecht definiert er als »the law that arises out of human interaction to allow people to more effectively coordinate their actions.«¹⁶ Als solches ist es »truly a ›grown‹ law«¹⁷ und ein gutes Beispiel für das, was Hayek spontane Ordnung nennt. Das Gewohnheitsrecht ist in dieser Eigenschaft eben gerade eine Ordnung »without conscious design«¹⁸: Es ist »the result of human action, but not the execution of any human design«¹⁹. Als solches lässt sich das Gewohnheitsrecht auch als ein Kommunikationssystem verstehen, dass sich – in Analogie zur Beschreibung in § 3 I.2. und 3.a. »Dezentrale Wissensproduktion« und »Neue Kommunikationsstrukturen im beginnenden 21. Jahrhundert« – per se jeglicher Zentralisierung erwehrt und auf fortwährende soziale Interaktion verwiesen bleibt.²⁰ Hasnas weist ferner darauf hin, dass die Annahme, Gewohnheitsrecht stehe ausschließlich für ›archaische Regeln primitiver und rudimentärer Rechtssysteme‹ irreführend sei, da sie suggeriere, dass es sich beim Gewohnheitsrecht um eine obsolet gewordene Rechtsform handle.²¹ Dass das Gewohnheitsrecht auch in gegenwärtigen Rechtssystemen noch eine Rolle spielt, zeigt Hasnas unter anderem mit Verweis auf das Völkerrecht und den US-amerikanischen Uniform Commercial Code.²² Das wichtigste Merkmal des Gewohnheitsrechts sei hingegen, dass es vor allem in den Feldern eine entscheidende Rolle

15 Vgl. ebd., S. 99ff.

16 Ebd., S. 81.

17 Ebd., S. 81.

18 Ebd., S. 81.

19 Ebd., S. 85.

20 Vgl. ebd., S. 82f.

21 Vgl. ebd., S. 81f.

22 Vgl. ebd., S. 82.

bei der Handlungskoordination übernimmt, in denen es keine hochgradig organisierte zentrale Autorität gibt.²³

Sowohl das ›Recht als Praxis‹ als auch der *nomos* sind weitaus mehr als das Gewohnheitsrecht. Vor allem das ›Recht als Praxis‹ zeichnet sich durch die später mit Ladeur noch zu diskutierenden Elemente der Hybridisierung und der in neuen Medientechnologien gründenden modularen Verfahren aus, die dem Gewohnheitsrecht fehlen. Obgleich bei Hayek aufgrund seiner Vermischung von Gewohnheitsrecht und modernem Common Law zum Schluss unklar bleibt, was der *nomos* konkret ist, wirkt die Idee eines Rechts jenseits der Gesetzgebung in mehrfacher Hinsicht erhellend. Hayek illustriert überzeugend, wie ein dezentraler, in praktischen Interaktionen fußender Wissensbegriff zum Maßstab der Ordnungsbildung und letztlich auch des Rechts wird. Das Recht geht dabei als implizites Wissen aus einer Serie von Handlungen hervor. Die Serie von Handlungen generiert damit gleichsam die Normen ihrer eigenen Regulierung, was zu einem Paradigma der Handlungskoordination als Selbstregulierung führt. Hayeks Begriff der spontanen Ordnung als einer ›grown order‹ verweist dabei auf die bottom-up Struktur dieser Rechtsform. Gerade vor dem Hintergrund dieser Charakteristika kann der *nomos* nicht als »judge-made law« verstanden werden, sondern löst sich geradezu von der Figur des Richters – wie der Exkurs zum Gewohnheitsrecht oben gezeigt hat. Der *nomos* basiert dann vor allem auf den in Kapitel vier von *Rules and Order* präsentierten Ideen, auf die sich auch Hasnas in seiner Deutung stützt, und die den Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen im vorliegenden Kapitel dieser Arbeit bilden.²⁴

b. Kulturtheorie, Wirtschaftstheorie, Rechtstheorie

In Hayeks zweigeteiltem Rechtsbegriff lassen sich viele der in den §§ 2 und 3 in Bezug auf das positive Recht und das Recht als Praxis formulierten Aspekte wiedererkennen. Der Mehrwert von Hayeks Rechtsphilosophie für die vorliegende Arbeit besteht darin, dass Hayek im Gegensatz zu den zuvor verwendeten Theoretikern seine Wissenstheorie und seine Sozialphilosophie explizit und vollumfänglich für das Feld des Rechts dekliniert. Nicht zuletzt stellt er damit Begriffe zur Disposition, die für die Erarbeitung von Anschlussperspektiven genutzt werden können. Seine Theorie lässt die vorherigen Ausführungen in dieser Arbeit jedoch keinesfalls obsolet werden. Gerade durch den Dialog zwischen poststrukturalistischer Kulturtheorie und ökonomischer Theorie entsteht eine für die Rechtstheorie äußerst fruchtbare Konvergenzbewegung

²³ Vgl. ebd., S. 81.

²⁴ Vgl. ebd., S. 98 u. 106.

zwischen Kulturphilosophie und Wirtschaftstheorie, die in einer Abkehr vom Rationalismus und einer Hinwendung zur dezentralisierten Form der Praxis und ihrer normgenerierenden Funktion begründet liegt. Neben den Gemeinsamkeiten, die sich vor allem im deskriptiven Bereich der Gesellschaftsanalyse finden, fallen dabei auch die Unterschiede auf, die vor allem die normative Ebene betreffen. Im Wege des Theorievergleichs lassen sich so die scharfen, aber produktiven Abweichungen herausstellen. Die von der Kulturtheorie propagierte Immanenz und Kontingenz, die allzu oft als Determinismus oder Beliebigkeit (miss-)verstanden wird, wird hier als etwas Produktives begriffen, das den Raum für Gestaltung eröffnet.²⁵ Ein solcher normativer Zugriff, der aus der Engführung von Kultur- und Wirtschaftstheorie hervorgeht, liegt auch den Theorien Ladeurs zugrunde – erinnert sei beispielsweise an die Komplexitätsbewältigung durch den produktiven Umgang mit der Ungewissheit bzw. mit der Kontingenz. Ladeur selbst nimmt in seinen Texten auch direkt Bezug auf Hayek, wenn er zum Beispiel auf der Basis von Hayeks Kognitionstheorie eine Engführung von ökonomischer Theorie und Rechtstheorie erprobt.²⁶ Die vorliegende Arbeit geht diesen normativen Zugriff auf die kulturtheoretischen Beobachtungen mit. Hayek selbst zeigt, wie sich der Nexus von Kultur und Selbstorganisation für das Recht ausformulieren lässt.

c. »Law is older than Legislation«: Gesetzgebung vs. Kulturanthropologie

Im vierten Kapitel von *Rules and Order* mit dem Titel »The Changing Concept of Law«, das als erstes Kapitel das Recht als primären Untersuchungsgegenstand direkt adressiert, formuliert Hayek die entscheidende

- 25 Inwiefern diese ›liberale‹ Wende sich im Werk Foucaults aus historischer Perspektive findet und sich in der Entgegensetzung von Disziplin und Ästhetik der Existenz konkretisiert, wurde bereits erörtert. Foucault ist nicht zuletzt deswegen – neben Deleuze – einer der poststrukturalistischen Denker, die sich für die Theoriebildung als besonders gewinnbringend erwiesen haben.
- 26 Vgl. Ladeur, Karl-Heinz: *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation. Die Erzeugung von Sozialkapital durch Institutionen*. Tübingen: Mohr Siebeck 2000, S. 115ff.; den Bezug zur Kulturtheorie stellt Ladeur in diesem Text noch nicht her, er liegt allerdings einer Reihe seiner späteren Texte zugrunde wie zum Beispiel *Recht – Wissen – Kultur. Die fragmentierte Ordnung*. Berlin: Duncker & Humblot 2016; und jüngst *Das Rechtssubjekt und sein Bildungsroman. Ein Beitrag zur Kulturgeschichte des Privatrechts im 19. Jahrhundert*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2024.

Hypothese: »Law is older than Legislation«²⁷. Hayek zufolge habe der Rechtsbegriff des Rechtspositivismus, bei dem es sich historisch betrachtet um eine vergleichsweise junge Erscheinung handelt, den Blick auf das, was Recht eigentlich ist, verstellt. Recht wird in der Theorie des demokratischen Rechtsstaats als etwas deliberativ Gemachtes verstanden und findet somit seinen Ausgangspunkt immer in einem menschlichen Willen.²⁸ Diese Fehlannahme, dass Recht das Produkt der freien Invention eines Gesetzgebers sei (»product of the free invention of a legislator«) sei die fatale Folge des rationalen Konstruktivismus.²⁹ Diese Spielart der politischen Philosophie überformt die Natur des Rechts und fungiert als Legitimationsnarrativ für den Exklusivitätsanspruch staatlicher Gesetzgebung. Hayek setzt dem eine kulturalanthropologische Analyse des Rechts entgegen. Methodisch ist daran besonders bemerkenswert, dass Hayek selbst die Vorrangstellung der Kulturalanthropologie gegenüber der Rechts- und Sozialphilosophie betont und diese mit der für seine Theoriebildung maßgeblichen Schottischen Aufklärung in Verbindung bringt:

Social theory has here much to learn from the two young sciences of ethology and cultural anthropology which in many respects have built on the foundation of social theory initially laid in the eighteenth century by the Scottish moral philosophers.³⁰

Aus der Kulturalanthropologie ergebe sich, dass Recht, wenn man es als eine Menge wirksamer Verhaltensregeln versteht, gleichbedeutend mit der Gesellschaft an sich sei.³¹ Dabei müssen die Regeln von den Menschen nicht explizit gewusst werden, sondern es handelt sich vielmehr um ein implizites »knowing how« to act«³². Diese Formulierung Hayeks exponiert den Status des Rechts als einer normativen, auf Handlungen bezogenen Wissensordnung, die in Prozessen der Subjektivitätsbildung geformt wird. Das »knowing« bezieht sich auf den Aspekt der Wissensordnung, das »to act« expliziert die normative Handlungsbezogenheit dieses Wissens und die Struktur des »knowing how to« referiert auf den Aspekt der Subjektivitätsbildung als einem Prozess, der das Subjekt durch Wissens- und Praxiskonfigurationen ermächtigt, eine bestimmte Handlung zu vollziehen. Recht als eine Menge wirksamer Verhaltensregeln im Sinne eines impliziten »knowing how to act« erfüllt dann vor allem die Funktion der Handlungskoordination innerhalb einer Gesellschaft. Als solches befindet es sich in dem einleitend beschriebenen Zirkel, in dem es einerseits Produkt der gesellschaftlichen Selbstorganisation

27 Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, S. 70.

