



Soziologische Jurisprudenz  
Festschrift für Gunther Teubner  
zum 65. Geburtstag







# Soziologische Jurisprudenz

Festschrift für  
GUNTHER TEUBNER  
zum 65. Geburtstag

herausgegeben von

Graf-Peter Calliess · Andreas Fischer-Lescano ·  
Dan Wielsch · Peer Zumbansen



De Gruyter Recht · Berlin





⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.



ISBN 978-3-89949-501-0

*Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

© Copyright 2009 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung  
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages  
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,  
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany  
Datenkonvertierung/Satz: Dörlemann Satz, Lemförde  
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen





Gunther Teubner  
zum 30. April 2009

ANDREAS ABEGG  
CHRISTA ALLERT  
TILMAN ALLERT  
MARC AMSTUTZ  
DIRK BAECKER  
MARIO BARCELLONA  
DIETRICH CLAUD BECKER  
ANNA BECKERS  
PAUL SCHIFF BERMAN  
MICHAEL BLECHER  
ARMIN VON BOGDANDY  
LASHA BREGVADZE  
GERT BRÜGGEMEIER  
HAUKE BRUNKHORST  
SONJA BUCKEL  
GRAF-PETER CALLIESS  
JEAN CLAM  
HUGH COLLINS  
SERGIO DELLAVALLE  
ALBERTO FEBBRAJO  
ANDREAS FISCHER-LESCANO  
OLIVER GERSTENBERG  
CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ  
CHRISTOPH BEAT GRABER  
MALTE-CHRISTIAN GRUBER  
CORDULA HELDT  
ISABELL HENSEL  
MARTIN HERBERG  
CHRISTINE HOHMANN-DENNHARDT  
CHRISTIAN JOERGES  
VAIOS KARAVAS

FATIMA KASTNER  
RAINER MARIA KIESOW  
POUL F. KJAER  
PETER KORTH  
MARTTI KOSKENNIEMI  
KARL-HEINZ LADEUR  
BENJAMIN LAHUSEN  
ANDREAS MAURER  
RODRIGO O. B. MENDES  
CHRISTOPH MENKE  
ANTONIO NEGRI  
MARCELO NEVES  
RICHARD NOBLES  
JOHN PATERSON  
OREN PEREZ  
RICCARDO PRANDINI  
MORITZ RENNER  
JEAN-PHILIPPE ROBÉ  
RALF ROGOWSKI  
FLORIAN RÖDL  
ANNAMARIA RUFINO  
INGER-JOHANNE SAND  
DAVID SCHIFF  
ANTON SCHÜTZ  
ACHILLES SKORDAS  
FABIAN STEINHAEUER  
ALAIN SUPLOT  
THOMAS VESTING  
DAN WIELSCH  
HELMUT WILLKE  
PEER ZUMBANSEN







## Inhalt

Vorwort der Herausgeber . . . . .	XIII
Dank . . . . .	XV

### I. Paradoxien der Gerechtigkeit

MICHAEL BLECHER Reclaiming the Common or On Beginning and End of the (Legal) System . . . . .	3
SONJA BUCKEL Körper und Psyche in der Matrix des Rechts . . . . .	19
JEAN CLAM Emergenz und Emergenzsinn – Ein Denkgang in die Knotung von Kontingenzenz . . . . .	37
ANDREAS FISCHER-LESCANO Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule . . . . .	49
BENJAMIN LAHUSEN UND MORITZ RENNER Gespenster zweiter Ordnung . . . . .	69
CHRISTOPH MENKE Recht und Gewalt . . . . .	83
ANTONIO NEGRI Sovranità, oggi: vecchie frammentazioni, nuove eccedenze . . . . .	97
OREN PEREZ Law as a Strange Loop . . . . .	113
RICCARDO PRANDINI Περί δικαιοσύνης ... Re-vealing (vs Un-veiling) Justice. Riflessioni sull'enigma della giustizia trans-immanente . . . . .	131
ANNAMARIA RUFINO Mediative Law: How to mediate Justice in the global Age . . . . .	149





VIII	Inhalt	
ANTON SCHÜTZ	Sisyphos und das Problem . . . . .	163
ACHILLES SKORDAS	Is there Justice in International Law? . . . . .	179

## II. Jurisprudenz und Gesellschaft

ANDREAS ABEGG	Public-Private Contractual Networks and Third Parties' Rights – The Contracting State as a Challenge for Private Law . . . . .	201
DIETRICH CLAUS BECKER	Paradoxie der Praxis: Klarheit im Klärwerk – Neues zum Hauptverhandlungsprotokoll in Strafsachen . . . . .	215
GERT BRÜGGEMEIER	„Du sollst dir kein Bildnis machen ...“ – Der I. Zivilsenat des BGH und die Paradoxien des Persönlichkeitsrechts . . . . .	231
HUGH COLLINS	Networks and Comparative Sociological Jurisprudence . . . . .	249
CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ	The Emergence of the Corporate Actor as a Requirement for Corporate Criminal Liability . . . . .	261
CHRISTOPH BEAT GRABER	Wanjina and Wunggurr: The Propertisation of Aboriginal Rock Art under Australian Law . . . . .	275
MALTE-CHRISTIAN GRUBER	Lebenswerk . . . . .	299
CORDULA HELDT	Die „kollektive Bindung“ im Entwurf des Schuldverschreibungs- gesetzes – Willensbildung und AGB-Kontrolle in Vertragsnetzwerken . . . . .	315
RAINER MARIA KIESOW	Wo kein Wille, da kein Recht? . . . . .	333





Inhalt IX

PETER KORTH Quasi-vertragliche Expertendritthaftung und „soziologische Jurisprudenz“ . . . . .	343
RICHARD NOBLES AND DAVID SCHIFF Jurisprudence as Self-Description: Natural law and Positivism within the English Legal System . . . . .	359
ALAIN SUPIOT The Territorial Inscription of Laws . . . . .	375
DAN WIELSCH Iustitia mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz	395

**III. Konstitutionalisierung und Steuerung**

CHRISTA ALLERT UND TILMAN ALLERT Das Arkanum der Institution. Die Musikhochschule als Ort der Professionalitätsschulung . . . . .	417
MARIO BARCELLONA L'interventismo europeo e la sovranità del mercato . . . . .	435
HAUKE BRUNKHORST Machbarkeitsillusionen, feierliche Erklärungen und Gesänge – Zum Verhältnis von Evolution und Revolution im Recht . . . . .	447
GRALF-PETER CALLIESS Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht? . . . . .	465
ALBERTO FEBBRAJO The University Institution as an Autopoietic System . . . . .	481
OLIVER GERSTENBERG The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental and Social Rights: Economic Constitutionalism or Deliberative Constitutionalism? . . . . .	493
ISABELL HENSEL Grundrechtskollisionen in der Stiftungsuniversität: Überwältigte Einheit oder organisierte Vielfalt? . . . . .	509
POUL F. KJAER The Under-Complexity of Democracy . . . . .	531





X	Inhalt	
KARL-HEINZ LADEUR	Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – „Verfassungsprivatrecht“ als Kollisionsrecht . . . . .	543
JOHN PATERSON	Reflexive Law: Challenges and Choices . . . . .	559
RALF ROGOWSKI	Reflexive Regulation of Labour and Employment Conflict Resolution . . . . .	573
FABIAN STEINHAEUER	Uneinige Probleme mit reflexivem Recht . . . . .	587
THOMAS VESTING	Politische Verfassung? Der moderne (liberale) Verfassungsbegriff und seine systemtheoretische Rekonstruktion . . . . .	609
PEER ZUMBANSEN	Post-Regulatorisches Recht: Chronik einer angekündigten Karriere	627



#### IV. Transnationalisierung des Rechts



MARC AMSTUTZ UND VAIOS KARAVAS	Weltrecht: Ein Derridasches Monster . . . . .	645
DIRK BAECKER	The Power to Rule the World . . . . .	673
PAUL SCHIFF BERMAN	Gunther Teubner: A Generative Scholar for a Plural World . . . .	687
ARMIN VON BOGDANDY UND SERGIO DELLAVALLE	Die Lex mercatoria der Systemtheorie. Verortung, Rekonstruktion und Kritik aus öffentlichrechtlicher Perspektive . . . . .	695
LASHA BREGVADZE	Legal Transfers in the World Society: Local Law and Social Change from the Autopoietic Perspective . . . . .	717
MARTIN HERBERG	Innenansichten des Weltrechts. Methodologische Überlegungen zur aktuellen Rechtspluralismusdebatte . . . . .	739





Inhalt XI

CHRISTINE HOHMANN-DENNHARDT Wo bleiben die Bürger und ihre Rechte? Globale Rechtswelten und der demokratische Staat . . . . .	753
CHRISTIAN JOERGES UND FLORIAN RÖDL Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II – Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der post-nationalen Konstellation . . . . .	765
FATIMA KASTNER Versöhnung im Atlas? Globale Normen und Vergangenheits- bewältigung im Königreich Marokko . . . . .	779
MARTTI KOSKENNIEMI Legal Fragmentation(s) – An Essay on Fluidity and Form . . . . .	795
ANDREAS MAURER UND ANNA BECKERS Lex Maritima . . . . .	811
RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES A Private Transnational Law to Transnational Legal Regimes? . . .	827
MARCELO NEVES Transversale Rechtsvernetzungen und Asymmetrien der Rechtsformen in der Weltgesellschaft . . . . .	841
JEAN-PHILIPPE ROBÉ Conflicting Sovereignties in the World Wide Web of Contracts – Property Rights and the Globalization of the Power System . . . .	857
INGER-JOHANNE SAND Hybrid Law – Law in a Global Society of Differentiation and Change . . . . .	871
HELMUT WILLKE Das Recht der Weltgesellschaft – Schwarze Ritter, weiße Elefanten und Gunther Teubner . . . . .	887
Autorinnen- und Autorenverzeichnis . . . . .	901
Verzeichnis der Veröffentlichungen von Gunther Teubner . . . . .	905







## Vorwort der Herausgeber

Gunther Teubner ist ein gestandener Festschriftenautor. Seit 1987 hat er sich an einem guten Dutzend Festschriften beteiligt. Seine Premiere in diesem Genre hatte er in „Theorie als Passion“, der Festschrift für Niklas Luhmann, mit einem Stück zur „Episodenverknüpfung“. Schon hier bringt er die Leitperspektive seiner Arbeiten zum Ausdruck: Seine soziologische Jurisprudenz zielt auf die Frage, ob das Recht die gesellschaftlichen Anforderungen nur ad hoc, von Fall zu Fall berücksichtigt oder ob es in der Lage ist, für die Funktionsanforderungen der Weltgesellschaft systematisch rechtseigene Kriterien zu entwickeln.<sup>1</sup> Anders als Luhmann zielt Teubner nicht auf eine soziologische Fremdbeschreibung des Rechts, sondern auf eine soziologisch informierte Jurisprudenz, auf Recht als Gesellschaftstheoriedesign, wie er in der Festschrift für Rudolf Wiethölter, die er gemeinsam mit Christian Joerges herausgegeben hat, formuliert.<sup>2</sup> Mit zielsicherem Gespür vermag Teubner Denkbewegungen im Recht und seinen Nachbarwissenschaften wie etwa der Soziologie, Anthropologie, Ökonomie und Philosophie zu erkennen und den Rechtsdiskurs mit seiner gesellschaftlichen Alterität zu konfrontieren.

