

# Zugangsschranken – Rezeptionsprobleme der Systemtheorie in der US-amerikanischen Rechtstheorie

*Ralf Michaels*

I.	Einleitung . . . . .	238
II.	Systemtheorie und Zugangsschranken . . . . .	243
	1. System und Abstraktion . . . . .	243
	2. Komplexität . . . . .	245
	3. Normativität . . . . .	247
	4. Mangelnde Universalisierbarkeit . . . . .	248
	5. Die Rolle des Individuums . . . . .	250
	6. Autonomie und operationelle Geschlossenheit . . . . .	251
III.	Systemtheorie und ökonomische Theorie . . . . .	253
	1. Rechte und Relationen . . . . .	254
	2. Das Verhältnis zu Kultur und Wissen . . . . .	256
	3. Das Verhältnis zur Politik . . . . .	258
IV.	Privatrechtstheorie und Privatrechtsdogmatik . . . . .	260
	1. Notwendigkeit und Geeignetheit der Systemtheorie . . . . .	260
	2. Intrasystemische Kohärenz . . . . .	262
V.	Schluss: Ansätze zu einer Rechtstheorievergleichung . . . . .	264
	1. Rechtsordnungsspezifität von Rechtstheorien . . . . .	264
	2. Funktionsäquivalenz von Rechtstheorien . . . . .	265
	3. Rezeptionsvoraussetzungen . . . . .	266

## I. Einleitung

Die Systemtheorie ist eine Theorie mit doppelt globalem Anspruch. Sie will, erstens, eine Theorie nicht nur des deutschen oder kontinentaleuropäischen Rechts, sondern des modernen Rechts schlechthin sein, einschließlich des globalisierten Rechts der Weltgesellschaft. Zweitens will sie für verschiedene epistemische Gemeinschaften anschlussfähig sein – nicht nur für die wachsende transnationale Rechtstheorie, sondern auch innerhalb solcher Rechtstheoriediskussionen, selbst wenn diese weitgehend national sind.

Ihrem Inhalt nach kann sie das ohne Zweifel leisten: Ihr Erklärungspotential für das moderne Recht ist demjenigen vieler anderer Theorien überlegen und jedenfalls insofern sollte sie für jede rechtstheoretische Debatte von Nutzen sein. Insbesondere die transnationale Debatte zum globalisierten Recht entkommt der

Diskussion bezüglich der Systemtheorie nur noch in seltenen Fällen: die Theorie kann abgelehnt, nicht aber ignoriert werden. Auch in einigen nationalen Debatten hat die Theorie einen wichtigen Platz erobert. In Deutschland etwa ist die Systemtheorie zwar nicht herrschend; sie ist aber doch zu einer etablierten Theorie geworden, die nicht zu ignorieren ist. Im Ausland verhält sich das dagegen teilweise anders: dort nimmt die Systemtheorie nur einen marginalen Stellenwert ein. Was Gunther Teubner 1989 über die globale Debatte feststellte, stimmt auch heute noch: „the unified discourse of law and society is falling apart again into different cultural provinces“.<sup>1</sup> Das wirft die Frage nach dem „Warum“ auf.

Diese möchte ich im Folgenden für die US-amerikanische Rechtstheorie-debatte diskutieren. Die USA sollten, möchte man meinen, für die Systemtheorie offen sein: Hier hat die Rechtstheorie in der Wissenschaft einen relativ hohen Stellenwert. Interdisziplinarität wird für wichtig gehalten. Trotzdem sind die USA eines der Länder, in denen die Bedeutung der Systemtheorie immer noch – im Vergleich zu anderen Ländern – relativ gering geblieben ist. Eine Durchsicht der Literatur (die freilich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann) ergibt ein gemischtes Bild: In einigen Gebieten finden sich systemtheoretische Diskussionen, insbesondere im Umweltrecht<sup>2</sup> und allgemeiner in der „New Governance“<sup>3</sup> (bei welcher allerdings die Systemtheorie teilweise mit demokratischem Experimentalismus gleichgesetzt wird)<sup>4</sup> sowie im Völker-

<sup>1</sup> G. Teubner, *How the Law Thinks: Toward a Constructive Epistemology of Law*, LSR 23 (1989), 727–757, 727.

<sup>2</sup> D. Fiorino, *Rethinking Environmental Regulation: Perspectives on Law and Governance*, Harv. Env. LR 23 (1999), 441–469; S. Gaines, *Reflexive Law as a Legal Paradigm for Sustainable Development*, Buff. Env. LJ 10 (2002), 1–24; D. Hirsch, *Green Business and the Importance of Reflexive Law: What Michael Porter Didn't Say*, Administrative LR 62 (2010), 1063–1126, 1105 ff.; E. Meidinger, *The New Environmental Law: Forest Certification*, Buff. Env. LJ 10 (2002), 211–300; E. Orts, *Reflexive Environmental Law*, Northwestern University LR 89 (1994–95), 1227–1340; s. auch C. Holley, *Facilitating Monitoring, Subverting Self-Interest and Limiting Discretion: Learning from New Forms of Accountability in Practice*, Col. J. of Env. Law 35 (2010), 127–212, 130.

<sup>3</sup> L. Backer, *Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board, and the Global Governance Order*, Ind. J. Glob. Leg. Stud. 18 (2011), 751–802; J. Cohen, *Regulating Intimacy: A New Legal Paradigm*, 2002, 153 ff., und dazu die Besprechung durch M. Dorf, *The Domain of Reflexive Law*, Columbia LR 103 (2003), 384–402, 395 f.; D. Hess, *Social Reporting: A Reflexive Law Approach to Corporate Social Responsiveness*, JCL 25 (1999), 41–84; D. Kettler, *The Reconstitution of the Welfare State: A Latent Social Democratic Legacy*, LSR 21 (1987), 9–47; O. Lobel, *The Renew Deal: The Fall or Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, Minn. LR 89 (2004–05), 342–470.

<sup>4</sup> S. die Kritik an Lobel, Minn. LR 89 (2004–05), 342 ff., durch B. Karkkainen, „New Governance“ in *Legal Thought and in the World: Some Splitting as Antidote to Overzealous Lumping*, Minn. LR 89 (2004–05), 471–497, und dazu die Replik von Lobel, *Setting the Agenda for New Governance Research*, Minn. LR 89 (2004–05), 498–509, 503 ff. Weitgehende Gleichsetzung auch etwa bei P. Horwitz, *Grutter's First Amendment*, Boston College LR 46 (2004–05), 461–590, 576 ff. Inwieweit im Rahmen des reflexiven Rechts Ansätze von Systemtheorie und demokratischem Experimentalismus zusammenkommen können, kann hier nicht diskutiert werden. Teubner selbst hat sein reflexives Recht ausdrücklich als Ergebnis der Rekonstruktion US-amerikanischer (P. Nonet, P. Selznick) und deutscher (J. Habermas, N. Luhmann) Ansätze entwickelt, vgl. G. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, LSR 17 (1983), 239–285.

recht<sup>5</sup> und teilweise in anderen Gebieten wie etwa dem Beweisrecht.<sup>6</sup> Zum Kanon von Rechtstheorien gehört sie indes nicht. Anders verhält es sich mittlerweile etwa in Deutschland und England wie die Durchsicht von Standardwerken ergibt. Zwar hat Lawrence Solum, der den einflussreichen „Legal Theory Blog“ betreibt, Niklas Luhmann unter die „Unsterblichen“ gereiht<sup>7</sup> – wurde aber gleich von Brian Leiter, einem anderen wegen seines Blogs vielbeachteten Rechtsphilosophen, dafür gerüffelt.<sup>8</sup> Der Symposiumsband zum Werk Luhmanns aus dem Jahr 1992 bleibt eine Ausnahme und hat die US-amerikanische Rechtstheoriedebatte – soweit ersichtlich – nicht wesentlich beeinflusst.<sup>9</sup> Systemtheorie ist präsent, aber weniger als in manchen anderen Ländern.

Hinzu kommt, dass die Systemtheorie in den USA teilweise verändert rezipiert und teils auch einfach missverstanden wird.<sup>10</sup> Beispielsweise wird das Element der „Autopoiesis“ häufig weggelassen, womit indes die Systemtheorie eines wesentlichen Elements beraubt wird. Zudem wird angenommen, die Systemtheorie erlege dem Rechtssetzer ein unmögliches Maß an Feinabstimmung der Regulierung auf,<sup>11</sup> womit die Komplexitätsreduzierung durch operative Schließung und kognitive Öffnung nicht richtig erkannt wird.

Dabei mangelt es nicht an Material. Die wichtigsten Texte der Systemtheorie sind mit wenigen Ausnahmen auf Englisch erhältlich. Von Luhmann existiert eine beträchtliche Anzahl von Texten auf Englisch, einschließlich der wichtigsten Monographien zum Recht.<sup>12</sup> Teubner veröffentlicht seit langem regelmäßig auf Englisch (wenn auch häufiger in England als in den USA<sup>13</sup>); er hat 2003 die angesehenen „Storrs Lectures“ in Yale gehalten, denen so einflussreiche Bücher

<sup>5</sup> A. D'Amato, Groundwork for International Law, Am. J. Int. L. 108 (2014), 650–679; vgl. auch *ders.*, International Law as an Autopoietic System, in: R. Wolfrum/V. Röben (Hg.), Developments of International Law in Treaty Making, 2005, 335–400; A. Colangelo, A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization, N. Y. U. J. Int. L. & Pol. (i. E.), [ssrn.com/abstract=2754402](http://ssrn.com/abstract=2754402) (abgerufen am 13.9.2016); s. auch S. Sassen, Bordering Capabilities versus Borders: Implications for National Borders, Mich. J. Int. L. 30 (2008–09), 567–597; R. Wai, Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society, Harvard International LJ 46 (2005) 471–485; *ders.*, Interlegality of Transnational Private Law, LCP 71 (2008), 107–128.

<sup>6</sup> R. Lempert, Built on Lies: Preliminary Reflections on Law as an Autopoietic System, Hastings LJ 49 (1997–98), 343–357.

<sup>7</sup> L. Solum, The Immortals v. 14.9.2003, online: [http://lsolum.blogspot.com/archives/2003\\_09\\_01\\_lsolum\\_archive.html#106355086488797710](http://lsolum.blogspot.com/archives/2003_09_01_lsolum_archive.html#106355086488797710) (abgerufen am 30.6.2016).

<sup>8</sup> B. Leiter, Immortality in Legal Philosophy v. 3.10.2003, online: [http://leiterreports.typepad.com/blog/2003/10/immortality\\_in\\_.html](http://leiterreports.typepad.com/blog/2003/10/immortality_in_.html) (abgerufen am 30.6.2016).

<sup>9</sup> Symposium: Closed Systems and Open Justice: The Legal Sociology of Niklas Luhmann, Card. LR 13 (1992), 1419–1769.

<sup>10</sup> Allgemein zu solchen Veränderungen bei der Theorierezeption klassisch E. Said, Traveling Theory, in: *ders.*, The World, the Text and the Critic, 1984, 226–247. S. jetzt für ein konkretes Beispiel Y. Bu, Rechtsdogmatik: vom Transfer des deutschen Rechts zum Transfer des deutschen Konzepts der Rechtswissenschaft, JZ 2016, 382–390.

<sup>11</sup> Karkkainen, Minn. LR 89 (2004–05), 471–497.

<sup>12</sup> Auflistung der auf Englisch erhältlichen Veröffentlichungen Luhmanns bei P. Zumbansen, Book Review, SLS 15 (2006), 453–468, 453 f.

<sup>13</sup> Teubner, LSR 17 (1983), 239–285; *ders.*, Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg, LSR 18 (1984), 291–301; *ders.*, Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the „Essence“ of the Legal Person, Am. J. Comp. L. 36 (1988), 130–155; *ders.*, LSR 23 (1989),

wie Lon Fullers „Morality of Law“, Philipp Jessups „Transnational Law“ und Grant Gilmores „Ages of American Law“ entsprungen sind.<sup>14</sup>

Eine Diskussion der mangelnden Rezeption setzt Einiges voraus. Zuerst gehe ich davon aus, dass es überhaupt einen US-amerikanischen Diskurs gibt, der von einer globalen Rechtstheorie-Debatte unterschieden werden kann, obwohl dieser globale Theorienstreit ganz überwiegend auf Englisch stattfindet. Um die Existenz einer spezifisch US-amerikanischen Diskussion genauer nachzuweisen,

---

727–757; *ders.*, De collisione discursuum: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics, *Card. LR* 17 (1996), 901–918; *ders.*, The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy, *LSR* 31 (1997), 763–787; *ders.*, Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems, *Am. J. Comp. L.* 45 (1997), 149–169; *ders.*, Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks, in: R. Kagan/K. Winston (Hg.), *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, 2002, 311–331; *ders./V. Karavos*, *CompanyName.Sucks.Com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law*, *German LJ* 4 (2003), 1335–1358; *G. Teubner/A. Fischer-Lescano*, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, *Mich. J. Int. L.* 25 (2004), 999–1046; *dies.*, Consensus as Fiction of Global Law: Reply to Andreas L. Paulus, *Mich. J. Int. L.* 25 (2004), 1059–1073; *G. Teubner*, *State Policies in Private Law? Comment on Hanoch Dogan*, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), 835–844; *ders.*, „And if I by Beelzebub cast out Devils, ...“: An Essay on the Diabolics of Network Failure, *German LJ* 10 (2009), 115–136; *ders.*, Self-constitutionalizing Transnational Corporations? On the Linkage of „Private“ and „Public“ Corporate Codes of Conduct, *Ind. J. Glob. Leg. Stud.* 17 (2011), 617–638; *ders.*, *The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism*, *Transnational Legal Theory* 4 (2013), 44–58. Während Aufsatzsammlungen in zahlreichen anderen Sprachen bereits erschienen sind, ist die erste englischsprachige Sammlung erst für 2016 angekündigt: *ders.*, *Critical Theory and Legal Autopoiesis: Perspectives of Societal Constitutionalism*, 2016 (i. E.). Freilich sind englische Versionen der meisten Publikationen über Teubners Website erhältlich: <https://www.jura.uni-frankfurt.de/42847561/list-of-publications> (abgerufen am 30.6.2016).

