



This text is a preprint of:

Ralph Christensen, Das Paradox der Rechtsentscheidung – Systemtheorie und Dekonstruktion, in: Hans Kudlich/Juan Pablo Montiel/Jan C. Schuhr, Gesetzlichkeit und Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2012, S. 35 – S. 55.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2012): "Das Paradox der Rechtsentscheidung – Systemtheorie und Dekonstruktion" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Hans Kudlich/Juan Pablo Montiel/Jan C. Schuhr, Gesetzlichkeit und Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin (2012): S. 35 – S. 55.)

Ralph Christensen, Mannheim

Das Paradox der Rechtsentscheidung

Systemtheorie und Dekonstruktion

Das Gesetz macht noch keine Entscheidung. Dazu braucht es den Richter. Aber der Richter ist dabei nicht frei, sondern gebunden. Doch worin bestehen seine Bindungen, wenn er das Recht, an das er gebunden ist, selbst erzeugt?

Meist wird diese Frage mit pathetischen Gesten beantwortet. Der Richter sei in einer kafkaesken Situation, weil er wisse, dass er gebunden sei, aber nicht wisse, woran. Soviel Nichtwissen kann sich ein Richter bei den heute vorgegebenen Erledigungszahlen aber nicht mehr erlauben. Er muss sich vielmehr mit den vortragenen Argumenten, Schriftsätzen und Vorentscheidungen in knapper Zeit auseinandersetzen. Als Alternative zu Kafka bietet sich Carl Schmitt an: die Situation des Richters wird dann aufgeladen mit der existenziellen Intensität der großen Entscheidung. Der Richter sei hineingehalten ins normative Nichts und stehe als einsames Subjekt vor der Notwendigkeit, zwischen Freund und Feind zu wählen. Der von Kommunikation überschwemmte Richter kennt das einsame Subjekt aber nur noch aus der Literatur; seine vielfältigen Äußerungspflichten lösen die große Entscheidung in eine Vielzahl von kleinen Entscheidungen auf. Daher sind weder Verzweiflung noch Dezisionismus angebracht, sondern eine nüchterne Analyse der Anschlusszwänge, der die Richter bei der Erzeugung von Recht ausgeliefert sind.

1. Die Entscheidung verschwindet im Recht

Die traditionelle Auffassung von der richterlichen Bindung ging vom klassischen Positivismus aus: danach liefert der Gesetzgeber dem Richter mittels der Sprache den Inhalt seiner Entscheidung. Mit diesem schlichten Modell von Gewaltenteilung wollte man sicherstellen, dass Gesetze und nicht Menschen herrschen. Das, was im Rechtssystem tagtäglich vorgeht, die gerichtlichen Verfahren, die dort vorgetragenen Argumente und die Begründungsarbeit der Richter kommen darin aber nicht vor. Das Verfahren dient allenfalls der didaktischen Vermittlung des vorher schon feststehenden Ergebnisses. Die Rechtslage kann man allein aus dem Gesetz ablesen.

Der herkömmliche Ansatz konstruiert Rechtserkenntnis nach dem Modell einer Gegenstandserkenntnis: „Gegenstand der Auslegung ist der Gesetzestext als ‚Träger‘ des in ihm niedergelegten Sinnes, um dessen Verständnis es in der Auslegung geht. ‚Auslegung‘ ist, wenn wir an die Wortbedeutung anknüpfen, ‚Auseinanderlegung‘, Ausbreitung und Darlegung des in dem Text beschlossenen, aber gleichsam verhüllten Sinnes.“¹

Wenn man die Rechtslage aus dem Text des Gesetzes ablesen will, stößt man aber auf eine Schwierigkeit: die vorgeblich objektive Bedeutung ist nicht festzustellen. Das Gesetz existiert nur in einer Vielzahl von Lesarten; ohne Verfahren und die dort vorgetragenen Argumente weiß man nicht, welche Lesart die beste ist. Man will im Gesetz eine Regel finden und sie in der Entscheidung abbilden. Aber niemand hat eine versionslose Beschreibung. Es fehlt die Regel für die Anwendung der Regel. Die klassische Lehre reagiert auf diese Schwierigkeit mit einer Vermehrung der Rechtsquellen. Eine weitere Größe hinter der Rechtsquelle soll sicherstellen, dass die Regel nicht Streitig wird und ihre Anwendung funktioniert: Es wird uns damit empfohlen, vom bloßen Text auf den Geist des Gesetzes zurückzugehen. Denn, so heißt es etwa in einer Methodik des europäischen Privatrechts: Auslegung ist „Rekonstruktion des dem Gesetze innewohnenden Gedankens.“² Es genüge daher, bei schwierigen Fällen von der Ebene des Textes zur Ebene der Gedanken oder Prinzipien übergehen. Wenn man sich von diesen Prinzipien leiten lasse, werde vorgezeichnet, was sozusagen „eigentlich“ hätte im Text stehen können.

Als Gegenstand der Erkenntnis springen die Rechtsprinzipien dort in die Bresche, wo sich die Bedeutung des Normtextes einer umstandslosen Lektüre versagt. An der Vorstellung eines objektiv vorgegebenen Rechts ändert sich dadurch nichts; es wird lediglich der Gegenstandsbezug geändert. Hinter dem Gefüge gesetzlicher Anordnungen soll ein weiteres System liegen, zu dem man sich über den

¹Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 4. Aufl., Berlin 1979, 299. Zum Problem im Engeren auch Karl Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1 ff. Wie fest dieser Begriff immer noch etabliert ist zeigt etwa Carsten Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1998, 29.

²Matthias Pechstein/Cornelia Drechsler, Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, 91 ff., 91.

bloßen Text hinaus durcharbeiten muss. Es ist das System der Rechtsprinzipien, wie es schon Savigny entworfen hat: „Diese herauszufühlen, und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehörte [...] zu den schwierigsten Aufgaben unserer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unserer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter gibt.“³ Dabei gingen weder historische Rechtsschule noch Wertungsjurisprudenz bzw. Diskurstheorie von einem unbeweglichen oder geschlossenen System aus.⁴ Vielmehr wird es beeinflusst vom Fortgang der Gesetzgebung und dem gesellschaftlichen Wertewandel.⁵ Die geschilderte Offenheit führt aber nicht in eine kontextuell und praktisch gewendete Semantik des Rechts, vielmehr wird die fehlende Schließung zu einer epistemischen Aufgabe. Die Offenheit der Prinzipien muss dann als Mangel definiert werden: „Bei der Umschreibung des Bedeutungsgehalts der allgemeinen Rechtsgrundsätze gibt es allerdings manche Unsicherheit.“⁶ Man kann die Prinzipien⁷ folglich nicht einfach anwenden, sondern benötigt eine darüber hinausgehende Wertung.⁸ Dabei zeigen sich Konflikte zwischen verschiedenen Prinzipien:⁹ „Prinzipien sind normative Aussagen so hoher Generalitätsstufen, dass sie in der Regel nicht ohne Hinzunahme weiterer normativer Prämissen angewendet werden können und meistens durch andere Prinzipien Einschränkungen erfahren.“¹⁰ Die weiteren Wertungen entnimmt man dem Innersten des inneren Systems, der Rechtsidee, sei diese nun naturrechtlich, neuhegelianisch, wertungsbezogen¹¹ oder diskurstheoretisch¹² bestimmt. Mit dem Abschluss dieser Bewegung nach innen landet man wieder beim Hegelschen Begriff der Totalität und damit einem vertikalen Holismus: „Geht man 'von unten', d. h. von den positiven Einzelregeln auf die ihnen zugrunde liegenden Leitgedanken zurück, 'von oben', also von der Rechtsidee zu deren historischen Konkretisierungen in der gegebenen

³Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Heidelberg 1840, 66.