28 Vgl. ebd., S. 69f.

29 Ebd., S. 70.

30 Ebd., S. 71.

31 Vgl. ebd., S. 69.

32 Ebd., S. 70.

ist – law bzw. *nomos* wird in dezentralen, bottom-up strukturierten Prozessen der Selbstorganisation generiert – und in dem es andererseits als eine Infrastruktur der gesellschaftlichen Selbstorganisation fungiert, indem es Handlungskoordination ermöglicht. In diesem Sinne ist auch der Sanktionsmechanismus des Rechts in seinem eigentlichen Sinne keine staatliche Gewalt, sondern die Zugehörigkeit zur Gruppe als solche bzw. der Entzug dieser Zugehörigkeit. Das Zusammenleben besteht dabei aus Austauschprozessen, die Interaktionen hervorbringen und nach gewissen Regeln, die sich evolutorsch herausbilden, verlaufen. Hayek schreibt dazu:

Long before man had developed language to the point where it enabled him to issue general commands, an individual would be accepted as a member of a group only so long as he conformed to its rules.³³

Hayek illustriert damit die medientechnischen Voraussetzungen auf die eine Rechtstheorie wie die ›Command Theory‹ (dt. Imperativentheorie) trifft und die sie selbst unreflektiert lässt. Recht im Sinne von *thesis* setzt Sprache voraus, was Recht im Sinne von *nomos* nicht zwangsweise tut. Dabei ist die Sprache laut Hayek selbst eine spontane Ordnung, das heißt keine geplante Ordnung, sondern eine die sich im Evolutionsprozess herausbildet, indem sich Regeln für die Verknüpfung einzelner Elemente ergeben, die das Resultat praktischer Benutzung und nicht vorheriger starrer Festlegung sind und die sich beständig wandeln.³⁴ Die Beschreibung der Sprache als spontane Ordnung zeigt zusammen mit dem *nomos* als einem Recht, das keine Sprache voraussetzt, wie der *kosmos*, also die spontane Ordnung, als eines der elementarsten Prinzipien – wenn nicht sogar als das elementarste Prinzip – der Kultur fungiert. Kultur und Ordnungsbildung sind damit aufs Engste miteinander verwoben, wodurch jede Kultur eine Form der impliziten (Selbst-)Organisation darstellt.

d. Recht jenseits staatlicher Herrschaft

Wie in Kapitel § 3 II. erläutert, betrachtet auch Hayek es als die primäre Aufgabe des Rechts, dieses Potential der Kultur nutzbar zu machen und es nicht wie die kontinentaleuropäische, rechtspositivistisch inspirierte Rechtstradition zu verdrängen. Das Recht als *nomos* ist der Inbegriff dieses Rechts. Hayek räumt ihm daher auch eine nahezu unbedingte Stellung vor der *thesis* ein. *Thesis*, das Recht der Gesetzgebung, greift nur in

33 Ebd., S. 70.

34 Vgl. ebd., S. 36; zum Zusammenhang von Sprache und Recht vgl. auch Vesting, Thomas: *Die Medien des Rechts I. Sprache*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2011.

seltenen Fällen korrigierend ein, in denen die Selbstorganisation verhindert bzw. zu sehr verzögert ist.³⁵ Mit dem *nomos* denkt Hayek Recht jenseits des Staates, als Effekt der Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft, die in der Kultur zwangsläufig angelegt ist. In dieser Mischform von *nomos* und *thesis* wird nicht-staatliches Recht als wesentlicher Teil der Rechtsordnung erkannt. Implizite Normsetzung durch private Akteure im Wege interaktiver Praxis ist hier der Normalfall und nicht wie im kontinentaleuropäischen Rechtsverständnis das mit allen Mitteln zu Verhindernde und höchstens als Ausnahmefall Zuzulassende. Die Abwesenheit des Staates in bestimmten gesellschaftlichen Feldern bedeutet in diesem Sinne gerade nicht, dass diese ungeregelt seien und somit rechtsfreie Räume darstellten, sondern verbindliche Regeln entstehen hier durch Praxis als spontane Ordnungen. Das Recht als *nomos* ist daher die Begrenzung staatlicher Macht zugunsten der Gesellschaft und ihrer Selbstorganisationsfähigkeit: »law [...] in the earlier sense of *nomos* was meant to be a barrier to all [political] power«³⁶.

II. Serielles Recht und Hochtechnologie: Karl-Heinz Ladeur

Die theoretische Formulierung einer solchen Rechtsordnung, die ihren Ausgangspunkt in der Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft findet und Recht als kooperativen, experimentellen und flexiblen Prozess zwischen Staat und Gesellschaft begreift, findet sich bei Karl-Heinz Ladeur. Bereits in Kapitel § 3 I. wurde dessen spezifische Interpretation der Netzwerkgesellschaft vorgestellt, sowie im vorstehenden Abschnitt seine Verbindung zum Denken Hayeks beleuchtet. Im Folgenden wird die vom ihm skizzierte Akzentverschiebung im Rechtsdenken von einer ex-ante-Regulierung zum kooperativen ex-post-Management erläutert. Auch wenn Ladeur das Konzept des ›seriellen Rechts‹ in einem sehr spezifischen Anwendungszusammenhang entwirft, der Entwicklung von Hochtechnologie unter den Bedingungen des ›Global Administrative Law‹ im Zeitalter der Internetkommunikation, sieht er in dem Konzept durchaus einen allgemeingültigen Zukunftsentwurf für das Recht als Ganzes, wie es der Titel seines Aufsatzes »The Future of Law« anzeigt. Wie bereits im Zuge von Ladeurs Analyse der Netzwerkgesellschaft erwähnt, geht er auch hier von einem komplexen Mehrebenenmodell aus.³⁷ Die Zukunft des Rechts besteht dementsprechend nicht allein im seriellen

35 Vgl. Hayek, Law, Legislation and Liberty, S. 84.

36 Ebd., S. 87.

37 Vgl. Ladeur, Karl-Heinz: »The Future of Law. ›Serial Law‹?«, in: Poul F. Kjaer (Hg.): *The Law of Political Economy. Transformation in the Function*

Recht, sondern in einem Recht aus mehreren Schichten, die flexibel und situationsorientiert miteinander interagieren. So kann beispielsweise auch punktuell Wissensproduktion durch Organisationen zum Einsatz kommen, wenn dies im jeweiligen Kontext effizienter ist.³⁸ Diese Struktur erinnert an das Verhältnis von *law* und *legislation* bei Hayek, wo ebenfalls dem *law* das Primat zukommt, und die *legislation* ausschließlich punktuell leicht korrigierend eingreift, wenn die rechtliche Selbstorganisation gehemmt ist.

1. *Seriellles Recht*

Die Darstellung des seriellen Rechts beläuft sich nachfolgend auf diese vier Aspekte: 1) die Verknüpfung des Rechts mit dem es konstituierenden »technischen Wissen«, das ihm selbst eine polyzentrische Struktur verleiht; 2) ein flexibler Polyzentrismus der Akteure, der auf einer Hybridisierung beruht, die klassische Grenzen, wie auch die zwischen »öffentlich« und »privat«, auflöst; 3) die Aufhebung der Trennung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung, wie sie beispielsweise im Subsumtionsparadigma präsent ist, durch die Verabschiedung von einer ex-ante-Regulierung und die Hinwendung zu einer ex-post-Perspektive, die die normgenerierende Funktion der Lebensformen in den Mittelpunkt stellt; 4) und abschließend die Engführung zwischen Recht und Subjekt in der Gestalt, dass Serialität und Experimentalität als die Konstitutionsverfahren sowohl des (seriellen) Rechts als auch des poststrukturalistischen Subjekts fungieren – eine Verbindung, die Ladeur selbst zumindest zum Teil ablehnt.

a. Polyzentrisches Recht:

Die Interaktion des Rechts mit dem »technischen Wissen«

Ladeurs Begriff des seriellen Rechts lokalisiert die Rechtserzeugung in einer Serie fallbezogener Entscheidungen, und stellt somit von einer ex ante auf eine ex post Perspektive um. Nichtsdestotrotz handelt es sich dabei nicht um eine Art »common law« mit Präzedenzfalldenkweise, sondern der Akzent liegt auf der Einbeziehung gesellschaftlicher Wissensbestände in den Vorgang der Rechtsanwendung und der damit einhergehenden indirekten und situativen Erhebung dieses Wissens zur Rechtsquelle. Der Vorgang der Rechtsanwendung lässt sich dabei – anders als in

of Law. Cambridge et al.: Cambridge University Press 2020, S. 299–319, S. 306.

