

# Illegalität: die Verletzung der Vorschrift der Umschrift

Uli Reiter

»Lieber Herr Reiter, ich bedanke mich für das schöne Beispiel. Es schreit nach Auflösung und Rekombination. Außerdem würde ich sofort an ein Medium der Illegalität denken« (Fuchs o.J. b).

Mein erster Kontakt zu Peter Fuchs bestand darin, dass er mich als Systemtheorie-Neuling in einer Online-Diskussion dazu anregte, meine Beiträge zu Bestechung und Korruption mit Blick auf ein Medium der Illegalität umzuschreiben. Daraus entstand ein Buch (Reiter 2009), und aktuell arbeite ich an der Fertigstellung der Monografie »Illegalität. Phänomen und Funktion«. Der vorliegende Text skizziert einige Aspekte daraus – mit Fokus auf eine systemtheoretische Umschrift gängiger Beschreibungen von Illegalität und Modalität.

## 1. Umschrift / Vorschrift

»Ich arbeite mit der Annahme, daß unser psychischer Mechanismus durch Aufeinanderichtung entstanden ist, indem von Zeit zu Zeit das vorhandene Material von Erinnerungsspuren eine Umordnung nach neuen Beziehungen, eine Umschrift erfährt« (Freud an Fließ, zit. Stäheli 2000: 214).

Wenn man diese auf Psyche bezogene, freudsche Fassung der Umschrift ihrerseits auf Kommunikation umschreibt, dann lässt sich Umschrift als eine Form der Beschreibung fassen: Etwas, das bereits beschrieben worden ist (eine Vor-Schrift) wird auf andere Weise be- und in diesem Sinne umgeschrieben. Dies ist Teil der evolutionären Normalität der »permanenten Umschrift« (Stäheli 1998: 340) von Systemen.

Das Wort Vorschrift hält im Deutschen mehrere Bedeutungen bereit. Im grimmschen Wörterbuch ist es »geschriebenes vor geschriebenem«, außerdem in der älteren Bedeutung ein »empfehlungsschreiben« und »muster zum nachschreiben oder abschreiben« und in neuerer Bedeutung »eine verbindliche regel des verhaltens« bis hin zu »bindenden bestimmungen in gesetzen, statuten, schriftlich niedergelegten ordnungen aller art« (Grimm 1854ff.).

*Die Normierung der Vorschrift*

Neben einem sachlichen Unterschied und der zeitlichen Vor- und Nachgängigkeit bringt die Differenz von Vorschrift und Umschrift also auch einen rechts- und machtbezogenen, evolutionären Aspekt ins Spiel: Eine Umschrift kann auch als Abweichung von einer Vorschrift im normativen Sinne gesehen werden. Diese Bedeutung wird im Folgenden vorwiegend interessieren.

Die bekanntesten Formen rechtlich normierter Vorschriften sind Rechtsgesetze und im erweiterten Sinne formalisierte Erwartungen. Sie koppeln die Inklusion und Exklusion von Individuen und Organisationen mit der Erfüllung und Enttäuschung von Erwartungen und sind mit Sanktionen versehen, die durch politische Macht gedeckt sind.

*Die rechtswidrige Umschrift der Vorschrift*

Jede gelingende Verletzung einer formalisierten Erwartung kann nicht nur als Rechtsbruch, sondern auch als ein zwar verbotener, aber nicht verhinderbarer Umschreibungsversuch dieser Erwartung beschrieben werden. Dieser ereignet sich »on the fly«, heimlich und mit lediglich partikularer Verbindlichkeit, muss dabei auf Schriftlichkeit verzichten und entzieht sich zudem der aktuellen Beobachtbarkeit und Zuschreibbarkeit. Zugleich unterminiert jedes Ereignis dieser Art auch die zu Grunde liegende machtpolitische Deckung durch die Entstehung neuer, zunächst diffuser und rechtswidriger Machtpotentiale.

*Die Normierung der Umschrift der Vorschrift der Umschrift*

Rechtlich normierte Vorschriften zeichnen sich u.a. dadurch aus, dass die Normierung auch den Normierungsvorgang selbst betrifft: Formalisierte Erwartungen dürfen nicht irgendwie umgeschrieben werden, sondern ausschließlich auf eine ebenfalls vorgeschriebene Art und Weise. Dann hat man es mit Umschreibungen zweiter Ordnung zu tun, nämlich mit der Umschrift rechtlich normierter Vorschriften, die programmatisch vorschreiben, wie andere rechtlich normierte Vorschriften umgeschrieben werden dürfen und wie nicht.

*Die verletzende Umschrift der Vorschrift der Umschrift*

Wenn es zur sich stabilisierenden Wiederholung der rechtswidrigen Umschreibung von Vorschriften kommt, sind auch die rechtlich normierten Umschreibungsvorschriften dieser Vorschriften betroffen: Jede sich wiederholende und gelingende Verletzung einer formalisierten Erwartung bezieht sich nicht nur auf die Erwartung selbst, sondern auch auf deren Umschreibungsprogramme.

*Rückkopplung: Gleichförmigkeit*

Sobald es gelingt, die Resultate dieser Verletzungen in die formalen Strukturen rückerzuspiesen, kommt es zu einem Indifferenzproblem: Es kann nicht mehr unterschieden werden, ob die kommunikativen Resultate, die an diese Erwartungen geknüpft sind, rechtmäßig oder rechtswidrig zu Stande gekommen sind und ob die Macht, durch die diese Verletzungen gedeckt sind, auf rechtmäßigen oder rechtswidrigen Quellen beruht. Damit tut sich ein rechtlich-politisches Gleichförmigkeitsproblem auf und die Frage ist, wie es gelöst wird.

## 2. Modalmedien

Neben Verstehens-, Verbreitungs-, Erfolgs- und Heidermedien lässt sich mit Systemtheorie ein fünfter, neuer Medientyp erschließen. Gemeint sind Modalmedien, die von Peter Fuchs als Theoriebaustein vorgeschlagen wurden (Fuchs/Fuchs o.J.: 11), aber bislang noch nicht ausgearbeitet waren (Reiter 2014).

