

Kontingenz, Redundanz, Transzendenz? Zum Gerechtigkeitsbegriff Niklas Luhmanns

Moritz Renner

Zusammenfassung¹

Niklas Luhmanns systemtheoretische Rekonstruktion der „Kontingenzformel Gerechtigkeit“ gilt als der anspruchsvollste Versuch einer positivistischen Gerechtigkeitstheorie. Der Versuch zielt darauf ab, den Begriff der Gerechtigkeit aus den Operationen des Rechtssystems selbst zu entwickeln und setzt an der formalen Konsistenz rechtlicher Entscheidungen an. Vielfach ist Luhmanns Theorie daher ihr vermeintlicher Verlust der Einzelfallgerechtigkeit vorgeworfen worden. Neuere, an der Dekonstruktion orientierte Luhmann-Interpretationen begegnen diesem Einwand, indem sie die Offenlegung der Selbstwidersprüche des selbstreferentiellen Rechtssystems als eine Form der Rechtskritik auffassen, welche dem Rechtsdiskurs zwar immanent bleibt, zugleich aber auf die Möglichkeit seiner Transzendierung verweist.

Die zunehmende „Vergerechtiglichung“ der Gesellschaft scheint gerade den Juristen unheimlich.² Während allerorten Forderungen nach sozialer, politischer und generationeller Gerechtigkeit erhoben werden, zieht sich die Rechtswissenschaft gern auf ihr „Proprium“³ zurück. Worin dieses Proprium besteht und ob den gesellschaftlichen Zumutungen an das Recht ein spezifisch juristischer Gerechtigkeitsbegriff gegenübergestellt werden könnte, bleibt dabei häufig im Unklaren.⁴ Der wohl „theoretisch anspruchsvollste Versuch einer positivistischen, auf dem positiven Recht aufbauenden Gerechtigkeitstheorie“⁵ stammt dagegen aus der Soziologie. Niklas Luhmann hat in seinem „Recht der Gesellschaft“ wie auch schon in früheren Schriften den Begriff der Gerechtigkeit in einer Weise bestimmt, die aus der Binnenperspektive des Rechts zumindest irritierend wirken muss.

Luhmanns Ausgangspunkt hierbei ist, „daß die Idee der Gerechtigkeit als *Kontingenzformel* des Rechtssystems

aufgefaßt werden kann“.⁶ Klar ist für ihn dabei, „daß die Voraussetzungen eines naturrechtlichen Gerechtigkeitsbegriffs entfallen sind“.⁷ Ohne den Hintergrund eines spezifisch systemtheoretisch informierten Vorverständnisses sind diese Aussagen zunächst wenig ergiebig. Insbesondere die Rede von der Gerechtigkeit als „Kontingenzformel“ scheint geradezu darauf angelegt, den Leser zu provozieren. Verstehen wir den Begriff der Kontingenz im aristotelischen Sinne, müssen wir dann davon ausgehen, dass eine gerechte Entscheidung eine ist, die zwar nicht beliebig, aber auch nicht notwendig ist – die also ist, wie sie ist, aber ebenso gut auch anders sein könnte? Weder für den Rechtsanwender noch für den Rechtstheoretiker scheint damit auf den ersten Blick viel gewonnen.

I.

Gerecht in einem gänzlich altmodischen Sinne werden wir Luhmanns Aussagen nur dann, wenn wir sie in den Zusammenhang einer umfassenderen Theorie stellen, in welcher der „späte Luhmann“⁸ eine universelle Gesellschaftstheorie entdeckt zu haben glaubte: der Systemtheorie. Die Untersuchung des Rechtssystems im „Recht der Gesellschaft“ (1993) ist dabei für ihn nur Zwischenstation auf dem Weg zu einer allgemeinen Theorie sozialer Systeme. In ihrer Luhmannschen Version hat sich diese Theorie weit von ihren Ursprüngen entfernt, die auf den amerikanischen Soziologen Talcott Parsons zurückgehen. Zugleich hat sie jedenfalls an deutschen Universitäten in den Sozial- und Geisteswissenschaften ein breites Echo gefunden. Im angloamerikanischen Sprachraum war die Rezeption dagegen eher verhalten.⁹ Die grundlegenden Postulate dieser Gesellschaftstheorie sollen hier - in aller Kürze und nicht ohne

1 Moritz Renner hat Rechtswissenschaft in Berlin, Padua und New York studiert. Er ist Mitarbeiter und Doktorand am Sonderforschungsbereich 'Staatlichkeit im Wandel' an der Universität Bremen.
2 Bernhard Schlink, *Der Preis der Gerechtigkeit*, Merkur 2004, 983-997.
3 Dazu vgl. nur die Beiträge in *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (Tübingen 2007).
4 Für eine kenntnisreiche Annäherung an die Fragestellung s. bes. *Thomas Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit* (Tübingen 2004).
5 *Ibid.*, 122.

6 *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 218.
7 *Ibid.*, 219.

8 Zur Unterteilung in den „frühen“ und den „späten“ Luhmann vgl. *Graf-Peter Calliess*, *Systemtheorie: Luhmann*, Teubner, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano* (Hg.), *Neue Theorien des Rechts* (Stuttgart 2006), 57-75.

9 Das „Recht der Gesellschaft“ etwa wurde erst 2005, zwölf Jahre nach seinem Erscheinen, ins Englische übersetzt. Dagegen wurde *Gunther Teubners* *Recht als autopoietisches System* (Frankfurt 1989) bereits 1993 ins Englische übertragen und konnte so einen gewissen Beitrag zur Verbreitung systemtheoretischen Gedankenguts an den US-amerikanischen law schools leisten.

Vereinfachung - mit besonderem Augenmerk auf das Rechtssystem dargestellt werden.

Alle sozialen Systeme – und damit auch das Rechtssystem – zeichnen sich für Luhmann aus durch ihre *Selbstreferentialität*.¹⁰ Der Begriff entwickelt ein Konzept weiter, das Luhmann von dem Biologen Humberto Maturana übernimmt, das der *Autopoiesis*.¹¹ Mit diesem Konzept sucht Maturana den zirkulären Prozess der Reproduktion von Zellen zu umschreiben, die aus sich selbst heraus im Sinne der aristotelischen *poiésis* „als ihr eigenes Werk“ weitere Zellen erzeugen.¹² Verallgemeinernd stellt Maturana fest, dass ein autopoietisches (biologisches) System sowohl seine Komponenten wie auch seine Grenze zur Umwelt selbst festlegt und sich damit gleichsam selbst definiert.¹³ Obwohl Biologen dem z.T. skeptisch gegenüberstehen, sieht Luhmann hierin einen Gedanken, der auch für soziale Systeme Geltung beanspruchen kann. Auch soziale Systeme definieren sich für ihn aus ihren eigenen Operationen heraus und grenzen sich dabei zugleich von ihrer Umwelt ab. Operationsmodus eines sozialen Systems ist dabei die *Kommunikation*, verstanden als Einheit von Mitteilung, Information und Verstehen.¹⁴ Während die Gesellschaft als soziales Meta-System alle Kommunikationen umfasst, sind ihre Subsysteme Recht, Politik, Religion etc. die Gesamtheit aller Kommunikationen, die sich an einem jeweils system-spezifischen Code orientieren. So identifiziert sich etwa eine Kommunikation als Teil des Rechtssystems, indem sie dem binären Code Recht-Unrecht folgt, d.h. eine Aussage über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit eines Sachverhalts macht. Alle anderen Kommunikationen sind für das Rechtssystem Teil seiner Umwelt. Überträgt man dieses Konzept nun auf das Rechtssystem, so kommt es – in den Worten Gunther Teubners – zu einem Tabubruch: gebrochen wird das Tabu der Zirkularität.¹⁵ Denn was Recht ist, ist nach dieser Theorie nur durch rechtliche Kommunikationen zu bestimmen, welche wiederum das Rechtssystem erst konstituieren. Daraus folgt, dass der Begriff des Rechts im Grundsatz nur tautologisch bestimmt werden kann: Recht ist, was Recht ist.¹⁶ Eine dem übergeordnete Idee des Rechts kennt Luhmann nicht. Vielmehr beruhen für ihn alle Selbstbeschreibungen moderner Gesellschaften

