

KARL-HEINZ LADEUR

Das Recht der Netzwerkgesellschaft

Herausgegeben von
THOMAS VESTING
und INO AUGSBERG

Mohr Siebeck

Karl-Heinz Ladeur

Das Recht der Netzwerkgesellschaft
Ausgewählte Aufsätze

herausgegeben von

Thomas Vesting
und Ino Augsburg



Mohr Siebeck

Ino Augsberg, geboren 1976; Studium der Philosophie, Kunstgeschichte, Literatur- und Rechtswissenschaft in Freiburg i.Br. und Heidelberg; 2001 Promotion zum Dr. phil.; 2004 Erstes Juristisches Staatsexamen, 2006 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2008 Promotion zum Dr. iur.; 2013 Habilitation; 2004–2008 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Hamburg, Derzeit wissenschaftlicher Mitarbeiter und Akademischer Rat a.Z. an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Karl-Heinz Ladeur, geboren 1943; Professor emeritus für öffentliches Recht an der Universität Hamburg; Distinguished Bremen Professor an der Bremen International Graduate School of Social Sciences.

Thomas Vesting, geboren 1958, Studium der Rechts- und Politikwissenschaft Universität Tübingen; 1989 Promotion zum Dr. iur.; 1996 Habilitation, Universität Hamburg; 1996 Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Universität Augsburg; 2001 Jean Monnet Forschungsstipendiat, Europäisches Hochschulinstitut Florenz; seit 2002 Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Recht und Theorie der Medien an der Goethe-Universität in Frankfurt/M.; 2004 Forschungsstipendiat Wissenschaftskolleg zu Berlin.

ISBN 978-3-16-152763-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweiler gebunden.

Karl-Heinz Ladeur
Das Recht der Netzwerkgesellschaft
Ausgewählte Aufsätze



Vorwort

Der vorliegende Band enthält eine Reihe von Aufsätzen, die Karl-Heinz Ladeur zwischen 1983 und 2011 an teilweise schwer zugänglichen oder (zumindest für Juristen) eher überraschenden Orten publiziert hat. Die Herausgabe dieses Bandes erfolgt anlässlich des 70. Geburtstags von Karl-Heinz Ladeur am 22. Mai 2013. Die Idee der Publikation wie die Auswahl der Aufsätze stammen von uns. Damit wollen wir die Aufsätze nicht nur wieder leichter zugänglich machen, die Sammlung soll zugleich einen Überblick über die Bandbreite der Themen sowie die Offenheit und Beweglichkeit dokumentieren, mit der diese Themen von Ladeur über drei Jahrzehnte behandelt worden sind. Dass wir mit der Aufsatzsammlung ein Format gewählt haben, das die gedruckten TEXTE in den Vordergrund stellt und nicht, wie es vielleicht eher dem klassischen Format „Festschrift“ entspräche, vor allem den Jubilar als Autor und Person würdigt, hat also auch den Sinn, die Unabgeschlossenheit des Entwurfs eines Rechts der Netzwerkgesellschaft abzubilden, angesichts dessen Größe und Komplexität nicht mehr ein Autor als letzter Referenzpunkt fungieren kann. Was aber bleibt, ist eine relationale Form semiotischer Verknüpfungen, ein offenes Gewebe von Zeichen, dessen Differenzen und Unbestimmtheiten es auch in Zukunft aufzunehmen und mit neuen Beiträgen fortzuführen gilt. Karl-Heinz Ladeurs *work in progress* bildet in diesem Gesamtunternehmen einen immens produktiven Knotenpunkt, dessen Verknüpfungsleistungen allen anderen Vorbild und Ansporn sein sollten.

Für ihre wertvolle Hilfe beim Lesen der Korrekturen gilt unser Dank Stefanie Günthner, M. A., Dr. Carsten Kremer, Jonas Marx, Sumiko Sato, Isabella Zimmerl und Sören Zimmermann, ganz besonders und vor allem aber Isa Weyhknecht-Diehl, die auch für die Erfassung der Texte verantwortlich war. Die Hamburgische Wissenschaftliche Stiftung hat die Publikation mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss unterstützt. Auch dafür danken wir herzlich.