*Modalität*

Dabei wird »Modus« oder »Modalität« nicht mehr kantisch begriffen als Form des erkennenden Bewußtseins, sondern als Form, in der etwas auf das Problematischwerden seines Problems reagiert« (Luhmann 1984: 436f.). Das Erschließen von Modalmedien richtet sich folglich an den Fragen aus, welches Problem eines Systems problematisch wird und auf welche Weise dieses darauf reagiert.

Man kann Modalmedien auch eine Medienform zweiter Ordnung nennen, da sie sich immer auf etwas beziehen, das bereits als Form eines anderen Mediums beobachtet wird. Ihre Differenzierungsleistung besteht jedoch dann nicht darin, diese Form ihrerseits als eine andere zu beobachten, sondern auf andere Art und Weise, indem die Bezugsform mit einer zusätzlichen Formgebung versehen wird. Deshalb kann auch davon ausgegangen werden, dass sich dieser Medientyp nicht auf ein primäres Unwahrscheinlichkeitsproblem von Kommunikation, sondern auf die Problemstellungen bereits verfügbarer Medien bezieht, die dadurch in die Position von Medien erster Ordnung einrücken.

Die Entstehung und rapide Zunahme von Modalisierungen und Modalmedien lässt sich zeitlich dem Wechsel von der Schichtordnung des Mittelalters zur funktional differenzierten Gesellschaft zuordnen. Der Übergang »von der Vorstellung einer Vielzahl möglicher Welten, aus denen Gott treffsicher die beste ausgewählt hat, zu der Vorstellung einer einzigen Realwelt« (Luhmann 1995a: 93ff.) führte zu Binnendifferenzierungen (zu modalisierenden Bestimmungen) dieser einen Welt, bei denen dann die Welt immer sowohl das Unbestimmte als

auch die Einheit von bestimmt und unbestimmt bleibt. Generelle Bezugsprobleme für Modalität wären demnach Probleme der Beobachtbarkeit von Welt und Gesellschaft, die mit dem Aufbrechen der Gottgegebenheit und natürlichen Begrenztheit problematisch werden, da Zweifel an der Beobachtbarkeit von Beobachtungen entstehen.

### *Zusätzliche Formgebung*

Modalisierung versteht die Gleichförmigkeit einer Form mit einer zusätzlichen Formgebung, so dass ihr durch eine Veränderung der Art und Weise der Beobachtung, also durch Binnendifferenzierung des Beobachtens, Kontingenz zugeführt wird. Nur so lassen sich Abweichungen, die beim Übergang zur funktional differenzierten Gesellschaft einerseits sprunghaft zunehmen und andererseits auch benötigt werden, in künstlerische, kriminelle, individuelle oder krankhafte unterscheiden und mit passenden Anschlussoptionen versehen.

In Bezug auf Kommunikationsmedien oder auf Sozialsysteme stellen Modalmedien also ein Möglichkeits-Potential bereit, auf das kommunikativ zugegriffen werden kann, sobald Probleme (und Problemlösungen) dieser Medien oder Systeme selbst problematisch werden.

Wenn z.B. die Kommunikation einer Organisation Zweifel daran aufkommen lässt, ob auf Grund von Abweichungsverstärkungen die Entscheidbarkeit von Entscheidungen noch gewährleistet ist, können Entscheidungen und Entscheidungsprozesse anders beobachtet werden, indem sie mit einer der zusätzlichen Formen pathologisch/nicht-pathologisch, kriminell/nicht-kriminell oder illegal/legal versehen werden. Und sobald eine solche Modalisierung einmal eingerichtet ist, kann sich eine Organisation darauf einstellen, wie sie künftig entscheiden wird, wenn an der Entscheidbarkeit von Entscheidungen Zweifel bestehen. Denn nur dann, wenn zusätzliche Entscheidbarkeiten vorgesehen sind, können ohne Verzug Sonderbedingungen des Anschließens greifen.

### *Modalmedien: anders beobachten*

Modalität ermöglicht demnach Binnendifferenzierungen des Beobachtens beim Problematischerwerden von Problemen und dem daraus resultierenden Auffällig-Werden der Gleichförmigkeit von Formen. Sie ist damit auch nicht an bestimmte Systeme oder Medien gebunden, sondern (wie Moral oder Werte) frei flottierend, gesellschaftsweit verfügbar und alltäglich massenhaft in Gebrauch.

Eine Besonderheit ergibt sich jedoch immer dann, wenn sich Modalisierung nicht auf die Gleichförmigkeit einer Form, sondern auf die Gleichförmigkeit eines Formgebungsprozesses bezieht, denn dann wird die Entstehung neuer Medien beobachtbar.

Die basale Frage nach Formgebung wird im Rahmen der Systemtheorie mit dem Theoriestück der Heidermedien und der Unterscheidung

Form/Medium bearbeitet. Demnach entstehen Formen dadurch, dass die lose gekoppelten, homogenen Elemente eines Mediums fest (aber nur eigenhaft) zu Formen gekoppelt werden. Medium und Form sind sich insofern gleich, als beide konzipiert sind als aus homogenen Elementen bestehend, und sie sind sich ungleich in Bezug auf die Art der Kopplung: Der Modus der losen Kopplung der Elemente bezeichnet das Medium und der Modus der festen Kopplung die Form. Entsprechend sind Formen flüchtig aber wahrnehmbar und das Medium ist dauerhaft aber nicht wahrnehmbar – und muss deshalb aus seinen Formen erschlossen werden. Formen und Medien kommen nicht unabhängig voneinander vor, so sind Formen immer Formen in einem Medium, das seinerseits immer nur Medium in Bezug auf seine Formen ist. Nimmt man beispielsweise Zahlungen als wahrnehmbare und fest gekoppelte (aber flüchtige) Formen der Wirtschaft, lassen sich als deren Elemente lose gekoppelte Preise und Geldmengen und damit auch das nicht wahrnehmbare, aber dauerhafte Erfolgsmedium Geld erschließen. Unterschiedliche Erfolgsmedien wie Geld, Wahrheit, Macht oder Liebe machen dann verschiedene Elemente und Formen unterscheidbar.

