

Rechtsdogmatik, Autonomie und Reduktion der Komplexität. Brauchen die Gerichte ein Sicherheitsnetz?*

José Manuel Aroso Linhares

Universität Coimbra, Rechtswissenschaftliche Fakultät
Faculdade de Direito – Pátio da Universidade
PT-3004–545 Coimbra
linhares@fd.uc.pt

Schlagworte: Dogmatik, Gerichte, Juristenrecht, Zentrum/Peripherie, Autonomie des Rechts, Entlastungsfunktion, Formalismusanspruch

Abstract: Indem dieser Beitrag den Luhmann'schen Ansatz von Rechtsdogmatik und richterlicher Praxis (mit seinem Zentrum/Peripherie-Schema) mit einem Spektrum-„Netz“ von alternativen Konzeptionen (sowie den von ihnen entfesselten Streit) – von Hans Alberts *rationaler Jurisprudenz* bis zu Ungers *deviationist doctrine* – kontrastiert, lässt er uns die aktuelle Auseinandersetzung (wenn nicht den „differend“-Widerstreit) über die Autonomie des Rechts erfahren.

Das Thema *Reduktion der Komplexität durch Recht* zwingt uns, in einen spezifischen *Widerstreit* einzutauchen. Ich meine den Widerstreit, der den juristischen Diskurs unserer Zeit fragmentiert, ein Widerstreit, dem somit dann auch die Forderung nach einer Gegenüberstellung von *unterschiedlichen* Konzeptionen des Rechts und des Rechtsdenkens und *unterschiedlichen* Interpretationen der Komplexität sowie ihrer Reduktionsmöglichkeiten folgt. Im Folgenden schlage ich eine kurze Erprobung dieses Widerstreits vor: eine Erprobung, die unseren Blick somit auf die Möglichkeiten und Grenzen einer gewissen *Entlastungsfunktion* konzentriert – jene Entlastungsfunktion, welche die Arbeit der Gerichte von einer dogmatischen Jurisprudenz erwarten kann und darf. Gewiss eine gefährvolle Konzentration, weil sie uns zwei ganz besonders anspruchsvollen *Topoi* aussetzt. Ich meine, den Topos der Autonomie des Rechts sowie jenen seines Formalismusanspruchs oder doch nicht so sehr diese beiden *Topoi* an sich als vielmehr die scheinbare Notwendigkeit ihrer Konvergenz bzw. ihres

* Die deutsche Fassung des Textes wäre nicht möglich geworden ohne die wertvollen Übersetzungsvorschläge und die großmütige Hilfe von Bernd Speidel, Philosophische Fakultät der Universität Coimbra. Ihm sei hiermit herzlich gedankt.

overlapping (oder gar ihrer Verschmelzung). Stets bewusst, dass die Diskussion dieser „Notwendigkeit“ uns auf die positive oder negative Berücksichtigung eines gewissen Erbes zurückführt, und zwar dasjenige der *dogmatischen begrifflichen konstruktiven Rechtswissenschaft* des 19. Jh.¹

1. Die Dogmatik als *Sicherheitsnetz* (Luhmann)

Die Teile dieses Puzzles finden wir gewiss am klarsten zusammengefügt in dem *Zentrum/Peripherie*-Schema, das Luhmann uns vorschlägt, um die Stellung der Gerichte als einem ausdifferenzierten Teilsystem des Rechtssystems zu bezeichnen². Wie man weiß, handelt es sich darum, eine Unterscheidung zu erkennen, die uns auf die Kernprobleme der Paradoxie des Codes *Recht/Unrecht*³ und des Bedarfes für „Supplemente“⁴ verweist. Um das Schema *Zentrum/Peripherie* als eine autopoietisch durchdachte Unterscheidung (frei von jeglicher hierarchischen oder organischen Konnotation) zu verstehen, muss man in der Tat alle *nicht gerichtlichen* Kommunikationen (Gesetze⁵, Verträge und andere Mittel privater Rechtserzeugung) in die *Peripherie* einbeziehen. Für Luhmann handelt es sich dabei weniger um ein Bestehen auf einer Sensitivität (oder Verletzlichkeit) gegenüber der Umwelt (sowie ihrer *inputs*) als vielmehr darum aufzuzeigen, dass diese Periphe-

1 Als „Erkenntnis des Rechtlichen aus *rein* Rechtlichem“ (*Dubischar, R.*, Einführung in die Rechtstheorie, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1983, 24 ff.), aber auch als ein spezifisches Gleichgewicht von Logik und Zeit, System und Geschichte!

