

AUCTORITATIS INTERPOSITIO. DIE DEKONSTRUKTION DES DEZISIONISMUS DURCH DIE SYSTEMTHEORIE*

Andreas Fischer-Lescano, Frankfurt am Main u.
Ralph Christensen, Mannheim

In der Moderne verlagert sich die Ausübung politischer Macht zunehmend vom Gesetzgeber auf die Dezision des im Einzelfall entscheidenden Richters. – Dies ist eine Form der Partizipation an der Diskussion über 'Richterkönig oder Subsumtionsautomat'¹, die man typischerweise mit dem Autor *Carl Schmitt* verbinden wird. Immer wieder hat der Staatsrechtler darauf hingewiesen, dass diese politische Machttransformation das Epiphänomen eines sehr viel tiefer liegenden staatlichen Erosionsprozesses sei, der Verfassung, Gesetz und Maßnahme einer Logik des Verschwindens² unterstelle, da jene sich in der Rapidität des wissenschaftlich-technischen Fortschritts nicht mehr differenzieren ließen³. Schmitts düstere Prognose: Die subsumtive Rechtswissenschaft, wie auch die an einem naturwissenschaftlichen Exaktheitsideal orientierte Methodenlehre und die präzise Gesetzgebungstechnik in der Tradition von Immanuel Kants Forderung nach „mathematischer Genauigkeit“ der Begriffe⁴, gehörten „als wesentlicher Bestandteil zum occidentalen Rationalismus, kulminieren in einem systematisch durchdachten Jus Publicum Europaeum und gehen mit ihm unter“⁵.

Bereits 1912 in 'Gesetz und Urteil' hatte Schmitt darum die Auflösung der klassischen Methoden der Gesetzesauslegung beschrieben und dagegen ein Modell der Emanzipation der richterlichen Entscheidung gegenüber der Norm gestellt⁶. Und auf einen ersten Blick trifft sich diese Analyse mit aktuellen rechtssoziologischen Beschreibungen⁷. Insbesondere *Niklas Luhmann* hat immer wieder das alteuropäische Rechtsdenken für seinen Dogmatismus, seine Wertesättigung und demokratiethoretischen Simplifizierungen angegriffen und schon häufig wurde angemerkt, dass Luhmann mit seiner Theoriekonzeption eine "Apologie des

* Erschienen in: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht* 2005, 213-242.

¹ *R. Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 1986, S. 198 ff.

² *T. Vesting*, *Erosionen staatlicher Herrschaft. Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 117 (1992), S. 4 ff. (32).

³ *C. Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, Vorwort von 1971 zur italienischen Ausgabe, in: H. Quaritsch (Hrg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, 1988, S. 270.

⁴ *I. Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in: *ders.*, *Werkausgabe* (hrsg. von W. Weischedel), Bd. VIII, 1964, S. 309 ff. (340).

⁵ *C. Schmitt* (FN 3), S. 269.

⁶ *T. Vesting* (FN 2), S. 31.

⁷ *I. Maus*, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 1976, S. 22 f.: „In rechtstheoretischen und rechtssoziologischen Positionen der Gegenwart artikuliert sich immer wieder das gleiche Bedürfnis nach entformalisierter, der positiven Gesetzgebung entzogener Anpassung des Rechts an die immanente Dynamik industrieller Entwicklung.“

Bestehenden um seiner Bestanderhaltung willen" unternehme⁸, dass sein selbstreferentielles Rechtssystem, in dem Rechtsoperationen immer nur an Rechtsoperationen zu messen sind, in offensichtlicher Nähe zu Carl Schmitt stehe⁹, der in „Gesetz und Urteil“ festgehalten hatte: „Die Praxis rechtfertigt sich durch sich selber. Die Richtigkeit, die so bestimmt ist, soll nicht die absolute sein, sondern die der modernen Praxis¹⁰.“

Auf einen zweiten Blick weist der Vergleich systemtheoretischen Beobachtens rechtlicher Operativität unter den Bedingungen systemischer Autopoiesis in der Tradition Niklas Luhmanns und des dezisionistischen Rechtsbegriffes im Sinne Carl Schmitts allerdings auf ein sehr viel fundamentaleres Problem, das sich vorschneller Parallelisierung¹¹ entzieht. Es geht um das Verständnis rechtlichen Entscheidens, um die eigentümlichen Prozesse der Metamorphose von Nicht-Recht zu Recht durch ein Dazwischen, die *Ulpian* bereits angesprochen hatte, als er die Transformation des Außen ins Innere des Rechts durch den römischen Tutor als *auctoritatem interponere*¹² bezeichnete. Zur Diskussion steht, wenn man den im römischen Vormundschaftsrecht zu findenden Rechtssatz in Auseinandersetzung mit Carl Schmitt, *Hermann Heller* und dem Bundesverfassungsgericht, die sich an einer Reformulierung des Satzes versucht haben,¹³ für die Verhältnisse der Interlegalität¹⁴ neubeschreiben möchte, nicht weniger als ein angemessenes Verständnis der Mechanismen der rechtlichen Dignisierung in rechtlichen Zwischenwelten: Wie wird Nicht-Recht zu Recht? Wie das Zwischenschieben der *auctoritas* beschreiben? Wie sich der Beziehung von Norm und Entscheidung nähern?

I. Entscheidung zwischen Kognition und Dezision

Im herkömmlichen Rechtsdenken gibt es für das Verständnis richterlicher Entscheidungen zwei Vorschläge: Einerseits wird das Urteil als Erkenntnis stilisiert, dessen Inhalt aus den Rechtsquellen abzuleiten ist¹⁵. Die andere, von u.a. Carl

⁸ *J. Habermas*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: ders./N. Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?, 2. Aufl., 1974, S. 142 ff. (170).

⁹ S. nur: *E. Bolsinger*, Was ist Dezisionismus?: Rekonstruktion eines autonomen Typs politischer Theorie, Politische Vierteljahresschrift, 1998, S. 471 ff. (474); *I. Maus* (FN 7), S. 22 f.

¹⁰ *C. Schmitt*, Gesetz und Urteil, 1912, S. 86.

¹¹ S. aber zuletzt: *T. Wirtz*, Entscheidung. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in: A. Koschorke/C. Vismann (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie, 1999, S. 175 ff.

¹² *Ulpian*, 11.25: "Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt."

¹³ *C. Schmitt*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 3. Aufl., 1979, S. 41 f.; *H. Heller*, Der Begriff des Gesetzes (1928), in: ders., Gesammelte Schriften 2. Recht, Staat, Macht, 2. Aufl., 1992, S. 225; in der Entscheidung I zum Berlin-Vorbehalt des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 1 (13)), formuliert das Gericht die *auctoritatis interpositio* im Sinne einer Inkorporationsnorm; s. auch: *T. Vesting* (FN 2), S. 33.

¹⁴ *M. Amstutz*, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: C. Joerges/G. Teubner (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, 2003, S. 213 ff.; *B. de Sousa Santos*, Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition, New York 1995, S. 404 ff.; *F. Steinhauer*, Querweltein. Das Bild der Evolution als Kollisionsmechanismus des Rechts, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2 (2004), i.E

¹⁵ Das Abschieben von Verantwortung auf die Gesetze fällt dem Richter im Rahmen dieses Rechtsquellenmodells leichter. Dass dies durch Annahmen über die Psychologie von Richtern gestützt werden kann, zeigt die Untersuchung von *J. Schmid & T. Drosdeck & D. Koch*, Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt, 1997, S. 7 ff., 24 f. Grundlegend dazu auch *D. Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, einerseits S. 21ff. (Der abhängige Richter), andererseits S. 68 ff. (Der ungebundene

Schmitt der juristischen Elite vorbehaltene Alternative entscheidet sich dafür, die Entscheidung als Willensakt zu konzipieren, dessen Inhaltsbestimmung normativ einer *creatio ex nihilo* entspricht¹⁶. In diesem Sinne bedeutet bspw. für Schmitt die *auctoritatis interpositio*: „Es ist in der Eigenart des Normativen begründet und ergibt sich daraus, dass ein konkretes Faktum konkret beurteilt werden muss, obwohl als Maßstab der Beurteilung nur ein rechtliches Prinzip in seiner generellen Allgemeinheit gegeben ist. So liegt jedes Mal eine Transformation vor [...] In jeder Umformung liegt eine *auctoritatis interpositio* [...] es liegt in der Idee der Entscheidung, dass es gar keine absolut deklaratorischen Entscheidungen geben kann. Von dem Inhalt der zugrundeliegenden Norm aus betrachtet ist jenes konstitutive, spezifische Entscheidungsmoment etwas Neues und Fremdes. Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus dem Nichts geboren¹⁷.“

Heute schlägt man meist einen Kompromiss zwischen der richterlichen Erkenntnis und dem richterlichen Willen vor¹⁸. Das trifft sich hinsichtlich der Texte, die die klassische Staatslehre hervorgebracht hat, am ehesten noch mit der Vorstellung Hermann Hellers, der die *auctoritatis interpositio* als eine Antwort auf die Beobachtung beschreibt, „dass die vermeintliche Bestimmtheit, Vollständigkeit und Untrüglichkeit des Gesetzesrechts nur innerhalb sehr enger Grenzen existiert¹⁹.“ „Wir wissen“, so begründet Heller seine Kompromisslinie, „dass jede Konkretisierung des Gesetzes durch den Richter und Verwaltungsbeamten eine folgenreiche *interpositio auctoritatis* bedeutet. Mit der individuell und sozial bedingten Persönlichkeitsentscheidung des betreffenden Organs strömt trotz aller Bindung an das Gesetz in den Rahmen dieses Gesetzes ein vom Gesetzgeber nicht zu rationalisierendes Element ein, das die theoretische Umdeutung der soziologischen Staatshierarchie in eine logische ausschließt²⁰.“

Heller wählt also nicht den Weg der *creatio ex nihilo* wie sein Antipode Schmitt, sondern hält deutlich an der Gesetzesbindung fest, wenngleich er das willenhafte Moment in der „Persönlichkeitsentscheidung“ bewusst macht. Das BVerfG hat sich dieser Linie in der Soraya-Entscheidung grundsätzlich angeschlossen und festgehalten: "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 der bewertenden Erkenntnis, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.