38 Vgl. ebd., S. 306.

der kontinentaleuropäischen Rechtstradition – nicht mehr von dem der Rechtserzeugung trennen, da das serielle Verfahren selbst Rechtswissen hervorbringt (siehe Abschnitt c.). Ladeurs Wissensbegriff hängt hier an dem der Netzwerkgesellschaft: Das Wissen transzendiert in das Netzwerk selbst und befindet sich in einem fluiden Prozess des Selbstregulierung. In den postmodernen Wissensgesellschaften ist das Wissen somit stets fragmentiert, was die Konkretisierung der vorhandenen Wissensressourcen in einem einzelnen Individual- oder Kollektivsubjekt unmöglich macht. Das Wissen ist verteilt über eine Vielzahl von Subjekten, die in beständigen, transformativen kulturellen Austauschprozessen miteinander stehen. Diese transsubjektive Konzeption des Wissens bei Ladeur beruht auf seinem Begriff des »technischen Wissens«³⁹. Die Strukturen des Wissens präsentieren sich hier im Spiegel der Technologie. Es sind die bereits mit Gumbrecht beschriebenen Potentiale der Technologie, eine neue Objektivität zu kreieren, wodurch – so Gumbrecht und Ladeur – die Technologieentwicklung durch beispielsweise Ingenieure und Programmierer bedeutender für die Erschließung der ›Realität‹ sei als die Analysen der Naturwissenschaftler, da es die Praktiken der Technologieentwicklung sind, die diese ›Realität‹ bzw. ›Objektivität‹ überhaupt erst konstituieren.⁴⁰ Gegenwärtig sind dafür vor allem die Technologien der Internetkommunikation maßgeblich, die als Technologie die dezentrale Wissensproduktion in der Netzwerkgesellschaft hervorgebracht haben (vgl. § 3 I.2. Dezentrale Wissensproduktion und § 3 I.3. Medientechnik der Netzwerke).⁴¹ Damit einhergehend eröffnet sich ein weiteres für Ladeurs Wissensbegriff zentrales Feld, und zwar das des Gegensatzes von Generalisierung und Spezialisierung. Für den Bereich der Politik schreibt Ladeur:

This finds its political repercussion in the fact that the representative institutions (parliament, political parties, trade unions, etc.) are increasingly facing the resistance of the particular, which escapes from the generalisation of interests, of political strategies, of legal standardisation.⁴²

Die tradierten Generalisierungsstrategien politischer Repräsentationsorgane, die sich auch als Relikt der Gesellschaft der Organisationen deuten lassen, geraten durch die zunehmend wichtigere Spezialisierung unter Druck. Die gesteigerte Bedeutung der Spezialisierung liegt in der durch

39 Vgl. Ladeur, Karl-Heinz: *Die Textualität des Rechts. Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2016, S. 183ff.

40 Vgl. Gumbrecht, Hans Ulrich: *Weltgeist im Silicon Valley. Leben und Denken im Zukunftsmodus*, herausgegeben von René Scheu, Zürich: NZZ Libro 2018, S. 22f.; vgl. Ladeur, Serial Law, S. 307. Die Rolle, die die Naturwissenschaften als Grundlagenwissenschaften der Ingenieurwissenschaften übernehmen, bleibt bei beiden Autoren allerdings unterbestimmt.

41 Vgl. Ladeur, Serial Law, S. 307ff.

42 Ebd., S. 301.

die »technische Wissensordnung« hervorgerufene Komplexitätssteigerung begründet, die sich ihrerseits am »highly dynamic and disruptive development of technologies and knowledge«⁴³ festmacht. Die Suche nach einem »Allgemeinen«, unter dem sich das »Spezielle« subsumieren lässt – so im Feld des Rechts repräsentiert durch die Methode der Subsumtion, wo das Allgemeine die Rechtsnorm und das Spezielle der Lebenssachverhalt ist –, gestaltet sich nahezu unmöglich in einer Welt, in der das technische Wissen neue, disruptive Formen instantan erzeugt. Eine Regulierung solcher Formen muss sich zwangsläufig in Form einer ›Selbst-Regulierung‹ präsentieren, die sich die Wissensstrukturen der instantanen Hervorbringung zunutze macht, um so auch gleichsam deren Regulierung hervorzubringen. Das Recht muss somit selbst auf die Strukturen des technischen Wissens zurückgreifen. Die erforderliche Spezialisierung im Feld des Rechts lässt sich nur durch eine Dezentrierung erreichen. Die Funktion des Rechts besteht dann vor allem in der ›Koordination heterogener und polyzentrischer Wissensbestände‹⁴⁴ und seine Legitimation entsteht aus der daraus erwachsenden Generierung spezialisierten Wissens für das Recht.⁴⁵

Ladeur teilt an dieser Stelle Hayeks epistemologische Kritik des Gesetzgebers und verschiebt die Entscheidungsmacht von einem hierarchischen Zentralsubjekt zurück in die dezentralen Prozesse der Wissensproduktion.⁴⁶ Die Rechtssetzung ist dann nicht mehr in einer Art Scheinautonomie den sie konstituierenden gesellschaftlichen Wissensbeständen enthoben, sondern realisiert sich in ihnen selbst, indem das Recht sie durch eine Koordinationsleistung nutzbar macht. So werden dezentrale Praktiken der Wissensproduktion nicht nur zum Ausgangspunkt der Konstitution des Rechts, sondern die Funktion des Rechts besteht in der Koordinationsleistung des polyzentrischen Wissens, um gesellschaftliche Selbstorganisation effizient zu ermöglichen. Das Recht wird so selbst polyzentrisch. Der als Ausgangspunkt dieser Arbeit erläuterte Widerspruch eines Rechts, das seine Bedingtheit in außerjuristischen Wissensbeständen nicht erkennt, wird so aufgelöst, und das Recht reflektiert seinen Status als normative, auf Handlungen bezogene Wissensordnung in jeder seiner Operationen.

43 Ebd., S. 302.

44 Vgl. ebd., S. 303.

45 Vgl. ebd., S. 303.

46 Vgl. ebd., S. 306; wo Ladeur explizit davon spricht, dass das Monitoring in komplexen Umgebungen unter bestimmten Umständen »too complex for humans to design« sei. Die Formulierung »too complex for human design« findet sich in dieser Weise auch bei Hayek.

b. Polyzentrismus der Akteure:
Hybride zwischen Öffentlichkeit und Privatheit

Eine Schlüsselerkenntnis hierzu ist erstens die Anerkennung einer Vielzahl von Akteuren, die durch Praktiken der Wissensgenerierung an der Normsetzung beteiligt sind, und zweitens ihre Einbindung in die Verfahren des Rechts. Dies geschieht im Wege eines flexiblen, kooperativen ex-post-Managements. Dabei wird die Top-down-Perspektive der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung aufgegeben und durch ein Bottom-up-Modell vernetzter rechtswissenserzeugender Akteure ersetzt.⁴⁷

Entscheidend dafür ist der Begriff der »Hybridisierung«. Im Licht der technologischen Entwicklung und des von ihr hervorgebrachten neuen Wissens werden klassische Gegensätze wie beispielsweise der zwischen »öffentlich« und »privat« aufgehoben. Ladeur illustriert dies am Beispiel der Internetkommunikation, in der hybride Kommunikationsformen zwischen Privatheit und Öffentlichkeit stattfinden.⁴⁸ Diese Hybride könnten auch für die Form ihrer rechtlichen Regulierung gewinnbringend sein. Die Geste, die Mechanismen der Regulierung aus den Eigenschaften des zu regulierenden Gegenstandsbereichs selbst erwachsen zu lassen, ist eine der theoretischen Grundlagen von Ladeurs Konzept des seriellen Rechts und konkretisiert die Idee der Selbstregulierung.⁴⁹ Auf der Akteurebene des seriellen Rechts bilden sich auf diese Weise neue, hybride Formen der Koordination zwischen öffentlichen und privaten Akteuren heraus.⁵⁰ Formen bürokratischer Herrschaft (M. Weber) wie beispielsweise die des Datenschutzbeauftragten werden dabei durch flexiblere Verfahren abgelöst, die weniger ausschließlich auf öffentliche Funktionen wie die Gewährleistung von Erwartungsstabilität und den Erhalt von Rechts- bzw. Gemeingütern fixiert sind, sondern die auch die durch das technische Wissen veränderten dynamischen Lebenswelten stärker berücksichtigen.⁵¹ Die bürokratische Herrschaft im Sinne Webers, deren Logik eine Reihe öffentlicher Institutionen folgt, darunter auch die Position des Datenschutzbeauftragten, operiert aktenmäßig, amthierarchisch, kompetenzuell abgegrenzt und strikt regelgebunden.⁵² Sie folgt dabei einer Top-down-Organisation und jede Handlung

47 Vgl. Ladeur, *Serial Law*, S. 299.

48 Vgl. ebd., S. 307f.

49 Vgl. ebd., S. 305; »It is important to regard the volatility of the process that is to be regulated not only as a problem but also as a potential for a flexible smart regulation«.

50 Vgl. ebd., S. 304.

51 Vgl. ebd., S. 312.

52 Vgl. Bogumil, Jörg und Werner Jann: *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland. Eine Einführung*. 3. Auflage, Wiesbaden: Springer Fachmedien 2020, S. 279.

basiert auf der Autorisierung einer höheren Instanz im Modus des Delegierens. Diese Denkweise öffentlicher Institutionen kritisiert Ladeur bereits in der Einleitung seines Textes, wenn er schreibt:

The hierarchical, top-down perspective on law is still the dominant one [...]: this principle finds its repercussion in public law in the doctrine of the ›delegation‹ of rule-making power by parliament to administrative agencies [...] One should go one step further and abandon the delegation doctrine for the practice of decision making in conditions of complexity (i.e. control *ex ante* should be superseded by a new control project, control *ex post*). One could openly accept the law-making power of administration and/or of private organisations (i.e. ›serial law‹ that is generated from a ›series‹ of experimental search processes in conditions of uncertainty).⁵³

Diese Neuausrichtung des Selbstverständnisses öffentlicher Institutionen im Spiegel der Hybridisierung von Öffentlichem und Privatem erfasst nicht nur die Exekutive (z. B. Agencies, Ministerien und Sonderbeauftragte), sondern auch die Legislative und Judikative. So könnte in den seriellen Verfahren nicht nur die Kodifikation der Normen durch einen Gesetzgeber obsolet werden, sondern auch die Rolle der staatlichen Gerichte könnte erheblich an Bedeutung verlieren.⁵⁴ Zwar werden diese nicht gänzlich verschwinden, wie Ladeur an einer anderen Stelle des Textes am Beispiel relationaler Vertragsmodelle erläutert, allerdings verändert sich ihre Funktion grundlegend von einer ehemals hierarchischen staatlichen Gewalt hin zu einem »external support«⁵⁵. Der Fokus der rechtlichen Konfliktlösung liegt dann auf einem »self-adjustment«⁵⁶.