Anders Modalmedien: Sie beziehen sich nicht wie Heidermedien auf die grundlegende Frage der Formbarkeit von Welt und nicht wie Erfolgsmedien auf die Unterschiede von Formen, Medien und deren Annahmewahrscheinlichkeiten. Sondern sie beobachten bereits erschlossene Elemente und Formen im Hinblick auf Möglichkeiten ihrer Binnendifferenzierung und in Bezug auf den Formgebungsprozess.

Im Falle von Heidermedien oder Erfolgsmedien, also wenn etwas als etwas anderes beobachtet wird, liegt der Fokus auf einer Veränderung des Beobachteten unter Beibehaltung der jeweiligen Beobachtungsweise. Die Relationierung ›etwas als etwas anderes beobachten‹ ermöglicht die Einführung von Ungleichheit durch äußere Differenzierung.

Im Falle von Modalmedien wird dagegen dieses Etwas auf andere Weise beobachtet, das heißt, dass das Beobachtete gleichgehalten und nur die Beobachtungsweise geändert wird. Diese zweite Relationierungsform ›etwas auf andere Weise beobachten‹ ermöglicht die Einführung von Ungleichheit durch Binnendifferenzierung. So gesehen sind Modalmedien Kontingenztlieferanten, mit denen sich »vorgefundene Strukturen ins Licht anderer Möglichkeiten ihrer selbst rücken lassen« (Fuchs 1999: 102).

### *Form / Element*

Da jede sinnförmige Beobachtung nur als Beobachtung einer Form möglich ist, lassen sich auch Elemente nur als Formen beobachten – unterscheiden sich aber zugleich von diesen. Paradox formuliert: Elemente können nur dann als Formen fungieren, wenn sie nicht als Formen fungieren können.

Wichtig dabei ist, dass Formen nicht bedingungslos in den Beobachtungsstatus ›Element‹ einrücken können, sondern nur dann, wenn sie auf Kopplung angewiesen sind. Und ›angewiesen auf Kopplung‹ soll heißen, dass diese Formen nicht selbstgenügsam sind, sich also nicht selbst bestimmen und nicht »selbst in-formieren können« (Luhmann 1995b: 167), sondern erst durch feste Kopplung als Form wahrnehmbar und beobachtbar werden.

Beispiele wären die Töne in der Musik oder die Recheneinheiten des Geldes: Preise und Geldmengen machen jeweils für sich genommen, keinen Sinn. Sie sind nur dann selbst-informativ, wenn sie zu Formen, also zu gezahlten Preisen (Zahlungen) gekoppelt werden. Formen können also beobachtungstechnisch nur dann in den Status von Elementen einrücken, wenn sie nicht selbst-informativ und deshalb auf Kopplung angewiesen sind.

Elemente wären demnach Un-Formen<sup>1</sup> und das soll hier heißen: Formen, die sich ausschließlich per Negation begrifflich fassen lassen. Die Beobachtungsweise ›Element‹ kann ihre Negativität aus einer zeitlichen Differenz gewinnen, indem sie einen Unterschied aufspannt zwischen dem, was sie nicht mehr ist (eine vergangene Form) und dem, was sie noch nicht ist (eine zukünftige Form). ›Element‹ wäre dann so gesehen die Bezeichnung der Einheit einer durch zwei Negationen erzeugten Form, nämlich derjenigen von Nicht-Mehr-Form und Noch-Nicht-Form.

### *Modi der Modalisierung*

Modalmedien bieten eine Möglichkeit, wie Systeme durch Binnendifferenzierungen des Formgebungsprozesses auf das Problematischerwerden ihrer Probleme reagieren können.

Das Modalmedium der wirtschaftlichen Depression beobachtet beispielsweise Zahlungen im Hinblick darauf, mit welcher Häufigkeit und in welcher Höhe ihre Formgebungen erfolgen – im Unterschied zu als normal erwarteten Werten. Das Medium erzeugt durch diese zusätzliche Formgebung eine temporale, qualitative und quantitative Modalisierung des Zahlungsgeschehens, so dass dann ein anhaltendes Unterschreiten der Grenzwerte metaphorisch als Depression (oder als Konjunkturtief) beschrieben werden kann. Ein Gegenstück zum Modus der Wirtschaftsdepression wäre dann z.B. der Modus der Konjunktur-Überhitzung. Die verwendete Metaphorik der Entschleunigung oder des Tiefs wäre ein Hinweis auf eine Formkatastrophe (Fuchs 2004: 26), und zwar ein Ausdruck der Unsicherheit, dass sich die Beobachtung der wirtschaftlichen Aktivität nicht verändert, so dass nicht mehr (oder noch nicht) unterschieden werden kann, ob es noch schlechter wird oder ob es nicht mehr schlechter und deshalb nur noch besser werden kann.

1 Peter Fuchs verwendete den Begriff des Un-jekts schon in ders. (1999: 158).

Ob es sich bei einer solchen Episode um eine Depression gehandelt hat oder nicht, lässt sich deshalb immer erst dann feststellen, wenn zwischen Anfang und Ende der Episode unterschieden werden kann und dadurch Vergleichsmöglichkeiten mit anderen Episoden bestehen (Schumpeter 1961: 160, Anm. 17). Und das wiederum ist nur möglich, wenn der Modus der Beobachtung bereits wieder gewechselt hat. Erst dann weiß man, es kam noch schlimmer, und deshalb kann die vorhergehende Episode nicht als Depression, sondern muss als Rezession bezeichnet werden. Oder es kam nicht mehr schlimmer und nur deshalb kann man, sobald es wieder besser geht, die Episode im Nachhinein als Depression bezeichnen.

Jede zusätzliche Formgebung einer Form führt dazu, dass die dadurch erzeugten Formen einerseits noch auf ihre ›Herkunft‹ (auf ihre bisherige Codierung) verweisen und zugleich von ihr wegweisen. Sie büßen einerseits ihre bisherige Selbst-Informativität als Formen eines Mediums ein und gewinnen andererseits das Potential und die Possibilität, zugleich als Elemente eines anderen Mediums, nämlich des jeweiligen Modalmediums, zu erscheinen. Diese Codierungsambivalenz wäre dann ein unvermeidbares Produkt modalmedialer Kommunikation.

