



## Die Adresse der Gerechtigkeit?

Alexander Böhnke

„Justice? – You get justice in the next world, in this world you have the law.“  
William Gaddis, *A Frolic of His Own*

Welche Sprache spricht das Recht? Gibt es eine Sprache des Rechts? Was heißt es, Recht zu sprechen? Mit welchem Recht spricht das Recht Recht? Was heißt Gerechtigkeit in der Sprache des Rechts und wo läßt sie sich verorten? Es sind Fragen nach der Legitimation des Rechts, die sich ergeben, wenn nach dem Verhältnis von Recht und Sprache gefragt wird. Wenn im folgenden nach der Adresse der Gerechtigkeit gefragt wird, heißt das, nach dem Ort zu fragen, der der Gerechtigkeit in Theorien des Rechts zugewiesen wird. Zunächst ergeben sich zwei Optionen: Gerechtigkeit kann als ein Außen oder als ein Innen des Rechts konzeptualisiert werden. Die Frage ist dann, welchen Unterschied dieser Unterschied macht.

Carl Schmitt, bekanntermaßen kein Freund der Parlamente, hat 1932 das Legalitätssystem des parlamentarischen Gesetzgebungsstaats wie folgt kritisiert: „Es herrschen Gesetze, nicht Menschen, Autoritäten oder Obrigkeiten. Noch genauer: die Gesetze herrschen nicht, sie gelten nur als Normen... Wer Macht und Herrschaft ausübt, handelt ‚auf Grund eines Gesetzes‘ oder ‚im Namen eines Gesetzes‘.“<sup>1</sup>

Wenn aber Gesetze und nicht Menschen herrschen, spricht kein Subjekt,

sondern das Recht selbst. Im Gegensatz dazu spricht im Jurisdiktionsstaat der Richter als Subjekt Recht:

„Der Jurisdiktionsstaat scheint insofern eher ein ‚Rechtsstaat‘ zu sein, als in ihm der Richter unmittelbar Recht spricht und dieses Recht auch gegen den normierenden Gesetzgeber und dessen Gesetz geltend macht.“<sup>2</sup> In diesen Ausführungen kommt Schmitts Konzept von Legalität und Legitimität zum Ausdruck. Schmitt lehnt eine Konzeption von Recht ab, die ihren Anspruch selbst legitimieren zu können glaubt, ihre Legitimität sozusagen aus sich selbst zu schöpfen meint. Für ihn muß die Legitimität von außen kommen, d.h. nicht der Normalfall, sondern die Ausnahme entscheidet: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“<sup>3</sup> Der Ort der Setzung der Ordnung muß für Schmitt außerhalb der Ordnung liegen. Die Legalität des Gesetzgebungsstaates liquidiert ihre eigene Legitimität.

„Legalität hat hier gerade die Aufgabe, sowohl die Legitimität (des Monarchen wie des plebiszitären Volkswillens) als auch jede auf sich selbst beruhende oder höhere Autorität und Obrigkeit überflüssig zu machen und zu verneinen. Wenn in diesem System Worte wie ‚legitim‘ oder ‚Autorität‘ überhaupt noch gebraucht werden, so nur als Ausdruck der Legalität und nur aus ihr abgeleitet.“

Wenn Legitimität nur aus Legalität abgeleitet erscheint, verliert sie für Schmitt ihre Dignität, d. h. das Außen ist

nach innen gewandert. Der Begriff wird damit überflüssig, sein Distinktionswert ist verlorengegangen. Konsequenz ist für Schmitt die pure Willkür der Parlamente – im Gegensatz zur Willkür des entscheidenden Souveräns, der durch seine Entscheidung Recht setzen konnte.

Wie kann man Gerechtigkeit behandeln, wenn man ihre Adresse ins Rechtssystem hineinverlagert? Ist es dann um die Legitimität geschehen?

Für Niklas Luhmann ist Legitimität nichts anderes als eine Leistung des gesellschaftlichen Teilsystems Recht:

„Was jeweils Recht ist, kann nur in Bezugnahme auf anderes Recht ermittelt werden, und Gerechtigkeit ist nichts weiter als der konsistente Gebrauch dieser Selbstreferenz im juristischen Entscheiden.“<sup>4</sup>

