

Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems – Ein Kontrapunkt zum Aufsatz von Hansjörg Seiler aus systemtheoretischer Optik

ANDREAS NOLL*

Schlagworte: Systemtheorie, Gewaltenteilung, Rechtssicherheit, Fairness, Sozialkompetenz

A. Einleitung

Bundesrichter Hansjörg SEILER liegt mit seiner Abhandlung zum abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems voll im Zeitgeist.¹ Bereits der Titel bringt den prinzipiellen Ansatz der Ökonomisierung des gesellschaftlichen Zusammenlebens zum Ausdruck: Als in einem kategorischen Sinne verstandene Handlungsmaxime wird nur noch am Kriterium der Nutzenoptimierung orientierte Funktionalität gelten gelassen. SEILER analysiert in der Folge die Funktionalität des Rechts an den wirtschaftlichen Gesichtspunkten von Zeit und Geld² und zieht – den verwendeten Metaphern nach zu urteilen³ – den Schluss, dass die heutige Justiz der Gesellschaft nicht wirklich gut bekommt.

Problematisch ist dabei weniger die Beobachtung, die ich mit Bundesrichter SEILER im Wesentlichen teile, sondern vielmehr die verwendete Analyse-methode, da sie das Ideal der Nutzenoptimierung, des optimalen Verhältnisses von Kosten und Nutzen, als eine Art naturgesetzliches Grundprinzip supponiert,⁴ das gewissermassen eo ipso Gewähr für die Güte der Gesellschaftsorganisation bieten würde, ohne dabei klarzustellen, dass das Gesetz

* Dr. iur., Advokat in Basel.

Der vorliegende Beitrag ist eine überarbeitete Fassung des anlässlich der am 4./5.6.2007 an der Universität Salzburg stattgefundenen transdisziplinären Ethik-Tagung gehaltenen Referats mit dem Titel *Die Persönlichkeit des Individuums versus die Funktionalität der Gesellschaft – Systemtheoretische Vorgaben der Rechtsethik*.

1 Vgl. HANSJÖRG SEILER, Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems, ZSR 126 (2007), Heft 2, S. 159 ff.

2 Vgl. SEILER (Fn. 1), S. 162.

3 Bundesrichter SEILER vergleicht die heutige Justiz mit einem durch den übermässigen Verzehr von Leberwürsten hervorgerufenen Übelkeitsgefühl.

4 So kategorisch SEILER (Fn. 1), S. 160.

vom abnehmenden Grenznutzen für sich allein genommen eine bloss Leerformel darstellt, da das, was als Nutzen zu verstehen ist, durch die Definition der zugrunde zu legenden *Werte* erst noch angereichert werden muss. Mit anderen Worten ist das Prinzip vom abnehmenden Grenznutzen nichts naturgesetzlich vorgegebenes, sondern eine reine *Wertungsfrage*.

Kommt hinzu, dass die Frage des Grenznutzens bzw. jener nach der Sättigungsgrenze entscheidend davon abhängt, welche Aspekte in die Grenznutzenbetrachtung miteinbezogen werden und welche nicht, insbesondere welche Folgekosten in die Überlegungen miteinfließen und welche aussen vorgehalten werden, mithin wo bei der Betrachtung der Realität die für ihr Verständnis notwendigen Grenzen gezogen werden und wie weit folglich ihre Komplexität, um sie verstehen zu können, reduziert wird. Führt man auch diese Überlegungen einer Grenznutzenbetrachtung zu, so wird klar, dass die Sättigungsgrenze eines optimalen Verständnisses der Realität natürlich weitgehend durch das betreffende Individuum vorgegeben ist. In jedem Fall ist jedoch das menschliche Realitätsverständnisvermögen begrenzt, so dass der Output eines Analyseystems immer nur ein modellhaftes Bild einer simulierten Realität wiedergeben kann. Die Wahl der spezifischen Grenzziehung ist daher für die Präzision des verwendeten Analysemodells und damit dessen analytische Tauglichkeit von ausschlaggebender Bedeutung: Je enger die Grenzen, die bei der Analyse eines Systems gezogen werden, desto begrenzter ist auch die Aussagekraft ihrer Ergebnisse.

Mit der unübersehbaren Dominanz der im Aufsatz Seiler verwendeten ökonomischen Begriffe werden nun implizit wirtschaftliche als primär nutzbringende Werte definiert. Rechtliche Aspekte werden demgegenüber in den Hintergrund gerückt. Mit seinem Votum plädiert Bundesrichter SEILER also für eine ökonomische Codierung des Justizsystems.⁵ Er reduziert mit anderen Worten den gesellschaftlichen Wert des Justizsystems auf die Faktoren Geld und Zeit.⁶ Ob eine solche Reduktion jedoch der Komplexität des menschlichen Zusammenlebens in adäquater Weise gerecht werden und in der Folge zu Ergebnissen führen kann, die über die erforderliche Schärfe verfügen, um für die Lösung gesellschaftlicher Problemstellungen⁷ verwertet werden zu

5 Das wird bereits im ersten Satz des Aufsatzes klargestellt (SEILER [Fn. 1], S. 159): «Grenznutzen ist nicht ein juristisch gebräuchlicher Begriff; er stammt aus der Wirtschaftslehre.»

6 Vgl. SEILER (Fn. 1), S. 162: «Rechtsschutz kostet Geld und Zeit.»

7 Gesellschaftliche Problemstellungen – das liegt in der Natur der Sache – sind stets umfassend und daher derart komplex, dass sie sich ohne Reduktionen nicht bewältigen lassen. Je grossmaschiger das Netz einer Reduktion jedoch ist, desto mehr Probleme entschlüpfen dem Problemverarbeitungsrastrer. Das hat zwar den Vorteil, dass es den Anschein erweckt, dass gar keine Probleme bestünden (bzw. lediglich in wesentlich geringerem Umfang), dass mithin in unserer Gesellschaft alles (mehr oder weniger) in Ordnung sei und wir alles im Griff hätten. Es kann zuweilen aber auch den Effekt zeitigen, dass die unsichtbaren Probleme dann plötzlich doch wie ein Schwarm Piranhas über die Gesellschaft hereinbrechen, wie dies etwa im Falle der Jugendunruhen in Frankreich der Fall war. Mit der Reduktion der Komplexität der

können, der Ansatz einer umfassenden Ökonomisierung also auch tatsächlich ein *gesellschaftlich* nutzbringender ist, soll im Folgenden anhand einer umfassenden systemtheoretischen Analyse untersucht werden.

B. Kontrapunkt zum Zeitgeistphänomen der Ökonomisierung

Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtungen bildet die im Rahmen des Forschungsprojekts «Ethik transdisziplinär» an der Universität Salzburg entstandene, inhaltsanalytische Studie von REINHARD KACIANKA, der für den Bereich der Ethik die Begrifflichkeit der verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen⁸ ausgewertet hat, so dass die Ergebnisse in der Folge als Abbild der herrschenden Gesellschaftsethik angesehen werden können, sie gewissermaßen den Zeitgeist reflektieren. Die Studie kommt zum Schluss, dass «Ökonomisierung [...] in sämtlichen [...] Disziplinen eine grosse Rolle [spielt].»⁹ Mit FISCHER/BADURA wird die «Signifikanz [...] [der] Ökonomisierung aller Lebensverhältnisse und damit auch des Wertverständnisses»¹⁰ konstatiert.¹¹ Im Abschnitt zur politischen Ethik wird gar eine Entwicklung beschrieben, wonach die traditionelle Unterscheidung zwischen gut und schlecht «von der Herrschaft einer selbstregulierten Ordnung aufgesogen»¹² worden sei, mithin Ethik einen Bürokratisierungsprozess durchlaufen habe, in dessen Ergebnis «sämtliche normativen Wert- und Politikbegründungen weitestgehend verabschiedet»¹³ und «durch Verhaltenstechnologie»¹⁴ ersetzt worden seien.¹⁵

Mit anderen Worten zog der stetig wachsende Funktionalitätsanspruch des modernen Leistungsstaates einen kontinuierlich zunehmenden Rationalisie-

Realität verhält es sich demnach wie mit der Bildauflösung einer Digitalkamera: Je kleiner die Auflösung ist, desto schlechter sind auch die Bilder, die die Kamera schießt. Ist die Bildqualität derart schlecht, dass sich auf dem Foto nicht einmal mehr erkennen lässt, wo der Hase im Pfeffer liegt, taugt die Kamera definitiv nichts.