auf Tautologien oder Paradoxien,¹⁷ wesentlich für das Funktionieren sozialer Systeme ist jedoch, dass sie diesen Umstand verbergen, indem sie die ihnen zu Grunde liegenden Tautologien „entfalten“.¹⁸ Dies geschieht auf der Ebene ihrer *Programmierung*. Stark vereinfacht lässt sich sagen, dass hierbei die Verwendung der Unterscheidung Recht-Unrecht von einem differenzierten Konditionalprogramm abhängig gemacht wird („Recht ist, wenn ..“) und dadurch der tautologische Charakter des Rechtsbegriffs gleichsam unsichtbar gemacht wird.¹⁹ Dieser Prozess lässt sich zugleich als *Ausdifferenzierung* des Rechtssystems kennzeichnen: Durch die rekursive Bezugnahme rechtlicher Operationen auf rechtliche Operationen konstituieren sich die komplexen Rechtssysteme moderner Gesellschaften.²⁰

Weiterentwickelt wird der Autopoiesis-Gedanke in Luhmanns Theorie der *operativen Geschlossenheit* sozialer Systeme. Epistemologischer Hintergrund dieser Theorie ist der radikale Konstruktivismus, wie er sich etwa in den Schriften Heinz von Foersters²¹ finden lässt. Grundlegendes Postulat der Theorie ist, dass ein soziales System – in Analogie zum menschlichen Gehirn – nur insoweit für Einflüsse aus seiner Umwelt offen ist, wie seine eigenen Operationsregeln diese Einflüsse zulassen. Übertragen auf das Rechtssystem heißt das:

„Es ist kein attraktives System [erg. in Bezug auf nicht-rechtliche Kommunikationen]. Es sagt nur: wenn über Recht und Unrecht disponiert werden soll, dann nach meinen Bedingungen. Und nur in genau diesem Sinne ist das System ein operativ geschlossenes und strukturdeterminiertes System.“²²

Folge ist, dass Kommunikationen, die sich nicht am Code Recht-Unrecht orientieren wie etwa moralische Erwägungen als solche grundsätzlich nicht Teil des Rechtssystems sind, sondern – im Verhältnis zu ihm – Umwelt. Damit ist nicht gesagt, dass moralische Sachverhalte für das Rechtssystem immer irrelevant sind, sondern dass diese nur dann rechtliche Bedeutung haben, wenn sie sich auch als Kommunikation in den Kategorien von Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit ausweisen.

Deshalb scheint es auch zu kurz gegriffen, hierin wie Osterkamp²³ lediglich eine Reformulierung der positivis-

10 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme* (Frankfurt 1987), 31.

11 Niklas Luhmann/Dirk Baecker, *Einführung in die Systemtheorie* (Heidelberg 2002), 109.

12 *Ibid.*, 110 f.

13 Vgl. Humberto Maturana, *Autopoiesis in Milan Zeleny* (Hg.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organizations* (New York 1981), 21-32.

14 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme* (Frankfurt 1987), 191 ff.

15 Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System* (Frankfurt 1996), 1.

16 Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 168.

17 Niklas Luhmann, *Tautology and Paradox in the Self-Description of Modern Society*, in: *Sociological Theory* 6 (1988), 26-37, 33 f.

18 Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 168.

19 Vgl. *ibid.*, 165 ff., 215.

20 *Ibid.*, S. 57.

21 Vgl. etwa Heinz von Foerster, *Sicht und Einsicht. Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie* (Heidelberg 1999).

22 Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 72.

23 Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit* (Tübingen 2004), 125.

tischen Trennungsthese zu erblicken. Denn operative Geschlossenheit bedeutet nicht die völlige Abschottung des Systems gegenüber seiner Umwelt, sondern sie gibt lediglich den Wahrnehmungshorizont des Systems vor, der sich aber nur aus systemimmanenter Perspektive festlegen lässt. Die Außenperspektive auf die System-Umwelt-Unterscheidung ist dem Rechtssystem aus systemtheoretisch-konstruktivistischer Perspektive grundsätzlich unverfügbar,²⁴ allenfalls kann das System – im Modus der *Beobachtung zweiter Ordnung* –²⁵ seine eigene Verwendung von Selbst- und Fremdreferenz beobachten. Trotz seiner operativen Geschlossenheit ist das System aber *kognitiv offen*, es kann Einflüsse seiner Umwelt durchaus verarbeiten – allerdings nur nach seinen eigenen Regeln, nicht durch „Anstoß von außen“.²⁶ So ist das Rechtssystem für außerrechtliche Erwägungen nicht gänzlich blind, diese haben allerdings keinerlei *normative* Qualität: „Das System kann Tatsachen nicht als Nichttatsachen behandeln, wenn sie rechtlich relevant sind. Aber die Tatsachen können die Normen nicht ändern.“²⁷ Denn auf normativer Ebene ist die Schließung des Systems geradezu funktionsnotwendig: Nur so können normative Erwartungen „gegenüber Enttäuschungen stabil gehalten werden“.²⁸ Hierauf wird im Rahmen der Diskussion des Luhmannschen Gerechtigkeitsbegriffs zurückzukommen sein. Mit Calliess lässt sich aber an dieser Stelle festhalten:

„Der Begriff der *Autopoiesis* zielt (...) nicht auf eine Alternative zwischen offenem und geschlossenem Rechtssystem, sondern nur zwischen operativ geschlossenem Rechtssystem oder gar keinem Rechtssystem, wobei operative Geschlossenheit informationelle Offenheit (...) erst ermöglicht und kausale Beziehungen zwischen System und Umwelt nicht ausschließt.“²⁹

II.

Vor diesem Hintergrund wird nun das Spezifische am Gerechtigkeitsbegriff Luhmanns erkennbar. Die theoretische Ausgangslage stellt sich dabei zunächst als Dilemma dar: auf der einen Seite muss nach dem soeben Ausgeführten der Gerechtigkeitsbegriff, um überhaupt im Rechtssystem

tem kommunizierbar zu sein, systemimmanent definiert werden; auf der anderen Seite lässt die binäre Codierung des Rechtssystems „Gerechtigkeit“ als dritten Wert neben der Recht-Unrecht-Unterscheidung nicht zu.³⁰ Luhmann gibt sich aber nicht damit zufrieden, die Gerechtigkeitsfrage angesichts dessen in den Bereich des Ethischen zu verschieben – vielmehr will er die Maxime der Gerechtigkeit derart in das Rechtssystem integrieren, dass „das System sich mit ihr als Idee, Prinzip oder Wert identifiziert“³¹. Es geht aber eben nicht um eine außerhalb des Rechtssystems liegende, sondern um eine im Rechtssystem selbst generierte Idee. Ansatzpunkt kann dabei angesichts der Binärcodierung des Rechtssystems nur die Ebene seiner Programmierung sein – die „Gleichheiten/Ungleichheiten der ‚Wenns‘ der Konditionalprogramme“³². Mit diesen zunächst kryptisch anmutenden Postulaten sind zwei grundsätzliche Erwägungen verbunden. Zum einen muss jeder Begriff von Gerechtigkeit jedenfalls soweit „formalisiert“³³ werden, dass er innerhalb des Rechtssystems operabel wird. Dies aber kann im Rahmen eines autopoietischen Systems nur durch Bezugnahme auf Operationen des Systems selbst erfolgen. Zum anderen, und damit eng verbunden, verschiebt sich hierbei der Ausgangspunkt gerechtigkeits-theoretischer Überlegungen von der Einzelfallgerechtigkeit zur Systemgerechtigkeit. Ausgangspunkt der Gerechtigkeit ist für Luhmann die Gleichheit – verstanden als Forderung, gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu behandeln.³⁴