Bei diesem Funktionswandel staatlicher Institutionen von einer hoheitlichen Entscheidungsmacht zu einem kooperativen Akteur geht es dezidiert nicht darum, privaten Akteuren eine im schlimmsten Fall monopolistische Entscheidungsmacht zukommen zu lassen. Nicht nur würde dies der angestrebten heterarchischen Struktur widersprechen, sondern die polyzentrische Einbindung der Akteure zielt nicht auf die Akteure selbst, sondern auf die Verfügbarmachung des sich im Netzwerk befindlichen transsubjektiven Wissens. Die Akteure als solche sind in dieser Hinsicht stets austauschbar. Dementsprechend findet auch keine Machtakkumulation bei individuellen Akteuren statt, sondern die Macht ist immer in den Wissensnetzwerken selbst angesiedelt. Diese Figur referiert erneut auf den poststrukturalistischen Machtbegriff und dessen strategischen Anwendungszusammenhänge in der Netzwerkgesellschaft, wie sie zuvor bereits am Beispiel des Arabischen Frühlings

53 Ladeur, Serial Law, S. 299.

54 Vgl. ebd., S. 304.

55 Ebd., S. 310.

56 Ebd., S. 310.

erörtert wurden. Die Funktion der in das Rechtsverfahren eingebundenen Akteure beruht nicht auf ihrem Status als handelnder Akteur, sondern auf ihrer Rolle als Knotenpunkt im Wissenssystem.

Durch diese Öffnung und Hybridisierung der rechtlichen Verfahren wird auch die auf theoretischer Ebene diskutierte Limitierung des Rechts auf eine rein politisch-juridische Kategorie aufgehoben. (Rechts-)Wissensproduzenten aus den unterschiedlichen gesellschaftlichen Teilbereichen werden so unmittelbar Teil der Prozesse der Rechtsfindung.

c. Modulare Verfahren: Vitale Normativität als Auflösung der Binarität von Rechtssetzung und Rechtsanwendung –
mit einem Exkurs zu »Rechtsstaat und Methodenlehre«

An diese Beobachtungen zu den Verschiebungen auf der Wissens- und Akteursebene des Rechts schließt sich die Frage nach der Funktion und Struktur des rechtlichen Verfahrens an. Grundlage des Verfahrensbegriffs ist die Auflösung der Binarität von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, wie sie im kontinentaleuropäischen Rechtsverständnis grundlegend ist. Im obenstehend noch ausgelassenen zweiten Teil seines Einleitungsabschnitts schreibt Ladeur: »The hierarchical, top-down perspective on law is still the dominant one [...]: this principle finds its repercussion in [...] the assumption that the law is ›applied‹ to cases, but that cases do not make law.«⁵⁷ Ladeur hingegen geht davon aus, dass die praktischen Lebenssachverhalte selbst Recht hervorbringen. Es ist die oben erläuterte theoretische Figur, dass ein zu regelnder Gegenstand die Wissensstrukturen seiner eigenen Regulierung enthält. Techniken, Wissensbestände und Praktiken als die drei Komponenten der Subjektivität generieren somit selbst eine vitale Normativität. Diese vitale Normativität im Feld des Rechts hervorzubringen, ist die zentrale Funktion des Rechtsverfahrens im seriellen Recht. Dieses fokussiert sich dann auf »modulare Verfahrensnormen«⁵⁸, die der Generierung neuen Wissens dienen, das eine ex-post-Evaluation ermöglicht.⁵⁹ Das am konstituierenden »technischen Wissen« ausgerichtete Rechtsverfahren generiert auf diese Weise als modulare Verfahrenstechnik aus seinem Gegenstand selbst das (Rechts-)Wissen, das für dessen Entscheidung ex post erforderlich ist. Wissensgenerierung ist dabei keinesfalls als die Erschließung des Sachverhalts durch das Gericht misszuverstehen, sondern betrifft die Ebene der Rechtsnormen selbst. Durch diese Verschmelzung von Lebenssachverhalt und Rechtsnorm, die sich vor dem Hintergrund des Konzepts der vitalen Normativität deuten lässt,

57 Ebd., S. 299.

58 Vgl. ebd., S. 310.

59 Vgl. ebd., S. 304.

werden eine Reihe klassischer Axiome kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens verworfen, die ihrerseits alle auf der möglichst scharfen Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung beruhen. Dies sind 1) die Gewaltenteilung, 2) die Rechtssicherheit (beide in der deutschen Verfassungsordnung Teil des Rechtsstaatsprinzips), 3) die Methode der Subsumtion und 4) der Systemgedanke des Rechts (letztere beide als fundamentale Prinzipien der juristischen Methodenlehre).

Beginnend mit der Gewaltenteilung soll an dieser Stelle keine umfassende neue Staatsarchitektur entworfen werden. Dies würde zu weit führen und auch den spezifischen Fokus dieses Unterkapitels, die Ebene der Verfahren im seriellen Recht, aus dem Blick verlieren. Das Problem der Gewaltenteilung wird daher im Folgenden an einem spezifischen Problemfeld der juristischen Methodenlehre des demokratischen Rechtsstaates entwickelt, und zwar dem sogenannten »Richterrecht«⁶⁰. Bei der Diskussion des »Richterrechts« geht es um die Frage, in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen die rechtsprechende Gewalt (Judikative) eine rechtssetzende Funktion (Legislative) ausüben darf. In der parlamentarischen Demokratie der Bundesrepublik stellt dies ein Problem dar, da dem Parlament ein »Legitimationsmonopol«⁶¹ zukommt; es ist auf Bundesebene das einzige vom Volk direkt gewählte Organ, woraus folgt, dass sich die Legitimation aller anderen Organe aus seiner Legitimation ableiten muss.⁶² Dem Parlament kommt dabei eine Schlüsselrolle bei der Gesetzgebung zu. Wenn nun die Judikative rechtssetzende Funktionen übernimmt, dann verstößt dies gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung: Einzelne Richter mit geringer demokratischer Legitimation erheben sich über das unmittelbar vom Volk gewählte Parlament. Die Diskussion über das »Richterrecht« zeigt auf, wie die Theorie der Gewaltenteilung auf eine strenge Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung baut: Die Legislative ist zur Rechtssetzung befugt und die Judikative zur Rechtsanwendung. Das Gerichtsverfahren wird demnach auf den Rahmen der möglichst reinen *Anwendung* des Rechts beschränkt. Die modularen Verfahren des seriellen Rechts, die selbst Rechtswissen hervorbringen, widersprechen dem, indem sie Rechtssetzung und Rechtsanwendung vermischen. Damit stellen sie Teile des Grundsatzes der Gewaltenteilung in Frage.

60 In der klassischen juristischen Methodenlehre wird das Phänomen des Richterrechts neben der Frage nach der Gesetzesbindung und dem Verhältnis von Gesetzgeber und Richter vor allem im Hinblick auf das Problem der richterlichen Rechtsfortbildung diskutiert.

61 Vgl. Rudzio, Wolfgang: *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland*. 10. Auflage, Wiesbaden: Springer VS 2019, S. 33f.

62 Vgl. hierzu das Konzept der Legitimationskette bei Böckenförde, Ernst-Wolfgang: »§ 24 Demokratie als Verfassungsprinzip«, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hg.): *Handbuch des Staatsrechts. Bd. 2. Verfassungsstaat*. 3. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller 2004, S. 429–496, Rn. 16.

Vom Standpunkt der klassischen juristischen Methodenlehre würde man dann Ladeurs Vermischung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung im rechtlichen Verfahren den Vorwurf eines »Richterstaates«⁶³ machen. Weiter gefehlt könnte ein solcher Vorwurf allerdings kaum sein, da er die neue Medialität des seriellen Rechts vollständig ignoriert. Im Vorwurf des Richterstaates steckt die Idee, dass die Richter sich ohne entsprechende Legitimation einer politischen Gewalt bemächtigen, die sich in der Rechtssetzung als primärer Form staatlichen Handelns ausdrückt. Dass dies auf die Verfahren des seriellen Rechts nicht zutrifft, zeigen die folgenden drei Punkte.

Erstens, den Richter als solchen gibt es nicht mehr. Bereits in Abschnitt b. wurde die veränderte Funktion staatlicher Gerichte besprochen. Der Richter ist dabei nicht mehr als hierarchisches Zentralsubjekt mit einer über alle anderen Akteure erhabenen Entscheidungsmacht zu verstehen, sondern als ein funktionaler Akteur des »external support«. Da der Richter keine Zentralstellung im Verfahren mehr einnimmt, gibt es auch keine Macht, derer er sich unerlaubt bemächtigen könnte.

Zweitens, die modularen Verfahren des seriellen Rechts als solche sind – weitgehend – entpersonalisiert. Sie entziehen sich damit einer Deutung des politischen Machtkampfes. Ladeur denkt hier zum Beispiel an sich selbst flexibel regulierende Technologien der Selbstbeobachtung wie das »Internet der Dinge«⁶⁴, die relationalen Verträge⁶⁵ oder sich in Echtzeit entwickelndes Kontextrecht⁶⁶. Weitere Beispiele ergeben sich aus den Medien der Computerkultur wie dem Hypertext.⁶⁷

63 In der deutschen rechtsmethodischen Debatte gewann die Auseinandersetzung über den »Richterstaat« insbesondere 2006/07 größere Aufmerksamkeit im Rahmen einer zunächst vornehmlich von Bernd Rüthers, Günter Hirsch und Christoph Möllers geführten Kontroverse, vgl. exemplarisch Hirsch, Günther: »Auf dem Weg zum Richterstaat? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit«, in: *Juristen Zeitung* 2007 (Bd. 62, Nr. 18), S. 853–858; und Möllers, Christoph: »Erwiderung auf Günther Hirsch JZ 2007, 853«, in: *Juristen Zeitung* 2008 (Bd. 63, Nr. 4), S. 188–189. Konkretisiert über das Phänomen der richterlichen Rechtsfortbildung werden hier vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bindung der Judikative an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) die Probleme der Methodenwahl und des Umgangs mit »Lücken« im positiven Recht diskutiert. Im Kern geht es dabei dennoch stets um die Frage nach der sauberen Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, wie sich auch an der von Hirsch eingeführten Analogie von Komponist und Pianist für Gesetzgeber und Richter zeigt.