⁴Vgl. dazu Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983; vgl. dazu auch Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995, 314 ff.

⁵Vgl. Walter Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Graz 1951; Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991; Franz Bydlinski u. a., Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien/New York 1986.

⁶Vgl. dazu Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 188.

⁷Vgl. grundlegend zu diesem Begriff: Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl., Tübingen 1990, mit Klassifikation der Prinzipien 87 ff.; sowie Ronald Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1984, 56 ff.; Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1994, 254 ff.; Hans-Joachim Koch/Helmut Rüssmann, Juristische Begründungslehre, München 1982, 97.

⁸Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main 1996, 390; Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 188.

⁹Vgl. dazu Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, 143 ff.

¹⁰Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996, 390.

¹¹Vgl. dazu Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991, 131 f., 297 ff.

¹²Vgl. dazu Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., Freiburg 1994, 201 f.

Rechtsgemeinschaft herunter, und lässt sich übereinstimmend aufgrund beider Gedankengänge ein Rechtsgedanke formulieren, so handelt es sich um ein rechtsethisches Prinzip.¹³ Mit der Ausdehnung des Begriffs der Auslegung auf einen Fundus an Rechtsprinzipien, zusammengehalten von der Rechtsidee, hat sich die argumentative Bewegung der klassischen Lehre zur Totalität gerundet. Dabei ist diese Totalität strukturiert wie die stratifizierte Gesellschaft: über dem vom Adel der Prinzipien beherrschten Volk der Begriffe thront die Rechtsidee wie ein König – woran sich zeigt, dass die Bewusstseinsformen der vorangegangenen gesellschaftlichen Formation auch in der nachfolgenden zunächst noch dominant bleiben.

2. Das Recht verschwindet in der Entscheidung

Die Rechtsidee oder der Gedanke der Gerechtigkeit können aber den Konflikt der gegenläufigen Prinzipien nicht entscheiden. Die vom alteuropäischen Rechtsdenken vorausgesetzte objektive Erkenntnisgrundlage für die richterliche Entscheidung ist nicht verfügbar. Die Gerechtigkeit ist nämlich entweder formulierbar und damit nicht zentral, oder sie ist zentral, um den Preis, nicht formuliert zu werden. Ohne Zentrum kann das System der alteuropäischen Rechtsquellen aber nicht operieren. Wenn der Richter mit seinem Fall bei den Rechtsquellen zur Erkenntnis vorspricht, erhält er keine Antwort. Der gute Wille des Richters findet damit keinen Erkenntnispartner.

Wird aber die ehrwürdige Hierarchie der Rechtsquellen als bloße Metapher behandelt,¹⁴ stellt sich die Frage, ob man damit nicht in die Position des Dezisionismus gedrängt wird: "Der Begriff der Positivität legt eine Erläuterung durch den Begriff der Entscheidung nahe. Positives Recht gelte qua Entscheidung. Das führt auf den Vorwurf des 'Dezisionismus' im Sinne einer willkürlichen, nur von Durchsetzungsmacht abhängigen Entscheidungsmöglichkeit. Das aber führt in eine Sackgasse, da schließlich jedermann weiß, dass im Recht nie und nimmer beliebig entschieden werden kann. Irgendetwas ist bei diesem Raisonement also schiefgelaufen (...)"¹⁵ Es könnte sich also in dem Gegensatz von Rechtsquellenlehre und Dezisionismus ein grundlegendes Problem ankündigen. Dazu muss man das Zusammenspiel beider Positionen genauer betrachten.

Die herkömmliche Lehre von den Rechtsquellen sieht den Richter als Diener des Rechts. In seinem Urteil spricht er nur aus, was in die Hierarchie der Rechtsquellen bereits vorgegeben ist. In jedem praktischen Fall muss natürlich der Richter die Rolle der Rechtsquelle als Quasi-Subjekt übernehmen. Der Diener souffliert den Herrn. Es ist eine Doppelrolle. Und vor allem in jedem wirklichen Verfahren muss sich der Richter zum Herren über den Inhalts des Rechts machen, um seine Verständnisweise des Gesetzestextes gegen andere durchzuset-

¹³Vgl. dazu Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991, 133.

¹⁴Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 100 und öfter.

¹⁵Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 38 f.

zen, ohne selbst Verantwortung zu übernehmen. Die Unterworfenheit unter die Rechtsquelle ist damit nur die Fassade, hinter der sich der Übergang zur richterlichen Entscheidung ohne die Möglichkeit äußerer Kritik vollziehen kann.

Die Rechtsquellenlehre ist damit eine verdeckte Herrschaftstechnik. Sie liefert die Selbstdarstellung nach außen gegenüber anderen sozialen Systemen und insbesondere die Rechtfertigung gegen Kritik. Aber mit dem Dezisionismus gibt es eine zweite Variante juristischer Selbstreflexion. Danach ist das Gesetz bedeutungslos. Allein der Richter entscheidet, was Recht ist. Es handelt sich um die zynische, eher nach innen zu den Fachkollegen als nach außen zu den Laien gewendete Form des juristischen Bewusstseins. Die beiden Positionen sind keine Gegensätze. Sie ergänzen sich nach dem Muster einer klassischen Zweierbeziehung. Die Rechtsquellenlehre liefert nach außen hin die soziale Legitimation, während der Dezisionismus in aller Stille die Entscheidungen trifft. Der Dezisionismus liegt im Schatten der Rechtsquellenhierarchie und liefert alle Antworten, zu denen diese Instanzen gerade nicht in der Lage sind.

Wenn zwei gegensätzliche Positionen wie die Rechtsquellenlehre und der Dezisionismus sich als zwei Seiten lediglich der einen Medaille erweisen, dann kann die Problematik nur dieseits der damit vorgezeichneten Alternative liegen. Das Auseinanderfallen des alteuropäischen Rechtsdenkens in Gegensätze verweist auf einen uneingestandenen Zwiespalt der Praxis und den Unwillen, diesen zu bearbeiten. Es ist Reflex der Situation des Rechts der Moderne, das in Anspruch und Wirklichkeit von einem Widerstreit zwischen Gesetzesbindung und Entscheidungsmacht durchzogen ist, den es immer wieder nur als Praxis abarbeiten kann und über dem es seinem Begriff nach nie zur Ruhe kommt.

