

Linda Nell

Die multiple Differenzierung des Rechts

Eine pragmatistisch-gesellschaftstheoretische
Perspektive auf den globalen Rechtspluralismus

344 Seiten · broschiert · € 39,90
ISBN 978-3-95832-214-1

© Velbrück Wissenschaft 2020

Rechtliche Normativität zwischen Konstruktion und Repräsentation

Für den systemtheoretischen Konstruktivismus dürfte das Recht eigentlich gar keine, und für den Repräsentationalismus hingegen eigentlich fast nur Rätsel haben.¹

Wenn es um die umfassende Ausdeutung der Funktionsweise des Rechts der modernen Gesellschaft, seiner normativen Gehalte oder gar seines Versprechens auf die normative Integration der Weltgesellschaft geht, können soziologische Rechtstheorien in der Regel in diesen beiden möglichen Grundausrichtungen jeweils komplementäre Defizite aufweisen.² Nur eine Rechtstheorie, die sich durchgehend auf Äquidistanz zu diesen

- 1 In Anlehnung an Friedrich Müllers »Syntagma« (Müller 2012: 61); umfassend zur Konstruktivismus-Repräsentationalismus-Thematik, die sich in Form von Identitäts- und Differenztheorien zeigt: Renn 2006a: 128ff., insbes. 135.
- 2 Zur systemtheoretischen Reduktion von normativer Integration, Renn 2006a: 97ff.

beiden theoretischen Extrempolen hält, kann sich den Herausforderungen stellen, die eine Analyse des Rechts in der Weltgesellschaft bereithält.

In der vorliegenden Studie soll eine *grundlagentheoretische Alternative einer Theorie des modernen Rechts* entfaltet werden, die sich eben dieser Herausforderung stellt. Ziel ist es, die *normative Reichhaltigkeit des Rechts* umfassender auszudeuten als es konstruktivistische oder repräsentationalistische Positionen jeweils erlauben, ohne dabei durch eine voreilige Verbindung theoretische Inkonsistenzen in Kauf nehmen zu müssen.

Einleitend sollen in den folgenden beiden Abschnitten deshalb mögliche Verzeichnungen des modernen Rechts skizziert werden, die sich einer entweder konstruktivistischen oder repräsentationalistischen Lesart des Rechts verdanken, um anschließend eine grundlagentheoretische Alternative jenseits dieser Extrempole vorzubereiten.

Dabei wird sich sehr bald zeigen, dass ein solches Vorhaben gar nicht anders kann als sich mit den rechtssoziologischen Positionen rund um das thematische Feld des ›Neuen Rechtspluralismus‹ auseinanderzusetzen. Diese vertreten allesamt den Anspruch, die Einheit des modernen Rechts auch jenseits von rechtsstaatlichen Idealen beschreiben zu können. Was also ›das‹ Recht in der Weltgesellschaft angesichts der Feststellung einer heterogenen Vielzahl von normativen Ordnungen sein kann, ist Thema dieser Arbeit.

1.1 Zur konstruktivistischen Reduktion von rechtlicher Normativität

Radikal verstanden reduziert sich der rechtstheoretische *Konstruktivismus* selbst auf Monaden normativer Ordnungen, die keinerlei Bezug zu dem unterhalten, was nicht sie selbst sind. Dadurch entgeht ihm zwangsläufig der Sinn für die *vielfältigen Beziehungen* von heterogenen und gegeneinander abgegrenzten normativen Ordnungen in der Gesellschaft, die das Rätsel der spezifisch *rechtlichen* Normativität überhaupt erst vollständig zum Vorschein bringen würden: In Form des Theorems der funktionalen Differenzierung kappt er aufgrund des hierarchisch aufgelösten *Primats* eben dieser Differenzierungsform alle Brücken zu einer *sachlich* – das heißt *pragmatisch* – *angereicherten* Verbindung von solchen normativen Ordnungen, die nicht einzig und alleine über funktionale Differenzierung integriert sind.³ Bei der funktionalen Differenzierung hat man es insofern mit getrennten Konstruktivismen zu tun, als der aktive Operationsbereich

3 So lassen sich normative Orientierungen von Milieus, Gruppen oder einzelnen Personen, ebenso wenig wie *implizite* Regeln der Normanwendung, wohl kaum nach den Maßgaben einer rein funktionalen Erklärung adäquat

eines Funktionssystems in keiner Weise als abhängig von einer externen Sphäre gelten soll (vgl. Renn 2012a: 23).