Nun gibt Gunther Teubner selbst Anlass zur wissenschaftlichen Episodenverknüpfung. Die Festschrift „Soziologische Jurisprudenz“ stellt sich sowohl im Inhalt als auch in der Form in die Tradition seiner Arbeiten. Die vorliegenden Beiträge lassen sich auf seine Leitperspektive ein, indem sie die Grenzbeziehungen von Recht und Gesellschaft mit je eigenständigen Akzentuierungen reflektieren. Die Wahl des Formats Festschrift erfolgt in gewissem Maße antizyklisch. Die Festschriftenkritik grassiert so inflationär wie die Festschriftenproduktion. Dabei fällt auf, dass die Anti-Festschriften-Liga längst zum Re-entry in die Festschriften-Liga angesetzt und sich als eingeschlossenes Ausgeschlossenes innerhalb der Welt der Festschriften etabliert hat.<sup>3</sup> Festschriftenproduktion ist unter Rechtfertigungsdruck geraten. Im Wissenschaftszusammenhang, so meint die Kritik, sei die Festschrift Ausdruck der Ordinarienuniversität, Abladehalde für Texte, die sonst unvermittelbar sind, ein letzter Abzweig vor dem elektronischen Papierkorb. Post-68 müsse eine neue Form der „Ehrung“, der bescheidenen

<sup>1</sup> *Teubner* Episodenverknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht, in: Baecker u. a. (Hrg.), *Theorie als Passion. Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt 1987, 423ff. (443).

<sup>2</sup> *Teubner* Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges/Teubner (Hrg.), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden 2003, 25ff. (45).

<sup>3</sup> *Lepenes* Der Killervirus oder Ein Mittel gegen Festschriften, in: Kiesow u. a. (Hrg.), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt 2005, 361ff.





Unbescheidenheit gefunden werden. Auch im Wirtschaftssystem gibt es selten Euphorie: Es stellt eher die Ausnahme dar, dass die Verlage von einer Festschriftenidee so begeistert sind wie Herausgeber im Werden.

Doch auch wenn es prohibitive Verkaufs- und Druckkosten für Kosten/Nutzen-Kalkulierer so unattraktiv wie möglich machen, Festschriften herzustellen, mit ihnen Handel zu treiben, sie, ohne mit ihnen Handel zu treiben, einzuführen, auszuführen, abzugeben, zu veräußern, sonst in den Verkehr zu bringen, zu erwerben (vgl. § 3 I BtMG), haben diese Interventionen bislang jede Steuerungswirkung verfehlt. Die Institution Festschrift wankt nicht und verbreitet ihre betörende Wirkung bis heute. Warum? Wozu unterbrechen allein im vorgelegten Band mehr als 60 Autorinnen und Autoren ihr Lebenswerk, um dem Lebenswerk Gunther Teubners Referenz zu erweisen? Warum verzocken Jungakademiker mehrfache Monatsgehälter für Druckkostenzuschüsse? Im Rahmen einer äquivalenzfunktionalistischen Analyse müsste man wohl fragen: Welche Probleme der Weltgesellschaft lösen eigentlich Festschriften? Warum kann sich dieses unwahrscheinliche Publikationsgenre bis heute so großer Beliebtheit, so vieler Schreiberinnen und Herausgeber erfreuen?

Uns scheint: Der Teufel des Festschriftenwesens der Ordinarienuniversität muss mit dem Beelzebub der Festschrift postmoderner Wissenschaft ausgetrieben werden. Dann kann es nicht darum gehen, den Ordinarius als Magnifizenzexzellenzspektabilität zu ehren, sondern nur um die bescheidene Geste, mit der lose Netzwerke der Wissenschaft Zeugnis ihrer epistemischen Wahlverwandtschaft ablegen, in einen interdependenten Denkprozess eintreten und einen Hypertext der Wissenschaftsfreundschaft generieren. Die postmoderne Festschrift verabschiedet den Ordinarius. Sie dechiffriert ihn gerade als große Illusion, Konstruktion, als durch Lichtbild und Signatur aufgestellten Pappkameraden. Die polykontexturale Gesellschaft, so kann man in Anspielung an eine Formulierung Gunther Teubners sagen, erlaubt es nicht, eine Festschrift vom Menschen her zu denken. Gunther Teubner ist ein Personenkonstrukt, eine Collage von Diskursen. Er ist homo iuridicus, homo oeconomicus, homo politicus, homo oecologicus, homo sociologicus, homo religiosus, homo psychologicus etc. Die Autorinnen und Autoren des vorliegenden Bandes konstruieren und ehren alle ihren eigenen Gunther Teubner. Aber wer kennt schon Gunther Teubner?<sup>4</sup>

Bremen, Köln & Toronto zum 30. April 2009

*Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano,  
Dan Wielsch & Peer Zumbansen*

<sup>4</sup> Vgl. Luhmann, Wer kennt Wil Martens? Eine Anmerkung zum Problem der Emergenz sozialer Systeme, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 44 (1992), 139ff.





## Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule

ANDREAS FISCHER-LESCANO

„Systemkritik im Sinne Adornos ist aber nur möglich,  
wenn man einen Begriff von sozialen Systemen hat.“<sup>1</sup>

Es gehört zu den gängigen Annahmen, dass es so etwas wie eine „Kritische Systemtheorie“ nicht gibt. Systemtheorie sei nicht kritisch-emanzipativ, sondern als rein deskriptive Beobachtungsform die „Hochform eines technokratischen Bewusstseins“, eine „Apologie des Bestehenden um seiner Bestandhaltung willen“. So hat Jürgen Habermas in der Debatte<sup>2</sup> mit Niklas Luhmann formuliert<sup>3</sup> und diese Charakterisierung hat die kritische Theorie in normativer Hinsicht lange Zeit gegenüber der Systemtheorie hermetisch-autopoietisch verschlossen. Sie kann aber, das ist die These, die ich im Folgenden vertreten möchte, keinen universellen Wahrheitsanspruch geltend machen. Es gibt im Gegenteil eine „Kritische Systemtheorie“<sup>4</sup>, die anschließt an die Arbeiten der Erstgeneration Kritischer Theorie und die den Zusammenhang von Systemzwang und Subjektivität offen legt, den Adorno als transsubjektive Verdinglichung und damit korrespondierende Entmündigung beschrieb.<sup>5</sup>

Die Systemtheorie der Weltgesellschaft, wie sie insbesondere Gunther Teubner in unmittelbarer Nachbarschaft zum Institut für Sozialforschung im 3. Stock des Juridicums in der Senckenberganlage 31 in Frankfurt am Main

<sup>1</sup> Hauke Brunkhorst, von dem dieses Zitat stammt (*ders.* Ästhetik als Gesellschaftskritik. Vier Fragen zu Adorno, in: *Widerspruch* 41 (2003), 12 ff. (17)), hat präzise die Parallelen der Gesellschaftskonzeptionen von Systemtheorie und Adorno benannt; er verkörpert die Möglichkeit eines Re-entry Kritischer Systemtheorie in die Kritische Theorie.

<sup>2</sup> Anlass des Aufeinandertreffens war, dass Luhmann 1968/1969 die Vertretung des Lehrstuhls von Adorno in Frankfurt übernommen hatte.

<sup>3</sup> *Habermas* Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?, in: *ders./Luhmann*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, 2. Aufl, 1974, 142 ff.; zu den Konvergenzen und mit einem Plädoyer für eine weitere Zusammenführung *Kjaer* Systems in Context. On the Outcome of the Habermas/Luhmann Debate, *ancilla iuris* 2006, 66 ff.

<sup>4</sup> Die Kurationsrechte für „Kritische Systemtheorie“ als Begriff liegen bei Rudolf Wiethölter, der Kritische Theorie „unter Systembedingungen“ verfiert und den Begriff in einem Seminar, das er mit Gunther Teubner und mir im Sommersemester 2007 zum „konstitutionellen Pluralismus in der Weltgesellschaft“ veranstaltet hat, einführt.

<sup>5</sup> Siehe die Rekonstruktion bei *Honneth* Pathologien der Vernunft. Geschichte und Gegenwart der Kritischen Theorie, 2008, 44 ff.; siehe auch *Zuidervaart* Social Philosophy after Adorno, 2007, 8 ff.





geprägt hat, ist eine kritische Theorie sozialer Systeme. Sie geht über eine bloß deskriptive Beschreibung der Strukturprobleme hinaus und unterzieht die Gesellschaftsstrukturen einer Kritik, die für postmaterialistische Theorien aktuellen Zuschnitts in vielfältiger Form produktiv anschlussfähig ist.<sup>6</sup> Kritische Systemtheorie widmet sich den gesellschaftlichen Strukturantinomien. Sie übt sich als immanente Kritik in jener nonkonformistischen Haltung, in jenem „bösen Blick“, der Kritische Theorie auszeichnet<sup>7</sup> und mit dem gesellschaftliche Prozesse identifiziert und gestärkt werden sollen, die das Potential haben, die verdinglichten Ordnungen zu überwinden.

Ich will im Folgenden die Verbindungen zwischen der Kritischen Systemtheorie und der Kritischen Theorie skizzieren. Neben der Skepsis gegenüber Universalvernunft und Universalmoral teilen die beiden Ansätze vor allem:

1. Das Denken in *gesellschaftssystemischen, institutionellen Zusammenhängen*, die in ihrer Komplexität über einfache Reziprozitätsverhältnisse hinausgehen.
2. Die Annahme, dass Gesellschaft auf fundamentalen *Paradoxien, Antagonismen, Antinomien* aufgebaut ist.
3. Die Strategie, *Gerechtigkeit* als Kontingenz- und Transzendenzformel zu verstehen.
4. Die Form immanenter (und nicht moralbasierter externer) *Kritik* als einer Haltung der Transzendierung.
5. Das Ziel der gesellschaftlichen (und nicht nur politischen) *Emanzipation* in einem „Verein freier Menschen“ (Marx).