- 8 Medizin- und Bioethik, politische Ethik, Sozial-, Wirtschafts-, Rechts- sowie Kunst- und Kulturethik.
- 9 REINHARD KACIANKA, Der Sprachgebrauch der Ethik in den Bindestrichethiken, Eine inhaltsanalytische Studie, zur Publikation vorgesehen in: Michael Fischer/Reinhard Kacianka (Hrsg.), Ethik transdisziplinär, Band 9, Ethik im transdisziplinären Sprachgebrauch, Frankfurt a.M. 2008, S. 6 (die Seitenzahlen beziehen sich auf die Paginierung des Manuskripts).
- 10 MICHAEL FISCHER/HEINRICH BADURA (Hrsg.), Politische Ethik I, Räume der Politik, Frankfurt a.M. 2006, S. 7.
- 11 Vgl. ferner KACIANKA (Fn. 9), S. 58.
- 12 ANDRÉ GLUCKSMANN, Der Stachel der Liebe, Ethik im Zeitalter von Aids, München 1995, S. 246. f.
- 13 KACIANKA (Fn. 9), S. 25.
- 14 HANS BURKHARDT, Selbstsein oder Weltbeglückung, Eine anthropologische Skizze, München 1988, S. 220.
- 15 Vgl. KACIANKA (Fn. 9), S. 25 mit Hinweisen auf GLUCKSMANN (Fn. 12), S. 246 f. und BURKHARDT (Fn. 14), S. 201 f. und 220).

rungsdruck gesellschaftlicher Verantwortung nach sich, was zusehends die Etablierung und Institutionalisierung operativer Automatismen im Zusammenspiel zwischen Politik und Recht erforderte. Diese Entwicklung führt nun zwangsläufig zur Entstehung gesellschaftlicher Verantwortungsdefizite, deren Folgen uns heute in der täglichen Medienberichterstattung begegnen: Treibhauseffekt, Jugendkriminalität, Drogen- und Alkoholexzesse sowie Amokläufe sind nur wenige Beispiele der gesellschaftlichen Entwicklungsdynamik der letzten Jahrzehnte. In diesem politisch-rechtlichen Verantwortungsvakuum versucht sich nun die Wirtschaft als neuer gesellschaftlicher Verantwortungs- und Strukturträger zu etablieren.

Bei der Betrachtung des eben ausgebreiteten Zustandsbilds der heutigen Gesellschaft fühlt man sich unvermittelt an die von DÜRRENMATT im Zuge des wirtschaftlichen Wohlstands der Nachkriegsjahre befürchtete Wende der gesellschaftlichen Entwicklung erinnert, die er treffend als *faulen Frieden* beschrieben hatte:

«Die Zukunft der Menschheit liegt im Ungewissen. Der Friede wird hart sein, sei es nun der nach einem sinnlosen Krieg oder jener ohne diesen Umweg, denn Friede bedeutet Alltag, und das Alltägliche, das Gewöhnliche, das Langweilige wird immer mehr zunehmen. Unsere Intensität wird entscheiden, ob sich die Güter dieser Erde in unseren Händen zu Gold oder zu Staub verwandeln. [...] Die Politik wird im günstigsten Falle sozial gesicherte Räume errichten, sie zu erhellen wird die Sache des Einzelnen sein, sonst wird die Erde zu einem Gefängnis. [...] Nichts gegen die geistige Auseinandersetzung, alles gegen einen faulen Frieden!»¹⁶

Der Aufsatz Seiler fügt sich damit nahtlos in den herrschenden Zeitgeist ein. Schon ADORNO konstatierte allerdings, dass «[d]as arrivierte Zeitgemässe und das dem Gehalt nach Fortgeschrittene nicht mehr eines sind»¹⁷. Im Sinne einer solchen Zeitgeist kritischen Haltung versteht sich auch der vorliegende Beitrag als Kontrapunkt zu den im Aufsatz Seiler ausgebreiteten Überlegungen. Es wird dabei darauf verzichtet, auf jedes Beispiel (und jede Polemisierung)¹⁸ entgegen zu müssen. Stattdessen wird versucht, eine alternative Problemsicht zu bieten, zumal die von Bundesrichter SEILER festgestellte Beobachtung vom abnehmenden Nutzen des Justizsystems im Wesentlichen ge-

16 FRIEDRICH DÜRRENMATT, in: Diogenes Verlag AG (Hrsg.), No future?, Meinungen von Camus, Dürrenmatt, Einstein, u. a., S. 11 f. Der Grossteil des Zitats entstammt einem ursprünglichen 1950 unter dem Titel «Das Schicksal der Menschen» entstandenen Text (publiziert in: FRIEDRICH DÜRRENMATT, Politik, Essays, Gedichte, Reden, Band 34, Zürich 1998, S. 15 ff., 18 [zit.: DÜRRENMATT, Politik]; unter dem Titel «Zukunft» ebenfalls publiziert in: FRIEDRICH DÜRRENMATT, Denken mit Friedrich Dürrenmatt, Zürich 1982, S. 94 f.). Lediglich der letzte Satz ist einem Vortrag gegen eine antiisraelische Resolution der UNO anlässlich der PEN-Tagung vom 14. bis 20. November 1975 in Wien entnommen (publiziert unter dem Titel «Zwei Reden eines Nicht-Penners an die Penner» in: DÜRRENMATT, Politik, S. 137 ff., 139).

17 THEODOR WIESENGRUND ADORNO, Minima Moralia, Reflexionen aus dem beschädigten Leben, Berlin und Frankfurt a.M. 1951, Kap. 141, S. 425. ADORNO fordert daher den Mut, «[der] Furcht [...] trotz allem hinter dem Zeitgeist zurückzubleiben und auf den Kehrichthaufen der ausrangierten Subjektivität geworfen zu werden,» durch echten Fortschritt zu begegnen.

18 Vgl. z.B. SEILER (Fn. 1), S. 160, 167 oder 169.

teilt wird. Die Ursachen werden jedoch – wie eben dargelegt – an einem anderen Ort lokalisiert: Das Problem der Justiz besteht nämlich nicht hauptsächlich in einem Zuviel an Form, sondern vor allem an einem Zuwenig an Inhalt. Mit anderen Worten ist die Bürokratisierung der Gesellschaft nicht primär Ursache, sondern vor allem Folge von zu wenig Inhalt. Im Vergleich zu Bundesrichter SEILER wird vorliegend also gerade ein umgekehrtes Kausalitätsverhältnis festgestellt.

Die Diagnose des Zuviel an Form, d.h. einer umfassenden Bürokratisierung des gesellschaftlichen Zusammenlebens, wie sie auch die Studie KACIANKA festgestellt hat, ist zwar zutreffend. Das Problem lässt sich jedoch nicht durch bloss punktuelle Eingriffe lösen, wie etwa durch die Verkürzung des Instanzenzuges. Die Ursachen für die angesprochenen Probleme liegen viel tiefer und sind in der heutigen Grundkonzeption des Rechtssystems als Formalisierung und Rationalisierung von Entscheidungsprozessen zu suchen, wodurch ein Mehr an Inhalt gerade verunmöglicht wird. Mit anderen Worten liegt das Grundproblem darin begründet, dass Justiz nicht auf inhaltliche, sondern auf formale Leistung ausgerichtet ist. Ein solches Justizverständnis kommt auch in der von Bundesrichter SEILER als Rechtssicherheit interpretierten Sicherung des Rechtsfriedens als Funktion des Rechts zum Ausdruck. Darum auch die Schlussfolgerung: Weniger Instanzen schaffen mehr Rechtssicherheit.¹⁹

Primäre Aufgabe des Rechts als Friedensordnung ist demgegenüber nicht das formale Kriterium der Rechtssicherheit, sondern das inhaltliche der Fairness.²⁰ Wird eine unfaire Lösung als rechtlich verbindlich institutionalisiert, so fördert dies den Rechtsfrieden gerade nicht. Im Gegenteil ist ihm solches sogar erheblich abträglich, da dadurch soziale Spannungen erzeugt werden. Welche Gefahr dies für den sozialen Frieden bergen kann, zeigen etwa die in regelmässigen Abständen auflodernden Jugendunruhen in Frankreich,²¹ die nichts anderes als Ausdruck davon sind, dass die Strukturen der Friedensordnung die Last der Komplexität der gesellschaftlichen Realität nicht mehr zu tragen vermögen, so dass diese die geordneten Strukturen durchbricht und als

