

# Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie

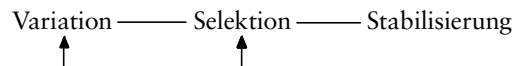
Anmerkungen zum Theorierahmen von Marie Theres Fögens Forschungsprogramm

I. Das Recht der modernen Wirtschaftsgesellschaft hat sich nie wirklich der Mechanismen seiner eigenen *Evolution* vergewissert. K.-H. Ladeur (1995: 238) hat diesen Umstand damit erklärt, dass dieses Recht bis tief in das 20. Jahrhundert hinein »auf Ausgleich von Schwankungen um einen sich selbst erhaltenden Ruhepunkt« ausgerichtet war. Richtig daran ist, dass die Rechtsregeln, die den »harten Kern« des Kapitalismus bilden (Eigentum, Vertrag usw.), dem Recht keine besondere Fähigkeit zum Wandel abverlangen. Das ist gerade ihre List: Sie entlasten das Rechtssystem in evolutionärer Hinsicht, indem sie die Entfaltung des Rechts unmittelbar von den *Gesellschaftsstrukturen* selbst abhängig machen (Teubner 1991: 539 f.). Dadurch wird der Anpassungsdruck, den die Gesellschaft auf das Recht ausübt, insofern entschärft, als dieses nicht zu »verstehen« braucht, was in der Gesellschaft konkret vor sich geht (Luhmann 1993: 455).

Nur vor diesem Hintergrund ist zu erklären, dass sich in der Rechtswissenschaft des späten 19. und des 20. Jahrhunderts – subliminal, nicht reflektiert – ein Evolutionsverständnis verbreiten konnte, das auf einen vulgarisierten Darwin zurückgeht (aufschlussreich: Kiesow 1997: 82 ff.): auf die Vorstellung, dass die »natürliche Auslese« die alleinige Antriebskraft der Evolution sei (Stanley 1998: 19 f.). Dieses Evolutionsverständnis hat zur Folge, dass die (rechtsinterne) Erarbeitung alternativer Normhypothesen als bloßer Nachschub von »Rohmaterial« aufgefasst wird, aus dem dann die Gesellschaft die ihr am besten angepassten Rechtsregeln auswählt. Nach diesem Verständnis sind keine wei-

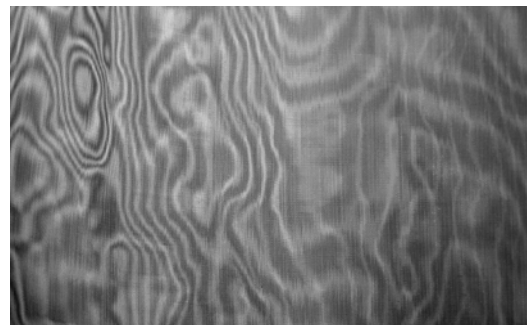
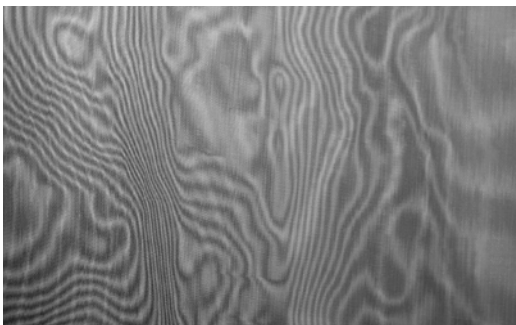
teren rechtsgestalterischen Kräfte vorhanden; die Evolution des Rechts wird ausschließlich von (rechtsexternen) sozialen Kräften gesteuert. Das Recht ist, was seine eigene Entwicklung angeht, »an sich« frei formbarer Stoff und damit wird es auch zum Paradox (»Wem gehört das zwölfte Kamel?«; Luhmann 2000).

Der entscheidende Fortschritt von N. Luhmanns Theorie der Rechtsevolution liegt darin, die Fundamentalprämisse des Darwinismus (Selektion = *externer* Evolutionsfaktor) umgedreht zu haben (Selektion = *interner* Evolutionsfaktor; cf. insb. Luhmann 1984: 57; ferner Teubner 1989: 72). Rechtsevolution kann – so N. Luhmann (1993: 277 f.) – »... nicht als Punkt-für-Punkt-Reaktion auf Außenanstöße [begriffen werden]. Die Evolution operiert zirkulär, indem sie teils mit Variation auf Außenanstöße reagiert und teils die Stabilisierung zur Motivierung von Innovationen wiederverwendet:



Dieses nicht sequentielle, sondern zirkuläre Modell der Evolution erlaubt es, die Frage nach evolutionären Veränderungen der Bedingungen für Rechtsevolution zu stellen«. Die Sehweise von N. Luhmann ist deshalb ein Fortschritt, weil sie in einem evolutionstheoretischen Kontext eine Thematisierung des juristischen *proprium* erlaubt, d. h. der internen Dynamik des Rechts, die dem herkömmlich unterstellten Panselektionsismus entgegenwirkt.