Diese Gemeinsamkeiten, die ich jeweils ausführen möchte, sind insbesondere Ergebnis einer Weiterentwicklung der Systemtheorie mit spiritus loci francofurtensis. Während Niklas Luhmann es sich in der klimatisierten VIP-Lounge der 27. Beobachterebene im „Grand Hotel abgrund“ mit einem Glas Champagner bequem machte und die emanzipatorischen Kämpfe geschundener Individuen vernachlässigte, stellt kritische Systemtheorie dies vom Kopf auf die Füße. Während Luhmann den Anschluss von Kommunikation an Kommuni-

<sup>6</sup> Siehe nur *Jessop* Zur Relevanz von Luhmanns Systemtheorie und von Laclau und Mouffes Diskursanalyse für die Weiterentwicklung der materialistischen Staatstheorie, in: Hirsch u. a. (Hrg.), *Der Staat der Bürgerlichen Gesellschaft. Zum Staatsverständnis von Karl Marx*, 2008, 157 ff.; *Buckel* Subjektivierung und Kohäsion, 2007, 230 ff.; *Negri* Philosophy of Law against Sovereignty, *European Journal of Legal Studies* 2008; *Möller* Global Assemblages im neuen Konstitutionalismus, *ancilla iuris* 2008, 44 ff., [www.anci.ch](http://www.anci.ch); *Brunkhorst* Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft, in: Albert/Stichweh (Hrg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, 2008, 63 ff.; siehe schon *Blecher* Zu einer Ethik der Selbstreferenz oder: Theorie als Compassion, 1991 und *Willke* Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie, 1975.

<sup>7</sup> Zum „bösen Blick“ und dem Kritikverständnis der Tradition *Demirović* Der nonkonformistische Intellektuelle. Die Entwicklung der kritischen Theorie zur Frankfurter Schule, 1999, 430; ferner *Honneth* Fn. 5, 57 ff.





kation voraussetzte, legt Kritische Systemtheorie die Kontingenzen und die politische Umstrittenheit der Anschlusszusammenhänge offen, indem sie die Theorie dekonstruktiv gegen den Strich liest. Während Luhmann die Systemtheorie abschottete gegen normative Forderungen einer Umweltadäquanz, ist Kritische Systemtheorie sensibel für gesellschaftliche Auseinandersetzungen um gerechte Ordnungsmuster. Das erlaubt eine normative Wendung der Systemtheorie, deren theoretische Komplexität Luhmann zwar goutierte, deren normativer Überschuss aber nur den kalten Bielefelder Beobachterblick zu spüren bekam: Luhmann sah das Konzept Kritischer Systemtheorie „belastet durch die Absicht, damit eine Synthese von Theorien der ‚kritisch-emanzipativen‘ Richtung mit Vorstellungen über ‚responsive Dogmatik‘ und mit soziologischen Analysen des ‚Rechtssystems‘ herbeizuführen.“<sup>8</sup>

Dieser anti-normativen Kritik zum Trotz führt die kritische Systemtheorie das unbemenschte Flugobjekt Niklas Luhmanns nach seinem Blindflug über die Wolken und die Vulkane des Marxismus<sup>9</sup> wieder zurück zur Erde. Wie in Hegels Dialektik begreift sie Widersprüche als das Movens der gesellschaftlichen Entwicklung und analogisiert dieses Denken in linkshegelianischer Absicht

„mit Realwidersprüchen in der Marxschen Theorietradition. Die Parallele ist das Auf-die-Füße-Stellen: Paradoxien leben nicht in der idealen Welt des Geistes, sondern es existieren Realparadoxien in der Gesellschaft, die die Entwicklung vorantreiben.“<sup>10</sup>

Und genau hier zeigt sich das Potential einer Theorie, die die Funktionsbedingungen der ausdifferenzierten Weltgesellschaft zu beschreiben und Paradoxien offenzulegen vermag und somit Werkzeug systemtranszendierender Kritik darstellen kann. Darum insistiert Kritische Systemtheorie wie schon Marx,<sup>11</sup> dass

„Realparadoxien in der Gesellschaft die Verhältnisse zum Tanzen bringen.“<sup>12</sup>

<sup>8</sup> *Luhmann* Einige Probleme mit ‚reflexivem Recht‘, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), 1 ff. (2).

<sup>9</sup> *Luhmann* Soziale Systeme, 1984, 13: „Der Flug muss über den Wolken stattfinden, und es ist mit einer ziemlich geschlossenen Wolkendecke zu rechnen. Gelegentlich sind Durchblicke nach unten möglich – [...] ein Blick auf ein größeres Stück Landschaft mit den erloschenen Vulkanen des Marxismus.“

<sup>10</sup> *Teubner* Dreiers Luhmann, in: *Alexy* (Hg.), *Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie* Ralf Dreiers, 2005, 199 ff. (210); siehe auch *Blecher* Recht in Bewegung: Paradoxontologie, Recht und Soziale Bewegungen, ARSP 2006, 449 ff.

<sup>11</sup> „[...] man muß diese versteinerten Verhältnisse dadurch zum Tanzen zwingen, daß man ihnen ihre eigne Melodie vorsingt!“ (*Marx* Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie: Einleitung, MEW 1, 381).

<sup>12</sup> *Teubner* Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: *Joerges/Teubner* (Hrg.), *Rechtsverfassungsrecht*, 2003, 25 ff. (31); siehe zeitlos *Wiethölter* Be-





### 1. Transsubjektivität

„Die höchst formal klingende Definition präjudizierte, daß die Gesellschaft eine von Menschen, daß sie menschlich sei, unmittelbar eins mit ihren Subjekten; als bestünde nicht das spezifisch Gesellschaftliche im Übergewicht von Verhältnissen über die Menschen, deren entmächtigte Produkte diese nachgerade sind.“<sup>13</sup>

Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule teilt insbesondere mit der Gründergeneration der Kritischen Theorie die Grundannahme der Nicht-identität von Menschen und Gesellschaft. Gesellschaftliche Verhältnisse werden weder monologisch *subjektiv* (wie in Kants Imperativ) noch *intersubjektiv*, sondern *transsubjektiv* begründet.

Kant und ihm nachfolgend die zweite Generation der Kritischen Theorie suchten noch, den administrativen Institutionenkomplex durch demokratisch legitimierbares Recht gesellschaftlich rückzubinden.<sup>14</sup> Das kommt Adornos Idee des Entronnenseins aus der „verwalteten Welt“ entgegen und hierin begegnen sich radikaldemokratischer Kantianismus in der Form von Ingeborg Maus und Gesellschaftstheorie in der Tradition Adornos. Aus Adornos Perspektive bleibt dies aber reformistisch. Denn Bemühungen der Humanisierung von Institutionen, „wie wohlgemeint sie auch sein mögen, vermöchten die gegenwärtige Gestalt des gesellschaftlichen Widerspruchs zu mildern und zuzuschmücken, aber nicht aufzuheben.“<sup>15</sup> Die Konzentration auf einen *politischen* Institutionenbegriff, so wäre der Vorwurf, insinuiert, dass Entfremdung ein Problem des Politiksystems wäre und dass es möglich sei, das Irrationale zu rationalisieren. Diese Strategie ist damit aber gerade der Ausdruck der Fetischisierung von Kollektivität und Organisation, die es zu durchbrechen gilt.<sup>16</sup>

Gegen diese Fetischisierung setzt Kritische (System-)Theorie Frankfurter Schule eine akribische Analyse der Gesellschaft als System und sucht nach Strategien der Entdinglichung. Gemeinsamer Ausgangspunkt sind Prozesse gesellschaftlicher Ausdifferenzierung. Unter den Autoren der soziologischen Klassikertexte sind hier Emile Durkheim und Talcott Parsons zu nennen. Ersterer – so goutiert Adorno bei aller Kritik – war dem Hauptstrom des Positivismus dadurch überlegen, dass er die Phänomene gesellschaftlicher Institutionalisierung und Verdinglichung nachhaltig her-

griffs- oder Interessenjurisprudenz, in: Lüderitz/Schröder (Hrg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel, 1977, 213 ff.

<sup>13</sup> Adorno Gesellschaft, AGS 8, 9 ff. (9).

<sup>14</sup> Prägnant Maus Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant, in: Göhler u. a. (Hrg.), Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch, 1990, 358 ff.

<sup>15</sup> Adorno Individuum und Organisation, AGS 8, 440 ff. (453).

<sup>16</sup> Adorno ebd., 455.





vorhob.<sup>17</sup> Dass ihm Psychologie und Soziologie als eines geraten, kritisiert Adorno dann an dem systemtheoretischen Versuch von Talcott Parsons, eine Einheitswissenschaft vom Menschen zu stiften. Denn das gesellschaftlich gesetzte Moment der Divergenz von Individuum und Gesellschaft, und der den beiden gewidmeten Disziplinen, entgleite ihr. Das pedantisch organisierte Totalschema verkenne, dass Individuum und Gesellschaft, obwohl kein radikal Verschiedenes, geschichtlich auseinander getreten seien.<sup>18</sup> Dies ist nun auch genau die Stelle, an der sich die moderne Systemtheorie im Sinne Luhmanns von Parsons Systemtheorie unterscheidet und wo die Systemtheorie, wie bereits Adorno, eine radikale Differenz von Bewusstseinssystemen und autopoietischen sozialen Systemen einzieht. Wie schon Adorno beschreibt Luhmann Gesellschaft als sich selbst reproduzierendes System, als soziale Realität, die den praktischen Intentionen der Akteure zunächst einmal unverfügbar ist. Kritische Systemtheorie, die die Verselbständigung von Kommunikationsnetzwerken als radikale Exklusion der Menschen aus der Gesellschaft analysiert, verweist auf diese Parallele:

„Die Systemtheorie nimmt hier aus der sozialtheoretischen Tradition Theoreme gesellschaftlicher Entfremdung in zeitgemäßer Fassung wieder auf. An diesem Ort bestehen heimliche Kontakte zu offiziellen Feindtheorien, zu Foucaults Analysen der Disziplinarmacht, Agambens Kritik der gesellschaftlichen Exklusion, Lyotards Theorie der geschlossenen Diskurse und Derridas Denken über Gerechtigkeit“.<sup>19</sup>

Ein solches Theoriedesign evoziert humanistische Kritik. Wer Gesellschaft anders denn als Zusammenschluss von Individualmenschen konzipiere, denke das A-Humane, agiere kontraintuitiv und interessiere sich nicht für menschliche Schicksale. Adorno und Luhmann haben auf diese Kritik im Grunde in gleicher Form geantwortet. Während sich Luhmann irritiert zeigt, dass Humanisten in der Regel das Wort Mensch im Singular führen und damit schon andeuten, dass sie es mit den Einzelexemplaren nicht so genau nehmen,<sup>20</sup> begründet Adorno die Nichtidentität unter Berufung auf den Marx'schen Materialismus, nach dem eine Analyse „des“ Menschen un-

<sup>17</sup> Adorno Einleitung zu Emile Durkheim, „Soziologie und Philosophie“, AGS 8, 245 ff. (250).

