

Dreiers Luhmann
Gunther Teubner

(in: Robert Alexy (Hg.), *Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, 199-211)

I. Ein Selbstwiderspruch

Auf die Gretchenfrage der Rechtstheorie „Wie hast du's mit der Gerechtigkeit?“ antwortet Niklas Luhmann in Ralf Dreiers Inszenierung nicht wie eigentlich zu erwarten, daß Name Schall und Rauch sei, sondern gibt eine verblüffend positive Antwort. Während wir uns an die Vorstellungen des Allerwelts-Luhmann gewöhnt haben, der Fragen nach der Richtigkeit des Rechts regelmäßig als „alteuropäisch“ zu verabschieden pflegt, behauptet Dreiers Luhmann, die Gerechtigkeit stehe im Zentrum seiner Rechtstheorie.¹ Mehr noch, in Dreiers recht eigenwilliger Aufführung der Systemtheorie wird ein performativer Selbstwiderspruch des Protagonisten sichtbar: "entgegen seiner Selbstbekundung“ habe Luhmann „für eine *nicht-positivistische* Konzeption des Rechtsbegriffs optiert“.²

Das ist eine kühne Interpretation, die sich in schroffen Gegensatz zur heute etablierten rechtstheoretischen Rezeption Luhmanns stellt. Sie hat es besonders schwer gegenüber neueren Analysen von Thomas Wirtz, Matthias Mahlmann und Lutz Ellrich, die das normative Versagen der Systemtheorie gegenüber der Katastrophe des Nationalsozialismus herausgestellt³ und die verbreitete Fremdselbsteinschätzung Luhmanns als „Nihilist, Anarchist, Dezisionist, Opportunist, Positivist“⁴ sozusagen empirisch erhärtet haben. Dreier hat es jedoch mit seiner These noch schwerer, sich gegenüber expliziten Selbstbekundungen Luhmanns zu behaupten, der mit anti-humanistischer Geste sowohl das volltönende Pathos der Nachkriegsnaturrechtler als auch das Emanzipationssehnen der Achtundsechziger zu provozieren pflegte. Recht als strikt amoralische Veranstaltung, Rechtsnorm als obstinate Lernverweigerung, Rechtsverfahren als zynische Protestabsorption, Gerechtigkeit als Entscheidungskonsistenzsicherung, Argumentation als Redundanzzerzeugung, Naturrecht als gedankenloses Kontinuieren eines Hochtittels, Rechtsfortschritt als Sinnmaterialiendarwinismus – wie kann man es nach solchen szientistischen Reduktionen von hochnormativen Phänomenen wagen, Niklas Luhmann noch als Gerechtigkeitssucher vorzustellen?

Die Kernargumente, die seine Luhmann-Interpretation stützen, faßt Dreier in der folgenden nüchtern-präzisen Formel zusammen:

¹ Ralf Dreier, Niklas Luhmanns Rechtsbegriff, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2002, 305-322, 315ff. besonders 317: „In diesem, keineswegs trivialen Sinne kann man bei Luhmann von einer immanenten Gerechtigkeit des Rechts sprechen.“

² Dreier (Fn.1) 319.

³ Thomas Wirtz, Entscheidung: Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: Albrecht Koschorke und Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, Berlin 1999, 175-197; Matthias Mahlmann, *Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoietische Evolution des Rechts*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2000, 247-277; Lutz Ellrich, 'Tragic Choices': Überlegungen zur selektiven Wahrnehmung der Systemtheorie am Beispiel des Nationalsozialismus, in: Albrecht Koschorke und Cornelia Vismann (Hrsg.), *Neue Hefte für Philosophie*, Berlin 1999, 159-172.

⁴ Zu diesem Selbstbild im Fremdbild, siehe *Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1993, 522.

“Das Element der Richtigkeit wird im Kontext einer Theorie der immanenten Gerechtigkeit des Rechts ausgearbeitet, die beansprucht, die Dichotomie zwischen positivistischen und nicht-positivistischen Positionen durch die Betonung systeminterner Mechanismen der Selbstkontrolle des Rechtssystems zu unterlaufen.“⁵

Mir scheint, daß mit dieser Formel Dreiers Luhmann, der sich in performative Selbstwidersprüche verstrickt, gegenüber dem Allerwelts-Luhmann, der nur die üblichen antisystemischen Vorurteile bedient, die bei weitem fruchtbarere Spielart eines systemtheoretischen Verständnisses von Gerechtigkeit liefert.⁶ Für alle drei Komponenten dieser Formel – eigenständiger Gerechtigkeitsbegriff, Überwindung des Positivismusstreits und rechtseigene Selbstkontrolle des Rechts - möchte ich die provokante Aufforderung Dreiers, die Rechtstheorie Luhmann gegen den Strich zu bürsten, aufnehmen und verstärken, zugleich aber auch weiterführen, indem ich mich am Abbau der von Dreier kritisierten „Rezeptionsbarrieren“, die der späte Luhmann mit der Betonung der Rechtsparadoxien errichtet hat, beteilige.

