

Das Tetralemma des Rechts

Zur Möglichkeit einer Selbstbeschränkung des Kommunikationssystems Recht

Gralf-Peter Calliess

In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 21 (2000), S. 293-314

Was tut das Recht wenn es nichts tut? In diese Frage hat Niklas Luhmann das Problem gekleidet, wie ein judicial self-restraint unter Geltung des Justizverweigerungsverbotens denkbar ist.¹ Eine Beantwortung dieser Frage aus Sicht einer Systemtheorie, die das Recht als operativ geschlossenes Kommunikationssystem im Rahmen einer auf der Erkenntnistheorie des radikalen Konstruktivismus fußenden Theorie der Gesellschaft zu erfassen sucht (Recht als autopoietisches System), hat Luhmann zwar angerissen, aber nicht befriedigend zu Ende gedacht. Besonders interessant ist diese Frage vor dem Hintergrund der Diskussion um ein prozedurales Rechtsparadigma, welches angesichts der gegenwärtigen gesellschaftlichen Umbrüche das überkommene materiale Paradigma ablösen soll (Prozeduralisierung des Rechts). Es erscheint daher reizvoll, auf der Suche nach Antworten einen Beitrag sowohl zur Systemtheorie des Rechts als auch zu einer Theorie des prozeduralen Rechts zu leisten.

I. Prozedurales Recht: Selbstbegrenzung durch Reflexion

Die verschiedenen Ansätze zur Prozeduralisierung des Rechts, die auf recht unterschiedlichen theoretischen Hintergrundannahmen beruhen², betreffen im Kern die Forderung nach einer *Selbstbeschränkung des Rechts* im Verhältnis zu anderen gesellschaftlichen Diskursen. Das wird nur verständlich vor der Projektionsfläche des materialen Rechtsparadigmas, welches im Verlauf des 20. Jahrhunderts mit der Materialisierung [S.294] des Privatrechts und der Theorie des materiellen Rechtsstaats seinen Siegeszug antrat. Während das bürgerliche Formalrecht über die strikte Bindung an Gesetz und Vertrag das Problem der materiellen Gerechtigkeit weitgehend externalisierte und sich auf spezifisch formale Qualitäten der Rechtssicherheit und formalen Gleichheit konzentrierte, überprüft das materiale Recht des Sozialstaats vorgefundene politische und wirtschaftliche Entscheidungen anhand rechtsintern generierter Standards auf ihre inhaltliche Gerechtigkeit. In der Prozeduralisierungsdebatte wird die Rationalität dieses Vorgehens nun in Frage gestellt. Ausgehend von dem Befund, dass sich keine allgemein anerkannten Kriterien für die inhaltliche Gerechtigkeit einer Entscheidung begründen lassen, sondern lediglich Bedingungen angegeben werden können, unter denen das Ergebnis eines Entscheidungsprozesses eine Vermutung der Vernünftigkeit für sich hat, stellt sich die Frage, woher das Recht den Anspruch nimmt, die inhaltliche Gerechtigkeit zu kontrollierender Entscheidungen besser beurteilen zu können, als die kontrollierten Entscheidungsträger selbst. In Anbetracht des institutionellen Designs, der systemstrukturellen *constraints* sowie sonstiger zeitlicher, sachlicher und sozialer Beschränkungen, denen das gerichtliche Entscheidungsverfahren unterliegt, müsste deshalb für jeden Einzelfall der richterlichen Inhaltskontrolle begründet werden, ob das Recht

1 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 310 ff.

2 An der Diskurstheorie orientiert *Habermas*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992; *Eder*, Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts, in: *Grimm* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 155 ff.; *Maus*, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant, 1992; *Wiethölter*, Proceduralisation of the Category of Law, in: *Joerges/Trubek* (Ed.), Critical Legal Thought, 1989, S. 501 ff.; an der Systemtheorie orientiert *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989; *Willke*, Ironie des Staates, Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, 1992; an der „Theorie“ der Postmoderne orientiert *Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung, 1992; *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997; an der Institutionentheorie orientiert *Schuppert*, Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens, AÖR 1989, S. 127 ff.; *ders.*, Institutional Choice im öffentlichen Sektor, in: *Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 647 ff., *Hagenab*, Prozeduraler Umweltschutz. Zur Leistungsfähigkeit eines rechtlichen Regelungsinstruments, 1996.

als Kontrolleur vernünftiger entscheidet als der Kontrollierte. Unter der Geltung eines prozeduralen Paradigmas wird dem Recht daher nahegelegt, den rationalen Eigenwert kontrollierter Entscheidungsprozesse zunächst anzuerkennen, politische oder wirtschaftliche Entscheidungen also vornehmlich anhand ihrer prozeduralen Entstehungsbedingungen zu überprüfen und für den Fall erkannter *institutional fallacies* des kontrollierten Entscheidungsverfahrens für Abhilfe zu sorgen. Dabei soll das Recht insbesondere zur Verbesserung des Entscheidungskontextes beitragen, also weniger inhaltliche als prozedurale Vorgaben machen, während die Entscheidung selbst beim ursprünglichen Entscheidungsträger verbleiben soll. Kurzum: die Rolle des Rechts ist nicht mehr die eines besserwissenden Vorgesetzten, sondern die eines externen Beraters, der gesellschaftliche Prozesse der Selbstorganisation supervidiert.³

Die autopoietische Systemtheorie versteht das Recht als ein Subsystem, welches sich neben anderen Subsystemen (Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Gesundheit, Erziehung, Kunst etc.) aufgrund seiner Funktion (Stabilisierung von Verhaltenserwartungen) aus dem alle Kommunikationen umfassenden Gesellschaftssystem ausdifferenziert hat.⁴ Während die Gesellschaft die Grenze zu ihrer Umwelt (Bewusstsein, Leben, Dinge) anhand der Unterscheidung Kommunikation/Nichtkommunikation bestimmt, teilen die funktionalen Subsysteme den Grundstoff (basale Operation) Kommunikation mit der Gesellschaft. Die Subsysteme grenzen sich vom Rest der Gesellschaft durch Codes ab, denen sich die gesellschaftlichen Kommunikationen zuordnen können. Alle Kommunikationen, die sich auf den Code Recht/Unrecht beziehen, gehören zum Rechtssystem, es gibt folglich *per definitionem* keine Rechtskommunikation außerhalb des Rechtssystems. Nicht alle Rechtskommunikationen **[S.295]** können hingegen Rechtsgeltung beanspruchen, also die Rechtslage als den Zustand, von dem das Recht bei allen weiteren Operationen ausgeht, ändern. Geltung wird vielmehr aufgrund von reflexiven Rechtsregeln (*rules of recognition and change*) bestimmten Rechtsakten (z.B. Vertrag, Gesetz, Urteil) zugeschrieben, das Recht steuert sich insofern selbst. Die verschiedenen Rechtsakte sind über Verweisungsregeln (Hyperzyklen) zirkulär miteinander verknüpft, so dass Rechtsgeltung von Rechtskommunikation zu Rechtskommunikation übertragen wird (z.B.: Gesetz→Urteil↵). In diesem zirkulären Verweisungsprozess reproduziert sich das Recht durch das unendliche Anknüpfen von Rechtskommunikationen an Rechtskommunikationen selbst (Autopoiese). Nicht am Rechtscode orientierte (politische oder wirtschaftliche) Kommunikationen können die Rechtslage hingegen nicht ändern, das Recht ist insofern operativ geschlossen. An seine Umwelt ist das Recht einerseits durch seine informationelle Offenheit, andererseits über strukturelle Kopplungen gebunden, die über das Parallelprozessieren von verschiedenen codierten Kommunikationen einen Strukturabgleich zwischen Systemen ermöglichen (*structural drift*). Über die Institute von Gesetz und Vertrag können Politik und Wirtschaft gleichsam im Recht handeln und so die Rechtslage ändern; allerdings nur, soweit dabei die rechtlichen Regeln über Entstehung und Geltung von Gesetz und Vertrag beachtet werden. Die operative Schließung des Rechts in Verbindung mit der strukturellen Kopplung dient dazu, die System/Umwelt-Beziehungen hochselektiv, und damit gleichzeitig rational und effizient zu gestalten (z.B. Verhinderung von Korruption). Das Rechtssystem gliedert sich dabei in Zentrum und Peripherie. Im Zentrum des Rechts stehen die hierarchisch aufgebauten Gerichte, denen bei der Zuordnung der Codewerte das letzte Wort zukommt. In der Peripherie des Rechts finden hingegen über Gesetzgebung, Vertragsgestaltung etc. die strukturellen Kopplungen des Rechts an seine Umwelt ihren Ort.⁵

Will man nun aus den sehr unterschiedlichen Ansätzen zur Prozeduralisierung des Rechts ein gemeinsames Substrat herausfiltern, so bietet es sich an, die Theorie(n) der Prozeduralisierung in den Begriffen der Systemtheorie zu reformulieren.⁶ Denn das Begriffsinstrumentarium der Systemtheorie ist einerseits abstrakt und umfassend genug, um

³ Vgl. dazu ausführlich *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999.

⁴ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft; *ders.*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.

⁵ Eine Zusammenfassung bei *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 145 ff.

