

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg7>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 7 (2005)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg07/013-032>

Rg **7** 2005 13–32

Manfred Aschke

Einheit

Theoretische Aspekte des Großtransfers von Recht und juristischem Personal

Abstract

The unification of the German states in 1990 was accompanied by a major transfer of law and a remarkable transfer of legal staff. The legislation which followed in the train of the unification was extraordinary in its dimensions. It does not, however, present fundamentally new problems for the evolutionary theory of social systems. The role of conscious, intentionally planned political action as well as the efficiency of legislation – both striking aspects of German unification – can reasonably be taken into consideration by the theory. The challenging question is how western administrative law could settle down and survive in the »niche« consisting of the heritage of the former GDR, despite the fact that citizens in Eastern Germany for the most part have little understanding of the principles of western administrative law. The phenomenon of such a weak structural coupling between communication systems and individual mind was possible because of the lack of any alternative. People in Eastern Germany can use the new law because it is managed by a Professional legal staff, and they depend on the utilization of the new law even if they scarcely understand it and even if they do not accept that it is just law. The evolutionary theory of social systems can explain why there is little probability of alternatives in spite of weak structural coupling. Therefore the theory must observe not only the communication systems but also the coordination that has grown up on the basis of the new communication systems and that has led to an evolutionary path which limits other possibilities.



Einheit

Theoretische Aspekte des Großtransfers von Recht und juristischem Personal*

»Liebster Freund,

... Wir können nicht verkennen, dass wir lediglich unter der Gewalt leben. Das ist desto einschneidender, da es von denen kommt, die wir gegen die ... Gewalt ... riefen und die uns jetzt, nachdem sie jene bewältigen geholfen, wie einen besiegten Stamm behandeln; indem sie die wichtigsten Einrichtungen, ohne uns zu fragen, hier über den Haufen werfen und andere dafür nach Gutdünken oktroyieren; obenan ihr schlechtes Strafgesetzbuch, worin eine Reihe von Paragraphen – längst der juristischen wie der Moralkritik verfallen – ehrlichen Leuten gefährlicher sind als den Spitzbuben, die sie angeblich treffen sollen. Und obwohl Preußen – sowohl wegen der Art, wie sie das Land gewonnen, als auch, weil wir zum geistigen Leben der Nation ein so großes Kontingent gestellt wie nur irgend ein Teil von Preußen – alle Ursache zu bescheidenem Auftreten bei uns hat, so kommt doch jeder dumme Kerl von dort mit der Miene des kleinen persönlichen Erobers und als müsse er uns erst die höhere Weisheit bringen. ... Auf diese Weise einigt man Deutschland nicht.«¹

Wie hätte Theodor Storm die deutsche Einigung des Jahres 1990 kommentiert, aus ostdeutscher Perspektive? Es ist reizvoll, sich danach zu fragen. Aber die Fälle unterscheiden sich in mancher Hinsicht. Das gilt auch für das Selbstbewusstsein und den Stolz, mit dem Theodor Storm die eigenen Rechtseinrichtungen würdigt.

Wenden wir uns also der Vereinigung des Jahres 1990 zu. Ich erinnere in groben Zügen an die Ereignisse.

1 Rechtstransfer nach dem Einigungsvertrag vom 31. August 1990

Durch den Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990,²

den Einigungsvertrag (EV), wurde vereinbart, dass die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen am 3. Oktober 1990 Länder der Bundesrepublik Deutschland werden (Art. 1). Nach den Artikeln 3, 4 und 8 EV galt im früheren Staatsgebiet der DDR mit dem Wirksamwerden des Beitritts am 3. Oktober 1990 nicht nur – mit einzelnen beitriffsbedingten Änderungen – das Grundgesetz, sondern im Wesentlichen das gesamte Bundesrecht der Bundesrepublik Deutschland. Die Anlage I zum Einigungsvertrag sah umfangreiche Überleitungsbestimmungen vor, die für einen Übergangszeitraum Modifikationen des Bundesrechts für das Beitrittsgebiet enthielten. Nach Art. 9 EV blieb das bei Abschluss des Einigungsvertrages geltende Recht der DDR als Landesrecht in Kraft, soweit es mit dem Grundgesetz, dem durch den Einigungsvertrag in Kraft gesetzten Bundesrecht und dem unmittelbar geltenden Recht der Europäischen Gemeinschaften vereinbar war. Auch dazu enthielt der Einigungsvertrag in Anlage II ein umfangreiches Konvolut von Übergangsregelungen. Das Recht der DDR, das danach Geltung behielt, war allerdings zu diesem Zeitpunkt schon durch die Volkskammer der DDR weitgehend an das Recht der Bundesrepublik Deutschland angepasst worden. Grundlage dafür war der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990.³ Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 17. Juni 1990⁴ hatte tragende Verfassungsgrundsätze des Grundgesetzes übernommen. Auf einfachgesetzlicher Ebene erfolgte ei-

* Überarbeitete und um Anmerkungen ergänzte Fassung des Vortrags am 21.2.2005 auf der Tagung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main zum Thema »Transfer in system- und evolutionstheoretischer Perspektive«. Der Vortragsstil ist weitgehend beibehalten.

1 Theodor Storm am 16.8.1867 an Friedrich Eggers, in: THEODOR STORM, Briefe, hg. von PETER GOLDAMMER, 2. Aufl., Berlin 1984, Bd. 1, 509. Der historische Kontext ist die Hilfe Preußens gegen die Dänen im deutsch-dänischen Krieg von 1864, der nach dem Krieg von 1866 zwischen Preußen und Österreich die Annexion der Herzogtümer Schleswig

und Holstein als preußische Provinzen folgte.

2 BGBl. II, 889.

3 GBl. DDR I, 322, BGBl. II, 537.

4 GBl. DDR I, 299.

ne umfangreiche Übernahme von Rechtsgrundsätzen und Regelungen aus der Bundesrepublik. So war mit der Kommunalverfassung der DDR vom 17. Mai 1990⁵ die kommunale Selbstverwaltung wieder eingeführt worden. Das Gesetz über die Bauordnung vom 20. Juli 1990⁶ orientierte sich an der Musterbauordnung und damit an den im Wesentlichen übereinstimmenden Regelungen der westdeutschen Länder für das materielle Bauordnungsrecht und das Verwaltungsverfahren der Bauaufsichtsbehörden. Schon die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion hatte danach wenig vom Recht der DDR aus der Vorwendezeit übriggelassen.

Nimmt man alles in allem, galt auf dem Gebiet der ehemaligen DDR zum Teil seit der Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion und vollends seit Wirksamwerden des Beitritts der DDR zur BRD am 3. Oktober 1990 auf einen Schlag die gesamte Rechtsordnung der westlichen Republik. Innerhalb der ersten 10 Jahre nach der staatlichen Vereinigung wurde diese Struktur weiter konsolidiert. Die neuen Bundesländer schufen zahlreiche eigene Landesgesetze, die sich in den Grundzügen, oftmals aber bis ins Detail an landesrechtlichen Vorbildern aus den alten Ländern orientierten.⁷ Die Übergangsbestimmungen des Einigungsvertrages und die beitriffsbedingten Sonderregelungen für die neuen Länder sind inzwischen ausgelaufen oder sind, soweit sie sich bewährt haben, auch mit allgemeiner Geltung in das Bundesrecht übernommen worden.⁸ Inzwischen dürfte es keine nennenswerten Unterschiede zwischen den Gesetzen der alten und der neuen Länder mehr geben, die über die durch den Föderalismus bedingte Variationsbreite hinausgehen.

Die Besonderheit des Rechtstransfers, der mit dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland verbunden war, beruht aber nicht

nur auf der weitgehenden Übertragung einer kompletten Rechtsordnung, sondern auch darauf, dass ein beachtlicher Teil der Schlüsselstellungen in der Verwaltung und bei den Gerichten, in den juristischen Fakultäten der Universitäten, aber auch in den rechtsberatenden freien Berufen mit Personen besetzt wurden, die aus Westdeutschland stammten und dort ihre juristische Ausbildung erhalten hatten.⁹ Eine Sonderstellung nehmen dabei die Verwaltungsgerichte ein. Sie wurden zu Beginn praktisch ausnahmslos mit westdeutschen Richterinnen und Richtern besetzt. Dafür gab es handfeste Gründe. Es gab in der DDR nach Ausbildung und Erfahrung niemanden, dem man die verwaltungsgerichtliche Kontrolle hätte anvertrauen können und wollen, ganz davon abgesehen, dass auch ein Großteil der ostdeutschen Bürger DDR-Juristen als Richtern nicht vertraute. Das Recht, vor allem aber das Verwaltungsrecht hatte in der DDR nicht annähernd die eigenständige Bedeutung, die ihm in westlichen Gesellschaften zukommt. Die funktionale Differenzierung in Teilsysteme gesellschaftlicher Kommunikation (Recht, Politik, Wirtschaft, Wissenschaft etc.), ein zentrales Kennzeichen moderner Gesellschaften, war in der DDR-Gesellschaft weitgehend zugunsten der Dominanz des politischen Systems zurückgebildet worden. Zwar gab es auch in der DDR eine Fülle von Rechtsvorschriften, die die umfangreiche Tätigkeit der staatlichen Verwaltung und der Staatswirtschaft organisierten.¹⁰ Aber Funktion und Leistung dieses Verwaltungsrechts unterschieden sich grundlegend vom westlichen Muster. Die Verwaltung war in der DDR streng hierarchisch aufgebaut und durch das Prinzip der politischen Leitung unter Führung der SED geprägt.¹¹ Eine kommunale Selbstverwaltung mit eigener Satzungs-, Organisations- und Finanzhoheit gab es nicht.¹² In diese Struktur war auch

5 GBl. DDR I, 255.

6 GBl. DDR I, 929.

7 Z. B.: Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei vom 4. Juni 1992 (GVBl., 199) und Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Ordnungsbehörden vom 18. Juni 1993 (GVBl., 323).

8 Ein Beispiel ist der Vorhaben- und Erschließungsplan (§ 12 BauGB), der zunächst als Sonderregelung

für die neuen Länder zum Zweck der beschleunigten Erschließung ganzer Baugebiete durch einen Investor »erfunden« wurde.

9 Dazu HELMUT WOLLMANN, Entwicklung des Verfassungs- und Rechtsstaates in Ostdeutschland als Institutionen- und Personaltransfer, in: Transformation der politisch-administrativen Strukturen in Ostdeutschland, hg. von DEMS. u. a., Opladen 1997, 25 ff.

(zur Justiz 41 ff. und die Tabellen auf 45 und 46).

10 WOLLMANN (Fn. 9) 26 m. w. N.

11 GERHARD SCHULZE, Entwicklung der Verwaltungsstruktur in der DDR, in: Verwaltungsstrukturen der DDR, hg. von KLAUS KÖNIG, Baden-Baden 1991, 45 ff.

12 Vgl. BGHZ 127, 285 ff.; 128, 140 ff.; OVG Weimar, Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2002, 285 ff.

die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit eingebunden.¹³ Es gab keine Garantie der richterlichen Unabhängigkeit. Höhere staatliche Stellen konnten sich jederzeit einschalten, wenn es in einem gerichtlichen Verfahren um eine wirklich oder vermeintlich politische Frage ging.