3. Das Paradox der Entscheidung

Wollte man die Entscheidung, die der Jurist zu treffen hat, schlicht als eine Wahl zwischen den im Verfahren vorgetragenen Rechtspositionen nach der Maßgabe einer Gesetzesnorm betrachten, so bliebe das bestenfalls nichtssagend. In Alternative können sich die im Verfahren vorgetragenen Rechtspositionen nur gegenüber stehen, wenn sie gleichermaßen als Recht betrachtet werden können. Ansonsten wären sie so weit gar nicht gekommen. Genau dieses Moment macht ja auch die Notwendigkeit aus, dass sich die beiden Positionen aneinander abarbeiten. Das heißt, die Prozessparteien versuchen, durch Argumente der Gegenpartei ihren Anspruch auf das Recht zu entziehen. Inwiefern ist aber dann noch Entscheidung notwendig? Offenbar deshalb, weil sie zum einen überhaupt als Recht zur Wahl stehen. Das macht ihre Alternativität aus. Und zugleich deshalb, weil nur eine von ihnen den Anspruch auf Recht nicht nur erheben, sondern tatsächlich auch verkörpern kann. Das macht ihre Alternativität aus. Auf einen schlichten Nenner gebracht dreht sich also die Apostrophierung der Entscheidung als Wahl in dem Kreis sagen zu müssen, dass die widerstreitenden Positionen deshalb zur Wahl stehen, weil die Wahl nur auf eine von ihnen fallen kann, also weil sie zur Wahl stehen. Diese Tautologie deutet an, dass hier ein

elementares Problem liegt. Etwas, was nicht so ohne weiteres aufgelöst werden kann, um der Entscheidung von vornherein ihre Spur zu weisen. Etwas, das daher nicht anderes sein kann, als die Entscheidung zu treffen, damit es sich um eine Entscheidung handelt. Es lauert hier ein Paradox, das sich mit Luhmann zunächst abstrakt anzeichnen lässt: „Manchmal wird die Mehrheit der Möglichkeiten als Alternative bezeichnet, manchmal nur jeweils eine Version aus der Menge der nicht gleichzeitig realisierbaren Möglichkeiten; und oft bleibt unklar, welche dieser beiden einander ausschließenden Bedeutungen gemeint ist. Diese Ambivalenz des Sprachgebrauchs scheint ein Indikator dafür zu sein, dass man es mit einer Paradoxie zu tun hat“.¹⁶ Für das Recht stellt sich dann die ernste Frage, ob es anders aufgelöst werden kann als durch schiere Deziision, wie bekanntlich Carl Schmitt meinte.

„Die Paradoxie des Entscheidens“ lässt sich dabei mit Luhmann zunächst nach dem Vorbild derjenigen der Beobachtung modellieren.¹⁷ Analog des Beobachterparadoxes sind „Entscheidungsparadoxien (...) unentscheidbar, weil jede Entscheidung ihr Gegenteil enthält.“¹⁸ Die Entscheidung kann sich also nicht erfassen gerade aufgrund der Voraussetzung, getroffen werden zu können und zu müssen: „Die Form ‚Alternative‘ ist also diejenige Form, die eine Beobachtung zu einer Entscheidung macht. Die Entscheidung bezeichnet diejenige Seite der Alternative, die sie präferiert.“¹⁹ So weit, so gut. Aber das Problem wird virulent mit der Frage, „wie denn die Entscheidung sich zu der Alternative verhält, innerhalb derer sie eine der Möglichkeiten zu bezeichnen hat.“²⁰ Denn die Antwort kann nur lauten, „dass die Entscheidung selbst in der Alternative gar nicht vorkommt. Die Entscheidung ist nicht etwa eine der Möglichkeiten, die man wählen kann (...). Aber ohne Alternative gäbe es auch keine Entscheidung; nur die Alternative macht die Entscheidung zur Entscheidung. Also scheint die Entscheidung das eingeschlossene ausgeschlossene Dritte zu sein; oder das Beobachten, das die Unterscheidung verwendet, sich aber bei diesem Vollzug nicht selber bezeichnen kann“.²¹

Mit anderen Worten, ganz so wie sich die Beobachtung nicht beobachten kann, kann die Entscheidung sich nicht entscheiden. Und hier droht sich nun jener Abgrund aufzutun, über den nach Carl Schmitt nur der deziisionistische Sprung helfen kann. Die Modellierung des Urteils als Rechtsanwendung vermag hier nicht zu helfen. Das war die vergebliche Mühe des Positivismus, die zugleich gegen ihren eigenen Willen gezeigt hat, warum sie scheitern musste. Denn der Jurist als Entscheider würde sich gern unsichtbar machen, damit sich die Entscheidung als Rechtsanwendung vollziehen kann. Das Urteil wird ihm zugerechnet. Es darf aber nicht seine Entscheidung sein. Er darf sie allenfalls vollziehen, weil sie sonst seine Entscheidung über Recht und nicht

¹⁶Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/ Wiesbaden 2000, S. 124.

¹⁷Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 123 ff.

¹⁸Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 131.

¹⁹Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 131 f.

²⁰Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 133.

²¹Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 134.

die Entscheidung des Rechts wäre. Allenfalls ist der Entscheider also, wie Luhmann mit Verweis auf Serres konstatiert, „der Parasit seines Entscheidens. Er profitiert davon, dass der Entscheidung eine Alternative zu Grunde liegt. Die Entscheidung vergeht, er bleibt. Die Entscheidung kann allenfalls noch Thema weiterer Kommunikation sein, den Entscheider kann man fragen (und damit anerkennen).“²²

Hier deutet sich nun auch der Weg nicht einer Auflösung des Entscheidungsparadoxes an, wohl aber seiner Bearbeitung im Sinne der Rationalität von Recht: „Die Entscheidung muss über sich selbst, aber dann auch noch über die Alternative informieren, also über das Paradox, dass die Alternative eine ist (denn sonst wäre die Entscheidung keine Entscheidung) und zugleich keine ist (denn sonst wäre die Entscheidung keine Entscheidung).“²³ Mit der Befragung des Entscheiders als „re-entry“, mit einer Beobachtung, die ihn unterscheidet auf die Frage hin, ob seine Entscheidung von Recht zu Recht oder Unrecht besteht, kann der kommunikative Zug des Entscheidens zum Tragen gebracht werden. Und zwar in den beiden Richtungen des Vorher und Nachher. Zurückbefragen lässt sich die Entscheidung als Thematisierung ihrer Begründung. Voranbefragen lässt sie sich als Kritik. Denn „kommuniziert nicht jede Entscheidung auch die Kritik an sich selber, weil sie zugleich mitteilt, dass sie auch anders möglich gewesen wäre? Die Entscheidung muss, könnte man auch sagen, eine Meta-Information mitkommunizieren, die besagt, dass der Entscheider die Autorität oder gute Gründe hatte, so zu entscheiden, wie er entschieden hatte.“²⁴ Hoffnungslos bleibt die Situation der Entscheidung also nur, wenn man sie aus der Zeit nimmt, wenn man sie also nur für sich nimmt, anstatt sie in der Zeit und damit als kontingent zu sich kommen zu lassen. Schneidet man sie von dem Vorangegangenen ab, mit dem sie natürlich in einen neuen Zustand bricht, so bliebe in der Tat nichts anderes übrig als mit Thomas Wirtz zu konstatieren, „Argumentation besitzt für die Entscheidung selbst keinerlei Bedeutung und deckelt nur nachträglich das Begründungsloch.“²⁵ Demgegenüber macht aber Gunther Teubner zu Recht darauf aufmerksam, dass die „Aufdeckung des Irrationalen nicht etwa das dezisionistische Ende der Analyse (ist), sondern erst ihr Anfang“²⁶ Daraus ergibt sich aber, dass „die Ansprüche an die Qualität der Begründungen im Angesichte ihrer Paradoxien“ gesteigert werden. „Oder anders: Das Irrationale der Entscheidung aufzudecken, bedeutet (...) nicht, die Gerechtigkeitsfrage zu suspendieren, sondern die Anforderungen an Gerechtigkeit zu intensivieren.“²⁷ Genau dies eben geschieht, wenn man