⁶ So schon *Tenbner*, Recht als autopoietisches System.

verschiedenste rechtliche und soziale Phänomene darunter zu fassen. Andererseits erscheint es möglich, die Begrifflichkeiten der Systemtheorie aus einer normativ-soziologischen Doppelperspektive⁷ so anzureichern, dass auch Beiträge aus einer normativen Teilnehmerperspektive abgebildet werden können. Die Prozeduralisierungsdebatte kann dann am systemtheoretischen Schlüsselbegriff der *strukturellen Kopplung* festgemacht werden, so dass die Evolution des Rechts durch seine formale, materiale und prozedurale Rationalisierung als Entwicklung unterschiedlicher Formen der strukturellen Kopplung erscheint: Das bürgerliche Formalrecht ist durch eine *formale strukturelle Kopplung* an seine Umwelt gekennzeichnet. [S.296] Rechtsinhalte werden über Gesetz und Vertrag aus der Umwelt des Rechts *importiert*, ohne dass diese einer Kontrolle auf ihre materielle Gerechtigkeit unterzogen würden. Diese Form der Kopplung wird von der Hintergrundannahme getragen, dass die Ergebnisse des Marktes an sich gerecht (*inherently just*) sind und metaphysische Entscheidungen am besten durch Abstimmung in der Politik getroffen werden (Fremdbild), während die (rechts-) wissenschaftliche Entscheidung (Selbstbild) solcher Fragen für nicht möglich gehalten wird (Positivismus, Wertrelativismus). Demgegenüber unterwirft das materialsozialstaatliche Recht für Fälle allerorten festgestellten Politik- und Marktversagens (Fremdbild) Gesetz und Vertrag einer intensiven Inhaltskontrolle, die anhand einer materialen Wertordnung mit universellem Geltungsanspruch (Selbstbild) legitimiert wird. Kennzeichnend für eine *materiale strukturelle Kopplung* ist somit der *Export* rechtsintern generierter Standards in die Umwelt des Rechts.⁸

Eine *prozedurale strukturelle Kopplung* des Rechts an seine Umwelt ist demgegenüber durch eine Importkontrolle anhand prozeduraler Rationalitätsbedingungen gekennzeichnet, während die materiellen Inhalte nur einer Evidenzkontrolle unterliegen. Das Recht legitimiert sich dabei aus der prozeduralen Rationalität des juristischen Diskurses, wobei die spezifischen institutionellen und systemstrukturellen Beschränkungen, denen dieser Diskurs aufgrund seiner Einbettung in das Rechtssystem unterliegt, mitreflektiert werden (Selbstbild). Die Rationalität von Gesetz, Vertrag und anderer zum über strukturelle Kopplung vermittelten Import in das Recht angebotener Inhalte wird vom Recht anhand der je spezifischen prozeduralen Entstehungsbedingungen in der Umwelt des Rechts rekonstruiert (Fremdbild). So zielt etwa die Kontrolle des politischen Diskurses, dessen spezifische Rationalität anhand des Begriffs einer deliberativen Politik rekonstruiert wird, zunächst auf die Unterstützung und Verbesserung des prozeduralen Entscheidungskontextes und erst im Falle unausweichlicher *institutional fallacies* auf rechtsintern generierte materielle Vorgaben. Zu den Komponenten eines *prozeduralen Rechts* gehören demnach (1) alle rationalitätsfördernden Normen, durch die das Recht sich als System konstituiert einschließlich derer, die die Kopplung des Rechts an seine Umwelt regeln (*strukturelle Komponente*), (2) alle Kommunikationen, die einen Anspruch auf richtige Verwendung des Rechtscodes erheben einschließlich derer, die sich auf die diskursive Einlösung dieses Anspruchs richten (*operative Komponente*) und (3) ein prozedurales Rechtsparadigma, das bei allen Rechtsoperationen zur Bestimmung von Identität und Grenzen des Rechts mitzuführen und beständig zu überarbeiten ist (*reflexive Komponente*).⁹[S.297]

II. Grenzen des Rechts als Grenzen der Systemtheorie?

Wie aber sind prozedurale strukturelle Kopplungen in den Begriffen der Systemtheorie möglich, wenn das Recht aufgrund des *Justizverweigerungsverbot*s verpflichtet ist, jeden zur Entscheidung gestellten Fall, auch sogenannte *hard cases*, anhand des Codes Recht/Unrecht tatsächlich zu entscheiden?¹⁰ Ist etwa ein *judicial self-restraint* schon deshalb ausgeschlossen, weil jede Nichtentscheidung trotz gegebener Entscheidungszuständigkeit eine Kompetenzüberschreitung ist, der Entscheidungskompetenz der Gerichte also eine Ent-

⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 62; *Teubner*, Recht als autopoietisches System, S. 86; *Peters*, Rationalität, Recht und Gesellschaft, 1991, S. 15 ff.

⁸ *Callies*, Prozedurales Recht, S. 183 ff.

⁹ Vgl. ausführlich *Callies*, Prozedurales Recht, S. 164 ff., 180.

¹⁰ Zum Justizverweigerungsverbot vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 303, 310 ff.

scheidungspflicht entspricht?¹¹ Niklas Luhmann hat dieses Problem in die Frage gekleidet, *was das Rechtssystem regelt, wenn es regelt, dass es nichts regelt.*¹² Eine klare Antwort auf diese Frage sind sowohl Luhmann als auch Teubner schuldig geblieben, obwohl die Frage nach den Grenzen des Rechts im Zentrum einer Theorie reflexiven Rechts steht. Einigkeit besteht zunächst darüber, dass das Recht sich nur selbst limitieren kann.¹³ Aus der abstrakten Sicht der Systemtheorie ergibt sich dies schon daraus, dass eine rechtlich verbindliche Beschränkung des Rechts nur durch Recht möglich ist. Insofern stellt sich schon die Bindung des Richters an das Gesetz als rechtliche Selbstbindung dar. Aber auch aus der konkreten Sicht der juristischen Methodenlehre ist die Bindung ans Gesetz nur als *judicial self-restraint* denkbar, da eine Regel nie ihre eigene Anwendung mitregeln kann, der Richter im hermeneutischen Zirkel also das Maß an Bindung oder Freiheit gegenüber dem Gesetz wesentlich selbst bestimmt.¹⁴ Wie aber bestimmt das Recht seine eigenen Grenzen, wie grenzt es seine Kompetenzen gegenüber den Autonomiewahrnehmungen in Politik, Wirtschaft und anderen sozialen Systemen ab? *Was tut das Recht, wenn es nichts tut?*

Konkret weist Luhmann lediglich darauf hin, dass Gerichte unter der Regel des Justizverweigerungsverbotens nur arbeiten können, „wenn mehr oder weniger formale Entscheidungen, die auf die Streitsache selbst nicht eingehen, erlaubt sind, vor allem über Beweislastregeln, Fristversäumnisse, Unzuständigkeiten, Verfahrensvorschriften, oder auch substantiellere Regeln der Konvenienz (*de minimis non curat praetor*) oder die berühmte ‚political questions‘-Doktrin des amerikanischen Verfassungsrechts benutzt werden können“.¹⁵ Abstrakt beschäftigt sich Luhmann mit diesem **[S.298]** Problem unter dem Begriff des *Rejektionswertes*.¹⁶ Die Beschreibung des Rechtssystems anhand des binären Codes Recht/Unrecht ist nur möglich, wenn außer acht gelassen wird, dass Rechtskommunikation nur als gleichzeitiger Vollzug von gesellschaftlicher Kommunikation möglich ist und dass die Gesellschaft zugleich andere Funktionssysteme unter anderen Codes ausdifferenziert. Wenn diese Funktionssysteme sich als Vielzahl komplex vernetzter Strukturen (Heterarchie) darstellen, dann kann die hierarchisch nicht koordinierbare Mehrheit von Codierungen nur in einer *mehrwertigen Logik* abgebildet werden. Der binäre Code Recht/Unrecht müsste daher um einen dritten Wert, den Rejektionswert ergänzt werden. Dieser besagt, dass die Anwendung des Codes als Grundlage einer Entscheidung zurückgewiesen wird. In einer funktional differenzierten Gesellschaft fungiert nun jeder Code als Rejektionswert für jeden anderen Code. Wenn das Recht sich also anhand seines binären Codes zwischen Recht und Unrecht entscheidet, weist es die Maßgeblichkeit der Codes anderer Systeme für das eigene System zurück. Im Verhältnis Recht/Politik bezeichnet der Rejektionswert aus Sicht des Rechts also die Perspektive des politischen Codes, die als unmaßgeblich verworfen wird, wenngleich sie rechtsintern reflektiert werden kann.

Reflexion im Recht würde also bedeuten, dass das Recht vor Anwendung seines Codes Recht/Unrecht auf einer vorgeschalteten, höheren Ebene zunächst anhand einer mehrwertigen Logik darüber entscheidet, ob der Code Recht/Unrecht angewendet werden soll oder ob ein anderer Code maßgeblich ist. Problematisch ist dabei, dass nicht nur ein Rejektionswert vorliegt, sondern jeder Code als Rejektionswert aller anderen Codes dient. Wollte etwa das Recht den Rejektionsgesichtspunkten aller anderen Funktionssysteme Rechnung tragen, so würde es sich im Oszillieren zwischen interner und externen Perspektiven, zwischen Einheit und Vielheit selbst blockieren. Wollte man daher eine Reflexionsstruktur ins Recht einfügen, die die Paradoxie der *unitas multiplex* der funktional differenzierten Gesell-

¹¹ *Murswiek*, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit - Zum „Grundsatz des judicial self-restraint“, DÖV 1982, S. 529 ff., 532.; zum US-amerikanischen Konzept des *judicial self-restraint* vgl. die Zusammenfassung bei *Hall* (Ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 1992, S. 470 ff.; für das deutsche Recht vgl. auch *Schuppert*, Self-restraints der Rechtsprechung - Überlegungen zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1988, S.1191 ff.