Abgesehen von späten und rudimentären Ansätzen¹⁴ hatte die DDR keinen gerichtlichen Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Verwaltung zugelassen.¹⁵ Einen gewissen Schutz bot nur das Eingabewesen.¹⁶ Nach den Worten von Wolfgang Bernet, einem Verwaltungsrechtswissenschaftler der DDR, war das Verwaltungsrecht der DDR durch ein »situationales Billigkeitsdenken« und nicht durch strikte Rechtsbindung gekennzeichnet.¹⁷ Formale Präzision, vor allem aber Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit des Rechts waren der staatlichen Verwaltung der DDR weitgehend fremd. Es konnte daher auch im Zeitpunkt der Vereinigung in der ehemaligen DDR kaum Personal geben, das in der Lage gewesen wäre, das nunmehr geltende neue Verwaltungsrecht nach professionellen Standards zu verstehen, zu handhaben und auf seiner Grundlage gerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren. Die DDR wies überhaupt im Vergleich mit der Bundesrepublik eine äußerst geringe Dichte an juristisch ausgebildetem Personal auf. Einer Studie der Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR vom Mai 1987 zufolge waren in den örtlichen Räten der Städte und Gemeinden sowie der Kreise in der ganzen DDR nur 731 juristisch ausgebildete »Kader« tätig.¹⁸

2 Fragestellungen

Ich will es zunächst bei dieser Skizze der Ausgangsbedingungen und Ereignisse belassen. Denn es geht mir im Folgenden nicht um eine detaillierte Beschreibung der Transformation der

Verwaltung und des Verwaltungsrechts in den neuen Ländern, sondern um eine theoretische Fragestellung. Die außergewöhnlichen Vorgänge im Zuge der Herstellung der deutschen Einheit sind im Folgenden Anlass und Hintergrund für eine Überprüfung grundlegender Konzepte der System- und Evolutionstheorie zur Beschreibung und Erklärung von Prozessen des Transfers von Recht. Dabei möchte ich mich hier auf drei Fragen konzentrieren, auf das evolutionstheoretische Konzept der Variation (3), auf die Rolle des Gesetzes und die systemtheoretische Annahme der autopoietischen Geschlossenheit des sozialen Teilsystems Recht (4) und auf das Konzept der strukturellen Koppelung im Rahmen der Theorie der Evolution sozialer Systeme (5).

3 Blinde Variation

Die deutsche Einheit hat vor Augen geführt, dass es offenbar möglich ist, mit einem komplexen Gesetzgebungsakt für ein Land mit einer Bevölkerung von 17 Millionen Menschen die komplette Rechtsordnung auszutauschen und eine nicht nur in Details, sondern auch in grundsätzlichen Aspekten neue Rechtsordnung zu installieren. Widerlegt diese Erfahrung nicht insbesondere eine zentrale Annahme der auf soziale Systeme angewandten Evolutionstheorie, die Annahme, dass soziale Innovation auf »blinder« Variation und nicht auf bewusster Steuerung beruht?

Aber ist der Rechtstransfer im Fall der deutschen Einheit überhaupt ein Problem der Evolutionstheorie? Wenn eine Tierart auf ein neues Territorium vordringt, zum Beispiel über eine neu entstandene Landbrücke auf eine Insel wandert, ist das für die Theorie der biologischen Evolution kein Erklärungsproblem. Es stellt sich nicht die Frage, wie sich auf der bisher nicht

13 HUBERT ROTTLEUTHNER u. a., Steuerung der Justiz in der DDR, Köln 1994; INGA MARKOVITS, Die Abwicklung. Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz, München 1993, 108 ff.; WOLLMANN (Fn. 9) 25 f.

14 Gesetz über die Zuständigkeit und das Verfahren der Gerichte zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen – GNV – vom 14.12.1988 (GBl. DDR I, 327).

15 Zur Diskussion über die Einführung subjektiver Rechte und ihres Schutzes durch Verwaltungsgerichte in der DDR siehe WOLLMANN (Fn. 9) 26 f.

16 FELIX MÜHLBERG, Bürger, Bitten und Behörden. Geschichte der Eingabe in der DDR, Berlin 2004.

17 WOLFGANG BERNET u. HELMUT LECHER, Die DDR-Verwaltung im Umbau, Regensburg 1990, 40; DIES., Zustand einer DDR-Stadt-

verwaltung vor den Kommunalwahlen vom 6.5.1990, LKV 1991, 68 ff. (70 f.).

18 GERHARD SCHULZE, Verwaltungspersonal und Verwaltungsausbildung, in: Verwaltungsstrukturen der DDR, hg. von KLAUS KÖNIG, Baden-Baden 1991, 147 ff. (148).

besiedelten Insel in kurzer Zeit eine neue Tierart entwickeln konnte. Sie hat sich nicht dort entwickelt, sondern woanders, und ist dann fertig eingewandert. Nicht anders verhält es sich offenbar mit dem Rechtstransfer bei der Vereinigung der deutschen Staaten. Das neue Recht ist fix und fertig in das Gebiet der ehemaligen DDR »eingewandert«.

Damit würde man es sich aber wohl zu leicht machen. Denn das Bild von der Tierart, die ein neues Territorium besiedelt, ist schief; zumindest ist im Fall der »Einwanderung« von Recht in ein Gebiet, in dem es bisher nicht gegolten hat, unklar, wie Recht »wandern« kann. Jedenfalls spielt dabei offensichtlich die Gesetzgebung eine entscheidende Rolle, und damit eine Institution, die auch jenseits von Vorgängen, die wir als Transfer bezeichnen würden, grundlegende Bedeutung für Veränderungen des Rechts besitzt. Die Gesetzgebung zur deutschen Einheit ist insoweit ein in seinen Dimensionen extremer Sonderfall von Gesetzgebung, der uns in verschärfter Form vor die Frage stellt, wie das Phänomen der Gesetzgebung mit Evolutionstheorie, u. a. mit dem evolutionstheoretischen Konzept der »blinden Variation« vereinbar ist.

Ich halte den Begriff der »blinden« Variation im Kontext der Theorie sozialer Evolution allerdings nicht für glücklich.¹⁹ Für die Bedeutung des Zufalls in der biologischen Evolution vermag er als treffende Metapher zu dienen. Er bringt zum Ausdruck, dass bei der biologischen Evolution kein Schöpfer sehenden Auges die Entwicklung der Arten plant und steuert. Das ist der notwendige Kontrapunkt zu der von der Evolutionstheorie abgelösten Vorstellung der göttlichen Schöpfung der Artenvielfalt. Der Mechanismus der Variation in der biologischen Evolution, insbesondere die genetische Mutation, kann ungeachtet aller im Einzelnen auch hier

noch offenen Fragen ohne Gefahr von Missverständnissen als »blind« bezeichnet werden, weil Bewusstsein an ihm in der Tat keinen Anteil hat.

Das ist bei der Evolution sozialer Systeme anders. Grundelement sozialer Systeme und zugleich Einheit der Variation sozialer Systeme ist die Kommunikation. An Kommunikation aber ist Bewusstsein beteiligt, zumindest in dem von Luhmann vielfach beschriebenen Sinn, dass die Autopoiese von Kommunikation das gleichzeitige kommunikative Handeln von Menschen und damit Bewusstsein in ähnlicher Weise voraussetzt, wie Denken ohne Gehirntätigkeit nicht möglich wäre.²⁰ Deshalb stellt sich die Frage, ob die Metapher der »blinden« Variation auch für die um das Grundelement der Kommunikation herum gebaute eigenständige, von der biologischen Evolution zu unterscheidende Evolution sozialer Systeme passt. Ich habe den Eindruck, dass diese Metapher hier mehr Verwirrung als Klarheit stiftet.

Meine These lautet: Individuelles Bewusstsein ist nicht der Träger von Variation in der Evolution sozialer Systeme, wohl aber ihr wichtigster *Auslöser*. Zugleich behaupte ich, dass diese Annahme die Schlüssigkeit des theoretischen Konzepts der Evolution sozialer Systeme nicht infragestellt. Zur Vermeidung von nahe liegenden Missverständnissen bedarf es einer Klarstellung: Die These, dass Bewusstsein der wichtigste Auslöser für Variation in der Evolution sozialer Systeme ist, darf nicht mit der ganz anderen Vorstellung verwechselt werden, wonach das Individuum »Träger« oder »Einheit« der Variation sozialer Systeme sei.²¹ Einheit der Variation in der Evolution sozialer Systeme ist auf systemtheoretischer Grundlage die Kommunikation. Variation findet insofern grundlegend im Kommunikationssystem statt und ist nicht mit den Operationen des Bewusstseins identisch.

19 Vgl. auch NIKLAS LUHMANN, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1997, 463 mit Anm. 97.

20 Siehe etwa LUHMANN (Fn. 19) 103.

21 Zur Kritik an dieser individualistischen Vorstellung LUHMANN (Fn. 19) 456 ff. m. w. N. in Anm. 86 und 87.



Es geht hier also nur um die These, dass Variation von Kommunikation durch bewusstes Handeln von Individuen *ausgelöst* wird. Damit ist die Frage noch nicht beantwortet, welche Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Vorstellungen und Intentionen, die das Individuum mit seinen Aktivitäten verbindet, sich über die Stufen der Variation und der Selektion in der Evolution der sozialen Systeme hinweg durchsetzen können. Stellt man die Frage so, unterscheidet man also scharf zwischen Auslösung und Durchsetzung von Variation, dann erweist sich die auf der grundlegenden Unterscheidung der Operationssysteme beruhende Skepsis der Systemtheorie gegenüber den Möglichkeiten von bewusster Steuerung sozialer Evolution auch empirisch als durchaus plausibel.²² Zwischen subjektiver Intention und Variation von Kommunikation findet bereits eine »Vorselektion« durch die symbolischen Strukturen des Mediums Sprache und die semantischen Strukturen des jeweiligen sozialen Systems statt, die darüber entscheidet, ob ein Vorschlag überhaupt als Variation in das Kommunikationssystem eingeht.²³

Wie kann man sich die zufälligen Ereignisse vorstellen, die zur Variation von Kommunikation führen? Man könnte in Analogie zur genetischen Mutation an »Kopierfehler« denken, das würde heißen an Vorgänge wie Versprechen und Verschreiben, Verhören und Verlesen und an das darauf beruhende oder auch sonst mögliche Missverstehen, das die Fortsetzung von Kommunikation prinzipiell in gleicher Weise ermöglicht wie das Verstehen. Es ist denkbar, dass beim Verstehen ein Sinn entsteht, der bei der Auswahl der Information nicht gemeint war. Aber ist es wirklich plausibel, Variation von Kommunikation auf diese Fälle zu reduzieren?²⁴ Können wir ausschließen, dass Variation auch dadurch erzeugt wird, dass Menschen etwas Neues, Ori-

nelles denken und dafür auch eine sprachlich gelungene Form finden, in der sie es mit der Aussicht, verstanden zu werden, in soziale Kommunikation einbringen? Voraussetzung dafür, dass Bewusstsein zu Variationen im Kommunikationssystem führen kann, ist die Aufnahmefähigkeit von Kommunikation für Variationen, die von menschlichem Bewusstsein angestoßen werden. Die wichtigsten Mechanismen der Variation sind mit den Möglichkeiten der Sprache gegeben, mit der Negation insbesondere, die es erlaubt, einen Sinnvorschlag abzulehnen,²⁵ oder mit dem Modulcharakter der Sprache, der es erlaubt, vertraute Begriffe zu neuen Bedeutungen zusammenzusetzen.