Besonders zu erwähnen sind Beiträge zu US-europäischen Debatten: *L. Friedman/G. Teubner*, *Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experience*; in: M. Cappelletti/M. Seccombe/J. Weiler (Hg.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Bd. 1.3, 1986, 345–380; *G. Teubner*, *And God Laughed ... Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law*, in: C. Joerges/D. Trubek (Hg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, 1989, 399–434, wiederveröffentlicht in *German LJ* 12 (2011), 376–406; *Teubner*, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), 835–844.

In gewisser Weise ist die Beschränkung auf in den USA erschienene Texte willkürlich: zum einen sind einige in England veröffentlichte Texte in den USA weit rezipiert, zum anderen sind Bücher, die etwa bei Oxford University Press oder Hart erscheinen, in den USA genauso erhältlich wie in England. Besonders einflussreich in den USA sind nach meinem Dafürhalten *G. Teubner*, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in: *ders.*, *Global Law Without a State*, 1996, 3; *ders.*, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or how Unifying Law Ends up in New Divergencies*, *Mod. LR* 61 (1998), 11–32, freilich beide nicht immer spezifisch für ihre systemtheoretischen Grundlagen. Spezifisch systemtheoretisch ist *ders.*, *Law as an Autopoietic System*, 1993, das freilich, glaubt man der Database Hein Online, mehr im Ausland als in den USA zitiert wird. Einflussreich jetzt auch *ders.*, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, 2012.

<sup>14</sup> Die drei Storrs Lectures sind nicht umfassend publiziert und auch nicht mehr als solche online erhältlich, sondern nur einzeln als *G. Teubner*, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*, in: C. Joerges/I.-J. Sand/*ders.* (Hg.), *Constitutionalism and Transnational Governance*, 2004, 3–28; *ders.*, *Coincidentia oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization*, in: M. Amstutz/*ders.* (Hg.), *Networks: Legal Issues of Multilateral Cooperation*, 2009, 3–30; *ders.*, *Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter*, in: O. Perez/*ders.* (Hg.), *On Paradoxes and Inconsistencies in Law*, 2006, 41–64.

müsste man untersuchen, mit wem sich US-amerikanische Wissenschaftler unterhalten (und insbesondere, von wem sie dabei zu lernen bereit sind) und welche Texte sie lesen. Man dürfte sich dabei nicht nur auf die (vergleichsweise wenigen) Wissenschaftler beschränken, die tatsächlich relativ global kommunizieren. Ein solcher Nachweis kann hier nicht erbracht werden. Freilich springt auch ohne solche Nachweise die verhältnismäßige Abgeschlossenheit der US-amerikanischen Debatte ins Auge. Die soeben genannten Blogeinträge von Solum und Leiter können als symptomatisch gelten. Schon Solums Liste der „Immortals“ ist bezeichnend provinziell: Außer Luhmann taucht als einziger Nichtamerikaner Hans Kelsen auf, der indes die letzten 33 Jahre seines Lebens als Forscher in den USA verbrachte. Leiter seinerseits lässt nur noch Kelsen gelten und das, obwohl Leiter in den USA als Experte für deutsche Philosophie gilt.

Ich gehe darüber hinaus davon aus, dass eine Diskussion über Zugangsschwierigkeiten sich auf die US-amerikanische Debatte beschränken kann, also nicht auch anderweitige Rezeptionen umfassen muss. Mit einer solchen Beschränkung soll nicht gesagt werden, dass die US-Debatte besonders wichtig oder besonders hervorragend sei. Auch soll damit nicht gesagt werden, die Rezeptionsschwierigkeiten in den USA seien irgendwie typisch für andere nationale Debatten. Ob das so ist, lässt sich ohne deren Analyse nicht sagen; *prima facie* erscheint es eher unwahrscheinlich. Insoweit haben nationale Diskurse tatsächlich ihre Eigenarten. Die Beschränkung ermöglicht nur – aber immerhin – eine Art Länderbericht zur Rezeption der Theorie innerhalb einer nationalen Debatte.

Ich gehe weiterhin davon aus, dass sich bei einer solchen Analyse „Deskription“ und „Bewertung“ trennen lassen. Wenn Argumente aus der US-Debatte gegen die Systemtheorie referiert werden, geschieht das, wenn nichts Anderes gesagt wird, ohne Bewertung. Argumente aus der US-Debatte sind Objekte dieses Aufsatzes – und gerade nicht die Ansichten seines Autors. Diese Trennung von Deskription und Bewertung ist eines der wichtigsten Desiderata klassischer Rechtsvergleichung; sie ist auch für den Theorienvergleich nötig. Wichtig ist zu wissen, was US-Wissenschaftler denken und sagen, nicht aber, was sie denken sollten.

Noch zwei abschließende Klarstellungen zur Themendefinition. Erstens spreche ich von Systemtheorie als der spezifischen Theorie wie sie insbesondere Luhmann entwickelt und Teubner fortgebildet hat, wobei ich die Unterschiede zwischen beiden vernachlässige. Darin enthalten sind die Ideen der Kommunikation, der operativen Geschlossenheit von Systemen wie dem des Rechts, nebst der kognitiven Offenheit und Autopoiese solcher Systeme und der Entwicklung von Eigenrationalitäten, sowie der Idee reflexiven Rechts. Um die Details der Theorie geht es für diese Analyse nicht.

Zweitens behandle ich Rechtstheorie und beschränke mich nicht auf Privatrechtstheorie. Einerseits hat der Begriff des Privatrechts in den USA eine andere Bedeutung als in Deutschland;<sup>15</sup> die Abgrenzung insbesondere vom öffentlichen

---

<sup>15</sup> S. dazu R. Michaels/N. Jansen, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, Am. J. Comp. L. 54 (2006), 843–890, 846 ff.

Recht spielt eine weitaus geringere Rolle. Die Privatrechtstheorie in den USA ist – anders als etwa in Kanada oder Israel – zum Randgebiet geworden; jüngere Ansätze änderten daran (bislang) wenig.<sup>16</sup> Andererseits ist aber auch aus Sicht der Systemtheorie die Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht problematisch, weil der damit vorausgesetzte Gegensatz öffentlich–privat oder sogar Staat–Gesellschaft mit der in der Systemtheorie angenommenen Differenzierung in Funktionssysteme nicht in Einklang steht.<sup>17</sup>

## II. Systemtheorie und Zugangsschranken

Ob eine Theorie rezipiert wird oder nicht, hängt von vielem ab, und man darf den Zufall nicht unterschätzen. Dabei lässt sich kaum beweisen, ob ein bestimmter Faktor kausal geworden ist. Die folgende Liste beruht auf einer Mischung aus Lektüre und persönlichen Gesprächen und Eindrücken; sie ist insofern subjektiv gefärbt. Trotzdem denke ich, dass sich für die relativ geringe Bedeutung der Systemtheorie in den USA im Vergleich zu Deutschland Gründe anführen lassen, die zumindest plausibel sind. Ich behandle hier Gründe nur insofern, als sie spezifisch die US-amerikanische Rezeption betreffen, und lasse andere Gründe aus. So wird etwa auch in den USA häufig kritisiert, die Übertragung des Systembegriffs aus der Biologie in die Gesellschafts- und Rechtswissenschaft sei unzulässig; das ist aber eine auch aus der deutschen Debatte bekannte Kritik.<sup>18</sup> Auch behandle ich Missverständnisse der Systemtheorie durch US-amerikanische Autoren nur soweit sie etwas über die spezifische US-amerikanische Perspektive aufzeigen. Schließlich sei noch einmal betont: Es geht mir ganz wesentlich um die Wiedergabe, manchmal auch die Rekonstruktion, von US-amerikanischen Argumenten gegen die Systemtheorie. Ob diese Argumente objektiv begründet sind, ist eine andere Frage.

### 1. System und Abstraktion

Ein erster Grund betrifft den Charakter deutscher Rechtstheorie insgesamt, der in der Systemtheorie besonders zur Geltung kommt. Es gibt seit jeher eine spezifisch deutsche Form der Wissenschaft gerade auch in der Rechtstheorie, die große und häufig abstrakte Systeme anbietet, welche die Welt als Ganzes zu erklären

<sup>16</sup> Dazu insbesondere *E. Hosemann*, „The New Private Law“: Die neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 78 (2014), 37–70. Immerhin gibt es mittlerweile sowohl in Harvard als auch in Yale Zentren, die sich mit Privatrecht befassen (wobei insbesondere in Yale allerdings die Themenstellung aus europäischer Sicht oft eher untypische Fragen behandelt): <http://blogs.harvard.edu/privatelaw/> (abgerufen am 13.9.2016); <https://www.law.yale.edu/centers-workshops/yale-law-school-center-study-private-law> (abgerufen am 30.6.2016).

<sup>17</sup> *G. Teubner*, *After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law*, *CLP* 51 (1998), 393–424; *ders.*, *Am.J. Comp. L.* 56 (2008), 835–843.

<sup>18</sup> Diskussion und Antworten bei *N. Luhmann*, *Soziale Systeme*, 1984, 15 ff.; *G. Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989, 39–41.

versuchen. Im 19. Jahrhundert erschien solche Systembildung der US-Wissenschaft als attraktives Modell, um das wachsende Chaos des Common Law zu bändigen.<sup>19</sup> Im 20. Jahrhundert dagegen wurden US-amerikanischen Wissenschaftlern Systembildungen suspekt. Die großen deutschen Systembildungen des 19. Jahrhunderts werden heute gerade in den USA sehr kritisch wahrgenommen.<sup>20</sup> Der deutschen Tendenz zu Abstraktion und Systematisierung setzt man in den USA die Relevanz konkreter Sachverhalte und die Bedeutung der Einzelfallentscheidung entgegen.<sup>21</sup> In dieser Hinsicht ist wahrscheinlich keine Theorie ambitionierter als die Systemtheorie. Sowohl das Bestreben, das gesamte Recht als System zu verstehen, als auch der hohe Abstraktionsgrad sind für Großteile der US-amerikanischen Rechtstheorie abschreckend.<sup>22</sup>

Vorgeworfen wird der Systemtheorie, dass sie ein abstraktes Modell *a priori* entwerfe, anstatt es von den tatsächlichen Gegebenheiten her zu erklären.<sup>23</sup> Damit ist ein weiterer Punkt angesprochen, nämlich der Gegensatz – banal gesagt – zwischen deduktivem und induktivem Denken. Mit aller Vorsicht, die eine solche Verallgemeinerung beschränkt, kann man sagen, dass die kontinentaleuropäische Wissenschaft traditionell vom System auf den Einzelfall deduziert, während das Common Law umgekehrt den konkreten Einzelfall als Ausgangspunkt nimmt und von dort ein System nur dann induziert, wenn es tatsächlich überzeugend wirkt.

In solchen Vorwürfen spiegelt sich ein grundlegender Gegensatz wider. Das US-amerikanische Rechtsdenken ist immer noch weitgehend geprägt von einem Empirismus und der Hoffnung, aus objektiven Fakten die Rechtssicherheit zu erlangen, die man der Rechtsdogmatik nicht mehr zutraut. Nicht umsonst werden „empirical legal studies“ als wichtige Disziplin angesehen.<sup>24</sup> Diese Hoffnung auf Objektivität aufgrund von Fakten kann und will die Systemtheorie mit ihrem Ursprung aus dem Konstruktivismus nicht erfüllen. Als evolutionäre Theorie verschließt sie sich zudem der strikten Voraussagbarkeit von Ergebnissen<sup>25</sup> und

<sup>19</sup> M. Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, Boston College LR 31 (1990), 837–897, 896 f.

<sup>20</sup> Teilweise ist diese Distanz zur Systembildung ihrerseits durch die deutsche Diskussion beeinflusst. Zum Einfluss der Rezeption Jherings durch Roscoe Pound insoweit D. Rabban, *American Responses to German Legal Scholarship: From the Civil War to World War I*, *Comparative Legal History* 1 (2013), 13–43. Zum Einfluss der Freirechtslehre auf den Legal Realism etwa J. Herget/S. Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, Va. LR 73 (1987), 399–455.

<sup>21</sup> M. Reimann, *The American Advantage in Global Lawyering*, *RabelsZ* 78 (2014), 1–36, 11 f.

<sup>22</sup> S. etwa R. Lempert, *The Autonomy of Law: Two Visions Compared*, in: G. Teubner (Hg.), *Autopoietic Law – A New Approach to Law and Society*, 1988, 152–190, 153: „The Continental vision involves an abstraction (the legal system as a subsystem of social systems) of an abstraction (social systems as in some sense like biological systems), while the Anglo-American vision of legal autonomy is rooted in the failure of earlier theoretical visions to meet the test of reality“; S. Diamond, *Autopoiesis in America*, *Card. LR* 13 (1992), 1763–1769, 1768.

<sup>23</sup> Lempert, *The Autonomy of Law* (Fn. 22), 153 f.

<sup>24</sup> T. George, *An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools*, *Indiana LJ* 81 (2006), 141–161.

<sup>25</sup> S. nur N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 296: „Der Evolutionsbegriff selbst schließt Prognosen aus“.

enttäuscht damit jenen (beträchtlichen) Teil der US-Wissenschaft, der gerade das vom Studium des Rechts erhofft. Zudem stellt die autopoietische Theorie mit ihrem Fokus auf Rekursivität und Selbstbeobachtung die Priorität von Fakten gegenüber Theorie in Frage: „The hard facts about the external world that empirical research pretends to produce are in reality highly artificial constructs, excessively selective abstractions, mere internal artefacts of scientific discourse that are both as real and as fictional as are theoretical constructs“.<sup>26</sup> In der noch vom deutschen Idealismus beeinflussten deutschen Rechtstheorie ist das zu vermitteln; für weite Teile der US-amerikanischen Debatte scheint es schwer zu akzeptieren zu sein.