Frankfurt und München, im Mai 2013

Thomas Vesting
Ino Augsburg

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung der Herausgeber: „Das Recht der Netzwerkgesellschaft“. Zu Karl-Heinz Ladeurs Rechts- und Gesellschaftstheorie	1

I. Rechtstheorie

Der „Eigenwert“ des Rechts – die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts	31
„Abwägung“ – ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse	55
Postmoderne Verfassungstheorie	77
Das selbstreferenzielle Kamel. Die Emergenz des modernen autonomen Rechts	99

II. Rechtsmethodologie

Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft. Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern	115
Gesetzesinterpretation, „Richterrecht“ und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive. Handeln unter Ungewißheits- bedingungen und richterliches Entscheiden	141
Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts	163

Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law?	207
--	-----

III. Netzwerkkonzeptionen im Recht

Sprachformation und Rechtsparadigma. Eine modelltheoretische Skizze zum Strukturwandel des deutschen Verwaltungsrechts im 20. Jahrhundert	241
Von der Verwaltungshierarchie zum administrativen Netzwerk	263
Towards a Legal Concept of the Network in European Standard-Setting	291
Die Regulierung von Selbstregulierung und die Notwendigkeit der Herausbildung einer „Logik der Netzwerke“. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft	313
Der Staat der „Gesellschaft der Netzwerke“. Zur Fortentwicklung des Paradigmas des „Gewährleistungsstaats“	333
Die Netzwerke des Rechts	363

IV. Umgang mit Ungewissheit

Die rechtliche Steuerung von Entwicklungsrisiken zwischen zivilrechtlicher Produkthaftung und administrativer Sicherheitskontrolle. Prozeduralisierung von Sicherheitspflichten in vergleichender Perspektive	393
Coping with Uncertainty: Ecological Risks and the Proceduralization of Environmental Law	417
Kommunikation über Risiken im Rechtssystem. Das Beispiel Nanotechnologie	455

V. Grundrechtstheorie

Helmut Ridder's Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie	479
Die objektiv-rechtliche Dimension der wirtschaftlichen Grundrechte – Relativierung oder Abstützung der subjektiven Freiheitsrechte?	497
Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie. Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte	519

VI. Transnationalisierung des Rechts

Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts – eine Skizze	559
Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept	581
Globalization and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation-State?	609
„We, the European People ...“ – Relâche?	639
Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes (zusammen mit Lars Vellechner).	665
The Emergence of Global Administrative Law and Transnational Regulation	697
Nachweise	721
Personenregister	723
Sachregister	726

Thomas Vesting/Ino Augsberg

„Das Recht der Netzwerkgesellschaft“

Zu Karl-Heinz Ladeurs Rechts- und Gesellschaftstheorie

I. Dynamik des Beziehungsraums und Offenheit des Rechtssystems

In den hier versammelten Aufsätzen schärft Karl-Heinz Ladeur seine eigene Rechtstheorie immer wieder durch Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann. Die Kritik setzt teilweise an einzelnen Komponenten der luhmannschen Rechtstheorie an, etwa an der Bestimmung der Ordnungsfunktion des Rechts und ihrer strikten Kopplung mit „Konditionalprogrammen“;¹ teilweise setzt sie aber auch grundsätzlicher an und betrifft die Systemtheorie nach ihrer autopoietischen Wende insgesamt.² Man könnte Ladeurs Rechtstheorie deshalb als ein Unternehmen charakterisieren, das durch eine konzeptionelle und begriffliche Konfrontation mit der Systemtheorie über diese hinauszugehen versucht.³ Damit scheint auch insofern ein treffender Zugang zu Ladeurs komplexem und collagenhaftem Schreib- und Denkstil gebahnt zu sein,⁴ als nicht nur die Profilierung seines Ansatzes in *Abgrenzung* zu Luhmann erfolgt, sondern auch die Konzeption der *Grenze* selbst einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Ansätzen markiert: Ladeurs Grenze ist eher transitiver Natur, während Luhmanns Systemgrenzen unüberschreitbar sind. Ein autopoietisches System kann immer nur innerhalb seiner Grenzen operieren.⁵ Für Ladeur ist die Sache dage-

¹ Dazu etwa *Karl-Heinz Ladeur*, Der „Eigenwert“ des Rechts – die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts, in: C.J. Meier-Schatz (Hrsg.), *Die Zukunft des Rechts*, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 28, Basel 1999, S. 31–56 – i.d.B., S. 31 ff.

² Vgl. nur *Karl-Heinz Ladeur*, Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft. Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 74 (1988), S. 218–238 – i.d.B., S. 115 ff.

³ Vgl. zu Ladeurs Theoriekonzeption bereits *Ino Augsberg/Tobias Gostomzyk/Lars Viellechner*, *Denken in Netzwerken. Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie Karl-Heinz Ladeurs*, Tübingen 2009.

⁴ Dazu anschaulich *Fabian Steinbauer*, Bildkontakt. Zur Anpassung des Medienrechts an Bilder und zum Status der Bilder im Verfassungsrecht, in: Ino Augsberg (Hrsg.), *Ungewissheit als Chance. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheiten im Rechtssystem*, Tübingen 2009, S. 61 ff., 70, 89 ff.