Wenn wir aber das von menschlichem Bewusstsein getragene kommunikative Handeln als den wichtigsten Auslöser von Variation zulassen, muss die Frage gestellt werden, ob und in welchem Sinn dann überhaupt von Evolution die Rede sein kann.

Evolution setzt zum einen voraus, dass Variation nicht in Abhängigkeit von den Strukturen des Systems erfolgt, in diesem Sinne also für das System Zufall ist. Variation unter vollständiger Kontrolle des Systems wäre keine Innovation. Ein schlüssiges Evolutionskonzept setzt nach meiner Auffassung zweitens voraus, dass auch Selektion nicht in Abhängigkeit von den Strukturen des Systems erfolgt, insoweit also ebenfalls für das System Zufall ist.²⁶ Selektion unter vollständiger Kontrolle des Systems würde zu Erstarrung führen und Anpassung des Systems an Erfordernisse der Umwelt verhindern. In diesem letzteren Punkt setze ich mich allerdings in Widerspruch zu Luhmanns Annahme, dass es jedenfalls in der Evolution sozialer Systeme ausschließlich interne Selektion nach Selektionswerten gibt, die Luhmann als »Strukturaufbauwert von Kommunikationsvarianten« umschreibt.²⁷

22 LUHMANN (Fn. 19) 463 mit Anm. 97 beruft sich auf den Test seiner skeptischen These am Fall der

»zunächst in ihrer Intention und Planmäßigkeit beeindruckenden« Erfindung von Verfassungen in: DERS., Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990) 176 ff.

23 Eine solche Vorselektion im Ausprobieren von Anstößen für genetische Variation wird auch in der

Biologie diskutiert; siehe dazu die Nachweise bei LUHMANN (Fn. 19) 457 mit Anm. 88.

24 Vgl. dazu LUHMANN (Fn. 19) 459: Gelegentliches Sichversprechen, Schreib- oder Druckfehler seien viele zu seltene und belanglose Vorfälle, als dass sie einer Gesellschaft ausreichende Selektionschancen eröffnen könnten.

25 Darin sieht LUHMANN (Fn. 19) 459 ff. den wichtigsten Variations-

mechanismus sozialer Systeme.

26 Dazu MANFRED ASCHKE, Kommunikation, Koordination und soziales System. Theoretische Grundlagen für die Erklärung der Evolution von Kultur und Gesellschaft, Stuttgart 2002, 150 ff., 284 ff.

27 LUHMANN (Fn. 19) 454.

Und Evolution setzt zum dritten voraus, dass Variation und Selektion unabhängig voneinander erfolgen, dass es ein systematisches Feedback zwischen Selektion und Variation, eine Veränderung in Abhängigkeit von den Resultaten der Selektion nach dem Muster des Lamarckismus nicht gibt. Denn wenn Variation vom Selektionsmechanismus gesteuert würde, gäbe es keine Innovation. Das für die Evolution charakteristische unberechenbar-kreative Moment würde fehlen. Es gäbe nichts als Anpassung, die unmittelbar auf das System durchschlagen würde. Aber Evolution ist entgegen einem vielfach bestehenden Missverständnis nicht einfach Anpassung. Umgekehrt gilt nach meiner Auffassung aber auch, dass von Evolution nur die Rede sein kann, wenn die Selektion unabhängig vom Variationsmechanismus erfolgt. Denn anderenfalls gäbe es keine wirkungsvolle Selektion, keinen »Bewährungstest« nach differenziellen Wertkriterien, sondern ein unmittelbares Durchschlagen der Variation auf die Resultate des Prozesses. Auch dies wäre keine Evolution. Evolution ist Auswahl aus einem Spektrum von Variationen. Sie hat begrenzende Wirkung und bringt differenzielle Bewährungskriterien zur Geltung. Variation und Selektion halten sich also wechselseitig in einer Balance, und das ist nur möglich, wenn sie unabhängig voneinander erfolgen.

An dieser Stelle ist ein kurzer Seitenblick auf die evolutionstheoretische Argumentation von Ulrich Witt aufschlussreich. Witt vertritt einen eigenständigen Ansatz der evolutionären Ökonomie (»Kontinuitätshypothese«).²⁸ Er spricht zwar auch von einer in die Resultate der biologischen Evolution eingebetteten und auf ihnen aufbauenden Evolution der Ökonomie, aber er lehnt eine Übertragung der (Neo-)Darwinschen Prinzipien von Variation, Selektion und Retention/Replikation aus der biologischen Evolu-

tionstheorie auf kulturelle Veränderungen im Sinne eines Universellen Darwinismus strikt ab. In diesem Kontext stellt er als einen wesentlichen Unterschied zwischen biologischer und kultureller Evolution heraus, dass das entscheidende Abgrenzungsmerkmal der Darwinschen Evolutionstheorie die Abwesenheit eines systematischen Feedbacks zwischen Selektion und Variation sei, ein solches Feedback aber für die ökonomische Evolution gerade charakteristisch sei. Denn ökonomische Evolution beruhe darauf, dass Menschen Auswege erfinden, wenn sie von Selektionszwängen bedroht würden.²⁹

Witts Beobachtung halte ich empirisch für plausibel. Aber seine Schlussfolgerung, wegen der Beteiligung von Bewusstsein an den Prozessen kultureller und sozialer Veränderung, wegen der bewussten Suche nach Lösungen für Selektionskrisen und wegen der gezielten Erfindungen zu ihrer Bewältigung seien die evolutionären Prinzipien von Variation, Selektion und Retention für die Beschreibung und Erklärung kultureller und sozialer Evolution ungeeignet, ist dann nicht stichhaltig, wenn man mit der Systemtheorie in der von Luhmann geforderten Konsequenz scharf zwischen Kommunikation und Bewusstsein als eigenständigen, jeweils systemisch geschlossenen Operationsformen unterscheidet.³⁰ Denn dann verändern sich auch die Perspektiven für die Frage nach der wechselseitigen Unabhängigkeit von Variation und Selektion in der Evolution sozialer Systeme. Ich will das im Folgenden in der gebotenen Kürze skizzieren:

Bewusstsein ist für Kommunikation Umwelt, und umgekehrt gilt das Gleiche. Als der Berner Patentamtsangestellte Albert Einstein die Relativitätstheorie erfand, war das für das Kommunikationssystem Wissenschaft Zufall. Hätte die etablierte Physik, um mit einer Wendung Luhmanns zu sprechen,³¹ in das Gehirn von

28 ULRICH WITT, *Individualistische Grundlagen der evolutiven Ökonomie*, Tübingen 1987; DERS., *The Evolving Economy*, Cheltenham 2003.

29 On the Proper Interpretation of »Evolution« in Economics and its Implications, e. g., for Production Theory, Manuskript (2004), 5. Eine ähnliche Argumentation findet sich zum Beispiel für den Kontext der Evolution der Wissen-

schaft bei L. JONATHAN COHEN, *Is the Progress of Science Evolutionary?*, in: *British Journal for the Philosophy of Science* 1973, 41 ff. (47 f.).

30 Grundlegend NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1988, 191 ff., 346 ff.; DERS. (Fn. 19) 92 ff., 105.

31 LUHMANN (Fn. 19) 105.

Einstein hinüberdenken und Einsteins Gedanken kontrollieren können, hätte sie dem jungen Albert Einstein seine Ideen schon in der Entstehung ausgedrückt. Als Einstein seine spezielle Relativitätstheorie 1905 veröffentlichte, war das (sc.: die Veröffentlichung, nicht schon die Ideen dafür in Einsteins Gehirn) eine Innovation im Kommunikationssystem Wissenschaft. Ob die Wissenschaft diese neuen Ideen als Variation aufgreifen und ob sie sich als allgemein anerkannte Theorie durchsetzen würden, war zu diesem Zeitpunkt noch offen. Und es hat immerhin 14 Jahre lang gedauert, bis britische Wissenschaftler im Jahr 1919 bei einer totalen Sonnenfinsternis den ersten empirischen Bewährungstest für die Relativitätstheorie erbrachten und ihr damit zu weltweiter Bekanntheit verhalfen. Unumstritten war die Relativitätstheorie deshalb in der Physik noch lange nicht.

Das Maß an Unabhängigkeit und Uner-schrockenheit des Denkens, das Einstein ausgezeichnet hat, ist sicherlich ein Sonderfall. Aber auch für weniger geniale Menschen gilt, dass das individuelle Bewusstsein nicht durch soziale Systeme gesteuert und kontrolliert wird.

Aber wie sieht es umgekehrt aus? Ist individuelles Bewusstsein in der Lage, soziale Systeme zu steuern? Hat nicht der Gesetzgeber bei der deutschen Einheit eine komplette Rechtsordnung errichtet, die dann im Wesentlichen so, wie er sich das vorgestellt hat, auch funktioniert? Die Systemtheorie schließt Beziehungen von Kontrolle und Steuerung in beiden Richtungen aus. Individuelles Bewusstsein kann Kommunikationssysteme nur irritieren oder anregen, nicht steuern oder kontrollieren. Man muss allerdings die Differenzen, die von der Systemtheorie zugrundegelegt werden, genau beachten. Bewusstsein ist immer das Bewusstsein einzelner Menschen. An Kommunikation, insbesondere an

derart komplexen Kommunikationsprozessen, wie sie im Zuge der deutschen Einheit stattgefunden haben, wirkt eine Vielzahl von mit Bewusstsein begabten Menschen mit. Die Vorstellung, dass ein Einzelner in der Lage gewesen wäre, diesen Ablauf zu steuern, verbietet sich von selbst. Selbst dem »Kanzler der Einheit« trauen wir eine solche Leistung nicht zu. Wenn Kommunikation ein Vorgang ist, der die Selektionen der Information, der Mitteilung und des Verstehens umfasst, kann schon von den Grundelementen der Kommunikation her individuelles Bewusstsein keine Kontrolle über Kommunikation erlangen. Kommunikation führt für die beteiligten Individuen immer wieder zu Überraschungen. Bei der Vereinigung der deutschen Staaten war das nicht anders. Und auch bei politischen Systemen, die institutionell auf einen charismatischen Führer eingeschworen sind, wird man das nicht anders sehen können. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass auch der charismatische Führer eine soziale Konstruktion ist, die vielleicht ohne die konkrete individuelle Person nicht denkbar wäre und ihr außergewöhnliche Wirkungschancen eröffnet, die aber jedenfalls nicht mit ihr identisch, sondern Produkt komplexer Kommunikationsvorgänge ist.