64 Vgl. Ladeur, *Serial Law*, S. 306.

65 Vgl. ebd., S. 310.

66 Vgl. ebd., S. 315.

67 Vgl. Vesting, Thomas: *Rechtstheorie*. 2. Auflage, München: C. H. Beck 2015, Rn. 296f.

Drittens, das Rechtsverständnis des seriellen Rechts ist ein komplett anderes als das der Theorie des demokratischen Rechtsstaates. Recht wird hier nicht mehr als das primäre Medium staatlichen Handelns verstanden, sondern als ein flexibles Medium der Handlungskoordination. Nicht nur wird das Recht somit nicht mehr vom Staat aus gedacht, sondern seine Setzung und Anwendung ist auch kein politisch-institutioneller Akt mehr im Sinne eines *polity*- bzw. *politics*-Begriffs.

Das zweite Problemfeld ist das der Rechtssicherheit. Im demokratischen Rechtsstaat gilt das Gebot der Rechtssicherheit für den Normadressaten. Er muss vor seiner Handlung wissen können, ob diese rechtens ist oder nicht. Dies impliziert, dass die gerichtliche Entscheidung sich aus den zuvor geschriebenen Rechtsnormen ergeben muss. Methodisch betrifft dies das später zu erläuternde Subsumtionsparadigma und rechtsstaatlich beinhaltet es auch die in der Gewaltenteilung vorgesehene Bindung der Judikative an »Recht und Gesetz« (Art. 20 III GG). Aufgrund dieser Scharnierstellung lässt sich dieses Problemfeld hier vergleichsweise kurz behandeln, da die meisten zentralen Argumente sich aus dem vorstehenden und dem folgenden Abschnitt ergeben.

Vergegenwärtigt man sich das Anwendungsfeld, in dem Ladeur seine Theorie des seriellen Rechts situiert, so wird schnell klar, warum dem Begriff der Rechtssicherheit keine gesteigerte Bedeutung beigemessen wird. Ladeur betrachtet mit der Entwicklung von Hochtechnologie ausschließlich ein Feld, für das evolvierende Komplexität und Ungewissheit konstitutive Bedingungen darstellen. Unter solchen Bedingungen kann es keine vorab Erwartungsstabilität im Sinne einer Rechtssicherheit geben, ohne die kreativen Potentiale des Entwicklungsprozesses selbst zu gefährden. Jegliche Sicherheit durch Vorschrift wäre hier künstlich und verfehlt. Gleichzeitig ist ebenso klar, dass solche Entwicklungsprozesse nicht unreguliert bleiben können. Dies führt zur ex-post-Evaluation. Ladeur schreibt:

regulation *ex ante* can easily fail under conditions of complexity;⁶⁸ the decreasing relevance of stable norms [...] should lead to a focus on procedural norms which are designed with regard to the generation of new knowledge that will be useful for the evaluation *ex post*⁶⁹

Serielles Recht ist also nicht mehr darauf ausgelegt, durch Präskription ex ante stabile Normen zu erzeugen, sondern sich auf Verfahren der (Rechts-)Wissensgenerierung zu stützen, die Wissen hervorbringen, mit dessen Hilfe eine ex-post-Evaluierung möglich ist. Das modulare Verfahren erfasst die Eigenschaften seines komplexen Gegenstandes und generiert aus ihnen die Normen seiner eigenen Regulierung, die wiederum seine Evaluation ex post ermöglichen. Eine Rechtssicherheit kann es in einem solchen Verfahren, in dem das Normativitätswissen erst im

68 Ladeur, Serial Law, S. 305.

69 Ebd., S. 304.

Verfahren selbst gewonnen wird, nicht geben. Sie wäre aber auch nicht wünschenswert, da sie die fundamentale Eigenschaft ihres Regelungsgegenstandes, und zwar dessen Nicht-Linearität und Kontingenz, völlig außer Acht ließe.⁷⁰

Die Kritik am Ideal der Rechtssicherheit ist hier somit eine leicht andere als noch in den Kapiteln §§ 2 und 3, wo vor allem die Konzeption des Normadressaten als einem in gesellschaftliche Wissensbestände verwobenen Subjekt der Ausgangspunkt der Kritik war. Vorliegend liegt der Akzent hingegen auf der kontingenten Komplexität der Wissensstrukturen selbst und nicht mehr schwerpunktmäßig auf dem Subjekt.

Als drittes Problemfeld in Bezug auf die Auflösung der Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung ergibt sich die Methode der Subsumtion. Dieses Problemfeld bildet gleichzeitig den Übergang von den im Kern rechtsstaatlichen Kritikpunkten hin zu den stärker an der juristischen Methodenlehre orientierten Kritiken. Die Kritik an der Subsumtion vom Standpunkt einer an der vitalen Normativität ausgerichteten Rechtstheorie wurde bereits in § 3 II. formuliert und stellt sich hier nicht sonderlich anders dar. Der Rechtsbegriff der Subsumtion ist der der statischen Präskription. Die Lösung eines Falls ist immer schon in der Rechtsnorm enthalten und wird durch die Subsumtion des Lebenssachverhalts unter sie extrahiert. Der Lebenssachverhalt wird damit bedingungslos der Rechtsnorm untergeordnet. Dass sich aus dem Lebenssachverhalt im Sinne einer vitalen Normativität selbst Rechtswissen ergeben kann, ist im Subsumtionsmodell nicht vorgesehen. Die Rechtsnorm ist eine starre Vorschrift, die sich aus dem autonomen Willen des souveränen Gesetzgebers ergibt, und die auf den Fall angewendet wird. Dies kritisiert Ladeur, wenn er, wie oben bereits zitiert, schreibt, dass diese Top-Down-Perspektive hinter sich zu lassen sei und Recht nicht nur als etwas auf Fälle Anzuwendendes zu verstehen sei, sondern auch als etwas, das sich aus Fällen ergeben kann.⁷¹ Er kehrt damit den Subsumtionsgedanken um. Es ist die Abwendung vom Begriff der Norm als Präskription und die Hinwendung zur normativen Kraft der Lebensformen, die als solche nur in ihrer Dynamik begriffen werden kann. Darüber hinaus stellt die Rechtsnorm im Subsumtionsmodell das Allgemeine dar, unter das das Spezielle, der Lebenssachverhalt, zu subsumieren sei. Wenn dies allerdings nicht mehr möglich ist, da die Dynamik und Komplexität des Gegenstandes, diesen so singular werden lässt, dass er sich nicht mehr unter ein Allgemeines fassen lässt, bzw. ein Allgemeines für die Reihe der spezifischen Gegenstände nicht mehr auszumachen ist, dann stößt das Subsumtionsmodell unweigerlich an seine Grenze und die rechtlichen Verfahren müssen sich polyzentrisch an den spezifischen Feldern selbst bottom-up ausrichten.

⁷⁰ Vgl. ebd., S. 305.

⁷¹ Vgl. ebd., S. 299.

Wenn dies der Fall ist, dann ist auch, viertens, die Konzeption des Rechts als ein geschlossenes System hierarchisch geordneter Normen und Begriffe zu verwerfen. Diese an die Begriffsjurisprudenz angelehnte Definition, wie sie allerdings auch heute – zum Teil über Kelsens Sein- und-Sollen-Dualismus und den Stufenbau der Rechtsordnung vermittelt –⁷² im Rechtspositivismus präsent ist, begreift das Recht als etwas Einheitliches und Abstraktes. Dieser Gedanke ist beispielsweise auch in der systematischen Auslegungsmethode präsent, wenn man davon ausgeht, dass Rechtsbegriffe im gesamten Rechtssystem prinzipiell einheitlich zu verwenden sind.⁷³ Das Recht als geschlossenes System hierarchisch geordneter Begriffe muss unweigerlich ein System der abstrakten rationalen Planung sein. Ein solches Recht kann dann gerade nicht das Produkt komplexer, kontingent evolvierender, transsubjektiver Wissensstrukturen sein, wie es das serielle Recht bei Ladeur ist. Die Komponente des Seriellen beschreibt ja gerade dessen Status als in einer Serie von fallspezifischen Entscheidungen entwickelten Rechts. Ladeur schreibt: »One might call the patterns that emerge *ex post* from a practice of cooperation ›serial law‹, because of the preponderance of a ›series‹ of practical ›moves‹ in fluid reality«⁷⁴.

Resümiert man diese Gegenüberstellung des Verfahrensbegriffs des seriellen Rechts, in dem die Binarität von Rechtssetzung und Rechtsanwendung aufgelöst wird, mit den Begriffen des Rechtsstaates und der juristischen Methodenlehre, so deutet gerade deren Inkompatibilität auf Irritationen hin, die letztlich aufzeigen, dass das serielle Recht ein grundlegend anderes Recht ist als das des gegenwärtigen demokratischen Rechtsstaates. Das serielle Recht lässt sich mit dessen traditionellen Begriffen nicht fassen und man verfehlt seinen Kern, wenn man es trotzdem versucht. Vor diesem Hintergrund stellt Ladeur fest, dass ein weiteres Vorantreiben der derzeit im Feld der Hochtechnologie entstehenden neuen Formen des seriellen Rechts eine umfassende Umstellung der Strukturen staatlicher Institutionen erfordert. Die vergleichsweise stabilen staatlichen Institutionen müssen dabei einen experimentellen Modus der Beobachtung von Entwicklungsprozessen *ex post* adaptieren.⁷⁵ Vor dem Hintergrund der Netzwerkgesellschaft und im Kontext

72 Vgl. zur Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung bei Kelsen, ders.: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang. Das Problem der Gerechtigkeit. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, herausgegeben von Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, S. 368ff. [Studienausgabe] bzw. S. 209ff. [Originalausgabe].