M. Th. Fögen (2002b: N 5–10) schlägt nun vor, diese Theorie auch für die Rechtsgeschichte



fruchtbar zu machen, und das heißt eben konkret: *Rechtsgeschichte als Wissenschaft der »evolutionären Veränderungen der Bedingungen für Rechtsevolution« anzudenken*. Das ist ein in mancherlei Hinsicht bemerkenswerter Vorschlag, nicht zuletzt deshalb, weil er darauf hinausläuft, *die bisher nicht reflektierte Änderbarkeit des Rechts über die rechtsinterne Reflexionstheorie (an der Rechtsgeschichte unstreitig teilhat) in die Selbstbeschreibung des Systems aufzunehmen*. Weshalb sich in jüngster Zeit auf allen Ebenen der Reflexionstheorie des Rechts die Bemühungen in diese Richtung vermehren, hat wahrscheinlich mit dem zunehmend beobachtbaren Verlust der inneren Konsistenz des Rechts zu tun, der in der Rechtsprechung größere Interpretationsfreiheiten durchsetzt und damit ein Bedürfnis nach richterlichen, vor allem methodischen Bindungsmechanismen, die *vorübergehende* Anpassungen des Rechts an *vorübergehende* gesellschaftliche Lagen ordnen und disziplinieren, verspüren lässt. Nachstehend geht es freilich nur um einen Teilausschnitt aus diesem in seinen Implikationen noch kaum überschaubaren Fragenkreis: um erste, tentative Gedanken zur Frage, ob der von M. Th. Fögen gewählte Theorierahmen der rechtswissenschaftlichen Ergründung von Rechtsevolution *angemessen* ist.

II. Auf Anhieb mag das Vorhaben überraschen, Rechtsgeschichte mit Systemtheorie anzugehen, der zufolge Recht als *ausdifferenziertes* Funktionssystem der Gesellschaft zu begreifen ist. Denn ein solches System setzt eine *entsprechende* Gesellschaftsformation, d. h. soziale Differenzierung, voraus, die in antiken und vormodernen Kulturen nicht vorhanden war. Vergibt man sich auf diese Weise nicht ohne Not die Möglichkeit, auch das Recht segmentärer und stratifizierter Gesellschaften zu erforschen? Die Bejahung die-

ser Frage würde im Ergebnis auf eine durch nichts zu rechtfertigende Verengung des Evolutionsbegriffes hinauslaufen. Erfasst wird mit diesem Begriff nämlich nicht bloß die Frage nach der *Operationsweise* evolutorischer Mechanismen, sondern gerade auch diejenige nach der (evolutionären!) *Herausbildung* eben dieser Mechanismen. Aus dieser spezifischen Perspektive ist deshalb gegen M. Th. Fögen (2002a: 17; cf. auch dies. 2002b: N 16) nichts einzuwenden, wenn sie meint: »Rechtsgeschichte heißt dann, mithilfe des evolutionstheoretischen Instrumentars von Variation, Selektion und Restabilisierung zu beobachten, welches die Bedingungen der Möglichkeit waren, dass Recht so wurde, wie wir es in jeweiligen historischen und gegenwärtigen Situationen vorfinden.«

Unproblematisch ist diese Aussage freilich nicht: Mit der Rechtsevolutionslehre N. Luhmanns, die, wie gesagt, das klassisch-darwinistische Schema der Kombination von Variations-, Selektions- und Retentionsfunktionen *internalisiert* (also in das System »hineinverlagert«), werden zugleich auch »Unentscheidbarkeitslatenzen« übernommen, die in diesem Schema seit jeher angelegt sind. Es ist das Verdienst von S. J. Gould & R. C. Lewontin (1979), diese »Unentscheidbarkeitslatenzen« im Rahmen einer Kritik des sog. »adaptionistischen Programms« offengelegt zu haben. Unter diesem Begriff verstehen diese Autoren einen bestimmten Stil der Erklärung evolutionärer Phänomene: »This programme regards natural selection as so powerful and the constraint upon it so few that direct production of adaptation through its operation becomes the primary cause of all organic form, function, and behaviour« (Gould & Lewontin 1979: 584 f.). Adaptionismus schließt die Möglichkeit mehr oder weniger aus, dass Evolution von anderen Kräften gesteuert wird als von