Zudem modalisiert jedes Modalmedium anders, so dass es auch zu Modalisierungen der übrigen Aspekte der Heiderschen Formgebung kommen kann. Setzt Modalisierung z.B. bei der Gleichförmigkeit medialer Elemente an, dann lassen sich mit Niklas Luhmann in Bezug auf ein potentielles Medium ›Technik‹ homogene von heterogenen Elementen unterscheiden: »Technik kann, anders gesagt, aus ganz heterogenen Elementen funktionierende Netzwerke bilden, sofern nur die strikte Koppelung gelingt« (Luhmann 2000: 370). Diese zusätzliche Formgebung (homogen/heterogen) wäre dann auch ein starkes Argument dafür, Technik als ein Modalmedium zu konzipieren (Technisierung, Technisierbarkeit).

Ein zweiter Modus der Modalisierung von Elementen wird Individualität und die entsprechende Veränderung der Formgebung wird Individualisierung genannt. Dieses Modalmedium ermöglicht Reaktionen, wenn die Verschiedenheit von Abweichungen so sehr zunimmt, dass Zweifel an der Unterscheidbarkeit des Verschiedenen bestehen, da Unterscheidbarkeit nur möglich ist, wenn Gleichheitsgesichtspunkte verfügbar sind. Im Falle von Individualisierung wird Ungleichheit mit Hilfe von Gleichheit eingeführt und diese Paradoxie wird durch Verschiedenheit entfaltet: »Das Medium der Individualität (der Individualisierbarkeiten) bietet nur eine Gleichheit an – die der Verschiedenheit« (Fuchs/Fuchs o.J.: 11).

Die Modalisierung der Formbildung im Falle von Kriminalität<sup>2</sup> kann darin gesehen werden, dass sie versucht, Formbildung und Medienschließung durch Erschließungsstörungen zu verhindern, und auf diese

2 Gemeint ist: gelingende Kriminalität.

Weise Un-Ereignisse<sup>3</sup> erzeugt. Diese bestehen darin, dass Ereignisse nicht zugeordnet werden können und zwischen Noch-Nicht-Form und Nicht-Mehr-Form oszillieren. Das heißt, es lässt sich im Falle von Kriminalität nicht plausibel erschließen, um welche Formen welchen Mediums es sich handeln könnte<sup>4</sup> – und genau darin sind sich diese Elemente gleich.

Modalisierung erscheint attraktiv und kann motivieren, da ihr Risiko zunächst gering erscheint: Nicht das Beobachtete (z.B. Abweichungen) wird verändert, indem es als etwas anderes beobachtet wird, sondern es wird lediglich ein veränderter Blick auf etwas geworfen, das ansonsten dasselbe bleibt. Sobald sich jedoch eine Modalisierung vollzieht, zeigt sich, dass das auf diese Weise anders Beobachtete zwar einerseits noch dasselbe ist, aber zugleich auch ein anderes wird. Die Veränderung der Beobachtungsweise hat auch die Form des Beobachteten verändert, aber ohne sie zu verändern – sie ist sowohl gleichförmig geblieben als auch durch die modale, zusätzliche Formgebung mit dem Potential einer Ungleichförmigkeit angereichert, die den Beobachtungsprozess irritiert.

Dadurch kann es jedenfalls zur Auslösung von Formkatastrophen kommen, die im Falle von Modalisierung darauf basieren, dass ein Beobachten als nicht mehr angemessen (weil gleichförmig) auffällt und es deshalb zur Erschließung neuer Beobachtungsweisen und eventuell eines neuen Modalmediums kommen kann.

Und dies wiederum verweist uns auf die Frage zurück, die sich anfangs gestellt hatte: Vielleicht bietet Modalisierung eine Lösung für das Problem der auf Recht und Macht bezogenen Gleichförmigkeit und dann wäre Illegalität ein attraktiver Anwärter für das zu erschließende Modalmedium.

### 3. Illegalität

»Wenn ein Gesetz selbst ein Ungesetz genannt wird, so will man damit sagen, daß es dem Rechtsgesetze der Vernunft widerstreite. [...] So schildert in Goethe's Faust [...] des Kaisers Kanzler den damaligen Zustand des Reiches, wo ›Das Ungesetz gesetzlich überwaltet Und eine Welt des Irrthums sich entfaltet‹. Die meisten Menschen werden nämlich dann so irre, daß sie Recht für Unrecht oder Unrecht für Recht halten« (Krug 1838: 398).

Das Wort Illegalität stammt aus dem Lateinischen und ist im 17.Jh. über das Französische ins Deutsche gelangt. Das Adjektiv *illegalis*

3 Das Wort Untat führt diesen Aspekt mit sich

4 Äquivalente: Wunder oder Zauberei. Das ›perfekte Verbrechen‹: ein Nicht-Unterscheiden-Können von Medium/Form.

(ungesetzlich) wird als Verneinung des altlateinischen ›legalis‹ verstanden, entstammt aber dem mittelalterlichen Kirchenlatein. Im Altlateinischen findet sich jedoch eine zweite sprachliche Wurzel, nämlich ›ilex‹, die sowohl ›gesetzlos, ohne Gesetz lebend, sich nicht nach Gesetzen richtend‹ als auch ›lockend, reizend, verführerisch‹ bedeutet. Das deutsche Adjektiv illizit ist ebenfalls darauf zurückzuführen und meint heimliche, weil moralisch anrühige Verhaltensweisen im Graubereich der gesellschaftlichen Evolution. In Rom wurde legalis jedoch nur am Rande und synonym mit legitimus verwendet.

Im Mittelalter tauchte Legalität dann als inkludierender Tugendbegriff<sup>5</sup> auf und Illegitimität stand für alles, was sich im Rahmen der durch Gott, Natur und Herkunft begründeten Schichtordnung nicht von selbst verstand. Illegitimität wurde erst mit dem Übergang zur funktional differenzierten Gesellschaft als nicht sündhafte Abweichung vom Sittengesetz virulent und übernahm die Position der Illegitimität, die als eine preadaptive advance verstanden werden kann. Und Legitimität avancierte mit dem Übergang zur Moderne zu einem zentralen Begriff der Politik (Luhmann 1983; 2002).