Richter); zum Problem der Neigung von Richtern, Verantwortung auf das Gesetz abzuschieben, vgl. ebd., S. 95 ff. Die klassische Formulierung der Rechtsquellentheorie findet sich natürlich für die deutsche Tradition bei *K. Larenz & C. W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995 sowie *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien/New York 1991.

¹⁶ Natürlich bezieht sich Carl Schmitt auf eine ganze Tradition, die er in seinem Buch 'Gesetz und Urteil' (FN 10) nur fortsetzt. Vgl. zu dieser von Hobbes her zu strukturierenden Traditionslinie *J. Barion*, Macht und Ethos im Recht, in: Philosophisches Jahrbuch, 1949, S. 191 ff.; generell zum Argumentationsmuster dezisionistischer Theorien: *E. Bolsinger* (FN 9), S. 471 ff. Zur Einschätzung der methodischen Seite der Argumentation von Schmitt vgl. *N. Forgó*, Politisch konkret: Die Pathogenese einer Methodologie, Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat 2/95 (1995), S. 30 ff.

¹⁷ *C. Schmitt*, (FN 13), S. 41 f., Hervorhebung durch die Verf.

¹⁸ Vgl. dazu aus der Einführungs- und Überblicksliteratur beispielsweise *K. Seelmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 2001, S. 100, Rn. 15 sowie S. 102 ff.; *B. Rütters*, Rechtstheorie, 1999, S. 456 ff. sowie *A. Rafi*, Kriterien für ein gutes Urteil, 2004, S. 41 ff.

¹⁹ H. Heller (FN 13), S. 225.

²⁰ H. Heller (FN 13), S. 225 (Hervorhebung im Original).

Der Richter muss sich dabei von Willkür frei halten"²¹. Das Gericht folgt damit nicht einfach dem Neo-Voluntarismus in der Tradition Carl Schmitts²². Zwar sieht es den Moment der Willenhaftigkeit im Entscheiden, fordert aber einen willkürfreien Willen des Entscheiders. Wie beim Paradoxon der natürlichen Rechte²³ und dem der gebundenen Souveränität²⁴ hat man sofort das Gefühl, dass hier die rechtliche Welt nicht ganz aufgeht, dass sich die verwendeten aktiven und passiven Metaphern gegenseitig dementieren; mit anderen Worten, dass dieser Kompromiss zwischen Erkenntnis und Wille alles andere als klar ist.

Diesen Zweifel bestätigt auch die Analyse des Gesamttextes. Das Gericht geht vom Wortlaut der Gesetze aus, und sagt, dass dieser häufig nicht als Entscheidungsgrundlage ausreiche. Dem würde auch Luhmann nicht widersprechen, der den Wortlaut nicht für den großen Behälter kleiner Entscheidungen hält: "Die Schriftform des Textes garantiert nicht unbedingt Grenzen der Kühnheit des Interpretierens, wohl aber die Einheit des sozialen Zusammenhangs einer kommunikativen Episode. Sie konstituiert ein soziales Medium für das Gewinnen neuer Formen, nämlich guter Gründe für eine bestimmte Auslegung des Textes²⁵." Als Ableitungsinstanz ist der Wortlaut damit zwar überfordert. Aber als Fokus des Verfahrens führt er in die Argumentation und den Streit um die Validierung von Lesarten. Diesen Weg in die Argumentation will die herkömmliche Lehre und auch das BVerfG in der Soraya-Entscheidung aber nicht gehen. Man bleibt bei Erkenntnis und richterlichem Willen. Wenn der Normtext als Ableitungsinstanz versagt, müssen in der Regel als weitere Instanz für die Erkenntnis die Prinzipien einspringen. Doch diese Flucht aus der Argumentation in die Erkenntnis ist versperrt: Die Vertreter der herkömmlichen Lehre „wollen die Schwierigkeiten nicht sehen, in die sie selbst geraten, wenn es darum geht, die Prinzipien, die sie aus der Systempraxis abstrahieren, zu respezifizieren. Dann versagt nämlich die *reductio ad unum*, und man endet bei mehreren Prinzipien, bei einer Vielzahl von konfligierenden guten Gründen und Werten und muss [...] opportunistisch verfahren²⁶." Die Zweifelhaftigkeit dieser Vorgehensweise wird deutlich, wenn das BVerfG von der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen spricht. Denn ist die Rechtsordnung wirklich ein Sinnganzes? Beweist nicht die ständige Notwendigkeit, widersprüchliche Normtexte im Wege der systematischen Auslegung²⁷ zu einem Ausgleich zu bringen, in jeder wirklichen Entscheidung das Gegenteil? Und selbst wenn die Rechtsordnung ein Sinnganzes wäre, wie könnte der Richter sie "ans Licht bringen" und daraus sogar Anforderungen für die Entscheidung eines konkreten Falles ableiten? Nur weil das Verfassungsgericht diese Fragen nicht stellt, kann es so tun, als sei das Ganze der Rechtsordnung für die einzelne richterliche Entscheidung verfügbar. Unfreiwillig geben solche gerichtlichen Formulierungen jedoch zu, dass sie mit partikulären Vorstellungen den Platz des Ganzen besetzen wollen. Die Schwierigkeiten eines solchen Verfügungsversuchs über das Ganze werden offensichtlich, wenn das Gericht von den Maßstäben der praktischen Vernunft und den Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft im Plural spricht. Weder die

²¹ BVerfGE 34, S. 269 ff. (293), diese Formel der so genannten Soraya-Entscheidung ist inzwischen in der juristischen Diskussion ein *locus classicus*, vgl. jüngstens A. Rafi (FN 18), S. 42.

²² Hierzu: R. Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, S. 56.

²³ N. Luhmann, Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung, in: ders., Soziologische Aufklärung 6, 1995, S. 229 ff.

²⁴ A. Fischer-Lescano, Die Emergenz der Globalverfassung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 717 ff.

²⁵ N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 364.

²⁶ N. Luhmann (FN 25), S. 522.

²⁷ F. Müller, Die Einheit der Verfassung, 1979, S. 190 f.

praktische Vernunft noch die Gerechtigkeitsvorstellung sind in einer pluralistischen Gesellschaft hinreichend homogen, um zu garantieren, dass sich ihre Bezeichnungen gegen einen einzigen Sinn austauschen lassen: "In der alteuropäischen Tradition wird diese Norm als Sozialharmonie begriffen und auf die Gesellschaft im Ganzen bezogen, die dann ihrerseits als rechtlich geordnetes Zusammenleben begriffen wird. Das hat zu keinen konkretisierbaren Direktiven geführt, schon weil die Prämisse einer rechtlich konstituierten Gesellschaft unrealistisch ist. Aber auch wenn man die Norm der Gerechtigkeit auf ein ausdifferenziertes Rechtssystem zuschneidet, bleibt ihre Respezifikation unbestimmt²⁸." Wenn aber die Gerechtigkeit sich im Prozedieren des Rechts verändert, ihre ruhige Identität gegen eine Vielheit von Bedeutungserklärungen austauscht, dann beginnt das ganze scheinbar feste und geschlossene System der Rechtsquellenhierarchie zu gleiten. Die Rechtsidee oder der Gedanke der Gerechtigkeit können den Konflikt der gegenläufigen Prinzipien nicht entscheiden. Die vom alteuropäischen Rechtsdenken vorausgesetzte objektive Erkenntnisgrundlage für die richterliche Entscheidung ist nicht verfügbar.

Luhmann behandelt daher die ehrwürdige Hierarchie der Rechtsquellen als bloße Metapher²⁹. Er legt damit das, was *Ingeborg Maus* gegenüber Carl Schmitt als Vorwurf erhebt, d.h. sein Oszillieren zwischen Dezisionismus und Substantialität, zwischen rechtlicher Entscheidung *ex nihilo* und konkretem Ordnungsdenken³⁰, zwischen *Thomas Hobbes* und *Donoso Cortes*³¹, offen: "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 Rasonnement also schiefgelaufen³²."

In der Alternativität und den Verknüpfungsversuchen von Rechtsquellenlehre und Dezisionismus liegt hiermit ein grundlegendes Problem³³. 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 der Richter die Rolle der Rechtsquelle als Quasi-Subjekt übernehmen. Der Diener souffliert den Herrn. Es ist eine Doppelrolle. Im Verfahren muss sich der Richter zum Herren über den Inhalts des Rechts machen, um seine Verständnisweise des Gesetzestextes gegen andere durchzusetzen, ohne selbst Verantwortung zu übernehmen. Die Unterworfenheit unter die Rechtsquelle ist die Fassade, hinter der sich der Übergang zur willkürlichen Entscheidung vollziehen kann. Die Rechtsquellenlehre liefert damit die Selbstdarstellung nach außen gegenüber anderen sozialen Systemen und insbesondere die Rechtfertigung gegen Kritik. Aber mit dem Dezisionismus gibt es eine zweite Variante juristischer Selbstreflexion³⁴. Danach ist die Subsumtion unter das Gesetz nicht mehr Schluss und Ziel der Entscheidungsgründe: "In jeder Entscheidung, selbst in der eines tatbestandsmäßig subsumierenden prozeßentscheidenden Gerichtes liegt ein Element reiner Entscheidung, das nicht aus dem Inhalt der Norm abgeleitet werden

²⁸ N. Luhmann (FN 25), S. 217.

²⁹ N. Luhmann (FN 25), S. 100.

³⁰ I. Maus (FN 7), S. 19 ff.

³¹ G. Meuter, *Der Katechon*. Zu Carl Schmitts fundamentalistischer Kritik der Zeit, 1994, S. 135 ff.

³² N. Luhmann (FN 25), S. 38 f.

³³ R. Christensen & H. Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, 2001, S. 118 ff.