<sup>18</sup> Adorno Einleitung zum Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, AGS 8, 280 ff. (297); zu Adornos Kritik an Parsons ferner Adorno Zum Verhältnis von Soziologie und Psychologie, AGS 8, 42 ff. und ders. Einleitung in die Soziologie (1968), 2003, 18.

<sup>19</sup> Teubner Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, Der Staat 2006, 161 ff. (168) unter Verweis auf Menke Spiegelungen der Gleichheit: Politische Philosophie nach Adorno und Derrida, 2004.

<sup>20</sup> Luhmann Recht der Gesellschaft, 1993, 35 ff.





möglich sei, „das wäre eine Oberflächlichkeit gegenüber dem geschichtlichen Wesen.“<sup>21</sup>

Es ist konsequent, dass sich Luhmann bei der Einführung der Selbstreferenz dazu bekennt, die Marx'sche Auffassung der Gesellschaft als eines „sich abstrahierenden, kategorisierenden, thematisierenden Sozialsystems“ bewahren zu wollen.<sup>22</sup> Wie Marx, der im Kapital den wirtschaftlichen Wert als „eine prozessierende, sich selbst bewegende Substanz, für welche Ware und Geld bloße Formen“ darstellen,<sup>23</sup> begreift, setzt Systemtheorie den Begriff der Selbstreferenz sozialer Systeme zentral.<sup>24</sup> Anders aber als Marx und die Kritische Theorie geht die Kritische Systemtheorie von einer Vielzahl selbstreferentieller sozialer Prozesse aus. Während also Adorno im Anschluss an Marx den Systembegriff monistisch versteht und innerhalb des einen einzigen Gesellschaftssystems untersucht, wie Individuen bis in die intimsten Regelungen hinein genötigt werden, „dem Gesellschaftsmechanismus als Rollenträger sich einzuordnen und ohne Reservat nach ihm sich zu modeln“,<sup>25</sup> stellen systemtheoretische Analysen auf eine Vielzahl systemischer Binnendifferenzierungen des Weltgesellschaftssystems ab. Nicht nur ist der Mensch Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse,<sup>26</sup> auch ist die Gesellschaft Ensemble gesellschaftlicher Teilsysteme. Das macht es dann letztlich unmöglich, Gesellschaft vom Menschen her zu denken:

„Angesichts von Polykontextualität, also angesichts der Emergenz von hochfragmentierten, intermediären Sozialstrukturen und des Auseinanderdriftens von Interaktionssystemen, formalen Organisationen und Gesellschaftssystem kann man die Gesellschaft nicht mehr von der Interaktion her begreifen.“<sup>27</sup>

In der Beobachtung weltgesellschaftlicher Ausdifferenzierung, globaler Funktionssysteme, Organisationen und Regimes trifft sich die Kritische Systemtheorie mit neoinstitutionalistischen Theorien der „global culture“ der Stanford School, postmodernen Konzepten des globalen Rechtspluralismus, polit-regulatorischer Assemblages, der internationalen politischen

<sup>21</sup> Adorno Über Marx und die Grundbegriffe der soziologischen Theorie. Seminarmit-schriften, in: Backhaus (Hrg.), Dialektik der Wertform: Untersuchungen zur Marxschen Ökonomiekritik, 1997, 501 ff. (504).

<sup>22</sup> Luhmann Selbst-Thematisierungen des Gesellschaftssystems, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 2, 5. Aufl., 2005, 89 ff. (101)

<sup>23</sup> Marx Das Kapital, MEW 23, 169.

<sup>24</sup> Instruktiv zu diesen Parallelen Breuer Adorno/Luhmann. Konvergenzen und Divergenzen von Kritischer Theorie und Systemtheorie, Leviathan 1987, 91 ff. (103).

<sup>25</sup> Adorno Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft, AGS 8, 354 ff. (361).

<sup>26</sup> Marx Thesen über Feuerbach, 6. These, MEW 3, 5.

<sup>27</sup> Teubner Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), 9 ff. (11)





Ökonomie und Theorien der globalen Zivilgesellschaft.<sup>28</sup> Die Gefährdungen für individuelle und gesellschaftliche Autonomieräume resultieren danach aus dem Totalisierungsdrang weltgesellschaftlicher Organisationen und Institutionen, aus „transnationalen Matrices“, aus globalem Wirtschaftssystem, Politiksystem, Religionssystem, Wissenschaftssystem, Gesundheitssystem etc. Alle diese gesellschaftlichen Götzen kennen keine Götter neben sich,<sup>29</sup> alle verfolgen ein rücksichtsloses Programm der Eigenrationalitätsmaximierung. Die polykontexturale Gesellschaft gestattet es dann nicht, den Menschen (im Singular) zu identifizieren, sondern die Vielzahl von Homo-Formeln indiziert die vielfältigen Grenzbeziehungen zwischen Systemen und Individualmenschen: *homo sapiens*, *homo faber*, *homo oecologicus*, *homo militans*, *homo oeconomicus*, *homo politicus*, *homo sociologicus*, *homo religiosus*, *homo psychologicus* etc.<sup>30</sup>

Ausbeutungs- und Subalternitätszusammenhänge in den Grenzbeziehungen der Menschen zur Gesellschaft emergieren im Kontext spezifischer Funktionssysteme. Die Individuen, so formuliert Nancy Fraser, sind „so etwas wie Schnittpunkte, an denen sich die mannigfaltigen und zueinander quer liegenden Achsen der Benachteiligung kreuzen.“<sup>31</sup> Das kann im schlimmsten Fall zu Situationen führen, in denen nicht einmal das eigene Leben etwas ist, was man verlieren könnte.<sup>32</sup> Dass solche Prekarisierungen, sofern sie aus den Strukturen des Wirtschaftssystems resultieren, besonders existentielle Folgelagen evozieren, ist evident. Analysen marxistischer Provenienz setzen hier an. Unter Akzentuierung der zentralen Funktion des Wirtschaftssystems für die gesellschaftlichen Reproduktionsbedingungen konzipiert „materialistische Systemtheorie“<sup>33</sup> eine Primatstellung des Wirtschaftssystems. „Kapitalismus“ charakterisiert dann nicht nur die Funktionsweise des Wirtschaftssystems, sondern eine (historische) Systemformation, eine ganz bestimmte Interdependenzlage der Systeme Politik,

<sup>28</sup> „Global culture“: Meyer u.a. World Society and the Nation-State, American Journal of Sociology 103 (1997), 144 ff.; globaler Rechtspluralismus: Boaventura de Sousa Santos Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation, 2. Aufl., 2002, 163 ff.; Hanschmann Theorie transnationaler Rechtsprozesse, Buckel u.a. (Hrg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., 2009, 375 ff.; zu den Assemblages: Sassen Territory, Authority, Rights, 2006, 224; zur IPÖ: Möller Fn. 6, 44 ff.; zur globalen Zivilgesellschaft: Brunkhorst Solidarität, 2000, 274 ff.

<sup>29</sup> Siehe Max Webers Konzept des Polytheismus: ders. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3. Aufl., 1968, 605; hierzu Teubner Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, ARSP Beiheft 65 (1996), 199 ff.

<sup>30</sup> Fuchs Der Eigen-Sinn des Bewußtseins, 2003, 16, 47.

<sup>31</sup> Fraser Soziale Gerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik, in: Fraser/Honneth, Umverteilung oder Anerkennung? 2003, 13 ff. (80).

<sup>32</sup> Luhmann Inklusion und Exklusion, in: ders., Die Soziologie und der Mensch. Soziologische Aufklärung 6, 1995, 237 ff.

<sup>33</sup> So der Begriff bei Brunkhorst Kommentar zu Karl Marx. Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, 2007, 228.





Wirtschaft und Recht im weltgesellschaftlichen Institutionenensemble. Der privatautonomen (Recht), gewaltmonopolistisch durchgesetzten (Politik) Eigentumsordnung (Wirtschaft) der kapitalistischen Gesellschaftsformation ist inhärent, dass das Wirtschaftssystem ein „ökologisches“ Primat über seine gesellschaftliche Umwelt innehat.<sup>34</sup> „Kapitalismus“ meint dann nicht ein Determinationsschema im Basis/Überbau-Verhältnis, sondern ein ganz bestimmtes Systemarrangement in der ausdifferenzierten Weltgesellschaft.

Kritische Systemtheorie beschreibt diese weltgesellschaftlichen Formationen nicht nur, sondern setzt mittels einer gesellschaftlichen Mäeutik auf die „Entbindung gesellschaftlicher Normativitätspotentiale“<sup>35</sup> zur Sozialisierung der Institutionen und bezieht sich auf eine ganze Reihe von Vertretern normativer Soziologie, die die Möglichkeitsbedingungen der Gesellschaftsgerechtigkeit gesellschaftlicher Organisationen, Institutionen und Netzwerke ausgelotet haben.<sup>36</sup> Kritischer Systemtheorie Frankfurter Schule geht es dabei um die Sicherung gesellschaftlicher Freiheitsräume

„als wechselseitige Abhängigkeit von Teilautonomien, die nicht etwa nur die Autonomie von funktionalen Systemen, sondern auch die von Individuen, Kollektiven, Institutionen, Organisationen betrifft. Sie ist ein durch und durch normatives Konzept“.<sup>37</sup>



## 2. Umgang mit Paradoxien

„Wer die Erfahrung des Vorrangs der Strukturen über die Sachverhalte sich nicht verbauen läßt, wird nicht, wie meist seine Kontrahenten, Widersprüche vorweg als solche der Methode, als Denkfehler abwerten und sie durch die Einstimmigkeit der wissenschaftlichen Systematik zu beseitigen trachten. Statt dessen wird er sie in die Struktur zurückverfolgen, die antagonistisch war, seit es Gesellschaft im nachdrücklichen Sinn gibt, und die es blieb“.<sup>38</sup>

Wie die Kritische Theorie erster Generation sieht die Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule das gesellschaftliche Movens in Realwidersprü-

<sup>34</sup> *Jessop* Fn. 6, 157 ff.; siehe auch *Schimank* Funktionale Differenzierung und gesellschaftsweiter Primat von Teilsystemen – offene Fragen bei Parsons und Luhmann, *Soziale Systeme* 11 (2005), 395 ff.; Ansätze bei *Luhmann* Identitätsgebrauch in selbstsubstitutiven Ordnungen, besonders Gesellschaften, in: *ders.*, *Soziologische Aufklärung* 3, 1981, 198 ff. (217).

<sup>35</sup> *Teubner* Fn. 12, 44.