²²Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 134.

²³Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 140.

²⁴Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen/Wiesbaden 2000, S. 141.

²⁵Thomas Wirtz, *Entscheidung*. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 175 ff., 183

²⁶Gunther Teubner, *Ökonomie der Gabe*, S. 200.– *Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différence*, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 199 ff.

²⁷Gunther Teubner, *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différence*, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.),

das Paradox nicht verdunkelt mit dem Verweis auf die Faktizität, sondern es erneut aufreißt mit der Frage, warum die Entscheidung nicht anders oder gar gegenteilig getroffen wurde.

4. Die dezisionistische Lesart des Paradoxes

Aber ist diese Frage für das Recht überhaupt noch möglich? Die Systemtheorie liefert zu diesem Problem zwei Lesarten. Eine vor-dekonstruktive in Luhmann's Monographie "Das Recht der Gesellschaft" und eine dekonstruktive in Luhmann's Aufsatz "Die Metamorphosen des Staates" sowie den Arbeiten Teubners. Betrachten wir zunächst den vor-dekonstruktivistischen Lösungsvorschlag. Luhmann's Position in seiner Monographie "Das Recht der Gesellschaft" ist von einer starken Affinität zum Dezisionismus geprägt: "Wie Schmitt seine Weimarer Gegenwart in der verspielten Romantik attackierte, so argumentiert auch Luhmann strikt gegenwartsbezogen. Die überfordernde, weil code-multiplizierende Romantik öffnet nur den Blick auf ein historisches Modell und seine Überwindung, um diesen Erfolg in der Jetztzeit zu wiederholen. Der unernste, aber keineswegs lächerliche Gegner heißt Dekonstruktion. Alle systemtheoretische Sympathie für ein differenzbeobachtendes Modell endet im Moment des geforderten Aufschubs, dem ein Luhmann'sches Pathos des Abbruchs entgegentritt: „Die Daseinslage zwingt zu Verkürzungen, die an sich endlose Interpretation der Welt oder der Texte muss abgebrochen werden. Luhmann's Recht der Gesellschaft ist durchzogen von einer Polemik gegen dekonstruktives Zögern, hinter der eine Schmitt-analoge Kritik an luxurierendem Egoismus und verhängnisvoller Neutralisierung steht."²⁸ Luhmann vertraut hier also auf die Kraft der Entscheidung zur Entparadoxierung des Rechts. Er gibt allerdings zu, dass die Entscheidung diese Kraft nicht alleine hat. Denn als Entscheidung macht sie ja deutlich, dass auch anders entschieden werden könnte. Deswegen braucht sie die Hilfe der Begründung. Diese stellt eine Hilfsemanantik dar und ist als Supplemente der ideale Ansatzpunkt einer Dekonstruktion.²⁹ Das sieht auch Luhmann, wenn er konzediert, "dass Gründe etwas verschweigen müssen, und zwar ihre Redundanz. Sie verwenden Unterscheidungen mit ihrer bezeichneten, nicht mit ihrer unbezeichneten Seite. Was nicht bezeichnet wird, kann auch nicht benutzt werden. Als Verschwiegenes kann es nicht die Funktion eines Kriteriums übernehmen. Oder doch? Das führt auf die Frage, ob und wie das Verschwiegene zur Kritik, wenn nicht gar zur ‚Dekonstruktion‘ der juristischen Argumentation verwendet werden kann. Jedenfalls wohl nicht so, dass man sagt: ich weiß selbst nicht wie. Die Dekonstruktion führt nicht zur Rekonstruktion, sondern allenfalls nach der Regel ‚hit the bottom zu

Widerstände der Systemtheorie, Berlin 1999, S. 199 ff., 200.

²⁸Thomas Wirtz, Entscheidung. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: Albrecht Koschorke./Cornelia Vismann (Hrsg.), Widerstände der Systemtheorie, Berlin 1999, S. 175 ff., 179. Wirtz zitiert hier Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 312.

²⁹Vgl. zum Sprachgebrauch "Zusatzsemantik oder Supplemente" Niklas Luhmann, Metamorphosen des Staates, in: ders. Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 107.

einem Therapiebedarf. Man kann die Belehrung verweigern, bis man selbst hinreichend ratlos ist. Aber wer soll das Rechtssystem therapieren? Und wer übernimmt zwischenzeitlich die Funktion?“³⁰ Hier schreckt Luhmann vor dem Potential der Dekonstruktion zurück. Es bewegt ihn dabei der Schrecken, dass man „sehr gut ohne Religion und vielleicht ohne Kunst leben“ kann, „aber nicht ohne Recht und ohne Geld“.³¹ Er fürchtet also um die Stabilität des Rechtssystems. Diese Furcht treibt Luhmann in die Arme des Schmitt’schen Dezesionismus. Er trennt die Rechtsanwendung vom Recht. An die Stelle von substantieller Gerechtigkeit tritt der Zeitdruck der Entscheidung: „Im Als-ob einer idealen Versöhnung finden individueller Fall und allgemeines Gesetz zusammen – während die Unberechenbarkeit auf diesem Wege im Gerichtsverfahren unsichtbar gemacht wird, tritt sie auf dem anderen ins grelle Licht der Zumutung. Denn wo erst gar keine Ordnung herrscht und die Norm nicht zur Normalität gefunden hat, muss eine Entscheidung beiden erst zur Existenz verhelfen. Die Entscheidung ist nicht abzuleiten, weil ihr überhaupt nichts vorausgeht. Sie ist dort, wo vorher Unordnung war.“³² Obwohl Luhmann Carl Schmitt für überschätzt hält³³, übernimmt er hier dessen Denkweise: „Beiden Zugängen (Schmitt und Luhmann) in die Entscheidung ist das Moment inhaltlicher Gleichgültigkeit gemein. In ihm bricht die Vorgeschichte des Urteils abrupt ab, das selbst wiederum mit seiner nachfolgenden Begründung nur rhetorisch verknüpft werden kann. Die Systemgeschichte des Gerichtsverfahrens ist zentriert um eine Zäsur; Fall, Urteil und seine Begründung begegnen einander in einer Leerstelle (...) Luhmann präpariert den Spruch über Recht und Unrecht mit Schmitt’scher Entschiedenheit aus dem Verfahren heraus. Argumentation als Kompromiss einer rhetorisch vermittelten Logik besitzt für die Entscheidung selbst keinerlei Bedeutung und deckelt nur nachträglich das Begründungsloch.“³⁴ Stabilität des Rechts wird hier also erreicht, indem man die Entscheidung von der Argumentation im Verfahren und auch ihrer Zusatzsemantik, dem Supplement der Begründung, radikal abtrennt.