¹² *Luhmann*, Einige Probleme mit „reflexivem Recht“, ZfRSoz 1985, S. 1 ff., 3.

¹³ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 296.

¹⁴ *Callies*, Prozedurales Recht, S. 60 ff.

¹⁵ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 313.

¹⁶ *Luhmann*, Die Codierung des Rechtssystems, Rechtstheorie 1986, S. 171 ff., 181 ff.

schaft abbildet, würde dies auf der Ebene der Entscheidungsprogramme (= der Regeln für richtiges Entscheiden) eine eindeutige Ebenendifferenzierung erfordern. Die Programme, die steuern, welcher Rejektionswert in einen Akzeptionswert umzuwandeln ist und welche Entscheidungsbasis (Code, Programme) damit legitimiert wird, müssten von den Programmen, die damit in Kraft treten, deutlich unterschieden werden können. Luhmann meint nun, dass im Rechtssystem der Gegenwart keine Anhaltspunkte für eine solche Ebenendifferenzierung zu finden sind, und verfolgt diesen Gedanken daher nicht weiter.¹⁷

Um den Paradoxien einer mehrwertigen Logik zu entkommen, wird nach Luhmann der Bezug auf einen dritten Wert ausgeschlossen, der Code Recht/Unrecht wird strikt binär behandelt, *tertium non datur*. Das Problem kehrt allerdings in Form der Reparadoxierung des Codes durch Anwendung des Codes auf sich selbst wieder. Dann stellt sich nämlich die Frage, ob die Anwendung des Codes Recht/Unrecht selbst Recht oder Unrecht ist. Diese Operation führt zum Zusammenbruch **[S.299]** der Codierung in der Gleichung Recht = Unrecht bzw. Recht, weil Unrecht.¹⁸ Die Lösung liegt in einer Entparadoxierung des Codes durch „Vernebelung“ der Selbstreferenz des Rechts im Wege der Paradoxieentfaltung, indem an die Ausgangsunterscheidung also so lange weitere Unterscheidungen angeknüpft werden, bis die Grundparadoxie des Codes unsichtbar wird. Klassisch wurde dies in der liberalen Theorie durch die Differenzierung von Gesetzgebung und Rechtsprechung bewirkt. Über den Hyperzyklus des demokratischen Rechtsstaats lässt sich das Recht dann als politisch determiniert, deduktiv und damit logisch widerspruchsfrei verstehen. Wenn heute aber die strukturelle Differenz von Gesetzgebung und Rechtsprechung in Frage gestellt wird, weil Rechtsprechung zunehmend als Rechts*produktion* beschrieben wird, dann bietet sich als Alternative nach Luhmann an, die Programme aufzuweichen. Der binäre Code bleibt erhalten, aber die Programme, die die richtige Zuteilung der Codewerte leiten, werden in Richtung auf Unbestimmtheit und häufige Veränderung umgestellt, um auf die Polykontextualität der Vielheit von Codes in der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft zu reagieren. Die Codewerte der anderen Systeme dienen dann nicht als Rejektionswerte des Rechtscodes, sondern fließen auf der Programmebene als zu berücksichtigende Werte ein, die situativ-flexibel gegeneinander abgewogen werden müssen. Das auf der Ebene des Codes ausgeschlossene Dritte wird auf der Ebene der Programme wieder eingeführt - zum Preis der Unschärfe und Labilität der Programme.¹⁹

III. Das Tetralemma des Rechts

Damit ist allerdings nur jene Flexibilisierung des Rechts beschrieben, die für die Materialisierung des Rechts kennzeichnend ist.²⁰ Für eine Theorie der Reflexion des Rechts auf seine Grenzen im Sinne eines prozeduralistischen Rechtsparadigmas ist dadurch nichts gewonnen. Die Schwierigkeiten, die Luhmann mit der mehrwertigen Logik eines auf die Rejektion des eigenen Codes reflektierenden Rechts hat, wurzeln m.E. in der Vermischung verschiedener Ebenen. Denn die Einführung von Rejektionswerten führt bei Luhmann nur deshalb in eine Selbstblockierung des Rechts, weil er meint, damit würde die binäre Codierung des Rechts aufgehoben. Das muss hingegen nicht der Fall sein, wenn man die verschiedenen Unterscheidungen, derer sich das Recht bedient, auseinander hält. Das Problem liegt darin, dass der Rechtscode in einer substantivierten Form (Recht/Unrecht) wiedergegeben wird, weshalb jeweils unklar ist, ob mit Recht das Rechtssystem als Einheit, Rechtsnormen oder Rechtmäßigkeit bzw. ob mit Unrecht die Umwelt des Rechtssystems (Nicht-Recht), Umweltstrukturen oder Rechtswidrigkeit gemeint ist.

[S.300] Der Rechtscode bezieht sich nicht auf das Rechtssystem, sondern es werden Kommunikationen bzw. Handlungen durch Zuordnung der *Adjektive rechtmäßig/rechtswidrig* codiert, wobei die jeweilige Zuordnung von den Rechtsprogrammen geleitet wird. Dieser

¹⁷ Luhmann, *Rechtstheorie* 1986, S. 188, 191.

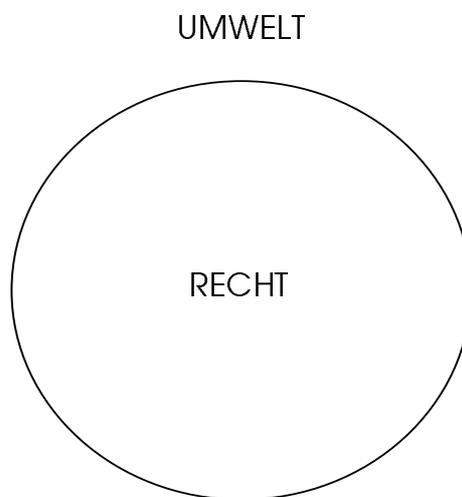
¹⁸ Luhmann, *Rechtstheorie* 1986, S. 189.

¹⁹ Luhmann, *Rechtstheorie* 1986, S. 196 ff.; *Taubner*, *Recht als autopoietisches System*, S. 127 ff.; *ders.*, *Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, ARSP-Beiheft 65 (1996), 199 ff., 204.

²⁰ *Calliess*, *Prozedurales Recht*, S. 60 ff.

Rechtscode ist grundsätzlich binär, weil und solange das Recht am Ende immer eine Entscheidung treffen muss: Eine Klage kann nur abgewiesen werden, oder ihr wird stattgegeben. Beim Streit um die richtige Zuordnung der Werte rechtmäßig/rechtswidrig kann allerdings - und dies gilt um so mehr, je unbestimmter und damit offener gegenüber Informationen die Rechtsprogramme sind - die Zuordnung der Werte im Wege des ständigen Anknüpfens von Unterscheidungen an Unterscheidungen selbst ad absurdum geführt werden, so dass die Grenzen zwischen Recht und Unrecht verschwimmen (sowohl-als-auch). Als dritte Position, die gegenüber dem Rechtscode eingenommen werden kann, ergibt sich somit die gleichzeitige Zuordnung beider Werte: Recht und Unrecht. Auf einer anderen Ebene liegt aber die Reflexion des Rechts auf seine Grenzen anhand der Bestimmung des Verhältnisses System/Umwelt. Denn hier geht es nicht um den Code Recht/Unrecht, sondern um die *Systemform* Recht (Innenseite) und Nicht-Recht (Außenseite).

Schaubild: Systemform des Rechts



Umwelt = Nicht-Recht = (1) alle nicht am Rechtscode orientierten Kommunikationen und
(2) alle Nicht-Kommunikation (= Umwelt der Gesellschaft)

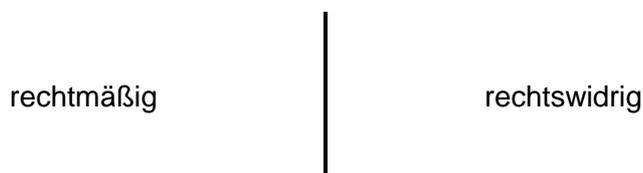
Recht = Die Einheit von Recht und Unrecht = alle am Rechtscode (rechtmäßig/rechtswidrig) orientierten Kommunikationen

[S.301] Das Recht differenziert sich aus seiner innergesellschaftlichen Umwelt aus, indem es Kommunikationen adjektivisch mit den Werten rechtmäßig/rechtswidrig codiert. Wenn es sich selbst dabei als codiertes Kommunikationssystem in einer Gesellschaft von anders codierten Subsystemen beobachtet, dann wird der Rechtscode nicht um einen dritten Wert ergänzt, sondern die durch die rechtliche Codierung begründete Unterscheidung Recht/Umwelt wird reflektiert und als Unterscheidung in das System eingeführt (re-entry). Wenn das Recht also mit der Politik in Konflikt gerät und seine Grenzen im Zusammenhang damit neu bestimmt - etwa unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung den Prüfungsumfang auf evidente Rechtswidrigkeit beschränkt -, dann wird nicht etwa der Rechtscode durch den politischen Machtcode ersetzt. Vielmehr wird der überprüften Entscheidung der Codewert rechtmäßig zugeordnet, weil es sich um eine politische Entscheidung handelt. Die Entscheidung lautet dann Recht, weil Politik, oder generalisierend *Recht, weil Nichtrecht*. Um Missverständnisse zu vermeiden, muss man formulieren: Eine Entscheidung ist *rechtmäßig*, weil es eine Entscheidung aus der Umwelt des Rechtssystems ist (z.B. *political question*).