II. Rechtseigene Gerechtigkeit?

Die systemtheoretische Formulierung von Gerechtigkeit als „adäquat komplexe interne Entscheidungskonsistenz des Rechts“ ist in der Rechtstheorie auf verbreitete Skepsis gestoßen.⁷ Wenn diese Art von Gerechtigkeit kein materielles Kriterium zur Lösung von Einzelfällen liefern könne, wenn sie keinen Rechtswert und kein Rechtsprinzip identifiziere, das für Entscheidungen Richtungsangaben mache, wenn sie keine außerrechtliche ethische oder politische Maximen aufstelle, dann handele es sich nur um eine formale Gerechtigkeit, die sich im Gebot der begrifflichen Entscheidungskonsistenz im Rechtssystem erschöpfe. Dann sei sie aber in der Bindung an bereits entschiedene Fälle weitgehend identisch mit Präjudizienbindung und stare decisis. Sie unterscheide sich nicht von der systematisierenden Dogmatik, die Rechtsnormen in ein System von Begriffen bringt und auf logisch-begriffliche Konsistenz neuer Entscheidungen dringt. In einer solchen Gleichsetzung von Gerechtigkeit mit Präjudizienbindung und Dogmatik sei ein eigenständiger Gerechtigkeitsbegriff eigentlich entbehrlich. So wird Luhmanns Gerechtigkeit rezipiert.⁸

Dreier widerspricht. Gerechtigkeit im systemtheoretischen Sinne werde mißverstanden, wenn sie bloß die Einheit des Rechtssystems in dem Sinne der Zugehörigkeit einer Operation zum Rechtssystem bezeichne. Luhmanns Begriff von Gerechtigkeit vermittele eine zusätzliche Orientierung, sei nicht einfach ein

⁵ Dreier (Fn. 1) 321.

⁶ Vgl. auch schon die frühe Auseinandersetzung mit dem Gerechtigkeitsverständnis der Systemtheorie, Ralf Dreier, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, Rechtstheorie 1974, 189-200, besonders 169ff. in der Dreier mit Luhmann gegen Luhmann für einen auch für Einzelfälle relevanten materialen Gerechtigkeitsbegriff argumentiert. In seiner Entgegnung erklärte sich unter bestimmten Vorbehalten Luhmann „bereit, den Anregungen von Dreier zu folgen“, was in seinen späteren Diskussionen des Gerechtigkeitsbegriff auch deutlich wird.

⁷ Luhmann (Fn. 4) 214ff.

⁸ Z.B. die Einschätzungen bei Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis. 2. Aufl. 1972. Frankfurt, 201ff.; Thomas Raiser, Das lebende Recht: Rechtssoziologie in Deutschland, Baden-Baden 1999, 167ff.; Klaus Röhl, Allgemeine Rechtslehre, Köln 1999, § 53.

Rechtsprogramm unter vielen, sondern ein Programm für alle Programme.⁹ Die zentralen Parameter seien eine spezifische Rechtskultur der Argumente, Unabhängigkeit der Gerichte, Rechtsstaatlichkeit, Menschen- und Bürgerrechte, Demokratisierung des politischen Systems. In diesem keineswegs trivialen Sinne müsse man bei Luhmann von einer immanenten Gerechtigkeit des Rechts sprechen. Gerechtigkeit repräsentiere die „Einheit des Systems als System“. Wenn Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechts bezeichnet werde, dann wird damit in Dreiers Interpretation „zum Ausdruck gebracht, daß alle Vorstellungen darüber, was gerecht und ungerecht ist, historisch kontingent sind“.¹⁰

Dies ist alles richtig und muß einer oberflächlichen Interpretation entgegengehalten werden. Doch sollte man die Interpretation der Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechts in eine bestimmte Richtung weitertreiben, um die gesellschaftliche Dimension der Gerechtigkeit herauszuarbeiten. Kontingenz heißt nicht nur historische Variabilität, sondern heißt zugleich Abhängigkeit, hier also: die Abhängigkeit des Rechts von der gesellschaftlichen Umwelt. Damit kommen materielle Kriterien ins Spiel. Eine alternative Interpretation würde gegenüber dem Gesichtspunkt der inneren Konsistenz den Gesichtspunkt der *Gesellschaftsadäquität* im systemtheoretischen Begriff der Gerechtigkeit herausstellen. Es geht nicht einfach um Konsistenz rechtlicher Entscheidungen, sondern um höchstmögliche Konsistenz des Rechts bei *gleichzeitiger höchstmöglicher Erfüllung von extrem divergierenden Umweltanforderungen*. Weder das heutige Zivilrecht, das in sich einigermaßen konsistent, aber nicht umweltadäquat komplex genug ist, noch das öffentliche Recht, das im Vergleich eher umweltadäquat, aber nicht konsistent genug ist, erfüllen diese Anforderungen. Insofern geht es nicht bloß um eine rechtsimmanente Gerechtigkeit, die sich im Gebot konsistenten Entscheidens erschöpft, sondern um eine das Recht transzendierende Gerechtigkeit. Sie drückt sich im Gebot der Umweltangemessenheit des Rechts aus. Gerechtigkeit stellt damit eine Doppelanforderung: innere Konsistenz plus Responsivität gegenüber gesellschaftlichen Anforderungen. Also nicht einfach innere Widerspruchsfreiheit, sondern ein Balance-Verhältnis, ja möglicherweise ein Steigerungsverhältnis, zwischen internen Konsistenzanforderungen und externen gesellschaftlichen Anforderungen an das Recht.¹¹

Im Ergebnis zielt der systemtheoretische Gerechtigkeitsbegriff auf eine durchaus neuartige "Umweltgerechtigkeit" des Rechts. Er stellt drei Leitfragen: Wird das Recht in seinen jeweiligen Gleich/ungleich-Tests der Gesellschaft seiner Zeit gerecht? Wird das Recht seiner natürlichen Umwelt gerecht? Wird das Recht seinen psychischen Umwelten gerecht? Freilich kann dieser emphatische Fremdbezug der Gerechtigkeit, der das Gebot der Adäquanz gegenüber der Gesellschaft, den Menschen und der Natur formuliert, nicht von außen hergestellt werden, sondern nur rechtsintern in selbstreferentiellen Operationen, in der die Frage nach der Gleichheit/Ungleichheit verschiedener Fälle beantwortet werden.