## 2. Komplexität

Systemtheorie ist freilich nicht nur abstrakt, sie ist auch hochgradig komplex. Zwar wird in der Systemtheorie vielfach Komplexitätsreduzierung thematisiert, aber regelmäßig als eine Leistung der beobachteten Systeme, nicht hingegen der Theorie selbst. Die Theorie selbst muss umgekehrt anspruchsvoll genug sein, die Komplexität der Welt insgesamt abzubilden: Um zu erklären, was Systeme leisten, muss sie diese Komplexitäten auch benennen.<sup>27</sup> Damit wirken Sachverhalte zunächst komplizierter als vorher. Dan Wielsch bietet ein instruktives Beispiel zur Frage, inwieweit Immaterialgüterrechte dem Eigentum nachgebildet werden können:

„Hinter der auf den ersten Blick einfach anmutenden ‚Übertragung‘ der Eigentumsform auch auf die Regelung der Nutzung von (Kommunikationsfunktion besitzenden) Immaterialgütern wird somit eine anspruchsvolle Matrix systemischer Bezüge sichtbar, in die das Eigentum eingestellt ist: Entlang der einen Dimension ist die Mehrsystemrelevanz einer rechtlichen Zugangsbeschränkung zu berücksichtigen, während entlang der anderen Dimension die Rechtsform selbst in ihrer individuellen und institutionellen Schutzrichtung (jedenfalls analytisch) zu differenzieren ist. Erst mit Hilfe dieser Matrix kann sichtbar gemacht werden, wie komplex die Aufgabe ist, die sich dem Recht stellt.“ (S. 47)

In Deutschland erschwert solche Komplexität offenbar die Nutzung systemtheoretischer Erkenntnisse für die Dogmatik. Gleich drei eher rechtsdogmatische Rezensionen beschwerten sich über die Komplexität der Darstellung bei Wielsch, freilich ohne zu zeigen, wie man es wirklich mit gleichem Erkenntnisgewinn hätte einfacher sagen können.<sup>28</sup> Aus rechtstheoretischer Sicht hingegen hält Thomas Gutmann in seiner Rezension gerade die Komplexität für einen Vorteil und meint, dass „auch weniger theorieaffine Juristen ‚alter Schule‘ nicht umhin kommen werden, einzuräumen, dass mit den verwendeten informationsökono-

<sup>26</sup> J. Paterson/G. Teubner, *Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis*, SLS 7 (1998), 451–486; dazu auch G. Teubner, *Wie empirisch ist die Autopoiese des Rechts?*, in: R. Martinsen (Hg.), *Das Auge der Wissenschaft: Zur Emergenz von Realität*, 1995, 137–155.

<sup>27</sup> S. etwa Lubmann, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 25), 287: „Mit systemtheoretischen Ausgangspunkten gewinnt man zwar keine Distanz zur eigenen Theorie, wohl aber ein komplexeres Analyseinstrumentarium“.

<sup>28</sup> S. C. Ann, *Rezension*, UFITA 2010, 284–286; I. Scherer, *Rezension*, ZGE 2014, 145–148, 147; E. Steinbauer, *Rezension*, ZfBB 57 (2010), 302–303.



mischen und systemtheoretischen Instrumenten besser und genauer beschrieben und erklärt werden kann, worin genau die kollektiven Güter bestehen, um derentwillen der Schutz geistigen Eigentums beschränkt werden sollte“.<sup>29</sup> Und jedenfalls in der deutschen Privatrechtstheorie ist Komplexität, soweit ich sehen kann, kein Nachteil für die Debatte.

Das ist in den USA anders. Hier kann man offenbar die Systemtheorie noch einfach mit einem Hinweis auf ihre Komplexität abkanzeln, um sich nicht inhaltlich mit ihr auseinandersetzen zu müssen: „[S]o much of the work being carried on at a level of abstraction that renders it largely unintelligible“.<sup>30</sup> Adrian Vermeule etwa, ein rechtstheoretisch interessierter Öffentlichrechtler aus Harvard, ignoriert mit US-amerikanischem Selbstbewusstsein in seiner als systemtheoretisch bezeichneten Analyse der US-Verfassung schlicht die gesamte deutsche Debatte. Zu Luhmann meint er lediglich in einer Fußnote:

„The German sociologist Niklas Luhmann advanced a ‚systems theory‘ that he applied to law as well as other domains, but the theory does not have much to do with systems theory as understood in the social sciences, is notoriously obscure, and is difficult to cash out in an analytically precise or pragmatically relevant fashion.“<sup>31</sup>

Andere behaupten sogar, Systemtheoretiker setzten angebliche Unklarheit bewusst ein, um Schwächen in der Argumentation zu überdecken. Leiter, im oben angeführten Blogeintrag, meint polemisch und ohne Begründung:

„Luhmann seems to be a case study in Nietzsche’s dictum: ‚Those who know that they are profound strive for clarity. Those who would like to seem profound strive for obscurity.‘ Luhmann is, shall we say, a bit obscure at times. There is a reason.“<sup>32</sup>

Selbst Paul Berman, ein führender Vertreter des Rechtspluralismus in den USA, der der Systemtheorie positiv gegenübersteht, gibt – in einer Festschrift für Teubner (!) – offen zu, dass er nicht versteht, was Teubner meint, das aber auch nicht für so wichtig hält, solange es nur zum Nachdenken inspiriere. Mehr noch, er vermutet, Teubner selbst wisse auch nicht so genau, was er meint:

<sup>29</sup> T. Gutmann, Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, RW 2010, 194–203, 198 f.

<sup>30</sup> L. LoPucki, The Systems Approach to Law, Cornell LR 82 (1997), 479–521, 483; vgl. schon Teubner, LSR 5 (1989), 727 f.: „Obscurity of language, then, is the most common critical comment on those recent European theory fashions, be they of Parisian, Frankfortian, or Bielefeldian origin. The language is said to be overly complex, often incomprehensible, and to conceal usually trivialities behind a smoke screen of trendy words like legal discourse, communicative rationality, and legal autopoiesis“.

<sup>31</sup> A. Vermeule, The System of the Constitution, 2011, 181; vgl. die Kritik daran bei T. Webb, Rezession, Mod. LR 75 (2012), 1182–1188, 1183, der auch darauf hinweist: Vermeule nutze in Wirklichkeit nicht Systemtheorie, sondern Komplexitätstheorie; vgl. auch den Bericht zu einer US-amerikanischen Reaktion auf Luhmann bei Teubner, LSR 5 (1989), 727: „Twas bryllyg, and the slythy toves did gyre and gymbly in the wabe: all mimsy were ye borogoves; and the mome raths outgrabe“. Das Zitat entstammt L. Carroll’s Nonsensgedicht „Jabberwocky“, online: <http://www.jabberwocky.com/carroll/jabber/jabberwocky.html> (abgerufen am 13.9.2016).

<sup>32</sup> Leiter, Immortality in Legal Philosophy v. 3.10.2003 (Fn. 8); s. schon etwa J. Schmidt, Luhmann in English, Contemp. Soc. 12 (1983), 133–134, 134: „Terms like ‚system‘, ‚differentiation‘, ‚environment‘, and ‚complexity‘ take on, by sheer dint of repetition, a consistent pattern of usage that may or may not actually mean anything“.

„It’s actually not entirely clear what Teubner means here. By using the words ‚inter-systemic conflicts law‘, he may well be invoking the systems theory of Niklas Luhmann. But I am literal-minded, and after reading that passage, I was moved to wonder what it would mean, in practical – and even doctrinal – terms to think of systemic conflicts as being like a conflict of laws regime? I confess I don’t know, and I’ll bet Teubner doesn’t know either. It is the same with Teubner’s invocation of global law without a state. What does he mean precisely by the phrase? Surprisingly, it doesn’t matter. What matters instead are the thousands of inquiries that the phrase has generated.“<sup>33</sup>

Was Teubner (und Luhmann) meinen, ist nun nicht geheim; man kann es nachlesen, und man kann es auch verstehen, wenn man sich denn darauf einlässt.<sup>34</sup> Was sich in der US-Reaktion widerspiegelt, ist eher ein Nichtverstehen-Wollen. Insofern sich darin nicht nur eine (durchaus strategisch genutzte) Diskursverweigerung ausdrückt, ist dieses Nichtverstehen-Wollen freilich symptomatisch für eine Debatte, die einer Spezialisierung generell eher kritisch gegenübersteht. Das Ideal des Richters ist immer noch das des intelligenten Laien, nicht des Spezialisten; eine Fachgerichtsbarkeit gibt es (fast) nicht. Das Ideal des wissenschaftlichen Diskurses ist fächerübergreifend; auch der Deliktsrechtler soll den Steuerrechtler verstehen können, selbst wenn er nie Steuerrecht gelernt hat. Und das Ideal der wissenschaftlichen Publikation ist das des allgemein zugänglichen Textes. Vergleicht man etwa Ronald Dworkin mit Luhmann, so scheint ersterer auf den ersten Blick ungleich leichter zu verstehen zu sein, auch wenn es nach genauerem Nachdenken gerade andersherum ist. Unter dieser Ablehnung von Komplexität leidet nun die Systemtheorie besonders. Denn anders als andere Theorien lässt sie sich nicht ohne Verluste vereinfachen; Komplexität ist gerade ein wesentliches Element.

### 3. Normativität

Komplexität ist allerdings nur *ein* Hinderungsgrund. Einen weiteren nennt Vermeule, wenn er meint, Luhmanns Theorie sei „difficult to cash out in ... [a] pragmatically relevant fashion“.<sup>35</sup> Darin drückt sich ein Anspruch aus, den die US-amerikanische Rechtswissenschaft in weiten Teilen an die Rechtstheorie stellt, nämlich, dass sie konkrete Entscheidungen ermögliche. Das bedeutet innerhalb des angloamerikanischen Rechtskreises einen Unterschied zur eng-

<sup>33</sup> P. Berman, Gunther Teubner: A Generative Scholar for a Plural World, in: Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner, 2009, 687–694, 687.

<sup>34</sup> Bei Teubner, Recht als autopoietisches System (Fn. 18), 123 ff., wird das intersystemische Kollisionsrecht als eine Operation wechselseitiger Beobachtung und Operationalisierung an der von Berman zitierten Stelle ausführlich erklärt; zum „global law without a state“ (als einem Recht, das aus der Gesellschaft, nicht aus der Politik entsteht) *ders.*, Global Bukowina (Fn. 13).

<sup>35</sup> Vermeule, System of Constitution (Fn. 31), 8; ähnlich *LoPucki*, Cornell LR 82 (1997), 483 f.: „Systems theories are seldom, however, directly useful in analyzing particular law-related systems, so the discipline has limited applicability to law reform. At levels of broad generality, law-related systems probably do respond to general system principles, but at the level of specificity required for most legal reform, systems theory has little to offer“. S. auch *Dorf*, Columbia LR 103 (2003), 396: „we need to know about the details of individual domains of regulation, not about the general phenomenon of autopoiesis“.

lischen analytischen Rechtsphilosophie, die häufig Begriffskonkretisierungen ohne Bezug zur Entscheidung tatsächlicher Fragen betreibt. Solch reine Theorie hat in den USA einen geringeren Stellenwert. Hier ist der Einfluss des Dewey'schen Pragmatismus stark.<sup>36</sup> Selbst rein analytische Analysen wie etwa Wesley Newcomb Hohfelds Klärung des Rechtsbegriffs werden (nicht ganz zu Unrecht) als rechtspolitische Stellungnahmen eingeordnet und verwendet.<sup>37</sup> Rechtstheorie und Rechtsdogmatik lassen sich nicht streng trennen. Und Recht wird weit mehr instrumental gesehen als in Deutschland: Recht wird auf seine Folgen hin bewertet, nicht auf seine Konsistenz im System.

Für solche normativen Entscheidungen eignet sich nun die traditionelle Systemtheorie schlecht: Sie ist eine Theorie des Beobachtens, nicht des Eingreifens.<sup>38</sup> Neuere Versuche, die Systemtheorie normativ zu verstehen, wie sie insbesondere Teubner und seine Schüler entwickelt haben,<sup>39</sup> werden in Deutschland immer noch kritisch gesehen. Hier will man oft Sein und Sollen noch klar auseinanderhalten. Wielschs normatives Postulat, das Recht „habe sich ... auch gegenüber den verschiedenen Institutionen der Wissensteilung und ihren Funktionsbedingungen gleich responsiv zu verhalten“ (S. 272, vgl. 46), ist in Deutschland als unzulässiger naturalistischer Fehlschluss kritisiert worden.<sup>40</sup> In den USA würde die Kritik wahrscheinlich eher umgekehrt aussehen: Hier will man nicht nur normative Folgerungen, sondern ganz konkrete Ergebnisse aus der Rechtstheorie.

#### 4. Mangelnde Universalisierbarkeit

Eine damit verbundene Frage ist diejenige, wie universalisierbar die Systemtheorie selbst eigentlich ist; inwieweit sie insbesondere auf verschiedene Rechtsordnungen passt. Die Theorie selbst ist hier ambivalent – die funktionelle Ausdifferenzierung der Weltgesellschaft (mit dem Recht als Subsystem) wird gleichzeitig kontingent als evolutionäre Errungenschaft und universal als Beschreibung des Rechts in der Welt vertreten.<sup>41</sup> Diesen Widerspruch thematisiert etwa Mariana Valverde, wenn sie meint:

<sup>36</sup> Etwa *D. Patterson*, *Law's Pragmatism: Law as Practice & Narrative*, Va. LR 76 (1990), 937–996; Symposium: *The Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought*, Southern California LR 63 (1990), 1569–1928; *R. Posner*, *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003.

<sup>37</sup> S. zuletzt *P. Schlag*, *How to Do Things with Hohfeld*, LCP 78 (2015), 185–234.

<sup>38</sup> S. etwa *C. Calhoun*, *Social Theory and the Law: Systems Theory, Normative Justification and Postmodernism*, Northwestern University LR 83 (1988–89), 398, 410: „anyone starting with a desire for a theory that can contribute to the task either of grounding the law's claims to normative rightness or critiquing such claims, will find Luhmann's theory wanting“.