<sup>36</sup> *Fuller* *The Morality of Law*, 1969; *Selznick*, *Law, Society and Industrial Justice*, 1969; *Ewald* *L'État providence*, 1986; *Friedland/Alford* *Bringing Society Back in: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions*, in: Powell u. a. (Hrg.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, 1991, 232 ff.

<sup>37</sup> *Teubner* Fn. 12, 43.

<sup>38</sup> *Adorno* *Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft*, *AGS* 8, 354 ff. (357).





chen. Paradoxien sind nicht hintergebar, sie können von hegemonialen Diskursen nur invisibilisiert werden.<sup>39</sup> Dazu muss man aber

„ihre Latenzen latent halten, ihre Aporien verdrängen, auf ihre Dekonstruktion verzichten, dem Scharfsinn Grenzen setzen, Kritik unterlassen, Verblendungszusammenhänge einrichten, die Student\_innen belügen.“<sup>40</sup>

Statt unkritischer Reproduktion gesellschaftlicher Widersprüche durch deren Invisibilisierung und Leugnung zielt die Offenlegung von Paradoxien auf Demystifizierung und immanente Kritik. In der Hegelschen Tradition bedeutet Dialektik qua Verfahren, um des einmal an der Sache erfahrenen Widerspruchs willen und gegen ihn in Widersprüchen zu denken. Als „Widerspruch in der Realität“, so formuliert Adorno, „ist sie Widerspruch gegen diese.“<sup>41</sup> Exakt diesen Widerspruch, der auch für Adorno nicht in der Synthese aufgehoben werden kann,<sup>42</sup> hat Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule im Auge, wenn sie den Umgang mit Paradoxien in allen Sozialsystemen (nicht nur der institutionalisierten Politik) als genuin „politisch“ begreift:<sup>43</sup>

„Das „Politische“ erscheint dann auch außerhalb des politischen Systems als Entscheidung im Kontext von Unentscheidbarkeit: als Auflösung von Sinnbrüchen in antagonistischen Arrangements“.<sup>44</sup>

Das öffnet insbesondere den Blick dafür,

„dass Machtprozesse trotz des staatlichen Gewaltmonopols auch außerhalb der Politik stattfinden“.<sup>45</sup>

Gerade das systemtheoretische Insistieren auf der Paradoxie als der großen Leerstelle der Begründung gesellschaftlicher Institutionen, auf dem mystischen Fundament, provoziert Kritik.<sup>46</sup> Diese Angriffe sind die Wiederkehr eines Vorwurfs, den Jürgen Habermas formuliert hat: „Wer an einem Ort, den die Philosophie einst mit ihren Letztbegründungen besetzt hielt, in

<sup>39</sup> „Alle Verdinglichung ist ein Vergessen“, schreiben *Horkheimer/Adorno* Dialektik der Aufklärung, AGS 3, 263; zur Invisibilisierung *Luhmann* Fn. 20, 221.

<sup>40</sup> *Teubner* Fn. 12, 42.

<sup>41</sup> *Adorno* Negative Dialektik, AGS 6, 148.

<sup>42</sup> *Adorno* Vorlesung über Negative Dialektik. Fragmente zur Vorlesung 1965/66, Nachgelassene Schriften, Bd. 16, 2003, 16.

<sup>43</sup> Pointiert zur Kombination von Dekonstruktion und Systemtheorie *Menke*, Subjektive Rechte. Zur Paradoxie der Form, Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), 81 ff. (86).

<sup>44</sup> *Teubner* Fn. 12, 36.

<sup>45</sup> *Teubner* Fn. 27, 26.

<sup>46</sup> So bei *Günther* Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien, in: *Kiesow* u. a. (Hrg.), Summa – Festschrift für Dieter Simon zum 70. Geb., 2005, 255 ff.; siehe ferner *Bung* Das Bett des Karneades. Zur Metakritik der Paradoxologie, in: *Brugger* u. a. (Hrg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 72 ff.





einer Paradoxie verharret, nimmt nicht nur eine unbequeme Stellung; er kann die Stellung nur halten, wenn mindestens plausibel erscheint, daß es *keinen Ausweg* gibt.<sup>47</sup> Diese Formulierung, die heute in identischer Form gegen die Systemtheorie vorgebracht wird, richtete Habermas 1985 in „Der philosophische Diskurs der Moderne“ gegen Adorno und Horkheimer. An eben dieser Stelle zieht Habermas statt der Paradoxie eine diskurstheoretische Intersubjektivität ein, während Horkheimer und Adorno sich keinen intellektuellen Ausweg aus der unbequemen Stellung der Paradoxie erlauben.<sup>48</sup>

Die Kritische Systemtheorie geht in dieser Frage zurück zu den Wurzeln Kritischer Theorie. Hier gibt es Berührungspunkte mit paradoxologischen Ansätzen einer reformierten Kritischen Theorie, die einmal am Institut für Sozialforschung reüssieren<sup>49</sup> und die zum anderen in der Schule Albrecht Wellmers Unversöhnlichkeiten, Paradoxien und gesellschaftlichen Widerstreit thematisieren.<sup>50</sup> So hat, ähnlich wie Urs Stahelis Projekt des „Updating Luhmann mit Foucault“, Christoph Menke eine französische Lesart systemischer Selbstreproduktionsverhältnisse unternommen. Beiden ist gemeinsam, dass sie an Sinnzusammenbrüchen ansetzen und die Selbstreflexionsprozesse des Rechts als politische Prozesse, als Kampf um die Rechtsform selbst, deuten.<sup>51</sup> Und auch Antonio Negri hat gerade dieses Interesse an Antagonismen, Paradoxien und Inkommensurabilitäten in Bemerkungen zu Teubners Rechtssystemtheorie euphorisch aufgenommen: „Es ist großartig, dass es die Rechtswissenschaftler sind, die den Geist der neuen Epoche aufnehmen und sperrige Philosophietraditionen hinter sich lassen.“<sup>52</sup>

Die Paradoxienbegründung bleibt auch für das von kritischer Systemtheorie maßgeblich hinterfragte Recht nicht ohne Auswirkungen. Während man für die Erstgeneration Kritischer Theorie noch sagen muss, dass sie sich dem juristischen Diskurs kaum zuwandte, dass die Juristen Kirchheimer, Neumann und Abendroth an den inneren Zirkel um Marcuse, Hork-

<sup>47</sup> Habermas *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 1985, 155.

<sup>48</sup> Demirović Fn. 7, 523.

<sup>49</sup> Siehe Honneth *Organisierte Selbstverwirklichung. Paradoxien der Individualisierung*, in: ders. (Hrg.), *Befreiung aus der Mündigkeit. Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus*, 2002, 141 ff. und Hartmann *Widersprüche, Ambivalenzen, Paradoxien – Begriffliche Wandlungen in der neueren Gesellschaftstheorie*, ebd., 221 ff.

<sup>50</sup> Wellmer *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne*, 1993; Seel *Paradoxien der Erfüllung*, 2006; Menke Fn. 43, 81 ff.

<sup>51</sup> Menke Fn. 43, 86: Daran dass die Paradoxie des Rechts die Form „subjektiver Rechte“ sowohl hervorbringt, als auch in Frage stellt, zeige sich „der wesentlich politische Charakter des selbstreflexiven Rechts“. Siehe ferner Staheli *Updating Luhmann mit Foucault?*, in: *kultuRRevolution. Zeitschrift für angewandte Diskurstheorie* 47 (2004), 14 ff.; Fischer-Lescano/Christensen *Auctoritatis interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie*, in: *Der Staat* 2005, 213 ff.

<sup>52</sup> Negri Fn. 6, 11 (Übersetzung aus dem Italienischen).





heimer und Adorno nicht heranreichten, bezieht die aktuelle Kritische Theorie den nationalen und internationalen Rechtsdiskurs nachdrücklich ein.<sup>53</sup> Anders aber als die kritische Systemtheorie, die das politische Moment des Rechts unter Verweis auf seine paradoxe Grundlage dechiffriert, wählen die Zweit- und die Drittgeneration der kritischen Theorie einen Kantischen Zugang, indem sie Politik als „ausübende Rechtslehre“ rahmen und fragen, wie die demokratische Idee unter Globalisierungsbedingungen aktualisiert werden kann. So hat Jürgen Habermas in „Faktizität und Geltung“ seine Rechtsphilosophie ausgearbeitet und sich in jüngeren Arbeiten intensiv mit dem Weltrecht befasst.<sup>54</sup> Das Rousseau'sche Erbe betonend besteht auch Ingeborg Maus nachhaltig auf der zusammenschauenden Betrachtung von Rechts- und Politikprozessen im globalen Rahmen.<sup>55</sup> Und Hauke Brunkhorst schließlich widmet sich zentral den Interdependenzlagen von Politik und Rechtsprozessen in der Weltgesellschaft.<sup>56</sup> Kritische Theorie im Recht wird insbesondere in den Arbeiten von Klaus Günther<sup>57</sup> und Günter Frankenberg<sup>58</sup> sichtbar; letzterer verbindet zugleich die kritische Rechtstheorie Frankfurter Schule mit den Arbeiten der critical legal studies (crits) um Duncan Kennedy, David Kennedy, Martti Koskenniemi und Anthony Anghie.<sup>59</sup>

All diese Ansätze situieren Recht im gesellschaftlichen Kontext, gehen also über rein dogmatisches „Vergessen“ (Horkheimer/Adorno)<sup>60</sup> hinaus. Stärker als der Frankfurter Strang kritischer Rechtstheorie betonen die crits die Unbestimmtheit des Rechts, indem sie in dieser Frage an den legal realism anknüpfen und ihre Kritiken unter Bezug auf Derridas Aporienlehre

<sup>53</sup> Zur zweiten Generation Kritischer Theorie und dem Recht: *Niesen/Eberl* Demokratischer Positivismus: Habermas/Maus, in: Buckel u. a. (Hrg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., 2009, 93 ff.

<sup>54</sup> *Habermas* Faktizität und Geltung, 1992; *ders.* Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?, KJ 2005, 222 ff.; siehe die fruchtbaren Weiterführungen für globale Politikprozesse bei *Deitelhoff* Überzeugung in der Politik, 2006.

<sup>55</sup> *Maus* Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant, 1992; *dies.* Das Verhältnis der Politikwissenschaft zur Rechtswissenschaft. Bemerkungen zu den Folgen politologischer Autarkie, in: *Becker/Zimmerling* (Hrg.), *Politik und Recht*, 2006, 76 ff.; siehe in dieser Tradition instruktiv *Eberl* Demokratie und Frieden. Kants Friedensschrift in den Kontroversen der Gegenwart, 2008.

<sup>56</sup> Jüngst *Brunkhorst* Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft. Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit, in: *Albert/Stichweh*, *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, 2007, 63 ff.