Dabei wird nun aber auch deutlich, warum Gerechtigkeit sich in der Systemtheorie – jedenfalls für einen externen Beobachter –³⁵ als Kontingenzformel erweist. Die Entscheidung über die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung eines Falles in Bezug auf andere Fälle kann die Rechtsanwendung nur treffen, indem sie „sich selbst im Kontext anderer Entscheidungen verorte[t]“.³⁶ Die Entscheidung muss sich also auf die Ebene einer Beobachtung zweiter Ordnung begeben: Sie muss „beobachten, wie das Recht durch andere Beobachter beobachtet wird“, sei es durch den Gesetzgeber oder durch andere Gerichtsentscheidungen.³⁷ Damit schließt sich aber wiederum der Zirkel der Entscheidungsbegründung: Die Gleichheit/Ungleichheit der

24 Jedenfalls sofern man an dieser Stelle noch die Möglichkeit eines sog. Re-entry der Unterscheidung in das System selbst ausklammert, vgl. Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 76.

25 Vgl. *ibid.*, 77.

26 *Ibid.*, 83.

27 *Ibid.*, 85 ff.

28 *Ibid.*, 80 und 61.

29 *Graf-Peter Calliess*, *Systemtheorie: Luhmann*, Teubner, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hg.), *Neue Theorien des Rechts* (Stuttgart 2006), 57-75, 61.

30 Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 216.

31 *Ibid.*, 219.

32 *Ibid.*, 231.

33 Diesen Begriff übernehme ich von *Thomas Osterkamp*, *Juristische Gerechtigkeit* (Tübingen 2004), 126.

34 Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 223 f.

35 *Ibid.*, 219.

36 *Ibid.*, 236.

37 *Ibid.*

Fallentscheidung und damit die Gerechtigkeit der Operationen des Rechtssystems ergibt sich allein aus der Bezugnahme auf die Operationen des Rechtssystems selbst. Es ist diese Zirkularität, welche den Begriff der Kontingenzformel rechtfertigt.³⁸

Bleiben wir damit bei der Annahme, dass man „Gerechtigkeit auch als Konsistenz des Entscheidens bezeichnen“³⁹ kann, so kann es nicht verwundern, dass wir bei Luhmann eine gewisse Affinität zu den Rechtsordnungen des *common law* finden. Denn geradezu paradigmatisch findet sich dort eine gerichtliche Argumentationspraxis, welche durch Bezugnahme auf andere Entscheidungen um „Konsistenzpflege“ bemüht ist. Wenn Luhmann aber ausdrücklich davor warnt, die Unterschiede zwischen kontinentaleuropäischer und angelsächsischer Rechtskultur überzubewerten,⁴⁰ dann können wir davon ausgehen, dass er in diesen Mechanismen auch allgemeine Strukturmerkmale des Rechtssystems erblickt. Das ist deswegen bedeutsam, weil sich an Luhmanns Ausführungen zur Argumentationspraxis des *common law* exemplarisch ablesen lässt, was für ihn unter dem Begriff des konsistenten Entscheidens zu verstehen ist. Denn natürlich kann es dabei nicht um die materielle Gleichbehandlung von Fällen in dem Sinne gehen, dass die vordergründig für das Rechtssystem als irrelevant abgetanen ethischen Erwägungen nun doch ihren Weg ins Zentrum der juristischen Devison fänden.

Mit der Frage nach der Konsistenz des Entscheidens stoßen wir zum Kern des systemtheoretischen Gerechtigkeitsverständnisses vor. Der Konsistenzbegriff erschließt sich dabei wiederum unter Bezugnahme auf die empirischen Wissenschaften, in diesem Falle die „technisch interessierte Informationstheorie“.⁴¹ Von grundlegender Bedeutung ist dabei das von Luhmann in diesem Zusammenhang eingeführte Konzept der *Redundanz*. Im Sinne der Informationstheorie lässt sich dieses Konzept funktionell dahingehend definieren, „dass ein System über etablierte Redundanzen eine Überlastung mit Informationen abwehrt, aber gerade auf diese Weise neue Feinheitgrade im Unterscheiden und Bezeichnen gewinnen kann“.⁴² Wesentlich ist also wiederum die rekursive Bezugnahme des Systems auf seine eigenen Operationen, die einerseits dazu führt, dass ein *overload* des Systems durch Umweltinformationen abgewehrt wird, andererseits aber auch eine immer weitergehende Ausdifferenzierung der

systemeigenen Unterscheidungen und Begriffsbildungen zur Folge hat. Es geht dabei, wie Dreier bemerkt, um die angemessene Reaktion auf die „Überforderung des Rechtssystems durch die Überkomplexität moderner Gesellschaften“.⁴³

Luhmanns Gewährsmann in diesem Zusammenhang ist der Harvard-Politologe Martin Shapiro, der Entsprechendes bereits 1972 anhand der *common law*-Doktrin des *stare decisis*, d.h. der Präjudizienbindung der Gerichte, entwickelt hat:

„[s]tare decisis viewed as redundancy is a fully rational, probably indispensable, method of solving the problem of syntactic noise in a system with very high message loads – which any system that proceeds case by case inevitably is.“⁴⁴

Redundanz, stellt schon Shapiro fest, ist die „invisible hand“ des Rechtssystems.⁴⁵ Das Problem konsistenten Entscheidens geht damit auf in der Frage nach der angemessenen Reduktion von Komplexität durch das Rechtssystem.⁴⁶ Gleichzeitig führt das nach Luhmann zu einer erneuten Reformulierung des Gerechtigkeitsproblems: „Gerechtigkeit ist Redundanz“⁴⁷. Diese Redundanz lässt sich allerdings nicht nur durch Präjudizienargumentation sondern auch - was für die kontinentaleuropäische Auslegungstradition bedeutsamer ist - durch die Kanonisierung bestimmter argumentativer topoi, durch das „Bewahren und Wiederverwenden von Unterscheidungen“⁴⁸ erreichen. Zugleich erhält ausreichende Redundanz „die prekäre, kontrafaktische Stabilität“ aufrecht, „die normatives Erwarten sich zumutet“,⁴⁹ Normativität entsteht durch Wiederholung. Insoweit ist, wie Osterkamp zu Recht feststellt, gerade die Formelhaftigkeit und Wiederholbarkeit der juristischen Sprache notwendige „Bedingung für die konsistente Koordination von Entscheidungen und in diesem Sinne Bedingung für Gerechtigkeit“.⁵⁰ Damit erweist sich zugleich „die rechtssysteminterne Arbeit an Rechtstheorie, juristischer Dogmatik, Prinzipien und Begriffen des Rechts“ als „Arbeit an Gerechtigkeit“.⁵¹ Luhmanns Theorie

43 Ralf Dreier, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, in: *ders.*, *Recht - Moral - Ideologie* (Frankfurt 1981), 270-285, 271; ähnlich Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in: *ders.*, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt 1981), 374-418, 391.