Demgegenüber ist es nicht sinnvoll, den Code Recht/Unrecht in dieser Kreisform darzustellen, so als ob „Recht“ die Innenseite und „Unrecht“ die Außenseite der Kreisform bezeichnen würde, oder umgekehrt. Denn im Rechtssystem gibt es keinen logischen Vorrang der Codeseite „rechtmäßig“ vor der Codeseite „rechtswidrig“. Unrecht ist nicht das bloß logisch mitgedachte, unbezeichnete Gegenteil des bezeichneten Rechts. Nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz „Es ist alles erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten ist“ ist es viel-

mehr häufig das Unrecht, was gegenüber der unbestimmten Vielzahl rechtmäßiger Verhaltensweisen genau bezeichnet werden muss. Insgesamt sind die zwei Seiten des Rechtscodes gleichberechtigt, betreffen also nicht das Innen-Außen-Problem, das mit der Kreisgrafik dargestellt wird.²¹ Der Rechtscode wäre demnach grafisch wie folgt darstellbar:

Schaubild: Rechtscode



[S.302] Die vier möglichen Positionen, die im Umgang mit dem Rechtscode eingenommen werden können, kann man anhand des aus der systemischen Familientherapie und der Unternehmensberatung bekannten Konzepts des *Tetralemmas* zusammenfassen. Tetralemma²² meint, dass in einer Diskussion im Hinblick auf eine Unterscheidung vier Positionen eingenommen werden können, die quasi logisch aufeinander folgen und in einen unendlichen Zirkel der Verkettung und gegenseitigen Ablösung von Unterscheidungen führen. Einem zu untersuchenden Gegenstand wird zunächst eine Seite einer Unterscheidung und sodann die Gegenseite der Unterscheidung zugeordnet. Im Streit um die richtige Zuordnung der Werte der Unterscheidung wird dann durch Anknüpfen weiterer Unterscheidungen solange differenziert, bis die Grenzen zwischen den beiden Seiten der Unterscheidung im *Sowohl-als-auch* verschwimmen. Die dritte Position stellt die Unterscheidung also durch gleichzeitige Zuordnung beider Seiten in Frage und zeigt so die hinter der Unterscheidung stehende Willkür auf. Im vierten Schritt wird die Unterscheidung dann als dem Gegenstand unangemessen abgelehnt. Gleichzeitig wird eine neue Unterscheidung vorgeschlagen usw. Die vier Positionen kann man als (1) *Das Eine*, (2) *Das Andere*, (3) *Beides* und (4) *Keines von Beiden* bezeichnen. Die vier Positionen des Tetralemmas bilden ein Dilemmafeld, über das die an einem Konflikt Beteiligten wie spielende Kinder beim *Hinkeln* hüpfen können. In Therapie und Beratung dient das Tetralemma einerseits zur Klärung und Analyse der Positionen der Beteiligten, andererseits zur kreativen Auflösung von im *entweder/oder* festgefahrenen Konflikten durch Querdenken in den Positionen *sowohl-als-auch* und *weder-noch*.²³

Überträgt man das Tetralemma auf das Recht so ergeben sich die Positionen (1) „Recht“, (2) „Unrecht“, (3) „Recht und Unrecht“ und (4) „Nicht-Recht“.²⁴ Positionen (1) und (2) stellen dabei die zwei Seiten des Rechtscodes dar. Position (3) entspricht dem von Luhmann diskutierten Ergebnis eines re-entry, also der Anwendung des Codes auf sich selbst, während sich Position (4) als Rejektionswert darstellt, denn mit der Ablehnung des Rechtscodes wird im Tetralemma gleichzeitig ein anderer Code (Unterscheidung) vorgeschlagen. Folgt man der hier vorgenommenen **[S.303]** Präzisierung, so sind mit (1) und (2) die Positionen

21 Dies gilt lediglich für das Rechtssystem insgesamt. Jede konkrete Rechtsoperation muß sich hingegen entscheiden, welche Codeseite bezeichnet werden soll (Innenseite), so daß – je nach Erkenntnisinteresse – die jeweils andere Codeseite für diese Operation das bloß mitgeführte Unbezeichnete bleibt (Außenseite).

22 Das Tetralemma (Sanskrit: *catuskoti*; „vier Ecken“, im Sinne von vier Positionen oder Standpunkten) ist eine Struktur aus der traditionellen indischen Logik zur Kategorisierung von Haltungen und Standpunkten. Sie wurde von den buddhistischen Logikern um die sogenannte Negation des Tetralemmas („all dies nicht und auch das nicht“) erweitert: *Kibéd*, Ganz im Gegenteil ..., Querdenken als Quelle der Veränderung, München 1996, S. 41 (Eigendruck, erhältlich über Carl-Auer-Systeme Verlag, Heidelberg).

23 *Kibéd*, a.a.O., S. 42 ff.; *Simon*, Meine Psychose, mein Fahrrad und ich: Zur Selbstorganisation der Verrücktheit, 6.Aufl., Heidelberg 1997, S. 174 f., der von einem *Dilemmafeld* mit vier unterscheidbaren Optionen spricht, die er als „entweder; oder; sowohl als auch; weder noch“ bezeichnet. Der Sache nach dasselbe Phänomen meint Teubner (ARSP-Beiheft 65 (1996), 199, 206), wenn er die Situation des Rechtsdiskurses bei der Bearbeitung von Diskurskonflikten als „unendliches Verwirrspiel der Verweisungen und Rückverweisungen“ beschreibt. M.E. kann die hier vorgeschlagene Terminologie das Problem wesentlich präzisieren.

24 *Calliess*, Prozedurales Recht, S. 198.

rechtmäßig und *rechtswidrig* bezeichnet. Die Positionen (3) und (4) betreffen hingegen die zwei Seiten der Systemform des Rechts. Recht bezeichnet die Innenseite, also das *Rechtssystem* als Einheit von Recht und Unrecht, *Umwelt* die Außenseite, also alle nicht am Rechtscode orientierten Kommunikationen sowie die Umwelt der Gesellschaft. Das Tetralemma lässt sich deshalb als ein Ineinanderfügen der Systemform des Rechts und des Rechtscodes verstehen, wobei das Rechtssystem als Innenseite der Unterscheidung Recht/Umwelt zugleich die Einheit der Codewerte rechtmäßig/rechtswidrig bezeichnet:

Das Tetralemma des Rechts

(4) Umwelt	(2) rechtswidrig
(1) rechtmäßig	(3) Rechtssystem

Entscheidend dabei ist, dass das Tetralemma nicht die binäre Codierung des Rechts durch Hinzufügung weiterer Codewerte aufhebt. Die Systemform des Rechts ergibt sich vielmehr automatisch und unvermeidbar, weil und sobald das Recht seine Umwelt anhand des Rechtscodes beobachtet.²⁵ Denn immer wenn ein Beobachter etwas unterscheidet und bezeichnet (Beobachtung erster Ordnung), trifft er eine Unterscheidung zwischen dem Bezeichneten (Innenseite) und dem nicht Bezeichneten (Außenseite). Durch diese Beobachtung vollzieht er notwendig gleichzeitig eine Unterscheidung zwischen sich selbst als Beobachter und dem Beobachtbaren in seiner Umwelt. Diese zweite Unterscheidung ist offenbar, wenn der Beobachter durch einen anderen Beobachter beobachtet wird (Beobachtung zweiter Ordnung). Der Beobachter erster Ordnung kann sich allerdings auch selbst beim Beobachten beobachten (Selbstbeobachtung). Auf dieser Ebene der Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung kann der Beobachter seine Grenzen anhand der Unterscheidung System/Umwelt reflektieren und so seine Identität bestimmen (Reflexion).²⁶

Das Rechtssystem beobachtet seine Umwelt anhand der Unterscheidung Recht/Unrecht, also durch Zuordnung der Codewerte rechtmäßig/rechtswidrig. **[S.304]** Durch die Art und Weise, in der es die Codewerte zuordnet, bestimmt es automatisch die Grenzen zwischen Rechtssystem und Umwelt. Die Programme, von denen es sich dabei leiten lässt, enthalten dabei *implizite Gesellschaftsbilder*, die auch in die Auslegung dieser Programme einfließen. Solche Gesellschaftsbilder des Rechts können als *Rechtsparadigmen* expliziert werden.²⁷ Auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung erstellte Rechtsparadigmen soziologischer oder philosophischer Art sind im Rechtssystem allerdings nur bedingt anschlussfähig. Aussichtsreicher sind Selbstbeobachtungen des Rechts, etwa durch die an den Universitäten institutionalisierte Rechtstheorie und Rechtsdogmatik.²⁸ Soweit solche Selbstbeobachtungen in Form eines prozeduralen Rechtsparadigmas in den basalen Rechtsoperationen (Urteile) zur Bestimmung von Identität und Grenzen des Rechts benutzt werden (Selbstkonstitution), ist eine Selbstbeschränkung des Kommunikationssystems Recht möglich. Voraussetzung dafür ist, dass das prozedurale Rechtsparadigma in für die Rechtspre-

²⁵ *Luhmann* (Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 64) spricht davon, daß Systeme, indem sie anhand eines Codes rekursiv operieren und sich damit ausdifferenzieren, die Systemform System/Umwelt „gleichsam blind erzeugen“.