Schon mit Bezug auf eine *allgemeine Gesellschaftsanalyse* hat diese Primat-Setzung Folgen: Die Logik der Aggregation erstreckt sich in einer konstruktivistisch angelegten Analyse funktional differenzierter gesellschaftlicher Ordnungen entschiedenmaßen auf die Vergleichsperspektive äquivalenter Leistungen von *Systemen*, nicht aber auf die jeweils spezifischen Austauschbeziehungen von solchen Ordnungsformaten, die niedrigschwelliger, d.h. *pragmatisch* aggregiert sind und sich auf diese Weise voneinander diskontinuieren. Eine Theorie der Gesellschaft auf der Basis des Primats funktionaler Differenzierung hat dann aber nicht das erforderliche Feingespür dafür, dass bereits die *Einheit einer Praxis* notwendigerweise auf eine ganz andere Art (nämlich »*implizit normativ*«!) abgegrenzt ist (Renn 2006a: 298ff.) als es die Einheit der Differenz von System und Umwelt vorgibt. Weil der Unterschied von Integrationsseinheiten in *vertikaler* Richtung durch das Raster einer konstruktivistischen Auflösung des Theorems der funktionalen Differenzierung hindurch fällt, fällt es nicht weiter auf, dass die Abgrenzung der Einheit einer Praxis selbst bereits eine (*implizit*) *normative* ist.⁴ Gerade eine *Rechtstheorie*, die Normativität umfassend (gleichwohl differenziert!)⁵ zum Gegenstand ihrer Analyse machen will, muss auch diese Form der *praktischen normativen Integration* weit unterhalb der Systemaggregation systematisch berücksichtigen können. In dieser Hinsicht kann das Recht der Weltgesellschaft nicht adäquat von der *Systemtheorie* erfasst werden. Normativität taucht in der Systemtheorie einzig und allein mit Bezug auf das Recht als System auf, genauer: innerhalb dessen Funktion.

beschreiben, auch wenn häufig anderes behauptet wird. Dies zeigt ausführlich Renn in seiner pragmatistischen Gesellschaftstheorie (2006), in der sich die Relativierung des Primats der funktionalen Differenzierung mit der Kritik am Konstruktivismus, insbesondere der Systemtheorie, einschlägig verbindet.

4 Kurz: Die Einheit einer Praxis lässt sich nicht an eine explizite Struktur (schon gar nicht an Programme und binäre Codierungen) binden, sondern erstreckt sich auf die *vorreflexive* und *vorthoretische* Beziehung des Handelns zur zuhandenen Umgebung, die nicht ›theoretisch‹, sondern praktisch *ausgelegt* wird (Renn 2006a: 287f). Insofern stützt sich die Behauptung, dass die Praxis implizit normativ integriert sei, bereits auf die grundlagentheoretische Alternative zum systemtheoretischen Konstruktivismus, nämlich auf die »pragmatistische Gesellschaftstheorie« von Joachim Renn. Dieser Zusammenhang wird im 4. Abschnitt entfaltet.

5 Luhmann verweist polemisierend auf Teubners pluralistische »Anwüchse[...] und Auswüchse[...]«, da die Kombination von normativer und funktionaler Theorie nicht zu einer konsistenten Theoriearchitektur führt (RdG 322). *Im Folgenden wird für »Luhmann (1995): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt, Subrkamp« die Abkürzung »RdG« verwendet.*

Ausgeblendet wird die Perspektive auf die implizite Normativität, die völlig anderen Logiken als der Systemaggregation folgt.⁶

Während die Unterscheidung von unterschiedlichen Ebenen der Abstraktion in vertikaler Richtung der Systemtheorie von vornherein fremd sind, ist eine weitere Einschränkung ihres Analysebereichs weniger selbstverständlich: Der Konstruktivismus der Systemtheorie verharret bereits auf *horizontaler* Ebene in einer strukturellen Monadologie, weil er das zentrale Problem von Grenzbeziehungen *zwischen systemischen* Ordnungen auf *gleicher* Aggregationsstufe als je *interne Umweltkonstruktion* behandelt. Damit ist die Frage nach der eventuellen *Durchlässigkeit* zwischen jeweils (ohnehin) intern angelegten Operationsbereichen von unterschiedlichen normativen Ordnungen wieder rückstandslos auf die Internalität nur *einer* Teilordnung zurückgebogen. Damit ist zunächst einmal die Möglichkeit konstruktivistisch ausgeschlossen, dass es etwaige Wirkungen einer systemischen (oder systemähnlichen) Normativität jenseits des Rechts (etwa der Moral) auf rechtliche Normativität gibt.⁷