44 Martin Shapiro, *Towards A Theory of Stare Decisis*, in: *Journal of Legal Studies* 1, 125-134, 133.

45 *Ibid.*, 131.

46 So schon Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in: *ders.*, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt 1981), 374-418, 388.

47 Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 356.

48 *Ibid.*, 385.

49 *Ibid.*, 254.

50 Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit* (Tübingen 2004), 130.

38 Vgl. *ibid.*, 220.

39 *Ibid.*, 227.

40 *Ibid.*, 365, ähnl. 350 f.

41 *Ibid.*, 352.

42 *Ibid.*, 353 f.

der Gerechtigkeit ist damit letztlich nicht trennbar von einer Theorie der juristischen Argumentation.

Geht es uns aber um Gerechtigkeit durch eine umweltadäquate Komplexität des Rechtssystems, so ist diese mit dem Begriff der Redundanz nur unzureichend beschrieben. Luhmann führt deshalb den ergänzend den Begriff der *Varietät* ein. Dieser soll der Tatsache Rechnung tragen, dass im Rahmen einer „adäquaten Komplexität des konsistenten Entscheidens“ die „Adäquität (...) sich aus dem Verhältnis des Rechtssystems zum Gesellschaftssystem“ ergibt, aus seiner „Responsivität“ bzw. „Irritabilität“ gegenüber dem Gesellschaftssystem.⁵² Bezeichnet wird damit die Fähigkeit des Rechtssystems, auf neue und unvorhergesehene Situationen zu reagieren; Varietät ist „die Anzahl und Verschiedenartigkeit der Operationen, die ein System als eigene erkennen und durchführen kann“⁵³. Zugleich hält Luhmann es für zu kurz gegriffen, Redundanz und Varietät als konträre Erfordernisse anzusehen, er erblickt hierin vielmehr „aneinander steigerungsfähige Sachverhalte“⁵⁴. Gemeint ist damit, dass bestimmte Formen von Redundanz „mit mehr Varietät kompatibel“ sind als andere; als Beispiel führt er das Prinzip der Rechtsfähigkeit an, das durch unterschiedliche Verknüpfungen der Konditionalprogramme des Rechtssystem gänzlich unterschiedlichen Zwecken dienen kann: die rechtsfähige Gesellschaft kann klagen und verklagt werden, ist zugleich aber auch Instrument zur Haftungsbeschränkung und Kapitalakkumulation.⁵⁵ Allgemein gilt damit für Luhmann:

„dass ein ausdifferenziertes Rechtssystem operative Geschlossenheit und hohe Irritabilität und, auf der Ebene seiner Selbstbeobachtung, Redundanz und Varietät zugleich gewährleisten muss.“⁵⁶

All dies stützt aber auch die eingangs gemachte Prämisse, dass für einen systemtheoretischen Gerechtigkeitsbegriff Einzelfallgerechtigkeit ohne Systemgerechtigkeit nicht denkbar ist. Luhmann konstatiert zwar, die Norm der Gerechtigkeit müsse „im Einzelfalle eine Orientierung vermitteln“ und es dürfe „nicht allein aus der Zugehörigkeit der Norm zum Rechtssystem gefolgert werden, dass sie gerecht ist“,⁵⁷ nicht jede Kommunikation über Recht und Unrecht ist als solche schon gerecht. Hinzukommen muss eine argumentative Bezugnahme auf das Rechtssystem als

Ganzes.⁵⁸ Wo kein Rechtssystem – so kann man daraus jedenfalls folgern – da auch keine (juristische) Gerechtigkeit.

III.

An dieser Stelle liegt auch der erste Ansatzpunkt der Kritik des Luhmannschen Gerechtigkeitsbegriffs durch Dreier und – im Anschluss hieran – Osterkamp. Eine frühe Auseinandersetzung mit dem Luhmannschen Gerechtigkeitsbegriff finden wir dabei in einem Aufsatz Ralf Dreiers aus dem Jahr 1974⁵⁹, auf den auch Osterkamp mehrfach Bezug nimmt. Allerdings ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass Dreiers Kritik sich allein mit einer Intervention Luhmanns aus dem vorangegangenen Jahr⁶⁰ auseinandersetzt. Kritisiert wird also eine Gerechtigkeitskonzeption Luhmanns aus der Zeit vor dessen „autopoietischer Wende“ in den frühen achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts. Den Gedanken der Gerechtigkeit als „adäquate Komplexität des Rechtssystems“ hatte Luhmann jedoch schon damals⁶¹ geäußert. Dreier hält diese Umschreibung des Gerechtigkeitsbegriffs insofern für unzureichend, als er sie nicht nur auf das Rechtssystem als Ganzes, sondern auch auf Einzelentscheidungen beziehen will.⁶² Auch in diesen, so meint er, gehe es schließlich um eine adäquat komplexe Erfassung der Lebenswirklichkeit.⁶³

Ziel dieser Kritik, der sich auch Osterkamp anschließt,⁶⁴ ist es, die bei Luhmann vorgeblich fehlende Einzelfallgerechtigkeit als Schwäche seiner Theorie herauszustellen. Denn der „Verlust der Einzelfallgerechtigkeit“ stelle „offenkundig einen Problemverlust“ dar.⁶⁵ Auf die Evidenz dieses vermeintlichen Problemverlusts wird sogleich zurückzukommen sein. Interessant ist aber zunächst die Antwort, die uns Dreier und Osterkamp für die von ihnen

51 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 11.

52 *Ibid.*, 225.

53 *Ibid.*, 358.

54 *Ibid.*, 360.

55 *Ibid.*, 359.

56 *Ibid.*, 361.

57 *Ibid.*, S. 222.

58 Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass diese Bezugnahme die Entscheidung des Rechtsanwenders im Einzelfall determiniert – im Gegenteil. Mit von Foerster gilt für Luhmann: „Entscheidungen gibt es nur, wenn prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur Unentschiedenes!) vorliegt“, *ibid.*, 308; ebenso schon Heinz von Foerster, *Ethics and Second-Order Cybernetics*, in: *Stanford Humanities Review* 4, 308-327, 313.

59 Ralf Dreier, *Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems*, in: *ders.*, *Recht - Moral - Ideologie* (Frankfurt 1981), 270-285; zuerst erschienen in *Rechtstheorie* 1974, 189-200.

60 Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, zuerst erschienen *Rechtstheorie* 1973, 131-167.

61 Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in: *ders.*, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt 1981), 374-418, 388.

62 Ralf Dreier, *Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems*, in: *ders.*, *Recht - Moral - Ideologie* (Frankfurt 1981), 270-285, 272.

63 *Ibid.*, 273.

64 Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit* (Tübingen 2004), 135.

65 *Ibid.*, 134.

aufgeworfene Frage nach der Einzelfallgerechtigkeit präsentieren. Dreier meint hierzu, die von Luhmann für das Rechtssystem als Ganzes gegebenen Begriffserläuterungen müssten „umdefiniert werden“, um im „Einzelverfahren als Sozialsystem()“ Anwendung finden zu können.⁶⁶ Wie aber etwa der – von ihm auch genannte - Begriff der Varietät sinnvoller Weise auf eine Einzelentscheidung bezogen werden kann, erläutert uns Dreier nicht. Klar wird jedenfalls, dass es ihm um die „Informationsverarbeitungskapazität“⁶⁷ im Einzelverfahren geht. Dahinter steht die von Luhmann in seiner Replik⁶⁸ kritisierte vernunftidealistische Annahme, Gerechtigkeit sei letztlich durch ein „Höchstmaß an sprachlich-begrifflicher Klarheit und sachlicher Informiertheit“⁶⁹ zu erreichen. Dreier wendet sich damit, wenn auch auf Umwegen, aber gerade wieder dem tugendorientierten Gerechtigkeitsverständnis zu, das Luhmann für den ausdifferenzierten Gesellschaften der Moderne nicht mehr angemessen (und unpraktikabel) hält. Unverständlich bleibt in diesem Zusammenhang Osterkamps Behauptung, „Luhmann selbst“ habe in diesem Punkt die Unzulänglichkeit seiner Theorie „später mit Einschränkungen zugestanden“.⁷⁰ Die dazugehörige Fußnote verweist auf die erwähnte Replik Luhmanns, in der nur ein „einziger ernsthafter Gegeneinwand“⁷¹ formuliert worden sei; dass hierin ein (konkludentes?) „Zugeständnis“ erblickt wird, kann jedoch nicht überzeugen.