⁹ Dreier (Fn.1) 317.

¹⁰ Dreier (Fn.1) 316.

¹¹ Zu diesem systemtheoretisch inspirierten Begriff der Gerechtigkeit als Diskursgerechtigkeit Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt 1989, 123ff., 147f.; *ders.*, *Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision unterschiedlicher Universalitätsansprüche*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1996, 199-220, 218; *ders.* und *Peer Zumbansen*, *Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels*, in: Gunther Teubner, *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart 2000, 189-215.

Die Kontingenzformel betont besonders die Abhängigkeit der Gerechtigkeit von den großen gesellschaftlichen Organisationsprinzipien. Damit macht sich die Rechtstheorie von der Gesellschaftstheorie abhängig. Die Kriterien der Entscheidungskonsistenz sind nicht einfach historisch variabel, sie ko-variiieren mit dem Stand gesellschaftlicher Differenzierung.¹² Das heißt entschieden: Relativität der Gerechtigkeit im Sinne ihrer Zeitabhängigkeit; aber ebenso entschieden nicht: Relativismus im Sinne eines *anything goes*.¹³ In einer stratifizierten Gesellschaft ist die Berücksichtigung von gesellschaftlichem Rang im Recht "gerecht": *suum cuique*. Das gilt für das traditionelle islamische Recht wie für das Recht des europäischen Feudalismus. Michael Kohlhaas aber kann an der Schwelle zur Moderne die rechtliche Sonderbehandlung der adligen Pferdeschinder nur noch als Korruption des Rechts begreifen. Die heutige Kontingenz des Rechts definieren nicht soziale Rangverhältnisse, sondern normative Erfordernisse funktionaler Differenzierung. Während die mittelalterliche "justitia mediatrix" vertikal-hierarchisch zwischen göttlichem und menschlichem Recht vermittelte, vermittelt die Gerechtigkeit der Moderne horizontal-heterarchisch zwischen der Eigennormativität des Rechts und der Eigennormativität seiner gesellschaftlichen, psychischen und natürlichen Umwelten. Gerechtigkeitskriterien, also Kriterien, wonach die Gleichheit/Ungleichheit neuer Fälle mit entschiedenen Fällen beurteilt wird, werden heute den verschiedenen Funktionssystemen entnommen und gelten dann – nach einem komplizierten Vorgang ihrer rechtsinternen Rekonstruktion - auch im Rechtssystem als legitim. Das ist gemeint, wenn heute trotz des grundgesetzlich verbürgten Gleichheitssatzes eine Ungleichbehandlung nach „sachlichen“ Kriterien (wirtschaftlicher, politischer, pädagogischer Art) auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt wird. Merkwürdigerweise bewirkt also das rechtsimmanente Gerechtigkeitskriterium des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine weitgehende Öffnung des Rechts zur Gesellschaft hin. Wie man bei Michael Walzer nachlesen kann, stammen die Kriterien der Gerechtigkeit aus den Eigennormativitäten der gesellschaftlichen Umwelten.¹⁴

Ist dies alles entscheidungsrelevant? Dreier hat sich mehrfach die Frage nach den Konsequenzen eines solchen Gerechtigkeitskonzepts gestellt.¹⁵ In der Tat ermöglicht es nicht nur rechtssoziologische und rechtshistorische Analysen, die in kognitiver Einstellung zeigen, wie sich im Detail Gerechtigkeit als rechtsinternes Kriterium in wechselseitiger Abhängigkeit von Gesellschaftsstrukturen gewandelt hat. Hierzu gibt es unter dem Titel Sozialstruktur und Rechtssemantik eindrucksvolle Analysen.¹⁶ Die schwierigere Herausforderung stellt sich der Rechtstheorie und der Rechtsdogmatik, die in normativer Einstellung fragen müßten, ob die gegenwärtig in der Rechtsprechung praktizierten Gleich/ungleich-Tests den Anforderungen ihrer gesellschaftlichen, menschlichen und natürlichen Umwelten genügen.

Als exemplarische Analyse dürfte „Grundrechte als Institution“ in ihren rechtsdogmatischen Aspekten gelten.¹⁷ Das Gerechtigkeitskriterium wurde hier mit

¹² Luhmann, (Fn. 4), 221f.

¹³ Zur Frage der Relativität der Gerechtigkeit Ralf Dreier, Was ist Gerechtigkeit?, Juristische Schulung 1996, 580-584.

¹⁴ Michael Walzer, Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit. Frankfurt 1992.

¹⁵ Dreier (Fn.1) 317ff.

¹⁶ Etwas Niklas Luhmann, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: Niklas Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 2, Frankfurt 1981, 45-104.

¹⁷ Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie. Berlin 1965.