19 Vgl. SEILER (Fn. 1), S. 165.

20 Vgl. hierzu das grundlegende Werk von JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts, USA) 1971.

21 LUHMANN beschreibt die Einbussen in der Fairnessleistung der Justiz als Konsequenz einer Mediatisierung durch den Metacode der Inklusion/Exklusion (vgl. NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 1997 [zit.: LUHMANN, *Recht*] S. 583), wovon nach «grosse [...] Bevölkerungsteile [...] von der Kommunikation der Funktionssysteme» (*Recht*, S. 582), wovon eines das Rechtssystem darstellt, ausgeschlossen sind. Dass dies zu sozialen Spannungen führt, hat LUHMANN ebenfalls bereits expliziert: «Es wäre sicher übertrieben, daraus auf Irrelevanz oder auf Nichtfunktionieren des Rechtssystems im ganzen zu schliessen (abgesehen von der akuten Situation des Bürgerkriegs). Aber ob und aus welchen Anlässen der Rechtscode benutzt wird oder nicht, richtet sich dann nach einer anderen Differenz, der von Inklusion und Exklusion» (*Recht*, S. 585). Vgl. hierzu auch Fn. 23.

chaotisches Zustandsbild zu Tage tritt, bis die Komplexität entweder wieder nachlässt oder die Strukturen dergestalt modifiziert werden, dass sie in der Lage sind, die Komplexität der gesellschaftlichen Realität in genügend differenziertem Ausmass, d.h. realitätsadäquat zu bewältigen.²²

An diesem Beispiel zeigt sich, dass Recht und Gerechtigkeit eben nicht einfach nur eine noble Aufgabe des Staates sind, sondern als solche auch einen Nutzen aufweisen, der sich nicht direkt an einer Streitwert-Verfahrenskosten-Relation ablesen lässt, sondern eine gesellschaftlich-volkswirtschaftliche Wertschöpfung darstellt. Als solcher lässt er sich nicht an spezifischen Einzelfällen festmachen, sondern ist naturgemäss institutionell bedingt. Bei der Analyse des Grenznutzens des Justizsystems ist folglich die Frage der spezifischen Grenzziehung bei der Festlegung des Realitätsmodells, das der Analyse zugrunde gelegt wird, von ausschlaggebender Bedeutung dafür, was als Nutzen erkannt werden kann und was unerkannt durch die Maschen des Modells schlüpft. Um eine realitätsadäquate Grenznutzenbetrachtung betreiben zu können, muss der Analyse daher ein differenziertes Realitätsmodell zugrunde gelegt werden, in dem der institutionelle Nutzen des Justizsystems genauso Berücksichtigung findet wie die gesellschaftlichen Folgekosten, die dann entstehen, wenn das Justizsystem seine Funktion als Sicherung des gesellschaftlichen Zusammenlebens als Friedensordnung durch Fairness nicht mehr in genügendem Ausmass erfüllt.

Mit anderen Worten werden in SEILERS Grenznutzenbetrachtung die durch Fairnessdefizite des Rechtssystems mitverursachten sozialen Spannungen, deren Entschärfung demgegenüber gerade die Kernfunktion der Justiz bildet, als Folgekosten aussen vorgehalten. So erhöht etwa ein Verlust an Rechtsschutz im Arbeitsrecht die Ausgaben der öffentlichen Hand im Bereich der Arbeitslosenversicherung. Ist die öffentliche Hand nicht bereit, diese Kosten zu tragen, entstehen sie der Gesellschaft in anderer Form, etwa in der Zunahme der Kriminalität. Ganz allgemein kann gesagt werden, dass Einbussen in der Fairnessleistung der Justiz den Verlust des sozialen Zusammenhalts wesentlich begünstigen. Damit geht natürlich ein Verlust all jener Synergien einher, die auf dem Boden einer ausgedünnten sozialen Kooperation nicht mehr wachsen können.²³

22 Durch diese veränderte Sichtweise relativiert sich auch die von Bundesrichter SEILER (Fn. 1), als Beleg für seine Thesen ins Feld geführte Statistik der Commission européenne pour l'efficacité de la justice: Die Schweiz, Österreich und Belgien, die Spitzenreiter bei den Ausgaben punkto Justiz, geniessen gleichzeitig auch den Ruf, in Bezug auf den sozialen Frieden an der Spitze zu stehen.

23 Ähnlich LUHMANN, *Recht* (Fn. 21), S. 583: «Die ausgeprägte Differenz von Inklusion und Exklusion hat sehr viel gravierendere Folgen. Denn unter dem Regime funktionaler Differenzierung regelt jedes Funktionssystem die soziale Inklusion selbst und für sich, und was an Relikten der alten Schichtungsordnung bleibt, kann dann nur noch nach Inklusion/Exklusion differenzieren. Mit der rasanten Verstärkung und dem Abreissen aller Sicherheiten, die in einer gewissen nichtmonetären Selbstversorgung lagen, wird das Problem noch verschärft.

Es zeigt sich also, dass es der Auffassung, die SEILER etwas abschätzig als *Noblesse de la Justice* bezeichnet,²⁴ nicht etwa an ökonomischem Verständnis mangelt, sondern dass diese im Gegenteil eine ausgesprochen differenzierte ökonomische Betrachtungsweise darstellt.

C. Systemtheoretische Problemanalyse: Rechtssicherheit versus Fairness oder schafft Fairness Rechtssicherheit?

I. Vorbemerkung

Es gilt nun den vorstehend postulierten Primat des Fairnessgedankens gegenüber dem Aspekt der Rechtssicherheit zu begründen. Dies geschieht im Folgenden unter Zuhilfenahme der systemtheoretischen Analysetechnik, auf die Bundesrichter SEILER ebenfalls grosse Stücke hält.²⁵

Der Fairnessprimat leuchtet an sich bereits von der Sache her ein: Wird nämlich dem Gebot der Rechtssicherheit der Vorzug gegeben, so kann sich dieses durchaus zum Gedanken der Fairness in Widerspruch setzen; dann nämlich, wenn im Interesse der Rechtssicherheit eine unfaire Lösung perpetuiert wird, was namentlich beim Vorliegen einer unechten Gesetzeslücke regelmässig der Fall ist. Demgegenüber konfligiert das Fairnessprinzip im umgekehrten Falle nicht mit dem Gebot der Rechtssicherheit, da die Justiz jenen, der seine Dispositionen auf dem Boden der Fairness trifft, nach einer solchen, am Fairnessgedanken orientierten Rechtskonzeption stets in seinem Vertrauen schützt und damit berechenbar bleibt.

Abgesehen davon, ist Rechtssicherheit ohnehin eine Fiktion, da es keine allgemeinverbindlichen Kriterien gibt, Einzelfälle miteinander zu vergleichen, ansonsten die Rechtsentscheidung ja obsolet wäre.²⁶ Dementsprechend stützt sich die Rechtssicherheit als gesellschaftliche Realität letztlich auf nichts anderes als auf das, was von den Rechtsgenossen nach Treu und Glauben als fair angesehen wird. Das Gebot der Rechtssicherheit soll also keine rechtstechnische Konstruktion, sondern das gesunde Rechtsempfinden schüt-

Die Betroffenen sind dann von der Geldwirtschaft abhängig, ohne nennenswert an ihr teilnehmen zu können. Die subsistenzwirtschaftliche Selbstversorgung muss durch Kriminalität bzw. durch Teilnahme an mafiosen Organisationen ersetzt werden.»

24 Vgl. SEILER (Fn. 1), S. 162.

25 Im Abschnitt, in dem Bundesrichter SEILER einen Blick über den juristischen Tellerrand hinaus wagt (vgl. SEILER [Fn. 1], S. 170 ff.), wird unter anderem auch die herausragende Bedeutung der Systemtheorie herausgestrichen, mit deren Analysetechnik die Scheuklappen der einzelnen Wissenschaftsdisziplinen abgestreift und eine für eine sachgerechte Problemlösung differenzierte Gesamtschau ermöglicht werden können.

26 Vgl. hierzu LUHMANN, Recht (Fn. 21), S. 308: «Entscheidungen gibt es nur, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares (nicht nur: Unentschiedenes!) vorliegt. Denn andernfalls wäre die Entscheidung schon entschieden und müsste nur noch «erkannt» werden.»

zen. Anders kann es seine spezifische Funktion gar nicht realitätsadäquat, d.h. auf effektive Art und Weise erfüllen.