2 *Luhmann, N.*, Das Recht der Gesellschaft (1993), Suhrkamp-Taschenbuch, Frankfurt am Main, 1995, 297–337 (Kapitel 7).

3 Als die Paradoxie eines Systems, das, um „die eigene Autonomie garantieren“ zu können, auch die „Negation dieser Autonomie“ (und die „Negation aller sie stützenden Konventionen“) einschließen muss: ebd., 545.

4 Welche „Supplemente“ („etwa im Sinne von Derrida“) [Ebd., 189], sind das? Zunächst einmal das Konditionierungserfordernis, das uns erlaubt, Selbstorientierung und Umweltorientierung, Redundanz und Varietät, „Geschlossenheit“ und „Offenheit“, *normatives* und *kognitives* „Erwarten“ zu kombinieren [vgl. „Die Einheit des Rechtssystems“, *Rechtstheorie* 14 (1983), 138–143]. Dann auch die systeminterne Unterscheidung von Codierung und Programmierung [Das Recht der Gesellschaft (FN 2), 165 ff.]. *Last but not least*, die operative Schließung, die einzig *Konditionalprogramme* gewährleisten können [ebd., 38 ff.].

5 Ebd., 379 ff., 422 ff. Die Gesetze, die das (durch den Rechtsstaat institutionalisierte) „wechselseitig-parasitäre Verhältnis von Politik und Recht“ leiten, sind als solche Elemente zweier Systeme – Elemente, die zwei Codes unterworfen werden (*Recht/Unrecht* versus *Regierung/Opposition*), sowie zwei Programmierungsherausforderungen (*Konditionalprogramm* versus *Zweckprogramm*, *Wenn-Dann-Form* versus *Um-Zu-Form*).

rien uns ausnahmslos durch einen funktionalen Verzicht auf Entscheidungszwang als gesichert erscheinen⁶. In der *Peripherie* garantiert das System seine Autonomie durch *Nicht-Entscheiden-Müssen* – damit die Rechtsprechung (die das *Zentrum* besetzt) den Zwang und die Verantwortung *im Namen* (der Ausdifferenzierung) *des Systems* zu entscheiden annehmen kann⁷.

Wie jedoch den Schutz dieses Zentrums gewährleisten? Wenn eine Beobachtung erster Ordnung ohne Weiteres ein Modell der Interpretation und Anwendung der Texte-Prämissen (im Lichte der Juristischen Methode des 19. Jh.) reproduzieren kann, so führt uns eine Darstellung auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung zu der Erkenntnis, dass der Kern dieses *Zentrums* als von *argumentativen Kommunikationen* errichtet erscheint⁸. Welche *argumentativen Kommunikationen*? Jene, die uns auf *Texte* und *Begriffe* beziehen und die eine *formale Argumentation* erfüllen? Aber auch jene, die ihre *warrants* in *Interessen* und *Zwecken*, wenn nicht gar *Werten* finden, und die eine *substanzielle Argumentation* praktizieren! Als zwei für die operative Schließung des Systems (gegenüber so vielen anderen Dimensionen-Forderungen der Redundanz und der Varietät) unerlässliche Gesichter? Wir müssen dies anerkennen. Es geht nicht nur darum zuzugeben, dass sich im Laufe der Zeit verschiedene Gleichgewichte zwischen Praktiken der Selbst- und Hetero-Referenz gebildet haben und erprobt wurden. Es muss außerdem gezeigt werden, dass die rechtsrelevante Argumentation auch insgesamt im Hinblick auf die Autopoiesis gedacht werden kann und muss. Damit sich diese Argumentation uns nicht auferlegt als eine zweckrationale *Ausnutzung* der *Ressource* Komplexität, sondern als Bildungsaufgabe eines eigenen Komplexitätsaufbaus⁹. Als ob das Problem letztendlich das Suchen-Finden der Wiederholungen sei, die die von der