73 Vgl. Kudlich, Hans und Ralph Christensen: »Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten«, in: *Juristische Ausbildung* 2004 (Bd. 26, Nr. 1), S. 74–83, S. 76.

74 Ladeur, *Serial Law*, S. 318.

75 Vgl. ebd., S. 316.

eines breiter angelegten staatstheoretischen Rahmens schließt Ladeur seinen Text wie folgt:

The problems of the emerging network society lie much deeper. They call into question the whole logic of the state or stable legal patterns of coordination. The law of the network society has to cope with a much more fundamental transformation of the whole structure of law.⁷⁶

Diese grundlegende Transformation der Struktur und Medialität des Rechts in der postmodernen Wissensgesellschaft zu beschreiben, ist auch das Ansinnen der vorliegenden Arbeit. Dass Ladeurs Konzept des seriellen Rechts dafür ein wichtiger und innovativer Stichwortgeber ist, steht außer Frage. Dass allerdings auch sein Konzept nicht die ultima ratio ist und seinerseits vor dem Hintergrund des ›Recht als Praxis‹-Paradigmas selbst zu Irritationen führt, wird in den nächsten beiden Abschnitten deutlich werden.

d. Serialität und Experimentalität: Poststrukturalistische Rechtssubjekte?

Serialität und Experimentalität sind im Sinne der vorstehenden Erläuterung die zentralen Bezugspunkte der Verfahren des seriellen Rechts. Aus dieser Beobachtung ergibt sich eine diskussionswürdige Parallele zwischen der Konzeption des Rechts und der des Subjekts. Beide konstituieren sich in einer Serie experimenteller Praktiken. Ladeurs serielles Recht entspricht in dieser Hinsicht dem gesuchten Paradigma eines Rechts, das postmoderne Subjektivität und Recht im Hinblick auf die Verfahrensweisen und Strukturen des Rechts synergetisch zusammenführt.

Dieser Bezug zum poststrukturalistischen Subjekt stellt sich bei Ladeur selbst nicht ganz unproblematisch dar. In seinem Buch *Die Textualität des Rechts* entwickelt Ladeur das Paradigma des seriellen Rechts vor dem Hintergrund einer Kritik des Poststrukturalismus. Dabei fällt auf, dass sich Ladeur vor allem auf die poststrukturalistischen Theoretiker bezieht, die eine klassische Kritik des Rechts vorgelegt haben, namentlich Derrida, Agamben, Nancy und Menke, wobei letzterer wohl nur in einem sehr begrenzten Rahmen als Poststrukturalist bezeichnet werden kann.⁷⁷ Foucault und Deleuze hingegen werden lediglich in einigen wenigen, über das Buch verteilten Fußnoten und Anmerkungen erwähnt. Dies unterstreicht den Mehrwert und die Eigenständigkeit der vorliegenden Arbeit, die die Kulturtheorie des Rechts explizit über die Begriffe Foucaults und Deleuze' entwickelt und daran anschließend zeigt, wie diese mit den Konzepten der Netzwerkgesellschaft interagiert. Ein Grund

⁷⁶ Ebd., S. 319.

⁷⁷ Vgl. Ladeur, *Textualität des Rechts*, S. 39ff.

für die Vernachlässigung Foucaults (und auch Deleuze') in Ladeurs Text ergibt sich aus den verstreuten Anmerkungen zu Foucault. So liest Ladeur diesen gerade nicht als einen – pathetisch ausgedrückt – ›Philosophen der Freiheit‹, sondern wirft ihn – gleich zusammen mit Deleuze – mit den deutschen Kulturtechnikforschern wie Bernhard Siegert und Cornelia Vismann in einen Topf.⁷⁸ Ladeurs Foucaultlektüre bzw. die Versatzstücke, die davon in seinem Text erkennbar sind, verharren zu sehr in der Foucault'schen Machtanalytik und beziehen den entscheidenden Paradigmenwechsel zur auf die Einführung der Freiheitsachse in den Macht-Wissen-Komplex folgenden Entwicklung der Ästhetik der Existenz und der Technologien des Selbst zu wenig ein. Dies wird auch dort deutlich, wo Ladeur sich über Menke vermittelt auf die Unterscheidung Foucaults zwischen Disziplin und Ästhetik der Existenz bezieht.⁷⁹ Wo die ästhetisch-existentielle Praxis in der vorliegenden Arbeit als Grundlage des Lebensformbegriffs und der transsubjektiven Wissensproduktion interpretiert wurde, begreift Ladeur sie lediglich als eine ›Verkürzung‹ derselben.⁸⁰ Ladeur betrachtet die Ästhetik der Existenz als eine Philosophie, in der »das autonome Subjekt als Bezugsgröße vorausgesetzt«⁸¹ wird. Das passt für ihn nicht zum »Prozess der Erzeugung von Möglichkeiten, des unpersönlichen kollektiven Wissens«, in dem das Subjekt eher »randständig«⁸² geworden sei. Diese Kritik operiert jedoch mit einem falschen Autonomiebegriff. Die Ästhetik der Existenz meint gerade keine Rückkehr zum autonomen Subjekt der Aufklärung, sondern beschreibt ein Subjekt, das bereits a priori in netzwerkartige Macht-, Wissens- und Handlungsstrukturen eingebunden ist, von denen es sich im Akt der Praxis emanzipiert und diese so transformiert. Dass diese Transformation eine Wirkung hat, liegt in den das Subjekt umgebenden transsubjektiven Prozessen begründet, dass es diese Transformation aber überhaupt gibt, findet seinen Ausgangspunkt durchaus im Subjekt.

Der vorgelegte Entwurf hält damit ein Stück weit mehr am Konzept des Subjekts fest, als Ladeur es selbst tut. Es ist dann gerade die

78 Vgl. ebd., S. 108f. bzw. Fn. 438; Ladeur bezieht sich hier vornehmlich auf die Unterrepräsentation einer (ermächtigend gedachten) medientechnologischen Ebene bei Foucault, wie es als Kritik bzw. Erweiterung auch in § 3 dieser Arbeit formuliert wurde. Dass Ladeur Foucault und die Kulturtechnikforschung in dieser Weise gleichsetzt, deutet allerdings auf eine bei Ladeur ausbleibende Reflexion der Rolle der Freiheit und der experimentellen Selbstermächtigung im Werk Foucaults hin.

79 Vgl. Ladeur, *Textualität des Rechts*, S. 182f.; auch die vorliegende Arbeit verdankt diese Interpretation des Foucault'schen Praxisbegriffs dem zitierten Text von Christoph Menke.

80 Vgl. Ladeur, *Textualität des Rechts*, S. 183.

81 Ebd., S. 183.

82 Ebd., S. 183.

Überzeugung, dass die Verbindung vom auf das Subjekt gerichteten Netzwerkdenken Foucaults mit der Theorie der Netzwerkgesellschaft, wie sie Ladeur vorgelegt hat, eine erhellende Verbindung von Kulturtheorie des Rechts und der Idee der liberalen Transformation – für die es das seine Freiheitsräume nutzende Subjekt braucht! – eröffnet. Eine Überfokussierung auf die Transsubjektivität des Netzwerks zu Lasten der praktischen Selbstermächtigung des Subjekts ließe die Netzwerke sonst gefährlich in die Nähe der Dispositive (Foucault) rücken, was in letzter Konsequenz erneut zur Überdetermination des Subjekts führen würde, die dessen praktische Freiheit negiert. Insofern ist auch Ladeurs Auffassung zurückzuweisen, dass »es Subjektivität immer nur in transsubjektiven Kontexten gegeben [hat], die in unterschiedlichen Teilsystemen der Kultur aggregiert werden.«⁸³ Die ästhetisch-existentielle Selbsttransformation des Subjekts im Freiheit erzeugenden Akt der experimentellen Praxis bleibt als Knotenpunkt auch in einer Theorie des Wissens als Netzwerk der Ausgangspunkt der transformativen Subjektivität.

Indem diese Subjektivität in einer Serie experimenteller Praktiken generiert wird und dies ebenfalls auf die Konstitution des seriellen Rechts zutrifft, ergibt sich die Beobachtung eines poststrukturalistischen Subjekts im Feld des seriellen Rechts. Das Subjekt konstituiert sich in einer Serie selbsttransformativer Akte, die im experimentellen Umgang mit den es umgebenden Strukturen und Techniken bestehen.

e. Kritische Reflexion: Der Verlust des Subjekts der praktischen Selbstermächtigung und das Problem der Generalisierung

Ladeurs Konzept des seriellen Rechts stellt sich zweifelsohne als Pionierleistung dar. So gelingt es ihm, die kulturtheoretische Kritik am kontinentaleuropäischen Rechtsdenken in einen konkreten juristischen Gegenentwurf zu übersetzen. Er stellt dabei konkrete Ansätze heraus, die die das Recht konstitutiv bedingenden außerjuristischen Wissensbestände auf produktive Weise in die Strukturen und Verfahren des Rechts integrieren, wodurch das Recht seinen Status als normative, auf Handlungen bezogene Wissensordnung in jeder seiner Operationen reflektiert. Auf der Akteursebene wird die hierarchische Top-Down-Struktur aufgegeben, die Formen bürokratischer Herrschaft werden hinter sich gelassen, und das Verfahren baut auf ein Netzwerk rechtswissenserzeugender Akteure. Schließlich dient das modulare Verfahren selbst der Generierung einer vitalen Normativität als Rechtswissensbestand. Es löst die Trennung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung auf und erkennt die normative Kraft der dynamischen Lebensformen an. Die vitale

83 Ebd., S. 13.

Normativität wird somit zum Ausgangspunkt des Rechtsdenkens und traditionelle rechtsmethodische Denkmuster wie das der Subsumtion oder das des Systemdenkens, die auf eine zeitliche Strukturierung, Stabilität und Sicherheit in Form der Präskription setzen, werden überwunden. Dies geschieht nicht zuletzt über einen Medienwechsel, der die Netzwerkmedien im Feld des Rechts einsetzt. Zudem kann eine über die Prinzipien der Serialität und Experimentalität konstruierte Verschaltung von Subjekt und Recht im Feld des seriellen Rechts beobachtet werden. Diese vier Punkte sind der Mehrwert von Ladeurs Konzept des seriellen Rechts, die auch für die Theorie des ›Rechts als Praxis‹ nicht in Frage gestellt werden.