Aber lässt sich das Ziel der Stabilität überhaupt erreichen? Ist die richterliche Entscheidung überhaupt in der Lage, den Aufschub der Bedeutung durch die Kontexte und damit das Gleiten der Schrift ruhig zu stellen? „Interpretiert wird nicht zur Selbsterleuchtung, sondern zur Verwendung in kommunikativen Zusammenhängen, wie immer selektiv dann Ergebnisse, Gründe, Argumente vorgetragen werden und wie immer die Sicherheit, weitere Argumente nachschieben zu können, zur Inanspruchnahme und Anerkennung von Autorität

³⁰Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 370 f.

³¹Niklas Luhmann, *Schwierigkeiten mit dem Aufhören*, in: ders., *Archimedes und wir*, Berlin 1987, S. 74 ff., 79.

³²Thomas Wirtz, *Entscheidung*. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 175 ff., 183.

³³Thomas Wirtz, *Entscheidung*. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 175 ff., 176, Fn. 4, Nachweis eines Radiointerviews mit Luhmann.

³⁴Thomas Wirtz, *Entscheidung*. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 175 ff., 182 f.

beiträgt.“³⁵ Das Ruhigstellen der Schrift geschieht also nicht allein durch die Entscheidung, sondern wird ergänzt durch Argumentation und gute Gründe. Allerdings kann Luhmann nicht verleugnen, dass Gründe Texte erzeugen und Texte die Möglichkeiten erhöhen, nein zu sagen. Im ”Recht der Gesellschaft” sieht Luhmann für dieses Problem eine Lösung in der Stilisierung der Begründung. In der kontinental-europäischen Tradition wird die Begründung als richtige Exegese eines Textes stilisiert und findet damit die Gestalt einer objektiven Erkenntnis. In der angelsächsischen Tradition werden Meinungsverschiedenheiten im Kollegium dagegen publiziert und damit offengelegt. Darin sieht Luhmann aber kein Problem: ”Allerdings darf der Unterschied, vor allem für die neuere Zeit, nicht überschätzt werden; und außerdem ist zu bedenken, dass auch die festgehaltene Einzelfallkontroverse keineswegs den gesamten Ausschließungseffekt einer gut begründeten Regel sichtbar macht.“³⁶

5. Die dekonstruktivistische Lesart des Paradoxes

An dieser Stelle, wo Luhmann aus Furcht um die Stabilität des Rechts die Konsequenzen seiner eigenen Theorie abschneidet, wird seine dekonstruktive Selbstkorrektur ansetzen. Die Begründung und damit die Argumentation lässt die feste Regel des Rechts nicht unangetastet. Sondern verschiebt sie: Danach markiert jede kollektiv bindende Entscheidung gleichzeitig die Möglichkeit anderer Entscheidungen: ”Dies Dilemma des Einschlusses des Ausgeschlossenen, dies Problem des Systemgedächtnisses, das auch die nichtaktualisierten Möglichkeiten festhält, wird als Text verbreitet. Das multipliziert die Möglichkeiten, den Text anzunehmen oder abzulehnen, das heißt: die Entscheidung als Prämisse für weitere Entscheidungen zu verwenden – oder auch nicht. Die Information, also die konstative Komponente des Textes, die besagt, dass der Text kraft seines Ursprungs verbindlich ist, besagt noch nicht, dass er im weiteren Verlauf als verbindlich behandelt wird. Dazwischen vergeht Zeit, und Zeit heißt unabwendbar: Offenheit für Einflüsse aus dem unmarkierten Bereich des Ausgeschlossenen. Von der Texttheorie her gesehen, bedeutet dieser Befund, dass die im Text vorgesehenen Unterscheidungen dekonstruierbar sind und dass der Text selbst dazu den Schlüssel liefert.“³⁷ Ab hier hat sich die Rolle der Dekonstruktionen der Systemtheorie geändert. Sie ist nicht länger eine äußere Kritik des Rechts, welche von romantischen Individuen aus geht.³⁸ Sie wird jetzt nicht nur innerer, sondern auch konstitutiver Moment des Rechts. Jetzt nimmt Luhmann die Differenz zwischen der Entscheidung als Behauptung von Recht und ihrer Kommunikation als Entscheidung, die auch anders sein könnte, wirklich ernst. Das performative Element der Entscheidung

³⁵Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 364.

³⁶Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 370.

³⁷Niklas Luhmann, *Metamorphosen des Staates*, in: ders. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 106 f.

³⁸Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 172: ”Überhaupt darf man die romantische Bewegung als die vorläufig letzte gezielte Opposition gegen die Dominanz des binären Codes Recht/Unrecht einschätzen.”

lässt sich vom konstativen Element der behaupteten Rechtserkenntnis nicht festbinden. Darin liegt für Luhmann jetzt eine Stärke des Rechts. Es kann sich damit über Irritationen an gesellschaftlichen Strukturwandel anpassen. Die Begründungstexte der Gerichte speichern nicht einfach Vergangenheit, um sie der Gegenwart als mit sich identischen Sinn zur Verfügung zu stellen, sondern sie halten nicht aktualisierte Möglichkeiten fest und stellen sich neuen Kontexten zur Sinnverschiebung durch Lektüre bereit. Sie öffnen damit das Recht für "den unmarkierten Bereich des Ausgeschlossenen."³⁹ Die Regel bleibt also durch ihre beständige Begründung gerade nicht fest und unangetastet, sondern sie verschiebt sich und macht Metamorphosen durch. Das Recht beendet nicht den Streit der Bürger in der Stabilität der Entscheidung. Sondern die für das Recht kontingenten Streitigkeiten der Bürger verschieben ständig das Recht und zwingen es in Metamorphosen.⁴⁰

