

CHIH-CHIANG LAI

Die Paradoxie des Rechts

Schriften zur Rechtstheorie

Band 273

# Die Paradoxie des Rechts

Von

Chih-Chiang Lai



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Humboldt-Universität zu Berlin  
hat diese Arbeit im Jahre 2012  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin  
Druck: Buch Bücher de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0472  
ISBN 978-3-428-14288-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-54288-8 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84288-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Das Manuskript der Arbeit ist 2012 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen worden. Ich bedanke mich insbesondere bei Herrn Professor Dr. Bernhard Schlink. Ohne seine langjährige und vielseitige Unterstützung wäre die Entstehung der Arbeit nicht zu denken. Ich danke auch Herrn Professor Dr. Alexander Blankenagel, der die zweite Begutachtung der Arbeit übernommen und sehr nützliche Hinweise gegeben hat. Ebenfalls gilt mein Dank Frau Annett Peschel vom Internationalen Büro der Humboldt-Universität und Frau Dorothea Münchberg am Lehrstuhl von Professor Schlink für ihre Betreuung. Frau Ute Steenzen schulde ich Dank für ihre eingehenden Korrekturen des Manuskripts. Ich möchte außerdem Herrn René Ruschmeier und Frau Andrea Ruschmeier für intensive Diskussionen danken. Den Freunden Xinggang Huang, Dichao Pan, Ding-Guo Chen (1939–2013) und Zhongkai Shen danke ich für unzählige Hilfen während meines Aufenthalts in Berlin.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern und Geschwistern. Sie sind der Fixpunkt, an dem ich mich auch in der Ferne festhalten konnte.

Taiwan, im Februar 2014

*Chih-Chiang Lai*



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	11
I. Problemstellung der Paradoxie des Rechts bei Luhmanns Systemtheorie .....	11
II. Diskussionen über die Paradoxie (des Rechts) bei der Systemtheorie .....	13
III. Vorgehensweise der Arbeit .....	17
<b>B. Konzeption des kommunikativen Sozialsystems</b> .....	20
I. Paradigmawechsel für die Theorie von Einheit und Identität .....	20
1. Gegenstand und Anspruch von Luhmanns Systemtheorie .....	20
2. Welt als Bezugsproblem .....	22
3. Einheitsproblem, Leitdifferenz und System .....	24
a) Traditionelles Paradigma: Seinsontologie .....	24
b) Neues Paradigma: Differenz von System und Umwelt .....	31
4. Fazit .....	43
II. Sinn, System und Welt .....	45
1. Sinnbegriff .....	45
2. Sinndimensionen als Weltdimensionen .....	46
a) Sachliche Dimension von Sinn .....	47
b) Zeitliche Dimension von Sinn .....	51
c) Soziale Dimension von Sinn: Kritik am Humanismus .....	55
3. Fazit: Die moderne Welt .....	59
III. Kontingenz, Kommunikation und Emergenz des Sozialen .....	62
1. (Doppelte) Kontingenz, Differenz und Soziales .....	62
2. Emergenz des sozialen Systems: Person und Relation .....	66
3. Kommunikation als autopoietische Reproduktion der Differenzen ..	74
4. Fazit .....	79
IV. Strukturbildung des sozialen Systems .....	80
1. Strukturbildung und Zeitverhältnis .....	80
2. Strukturwert und Zeitbindung .....	85
3. Strukturwahl und Funktionsorientierung .....	94
4. Fazit .....	96
V. Systemdifferenzierung und funktionale Differenzierung .....	97
1. Gesellschaftsdifferenzierung: Kopplung der Systeme und In-/Exklusion .....	100
a) Operative und strukturelle Kopplung .....	100
b) Inklusion/Exklusion und Gesellschaftsformen .....	108
2. Funktionale Differenzierung .....	115