²⁶ *Luhmann*, Soziale Systeme, Ffm 1984, S. 638 ff.; *ders.*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 757; *Callies*, Prozedurales Recht, S. 179 ff.

²⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 472.

²⁸ *Teubner*, Recht als autopoietisches System, S. 86 ff.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 496 ff.; *ders.*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 965.

chung operationalisierbaren Programmen entfaltet wird. So gilt es etwa für das Verhältnis von Politik und Recht eine Theorie des prozeduralen Rechtsstaats zu entwerfen.²⁹

IV. Reflexion: tetralemmatische Argumentationen im juristischen Diskurs

Im folgenden soll noch etwas genauer untersucht werden, wie Reflexionen des Rechts auf seine Grenzen anhand der Unterscheidung System/Umwelt in die basalen Operationen des Rechts einfließen, und wie sich solche Selbstbeobachtungen auf die binäre Codierung des Rechts auswirken. Dazu soll zunächst allgemein in systemtheoretischen Begriffen erklärt werden, was passiert, wenn das Recht ein Urteil erlässt. Sodann soll am Beispiel von einigen Urteilen gezeigt werden, wie sich das Recht selbst beschränkt.

1. Selbst- und Fremdreferenz: das Urteil als Rechtskommunikation

Voraussetzung eines Urteils sind zwei binär gegensätzlich codierte Rechtskommunikationen. Zum einen ist eine Klage erforderlich, die einen bestimmten Rechtsanspruch erhebt und begründet, im Tetralemma also Position (1) einnimmt. Die Klageerhebung ist zwar nicht Rechtsakt im Sinne einer Veränderung der materiellen Rechtslage, aber Prozessrechtsakt im Sinne einer Urteilsvoraussetzung: wo kein Kläger, da kein Richter. Darüber hinaus ist aber auch eine Klageerwidern Urteilsvoraussetzung, die den mit der Klage erhobenen Anspruch als rechtswidrig zurückweist, im Tetralemma also Position (2) vertritt. Insofern gilt auch: wo keine Verteidigung, [S.305] da kein Richter.³⁰ Erst in diesen beiden Voraussetzungen zusammen liegt die erste – und empirisch wohl bedeutsamste – Selbstbeschränkung des Rechts: Die Gesellschaft *kann* ihr Rechtssystem in Anspruch nehmen, *muss* dies aber nicht. Wo Recht nicht in Anspruch genommen wird, mag im Einzelfall die Rechtsstruktur auch ohne Urteil wirksam sein (der Kaufpreis wird bezahlt). In vielen Fällen führt die wie auch immer geartete einseitige oder einvernehmliche Nichtinanspruchnahme von Recht (Nichtanzeige, Mediation, Vergleich, Vertragsanpassung ex post factum, Absprachen) aber zur Geltung von materiellen Standards, die einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten würden.³¹ Mitunter entwickeln soziale Subsysteme unter erheblichen Anstrengungen auch eigene Verfahren und Standards der Konfliktmittlung, um ihre Autonomie vor (kontraproduktiven) politischen und rechtlichen Interventionen zu bewahren. So hat etwa das Wissenschaftssystem an seiner Schnittstelle zum Gesundheitssystem mit den medizinischen Ethikkommissionen eine Form von Selbstkontrolle der Forschung institutionalisiert, deren Ergebnis als *Medizinethik* gegen *Medizinrecht* als extern generiertem Eingriff in die Forschungsfreiheit in Stellung gebracht wird.³² Die hier diskutierte Form der Selbstbeschränkung des Rechts durch das Opportunitätsprinzip (bzw. Dispositionsmaxime und Verhandlungsgrundsatz) eröffnet folglich Freiheitsräume, die den gesellschaftlichen Strukturreichtum vor rechtlicher Standardisierung schützen.

Wird ein Streit um das Recht hingegen durch Urteil entschieden, sind zwei Ebenen der Verwendung des Rechtscodes zu unterscheiden, eine selbstreferentielle und eine fremdreferentielle. Zunächst erhebt das Urteil als Rechtskommunikation selbst Anspruch auf juristische Geltung. Mit der Formel „... hat das Gericht für Recht erkannt: ...“ nimmt das Urteil also Position (1) im Tetralemma ein und stellt so Anschlussmöglichkeiten für weitere Rechtskommunikationen, seien dies Rechtsakte im Instanzenzug, Ja/Nein-Stellungnahmen im rechtsdogmatischen Diskurs oder confirmierende Präjudizienverweise in anderen Verfahren, zur Verfügung. Dies ist ein klarer Fall von Selbstreferenz. Darüber hinaus wird durch das

²⁹ Callies, Prozedurales Recht, S. 202 ff.

³⁰ Daß binäre Codierung Voraussetzung der Durchführung eines Prozesses ist, wird etwa durch das *basic principle* des englischen Strafprozesses erhellt, nach dem ein *trial by jury* nur eröffnet werden kann, wenn der Angeklagte sich für unschuldig erklärt („put himself to his country“ by pleading not guilty). Erklärt er sich für schuldig, ist ein Jury-Prozess überflüssig. Verweigerte er aber jede Erklärung, so wurde er gefoltert, bis er sich dem Code (schuldig/unschuldig) unterwarf. Diese unter dem Begriff *peine forte et dure* bekannte Folter wurde erst 1772 durch eine Legalfiktion ersetzt, nach der der schweigende Angeklagte sich für unschuldig erklärt. Vgl. Cornish, *The Jury*, London 1968, S. 68. Die Unschuldsvermutung als Legalfiktion dient aus dieser Sicht vor allem der Aufrechterhaltung der binären Codierung des Rechts.

³¹ Das gilt auch noch für den widerspruchlosen Mahnbescheid, nicht aber mehr für das Versäumnisurteil, wo immerhin die Schlüsseligkeit der Klage überprüft wird.

³² Callies, Prozedurales Recht, S. 248 ff.

Urteil aber vor allem das Beobachtete codiert. Die mit der Klage erhobene Rechtsbehauptung ist richtig oder falsch, der Klage wird dementsprechend stattgegeben oder diese wird abgewiesen. Auch hierin liegt ein Fall der Selbstreferenz, da Klage und Klageerwiderung [S.306] als Rechtskommunikationen die Codewerte zugeordnet werden (etwa: „Zu Recht hat der Kläger ...“). Bei der weiteren Begründung anhand der in Tatbestand und Rechtsfolge aufteilbaren Programme werden zahlreiche neue Unterscheidungen vorgenommen. Soweit die streitentscheidenden Normen in ihrem Tatbestand auf Tatsachen außerhalb des Rechts verweisen, liegt ein Fall der Fremdreferenz vor. Der Besitzübergang ist ein Realakt in der Umwelt des Rechts, den das Recht aufgrund seiner informationellen Offenheit zur Kenntnis nimmt und entsprechend seiner Programme als rechtswidrigen Gewahrsamsbruch oder rechtmäßige Übergabe bewertet.

Eine eigenartige Vermischung von Selbst- und Fremdreferenz tritt hingegen auf, wenn ein Urteil im Rahmen der Begründung auf andere Rechtsakte trifft. Vertrag und Gesetz etwa erheben im Gegensatz zu anderen Rechtskommunikationen den Anspruch, die materielle Rechtslage zu ändern. Realakte können das Recht nicht ändern, Willenserklärungen als Ausübung von Privatautonomie zielen demgegenüber auf die Änderung des Rechts als Ausgangslage der richterlichen Entscheidung. Als Rechtsakte sind Gesetz und Vertrag Teil des Rechtssystems, über die strukturelle Kopplung vermittelt sind sie aber zugleich politische oder wirtschaftliche Kommunikationen. Wird per Urteil über die Geltung von Gesetz und Vertrag entschieden, so liegt ein Fall von gleichzeitiger Selbst- und Fremdreferenz vor. Dieses *Oszillieren zwischen Selbst- und Fremdreferenz* ermöglicht es dem Rechtssystem, die Systemform Recht/Umwelt im Rechtssystem selbst als Unterscheidung von Zentrum (Gerichte) und Peripherie (Gesetzgebung, Verträge etc.) abzubilden. Diskurskonflikte³³ zwischen juristisch und politisch oder wirtschaftlich codierten Kommunikationskreisläufen werden damit als inner-systemische Kompetenzkonflikte entscheidbar. Die Positionen (3) und (4) des Tetralemmas können damit im Recht vertreten werden, ohne dass dadurch der binäre Rechtscode in Frage gestellt würde.