<sup>57</sup> *Günther* Der Sinn für Angemessenheit, 1988; *ders./Randeria* Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung, 2001.

<sup>58</sup> *Frankenberg* Autorität und Integration: Zur Grammatik von Recht und Verfassung, 2003; *ders.* Zivilgesellschaft im transnationalen Kontext, in: *Maecenata*, *Jahrbuch für Philanthropie und Zivilgesellschaft*, 2003, 13 ff.

<sup>59</sup> Instruktiver Überblick mwN. bei *Frankenberg* Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, in: Buckel u. a. (Hrg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., 2009, 93 ff.

<sup>60</sup> *Horkheimer/Adorno* Fn. 39, 263.





schärfen.<sup>61</sup> Gemeinsam ist den Arbeiten bei allen Unterschieden, dass sie Politik und Recht in enger Verbindung sehen.<sup>62</sup> Kritischer Rechtssystemtheorie ist es hierbei insbesondere darum zu tun, das Politische im Recht als das Widerstreitsmoment des Rechts offenzulegen.<sup>63</sup> Gerade dieses hatte schon Marx im Blick, als er formulierte: „Es findet hier also eine Antinomie statt, Recht wider Recht, beide gleichmäßig durch das Gesetz des Warenaustausches besiegelt.“<sup>64</sup>

### 3. Gerechtigkeit als Kontingenz- und Transzendenzformel

„Recht ist das Urphänomen irrationaler Rationalität.“<sup>65</sup>

Adorno hat Stringenz und Totalität beharrlich als die bürgerlichen Denkideale von Notwendigkeit und Allgemeinheit in die Kritik genommen.<sup>66</sup> Systemische Geschlossenheit hat er als Hermetisierung durch Verfahren und als systemische Selbstbehauptung gegen die „Ubiquität des Betriebs“ charakterisiert. Das trifft sich mit systemtheoretischen Beschreibungen einer order from noise in der Koevolution von System und Umwelt.<sup>67</sup> Sowohl Adorno als auch Kritische Systemtheorie verstehen hierbei unter „System“ nicht eine statische Strukturhierarchie. Diese Denkform, die Friedrich Nietzsche wirkmächtig denunzierte,<sup>68</sup> ist beiden Systemansätzen fremd. Beide beschreiben vielmehr die höchst dynamischen, evolutiven, eruptiven Autonomisierungen von Rationalität(en) als dialektischen Prozess der Emergenz selbstreferentieller Systeme. Adorno bringt diese Verselbständigungsproblematik in seiner Musikphilosophie auf den Punkt, wenn er solipsistischer Musik vorwirft, dass die Strenge des Gefüges, durch welches Musik gegen die Ubiquität des Betriebs sich behauptet, sie derart in sich verhärtet habe, dass jenes ihr Auswendige, Wirkliche sie nicht mehr erreiche,

<sup>61</sup> *Derrida* Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, 1996.

<sup>62</sup> Generell zu den juristischen Denkern Kritischer Theorie siehe den Überblick bei *Perels* Kritische Justiz und Frankfurter Schule, in: Claussen u. a. (Hrg.), Philosophie und Empirie, 2001, 146 ff.; ferner die Rekonstruktion bei *Buckel* Fn. 6, 80 ff.

<sup>63</sup> Siehe hierzu auch *Buckel/Fischer-Lescano* Hegemonie im globalen Recht – Zur Aktualität der Gramscianischen Rechtstheorie, in: dies. (Hrg.), „Hegemonie gepanzert mit Zwang“. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis von Antonio Gramsci, 2007, 85 ff.

<sup>64</sup> *Marx* Das Kapital I, MEW 23, 249.

<sup>65</sup> *Adorno* Negative Dialektik, AGS 6, 303 f.; *ders.*, Individuum und Organisation, AGS 8, 440 ff. (445).

<sup>66</sup> *Adorno* Minima Moralia, AGS 4, 172.

<sup>67</sup> *Luhmann* Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, 789 ff.

<sup>68</sup> „Der Wille zum System ist ein Mangel an Rechtschaffenheit“ (*Nietzsche* Götzendämmerung (1888), in: *ders.*, Das Hauptwerk. Werke Bd. 4, 1990, 253 ff. (260), Ziff. 26).





welches ihr einmal den Gehalt zugebracht habe, aus dem absolute Musik wahrhaft zur absoluten wurde.<sup>69</sup> Die Crux sei, so führt Adorno in der Ästhetischen Theorie aus, dass die gesellschaftliche Institution zwar nur im Verhältnis zu dem, was sie nicht ist, zu ihrem Anderen, ist,<sup>70</sup> dass sie aber andererseits für gesellschaftliche Einflüsse offen gehalten werden muss. Geschlossenheit und Offenheit zugleich: Wer für alles offen ist, ist nicht mehr ganz dicht; zugleich muss systemischer Autismus vermieden werden. Was Adorno für die Kunst zeigt, buchstabiert die Systemtheorie für eine ganze Reihe von autopoietischen Rationalitätsbereichen aus, die alle nur in ihrem Verhältnis zur gesellschaftlichen Umwelt bestehen. Drawing distinctions.<sup>71</sup>

Die verdinglichten Rationalitätsbereiche Kunst, Wirtschaft, Politik, Recht etc. sind als gesellschaftliche Realitäten keine ontologischen Größen, sondern Konstrukt eben dieser Gesellschaft, ideologiekritisch gesprochen: Sie sind Fiktion, Schein, gesellschaftliche Götter. Aber nur Schein, so insistiert Adorno, seien die fetischisierten Vorstellungen auch nicht, denn insofern die Menschen tatsächlich abhängig würden von diesen ihnen undurchsichtigen Objektivitäten, sei die Verdinglichung nicht nur ein falsches Bewusstsein, sondern zugleich auch Realität. Dass die Kategorien des Scheins in Wirklichkeit auch Kategorien der Realität sind, darin manifestiere sich die Dialektik.<sup>72</sup>

Der Kritischen Systemtheorie Frankfurter Schule geht es dann darum, in die Geschlossenheit gesellschaftlicher Ordnung eine praktische Pflicht zur Entwicklung einer Mehrwerttheorie einzubauen,<sup>73</sup> um die hochgezüchteten Rationalitätsbereiche wieder an jenes „Auswendige, Wirkliche“ rückzubeziehen, dem sie ihre Existenz verdanken. Die Testfrage für Anschlusskämpfe lautet:

„An welchen gesellschaftlichen Orten werden gesellschaftliche Utopien entworfen?“<sup>74</sup>

Die Frage zielt auf den Stachel der Gerechtigkeit. In ihrer Beantwortung fordert kritische Systemtheorie die „selbstsubversive Gerechtigkeit als Kontingenz- und Transzendenzformel“ zugleich. Das führt zu einem doppelten Konzept der Gerechtigkeit, die zunächst als innersystemische *Kontingenzformel* die interne Konsistenz plus Responsivität gegenüber den Anforder-

<sup>69</sup> Adorno Philosophie der neuen Musik, AGS 12, 27.

<sup>70</sup> Adorno Ästhetische Theorie, AGS 7, 12.

<sup>71</sup> „Draw a distinction: Die entscheidende theoretische Ressource systemtheoretischer Beobachtung ist die Unterscheidung System/Umwelt“ (Luhmann Fn. 67, 60).

<sup>72</sup> Adorno Fn. 21, 508.

<sup>73</sup> Siehe Teubner/Zumbansen Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), 189 ff.

<sup>74</sup> Teubner Fn. 12, 37.



rungen der Gesellschaft wahren muss.<sup>75</sup> Bereits diese aus der rechtlichen Selbstbeschreibung entwickelte Formel sollte in ihren normativen Implikationen nicht unterschätzt werden. Denn sie verpflichtet das Recht als Suchformel, gesellschaftliche Strukturkonflikte in die *quaestio iuris* zu übersetzen, Autonomieräume füreinander kompatibel zu halten, Bedingungen für die Selbstkonstituierung der Individuen zu garantieren. Das normative Modell der Gerechtigkeit als Kontingenz- und *Transzendenzformel* geht aber darüber hinaus. Eine Sicht, die bei der Kontingenzformel stehen bliebe und diese zu universalisieren suchte, würde nur neue Ungerechtigkeiten provozieren. Kritische Systemtheorie wirft den universalistischen Gerechtigkeitstheorien gerade einen solchen Imperialismus rechtlicher Rationalität vor, gegen den politische Wachsamkeit geboten ist und der deshalb so gefährlich sei, weil *summum ius summa iniuria* implizieren kann.<sup>76</sup> Dieser Kohlhaas'schen Konsequenz verdinglichter Immanenz des Rechts setzt Kritische Systemtheorie ein Transzendenzmoment entgegen und fordert (normativ) die Eröffnung eines Verweisungsüberschusses, die Aktivierung utopischer Energien unter den Voraussetzungen konkret erfahrener Ungerechtigkeit. Das bedeutet

„die Aufforderung der Transzendenz, die Immanenz in deren für diese jedoch nicht verstehbaren Sinn zu transformieren [...] Gerechtigkeit verwirklicht sich erst im realen Durchgang durch Ungerechtigkeit.“<sup>77</sup>

Prozesse gesellschaftlicher *colère publique* sind eine Artikulationsform solcher Ungerechtigkeits Erfahrung,<sup>78</sup> die auch Adorno benennt, wenn er Phänomene gesellschaftlicher Unmittelbarkeit adressiert und den Impuls, die nackte physische Angst und das Gefühl der Solidarität mit den, nach Brechts Wort, quälbaren Körpern dafür anführt, dass das Ungetrennte einzig in den Extremen lebe, in der spontanen Regung, die, ungeduldig mit dem Argument, nicht dulden will, dass das Grauen weitergehe.<sup>79</sup> Adorno und Kritischer Systemtheorie ist damit das Plädoyer gegen die Verwaltungswissenschaft der Gerechtigkeit gemeinsam. Gesellschaftliche Unmittelbarkeit gibt es nur in Konfigurationen, die Gerechtigkeit nicht in Gerechtigkeitsorganisation verwandeln. Zugleich aber, das ist das Dialektische daran, ist Möglichkeitsbedingung für das Wirken der Transzendenzformel, dass es

<sup>75</sup> Fögen *Das Lied vom Gesetz*, 2006, 95 ff.

<sup>76</sup> Teubner Fn. 27, 33.

<sup>77</sup> Teubner Fn. 27, 28; ferner *ders.* *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différence*, in: Koschorke/Vismann (Hrg.), *Widerstände der Systemtheorie*, 1999, 199 ff.

<sup>78</sup> Zur *colère publique* Fischer-Lescano *Global Constitutional Struggles: Human Rights between colère publique and colère politique*, in: Kaleck u. a. (Hrg.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, 2006, 13 ff.