<sup>39</sup> Etwa *M. Amstutz/A. Fischer-Lescano* (Hg.), *Kritische Systemtheorie – Zur Evolution einer normativen Theorie*, 2013. S. auch *L. Francot-Timmermans/E. Christodoulidis*, *The Normative Turn in Teubner's Systems Theory of Law*, Neth. J. Leg. Phil. 40 (2011), 187–190.

<sup>40</sup> *Gutmann*, RW 2010, 194–203, 199 ff.

<sup>41</sup> Luhmann beschreibt die Theorie als Hypothese, die empirisch überprüft werden könnte – freilich nicht mit den herkömmlichen Mitteln der Forschung, vgl. *N. Luhmann*, *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, Card. LR 13 (1992), 1419–1441, 1438 f.; zum Problem aus US-Sicht etwa *Herget*, *Contemporary German Legal Philosophy*, 1996, 88 f.

„That law always acts like an epistemological meat grinder is taken to be a descriptive theory, a statement of how things really are – and of how things really are not in Germany or in Europe or in the industrial world since 1900, but in general.“<sup>42</sup>

Teilweise beruhen solche Vorwürfe auf mangelndem Verständnis. William Evans Kritik eines impliziten Ethnozentrismus dahingehend, in Entwicklungsländern sei die in der Systemtheorie postulierte Autonomie des Rechtssystems nicht zu finden,<sup>43</sup> ist so nicht zu halten: Wenn Luhmann die Ausdifferenzierung des Rechts als Evolutionsleistung darstellt, weist er darauf hin, dass sie in archaischen Rechten nicht zu finden sei.<sup>44</sup> Die Theorie reflexiven Rechts ist eine Theorie entwickelten Rechts. Die Anwendung der Systemtheorie auf das Recht von Entwicklungsländern macht damit allerdings Adaptionen notwendig; so spricht etwa Marcelo Neves insofern von der Notwendigkeit, eine *allopoiesis* des Rechts (wieder) einzuführen.<sup>45</sup> Freilich bleibt auch innerhalb der Rechtsordnungen entwickelter Staaten die Frage, ob die Systemtheorie auf einige solcher Rechtsordnungen besser passt als auf andere – insbesondere eher zum deutschen als zum US-amerikanischen Recht. Luhmann etwa verstand das Common Law zunächst als „Recht vorneuzeitlicher Hochkulturen“<sup>46</sup> und nutzte nach eigener Aussage erst spätere USA-Aufenthalte dazu, sich „mit der Denkweise des Common Law vertraut zu machen“,<sup>47</sup> die im Recht der Gesellschaft stärker ausgearbeitet wurden.

*Prima facie* scheint allerdings die Idee der Autopoiesis sogar besser zur Idee des Common Law zu passen, demzufolge sich das Recht gewissermaßen von selbst durch ein System von Präzedenzfällen fortentwickelt, als zur Idee des Civil Law, wonach das Recht auf Gesetzgebung aufbaut und damit jedenfalls ein statisches Element braucht, das zudem durch das politische System vorgegeben wird.<sup>48</sup> Jedenfalls insofern wäre eine Systemtheorie des Common Law ein vielversprechendes Unternehmen. Indessen ist das nächste Analogon zur Systemtheorie in den USA eine sogenannte *complexity theory*,<sup>49</sup> die einige Elemente

<sup>42</sup> M. Valverde, *The Sociology of Law as a ‚Means against Struggle itself‘*, SLS 15 (2006), 591–597, 596.

<sup>43</sup> W. Evan, *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives*, 1990, 45.

<sup>44</sup> N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl., 2008, 144 ff., 147: „daß auch gegenwärtige Sozialsysteme als archaisch bzw. als hochkultiviert zu gelten haben, wenn sie die entsprechenden Merkmale aufweisen“. S. auch Teubner, *Recht als autopoietisches System* (Fn. 18), 49 ff.

<sup>45</sup> M. Neves, *From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law*, JLS 28 (2001), 242–264; vgl. auch ders., *Tranversale Rechtsnetzungen und Asymmetrien der Rechtsformen in der Weltgesellschaft*, in: *Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner* (Fn. 33), 841–856.

<sup>46</sup> Luhmann, *Rechtssoziologie* (Fn. 44), 179 f. Positivität des Rechts versteht der frühe Luhmann noch hauptsächlich im Sinne der Gesetzgebung, s. ders., *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1999, 113–153, 126 f. S. dagegen für einen umfassenderen, auch das Fallrecht umfassenden Begriff ders., *Recht der Gesellschaft* (Fn. 25), 530 f.

<sup>47</sup> Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 25), 8.

<sup>48</sup> Jacobson, Mich. LR 87 (1989), 1678. S. auch G. Teubner, *Episodenverknüpfung – Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht*, in: D. Baecker (Hg.), *Theorie als Passion*, 1987, 423–446, 436 f.

<sup>49</sup> Insbesondere J. B. Ruhl, *The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and Its Practical Meaning for Democracy*, Vanderbilt LR 49 (1996), 1407–1490; ders., *Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society*

der Systemtheorie übernimmt (etwa die Komplexitätsreduzierung als Aufgabe des Systems) sowie die Rolle dynamischer nichtlinearer Evolution, andere aber ablehnt, insbesondere die Geschlossenheit des Rechtssystems und eine angemessene Nähe zum Rechtspositivismus.<sup>50</sup> Das mag mit zwei Besonderheiten zu tun haben, die in den nächsten beiden Abschnitten beschrieben werden.

### 5. Die Rolle des Individuums

Ein wichtiger Grund für die mangelnde Akzeptanz der Systemtheorie liegt in der Rolle, die der Mensch in ihr einnimmt.<sup>51</sup> In den verschiedenen sozialen Systemen, die die Systemtheorie entwickelt (und von denen das Recht nur eines ist) taucht der Mensch nicht als solcher auf, sondern immer nur im Rahmen von Kommunikation, und immer nur hinsichtlich seiner Rolle in eben diesem System. Individuum im Sinne von „unteilbar“ ist er darin gerade nicht. Das, was die traditionelle Philosophie als Menschen konzipierte, erscheint in der Systemtheorie einmal als Person (als Zuordnungsreferenz für Rechtspositionen), zum anderen als „psychisches System“ (S. 35 f.). Das bedeutet nicht, dass Menschen keine Rolle spielen. Aber es bedeutet, dass ihre Rolle in vielerlei Hinsicht nicht mehr besonders ist: Akteurstatus und Rechtsfähigkeit kann das Recht auch elektronischen Agenten und Tieren zugestehen.<sup>52</sup>

Damit ergibt sich für die Systemtheorie zunächst ein analytischer Vorteil, den Wielsch für das Immaterialgüterrecht so beschreibt:

„Durch diese Hervorhebung der Rolle der sozialen Kommunikationssysteme für die Erweiterung der semantischen Räume findet eine fruchtbare Akzentverschiebung statt gegenüber der verbreiteten Überschätzung der Rolle des kreativen Individuums als alles entscheidendem Faktor soziokultureller Entwicklung“ (S. 36, vgl. 269).

In Europa hat nun die Idee, dass die Soziologie nicht beim Individuum, sondern bei der Gesellschaft ansetzen muss, eine lange Tradition, die sich auf unterschiedliche Weise etwa schon bei Karl Marx und Émile Durkheim finden lässt.<sup>53</sup> Sofern die Systemtheorie die Eigenheit psychischer Systeme betont, weist sie dem Individuum sogar noch eine größere Rolle zu als einige andere soziologi-

---

System: A Wake-Up Call for Legal Reductionism and the Modern Administrative State, Duke LJ 45 (1996), 849–928; *LoPucki*, Cornell LR 82 (1997), 479–521; *M. Roe*, Chaos and Evolution in Law and Economics, Harvard LR 109 (1996), 641–668; *D. Hornstein*, Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law, Duke LJ 54 (2005), 913–960. Eine umfassende Bibliographie bis ca. 2010 findet sich unter <https://www4.vanderbilt.edu/seal/scholarly-resources/complex-adaptive-systems-literature/> (abgerufen am 30.6.2016) unter II.

<sup>50</sup> Zum Unterschied zur Systemtheorie insbesondere *Ruhl*, Duke LJ 45 (1996), 901–906.

<sup>51</sup> Dazu insbesondere die Beiträge in *N. Luhmann*, Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch, 2. Aufl., 2005; sowie *Teubner*, Recht als autopoietisches System (Fn. 18), 59 f.; zuletzt *M.-C. Gruber*, Lebenswerk, in: Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner (Fn. 33), 299–314.

<sup>52</sup> *Teubner*, Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik, Zeitschrift für Rechtssoziologie 27 (2006), 5–30.

<sup>53</sup> Vgl. schon *Luhmann*, Rechtssoziologie (Fn. 44), 25 f.

sche Theorien. In den USA ist das freilich für viele nicht genug.<sup>54</sup> Es widerspricht dem Ideal des methodologischen Individualismus, das die US-amerikanische Wissenschaft immer noch weitgehend prägt. Das liegt auch an einer Form des US-amerikanischen Liberalismus, dem jede Theorie suspekt ist, die nicht beim Individuum ansetzt. Insofern fehlt es weiten Teilen der US-Debatte nicht nur am adäquaten Verständnis der Systemtheorie; es fehlt auch an der Bereitschaft, sich mit ihr auseinanderzusetzen.

### 6. Autonomie und operationelle Geschlossenheit

Der wichtigste Grund dafür, dass die Systemtheorie geringen Einfluss auf die US-amerikanische Diskussion hat, dürfte aber tiefer liegen. Es gehört zu den wichtigsten Einsichten der Systemtheorie, dass unterschiedliche Systeme operationell geschlossen sind. Das bedeutet, dass insbesondere das Recht ein autonomes System darstellt und also Recht, Politik und Ökonomie streng voneinander getrennt sind. Diese Einsicht ist im US-amerikanischen Kontext seit dem Rechtsrealismus praktisch nicht mehr zu vermitteln.<sup>55</sup> Die Idee eines autonomen Rechts wird fast einheitlich als naiv und als politisch konservativ abgelehnt. Selbst Neoformalisten, die meinen, rechtliche Argumente auf die Eigenrationalität des Rechts zurückführen zu können, glauben nicht an die Autonomie des Rechts.<sup>56</sup> Die Idee, dass Recht und Politik jedenfalls nicht klar getrennt werden können (wenn nicht gar das Recht in der Politik aufgeht) ist beinahe universal. Zwar erklären Richter regelmäßig, sie entschieden auf der Grundlage des Rechts ohne Rücksicht auf politische Präferenzen, aber solche Aussagen werden selbst als politisch motiviert verstanden. Das Verhältnis des Rechts zur Ökonomie ist schließlich seit dem Siegeszug der ökonomischen Analyse eng.

Man kann nun betonen, dass es sich um ein Missverständnis handelt. Der Systemtheorie geht es nicht darum, eine Unabhängigkeit des Rechts von Politik und Ökonomie zu behaupten, sondern gerade umgekehrt darum, die vielfachen Beziehungen zwischen den Systemen besser zu verstehen und zu erklären. Dass das US-amerikanische Recht in vielerlei Hinsicht politische Argumente verarbeitet, ließe sich so gesehen systemtheoretisch erklären. Tatsächlich haben solche Argumente aber für US-amerikanische Wissenschaftler, wie es scheint, wenig

<sup>54</sup> Etwa *Jacobson*, Mich. LR 87, 1681.

<sup>55</sup> *Posner*, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987*, Harv. LR 100 (1987), 761–780; speziell zur Systemtheorie *Diamond*, Card. LR 13 (1992), 1764 ff.; vergleichend zum „American exceptionalism“ auch *R. Kagan*, *Introduction to the Transaction Edition*, in: P. Nonet/P. Selznick (Hg.), *Law & Society in Transition – Towards Responsive Law*, 2001, vii–xxvi, xiii–xv. Tiefgreifend zu diesem Unterschied zwischen US-amerikanischem und kontinentaleuropäischem Rechtsdenken jetzt *A. Somek*, *Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts*, JZ 2016, 481–486.

<sup>56</sup> S. etwa *H. Smith*, *The New Private Law – the View from Germany*, online: <https://blogs.harvard.edu/nplblog/2015/09/07/the-new-private-law-the-view-from-germany-henry-smith/> (abgerufen am 30.6.2016). S. die Kritik diesbezüglich am „New Private Law“ *A. Brudner*, *The Unity of the Common Law*, 2. Aufl., 2013, 351 ff. Allgemeiner zum US-amerikanischen „New Private Law“ *Hosemann*, *RebelsZ* 78 (2014), 37–70.

Überzeugungswert.<sup>57</sup> Das hat Gründe. Der Ansatz der Systemtheorie ist es, Systeme nach ihrer Sprache und insbesondere ihrer Codierung zu trennen: Das Recht nutzt den Code Recht/Unrecht, die Wirtschaft nutzt einen anderen Code, etwa Gewinn/Verlust. Diese Trennung ist für den deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs schnell plausibel: Juristische Argumente sind sprachlich ganz hauptsächlich juristischer Art. In den USA dagegen ist der juristische Diskurs innerhalb einer Entscheidung häufig kaum vom politischen oder ökonomischen zu unterscheiden. Eine Entscheidung des Supreme Courts wird immer auch als Teilnahme an der politischen Debatte wahrgenommen. Hinzu kommt ein institutioneller Aspekt: Das Argument der Autonomie der Rechtswissenschaft stärkt diese in Deutschland, aber es schwächt sie in den USA, wo sich die Rechtswissenschaft ganz wesentlich durch ihre Anschlussfähigkeit an andere Disziplinen legitimiert.<sup>58</sup> Schließlich sind Recht und Politik in einem System, in dem Richter demokratisch gewählt und durch Volksabstimmung wieder abgesetzt werden können, oft nicht so leicht auseinanderzuhalten wie im deutschen Recht.