Mit der konstruktivistischen Annahme der radikalen Inkommensurabilität zwischen gesellschaftlichen Teilbereichen wird man zwar der Selektivität einer jeden Gegenstandsauffassung gerecht, da man gar nicht erst vorgibt die Innenperspektive (die Reflexion der Gesellschaft in der Gesellschaft) verlassen zu können.⁸ Im selben Atemzug wird damit aber zugleich jede denkbare Außenbeziehung des gewählten Gegenstandes als referenzfreie, radikal interne Konstruktion gehandhabt (vgl. Renn 2012a: 24). Ein solches Verständnis von Selektivität, das von radikal differenten Einheiten ausgeht, verwehrt der Rechtstheorie den Blick auf das *Zusammenspiel von unterschiedlichen normativen Ordnungen*, welcher aber wichtig wäre, um die spezifisch rechtliche Normativität in ihrer *holistischen* Struktur zu erkennen.

Schließlich verlangt das Theorem der funktionalen Differenzierung die Verlagerung der normativen Integration der Gesellschaft durch das Recht

- 6 Die Systemtheorie ist gewollt unempfindlich für den pragmatischen Sondercharakter kultureller Lebensformen und sozialer Milieus bzw. für Praxis überhaupt. Als Grund für die Vernachlässigung der Praxis kann u.a. die grundbegriffliche Verlagerung von Handlung zu Kommunikation angeführt werden, die ihrerseits kein Element von Praktiken adressiert, sondern sich einzig aus dem Differenzwert im Horizont eines konstruktivistischen Sinnbegriffs bestimmt (vgl. Renn 2006a: 105ff.).
- 7 Wobei Luhmann in einem zweiten Schritt gewisse Vorkehrungen trifft, bei denen eine gewisse Durchlässigkeit in Form der strukturellen Kopplung wieder eingeführt wird: Vor allem die strukturelle Kopplung zur Politik ist für das Recht unverzichtbar. Noch deutlicher wird die Durchlässigkeit (auf der Ebene der Ereignisse!) im Begriff der Interpenetration, Luhmann 1984: 286ff., insbes. 293, 295.
- 8 Meist ist die Erkenntnistheorie nach Luhmann »selbstreferenz-aversiv gebaut« (Luhmann 1990: 9, vgl. auch den repräsentationalistischen Rest in den wissenssoziologischen Grundbegrifflichkeiten, die die Wissenssoziologie in eine Sackgasse geführt haben sollen, in: Luhmann (1995b): 151-181).

auf die Ebene des Rechts als *ein* Subsystem, das für andere Normordnungen operativ blind ist. Das Prinzip der operativen Geschlossenheit des Rechts ist dabei selbst kein normatives Prinzip.⁹ Rechtliche Normativität spielt nur noch als abstrakte Rechtssicherheit in konditionierter Form eine Rolle; sie ist nichts weiter als kontrafaktische Erwartungssicherheit.¹⁰ In dieser *größtmöglichen Verschlankung von Normativität* als stabilisierte *Erwartungssicherheit*, die einzig vom Recht als Subsystem der Gesellschaft erzeugt wird, liegt zunächst gerade der Vorzug der systemtheoretischen Abstraktion: Die Systemtheorie schafft es auf diese Weise, eine Theorie des Rechts zu begründen, die sich in ihrer Einheit radikal selbst erzeugt und nicht auf externe Quellen normativer Geltung (Moral) angewiesen ist. Gleichzeitig will es die Systemtheorie mit ihrem reduzierten Begriff von Normativität vermeiden, bei Kasuistiken in problemspezifischen Teiltheorien des Rechts stehen zu bleiben.¹¹ Letztere würden, da sie immer noch die »Idee des Rechts« oberhalb des Rechts« vertreten (RdG 31, Hvg. i.O.) schließlich entweder auf ihr eigenes Legitimationsproblem stoßen oder sich dem Reflex beugen müssen, die juristische Praxis anzuleiten.¹² Aus all diesen Gründen enthält die Funktion des Rechts im systemtheoretischen Paradigma dezidiert keine »normative[n] oder teleologische[n] Sinnbeimischungen« (RdG 32).