³⁴ F. Müller & R. Christensen & M. Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997, S. 28.

kann. Ich habe das als 'Dezisionismus' bezeichnet [...] Der Sinn ist nicht überwältigende Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels³⁵." Allein der Richter entscheidet, was Recht ist. Es handelt sich um eine eher nach innen zu den Fachkollegen als nach außen zu den Laien gewendete Form des juristischen Bewusstseins. Die Rechtspraxis versucht, wie die Betrachtung der Soraya-Entscheidung zeigt, diese Alternativität zu versöhnen und stellt auf den willkürfreien Willen des Entscheiders ab. Sie ergänzt die jeweilige *altera pars* nach dem Muster einer klassischen Zweierbeziehung: Die Rechtsquellenlehre liefert nach außen hin die soziale Legitimation, während der Dezisionismus die Entscheidungen trifft. Der Dezisionismus liegt im Schatten der Rechtsquellenhierarchie und liefert alle Antworten, zu denen diese Instanzen gerade nicht in der Lage sind.

Das Auseinanderfallen des alteuropäischen Rechtsdenkens in Gegensätze und der Versuch, die *unitas oppositorum* in die Form der willentlichen und zugleich willkürfreien Entscheidung zu gießen, verweisen darauf, dass das Recht der Moderne in Anspruch und Wirklichkeit von einem Widerstreit zwischen Gesetzesbindung und Entscheidungsfreiheit durchzogen ist, den es immer wieder nur als Praxis abarbeiten kann, über dem es seinem Begriff nach nie zur Ruhe kommt und der seinen tiefen Grund darin hat, dass die rechtliche Selbstbeschreibung nicht in letzter Instanz von einer, auf welchem Weg auch immer bestimmbaren Gesellschaftsstruktur determinierbar ist, von einem Außen, das es zu repräsentieren gelte. Rechtliche Selbstbeschreibungen, wie sie in den vorgestellten Entscheidungstheorien zum Ausdruck kommen, sind vielmehr auf ein komplexes Geflecht von Macht-Wissens-Beziehungen zurückzuführen. Sie bezeichnen nicht einfach, in welchen Operationen auf welche Weise das Geltungssymbol des Rechts transformiert wird, sondern sind gleichzeitig selbst und unmittelbar an der Konstitution des Rechts-Mediums beteiligt. *Urs Stäheli* folgert darum zu recht, dass diese beständige Neukonstitution zum einen auf die Notwendigkeit einer genealogischen Analyse von symbolisch generalisierten Medien verweist und zum anderen eine Analyse der permanenten Purifizierungsstrategien erfordert; von Strategien also, die angewandt werden müssen, um die Funktionalität des Mediums zu gewährleisten³⁶. Für Theorie und Praxis juristischen Entscheidens heißt das: Die Grenzfrage über Innen und Außen des Funktionssystems Recht, über Recht und Nicht-Recht, verschiebt sich auf Auseinandersetzungen um die Artikulation des Rechts-Mediums und um die Bestimmung dessen, was überhaupt als Entscheidung zu gelten hat³⁷: Die Relevanz einer derartigen Analyse des symbolisch generalisierten Mediums „Recht“ erweist sich gerade daran, dass die Aufdeckung der Lückenhaftigkeit der Selbstreferenz des Rechts, der mangelnde Ableitungszusammenhang von Rechtsentscheidungen aus Rechtsnormen, zu einer steten Verschiebung im Recht führt. Denn der Abstraktionsprozess, auf dem das Rechtsmedium beruht, trägt schon immer den Keim einer letztlich unmöglichen Selbst-Repräsentation des Rechts im Recht. Alle Prozesse und Versuche, den Rechtsbetrieb für die Alltagstauglichkeit zu normalisieren, sind darum letztlich Versuche, die Paradoxie des Systems zu entparadoxieren. Der Realwiderspruch des Rechts besteht darin, dass weder ein präexistentes Rechtssystem ein gesellschaftliches Außen repräsentiert noch ein präkonstituiertes gesellschaftliches Signifikat für das, was rechtens ist, existiert. Gesellschaftsstruktur und

³⁵ C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), 4. Aufl., 1996, S. 46.

³⁶ *U. Stäheli*, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, 2000, S. 184 ff.

³⁷ So in abstrakter Form: *U. Stäheli* (FN 36), S. 184 ff.

Rechtssemantik sind dadurch in einem zirkulären Prozess miteinander verknüpft. Der Begriff der *auctoritatis interpositio* verweist genau darauf. Aber auch das Dazwischenschalten dieser Autorität, kann den infiniten Regress auf die Frage, ob es Recht ist, dass Rechtsentscheidungen in willentlicher Willkürfreiheit zu treffen sind, nicht abschneiden, zumal gerade die Alternativität der Positionen Carl Schmitts und Hermann Hellers manifestiert, dass die Strategien zum Umgang mit der Entscheidungsbedürftigkeit des Rechts einer Entscheidung bedürfen.

II. Das Paradox der Entscheidung

Es ist die rechtliche Gründungsparadoxie, die als Anwendungsparadoxie in den Entscheidungssituationen auftaucht und die es bestenfalls als Truismus erscheinen lässt, wenn Entscheidungstheorien das, was der Jurist in der entscheidenden Situation zu tun hat, schlicht als eine Wahl zwischen den im Verfahren vorgetragene Rechtspositionen nach der Maßgabe einer Gesetzesnorm betrachten. Denn in Alternative können sich die im Verfahren vorgetragene Rechtspositionen nur gegenüber stehen, wenn sie gleichermaßen als Recht in Betracht kommen. Genau dieses Moment macht auch die Notwendigkeit aus, dass sich die beiden Positionen aneinander abarbeiten. Das heißt, die Prozessparteien versuchen, durch Argumente den Anspruch der Gegenpartei 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 die erste Dimension ihrer Alternativität aus. Und zugleich deshalb, weil nur eine von ihnen den Anspruch auf Recht nicht nur erheben, sondern tatsächlich auch vollziehen und verkörpern kann. Das macht die zweite Dimension ihrer Alternativität aus. Auf einen schlichten Nenner gebracht, dreht sich also die Apostrophierung der Entscheidung als Wahl um den Zirkel, 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 nichts anderes ist, als die Entscheidung zu treffen, damit es sich um eine Entscheidung handelt. Es lauert hier ein Paradox, das sich mit Luhmann 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“³⁸. Für das Recht stellt sich dann die ernste Frage, ob diese Situation anders aufgelöst werden kann als durch schiere Dezision.

„Die Paradoxie des Entscheidens“ lässt sich dabei zunächst einmal nach dem Vorbild derjenigen der Beobachtung modellieren³⁹. Analog des Beobachterparadoxes sind Entscheidungsparadoxien unentscheidbar, weil jede Entscheidung ihr Gegenteil enthält⁴⁰. Luhmann nimmt hierbei wiederholt auf den Formenkalkül von *George Spencer Brown*⁴¹ Bezug, um zu markieren, dass von einer Ent-Scheidung nur dann die Rede sein könne, wenn noch etwas von einander zu scheiden sei, wenn es also

³⁸ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, 2000, S. 124.

³⁹ N. Luhmann (FN 38), S. 123 ff.

⁴⁰ N. Luhmann (FN 38), S. 131.

⁴¹ G. Spencer Brown, *Laws of Form*, Neudruck 1979.

nicht um mehr oder weniger langwieriges Errechnen gehe sondern um die kontingente Wahl zwischen Alternativen⁴². Mit *Heinz von Foerster* sagt er: „Only those questions that are in principle undecidable, we can decide⁴³.“ Die Entscheidung selbst lässt sich also gerade aufgrund der Voraussetzung, getroffen werden zu können und zu müssen, nicht erfassen. Ähnliches ist schon bei ihrer Charakterisierung als Alternative spürbar. Indem diese Alternativität zugleich auf das gleichermaßen Mögliche, also von der Entscheidung Betroffene, d.i. das „Eingeschlossene“, und auf den von der Entscheidung getroffenen „Ausschluss“ verweist. Solche Alternativen sind genau die Unterscheidungen, die sich der Entscheidung als Beobachtung verdanken: „Die Form ‚Alternative‘ ist also diejenige Form, die eine Beobachtung zu einer Entscheidung macht. Die Entscheidung bezeichnet diejenige Seite der Alternative, die sie präferiert⁴⁴.“ 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 hat⁴⁵.“ 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 kann⁴⁶.“ 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 im Fall des Rechts nach Carl Schmitt nur der dezisionistische Sprung helfen kann.

Die Modellierung des Urteils als Rechtsanwendung vermag über diesen Abgrund nicht hinweg zu helfen. Das war die vergebliche Mühe des Positivismus, die an der Unvollständigkeit des Ableitungszusammenhangs der Rechtsordnung im ganzen und auch daran scheitern musste, dass sich der Jurist als Entscheider unsichtbar machen muss, damit sich die Entscheidung als Rechtsanwendung vollziehen kann, dass aber selbst in diesem Prozess, wie Luhmann mit *Jacques Derrida* sagt, der Entscheider stets „trace[s] de l'effacement de la trace“⁴⁷, Spuren des Verwischens seiner Spuren, hinterlässt, durch die das Urteil ihm zugerechnet werden kann⁴⁸. In der klassischen Konzeption darf es aber gerade nicht seine Entscheidung sein. Der Richter darf sie allenfalls vollziehen, weil sie sonst seine Entscheidung über Recht und nicht die Entscheidung des Rechts wäre. Allenfalls ist der Entscheider also, wie Luhmann mit Verweis auf *Michel Serres*⁴⁹ 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

⁴² N. Luhmann, Die Paradoxie der Form, in: D. Baecker (Hrg.), Kalkül der Form, 1993, S. 197 ff.; ders., Die Paradoxie des Entscheidens, Verwaltungsarchiv 84 (1993), S. 287 ff. (289).

⁴³ H. von Foerster, Ethics and Second-order Cybernetics, Cybernetics & Human Knowing 1 (1992), 9 ff. (14), zit. bei N. Luhmann, Die Paradoxie des Entscheidens (FN 42), S. 289, Hervorhebung im Original.

⁴⁴ N. Luhmann (FN 38), S. 131 f.

⁴⁵ N. Luhmann (FN 38), S. 133.

⁴⁶ N. Luhmann (FN 38), S. 134.

⁴⁷ J. Derrida, Marges de la Philosophie, Paris 1972, S. 76 f.

⁴⁸ N. Luhmann, Die Paradoxie des Entscheidens (FN 42), S. 290; s. auch: ders., Politik der Gesellschaft, 2000, S. 379.