a) Ausdifferenzierung der Funktionssysteme . . . . .	115
b) Binäre Codierung und Kommunikationsmedien . . . . .	116
3. Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung der Gesellschaft . . . . .	121
4. Fazit . . . . .	123
<b>C. Logische Möglichkeit der Selbstreferenz vom Sozialsystem . . . . .</b>	<b>126</b>
I. Einheit, Identität und Negation in Bezug auf Differenz und Selbstreferenz . . . . .	126
1. Unfassbare Einheit . . . . .	127
2. Identität und Einheit . . . . .	128
3. Negation und Theodizee . . . . .	141
4. Fazit . . . . .	146
II. Die ‚Lösung‘ der Paradoxie . . . . .	147
1. Paradoxie zwischen Identität und Differenz . . . . .	148
2. Problem der logischen Paradoxie bei der Neuen Phänomenologie . . . . .	154
a) Differenzierung der vier Einheitsbegriffe . . . . .	155
b) Das Eine, das Seiende und Abwertung des Vielen und der Relation . . . . .	156
c) Aporie in der Abwertung der Relation . . . . .	159
d) Relation und Einheit . . . . .	161
aa) Einzelheit aus Bestimmtheit und Besonderheit (Identität) . . . . .	161
bb) Identität und Wirklichkeit in der primitiven Gegenwart . . . . .	164
cc) Synthetische Einheit: Situation und Konstellation . . . . .	169
e) Probleme logischer Paradoxien . . . . .	172
aa) Paradoxie als Anzeichen der unstimmigen Wirklichkeit . . . . .	173
bb) Formale Logik der Unentschiedenheit: Einfache, endlich-fache und unendlichfache . . . . .	176
cc) Zeit und ihre Antinomien . . . . .	187
dd) Antinomie des Selbstbewusstseins: Scheinbare und echte . . . . .	195
3. Fazit . . . . .	202
III. Probleme der Paradoxie des selbstreferentiellen Sozialsystems . . . . .	204
1. Sinn der Rede von Paradoxie bei der Systemtheorie . . . . .	204
2. Einwertiges Seinskonzept und zweiwertige Formtheorie . . . . .	205
3. Sozialitätskonzept: Paradoxie als freigesetzte Negativität . . . . .	209
4. Konstruktivismus als Formtheorie der Erkenntnis . . . . .	211
5. Selbstbegründung anhand der Zeit . . . . .	213
6. Fazit: Paradoxie als Kontingenzproblem . . . . .	215
<b>D. Logik der Selbstreferenz vom Rechtssystem . . . . .</b>	<b>219</b>
I. Ansatzpunkte der systemtheoretischen Rechtstheorie bei Luhmann . . . . .	219
1. Evolution des Rechts: Vom traditionellen Recht zum positiven Recht . . . . .	221
2. Begrifflichkeit der Paradoxie des Rechts . . . . .	228
a) Rechtscode und Norm . . . . .	228

b) Codewerte des Rechts und Rechtsbegriff . . . . .	231
c) Recht, Unrecht und Nicht-Recht . . . . .	234
3. Binäre Codierung des Rechts und Einheit/Identität des Rechts . . . . .	243
4. Formale Darstellung der Paradoxie des Rechts . . . . .	249
5. Fazit . . . . .	254
II. Funktion der Zeitbindung und Paradoxie des Rechts . . . . .	256
1. Rechtscode und Selbstbeschreibung des Rechtssystems . . . . .	257
a) Polykontexturale Gesellschaft und Identität des Rechtssystems . . . . .	257
b) Selbstbeschreibung des Rechtssystems . . . . .	259
2. Geltung und Zeit . . . . .	262
a) Rechtsgeltung aufgrund Zeit . . . . .	262
b) Zeitbindung aufgrund Rechtsgeltung . . . . .	268
3. Entscheidungszwang und juristische Argumentation . . . . .	271
a) Dauernde Konflikte und Entscheidungszwang . . . . .	271
b) Grundlose Entscheidung in der Gegenwart . . . . .	273
c) Juristische Argumentation . . . . .	276
4. Die ‚Lösung‘ der Paradoxie des Rechts . . . . .	281
a) Regelbildung und Paradoxie des Rechts . . . . .	281
b) Text als Lösung der Paradoxie des Rechts . . . . .	286
c) Verfassungsänderung als Beispiel der Rechtsparadoxie . . . . .	289
5. Fazit . . . . .	293
<b>E. Kopplung von Recht, Gesellschaft und Individuen . . . . .</b>	<b>296</b>
I. Überblick über das Verhältnis des Rechts zu seiner Umwelt . . . . .	296
II. Verfassungsstaat als strukturelle Kopplung von Recht und Politik . . . . .	299
1. Recht und Politik im Lichte der strukturellen Kopplung . . . . .	299
a) Einheit von Recht und Politik im Hinblick auf das Widerstandsrecht . . . . .	300
b) Paradoxie der Souveränität als Problem der politischen Kontin- genz . . . . .	305
2. Verfassung als strukturelle Kopplung von Recht und Politik . . . . .	307
a) Logik des Verfassungstextes . . . . .	309
b) Funktionen des Verfassungstextes . . . . .	314
aa) Moderne Staatsordnung . . . . .	314
bb) Positivierung und Theodizee des Rechts . . . . .	316
cc) Verfassungsordnung und soziale Kommunikation . . . . .	317
dd) Demokratisierung und Selbstsabotage des politischen Sys- tems . . . . .	319
3. Fazit . . . . .	321
III. Subjektives Recht und Individuum . . . . .	323
1. Subjektives Recht als Kopplung von Recht und Bewusstsein . . . . .	324
2. Rechtsparadoxie, subjektives Recht und Rechtsverhältnis . . . . .	326
3. Krise des Rechts: „Rechtslethargie“ . . . . .	329
4. Fazit . . . . .	336