6 Als ob es sich letztendlich darum handelte, an der kognitiven Offenheit des Systems teilzuhaben, ohne seine Autonomie zu gefährden, sondern eher zu seiner sie erst ermöglichenden normativen Geschlossenheit beizutragen. Denn „in der Peripherie werden Irritationen in Rechtsform gebracht ... oder auch nicht“ (Ebd., 322).

7 Und zwar solchermaßen, dass sich das *Justizverweigerungsverbot* als ein entscheidender funktionaler Faktor entpuppt (in den letztendlich das gesamte System eingebunden erscheint).

8 Ebd., 338 ff. (Kapitel 8).

9 Ebd., 389–406. Eine Aufgabe, die als Eigenrisiko reflektiert werden muss? indem sie vielfältigen und fragmentierten umweltlichen Erwartungen gegenübertritt („die einer normativen Transformation immer mehr widerstehen“)?, eine Aufgabe, die jedoch vor allem gewahrt und verteidigt werden muss, wozu „hohe Mauern der Indifferenz“ errichtet werden: ebd., 225–226.

rechtlichen Argumentation benutzte *Gleich/Ungleich-Sonde* erhalten können¹⁰. Welche Wiederholungen? Wiederholungen ... die uns erlauben, „Regeln zu identifizieren“ und die die Identität dieser Regeln bestätigen („trotz der Nichtidentität der Fall-Lage“!)¹¹. Wiederholungen, die uns auf eine gewisse rechtsdogmatische Stabilisierung verweisen. Eine Dogmatik, die Begriffe bildet – die eine rechtseigene Begrifflichkeit zur Verfügung stellt und spezifiziert – und die uns dennoch zwingt, diese weniger als Prämissen (die direkt ein logisches Schliessen ermöglichen), denn als Unterscheidungen zu behandeln. Unterscheidungen, die die rechtliche Argumentation führen, weil sie das einschränken, was als ähnlich und damit als analogiefähig gelten kann. Kurz, weil sie ein „zweites, metatextlich verfügbares *Sicherheitsnetz* für die Redundanz des Systems“ bilden¹². Ein Sicherheitsnetz, das eine Ent-Paradoxierung des Systems bzw. deren Möglichkeit gewährleistet, indem es gleichermaßen dem Problem der Zeitdimension als Unbestimmtheit und Ungewissheit (als dritten Wert der rechtlichen Codierung) begegnet und die Herausforderung, die eine „Was-Wäre-Wenn-Kalkulation“ in das „Wenn-Dann-Schema“ einführt¹³. Als ob die Erhaltung des Eigenwerts des Rechts letztendlich bedeutete, eine Beschränkung der Erfolgsbedingungen von Operationen zu leisten, was offensichtlich einen kontinuierlichen Prozess der Verfeinerung des Sicherheitsnetzes nicht ausschließt, sondern diesen sogar verlangt¹⁴.

Diese Akzentsetzung schließt den Kreis. Doch zwei Anmerkungen drängen sich noch auf. Die erste möchte unterstreichen, dass diese dogmatische Aufgabe der „Ent-Paradoxierung“ nur deshalb sinnvoll ist, da ihre ganz spezielle Assimilation des Erbes der *konstruktiven höheren Jurisprudenz* sich dadurch vollzieht, dass sie dem Rechtssystem das Bewusstsein und die Bestimmung gibt, dass es als autopoietisches System erfahren werden muss (und nicht mehr als dieses Selbst-Bewusstsein und diese Selbst-Bestimmung). Die zweite Anmerkung möchte die Erkenntnis unterstreichen, dass diese doppelte Maske des Beobachtenden/Beobachteten, die der Rechtsdogmatik (in ihrer unentwirrbaren Zirkularität und ihrem metarefe-

10 Über die *Gleich/Ungleich-Unterscheidung*, vgl. ebd., 110–117 (IX), 218–238 (III–IV), 446–451 (II), 507–519 (III), 571 ff.