Zweifelhaft ist aber auch, inwieweit die von Dreier und Osterkamp geäußerte Kritik überhaupt den autopoietisch gewendeten Luhmann im „Recht der Gesellschaft“ (Erstauflage 1993) trifft. Insbesondere muss Osterkamp sich insofern den Vorwurf gefallen lassen, in seinen Ausführungen nicht ausreichend zu unterscheiden zwischen den frühen Überlegungen Luhmanns (Rechtstheorie, Jg. 1973) und dessen Spätwerk, welches zwar den gleichen Grundlinien folgt, zugleich aber erstmalig die Rekursivität rechtlicher Operationen in den Vordergrund rückt. In diesem Lichte erscheint jedoch die Dichotomie von System- und Einzelfallgerechtigkeit als unterkomplexe Formulierung des Problems, weil sie der von Luhmann postulierten Selbstreferentialität des Rechtssystems nicht ausreichend

Rechnung trägt. Zwar gilt wohl auch für den „späten“ Luhmann, dass das Gerechtigkeitskriterium „nicht mehr als direkt anwendbare Entscheidungsnorm zur Verfügung steht“⁷², jedoch beschreibt er nun eben auch die Möglichkeit der Repräsentation des Gerechtigkeitsprinzips in der Einzelentscheidung – als „Repräsentation der Einheit des Systems im System“⁷³. Einzelfallgerechtigkeit gibt es dabei durchaus – sie wurzelt jedoch in der Rekursivität rechtlichen Entscheidens und ist damit notwendigerweise zirkulärer Natur. Begreifen lässt sie sich als Selbstvergewisserung und Selbstbeschreibung der Entscheidung, welche „sich selbst im Kontext anderer Entscheidungen verorten [muss]“⁷⁴. Gerechtigkeit entsteht damit gerade aus der Tatsache, dass jede Einzelfallentscheidung vor dem Hintergrund der Gesamtheit aller anderen Entscheidungen rechtefertigungsbedürftig ist und sich damit notwendigerweise in die kommunikativen Zwänge des Rechtssystems fügen muss.

Gerade die Schlussfolgerung Osterkamps, Luhmanns Theorie führe zu einem „Verlust an Einzelfallgerechtigkeit“,⁷⁵ erweist sich deshalb in dieser Form als problematisch. Dass „Gerechtigkeit nur in der Art [gefunden wird], wie das Rechtssystem als ganzes Entscheidungsmöglichkeiten limitiert“,⁷⁶ ist in einem autopoietischen System nämlich nicht notwendigerweise ein Verzicht auf Einzelfallgerechtigkeit. Der Modus der „Beobachtung zweiter Ordnung“ erlaubt es, die Reflexion über die Konsistenz des Entscheidens in jedes Einzelverfahren zu integrieren. Gerechtigkeit verstanden als Redundanz ist damit auch und gerade jede einzelne Entscheidung in ihrer Bezugnahme auf das Ganze des Rechtssystems und – hierin liegt das unhintergehbare Paradox des Entscheidens – in der Erzeugung neuer Redundanzen durch die Einzelfallentscheidung selbst.

Ernstzunehmender ist dagegen ein zweiter Einwand der Luhmann-Kritik, der von Osterkamp als Problem der Beobachterperspektive formuliert wird: Für den Juristen, meint er, sei mit Luhmanns Ausführungen zur adäquaten Komplexität des Rechtssystems wenig gewonnen, da diese ja „nach der Logik eines autopoietischen Systems nur für die soziologische Beobachterperspektive“ überhaupt er-

66 Ralf Dreier, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, in: *ders.*, *Recht - Moral - Ideologie* (Frankfurt 1981), 270-285, 274.

67 *Ibid.*

68 Niklas Luhmann, Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführungen Ralf Dreiers, in: *Rechtstheorie* 1974, 201-203.

69 Ralf Dreier, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, 270-285, 278.

70 Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit* (Tübingen 2004), 135.

71 *Ibid.*, Fn. 99.

72 Niklas Luhmann, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: *ders.*, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt 1981), 374-418, 390.

73 Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 217.

74 *Ibid.*, S. 236

75 Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit* (Tübingen 2004), 134.

76 Niklas Luhmann, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in: *ders.*, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt 1981), 374-418, 392.

kennbar werde.⁷⁷ Das veranlasst Osterkamp dazu, die systemtheoretische System-Umwelt-Unterscheidung aufgeben zu wollen.⁷⁸ Andernfalls, so meint er, könne nicht verhindert werden, dass die Gesellschaft „in ihre ausdifferenzierten Teilsysteme auseinanderfällt“.⁷⁹ Eine rechtliche Entscheidung, so das Argument, sei eben nicht nur in Bezug auf das gesellschaftliche Teilsystem Recht, sondern auch mit Blick auf die Gesellschaft als Ganze zu rechtfertigen. Notwendig sei demnach, dass die Entscheidungen des Rechtssystems allgemein als sachgerecht akzeptiert würden und dadurch „inhaltliche Legitimation“ erführen; diese Legitimation aber setze zwingend einen „moralischen Standpunkt“ voraus.⁸⁰

In der Tat ist mit diesem Perspektivenproblem eine der zentralen Schwierigkeiten eines systemtheoretischen Gerechtigkeitsbegriffs gekennzeichnet. Denn die Frage, ob und in welcher Form juristische Kommunikation ihre Angemessenheit in Bezug auf die Gesellschaft als Ganze überhaupt reflektieren kann, lässt Luhmann weitgehend offen. Es scheint ja auch kaum denkbar, dass etwa der BGH seine Entscheidungen mit direktem Verweis auf ein wie auch immer geartetes System-Umwelt-Verhältnis begründen könnte. Jedoch hat Luhmann die beschriebene Schwierigkeit selbst durchaus erkannt. Den Umgang mit dieser Problematik verortet er konsequenterweise auf der Ebene der Selbstreflexion des Rechtssystems: Hier ist die „Differenz von Varietät und Redundanz (...) eine Form, mit der das System als System-in-einer-Umwelt operiert“⁸¹. Es bleibt aber dabei, dass diese Differenz für das System selbst unsichtbar bleibt. In seiner eigenen Darstellung kommt es an dieser Stelle zu einem „Übergang (...) von der Beobachtung zweiter zur Beobachtung dritter Ordnung“; beobachtet wird nun das Rechtssystem aus der Außenperspektive der Soziologie. Von diesem Standpunkt aber stellt sich das argumentative Spiel von Redundanz und Varietät folgendermaßen dar:

„Argumentieren erscheint jetzt (...) als massenhaftes und gleichzeitiges Geschehen in einem komplexen System – ohne klare Linienführung, mit Clusterbildungen anhand bestimmter Texte, aber ohne Hierarchiebildung und ohne Teleologie, bezogen auf das Gesamtsystem. Wie von einem Flugzeug sieht man auf das leicht gerunzelte Meer der Argumente. Ein Gesamtsinn ist nicht vom Ziel der einzelnen Operationen her erkennbar, auch nicht als Aggregation solcher Einzelziele, sondern nur als Funktion der Tatsache, daß überhaupt argu-

mentiert wird. Und eben das muß dann in der Begrifflichkeit von Varietät und Redundanz ausgedrückt werden.“⁸²

Einem innersystemischen Beobachter bleibt diese Perspektive „wie von einem Flugzeug“ jedoch verschlossen. Dieses Dilemma aufzulösen versucht, im Anschluss an Luhmann, Gunther Teubner, indem er auf die Figur des „Re-entry“ zurückgreift, die von Luhmann selbst nur selten verwandt wird, aber im Formenkalkül Spencer-Browns angelegt ist, auf das sich Luhmann immer wieder bezieht.⁸³ Durch einen Re-entry, also einen Wiedereintritt des „Außerrechtlichen in das Rechtliche“⁸⁴, könne innerhalb des Rechts ein „imaginärer Raum“ geschaffen werden, in dem dann die Angemessenheit von Rechtsbegriffen in Bezug auf die Realitätskonstruktion des Rechts („enacted environment, not real environment“⁸⁵) darstellbar sei. Diese Lesart greift allerdings an entscheidender Stelle zu kurz, denn der Begriff des Re-entry bezeichnet bei Spencer-Brown und Luhmann nicht mehr und nicht weniger als den „Wiedereintritt einer Unterscheidung in das Unterschiedene“,⁸⁶ also die Sichtbarmachung der Unterscheidung selbst, nicht aber deren Rückgängigmachung. Die Unterscheidung von Recht und Nicht-Recht, die das Rechtssystem erst konstituiert, kann durch den Re-Entry bei Luhmann innerhalb des Rechtssystems zwar thematisiert werden, aber diese Thematisierung führt nur in die Aporie. Das Operieren des Rechtssystems basiert bei Luhmann gerade auf der Invisibilisierung der Unterscheidung von Recht und Nicht-Recht, da man innerhalb des Rechtssystems „die Frage nicht stellen und beantworten kann (weil sie auf eine Paradoxie hinauslief), ob der Unterschied von Recht und Unrecht selbst zu Recht oder zu Unrecht besteht“.⁸⁷ Erst „durch die Bemühung, sie zu vermeiden und zu verdecken“ wird diese Paradoxie im Recht „zu einem kreativen Prinzip“.⁸⁸

An dieser Stelle wird erkennbar, dass Luhmanns Gerechtigkeitsbegriff in erster Linie einen bestimmten Umgang mit dieser Grundparadoxie des Rechts bezeichnet. Gerechtigkeit als umweltadäquate Balance des Rechtssys-

77 Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit* (Tübingen 2004), 135.

78 *Ibid.*, 137.

79 *Ibid.*, 137.

80 *Ebd.*, S. 138.

81 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 375.

82 *Ibid.*, 376.

83 Gunther Teubner, *Selbstsubversive Gerechtigkeit*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2008, 9-36, 20.

84 *Ibid.*, 20.

85 *Ibid.*, 21.

86 Vgl. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 76.

87 *Ibid.*, 170. Im Formenkalkül Spencer-Browns muss man sich dabei die Unterscheidung von Recht und Nicht-Recht als Akt der Konstitution der nachgängigen Alternativen Recht und Unrecht vorstellen, als das „durch die Alternativität der Alternative ausgeschlossene Dritte“.

88 *Ibid.*

tems zwischen Redundanz und Varietät wird auf dieser Grundlage funktional definiert. Sie entsteht für Luhmann gerade durch die „Entfaltung“ der Rechtsparadoxie, dadurch dass die Operationen des Rechtssystems ihre paradoxe Grundlegung unsichtbar machen und so die immer weitergehende Ausdifferenzierung des Rechtssystems erst ermöglichen.

Dabei werden nun aber auch die Grenzen eines solchen Gerechtigkeitsverständnisses offenbar. Was Luhmann nämlich nicht erklären kann, ist ein systeminterner Gerechtigkeitsdiskurs, der die Grenzen des Rechtssystems transzendiert: „Nach Luhmanns Rechtssystem verfügt das Recht im Gerechtigkeitsbegriff zwar über eine Kontingenzformel, aber über keine Transzendenzformel.“⁸⁹ Anders ausgedrückt: Eine Kritik des Rechts unter dem Maßstab der Gerechtigkeit ist von innerhalb des Rechtssystems nicht möglich, sie ist notwendigerweise systemextern, während zugleich jeder Rechtsakt durch den rekursiven Rückbezug auf das Rechtssystem als Ganzes seinen Gerechtigkeitsbezug behaupten kann. Diese Gerechtigkeitsbehauptung ist damit innersystemisch nicht falsifizierbar. Damit eng zusammenhängend ist das Problem rechtlicher Entscheidungen, welche in ihrer Begründung bewusst über den rechtssystemspezifischen Argumentationszusammenhang hinausgreifen. Ob es sich hierbei in erster Linie um ein Problem der sogenannten hard cases handelt, wie Osterkamp suggeriert,⁹⁰ mag hier dahinstehen. Wenn aber das BVerfG argumentiert,

„die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren“⁹¹,

dann geht dies jedenfalls über die bloße „Konsistenzpflege“ des Rechtssystems hinaus, die Grenzen spezifisch rechtlichen Argumentierens werden – bewusst – überschritten. Luhmanns Systemtheorie vermag zwar auf beeindruckende Weise den evolutionären Prozess der Stabilisierung des Rechtssystems durch seine Ausdifferenzierung zu beschreiben, stößt aber dann an seine Grenzen, wenn es um die Erfassung revolutionärer Änderungen im Rechtssystem durch Infragestellung der eigenen dogmatischen

Prämissen geht – als Beispiel mag etwa die Aufgabe der früheren Rechtsprechung zum Bandenbegriff durch den Großen Strafsenat des BGH in BGHSt 46, 341 dienen.

IV.

Einen Ansatzpunkt zur Schließung dieser „merkwürdigen Leerstelle der systemischen Theoriearchitektur“⁹² finden wir – nun wieder im Anschluss an Teubner – schon bei der Frage nach dem Umgang mit der Grundparadoxie des Rechts. Teubner bezieht sich auf Derrida, wenn er meint, in der „Dekonstruktion des Rechts“ werde „Gerechtigkeit als Problem (...) überhaupt erst denkbar“.⁹³ Systemtheorie und Dekonstruktion sieht er beide gleichermaßen nach einem Ausweg aus dem Paradox der Rechtsbegründung suchen, der Weg ist jedoch ein jeweils anderer: Während das kreative Potential der Systemtheorie sich in der Entfaltung der Paradoxie als deren Verschleierung äußert, geht es der Dekonstruktion gerade um die Offenlegung, die Sichtbarmachung der Entscheidungs- und Letztbegründungsparadoxien des Rechts.