Im Kontext der Ausdifferenzierung der Nationalstaaten, der dabei entstehenden Verfassungsdiskussion und mit der rapiden Zunahme von Organisationen gewann Illegitimität rasch an Bedeutung. Während sie bei Kant (1839: 223, Anm.) noch als verstandesbezogenes Unvermögen beschrieben wurde, stellte Grotefend (1869: 308) knapp 100 Jahre später die Unterscheidung von legal/illegal in den Kontext der Entstehung und Veränderung von Verfassungen (vgl. auch Mommsen 1893: 188). Mit dem Aufkommen von Ideologien und revolutionären Bewegungen zeigte sich das Potential von Illegitimität als strategischem Kampfbegriff und als Medium des politischen Umsturzes (vgl. Lukács 1923; Schmitt 1980; 1963).

So wurde Illegitimität im Rahmen der Ausdifferenzierung der Funktionssysteme Politik und Recht, deren Kopplungsformen Staat, Verfassung und Gesetz und der sprunghaften Zunahme von Organisationen als eine neue Form der Kommunikation freigesetzt.

Als Wort zählt Illegitimität zur Semantik unrechtmäßiger Abweichungen und scheint aktuell Ausdrücke wie Rechtswidrigkeit, Verbrechen oder Kriminalität zu verdrängen. Zugleich bleibt im Rahmen von Alltagskommunikation, aber genauso im rechtlichen, politischen und wissenschaftlichen Diskurs unklar, wie Illegitimität von anderen Formen rechtswidrigen Abweichens unterschieden werden soll. Entsprechend wird sie sowohl auf das Verhalten von Personen, als auch auf Organisationen und Staaten, auf Funktionssysteme genauso wie auf Ereignisse, Bestände,

5 Das Absprechen der Legalitas, der Rechtswürdigkeit, erfolgte durch Ächtung.

Zustände oder Dinge zugeschrieben und sogar die Zuschreibung selbst kann als illegal etikettiert werden.

### *Formsuche unter Sonderbedingungen*

»Illegal wollen wir ein Verhalten nennen, das formale Erwartungen verletzt. Ein solches Handeln kann gleichwohl brauchbar sein« (Luhmann 1964: 304).

Die Erschließung eines Kommunikationsmediums beginnt mit der Bestimmung seiner Formen und Elemente. Nimmt man als Formen der Illegalität die ›Verletzungen formaler Erwartungen‹, dann entsteht das Problem, dass diese Formen mit den Formen allgemeiner Rechtswidrigkeiten identisch sind, denn auch diese bestehen in Verletzungen formaler Erwartungen (hier: staatliche Rechtsgesetze). Ob die Bezugsorganisation ein Unternehmen oder ein Staat ist, macht diesbezüglich keinen Unterschied.

Wenn man das Theoriestück der Nachträglichkeit (Fuchs 1995: 16f.) hinzunimmt, dann können Verletzungen formaler Erwartungen (wie alle Kommunikationen) nicht per se, sondern erst im kommunikativen Nachtrag als solche identifiziert werden. Auch das erschwert die Formsuche zusätzlich, denn Verletzungen formaler Erwartungen dürfen nicht bekannt werden und werden im Normalfall auch nicht thematisiert: entweder sie gelingen oder sie misslingen. Wenn sie misslingen, dann wird nicht mehr im Modus der Verletzung, sondern im Modus rechtlich-formaler Kommunikation beobachtet. Und wenn sie gelingen, dann werden mögliche Anschlüsse sofort unter Sonderbedingungen des Operierens und Beobachtens gesetzt, da sie eben nicht bekannt werden dürfen.

Damit haben wir zwar immer noch keinen Formunterschied von Illegalität und Rechtswidrigkeit gewonnen, dafür aber weiterführende Differenzierungen: Gelingende Verletzungen formaler Erwartungen sind zunächst einmal nur daran erkennbar, dass sie nicht bekannt werden dürfen und in diesem Sinne inkommunikabel sind – aber dass zumindest genau dies bekannt sein muss, damit sie nicht misslingen.

Verletzungen formaler Erwartungen können folglich nur dann gelingen, wenn sie (paradoxerweise) ihr Relevant-Werden auf irrelevant stellen und im selben Zuge dafür Sorge tragen können, dass dies Relevanz gewinnt. Sie müssen im Modus der Nicht-Beobachtbarkeit operieren und zugleich muss dies auf irgendeine Weise beobachtbar werden. »Die Suche, die erneut sprunghaft ist, gilt demzufolge Hinweisen auf ein ›Dennoch‹ der Spür- und Thematisierbarkeit des Ausschlusses jeglicher Beobachtbarkeit, der selbst Effekt einer Observationstechnik ist, die in der Unterscheidung ›beobachtbar/nicht-beobachtbar‹ die rechte Seite markiert und wie im gleichen Moment operativ zurückfällt auf die Indikation der Gegenseite« (Fuchs 2014).

*Verdoppelung: verbotene / nicht-verbotene Realität*

Die eben genannten Paradoxien werden durch eine Verdopplung des Operierens und Beobachtens entfaltet, die an die Teilnehmer hohe und zugleich reizvolle Anforderungen stellt, da sie plötzlich mit zwei quasi nebeneinander herlaufenden Anschlussoptionen konfrontiert sind: einer nicht-verbotenen Variante, die bekannt sein muss, und einer verbotenen Variante, die nicht bekannt werden darf. Doch welche Problemlösung ergibt sich aus dieser eigenartigen Realitätsverdoppelung?