11 Wiederholungen, die „Kondensieren und Konfirmieren, Reduktion auf bestimmbare Identitäten und Generalisierung“ erfordern: ebd., 350.

12 Ebd., 389.

13 Ebd., 383–384.

14 Eine Verfeinerung schließlich, die die historische Kontingenz auf die Grenzen einer systemischen Selbst-Spezifizierung zurückführt: „Man kann neue Unterscheidungen einführen, Begriffe verfeinern, dekomponieren oder auch, etwa im Hinblick auf eheähnliche Lebensgemeinschaften, nach neuen Oberbegriffen suchen.“ (ebd., 389).

renziellen Schwindel, zu dem sie uns verurteilt), auferlegt wird, uns zwingt, eine Grundfrage (die der Ansatz von Luhmann, gegen sich selbst, immer wieder aufwirft) zu beantworten: Die Frage, ob (und bis zu welchem Punkt) dieses Verständnis der Beziehung Rechtsprechung/Rechtsdogmatik (sowie der Entlastungsfunktion der Letzteren) einem reinen (theoretisch freien) repräsentativen Schema entspricht – eingeschrieben (und sich auflösend) in der Bezeugung der Existenz der Autopoiesis –, oder ob sie dagegen bereits ein regulatives Muster (eine Konzeption der dogmatischen Doktrin, unter anderen möglichen Konzeptionen) ausdrückt. Lässt sich diese Frage beantworten? Gewiss. Doch die Antwort kann nur auf die zweite Alternative lauten. Was uns Luhmann vorschlägt, ist tatsächlich lediglich eine gewisse Konzeption der *dogmatischen Rechtswissenschaft* – eine Konzeption, die den Anspruch eines *inneren* Diskurses erhebt, der jedoch paradoxerweise von einer *äußeren* Plattform oder Erfahrung aus seinen Ausgang nimmt (die ihr durch das soziale System „Wissenschaft“ angeboten wird). Eine Konzeption, die (auch als Konzeption des Rechts und seiner Autonomie) nicht notwendig, sondern lediglich möglich ist. Welche Konzeption? Jene, die die *Rückkehr zu stärker formal orientierten Entscheidungskriterien* als Bedingung der Autonomie und der Selbstdifferenzierung des Systems verteidigt.

2. Andere Konzeptionen der *Doktrin*

Versuchen wir diese Anmerkung als einen Ausgangspunkt für einen möglichen Dialog zu begreifen. Einen Dialog, den ich jedoch lediglich zu skizzieren vermag, und zu dem ich nun zwei exemplarische Diskussionsteilnehmer auswählen möchte und (bzw.) die von ihnen herausgearbeiteten Konzeptionen der *Entlastungsfunktion*. Was uns auch ermöglicht, alle Themen einzuberufen, die uns bis hierher geführt haben.

2.1 Die sozialtechnologische Jurisprudenz (Hans Albert)

Der erste dieser Diskussionsteilnehmer ist Hans Albert und (bzw.) die von ihm vorgeschlagene technologische Konzeption des Teleologismus. Diese Konzeption erfordert, dass wir die traditionelle Auffassung der dogmatischen Rechtswissenschaft verlassen, um im Lichte eines epistemologischen