IV. Menschenrechte als quaestio iuris: Ein antihumanistisches Verständnis	336
1. Menschenrecht als subjektives Recht: Funktionale Inklusion	337
2. Begründung der Menschenrechte: Freiheit und Gleichheit	341
3. Menschenwürde und strukturell bedingte Benachteiligungen	354
4. Weltliches Rechtssystem und strukturell bedingte Rechtsbrüche	360
5. Inklusion und Exklusion: Grenze der Selbstbegründung des Rechts	361
6. Fazit	365
<b>F. Abschließende Betrachtung</b>	<b>367</b>
I. Zusammenfassung	367
II. Eine systemtheoretische Umschreibung des Verhältnisses von Recht und Moral	373
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>387</b>
<b>Sachverzeichnis</b>	<b>403</b>

„There had been a time, in his youth, when these logical briarpatches had frightened him. If you fell in, you could never get out.“

(*Fletcher*, *The Bond*, S. 51)

## A. Einleitung

### I. Problemstellung der Paradoxie des Rechts bei Luhmanns Systemtheorie

Wenn man die Texte der Systemtheoretiker ein Stück weit liest, stößt man schon bald auf die Paradoxien. Weiß man, dass jede unsere Kommunikation notwendigerweise eine Paradoxie mit sich bringt, muss man eigentlich erstaunt sein und Schwindel empfinden. Ob es nur ein Schwindel ist? Ob nicht nur die Kreter, sondern wir alle Lügner und Schwindler sind, sei es bewusst, sei es unbewusst, aber grundsätzlich unausweichlich?<sup>1</sup> Und schließlich darf man es wagen, zurückzufragen, ob diese kommunizierenden Theoretiker den Satz in ihre Theorien einschreiben: Ich lüge jetzt (mit dieser Theorie), oder: *Diese* Theorie lügt jetzt. Oder kommt der Schwindel doch nur aus dem theoretischen Höhenflug, an den man sich nur mit der Zeit gewöhnen muss?

Die These der Paradoxie des Rechts wird von dem Soziologen Niklas Luhmann explizit aufgestellt. Im Gegensatz zu dem üblichen Verständnis der Rechtswissenschaft als einer Wissenschaft der Normen bietet die Sys-