Wie steht es nun mit der Unabhängigkeit der Selektion? Luhmann nimmt in dieser Hinsicht an, dass es jedenfalls in der Evolution sozialer Systeme so etwas wie externe Selektion mit der Folge einer Anpassung an Strukturen der Umwelt nicht gebe.³² Nimmt man dagegen an, dass auch für soziale Systeme ein externer Bewährungsdruck besteht, dass also Kommunikation und Kommunikationsvarianten sich in ihrer Umwelt, in ihrer »ökologischen Nische« sozusagen, bewähren müssen,³³ dann wird einerseits deutlich, dass die Kriterien, nach denen Erfolg oder Misserfolg bewertet werden, von Umweltfakto-

32 LUHMANN (Fn. 19) 431 ff., 473 ff., 477.

33 MANFRED ASCHKE (Fn. 26), insbesondere 150 ff. 284 ff.

ren abhängig sind und nicht vom Kommunikationssystem selbst beherrscht werden. Das Rechtssystem konnte zwar nach seinen Kriterien entscheiden, dass das Verwaltungsrecht der alten Bundesrepublik seit dem 3. Oktober 1990 auch auf dem früheren Staatsgebiet der DDR Geltung beansprucht. Aber es kann nicht darüber entscheiden, ob es von den Bürgern in den neuen Ländern akzeptiert, ob es befolgt und praktisch umgesetzt wird. Es kann die Bedingungen für eine solche Akzeptanz verbessern, aber es kann die Akzeptanz nicht selbst gewährleisten.

Andererseits stellt sich auch hier das Problem, dass zur Kommunikationsumwelt das Bewusstsein menschlicher Individuen gehört. Wenn aber Bewusstsein sowohl an Variation als auch an Selektion beteiligt ist, bestätigt sich dann nicht doch, auch unter systemtheoretischen Vorzeichen, dass es den von Ulrich Witt konstatierten bewussten Ausweg aus Selektionskrisen und damit ein systematisches Feedback zwischen Selektion und Variation gibt?

Um diese Frage zu beantworten, möchte ich zunächst eine weitere Unterscheidung einführen, und zwar eine Unterscheidung, die für die biologische Evolutionstheorie als grundlegend gilt, die aber nach meiner Auffassung auch für eine Theorie der Evolution sozialer Systeme unverzichtbar ist. Die biologische Evolutionstheorie unterscheidet bekanntlich zwischen Genom und Soma oder zwischen Genotyp und Phänotyp. Das Gen ist die grundlegende Einheit, die für die Übertragung (Reproduktion) und Innovation der genetischen Information sorgt. Der individuelle Organismus ist die grundlegende Einheit, die es ermöglicht, die genetische Information, deren Träger sie ist, der Bewährung in der Umwelt und damit der externen Selektion auszusetzen. Die These Lamarcks zur Erklärung der beobachteten Vielfalt der Arten, ihrer Verwand-

tschaftsbeziehungen, ihrer Veränderung und ihrer Zweckmäßigkeit war, dass die Eigenschaften, die der individuelle Organismus in der Auseinandersetzung mit den Lebensbedingungen in seiner Umwelt erworben hat, in die Erbinformation eingehen und auf die nächste Generation vererbt werden. Diese These konnte empirisch nicht bestätigt werden. Die Darwinsche Evolutionstheorie setzt eine solche Vererbung erworbener Eigenschaften nicht voraus. Sie geht im Gegenteil von der Annahme der ungerichteten, zufälligen Veränderung der genetischen Information aus, die später durch die Entdeckung der molekulargenetischen Mechanismen der Mutation bestätigt worden ist. Die daraus resultierende spezifische Struktur der biologischen Evolution gewährleistet zweierlei:³⁴ Zum einen sorgt sie dafür, dass die Variationsbreite des Genpools einer Art sich nur langsam verschiebt und begrenzt bleibt; würde jede individuell erworbene Eigenart sich in der Erbinformation niederschlagen, wäre die genetische Einheit der Art schnell bedroht. Zum anderen schützt sie die genetische Stabilität der Art vor einem Verlust der im langfristigen Durchschnitt bewährten Eigenschaften durch eine schnelle Anpassung an kurzfristige Schwankungen der Umweltbedingungen. Ein spezifisches Merkmal von Evolution ist also die Unabhängigkeit der Übertragung und Innovation der langfristig für die Stabilität einer Art bedeutsamen genetischen Information von der Anpassungsleistung, die der individuelle Organismus unter den räumlich variierenden und kurzfristig schwankenden Bedingungen seiner jeweiligen Umwelt erbringen muss.

Eine ähnliche Unterscheidung ist auch im Rahmen einer Theorie der Evolution sozialer Systeme geboten.³⁵ Kommunikation kann nur dann ein operativ geschlossenes System bilden, wenn sie sich gegenüber der unmittelbaren Ko-

34 Siehe dazu insbesondere GREGORY BATESON, *Geist und Natur. Eine notwendige Einheit*, Frankfurt a. M. 1987, 184 ff.

35 Siehe dazu ASCHKE (Fn. 26), insbesondere 150 ff., 284 ff.

ordination von Handlungen in einer Interaktion, in die sie entstehungsgeschichtlich eingebettet war, verselbständigt und auf der Grundlage symbolischer Medien ein operatives »Eigenleben« entwickelt. Die Kommunikationssysteme, die Luhmann beschreibt, bestehen aus Sinnoperationen. Sie sind, um mit einem Terminus von F. A. von Hayek zu sprechen, abstrakte Ordnungen.³⁶ Sie stellen soziale Sinn-Modelle bereit und eröffnen damit Spielräume für konkrete individuelle, zugleich aber sozial koordinierte Handlungen. Diese »Koordinationen«, also etwa Interaktionen, Organisationen, Institutionen oder Netzwerke, entsprechen dem, was Hayek als »konkrete Ordnung« bezeichnet. Erst die Koordination erfolgt unter konkreten Umweltbedingungen, an bestimmten Orten, zu bestimmten Zeiten, mit den dort verfügbaren Ressourcen, mit dem Bewusstsein und den Handlungskompetenzen der konkret entscheidenden und handelnden Individuen. Am Gelingen der Koordination entscheidet sich, wie sich ein Kommunikationssystem in seiner »ökologischen Nische« bewährt. Die Koordination ist die Einheit der externen Selektion in der Evolution sozialer Systeme.

Folgt man dieser Überlegung, dann kann und muss man die Frage nach dem Verhältnis von Selektion und Variation unter Einbeziehung der Unterscheidung von Kommunikation und Koordination präziser fassen. Es geht dann um die Frage, ob die Eigenschaften von Koordinationen, die unter dem Anpassungsdruck der Umwelt entstehen, die »erworbenen sozialen Eigenschaften« also, unmittelbar als »Information« in das Kommunikationssystem zurückgeführt und als evolutionäre Errungenschaft sozusagen »vererbt« werden. Am Beispiel des Rechts hätte man etwa zu fragen, ob eine von zwingendem Kaufrecht abweichende Gestaltung und

Abwicklung eines Kaufvertrages, für die die Beteiligten vielleicht in ihrer konkreten Situation bessere Gründe als nur schlichte Unkenntnis des geltenden Rechts haben mögen, ohne weiteres geltendes Recht wird und von nun an für künftige Vertragsgestaltungen zur Verfügung steht. Oder man könnte fragen, ob neue, bisher nicht für zulässig gehaltene Vertragsgestaltungen, die Unternehmen in Netzwerkstrukturen entwickeln, mit einem gewissen Automatismus zu geltendem Recht werden, sobald sie sich in einem konkreten Fall bewährt haben. In den beiden Beispielen, die das Recht betreffen, muss man die Frage eindeutig verneinen. Im Fall des Rechts wird die Unabhängigkeit der abstrakt-generellen Rechtsordnung von den Anpassungsleistungen der Rechtspraxis institutionell gesichert. Es bedarf einer Änderung der Gesetze oder der Rechtsfortbildung durch die Gerichte, um Innovationen im geltenden Recht herbeizuführen. Der Grundsatz der Gewaltenteilung gewährleistet diese Unabhängigkeit des Rechts von den Anpassungsleistungen der konkreten Praxis auch gegenüber Politik und Verwaltung.

Meine Schlussfolgerung lautet: Selektionsmechanismen und Variationsmechanismen unterscheiden sich auch in der Evolution sozialer Systeme und sind voneinander unabhängig. Der Umstand, dass Menschen beobachten können, was sich in der Praxis bewährt und was nicht, dass sie daraus Schlussfolgerungen ziehen und nach neuen Lösungen suchen können, die Variationen in sozialen Systemen auslösen können, schließt eine hinreichende Trennung der Funktionen von Variation und Selektion nicht aus.

4 Das Gesetz und das Teilsystem Recht

Gegen die bisherigen Überlegungen kann man nun einwenden, dass es bei einem Vorgang

³⁶ FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, Rechtsordnung und Handlungsordnung, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften. Ringvorlesung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Br. im Wintersemester 1966/1967, Karlsruhe 1967, 195 ff.

wie der deutschen Einheit in der Tat nicht ernsthaft darum gehen könne, ob ein Einzelner das Geschehen bewusst beherrscht habe, sondern vernünftigerweise nur um die Frage, ob ein sozialer Akteur, der Gesetzgeber, das Recht gezielt habe gestalten können. Die Überlegungen des vorangehenden Abschnitts machen deutlich, dass es bei dieser Frage trotz der personalisierenden Rede von »dem Gesetzgeber« in systemtheoretischer Perspektive bereits darum geht, ob ein Teilsystem der Gesellschaft, die Politik, mit dem Mittel des Gesetzes ein anderes Teilsystem, das Recht, steuern kann. Wenn »dem Gesetzgeber« so etwas wie ein kollektiver Wille zugeschrieben wird, empfiehlt die Systemtheorie, genauer hinzusehen: Es ist einer ihrer großen Vorzüge, dass sie Begriffe von kollektiven Wesenheiten wie »das Volk«, »der Volkswille« oder eben auch »der Wille des Gesetzgebers« dekonstruiert und auf klaren begrifflichen Unterscheidungen für individuelle und soziale Operationsformen besteht.

Für die neuere Systemtheorie sind auch die ausdifferenzierten Teilsysteme wie Politik, Recht, Wirtschaft oder Wissenschaft autopoietische Systeme, die sich deshalb einer Steuerung durch andere Teilsysteme entziehen. Ist der umfangreiche Rechtstransfer im Zuge der deutschen Einheit nicht ein schlagendes Gegenbeispiel, ein empirischer Beleg dafür, dass Gesetzgebung das Recht umfassend gestalten kann? Neu ist die Frage nach der Gestaltungskraft des Gesetzes nicht. Neu sind allerdings die Ausmaße und die Radikalität der Umgestaltung des Rechts. Und ganz anders, als das bei einer kontinuierlichen Entwicklung des Rechts der Fall ist, stellt sich auch die durch die Implosion der DDR-Gesellschaft entstandene Ausgangssituation dar. Gesetzgebung ist hier ein Mittel zur Bewältigung eines gesellschaftlichen Umbruchs.