Gerechtigkeit ist nichts, was außerhalb des Rechtssystems vorhanden wäre, sondern nur das folgerichtige Prozessieren von rechtlichen Operationen. Für Luhmann besteht das Rechtssystem nur aus diesen Operationen: „... das Recht hat seine Realität nicht in irgendeiner stabilen Identität, sondern ausschließlich in den Operationen, die den rechtsspezifischen Sinn produzieren und reproduzieren.“<sup>5</sup> Legitimität ist nicht wie bei Schmitt ein Außen, auf das man Legalität bauen könnte, sondern Legalität ist Bedingung der Möglichkeit von Gerechtigkeit, oder anders gesagt: erst die Ausbildung einer Rechtsordnung, auf die dann Bezug genommen wird,

macht diese Selbstreferenz möglich. Doch welche Funktion erfüllt Gerechtigkeit im Rechtssystem, wenn man sie für die Folge von Rechtskommunikationen hält? Zunächst kann man Gerechtigkeit als Paradoxie im Rechtssystem beschreiben, weil hier der Code recht / unrecht auf das Rechtssystem angewendet wird, das sich wiederum durch diesen Code von seiner Umwelt unterscheidet. „Eine Paradoxie kommt zustande, wenn man den Code auf sich selbst anwendet, also die Frage stellt, ob es recht oder unrecht ist, zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden.“<sup>6</sup> Wie kann man diese Paradoxie fruchtbar machen? Versucht man, sie zu entfalten, „wird klar, daß und wie das Postulat der Gerechtigkeit als Kontingenzformel dient. Man hat Kontingenz in ihrer jeweiligen Ausformulierung zu akzeptieren, kann sich aber eben deshalb durch Rechtsänderungen helfen.“<sup>7</sup> Kontingenz bedeutet nichts anderes als die Tatsache, daß es auch anders sein könnte, es aber zunächst so ist, wie es ist. Positives Recht ist kontingent in diesem Sinne. Das Wiedereintreten der Unterscheidung Recht / Unrecht hilft auf der Beobachtungsebene zweiter Ordnung, d. h. der Beobachtung, wie beobachtet wird, in das sich sonst an vergangenen Operationen orientierende und daher konservative Rechtssystem Änderungen einzubauen: „Es ist diese im Recht besonders ausgeprägte Tendenz, sich nach Vorentscheidungen zu richten, die durch die Kontingenzformel Gerechtigkeit korrigiert werden kann.“<sup>8</sup>

In diesem Sinn beschreibt Luhmann auch Protestbewegungen; sie senden eine Adresse an die Gesellschaft, „als ob es von außen wäre.“<sup>9</sup> Diese „Simulation“ eines Außen ist verbunden mit besonderem Pathos: „Mit der Form des Protestes wird sichtbar gemacht, daß die Teilnehmer zwar politischen Einfluß suchen, aber nicht auf normalen Wegen. Dies Nichtbenutzen der normalen Einflußkanäle soll zugleich zeigen, daß es sich um ein dringliches und sehr tiefgreifendes, allgemeines Anliegen handelt.“<sup>10</sup> Doch das Außen kann eben nur simuliert werden, denn für Luhmann gibt es keine Kommunikation, die außerhalb der Gesellschaft stattfindet. Das Außen ist somit immer eine rhetorische Strategie, die der eigenen Position Nachdruck verleihen soll. Ein Außen des Rechts gibt es natürlich für Luhmann, doch Gerechtigkeit gibt es nur auf der Innenseite des Rechts.

Wir haben mit Schmitt und Luhmann zwei konträre Positionen vorgestellt, die uns aber gerade durch ihre Komplementarität ein Beobachtungsinstrumentarium, bzw. eine Sprache zur Verfügung stellen, die uns die Beschreibung bestimmter Positionen in der Rechtstheorie erlaubt.

Es handelt sich um die Idee der Gemeinschaft, die in der Form von kommunitären Gerechtigkeitstheorien auftritt. Gerechtigkeit wird dort durch die Idealisierung einer jenseits des Rechts zu verortenden Gemeinschaft von einer rechtsförmigen Gesellschaft abgekoppelt. Man kann sehen, daß der Gesellschaft allein nicht zugetraut wird, Gerechtigkeit zu produzieren. Deshalb wird die Gesellschaftstheorie nach dem normativen Ideal der frei assoziierten Gemeinschaft modelliert. Cornelia Vismann hat überzeugend nachgewiesen, daß das, was der Gesellschaft vorausgehen soll, sich nur im Verhältnis zur Gesellschaft konstituieren kann: „Es ist das Recht, das der sich frei assoziierenden Gemeinschaft einen Platz vor dem Recht zuweist. Vor dem Recht als juridischer Instanz formiert sich die Gemeinschaft zu dem, was dem Recht – als gewordenem Zustand eines Ordnungssystems – vorausgehen soll.“<sup>11</sup>

Der Kommunitarismus versucht also dieses räumlich gedachte „vor dem Gesetz“ in ein zeitliches Verhältnis zu übersetzen, um der eigenen Gesellschaftstheorie die Gemeinschaft als Gründungsfigur für eine gerechte Gesellschaft einzuschreiben zu können.