Darüber hinaus lässt sich nun mit Hilfe der systemtheoretischen Analysetechnik aufzeigen, dass der Fairnessgedanke sehr viel tiefer greift, dass er nämlich unmittelbarer Ausdruck der Würde des Menschen in seiner Eigenschaft als soziales Wesen ist.

II. Analytische Vorgaben der Luhmannschen Systemtheorie

Ausgangspunkt für die systemtheoretische Problemanalyse bildet natürlich LUHMANN²⁷ klassisches Gesellschaftskonzept, wonach sich der Entwicklungsstand einer Gesellschaft am Grad seiner durch die Bildung von Funktionssystemen vollzogenen sozialen Differenzierung ablesen lässt.²⁸ Mit Blick auf die vorstehend ausgebreitete Problemstellung einer sich im politisch-rechtlichen Verantwortungsvakuum breit machenden Wirtschaft sind folglich insbesondere die drei Funktionssysteme Politik, Recht und Wirtschaft von Interesse.

Gerade das Zusammenspiel von Politik und Recht ist für die Gewährleistung des Fortbestands der differenzierten Gesellschaftsordnung von besonderer Bedeutung: Während Politik die Gesellschaft durch Macht²⁹ organisiert, wird erst mit der Institutionalisierung des Rechts als autonomem Funktionssystem die differenzierte, moderne Gesellschaftsordnung konstituiert: Sie ist Konsequenz eines politischen Grundbekenntnisses zu einer zivilisierten Gesellschaft, in der Gewalt in den Händen der Politik lediglich als *subsidiäres* Organisationsinstrument zentralisiert ist.³⁰ Das Recht übernimmt damit die Rolle als Strukturträger der Gesellschaft und begründet damit als Ersatz für Gewalt das gesellschaftliche Zusammenleben als Friedensordnung.³¹

Die Institutionalisierung der Gesellschaft als Friedensordnung für sich allein bietet allerdings noch nicht ausreichend Gewähr, um den wachsenden

27 NIKLAS LUHMANN (* 8. 12. 1927, † 6. 11. 1998) gilt als Begründer der Systemtheorie als Gesellschaftstheorie und zählt daher zu den bedeutendsten Soziologen des 20. Jahrhunderts.

28 Vgl. LUHMANN, *Recht* (Fn. 21), S. 141: «In komplexer werdenden Gesellschaften setzt sich die Differenzierung durch.» Vgl. ferner S. 446 ff.; Vgl. auch DETLEF KRAUSE, *Luhmann-Lexikon, Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann mit 27 Abbildungen und über 500 Stichworten*, 2. Auflage, Stuttgart 1999, S. 26 f. und 32 ff.

29 NIKLAS LUHMANN (*Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2000, S. 84) definiert Macht als «Bereithalten der Kapazität zu kollektiv bindendem Entscheiden».

30 Vgl. NIKLAS LUHMANN, *Grundrechte als Institution – Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 3. Auflage, Berlin 1986 (zit.: LUHMANN, *Grundrechte*), S. 56.

31 Vgl. LUHMANN, *Grundrechte* (Fn. 30), S. 182 ff. Die Trennung zwischen Politik und Recht begründet den Rechtsstaat, die Herrschaft des Rechts. Übernimmt demgegenüber das Wirtschaftssystem die Rolle als Strukturträger der Gesellschaft, so würde die Gesellschaft vom Codewert der Wirtschaft, dem Geld, getragen. Die Herrschaft des Rechts würde in diesem Falle durch eine Herrschaft des Geldes (Plutokratie) abgelöst.

Funktionalitätsansprüchen des modernen Leistungsstaates gerecht werden zu können. Das hatte schon Dürrenmatt konstatiert: Ohne kontinuierliche Auseinandersetzung mit der Alltäglichkeit des Lebens ist kein konstruktiver Friede möglich, so dass ohne solche Auseinandersetzung die Probleme des Alltags der Einfachheit halber immer häufiger durch Referenz auf die stets im Hintergrund schwebende, als subsidiäres Organisationsinstrument strukturell institutionalisierte Staatsgewalt erledigt werden. Damit setzt ein gesellschaftlicher Fäulnisprozess ein, in dessen Zuge – da mit der Referenz auf die Staatsgewalt eben nur noch scheinbar Friede herrscht – dieser sich in unseren Händen langsam zu Staub zersetzt.³²

Vor diesem Hintergrund stellt sich nun die zentrale Frage, nach welchen Grundsätzen die Organisation des gesellschaftlichen Zusammenlebens auszugestalten ist, um die hohen Leistungsansprüche eines konstruktiven Friedens erfüllen zu können, mithin also die Frage, was denn nun konkret unter einer funktionalen Gesellschaftsorganisation zu verstehen ist.³³

III. Das Mass gesellschaftlicher Funktionalität: Glück durch Effizienz . . .

Damit das Recht seine Funktion als Strukturträger der als Friedensordnung konstituierten Gesellschaft erbringen kann, muss es gemäss der Luhmannschen Systemtheorie kontrafaktische³⁴ Erwartungssicherheit für den Einzelfall bieten können, d.h. das Vertrauen in die Friedensordnung insbesondere in jenen Fällen schützen, in denen es durch von der Ordnung abweichendes Verhalten enttäuscht wird.³⁵ Nur so kann das gesellschaftliche Zusammenleben gegen die Unkalkulierbarkeit der Zukunft abgesichert werden, indem Normabweichungen durch das Bereithalten entsprechender Sanktionen antizipiert und dadurch kalkulierbar gemacht werden.³⁶ Damit wird trotz der Unsicherheit der Zukunft die Entstehung des für die Gewährleistung einer dauerhaften Friedensordnung so elementaren Vertrauens, sprich Rechtssicherheit ermöglicht.

In einem formal-technischen Sinne verstandene Funktionalität setzt daher, um den Leistungsanforderungen der modernen Gesellschaft gerecht werden

32 Vgl. hierzu oben Fn. 16.

33 Mit genau dieser Frage setzen sich die Gesellschaftsvertragstheorien von Rousseau bis Rawls, von Hobbes bis Habermas und von Locke bis Luhmann auseinander.

34 Kontrafaktisch bedeutet, dass durch Normen Erwartungen erzeugt werden, welche selbst dann Schutz geniessen, wenn sie effektiv enttäuscht werden, indem das Recht ganz bestimmte, im Voraus deklarierte Rechtsfolgen an die Normabweichung knüpft.

35 Vgl. LUHMANN, *Recht* (Fn. 21), S. 152 f.

36 Vgl. LUHMANN, *Recht* (Fn. 21), S. 138 f., 152 f.

zu können, die Positivierung des Rechts voraus.³⁷ Dadurch wird Recht in seiner Geltung autonom, mithin von den Gründen seiner Geltung abgekoppelt.³⁸ Es gilt kraft seiner Positivität.³⁹ Durch diesen Mechanismus wird die operative Schliessung⁴⁰ des Rechtssystems vollzogen⁴¹ und eine Rationalisierung erreicht, die dem Recht die Etablierung von Entscheidungsautomatismen ermöglicht, wodurch es in die Lage versetzt wird, eine grössere Masse von Einzelfällen schnell und effizient zu entscheiden.⁴² In der Konsequenz dieser Entwicklung orientiert sich die Funktionalität des Rechtssystems nicht mehr so sehr am Kriterium der Richtigkeit der getroffenen Entscheidungen als an der Erledigungsmaxime⁴³, als welche sich der Grundsatz der Rechtssicherheit ohne Fairnessprimat folglich entpuppt.

Diese Systemzusammenhänge zeigen, dass die mit Bundesrichter SEILER geteilte Beobachtung der grassierenden Bürokratisierung der Justiz (sowie natürlich auch der übrigen Lebensbereiche) und der damit zusammenhängenden Folgeproblematik auf den im Interesse der Funktionalitätssteigerung vollzogenen, paradigmatischen Wechsel zu einem positivistischen Rechtsverständnis zurückzuführen ist. Vor allem die aufgrund des gewandelten Rechtsverständnisses einsetzende Gesetzgebungsflut seitens des politischen Systems⁴⁴ hat die Genese des Verantwortungsvakuums zwischen Politik und Recht erheblich begünstigt: Je detaillierter die Vorgaben des Gesetzgebers, desto enger sind die der Einzelfallgerechtigkeit gesetzten Schranken, da auch eine detaillierte Vorschrift zwar generell-abstrakt bleibt, diese indessen die erhebliche Gefahr birgt, für eine ganze Reihe von Fällen von vornherein zu

37 Vgl. LUHMANN, Grundrechte (Fn. 30), S. 166 f.

38 Vgl. Niklas LUHMANN, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, Heidelberg 1993, S. 16; Recht (Fn. 21), S. 162.