⁵ Vgl. nur *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 69.

gen komplizierter: Einerseits ist das Recht auch für ihn autonomes Recht, es verfügt über einen „Eigenwert“, der nicht einfach durch andere Formen des gesellschaftlichen Wissens ersetzt werden kann; andererseits ist das Recht aber nicht scharf von anderen Formen praktischen Wissens abgegrenzt, die operative Geschlossenheit des Rechtssystems ist nicht absolut, sondern schließt Kontakt-situationen mit seiner „Umwelt“ in einem „dynamischen Beziehungsraum“ ein.⁶ Dementsprechend kennt das autonome Recht Ladeurs Phänomene der Verwischung von Grenzen, des Übergangs, der Übertretung und Überlappung. Damit befindet sich sein Denken in der Nähe einer Theorie offener und dynamischer Systeme, die bis heute – trotz Luhmann – keineswegs an Aktualität verloren hat.⁷ Gegenüber einer übertriebenen Form der „Grenzhygiene“⁸ setzt Ladeur das Bewusstsein des Konstruktionscharakters jeder Grenze, die damit nicht nur notwendig kontingent bleibt, sondern die scheinbar so saubere Scheidung unterläuft. Jede kommunikative Operation ist immer schon „dreckig und unrein“.⁹ Damit wird die Differenz gerade nicht im hegelschen Sinne in einer höheren Einheit wieder „aufgehoben“. Statt zu einer übergeordneten Identität zurückzukehren, wird vielmehr der prekäre Status der nur scheinbar stabilen Identität der differenten Bereiche thematisiert.

Die notwendige Verkopplung allzu klar getrennter Bereiche bezeichnet Ladeur als „Verschleifung“. Eine solche Verschleifung muss aus seiner Perspektive stärker als bei Luhmann akzentuiert mit Bezug auf zahlreiche Einzelphänomene des Rechts hervorgehoben werden. Grundlegend ist jedoch die Annahme einer Verschleifung zwischen dem Normativen und dem Kognitiven:¹⁰ Während bei Luhmann beides weitgehend distinkte Bereiche sein sollen, auf die das Rechtssystem in separaten Operationen Zugriff nehmen kann – getreu dem Schema: kognitiv offen, normativ geschlossen¹¹ –, löst Ladeur die Eindeutigkeit

⁶ Zum dynamischen Beziehungsraum (im Unterschied zum leeren Behältnisraum) *Albrecht Koschorke*, Wahrheit und Erfindung. Grundzüge einer allgemeine Erzähltheorie, Frankfurt am Main 2012, S. 111 ff.

⁷ Vgl. nur jüngst den Entwurf einer literaturwissenschaftlichen Erzähltheorie bei *Koschorke* (Fn. 6), S. 111 ff., 120, 385 (mit Hinweis auf *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Wissenschaft der Logik I, Theorie-Werkausgabe, Frankfurt am Main 1969, 145: „Es pflegt zuerst viel auf die Schranken des Denkens, der Vernunft usf. gehalten zu werden, und es wird behauptet, es könne über die Schranke nicht hinausgegangen werden. In dieser Behauptung liegt die Bewußtlosigkeit, daß darin selbst, daß etwas als Schranke bestimmt ist, darüber bereits hinausgegangen ist.“).

⁸ Vgl. *Albrecht Koschorke*, Die Grenzen des Systems und die Rhetorik der Systemtheorie, in: ders./Cornelia Vismann (Hrsg.), Widerstände der Systemtheorie. Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann, Berlin 1999, S. 49 ff., 50.

⁹ Vgl. *Urs Stäheli*, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, Weilerswist 2000, S. 156.

¹⁰ Vgl. etwa *Karl-Heinz Ladeur*, The Postmodern Condition of Law and Societal „Management of Rules“. Facts and Norms Revisited, *ZfRSoz* 27 (2006), S. 87–108.

¹¹ Vgl. *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Opladen 1983, S. VII; *ders.* (Fn. 5), S. 77.

der Differenz nach beiden Seiten hin auf. Einerseits büßt das Recht seine normative Geschlossenheit in dem Maße ein, in dem es nicht nur mit Blick auf faktische Umstände, also „Sachverhaltsermittlungen“, sondern ebenso in seinen normativen Operationen selbst lernfähig werden muss. Andererseits ist seine kognitive Offenheit immer schon durch normative Grundannahmen geprägt. In diesem Sinne bleibt das Rechtssystem ein „zugleich [...] normativ geschlossenes und [...] kognitiv offenes System“;¹² der Akzent liegt aber auf dem „zugleich“, das den unvermeidbaren Grenzübergang benennt.