<sup>79</sup> Adorno *Negative Dialektik*, AGS 6, 281.





einen eingerichteten und ausgeübten Betrieb des Rechts in der verwalteten Welt gibt, der dann erst die Notwendigkeit der Suchformel evoziert.<sup>80</sup> Es ist genau diese gegenseitige Bedingtheit von Schutz und Maskerade,<sup>81</sup> von Immanenz und Transzendenz,<sup>82</sup> die Adorno in der Negativen Dialektik mit Blick auf den Warentausch formuliert:<sup>83</sup> „Annullierte man simpel die Maßkategorie der Vergleichbarkeit, so träten anstelle der Rationalität, die ideologisch zwar, doch auch als Versprechen dem Tauschprinzip innewohnt, unmittelbare Aneignung, Gewalt, heutzutage: nacktes Privileg von Monopolen und Cliques. Kritik am Tauschprinzip [...] will, daß das Ideal freien und gerechten Tauschs, bis heute bloß Vorwand, verwirklicht werde. Das allein transzendierte den Tausch.“<sup>84</sup>

#### 4. Immanente Kritik als Haltung der Transzendierung

„[...]eine bestimmte Art zu denken, zu sagen, zu handeln auch, ein bestimmtes Verhältnis zu dem, was existiert, zu dem, was man weiß, zu dem, was man macht, ein Verhältnis zur Gesellschaft, zur Kultur, ein Verhältnis zu den anderen auch – etwas, was man die Haltung der Kritik nennen könnte.“<sup>85</sup>

Für Horkheimer besteht die wahre gesellschaftliche Funktion der Philosophie in der Kritik des Bestehenden.<sup>86</sup> Nimmt man das beim Wort, ist die Systemtheorie kritischer Prägung nicht bloße Sozialtechnologie, nicht soziologische Fremdbeschreibung, nicht rechtstheoretische Selbstbeschreibung, sondern ein zutiefst philosophisches Unternehmen der Gesellschaftskritik. Für dieses Kritikprojekt gibt es keinen Standpunkt außerhalb der Gesellschaft, Kritik muss mit transzendendem Verweisungsüberschuss in der Immanenz ansetzen. Sie ist im Arkanum der Gesellschaft Haltung, Ein-

<sup>80</sup> Siehe auch *Bonacker* Die normative Kraft der Kontingenz. Nichtessentialistische Gesellschaftskritik nach Weber und Adorno, 2000, 273 ff.

<sup>81</sup> So die Formulierung von *Buckel* Zwischen Schutz und Maskerade – Kritik(en) des Rechts, in: Demirovič (Hrg.), Kritik und Materialität, 2009, i.E.

<sup>82</sup> Christoph Menke (*ders.* Fn. 43, 107) entwickelt aus dieser Differenz den „politischen“ Begriff subjektiver Rechte, der auf die Idee eines Rechts auf Rechte und damit auf die Idee der Menschenrechte verweist. I.d.S. auch Steinhauer, der „Schmugglerpfade“ und „illegale Grenztransfers“ zwischen Systemen aufdeckt und ein Kombinat der „Politik der Wissenschaft der Religion der Kunst des Rechts der Gesellschaft“ für denkbar hält (*ders.* Derrida, Luhmann, Steinhauer. Über eine aktuelle Rhetorik, Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), 167 ff. (181)).

<sup>83</sup> Zur Negativen Dialektik als „restituierende Gerechtigkeit“ *Honneth* Gerechtigkeit im Vollzug, in: *ders.*, Fn. 5, 93 ff.

<sup>84</sup> *Adorno* Negative Dialektik, AGS 6, 150.

<sup>85</sup> *Foucault* Was ist Kritik?, 1992, 8.

<sup>86</sup> *Horkheimer* Kritische Theorie der Gesellschaft, Bd. 2, 1968, 304; siehe auch *ders.* Traditionelle und Kritische Theorie, in: Zeitschrift für Sozialforschung 6 (1937), 245 ff.





stellung und Widerstand, der „als Vermögen der Unterscheidung des Erkannten und des bloß konventionell oder unter Autoritätszwang Hingenommenen, [...] eins [ist] mit Kritik, deren Begriff ja vom griechischen *krino*, Entscheiden, herrührt.“<sup>87</sup> Da kein gesellschaftliches Gesamtsubjekt existiert, kein Standort außerhalb des Getriebes sich mehr beziehen lässt, von dem aus der Spuk mit Namen zu nennen wäre, ist der kritische Hebel an der eigenen Unstimmigkeit anzusetzen.<sup>88</sup>

Der Hebel Kritischer Systemtheorie setzt insbesondere im Recht der Gesellschaft an. Anders als die hierarchisierende Totalitaritätsperspektive des neuzeitlichen Vernunftrechts (Kant), anders auch als die Immanenzkritik des Totalitaritätsdenkens (Kierkegaard) geht es Kritischer Systemtheorie Frankfurter Schule nicht darum, das „Recht im Unterschied“ (zu Vernunft) oder den „Unterschied in Rechtsentscheidungen“ zu denken, sondern radikalisiert die Formproduktion als politisch zu dechiffrieren und hier gesellschaftliche Grundwidersprüche neu zu thematisieren. Das gelingt, – und hier treffen sich die systemtheoretischen Analysen mit denen Christoph Menkes – wenn man den Streit um die Rechtsform selbst dekonstruktiv betrachtet; Normativität ist nicht nur eine Folie für enttäuschte Erwartungen, sondern die Recht-Fertigung selbst ist im Widerstreit. Die Differenz von Form und Herstellung der Form, von Form und Kraft ist Aspekt der Normativität: „Die Kraft, aus deren Entfaltung die Form hervorgeht, ist zugleich eine Forderung, die sich gegen die hervorgegangene Form richtet. Diese Forderung verlangt, dass die Form ihrem Anderen entspricht, dass sie ihm gerecht wird.“<sup>89</sup>

Rechtssystemkritik Frankfurter Schule nimmt diese normative Forderung, die sich im Recht in paradoxer Form gegen das Recht wendet und jenes über sich hinaus ins ständige Kommen der Alteritätsgerechtigkeit treibt, auf. Sie argumentiert mit Recht gerechtigkeitssuchend durch Recht hindurch und unterwirft sich den systemischen Anschlusszwängen, um sich ihrer zu befreien und dazu beizutragen, „daß der Bann sich löse.“<sup>90</sup> In diesem Sinne lotet kritische Systemtheorie in einer ganzen Reihe von Arbeiten die Chancen einer sozialadäquaten, soziologisch informierten Rechtswissenschaft aus. Sie hat den Rechtsblick auf Netzwerke,<sup>91</sup> auf Regime-Kolli-

<sup>87</sup> Adorno Kritik, AGS 10/2, 785 ff. (785).

<sup>88</sup> Adorno Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft, AGS 8, 354 ff. (369); zu den hier bestehenden Gemeinsamkeit von Luhmann und Adorno: Breuer Fn. 24, 91 ff.; ders. Die Gesellschaft des Verschwindens, 1995, 65 ff.; Brunkhorst Die ästhetische Konstruktion der Moderne. Adorno, Gadamer, Luhmann, Leviathan, 1988, 77 ff.; Wagner Gesellschaftskritik und soziologische Aufklärung. Konvergenzen und Divergenzen zwischen Adorno und Luhmann, Berliner Journal für Soziologie, 2005, 37 ff.

<sup>89</sup> Menke Fn. 43, 105.

<sup>90</sup> Adorno Fn. 88, 369.

<sup>91</sup> Teubner Netzwerk als Vertragsverbund, 2004; siehe auch Vesting Rechtstheorie, 2007, 67 ff.





sionen,<sup>92</sup> auf kollidierende Organisationsprinzipien von Gesellschaft<sup>93</sup> und auf transnationale Matrices<sup>94</sup> gelenkt. Zwei Kritikmomente scheinen mir für das Recht besonders wichtig: (1) *Wertkritik*: Die rechtliche Reformulierung gesellschaftlicher Struktur- und Verteilungskonflikte in Werte- und Prinzipienkathedralen, die miteinander in praktische Konkordanz gebracht werden könnten, ist der inadäquate und juro-autoritäre Versuch, mit Gracians Formel des 12. Jahrhunderts die Gesellschaftskonflikte des 21. Jahrhunderts zu lösen. Diese Methode verfremdet die gesellschaftlichen Kämpfe im Recht zur Unkenntlichkeit. Sie ist zu ersetzen; insbesondere dadurch, dass man die Voraussetzungen dafür schafft, dass gesellschaftliche Autonomieräume gegeneinander abgesichert und im Wege einer experimentellen „Freiheit unter Auflagen“ gesellschaftliche Selbstregulierungen – wie bspw. bei der Tariffreiheit realisiert – ermöglicht werden.<sup>95</sup> (2) *Etatismuskritik*: Es ist nicht mehr nur die Politik, die gesellschaftliche Autonomieräume usurpiert. Von den großen Sozialsystemen – und darin begegnen sich Habermas These von der Kolonialisierung der Lebenswelt und Kritische Systemtheorie – gehen jeweils spezifische Gefahren aus, denen insbesondere durch die Einziehung von Responsivitätspflichten gegenüber der gesellschaftlichen Umwelt (Menschen, Systeme, natürliches Ökosystem) zu begegnen ist.<sup>96</sup>

Wertkritik und Etatismuskritik überführt kritische Systemtheorie in konkrete Gegenmodelle, mit denen sie sich in den Kampf um (die) Sozialadäquanz des Rechts einmischt. Weil das Ganze das Unwahre ist,<sup>97</sup> muss, wer – so Teubner unter Bezug auf Adorno – „Chaos in die Ordnung“ bringen will,<sup>98</sup> das System von Innen aushebeln – um „endlich einmal in diesen Muff einen Funken zu bringen, der ihn möglicherweise doch explodieren lässt.“<sup>99</sup>

<sup>92</sup> *Fischer-Lescano/Teubner* Regime-Kollisionen, 2006.

<sup>93</sup> *Teubner/Fischer-Lescano* Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?, in: Graber (Hrg.), *Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*, 2009, i.E.

<sup>94</sup> *Teubner* Fn. 19.

<sup>95</sup> *Fischer-Lescano* Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 2008, 166 ff.; siehe auch *Ladew* Kritik der Abwägung, 2004, 9 ff.

<sup>96</sup> *Teubner/Korth* Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft, in: Kötter/Schuppert (Hrg.), *Normative Pluralität ordnen*, 2008, i.E.

<sup>97</sup> *Adorno* *Minima Moralia*, AGS 4, 55.

<sup>98</sup> *Adorno* ebd., 143: „In nuce. – Aufgabe von Kunst heute ist es, Chaos in die Ordnung zu bringen.“ Hierzu: *Teubner* Fn. 27, 23 und 31 und *Wiethölter* Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, in: *Teubner* (Hrg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 1994, 89 ff. (107).