Die von Teubner vorgeschlagene Lösung lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass es darum geht, „Systemtheorie und Dekonstruktion wechselseitig auf ihren blinden Fleck aufsitzen zu lassen“:

„Die Grundbewegung der Dekonstruktion ist, den herkömmlichen Gebrauch von Signifikant/Signifikat in Frage zu stellen und zu insistieren, dass man auf der Seite des Signifikats immer nur weitere Signifikanten findet. Dadurch entsteht die Schwierigkeit, Stabilität zu erklären. Hier hilft die Ersetzung durch die Unterscheidung von System und Umwelt. Umgekehrt kann zur Klärung der Beziehung Recht/Gesellschaft 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.“⁹⁴

Das Potential des systemtheoretischen Gerechtigkeitsbegriffs, das in erster Linie in seiner Fähigkeit liegt, die Herausbildung eines rechtssystemeigenen Verständnisses (formaler) Gerechtigkeit durch Entscheidungskonsistenz zu erklären, wird so erweitert durch die Möglichkeit einer

89 Gunther Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hg.), Rechtsverfassungsrecht (Baden-Baden 2003), 25-46, 38.

90 Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit, S. 142.

91 BVerfGE 34, 269, 287 – Soraya.

92 Gunther Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hg.), Rechtsverfassungsrecht (Baden-Baden 2003), 25-46, 38.

93 Ibid., 39.

94 Andreas Fischer-Lescano/Ralph Christensen, Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstruktion des Dezinstitutionismus durch die Systemtheorie, in: Der Staat 2005, 213-242, 240 f.

radikalen Kritik des Rechts aus einer Perspektive, die dem Rechtssystem zugleich immanent ist und es dennoch transzendiert. Denn vereinigt man derart die Sichtweisen von Dekonstruktion und Systemtheorie, so kann man in der Begründungsparadoxie des Rechts zugleich den Grundstein und die Sollbruchstelle des Rechtssystems erblicken. Juristische Gerechtigkeit ist danach nur möglich, weil das Recht in seiner Begründung nicht mit der Gerechtigkeit sondern nur mit sich selbst identisch ist, zugleich aber ist juristische Gerechtigkeit – eben weil sie paradox begründet wird – kritisierbar als Setzung, in der sich die dem Rechtssystem immanente Gewalt verwirklicht. Auch die „Grenzen des Rechtssinns selbst“⁹⁵ werden dadurch hinterfragbar.

Der kritische Blick Teubners auf Luhmanns Gerechtigkeitskonzeption erklärt auch, warum jener – wenngleich selbst systemtheoretisch argumentierend – die oben dargestellte Reaktion Dreiers zum Teil für berechtigt hält. Zwar hält er Dreiers Ausführungen zur Systemtheorie für „eigenwillig“ und eine „kühne Interpretation“, meint aber zugleich, dass

„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“⁹⁶

Teubner geht es dabei um eine Weiterentwicklung des systemtheoretischen Gerechtigkeitsbegriffs. Hierfür zeigt er verschiedene Entwicklungslinien auf. Zum einen sieht er in der von Dreier betonten Frage nach der Umweltadäquanz des Rechts einen Ansatzpunkt um den Begriff der Gerechtigkeit in Anschluss an Michal Walzer umzuformulieren in eine Berücksichtigung der „Eigennormativitäten gesellschaftlicher Umwelten“⁹⁷. Daneben erblickt er in Dreiers ungewöhnlicher Lesart Luhmanns eine Möglichkeit zur Überwindung der Dichotomie von Positivismus und Naturrecht durch Herausbildung einer institutionalisierten „inner morality“ des Rechtssystems.⁹⁸ Allerdings läuft eine solche – wenn auch soziologisch informierte – Wiederkehr der Wertorientierung des Rechtssystems immer Gefahr, das Spezifische des systemtheoretischen Rechtsbegriffs, das ja gerade in der Betonung von Selbstreferenz und operativer Geschlossenheit liegt, zugunsten

normativer Forderungen aufzugeben. Entscheidend dürfte aber ein dritter Punkt sein. An Dreiers „missverständliche“ Formulierung einer „rechtsimmanenten Gerechtigkeit“ knüpft Teubner die These: „Systemtheoretisch verstandene Gerechtigkeit ist ein subversives Element“.⁹⁹ Gegenüber Dreiers diesbezüglicher Zurückhaltung betont Teubner hierbei jedoch das Potential der Rechtsparadoxie. Das Verbergen der Paradoxie als „Trick jeder sozialen Praxis“ gibt zwar erst den Anstoß zur Ausdifferenzierung des Rechtssystem, Konsistenzzeugung wäre anders gar nicht möglich. Zugleich liegt aber eine ständige Heimsuchung jeder sozialen Praxis in der Möglichkeit der Wiederkehr dieser Paradoxie, in der „Re-Paradoxierung“. Die Suche nach Gerechtigkeit als Umweltadäquanz des Rechtssystems lässt sich damit als Oszillieren des Systems zwischen dem Offenlegen und dem Verbergen seiner Selbstwidersprüche beschreiben:

„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. (...) 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.“¹⁰⁰

V.

In ihrer dekonstruktivistischen Fortführung durch Teubner lässt sich aus Luhmanns Systemtheorie ein ebenso anspruchsvoller wie zeitgemäßer Begriff der juristischen Gerechtigkeit entwickeln. Erscheint es auf den ersten Blick gewagt, den Gerechtigkeitswert des Rechtssystems in seiner Selbstwidersprüchlichkeit zu verankern, so ist dies doch ein überzeugender Weg, um den Aporien eines spezifisch juristischen Gerechtigkeitsverständnisses ebenso Rechnung zu tragen wie seinem kreativen Potential. Dass dies der Fall ist, lässt sich am Besten anhand eines rechtsdogmatischen Beispiels überprüfen.

Als einigermaßen willkürlich ausgewählter Testfall mag uns die Rechtsprechung des BGH zum sogenannten Nutzungsausfallschaden dienen. Die dogmatische Ausgangsfrage formuliert der V. Zivilsenat des BGH im Jahr 1985 folgendermaßen:

95 Gunther Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hg.), Rechtsverfassungsrecht (Baden-Baden 2003), 25-46, 38.

96 Gunther Teubner, Dreiers Luhmann, in: Robert Alexy (Hg.), Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers (Tübingen 2005), 199-211, 200 f.

97 *Ibid.*, 203.

98 *Ibid.*, 205.

99 *Ibid.*, 205 ff., in diesem Sinne auch Gunther Teubner, Selbstsubversive Gerechtigkeit, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 2008, 9-36.

100 Gunther Teubner, Dreiers Luhmann, in: Robert Alexy (Hg.), Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers (Tübingen 2005), 199-211, 211.

„Stellt es einen ersatzfähigen Vermögensschaden dar, wenn der Eigentümer einer von ihm selbst genutzten Sache, insbesondere eines von ihm selbst bewohnten Hauses, infolge eines deliktischen Eingriffs in das Eigentum die Sache vorübergehend nicht benutzen kann, ohne daß ihm hierdurch zusätzliche Kosten entstehen oder Einnahmen entgehen?“¹⁰¹

Die Frage stellt sich im Fall für eine Klägerin, deren Hausgrundstück dadurch vorübergehend unbenutzbar wurde, dass auf dem Nachbargrundstück ein Hang unsachgemäß abgegraben und damit die Standsicherheit ihres Anwesens gefährdet wurde. Die Eigentümerin verlangt nun Ersatz dafür, dass „sie und ihr Ehemann während des Nutzungsverbots nicht in ihrem Haus, sondern in ihrem in der Nähe des Grundstücks abgestellten Campingbus gewohnt hätten“.

Bei unbedarfter Lektüre des Gesetzes scheint dieser Fall ohne weiteres lösbar. Nach § 251 BGB kann die Eigentümerin Ersatz ihres Vermögensschadens verlangen. Ein solcher ist ihr aber gar nicht entstanden: Die Standsicherheit des Hauses ist wiederhergestellt, so dass es zu keiner Wertminderung des Grundstücks kam; zusätzliche Aufwendungen musste sie nicht machen, da sie in ihrem Wohnwagen nächtigen konnte. Es handelt sich hier auch nicht um einen nach § 253 BGB ersatzfähigen Nichtvermögensschaden, so dass die Klage eigentlich abzuweisen wäre.