Fallibismus¹⁵, eine spezifische Sozialtechnologie zu verfolgen. Eine Sozialtechnologie (bzw. Kunstlehre), die wir praxisorientierte *rationale Jurisprudenz* nennen können¹⁶. Warum? Weil sie die Erkenntnisse der Realwissenschaften naturalistischen Typus in *technologische Aussagen* verwandelt. Weil sie das nomologische Wissen dieser Erkenntnisse (als Wissen einer Rechtswissenschaft, die im Recht-Objekt eine „soziale Tatsache“ sieht) unantastbar lässt. Aber auch, weil sie ihre Entlastungsfunktion erfüllt (als „rationale“ Vorbereitung der Gerichtsentscheidungen), wenn sie die Handlungsmöglichkeiten eines Um-Zu-Schemas beleuchtet¹⁷. Im Bewusstsein, dass solche Aussagen dem Entscheidungsträger nicht vorschreiben, „was er tun soll, sondern eben nur, was er tun kann oder was er tun muss, um bestimmte Ziele zu erreichen“¹⁸. Diese knappen Andeutungen genügen uns bereits um zu verstehen, dass diese Konzeption der Rechtswissenschaft uns zu den Antipoden des Luhmann'schen Ansatzes bringt. Nicht nur, weil sie eine Entlastungsfunktion der juristischen Kunstlehre erfordert, die sich kaum noch (oder nur in einem entcharacterisierenden erweiterten Sinne) als dogmatisch bezeichnen kann, sondern auch, weil sie diese Kunstlehre für die (wissenschaftlich-technologische) Rationalisierung eines *Kontinuums* von (legislativen, administrativen und gerichtlichen) Entscheidungen verantwortlich macht¹⁹. Auch und ganz besonders, weil diese Konzeption

15 Im Namen des *Prinzips der kritischen Prüfung* und dem eines *Theorienpluralismus-Postulats* (bzw. dem einer *Methode von Versuch und Irrtum*): Albert, H., Traktat über kritische Vernunft, 3. erweiterte Auflage, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975, 29–54 („Die Idee der Kritik“).

16 Albert, H., Rechtswissenschaft als reale Wissenschaft, Nomos, Baden-Baden, 1993, *passim*, Kritischer Rationalismus, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, 41–91 (II. Kapitel).

17 Indem sie die instrumentelle Eignung der mobilisierten Mittel prüft. Auch, indem sie strategisch die verschiedenen Entscheidungsalternativen analysiert und die ihnen entsprechenden empirischen Auswirkungen (bzw. die sie hierarchisch gliedernden Wahrscheinlichkeitsgrade) wahrnimmt. Und schließlich auch, indem sie (nun mit Unterstützung einer kritischen sozialen Moralphilosophie, wenn nicht bereits einer Rechtsphilosophie) das *Kongruenzpostulat* aufstellt, um zu hinterfragen, ob die angestrebten Ziele mit den Anforderungen (und der Sprache) einer *Zeit der Wissenschaft* vereinbar sind – was wiederum bedeutet, Ideen über reale Zusammenhänge, die dem heutigem Zustand der Erkenntnis nicht mehr entsprechen („Relikte einer theologisch geprägten Metaphysik“) zu entlarven (bzw. entlarven zu können): Albert, H., Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus, in *Albert/Luhmann/Maihofer/Weinberger* (Hg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band II, Bertelsmann, Düsseldorf, 80 ff., 94–96 (VI).

18 Albert, H., Rechtswissenschaft als reale Wissenschaft (FN 16), 12.

19 Ein durch das Strategie/Taktik-Schema beleuchtetes Kontinuum? Gewiss. Ein Kontinuum, das uns erlaubt, die richterlichen Entscheidungen als authentische taktische Durchführungen von legislativen Strategien zu konzipieren und die intentionalen und institutionellen Unter-

der Rechtswissenschaft und die von ihr ernst genommenen Brückenprinzipien (*Erklärbarkeit/Realisierbarkeit/Kongruenz*²⁰) den Vorrang einer *Hetero-Referenz voraussetzen und das Recht als ein Ensemble von Zweckprogrammen* verstehen. Was wiederum den ausdrücklichen Verzicht auf die Autonomie des Rechts bedeutet.

Zu verstehen, dass diese Konzeption an den Antipoden des Luhmann'schen Ansatzes angesiedelt ist, bedeutet jedoch noch nicht zu übersehen, dass beiden einige Voraussetzungen gemein sind. Welche Voraussetzungen? Ein durch die makroskopische Perspektive der Gesellschaft beherrschtes Verständnis des Rechts; den Glauben an die Möglichkeit rationaler Entscheidungen; die funktional konstitutive Annahme der Unabhängigkeit des Richters; und schließlich, *last but not least* (als Erbe der Rechtsmethode des 19.Jh.) eine nicht problematisierte Identifikation des Autonomie- und des *Formalismusanspruchs*²¹.