⁴⁹ S. M. Serres, Der Parasit, 1987.

anerkennen)⁵⁰.“ 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)⁵¹.“ 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 das Recht oder die Autorität oder gute Gründe hatte, so zu entscheiden, wie er entschieden hatte⁵².“

Hoffnungslos bleibt die Situation der Entscheidung also nur, wenn man sie aus der Zeit nimmt, wenn man sie 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 Begründungsloch⁵³.“ 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 Anfang⁵⁴.“ Daraus ergibt sich, 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 intensivieren⁵⁵.“ Genau dies eben geschieht, wenn man 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.

1. *Die dezisionistische Lesart des Paradoxes*. Doch ist eine Fokussierung dieser Frage für das Recht überhaupt möglich, ohne in eine infinite Regressschleife zu verfallen, die die Operativität zu lähmen drohte? Luhmann vertraut zunächst einmal auf die Kraft der Entscheidung beim Umgang des Rechts mit der Paradoxie. Er sieht aber, dass die Entscheidung diese Kraft nicht alleine hat. Denn als Entscheidung macht sie deutlich, dass auch anders entschieden werden könnte. Deswegen braucht sie die Begleitung der Begründung. Diese stellt eine Zusatzsemantik dar und ist als Supplement der ideale Ansatzpunkt einer Dekonstruktion⁵⁶. Luhmann konzidiert daher, "dass Gründe etwas verschweigen müssen, und zwar ihre

⁵⁰ N. Luhmann (FN 38), S. 134.

⁵¹ N. Luhmann (FN 38), S. 140.

⁵² N. Luhmann (FN 38), S. 141.

⁵³ T. Wirtz (FN 11), S. 175 ff. (183).

⁵⁴ G. Teubner, *Ökonomie der Gabe – Positivität der Gerechtigkeit: Gegenseitige Heimsuchungen von System und différence*, in: A. Koschorke/C. Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie*, 1999, S. 199 ff. (200).

⁵⁵ G. Teubner (FN 54), S. 200.

⁵⁶ Vgl. zum Sprachgebrauch "Zusatzsemantik oder Supplemente" N. Luhmann, *Metamorphosen des Staates*, in: ders. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Band 4, 1999, S. 101 ff., 107.

Redundanz. Sie verwenden Unterscheidungen mit ihrer bezeichneten, nicht mit ihrer unbezeichneten Seite. Was nicht bezeichnet wird, kann auch nicht benutzt werden. Als Verschwiegene 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 einem Therapiebedarf. Man kann die Belehrung verweigern, bis man selbst hinreichend ratlos ist. Aber wer soll das Rechtssystem therapieren? Und wer übernimmt zwischenzeitlich die Funktion⁵⁷?" Hier lässt er letztlich das Potential der Dekonstruktion ungenutzt. 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"⁵⁸. Luhmann fürchtet um die Stabilität der Wirtschaft und des Rechtssystems und vielleicht sind es ja tatsächlich seine biografisch bedingte⁵⁹, "unterschwellige ordnungspolitische Phantasie⁶⁰" und seine Fixierung auf die Ordnungsfunktion des Sozialen, die ihn hier in einen blinden Fleck treiben und ihn zu einem voreiligen Reflexionsstopp verleiten, dem Thomas Wirtz dezisionistische Züge nachzuweisen versucht hat: "Die Rechtsanwendung ist kategorisch vom Recht getrennt. Statt vorgeblich einer substantiellen Gerechtigkeit nachzuspüren, steht sie in der Zeit und damit unter Entscheidungszwang. Bestätigt wird nicht die Norm, sondern der Schein ihrer Geltung. 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. 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 Leerstelle⁶¹."

Eine solche dezisionistische Lektüre der systemtheoretischen Entscheidungstheorie verkennt aber, dass Luhmann das Entscheiden gesellschaftlich kontextualisiert. Er

⁵⁷ N. Luhmann (FN 25), S. 370 f.

⁵⁸ N. Luhmann, Schwierigkeiten mit dem Aufhören, in: *ders.*, Archimedes und wir, 1987, S. 74 ff. (79).

⁵⁹ So beschreibt er in einem Radiointerview die Wahl seines Studiums unter Bezugnahme auf seine Erfahrungen als Kriegsgefangener: „Auf Jura bin ich eigentlich gekommen, weil ich das Gefühl hatte, das ist eine Möglichkeit Ordnung zu schaffen in dem Chaos, in dem man lebte, und diese vielen Verstöße gegen an sich geltendes Recht in der Gefangenschaft.“ (N. Luhmann, Radiogespräch mit Wolfgang Hagen, abgedruckt in: W. Hagen (Hrsg.), Warum haben Sie keinen Fernseher, Herr Luhmann?, 2004, S. 13 ff. (17)). Am Adornozitat, dass es Aufgabe von Kunst heute sei, „Chaos in die Ordnung zu bringen“ (T. W. Adorno, *Minima Moralia. Reflexionen aus dem beschädigten Leben* (1951), in: *ders.*, *Gesammelte Schriften*, Band 4, hrg v. R. Tiedemann, 1997, S. 253) schätzt wiederum Rudolf Wiethölter die paradoxe Grundbewegung (R. Wiethölter, *Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?*, in: G. Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, 1994, S. 89 ff. (107)).

⁶⁰ A. Demirovic, Komplexität und Emanzipation, in: *ders.*, *Komplexität und Emanzipation*, 2001, S. 13 ff. (17); s. auch C. Vismann/A. Koschorke, *Widerstände der Systemtheorie. Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, 1999, 14, die meinen: „Von hier aus, von der Erfahrung aus, dass es Unordnung gibt, ließe sich die Herkunft der Systemtheorie ableiten, Ordnung zu schaffen.“

⁶¹ T. Wirtz (FN 11), S. 175 ff. (182 f.).

schreckt nur vor der Radikalität seiner Analyse des Paradoxons im Ergebnis zurück⁶². Mit anderen Worten, ähnlich schon wie in der Konzeptionierung seines Weltrechtsmodells, das auf einen radikalen Transnationalismus verzichtet, um doch nur in alteuropäischer Tradition zu insistieren, dass Weltrecht bedeute, dass „Übersetzungsregeln von einer Rechtsordnung in andere“,⁶³ d.h. internationale Privatrechtsordnungen, öffentlich-rechtliche Kollisionsregeln und ein völkerrechtliches Fremdenrecht, existieren, hat sein Zugang zur Rechtsentscheidung einen deutlich alteuropäischen Gestus. So sucht er, den Aufschub der Bedeutung durch die Kontexte und damit das Gleiten der Schrift nicht allein durch die richterliche Entscheidung ruhig zu stellen, sondern verlässt die Perspektive des Verhältnisses Rechtsanwender-Text: "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 beiträgt⁶⁴." Das Fixieren der Schrift geschieht 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 von ihm als richtige Exegese eines Textes postuliert 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 macht⁶⁵." Die *auctoritatis interpositio* folgt in dieser von Luhmann ironisiert in Bezug genommenen alteuropäischen Konzeption der Logik einer Hypostasierung der Semantik, durch die dem guten Begründen als Teil des rechtlichen Verfahrens Legitimationskraft beigemessen wird.

So wie Schmitt das dezisionistische Modell geformt hat, ist hingegen nichts so überflüssig wie die Begründung. Rechtliche *auctoritas* verleiht nur die Dezision, entscheidend beim Entscheiden sind die Fragen „Quis iudicabit? Oder Quis interpretabitur⁶⁶?“ Anders als noch in der Frühschrift 'Gesetz und Urteil', in der er die Funktion der Entscheidungsbegründung darin sah, dass diese eine 'Richtigkeitsüberprüfung' des Entschiedenen vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Rechtsbestimmtheit und nicht lediglich des Ergebnisses ermögliche⁶⁷, verwirft Schmitt später deutlich den Gedanken, dass das Entscheiden etwas mit Begründung zu tun haben könnte⁶⁸. Der Sinn einer Entscheidung sei, „nicht überwältigende

⁶² An der Stelle, wo Luhmann aus Furcht um die Stabilität des Rechts die Konsequenzen seiner eigenen Theorie abschneidet, wird seine dekonstruktive Selbstkorrektur ansetzen, s. unten III.2.

⁶³ N. Luhmann (FN 25), S. 573; zu diesem alteuropäischen Ansatz des Weltrechtstheoretikers: S. Buckel, Global Non-State. Ansätze für eine materialistische Theorie des globalen Rechts, in: dies./R. Dackweiler/R. Noppe (Hrg.), Formen und Felder politischer Intervention. Zur Relevanz von Staat und Steuerung, 2003, S. 50 ff.

⁶⁴ N. Luhmann (FN 25), S. 364.

⁶⁵ N. Luhmann (FN 25), S. 370.

⁶⁶ C. Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes (1938), 1982, S. 174; ders., Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimer – Genf – Versailles, 1923-1939, 3. Aufl., 1994, S. 50 und S. 206.

⁶⁷ C. Schmitt (FN 10), S. 82 ff.

⁶⁸ S. nur C. Schmitt (FN 13), S. 42 f.