Das macht es nicht unmöglich, Recht und Politik als getrennte Systeme zu beschreiben. Letzten Endes, so würde der Systemtheoretiker entgegen, definiert auch in den USA das Recht selbst die rechtlichen Folgen von Operationen und lässt sie sich nicht von anderen Systemen vorschreiben. Jedoch erhöht die Verflechtung den analytischen Aufwand, der hierfür zu betreiben ist. In vielerlei Hinsicht ist die Ansicht des frühen Luhmann, das Common Law sei nicht auf dem gleichen Entwicklungsniveau wie das kontinentaleuropäische,<sup>59</sup> insofern nicht unplausibel. (Freilich würden viele US-Amerikaner gerade umgekehrt die stärkere Autonomie des kontinentaleuropäischen Rechts als dessen evolutionären Nachteil ansehen.) Pierre Schlag etwa setzt der Luhmannschen These der Ausdifferenzierung des Rechts entgegen, dass die gegenwärtige (hauptsächlich US-amerikanische) Rechtstheorie unter Entdifferenzierung leide, die der Differenzierung nachfolge: Recht könne letztendlich nicht mehr von anderen Bereichen unterschieden werden.<sup>60</sup> Wenn Luhmann am Schluss seines „Rechts der Gesellschaft“ fragt, ob die Sonderstellung des Rechts vielleicht eine „europäische Anomalie“ sei,<sup>61</sup> so ist das „europäisch“ hier vielleicht auch als „im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht“ zu verstehen.

---

<sup>57</sup> Fast alle US-Kritiker der Systemtheorie betonen dies; s. etwa *T. D. Barton*, *Expectations, Institutions and Meanings*, *California LR* 74 (1986), 1805–1827, 1824–1826 (Rezension von Luhmanns Rechtssoziologie); *Lempert*, *Hastings LJ* 49 (1997–98); 343–357; *Herget*, *Legal Philosophy* (Fn. 41), 91 f.

<sup>58</sup> Vgl. *C. Yablon*, *Timeless Rules: Can Normative Closure and Legal Indeterminacy Be Reconciled?*, *Card. LR* 13 (1992), 1605–1618, 1605 f.; *Diamond*, *Card. LR* 13 (1992), 1764 ff.

<sup>59</sup> S. Fn. 45.

<sup>60</sup> *P. Schlag*, *The Dedifferentiation Problem*, *Cont. Phil. R.* 41 (2009), 35–62.

### III. Systemtheorie und ökonomische Theorie

Bisher habe ich für die Diskussion der Rezeption, oder Nichtrezeption, der Systemtheorie in der US-amerikanischen Debatte Wielschs Buch zu „Zugangsregeln“ fast völlig ausgelassen. Das geschah bewusst. Der Versuch, diese Fragen anhand des Buchs zu diskutieren (wie mir die Herausgeber aufgegeben hatten), würde weder der Theorie noch dem Buch gerecht. Einerseits lässt sich aus der Nichtrezeption einer deutschen Habilitation in den USA als solches nicht viel lernen: Habilitationen werden ja selbst in Deutschland (zu) wenig rezipiert,<sup>62</sup> in den USA praktisch nie.<sup>63</sup> Andererseits ist Wielschs rechtstheoretischer Ansatz breit: Er beruht zwar größtenteils auf einer Systemtheorie in der Tradition Teubners, freilich erweitert durch umfassende ökonomische Diskussion und weitere theoretische Ansätze. Seine theoretischen Diskussionen werden genutzt für ganz konkrete dogmatische Diskussionen; der Schwerpunkt liegt auf Letzteren und die Rechtstheorie nimmt eine dienende Rolle ein. Überhaupt geht es ihm im Buch weniger darum, die Eignung einer Theorie für bestimmte Fragen zu zeigen, sondern vielmehr darum, für die Beantwortung bestimmter schwieriger Fragen die bestgeeigneten Theorien zu finden.

Dieser Methodenpluralismus bietet nun allerdings einen attraktiven Einstieg in eine Folgefrage – nämlich derjenigen zum Verhältnis von Systemtheorie zu anderen Theorien, insbesondere solchen, die in den USA herrschend sind. Oben wurden Komplexitätstheorie und demokratischer Experimentalismus genannt, die in den USA der Systemtheorie inhaltlich am nächsten kommen. Freilich ist die Bedeutung dieser Theorien in den USA ihrerseits auch marginal. Der mit Abstand einflussreichste theoretische Ansatz an das Recht, vor allem das Privatrecht, ist die ökonomische Theorie, die ihrerseits in Deutschland nur zögerlich rezipiert worden ist.<sup>64</sup> Liegt in dieser Bedeutung der ökonomischen Theorie viel-

<sup>61</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (Fn. 25), 585 f.

<sup>62</sup> Vgl. *R. Zimmermann*, Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung, NJW 2015, 3012–3017, 3012 f.

<sup>63</sup> Wielsch hat mehrfach in den USA publiziert: *A. Ottolia/D. Wielsch*, Mapping the Information Environment: Legal Aspects of Modernization and Digitalization, Yale J. of Law & Tech. 6 (2004), 174–276; *ders.*, Governance of Massive Multiauthor Collaboration: Linux, Wikipedia, and Other Networks: Governed by Bilateral Contracts, Partnerships, or Something in Between?, J. Int. Prop. & Inf. Tech. 2010, 96–108; *ders.*, Global Law’s Toolbox: Private Regulation by Standards, Am. J. Comp. L. 60 (2014), 1075–1104; *B. Lomfeld/D. Wielsch*, The Public Dimension of Contract: Contractual Pluralism Beyond Privity, LCP 76 (2013), i–xii; *ders.*, Relational Justice, LCP 76 (2013), 191–211; *ders.*, Private Governance of Knowledge: Societally-Crafted Intellectual Property Regimes, Ind. J. Glob. Leg. Stud. 20 (2013), 907–940.

<sup>64</sup> Diese mangelnde Rezeption ist häufig untersucht worden. *C. Kirchner*, The Difficult Reception of Law and Economics in Germany, International Review of Law and Economics 11 (1991), 277–292; *V. Winkler*, Review Essay – Some Realism about Rationalism: Economic Analysis of Law in Germany, German LJ 6 (2005), 1033–1044; *K. Gretchenig/M. Gelter*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, RabelsZ 72 (2008), 513–561; *N. Garoupa/T. Ulen*, The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States, Alabama LR 59 (2008), 1555–1633; *N. Garoupa*, The Law and Economics of Legal Parochialism, University of Illinois LR 2011, 101–113; *K. Purnhagen*, Never the Twain Shall Meet? A Critical Perspective on Cultural Limits Between



leicht ein weiterer Grund dafür, dass die Systemtheorie in den USA nicht akzeptiert wird? Wenn ja, was bedeutet das für die Systemtheorie und was besagt dies über den US-amerikanischen Diskurs?

Das Verhältnis von ökonomischer Theorie und Systemtheorie lässt sich anhand von Wielschs Buch gut analysieren, denn Wielsch beginnt seine Arbeit mit einer (sehr gelungenen) ökonomischen Analyse von Immaterialgüterrechten. Mit dieser ökonomischen Analyse zeigt er, dass ein Immaterialgüterrecht, welches den Fokus nur auf den Rechteinhaber selbst legt, Allgemeininteressen nur ungenügend berücksichtigt. Wer lediglich auf das private Gut des Rechteinhabers achtet, übersieht die Opportunitätskosten, die dadurch entstehen, dass durch die Exklusivstellung des Rechteinhabers positive Externalitäten verloren gehen. Die ökonomische Analyse zeigt nicht nur, dass Eigentumsrechte mit dem Prozess abgestimmt werden müssen, an dem teilzunehmen sie ermöglichen, sondern stellt mit Markt bzw. Wettbewerb auch einen Mechanismus für diese Abstimmung zur Verfügung (S. 13 ff., 59). Sie ermöglicht das Denken in Relationen, das dem Denken in subjektiven Rechten schwerfällt.

Freilich hält Wielsch dann die ökonomische Analyse für unzureichend und geht deshalb auf eine systemtheoretische Analyse über. Insbesondere zwei Schwächen der ökonomischen Analyse sollen damit überwunden werden. Erstens behandle die ökonomische Theorie das Verhältnis des Rechts nur zur Wirtschaft, nicht aber zu anderen Gesellschaftssystemen (S. 30f.). In der systemtheoretischen Analyse dagegen könnten insbesondere die Zusammenhänge des Rechtssystems mit anderen Systemen behandelt werden – neben dem System der Wirtschaft sind das vor allem die Systeme der Wissenschaft und der Kunst. Zweitens sei das einzige Instrument der ökonomischen Analyse der Marktmechanismus, womit aber die Leistungsfähigkeit des Marktes überschätzt werde (S. 28f.). Insbesondere könne die ökonomische Theorie nur begründen, dass Schutzrechte begrenzt werden müssten, nicht aber diese Grenzen selbst ziehen: „Eine Logik der Perfektionierung von Schutzrechten ist aus Sicht der Ökonomie nicht zu rechtfertigen“ (S. 30, 50f.). Die Systemtheorie dagegen ermögliche es dem Recht, die jeweiligen Subsysteme (Kunst, Wissen) hin zu einer „systemspezifische[n] Abstimmung von Ausschließlichkeitsrecht und Nutzungsfreiheit“ in den Blick zu nehmen (S. 63).

### 1. Rechte und Relationen

Um mit der Frage des relationalen Denkens zu beginnen, also insbesondere der Relation zwischen Rechteinhaber und Allgemeinheit: Hier haben sowohl Ökonomie als auch Systemtheorie das Potential, einen übertriebenen Individualismus zu überwinden, wenn auch auf verschiedene Weise. Ein solcher Individualismus

---

Internal Continental Dogmatism and Consequential Law and Economics, in: K. Mathis (Hg.), *Law and Economics in Europe*, 2014, 3–22. Teilweise wird allerdings bezweifelt, dass *law and economics* in Europa wirklich schwächer sei als in den USA: H.-B. Schäfer, *Law and Economics in Germany*, online: <http://ealeorg.blogspot.com/2009/05/third-in-series-on-development-of-law.html> (abgerufen am 30.6.2016); B. Depoorter/J. Demot, *The Cross-Atlantic Law and Economics Divide: A Dissent*, University of Illinois LR 2011, 1593–1606.

wohnt indes dem Recht nicht notwendig inne. Sicherlich hat Wielsch recht, dass der Immaterialgüterrechtsschutz insbesondere in Deutschland lange sehr stark subjektivistisch aufgefasst wurde und deshalb die Idee, dass Rechte nicht maximiert, sondern gegen Allgemeininteressen abgewogen werden müssen, lange Zeit zu kurz kam. Dem liegt eine Idee subjektiver Rechte zugrunde, die primär die Beziehung zwischen dem Rechteinhaber und dem Rechtsgut im Auge hat und Wirkungen auf Dritte nur reflektorisch behandelt.

Notwendig ist das allerdings für die Idee subjektiver Rechte nicht. Das wissen wir gerade auch aus der deutschen Diskussion, insbesondere der Idee des absoluten Rechts, welches bestimmt wird vom Verhältnis des Rechteinhabers nicht zum Rechtsgut, sondern zur Allgemeinheit. In Deutschland haben sich Versuche vor allem des späten 19. Jahrhunderts, subjektive Rechte als Relationen zu verstehen, nicht durchgesetzt.<sup>65</sup> In den USA ist es anders: Die Idee, dass alle subjektiven Rechte nur Beziehungen zwischen Menschen betreffen, ist seit Hohfeld ganz weitreichend anerkannt. Eigentumsrechte sind hier bloße Bündel solcher Rechtsbeziehungen (S. 136).<sup>66</sup>

Das gilt insbesondere für die Immaterialgüterrechte. Die geschichtliche Entwicklung der Immaterialgüterrechte in Deutschland und in den USA verlief – worauf auch Wielsch hinweist – ausgesprochen unterschiedlich. Während man in Deutschland in Nachfolge des Idealismus ein grundsätzlich absolutes Eigentumsrecht des Schöpfers an seiner Schöpfung annahm, das erst in letzter Zeit stärker auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinnutzen hin hinterfragt wird (S. 52 ff.), argumentiert man in den USA in umgekehrter Richtung. Ursprünglich entstanden die Immaterialgüterrechte in den USA auf der Basis stärker utilitaristischen Denkens (S. 55).

Das hat zweierlei Auswirkungen. Erstens ist so schon die Definition des Immaterialgüterrechts begrenzt durch seine Nützlichkeit für das Ganze.<sup>67</sup> So sieht schon die US-Verfassung in Art. I Sec. 8 Cl. 8 notwendige zeitliche Begrenzungen für Patent- und Urheberrechte voraus. Diese Begrenzungen waren ursprünglich recht kurz; sie sind erst später verlängert worden. Zweitens wird die Zuerkennung eines Immaterialgüterrechts in der Begründung von einer Gegenleistung des Rechteinhabers abhängig gemacht, die über die bloße Investition hinausgeht und sich in einer konkreten Leistung für die Gesellschaft ausdrückt.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Dazu insbesondere *H. Dörner*, *Dynamische Relativität*, 1985, 12 ff.; s. auch *R. Michaels*, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, 2002, 244 ff.

<sup>66</sup> Einführend (und kritisch) *J. E. Penner*, *The „Bundle of Rights“ Picture of Property*, *UCLA LR* 43 (1995–96), 711–820.

<sup>67</sup> Damit soll nicht gesagt werden, dass utilitaristisches Gemeinwohl und systemtheoretische Funktionalität das Gleiche sind. S. etwa *R. Mayntz*, *Wohlfahrtsökonomische und systemtheoretische Ansätze zur Bestimmung von Gemeinwohl*, in: *H. Münkler/K. Fischer* (Hg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn: Rhetoriken und Perspektiven sozial-moralischer Orientierung*, 2002, 111–126.

<sup>68</sup> Manchmal etwas unscharf als „quid pro quo“ bezeichnet: *Brenner v. Manson*, 383 U.S. 519 (1966), 534 f.; *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003). S. zur Gegenleistung schon *T. B. Macaulay*, *A speech delivered in the House of Commons*, 1841, online: <http://yarchive.net/macaulay/copyright.html> (abgerufen am 13.9.2016).