2. Reflexivität des Rechts und prozedurale Prinzipien

Die Entscheidung solcher Kompetenzkonflikte im Recht wird dabei traditionell durch die Ebenendifferenzierung von formellem und materiellem Recht ermöglicht. Das formelle Recht, das man auch als reflexives Recht (Institutionalisierung der Institutionalisierung), bzw. als strukturelle Komponente eines prozeduralen Rechts bezeichnen kann (s.o.), hat dabei logischen Vorrang vor der Anwendung des materiellen Rechts. Dieser logische Vorrang ergibt sich einfach aus dem Gesichtspunkt der Arbeitsökonomie: kein Richter sollte etwa Zeit auf die materiellrechtliche Lösung eines Falles verwenden, bevor nicht geklärt ist, ob er für die Entscheidung überhaupt zuständig ist. Die Zulässigkeit der Klage ist vor deren Begründetheit zu klären³⁴ usw. Die von Luhmann angeführten Beispiele einer „zulässigen Justizverweigerung“ [S.307] beziehen sich denn auch durchgehend auf formelles Recht. Vornehmlich im Prozessrecht ist geregelt, unter welchen Umständen ein Streitfall überhaupt durch das Rechtssystem zu entscheiden ist.

Häufig sind solche Konflikte aber nicht anhand von ausdrücklich festgelegten Konfliktmittlungsprogrammen entscheidbar. Das formelle Recht gibt dazu nichts her. Hier wird die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien erheblich.³⁵ Neben den formellen Rechtsregeln über Zuständigkeit, Form und Verfahren (Zum einen muss das Gericht zur Entscheidung berufen sein, zum anderen müssen Gesetz oder Vertrag als kontrollierte Entscheidung formell rechtsgültig sein) gelten auch *prozedurale Prinzipien*, die die Anwendung der materiellen Entscheidungsprogramme beeinflussen. Insbesondere aus dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz sowie dem Grundsatz der Privatautonomie mit seinen grundrechtlichen Ausformungen in der Verfassung³⁶ folgen dabei

33 Zum Begriff der Diskurskonflikte vgl. *Tenbrun*, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, ZfRSoz 1998, S. 8 ff.

34 *Sattelmacher/Sirp*, Bericht, Gutachten, Urteil, 32. Aufl., 1994, S. 116 f.

35 *Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP Beiheft 25 (1985), S. 13 ff.

36 Zur verfassungsrechtlichen Garantie privatautonomer Rechtsetzung vgl. etwa *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 1987, S. 511 ff.

Maßstäbe, anhand derer ein Gericht die Kontrolldichte sowie Entscheidungsspielräume von Politik und Wirtschaft bestimmen kann.³⁷

3. Zulässige Justizverweigerung: drei Beispiele der Selbstlimitierung des Rechts

Wie sich das Recht im Verhältnis zu Politik, Wirtschaft oder bei der Lösung von Konflikten zwischen Politik und anderen Systemen selbst limitiert, soll anhand einiger Beispiele erläutert werden.

a) Recht und Politik: zum Umfang der Normenkontrolle

Sind die für den Steuerpflichtigen in Liquiditätsvorteilen messbaren Unterschiede zwischen einem sofortigen Quellensteuerabzug bei der Lohnsteuer und einer vierteljährlichen Vorauszahlung bei sonstigen Einkünften verfassungswidrig? Klassische Konflikte zwischen *Recht und Politik* treten bei der verfassungsrechtlichen Normenkontrolle auf. Gem. Art. 1 Abs. 3 GG wirken Gesetzgebung und Rechtsprechung gleichermaßen an der Optimierung von Grundrechten mit. Im demokratischen Rechtsstaat gebührt dabei gem. Art. 20 GG dem Gesetzgeber die Vorhand, während die Rechtsprechung auf die nachträgliche Kontrolle beschränkt ist. Die Grundrechtsnormen haben daher je nach Adressat eine unterschiedliche Dimension: Als *Handlungsnorm* verpflichtet etwa Art. 3 Abs. 1 GG den Gesetzgeber zur materiellen Gleichbehandlung, **[S.308]** als *Kontrollnorm* enthält er ein bloßes Willkürverbot, welches dem Gesetzgeber einen breiten Spielraum für generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen lässt.³⁸ Der Umfang dieses Spielraums und entsprechend das Ausmaß richterlicher Kontrolldichte wird dabei durch Reflexion auf die Rationalitätsbedingungen des politischen Diskurses bestimmt. So kann eine deliberative Politik eine Vermutung der Rationalität u.a. dann für sich in Anspruch nehmen, wenn die Unparteilichkeit der Gesetzgebung in der Allgemeinheit der erlassenen Norm zum Ausdruck kommt. Denn allgemeine Normen werden in Unkenntnis späterer Anwendungsfälle, folglich „ohne Ansehen der Person“ erlassen. Wird dieser strukturell in die funktionale Gewaltenteilung von Normsetzung und Normanwendung eingelassene rechtsstaatliche „Schleier des Nichtwissens“³⁹ aber durchbrochen, ist eine intensivierte Normenkontrolle angebracht. „Der Gleichheitssatz ist (daher) um so strikter, je mehr eine Regelung den Einzelnen als Person betrifft, und um so offener für gesetzgeberische Gestaltungen, je mehr allgemeine, für rechtliche Gestaltungen zugängliche Lebensverhältnisse geregelt werden.“ Demgegenüber fordert der Gleichheitssatz gerade „nicht eine immer mehr individualisierende und spezialisierende Gesetzgebung“.⁴⁰ Diese Auslegung von Art. 3 Abs. 1 GG als offene Kontrollnorm ermöglicht es dem BVerfG, die Frage nach dem sachlichen Grund einer Ungleichbehandlung im Detail unentschieden und so die im politischen Diskurs gefundene Abwägung unberührt zu lassen. Ein Fall einer „zulässigen Justizverweigerung“ durch Normauslegung.

b) Recht und Wirtschaft: zu Sinn und Unsinn richterlicher Preiskontrollen

Sollen Zivilrichter Preise bestimmen, bzw. deren Billigkeit überprüfen? In einer freien Marktwirtschaft ist der wirtschaftliche Kommunikationskreislauf funktional darauf spezialisiert, die Angemessenheit von wirtschaftlicher Leistung und Gegenleistung in Form von Preisen zu bestimmen.⁴¹ Das Recht importiert die Preise der Wirtschaft vermittelt über die strukturelle

³⁷ Callies, *Prozedurales Recht*, S. 186 ff.: Zu den prozeduralen Regeln und Prinzipien als struktureller Komponente eine prozeduralen Rechts (s.o.) gehören auch die von Teubner (ARSP-Beiheft 65 (1996), 199, 206 ff.) in Anlehnung an das IPR entwickelten Kollisionsregeln.

³⁸ BVerfGE 82, 126 (151f.); E 84, 348 (359f.); E 96, 1 (6). Zur Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnorm vgl. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 4. Aufl., 1997, R. 481 m.w.N.

³⁹ Callies, *Prozedurales Recht*, S. 25 f.

⁴⁰ Dieses und das vorhergehende Zitat aus: BVerfGE 96, 1 (6).

⁴¹ Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988; aus ökonomischer Sicht Lee, *Post Keynesian Price Theory*, 1998; Landsburg, *Price Theory and Applications*, 4th ed., 1999; nicht im diskurstheoretischen, aber etwa im Sinne von Lyotard (*Das postmoderne Wissen*, 1986), kann man hier von wirtschaftlichem Diskurs sprechen. Zu unterschiedlichen Diskursbegriffen vgl. Teubner, *Die Episteme des Rechts*, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben*, S. 115 ff.

Kopplung des Vertrags; allerdings nur, soweit die prozeduralen Bedingungen, unter denen die Ergebnisse der wirtschaftlichen Kommunikation als rational (billig) gelten können, erfüllt sind. Die grundlegenden prozeduralen Bedingungen der Entstehung und Geltung von vertraglichen Bindungen [S.309] auf individueller Ebene sind dabei im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches festgelegt. Abstrakt lassen sich diese Bedingungen unter dem Begriff der Vertragsgerechtigkeit zusammenfassen, der auf ein freies Aushandeln unter Bedingungen der Chancengleichheit zielt.⁴² Wo die im Konsens der Parteien liegende Richtigkeitsgewähr des Vertrages nicht greift, weil vertraglich vorgesehen ist, dass der Preis erst nachträglich durch eine der Parteien bestimmt werden soll, erfolgt nach § 315 Abs. 3 BGB eine richterliche Billigkeitskontrolle des einseitig festgesetzten Preises, die auf die Wahrung des Äquivalenzprinzips (synallagmatische oder kommutative Gerechtigkeit) zielt.⁴³

Prozedurale Bedingungen der Vertragsgerechtigkeit finden sich aber nicht nur auf dieser individuellen Ebene, sondern lassen sich auch auf einer system-strukturellen Ebene angeben. Voraussetzung eines freien Aushandelns von Preisen unter Gleichen ist nämlich ein funktionierender Wettbewerb.⁴⁴ Der BGH wendet § 315 Abs. 3 BGB deshalb (analog) auch auf solche Fälle an, in denen zwar formal eine Einigung über den Preis vorliegt, materiell aber ein Fall eines einseitigen Preisdiktats gegeben ist, weil ein Vertragsteil auf die Kontrahierung mit einem Monopolisten zu dessen Bedingungen angewiesen ist.⁴⁵ Der Wettbewerb als prozedurale Bedingung von Vertragsgerechtigkeit wird darüber hinaus umfassend durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geschützt.⁴⁶ Durch Fusionskontrolle und Kartellverbot soll einerseits die Entstehung von strukturellen Wettbewerbsverzerrungen verhindert werden. Hat ein Unternehmen sich aber einmal eine marktbeherrschende Stellung im Wettbewerb erarbeitet, greift andererseits das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB ein. Die Preise marktbeherrschender Unternehmen unterliegen gem. §§ 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3, 19 Abs. 1, 33 GWB einer allgemeinen Kontrolle durch die Gerichte, im Falle eines Preismissbrauchs kann der Vertragspartner im Wege des Schadensersatzes gem. §§ 33 GWB, 249 BGB die Festsetzung eines angemessenen Preises und Rückzahlung der Differenz verlangen.⁴⁷