Sehr viel deutlicher als Luhmann betont Ladeur zudem jene erforderlichen Übergänge und Verkopplungen zwischen den Systembereichen, die sich durch mediale Phänomene wie die Sprache ergeben.¹³ „Die Eigenkomplexität der ‚semantischen Artefakte‘, mit denen das System seine Selbst- und Fremdbeschreibungen sowie Interpretationen vollzieht, enthält zwangsläufig weit komplexere Verschleifungen, als dies mit dem Begriff ‚Beobachtung/Beschreibung zweiter Ordnung‘ indiziert wird.“¹⁴ Die jeweils getrennten Bereiche lassen sich so wie zwei je für sich thematisch eigenständige aber schon in ihrer buchtechnischen Anordnung aufeinander bezogene Texte bestimmen, die dadurch zwar auch separate Lektüren zulassen, aber den Leser zugleich auffordern, auch ihre wenigstens unterschwelligsten Kommunikationen zu beachten.¹⁵

II. Rechtstheorie

1. *Autonomes Recht und Aufstieg des modernen Subjekts*

Die Ambiguität, die mit einem Denken in dynamischen und offenen Systemen zwangsläufig einhergeht, ist für Ladeurs Konzeption des modernen autonomen Rechts prägend. Nicht anders als Luhmann schreibt sich Ladeur in eine rechtspositivistische Tradition ein, sofern man unter Rechtspositivismus das wissenschaftliche Interesse an der Emergenz eines sich auf *gesellschaftlicher* Ebene abgrenzenden Netzwerks von spezifisch rechtlichen Regeln versteht und nicht die Beschwörung der vermeintlichen Konstitution allen Rechts durch eine demokratisch legitimierte *politische* Gesetzgebung. Im Unterschied zu Luhmann, der die Autonomie des (modernen) Rechts eng mit der Geschichte des römischen Zivilrechts verknüpft und Rechtsautonomie daher primär mit begrifflich-dogmatischer Arbeit an kohärenten Normprogrammen assoziiert, setzt

¹² Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie (Fn. 11), S. VII.

¹³ Vgl. dazu näher *Augsberg/Gostomzyk/Viellechner* (Fn. 3), S. 14 ff.

¹⁴ *Karl-Heinz Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 2. Aufl., Berlin 1995, S. 162. Zu einer entsprechenden Kritik an Luhmann ferner *Vesting*, Die Medien des Rechts: Sprache, Weilerswist 2011, S. 67 ff.

¹⁵ Vgl. zu einem solchen Verfahren *Jacques Derrida*, Living On/Border Lines, in: *Harold Bloom u. a.*, Deconstruction and Criticism, New York 2004, S. 62 ff.

Ladeur historisch genauer an – und bindet die Emergenz des autonomen Rechts an den Aufstieg des modernen Subjekts. Es wird eine Korrelation zwischen dem Aufstieg der Vorstellung eines Subjekts hergestellt, das sein dauerhaft stabiles Selbstbewusstsein und seine gesteigerte Reflexionskraft gegenüber der Vormacht der Tradition (und der Natur) in Anschlag bringt, und der Vorstellung der Emergenz des autonomen Rechts. Das Paradigma des autonomen Rechts ist das autonome Gesetz, und zwar in „der Kantschen Variante des universellen Formalismus“.¹⁶

Ladeurs Rechtstheorie hat also einen historisch genau bestimmten Einsatz. Dieser ist auf den Moment der Aufspaltung der traditionellen Gesellschaft gerichtet, der auch für die Geschichte des Rechts einen tiefen und folgenreichen Bruch bedeutet. Beruhte das traditionale Recht auf einer engen Verknüpfung mit lokalen Gewohnheiten und konnte es sich „an der Erhaltung eines vorgegebenen *Zustands* orientieren“, wird das moderne autonome Recht mit der „Paradoxie der Gewährleistung von Erwartungssicherheit“ in einer sich „auf Zukunftsoffenheit und Unbestimmtheit“ einlassenden Gesellschaft konfrontiert.¹⁷ Das moderne Recht eröffnet „die Möglichkeit zur Erzeugung artifizierlicher Bindungen unter Unbekannten, die auch jenseits des Einzelfalls neue Handlungsmöglichkeiten eröffnet“.¹⁸ Historisch gesehen kündigt sich dieser Bruch mit dem traditionellen Recht mit der Herausbildung des absoluten Staates und nicht erst durch die bürgerlichen Revolutionen des späten 18. Jahrhunderts an. Bereits das Ancien Régime wird durch ein auf Veränderung angelegtes Subjekt, den souveränen Monarchen, in Bewegung gesetzt, d. h. schon der Monarch beginnt, die letzten Orientierungspunkte der Gewissheit aufzulösen, eine Sichtweise, die Ladeur mit Alexis de Tocqueville, Claude Lefort, Marcel Gauchet und anderen teilt.¹⁹

Der Aufstieg des modernen Subjekts erfährt bei Ladeur eine kritische Lesart, die für das Verständnis seines Ansatzes von außerordentlicher Bedeutung ist. Im Unterschied etwa zu einer in der Rechtsgeschichte noch heute weit verbreiteten ontologischen Perspektive, derzufolge die unüberschaubare Rechtsvielfalt des Mittelalters im „System“ des modernen Rechts überwunden wird und „gleiche Freiheit“ die vorangegangene „Willkür“ ersetzt,²⁰ ist das Versprechen der

¹⁶ Karl-Heinz Ladeur, Abwägung – ein neues Rechtsparadigma?, Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse, ARSP 69 (1983), S. 463–483 – i.d.B., S. 55 ff., 55.