Was allerdings der Kritik bedarf, ist einerseits das, was als »Verlust des Subjekts der praktischen Selbstermächtigung« bezeichnet werden könnte, und andererseits das Problem der Unmöglichkeit der Generalisierung. Beginnend mit dem Verlust des praktischen Subjekts wurde bereits im vorherigen Abschnitt erläutert, inwiefern die Konzeption der Subjektivität als ausschließlich transsubjektive Kategorie, die in der experimentellen Praxis bestehende Selbstermächtigung des Subjekts vernachlässigt. In § 2 III.2.c. und d. wurde gezeigt, wie sich dieses ästhetisch-existentielle Subjekt in die Netzwerkstrukturen eingliedert und in § 3 I. wurde gezeigt, wie es mit Medientechnologien interagiert und diese zum Ausgangspunkt von Prozessen der Selbstermächtigung im Netzwerk macht. All dies führt zu einer an der Lebensphilosophie orientierten Medialität des Rechts in § 3 II.. Die Annahme eines ästhetisch-existentiellen Subjekts in der Netzwerkgesellschaft ist demnach durchaus plausibel und Ladeurs Überlegungen zum seriellen Recht müssen vor diesem Hintergrund gelesen werden – ganz so, wie es obenstehend getan wurde. Andernfalls läuft man Gefahr, die Netzwerke zu den überdeterminierenden Strukturen werden zu lassen, die den Dispositiven gleichen, und das Subjekt in eine disziplinäre Passivität zu versetzen. Mit seinem Begriff des »praktischen Registers«⁸⁴ versucht Ladeur zwar eine Art transsubjektive Selbstermächtigung zu denken, die gerade nichts Disziplinäres hat, allerdings negiert dies trotzdem die »praktische Freiheit« des Subjekts, die für das Denken einer liberalen Transformation grundlegend bleibt.

Ein zweites Problem betrifft die Generalisierung. Es bleibt die Frage, ob das Paradigma des seriellen Rechts für alle Rechtsgebiete gleichermaßen innovativ ist. Ladeur könnte hier ein Opfer seiner eigenen epistemologischen Prämisse, der Unmöglichkeit der Generalisierung des Speziellen, geworden sein. Ladeur beobachtet die Formen des seriellen Rechts in einem äußerst spezifischen Anwendungsfeld und zwar der Entwicklung von Hochtechnologie unter den Bedingungen des ›Global Administrative Law‹ im Zeitalter der Internetkommunikation. Dabei betont er

84 Ebd., S. 179ff.

mehrfach, dass die Eigenschaft der Technologien »data driven«⁸⁵ zu sein, entscheidend ist. Erst daraus ergibt sich das konkrete Problem für klassische rechtliche Regulierungsstrategien, das sie an ihr Ende kommen lässt, und genauso sind die modularen Verfahren des seriellen Rechts auf diese gigantischen, fluiden Datenmengen als Input angewiesen, um das Rechtswissen ex post zu generieren. Das rechtliche Anwendungsfeld des seriellen Rechts ist damit möglicherweise so speziell, dass seine Strukturen nicht zu einer allgemeinen Zukunft für das Recht als Ganzes verallgemeinerbar sind. Es ist dann ein spezifischer Bereich, für den diese Form des Rechts gewinnbringend ist, während andere spezifische Bereiche des Rechts anderen Modellen folgen. Insofern ist nicht nur das im Titel »The Future of Law – »Serial Law«?« stehende Fragezeichen ernst zu nehmen, sondern auch noch einmal auf Ladeurs Vermerk zum Mehrebenenmodell zu verweisen. Ladeur selbst leugnet dabei gar nicht die Möglichkeit, andere Rechtsgebiete mit anderen Rechtsmodellen zu regeln. Dass das serielle Recht gerade aufgrund seiner in Abschnitt c. herausgearbeiteten fundamentalen Andersartigkeit dennoch ein wichtiger Stichwortgeber für strukturelle Veränderungen im Feld des Rechts ist, muss dabei genauso klar sein.

Diese beiden Kritiken zum Anlass nehmend, und gleichzeitig das hohe Innovationspotential der Theorie in Rechnung stellend, wird im Folgenden der Fokus noch einmal auf das spezifische Anwendungsbeispiel, und zwar die Entwicklung der Hochtechnologie, verlagert. Dabei wird das praktische Subjekt der experimentellen Freiheit ins Zentrum gestellt und gezeigt, wie sich Ladeurs Theorie vor diesem Hintergrund darstellt. Diese »Korrektivfunktion« wird für den Rest des Kapitels vorgenommen und rekonstruiert noch einmal abschließend die Idee der liberalen Transformation in der Kulturtheorie des Rechts.

2. Hochtechnologie

Die Entwicklung neuer Technologien ist ein Feld, in dem sich dieses neue ex-post-Paradigma besonders gut beobachten lässt. Derartige Entwicklungsprozesse sind offen und kontingent und erfordern daher notwendigerweise eine experimentelle Vorgehensweise (vgl. u.a. das Beispiel der Code-Entwicklung in Kap. § 3 I.1.a). Ladeur bezeichnet sie in diesem Sinne ebenso wie Krajewski als Prozesse, »in which no linear trajectory can be identified«⁸⁶. Wenn die Hervorbringung der radikalen Umwälzungen durch technologische Innovation das Resultat »riskanten Denkens« (Gumbrecht, Kap. § 3 I.1.c) ist und dieses sich gerade als eine

85 Ladeur, *Serial Law*, S. 304.

86 Ebd., S. 305.

»Alternative zur Alltagsvernunft« versteht, dann kann die Antwort des Rechts unmöglich die ex-ante-Regulierung dieses Prozesses mithilfe eben jener Alltagsvernunft, das heißt den konventionellen Wissensbeständen, sein. Viel eher braucht es rechtliche Strukturen, die der Offenheit des Prozesses Rechnung tragen. Dies ist ein Umstand, den die beteiligten Akteure selbst längst verstanden zu haben scheinen, was zur Herausbildung neuer Vertragstypen geführt hat, die Verantwortungszuweisungen und Gewinnbeteiligungen im Laufe des Prozesses erfassen und anschließend, das heißt ex post, flexibel anpassen.⁸⁷ Einerseits haben hier private, das heißt nicht-staatliche, Akteure – man könnte sagen im Rahmen der Privatautonomie – effizientere Normativitätsregime herausgebildet als die, die die ihnen der Staat zur Verfügung stellt, was zum einen die Selbstorganisationsfähigkeit unterstreicht und zum anderen aufzeigt, dass das Verständnis komplexer Prozesse in einer global vernetzten Gesellschaft dem Gesetzgeber gar nicht in Gänze bewusst sein kann, was in dieser Hinsicht auch Hayeks epistemologische Kritik der Gesetzgebung bestärkt. Andererseits zeigt das Beispiel, wie es gelingen kann, dass das staatliche Recht einen Rahmen für die Normsetzung privater Akteure schafft, und sich so die Rechtsordnung als die von Hayek postulierte Mischform von *thesis* und *nomos* darstellt. Zu dieser Mischform gehört selbstverständlich auch, dass das Verhältnis zwischen staatlicher Regulierung und privater, freier Selbstorganisation für jedes Rechtsgebiet individuell auszuloten ist. Dieser Umstand ist zumindest dem deutschen Recht auch nicht grundsätzlich fremd – gedacht sei an den oben bereits erwähnten Grundsatz der Privatautonomie als Fundament des Zivilrechts – doch seine konkrete Ausgestaltung befindet sich gegenwärtig in einer Krise. Die Emergenz globaler, netzwerkartiger Komplexität, die sich immer wieder auch in Krisen manifestiert, lässt das in der kontinentaleuropäischen, rechtspositivistischen Tradition stehende deutsche Recht an eine Grenze stoßen. Die normative Alternative dazu ist ein Recht, das erkennt, dass seine Subjektivität in kulturellen Freiheitspraktiken gründet, und diese normativ zu seinem Ausgangspunkt macht.