Weder im Sonderfall der Gesetzgebung zur deutschen Einheit noch im Normalfall einer kontinuierlichen Entwicklung des Rechts ist es ratsam, den empirischen Befund zu übersehen oder zu marginalisieren, dass die moderne Gesetzgebung ein höchst effizientes Instrument ist, mit dessen Hilfe die Politik den Operationen des Rechtssystems Vorgaben machen kann, zwar nicht für die Wahl seiner Leitdifferenz, die Unterscheidung von Recht und Unrecht, wohl aber für seine Entscheidungsprogramme. Aber bedeutet das, dass die Politik auf dem Weg über Gesetze das Recht beherrscht oder kontrolliert?

Marc Amstutz gibt darauf die folgende Antwort: »In diesem Punkt spricht die in der juristischen Methodenlehre schon fast zur Leier verkommene Feststellung, dass das Gesetz das Entscheidungsverhalten des Richters nicht zu determinieren vermag, eine klare Sprache: Mit der Autopoiese des Rechts interferiert das Gesetz nicht (das wäre nur der Fall, wenn sich die herkömmliche Vorstellung der ›Bindung des Richters an das Gesetz‹ hätte verwirklichen lassen). Für das Rechtssystem ist das Gesetz eben ausschließlich ein ›Bereich‹, in dem ›Möglichkeiten gespeichert (sind), die das System verwenden kann, die es in Information transformieren kann.«³⁷ Aber wozu braucht das Recht dann das Gesetz? Amstutz bietet zwei Argumente an: Zum einen sagt er, das Recht verschaffe sich mit dem Gesetz als Legitimationsgrundlage seiner Entscheidungen etwas, was es sich selber nicht verschaffen kann; die Machtressourcen der Politik können in der Rechtskommunikation symbolisch als jederzeitige Durchsetzbarkeit des Rechts in Anspruch genommen werden. Ich möchte dieses Argument für das Recht in der parlamentarischen Demokratie gerne ergänzen: Das Recht kann auch die Verantwortung für seine Entscheidungen zu einem erheblichen Teil

37 MARC AMSTUTZ, Das Gesetz, in: *Figures juridiques/Rechtsfiguren. K(l)leine Festschrift für Pierre Tercier*, Zürich, Basel, Genf 2003, 155 (162 f.); das Zitat im Zitat stammt von NIKLAS LUHMANN, Einführung in die Systemtheorie, Frankfurt 2002, 121.

an die Politik delegieren. Es nimmt mittelbar die demokratische Legitimation des Gesetzes für seine Entscheidungen in Anspruch und kann darauf verweisen, dass das Parlament als Repräsentant des Volkes grundlegende Entscheidungen nach demokratischen Regeln getroffen habe. Das trägt dem für das moderne Recht kennzeichnenden Umstand Rechnung, dass das Recht längst über die wenigen Grundvorschriften hinausreicht, die man als zwingende Forderungen der Gerechtigkeit verstehen könnte. Um es banal auszudrücken: welche Emissionsgrenzwerte für bestimmte Betriebe gelten sollen, kann nach den eigenen Maßstäben des Rechts nicht eindeutig entschieden werden. Solche Fragen sind für das Recht eigentlich unentscheidbar. Deshalb braucht es, wenn es in diesem Bereich gleichwohl für die Entscheidung von Konflikten in Anspruch genommen wird, gesetzliche Grundlagen. Andernfalls wäre es schnell überfordert und seine spezifische Autorität würde im politischen Streit untergehen.

Das zweite Argument von Amstutz lautet: Das Recht hält sich mit Hilfe des Gesetzes die Politik auf Distanz. Ich möchte auch dieses Argument ergänzen: Die Politik kann eben nur in der Form des Gesetzes und damit grundsätzlich nur in der Form abstrakt-genereller Entscheidungsprogramme, die dem Recht seine eigene Operationsweise belässt, auf das Recht einwirken. Amstutz sagt dazu nun Folgendes: »es (das Recht) bleibt frei, das Gesetz zu beachten (d. h. anzuwenden) oder nicht (die Autopoiese des Rechts steht eben »orthogonal« zum Gesetz).«³⁸ Bei diesem Satz zuckte ich allerdings ein wenig zusammen als Richter, der einen Amtseid abgelegt und dabei geschworen hat, das Richteramt »getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben.«³⁹ Und in Art. 20 Abs. 3 GG heißt es, dass

die Rechtsprechung an Gesetz und Recht (in dieser Reihenfolge) gebunden ist. Schließlich sagt Art. 97 Abs. 1 GG: »Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.« Heißt das, dass die auf die Theorie der Autopoiese gestützte Behauptung, das Recht bleibe frei, ob es das Gesetz beachte, mit geltendem Recht unvereinbar ist?

Hier soll nur auf zwei Aspekte hingewiesen werden. Zwischen der normativen Frage (gilt im Recht die Bindung an das Gesetz?) und der soziologischen Frage (beherrscht die Politik mithilfe des Gesetzes das Recht?) ist scharf zu unterscheiden. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass das Recht der Bundesrepublik Deutschland wie überhaupt das moderne Recht sich normativ, also nach seinen eigenen Maßstäben, auf die Beachtung des demokratischen Gesetzes verpflichtet hat. Aber: Diese Bindung an das Gesetz ist eine Entscheidung des Rechts.

Und zweitens: Die Möglichkeit, dem Recht durch Gesetzgebung Entscheidungsprogramme vorzugeben, ist an eine enge wechselseitige strukturelle Kopplung gebunden. Im Gesetzgebungsprozess stellen Heerscharen von juristisch gut ausgebildeten Ministerialbeamten sicher, dass nur solche Entscheidungsprogramme in Gesetzesform gegossen werden, die sich in die Sprache, in die grundlegenden Strukturen und die Systematik der jeweiligen Rechtsmaterie einfügen. Etwas überspitzt könnte man sagen: Gesetz kann nur werden, was auch ein mutiges Gericht im Wege der Rechtsfortbildung entscheiden könnte. Wenn das politische System die Eigenwerte und die Strukturen des Rechts nicht ausreichend beachtet, kann das zu erheblichen Irritationen führen. Aber auch das Recht ist seinerseits auf die Beachtung des Gesetzes programmiert. Die Gerichte betreiben hohen Aufwand, um für die Begründung ihrer Entscheidun-

38 Ebenda 163.

39 § 38 des Deutschen Richtergesetzes.

gen die gesetzlichen Grundlagen in Anspruch zu nehmen, übrigens im kontinentaleuropäischen Recht viel ausgeprägter als in der angloamerikanischen Rechtstradition.

Einfache gedankliche Konzepte von einseitiger Kontrolle des Rechts durch die Politik sind daher ebenso unangemessen wie Konzepte, die die Möglichkeiten wechselseitiger Einflussnahme zwischen sozialen Teilsystemen wie Politik und Recht völlig ausblenden. Die theoretische Bewältigung dieser wechselseitigen Einflussnahme durch System- und Evolutionstheorie hängt offenbar entscheidend vom Konzept der strukturellen Kopplung ab, auf das nun einzugehen ist.

5 Strukturelle Kopplung

Wie ist es möglich, dass ein derart umfassender Austausch der gesamten Rechtsordnung und insbesondere die nahezu vollständige Übertragung des in der DDR unbekanntes und von ihrem Verwaltungsrecht grundlegend verschiedenen Verwaltungsrechts der BRD praktisch umgesetzt wird? Oder, in evolutionstheoretischer Wendung, wie konnte sich der politisch gewollte Rechtstransfer in der aus den Hinterlassenschaften der DDR bestehenden ökologischen Nische einnisten und überleben? Waren die erforderlichen strukturellen Kopplungen latent schon vorhanden? Wenn nicht, wie konnten sie schnell genug entstehen?

5.1 Die Verwaltung

Die Entstehung funktionaler Teilsysteme in der modernen Gesellschaft wird, wie bereits Max Weber beobachtet hat, typischerweise von der Herausbildung professioneller Akteure begleitet. Diese Professionalisierung wird einerseits dadurch ermöglicht, dass die Ausbildung einer spezifischen Leitdifferenz die Herausbil-

dung spezialisierter Entscheidungsprogramme und Entscheidungsroutinen erleichtert. Andererseits führt die Professionalisierung dann wieder zur weiteren Systematisierung und Verfeinerung dieser Entscheidungsprogramme.

Das bedeutet aber auch, dass Umsetzung und Durchsetzung neuen Rechts zunächst von der Einbindung professionell kompetenter Rechtsstäbe abhängig sind, also im Fall des Verwaltungsrechts von Verwaltungsbeamten und -angestellten, von Rechtsabteilungen der Unternehmen, von rechtsberatenden Berufen und Institutionen (Rechtsanwälte, Kommunalverbände), aber auch von Rechtsprofessoren, und natürlich von Richtern. In dieser Hinsicht stellt die deutsche Einheit einen Sonderfall dar. Widerstände von Richtern, wie sie Gunther Teubner eindrucksvoll im Fall des Umgangs britischer Richter mit gemeinschaftsrechtlichen Postulaten von Treu und Glauben beschrieben hat,⁴⁰ hat es gegenüber dem neuen Verwaltungsrecht nicht gegeben. Und das ist auch nicht sehr überraschend, wurden die Verwaltungsrichter doch fast ausnahmslos aus dem Westen rekrutiert.

Aber wie sieht es mit der Verwaltung aus? Dazu zunächst eine Beobachtung, die ich auf Grund meiner richterlichen Tätigkeit am Obergerverwaltungsgericht in Weimar seit 1993 machen konnte. Ich hatte dort im Schwerpunkt baurechtliche Verfahren zu bearbeiten. Die Verwaltungsverfahren und die Bescheide der Bauaufsichtsbehörden, die Gegenstand von gerichtlichen Verfahren waren, steckten in den ersten Jahren nach der Wende voller krasser Fehler, darunter vielfach Fehler, die deutlich machten, dass es den Bearbeitern schon am Verständnis elementarer Grundlagen fehlte. Nach meiner Beobachtung besserte sich dies aber binnen weniger Jahre. Waren Bescheide aus den Jahren 1990 oder 1991 in der Regel katastrophal, so wurden die

40 GUNTHER TEUBNER, Rechtsirritation. Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes, in: *Moral und Recht im Diskurs der Moderne. Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, hg. von GÜNTER DUX und FRANK WELZ, Opladen 2001, 351 ff.