Anspruch auf Adäquität gegenüber der heutigen Gesellschaft umgestellt: Neue Fälle staatlicher Eingriffe werden gegenüber bereits entschiedenen Fällen nicht mehr nur daraufhin geprüft, ob sie in ihren Verletzungswirkungen auf den Freiheitsraum des betroffenen Individuums gleich/ungleich sind, sondern parallel dazu in ihrer Wirkung auf die Autonomie des von politischer Intervention betroffenen gesellschaftlichen Handlungsbereichs. Dies ist die rechtsdogmatische Konsequenz einer Theorie der Grundrechte, die deren gesellschaftsadäquate Rolle darin sieht, den Stand gesellschaftlicher Differenzierung gegenüber politischen Entdifferenzierungstendenzen aufrechtzuerhalten.¹⁸ Besonders im Bereich der Drittwirkung der Grundrechte werden hier neue entscheidungsrelevante Gerechtigkeitskriterien sichtbar. Als Beispiel möge die Gewährleistung von Kunstfreiheit gegenüber privatem Kunstsponsoring und anderen ökonomisch motivierten Eingriffen dienen.¹⁹ Noch konkretistischer möchte ich zwei zivilrechtsdogmatische Probleme erwähnen – Angehörigenbürgerschaft und Expertenhaftung –, in denen ein systemtheoretisch inspiriertes Gerechtigkeitskonzept inhaltliche Entscheidungskriterien liefert. Dies ist dann der Fall, wenn die normativen Erfordernisse von innerfamiliärer Kommunikation und von wissenschaftlicher Integrität in ihrem Verhältnis zu wirtschaftsrationalen Handeln in rechtliche Kriterien der Gleich/ungleich-Behandlung von Rechtsfällen rekonstruiert werden. Im Bürgerschaftsfall wären dies die Umstellung von Sittenwidrigkeit der Vertragsimparität auf generelle Inkompatibilitätsnormen; in der Expertenhaftung wäre dies die Haftungsausdehnung gegenüber Dritten, die die Integrität projektgebundener Expertise garantiert.²⁰

III. Der Positivismusstreit in der Jurisprudenz

Entgegen dem verbreiteten Bild von Luhmann als Positivist par excellence präsentiert Dreier einen Luhmann, für den die ewige Wiederkehr des Naturrechts durchaus Sinn macht. Zwar werden die religiösen oder philosophischen Naturrechtslösungen als obsolet angesehen, aber die Naturrechtsfrage selbst als Frage nach der Letztrechtfertigung der Rechtsgeltung ist unvermeidlich. Deshalb wird von Dreiers Luhmann die Entscheidung zwischen Positivismus und Naturrecht offengelassen. Ja mehr noch, es handelt sich um zwei "gleichberechtigte" Selbstbeschreibungen des Rechts, die an komplementären Mängeln leiden. Diese Gleichberechtigung im Mangel trifft für die Selbstbeschreibungen des Rechts (Positivismus versus Naturrecht) ebenso zu wie für die Selbstbeschreibungen der Gesellschaft (positivistische versus kritische Gesellschaftstheorien): Was ist der Fall? Was steht dahinter?

In Dreiers Interpretation der Systemtheorie taucht ein dritter Weg auf. Statt

¹⁸ Dieter Grimm, Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit: Eine vergleichende Skizze, Frankfurt 1987; Karl-Heinz Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, Kritische Justiz 1999, 281ff.; Thomas Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht: Grundlagen - Elemente – Perspektiven, Baden-Baden 1997.

¹⁹ Dazu im einzelnen Christoph Graber, Zwischen Geist und Geld: Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht, Baden-Baden, 151ff.; ders. und Gunther Teubner, Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere, Oxford Journal of Legal Studies 1998, 61-74.

²⁰ Dazu im einzelnen Gunther Teubner, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften 2000, 388-404; ders., Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract, in: David Campbell und Hugh Collins (Hrsg.), Implicit Dimensions of Contract, Oxford 2003 (im Erscheinen).

Positivismus oder Naturrecht gehe es um eine eigenständige, systeminterne Selbstkontrolle des Rechtssystems. Und er stellt die Frage, ob dies auf ein minimalistisches Quasi-Naturrecht im Sinne von Herbert Hart oder auf ein institutionell-prozedurales Quasi-Naturrecht im Sinne von Lon Fuller hinauslaufe.²¹ Ich persönlich halte besonders den zweiten Weg für vielversprechend, der eine Assimilierung von soziologischen Naturrechtskonzeptionen, wie sie etwa Lon Fuller oder Philip Selznick formuliert haben, mit systemtheoretischen Analysen vorsieht.²² Es geht um die pfadabhängige Entwicklung sozialer Institutionen, in denen diese in empirisch beobachtbaren historischen Sequenzen eine „internal morality“ herausbilden, was in der Institution des Rechts auf die historisch variable Herausbildung von due process-Prinzipien herausläuft. Die systemtheoretische Korrektur solcher institutioneller Entwicklungspfade zu Eigennormativität würde darin bestehen, daß sie systematisch die Eigenständigkeit der rechtsinternen Transformation von gesellschaftlichen Umwelteinflüssen in den Blick nimmt.

Luhmann betont in diesem Zusammenhang die zentrale Stellung der Gerichte, wenn es um die Entwicklung juridischer Richtigkeitsvorstellungen in Abhängigkeit von gesellschaftlichen Wandel geht.²³ Dreier hat dies als „Justizfreundlichkeit“ oder „Juristenfreundlichkeit“ des systemtheoretischen Rechtsbegriffs gedeutet und wie folgt kommentiert: „Standespolitisch kann man einen solchen Begriff als Jurist nur begrüßen“.²⁴ In der Sache dürfte es wohl primär um gesellschaftliche Strukturwandlungen und dann erst um deren professionspolitische Konsequenzen gehen. Die Einzelfallentscheidung wird nicht mehr als gerecht/ungerecht im Vergleich zu intuitivem Rechtsempfinden beurteilt, sondern im Hinblick auf das ganze Gewebe von Präjudizien, Gesetzesnormen, dogmatischen Begriffen und Rechtsprinzipien. Das spontane Gerechtigkeitsurteil wird damit in der Tat durch das professionelle Urteil, das den Fall mit den Augen der Gesamtrechtsordnung sieht, mediatisiert. Es entstammt einer Beobachtung zweiter Ordnung. Das Richtigkeitsurteil entspringt nicht mehr der laienhaften Beobachtung der Wirklichkeit des Falles, die mit ihrer Lösung konfrontiert wird, sondern der professionellen Beobachtung der Beobachtung durch das Gewebe von Fällen. Gerecht ist nicht mehr die Lösung in Bezug auf die "Bedürfnisse" der streitenden Parteien, sondern in Bezug auf Gleich/Ungleichbehandlung mit anderen Konstellationen.