Indem aber die Systemtheorie die Möglichkeit normativen Integration der *gesamten* Gesellschaft ganz und gar verwirft, verpasst sie es auch, die »normative Integration als eine Sonderform der *Teilintegration* begrifflich zu berücksichtigen« (Renn 2006a: 105, Hvg. i.O.). Dass das Recht selbst auch *normativ aufgeladen* (und nicht einfach nur lernresistent ist, vgl. FuG: 70) ist, möchte die Systemtheorie (scheinbar gut begründet) überspielen. Womöglich ließe sich eine Auseinandersetzung mit einer weiter gefassten Idee von rechtlicher Normativität weniger geschmeidig in die Theoriefiguren der Systemtheorie einpassen. Eine stärkere begriffliche Berücksichtigung der normativen Gehalte des Rechts hätte offenbar einen begrifflichen Überschuss generiert, der vermeintlich nicht zu einer normativ-neutralen Gesellschaftstheorie gepasst hätte.

Anders als die Systemtheorie geht die vorliegende Arbeit davon aus, *dass soziale Differenzierung, selbst in einem starken Sinne,¹³ eine nicht-normative Theorie normativer Integration nicht unmöglich, sondern »nur« komplexer*

- 9 Vgl. RdG 95, auch wenn hin und wieder von Seiten der Rechtstheorien etwas anderes behauptet wird (etwa Vesting, der genau das Gegenteil mit Bezug auf die operative Geschlossenheit behauptet in: Vesting 2011a: 34).
- 10 Auch der systemtheoretische Begriff der Rechtsgeltung ist in dem Sinn ein nicht-normativer, dass das was gilt, auch gelten soll (RdG 32).
- 11 Die Systemtheorie des Rechts im Sinne Luhmanns bildet ihrem Anspruch nach ein *Paradigma* im Sinne Thomas Kuhns, indem sie andere (normativistische) Rechtstheorien zu *Teiltheorien* erklärt. Dazu auch: Kuhn 1973: 160.
- 12 Vgl. RdG 20ff., vgl. auch Möllers 2015: 12, 16.
- 13 Soziale Differenzierung in einem starken Sinne kann beispielsweise bedeuten, dass man annimmt, dass es Funktionssysteme gibt. Darüber hinaus gibt es aber

macht. Diese Komplexität betrifft die Einheit des Rechts als normativ integrierte Teilordnung der Gesellschaft. Das ›Rätsel‹ rechtlicher Normativität kann sicherlich nicht auf angemessene Weise über die Einbahnstraße einer konstruktivistischen Beschreibungssprache in hinreichend vielschichtige rechtstheoretische Fragestellungen überführt werden. Gerade eine Rechtstheorie, die die komplexen *gesellschaftstheoretischen Voraussetzungen des Rechts* reflektieren will (vgl. RdG 23), wird den Sinn der spezifischen rechtlichen Normativität, wenn sie ihn nicht durch die konstruktivistische Beobachtung beschneiden oder neutralisieren will, nur holistisch, und das heißt im weitesten Sinne *hermeneutisch-pragmatisch*, erschließen können.¹⁴

Das ›Rätsel der Normativität‹ und die Einlösung des ›Versprechens des Rechts‹ wird jedenfalls kaum einzig und allein von der Funktion der kontrafaktischen Erwartungsstabilisierung und der kompromisslosen Verjüngung von Normativität auf abstrakte Rechtssicherheit abhängig zu machen sein. Vorgriffe auf eine Theorie des Rechts, die ihre Argumente aus einer engmaschigen, kritischen Auseinandersetzung mit der Systemtheorie gewinnen, sind an dieser Stelle aber noch zu voraussetzungsreich und bedürfen einer gründlichen Vorbereitung. Diese wird darin bestehen, das Problem der normativen Reichhaltigkeit des Rechts zunächst kleinzuarbeiten und im Horizont des ›Globalen Rechtspluralismus‹ neu zu kontextuieren (Abschnitt 2). Aufgrund der Unvollständigkeits einer konstruktivistischen Perspektive soll im Anschluss im Horizont der Theorie der multiplen Differenzierung (Renn 2006) nach den *Bedingungen der (indirekten) normativen Wiederaufladung des funktional differenzierten Rechts* (Abschnitt 4.2.3) gefragt werden. In diesem Sinne erweisen sich *praktisch integrierte Milieus* als die jeweiligen ›Träger‹ der normativen Wiederaufladung des funktional differenzierten Rechts. Die Rede von der ›normativen Wiederaufladung des funktional differenzierten Rechts‹ impliziert den Übertritt von heterogen integrierten Ordnungsebenen des Rechts.¹⁵ Damit verbunden ist die These, dass erst so die *Funktion* des Rechts überhaupt erfüllt werden kann. Die Frage, wie sich praktische und systemische Normativität des Rechts verbinden, setzt voraus, dass die *Primat-Stellung* der funktionalen Differenzierung *weichen* und die *funktionale Differenzierung*