Soziale Systeme regeln mit Hilfe von Programmen, wie die Zuordnung von Ereignissen zu ihren Codewerten erfolgen soll. Jedes Programm unterscheidet dabei in Bezug auf seinen jeweiligen Programmbereich richtige von falschen Zuordnungen und »Beides kommt vor und für beides werden Reaktionen bereitgehalten. Auf das Richtige reagiert man mit positiver Verstärkung, auf das Falsche mit negativer Ablehnung. Beides ändert die Wirklichkeit, so dass man es laufend mit neuen Anlässen für programmatische Reaktionen zu tun bekommt« (Baecker 2008; vgl. Baecker 2001: 122–123). Durch die Verdoppelung der Realität in eine verbotene und eine nicht-verbotene Variante entsteht für die Gesellschaft die Möglichkeit, dass sie das Richtige vom Falschen auf doppelte Weise unterscheiden kann. Sie kann dann sowohl durch nicht verbotene als auch durch verbotene Verfahrensweisen dasselbe auf gegenläufige Weise nicht nur als richtig sondern auch als falsch beobachten – und sowohl ablehnen als auch verstärken, wodurch sich zusätzliche evolutionäre Optionen eröffnen.

*Verbotene Rückeinspeisung*

Sobald sich verbotene Strukturen stabilisieren und auf sich selbst beziehen, erwirtschaften sie erwartbare kommunikative Erträge<sup>6</sup>, so dass wir es im Falle von Organisationen schließlich mit einer Drei-Wege-Struktur zu tun haben: Neben formaler und informaler ist auch verbotene Kommunikation anschließbar und anschlussfähig. Und erst im Rahmen dieses Triplets kommt die selbst erzeugte Ressource des Nicht-Bekannt-Werden-Dürfens verbotener Kommunikation voll zum Tragen, denn jetzt kann sie in Bezug auf alle drei Strukturformen durch Versprechen und Drohen zu Verhaltensweisen motivieren, die ansonsten nicht möglich wären (vgl. expl. Kühl 2007).

Brisant wird das Triplet jedoch erst dann, wenn es gelingt, informale und verbotene Erträge in die formalen Strukturen rückeinzuspeisen, ein Vorgang, der ebenfalls heimliche, verbotene Operationen erfordert und deshalb unsere Suche nach den Formen der Illegalität nochmals mit Schwierigkeiten anreichert. Und verschärfend kommt noch hinzu, dass

6 Das ist nicht nur ökonomisch gemeint.

sich Heimlichkeit und Öffentlichkeit nicht zwingend ausschließen müssen.

### *Heimlichkeit in aller Öffentlichkeit*

Nach allem, was wir bislang zusammengetragen haben, scheint Illegalität jedenfalls nichts zu sein, was man tun oder lassen könnte, und auch kein Sachverhalt, der irgendeine Entsprechung außerhalb der Gesellschaft hätte. Und sie bezieht sich immer auf primäre Ordnungs- und Kopplungsleistungen von mindestens zwei Funktionssystemen (Recht und Politik, vgl. Wagner 2006) und von Organisationen und wäre damit eine typische Form der Beobachtung zweiter (oder gar dritter) Ordnung. Das heißt, wir sollten uns bei der Suche nach den Formen der Illegalität auf das Beobachten derjenigen Beobachter konzentrieren, die registrieren, dass sich Strukturen im Schnittpunkt von Recht, Politik und Organisation in Richtung Indifferenz problematisieren und diese deshalb als illegal bezeichnen.

Handelte es sich etwa bei den mehreren tausend Bewaffneten, die 2014 heimlich und zugleich öffentlich die Krim besetzten, um Mitglieder ukrainischer, aber russisch orientierter Bürgermilizen, die ohne Erkennungszeichen und rechtswidrig, aber möglicherweise legitim agierten? Oder hatte man es mit Soldaten des russischen Militärs zu tun, die gegen das Völkerrecht verstießen, indem sie die Hoheitszeichen von Uniformen und Fahrzeugen entfernten? Oder handelte es sich um nicht identifizierbare Formen rechtswidrig vernetzter militärischer und paramilitärischer Organisationen und Netzwerke? Lag eine völkerrechtswidrige Grenzverschiebung vor, eine nach ukrainischem Recht rechtswidrige, aber legitimierbare Separationsbewegung oder eine Hybridform, deren Operationsmodus nicht erfassbar und deren Operationen nicht adressierbar waren und sind?

### *Rückkopplung: Bezugsproblem der Illegalität*

Es geht bei Illegalität allem Anschein nach um die Art und Weise des Prozessierens von Grenzfragen<sup>7</sup> und damit um die strukturellen Kopplungen zwischen jeweils operativ geschlossenen Sinnsystemen. Genauer: Der Ansatzpunkt von Illegalität und Legalität könnte in der Frage nach der rechtlichen und politischen Verfasstheit des Voneinander-Getrennt-Seins und Aufeinander-Bezogen-Seins der jeweils beteiligten Systeme bestehen. Wenn dann, wie im eben genannten Beispiel, Unterscheidbarkeit erwartet wird, aber nicht mehr unterschieden werden kann, ob die rechtliche und politische Verfasstheit des inneren und äußeren Voneinander-Getrennt-Seins und Aufeinander-Bezogen-Seins der beteiligten Systeme rechtmäßig oder rechtswidrig ist, stellt sich ein Indifferenzproblem ein.

7 Am Beispiel des Hackings Plönges 2012.

Dann können die in ihren rechtlich-politischen Erwartungen verletzten Beobachter den Modus ihres Beobachtens umschalten, indem sie die Beobachtung dieser Situation, in der sie nicht mehr wie gewohnt unterscheiden, entscheiden und zurechnen können, mit einer zusätzlichen Form versehen, nämlich mit illegal/legal.

Wenn wir jetzt wieder auf das Luhmann-Zitat von 1964 zurückgehen, dann drängt sich die Frage auf, wie es dazu kommt, dass Systeme (jetzt sind Organisationen inklusive Nationalstaaten gemeint) nach innen und nach außen verstärkt auf die Verletzung formaler Erwartungen und damit auf die Problemlösung illegaler Kommunikation setzen und anscheinend setzen müssen.