IV. Rechtseigene Selbstkontrolle des Rechts

Aus dieser Beobachtungsweise ergibt sich eine eigenständige Funktion der quasi-naturrechtlichen Richtigkeitsvorstellungen. Systemische Gerechtigkeit, verstanden als rechtsinternes Kriterium und nicht bloß als rechtspolitisches, moralisches oder sonstiges rechtsexternes Kriterium dient nicht dazu, das bestehende Recht zu konservieren. Im Gegenteil, es unterminiert die „positivistische“ Präjudizienbindung und Gesetzesbindung! Systemtheoretisch verstandene Gerechtigkeit ist ein subversives Element. "Es ist diese im Recht besonders ausgeprägte Tendenz, sich nach Vorentscheidungen zu richten, die durch die Kontingenzformel Gerechtigkeit

²¹ *Herbert Hart*, *The Concept of Law*. Oxford 1961; *Lon Fuller*, *The Morality of Law*. New Haven 1969.

²² *Philip Selznick*, *Law, Society and Industrial Justice*, New York 1969; *ders.*, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*. Berkeley 1992.

²³ *Luhmann* (Fn. 4) 229ff.

²⁴ *Dreier* (Fn.1) 321.

korrigiert wird.²⁵ Ohne die eigenständige Suchformel der Gerechtigkeit wäre verpflichtende Bindung an Vorentscheidungen das Resultat von Präjudizienbindung und Gesetzesbindung, wie sie ja im 19. Jahrhundert mit Emphase gefordert wurde. Die Suchformel der Gerechtigkeit fügt demgegenüber eine neue Bifurkation als Provokation ein. Die Anforderung des Rechts heißt nicht: Dieser Fall muß so entscheiden wie wir es schon immer gemacht haben. Vielmehr provoziert Gerechtigkeit die Frage: Muß dieser Fall nicht anders entschieden werden, weil eine Gleichbehandlung nicht gesellschaftsadäquat wäre? Gerechtigkeit als ein gegenüber Dogmatik und Präjudiz eigenständiges Rechtskriterium hat also eine eingebaute Präferenz für Varietät, für Innovation, für Änderung des Rechts. Gerechtigkeit liefert selbst keine Kriterien, aber sie stellt eine Dauerprovokation dar für die einfache Kontinuierung alten Rechts. In ihrer Aufforderung, Ungleiches ungleich zu behandeln, reagiert Gerechtigkeit primär auf Negatives: auf Empfinden von Ungerechtigkeit der Gleichbehandlung. Sie ist auf Beseitigung ungerechter Zustände, nicht auf Perfektion gerechter Zustände gerichtet.

Dieser Begriff von Gerechtigkeit dürfte, wie Dreier zeigt, spezifisch auf das Richterrecht und nicht auf legislativ geschaffenes Recht zugeschnitten sein. Dreier wirft nun zusätzlich die Frage auf, ob er geeignet ist, sachgemäß zwischen Rechtsfragen und politischen (oder wirtschaftlichen) Fragen zu unterscheiden, für die entsprechend entweder Justiz oder Legislative (oder Vertrag) ausschließlich zuständig wäre.²⁶ In der Tat scheint die Differenz der Kontingenzformel des politischen Systems („Gemeinwohl“, „Legitimität“) und des Wirtschaftssystems („Knappheit“) von der des Rechtssystems („Gerechtigkeit“) eine solche Unterscheidung nahezulegen. Auch wenn sich daraus nicht trennscharfe Kriterien ergeben, so wäre der Debatte auch schon mit groben Richtungsangaben gedient. Richterrechtliche Innovationen wären dann nicht legitim, wenn sie aus bloßen Gründen der policy (Gesetzgebung) oder der Effizienz (Vertrag) erfolgen, sondern nur dann, wenn sie mit Kriterien der Gerechtigkeit begründet werden: wenn also eine Gleichbehandlung neuer Fälle mit bereits entschiedenen Fällen als unangemessen erscheint. Hieraus ergibt sich eine eigenständige Rolle des Richterrechts gegenüber politisch oder ökonomisch motivierten Rechtsänderungen. Richterrecht wäre dann mit einer rechtsspezifischen Gesellschaftssensibilität ausgestattet, die aber – und dies unterscheidet sie von der Gesellschaftssensibilität der Legislative und des Vertrages – gerade nicht auf die Beobachtung der öffentlichen Meinung oder der Preissignale des Marktes ausgerichtet ist, sondern auf die Beobachtung des Gewebes entschiedener Fällen, das gesellschaftlichen Irritationen durch gesellschaftliche Konflikte in der Rechtsform von Fällen ausgesetzt ist, die sie nach gleich/ungleich beurteilt.