Bescheide in den Folgejahren deutlich professioneller und besser. Sie waren bald schon in der äußeren Form und in der Sprache akzeptabel, in der Sache entsprachen die Begründungen zunehmend guten fachlichen Standards. Die Zahl der Behördenentscheidungen, die fehlerfrei und formvollendet waren, nahm deutlich zu. Eine im Jahr 2003 erschienene empirische Studie zum Gesetzesvollzug durch die unteren staatlichen Bauaufsichtsbehörden in Ostdeutschland bestätigt diesen Eindruck.⁴¹ Danach hat sich die juristische Qualität der Bescheide der unteren staatlichen Bauaufsichtsbehörden, gemessen an den von den Gerichten beanstandeten Fehlern, im Laufe der 90er Jahre stetig verbessert. Sie hat inzwischen das Niveau westdeutscher Bauämter erreicht. Sofern sich überhaupt noch Unterschiede feststellen lassen, liegen sie eher darin, dass ostdeutsche Behörden das geltende Recht strikter anwenden, während westdeutsche Behörden in Einzelfällen flexibler entscheiden. Ein Grund für diese Entwicklung liegt darin, dass Schnelligkeit und Zuverlässigkeit der behördlichen Entscheidung über Anträge auf Erteilung von Baugenehmigungen in den ersten Jahren nach der Wende allgemein als entscheidende Voraussetzungen für zügige Investitionen und damit für den Aufbau in den neuen Ländern angesehen wurden. Der Ausstattung der staatlichen Bauaufsichtsämter mit ausreichendem und hinreichend qualifiziertem Personal wurde deshalb besondere Beachtung geschenkt. In den Landesbauordnungen wurde die ausreichende Ausstattung mit qualifiziertem Personal sogar gesetzlich vorgeschrieben. Dabei wurde nicht nur auf qualifizierte Bauingenieure, Architekten und Stadtplaner Wert gelegt, sondern auch auf qualifizierte Juristen. Ein zweiter Aspekt ist die Wirkung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. Sabine Kuhlmann kommt zu dem Ergebnis, dass

die Verwaltungsgerichte viel zur allmählichen Verbesserung der Qualität der Behördenentscheidungen beigetragen haben.⁴² Unter anderem lässt sich beobachten, dass die Verwaltungsgerichte in den neuen Ländern ihre Entscheidungen oft erheblich umfangreicher begründet haben, als dies üblich ist, dass sie gewissermaßen kleine Lehrbücher und umfangreiche Hinweise für die Praxis in ihre Entscheidungen hineingeschrieben haben.⁴³

Ein geradezu konträres Bild bietet sich aber in einem anderen Bereich der öffentlichen Verwaltung, mit dem ich seit 1998 am Thüringer Oberverwaltungsgericht befasst bin, bei den für die Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung zuständigen kommunalen Zweckverbänden. Ganz kurz zur Geschichte:⁴⁴ Die Aufgaben der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung waren in der DDR von den Volkseigenen Betrieben Wasser/Abwasser (VEB WAB) wahrgenommen worden, deren Zuständigkeit jeweils das Gebiet von ein oder zwei Landkreisen umfasste. Diese VEB WAB verfügten über gutes technisches Personal. Dagegen war zum Zeitpunkt der Wende in den VEB WAB verständlicherweise kein Personal vorhanden, das über die nunmehr erforderlichen juristischen und betriebswirtschaftlichen Qualifikationen verfügt hätte. Nach der Wende wurden die Aufgaben der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung entsprechend dem Vorbild der Bundesrepublik und entsprechend den neuen und zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgaben den Städten und Gemeinden übertragen. Dort gab es das Verwaltungspersonal der Räte der Städte und Gemeinden aus DDR-Zeiten (Zur Erinnerung: DDR-weit einschließlich der Kreise 731 juristische »Kader«). Das Amt des Bürgermeisters wurde nach der Wende in der Regel von Menschen wahrgenommen, die politisch aus DDR-

41 SABINE KUHLMANN, Rechtsstaatliches Verwaltungshandeln in Ostdeutschland. Eine Studie zum Gesetzesvollzug in der lokalen Bauverwaltung, Berlin 2003; siehe dazu auch die Besprechung von KRAUTZBERGER, in: LKV 2004, 506.

42 Verwaltungsgerichtsbarkeit und kommunaler Gesetzesvollzug in Ostdeutschland: zwischen »Aufbauhilfe«, »Rechtsberatung« und

»Legalitätskontrolle«, in: LKV 2003, 543.

43 Nach meiner eigenen Erfahrung ist neben den schriftlichen Urteilsbegründungen vor allem die oft sehr eingehende Erörterung von Rechtsfragen in mündlichen Verhandlungen und Erörterungsterminen von den Behörden »gerne angenommen worden.«

44 Vgl. auch MANFRED ASCHKE, Transformationslast und Fehler-

toleranz des Verwaltungsrechts, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) (2003) 917 (918 f.).

Zeiten nicht diskreditiert waren, die aber häufig weder über Verwaltungserfahrung noch über kommunalpolitische Erfahrung verfügten und deren berufliche Ausbildung und Vorerfahrung sie kaum mit Verwaltung und Recht in Berührung gebracht hatten (z. B. Pfarrer, Chemiker, Ingenieure). Bis auf wenige große Städte waren die Gemeinden mit den neuen Aufgaben eindeutig überfordert, zumal erst eine rechtlich, technisch und betriebswirtschaftlich hoch komplizierte Entflechtung hätte durchgeführt werden müssen.⁴⁵ Also wurden Zweckverbände gebildet, die jeweils viele Gemeinden umfassten (Größenordnung: zum Teil mehr als 50 Gemeinden). Auf diese Zweckverbände wurde das Betriebsvermögen der VEB WAB übertragen. Sie übernahmen im Wesentlichen auch das Personal von den VEB WAB. In der Verbandsversammlung der Zweckverbände saßen wiederum die Bürgermeister der Gemeinden. Diesen Zweckverbänden fehlte am Beginn ihrer Tätigkeit die eigentlich erforderliche juristische und betriebswirtschaftliche Kompetenz. Sie konnte weder aus dem Personal der aufgelösten VEB WAB noch aus dem Personal der neu gebildeten Gemeinden kommen. Es wurden aber – jedenfalls nach meiner Kenntnis für Thüringen – auch in den Folgejahren keine qualifizierten Juristen eingestellt, obwohl es sich um Betriebe mit Bilanzsummen in der Größenordnung von 150 Millionen DM handelte. Aber auch bei den Landkreisen, die die Kommunalaufsicht über die Zweckverbände hatten und die als Aufsichtsbehörden eine Kontroll- und Beratungsfunktion hätten wahrnehmen müssen, fehlten gut ausgebildete Juristen. Wie behelfen sich die Zweckverbände? Einerseits wurden Verwaltungsangestellte auf Schulungen geschickt, andererseits ließ man sich im Bedarfsfall und punktuell durch Rechtsanwaltskanzleien für viel Geld beraten. Unter diesen Umständen ist

es nicht verwunderlich, dass die katastrophale Häufung von eklatanten Fehlern, die insbesondere bei der Gründung der Zweckverbände in den Jahren 1992 und 1993 festzustellen war,⁴⁶ sich auch in den Folgejahren, anders als bei den staatlichen Bauaufsichtsbehörden, kaum oder nur sehr langsam gebessert hat.

5.2 Die Bürger

Die Folgen haben sich inzwischen als politischer Sprengsatz erwiesen. Denn die Zweckverbände mussten in kurzer Zeit Investitionen von mehreren Milliarden DM tätigen, um die marode Infrastruktur aus DDR-Zeiten auf EU-Umweltstandard zu bringen.⁴⁷ Obwohl diese Investitionen aus EU-Mitteln und aus staatlichen Beihilfen stark subventioniert wurden, war der zu refinanzierende Investitionsaufwand noch groß. Eine solide Refinanzierung konnte nicht allein über Kommunalkredite und Bankdarlehen erfolgen, sondern erforderte die Heranziehung der Grundstückseigentümer zu Beiträgen und Gebühren. Das hat sich für einen beachtlichen Teil der Betroffenen als sensibler Punkt erwiesen, zum einen, weil auf die Bürger in kurzen Zeiträumen erhebliche Belastungen durch Beiträge für den Ausbau von Straßen und für die Herstellung von Einrichtungen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung zukamen, oftmals in der Größenordnung von mehreren Tausend DM, und zum anderen deshalb, weil die Bürger solche Belastungen aus der DDR nicht einmal ansatzweise kannten. Insbesondere hatten sie wenig Verständnis für die Begründung, mit der sie zur Finanzierung der Kosten für die Herstellung kommunaler öffentlicher Einrichtungen herangezogen wurden, dem individuellen Sondervorteil der Erschließung ihres Grundstücks. Zudem gab es bei den Bürgern in zahlreichen Einzelfragen Unmut und Zweifel, zum

45 Einen Eindruck vermitteln J. IPSEN und TH. KOCH, Die Zuordnung von Treuhandvermögen nach Einigungsvertrag und Kommunalvermögensgesetz, in: LKV 1994, 73.

46 Dazu MANFRED ASCHKE, in: NVwZ (2003) 917 f.

47 Siehe dazu Richtlinie 91/271/EWG des Rates vom 21.5.1991 über die Behandlung von kommunalem Abwasser und die Um-

setzung für Thüringen durch die ThürkoAbwVO vom 10.10.1997 (GVBl., 368). Die Grenzwerte der europäischen Richtlinie mussten danach in Städten und größeren Gemeinden (mehr als 10 000 »Einwohnerwerte«) vom 31.12.1998 an eingehalten werden. Für kleinere Gemeinden (2 000 bis 10 000 EW), insbesondere also den ländlichen Raum, gilt dies erst ab 1.1.2006.

Beispiel wegen der Frage, ob Herstellungsbeiträge gerechtfertigt seien, wenn das Grundstück schon zu DDR-Zeiten über einen funktionsfähigen Anschluss an die öffentliche Wasserversorgung oder an einen Abwasserkanal verfügt hatte, zumal wenn dieser im »Mach-mit-Wettbewerb« unter der Leitung des Bürgermeisters und unter tätiger Eigenhilfe der Anlieger verlegt worden war (»Bürgermeisterkanal«). Es gab also eine Vielzahl komplizierter Rechtsfragen und psychologisch sensibler Problemlagen, in denen die Zweckverbände den Bürgern ihre Aufgaben, die gesetzlichen Grundlagen und die Gründe ihrer Entscheidungen so gut wie möglich transparent und verständlich hätten machen müssen. Das war eine Aufgabe, die auch eine erfahrene westdeutsche Verwaltung stark gefordert hätte. Bis heute, 15 Jahre nach der Wende, ist es den Zweckverbänden in Thüringen aber teilweise noch nicht gelungen, den Bürgern die Gründe für ihre Verwaltungspraxis verständlich zu machen. Anstelle der nach einem modernen Verständnis notwendigen offenen Kommunikation und Transparenz der Verwaltung igeln sich die Zweckverbandsverwaltungen ein und verweigern zum Beispiel die Einsicht in ihre Kalkulationsunterlagen, obwohl sie wissen, dass spätestens die Verwaltungsgerichte volle Akteneinsicht gewähren. Und auf Seiten der Bürger fehlt es manchmal an jedem Verständnis dafür, dass Wasser und Abwasserentsorgung nicht mehr wie zu DDR-Zeiten für Pfennigbeträge zu haben sind, dass die großen Investitionen für die öffentlichen Einrichtungen refinanziert werden müssen und dass es gerecht ist, von den Grundstückseigentümern, deren Grundstücke den Erschließungsvorteil haben, angemessene Beiträge zu verlangen. Die Bürgerallianz gegen überhöhte Kommunalabgaben brachte im Vorfeld des Thüringer Landtagswahlkampfes 2004 in wöchentlichen

Abständen Zehntausende Bürger zu Demonstrationen gegen Kommunalabgaben auf die Beine. Die Atmosphäre zwischen Bürgern und Zweckverbänden ist in manchen Bereichen vergiftet.