Aber kann darin eine Stärke liegen, dass das Recht den Bürgern nicht aufgezwungen wird, sondern von diesen beständig verschoben? Die funktional differenzierte Gesellschaft hat nach Luhmann, evolutionstheoretisch betrachtet, die Schwierigkeit, Varietät von Restabilisierung abzugrenzen. Anders formuliert, sie hat ihre Restabilisierung dynamisiert, so dass Veränderung zur Konstante wird. Genau an dieser Stelle könnte systemtheoretisch die Rolle der Dekonstruktion liegen. Sie hebt in der Begründung neben dem Moment der Reduktion das der Varietät heraus und öffnet damit das Recht für Außeneinflüsse und sein jeweils Unbeobachtbares. Hier lag der blinde Fleck der vordekonstruktiven Systemtheorie. Die unbestreitbare Leistung, die Autonomie des Sozialen zu begründen und gleichzeitig mit der System/Umwelt-Unterscheidung seine Auskernung in verschiedenen Sprachspielen zu belegen, macht diese Theorie "notwendig blind für Sinn-Zusammenhänge, die in Kommunikation und Bewusstsein oder die Gesellschaft und Individuen übergreifen."⁴¹ Das heißt also, dass die Beobachtung von Sprachspielen, die sich zu Institutionen ausgekernt haben, mit dem Risiko behaftet ist, diese Systeme zu isolieren. Beziehungen zwischen diesen Sprachspielen muss die Systemtheorie dann mit Hilfe der Kategorie struktureller Kopplung und Interpenetration ins Innere des jeweiligen Sprachspiels verlegen. Die Situation der Überdeterminierung eines Ereignisses durch mehrere Systeme kommt damit nicht in den Blick. Die Systemtheorie beobachtet nur die Irritationen in einem der beteiligten Systeme, nicht aber ihren Streit: "Die notwendige Blindheit der System/Umwelt-Unterscheidung wirkt sich dann massiv im systemtheoretischen Begriff der Gerechtigkeit aus. Entgegen verbreiteten Vorurteilen verabschiedet Luhmann nicht etwa Gerechtigkeit als abgestandenes alteuropäisches Gedankengut, sondern platziert sie an zentraler Stelle seiner Rechtstheorie, nun

³⁹Niklas Luhmann, *Metamorphosen des Staates*, in: ders. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Band 4, Frankfurt am Main 1999, S. 101 ff., 107.

⁴⁰Vgl. dazu auch Niels Werber, *Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht*, in: Uwe Wirth (Hrsg.), *Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften*, Frankfurt am Main 2002, S. 366 ff., 381 f.

⁴¹Gunther Teubner, *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différence*, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 199 ff., S. 209.

aber nicht mehr als internen Maßstab für die Entscheidung von Einzelfällen, auch nicht mehr als höchste innere Norm des Rechts, auch nicht mehr als externen politischen oder moralischen Wert, an dem sich das Recht ausrichten sollte, sondern als Kontingenzformel des Rechts, also als Verhältnis des Rechts zu seiner Umwelt. Nach Luhmann ist Gerechtigkeit adäquate Komplexität des Rechtssystems, höchstmögliche innere Konsistenz angesichts extrem divergierender Umwelтанforderungen. Aber auch hier offenbart sich der Mangel, dass die Umweltrelation zwar angezielt, aber nicht, als solche systemtheoretisch erfasst werden kann, sondern nur asymmetrisch, entweder aus der Innenperspektive des Rechtssystems oder aus einer externen Beobachterperspektive. Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft selbst, die Übersetzung von einem System in das andere, verschwindet im blinden Fleck der System/Umwelt-Unterscheidung. Diese Art von Gerechtigkeit wird daher allenfalls dem Rechtssystem selbst gerecht.⁴² Es bedarf also der Supplemente, damit das Recht umweltsensibel wird und neben der Herstellung von Redundanzen, seine zweite Aufgabe der Varietät, erfüllen kann. Gerechtigkeit bleibt damit als Aufgabe. Die Kontingenzformel muss ergänzt werden durch die Beobachtung der Art, wie die Entscheidung die Argumente im Verfahren berücksichtigt. Erst nach dieser dekonstruktiven Wendung der Systemtheorie gibt es tatsächlich die von Teubner konstatierte "enge strukturelle Kopplung von Entscheidungsnetzen und Argumentationsnetzen, die entscheidungsstrukturierende Kraft von Argumenten und die Steuerung von Redundanz und Varietät der Entscheidung durch Argumentation."⁴³ Der Schritt über den Dezisionismus hinaus führt also nicht in Sprachfassaden, welche nur die Funktion haben, die Brutalität der Entscheidung zu verdecken, sondern er führt in eine neue Problemstellung. Wie kann das Recht einen Ausgleich zwischen Redundanz und Varietät über die Streitigkeiten und Argumente der Bürger herstellen? Wenn die Begründung als Supplement der Entscheidung die Argumente der Verfahrensbeteiligten aufnimmt, relativiert sie damit den gewaltsamen Charakter der Entscheidung. Die zu Grunde gelegte Regel wird damit nicht einfach aus dem normativen Nichts den Beteiligten oktroyiert. Damit wären wir bei Carl Schmitt. Vielmehr wird über die Argumentation und die Darstellungszwänge des Richters in der Begründung die Erfindung der Regel für die Mitgestaltung durch die Beteiligten geöffnet. Die Entscheidung ist dadurch mit dem vorangegangenen Verfahren und den betroffenen Subjekten verknüpft. Wenn der Bürger eines Rechtsstaats einen Prozess verliert, trifft ihn nicht das Beil aus dem normativen Nichts. Er hat vielmehr in der Regel die Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen und diese sind nur sinnvoll, wenn es Maßstäbe gibt, an denen überprüft werden kann, ob es sich nur um eine Entscheidung oder um eine Rechtsentscheidung handelt. Die Möglichkeit, dies zu beurteilen, wird durch das Supplement der Begründung geschaffen. Die Entscheidung sagt nur,

⁴² Gunther Teubner, *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différence*, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 199 ff., S. 210.

⁴³ Gunther Teubner, *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différence*, in: Albrecht Koschorke/Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 199 ff., S. 200.

dass auch anders hätte entschieden werden können. Aber trotzdem muss der Betroffene sie hinnehmen, wenn in der Begründung seine Argumente integriert oder widerlegt sind. Das Recht ist damit trotz seines Entscheidungscharakters mehr als reine Gewalt.

6. Das Recht als Enthymen

Die Entscheidung als Paradoxie zu begreifen, ist ein Risiko. Denn es macht ein Stück der vom Gesetz nicht kontrollierbaren richterlichen Macht sichtbar und bringt damit eine politische Dimension ins Recht. Die Frage ist, ob damit nicht das Recht seine Einheit verliert und nicht mehr zu unterscheiden ist von der Politik.