solchen, die sich in der Umwelt (also außerhalb) der evolvierenden Einheit entfalten und wirken. Die »endogene« Logik dieser Einheit spielt im Evolutionsprozess über die (gerade nicht gestalterische, sondern Gestaltung erst »ermöglichende«) Variation hinaus keine nennenswerte Rolle; die schöpferische Rolle kommt hauptsächlich der Selektionsfunktion zu, die von »exogenen« Faktoren erfüllt wird. Dadurch wird nun aber der heuristische Wert evolutionstheoretischer Analysen, die nach adaptionistischem Muster verfahren, untergraben, weil, wie S. J. Gould & R. C. Lewontin (1979: 587f.) deutlich machen, der Adaptionismus keine Kriterien zur Verwerfung adaptionistischer Hypothesen bereithält. Das Erklärungsmuster wird so zwangsläufig un schlüssig: Wenn der Maßstab zur Würdigung solcher Hypothesen der Adaptionismus selbst ist, dann wird eben jede von ihnen akzeptabel. Und plausible adaptionistische Erklärungen gibt es immer im Überschuss (Gould & Lewontin 1979: 588: »[P]lausible stories can always be told«). Das Defizit des »adaptionistischen Programms« ist deshalb im Wesentlichen darin zu erblicken, dass ein *theoriegesteuertes Merkmal, welches eine Auswahl zwischen verschiedenen derartigen Hypothesen erlauben würde*, nicht zur Verfügung gestellt wird. Aus dieser Feststellung schließen S. J. Gould & R. C. Lewontin (1979: 588) zutreffend: »The key to historical research lies in devising criteria to identify proper explanations among the substantial set of plausible pathways to any modern result.«

Das Problem an N. Luhmanns Theorie der Rechtsevolution liegt ersichtlich darin, dass mit der Internalisierung der »adaptionistischen Trias« in das evolvierende System hinein *keine solche »Identifikationskriterien«* geschaffen werden. Mit dieser Feststellung sollen die ansehnlichen Fortschritte dieser Theorie nicht geleg-

net werden. N. Luhmann gelingt es durchaus, Rechtsevolution als Anpassung an sich ändernde soziale Bedarfslagen zu thematisieren, ohne dass das zwangsläufig implizierte, »[...] daß die Umwelt das Rechtssystem determiniert« (Luhmann 1993: 276). Indem er aber Rechtsevolution neu als adaptionistisches »Steigerungsverhältnis« (Luhmann 1984: 48) von Rechtssystem und Gesellschaft fasst, entschärft er lediglich die heuristische Unbestimmtheit des Adaptionismus, ohne sie zu beheben. Die *interne* Logik des Rechtssystems rückt zwar als Evolutionsfaktor in das Blickfeld; damit wird die Kritik von S. J. Gould & R. C. Lewontin am Adaptionismus immerhin *teilweise* gegenstandslos, nämlich insofern, als nunmehr auch *andere* als adaptionistische Erklärungen zugelassen werden, insbesondere solche, die evolutorische Errungenschaften auf die *Autopoiesis* des Rechtssystems zurückführen. Unklar bleibt bei N. Luhmann aber, wie die »endogenen« und die »exogenen« Kräfte im Evolutionsprozess konkret zusammenspielen, um das Rechtssystem zu gestalten. Also fehlt es weiterhin an einem theoretisch fundierten Kriterium, um aus einem Set von konkurrierenden evolutorischen Hypothesen eine Auswahl zu treffen.