III. Freiheitspraktiken

Freiheitspraktiken sind das Fundament der liberalen Gesellschaft. Einerseits gestalten sie das gesellschaftliche Leben, indem sie es in kulturellen Prozessen der Selbstorganisation instituieren, andererseits ist es die Kernaufgabe eines liberalen Staates, diese Freiheitspraktiken und respektive die Prozesse der Selbstorganisation durch den Schutz einer privaten Freiheitssphäre zu ermöglichen. Im Laufe der Arbeit wurden dazu

87 Vgl. Vesting, Gentleman, Manager, Homo Digitalis, S. 197ff.

einige zentrale Argumente skizziert. So wurde im Kontext von Foucaults ›liberaler Wende‹ (Sarasin) die Freiheitssphäre als Raum der Transformation beschrieben, in dem sich das Subjekt der Regierung durch die Dispositive entzieht und im Wege ästhetisch-existentieller Praxis neue Subjektivitäten hervorbringt (Kap. § 2 III.2.). Freiheitspraktiken und Potentialität sind somit in ihrem Wesen eng verknüpft. So bildet jenes alternative Denken, das sich den dispositiven Konstellationen der »Alltagsvernunft« widersetzt, laut Gumbrecht die Grundlage für die allumfassenden Veränderungen des alltäglichen Lebens, wie sie gegenwärtig insbesondere durch die Entwicklung neuer Technologien entsteht (Kap. § 3 I.1.c). Dabei ist es gerade die Freiheit, die es erlaubt, dass sich die Kontingenz und Offenheit von Prozessen entfaltet, welche wiederum erforderlich ist, um das größtmögliche Transformationspotential zu mobilisieren. Am Beispiel der Software-Entwicklung wurde dabei gezeigt, wie Kontingenz und Offenheit zur dezentralen Wissensproduktion führen (Kap. § 3 I.2.c). Insbesondere in Krisensituationen mobilisiert sich dieses Potential: Krisen bedeuten die Infragestellung hergebrachten Wissens und etablierter Praktiken. Sie zeigen damit ebenso in die Vergangenheit wie in die Zukunft, indem sie ein Moment der spürbaren Kontingenz in der Gegenwart entfachen: Tradiertes wird zur Disposition gestellt, und was in Zukunft an dessen Stelle tritt, entscheidet sich in der Auseinandersetzung in der Gegenwart. Krisen vergegenwärtigen somit nicht nur Kontingenz, sondern ihre naturgemäße Offenheit formuliert eine konkrete Herausforderung und mobilisiert so das praktische Tätigwerden der Subjekte. In diesem Sinne wurde zuvor bereits von ›Problemlösungskontexten‹ gesprochen (Kap. § 3 I.3.c). Auf der Grundlage der Erkenntnis des Erreichens der Grenzen des gegenwärtigen Wissens- und Praxissystems wird die Überwindung dieser Grenzen durch Praktiken der Selbstermächtigung forciert. Mit anderen Worten: Da, wo eine bestehende Ordnung in sich brüchig wird, entsteht im kulturellen Geflecht durch Freiheitspraktiken eine neue. Dies ist das Paradigma der gesellschaftlichen Selbstorganisation und ihrer Verknüpfung mit den inhärenten Produktionsprozessen der Kultur.

Freiheitspraktiken haben darüber hinaus ein besonderes Verhältnis zu Medientechnologien. Auf der einen Seite ist jede (Freiheits-)Praxis auf bestimmte Medientechniken angewiesen, um realisiert zu werden. Auf der anderen Seite bringen Freiheitspraktiken neue Medientechnologien hervor, mit denen Wissens- und Praxisgrenzen überschreitbar werden und ein Moment der Transgression entsteht. Das Zusammenspiel von Freiheitspraktiken und Medientechnik ist in diesem Sinne ein Prozess der Selbstermächtigung des Subjekts (Kap. § 3 I.3.c).

Durch die Erläuterung der bisher skizzierten Anwendungsfelder und Begriffsrelationen von Freiheitspraktiken ist bereits eine Idee davon vermittelt worden, was genau unter dem Begriff zu verstehen ist. In aller

Kürze sind Freiheitspraktiken all jene Praktiken, die unter Einsatz der Freiheit von den bestehenden Wissens- und Praxisbeständen abweichen, und in ihrer experimentellen Abweichung vitalnormative Verschiebungen erzeugen. Dabei ist die Freiheitspraxis jedoch nicht-teleologisch festgelegt und bewirkt die vitalnormative Verschiebung damit nur sekundär als Effekt des subjektiven Willens, der nie ausschließlich rational determiniert ist und sich immer in Auseinandersetzung mit den Mediendispositiven formt, sondern als primär durch die evolvierenden Prozesse.

In dieser Funktion bilden Freiheitspraktiken den Kern der gesellschaftlichen Selbstorganisation und somit auch des *nomos* (Hayek), also des nicht-staatlichen Rechts, das zusammen mit der *thesis* die Rechtsordnung ergibt.

Daraus ergibt sich im Weiteren der Verbund von Freiheitspraktiken und Rechtssubjektivität. Begreift man die im Zuge der gesellschaftlichen Selbstorganisation entstehenden Normbestände, die ihrerseits wiederum in den Freiheitspraktiken verwurzelt sind, als Teil der Rechtsordnung, dann ist die durch die Freiheitspraktiken konstituierte Subjektivität zugleich immer an den Prozessen der Rechtssubjektivitätsbildung beteiligt. Diese bereits am Ende von Kapitel § 3 mit dem Verhältnis von erweitertem Rechtssubjektivitätsbegriff und vitaler Normativität ange deutete These gewinnt hier vor dem Hintergrund der Freiheitspraktiken und der Rolle der gesellschaftlichen Selbstorganisation für das Recht abschließend an Kontur und führt zu der von Thomas Vesting in *Gentleman, Manager, Homo digitalis* ausgeführten These einer Fundierung der Rechtssubjektivität in der Kultur und dabei insbesondere in den Freiheitspraktiken.⁸⁸

Die Freiheitspraktiken sind das aktive Handeln. Sie sind Praktiken des Machens, die von Risiko und versuchter Transgression gekennzeichnet sind. In diesem Sinne geht es nicht um eine ritualisierende, gleichmachende Kultur demokratischer Partizipation, sondern den vom Individuum ausgehenden aktiven Einsatz. Ebenso wenig geht es um direktdemokratische Entwürfe, die nach wie vor dem *demos* und damit dem Souveränitätsdenken und einer verwaltungstechnischen Verfahrensrationalität verpflichtet sind. »Recht als Praxis« bedeutet damit, dass das Recht in den Freiheitspraktiken der Lebensformen verwurzelt ist und nicht das Ergebnis rationalisierender demokratischer Verfahren darstellt.

Diesen Liberalismus stark zu machen, ist die Perspektive des Rechts in der Gegenwart. Als Perspektive *auf* das Recht vermittelt sie ein kulturwissenschaftlich realistischeres Bild von der Transformation der Rechtsnormativität in den postmodernen Wissensgesellschaften und

88 Vesting führt diesen Zusammenhang vor allem für die bürgerliche Kultur des 19. Jahrhunderts aus vgl. Vesting, *Gentleman, Manager, Homo Digitalis*, S. 86ff.

als Perspektive *für* das Recht, mahnt sie, sich weder den rechtspopulistischen Bestrebungen hinzugeben, die individuelle Freiheitssphäre bestimmter Personengruppen auszuhöhlen und so eine illiberale Demokratie zu kreieren,⁸⁹ noch dem Gegennarrativ zu folgen, dass die Perspektive für die Gesellschaften darin bestünde, nur noch mehr egalisierende demokratische Einbeziehung zu fördern. Die Bedrohung der freiheitlichen Grundordnung ist nicht antidemokratisch, sondern antiliberal. Die Antwort kann dementsprechend nur ein neuer Liberalismus sein.

IV. Schnittstellen: Kulturtheorie des Rechts und Liberalismus

Die Darstellung dieser spezifischen Form des Liberalismus als eine Konsequenz der Kulturtheorie des Rechts macht sich damit zusammenfassend an folgenden Punkten fest: 1) Beide betonen den Bedeutungsverlust des Staates in den Prozessen der Genese und Transformation der Rechtsnormativität; 2) das erkennende, rationale Subjekt als Zentrum der Erkenntnis und der rechtlichen Gestaltung seiner Umwelt wird abgelehnt und durch ein in dezentrale Evolutionsprozesse verwobenes, relationales Subjekt der Selbstermächtigung ersetzt; 3) das Potential der Transformation hängt an Freiheitssphären, die als Möglichkeitsräume fungieren; 4) beide Entwürfe rekurrieren auf einen lebensphilosophischen Antirationalismus als Gegenentwurf zur rationalistischen Deliberation.

Auf diese Weise offenbart sich die Idee der liberalen Transformation in der Kulturtheorie des Rechts. Indem das Recht seinen Ausgangspunkt in individuellen Freiheitspraktiken in sich selbst reflektiert, begreift es sich selbst als Teil der Kultur, die ihrem Wesen nach fragmentarisch ist und aus beständigen Prozessen der Selbsttransformation hervorgeht. Erst durch diese Autoreflexivität wird das Recht im Stande sein, die kollektivierenden Kategorien der Herrschaft hinter sich zu lassen. Recht ist dann nicht mehr Ausdruck des herrschaftlichen Willens des Souveräns, das Volk als politischer Urheber der Rechtsordnung im Sinne des

89 Zum Begriff der illiberalen Demokratie vgl. systematisch für die Politikwissenschaft Merkel, Wolfgang et al.: *Defekte Demokratie*. Bd. 1. *Theorie*. Wiesbaden: Springer Fachmedien 2003, S. 261ff. und ideengeschichtlich zur Interpretation als »Tyrannei der Mehrheit« vgl. Tocqueville, Alexis de: *Über die Demokratie in Amerika* (frz. 1835), herausgegeben von Jakob Peter Mayer, Stuttgart: Reclam 1985, S. 145ff. und insbesondere Mill, John Stuart: »Über die Freiheit« (engl. 1859), in: ders.: *Ausgewählte Werke*. Bd. 3. *Freiheit, Fortschritt und die Aufgaben des Staates*. Teilband 1. *Individuum, Moral und Gesellschaft*, herausgegeben von Michael Schefczyk und Christoph Schmidt-Petri, Hamburg: Murmann 2014, S. 303–440, S. 309ff.

unerfüllbaren demokratischen Ideals der Selbstregierung wird hinter sich gelassen und individuelle Freiheit wird nicht mehr nur im Sinne eines grundrechtsorientierten Liberalismus als von der Gemeinschaft Gestiftetes und immer schon a priori kollektivierend mit ihr in Einklang zu Stehendes betrachtet. Und schlussendlich wird so die ›Praxis der Freiheit‹ zum Ausgangspunkt der Genese und Transformation des Rechts.