Die Antwort klingt einfach, hat aber komplexe Folgen. Als Bezugsproblem können sich ausschließende und zugleich unvermeidbare, formale Erwartungen erschlossen werden, welche durch Recht, Politik und ihre Kopplungen und durch die vielfachen inneren und äußeren Grenzbeziehungen von Organisationen und deren strukturelle Kopplungen erzeugt werden. Der problemlösende Rückkopplungseffekt von Illegalität kann dann darin gesehen werden, dass die Erfüllung sich ausschließender formaler Erwartungen nur durch ihre Verletzung möglich ist – und dass dies zwar unvermeidbar ist, aber durchaus brauchbar sein kann.

Der Beobachtungsmodus der Illegalität löst im Übrigen sein Bezugsproblem nicht auf, sondern entscheidet und bezeichnet es situativ und schiebt es auf diese Weise erneuernd vor sich her, so dass einerseits Zeit gewonnen wird, aber andererseits auch der Eindruck entstehen kann, es sei egal<sup>8</sup>, welche Seite der Unterscheidung illegal/legal der Anschlusswert und welche der Reflexionswert ist.

#### *Schließlich doch: Elemente und Formen der Illegalität*

Die Beobachtungsergebnisse dieser Kopplung durch Rückkopplung können wir dann als Illegalitäten, d.h. als Formen im Medium der Illegalität bezeichnen. Die lose gekoppelten Elemente illegalisierender Beobachtung wären dann sich ausschließende formale Erwartungen und rechtswidrige Kopplungsmöglichkeiten. Das Sich-Ausschließende dieser Erwartungen wird jedoch nur so beobachtbar, dass sie zu illegalen Formen gekoppelt und dadurch wiedereingeschlossen werden – unter der strukturschützenden Bedingung, dass dies nicht bekannt werden darf.

Der Modalisierungseffekt des Mediums kann dann darin gesehen werden, dass Illegalität die Koppelbarkeit von ansonsten nicht-koppelbaren (weil sich formal ausschließenden) Elementen zu Formen ermöglicht und der Gesellschaft Illegalisierbarkeiten zur Verfügung stellt, indem sie formale Erwartungen durch ihre Verletzung erfüllt. Wir haben es demnach

8 So der Slogan der Hausbesetzerszene der 80-er Jahre: »Legal, illegal, scheiß-egal«.

bei Illegalität mit zwei Ordnungsgraden des Verletzens zu tun: mit der Erwartungsverletzung eines Beobachters, der wider Erwarten auf rechtlich-politische Indifferenzen stößt und von da aus auf eine Verletzung der von ihm beobachteten Strukturen und damit auf ein Medium der Illegalität schließt.

### *Ausgeschlossen: Gesetzlosigkeit*

Formen gelten systemtheoretisch nur dann als vollständig, wenn auch bestimmt wird, was sie ausschließen und zugleich verfügbar halten müssen, damit sie einen Unterschied machen können. Im Falle von illegal/legal könnte diese negative Bedingung (die Null des Mediums) Gesetzlosigkeit sein: Sobald Gesetzlosigkeit herrscht, macht die Unterscheidung legal/illegal keinen Unterschied und darum muss Gesetzlosigkeit ausgeschlossen und zugleich als negative Kontrastfolie verfügbar, also wieder eingeschlossen sein. Letzteres erfolgt auf zweierlei Weise: Legalität droht mit Gesetzlosigkeit und legitimiert sich dadurch – und Illegalität liebäugelt mit Gesetzlosigkeit und motiviert dadurch.

In beiden Fällen kommt es durch den Wiedereinschluss des Ausgeschlossenen zu Enttäuschungen, die abgeblendet oder erklärt werden müssen. Denn Legalität kann zwar durch Legalisierung Gesetzlosigkeit ausschließen, aber es gelingt ihr nicht, zugleich auch Illegalität und deren Relation zu Gesetzlosigkeit auszuschließen. Abgefedert wird diese Enttäuschung durch das Versprechen, dass es mit immer mehr Legalisierungen immer besser werden wird.

Illegalität nutzt dagegen Gesetzlosigkeit nicht als Drohung, sondern als verführerisches, anarchisches Versprechen. Doch auch Illegalität schafft sich durch diesen Wiedereinschluss Probleme, denn die Konfrontation der durch das Lockmittel der Gesetzlosigkeit Motivierten mit der erpresserischen Eigengesetzlichkeit von Illegalität fällt umso härter aus. Abgefedert wird dies durch immer weitere Versprechungen der Egalisierung und komplizenhaft erwirtschafteter Erträge.

### *Reflexivität*

Das Umschalten des Beobachtungsmodus auf illegal/legal bringt noch eine weitere modale Veränderung mit sich und zwar eine Umschaltung der Reflexivität: vom Modus des normativen Nicht-Lernens, das instabile Strukturen durch das Festhalten an Erwartungen stabilisiert, in den Modus des kognitiven Lernens unter erschwerten Bedingungen, das instabile Strukturen durch die heimlich erzwungene Änderung von Erwartungsprämissen stabilisiert und destabilisiert zugleich – bis hin zu verwirrend ineinander verschachtelten und egalisierenden Arrangements.

*Funktionale Äquivalenz: Hybridität und Double Bind*

Genannt werden sollen hier nur zwei Möglichkeiten äquivalenter Problemlösungen für Illegalität, nämlich die Hybridisierung von Organisationen und Netzwerken (Teubner o.J.; Fischer-Lescano/Teubner 2006; Teubner 2011) zu Netzwerkorganisationen und Organisationsnetzwerken und der Kommunikationsmodus Double Bind (Bateson u.a. 1987) im Rahmen von Familienkommunikation. Die erwähnte Form der Hybridisierung reagiert ebenfalls auf sich ausschließenden formalen Erwartungen, indem sie die rechtliche Unerreichbarkeit und die Identitäts- und Kontrollleistungen von Netzwerken mit den machtbasieren Ressourcen des formalen, informalen und verbotenen Entscheidens koppelt. Double Bind und Schizophrenie ermöglichen dagegen die verletzende Erfüllung sich ebenfalls ausschließender, jedoch nicht-formalisierbarer Erwartungen im Rahmen der Diffusität von Familienkommunikation (vgl. Luhmann 1964: 43–44).