39 Vgl. LUHMANN, Grundrechte (Fn. 30), S. 40.

40 Operative Geschlossenheit bedeutet, dass ein System bei der Interaktion mit seiner Umwelt ausschliesslich auf sich selbst Bezug nimmt, d.h. dass seine Operationen («Handlungen») ausschliesslich auf die eigene Wahrnehmung und folglich auf die eigene Interpretation seiner Umwelt stützt. Es bestimmt sich mit anderen Worten immer selbst. Die Entscheide, die es trifft, sind daher nie von aussen vorgegeben, sondern werden immer aus sich selbst heraus gefällt. Natürlich kann ein System dabei auf die Umwelt Bezug nehmen. Inwieweit das System das tut, ist jedoch eine Entscheidung des Systems, nicht der Umwelt. Der eingangs gewählte Begriff der Interaktion ist somit nicht ganz korrekt. LUHMANN spricht denn auch von Interdependenz von System und Umwelt (vgl. LUHMANN, Recht [Fn. 21], S. 43 f.).

41 Vgl. LUHMANN, Recht (Fn. 21), S. 280 f.: «Als Resultat dieser Evolution gibt es für das Rechtssystem [...] nur noch positives Recht[,] [...] die Evolution des Rechts zu einer systemisch-operativen Geschlossenheit[.]» Vgl. ferner S. 38.

42 Vgl. LUHMANN, Recht (Fn. 21), S. 566.

43 Die Erledigungsmaxime ist eine der Faktoren für die Bürokratisierung der Gesellschaft, da sie auf die Institutionalisierung von Entscheidungsautomatismen eine Attorktorwirkung ausübt.

44 Vgl. LUHMANN, Recht (Fn. 21), S. 278: «Die Politik löst im Rechtssystem einen prasselnden Einschlag riesiger Mengen von immer neuen Direktiven aus, die aufgenommen, verstanden und verarbeitet sein wollen.»

eng zu sein,⁴⁵ so dass ein Rechtsfindungsprozess gar nicht mehr stattfinden kann, resp. – da im expliziten Widerspruch zur politischen Macht – auf die krassen Fälle beschränkt bleibt.⁴⁶ Dadurch tritt zwangsläufig das oben beschriebene Verantwortungsvakuum ein, das gleichsam ein Vakuum für die Verantwortung des Einzelfalls ist, da Politik als Organisationseinheit generell-abstrakten Entscheidens ausschliesslich an kollektiven Interessen orientiert operieren kann.

Es zeigt sich also, dass die Hauptursache der eingetretenen Verantwortungsdefizite im veränderten, positivistischen, an Rationalität und Effizienz orientierten und auf Erledigung abzielenden Rechtsdenken der Justizbehörden begründet ist.⁴⁷ Mit anderen Worten wird eine Grenznutzenbetrachtung des Rechtssystems betrieben, bei der der Aspekt der gesellschaftlichen Verantwortung als Funktion des Rechts aussen vorgehalten wird, mithin also ein Modell der Realität gezeichnet, das ihre Komplexität nicht in adäquater Weise abbildet, sondern lediglich den Aspekt der Konflikterledigung in die Kosten-Nutzen-Rechnung einbezieht.⁴⁸

IV. ... oder Effizienz durch Glück?

Während ein solcher, als Wirksamkeit und Rationalität verstandener, formaler Funktionalitätsbegriff mit all den eben dargelegten Konsequenzen für die konkrete Ausgestaltung des Justizsystems auch der älteren Theoriekonzeption Luhmanns zugrunde lag, zog die Umstellung seines Gesellschaftskon-

45 Entsprechend nimmt auch die Zahl der unechten Gesetzeslücken zu.

46 Die Bürokratisierung des Rechts hat echte Judikatur auf die Domäne der Verfassungsgerichtsbarkeit zurückgedrängt, die sich in der Schweiz aufgrund des in Art. 191 BV vorgesehenen Vorrangs der Bundesgesetzgebung gar auf die EMRK beschränkt.

47 Die beschriebenen Systemzusammenhänge liegen auch der in der Studie KACIANKA (Fn. 9) konstatierten Bürokratisierung der Ethik zugrunde (vgl. S. 25). Beispielhaft für die Entstehung von Verantwortungsdefiziten als Folge der Verdrängung der Fairnessfunktion des Rechtssystems durch das sich in der Justiz ausbreitende Erledigungsprinzip ist die zweifelhafte Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Vertrauensschutz bei falscher Rechtsmittelbelehrung, die in einem kürzlich ergangenen Entscheid vom 29. 8. 2007 (5A_401/2007) erneut bestätigt wurde. Das Bundesgericht hielt fest, dass unbesehen von Art. 49 BGG das Vertrauen in eine falsche Rechtsmittelbelehrung – in casu erfolgte diese immerhin durch den Tribunale di appello des Kantons Tessin, und nicht durch irgendein subalternes Amt – nicht nur dann nicht geschützt werden könne, wenn eine Partei anwaltlich vertreten sei, sondern auch der Laie den Irrtum durch eine einfache Konsultation des Gesetzes hätte entdecken können: «che non è possibile avvalersi di un'indicazione dei rimedi giuridici sbagliata, se la parte o il suo avvocato avrebbero potuto scoprire l'errore semplicemente consultando il testo di legge» (E. 4.2). Es fragt sich dann allerdings, warum das Appellationsgericht des Kantons Tessin den Irrtum selbst nicht bemerkt hat, wenn dies doch durch einen einfachen Blick ins Gesetz möglich gewesen wäre.

48 Vgl. hierzu bereits oben lit. A und B.

zepts – die sog. autopoietische⁴⁹ Wende –,⁵⁰ wonach er Gesellschaft neu als Selbstreproduktion von Kommunikation(en) definierte, weitreichende Konsequenzen für den Begriff von Funktionalität nach sich, wie insbesondere ein Vergleich der Menschenwürdekonzptionen in der prä- und postautopoietischen Systemtheorie Luhmanns zeigt.⁵¹

Vor der autopoietischen Wende war das Individuum der Funktionalität der Gesellschaft noch bedingungslos nachgeordnet,⁵² so dass die Würde des Einzelnen in der Leistung bestand,⁵³ sich trotz der Notwendigkeit, die eigene Persönlichkeit laufend hinter die gesellschaftlichen Funktionalitätsansprüche zurückzustellen, als Person würdig zu fühlen.⁵⁴ Schafft es der Einzelne nicht, diese Würdeleistung zu erbringen, scheidet er als unwürdig aus der Gesellschaft aus und landet im Irrenhaus.⁵⁵

Unter dem Paradigma der Autopoiesis stellt sich das gesellschaftliche Interesse in Bezug auf die Menschenwürde aufgrund der Konstituierung der Gesellschaft als Kommunikationssystem nun fundamental anders dar. Stand die Gesellschaft aus der Optik der vorautopoietischen Systemtheorie dem Würdeverlust Einzelner noch gleichgültig gegenüber, hat sie als autopoietisches Kommunikationssystem⁵⁶ nunmehr ein vitales Interesse daran, dass möglichst vielen Individuen die Eigenleistung der Würde gelingt, da sie sich als solches ohne Verfügbarkeit individueller Bewusstseinsysteme als die gedanklichen Produktionsanlagen ihrer Kommunikation nicht mehr reproduzieren kann. Für den Aufbau und die Erhaltung ihrer strukturellen Komplexität bedeutet dies, dass sich die Gesellschaft nicht nur eine möglichst grosse Viel-

49 Der Begriff Autopoiesis ist aus dem griechischen αὐτός (selbst) und ποιησις (Schöpfung, Produktion) zusammengesetzt und bedeutet damit wörtlich Selbstreproduktion. Autopoiesis ist damit ein Synonym zum Begriff der operativen Geschlossenheit (vgl. hierzu oben Fn. 40).

50 In seinem Werk *Soziale Systeme* (Frankfurt a.M. 1984 [vgl. S. 15 ff.; zit.: LUHMANN, *Soziale Systeme*]) vollzog LUHMANN den Wechsel zum Paradigma der Autopoiesis, das er von den beiden Neurobiologen Humberto R. Maturana und Francisco J. Varela zu Beginn der 80er Jahre seinen Überlegungen zugrunde zu legen begann, indem er seinen Operationsbegriff von Handlungen auf Kommunikationen umstellte und Systeme fortan als operativ geschlossene autoreproduktive Einheiten betrachtete.