Argumentation, sondern eben Entscheidung durch autoritäre Beseitigung des Zweifels⁶⁹." Schmitt verschiebt so das Grundproblem des Rechts von der Kommunikation und den Anschlusszusammenhängen weg, hin zur rein formalen Frage nach der letzten Entscheidungsinstanz, in der bei ihm auch das Souveränitätsproblem selbst aufgeht, da Rechtsnormen letztlich nichts darüber auszusagen vermögen, wer das Entscheidungsmonopol innehat⁷⁰. Das rechtliche Formproblem – das Luhmann paradox konzipiert hatte, vor dessen Radikalisierung er dann aber im „Recht der Gesellschaft“ zunächst noch zurückgeschreckt war – wird von Schmitt daher zwar gesehen, aber in seiner Iterativität unterschätzt. „Bei der selbstständigen Bedeutung der Entscheidung“, so schreibt er, „hat das Subjekt der Entscheidung eine selbständige Bedeutung neben ihrem Inhalt. Es kommt für die Wirklichkeit des Rechtslebens darauf an, wer entscheidet. [...] In dem Gegensatz von Subjekt und Inhalt der Entscheidung und in der Eigenbedeutung des Subjekts liegt das Problem der juristischen Form⁷¹.“

Schmitts Dezisionismus lässt damit, man kann das durchaus als neukantianisch bezeichnen⁷², den individuellen Entscheider mit dem Text allein. Das Rechtsformproblem ist für ihn ein Subjekt-Inhalt-Problem, was bereits in 'Gesetz und Urteil' zum Ausdruck kommt, wo er die Kriterien für eine "richtige" Entscheidung dekontextualisiert und personal zentriert. Schmitts Formel lautet: "Eine richterliche Entscheidung ist heute dann richtig, wenn anzunehmen ist, dass ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. 'Ein anderer Richter' bedeutet hier den empirischen Typus des modernen, rechtsgelehrten Juristen⁷³." Es ist diese Typenmodellierung, aus der heraus er dann die Autolegitimation von Rechtspraxis durch Rechtspraxis begründet⁷⁴. Das bleibt aber subjektivistisch, es setzt nicht auf kommunikative Operationen sondern auf Personen, auf Entscheider. Damit unterschätzt Schmitt, dass das Charakteristikum der Entscheidung nicht in der Alternativität sondern in dem von der Alternativität eingeschlossenen Ausgeschlossenen liegt, dass also der empirische Typus des modernen Juristen erst durch Texte konstruiert wird. Schmitt blendet die gesellschaftliche Umwelt dieser Prozesse aus und thematisiert die paradoxe Struktur, dass die Entscheidung den Entscheider generiert, in dem sie ihn vor die Wahl stellt, nicht. Obwohl er also an anderer Stelle durchaus zu recht die Fragmentierung gesellschaftlicher Anschlussbereiche konstatiert und Wirtschaft, Recht, Politik etc. als "relativ selbständige Sachgebiete" beschreibt⁷⁵, fällt er in eine isolationistische Subjekt-Text-Form zurück und begeht auf diese Weise einen voluntaristischen Grundfehler, der das zirkuläre Verhältnis von Semantik und Gesellschaftsstruktur, das im Kern einer jeden Entscheidung über Innen und Außen steht, vernachlässigt. Das Formproblem, das eines zwischen Recht und Nicht-Recht ist, wird von ihm letztlich in eine "Verstandestätigkeit"⁷⁶, "einen intellektuellen Vorgang"⁷⁷, abdrängt und kann im Ergebnis weder das rechtliche Ent-Scheiden noch die Dezentrierung des Politischen angemessen beschreiben. Beides leidet daran, dass er auf individuelle Idiosynkrasien abstellt und die sozialen Prozesse der

⁶⁹ C. Schmitt (FN 35), S. 46.

⁷⁰ E. Bolsinger (FN 9), S. 471 ff. (481).

⁷¹ C. Schmitt (FN 13), S. 46.

⁷² So auch der Ansatz für Kritik in dem ansonsten affirmativen und gegen die Kritik von Bernd Rüthers verteidigenden Beitrag von W. Spindler, Bleibende Missverständnisse – Carl Schmitts politisches Denken, Die neue Ordnung 56 (2002), S. 423 ff. (430).

⁷³ C. Schmitt (FN 10), S. 71.

⁷⁴ C. Schmitt (FN 10), S. 86.

⁷⁵ C. Schmitt, Der Begriff des Politischen (1932), 7. Aufl., 1996, S. 26

⁷⁶ C. Schmitt (FN 10), S. 98.

⁷⁷ C. Schmitt (FN 10), S. 98.

Zuschreibung, Purifizierung generalisierter Medien und der Konstituierung von Symbolwelten ignoriert. Dieses Defizit lässt sich auch an seiner Konzeptionierung der Freund/Feind-Grunddifferenzierung festmachen, die letztlich doch nur von der Annahme geleitet ist, dass man aus dieser Unterscheidung die „spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen“⁷⁸, gewinnen könne.

2. *Die dekonstruktivistische Lesart des Paradoxes.* Es ist Schmitts Grundentscheidung für ein alteuropäisches Theoriedesign in dezisionistischem Gewand, von dem sich Luhmann nachhaltig und wiederholt ironisch⁷⁹ distanziert hat. "Nun mag man", schreibt er bspw. in 'Die Paradoxie des Entscheidens', "vom Denken halten, was man will: es ist jedenfalls nicht so friedlich wie das Wahrnehmen⁸⁰." Und sein Weg der Paradoxieentfaltung unterscheidet sich darum an einer entscheidenden Stelle von Schmitts Subjekt-Text-Form: "Begriffe wie Entscheidungsrationalität oder Handlungsmotivation werden üblicherweise als Bezeichnung von Leistungen der an der Organisation teilnehmenden, 'in ihr' arbeitenden Menschen verstanden. Man müsste den entsprechenden Tatbeständen dann mit biologischen, neurophysiologischen oder psychologischen Untersuchungen nachgehen. Das dürfte wenig Erfolg versprechen⁸¹."

Luhmann hält es darum für unabdingbar, dass man diese "Begriffsbedeutung [...] 'dekonstruiert'⁸². Bei der Entscheidungskomponente "Willkür" handele sich nicht um ein psychologisches Moment, sondern um ein Erfordernis der Lokalisation von 'entscheidenden' Stellen im Netzwerk der Kommunikation. Man müsse diejenigen beobachten, die Willkür attributieren: "Willkür scheint eine attributionsdienliche Fiktion zu sein; oder vielleicht sogar: Unzurechnungsfähigkeit eine Voraussetzung für Zurechnung⁸³." Die Paradoxie formuliert er darum als Selbigkeit des Differenten und es geht ihm um die Einheit der Differenz, mithin den Punkt, "wo Hegelianer ihr Glückserlebnis der 'Aufhebung' haben⁸⁴." Die *auctoritas* liegt damit nicht in der autoritativen Entscheidung als solche, auch nicht im Entscheider, sondern explizit in der *interpositio*, in der Zwischenwelt des Rechts, das vor der Entscheidung ein

⁷⁸ C. Schmitt (FN 75), S. 26; Schmitt übernimmt die Freund/Feind-Differenzierung von *Baltasar Álamos de Barrientos*: „Lo político es la distinción entre amigo y enemigo“ (so in der Widmung in *B. Álamos de Barrientos*, *Tacito expañol ilustrado con aforismos*, Madrid 1614, hrg. von L. Sánchez; zit. nach G. Maschke, *Drei Motive im Anti-Liberalismus Carl Schmitts*, in: K. Hansen/H. Lietzmann (Hrg.), *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, 1988, S. 55 ff. (75, FN 29); das Werk von Baltasar Álamos de Barrientos liegt mittlerweile in einer Neuedition vor: J. Fernández-Santamaría (Hrg.), *Aforismos al Tacito expañol*, Madrid 1987).

⁷⁹ Luhmanns Äußerungen zu Schmitt sind in der Regel apodiktisch distanzierend, s. bspw. *N. Luhmann*, *Der Wohlfahrtsstaat zwischen Evolution und Rationalität*, in: *ders.*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 4, 1995, S. 113; in einem Radiointerview meint Luhmann: „Ich fand aber immer, dass Carl Schmitt überschätzt würde“ (Luhmann, in: Hagen (Anm. 59), S. 27); besonders deutlich Luhmanns Kritik an Schmitts Parlamentarismuskritik, in *N. Luhmann*, *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, S. 334: „Vor allem Carl Schmitt hat mit unübertroffenem Sinn für Überholtes am Begriff der Repräsentation festgehalten und von da aus den verfassungsmäßig realisierten Parlamentarismus als Verfehlung des Prinzips beurteilt. Entweder Identität oder Repräsentation, und dann Repräsentation nur als Repräsentation der Identität. Das wird zwar dem ursprünglichen Sinn des Begriffs besser gerecht als jede andere Darstellung, belegt damit aber nur die Obsolenz dieser Semantik der Selbstbeschreibung des politischen Systems.“

⁸⁰ *N. Luhmann*, *Die Paradoxie des Entscheidens* (FN 42), S. 287 ff. (305).

⁸¹ *N. Luhmann*, *Die Paradoxie des Entscheidens* (FN 42), S. 287 ff. (305).

⁸² *N. Luhmann*, *Die Paradoxie des Entscheidens* (FN 42), S. 287 ff. (305).

⁸³ *N. Luhmann*, *Die Paradoxie des Entscheidens* (FN 42), S. 287 ff. (290).

⁸⁴ *N. Luhmann*, *Die Paradoxie des Entscheidens* (FN 42), S. 287 ff. (290).

anderes ist als nach der Entscheidung.⁸⁵ Die Begründung einer Entscheidung und damit die Argumentation lässt die feste Regel des Rechts nicht unangetastet, sondern verschiebt sie: Danach markiert jede 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"⁸⁶."

Dekonstruktion ist darum keine äußere Kritik des Rechts, welche von romantischen Individuen aus geht⁸⁷. Sie ist vielmehr nicht nur inneres, sondern auch konstitutives Moment des Rechts. Nur auf diese Weise kann man die Differenz zwischen der Entscheidung als Behauptung von Recht und ihrer Kommunikation als Entscheidung, die auch anders sein könnte, in ihrer Fundamentalität erfassen. Das performative Element der Entscheidung lässt sich vom konstativen Element der behaupteten Rechtserkenntnis nicht festbinden. Darin liegt 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"⁸⁸." 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 Metamorphosen⁸⁹.

Aber kann darin eine Stärke liegen, dass das Recht den Bürgern nicht aufgezwungen wird, sondern von diesen beständig verschoben? Die funktional differenzierte Gesellschaft hat, 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 setzt

⁸⁵ Im folgenden steht die zeitliche Dimension der *interpositio* im Vordergrund. Insgesamt hat dieser Begriff vier Komponenten. Einmal geht es um die Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht, dann die Unterscheidung zwischen Fall und Norm sowie zwischen Argumentation und Entscheidung. Hier stand für uns die Beziehung innerhalb des Rechts vor und nach der Entscheidung im Vordergrund. Die Dimension des Dazwischen hat in der Systemtheorie Gunther Teubner (Anm. 54, S. 209 f.) prägnant entfaltet.