In diesen Prozessen entsteht eine moderne Gerechtigkeitssemantik als Argumentationsreservoir für richterrechtliche Innovationen. Man hat dies immer wieder als richterliches Neo-Naturrecht bezeichnet. Und das mit einem gewissen Recht. Mißverständlich ist dies dann, wenn man damit den Rückgriff auf eine außerrechtlich existierende Normordnung bezeichnet, statt den hochartifizialen, ja eigentlich fiktiven Charakter einer rechtlichen Eigenkonstruktion, die weder aus philosophischen Erwägungen noch aus moralischen Prinzipien ableitbar ist, herauszustellen. Ebenso in die Irre führt eine Prinzipien-Theorie à la Dworkin, sofern sie als ihren Ursprung die *political community* bezeichnet und damit von einer

²⁵ Luhmann (Fn. 4) 237.

²⁶ Dreier (Fn.1) 321.

falschen politisch-rechtlichen Einheit der Gesellschaft ausgeht.²⁷ Aber auch Dreiers Formulierung einer „rechtsimmanenten“ Gerechtigkeit dürfte mißverständlich sein. Sie erfaßt zwar den selbstreferentiellen Charakter der Gerechtigkeitssemantik - „made in law“ - , wird aber in ihrer Konzentration auf rechtsphilosophische, rechtsdogmatische und rechtsprofessionelle Aspekte nicht dem im systemtheoretischen Gerechtigkeitsbegriff mit Notwendigkeit angelegten *re-entry* des Gesellschaftlichen gerecht, der in der Relationierung der Konsistenz mit den Außenanforderungen der Gesellschaft das Rechtssystem gerade transzendiert. Am ehesten noch dürfte der Begriff des „rechtlichen Sozialmodells“ die Eigenheit dieser Gerechtigkeitssemantik treffen, weil sie die zwar sozialtheoretisch subventionierte, aber rechtsintern gebaute, normativ umdefinierte und rechtsimmanent verantwortete Konstruktion der gesellschaftlichen Umwelt, die mit ihrer Sonde gleich/ungleich Ungerechtigkeiten anzeigt, bezeichnet.²⁸

IV. Die Rezeptionsbarriere der Rechtsparadoxie

Gegenüber den Luhmannschen Paradoxologien verhält sich Dreier reserviert. Hier sieht er die größte Rezeptionsbarriere für die Systemtheorie.²⁹ Allerdings muß man sich fragen, ob mit der Konzentration auf systembegründende und systembedrohende Paradoxien Luhmann nicht in seinem Spätwerk eine Wende vollzogen hat, demgegenüber sich seine Wende zur Autopoiese oder die zur Differenztheorie Spencer Browns als geradezu harmlos ausnehmen. Die Formeln sind in der Tat höchst irritierend: Das Paradox tritt an die Stelle des transzendentalen Subjekts, während typische Strukturen historisch kontingent sind.³⁰ Das Paradox ist die Antwort auf die Naturrechtsfrage: Was steht hinter dem Recht? Systembildung heißt, Techniken der Entparadoxierung des Rechts zu finden. Ja, hinter dem Ganzen scheint ein utopisches Projekt zu stehen: Was ist die für unsere Gesellschaft adäquate Entparadoxierung des Rechts?

Warum das Insistieren auf Paradoxien? Es scheint eine absurde Idee zu sein, ausgerechnet ins Zentrum einer Systemtheorie Paradoxien zu stellen. Die bisherigen Systemfragen hießen doch ganz anders: Kompatibilität von Struktur und Funktion, Wirkungsmechanismen kybernetische Steuerung, Systemrationalität als Bestandserhaltung, Entsprechung von Umweltkomplexität und requisite variety. Nichts ist anti-systemischer als die Paradoxie: Widerspruch, Inkonsistenz, Lähmung, Schrecken. Paradoxien sind eher etwas für das Gegenprojekt der Dekonstruktion, das von Jacques Derrida auch für das Recht so beeindruckend vorangetrieben wird. Das aber ist Anti-Systemismus par excellence, durch logisch-formale Operationen und genealogische Untersuchungen von Sinnsystemen ihre Ambivalenzen, Aporien und Paradoxien aufzudecken, mit was für Konsequenzen auch immer.³¹

²⁷ Ronald Dworkin, *Law's Empire*. Cambridge, Mass. 1986.

²⁸ Dan Wielsch, *Freiheit und Funktion: Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*. Baden-Baden 2000, 166ff.

²⁹ Dreier (Fn.1) 322 mit Fn. 36.

³⁰ Wörtlich: „Paradoxien sind, auch so kann man es formulieren, die einzige Form, in der Wissen unbedingt gegeben ist. Sie treten an die Stelle des transzendentalen Subjekts, dem Kant und seine Nachfolger einen Direktzugang zu unkonditionierten, a priori gültigem, aus sich selbst heraus einsichtigen Wissen zugemutet hatten. Das schließt es keineswegs aus, nach typischen Strukturen zu fragen, in denen Paradoxieentfaltungen relativ stabile Formen gewinnen, die sich historisch bewähren ...“, Niklas Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft*. Frankfurt 2000, 132f.

³¹ Jacques Derrida, *Gesetzeskraft: Der "mystische Grund der Autorität"*. Frankfurt 1991. Zum Theorievergleich Dekonstruktion/Systemtheorie Fatima Barjiji-Kastner, *Ohnmachtssemantiken: Systemtheorie und Dekonstruktion*, Frankfurt 2002; Urs Stäheli, *Sinnzusammenbrüche: Eine*

Letztlich treibt aber nicht ihr unbestreitbar kritisch-destruktives Potential das Erkenntnisinteresse an Paradoxien an. Das eigentliche Faszinosum liegt in den produktiven Möglichkeiten des Umgangs mit ihnen.³² Hier liegt, wie auch kulturtheoretische Kritiker einräumen, der kaum bestreitbare Vorsprung der Systemtheorie gegen über dem resignativen Pathos der Dekonstruktion von Paul de Man und seinen Epigonen. Denn „für sie bilden die durch Selbstreferenz entstehenden Paradoxien nicht die Schlußpointe, sondern den Ausgangspunkt evolutionärer Fortentwicklungen. Das verleiht ihr unter den neueren postmetaphysischen Konstruktionen eine relativ große Welthaltigkeit.“³³ Luhmann stellt die Dinge auf den Kopf: nicht nur Sinnwelten führen notwendig auf ihre Paradoxien, sondern Paradoxien treiben neue Sinnwelten heraus. Paradoxien sind keine logische Fehler, die man ausmerzen muß. Sind also Paradoxien das neue Movens der Geschichte?