Das Recht ist damit vor das (unlösbare?) Problem gestellt, die Billigkeit von Preisen zu überprüfen, ohne dass es dabei auf objektivierbare Kriterien zurückgreifen [S.310] könnte.⁴⁸ Im Gegensatz zur richterlichen Inhaltskontrolle von sonstigen Vertragsbedingungen nach §§ 138, 242 BGB und § 9 AGBG scheint die Rechtsprechung bei der Preiskontrolle extrem zurückhaltend zu sein, was sich aus einer Reflexion auf die mangelnde eigene Kompetenz zur rationalen Preisfestsetzung (Selbstbild) in Verbindung mit der Annahme, dass die Preisfestsetzung zum Kernbereich der Autonomie des wirtschaftlichen Kommunikationskreislaufes gehört (Fremdbild), ergeben mag. Obwohl der Rechtsprechung die Aufgabe der Preiskontrolle für bestimmte Fälle gesetzlich zugewiesen ist, versucht sich das Recht hier mit allen Mitteln selbst zu beschränken: Wo dies möglich ist, verweist das Recht gleichsam im Wege des *renvoi* auf die Maßstäbe des Wirtschaftssystems zurück.⁴⁹ Ist der Preis nicht vertraglich festgesetzt, so ist in Ermangelung einer Taxe der „übliche“ Preis geschuldet (§§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2 BGB, §§ 59, 87 b Abs. 1, 354 Abs. 1 HGB). Soweit es auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt einen solchen üblichen Preis etwa mangels Wettbewerb nicht gibt, sind die Preise auf vergleichbaren Märkten zu ermitteln (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 Halbsatz 2 GWB). Schon die Feststellung eines wettbewerbsanalogen Preises aufgrund des Ver-

⁴² *Larenz/Wolf*, BGB AT, 8. Aufl., § 2 R. 21 ff.; § 42 R. 1 ff.; *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997.

⁴³ *Larenz*, Schuldrecht I, § 6 II; *MüKo/Söllner*, § 315 R. 1, 4; der Begriff der synallagmatischen oder kommutativen (Austausch-) Gerechtigkeit geht auf *Aristoteles*, Die Nikomachische Ethik, Fünftes Buch (Zürich/Stuttgart 1967, S. 158 ff.) zurück.

⁴⁴ Zum langen und verschlungenen Weg der Privatrechtstheorie zu dieser Erkenntnis vgl. *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994.

⁴⁵ *MüKo/Söllner*, § 315 R. 7; BGH NJW RR 1990, 1204.

⁴⁶ Zur Entstehungsgeschichte des GWB vgl. *Nörr*, a.a.O., S. 159 ff.

⁴⁷ *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 207 ff., 219f. Der nach der 6. GWB-Novelle als Verbotsnorm ausgestaltete § 19 GWB macht die Rechtsprechung des BGH zur Monopolpreiskontrolle nach § 315 BGB insofern in Zukunft überflüssig.

⁴⁸ Vgl. *Blomeyer*, Der gerechte Preis im Privatrecht, in: *Kösler* (Hrsg.), Gerechtigkeit fünf Vorträge, Universitätsbund Erlangen, 1999; *Hübner*, Der gerechte Preis, in: FS Steindorff, 1990, 589 ff.

⁴⁹ Zur Verwendung des Begriffs *renvoi* in diesem Zusammenhang vgl. *Tenbrner*, ARSP-Beiheft 65 (1996), 199, 206.

gleichsmarktkonzeptes stößt allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten, da jeweils unklar ist, was vergleichbar ist. So haben die Gerichte etwa die Anforderungen an die Feststellung eines Preismissbrauchs durch die Kartellbehörden nach § 22 GWB a.F. derart hoch geschraubt, dass die Preiskontrolle praktisch zum Erliegen kam.⁵⁰ Es ist nicht abzusehen, ob sich an diesem Befund etwas ändert, weil ein Preismissbrauch nunmehr auch ohne Einschaltung der Kartellbehörden unmittelbar vor den Gerichten geltend gemacht werden kann.

Auf ein vergleichbares Problem der (drohenden) Ausweitung richterlicher Preiskontrollbefugnisse im Rahmen von § 315 BGB hat das Recht bereits durch eine besondere Form der Zurückhaltung und Selbstbeschränkung reagiert: Von der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen sind gem. § 8 AGBG Bestimmungen über die Höhe des Preises ausgeschlossen, nicht hingegen Klauseln über nachträgliche Preisänderungen.⁵¹ Insbesondere in der Automobilbranche wurden bei Lieferzeiten von bis zu mehreren Jahren sog. Tages- oder Listenpreisklauseln verwendet, nach denen der am Tag der Lieferung gültige Listenpreis des Verkäufers gilt. Diese Listenpreisklausel kann einerseits als ein Recht des Verkäufers zur einseitigen Preisbestimmung im Sinne der §§ 315, 316 BGB interpretiert werden. Andererseits kann die Klausel so verstanden werden, dass der Listenpreis am Tag des Vertragsschlusses vereinbart ist, dem Verkäufer aber ein einseitiges Preisänderungsrecht zusteht. In beiden Fällen ist die Billigkeit des vom Verkäufer am Tag der Lieferung [S.311] festgesetzten Listenpreises gem. § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich überprüfbar, nur im letzteren Falle unterliegt die Listenpreisklausel aber der Inhaltskontrolle nach dem AGBG.⁵² Der BGH hat die Klausel als Preisänderungsvorbehalt interpretiert⁵³ und wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG für unwirksam erklärt.⁵⁴ Bei der Frage, welche Regelung gem. § 6 Abs. 2 AGBG an die Stelle der unwirksamen Klausel tritt, hat er eine Anwendung von §§ 315, 316 BGB abgelehnt und statt dessen die Regelungslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB in der Weise geschlossen, dass dem Verkäufer zwar ein Preisänderungsrecht zugestanden wird, dem Käufer aber zum Ausgleich ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird, soweit die Preiserhöhung den Anstieg der allgemeinen Lebenshaltungskosten in der Zeit zwischen Bestellung und Lieferung erheblich übersteigt.⁵⁵

Dabei führt der BGH zwar aus, dass die vom Verkäufer vorgenommene Preiserhöhung auch der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterliegt, praktisch erscheint es aber ausgeschlossen, dass eine Preiserhöhung im Rahmen der allgemeinen Teuerungsrate den Maßstäben des § 315 Abs. 3 BGB nicht standhält. Bei einer darüber hinausgehenden Preiserhöhung wird der Kunde im Zweifelsfalle lieber von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen, als sich auf einen langwierigen und kostspieligen Prozess nach § 315 Abs. 3 BGB einzulassen. Im Ergebnis wird eine richterliche Preiskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB damit auf Ausnahmefälle beschränkt. Ohne dass dies in der Begründung des BGH ausdrücklich erwähnt würde liegt m.E. in dieser Beschränkung der Anwendungsfälle des § 315 Abs. 3 BGB der *eigentliche Sinn* dieser Rechtsprechung: Wegen der Außerkraftsetzung des Synallagmas kommen einseitige Leistungsbestimmungsrechte im Wege der Individualabrede nur äußerst selten, gleichsam in unabdingbaren Fällen zustande, so dass der richterlichen Preiskontrolle Ausnahmecharakter zukommt. Hätte der BGH es zugelassen, dass in Klauseln wie „Listenpreis zur Zeit ...“ versteckt über AGB auf breiter Front einseitige Leistungsbestimmungsrechte durchgesetzt werden (ein Interesse auf Verwenderseite zur Abwälzung von Preiskalkulationsrisiken bestünde in vielen Fällen), so würde dieses Regel/Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil verkehrt und es bestünde die Gefahr, dass die Gerichte in einer Unzahl von Einzelfällen die Billigkeit von Preisen zu überprüfen hätten. Angesichts der fehlenden Maßstäbe wären die Gerichte damit aber hoffnungslos überfordert. Preisanpassungsklauseln in

⁵⁰ *Emmerich*, a.a.O., S. 207 ff.

⁵¹ *Brandner*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl., § 8 R. 8, 21.

⁵² *Ulmer*, BB 1982, 1125 ff., 1128 f.

⁵³ BGH, NJW 1983, 1603 ff.

⁵⁴ BGH NJW 1982, 331 ff.

⁵⁵ BGH NJW 1984, 1177 ff.; vgl. ausführlich *Mockenhaupt*, Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln am Beispiel der Tagespreisklausel in Kaufverträgen über Personenkraftwagen, 1987; *Beggerow*, Preisanpassungsklauseln in Kaufverträgen über Neuwagen, 1987; *Lübke-Detring*, Preisklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1989.