auch weitere, andersartig integrierte Formate gesellschaftlicher Teilbereiche.

- 14 Spätestens mit dieser Absicht stellt sich das vorliegende Projekt dezidiert in die Linie der pragmatistischen Gesellschaftstheorie Renns, der in überzeugender Weise eine holistische Figur der ›Welterschließung‹ durch unterschiedliche Typen der Übersetzung vorgelegt hat. Mit der Metapher der Welterschließung setzt man sich sowohl von der konstruktivistischen ›Erfindung‹ von Gegenständen als auch vom repräsentationalistischen ›Vorfinden‹ von nackten Tatsachen ab (vgl. Renn 2012c: 99).
- 15 Ordnungsebenen sind Handlungskoordinationseinheiten und nicht zu wechseln mit dem Stufenbau der Rechtsordnung (vgl. Abschnitt 4.1).

durch eine weitere Differenzierungsform vervollständigt werden muss: *kulturelle Pluralisierung und funktionale Differenzierung* treffen als eigenständige Differenzierungsformen *theoretisch vermittelt* aufeinander (ohne sich wieder gegenseitig aufzuheben) und sie *bewähren* sich erst in ihrer Gegenstandsadäquanz.¹⁶ Auf diese Weise soll die *respezifizierende Anwendung der allgemeinen Theorie der Übersetzungsverhältnisse* (Renn 2006) auf das Recht (als einem Sonderfall von Übersetzungsverhältnissen zwischen normativen Ordnungen) zu einer holistischen Auffassung von rechtlicher Normativität führen.

1.2 Zur repräsentationalistischen Überdeutung von rechtlicher Normativität

In Gegenrichtung zum Anti-Repräsentationalismus des Konstruktivismus sehen rechtssoziologische *Identitätstheorien* entweder überhaupt keine Brüche zwischen disaggregierten Normordnungen, denn wo die Grenzen aufgehoben sind, muss kein Übertritt erfolgen. Oder aber, und dies ist der häufigere Fall, Identitätstheorien fassen die Beziehungen zwischen ganz unterschiedlichen normativen Teilbereichen der Gesellschaft *repräsentationalistisch* im Sinne einer unproblematischen, weil sinn-, geltungs- und bindungskraftbewahrenden *Übertragung*.

Im ersten Fall würde man das Phänomen des globalen Rechts gerade als die differenzierungstheoretisch stumpfe Verlängerung des noch immer nationalstaatlichen Ideals einer einheitlichen und vereinheitlichenden Verbreitung und Durchsetzung der Rechtsordnung auf nun weltgesellschaftlichem Niveau beschreiben. Diese eher konservative Version des Rechtsbegriffs fällt auch häufig unter den Titel des ›schwachen‹ oder ›alten Rechtspluralismus‹, bei welchem noch die letztinstanzliche Abhängigkeit des global waltenden Rechts von staatlicher Anerkennung geltend gemacht wird (vgl. Günther/Kadelbach 2011: 30). Der Titel impliziert bereits seine eigene Kritik. Häufiger wird derzeit aber die Eigenständigkeit des globalen Rechts betont (›neuer‹ oder ›globaler‹ Rechtspluralismus).¹⁷

Im zweiten Fall werden dagegen durchaus signifikante Unterschiede und Brüche zwischen normativen Ordnungen anerkannt, aber die je vielfältigen Möglichkeiten der Grenzüberschreitung zwischen diesen werden rückwirkend so linearisiert, dass die spezifisch rechtliche normative Ordnung wieder in Eins zu fallen droht mit der moralischen, sittlichen oder religiösen normativen Ordnung bzw. auch mit praktischen Routinen, die nicht zuletzt auch *machtgeladen* sein können. Gerade *rechtspluralistische* Positionen oder die Rede von *normativem Pluralismus* neigen paradoxerweise dazu, vorschnell

¹⁶ Vgl. zur Kausal- und Sinnadäquanz, Schütz 1974: 325ff.