⁸⁶ N. Luhmann, Metamorphosen des Staates, in: ders. Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 4, 1999, S. 101 ff. (106 f.).

⁸⁷ N. Luhmann (FN 25), S. 172: "Überhaupt darf man die romantische Bewegung als die vorläufig letzte gezielte Opposition gegen die Dominanz des binären Codes Recht/Unrecht einschätzen."

⁸⁸ N. Luhmann (FN 86), S. 107.

⁸⁹ Vgl. dazu auch N. Werber, Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffs aus systemtheoretischer Sicht, in: U. Wirth (Hrsg.), Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften, 2002, S. 366 ff. (381 f.).

die Rolle der Dekonstruktion ein. 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 vordekonstruktiver Beschreibungen. Die unbestreitbare Leistung, die Autonomie des Sozialen zu begründen und gleichzeitig mit der System/Umwelt-Unterscheidung seine Auskernung in verschiedenen Sprachspielen zu belegen, macht bspw. die Systemtheorie in der Tradition Niklas Luhmanns "notwendig blind für Sinn-Zusammenhänge, die in Kommunikation und Bewusstsein oder die Gesellschaft und Individuen übergreifen"⁹⁰. Das heißt also, dass die Beobachtung von Sprachspielen, die sich zu Institutionen ausgekern 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 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 Umwelanforderungen. Aber auch hier offenbart sich der Mangel, dass die Umweltrelation zwar angesprochen, 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"⁹¹.

Man muss also vielmehr, wenn man die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen der binären Codierung Recht/Unrecht rechtstheoretisch einbeziehen möchte, die Rechtspraxis der Supplementierung in die Beschreibung aufnehmen. Die Rechtspraxis arbeitet mit Supplementen, um umweltsensibel zu werden und neben der Herstellung von Redundanzen seine zweite Aufgabe der Varietät zu erfüllen. Gerechtigkeit bleibt damit permanente Aufgabe. Die theoretische Betrachtung der von der Praxis genutzten Kontingenzformel muss an dieser Stelle ergänzt werden durch die Beobachtung der Art, wie die Entscheidung die Argumente im Verfahren berücksichtigt. Erst nach dieser dekonstruktiven Wendung kann man 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"⁹², angemessen in den Blick nehmen. Der Schritt über den Dezisionismus hinaus führt also nicht in Sprachfassaden, welche nur die Funktion

⁹⁰ G. Teubner (FN 54), S. 209.

⁹¹ G. Teubner (FN 54), S. 210.

⁹² G. Teubner (FN 54), S. 200.

haben, die Brutalität der Entscheidung zu verdecken, sondern er führt in eine neuartige, so in der Entscheidungstheorie noch nicht formulierte Problemstellung: Wie kann das Recht einen Ausgleich zwischen Redundanz und Varietät über die Streitigkeiten und Argumente der Rechtssubjekte 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. Vielmehr wird über die Argumentation und die Darstellungszwänge des Richters in der Begründung die Erfindung der Regel für die Mitgestaltung durch die Beteiligten, eine kritische Öffentlichkeit, Politik etc. geöffnet. Die Entscheidung ist dadurch mit dem vorangegangenen Verfahren, den betroffenen Rechtssubjekten, *amici curiae*-Stellungnahmen, der Beobachtung durch die Massenmedien und der Beobachtung durch das politische System – und all diese natürlich untereinander – verknüpft. Wenn im Rechtsstaat ein Prozess verloren geht, gibt es 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 rechtlich begründete Entscheidung handelt. Die Möglichkeit, dies zu beurteilen, Skandalisierungsprozesse, Gesetzesprojekte, AGB-Änderungen etc. anschließen zu lassen, wird durch das Supplement der Entscheidung geschaffen⁹³. Rudolf Wiethölter stellt daher heraus: „Rechtsgewinnung ist Begründung in Anwendung, eher ‚Herstellung‘ als ‚Darstellung‘, eher context of discovery als context of justification, eher Frage als Antwort, eher Möglichkeits-Findung als Wirklichkeits-Suche, eher Wahr-Nehmung als Wahr-Sagung“⁹⁴.

III. Die Entscheidung als politische Dimension im Recht

Die Sozialsysteme Politik und Recht sind strukturell miteinander gekoppelt. Die Rechtsordnung hilft sich durch diese strukturelle Kopplung, die Verfassung⁹⁵, darüber hinweg, dass ihr ein stabilisierender Zentralsinn, ein letzter Obersatz, welcher der richterlichen Erkenntnis Halt geben könnte, fehlt. Nach der Verabschiedung der alteuropäischen Rechtsquellenlehre ist die Rechtsordnung damit auf sich selbst gestellt. Trotzdem hält Luhmann die von ihm immer wieder betonte Geschlossenheit des Rechtssystems⁹⁶ nicht für grundsätzlich gefährdet. Zur Stabilisierung dienen 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 entscheiden⁹⁷. In komplexen Gesellschaften können diese Programme sehr viel an Offenheit für wechselnde Umweltbedingungen aufweisen. Dies "führt jedoch niemals zur Auflösung der Einheit

⁹³ Dass dies mit Kompatibilitätsschwierigkeiten verbunden ist, zeigt *T.-M. Seibert*, Urteile sind unverständlich: Über die Notwendigkeit einer Rechtstheorie, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 87 (2001), S. 1 ff.

⁹⁴ *R. Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: C. Joerges/G. Teubner (Hrg.), *Rechtsverfassungsrecht*, 2003, S. 1 ff. (13).

⁹⁵ *N. Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 176 ff.

⁹⁶ *N. Luhmann* (FN 25), S. 38 ff.

⁹⁷ In der Regel in Form von Konditionalprogrammen der Wenn-Dann-Form, *N. Luhmann* (FN 25), S. 195 ff.

des Rechts, solange diese im System durch einen (und nur einen) Code präsentiert wird, der nirgendwo sonst in der Gesellschaft benutzt werden kann⁹⁸."

Die Formulierung "solange" hat es in sich. Denn die Geschlossenheit des Rechts hängt daran, dass die Codierung stabil bleibt. 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. Zentralsinn und Codierung können nur herrschen, wenn sie leer bleiben. Sobald man die Codierung inhaltlich bestimmt, wird sie zu einer bestreitbaren Aussage neben anderen. Man müsste sie 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 durchführen⁹⁹?" Natürlich braucht man zur Beobachtung eine Unterscheidung, und insoweit ist sie leer, nicht möglich. Damit ist 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. Aber das gilt nur, *solange* der Begriff des Rechts ein leerer Signifikant bleibt¹⁰⁰. 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 in der Lücke des fehlenden letzten Obersatzes stillschweigend vollziehen. Dieses Enthymem beruht auf der Ableitung des Falls aus dem Allgemeinen, ohne dies ausdrücklich zu machen. Der Schluss des Enthymems lässt die entscheidenden Prämissen unerwähnt, indem er das offen lässt, von dem erwartet ist, dass es jeder weiß¹⁰¹. Seine durchschlagene Kraft gewinnt es aus der Glaubhaftigkeit eines Systems von Überzeugungen. Es beruht auf Plausibilität. Schon Aristoteles hatte daher das Enthymem 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 beruft man sich am effektivsten, indem man seine Prämissen nicht ausspricht und so dem Angriff der möglichen Negation aussetzt. Das Enthymem zielt auf Vereinnahmung. Selbstverständliche Prämissen bleiben unausgesprochen und zur geflissentlichen

⁹⁸ N. Luhmann (FN 25), S. 93.

⁹⁹ Dazu N. Binczek, Im Medium der Schrift. Zum dekonstruktiven Anteil in der Systemtheorie N. Luhmanns, 1994, S. 260.

¹⁰⁰ Zu diesem Begriff E. Laclau, Was haben leere Signifikanten mit Politik zu tun?, in: ders., Emanzipation und Differenz, 2002, S. 65 ff.

¹⁰¹ Zur Funktion des Enthymems s. T.-M. Seibert, Gerichtsrede: Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs, 2004, S. 81 ff.: "Das Gesetz ist niemals komplett, so sehr es in einer Begründung auch beschworen werden mag. Es steuert latent das Verständnis dessen, was sich ereignet hat. Dafür ist das Enthymem die passende Darstellungsform. Durch bloße Andeutung der Norm werden außerdem sowohl die Tautologie der gesetzlichen Namensgebung wie auch die Gewalt seiner Setzung verhüllt, verdrängt oder einfach nur weiterhin im Hintergrund belassen. Namensgebung, Ereignisbericht und enthymematischer Normverweis – diese drei rhetorischen Leistungen überzeugen, soweit sie auf die Frage nach dem Rechtszeichen antworten, und wer darauf antworten kann, hat Enthusiasmus."

Komplettierung anheim gestellt. Der Vorgang erscheint formal als unmittelbarer Schluss von a auf b und belässt es beim Stillschweigen über das „aufgrund c“. Das c bleibt so scheinbar unangetastet. Im Schweigen des Obersatzes überhört man dann das Dröhnen der Hegemonie. So vollzieht sich die Usurpierung des Obersatzes durch die Macht. Das gelingt umso effektiver, je stärker sich diese Macht des Obersatzes bemächtigt, wobei sie in ihrer schlichten Wirkungs faktizität unbefragbar werden und das Paradox durch Verschweigen zum Verschwinden bringen kann. 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 so ersetzt durch die Frage, was unter den gesellschaftlichen Verhältnissen plausibel ist¹⁰².

Nach einer Antwort muss in der polyzentrisch ausdifferenzierten Gesellschaft nicht lange gesucht 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 zur Durchsetzung von ökonomischen, politischen, religiösen und wissenschaftlichen etc. Rationalitäten zu werden¹⁰³. Das gilt für das Kosten-Nutzen-Denken ebenso wie etwa für den militärischen Kalkül der Bedrohung und Abwehr. Macht, Effizienz, Wahrheit, Machbarkeit, oder Sicherheit suchen die Stelle der Gerechtigkeit einzunehmen und ihre partialen Teilbereichslogiken gesellschaftsweit zu institutionalisieren, notfalls auch auf Kosten des gesellschaftlichen Pluralismus'. Das birgt die Gefahr, dass die demokratisch legitimierte Ordnungsleistung des Rechts in den Imperialismus der jeweiligen Rationalitäten umschlägt.