¹⁷ Ladeur, Der „Eigenwert“ (Fn. 1), i.d.B., S. 35.

¹⁸ Karl-Heinz Ladeur, Das selbstreferenzielle Kamel. Die Emergenz des modernen autonomen Rechts, ZfRSoz 21 (2000), S. 177–188 – i.d.B., S. 99 ff., 109.

¹⁹ Vgl. nur Claude Lefort, Fortdauer des Theologisch-Politischen, Wien 1999; Marcel Gauchet, Die Erklärung der Menschenrechte. Die Debatte um die bürgerlichen Freiheiten 1789, Hamburg 1991.

²⁰ Vgl. nur Joachim Rückert/Ralf Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, Baden Baden 2012, S. 1388 f.

Autonomie des modernen Rechts für Ladeur Ausdruck eines performativen Be-Gründungsdiskurses in einer Welt ohne letzte Gründe und Gewissheiten; in jüngeren Arbeiten ist an dieser Stelle auch von einer neuen „Rhetorizität“ jenseits der Vorstellungswelt der Aufklärung die Rede.²¹ Die Moderne lässt Ordnung nur noch als Ordnungsstiftung zu, als Selbst-Setzung eines Subjekts. Die Moderne kann damit nur noch als radikal kontingente Ordnung gedacht werden, das heißt als Ordnung, die ebenso gut eine andere sein könnte.²² Auch das moderne Subjekt ist weit davon entfernt, im *Cogito* ein neues unerschütterliches Fundament des Handelns und Erkennens zu schaffen. Es trägt vielmehr einen Spalt in sich, der nicht wieder geschlossen werden kann: Das Subjekt beruht auf einem Selbst, das „Ich“ sagt und damit – etwa bei Kant – das Moment der universellen praktischen Vernunft, der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen, in Anschlag bringt. Die Selbstbezüglichkeit des Subjekts durchtrennt aber zugleich das Beziehungsgefüge zur Vorgegebenheit der Stabilität der sozialen Ordnung. Die neue Ordnung jenseits der Tradition kann daher nur eine dynamische sein, die in eine offene Zukunft ausgerichtet ist und auf die auch das Subjekt verwiesen wird. Das bedeutet für das autonome Recht: Die unterstellte „geschlossene materielle Korrespondenz von Denken und Wirklichkeit“, wie es die alte Welt bestimmt hat, wird in das „formale, offene, antizipierende, gesetzgebende und gesetznehmende Entsprechungsverhältnis von staatlichem SUBJEKT und individuellen Subjekten“ überführt.²³

2. Die Ordnungsidee einer schwachen Subjektivität

Mit der Vorstellung eines offenen Entsprechungsverhältnisses zwischen gesetzgebendem staatlichen Subjekt und gesetznehmenden individuellen Subjekten ist die neue liberale Ordnung in ihrer Struktur allerdings noch nicht vollständig beschrieben. Denn obwohl die liberale Ordnung auf einer Steigerung ihrer selbsterzeugten artifiziellen Komplexität beruht, bleibt in ihr ein transzendentes „politisch-theologisches“ Moment dergestalt erhalten, dass auch das autonome Subjekt das Andere der symbolischen Ordnung nicht einfach abstreifen oder in einem rein positiven Recht von sich trennen könnte. Die Verbindlichkeit des Gesetzes kann für das autonome Subjekt nur durch die „Selbst-Gebung (Gabe) des Gesetzes“ gestiftet werden.²⁴ Die irritierende und anmaßende Selbstermächtigung des modernen Subjekts ist also bei genauerem Hinsehen Selbst-

²¹ Karl-Heinz Ladeur, „Finding our text ...“: Der Aufstieg des Abwägungsdenkens als ein Phänomen der „sekundären Oralität“ und die Wiedergewinnung der Textualität des Rechts in der Postmoderne, in: Ino Augsberg/Sophie-Charlotte Lenski (Hrsg.), *Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts*, Paderborn 2012, S. 173 ff., 180.

²² Angelehnt an Bernhard Waldenfels, *Grundmotive einer Phänomenologie des Fremden*, Frankfurt am Main 2006, S. 19, 20.

²³ Ladeur, *Abwägung* (Fn. 16), i.d.B., S. 56 Fn. 5.