¹⁷ Einschlägig: Teubner 1996.

auch *sozialen Normen* letztlich Rechtsqualität zuzuschreiben und so die Autonomie des Rechts vorschnell herunterzuspielen.¹⁸ Soziale Normen haben für sich alleinstehend aber noch keinen Rechtscharakter, sie sind gleichwohl durchaus von systematischem Stellenwert für den Begriff des Rechts. An dieser Stelle kommt die Ebene der *praktischen normativen Integration* ins Spiel, worunter im weitesten Sinne auch soziale Normen fallen.¹⁹ Zu klären ist dann nur, wie man *diese* praktische Ebene, die selber kein positiver Bestandteil der Einheit des Rechts sein kann, sondern nur zur *Umgebung* des Rechts gehört (soziale Normen), so in eine Rechtstheorie einbaut, dass sie für die Einheitsgewinnung gerade kein Hindernis darstellt (weil sie die Grenzen zwischen dem Recht und sozialen Normen verschwimmen lässt), sondern die Grenzen zwischen dem Recht und sozialen Normen gerade sichtbar macht. Die rechtsinterne praktische normative Integration ist demnach von der rechtsexternen Praxis zu unterscheiden, da erstere es ist, die die abstrakte Autonomie des *Rechts als Funktionssystem* stabilisiert, konkretisiert und spezifiziert, ohne dass die funktionale oder praktische die Überhand gewinnt oder eine Seite die andere neutralisiert.

Und drittens, schließlich, wird in der Rechtstheorie meist stillschweigend die Annahme vertreten, dass Beziehungen zwischen normativen Ordnungen linear oder gleichförmig verlaufen, wenn auf der Ebene der Weltrechtordnung »Responsivität« im Recht eingerichtet werden können soll (Vielhecher 2013: 299). Dies ist möglicherweise die spannendste und anspruchsvollste Variante einer »Identitätstheorie« (die sich selbst nicht so bezeichnet!), da sie über weite Strecken parallel zu differenztheoretischen Einsichten verläuft. Mit der Rechtsresponsivität wird eine unproblematische(!) »Abstimmung von Rechtsordnungen, Rechtsregimes und Regelungsarrangements *ohne Übersetzungsprobleme*« (Vielhecher 2013: 301, Hvg. L.N.; vgl. Günther 2001: 539ff.) auf einen Begriff gebracht. Die

18 Davor warnen Teubner und Korth (Teubner/Korth 2009: 147ff., vgl. auch Möllers 2015: 15). Die Lösung für die Frage nach der Rechtsqualität von Normen besteht laut Teubner und Korth darin, dass die Normen transnationaler Gemeinschaften nicht nur dem Code Recht/Unrecht folgen, sondern sich auch einer institutionalisierten Beobachtung zweiter Ordnung, die dem Rechtscode folgt, unterziehen. Das Kriterium sei die sekundäre Normierung. Die Frage ist nur, *wer* über die dafür erforderliche Beobachter-Ebenenunterscheidung entscheiden soll und ob man einer tautologischen Definition wirklich entweicht.

19 Für den weiteren Begriffsgebrauch von »praktischer Normativität« ist es wichtig, schon jetzt darauf zu verweisen, dass die praktische Normativität, von der dieser Text spricht (das Regelanwendungswissen, das schon auf der Basis eines *impliziten Wissens* verankert ist), nicht zu verwechseln ist mit einem Verständnis von »Normen als soziale[n] Praktiken« (Möllers 2015: 15), welches lediglich auf den Bereich *expliziter* bzw. »sozialer« Normen abhebt und daher nicht geeignet ist, den Begriff der Normativität holistisch zu erschließen. Praktische Normativität umfasst nämlich beides: implizite und explizite Regeln (Renn 2006a: 298ff.).