Das politische Moment dieser Prozesse liegt darin, dass der rechtsinterne Umgang mit Paradoxien „politisch“ ist¹⁰⁴. Das "Politische" des Rechts im Unterschied zur institutionalisierten Politik des politischen Systems äußert sich "als Entscheidung im Kontext von Unentscheidbarkeit: als Auflösung von Sinnbrüchen in antagonistischen Arrangements, [...] als Auflösung der Rechtsparadoxie in Kollisionen von Recht/Nichtrecht¹⁰⁵." Den 'politischen Kampf gegen politische Usurpationsversuche' des Rechts durch instrumentalistische Rechtstheorien¹⁰⁶, für den sich bspw. *Martti*

¹⁰² U. Stäheli, Politik der Entparadoxierung. Zur Artikulation von Hegemonie- und Systemtheorie, in: O. Marchart (Hrg.), Das Undarstellbare der Politik. Zur Hegemonietheorie Ernesto Laclaus, Wien 1998, S. 52 ff.

¹⁰³ Hierzu: G. Teubner, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 65, 1996, S. 199 ff.

¹⁰⁴ U. Stäheli (FN 36), S. 271 ff.; s. auch: M. Blecher, Zu einer Ethik der Selbstreferenz oder: Theorie als Compassion: Möglichkeiten einer Kritischen Theorie der Selbstreferenz von Gesellschaft und Recht, 1991, S. 165 ff.

¹⁰⁵ G. Teubner, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in Joerges/Teubner (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, 2003, S. 25 ff. (30).

¹⁰⁶ Unverhohlen bspw. die Formulierung bei *Myres McDougal*, dem maßgeblichen Vertreter der US-amerikanischen New Haven School: "[L]aw is *instrumental* only, a means to an end, and is to be appraised only in the light of the ends it achieves." (*M. McDougal*, Fuller v. The American Legal Realists, Yale Law Journal 50 (1941), S. 827 ff. (834 f.)); s. auch die Vertreter der 'Neuen Generation der interdisziplinären Wissenschaft': "Between these extremes, where most international legalization lies, actors combine and invoke varying degrees of obligation, precision, and delegation to create subtle blends of politics and law. In all these settings, to paraphrase Clausewitz, 'law is a continuation of political intercourse, with the addition of other means'" (*K. Abbott & R. Keohane & A. Moravcsik & A.-M. Slaughter*, The Concept of Legalization, International Organization 54 (2000), S. 401 ff. (419); s.

Koskenniemi im Rahmen völkerrechtlicher Theoriediskussionen immer wieder engagiert¹⁰⁷, ist, so verstanden, daher kein Kampf der institutionalisierten Politik gegen die institutionalisierte Politik sondern eine rechtsinterne Reflexionspolitik, die das Ziel hat, den Rechtscode als leeren Signifikanten offen und die Rechtsform von Heterodeterminierungen frei zu halten¹⁰⁸. Rechtsentscheidungen als Ereignisse in einem rechtlichen Signifikationsprozess können damit als spezifisch rechtliche Operationen der Paradoxieentfaltung begriffen werden, die ihren politischen Charakter durch die Simultaneität verschiedener Möglichkeiten und den Kampf im Recht um die Realisierung einer dieser Möglichkeiten erhalten¹⁰⁹.

Abgesehen davon, dass Carl Schmitt natürlich für ein solchermaßen unabhängiges, 'reines' Recht nichts übrig hatte¹¹⁰, könnte er diese dezentralisierten politischen Phänomene auch gar nicht angemessen beschreiben, da er das Politische als "die Möglichkeit eindeutiger, klarer Unterscheidungen"¹¹¹ definiert und als begriffslogisch nachfolgend in der Codierung von Freund/Feind zu personalisieren sucht¹¹². Dadurch dass er das öffentliche Beziehungsfeld jeweils durch das Politische, d.i. dasjenige Feld mit der größten Unterscheidungsintensität¹¹³, strukturiert¹¹⁴, bleibt seine Beschreibung der massenmedial vermittelten Aufmerksamkeitsmaschinerie des politischen Systems verhaftet. Die polyarchischen Tendenzen des Politischen,

auch A.-M. Slaughter & A. Tulumello & S. Wood, *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship*, *American Journal of International Law* 92 (1998), S. 367 ff.).

¹⁰⁷ M. Koskenniemi, Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations, in: M. Byers (Hrg.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford 2000, S. 17 ff.; ders., *International Law and Hegemony: A Reconfiguration*, *Cambridge Review of International Affairs* 17 (2004), S. 197 ff.

¹⁰⁸ U. Stäheli (FN 36), S. 255 ff.

¹⁰⁹ U. Stäheli (FN 102), S. 61 f.

¹¹⁰ S. nur die Schmitt-Kelsen-Kontroverse: C. Schmitt (FN 35); explizit hiergegen: H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), in: H. Klecatsky u.a. (Hrg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule: Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, Wien 1968, Bd. 2, S. 1873 ff.

¹¹¹ C. Schmitt (FN 75), S. 11.

¹¹² I.d.S. E.-W. Böckenförde, *Politische Theorie und politische Theologie*, in: J. Taubes (Hrg.), *Religionstheorie und Politische Theologie*, Bd. 1, 2. Aufl., 1985, S. 16 ff.

¹¹³ „Weil das Politische keine eigene Substanz hat, kann der Punkt des Politischen von jedem Gebiet aus gewonnen werden, und jede soziale Gruppe, Kirche, Gewerkschaft, Konzern, Nation wird politisch, und damit staatlich, wenn sie sich in diesem Punkt der höchsten Intensität nähert“ (C. Schmitt, *Staatsethik und pluralistischer Staat*, *Kant-Studien* 1/1930, S. 28 ff. (37); Schmitts Intensitätsargument manifestiert die Grenzen des subjektivistischen Politikbegriffs, der Diskursinterferenzen und kommunikative Anschlussoperationen innerhalb heterarchischer Sozialbeziehungen vom Individuum aus denkt und dabei mit qualitativen (politisch) und quantitativen (höchste Intensität) Zuschreibungen arbeitet, die analytisch nur deswegen trennbar sind, weil Kommunikationen von Kommunikationen in unterschiedlichen sozialen Rationalitätsbereichen in Bezug genommen werden; d.h. aber auch: der ökonomische, rechtliche, religiöse etc. Charakter von Kommunikation lebt von Voraussetzungen, die ein Individuum allein weder generieren noch kontrollieren kann und deren politisches Moment unabhängig von individuellen Idiosynkrasien und voluntativen Präferenzen entsteht; zu Schmitts Intensitätsmodell, das die Gebiets-Konzeption ersetzt: G. Maschke, *Freund und Feind – Schwierigkeiten mit einer banalité supérieure*, *Der Staat* 33 (1994), S. 286 ff. (287f.).

¹¹⁴ Eine ähnliche Simplifizierung findet sich in Ulrich Halterns Staatserotiklehre, die eine transkulturelle Applikation von Paul W. Kahns Rechtskulturalismus beinhaltet, s. U. Haltern, *Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 128 (2003), S. 512 ff.; zum Hintergrund des kulturalistischen Theoriemodells: P. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago 1999, S. 7 ff.

insbesondere des Rechtspolitischen¹¹⁵, sind auf diese Weise theoretisch aber nicht erfassbar.

Der systemtheoretische Entscheidungs- und Rechtsbegriff ist im Gegensatz zu Schmitts Konzeption pluralistisch angelegt. Die dekonstruktiv-systemtheoretische Entscheidungstheorie ist auch nicht antiformalistisch wie Schmitts Dezisionismus, sondern geradezu hyperformalistisch, indem sie die Rechtsform ernst nimmt. In diesem Sinne distanziert sie sich auch von dem Versuch des BVerfG, Konflikte durch eine autoritative Deutung einer vermeintlich höheren und objektiven Wertordnung zu lösen¹¹⁶. Das zeigt sich nicht zuletzt im Umgang mit den genannten Rationalitätskonflikten, d.h. Kollisionslagen zwischen Wirtschaft, Politik, Religion etc. Nicht eine "Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus"¹¹⁷, d.h. "praktische Konkordanz", ist hier gefragt, keine Abwägungsschemata für vermeintlich universelle Werte und Prinzipien, sondern die Identifikation konfligierender gesellschaftlicher Rationalitäten, die sich des Rechts zur Universalisierung ihrer partialen Logiken bedienen¹¹⁸. Diese gesellschaftlichen Realwidersprüche sind in der *quaestio iuris* zu reformulieren und, so gefasst, zu kompatibilisieren. Der kritische Kollisionsbereich ist jeweils durch den Widerspruch von Normen, die im Kontext unterschiedlicher Teilbereichsrationalitäten *geformt* wurden, zu identifizieren. In der Sache geht es folglich darum, abstrakt-generelle Inkompatibilitätsnormen im Verhältnis von gesellschaftlichen Großsystemen und den in struktureller Kopplung zu ihnen generierten Rechtsnormen zu entwickeln und das Recht darauf vorzubereiten, auf destruktive Konflikte zwischen unverträglichen Handlungslogiken zu reagieren¹¹⁹. Dadurch eröffnet sich ein extrem formalistischer Zugang zum Umgang mit der Rechtsform. Denn Rechtsarbeit wird zur Pflege der Paradoxien der Rechtsform¹²⁰, zur Begründungsarbeit mit Rechtsnormen unterschiedlicher Provenienz, zum ständigen Kampf des Rechts gegen seine einseitige Instrumentalisierung durch bspw. Polit-, Wirtschafts-, Religionssysteme¹²¹ und die demokratiethoretische Herausforderung liegt darin, die ,konkreten

¹¹⁵ Hierzu für den transnationalen Kontext: A. Fischer-Lescano & P. Liste, Völkerrechtspolitik, Zeitschrift für Internationale Beziehungen 2005, i.E.

¹¹⁶ Prägnante Kritik hieran auch bei I. Maus, Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat. Helmut Ridder zum 85. Geburtstag, Blätter für deutsche und internationale Politik 49 (2004), S. 835 ff.