---

<sup>1</sup> Die Standardform der Lügner-Paradoxie heißt: Ich lüge jetzt (mit diesem Satz). Diese klassische logische Paradoxie soll ursprünglich dem Eubulides von Milet im 4. Jahrhundert v. Chr. entstammen, ihre bekannteste Version, alle Kreter lügen, wird aber meistens dem Kreter Epimenides im 6. Jahrhundert v. Chr. zugeschrieben. Diese Version führt jedoch nicht zwangsläufig zur logischen Paradoxie. Wenn Epimenides' Satz stimmt, dann lügt eben er selber; wenn er aber lügt und der Satz nicht stimmt, dann bedeutet dies, dass nicht alle Kreter lügen und einige von ihnen doch die Wahrheit sagen. Nur wenn nun Epimenides zu dieser Gruppe der Kreter gehört, die nicht lügen, führt sein Satz wieder zur Paradoxie. Dadurch kehrt wiederum die Standardform der Paradoxie zurück: Ich (Epimenides) lüge jetzt. Dazu vgl. *Brendel*, *Die Wahrheit über den Lügner*, 1992, S. 3 f., S. 21 f.; *Zoglauer*, *Einführung in die formale Logik für Philosophen*, 2005, S. 15 f. Über den Lügner kann man bis zum Tode verzweifelt grübeln, wie es dem Philetas (bzw.: Philites) von Kos nachgesagt wird; aber er kann auch als Witz in einer anderen Form auftreten: Zwei Juden treffen sich im Zug, einer fragt den anderen, wohin er fährt. Der andere antwortet: Krakau. Darauf macht der Fragende ihm den Vorwurf der Lüge, weil der Antwortende mit Krakau den Fragenden glauben lassen will, dass er nach Lemberg fährt, wobei der Fragende doch genau weiß, dass der Antwortende nach Krakau fährt. Dazu vgl. *Sainsbury*, *Paradoxien*, 2001, S. 11; *Haft*, *Verhandlung und Mediation*, 2000, S. 97; *Fletcher*, *The Bond*, 2009, S. 127.

temtheorie des Rechts von Luhmann einen *nichtnormativen* Ansatz der Rechtstheorie an.<sup>2</sup> Nach ihm verfehlt ein normativer Ansatz der Rechtstheorie zum einen die Einheit ihres Gegenstandes, nämlich die Einheit des Rechts, da man mit der Unterscheidung von Tatsache/Wert, Sein/Sollen u. a., operiert und nicht berücksichtigt, dass das Recht sowohl aus Normen als auch aus Sachverhalten besteht. Eine Hälfte des Gegenstandes wird bereits durch diese üblichen Unterscheidungen weggedacht. Zum anderen besteht ein weiteres Problem darin, dass man mit einem normativen Ansatz immer nur die eine Seite des Rechts sieht und die andere Seite des Rechts(systems), nämlich das Unrecht, (auch theoretisch) nicht verorten kann. Man fragt also nach der Geltung, deren andere Seite – Nichtgeltung – aber nirgendwo zu finden ist. Von daher wird das Unrecht – wenn überhaupt erwähnt – immer wieder mit Nichtrecht gleichgesetzt. Stattdessen will der nichtnormative Ansatz von Luhmanns Systemtheorie eine Differenzlogik entwickeln, so dass man dem Gegenstand Recht als Ganzes doch gerecht werden kann.

Das Einheitsproblem des Rechts steht somit am Anfang der Systemtheorie des Rechts. Damit verbunden aber behauptet der nichtnormative Ansatz aufgrund der Differenzlogik viele „alogische“ Thesen:<sup>3</sup> Die Einheit des Rechts besteht in „der unerträglichen Einsicht, Recht sei, was es (nicht) sei“;<sup>4</sup> und „die Grundlage des Rechts ist nicht eine als Prinzip fungierende Idee, sondern eine Paradoxie.“<sup>5</sup> Diese Paradoxie des Rechts ist eben die grundlegende Paradoxie der „Selbigkeit von Recht und Unrecht“.<sup>6</sup> Im Allgemeinen erscheint die Paradoxie bei Luhmann in dem Theorem: „Die Form in der Form vertritt die Form, und die Paradoxie dieser Repräsentation besteht eben darin, daß es sich um dieselbe und zugleich um nicht dieselbe Unterscheidung handelt.“<sup>7</sup>

Mit dem nichtnormativen Ansatz werden das Recht und die Rechtswissenschaft in den Abgrund der Paradoxie gestürzt. Da Recht demnach (nicht) Unrecht sei, sei Recht immer dem Verdacht des Unrechts ausgesetzt. Daraus entsteht das Problem, wie der Verdacht des Unrechts des Rechts auszuschalten ist. Mit der Paradoxie des Rechts entsteht sozusagen auch das Problem

---

<sup>2</sup> Siehe RdG, S. 33.