Hier ist durchaus ein Vergleich mit der Dialektik angebracht.³⁴ Die Parallele besteht darin, Widersprüche als das Movens der gesellschaftlichen Entwicklung zu sehen. Aber im Unterschied zur Negation der Negation ist Entparadoxierung-Reparadoxierung keine kumulative Abfolge von Negationen, keine "Aufhebung" des Widerspruchs, kein Fortschreiten des Geistes. Eher handelt es sich um Dialektik ohne Synthese, um die Wiederkehr des Gleichen, um eine ständige Oszillation zwischen Paradox und Struktur. Die Entwicklung wird beschrieben als experimentierende, inkrementelle, stolpernde auf Zufälle angewiesens Aufbau von Ordnungen. Die aber können das Paradox nicht beseitigen. Dessen ständige Wiederkehr bedeutet eine Dauerheimsuchung der Sinnwelten durch ihre Dekonstruktion.

Auch lohnt sich ein Vergleich mit Realwidersprüchen in der Marxschen Theorietradition. Die Parallele ist das Auf-die-Füße-Stellen: Paradoxien leben nicht in der idealen Welt des Geistes, sondern es existieren Realparadoxien in der Gesellschaft, die die Entwicklung vorantreiben. Der große Unterschied besteht aber darin, daß keine Verfallslogik in den Haupt- und Nebenwidersprüchen wirkt, die dann den big bang auslösen, sondern die Wirkungen des Realparadoxes sind höchst ambivalent. Es zeitigt destruktive, paralyisierende Potentiale, zugleich aber auch produktive, schöpferische Potentiale. Der wichtigste Effekt aber ist: Das Paradox provoziert bei Strafe der Paralyse strukturelle Neuerungen. In keiner der beiden Richtungen gibt es einen Determinismus. Die Möglichkeit der Katastrophe besteht

dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, Weilerswist 2000; *Gunther Teubner*, Ökonomie der Gabe - Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchung von System und *différance*, in: Albrecht Koschorke und Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, Berlin 1999, 199-212.

³² Dies betonen *Klaus Krippendorff*, *Paradox and Information*, in: B. Dervin und M. Voigt (Hrsg.), *Progress in Communication Sciences 5*, Norwood 1984, 46-71, 51f.; *Niklas Luhmann*, *Sthenographie und Euryalistik*, in: Hans Ulrich Gumbrecht und K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt 1991, 58-82; *Paul Watzlawick*, Janet H. Beavin und Don D. Jackson, *Menschliche Kommunikation: Formen, Störungen, Paradoxien*, Bern 2000.

³³ *Albrecht Koschorke*, *Die Grenzen des Systems und die Rhetorik der Systemtheorie*, in: Albrecht Koschorke und Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, Berlin 1999, 49-60, 56.

³⁴ Zum Verhältnis Luhmann und Hegel vgl. *Jean Clam*, *Die Grundparadoxie des Rechts und ihre Ausfaltung: Beitrag zu einer Analytik des Paradoxen*, in: *Gunther Teubner* (Hrsg.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart 2000, 109-143, 138.

genau wie Möglichkeit einer produktiven neuen Ordnung, die aber ihrerseits von der möglichen Katastrophe bedroht ist. Diese Dynamik erklärt den ungeheuren Innovationsdruck, der auf der heutigen Gesellschaft lastet, mit dem Erfordernis der dauernd erneuerten Entparadoxierung.

Zugleich ist die Qualität der Entparadoxierung merkwürdig pathologisch. Sie verspricht keine Lösung der Krise, sondern nur ihr zeitweiliges Aufschieben, Verstecken, Invisibilisieren, Unterdrücken, Verdrängen.³⁵ Die Parellele zur Verdrängung des Unbewußten (statt seiner Konfrontation) mit der Folge, daß sich das Verdrängte in Symptomen immer wieder manifestiert, drängt sich auf. "Es ist etwas faul im Staate Dänemark". Anders als in der Psychoanalyse gibt es aber in der systemischen Paradoxologie keine Therapie. Im Gegenteil, die Direktkonfrontation mit dem Paradox ist nicht Befreiung, sondern Paralyse. Unsere Gesellschaft lebt von einer Verdrängungsrationalität. Widerspiegeln diese Unterschiede zu klassischen Negationstheorien die Erfahrungen des 20. Jahrhunderts mit Totalitarismus, zwei Weltkriegen, ökologischen und psychischen Gefährdungen, ständigem Herumexperimentieren unter Bedingungen der Ungewißheit?