Dennoch: Das Problem mit den Kommunalabgaben ist die Ausnahme, nicht die Regel. Sie macht lediglich anschaulich, welche Spannungen unter der Oberfläche vorhanden sind. Theoretischen Erklärungsbedarf löst aber eher das weitgehend reibungslose Funktionieren des Verwaltungsrechts in den neuen Ländern aus, weil von einem wenigstens die wichtigsten Grundlagen umfassenden Verständnis der ostdeutschen Bürger für die neue, rechtsförmige Verwaltungstätigkeit und für Aufgaben und Funktion der Verwaltungsgerichte noch für lange Zeit nicht ausgegangen werden kann. Ich will es etwas überspitzt ausdrücken: Wenn die neuen Länder heute wieder mit den dort lebenden Menschen einen eigenständigen Staat bilden würden, gäbe es unabhängige Verwaltungsgerichte vermutlich schon nach kurzer Zeit nicht mehr. Es gäbe weder bei Politikern noch bei Bürgern ein hinreichendes Verständnis für Gewaltenteilung und richterliche Unabhängigkeit und es gäbe kaum Akzeptanz für unbequeme Entscheidungen von Verwaltungsgerichten.

Umfragen wie der von der Universität Jena regelmäßig erhobene Thüringen-Monitor zeigen, dass es auch 14 Jahre nach der Wende noch zwei verschiedene politische Kulturen und Mentalitäten in Deutschland gibt.⁴⁸ Und diese Unterschiede betreffen auch das Recht und die Rolle der Gerichte. So bestätigt die Thüringer Untersuchung ein gegenüber Westdeutschland ganz eigenes ostdeutsches Demokratieverständnis, das durch eine starke Ergebnisorientierung, ein in Konfliktsituationen eher schwach ausgeprägtes Rechtsstaatsbewusstsein sowie durch eine unterschiedene sozialstaatliche und deutlich plebiszi-

48 Vgl. MICHAEL EDINGER u. ANDREAS HALLERMANN, Politische Kultur in Ostdeutschland – Die Unterstützung des politischen Systems am Beispiel Thüringens, Erfurt 2004.

täre Ausrichtung geprägt ist. Mit einer deutlich distanzierten Einstellung zu liberalen Ordnungsvorstellungen korrespondiert ein konsensualistisches Politikverständnis. Zwei Drittel betrachten die Auseinandersetzung zwischen Interessengruppen als schädlich für das Allgemeinwohl und sogar drei Viertel sehen die Aufgabe der Opposition eher in der Unterstützung der Regierung als in der Kritik.

Wenn Konfliktkultur, Verständnis für Minderheitenschutz, Gewaltenteilung und viele andere Aspekte des Rechtsstaats einem großen Teil der Menschen nach wie vor so fremd sind, wie kann es dann sein, dass Verwaltungsrecht dennoch im Alltag weitgehend funktioniert?

5.3 Warum minimale strukturelle Kopplung ausreichen kann

Der Erklärungsansatz, den ich hier vorstellen möchte, hängt eng mit dem Konzept sozialer Evolution zusammen, mit der Frage, ob und wie die Entstehung struktureller Kopplungen evolutionstheoretisch erklärt werden könnte. Für Luhmann scheidet eine solche Erklärung allerdings aus, weil der Begriff der Autopoiese nur mit interner Strukturselektion vereinbar sei, Anpassung und damit auch strukturelle Kopplung also nicht als Resultat von Evolution erklärt werden könne.⁴⁹ Für Luhmann gibt es daher auch kein Mehr oder Weniger an struktureller Kopplung. Mir geht es im Falle der ostdeutschen Bürger aber gerade um ein Phänomen, das ich als »minimale strukturelle Kopplung« zwischen sozialem System und individuellem Bewusstsein bezeichnen möchte.

5.3.1 Koordination als Einheit der Selektion – zwei theoretische Argumente

Wenn man System- und Evolutionstheorie mit externer, also umweltabhängiger Selektion

verknüpfen will,⁵⁰ braucht man dafür eine Einheit der Selektion. Dazu habe ich vorgeschlagen, dem Begriff der Kommunikation (als Einheit der Reproduktion von sozialem Sinn) den Begriff der Koordination (als Einheit der externen Selektion) zur Seite zu stellen.⁵¹ Koordinationen sind Handlungskomplexe (insbesondere Interaktionen, Organisationen, Institutionen, Netzwerke), die auf der Abstimmung der individuellen Handlungsbeiträge durch Orientierung an abstrakten Kommunikationssystemen beruhen. Wohlgemerkt: Koordination heißt nicht individuelle Handlung. Es geht mir also nicht darum, den methodischen Individualismus und den Reduktionismus der Handlungstheorie zu übernehmen, die in der Tat nicht mit Systemtheorie kompatibel sind.

Welchen Gewinn bringt es für System- und Evolutionstheorie, wenn man dem Grundelement der Kommunikation den Begriff der Koordination zur Seite stellt? Handelt es sich dabei nicht um eine überflüssige Verdoppelung der Theoriebegriffe? Lässt sich nicht alles, was die Gesellschaft und ihre Teilsysteme ausmacht, ebenso gut als Kommunikation und damit als soziales System beschreiben?

Für die Einführung des Begriffs der Koordination als Einheit der Selektion in die Theorie der Evolution sozialer Systeme möchte ich zwei theoretische Argumente anführen:

Koevolution

Das erste Argument ist die Bewältigung des Problems der Koevolution. Strukturelle Kopplungen zwischen Systemen sind, wie das eben erörterte Verhältnis von Politik und Recht zeigt, nicht einseitig denkbar: Politik stellt sich bei der Gesetzgebung auf Recht ein, Recht stellt sich auf die Vorgaben der Politik in der Gestalt des Gesetzes ein. Dasselbe gilt auch für das Verhältnis

49 LUHMANN (Fn. 19) 446.

50 ASCHKE (Fn. 26) 150 ff.

51 Ebenda 284 ff.

von Kommunikation und Bewusstsein. Das lässt vermuten, dass strukturelle Kopplungen Resultate von Koevolution sind, also Ergebnis einer wechselseitigen Anpassung der Systeme. Anpassung bedeutet dabei nicht, dass das eine System die Strukturen des anderen Systems übernimmt, sondern dass es sie austestet. Raubtier und Beutetier testen ständig wechselseitig ihre räuberischen Fähigkeiten bzw. ihre Fähigkeit zu rechtzeitiger Flucht. Damit derartige wechselseitige Selektionsprozesse möglich sind, muss es im wahrsten Sinne einen Ort geben, an dem – zum Beispiel – Löwe und Gazelle aufeinandertreffen. Und dieser Ort enthält eine Fülle von weiteren Faktoren, die sich für Löwe und Gazelle als Selektionsbedingungen darstellen. In der biologischen Evolutionstheorie bezeichnet man diesen Ort als »ökologische Nische«. ⁵² Wir suchen also nach den sich überschneidenden ökologischen Nischen, in denen Kommunikation und Bewusstsein so miteinander in Kontakt treten, dass sie wechselseitig zu Selektionsbedingungen werden.

Emergenz

Das zweite Argument ist die Bewältigung des Problems der Emergenz. ⁵³ Der Begriff der Emergenz bringt eine grundlegende Differenz zum methodischen Individualismus zum Ausdruck, also zu dem wissenschaftstheoretischen Anspruch, Eigenschaften, Strukturen oder Relationen einer höheren Ebene (z. B. Gesellschaft) prinzipiell lückenlos auf Eigenschaften, Strukturen oder Relationen einer tieferen Ebene (im Fall der Handlungstheorie: individuelle Handlungen) zurückzuführen. ⁵⁴ Eine soziologische Theorie, die dem methodischen Individualismus verpflichtet ist, steht im Fall des Rechtstransfers bei der deutschen Einheit vor dem Problem, wie sie erklären soll, dass die Makroebene (Recht) die

Mikroebene (individuelle Handlungen) massiv determiniert. Man spricht von »downwards causation«, und wie dies mit dem grundlegenden Anspruch einer im Prinzip lückenlosen »upwards causation« zu vereinbaren ist, ist wissenschaftstheoretisch ein ganz ungelöstes Problem. ⁵⁵ Die Systemtheorie setzt dagegen von vornherein eine eigenständige, emergente Ebene des Sozialen voraus. Der darin liegende Verzicht auf einen umfassenderen Erklärungsanspruch wird mit der Einsicht gerechtfertigt, dass lückenlose nomologische Kausalerklärungen – also abkürzende Darstellungen des Ablaufs von Ereignissen mithilfe von Kausalgesetzen – von einem bestimmten Grad der Komplexität der Ereignisse an, vor allem im Hinblick auf die zirkuläre Verschleifung von Kausalität, wie sie in lebenden Systemen ebenso wie in sozialen Systemen stattfindet, prinzipiell nicht mehr möglich sind. Es hat also nichts mit einer Leugnung der grundsätzlichen Kategorie der Kausalität oder mit dualistischen Weltkonzepten zu tun, wenn man feststellt, dass es Ereignisketten gibt, die sich nur so beschreiben lassen, wie sie sich ereignen, die also keiner abkürzenden Beschreibung im Sinne eines Algorithmus als regelmäßige Wiederkehr gleichartiger Abläufe zugänglich sind. ⁵⁶

Ein weiteres Argument, das für einen Verzicht auf nomologische Erklärungsversuche spricht, die unterschiedliche Emergenzebenen überschreiten, ist das Argument der multiplen Realisierung. Dieses Argument spielt vor allem in der Debatte zwischen Neurowissenschaften einerseits und Geisteswissenschaften andererseits über die Erklärung von Bewusstsein eine Rolle. ⁵⁷ Ich möchte das Argument auf das Verhältnis von Bewusstsein und Kommunikation beziehen. Zur Veranschaulichung: Es gibt unzählige Arten, die Zahl »3« darzustellen, auf Papier, in Sand geschrieben oder als Kartoffel-

52 Zum Konzept der ökologischen Nische, zur Unterscheidung von fundamentaler und realisierter Nische und zur Bedeutung dieses Konzepts für die Rechtstheorie siehe MARC AMSTUTZ, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht. Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden 2001, 242 ff. (248, 249 ff.) m. w. N.

53 Vgl. LUHMANN (Fn. 19) 413.

54 Siehe dazu BETTINA HEINTZ, *Emergenz und Reduktion. Neue Perspektiven auf das Mikro-Makro-Problem*, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (KZSS)* (2004) 1 ff. (6 ff.).

55 Dazu HEINTZ (Fn. 54) 10 f.

56 Zur algorithmischen Informationstheorie im Kontext evolutionstheoretischer Erklärung BERND-OLAF KÜPPERS, *Der Ur-*

sprung biologischer Information. Zur Naturphilosophie der Lebensentstehung, München und Zürich 1986, 139 ff.

57 Vgl. dazu HEINTZ (Fn. 54) 8 ff.

druck zum Beispiel. Für die Bedeutung der Zahl »3« in der Kommunikation spielt das keine Rolle. Es spricht vieles für die Vermutung, dass es keine zwei Menschen gibt, in deren Gehirn exakt das Gleiche abläuft, wenn sie den Zahlbegriff und die »3« denken. Dann erscheint es aber aussichtslos, die Eigenschaften neurologischer oder symbolischer Strukturen für die Erklärung von sozialem Sinn heranzuziehen.