²⁴ Ladeur, *Das selbstreferentielle Kamel* (Fn. 18), i.d.B., S. 109; vgl. dazu auch Bernhard

setzung im Schatten des Anderen. Schon der Monarch ist nicht einfach Souverän des Rechts, sondern „Platzhalter der Selbstreferenz des Rechtssystems“.²⁵ Noch mehr entpuppt sich das moderne Subjekt, das sich etwa politisch als Volk konstituiert, als Effekt „einer fragmentierten, *prozeßhaften* Subjektivität“.²⁶ Diese prozesshafte Subjektivität lässt Ordnung nur noch in ständigem Kontakt mit der Erfahrung zu. Ordnung muss jetzt immer wieder „von unten“, durch „Verknüpfungseffekte zwischen [...] Rechtsträgern“ aufgebaut werden, in einem „verteilten Prozess der Ermöglichung von Erwartungsbildungen unter Bedingungen der Ungewissheit“.²⁷ Das bedeutet zugleich, dass das moderne autonome Recht im Bewusstsein nicht erfasst werden kann und sich jedem „zentralisierenden und vereinheitlichenden Zugriff eines idealen Beobachters prinzipiell entzieht“.²⁸ Daran schließt auch die moderne Vorstellung von Rechtssubjektivität an, wenn sie das Individuum aus der Unmittelbarkeit des anthropologischen Ortes herauslöst und zu einem abstrakten (gesellschaftlichen) Träger von Rechten und Pflichten erhebt.

Ladeur entwickelt seine Ordnungsidee einer „schwachen Subjektivität“ zunächst in Auseinandersetzung mit der klassischen Subjektphilosophie seit Descartes und ihrer Veränderung durch die neuere Sprachphilosophie.²⁹ Unter Bezugnahme auf Wittgenstein heißt es dazu in *Sprachformation und Rechtsparadigma* (1984): „Die transparente Sprache der Rationalität wird abgelöst vom nicht hintergehbaren ‚Sprachspiel‘, das ‚der Fall ist‘ und dessen Veränderungen sich von ‚Fall zu Fall‘ vollziehen. Handlungsgewißheit beruht nicht mehr auf dem *ego cogito*, sondern auf den *cogitata*, in die sich variable ‚Verwendungsweisen‘ einschreiben.“³⁰ Daran wird der Gedanke angeschlossen, dass sich schon für die klassische liberale Ordnung und ihre „Gesellschaft der Individuen“ eine Entsprechung zwischen einer im Subjekt beheimateten universellen Vernunft und einer Freiheit nach universellen Regeln nicht unterstellen lässt.³¹ Seit den 1990er Jahren werden diese Überlegungen sowohl durch die Rezeption des

Waldenfels, Schattenrisse der Moral, Frankfurt am Main 2006, S. 25; *Roberto Esposito*, *Comunitas*, Berlin 2004, S. 101, 117.

²⁵ Ladeur, Das selbstreferentielle Kamel (Fn. 18), i.d.B., S. 101 f.

²⁶ Ladeur, Abwägung (Fn. 16), i.d.B., S. 57.

²⁷ Ladeur, Der „Eigenwert“ (Fn. 1), i.d.B., S. 36; *ders.*, Das selbstreferentielle Kamel (Fn. 18), i.d.B., S. 109.

²⁸ Ladeur, Der „Eigenwert“ (Fn. 1), i.d.B., S. 47.

²⁹ Den Begriff „schwache Subjektivität“ benutzt *Karl-Heinz Ladeur* in einem neueren Papier, Recht und Gerechtigkeit bei Derrida und Luhmann – eine Kritik auf systemtheoretischer Grundlage, MS 2012, S. 53; vgl. auch *Gianni Vattimo*, Die transparente Gesellschaft, Wien 1992, S. 99.

³⁰ *Karl-Heinz Ladeur*, Sprachformation und Rechtsparadigma. Eine modelltheoretische Skizze zum Strukturwandel des deutschen Verwaltungsrechts im 20. Jahrhundert, in: *Erk Volkmar Heyen* (Hrsg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime* (*Jus Commune Sonderheft 21*), Frankfurt am Main 1984, S. 189–212 – i.d.B., S. 241 ff., 248.

³¹ Vgl. zusammenfassend, *Karl-Heinz Ladeur*, Die Netzwerke des Rechts, in: *Michael Bommes/Veronika Tacke* (Hrsg.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft*,

amerikanischen Pragmatismus als auch ökonomischer Theorien angereichert und variiert. Dadurch verändert sich die Begrifflichkeit, und mit den neuen Begriffen geht sicherlich die eine oder andere Bedeutungsverschiebung einher. Die Grundthese, dass die gemeinsame Erfahrung vor dem Subjekt „da“ ist und dass diese „durch die Selbst- und Fremdbeobachtung emergenter produktiver Verknüpfungsmuster zwischen Ereignissen erzeugt“ wird und als offener Horizont gedacht werden muss (und nicht als geschlossenes Bewusstsein), bleibt jedoch erhalten.³² Der offene Horizont generiert immer neue Formen der praktischen Erfahrung, und die „Orientierung an diesen praktischen Formen bewährter Relationierung zwischen Individuen erlaubt dem Einzelnen die Generierung neuer Erfahrung und die Selbstbeobachtung und Selbstbewertung, weil das Selbst nicht durch eine von den praktischen Beziehungen abstrahierte kollektive öffentliche Vernunft integriert wird, sondern eben durch das Handeln, indem sich die Selbsttranszendierung der Subjekte mit der Erkennbarkeit und damit der Schaffung von Wissen für andere verbindet“.³³ Mit Blick auf diese kognitive Basis der Gesellschaft spricht Ladeur – im Anschluss an neuere (phänomenologische) Strömungen der Wissenssoziologie – auch von „sozialer Epistemologie“.³⁴