Dieser Unterschied im Verständnis subjektiver Rechte ist sowohl dogmatisch als auch rechtstheoretisch bedeutsam. Dogmatisch führt er dazu, dass Wielschs Thema – der Zugang der Allgemeinheit zum geschützten Wissen als notwendiger Inhalt des Eigentumsrechts – im US-rechtlichen Verständnis leichter zu verorten ist als im deutschen. Rechtstheoretisch macht die utilitaristische Begründung von *property rights* im Common Law den Übergang zur ökonomischen Analyse leichter als die naturrechtliche Begründung in Deutschland. Nicht nur die traditionelle ökonomische Analyse ist sehr dem Utilitarismus verhaftet. Vor allem spielt der Begriff des *property right* in der ökonomischen Analyse (insoweit auch in Deutschland) eine zentralere Rolle als der des Eigentums. Insofern hat auch die ökonomische Analyse in den USA gewissermaßen einen Vorsprung gegenüber der Systemtheorie.

## 2. Das Verhältnis zu Kultur und Wissen

Während also die ökonomische Analyse besser als zumindest die deutsche Dogmatik geeignet erscheint, Rechte als Relationen zu verstehen, wirkt es plausibel, dass – wie Wielsch darstellt – Relationen zwischen Systemen systemtheoretisch besser darstellbar sind als durch die ökonomische Analyse. Denn die ökonomische Analyse könne das Verhältnis des Rechts nur zur Wirtschaft beschreiben, die Systemtheorie hingegen umfassend auch Relationen zu anderen wichtigen Systemen, insbesondere Wissen und Kunst. Damit würden die Eigenlogiken anderer Systeme, insbesondere der Wissenschaft und der Kunst, vernachlässigt. Das scheint jedenfalls Wielsch im Auge zu haben, wenn er darauf hinweist, dass die Ausgestaltung der Immaterialgüterrechte für die jeweiligen Systeme spezifisch zu erfolgen habe und insbesondere auch vom Wettbewerbsbegriff des (ökonomisch fundierten) Wettbewerbsrechts unabhängig gedacht werden sollte.

Das ist dann unbestreitbar, wenn man in der ökonomischen Analyse den Versuch sieht, das Recht insgesamt lediglich als Ökonomie neu zu konzeptualisieren, es also lediglich zu übersetzen. In der Tat hat man bei einigen ökonomischen Analysen den Eindruck, dass es bei einer solchen Übersetzung bleibt, mit der nicht viel gewonnen wird.<sup>69</sup> Und in der Tat kann der *more economic approach* des Wettbewerbsrechts, wie Wielsch zu Recht kritisiert, zu kurz greifen. Der Fehler liegt hier im Versuch, rechtliche Probleme lediglich aus der Sicht des Wirtschaftssystems zu betrachten. Wielsch hat Recht, dass das nur eine von verschiedenen Perspektiven ist. Insofern kann die Wirtschaft nicht mehr leisten als das Recht, denn für beide sind Wissenschaft und Kunst nur Umwelt.

In Bezug auf eine solche Allzuständigkeit hat etwa Teubner schon früh den Anspruch der Ökonomie (insbesondere bei Richard Posner), gewissermaßen die Königin der Disziplinen zu sein, zurückgewiesen.<sup>70</sup> Die spätmoderne Gesell-

<sup>69</sup> Für das Beispiel der ökonomischen Analyse des IPR, s. Michaels, *Economics of Law as Choice of Law*, LCP 71 (2007), 73–104.

<sup>70</sup> G. Teubner, *Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, in: ders./H. M. Pawlowski/G. Roellecke (Hg.), *Der Universalitätsanspruch des de-*

schaft ersetze den Monotheismus des Vernunftrechts nicht durch den Monotheismus der Ökonomik, sondern vielmehr durch den Polytheismus der Partialrationalitäten – die Eigenlogiken der gesellschaftlichen Subsysteme. Darin steckt eine Ablehnung der Ökonomik als Metatheorie der Gesellschaft und der Vorschlag, stattdessen die Systemtheorie heranzuziehen: Innerhalb des Rechts ließen sich diese Rationalitäten durch ein neues Kollisionsrecht bewältigen, das Kollisionen nicht zwischen Rechtssystemen, sondern zwischen Rationalitäten im Auge habe.

Freilich ist es nicht notwendig, die ökonomische Analyse erstens mit der Eigenlogik des Wirtschaftssystems gleichzusetzen und zweitens als Suche nach der Effizienz zu beschreiben. Das war sicherlich zutreffend für die erste Welle der ökonomischen Analyse, wie sie insbesondere die Chicago School vorschlug. Es ist auch, soweit ich sehen kann, das Bild, das man sich ganz überwiegend von der ökonomischen Theorie in Deutschland macht, und zwar unter Befürwortern und Gegnern zugleich. Auch in den USA gibt es noch eine solche relativ verengte ökonomische Analyse, erweitert vielleicht in der (durchaus problematischen) Form der *behavioral economics*. Wenn man ökonomische Analyse auf die eher simplen frühen Versuche, Rechtsregeln als Ergebnisse hypothetischer Vereinbarungen zu verstehen, beschränkt und das Ziel des Rechts ausschließlich in der Effizienz sieht, so ist die Leistungsfähigkeit der ökonomischen Analyse als Metatheorie der Gesellschaft und auch des Rechts tatsächlich beschränkt. Das simple Verständnis von Rechtsregeln als Anreize für effizientes Verhalten kollidiert mit Einsichten, die insbesondere auch von der Systemtheorie betreffend der Grenzen von Steuerung durch Recht und der Beschränkung auf Individualrationalität unter Außerachtlassung von Systemrationalität formuliert wurden.

Schon zu Anfangszeiten der ökonomischen Analyse war das indes eine sowohl selektive als auch verfälschende Übernahme von Ideen der Wirtschaftswissenschaft in das Recht: Sie war selektiv, weil in der Ökonomik ein breiteres Band von Theorien bestand. Der Fokus auf die Effizienz, der die frühe ökonomische Analyse des Rechts so sehr beschäftigt hat, ist in der Ökonomik nur eines von vielen Themen. Und die *Kaldor-Hicks-Effizienz*, die bei Juristen so beliebt ist, ist vielen Ökonomen eher suspekt. Verfälschend war die Übernahme insofern, als sie aus einer deskriptiven eine normative Theorie machte. Etwa der Gedanke, das Recht habe die Effizienz zu maximieren, lässt sich aus der Wirtschaftswissenschaft schlicht nicht herleiten; es handelt sich um eine genuin juristische Herangehensweise.

---

mokratischen Rechtsstaates, ARSP Beiheft 65 (1996), 199–220; ebenso jetzt *ders.*, Recht und Sozialtheorie: Drei Probleme, *Ancilla Iuris* 2014, 182–221, 195f. Die Idee der Ökonomik als *imperial science* kam in den achtziger Jahren auf: *R. Brenner*, Economics – An Imperial Science?, *JLSt* 9 (1980), 179–188; *G. Stigler*, Economics – The Imperial Science?, *Scan. J. Econ.* 86 (1984), 301–313; *M. Adams*, Ist die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft? Über Nutz und Frommen der ökonomischen Analyse des Rechts, *Jura* 6 (1984), 337–349; *G. Kirchgässner*, Ökonomie als imperial(istische) Wissenschaft. Zur Anwendung des ökonomischen Verhaltensmodells in den benachbarten Sozialwissenschaften, *JnPÖ* 7 (1988), 128–145; s. auch *T. Frankel*, Trust and Honesty: America's Business Culture at a Crossroad, 2004, 158 ff.

Heute ist die ökonomische Theorie umfassender. Das gilt jedenfalls in den Wirtschaftswissenschaften selbst. Der Anspruch der Ökonomik, so wie er jedenfalls in den USA mittlerweile auch auf den Rechtsdiskurs einwirkt, ist weiter: Er misst nicht nur Preismechanismen, sondern alle möglichen Arten der Interaktion und ist insofern auch nicht auf Märkte und ihren fiktiven Nachvollzug beschränkt. Die neue Institutionenökonomik etwa nimmt, jedenfalls teilweise, ernst, dass das Recht seine Eigenlogik hat. Ökonomische Theorie ist also erstens nicht mehr nur die Eigenlogik des Wirtschaftssystems, sondern – so jedenfalls ihr Anspruch – eine Gesellschaftstheorie, die ursprünglich auf die Wirtschaft bezogene Begriffe und Instrumente verallgemeinert. Sie ist zweitens nicht auf die Suche nach Effizienz beschränkt, sondern thematisiert umfassend klassische Topoi der Sozialtheorie und des Rechts – Knappheit, Austausch und Kommunikation, kollektive und individuelle Nutzungen, Werte, usw. Wenn tatsächlich die ökonomische Theorie weiterhin in solchem Grade imperialistisch ist, so ist sie wenigstens stärker als zuvor allgemeine Sozialtheorie.

Ein solch erweitertes Verständnis ökonomischer Theorie findet man auch bei Wielsch. Seine Arbeit verbindet in den Spezialkapiteln vier und fünf, die sich mit *open source* und Computernetzwerken befassen (also etwa die Kunst außen vor lassen), in geschickter Weise Einsichten der Systemtheorie mit solchen der Ökonomik. Große Teile seines Buchs sind geprägt von ökonomischen Ideen, insbesondere von Hayeks Gedanken zur kollektiven Erzeugung von Wissen (S. 83 ff.) sowie einer (eher impliziten) Bejahung ordoliberaler Prinzipien. Wenn diese Gedanken in der traditionellen ökonomischen Analyse des Rechts nicht oder nur am Rande auftauchen, zeigt das, wie unvollständig die Rezeption ökonomischer Methoden im Recht war, insbesondere zu Anfang der ökonomischen Analyse des Rechts. Sie beschreibt aber nicht die Grenzen ökonomischen Denkens insgesamt.

### 3. Das Verhältnis zur Politik

Auffällig ist dagegen, dass die ökonomische Analyse in den USA wie selbstverständlich den Zusammenhang zu einem anderen System in den Blick nimmt, das Wielsch fast völlig außer Acht lässt, nämlich das politische System. Zwar weist Wielsch, fast nebenbei, darauf hin, dass Gesetzgeber weltweit eine („rechtssystemübergreifende“) Tendenz haben, Immaterialgüterrechte (zu) weit auszugestalten (S. 61) und diskutiert auch anderswo ab und zu den Input des politischen auf das rechtliche System, insbesondere in der (vom Rest des Buches etwas getrennten) Diskussion der deliberativen Demokratie als Prozess der Wissenserzeugung (S. 102 ff.). Insgesamt aber lesen sich seine Anforderungen an den Staat und seine Gesetzgebung stellenweise ein wenig so, als ob die Umsetzung hier nur eine technische Frage sei, die die Eigenlogik des politischen Systems nicht in Frage stellt. Der Staat mit seinen Institutionen kommt praktisch nicht vor, außer in seiner Rolle als Setzer und Durchsetzer von Recht. Zu Anfang des Buchs wird die Idee, dem Staat die Entscheidung über die Produktion von Informationsgütern zu übertragen, kurz erwähnt und dann abgelehnt (S. 14 f.). Später werden staatliche Monopole für Netzwerke angerissen (S. 244 f.). Daneben erscheint es

aber so, als ob sich Fragen der dezentralen Wissensermittlung völlig privat ergeben, also ohne Mitwirken des Staates. Die Privatrechtstheorie ist insofern eine reine, oder: Theorie eines reinen Privatrechts (S. 16). Das ist so, obwohl gerade im Bereich der Wissensförderung doch die Rolle des Staates ganz erheblich ist, begonnen mit der Vergabe von Forschungsgeldern und staatlichen Forschungsaufträgen. Gerade der Bereich der Wissenserzeugung ist ein Zentralbereich der so genannten *mixed economy*.<sup>71</sup> Insofern scheint es jedenfalls aus US-Sicht zweifelhaft, wenn Wielsch meint, „[d]ie gesellschaftliche Präferenz lieg[e] freilich ganz auf der Schaffung von privaten Informationsgütern“ (S. 16). Vielmehr beobachten wir eine Symbiose zwischen öffentlicher und privater Regelung, wie sie im Übrigen auch dem utilitaristischen Verständnis von Immaterialgütern entspricht.

Politisches System und Staat aus einer Analyse der Wissensgesellschaft auszulassen, wäre nun in den USA unüblich, auch wegen des engen Verhältnisses zwischen Recht und Politik.<sup>72</sup> Hier ist Privatrechtstheorie immer auch an der Frage des Verhältnisses zum Staat ausgerichtet – gerade auch dann, wenn die Autonomie vom Staat betont wird.<sup>73</sup> Die US-amerikanische Kritik an der *public/private distinction* ist damit immer zugleich notwendig Kritik an der Idee des Privatrechts selbst. Privatrecht und öffentliches Recht sind inhaltlich und strukturell gleich. Die deutsche Kritik an der *public/private distinction* führt im Gegensatz dazu lediglich zur Ablehnung eines autonomen und vom öffentlichen Recht zu unterscheidenden Privatrechts. Privatrecht und öffentliches Recht sind in vielerlei Hinsicht funktionsäquivalent: Die Entscheidung des Rechtssystems für eine und gegen eine andere Lösung beinhaltet auch immer die Entscheidung, ob eine Frage privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu lösen ist.<sup>74</sup>

Die US-amerikanische Debatte stellt nun ganz maßgeblich – unter dem Begriff der politischen Ökonomie<sup>75</sup> – mit ökonomischem Instrumentarium dar, wie die Eigendynamik des politischen Systems gerade auch im Immaterialgüterrecht Ergebnisse bevorzugt, die sich abstrakt-normativ nicht begründen ließen. Der *Sony Bono Copyright Extension Act* von 1998<sup>76</sup> ist ein schlagendes Beispiel: Die Laufdauer des Urheberrechts wurde auf Druck einflussreicher Interessengruppen entgegen aller ökonomischer Vernunft verlängert.<sup>77</sup> Nicht

<sup>71</sup> Dazu *D. Rhoten/W. Powell*, *The Frontiers of Intellectual Property: Expanded Protection versus New Models of Open Science*, *Ann. R. L. & Soc. Sci.* 3 (2007), 345–373.