2.2 Eine deviationist doctrine (Roberto Unger)

Eine Identifikation, die der letzte unserer Gesprächspartner, Roberto Unger, in vollem Umfang beibehält. Jedoch mit einem wesentlichen Unterschied: jenem, der ihn berechtigt, alle Standpunkte als *formalistisch* zu denunzieren, die an die Möglichkeit eines rational bestimmten Rechtsdiskurses glauben (*law as reason*)²². Als eine kritische Rekonstitution des *Formalismus* (bzw. der formalistischen Standpunkte), die uns dazu anhält, mit jenem Etikett solch unterschiedliche Konzeptionen wie die von Luhmann und Albert, von Posner und Dworkin zu versehen (und im Normativismus lediglich das Grenzbeispiel dieses Spektrums zu erkennen)? Gewiss. Immer im

scheidungen zwischen richterlichen Entscheidungen und Verwaltungsentscheidungen zu vergessen. Ebd., 24–32 (V.).

20 Albert, H. (FN 15), 73–79, Traktat über rationale Praxis, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1978, 150–155, 171 ff.

21 Und zwar solchermaßen, dass der Verzicht auf eine *Formalwissenschaft* und ihren *isolierenden* Kosmos zwingend auch den Verzicht auf die Autonomieforderung nach sich ziehen würde!

22 D. h. alle Vorschläge, die glauben, dass das Recht stets geschlossene Antworten findet und dass es die unendliche Öffnung der philosophischen und politischen Diskussionen vermeidet, sozusagen alle Rechtskonzeptionen, die das Recht (und insbesondere die Rechtsprechung bzw. ihre Begründungsmethode) von der Rhetorik der *open-ended ideology* autonomisieren und die vertreten, dass die Rechtsfindung oder Rechtsverwirklichung auf einer rigorosen „Trennung des rechtlichen vom politischen Universum“ beruhen soll. Vgl. Unger, R. M., *The Critical Legal Studies Movement* (1983), Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 1986, 1 ff., 8–14.

Bewusstsein, dass diese Absage an den Formalismus als ein (unerlässlicher) Grundbestandteil eines „konstruktiven Programms“ *encore à faire* verstanden werden muss. Was für ein Programm? Eines, das das Erbe des *Radical Legal Realism* (bzw. dieses durch den Kanon der *Critical Legal Scholars* assimilierte Erbe) eindeutig anzunehmen bereit ist und dann dadurch eine gewisse *political location* zu besetzen vermag! Ein Programm, das eine rein instrumentelle Konzeption der Rechtspraktiken und -diskurse (gerechtfertigt durch *leftist aims* sowie die Unvermeidbarkeit eines *political judge*) vertritt? Gewiss. Somit jedoch ein Programm, das seinen entscheidenden Kern in den Möglichkeiten einer *neuen* Doktrin findet: einer Doktrin, die Unger *deviationist doctrine* nennt und die sich auf eine *legal analysis as institutional imagination* stützt (bzw. die sich dann als eine solche entwickelt)²³. Im Rahmen unseres Themas kommt dieser Konzeption der Doktrin eine besondere Relevanz zu. Weil sie sich nämlich für eine *neue* Entlastungsfunktion verantwortlich erklärt, aber auch, weil sie diese ausfüllt, indem sie den herrschenden dogmatischen Diskurs dem Filter eines *Zentrum/Peripherie-Schemas* unterzieht. Dies bedeutet die Möglichkeit ins Auge zu fassen, dass Kerndoktrinen von peripheren Doktrinen zu unterscheiden sind, und dass der Weg hin zu einer erweiterten Reflexion (*an expanded version of legal doctrine*) nur über eine Verschiebung²⁴ Letzterer ins Zentrum führen kann²⁵.