III. Rechtsmethodologie

1. Die deutsche Variante des Gesetzespositivismus

Die hier wieder abgedruckten rechtsmethodologischen Arbeiten basieren auf einer gründlichen Rekonstruktion der „deutschen Variante des Gesetzespositivismus“.³⁵ Damit referiert Ladeur, der in den achtziger Jahren gemeinsam mit Friedhelm Hase eine größere Studie zum Rechtsstaatsproblem in Deutschland verfasst hat,³⁶ auf den staatsrechtlichen Positivismus, wie er sich im 19. Jahrhun-

Wiesbaden 2010, S. 143–167 – i.d.B., S. 363 ff. Der Begriff „Gesellschaft der Individuen“ stammt, soweit ersichtlich, von *Marcel Gauchet* (Fn. 19), S. 32.

³² *Ladeur*, Der „Eigenwert“ (Fn. 1), i.d.B., S. 39; zum phänomenologischen Hintergrund dieser Argumentation vgl. *Ferdinand Fellmann*, Phänomenologie zur Einführung, Hamburg 2006, insb. S. 38.

³³ *Ladeur*, „Der Eigenwert“ (Fn. 1), i.d.B., S. 39.

³⁴ Vgl. etwa *Karl-Heinz Ladeur*, Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie. Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte, *Der Staat* 50 (2011), S. 493–531 – i.d.B., S. 519 ff.; zur Genese dieses Konzepts vgl. nur *Hans-Jörg Rheinberger*, Epistemologie des Konkreten, Frankfurt am Main 2006, S. 21 ff.

³⁵ *Karl-Heinz Ladeur*, Gesetzesinterpretation, „Richterrecht“ und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive. Handeln unter Ungewißheitsbedingungen und richterliches Entscheiden, *ARSP* 77 (1991), S. 176–194 – i.d.B., S. 141 ff., 141.

³⁶ *Friedhelm Hase/Karl-Heinz Ladeur*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System. Studien zum Rechtsstaatsproblem in Deutschland, Frankfurt am Main 1980.

dert auf der Grundlage der idealistischen Subjektphilosophie, der Historischen Rechtsschule und des Rechtspositivismus im historischen Kontext der Entstehung des deutschen Nationalstaats herausbildet. Die hier entstehende klassische Rechtsmethodologie ist durch einen „hierarchisch-deduktiven Problemhorizont“ beherrscht, in dem das rationale Systemdenken eine zentrale Rolle einnimmt.³⁷ Bei Kant, auf den Ladeur wiederholt verweist, steht etwa die Form eines Subjekts im Vordergrund, das sich dem Bauen stabiler Gehäuse der Vernunft verschreibt. Die „Vernunft“, sagt Kant in der *Kritik der reinen Vernunft*, „ist ihrer Natur nach architektonisch [...], d. i. sie betrachtet alle Erkenntnisse als gehörig zu einem möglichen System.“³⁸

Ausschlaggebend für das rechtspositivistische Denken ist demnach das System oder vielleicht besser: der Systementwurf. Der Entwurf eines Systems jenseits der Tradition soll es dem autonomen Subjekt ermöglichen, seine angestammte Stelle in der Welt zu verlassen und auf das offene Meer des Unbekannten hinauszusegeln, ohne dabei seine Orientierung zu verlieren. Das autonome Recht führt mit anderen Worten ein in eine offene und ungewisse Zukunft weisendes Moment mit sich, indem es vom Subjekt fordert, sich erkennend und handelnd zur Welt zu verhalten, so als gäbe es eine allgemeine Regel, unter die alle individuellen Handlungen in der Zukunft subsumiert werden könnten.³⁹ Auch deshalb ist das klassische Rechtssystem pyramidenförmig gebaut: Die hierarchische Abschichtung der Rechtssätze ist in der Annahme begründet, „daß das ‚Gegebene‘ der Ordnung durch eine ‚Gesamtidee‘ (Gerber) zugänglich ist.“⁴⁰ Darin ist zugleich der Objektivitäts- und Rationalitätsanspruch der deutschen Variante des Gesetzespositivismus begründet.