51 Vgl. hierzu ANDREAS NOLL, *Die Begründung der Menschenrechte bei Luhmann, Vom Mangel an Würde zur Würde des Mangels*, Basel 2006, S. 281 ff.

52 Vgl. LUHMANN, *Grundrechte* (Fn. 30), S. 60 ff.; NIKLAS LUHMANN, *Die Autopoiesis des Bewusstseins*, in: Alois HAHN/Volker KNAPP (Hrsg.), *Selbstthematization und Selbstzeugnis: Bekenntnis und Geständnis*, Frankfurt a.M. 1987, S. 50.

53 Vgl. LUHMANN, *Grundrechte* (Fn. 30), S. 73.

54 Vgl. LUHMANN, *Grundrechte* (Fn. 30), S. 22, 67 ff. und 89.

55 Vgl. LUHMANN, *Grundrechte* (Fn. 30), S. 69 f.

56 Als Mitteilen und Verstehen von Information stellt Kommunikation Gesellschaft dar. Vgl. hierzu LUHMANN, *Soziale Systeme* (Fn. 50), S. 195 ff.; NIKLAS LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 6*, Opladen 1995 S. 49, 115. Vgl. ferner DETLEF HORSTER, *Niklas Luhmann*, München 1997, S. 98 f.; MARGOT BERGHAUS, *Luhmann leicht gemacht*, Köln 2003, S. 69 ff., 88 ff.; GABOR KISS, *Grundzüge der Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie*, 2. Auflage, Stuttgart 1990, S. 21; JOHANN DIECKMANN, *Luhmann-Lehrbuch*, Paderborn 2004, S. 130.

zahl, sondern auch eine möglichst grosse Vielfalt individueller Bewusstseins-systeme zur Verfügung halten muss.⁵⁷ D.h., dass die Gesellschaft, wenn sie in struktureller Hinsicht mit der Komplexität der gesellschaftlichen Realität mithalten, mithin verhindern will, dass es zu strukturellen Zusammenbrüchen – wie etwa den erwähnten Jugendunruhen in Frankreich – kommt, alles daran setzen muss, dass möglichst viele Individuen bei dem, was sie tun, nicht ihre Selbstachtung verlieren. Um die komplexen Strukturen der als Friedensordnung konstituierten, modernen Wohlstandsgesellschaft aufrechterhalten zu können, muss die Gesellschaft dem Einzelnen folglich mit Respekt und Solidarität begegnen, was im Kontext des Rechts nichts anderes als Fairness bedeutet. Sie hat mit anderen Worten ein existenzielles Interesse daran, dass die Würdeleistung einer möglichst grossen Anzahl und möglichst breiten Vielfalt an Individuen gelingt.⁵⁸

Aus diesen Gründen ist gesellschaftliche Funktionalität nebst der Sicherung der materiellen Grundbedürfnisse zur Sicherstellung der Körperlichkeit als Gefässe für die Bewusstseins-systeme der Individuen essenziell auch dem immateriellen Interesse der Unterstützung des Einzelnen im erfolgreichen Gelingen seiner Selbstachtung verpflichtet.⁵⁹ Die Funktionalität der Gesellschaft besteht also just in dem, was bei einer bloss formalen Funktionalitäts-betrachtung noch als disfunktional erschien: der Persönlichkeit des Individu-ums.⁶⁰

Aus den dargelegten Überlegungen ergibt sich, dass ein optimaler Grenznutzen des Justizsystems sich nur dadurch gewährleisten lässt, wenn sich dessen Funktionalität an der als Solidarität und Respekt verstandenen Fairness orientiert, die es im konkreten Einzelfall zu bieten vermag. Einseitig formal verstandene und zur Erledigungsmaxime geronnene Wirksamkeit und Ratio-

57 In LUHMANN, *Recht* (Fn. 21) schliesst Luhmann seine Ausführungen zur modernen Weltgesellschaft und der Rolle, die das Recht dabei spielt (vgl. S. 571 ff.), mit der These, dass der Zugang zu den gesellschaftlichen Funktionssystemen und damit auch zum Recht durch den Metacode (vgl. S. 583) der Inklusion/Exklusion erheblich eingeschränkt wird. Damit wird eine Reduktion von Komplexität erreicht, welche folglich nicht mehr auf eine umfassende Inklusion einer möglichst grossen Vielzahl von Individuen angewiesen ist, sondern auf einer «Inklusion der einen [aufbaut, die] auf Exklusion der anderen beruht» (S. 584). Das Recht büsst damit seine gesellschaftsfunktionale Bedeutung zusehends ein (S. 581, 583, 585), was «auf eine Unterminierung der Rechtsordnung selbst hinaus[läuft]» (S. 584): «Es gibt zwar den Unterschied von Recht und Unrecht, und es gibt auch Rechtsprogramme (Gesetze), die regeln, wie die Werte Recht bzw. Unrecht auf Tatbestände verteilt werden. Aber für exkludierte Bevölkerungsgruppen hat diese Frage geringe Bedeutung im Vergleich zu dem, was ihre Exklusion ihnen auferlegt. Sie werden rechtmässig oder unrechtmässig behandelt und verhalten sich entsprechend rechtmässig oder unrechtmässig je nach Situation und Chancen. Für die Inkludierten gilt dasselbe, und dies besonders für die Politiker und die Angehörigen der Bürokratie» (S. 583).

58 Vgl. NOLL (Fn. 51), S. 283 ff.

59 Vgl. NOLL (Fn. 51), S. 372 ff. und 381 ff.

60 Eine einseitig formale Betrachtung führt zu einer Entwertung des Inhalts und zur Auffassung, dass er für die Formpflege ohne Nutzen ist. Ohne Inhalt bricht aber jegliche Form zusammen.

nalität als Massstab für eine den optimalen Grenznutzen gewährleistende Funktionalität schliesst eine realitätsadäquate Problemlösung demgegenüber von vornherein aus, da eine solche Sichtweise die Komplexität der Realität zu stark vereinfacht und in der Folge die eigentliche Problematik nicht lösen kann, so dass diese in stets von Neuem aufbrechenden, strukturellen Brüchen offen zu Tage tritt.⁶¹

Aus den dargelegten systemischen Funktionszusammenhängen ergibt sich, dass der Gesellschaft nicht Wirksamkeit und Rationalität⁶², sondern vielmehr *Glück* als Massstab ihrer Funktionalität zugrunde zu legen ist.⁶³ Als einer Friedensordnung durch Fairness als rechtlichem Aspekt von Glück bildet damit die sowohl als Sicherung der Grundbedürfnisse als auch als gegenseitiger Respekt und Solidarität verstandene Menschenwürde die Orientierungsgrösse für die Gewährleistung der gesellschaftlichen Funktionalität.

Abgesehen davon, ist der Begriff des Glücks auch den meisten⁶⁴ Gesellschaftskonzepten – zumindest sinngemäss – inhärent. So handelt es sich bereits bei der Goldenen Regel⁶⁵, die sich unter anderem im christlichen Gebot der Nächstenliebe⁶⁶ und als kategorischer Imperativ in der aufgeklärten Philosophie Kants⁶⁷, aber auch in Rawls' Justice as Fairness⁶⁸ wiederfindet, um einen Gesellschaftsentwurf, der als Glück des Teilens umschrieben werden kann. Dies ist indessen auch nicht besonders erstaunlich, führt doch das Streben des Individuums nach persönlichem Glück im sozialen Kontext zwangsläufig zur Notwendigkeit, es zu koordinieren. Im gesellschaftlichen Streben der Individuen geht es damit immer um die Etablierung einer Friedensordnung, die für alle genügend Spielräume für ihr Streben nach persönlichem

61 Die oben unter Fn. 47 angeführte Rechtsprechung zur falschen Rechtsmittelbelehrung hat und wird – da sie, zumindest was den Laien anbetrifft, unfair ist – auch weiterhin einen erheblichen volkswirtschaftlichen Schaden zeitigen.

62 So LUHMANN noch vor der autopoietischen Wende (vgl. LUHMANN, Grundrechte [Fn. 30], S. 18).

63 Der hier verwendete Begriff von Glück ist systemtheoretisch begründet und leitet sich folglich aus dem Begriff der Zeit her. Er wird demnach als Sinnggebung durch Sinnlichkeit verstanden. Für die eingehende Erörterung wird auf NOLL (Fn. 51), § 4, insbesondere S. 75 ff., 91 ff. und 135 ff. verwiesen. Vgl. auch S. 418.