*Umschreiben ohne umzuschreiben*

Schlussendlich: Illegalität bietet demnach die paradoxe Option an, formale Vorschriften und das ebenfalls formalisierte Umschreiben dieser Vorschriften umzuschreiben, ohne es umzuschreiben. Durch die Koppelung von ansonsten nicht koppelbaren, weil sich ausschließenden, formalen Erwartungen macht das Modalmedium unter der Sonderbedingung des Nicht-Bekannt-Werden-Dürfens Beobachtungsalternativen verfügbar und erprobbar. Und verweist damit auch auf die Frage, ob die Erfüllung formaler Inklusionserwartungen mehr und mehr von ihrer Verletzbarkeit und damit von den vielfältigen Formen der Illegalität und ihren funktionalen Äquivalenten abhängig wird.

So wäre Illegalität nur einer von mehreren grundlegenden, aber polykontextural ausgerichteten Beobachtungsmodi. Denn schließlich ist die Einheit der Gesellschaft, so Peter Fuchs (o.J. a), nur noch »Kommunikation selbst, also ihr Operationsmodus, aber nicht eine Idee, eine Kosmologie, eine Theologie, ein irgendwie den Zusammenhang garantierender, legaler Super-Beobachter«.

## Literatur

Baecker, Dirk (2008): »Die Kontroverse als das Programm der nächsten Gesellschaft«, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hg.), *Die dritte industrielle Revolution – Ausbruch in ein ökologisches Jahrhundert: Dimensionen und Herausforderungen des industriellen und gesellschaftlichen Wandels*. Berlin: BMU, S. 125–128.

Baecker, Dirk (2001): *Wozu Kultur?* Berlin: Kadmos.

- Bateson, Gregory u.a. (1987): *Auf dem Wege zu einer Schizophrenie-Theorie* [1969], in: ders. u.a., *Schizophrenie und Familie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 11–43.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther (2006): *Regimekollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Fuchs, Peter (1995): *Die Umschrift*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Fuchs, Peter (1999): *Intervention und Erfahrung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Fuchs, Peter (2004): *Der Sinn der Beobachtung*. Weilerswist. Velbrück.
- Fuchs, Peter (2014): *Der Fuß des Leuchtturms liegt im Dunkeln*. Manuskript.
- Fuchs, Peter (o.J. a): *Die Form des Körpers*. [http://www.fen.ch/texte/gast\\_fuchs\\_koerper.htm](http://www.fen.ch/texte/gast_fuchs_koerper.htm) (29.10.14)
- Fuchs, Peter (o.J. b): *Medium der Illegalität*. <http://www.listserv.dfn.de/cgi-bin/wa?A2=indo608&L=LUHMANN&P=R45598&I=-3> (24.11.14)
- Fuchs, Peter/Fuchs, Marie-Christin (o.J.): *Ein Grinsen ohne Katze – Anmerkungen zu Mann und Frau und sex und gender*. [http://www.fen.ch/textel/gast\\_fuchs\\_katze.pdf](http://www.fen.ch/textel/gast_fuchs_katze.pdf) (29.10.14).
- Grimm, Jakob und Wilhelm (1854ff.): *Deutsches Wörterbuch*. Leipzig: S. Hirzel.
- Grotend, G. A. (1869): *Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart*. Berlin: Kortkamp.
- Kant, Immanuel (1839): *Schriften zur Anthropologie und Pädagogik*. Werke Bd.10. Leipzig: Modes & Baumann.
- Krug, T. W. (1838): *Allgemeines Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften, nebst ihrer Literatur und Geschichte*. 5. Bd. 2., verb. Aufl. Leipzig: Brockhaus.
- Kühl, Stefan (2007): »Formalität, Informalität und Illegalität in der Organisationsberatung«, in: *Soziale Welt* 58, S.269–291.
- Luhmann, Niklas (1964): *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Luhmann, Niklas (1983): *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1984): *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1995a): »Die Behandlung von Irritationen: Abweichung oder Neuheit«, in: ders., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Bd. 4. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 55–100.
- Luhmann, Niklas (1995b): *Die Kunst der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2000): *Organisation und Entscheidung*. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas (2002): *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- Lukács, Georg (1923): »Legalität und Illegalität«, in: ders., *Geschichte und Klassenbewusstsein. Studien über marxistische Dialektik*. Berlin: Malik, S. 217–227.
- Mommsen, Theodor (1893): *Abriss des römischen Staatsrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot.
- Plönges, Sebastian (2012): »Versuch über Hacking als soziale Form«, in: Christine Heil/Gila Kolb/Torsten Meyer (Hg.), *Shift. #Globalisierung, #Medienkulturen, #Aktuelle Kunst*. München: Kopaed, S.81–91.
- Reiter, Uli (2009): *Lärmende Geschenke. Die drohenden Versprechen der Korruption*. Weilerswist: Velbrück.
- Reiter, Uli (2014): *Funktion und Form des Krankhaften. Pathologie als Modalmedium*. Manuskript Lienzing.
- Schmitt, Carl (1980): *Legalität und Legitimität* [1932]. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl (1963): *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schumpeter, Joseph A. (1961): *Konjunkturzyklen: Eine theoretische, historische und statistische Analyse des kapitalistischen Prozesses* [1939]. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Stäheli, Urs (1998): »Die Nachträglichkeit der Semantik – Zum Verhältnis von Sozialstruktur und Semantik«, in: *Soziale Systeme* 4 (2), S. 315–339.
- Stäheli, Urs (2000): *Sinnzusammenbrüche*. Weilerswist: Velbrück.
- Teubner, Gunther (2011): »Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes«, in: Klaus Günther/Stefan Kadelbach (Hrsg.), *Recht ohne Staat, Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*. Frankfurt am Main: Campus, S. 49–100.
- Teubner, Gunther (o.J.): *Das Recht hybrider Netzwerke*.  
[http://www.jura.uni-frankfurt.de/42828844/hybride\\_netzwerke.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/42828844/hybride_netzwerke.pdf)  
 (29.10.14)
- Wagner, Thomas (2006): *Inklusion /Exklusion. Darstellung einer systemtheoretischen Differenz und ihre Anwendung auf illegale Migration*. Frankfurt am Main: IKO-Verlag für Interkulturelle Kommunikation.