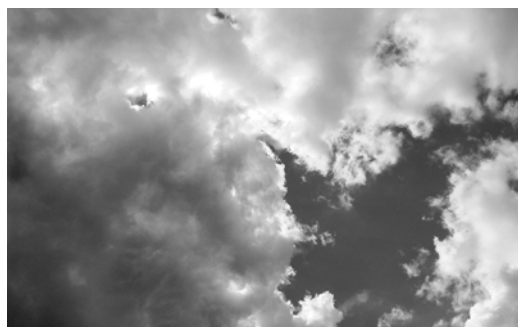
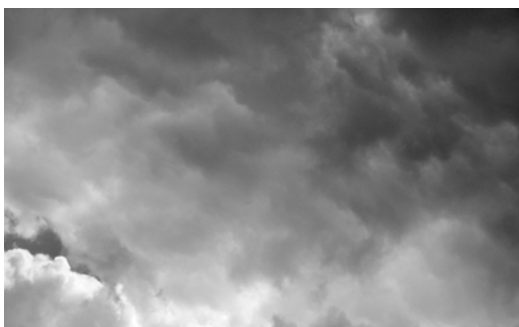
III. Rechtsgeschichte evolutionstheoretisch aufzuziehen kann nur lohnen, wenn dadurch eine »Theorie möglicher Geschichte« (Koselleck 1989: 205) gewonnen wird. Denn: »Ob eine Geschichte ökonomisch oder theologisch gedeutet werden soll, ist zunächst keine Frage des Quellenbestandes, sondern theoretischer Vorentscheidung« (op. cit.: 206). Oder anders gewendet: »Die Entscheidung darüber, welche Faktoren zählen sollen oder nicht, fällt zunächst auf der Ebene der Theorie, welche die Bedingungen möglicher Geschichte setzt« (loc. cit.).

Ob N. Luhmanns Lehre von der Rechtsevolution in der gegenwärtigen Fassung schon so konsolidiert ist, dass sie als Basis für eine »Theorie möglicher Rechtsgeschichte« dienen kann, mag im Lichte des Gesagten fraglich scheinen. Zweifellos ist sie in der Lage, einzelne im Rechtssystem und in seiner Umwelt wirkende Kräfte den funktionalen Kategorien der Variation, Selektion und Stabilisierung zuzuweisen. Neben dieser klassifikatorischen Leistung ist sie indessen unfähig, in theoriegeleiteter Manner Aufschluss darüber zu geben, *wie diese Kräfte zu einem evolutorischen Prozess kombiniert werden*. Und darauf käme es an, wenn, wie von M.Th. Fögen angestrebt, Rechtsgeschichte als Wissenschaft der »evolutionären Veränderungen der Bedingungen für Rechtsevolution« betrieben werden soll. Es käme darauf an zu erfahren, *aus welchem Grund* das Recht in einer bestimmten Phase seiner Evolution »... gerade so viel ›Leben‹ auf[nahm], wie es... benötigte, und so viel, wie es verarbeiten konnte und wollte« (Fögen 2002a: 210).

Wie diese weißen Flecken sich in M.Th. Fögens (2002a) brillanten Deutungen »Römischer Rechtsgeschichten« auswirken, wird erkennbar, wenn man diese Deutungen als das liest, was sie im Grunde genommen sind: über die Historie des antiken Rechts hinausreichende *rechtstheoretische* und *-soziologische* Versuche, dem »Naturgesetz des Rechts« näher zu kommen, dieses in generalisierter Form auszudrücken. Das sei am Beispiel der vorgeschlagenen Lektüre von Lucretias Geschichte (Fögen 2002a: 21 ff.; 2002b: N 16) skizziert. Trotz ihrer Eleganz hinterlässt diese Lektüre insofern einen verwirrenden Nachgeschmack, als unklar bleibt, mit welchen *Leitdifferenzen* gearbeitet wird: Geht es um den politischen Diskurs (wofür die von M.Th. Fögen gewählte Terminologie zu

sprechen scheint), um den (Staats-) Rechtsdiskurs (was vom Forschungsgegenstand nahegelegt wird) oder um einen anderen Kontext? Ist Lucretias Selbstmord politische, rechtliche oder moralische Kommunikation? Oder ist er einfach eine (nicht weiter erklärungsbedürftige) Irritation eines sozialen Systems? Dann aber: Irritation welchen Systems? M.Th. Fögen (2002a: 26 f.) entscheidet sich für etwas Subtileres. Sie will in diesem tragischen Akt die evolutionsgesteuerte Emergenz eines Mechanismus, der fortan eine evolutorische Funktion übernehmen wird, sehen: *Variation*. Diese an sich plausible These – plausibel vor allem in ihrer Verknüpfung mit den staatsrechtlichen Vorlesungen von Brutus, die den Römern das Spektrum möglicher politischer Organisationen aufzeigen (Fögen 2002a: 27) – gerät in dem Moment in Schiefelage, in dem es die Herausbildung von Mechanismen der *Selektion* auszumachen gilt: Kann von »Gründungslegende« noch die Rede sein, wenn in dem von M.Th. Fögen aufgedeckten Selbstverständnis der Römer die postulierte Selektion (Wahl einer »republikanischen« Verfassung) als *Verweigerung* einer staatspolitischen und -rechtlichen Entscheidung (bloße Modifizierung der Monarchie) behandelt wird? Muss man hier nicht viel eher – zumal wenn man mit der Überwindung der Differenz von Fakten und Fiktionen Ernst machen will (Fögen 2002a: 14) – *Evolution eines bereits differenzierten Rechtssystems* annehmen (cf. auch op. cit: 35 Anm. 66 m. Nw.)? Und was wird schließlich mit der Hinrichtung der Söhne des Brutus, die erfolglos versucht hatten, die neue Republik zu stürzen, *restabilisiert*? Das Gesetz? Die Republik als Form der Politik? Beides zugleich?