Bettina Heintz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es nicht ganz unproblematisch sei, die Systemtheorie Luhmanns emergenztheoretisch zu interpretieren, weil die in Emergenztheorien regelmäßig vorausgesetzte Mikro-Makro-Unterscheidung und die ihnen zugrunde liegende Vorstellung einer Hierarchie von Erklärungsebenen bei Luhmann durch eine System/Umwelt-Differenz ersetzt wird.⁵⁸ Soziales System und individuelles Bewusstsein sind bei Luhmann gerade nicht hierarchisch angeordnet, sondern horizontal; sie stehen nebeneinander und operieren unabhängig voneinander. Das Emergenzproblem tritt deshalb im Kontext der Systemtheorie in anderer Form auf als im Kontext hierarchischer Erklärungsebenen. Man kann die Frage dann folgendermaßen formulieren: Wie entsteht in dem einen System Sinn (oder Information oder Strukturen), die es dem System erlaubt, sich auf ein anderes System und dessen Sinnstrukturen einzustellen, obwohl beide Systeme operativ geschlossen sind, das soziale System also, wie Luhmann es ausgedrückt hat, nicht in das Bewusstsein hinüberkommunizieren und das Bewusstsein nicht in das soziale System hinüberdenken kann. Die Produktion von Sinn, der in Bezug auf das jeweils andere System Sinn macht, ist aber nichts anderes als strukturelle Kopplung.

Ein grundlegender Ansatz zu einer überzeugenden Lösung dieser Art von Emergenzproblem findet sich bei Jean Piaget, und zwar in dessen

Konzeption der Entwicklung der kognitiven Strukturen, die auf der erkenntnistheoretischen Reflektion einer jahrzehntelangen empirischen Forschung über die Entwicklung des Denkens bei Kindern beruht.⁵⁹ Piaget versteht die Handlung als Einheit der Selektion in der Evolution des kognitiven Systems (ich erlaube mir hier eine Übersetzung in andere und neuere Terminologien). Ich will das an einem ganz einfachen Beispiel veranschaulichen: Ein Kind versucht, eine Kugel so anzustoßen, dass sie über eine ansteigende Bahn in eine Vertiefung rollt. Das Kind gibt der Kugel beim ersten Versuch einen Stoß, von dem es vermutet, dass er ausreichen könnte, um sein Ziel zu erreichen. Dazu verfügt es bereits über kognitive Strukturen, die ursprünglich aus genetisch angelegten Strukturen entstanden sind, die aber plastisch sind und eine Veränderung in Abhängigkeit von Erfahrungen zulassen. Wenn das Kind nun wahrnimmt, dass die Kugel zu kurz gerollt ist, wird es den nächsten Stoß verstärken, um dann zum Beispiel die Erfahrung zu machen, dass der zweite Stoß zu kräftig war usw. Die Handlung ist also die Form, in der das kognitive System mit seiner Umwelt in Kontakt tritt, übrigens ohne dabei seine geschlossene Operationsweise (Piaget bezeichnet sie als Äquilibration, in Luhmannscher Terminologie wäre es die Autopoiese) aufzugeben.

Ich schlage also vor, dass wir es mit Koordination als Einheit der Selektion in der Evolution sozialer Systeme versuchen. Ich bin mir bewusst, dass das eine nicht unerhebliche Operation am Korpus der Luhmannschen Systemtheorie ist. Gleichwohl knüpft sie an einer zentralen Unterscheidung an, die Luhmann gemacht hat, an der Unterscheidung von Interaktion und Gesellschaft,⁶⁰ die Luhmann offenbar auch als entstehungsgeschichtliche Ausdifferenzierung abstrakter Kommunikationssysteme aus den Inter-

58 HEINTZ (Fn. 54) 1, 21 ff.

59 JEAN PIAGET, Die Äquilibration der kognitiven Strukturen, Stuttgart 1976. Zur Darstellung und evolutionstheoretischen Interpretation der Erkenntnistheorie Piagets ASCHKE (Fn. 26) 181 ff., 209 ff.

60 LUHMANN, Soziale Systeme (Fn. 30) 551 ff.

aktionsbeziehungen in der menschlichen Gruppe und in traditionellen Gesellschaften versteht. Die Differenzierung zwischen Kommunikation und Koordination erfordert eine Unterscheidung zwischen abstrakten Sinnsystemen und konkreten Interaktionsstrukturen, in denen Verständigung und wechselseitige Abstimmung konkreter Handlungen noch nicht unterschieden sind. Diese Unterscheidung erinnert auch an die schon angesprochene Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Ordnung bei Friedrich August von Hayek. Funktionale Entsprechungen gibt es schließlich auch mit der Unterscheidung zwischen Genotyp und Phänotyp und mit der Unterscheidung von fundamentaler und realisierter Nische⁶¹ in der biologischen Evolutionstheorie. Die Unterscheidung von Kommunikation und Koordination ist schwierig, weil das eine ohne das andere nicht existiert, wie ja auch der Mensch seine Gene mit sich rumschleppt, und zwar in jeder Zelle, so dass es großer Mühen und Forschungsleistungen bedurfte, bis man in der Lage war, die Gene zu isolieren und ihre hochkomplizierte Wirkungsweise zu entschlüsseln.

5.3.2 Die Macht der Koordinationen

Wenn man ausschließlich in Kategorien der Sinndimension der abstrakten Kommunikationssysteme denkt, ist kaum zu verstehen, warum Menschen sich auf ein Recht einlassen, das ihnen weitgehend fremd ist. Aber eine ausschließlich an der Sinndimension sozialer Systeme arbeitende Theorie interessiert sich nicht für dieses Problem. Ausreichende strukturelle Kopplung wird vorausgesetzt. Wenn Kommunikation existiert, ist das Beweis genug dafür, dass eine hinreichende strukturelle Kopplung mit der Umwelt besteht.

Die theoretischen Perspektiven ändern sich, sobald die Einheit der Koordination und damit

auch die Umwelt der Kommunikationssysteme, ihre »ökologische Nische«, in den Blick genommen wird. Am Beispiel der Frage nach den Bedingungen der Akzeptanz des fremden Verwaltungsrechts in den neuen Ländern lassen sich Gründe dafür erkennen, warum hier »minimale strukturelle Kopplung« ausreicht. Es wird nämlich verständlich, dass die Menschen auf dem ursprünglich maßgeblich von ihnen selbst beschrittenen Evolutionspfad schlicht und einfach keine Alternative dazu haben, das neue Recht hinzunehmen, wenn auch kopfschüttelnd und murrend.

Um das Verhältnis von Kommunikation und Koordination zu veranschaulichen, habe ich einmal die Metapher vom Theaterstück und der Theateraufführung benutzt. Dieses Bild möchte ich aufgreifen. Die Bürger der ehemaligen DDR fanden sich praktisch über Nacht auf einer Bühne wieder, auf der so gut wie alles verändert war. Und sie mussten Rollen in einem Theaterstück spielen, das sie ursprünglich fasziniert hat, dessen Sinn sie aber nicht ganz verstanden und von dem sie teilweise krass falsche Vorstellungen hatten. Aber die Möglichkeit, das alte Stück wieder zu spielen oder ein ganz anderes Stück zu spielen, gab es nicht: Das alte Stück war unter der tatkräftigen Hilfe eines kleinen Teils und unter dem Beifall des größten Teils der Ostdeutschen vom Spielplan abgesetzt worden. Die alte Bühnentechnik wurde schnell auf den Müll geworfen und die neueste Bühnentechnik wurde installiert. Faszinierende neue Bühnenbilder wurden aufgebaut. Längst haben aber viele Schauspieler Probleme mit dem neuen Stück: Der Text scheint viel zu kompliziert und es gibt zu viele Dissonanzen. Viele Schauspieler haben schmerzliche Erfahrungen machen müssen. Einige erhalten gar keine Rollen mehr, andere nur noch Statistenrollen. Hauptrollen werden ihnen

⁶¹ Dazu AMSTUTZ, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht* (Fn. 52) 249 ff.

nur selten anvertraut. Aber der Träger des Theaters, Intendant, Dramaturg, Spielplan, alles ist nun einmal jetzt so eingerichtet. Und deshalb müssen auch die, die sich nicht zu den Gewinnern zählen, im Schauspiel weiter mitspielen.

Mit anhaltender Begeisterung und innerer Anteilnahme an den neuen Texten und Melodien kann man nicht hinreichend erklären, warum die Ostdeutschen »funktionieren«, manchmal sogar erstaunlich reibungslos. Es ist, um an das Storm-Zitat vom Anfang anzuknüpfen, eine Art von Gewalt, die Gewalt konkreter Verhältnisse. Den Ostblock als eigenständigen Wirtschaftsraum gibt es nicht mehr. Die Unternehmen mussten sich fast übergangslos am Weltmarkt ausrichten. Die Kombinate wurden schon bald nach der Währungsunion durch die Treuhand zerlegt und die Teile privatisiert. Die Alternative, auf das neue Konsumangebot zu verzichten und dafür die subventionierten Preise für Grundnahrungsmittel, Straßenbahnfahrten und Mieten zu zahlen, gibt es nicht mehr. Und statt der alten SED-Funktionäre tummeln sich plötzlich lauter Funktionsträger aus dem Westen auf der Bühne, und ob sie nun mit der Miene des kleinen Eroberers daherkommen oder ob sie bescheidener auftreten, diese Akteure bestimmen in allen Schlüsselstellungen, wie das Spiel gespielt wird. Dabei sind sie meistens gerne bereit, immer wieder die neuen Spielregeln zu erklären, wenn nötig aber auch durchzusetzen, mit rechtsverbindlichen Entscheidungen und in letzter Konsequenz zum Beispiel mit Insolvenzverfahren, mit Liqui-

dationen und Entlassungen. Erst das Zusammenspiel des neuen Rechts mit den neuen professionellen Akteuren in den Funktionssystemen und den ganz konkreten Rahmenbedingungen bewirkt, dass es zur Befolgung des Rechts keine Alternative gibt. Was bleibt, sind punktuelle Widerstände, wenn die Resultate, die in den Funktionssystemen produziert werden, nicht mehr akzeptiert werden, wie das zum Teil bei den Kommunalabgaben der Fall ist. Im Übrigen sind vielfach Defizite hinsichtlich der sinnvollen Nutzung und Umsetzung rechtlicher Rahmenbedingungen zu verzeichnen. Sie dürften ein Teil der Erklärung dafür sein, dass die Produktivität der Wirtschaft in den neuen Ländern trotz modernster Maschinenparks und trotz zum Teil hervorragender Infrastruktur noch immer einen deutlichen Abstand zum Westen aufweist.

Vermutlich wird es noch lange dauern, bis die DDR weitgehend aus den Köpfen der Ostdeutschen verschwunden und das demokratische und rechtsstaatliche System des Westens wirklich angekommen ist. Und manches wird erst mit dem biologischen Generationswechsel kommen. Aber solange die Resultate eine unterste Akzeptanzschwelle nicht unterschreiten, werden die Menschen das westliche Stück auf der umgestalteten Bühne mitspielen, und dabei werden sie langsam auch den Sinn des Stückes besser verstehen, im Guten wie im Schlechten.

Manfred Aschke