<sup>3</sup> Siehe WissendG, S. 12, S. 470 f. Der Terminus ‚alogisch‘ weist bereits auf das ausgeschlossene Dritte der Differenz von logisch/unlogisch hin, im weiteren Sinne auch von wahr/unwahr, richtig/falsch u. ä. – also auf das ausgeschlossene Dritte der zweiwertigen Logik.

<sup>4</sup> Luhmann, Die Codierung des Rechtssystems, 1986, S. 198; auch ebd., S. 189: „die Paradoxie des ‚Recht weil Unrecht‘ oder ‚Unrecht weil Recht‘“.

<sup>5</sup> RdG, S. 235.

<sup>6</sup> RdG, S. 485.

<sup>7</sup> RdG, S. 206.

der Theodizee des Rechts bei Luhmann,<sup>8</sup> wobei es um die Behandlung der (logischen) Paradoxie des Rechts in der gesellschaftlichen Kommunikation – im Rechtssystem – geht.

Ist das Recht wirklich logisch paradox? Und was kann mit der Rede der Paradoxie des Rechts gemeint werden? Wie sieht ein logisch paradoxes Recht aus? Damit wird das Problem der vorliegenden Arbeit gestellt. Es muss beantwortet werden, wie die Paradoxie des Rechts – diese alogischen Sätze – möglicherweise logisch, soziologisch und rechtlich sinnvoll nachzuvollziehen ist.<sup>9</sup>

Dafür muss man theoretisch zuerst auf die von Luhmann entwickelte soziologische Theorie sozialer Systeme eingehen. Das Problem der Paradoxie gilt nämlich nicht nur für das Recht, sondern zugleich auch für die Gesellschaft bzw. die Welt insgesamt. Die Paradoxie bildet einerseits gar den „Schlußstein“ bzw. die „Letztformel“ des gesamten Theoriegebäudes und fungiert andererseits als „Orthodoxie“ der modernen Gesellschaft schlechthin.<sup>10</sup> Und weil diese Systemtheorie das Recht auf Deutung der ganzen Welt für sich in Anspruch nimmt, muss ihre These der Paradoxie als solche auch für die Wissenschaft der Logik gelten. Es muss dann nach dem inneren logischen Zusammenhang der Theorie des Sozialsystems und auf dieser Grundlage auch nach der Logik des Rechtssystems gefragt werden.

## **II. Diskussionen über die Paradoxie (des Rechts) bei der Systemtheorie**

Die Literatur der Diskussion über Luhmanns Systemtheorie ist unübersichtlich. Aber bis jetzt scheint die Paradoxie als Begriff für das Theoriegebäude nicht klar erklärt zu werden, obwohl Luhmann diese theoretische Figur immer mehr ins Zentrum seiner Gesellschaftstheorie gerückt hat. Einerseits spricht man „von der operativen Logik“, es geht nämlich bei der Paradoxie um die Reflexion bzw. Selbstreferenz, wobei als Lösung der Paradoxie auf Zeit und Grenzüberschreiten hingewiesen wird.<sup>11</sup> Andererseits sieht man die Paradoxie „am Anfang“ und am Anfang steht eine Differenz, wobei die Paradoxie durch die *gleichzeitige* Aktualisierung der beiden Sei-

---

<sup>8</sup> Die ‚Theodizee‘ des Rechts betrifft das Woher und die Verortung des Unrechts. *Luhmann*, *The third Question*, 1988, S. 154: „Is there any right to invent the wrong, to create the wrong, or in more recent terms, to ‚construct‘ the wrong?“

<sup>9</sup> *Luhmann*, *The third Question*, 1988, S. 154: „How to prove with a noncontradictory logic that the reality is contradictory?“

<sup>10</sup> *WissendG*, S. 507, S. 520; *GdG*, S. 1144.

<sup>11</sup> *Reese-Schäfer*, Niklas Luhmann, 2001, S. 62–66. Allerdings relativiert Reese-Schäfer die Behauptung der Richtigkeit der genannten operativen Logik (ebd., S. 66).