Zum Beispiel Menschenrechte: Was die Menschenrechtskonstruktionen vorantreibt, ist die Unlösbarkeit der Ausgangsparadoxie (Der Mensch konstituiert die Gesellschaft; die Gesellschaft konstituiert den Menschen) und ihre ständige Umwandlung durch andere Konstrukte (Naturrecht, Vertrag, Positives Gesetz, Skandalisierung), die ihrerseits durch eigene Paradoxien bedroht sind. Die historische Relativität zeigt sich darin, daß neue Konstrukte immer nur vorläufig stabil sind, solange nämlich, wie im Zusammenwirken von Problemdruck und Konsistenz mit bestehenden Strukturen die Paradoxien aushaltbar bleiben. Heute läßt sich ein Übergang der Menschenrechtsbildung von Positivität zur Skandalisierung beobachten. Positivität der Menschenrechte war plausibel im Problemdruck nationalstaatlicher Gefährdungen und in der Konsistenz mit fest institutionalisierter Gesetzgebung und staatlich garantierter Gerichtsbarkeit. Skandalisierung wird plausibel im Problemdruck internationaler Gefährdungen und einer weltweit institutionalisierten Medien- und Protestkultur.³⁶

Luhmanns Paradoxologie läßt sich abstrakt als ein Hinausgehen über die Dekonstruktion durch ihre Soziologisierung verstehen. Sie läßt sich in folgende Teilschritte zerlegen:

(1) Second-order-observation geht über die bloße Dekonstruktion hinaus, weil sie über die Zerstörung von Illusionen etwas über den soziologisch-historischen Sinn von Illusionen aussagen kann: Warum braucht das Rechtssystem Illusionen und welche? Luhmann zeigt dies an der Illusion des binären Rechtscodes, der den Paradoxien seiner Selbstreferenz ausgesetzt ist. Hinter der Unterscheidung Recht/Unrecht findet er sowohl das Gründungsparadox des Rechtes als auch die Entscheidungsparadoxien des täglichen Rechtsbetriebes und fragt nach dem gesellschaftlichen Sinn dieses Verblendungszusammenhangs, in dem der Rechtscode trotz seiner offensichtlichen Künstlichkeit erstaunlich stabil blieb, aber die Formen der Entparadoxierung in den Rechtsprogrammen ständig wechselten.³⁷

³⁵ Dazu die Beiträge in dem Sammelband *Hans Ulrich Gumbrecht und Ludwig K. Pfeiffer* (Hrsg.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt 1991.

³⁶ *Teubner* (Fn. 31).

³⁷ *Luhmann* (Fn. 4) 165ff.

(2) Deparadoxierung: Jede Unterscheidung kann paradoxiert werden, die Folge ist Lähmung des Denkens und Entscheidens. Doch das Leben muß weitergehen und es geht weiter. Der Trick jeder sozialen Praxis ist das Verstecken des Paradoxes. Nach Luhmann kommt das Recht dadurch überhaupt erst zur autopoietischen Systembildung, daß es das Paradox in eine Differenz verwandelt, indem es das unendliche Oszillieren zwischen Recht und Unrecht als einen konditionierbaren Widerspruch mißversteht, ja in einen programmierbaren binären Code technisiert.³⁸

(3) Wahl des Beobachters, der Deparadoxifizierung ausführt: Hier geht es um die Wahl des Beobachters, der die Deparadoxifizierung ausführt. Luhmann wählt gesellschaftliche Kommunikation und nicht Bewußtseinsakte oder Körperdistinktionen. In den Nöten der Ambivalenzen, Aporien und Zusammenbrüche erfinden die von der Systemtheorie beobachteten gesellschaftlichen Kommunikationssysteme je ihre spezifischen neuen Unterscheidungen, die sie für eine gewisse Zeit stabil halten können.

(4) Wiederkehr des Paradoxes und sein erneutes Verbergen. Gesellschaftliche Katastrophen ereignen sich nach Luhmann in den Korrelationen von Gesellschaftsstruktur und Semantik, wenn der Wandel gesellschaftlicher Strukturen die Semantik ruiniert. Die heutige Problematik ist davon bestimmt, daß der fundamentale Strukturwandel funktionaler Differenzierung die alteuropäische Semantik restlos zerstört hat und daß selbst die hektischen Polysemien der Postmoderne nur als rastlose Suche nach gesellschaftsadäquaten Selbstbeschreibungen zu verstehen sind. Hier pocht ein historischer Rhythmus von sich ständig wiederholender Destruktion und Rekonstruktion: Paradoxierungen provozieren die Suche nach neuen gesellschaftsadäquaten Differenzen, die ihrerseits unter bestimmten Bedingungen wieder auf ihre Paradoxien zurückgeworfen werden. Welche Bedingungen aber bestimmen das rekursive Aufdecken und Verstecken des Paradoxes? Die Systemtheorie identifiziert zweierlei: gesellschaftlichen Problemdruck und kommunikative Plausibilität. Neue Differenzen, die ihrerseits dekonstruierbar sind, werden von der gesellschaftlichen Kommunikation akzeptiert, wenn sie plausibel sind, d.h. mit anderen geltenden Unterscheidungen kompatibel sind. Zugleich verbietet sie ihre immer mögliche Re-Paradoxierung, wenn der gesellschaftliche Problemdruck zu groß ist.³⁹

Die Herausforderung durch das Paradox besteht allgemein darin, neue gesellschaftliche Identitäten zu finden und für das Recht im besonderen, Kriterien seiner Gesellschaftsadäquität zu identifizieren, die mit anderen gesellschaftlichen Unterscheidungen kompatibel ist und neuen gesellschaftlichen Strukturen adäquat sind. In diesem Sinne bedeutet die Konzentration auf die Paradoxien des Rechts nicht ein Ausweichen vor der Frage nach der Gerechtigkeit, sondern ein Steigern der Ansprüche auf mögliche Antworten.

³⁸ Luhmann (Fn. 4) 165 ff.

³⁹ Luhmann (Fn. 4).