»innere Dynamik« der modernen Rechtsentwicklung, die dem Recht zwar Autonomie einräumt, soll dennoch in hohem Grade mit externen Sozialstrukturen, etwa sozialwissenschaftlichem Wissen, partizipatorischen Mechanismen oder der Politik, kompatibel sein (vgl. Nonet/Selznik 1978 zit. in Teubner 1982: 17). Problematisch ist, dass das Recht einerseits ein *autonomes, selektiv sinnverarbeitendes Funktionssystem* sein soll und andererseits seine responsive Offenheit²⁰ eine nahezu *verzerrungsfreie Reaktion auf Anforderungen von »Sozialstrukturen«*²¹ gewähren können soll. Welche Seite entscheidet dann über die *Adäquanz* der Verarbeitung von »Umweltinteressen« (vgl. Teubner 1982: 21)? Ist es die Autonomie des Rechts als systemisch ausdifferenzierte Selektionsordnung, die Sozialadäquanz herstellt, oder doch das Hineinkopieren von »Umweltinteressen« in das Recht?²²

Die Vorstellung von der Responsivität des Rechts liefert sich aber noch in einer weiteren Hinsicht dem Verdacht aus, repräsentationalistisch befangen zu sein. Der Vorwurf des Repräsentationalismus gilt auch dann, wenn (neben der responsiven Adäquanzbereitschaft des Rechts) steuerungsoptimistisch die Möglichkeit einer fortschreitenden »Einrichtung von Responsivität« (Vielhecher 2013: 229) unterstellt wird. Die Responsivitätsthematik wird also noch einmal abstrahiert und als »entscheidbar« ausgegeben. So soll etwa die Herausbildung einer »global community of courts« (Slaughter 2003: 1041ff., zit. in: Vielhecher 2013: 299) mittels eines neuartigen Kollisionsrechts »sichergestellt« werden können. In dieser Perspektive gilt die responsive Lernfähigkeit und charakteristische Flexibilität des Rechts als ein aussichtsreicher Kandidat für eine »horizontale Koordination« auf globaler Ebene (Vielhecher 2013: 299f.), da hierarchische Steuerung nicht in Frage komme. Man hat sich schließlich mit der Rede vom »starken« Rechtspluralismus »ohne Zentrum und ohne Spitze« von Hierarchien freigemacht.

Konzeptionell verschmelzen die Theorie des »responsive law« und die Sicht der »reflexiven Orientierung« des Rechts, welche in der Perspektive Teubners »Chancen besitzt, als eine sozialadäquate Antwort des responsiven Rechts zu gelten« (Teubner 1982: 17). Das reflexive Recht soll das einfache,

20 Mit Bezug auf seine autonome Operationsweise wird man mit der übersetzungstheoretischen Lösung auch sagen können, dass das Recht einen »*selektiv übersetzenden*« Charakter hat.

21 Bei Teubner sind »Sozialstrukturen« in etwa das, was bei Luhmann die »Umwelt« und bei Renn die »Umgebung« ist (Renn 2006a: 483ff.). Diese Begriffe bezeichnen allesamt nicht dasselbe, sondern haben unterschiedliche Implikationen. Bei Renn verweist der Begriff der Umgebung dezidiert auf die Besonderheit des pragmatischen Bezuges einer Handlung. Bei Luhmann ist die Umwelt nur ein Negativ-Korrelat eines Systems und bei Teubner sind Sozialstrukturen all diejenigen gesellschaftlichen Strukturen, die nicht unter Rechtskategorien fallen, aber funktionalistisch analysiert werden können.

22 In jedem Falle müsste diese Frage bereits *konzeptionell* (und nicht erst empirisch) beantwortet werden können.

interventionistische Recht des Wohlfahrtsstaates²³ angesichts ausdifferenzierter gesellschaftlicher Subsysteme, die jede direkte Steuerung unmöglich machen, ablösen.²⁴ Allerdings lässt die Theorie des reflexiven Rechts auch als »postinterventionalistische« Theorie den Anspruch noch immer nicht fallen, »eine neue Stufe in der evolutionären Entwicklung des Rechts entdeckt zu haben« und *diesen Anspruch zugleich einlösen zu wollen* (Röhl 2008: 255). Mit anderen Worten, auch das reflexive Recht bildet noch immer »das maßgebliche Medium einer Steuerung der Gesellschaft« (Röhl 2008: 254).²⁵

Im Allgemeinen ist die Vielfalt der Rechtstheorien, trotz etwaiger Teilzustandnisse an den meist systemtheoretischen Konstruktivismus und seine