23 Ebd., 15 ff., 43–90 („Two Models of Doctrine“). What Should Legal Analysis Become?, Verso, London/New York, 1996, 119 ff., 129–134 („Legal Analysis as Institutional Imagination“).

24 Diese Verschiebung wird von einem minutiösen *Diagnose-mapping* von Konflikten begleitet sein: als eine Diagnose, die sich als fähig erweisen wird, die (normative und empirische) Komplexität der rechtsrelevanten Praktiken aufzudecken und sich dadurch die Konflikte bewusst machen kann, welche die „Prinzipien“ von ihren unerbittlichen „Gegenprinzipien“ trennen. Danach folgt ein zweiter Schritt, den man *criticism* oder *critical doctrine* nennt: der Schritt, der allen diesen Konflikten eine unmittelbare politisch-soziale Intelligibilität zuzuschreiben vermag. Ohne einen dritten Schritt (der sich *internal development* nennt) zu vergessen: ein Schritt, der, durch die auto-reflexive Annahme der Dialektik der beiden ersten Schritte, der Gerichtspraxis eine unerlässliche kriteriologische Vermittlung zu verleihen vermag, die sie berechtigt, auf die *destabilization rights* (Rechte der Destabilisierung) der Bürger zu reagieren und somit mikroskopisch (*microscopically*) zu einer Umkehrung der fest verschanzten Hierarchien beitragen zu können (jener Hierarchien, die Mächtewirkungen und Widerstandsmöglichkeiten stabilisieren-kristallisieren) [(FN 22), 36 ff. („The system of Rights“)].

25 „Ungers ‚deviationist doctrine‘ involves the practice of moving peripheral doctrines toward the center and core doctrines toward the periphery ...“ (*Altman, A., Critical Legal Studies: a Liberal Critique*, Princeton University Press, Princeton 1990, 131).

3. Rechtsdogmatik und Autonomie des Rechts

Wir könnten nun immer weitere Puzzlestücke (neu) zusammensetzen und anderen, heutzutage auch möglichen Konzeptionen der Entlastungsfunktion der Doktrin (begriffen als *Reduktion der Komplexität*) begegnen. Die bis hierher zurückgelegte Wegstrecke erlaubt uns jedoch bereits zu verstehen, dass die dadurch erprobte Rekonstitution des Widerstreits sich nicht erfolgreich erfüllen kann (und darf), wenn wir nicht gleichzeitig zulassen, auch die (bisher unangetastete) Konvergenz des Formalismus- und Autonomieanspruchs zu problematisieren. Die Notwendigkeit dieser Überlagerung zu problematisieren bedeutet jedoch nicht nur, neue *innersystematische Merkmale* (oder eine andere Form der rechtsrelevanten Einheit) zu entdecken und die Verknüpfung von *Doktrin* und *System* oder *Ordnungssystem* wiederherzustellen²⁶. Wie sie auch nicht nur bedeutet, eine *andere* Konzeption der Doktrin (wiederum als dogmatische Doktrin) und der Beziehung Dogmatik/Rechtsprechung einzuberufen: eine Konzeption, die die Entlastungsfunktion untrennbar macht, und zwar sowohl von einer heuristischen Antizipation von *Lösungsmodellen* und *Prinzipien* als auch von einer (normativ autonomen) Neubearbeitung des Systems selbst und von diesem als mehrdimensionalem offenen beweglichen System²⁷. Die Notwendigkeit diese Überlagerung zu problematisieren bedeutet gewiss auch anzuerkennen, dass die Distribution *Autonomie/Kontingenz, vernünftige autonome Form/materieller kontingenter Inhalt*, den sie festschreibt (und perpetuiert), lediglich eine unter verschiedenen möglichen Distributionen ist – eine historisch-kulturell plausible Distribution, die eine herausragende Rolle gespielt hat, aber die sich uns nicht mehr als die einzig mögliche auferlegt (oder als eine, die eine paradigmatische Anerkennung verdient). Eine Erkenntnis, die es uns schließlich erlaubt, das einzige *fundamentum relationis* (wieder) zu entdecken, das eine Rekonstruktion des Widerstreits leisten kann, der heute die Rechtspraxis und die rechtlichen Diskurse fragmentiert. Welches *fundamentum relationis*?