64 Demgegenüber steht Luhmanns Systemtheorie dem Begriff des Glücks wohl indifferent gegenüber (vgl. LUHMANN, Recht [Fn. 21], S. 571).

65 Die Goldene Regel findet sich nicht nur in den griechischen, römischen und jüdischen Kulturen wieder, sondern beispielsweise auch in den indischen und chinesischen. Vgl. hierzu WOLFGANG HUBER, Gerechtigkeit und Recht, Gütersloh 1996, S. 210 f.

66 Vgl. Mt 7,12: «Alles nun, was ihr wollt, dass euch die Leute tun sollen, das tut ihnen auch! Das ist das Gesetz der Propheten.» Vgl. auch Lk 6,31.

67 Vgl. IMMANUEL KANT, Kritik der praktischen Vernunft, Horst D. Brandt/Heiner F. Klemme (Hrsg.), Hamburg 2003, S. 41 (1. Teil, 1. Buch, 1. Hauptstück, § 7 [Akademieausgabe S. 54 i.f.]): «Handle so, das die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.»

68 Vgl. RAWLS (Fn. 20), S. 12.

Glück offen hält, da Gewalt – auch für die Sieger – stets Unglück, aber auch umgekehrt Unglück stets Gewalt bedeutet.

Der Grad der gesellschaftlichen Funktionalität misst sich infolgedessen immer daran, wie erfolgreich eine Gesellschaft bei der Organisation des Teilens von Glück ist. Die gesellschaftlichen Funktionssysteme sind vor diesem Hintergrund im Prinzip nichts anderes als eine Art Prismen des Glücks, die je eine Spektralfarbe aus dem Licht des Glücks in die Gesellschaft projizieren: Das Wirtschaftssystem vermittelt materielles Glück, das Recht das Glück eines gerechten Friedens und die Politik das Glück einer verantwortungsbewussten Leitung.⁶⁹ Einseitig andere Lichtspektren als Aspekte der gesellschaftlichen Organisation von Glück auszublenden und in der Folge nur eine Farbe als allein glücklich machende zu reklamieren, wie sich dies durch die umfassende Ökonomisierung der Gesellschaft abzeichnet und nun auch von Bundesrichter SEILER für die Optimierung des Grenznutzens des Justizsystems postuliert wird, führt nicht nur zwangsläufig in einen Dämmerzustand, einen faulen Frieden, wenn man so will, sondern auch dazu, dass die Gesellschaft – ähnlich einer Pflanze – ohne das volle Spektrum des Sonnenlichts nicht richtig zu gedeihen vermag und gegebenenfalls sogar verkümmert.

V. Richterliche Empathie und Sozialkompetenz als der grosse Wurf zur Gewährleistung eines optimalen Grenznutzens des Justizsystems

Was lässt sich nun aus den gewonnenen Erkenntnissen für den beobachtbaren, laufend abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems ableiten? Um konkrete Schlussfolgerungen ziehen zu können, bedarf es im Kontext des Rechts zunächst der Hervorhebung zweier spezifischer Eigenheiten. Die eine betrifft die gesellschaftsfunktionale Positionierung der Entscheidungskompetenz des Rechtssystems und die andere das Wesen der Entscheidung selbst.

In seiner Funktion als gesellschaftlicher Strukturträger zur Gewährleistung einer Friedensordnung stellt Recht die Verbindung zwischen Gesellschaft und Individuum kraft Entscheidung her und nimmt damit eine kommunikative Schlüsselposition ein: Es thematisiert das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Individuum durch die Grenzziehung ihrer jeweiligen Autonomiebereiche.⁷⁰ Die Art und Weise, wie eine solche für die gesellschaftliche Funktionalität optimale Grenzziehung der Autonomiebereiche erreicht werden kann, leitet sich aus der als Orientierungsgrösse für die Funktionalität des Rechtssystems eruierten, sowohl als Sicherung der Grundbe-

69 Natürlich kennt die Gesellschaft noch weitere Funktionssysteme, die je andere Aspekte des Glücks reflektieren, so z.B. die Wissenschaft das Glück der Erkenntnis oder die Religion spirituelles Glück.

70 Vgl. LUHMANN, Grundrechte (Fn. 30), S. 163 ff. und 169 ff.

dürfnisse⁷¹ als auch als gegenseitiger Respekt und Solidarität⁷² verstandenen Menschenwürde her⁷³ und bedeutet nichts anderes, als dass das Recht – d.h. konkret das rechtsprechende Bewusstseinssystem bzw. Subjekt – den individuell-konkret Betroffenen im Entscheidungsprozess in erster Linie mit Solidarität und dem gebotenen Respekt einerseits und mit der entsprechenden Sensibilität für seine Grundbedürfnisse andererseits zu begegnen hat. Schon dies legt ein empathisches Vorgehen bei der Rechtsfindung nahe.

Bestätigt wird diese These durch die Natur des Akts der Entscheidung selbst als eines nicht rationalen, sondern rein emotionalen Vorgangs. Rational geprägt sind einzig die Vorgänge vor und nach dem Entscheidungsakt, namentlich die Auswahl der Entscheidungsalternativen einerseits und die Legitimation der einmal gefällten Entscheidung gegenüber den nicht berücksichtigten Alternativen durch Attribution mit rationalen Gründen andererseits.⁷⁴ Diese Begebenheiten folgen alle aus dem (naturwissenschaftlich fundierten) Wesen der Zeit als in der Perspektive auf die Zukunft nicht nur undeterminierbare, sondern auch undeterminierte Dimension, da Zeit nach dem aktuellen Stand der Naturwissenschaften nicht etwas ist, das die Gegenwart in vorgegebener Gestalt aus der Zukunft erreicht, sondern in und durch die Gegenwart überhaupt erst determiniert wird (freier Wille). Zeit ist mit anderen Worten zukunfts offen.⁷⁵

Daraus ergibt sich, dass es keine rationalen Kriterien geben kann, die beste Entscheidvariante im Voraus festlegen zu können, da sich Entscheidungsalternativen immer in eine noch unbestimmte Zukunft erstrecken. Das gilt auch im Falle eines Vorgehens anhand einer Evaluation der Wahrscheinlichkeiten der verschiedenen Entscheidungsalternativen, da erstens angesichts der Komplexität der Entscheidungssituation ein Festlegen präziser Probabilitäten ohne Integration (zumeist unbewusst einflussender) emotionaler Präferenzen unmöglich ist, und es zweitens keine Kriterien gibt, eine Entscheidungsalternative bereits im Vorneherein der Gruppe von Fällen zuordnen zu können, in denen aufgrund der Wahl einer spezifischen Entscheidungsalternative sich dann auch tatsächlich das

71 Darin liegt der individualisierende Aspekt der Menschenwürde, dem gewissermassen die Funktion eines Korrektivs zum Markt zukommt.

72 Darin liegt der generalisierende Aspekt der Menschenwürde, dem gewissermassen die Funktion eines Korrektivs zur Politik zukommt.

73 Die Bemerkungen in den Fn. 71 und 72 geben zur Überlegung Anlass, ob konzeptionell statt von staatlicher Dreiteilung nicht eher von einer *gesellschaftlichen* Vierteilung der Gewalten in Politik (Legislative und Exekutive), Recht (Judikative) und Wirtschaft (Merikative) ausgegangen werden müsste.

74 Zur emotionalen Natur des Entscheidungsakts vgl. NOLL (Fn. 51), S. 39 f. und vor allem S. 111 ff.

75 Vgl. hierzu NOLL (Fn. 51), § 4, insbesondere S. 75 ff., 91 ff., 105 ff. und 135 ff. mit Verweis auf die grundlegenden Arbeiten von ILYA PRIGOGINE zur physikalischen Beschaffenheit der Zeit, namentlich sein Werk *From Being to Becoming, Time and Complexity in Physical Sciences*, San Francisco 1980.