Dem Rechts- und Gesetzespositivismus entspricht auf subjektiver Ebene eine Modellierung der Individuen als grundsätzlich verlässliche und berechenbare „Personen“, die nicht nur aus Furcht vor dem Einsatz staatlicher Gewalt oder einer Niederlage vor Gericht rechtskonform handeln. In einem ebenfalls verlässlich und berechenbar handelnden Rechtsanwender findet diese Subjektkonstruktion ihre Entsprechung in der personalen „Umwelt“ des staatlichen Gerichts- und Verwaltungssystems: Der Entscheider als Amtswalter muss sich im Prozess der Rechtsanwendung für die Kohärenz des Systems empfänglich zeigen und sich an die Gesamtidee des Systems als eine hinter den sichtbaren Fragmenten des Gegebenen erscheinende Macht gebunden fühlen. Auf dieser auch affektiven Grundlage ist die systematisch-begriffliche Erkenntnis des Rechts in

³⁷ Ladeur, Computerkultur (Fn. 2) – i. d. B., S. 120ff.

³⁸ Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Werke IV, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Main 1968, S. 449.

³⁹ Ladeur, Computerkultur (Fn. 2), i. d. B., S. 119 (mit Verweis auf Werner Hamacher).

⁴⁰ Ladeur, Computerkultur (Fn. 2), i. d. B., S. 117; vgl. dazu auch Carsten Kremer, *Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber*, Frankfurt am Main 2008.

jedem Einzelfall immer wieder von neuem möglich. Es wird also ein „Korrespondenzverhältnis zwischen den objektiven Rechtsgesetzen und dem subjektiven Rechtsdenken“ unterstellt.⁴¹ Dieses Korrespondenzverhältnis bestimmt auch die Rechtsinterpretation im engeren Sinn. „Im klassischen Paradigma waren die Rechtshandlungen virtuell im ‚Sinnganzen‘ der Rechtsordnung enthalten, das über die Interpretation erhellt werden mußte“.⁴²

Es geht Ladeur in rechtsmethodologischen Zusammenhängen darum, die Normativität des modernen autonomen Rechts in einen funktionalen Zusammenhang mit der Dynamik und Komplexität einer liberalen Gesellschaft zu bringen. Weil die gesellschaftliche Ordnung seit dem Ancien Régime beginnt, sich von ihrer göttlich-natürlichen Legitimationsgrundlage abzulösen, verändern sich die Handlungsbedingungen der Individuen radikal: Der soziale Zusammenhalt geht jetzt als emergenter Effekt aus der die Tradition hinter sich lassenden Koordination von Handlungen *zwischen* den Individuen hervor. Das bedeutet, dass sich mit dem Neuen Handlungsmuster, Konventionen und Gesetzmäßigkeiten ausbilden müssen, die zumindest vorübergehende Stabilität gewährleisten. Die Erfindung des Dampfkessels erfordert zugleich Regeln des Umgangs mit ihm. Das hat eine Steigerung der Immanenz der Gesellschaft gegenüber dem Anderen der Transzendenz zur Folge. Die Gesellschaft kann sich nicht mehr in einem – traditionell theologisch konzipierten – stabilen Gegenüber verankern, sondern muss ihre Ordnung aus sich selbst heraus konstruieren. Diese Umstellung ist auch für das Rechtssubjekt folgenreich. „Das Subjekt ist aus seinen traditionellen Bindungen ‚herausgefallen‘. Es muß Erwartungen und Erwartungen über Erwartungen auf der Grundlage eines über eine Vielzahl von Individuen verteilten Wissens bilden.“⁴³ Die selbstbestimmt handelnden Individuen beobachten sich selbst nur noch im Spiegel der anderen oder in der Auseinandersetzung mit einem symbolischen Dritten, aber nicht mehr unmittelbar im Angesicht Gottes. Entsprechend übernimmt das positive (staatliche) Recht die Aufgabe, ein autonomes (freiheitliches) Recht jenseits seiner Verknüpfung mit der Kontinuität der (lokalen) Tradition zu schaffen.

Auch wenn sich das neue positive Recht nicht vom Anderen der Transzendenz ablösen kann und insbesondere seine Autorität und Geltung auf intrikate Weise mit der „Selbst-Gebung (Gabe) des Gesetzes“ verklebt bleibt,⁴⁴ ist das positive (staatliche) Recht doch auf die neue Gesellschaft der Individuen eingestellt. Die Hierarchisierung von Allgemeinem und Besonderem in einem pyra-

⁴¹ Karl-Heinz Ladeur, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 64 (2000), S. 60–103 – i.d.B., S. 163 ff., 165.

⁴² Ladeur, *Computerkultur* (Fn. 2), i.d.B., S. 124.

⁴³ Ladeur, *Gesetzesinterpretation* (Fn. 35), i.d.Bd., S. 143. Zum „Denken der Immanenz“ in der Postmoderne ferner *ders.*, *Postmoderne Rechtstheorie* (Fn. 14), S. 212 f.

⁴⁴ Ladeur, *Das selbstreferentielle Kamel* (Fn. 18), i.d.B., S. 109.