26 Eine Verknüpfung von *Doktrin* und *System*, welche uns die mit dem *kritischen Rationalismus* und den *Critical Legal Scholars* eingeführte Parenthese aufheben ließ!

27 Eine direkt von der *Rationalitätskontrolle* beleuchtete Konzeption, wie sie Esser uns als *Stimmigkeitskontrolle* (jedoch ohne auf die Wertbezogenheit der dogmatischen Begründung zu verzichten) vorgeschlagen hat [Esser, J., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt, Athenäum Verlag, 1970, 87 ff.] ... oder eventuell darüber hinausgehend, eine Konzeption, die uns – mit Castanheira Neves – erlaubt, die Dogmatik und die Rechtsprechung in der praktisch-prudenziellen Einheit eines *Juristenrechts* einzuschreiben [Castanheira Neves, A., Fontes do Direito, in *Digesta*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, 89–90].

Jenes, das die Autonomie des Rechts und des Rechtsdenkens in der materiellen Besonderheit seiner Anforderungen annimmt. Jenes, das Autonomie und Sinn verbindet und versteht, dass dieser Sinn (als Dimension einer Zivilisation, die man *Rechtiszivilisation* nennt) der Kontinuität einer Erfahrung der „Abgrenzung“ von *human/inhuman* und der von ihr ausgedrückten (ständig erneuerten) Suche entspricht: einer Suche, die direkt eine *Lebensform* bzw. eine Sequenz von *Lebensformen* – wenn nicht Zyklen oder Etappen – verantwortlich macht und die sich (positiv und negativ) durch die Spuren bestimmt, die diese Zyklen im Lauf der Zeit hinterlassen sowie durch die dadurch erkennbaren Errungenschaften. Spuren und Errungenschaften, die ein großes *interpretatives* Projekt errichten, indem sie eine *Gemeinschaft* (oder das Zusammenspiel von Gemeinschaften) immer wieder neu bilden. Welche *Lebensform* oder welche Sequenz von *Lebensformen* und welches interpretative und integrierende Projekt (von vielfältigen interpretativen Projekten)? Jene und jenes, die den *homo humanus* der Autonomie-Freiheit und der gemeinschaftlichen Verantwortlichkeit erfunden haben (und die diesen Menschen auch heute weiterhin erfinden sollen). Nur ein Verständnis dieser praktisch-kulturellen Bindungen ermöglicht uns tatsächlich, das Recht in seiner Autonomie zu begreifen (ohne es auf eine Antwort oder einen Antwortenzklus einzugrenzen). Im Bewusstsein, dass es somit darum geht, das Recht als *ius* zu hinterfragen, aber auch und in untrennbarer Verbindung als offene Verwirklichungserfahrung. Eine Verwirklichungserfahrung, die eine *dogmatische systemische* Dimension braucht? Gewiss. Aber somit auch eine Verwirklichungserfahrung, da die letztendlich für die Bildungsspezifizierung der rechtlich relevanten gemeinschaftlichen Geltung verantwortlich ist. So dass wir schließlich sagen können, dass jene *Geltung* (als permanent neu beginnende kulturelle Schöpfung) sich uns immer *als Kontext und Korrelat dieser Erfahrung und der an ihr teilnehmenden Praktiken anbietet* (und uns erreicht). Auch und ganz besonders als Kontext und Korrelat der praktischen, durch die Dogmatik abgesicherten Aufgaben: die Aufgaben, die sie ausübt, indem sie Lösungsmodelle objektiviert, indem sie Prinzipien formuliert, aber auch, indem sie diese Kriterien und Grundlagen beschützt, mit einer unverwechselbaren Spezifizierung des *Trägheitsprinzips* (als Rechtfertigungserfordernis des Bruchs mit der Tradition). Nur diese Sichtweise wird tatsächlich in der Lage sein, die heute benötigte *Entlastungsfunktion* der Rechtsdogmatik zu erkennen.