¹¹⁷ Ironischerweise wird dieser Dezisionismusvorwurf aus der Schmitt-Schule heraus erhoben: E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, Neue Juristische Wochenschrift 1974, S. 1529 ff. (1534); Schmitt, auf den sich Böckenförde in seiner Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG beruft, kritisierte die Operationalisierung abstrakter Wertprogramme durch die Rechtspraxis im Anschluss an Nicolai Hartmann als eine „Tyrannei der Werte“, s. C. Schmitt, Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 37 ff.; Schmitts Text ist hervorgegangen aus einem 1959 in Privatdruck veröffentlichten Diskussionsbeitrag, s. die Dokumentation dieses Textes in ebda., S. 51 ff.

¹¹⁸ Hier setzt Karl-Heinz Ladeur an, s. *ders.*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 12 ff.; s. auch: A. Fischer-Lescano, Monismus, Dualismus? – Pluralismus. Selbstbestimmung des Weltrechts bei Hans Kelsen und Niklas Luhmann, in: H. Brunkhorst (Hrg.), Völkerrechtspolitik. Hans Kelsens Staatsverständnis, 2005, i.E.

¹¹⁹ G. Teubner, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften 2000, S. 388 ff.; s. auch A. Fischer-Lescano, Nolenti fit iniuria: Sittenwidrige Schulden im Weltrecht, in: H. Brunkhorst/W. Matiaske (Hrg.), Südamerika/ Zentraleuropa - Politische Konstitution und gesellschaftliche Ökonomie, 2004, S. 88 ff.

¹²⁰ G. Teubner (FN 105), S. 25 ff.

¹²¹ R. Wiethölter, (FN 93), S. 13.

Ordnungen' in zivilgesellschaftlichen Konstitutionalisierungsprozessen aufzubrechen¹²².

Um die Effektivierungsmechanismen einer Abwehrstrategie gegen solch ständig drohende Zweitcodierungen des Rechts zu klären, ist es also sinnvoll, die Beobachtungsweisen von Systemtheorie und Dekonstruktion zu kombinieren¹²³. Wenn man vor-dekonstruktiv allein von der Unterscheidung System/Umwelt ausgeht, kann man eine mögliche Zweitcodierung des Rechts nicht erfassen. 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 wurde¹²⁴." Das trägt der Beobachtung Rechnung, dass gerade über systematische, personalpolitische Entscheidungen, begleitet von massiven politischen Interpenetrationsversuchen¹²⁵ ein Kurzschließen der ansonsten autonomen Gesellschaftsbereiche erreicht werden kann, dass also durch personale Netzwerke die Autopoiesis zu einer Allopoiesis des Recht umgestaltet würde, in der der Zweitkodierung eine generelle Präferenz vor dem Recht eingeräumt wäre¹²⁶.

Aber auch auf kommunikativem Weg besteht die Gefahr der imperialen Besetzung des Rechtscodes durch andere Sozialsysteme. 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 im konkreten Fall unvereinbare Vorstellungen von Recht und Unrecht. Hier bewährt sich die von Teubner vorgeschlagene Konstellation, 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

¹²² Hierzu, G. Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63 (2003), S. 1 ff.

¹²³ Zu dieser Forderung G. Teubner (FN 54), S. 204 f.

¹²⁴ N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1969), 4. Aufl., 1997, S. 149, FN 12.

¹²⁵ Hierzu N. Luhmann (FN 25), S. 81 f.: "Ein Rechtssystem, das häufig und in breit streuenden Sachbereichen solchen Eingriffen ausgesetzt ist [...], operiert im Zustand der Korruption. Es erkennt an Hand seiner Normen, dass es politischem Druck nicht standhalten kann. Es hält an Attrappen der Rechtsstaatlichkeit fest; es verzichtet auch nicht auf Normen schlechthin; aber es mediatisiert den Code Recht/Unrecht durch eine vorgeordnete Unterscheidung, durch einen Rejektionswert, könnte man im Anschluss an Gotthard Günther sagen, der die opportunistische Anpassung an durchsetzungsfähige Eliten erlaubt. Es kommt dann in dafür ausgesuchten Fällen zu einer Vorprüfung in der Frage, ob Recht angewendet werden soll oder nicht. [...] Im Extremfall kann nicht mehr von autopoietischer Schließung, ja nicht einmal mehr von kognitivem Lernen in Bezug auf Normen die Rede sein."

¹²⁶ M. Neves, From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law, Journal of Law and Society 28 (2001), S. 242 ff.

des Signifikats immer nur weitere Signifikanten findet.¹²⁷ 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. Es wird deutlich, dass die Codierung nicht so unberührt über den Programmen schwebt. Sie ist vielmehr über Semantisierung ständig 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" sozialer Systeme¹²⁸ funktionieren, wenn die Gerichte das wahrnehmen, was Rudolf Wiethölter als Hauptaufgabe der Juristen bezeichnet: "'Rechts-Pflege' ist heute jedenfalls Pflege der Rechtsparadoxie selbst, als ihre Erhaltung und Behandlung zugleich"¹²⁹.

IV. Fazit: Entscheidung als Aufschub von Recht

Der Unterschied zwischen der Performanz des Rechts und der Performanz der Macht, liegt darin, dass es der Macht um Dezision geht. Mit Verfahren und Argumentation hat dies wenig zu tun. Nur das Ergebnis zählt. Aber die Idee des Dezisionismus von der Aufhebung des Konflikts in der Entscheidung ist nicht einlösbar. Der Konflikt bleibt auch nach der Entscheidung. Denn es hätte auch anders entschieden werden können. Deswegen braucht man die Begründung. Aber auch das genügt nicht. Denn die Entscheidung hat entschieden, was durch bloße Erkenntnis nicht entschieden werden konnte. 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 das System des Verfahrens seinen Zustand geändert. Auch das System ist nach dem Verfahren ein anderes als vor dem Verfahren. Es muss durch Rückkopplung neu justiert werden und bleibt so durch Änderung stabil. Im Recht geht es somit um Aufschub durch Supplemente. Nur dadurch gerät das Recht als Sozialsystem in Metamorphosen und bleibt lernfähig. Für morphogenetische Prozesse sind Konflikte

¹²⁷ F. Müller & C. Christensen, *Juristische Methodik*, 9. Aufl. 2004, Rdn. 507 ff.

¹²⁸ Dazu A. Fischer-Lescano & G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, *Michigan Journal of International Law* 25 (2004), S. 999 ff.; s. auch die Formulierung von *Martti Koskenniemi*, allerdings auf Völkerrecht und Staatenwelt bezogen: *M. Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge 2002.

¹²⁹ R. Wiethölter (FN 59), S. 89 ff. (113).

eine Bedingung der Möglichkeit ihrer Transformation und ihrer kognitiven Öffnung zur gesellschaftlichen Umwelt¹³⁰.

In der rechtlichen Bearbeitung dieser Konflikte bietet das Recht der Gesellschaft 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 Recht, das sich seiner gesellschaftlichen Umwelt ausliefert. Aber man kann diesen Prozess auch positiv verstehen, als von Regeln der Kunst geordneter Versuch, die Verdinglichung der Gerechtigkeit zu verhindern¹³¹.

Recht ist aus dem Streit der Parteien erst zu erzeugen. Erzeugen heißt aber nicht etwas zu generieren, 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. Rechtsentscheidungen sind auch nicht eine *creatio ex nihilo* durch einen autoritativen Entscheider, sondern sind Ereignisse, die einen Signifikationsprozess in ein Vorher und ein Nachher scheiden, ohne durch Unsicherheitsabsorption die Zukunft des Signifikationsprozesses determinieren zu können. Die dem zugrunde liegende, das Recht konstituierende Unentscheidbarkeit der Rechts- und Unrechtsfrage, die im Mittelalter in den Begrifflichkeiten *abrogatio/derogatio* behandelt wurde¹³², kann nicht durch dezisionistische Machtentscheidung aufgelöst werden. Sie durchzieht das Recht bis heute. Denn Rechtsentscheidungen sind ein Aufschub von Recht. Recht ist im Text allein nicht zu finden, deswegen muss über Recht gesprochen und gestritten werden. Doch weil das Sprechen über Recht nur selten in herrschaftsfreien Diskursen zu einem Konsens führt, muss entschieden werden. Aber weil auch anders entschieden werden könnte, braucht man eine Begründung. Und weil auch diese nicht ausreicht, braucht man dazu noch Rechtsmittel. Doch auch hier endet der Aufschub des Rechts nicht mit der Rechtskraft. Denn es gibt keine letzten Gründe, nur vorletzte. Die *auctoritas* ist in eine beständig fluktuierende *interpositio* verschoben. Sie ist personal, sachlich und temporal nicht fixierbar.

¹³⁰ Zum Konzept der Morphogenese, das er von Maturana übernimmt: N. Luhmann, Soziale Systeme, 1984, S. 480 f. und S. 485 f.

¹³¹ Instruktiv zum Mehrwert des Rechtspropriums: G. Teubner & P. Zumbansen, Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, in: G. Teubner (Hrg.), Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit, 2000, S. 189 ff.

¹³² In besonders eleganter Systematisierung findet man diese Zustandsbeschreibung auch schon bei Immanuel Kant und seiner Lehre vom „zweideutigen Recht“, in der, so formuliert es Luhmann, die *aequitas* (von Kant mit dem Sinnspruch „*summum ius summa iniuria*“ versehen) und das *ius necessitatis* („*necessitas non habet legem*“) als Teile des *ius aequivocum* so „sauber ineinandergefügt“ werden, „als ob es gelte, die Paradoxie dadurch zu verschlüsseln, dass sie als Zwilling, ja geradezu als *symbolon*‘ im ursprünglichen Sinne dieses Wortes dargestellt wird“ (N. Luhmann, Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 133ff. (142f.)). Kant hatte das zweideutige Recht vielsagend auf die Grenze der Systematik gestellt und konstatiert, dass es sich um Fälle handele, für die *„keiner, der sie entscheide, ausgefunden werden kann, und die gleichsam in Epikurs Intermundia hineingehören“* (I. Kant (FN 4), S. 341, Hervorhebung durch die Verf.). Epikur konzipiert die *intermundia* (*metakosmoi*) als kosmoslose Räume zwischen den Welten.