<sup>72</sup> Dazu oben S. 251 f.

<sup>73</sup> Zum deutsch-amerikanischen Vergleich *R. Michaels/N. Jansen*, *Private Law Beyond the State. Europeanization, Globalization, Privatization*, in: dies. (Hg.), *Beyond the State? Rethinking Private Law*, 2009, 69–118.

<sup>74</sup> Selbst in Deutschland können daher Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen aufgefasst werden: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann* (Hg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

<sup>75</sup> *Wielsch* diskutiert unter dem Titel „Politische Ökonomie der Wissensteilung“ andere Fragen (S. 282 ff.).

<sup>76</sup> Pub. L. No. 105–298, 112 Stat. 2827 (1998).

<sup>77</sup> Dazu, aus unterschiedlichen Perspektiven, *J. Litman*, *Digital Copyright*, 2001; *W. M. Landes/R. A. Posner*, *The Political Economy of Intellectual Property Law*, 2004; *L. Lessig*, *Free Culture*, 2005, 213 ff.

umsonst sprechen Kritiker vom „Mickey Mouse Protection Act“.<sup>78</sup> Die Entscheidung veranlasste Lawrence Lessig, einen der einflussreichsten US-amerikanischen Wissenschaftler bezüglich der Wissensgesellschaft, sein Interesse von den Immaterialgüterrechten auf die Politik zu wenden, ein Beispiel für den im US-amerikanischen Recht oft angenommenen Primat der Politik.

Dass Wielsch das politische System weitgehend vernachlässigt, ist der Systemtheorie nun nicht immanent. Erklären lässt es sich vielleicht mit drei anderen Erwägungen. Die erste ist diejenige, dass schon die Trias von Systemen, die Wielsch behandelt (Recht, Wirtschaft und Kunst bzw. Wissenschaft) komplex genug ist. Man kann nicht alles leisten und das Buch leistet schon viel. Die zweite Erwägung ist diejenige, dass in der Tradition der deutschen Rechtswissenschaft, zumal der Privatrechtswissenschaft, Fragen der politischen Ökonomie traditionell außer Acht gelassen werden. Die dritte mögliche Erklärung ist nun allerdings diejenige, dass es die Systemtheorie gerade durch ihre Perspektive auf autopoietische Systeme ermöglicht, bestimmte Systeme völlig auszuschließen. Während im US-amerikanischen Recht die Politik immer notwendig mitgedacht werden muss, ist das in der deutschen Rechtsdogmatik, aber eben auch in der Systemtheorie, nicht der Fall.

#### IV. Privatrechtstheorie und Privatrechtsdogmatik

Es wurde oben angedeutet, dass in den USA der Wert einer Rechtstheorie regelmäßig auch nach ihrer Fähigkeit bemessen wird, konkrete dogmatische Einsichten zu liefern. Damit ist eine letzte zentrale Frage aufgeworfen, die nicht nur Wielschs Werk, sondern die Privatrechtstheorie insgesamt betrifft. Gemeint ist der Zusammenhang zwischen Theorie und Dogmatik (was nicht dasselbe ist wie Theorie und Praxis).

##### 1. Notwendigkeit und Geeignetheit der Systemtheorie

Wielsch nutzt seine theoretischen Erkenntnisse der ersten zwei Kapitel, um hierauf aufbauende, ganz konkrete dogmatische Diskussionen in den Kapiteln 3–5 hervorzubringen. Notwendig ist die Systemtheorie für diese Erkenntnisse nun nicht. Weitestgehend lassen sich diese Teile des Buchs auch unabhängig von der privatrechtstheoretischen Diskussion als rein dogmatische Diskussion lesen, in der bestimmte normative Einsichten über die Notwendigkeit des Wissenszugangs rechtlich umgesetzt werden. Zudem sind einige dieser Einsichten, wie etwa die Befürwortung der *network neutrality*, soweit ich sehen kann, sogar völlig unabhängig von der systemtheoretischen Grundlegung. In der US-amerikanischen Debatte sind ähnliche Vorschläge wie Wielschs unter dem Thema der *commons* oder der *public domain* begründet worden und Wielsch bezieht sich in seiner Arbeit auf diese.

---

<sup>78</sup> L. Lessig, Copyright's First Amendment, UCLA LR 48 (2001), 1057–1073, 1065.

Indes wäre eine solche direkte Abhängigkeit der Rechtsdogmatik von der Theorie in mehrerlei Hinsicht unplausibel und unattraktiv. Erstens ist Rechtstheorie in den seltensten Fällen spezifisch genug, um exakte dogmatische Resultate zu generieren. Zweitens wäre eine solche Abhängigkeit insbesondere für die Systemtheorie überraschend. Es ist ja gerade der Clou der Theorie, dass gesellschaftliche Subsysteme wie das Recht ihre Rationalitäten und Entscheidungen selbst erzeugen (Stichwort *Autopoiesis*), anstatt sie sich unmittelbar von ihrer Umwelt vorschreiben zu lassen. Allenfalls erzeugt das Recht dogmatischen Mehrwert durch einen komplizierten Übersetzungsprozess.<sup>79</sup> Jedenfalls soweit die Systemtheorie als Gesellschaftstheorie (und nicht nur als interne Rechtstheorie) gedacht ist, würde sie sich also selbst widersprechen, wenn sie vom Recht konkrete Entscheidungen forderte.

Damit stellt sich allerdings die Frage, inwiefern die Systemtheorie überhaupt geeignet ist, dogmatische Erkenntnisse zu erzeugen oder zu begründen. Bei Wielsch ist die Theorie hilfreich für die Dogmatik. Freilich ist nicht unerheblich, dass die theoretische und die dogmatische Debatte jeweils unterschiedliche Rechtsbegriffe verwenden. Auf einer ersten Stufe diskutiert Wielsch Reaktionen des Rechts, ohne sich auf eine spezifische Rechtsordnung zu beziehen. Das entspricht der systemtheoretischen Annahme, dass das Rechtssystem nicht eine bestimmte Rechtsordnung sei, sondern vielmehr das Recht der Weltgesellschaft, welches keine Subsysteme kenne und lediglich in unterschiedliche Regimes fragmentiert sei. Auf einer zweiten Stufe diskutiert er dann die konkreten Reaktionen im Rahmen einer spezifischen Rechtsordnung, nämlich des deutschen Rechts (bzw. im dem Wettbewerbsrecht gewidmeten dritten Kapitel dem europäischen Gemeinschaftsrecht).

Es geht hierbei nun nicht um den Vorwurf des naturalistischen Fehlschlusses, den Gutmann gemacht hat, dass nämlich aus systemtheoretischen Einsichten keine normativen Folgerungen gezogen werden dürften.<sup>80</sup> Dieser Vorwurf betrifft im Wesentlichen die Frage des Schlusses darauf, wie das Recht überhaupt zu reagieren habe. Vielmehr geht es um das Verhältnis beider Schritte zueinander und insbesondere die Frage, welche spezifischen Folgerungen eine systemtheoretische Analyse für eine adäquate Reaktion des Rechtssystems auf die Anforderungen anderer Systeme verlangt.

Sicherlich kann gute Rechtstheorie Klarheit für die dogmatische Analyse schaffen, und zwar auf Seiten sowohl der Fakten als auch des Rechts. Auf Seiten der Fakten hilft die Theorie, das Wesentliche nicht nur zu sehen, sondern auch angemessen zu konzeptualisieren. Auf Seiten des Rechts bereitet die Theorie Strukturen vor, die das Recht in seine Eigenlogik übersetzen kann. Damit ermöglicht es die Theorie zugleich zu erkennen, welche Problemlösungen geeignet sind und welche nicht.

Freilich wäre es problematisch, wenn die Theorie darüber hinaus auch vorschreiben wollte, welche Lösung die richtige sei. Die ökonomische Analyse hat

---

<sup>79</sup> *Teubner*, *Ancilla Iuris* 2014, 204 ff.

<sup>80</sup> *Gutmann*, *RW* 2010, 194, 201 ff.



das manchmal versucht, so etwa mit der *Learned-Hand-Formel*, die es ermöglichen soll, den Sorgfältigkeitsmaßstab bei der Fahrlässigkeitshaftung exakt anhand von Kosten, Nutzen, und Risiko auszurechnen.<sup>81</sup> In der (auch amerikanischen) Rechtspraxis geschieht das allerdings praktisch nie (selbst die *Learned-Hand-Formel* ist weniger weit anerkannt, als man aus der Wissenschaft glauben wollte).<sup>82</sup> Und überhaupt sollte eine Theorie verdächtig sein, die ihrerseits Aufgaben der Dogmatik übernehmen will. Damit handelt man sich den Vorwurf ein, der dem soziologischen Funktionalismus gemacht wurde, dass er nämlich eine interne Teleologie verberge, die nicht zu begründen sei. Insbesondere in der frühen ökonomischen Analyse in den USA lässt sich das deutlich in der Tendenz sehen, den Inhalt des Common Law ganz regelmäßig auch als ökonomisch effizient anzuerkennen.

## 2. Intrasystemische Kohärenz

Die Antwort des frühen, noch dem Funktionalismus verhafteten Luhmann auf diesen Vorwurf war, die Funktion nicht als eine notwendige Relation zwischen Problem und Lösung zu erklären, sondern vielmehr als eine Entscheidung des Systems unter verschiedenen Funktionsäquivalenten.<sup>83</sup> Was die Eigenheit eines Systems ausmacht, ist gerade die Frage, welches von verschiedenen Funktionsäquivalenten es auswählt. Diese Entscheidung kann aber nur innerhalb des Systems getroffen werden, und das heißt hier: innerhalb des Rechts.

Dieser Zusammenhang zwischen privatrechtstheoretischer Erkenntnis und rechtsdogmatischer Behandlung hat nun eine wichtige rechtsvergleichende Relevanz. In der Rechtsvergleichung sind wir an die Möglichkeit gewohnt, dass unterschiedliche Rechtsordnungen auf dasselbe Problem unterschiedliche Lösungen bereithalten. Wir sprechen hier von Funktionsäquivalenz. Diese rechtsvergleichende Erkenntnis demonstriert empirisch die theoretische Einsicht Luhmanns, dass ein Problem auf mehrere verschiedene Arten gelöst werden kann.<sup>84</sup> Es lässt sich damit zeigen, dass der unmittelbare Schluss von einer rechtstheoretischen Erkenntnis auf eine bestimmte rechtsdogmatische Antwort nicht zulässig oder jedenfalls nicht ohne weiteres zulässig ist.

Freilich ist damit nun nicht gesagt, dass jedem Rechtssystem jedwede dogmatische Antwort auf ein Problem gleichermaßen offensteht. Vielmehr hängen

<sup>81</sup> H.-B. Schäfer/C. Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2. Aufl., 1995, 128 ff.

<sup>82</sup> R. Wright, Hand, Posner, and the Myth of the „Hand Formula“, Theor. Inq. L. 4 (2003), 145–274; B. Zipursky, Sleight of Hand, William & Mary LR 48 (2007), 1999–2041.

<sup>83</sup> N. Lubmann, Funktion und Kausalität, KZfSS 14 (1962), 617–644; ders., Soziologische Aufklärung 1, 7. Aufl., 2005, 1–38; ders., Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), 1–31.

<sup>84</sup> Zur Anwendung des Luhmannschen Äquivalenzfunktionalismus auf die funktionale Rechtsvergleichung insoweit R. Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 339–382, 356 ff.

bestimmte rechtsdogmatische Lösungen immer mit ihrem rechtlichen Umfeld zusammen. Das kann manchmal bedeuten, dass die Lösung einer Rechtsordnung in einer anderen Rechtsordnung nicht *möglich* ist, weil rechtliche oder institutionelle Voraussetzungen fehlen. Häufiger noch bedeutet es, dass die Lösung einer Rechtsordnung in einer anderen Rechtsordnung nicht *wahrscheinlich* ist, weil sie, aus kulturellen oder aus rechtlichen Gründen, nicht passt. Damit ergibt sich noch nicht wieder der eben erst überwundene teleologische Determinismus eines simplen soziologischen Funktionalismus. Die Entscheidung für eine Lösung und gegen andere funktionsäquivalente Lösungen bleibt eine Entscheidung des Rechtssystems. Es bedeutet aber doch, dass nicht jedem Rechtssystem dieselben Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Und es bedeutet auch, dass sich die Vor- und Nachteile bestimmter Lösungen nicht rechtssystemunabhängig beurteilen lassen: Was im deutschen Recht gut funktioniert, mag im US-amerikanischen Recht weniger gut funktionieren.

Diese Einsicht bestand in der traditionellen funktionalen Rechtsvergleichung, die von der Universalität von Problemen und der Austauschbarkeit von Lösungen ausging, noch nicht. Auch heute noch glaubt man bisweilen, die beste Lösung eines Problems – eine *best practice* etwa – sei auf alle Rechtsordnungen gleichermaßen anwendbar („one size fits all“).<sup>85</sup> Trotzdem ist aber mittlerweile weitgehend anerkannt, dass die Eignung von Lösungen rechtssystemspezifisch ermittelt werden muss. Insbesondere in der Diskussion zum Rechtstransfer wird das erkannt. Während die traditionelle Rechtsvergleichung Rezeptionsprobleme häufig etwas unscharf mit Unterschieden in der Rechtskultur erklärt, hat hier gerade die Systemtheorie Wichtiges beigetragen. Teubner hat erklärt, inwieweit *legal transplants* nicht wirklich als Verpflanzungen, sondern als Kommunikation und Irritation zwischen Rechtsordnungen anzusehen sind.<sup>86</sup> Rechtsregeln und Institute werden danach nicht einfach von fremden Rechtsordnungen übernommen. Vielmehr erzeugt jede Rechtsordnung selbst ihre eigenen spezifischen Rechtsregeln, allerdings eben oft als Reaktion auf die Irritation durch eine andere Rechtsordnung. Dabei kann es geschehen, dass eine fremde Rechtsregel weitgehend nachgebildet wird; aber auch dann ist sie eine eigenständige Schöpfung der Rechtsordnung und damit ihre eigene Antwort auf ein bestimmtes Rechtsproblem.