<sup>99</sup> *Adorno* *Erziehung zur Mündigkeit*, 1971, 133 ff., 137.





### 5. Emanzipatorisches Ideal im „Verein freier Menschen“

„Stellen wir uns endlich, zur Abwechslung, einen Verein freier Menschen vor [...]“<sup>100</sup>

Kritische Systemtheorie dekonstruktiver Art eruiert die Möglichkeitsbedingungen für die Realisierung des klassischen emanzipatorischen Ideals<sup>101</sup> und geht der Frage nach, wie Mündigkeit als Ausgang aus verdinglichten Verhältnissen, die für Adorno keineswegs naturwüchsig sind, sondern bloß noch Rückstand überholter historischer Entwicklung,<sup>102</sup> möglich ist. Ausgangspunkt dieser Bemühung ist, dass die gesellschaftliche Einrichtung, unter der wir leben, nach wie vor heteronom ist, dass also „kein Mensch in der heutigen Gesellschaft wirklich nach seiner eigenen Bestimmung existieren kann.“<sup>103</sup>

In keinem Fall, so kann man die Arbeiten Kritischer Systemtheorie auf den Punkt bringen, sollte man die „Kühe aufblasen, um mehr Milch zu bekommen“<sup>104</sup> und die weltgesellschaftlichen Fragen dem weltpolitischen System überantworten, das es dann nur noch zu weltrepublikisieren gälte. Politik als System, dieser Fetisch der Kollektivierung, ist Opium des Volkes, Institutionalisierung phantasmagorischer und uneingelöster Selbstzuständigkeitserklärungen. Stattdessen heißt die Utopie: Weltzivil(rechts)gesellschaft ohne Staat. Pax bukowina statt pax americana.<sup>105</sup> Verein(e) freier Menschen.

Daraus ergibt sich eine ganze Reihe konkreter Forderungen, deren Ziel es ist, in kritisch-emanzipatorischer Perspektive in den Institutionen und Praktiken der Wirklichkeit je den normativen Nucleus freizulegen, sich in den Kampf um die *magna charta* gegenüber transnationalen Matrices einzumischen und jeweils spezifische Organisations- und Menschenrechte zu entwickeln. Anders aber als im Modell der Gleichursprünglichkeit von politischen Partizipations- und Menschenrechten, geht es Kritischer Systemtheorie nicht um ein prozedurales Rechtfertigungsmodell, das in abstrakter Form die Bedingungen der universellen Zustimmungsfähigkeit von Normen untersucht, auch nicht um die Implementierung substanzieller und mit Hilfe von Ausgangsfiktionen in elitär-dezisionistischer Form gewonne-

<sup>100</sup> Marx Das Kapital I, MEW 23, 92.

<sup>101</sup> Derrida Gesetzeskraft – Der ‚mystische Grund der Autorität‘, 1996, 60: „Nichts scheint mir weniger veraltet zu sein als das klassische emanzipatorische Ideal.“

<sup>102</sup> Adorno Philosophie und Lehrer (1962), in: ders., Erziehung zur Mündigkeit, 1971, 29 ff. (43).

<sup>103</sup> Adorno Fn. 99, 144.

<sup>104</sup> Luhmann Politik der Gesellschaft, 1999, 215.

<sup>105</sup> Teubner Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in: Rechtshistorisches Journal 15 (1996), 255 ff.





ner Vorstellungen vom Gerechten,<sup>106</sup> sondern um die Stabilisierung normativer Widerständigkeit in praxi.<sup>107</sup> Mittels der Generalisierung und Respezifizierung der Funktion von Verfassung als evolutorische Errungenschaft sollen gesellschaftliche Konstitutionalisierungsprozesse unterstützt, stabilisiert und auf Dauer gestellt werden, deren Kernanliegen es ist, die gesellschaftlichen Institutionen sozial responsiv zu halten;<sup>108</sup> sei es durch unmittelbare Verpflichtung von Privaten auf Menschen- und Grundrechte,<sup>109</sup> durch die Verpflichtung auf Umweltrechte,<sup>110</sup> auf Tierrechte<sup>111</sup> und auf Institutionenrechte im Ridder'schen Sinn des Schutzes transpersonaler Freiheitsräume.<sup>112</sup>

Neben diesen polydirektionalen Abwehr-, Leistungs- und Zugangsrechten zur Solidaritätsverpflichtung<sup>113</sup> öffentlicher und privater Gewalten ist der Prozess der Rechtsgenerierung selbst zu vergesellschaften; nicht lediglich über eine paternalistische Humanisierung politischer Institutionen, die nicht judizierbare Akklamationsrechte an NGOs verteilen und deren Funktion in den Call-Centern und Focus-Points von Global Governance auf Widerstandseindämmung durch Einwicklung und Zermürbung zurechtstutzen, sondern in erster Linie durch originäre Zuweisung von Recht-Fertigungs- und Klage-Rechten:<sup>114</sup> zivilgesellschaftliche Rechtssetzung durch Skandalisierung; strukturelle Kopplung von Diskussion und Dezision in Entscheidungssituationen durch die zwingende und rechtlich zu strukturierende Etablierung von Kopplungen der heterarchischen und polyzentrischen, privaten und öffentlichen Organisations- und Spontanbereiche; die Rückgabe von Entscheidungen in gesellschaftliche Selbstregulierungsprozesse. Kurzum: Es geht um die Öffnung gesellschaftlicher Strukturentscheidungen für den demokratischen Prozess durch die Entwicklung weltgesellschaftlicher Verfassungsrechte, die die autonomisierenden Potentiale in der globalen Zivilgesellschaft freilegen.<sup>115</sup>

<sup>106</sup> Siehe jeweils die Kritik von Ingeborg Maus an Rawls und Habermas: *dies.* Der Urzustand, in: Höffe (Hrg.), John Rawls. Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1999, 71 ff. und *dies.* Freiheitsrechte und Volkssouveränität, in: Rechtstheorie 26 (1995), 507 ff.

<sup>107</sup> Teubner Die Erblast, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2008, 3 ff. (3).

<sup>108</sup> Zur Bedeutung der Subjektivierungsformel des Rechts in diesem Zusammenhang Menke Fn. 43, 81 ff.

<sup>109</sup> Teubner Fn. 19, 161 ff.

<sup>110</sup> Teubner/Fischer-Lescano Fn. 93.

<sup>111</sup> Teubner Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteursstatus in Recht und Politik, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 27 (2006), 5 ff.

<sup>112</sup> Hierzu Fischer-Lescano/Christensen Das Ganze des Rechts, 2007, 287 ff.

<sup>113</sup> Zur solidarischen Ökonomie siehe Demirović Demokratie in der Wirtschaft, 2007, 273 ff.

<sup>114</sup> Hierzu Wiethölter Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13 ff.

<sup>115</sup> Teubner Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft, in: Simon/Weiss (Hrg.), Zur Autonomie des Individuums, 2000, 437 ff.;





Das Kernanliegen Kritischer Systemtheorie ist die Instaurierung weltgesellschaftlicher Selbstbestimmungsverhältnisse und besteht im Aufbrechen von Stratifikationsmustern der gesellschaftlichen Institutionen. Der systemtheoretische Gedanke der Verpflichtung sozialer Systeme auf soziale Responsivität ist hier durchaus parallel zu dem Konzept der Mimesis in der Kritischen Theorie, radikalisiert dies aber durch die Forderung, dass die Möglichkeitsbedingungen dafür zu schaffen sind, dass nicht nur das Kunstsystem als „Organ der Mimesis“<sup>116</sup> fungiert. Vielmehr müssen die Weltordnungen der sozialen Systeme ein mimetisches Verhältnis zur außersystemischen Realität einnehmen. „Transzendenz in der Wirklichkeit erscheinen zu lassen, d. h. die Negation des Bestehenden in der Mimesis des Bestehenden“<sup>117</sup> ist dann nicht nur Aufgabe der Kunst, sondern aller sozialen Systeme, die so eingerichtet sein müssen, dass „das Subjekt, auf wechselnden Stufen seiner Autonomie, sich zu seinem Anderen, davon getrennt und doch durchaus nicht getrennt“, stellen kann.<sup>118</sup>

Die Kultivierung der Ästhetik des Widerstands<sup>119</sup> ist, so kann man kritische Systemtheorie zusammenfassen, kein Spezifikum des Kunstsystems, sondern es ist darum zu tun, die widerständigen Praxen in Normierungen abzusichern, Spontanitätbereiche freizuhalten und der Idee der demokratischen Organisation gesellschaftlicher Institutionen, Organisationen, Netzwerke zur Durchsetzung zu verhelfen.<sup>120</sup> Demokratisierung und Gewährleistung der sozialen Responsivität gesellschaftlicher Institutionen von Wirtschaft, Recht, Religion etc. ist das Programm,<sup>121</sup> das keiner der eingerichteten und ausgeübten Institutionen Bestandsschutz gewähren kann. Gegen Tendenzen wohlgeordneter Selbstkontinuierung der postmodernen Gesellschaft spielt die Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule wie auch die Kritische Theorie vielmehr

„ihre Präferenz für Unordnung, Revolte, Abweichung, Variabilität und Veränderung aus. Sie protestiert im Namen der Gesellschaft, der Menschen und der Natur – doch sie tut dies aus dem inneren Arkanum [...] heraus. Subversive Gerechtigkeit ist [ihr] der Stachel im Fleisch. Meuterei auf der Bounty – dies ist die Botschaft“.<sup>122</sup>

*ders.* Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State, in: Dobner/Loughlin (Hrg.), *The Twilight of Constitutional Law*, 2009, i.E.

<sup>116</sup> Adorno Fn. 70, 169; ferner: *Horkheimer/Adorno* Fn. 39, 205; hierzu *Gebauer/Wulf* *Mimesis*, 1992, 389 ff. und *Metscher* *Mimesis*, 2. Aufl., 2004, 17 ff.

<sup>117</sup> *Marcuse* *Kunst und Befreiung*, Nachgelassene Schriften 2, 2000, 138.

<sup>118</sup> Adorno Fn. 70, 86.

<sup>119</sup> *Weiss* *Die Ästhetik des Widerstands*, Bd. 1–3, 1978–1981.

<sup>120</sup> *Teubner* Was kommt nach dem Staat?, in: *Wissenschaftskolleg, Köpfe und Ideen*, 2008, 36 ff. (40), abrufbar (14. 09. 2008) über [www.wissenschaftskolleg.de](http://www.wissenschaftskolleg.de); siehe schon *Teubner* *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, 1978.

<sup>121</sup> *Fischer-Lescano/Teubner* Fn. 92, 53 ff.

<sup>122</sup> *Teubner* Fn. 27, 21.