Wahrscheinliche und nicht doch das Unwahrscheinliche ereignen wird. Mit anderen Worten ist jeder Einzelfall einmalig, so dass Statistiken als Reflexion einer Gesamtschau mit Blick auf den Einzelfall völlig nichts sagend sind.⁷⁶

Aufgrund der dargelegten emotionalen Natur des Entscheidungsaktes gibt es für das Bewusstseinssystem, das die Rechtsentscheidung zu treffen hat, grundsätzlich zwei Vorgehensweisen:

1) Es kann aus Angst vor der Verantwortung für die Entscheidung sein eigenes Rechtsempfinden weitgehend zurückstellen und stattdessen auf systemexterne Vorgaben, namentlich politische, referenzieren und seine Eigenverantwortung damit nach aussen abgeben.⁷⁷ In diesem Falle versteht sich das Bewusstseinssystem, das die Rechtsentscheidung trifft, statt als Justizorgan, das es funktional eigentlich sein sollte, vielmehr als reines Vollzugsorgan, das sich der Herrschaft der Politik beugt.

Es ist genau dieses weit verbreitete Selbstverständnis der Justizorgane, das für den beobachteten, abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems verantwortlich ist. Mag sein, dass bei einem selbstbewussteren Selbstverständnis der Justiz weniger Instanzen nötig wären. Der Schlussfolgerung, dass daraus das Postulat einer Verkürzung des Instanzenzuges abzuleiten wäre, kann indessen nicht gefolgt werden, zumal ein solcher umgekehrter Wirkungszusammenhang nicht ersichtlich ist.

Ein Verständnis von Justiz als einer rechtsanwendenden Behörde widerspricht auch dem klassischen Gewaltenteilungskonzept, wonach es gerade Sinn und Zweck der Justiz ist, auch gegen die Gesetze der Politik zu entscheiden, wenn es die Einzelfallgerechtigkeit gebietet. Justiz wendet Recht nicht an, sie spricht Recht. Ohne Zugrundelegung eines solchen Verständnisses von Justiz macht folglich auch das Prinzip der Gewaltenteilung keinen Sinn mehr. Die beobachtbare grassierende Bürokratisierung der Justiz hat faktisch zur Aufhebung des Prinzips der Gewaltenteilung geführt, auch wenn es formal nach wie vor Bestand hat. Auf diese Weise verkommt das Rechtssystem zum Blinddarm des politischen Verwaltungsapparats.⁷⁸

2) Dem urteilenden Richter bietet sich stattdessen aber auch die Möglichkeit zu einem mutigen Vorgehen, mithin also Persönlichkeit zu zeigen⁷⁹ und den Rechtsentscheid gleichsam mit Empathie für den Einzelfall zu treffen. Mit einem solchen Selbstbewusstsein der Justiz ist eine Referenz auf politische Vorgaben als Argument für einen getroffenen Entscheid obsolet, unab-

76 Vgl. NOLL (Fn. 51), S. 76 ff., 107 ff., 125 ff. und S. 136 f.

77 Vgl. NOLL (Fn. 51), S. 356 und 410 ff.

78 Das Rechtssystem scheint eine gewisse Affinität zur Metaphorisierung mit dem Verdauungsapparat aufzuweisen. Vgl. hierzu SEILER (Fn. 1), S. 158 f. Diese ist jedoch naheliegend, hat Recht doch die Aufgabe, soziale Spannungen und gesellschaftliche Konflikte sozialverträglich zu verdauen.

79 Wie oben (vgl. lit. C Ziff. IV) gezeigt werden konnte, ist es gerade die Persönlichkeit des Individuums, welche die Funktionalität der Gesellschaft ausmacht.

hängig davon, ob er diesen entspricht oder nicht, da er als empathisch gefällter, am Glück einer gerechten Friedensordnung orientierter Entscheid auch ohne Referenz auf politische Vorgaben aus sich selbst heraus überzeugt. Eine höhere Legitimation kann die Rechtsentscheidung als Rechtsentscheidung nicht erlangen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es den grossen Wurf, dessen Fehlen Bundesrichter Seiler bedauert,⁸⁰ eben doch gibt: Die systemtheoretische Analyse des Rechtssystems in seinem gesellschaftlichen Kontext hat gezeigt, dass strukturelle Komplexität nur auf der Basis eines solidarischen und respektvollen Umgangs aufrecht erhalten werden kann. Daraus ergibt sich, dass sich Komplexität nur durch ein empathisches Vorgehen bewältigen lässt. Dies wird gerade auch durch die charakteristische Beschaffenheit der Entscheidungslage bestätigt, wonach ihrer Komplexität und Irrationalität nur durch Empathie beigegeben werden kann. Empathie ist damit die effizienteste Form der Bewältigung von Komplexität: Sie ist einerseits in der Lage, ein realitätsadäquates Bild zu vermitteln, und führt andererseits auch verhältnismässig schnell zu Ergebnissen. Dabei bleibt das empathische Empfinden auch nicht unreflektiert, da die Befindlichkeiten der sich bietenden, rationalen Entscheidungsalternativen in einem empathischen Reflexionsprozess ja immer gegeneinander abgewogen werden müssen, um die zum Entscheid zu erhebende Alternative überhaupt auswählen zu können.

Der grosse Wurf, der das ganze Justizsystem auf einen Schlag radikal vereinfacht, besteht somit in einem gewandelten Selbstverständnis der Justizorgane, die die ihnen zur Beurteilung vorgelegten Entscheide aus einer mutigen Empathie heraus fällen und sich dabei an einer als Sicherung der Grundbedürfnisse sowie Solidarität und Respekt verstandenen Menschenwürde orientieren.

Justizielle ist daher keine aus der Politik bloss abgeleitete Verantwortung. Dem Rechtssystem kommt vielmehr eine originäre Eigenverantwortung zu. Das zur Entscheidung berufene Bewusstseinssystem urteilt daher immer dann verantwortungsbewusst, wenn es sich in Empathie für die individuell-konkret Betroffenen von seinem, an so verstandener Menschenwürde orientiertem Rechtsempfinden leiten lässt. Mit anderen Worten: Das Recht reflektiert das Kollektiv im konkreten Einzelfall und kompensiert durch seinen Entscheid das fehlende empathische Leistungsvermögen der Politik. Es kann der kollektiven Vorgabe in der Folge zwar entsprechen, darf ihr aber ohne weiteres auch widersprechen. Kurz: Die Justiz übt reflektive Empathie und spricht Recht.

80 Vgl. SEILER (Fn. 1), S. 166: «Es gibt wohl nicht den grossen Wurf, der das ganze Justizsystem auf einen Schlag radikal vereinfacht [...]»

Zusammenfassung

Gemäss Bundesrichter Seiler führe eine ökonomische Kosten-Nutzen-Analyse zum Schluss, dass die heutige Justiz mit ihren Überlängen bezüglich Verfahrensdauer und Instanzenzügen über weite Strecken unrentabel geworden sei und damit ihrer Funktion der Gewähr von Rechtssicherheit nicht mehr gerecht werden könne. Der vorliegende Aufsatz setzt einen Kontrapunkt zum sich in allen Lebensbereichen stetig ausbreitenden Paradigma der Ökonomisierung: Die friedenssichernde Funktion der Justiz kann nur über einen Primat der Fairness gegenüber dem Rechtssicherheitsgebot sichergestellt werden. Statt sich am Erledigungsprinzip zu orientieren, sind die Gerichte in der Folge gehalten, den Einzelfall sozialkompetent und mit Empathie für die Parteien zu entscheiden. Dadurch wird einerseits auch in ökonomischer Hinsicht eine Optimierung des Nutzens des Justizsystems erreicht. Andererseits kann sich die Rechtsprechung so vom blossen Gesetzesvollzug abgrenzen und als unabhängiges Justizorgan eine funktionierende Gewaltenteilung gewährleisten.

Résumé

Selon le juge fédéral Seiler, une analyse économique coûts/bénéfices amène à la conclusion que la justice actuelle avec ses lenteurs concernant la durée de la procédure et les instances de recours est devenue dans une forte mesure non rentable et ne peut dès lors plus satisfaire à sa fonction de sauvegarde de la sécurité juridique. L'auteur met un contrepoint au paradigme de l'économisation qui se répand en permanence dans tous les domaines de l'existence. La fonction pacificatrice de la justice ne peut être garantie que par une primauté de la Fairness sur les préceptes de la sécurité du droit. Au lieu de s'orienter sur le principe de la liquidation, les tribunaux sont ensuite tenus de trancher les cas individuels avec compétence sociale et empathie pour les parties. Ainsi, l'on obtient d'une part une optimisation de l'utilité du système judiciaire également au plan économique. D'autre part, les tribunaux peuvent se distinguer de simples exécutants de la loi et garantir en tant qu'organes de justice indépendants une séparation des pouvoirs fonctionnant à satisfaction.