Selbstredend können diese Mysterien der Rechtsgeschichte an dieser Stelle – schon mangels Fachkompetenz des Rechtstheoretikers – nicht



weiter hinterfragt werden. Bezweckt wird mit den aufgeworfenen Fragen allein, die *Entwicklungsperspektiven* von N. Luhmanns Rechts-evolutionslehre – und damit zugleich diejenigen des vielversprechenden Forschungsprogramms M. Th. Fögens – zu thematisieren. Sollte die vorliegende Einschätzung zutreffen, dass diese Lehre das Zusammenspiel von »internen« und »externen« Evolutionsfaktoren nur unzulänglich beleuchtet, bestünde eine Möglichkeit ihrer Weiterführung darin, an jüngere evolutionstheoretische Arbeiten anzuknüpfen, die sich der Erforschung des wechselseitigen Verhältnisses von *Selbstorganisation* komplexer Systeme einerseits und *selektiven* Einflüssen der systemischen Umwelten andererseits widmen. Teils in Rückbesinnung auf die sog. »teleomechanistische« Forschungstradition des 19. Jahrhunderts, die die Gesetzmäßigkeiten der Evolution vornehmlich in der Entwicklung des Embryos suchte (Depew & Weber 1995: 175), gehen diese Arbeiten davon aus, dass Phylogenie und Ontogenie im Evolutionsprozess enger zusammenspannen, als dies der orthodoxe Darwinismus annimmt (Schwartz 1999: 330 ff., insb. 349 ff.). Diese Annahme veranlasst zur Zeit einige Autoren zur Frage, ob die herrschende Lehre nicht durch einen »New Developmentalism« zumindest ergänzt werden sollte (Gray 2001: 185 ff.).

Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem die Theorie S. A. Kauffmans (1993; 1995; 2000) von Interesse, weil sie auch *sozialwissenschaftliche* Anwendungsmöglichkeiten kennt. Mit Hilfe ausgedehnter Computersimulationen hat dieser Autor die These untermauert, dass Evolution nicht nur *eine* Quelle von Ordnung, sondern deren *zwei* voraussetzt: *Selektion* (als »exogener« Faktor) und *spontane Organisation* (als »endogener« Faktor). Damit wird die Frage nach der Form, in welcher diese beiden Kräfte

miteinander interagieren, unausweichlich. S. A. Kauffman antwortet darauf, dass der Selektionsmechanismus ohne das Vorliegen spontaner Ordnungsbildung nicht auskommt, d. h. nur funktionieren kann, soweit das evolvierende System eine ganz bestimmte *innere, selbstbezügliche Ordnung* aufweist. Die Besonderheit dieser Ordnung besteht darin, dass sie das System immer wieder an den *Rand des Chaos* treibt und gerade dadurch seine *Evolutionsfähigkeit* sicherstellt. S. A. Kauffman erklärt diesen Umstand mit einer in dieser Weise ausgelösten Steigerung der dynamischen Eigenschaften des Systems: *Weil dieses in einem geordneten Regime operiert, das aber an chaotische Regimes angrenzt, besitzt es ein potenziertes Vermögen, Perturbationen aus der Umwelt zu verarbeiten und zu absorbieren.* Weder verhält es sich wie ein Kristall, das auf externe Irritationen überhaupt nicht reagiert, noch ist es für jede, auch noch so geringe Störung empfindlich, so dass es sofort in chaotische Zustände abdriftet. Vielmehr ist es am Rande des Chaos fähig, sich selbst zu organisieren und sich so (mit Unterstützung selektiver Kräfte) an seine Umwelt zu adaptieren (cf. zum Ganzen Amstutz 2001: 278 ff. m. Nw.)