Auf den ersten Blick ist die Abgrenzung zwischen Recht und Politik in der Systemtheorie klar. Es handelt sich um verschiedene soziale Systeme. Aber auf den zweiten Blick wird diese Abgrenzung schwierig. Der Rechtsordnung fehlt ja ein stabilisierender Zentralsinn, ein letzter Obersatz, welcher der richterlichen Erkenntnis Halt geben könnte. Nach der Verabschiedung der alteuropäischen Rechtsquellenlehre wird die Rechtsordnung damit zum Enthymem. Trotzdem scheint Luhmann die von ihm immer wieder betonte Geschlossenheit des Rechtssystems⁴⁴ dadurch nicht für gefährdet zu halten. Zur Stabilisierung dient dabei die Unterscheidung von Code und Programmen. Codierung ist im Recht die Unterscheidung von Recht und Unrecht. Programme sind Regeln, die über die Zuteilung dieser Werte in einem konkreten Fall entscheiden. In komplexen Gesellschaften können diese Programme sehr viel an Offenheit für wechselnde Umweltbedingungen aufweisen. Dies "führt jedoch niemals zur Auflösung der Einheit des Rechts, solange diese im System durch einen (und nur einen) Code präsentiert wird, der nirgendwo sonst in der Gesellschaft benutzt werden kann."⁴⁵ Das Wörtchen "solange" hat es in sich. Die Geschlossenheit des Rechts hängt daran, dass die Codierung stabil bleibt. Denn mit Hilfe der Codierung bewältigt das System die Kontingenz und die Vielzahl wechselnder Beobachter. Die Codierung schafft dies, indem sie die Kontingenz auf die Programmebene abschiebt. Aber damit stellen sich für die Codierung dieselben Probleme, die wir schon bei der Idee der Gerechtigkeit beobachtet haben. Der Zentralsinn oder die Codierung kann nur herrschen, wenn er leer bleibt. Sobald man ihn bestimmt, wird er zu einer bestreitbaren Aussage neben anderen. Man müsste die Codierung also semantisch gegen die Ebene der Programme abdichten können. "Wie aber lässt sich die Grenze zwischen einer Codebestimmung und einer semantischen oder einer semiotischen Unterscheidung ziehen? Ist der Code wahr/unwahr, nur eine funktionale und referenzlose Diskriminierung oder bereits eine semantisch induzierte Beobachtung? Und lässt sich eine semantisch leere Beobachtung überhaupt durchführen?"⁴⁶ Natürlich braucht man zur Beobachtung eine Unterscheidung und insoweit ist sie leer nicht möglich. Damit ist

⁴⁴Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, Kap. 2, S. 38 ff.

⁴⁵Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 93.

⁴⁶Vgl. dazu Nathalie Binczek, *Im Medium der Schrift. Zum dekonstruktiven Anteil in der*

das "solange" der Geschlossenheit des Rechtssystems eine praktische Frage, die sich in jedem Verfahren stellen kann. Die Geschlossenheit des Rechtssystems ist nicht einfach vorhanden, sondern sie steht auf dem Spiel.⁴⁷ Sonst unterliegt das Recht dem Risiko der Zweitcodierung durch andere Unterscheidungen.

Eine solche Zweitcodierung läge vor, wenn die Unterscheidung Recht/Unrecht inhaltlich besetzt wird und der Begriff des Rechts fixiert wird. Diese Besetzung muss nicht explizit erfolgen. Sie kann sich vielmehr stillschweigend vollziehen im Schatten der enthymematischen Struktur der Rechtsordnung. Das Enthymen beruht also auf der Ableitung des Falls aus dem Allgemeinen, ohne dies ausdrücklich zu machen. Der Schluss des Enthymens lässt die entscheidenden Prämissen unerwähnt, indem er offen lässt, was jeder weiß. Seine durchschlagene Kraft gewinnt aus der Glaubhaftigkeit eines Systems von Überzeugungen. Es beruht auf Plausibilität. Schon Aristoteles hatte daher das Enthymen als Umgang mit Wahrscheinlichkeit verhandelt. Man äußert gewisse Prämissen nicht, da sie sich ohnehin verstehen und daher als unnötig, langweilig und quälend empfunden würden. Brisanter wird dies, wenn diese Figur der Aufrechterhaltung zweifelhafter Prämissen dient. Das Recht könnte auch Unrecht sein. Vor dieser Frage bewahrt allein der bleibende Stand der Überzeugung. Und den erreicht man am besten, indem man sie nicht ausspricht und so dem Angriff der möglichen Negation aussetzt. Das Enthymen zielt auf Vereinnahmung. Selbstverständliche Prämissen bleiben unausgesprochen und zur geflissentlichen Komplettierung anheim gestellt. Es erscheint formal als unmittelbarer Schluss von a auf b und belässt es beim Stillschweigen über das „aufgrund c“, das c so scheinbar unange-tastet belässt.

Im Schweigen des Obersatzes überhört man das Dröhnen der Hegemonie. So vollzieht sich die Usurpierung des Obersatzes durch die Macht. Das gelingt umso besser, je stärker eben diese Macht zur Bemächtigung ist. Denn damit wird sie in ihrer schlichten Wirkungsfaktizität unbefragbar. Und das ermöglicht es, das Paradox durch Verschweigen zum Verschwinden zu bringen. Mit der Vereinnahmung des letzten Obersatzes von Recht kann die hegemoniale Macht als die Kraft der Deparadoxierung auftreten.

Die Frage nach dem Recht von Recht wird damit ersetzt durch die Frage, was unter den gesellschaftlichen Verhältnissen plausibel ist. Nach einer Antwort braucht in der azentrisch ausdifferenzierten Gesellschaft nicht lange gesucht zu werden. Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie, Mediensystem, Sozialwesen, Moral und andere stehen bereit, das Recht durch Zweitcodierung für sich einzunehmen. Auf diesem Wege soll es gelingen, aus partieller Macht das normative Kapital universaler Rationalität zu schlagen. Recht droht so vom Austragungsort von Konflikten zum Vehikel von Durchsetzung von Macht zu werden. Das gilt für das Kosten-Nutzen-Denken ebenso wie etwa für den militärischen Kalkül der Bedrohung und Abwehr. Macht, Effizienz, Wahrheit, Machbarkeit,

Systemtheorie Niklas Luhmanns, München 1994, S. 260.

⁴⁷Vgl. zu diesem Begriff Ernesto Laclau, Was haben leere Signifikanten mit Politik zu tun?, in: ders., Emanzipation und Differenz, Wien 2002, S. 65 ff.

oder Sicherheit treten an die Stelle der Gerechtigkeit. Das hat dann zur Konsequenz, dass die demokratisch legitimierte Ordnungsleistung des Rechts in den Imperialismus der jeweiligen Rationalitäten umschlägt.