Die Rechtsvergleichung kann und sollte nun beobachten, wie unterschiedliche Rechtsordnungen auf gleiche Probleme reagieren. Das gibt Informationen nicht nur über die Vielzahl möglicher Lösungen; sondern auch – zumindest tendenziell – darüber, welche Lösung mit welcher Rechtsordnung am besten korreliert. Darin wiederum finden sich Informationen über die Kontingenz bestimmter rechtlicher Lösungen einerseits und über die Affinitäten der verschiedenen Rechtssysteme andererseits. Bijan Fateh-Moghadam spricht, systemtheoretisch

---

<sup>85</sup> Dazu und zu den Grenzen R. Michaels, „One Size Can Fit All“ – Some Heretical Thoughts On Mass Production of Legal Transplants, in: G. Frankenberg (Hg.), *Order from Transfer – Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, 2013, 56–78.

<sup>86</sup> Teubner, *Mod. LR* 61 (1998), 11–32.

informiert, von „operativ rechtlichen Anschlussbedingungen“.<sup>87</sup> Inhaltlich ist die Eigenheit der Rechtssysteme meines Erachtens als Rechtskultur nur unzureichend beschrieben. Ich habe in anderem Zusammenhang (und auch von der Systemtheorie beeinflusst) von Paradigmen gesprochen.<sup>88</sup> Worum es geht, ist, dass gerade die Systemtheorie interessiert sein sollte nicht nur an der Interaktion zwischen unterschiedlichen Funktionssystemen der Weltgesellschaft, sondern auch der innersystemischen Reaktionen auf diese Interaktionen. Dass ein Rechtssystem eine bestimmte Frage so und nicht anders beantwortet hat, lässt sich häufig mit Hinsicht auf seine eigene Rationalität erklären, und das insbesondere im Vergleich mit anderen Rechten. Hier besteht noch ungenutztes Potential gerade für die Systemtheorie.

## V. Schluss: Ansätze zu einer Rechtstheorievergleichung

### 1. Rechtsordnungsspezifität von Rechtstheorien

Typischerweise verlangt man von der Rechtstheorie, dass sie rechtsordnungsunabhängig sei; sie sagt das aus, was für Recht allgemein gilt, also nicht nur für eine spezielle Rechtsordnung. Das gilt auch für das Verständnis der Systemtheorie. Wenn Luhmann meint, Rechtstheorie sei die Selbstreflexion des Rechtssystems,<sup>89</sup> so meint er damit gerade nicht eine bestimmte Rechtsordnung, sondern vielmehr das Recht allgemein; die Leistung der Rechtstheorie ist es gerade, unterschiedliche Rechtsordnungen als Ergebnis der Binnendifferenzierung des Rechts erfassen zu können. Gefordert wird „eine universal rechtswissenschaftliche Theorie, ... die mit jedem möglichen Recht kompatibel sein muss“.<sup>90</sup>

Allerdings ist eine solche rechtsordnungsunabhängige Rechtstheorie zunächst einmal nur Postulat. Geht man davon aus, dass das Recht der Weltgesellschaft ein Recht ist, das intern nicht differenziert ist, sondern bloß fragmentiert, so ist jede Rechtstheorie notwendig Theorie des Weltrechts. Freilich muss sie dann die interne Fragmentierung adäquat erfassen. Geht man dagegen davon aus, dass verschiedenen Rechtsordnungen ihre Eigenständigkeit bewahren, so setzt ihre Möglichkeit voraus, dass auf einem bestimmten Abstraktionsgrad alle Rechtsordnungen einander so ähnlich sind, dass sich allgemeine Einsichten formulieren lassen, die nicht bloß banal sind.

Wenn das ein Postulat an Rechtstheorie ist, so ist nicht vollständig geklärt, ob Systemtheorie oder ökonomische Theorie es erfüllen. Was ich plausibel machen

<sup>87</sup> B. Fateh-Moghadam, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung, in: S. Beck/C. Burchard/ders. (Hg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, 43–63.

<sup>88</sup> R. Michaels, Two Paradigms of Jurisdiction, Mich. J. Int. L. 27 (2006), 1003–1069, 1022 ff.

<sup>89</sup> N. Luhmann, Rechtstheorie als Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts (Fn. 46), 419–450; ähnlich Teubner, Recht als autopoietisches System (Fn. 18), 29.

<sup>90</sup> N. Luhmann, Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts (Fn. 46), 191–240, 191 f.

möchte, ist, dass auch eine Theorie mit einem so universalen Anspruch wie die Systemtheorie ihre Herkunft nicht ganz verleugnen kann. Die Systemtheorie zeigt immer noch eine gewisse Affinität zum deutschen Recht, mit der Betonung von Positivität und Autonomie, von Systembildung, Konsistenz und Eigenrationalität. Die ökonomische Theorie zeigt eine ähnliche Affinität mit dem US-amerikanischen Recht. Das spricht dafür, dass auch Rechtstheorien bis zu einem gewissen Grade als national angesehen werden können und sollten.<sup>91</sup>

Freilich muss eine Rechtstheorie nicht schon deshalb verworfen werden, weil sie etwa auf eine Rechtsordnung besser passt als auf eine andere und aufgrund dessen diese Universalität nicht erreicht. Eine vollständig universalisierte Rechtstheorie wäre suspekt. Umgekehrt macht eine solche Rechtsordnungsspezifität von Rechtstheorien, wenn sie denn besteht, plausibel, dass eine Rechtstheorie die Selbstreflexion gerade einer bestimmten Rechtsordnung beschreibt – zwar mit dem Anspruch, nicht aber der Gewährleistung von Universalität. Gerade die Nichtuniversalität einer Rechtstheorie ist instruktiv, eben weil sie sowohl Besonderheiten von Rechtsordnungen als auch Kontingenzen der Theorie deutlich machen kann.

## 2. Funktionsäquivalenz von Rechtstheorien

Braucht also die US-amerikanische Debatte die Systemtheorie nicht, weil die ökonomische Theorie in den USA schon all das leistet, was die Systemtheorie erbringt? Das hängt davon ab, was man unter Leisten versteht.

Versteht man Leisten im Sinne der objektiven Adäquanz einer Theorie für die von ihr behandelten Phänomene, so ist die Antwort wahrscheinlich nein. Selbst wenn man die ökonomische Theorie, wie hier vertreten, weiter versteht als die enge Suche nach Effizienz, ist doch die Systemtheorie in vielerlei Hinsicht überlegen, insbesondere was die Beschreibung der Eigenrationalität von Systemen angeht. Ebenso hat Wielsch sicherlich Recht, wenn er bemängelt, der Preismechanismus sei ein unvollständiges Instrument zur Bewältigung von Systemkonflikten. Preise können Inkommensurables kommensurabel machen, wo Märkte existieren; außerhalb von Märkten sind sie weniger hilfreich. Hier hat die Systemtheorie insofern einen Vorteil als sie zeigen und erklären kann, dass und wie Systeme miteinander kommunizieren, einander gegenseitig irritieren, sich gegenseitig abstimmen. Deshalb könnte die US-Debatte ohne Zweifel von einer stärkeren Rezeption der Systemtheorie profitieren. Es gibt zwar Versuche, die Systemtheorie auf den methodologischen Individualismus der ökonomischen Theorie umzuschreiben, unter Hinweis darauf, dass das Individuum nicht einfach den Menschen traditioneller Gesellschaftstheorie entspreche.<sup>92</sup> Dabei ent-

<sup>91</sup> Vgl. C. Dessau, Nationale Aspekte einer transnationalen Disziplin: Zur rechtsstrukturellen Einbettung der Rechtstheorie in Finnland, Schweden und Deutschland zwischen 1960–1990, 2008; W. Krawietz, Multiple Modernität in den juristischen Zeitschriften – Rechtstheorie ist super!, *Jur. Int.* 17 (2010), 11–18.

<sup>92</sup> S. für einen Verbindungsversuch etwa G. Kirsch, *Neue Politische Ökonomie*, 2004, 45–53.

stehen aber notwendig Übersetzungsverluste. Objektiv betrachtet ist eine wechselseitige Ergänzung von Methoden, wie sie Wielsch entwirft, attraktiv.

Leisten lässt sich freilich auch anders verstehen und zwar hinsichtlich der Funktion, die eine Rechtstheorie im wissenschaftlichen Diskurs erfüllt. Hier nun lässt sich mutmaßen, dass die Rechtstheorie nicht nur dem tieferen Verständnis des Rechts dient, sondern auch der Selbstvergewisserung der Diskurs Teilnehmer. Rechtstheorie hat im tatsächlichen Diskurs neben einer kritischen auch eine bewahrende Funktion: Der Jurist vergewissert sich, dass das, was er für richtig hält, nicht nur dogmatisch gilt, sondern auch theoretisch abgesichert werden kann. Es ist diese bewahrende Funktion, die kritische Rechtstheoretiker seit jeher frustriert. Nur selten gelingt es einer kritischen Rechtstheorie so auf das Recht durchzudringen, dass es geändert wird. Im Regelfall stabilisieren sich Recht und Rechtstheorie gegenseitig, was gerade für die Idee der Rechtstheorie als Selbstreflexion des Rechts plausibel wird. Aus diesem letzteren Sinne der Leistung einer Rechtstheorie lässt sich andeuten, warum verschiedene Länder verschiedene Rechtstheorien haben, die jeweils mit Blick auf das eigene Recht entwickelt wurden.

Eine kritische Rechtstheorievergleiche muss genau hier ansetzen. Ebenso wie das kritische Potential der Rechtsvergleiche darin liegt, *false necessities* im nationalen Recht aufzudecken und als nicht notwendig zu erweisen, so sollte es gerade die im fremden Umfeld entwickelte Rechtstheorie sein, die den Bewusstseinshorizont erweitert. In diesem Sinne hat die Systemtheorie insbesondere für die USA besonderes Potential. Die „Zugangsregeln“ bilden dafür einen besonderen Anreiz.

### 3. Rezeptionsvoraussetzungen

Wielschs Buch ist neben vielem anderen ein hervorragendes Beispiel für die Übersetzung aus der US-amerikanischen in die deutsche Debatte. Es ist die Übersetzung in die andere Richtung, die immer noch schwierig erscheint. Was wäre notwendig, damit die Systemtheorie in den USA besser rezipiert würde? Ein erster denkbarer Weg – die Vereinfachung der Theorie – steht nicht zur Verfügung. Die Komplexität der Systemtheorie ist, wie oben angedeutet, nur auf Kosten ihrer wissenschaftlichen Aussagekraft reduzierbar. Eine „Systemtheorie light“ wäre wahrscheinlich schlechter als gar keine.

Ein zweiter Weg besteht in der Übersetzung. Teubner hat 1989 gemeint, der Transfer einer Theorie von einem kulturellen Kontext in einen anderen bedürfe sorgfältiger Erklärung,<sup>93</sup> aber das ist vielleicht nicht genug. Ebenso wie beim Transfer von Rechtsinstituten ist es notwendig, sich die unbewussten kulturspezifischen Charakteristika der Theorie bewusst zu machen und sie aufgrund dieses Wissens in den neuen Kontext einzupassen. Das bedeutet, zum Beispiel, dass das Verhältnis zwischen Recht und Politik in den USA systemtheoretisch

---

<sup>93</sup> Teubner, LSR 5 (1989), 728.

genauer daraufhin analysiert werden muss, inwieweit es sich vom Verhältnis in kontinentaleuropäischen Rechten unterscheidet.

Ein dritter Weg schließlich besteht in der Evolution der US-amerikanischen Debatte. Solange diese Debatte provinziell bleibt, besteht wenig Hoffnung darauf, dass die Systemtheorie in einer Form rezipiert wird, die ihr entspricht. Freilich ist eine Tendenz zur Transnationalisierung der rechtstheoretischen Debatte insgesamt zu erkennen. Gemeint ist damit nicht nur, was wir schon lange sehen, dass nämlich die Theorien US-amerikanischer Autoren im Rest der Welt rezipiert werden, sondern umgekehrt, dass US-Autoren auch außerhalb der Spitzenuniversitäten sich stärker für andersorts entwickelte Theorien interessieren. Wenn das geschieht, dürfte auch die Rezeption der Systemtheorie einfacher werden.<sup>94</sup>

Was wir brauchen ist also ein Feld der Rechtstheorienvergleiche – nicht für den Vergleich unterschiedlicher Theorien als solche, sondern als Teil der Rechtsvergleichung.<sup>95</sup> Ebenso wie die funktionale Rechtsvergleichung erkannt hat, dass Probleme nicht universal sind, deutet die Rechtstheorienvergleiche an, dass theoretische Fragen nicht universal sind, sondern sich immer im Hinblick auf ein konkretes Recht stellen. Hierbei ist zu fragen, inwieweit Rechtstheorien Teil einer Rechtsordnung sind, wie sie sich zu dieser und ihrer Dogmatik, aber auch ihrer Rationalität, verhalten; wie solche Theorien in den Diskurs anderer Rechtsordnungen übersetzt werden können. Und es ist zu fragen, ob sich angesichts dieser Erkenntnisse eine Theorie des globalen aber fragmentierten Rechts überhaupt neutral formulieren ließe. Die Systemtheorie schien mir immer insbesondere für Letzteres das am meisten Erfolg versprechende Modell. Es steht zu hoffen, dass das auch in den USA erkannt werden wird.

---

<sup>94</sup> Ähnlich *Meidinger*, *Buff. Envtl. LJ* 10 (2002), 259 f.

<sup>95</sup> Vielversprechend insofern *S. Grundmann/J. Thiessen* (Hg.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich/Law in the Context of Disciplines*, 2015.