Amitai Etzioni, einer der führenden amerikanischen Kommunitaristen, möchte dem schädlichen Einfluß der Gesetze dadurch beikommen, daß erstmal keine weiteren Regulierungen zugelassen werden.<sup>12</sup> Die Gemeinschaft soll zunächst

ihre Angelegenheiten selbst regeln. Regeln sollen nicht vorgeschrieben werden, sondern sich erst im gemeinsamen Verhalten ergeben. Der Staat soll nur im Ausnahmefall eingeschaltet werden. Dieser Fall tritt ein, wenn Gefahr droht. Doch wer bestimmt, wann

Gefahr droht? Die Gemeinschaft kann nur gemeinschaftlich entscheiden. Was heißt es aber, wenn die Idee der Gemeinschaft auf die nationale Ebene ausgedehnt wird wie bei Etzioni? Eine Entscheidung der Gemeinschaft kann es nur dann geben, wenn die Identifikation der Einzelnen mit der Gemeinschaft so weit geht, daß das Subjekt sich als die Gemeinschaft imaginieren kann. Dann braucht man die Zustimmung der Einzelnen nämlich nicht mehr einzuholen. Die Implikationen eines solchen Modells hat Benno Wagner am Beispiel des deutschen Herbsts aufgezeigt.<sup>13</sup> Die Unterwerfung unter die Staatsräson fällt leichter, wenn sich das Subjekt mit dem Kollektivsubjekt Staat, oder hier: der Gemeinschaft, identifiziert. Solche Zustände lassen dann keine Abweichung

zu. Differenz wird zugunsten von Einheit suspendiert. Für die Gemeinschaft gibt es Gerechtigkeit nur auf der einen Seite. Ein Wiedereintreten der Unterscheidung soll unmöglich gemacht werden. Das Recht hat nur noch Schutzfunktion vor einem bedrohlichen Außen.

Die beschworene Gerechtigkeit der Gemeinschaft beruht auf dem „zwanglosen Zwang“ der Identifikation. Glücklicherweise ist diese in keiner Gesellschaft auf Dauer herzustellen.

Ähnlich wie bei Schmitt wird die Legitimität im Kommunitarismus in ein Außen verlagert, das dem schädlichen Einfluß der Legalität entzogen sein soll. Auf diese Weise wird die Sprache der Gerechtigkeit von der Sprache des Rechts getrennt. Das Verhältnis der beiden „Sprachen“ wird simplifiziert: Sie erscheinen als reine, voneinander unabhängige Urzustände. Eine Beobachtung des Verhältnisses, die der Komplexität der Beziehung von Recht und Gerechtigkeit Rechnung trägt, wird unterbunden. Eine Sprache der Gerechtigkeit gibt es nicht. Aber es gibt auch nicht die eine Sprache des Rechts, wenn das heißen soll, daß es eine unwandelbare Gestalt haben soll. Dafür sorgt die Kontingenzformel Gerechtigkeit.

**Alexander Böhnke studiert Germanistik in Bonn.**

#### Anmerkungen:

- 1 Schmitt 1934, 8.
- 2 Ebd., 9.
- 3 Ebd., 11.
- 4 Luhmann 1993, 102.
- 5 Luhmann 1995, 41.
- 6 Ebd., 188.
- 7 Ebd., 235.
- 8 Ebd., 237.
- 9 Luhmann 1997, 853.
- 10 Ebd., 852 f.
- 11 Ebd., 26.
- 12 Vgl. Etzioni, besonders 175–191.
- 13 Vgl. Wagner.

#### Literatur:

- Etzioni, Amitai, *The Spirit of Community. Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda*. London 1995.
- Luhmann, Niklas, „Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft“, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, Frankfurt/M. 1993, 45–104.
- Ders., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1995.
- Ders., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1997.
- Schmitt, Carl, *Legalität und Legitimität*. 5. Aufl. Berlin 1993.
- Ders., *Politische Theologie*. 2. Aufl. München / Leipzig 1934.
- Vismann, Cornelia, „St. Benedict, Inc.: Zur Rechtsförmigkeit von Gemeinschaft“, in: *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Günther Frankenberg (ed.), Frankfurt/M. 1994, 25–52.
- Wagner, Benno, „Beobachtungen' ohne ‚Selbst'“, in: *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche*, H. U. Gumbrecht (ed.), Frankfurt/M. 1991, 187–204.