Wie ist eine solche Zweitcodierung des Rechts zu erklären? Dazu muss man die Beobachtungsweisen von Systemtheorie und Dekonstruktion kombinieren.⁴⁸ Wenn man vor-dekonstruktiv allein von der Unterscheidung System/Umwelt ausgeht, kann man eine Zweitcodierung des Rechts nicht erfassen, weil Politik nur Politik machen kann und Recht nur Recht. Man muss dann annehmen, dass eine außerrechtliche Beeinflussung des Rechts unmöglich ist, weil das Recht entweder seine Autonomie behauptet, oder untergeht. Aber schon Luhmann selbst räumt die Möglichkeit von Grenzverletzungen ein: "Damit sind tiefgreifende Umgestaltungen des Rechts etwa als Folge politischer Umwälzungen natürlich nicht ausgeschlossen (...). Es ist bezeichnend genug, dass die nationalsozialistische Umfärbung des deutschen Rechts nicht primär über Gesetze geleitet wurde, sondern sich drastischer personalpolitischer Mittel bedient. Nur durch außerrechtliche Beeinflussung der richterlichen Entscheidungspraxis war zu erreichen, dass das gesamte Recht innerhalb kurzer Frist nach Maßgabe einer neuen 'Gesinnung' uminterpretiert wurde."⁴⁹ Diese Konzession ist auch folgerichtig. Denn die grundlegende Codierung eines Sozialsystems ist eine Unterscheidung und eine solche kann man immer nur semantisch treffen. Eine Semantik lässt sich aber gegen Kontexte nie abdichten und ist deswegen beständig davon bedroht, Teil des Spiels zu werden. Es stehen sich in einem Rechtsstreit nicht einfach zwei Sozialsysteme gegenüber, an die dann das Recht verteilt wird, sondern es stehen sich zwei Rechtsauffassungen gegenüber, zwei unvereinbare Vorstellungen von Recht und Unrecht.

Hier bewährt sich die von Teubner vorgeschlagene perverse Konstellation Systemtheorie und Dekonstruktion wechselseitig auf ihren blinden Fleck aufsitzen zu lassen. Die Grundunterscheidung der Dekonstruktion ist die von Signifikant/Signifikat, wobei wir auf der Seite des Signifikats immer nur weitere Signifikanten finden. Dadurch hat sie Schwierigkeiten, Stabilität zu erklären. Hier hilft die Ersetzung durch die Unterscheidung von System und Umwelt. Umgekehrt hat die Systemtheorie Schwierigkeiten, die Beziehung Recht/Gesellschaft zu präzisieren. Hier kann ihr die Unterscheidung von Text/Kontext anstelle der Unterscheidung von System und Umwelt helfen. Die Vorstellung, dass jede Wiederholung zu einer Verschiebung der Regel führen kann, macht aus der Form etwas Gespenstisches und Unscharfes. Dieser Nachteil bei der Beschreibung von Stabilität hat aber den Vorteil, Veränderungen besser erklären zu können. Es wird damit deutlich, dass die Codierung nicht so unberührt über den Programmen schwebt, wie es die Systemtheorie meist nahe legt. Sie ist vielmehr über Semantisierung ständig

⁴⁸Vgl. zu dieser Forderung Gunther Teubner, *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différance*, in: Albrecht Koschorke/ Cornelia Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, Berlin 1999, S. 199 ff., S. 204 f.

⁴⁹Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, S. 149.

von imperialistischen Übernahmen bedroht.

Daraus ergibt sich die Aufgabe des gerichtlichen Zentrums, die imperialistische Besetzung des Codes durch die Peripherie abzuwehren. Der von dort vorgeschlagene Begriff des Rechts muss einem re-entry unterzogen werden: Ist der im Rahmen der fremden Codierung entwickelte Begriff des Rechts Recht oder Unrecht? Nur durch diese Arbeit der Reparadoxierung kann man den Zustand, den Luhmann als vorhanden beschreibt, erreichen. Indem das Recht als leerer Signifikant erhalten bleibt, werden die kollidierenden Sozialsysteme gezwungen, in der sozialen Interaktion des Verfahrens herauszufinden, wo die Grenzen der Universalisierung ihrer Logik liegen. Das Recht kann also als "gentle civilizer"⁵⁰ funktionieren, wenn die Gerichte das wahrnehmen, was Teubner mittels eines Wiethölter Zitats als Hauptaufgabe der Juristen bezeichnet: "Rechtspflege als Pflege der Rechtsparadoxien selbst, ihre Erhaltung und Behandlung zugleich."⁵¹

Worin liegt der Unterschied zwischen der Performanz des Rechts und der Performanz der Macht? Der Macht geht es um Dezision, die mit Verfahren und Argumentation nichts zu tun hat. Nur das Ergebnis zählt. Aber der Traum des Dezisionismus von der Aufhebung des Konflikts in der Entscheidung ist nicht einlösbar. Der Konflikt bleibt. Denn es hätte ja auch anders entschieden werden können. Deswegen braucht man die Begründung. Aber natürlich reicht auch das nicht. Denn die Entscheidung hat etwas entschieden, was durch Erkenntnis nicht entschieden werden kann. Deswegen gibt es das Verfahren und die Argumentation. Sie ziehen die Streitparteien in die Entscheidung hinein. Auch dadurch wird der Konflikt nicht gelöst. Aber er hat im Durchlauf durch die Kühlsysteme des Verfahrens seine Temperatur geändert. Die abgegebene Hitze verändert natürlich auch das Kühlsystem. Es muss durch Rückkopplung neu justiert werden. Aber nur durch Änderung bleibt es stabil.

Dem Recht geht es um Aufschub durch Supplemente. Nur dadurch gerät es in Metamorphosen und bleibt lernfähig. Recht wäre damit die Verzögerung und Erschwerung des Machtspruchs durch Verfahren, Argumentation und Begründung. Der Entzug des Rechts aus dem Gesetz in das Verfahren, von dort in die Entscheidung, ihre Begründung und die daran anschließende Kritik kann negativ begriffen werden als auslieferndes Recht an die Macht. Aber es kann auch positiv begriffen werden als von Regeln der Kunst geordneter Versuch, die Verdinglichung der Gerechtigkeit zu verhindern.

Recht ist aus dem Streit der Parteien erst zu erzeugen. Erzeugen heißt aber nicht etwas zu machen, das gerade fehlt, etwas, das abwesend ist, anwesend zu machen. Das wäre nur eine Verlängerung der Präsenzmetaphysik. Recht ist weder im Gesetzestext anwesend, noch im Sprechen der Parteien, noch in der richterlichen Begründung. Recht existiert als Aufschub. Weil wir es im Text

⁵⁰Vgl. dazu Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, Regimekollisionen, S. 28 unter Bezug auf Koskeniemi, 2002.

⁵¹Rudolf Wiethölter zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, in: Gunther Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt/Main 1994, S. 89 ff., 113.

nicht finden können, deswegen sprechen wir. Und weil wir uns im Sprechen nicht einigen können, deswegen muss entschieden werden. Aber weil auch anders entschieden werden könnte, braucht man eine Begründung. Aber weil auch diese zur Überzeugung nicht ausreicht, braucht man dazu noch Rechtsmittel. Der Aufschub des Rechts endet auch nicht mit der Rechtskraft. Denn auch jetzt kann zwischen den Parteien in der Literatur weiter gestritten werden. Trotzdem: Auch wenn das Recht nie endgültig gefunden wird, ist mit seinem Aufschub im medialen Verbund des Verfahrens etwas erreicht. Das Gefühl des Unrechts ist ein Stück weit artikuliert. Der semantische Kampf ist ein Stück weit zur Argumentation kultiviert und das Ergebnis liefert weiteren Streitfällen bessere Gründe.