Nun operiert aber das Rechtssystem notwendigerweise auf der Ebene einer Beobachtung zweiter Ordnung, d.h. jede rechtliche Kommunikation muss zunächst beobachten, wie andere Beobachter/Entscheider das Rechtssystem beobachten und sich hierzu in Beziehung setzen. Damit stellt sich die Aufgabe für den V. Senat schon als deutlich komplexer dar. Sucht der Senat nämlich aus dieser Perspektive Orientierung mit Blick auf das „Rechtssystem als Ganzes“, so muss er feststellen, dass andere Entscheider ähnlich gelagerte Fälle durchaus unterschiedlich entscheiden. Am Anfang des Dilemmas steht dabei der so genannte Seereise-Fall¹⁰² des BGH. Wohl Erwägungen der Einzelfallgerechtigkeit hatten den BGH dazu bewogen, einem älteren Ehepaar einen Schadensersatzanspruch dafür zuzusprechen, dass ihr Gepäck nicht ordnungsgemäß auf das gebuchte Kreuzfahrtschiff verladen wurde. An sich völlig systemwidrig aber unter moralischen Gesichtspunkten durchaus nachvollziehbar sah der BGH in der entgangenen Möglichkeit des Kleiderwechsels während der Seereise einen (Vermögens!)Schaden i.H.v. immerhin 500 DM.

In der Folge musste der BGH jedoch feststellen, dass sich rechtsdogmatische Probleme allein anhand von Erwägungen der Einzelfallgerechtigkeit nicht lösen lassen: In völliger Inkonsistenz gewährten die Senate des BGH in späteren Jahren zwar Schadensersatz für ein nicht benutzbares Kfz¹⁰³ oder einen unbenutzbaren Tiefgaragenstellplatz¹⁰⁴, nicht dagegen bei Beschädigung eines Pelzmantels¹⁰⁵, eines Wohnwagens¹⁰⁶ oder eines Motorsportboots¹⁰⁷.

Währenddessen versuchte sich die Literatur an einer Systematisierung des Problems in Gestalt der Frustrierungs- sowie der Kommerzialisierungstheorie, die sich beide gleichermaßen durch ihre dogmatische Stringenz nicht weniger auszeichneten als durch ihre offensichtliche Unpraktikabilität. Mit Luhmann gesprochen wäre mit diesen Theorien zwar ein erhebliches Maß an Redundanz gewährleistet, nicht aber die nötige Varietät des Rechtssystems.

Der V. Senat wusste sich schließlich nicht anders zu helfen, als die Frage dem Großen Zivilsenat vorzulegen. Beachtlich hierbei ist der geradezu dekonstruktivistische Impetus des V. Senats, der die Paradoxien richterlichen Entscheidens in einer Weise offenlegt, die für ein Obergericht zumindest ungewöhnlich ist. Nach äußerst kritischer Darstellung der bisherigen Rechtsprechung wirft der Senat in seinem Vorlagebeschluss freimütig den Kollegen vor, dass diese sich „mit Wertungen des Gesetzgebers in Widerspruch“ begäben, dass „Verkehrsanschauung keine Rechtsquelle“ sei, dass eine Differenzierung nach Gütern des täglichen Bedarfs und Luxusgütern „dem geltenden Recht fremd“ sei etc. pp.¹⁰⁸ Ebenso lasse sich eine „einheitliche Linie für die Schadensberechnung nicht erkennen“.¹⁰⁹

Folgen wir bei der Analyse dieses Problems weiterhin Luhmann und Teubner, so kann uns die Antwort des Großen Senats auf die Vorlagefrage kaum verwundern. Hatte sich der V. Senat mit seinem Beschluss zur Aufdeckung von Paradoxien berufen gefühlt, so ließ er damit dem Großen Senat nur eine Möglichkeit: diese Paradoxien wieder zu verbergen. Wenn die Analyse des V. Senats die Dekonstruierbarkeit der Unterscheidung von Vermögens- und Nichtvermögensschaden zeigt, so demonstriert uns nun der Große Senat, dass sich diese Dekonstruierbarkeit ohne weiteres auch wieder hinter einem neu eingeführten Konditional-

101 BGH NJW 1986, 2037 = V ZR 237/84.

102 BGH NJW 1956, 1234.

103 BGHZ 40, 345 und st. Rspr.

104 BGH II ZR 292/84.

105 BGHZ 63, 393.

106 BGHZ 86, 128, 130.

107 BGHZ 89, 60.

108 BGH V ZR 237/84 Rn. 45 ff.

109 Ebd., Rn. 65.

programm verstecken lässt. Die Entfaltung des Paradoxes, die Ent-Paradoxierung klingt nur allzu vertraut: Ersatzfähig, so entscheidet es der Große Senat, ist der Nutzungsausfallschaden dort, „wo es um Wirtschaftsgüter von zentraler Bedeutung für die eigene Lebenshaltung geht“.¹¹⁰ Was diese Formel gewährleistet, ist: ein neuer Ausgangspunkt für die Konsistenzpflege des Rechtssystems. Der argumentative Rückbezug auf diese Entscheidung erlaubt es, künftige Fälle im Luhmannschen Sinne konsistent zu entscheiden: Die Wiederholbarkeit der Formel verbürgt Redundanz, ihre Anpassungsfähigkeit an allfällige Lebensumstände Varietät.

VI.

Ist die Entscheidung des Großen Senats gerecht? Luhmanns Kontingenzformel Gerechtigkeit verweist auf die (Un)Möglichkeit der Fragestellung selbst. Gerechtigkeit wird für Luhmann erst möglich durch Autonomie und Selbstreproduktion des Rechts, das nach seinen eigenen Regeln über die Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung von Rechtsfällen in Bezug zu anderen Rechtsfällen entscheidet. Die tautologische Forderung, gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu entscheiden ist dabei aber nur unter Bezugnahme auf die Unterscheidungsregeln aufzulösen, die das Rechtssystem selbst generiert. Auf diese Zirkularität des juristischen Gerechtigkeitsbegriffs zielt vor allem die Kritik durch die Dekonstruktion, welche die rechtsimmanente Gerechtigkeit mit der Transzendenz einer überrechtlichen Gerechtigkeit zu konfrontieren sucht. Luhmann betont demgegenüber das Potential der rechtlichen Argumentation, das gerade aus den Versuchen erwächst, die Grundlosigkeit seiner Gründe zu verbergen. Hierdurch erst wird erzeugt, was Luhmann als Redundanz bezeichnet: die Einheit und Kanonisierung der juristischen Argumentation. Diese Einheit aber ist immer prekär, läuft ständig Gefahr, von ihrer eigenen Grundlosigkeit heimgesucht zu werden.

Juristische Gerechtigkeit verweist also weder auf Immanenz noch auf Transzendenz allein sondern gerade auf die Spannung zwischen dem tatsächlich Verwirklichten und dem nur Möglichen, dem Anders-Möglich-Sein, die in jeder Entscheidung liegt, für den Entscheider selbst aber unsichtbar bleibt. In diesem Zwischenraum wirkt „die juristische Argumentation ihr rastloses Werk – erfolgreich und zugleich vergeblich“¹¹¹. Damit aber liegt das Jenseitige

der Gerechtigkeit letzten Endes schon im Diesseits der juristischen Praxis.

110 BGHZ 98, 212.

111 *Gunther Teubner*, Selbstsubversive Gerechtigkeit, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2008, 9-36, 26.