Ich meine, dass dieser Ansatz verheißungsvolle Möglichkeiten bietet, die systemtheoretische Lehre von der Rechtsevolution weiterzuentwickeln, und dass er zumal auch geeignet ist, M. Th. Fögens Forschungsprogramm die benötigte (gegenwärtig noch ungenügende) *Theorieleitung* zur Verfügung zu stellen. Nicht nur scheint er imstande zu sein, die Frage zu behandeln, wie das Recht in der gesellschaftlichen Differenzierung den anderen Sozialsystemen Leistungen erbringen kann, die nicht Spiegelbilder der Rationalität eben dieser Systeme sind, sondern mit juristischem *proprium* versehen sind und zugleich responsiv für gesellschaftlichen

Wandel bleiben. Er gibt auch handfeste Anweisungen, um die Herausbildung evolutionärer Fähigkeiten des Rechtssystems zu analysieren. Dadurch sollte namentlich das *mysterium tremendum* erschließbar werden, wie Recht gesellschaftliche Adäquität ohne Verlust seiner Eigenlogik gewährleisten kann, was auch rechtshistorisch die Leitfrage bilden sollte. Um abschließend nochmals an die Geschichte Lucretias und des Ursprungs der römischen Republik anzuknüpfen: Vielleicht sollte man Theodor Mommsen, der einst schrieb, »[...] die Grün-

dung der Republik sei mit ›innerer Nothwendigkeit‹ aus dem ›Organismus‹ der alten Politie erfolgt« (M. Th. Fögen 2002b: N 16), nicht vollständig zurückweisen. Vielleicht liegt die Zukunft der evolutionstheoretischen Forschung im Recht in einem Theorierahmen, der die »adaptionistische Trias« mit dem Studium der autologischen Kräfte, die die evolvierende Einheit entfaltet, fruchtbar kombiniert (cf. für einen Vorschlag in diese Richtung Amstutz 2001).

**Marc Amstutz\***

#### Literatur

- AMSTUTZ, MARC 2001: Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft, Baden-Baden: Nomos.
- DEPEW, DAVID J. & WEBER, BRUCE H. 1995: Darwinism Evolving: Systems Dynamics and the Genealogy of Natural Selection, Cambridge, Mass. / London: MIT Press.
- FÖGEN, MARIE THERES 2002a: Römische Rechtsgeschichten: Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- 2002b: Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems, in diesem Band.
- GOULD, S. J. & LEWONTIN, R. C. 1979: The spandrels of San Marco and the Panglossian paradigm: a critique of the adaptionist programme, in: Proceedings of the Royal Society London B 205, 581–598.
- GRAY, RUSSEL D. 2001: Selfish Genes or Developmental Systems?, in: RAMA SINGH et al. (eds.), Thinking About Evolution: Historical, Philosophical, and Political Perspectives, Cambridge et al.: Cambridge University Press, 184–201.
- KAUFFMAN, STUART A. 1993: The Origins of Order: Self-Organization and Selection in Evolution, New York / Oxford: Oxford University Press.
- 1995: At Home in the Universe: The Search for Laws of Self-Organization and Complexity, New York / Oxford: Oxford University Press.
- 2000: Investigations, Oxford et al.: Oxford University Press.
- KIESOW, RAINER MARIA 1997: Das Naturgesetz des Rechts, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- KOSELLECK, REINHART 1989: Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- LADEUR, KARL-HEINZ 1995: Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 2. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot.
- LUHMANN, NIKLAS 1984: Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1993: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2000: Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 21, 3–60.
- SCHWARTZ, JEFFREY H. 1999: Sudden Origins: Fossils, Genes, and the Emergence of Species, New York et al.: J. Wiley.
- STANLEY, STEVEN M. 1998: Macroevolution: Pattern and Process, 2nd ed., The Johns Hopkins University Press: Baltimore and London.
- TEUBNER, GUNTHER 1989: Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1991: Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft, in: ZAPF, WOLFGANG (Hrsg.), Die Modernisierung moderner Gesellschaften: Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1990, Frankfurt / New York: Campus, 528–551.

\* Prof. Dr. iur., LL.M. (Harv.), Rechtsanwalt, Ordinarius für schweizerisches Privatrecht an der Universität Freiburg i.Ue.