AGB hält der BGH daher nur für zulässig, soweit in diesen detaillierte Kriterien und ein transparentes Verfahren sowie eine absolute Obergrenze vorgesehen sind.⁵⁶ Denn sind solche **[S.312]** Klauseln derart inhaltlich bestimmt, dass sie justitiabel sind, ist § 315 BGB nicht mehr anwendbar, da die Bestimmung dann nicht nach billigem Ermessen, sondern entsprechend der vertraglichen Vereinbarungen vorzunehmen ist.

Im Ergebnis kann die Rechtsprechung des BGH in diesen Fällen also als Fall der Selbstbeschränkung gegenüber dem auf Preisbildung spezialisierten Wirtschaftsdiskurs verstanden werden. Durch sicherlich auch anders denkbare Interpretation der Tagespreisklausel als Preiserhöhungsklausel wird deren Verwerfung überhaupt erst ermöglicht. Durch die Konstruktion der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB als „gesetzliche Vorschrift“, auf die § 6 Abs. 2 AGBG verweist, wird es möglich, ein Rücktrittsrecht zu erfinden, dass die Entscheidung über die Billigkeit einer Preiserhöhung im Ergebnis an die Vertragsparteien und damit an den wirtschaftlichen Kommunikationskreislauf zurückverweist. Eine richterliche Preiskontrolle gem. § 315 Abs. 3 BGB findet jedenfalls im Regelfall nicht statt. Ein Fall der „zulässigen Justizverweigerung“ durch richterliche Norminterpretation.⁵⁷

c) Recht zwischen Politik und Medien: prozeduraler Grundrechtsschutz

Wer legt die Höhe der Rundfunkgebühren fest, die Rundfunkanstalten oder der Gesetzgeber? Im Rechtsstaat kommt dem Recht die Rolle eines Schlichters von Diskurskonflikten⁵⁸, hier etwa zwischen Medien und Politik zu. Politische Eingriffe in andere Funktionssysteme der Gesellschaft kontrolliert das Recht dabei anhand der Selbstbindungen, die sich das politische System in Form von Gesetz und Verfassung auferlegt hat. Was aber, wenn sich den Gesetzen keine materiellen Maßstäbe für eine Ergebniskontrolle politischer Maßnahmen entnehmen lassen? Das Recht steht dann vor dem Dilemma, die Politik entweder unkontrolliert gewähren zu lassen, oder aber die materiellen Kontrollkriterien im Wege der schöpferischen Auslegung erst selbst erfinden zu müssen. Im ersten Falle wird das Recht seiner Rolle als Schlichter nicht gerecht, im zweiten Falle wird es vom Kontrolleur zum Entscheider anstelle der Politik. Einen Ausweg bietet das Modell des *prozeduralen Grundrechtsschutzes*. So hat das BVerfG entschieden, dass die Rundfunkfreiheit nicht eine Gebührenfestsetzung durch die Rundfunkanstalten selbst erfordere. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verlange aber ein Verfahren, das dem Rundfunk die zur Erfüllung seiner Aufgaben nötigen Mittel gewährleiste und ihn vor politischen Einflussnahmen auf das Programm wirksam sichere. Der in einem objektivierbaren Verfahren – etwa durch ein sachverständig, politik- und rundfunkfrei zusammengesetztes Gremium - **[S.313]** ermittelte Bedarf der Rundfunkanstalten dürfe politisch nur in besonders begründeten Fällen, insbesondere im Interesse der Gebührenzahler unterschritten werden.⁵⁹

Das BVerfG setzt hier nicht einfach die Rationalität des juristischen Diskurses an die Stelle der konfligierenden Diskurse Medien und Politik. Es geht bei seiner Entscheidung vielmehr von einer Analyse der spezifischen Rationalitätspotentiale der beteiligten Diskurse aus und definiert dann Anforderungen an ein rationales Entscheidungsverfahren, welches im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben mögliche *institutional fallacies* umgehen helfen soll. Angesichts des Zwangscharakters der Rundfunkgebühren kann das Mediensystem nicht selbst über die Gebührenhöhe entscheiden, sondern bedarf einer externen Kontrolle zur Sicherstellung der Interessen der Gebührenzahler. Eine Beteiligung des politischen Systems birgt hingegen die Gefahr der Programmlenkung am „goldenen Zügel“ der Gebührenpolitik. Aus der Ratio des Art. 5 GG wird deshalb ein mehrstufiges Verfahren hergeleitet, welches der Entflechtung der beteiligten Interessen dient und in Verbindung mit der Institu-

⁵⁶ Vgl. *Brandner*, a.a.O., § 9 AGBG, R. 97 m.w.N.; *Lübke-Detring*, aaO.

⁵⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung des faktischen Anwendungsbereichs des § 315 BGB ist die Rechtsprechung des BGH zu Tagespreisklauseln – soweit ersichtlich – bisher nicht betrachtet worden. Die gegenüber einem Rücktrittsrecht kritische Literatur steht der Rechtsprechung mit erstaunlichem Unverständnis gegenüber: vgl. die Darstellung bei *Lübke-Detring*, Preisklauseln, S. 82 ff. m.w.N.

⁵⁸ *Tenbrer*, ARSP-Beiheft 65 (1996), 199 ff.

⁵⁹ BVerfG v. 22.02.94, ZUM 1994, 173.

tionalisierung unabhängiger Expertengremien und Begründungspflichten zur Objektivierung, Transparenz und damit zur Justitiabilität der gefundenen Entscheidungen führt. Dabei beschränkt sich das BVerfG auf die Vorgabe prozedural-rationaler Grundprinzipien, während die Ausgestaltung des Verfahrens im Detail dem politischen Gesetzgeber überlassen wird. Im Ergebnis leistet es einen entscheidenden Beitrag zur Auflösung des Diskurskonfliktes, ohne intersubjektiv nur eingeschränkt nachvollziehbare Detailvorgaben in Art. 5 GG hinein-spekulieren zu müssen. In der Optik eines materialen Verfassungsverständnisses, welches dem Richter die Findung einzig richtiger Entscheidungen durch Optimierung der konfligierenden materiellen Verfassungsprinzipien zumutet, erscheint auch dies als ein Fall einer (meines Erachtens zulässigen) Justizverweigerung.

IV. Schluss: Grenzen des Rechts als Grenzen im Recht

Aus den drei hier vorgestellten Beispielen ist ersichtlich, dass der Rechtscode von impliziten und expliziten Reflexionen des Rechts auf seine Grenzen völlig unberührt bleibt: das Ergebnis lautet nämlich nicht etwa Politik (Macht), Wirtschaft (Geld) oder Medien (Information) *statt* Recht, sondern Recht (rechtmäßig), *weil* Politik, Wirtschaft oder Medien. Ermöglicht wird dieses Ergebnis durch die strukturelle Kopplung des Rechts an seine Umwelt in Verbindung mit der Reflexivität des Rechts i.S.d. Anwendung eines Prozesses auf sich selbst: Einerseits kann die Gesellschaft mittels struktureller Kopplungen über Gesetz, Vertrag etc. im Recht handeln, so dass Umwelt im Recht nicht als Umwelt (Macht, Geld), sondern als Recht (Gesetz, Vertrag) in Erscheinung tritt. Andererseits kann das Recht aufgrund der Differenz von formellem und materiellem Recht sowie anhand von Normenhierarchien den Rechtscode in ausreichend differenzierter Weise auf sich selbst anwenden, so [S.314] dass die nunmehr als rechtsinterne Normkonflikte rekonstruierten Diskurskonflikte abgearbeitet werden können, ohne dass der Rechtscode als solcher zusammenbricht.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der binäre Rechtscode notwendig in dem Sinne universell ist, als dass er beansprucht, potentiell auf alle gesellschaftlichen Phänomene anwendbar zu sein. Einen rechts(code)freien Raum kann es insofern nicht geben. Die Grenzen des Rechts als Relation des Rechtssystems zu seiner Umwelt stehen dem Rechtscode deshalb nicht als *tertium* oder *aliud* gegenüber. Das Recht entkommt seinem Tetralemma vielmehr, indem es seine als solche (Recht/Umwelt) intern nicht erfassbaren Grenzen als Unterscheidung von Zentrum und Peripherie, also als *Grenzen im Recht* spiegelt. Die aufgrund der operativen Schließung (Autopoiese) gesteigerte Autonomie von politischem Diskurs und Wirtschaftsdiskurs wird im Recht als Volkssouveränität und Privatautonomie reflektiert. Diskurskonflikte zwischen verschiedenen codierten Subsystemen der Gesellschaft werden im Rechtssystem dann als Kompetenzkonflikte zwischen den gesellschaftlichen Quellen des Rechts in seiner Peripherie (Eigentum, Vertrag, Satzung, Verordnung und Gesetz) sowie dem juristischen Diskurs im Zentrum des Rechts (Urteil) bearbeitbar. Solche Reflexion orientiert sich in einem prozedural-rationalen Recht an prozeduralen Prinzipien, die als Argumente im juristischen Diskurs die Anwendung und Auslegung der Rechtsprogramme leiten. In der gegenwärtigen Entscheidungspraxis sind solche prozeduralen Prinzipien eher impliziert als ausdrücklich in der Begründung zu finden. Aufgabe einer Theorie des prozeduralen Rechts ist es, durch die Explizierung und Systematisierung prozeduraler Prinzipien zu einer rationalen Argumentationskultur beizutragen, die dem Recht eine Reflexion seiner tetralemmatischen Lage in der modernen Kommunikationsgesellschaft ermöglicht.