- 23 Röhl nennt hierzu »die Steuerung durch Gebote und Verbote, Abgaben und materielle Anreize« (Röhl 2008: 254).
- 24 Das Konzept eines »reflexiven« Rechts (Teubner 1982) gilt der Suche nach einer »neuen Rechtsrationalität, die den sozialstaatlichen Interventionismus und seine »materiale« Rechtsrationalität ablösen sollte, ohne dabei in den klassischen rechtlichen Formalismus zurückzufallen« (Joerges 2007: 5). Die neue Rechtsrationalität berücksichtigt die Unmöglichkeit der normativen Integration über die Projektion von Normen und Werten für alle Teilsysteme der Gesellschaft, indem sie rechtliche Strukturprämissen für eine dezentralisierte Integration der Gesellschaft definiert (Teubner 1982: 27). Das reflexive Recht ist demnach ein solches Recht, das integrative Mechanismen für Verfahren und Organisationen innerhalb anderer Teilsysteme in Form von »Sozialverfassungen« bereitstellen soll: Der Differenzierung der Gesellschaft soll dadurch also Rechnung getragen werden, dass die jeweiligen *Eigengesetzlichkeiten* respektiert werden. Gleichwohl werden diese Teilsysteme rechtlich-prozedural *kontrolliert*. Denn das Programm des responsiven Rechts, in dem auch die Kriterien für Reflexivität erfüllt sind, besteht in einer »Demokratisierung gesellschaftlicher Subsysteme« (Teubner 1982: 43). Das reflexive Recht bleibt insgesamt der Durkheim'schen Figur treu, indem sie das Moment gesellschaftlicher Integration gegenüber der vergleichsweise einfachen, organischen Solidarität noch ein weiteres Mal auf der Ebene »neuer« Prozeduralität abstrahiert. Wenig überraschend ist dann die Tatsache, dass sich Teubner offensiv in die Habermas'sche Linie stellt, wenn er davon ausgeht, dass die Tendenzen des responsiven Rechts sich hin zur reflexiven Rationalisierung entwickeln, d.h. hin zu Möglichkeiten einer institutionalisierten prozeduralen Legitimation, die in Habermas' Einschätzung nicht als sozialtechnisches »Steuerungsmedium«, sondern als legitimationsbedürftige und -fähige Institution verhandelt werden, weil sie nicht die selbstregulatorischen Lern- und Kommunikationsprozesse im Bereich der Sozialintegration gefährden, sondern diese durch prozedurale Prinzipien geradezu *repräsentieren* (Teubner 1982: 44; kritisch zu eben diesem Repräsentationalismus: Renn 2006). Teubner will mit seinem Konzept des reflexiven Rechts eine »subsystemspezifische Fassung der allgemeinen Diskurstheorie« liefern (Teubner 1982: 50).
- 25 Röhl verweist exemplarisch auf Kompetenznormen, die die Normsetzungsbefugnisse vom staatlichen Gesetzgeber auf andere *gesellschaftliche Kräfte* verlagern, in welchen Verfahren geschaffen werden, in denen die beteiligten Gruppen selbst zu Lösungen bestimmter Probleme gelangen sollen (Röhl

Proklamation der Beobachterabhängigkeit, in ihren Grundbegriffen vor allem noch immer dann *repräsentationalistisch befangen*, wenn der Begriff des Rechts *normativistisch überfrachtet* ist. In seiner Abwehr eines normativistischen Rechtsbegriffs ist Luhmann deshalb in der Tat beizupflichten. In der Regel wird man allerdings keine Rechtstheorie vorfinden, die sich selbst als repräsentationalistisch bezeichnet. Und doch drückt sich der Repräsentationalismus darin aus, dass normativen Ordnungen meist vorschnell die *Homogenisierung* anderer gesellschaftlicher Teilbereiche unterstellt und deren Koordinier- und Steuerbarkeit als nicht weiter umstritten gesetzt wird (vgl. Renn 2006a: 76, 84). Dass dies selbst dann noch zutrifft, wenn man anstelle der direkten hierarchischen Steuerung von *indirekter Steuerbarkeit der Gesellschaft durch das Recht* ausgeht, ist gerade bei hochgradiger sozialer Differenzierung nicht zu leugnen.²⁶ Der entscheidende Einwand gegen Theorien des Rechts, die beispielsweise von einer »dezentralen Kontextsteuerung« ausgehen, muss deshalb lauten, dass sie mit diesem Postulat entweder wichtige Implikationen der systemtheoretischen Komplexitätsreduktion zerschlagen oder aber selbst kein überzeugendes Substitut für die Idee der normativen Integration liefern.

1.3 Die dritte Variante: Voreilige Verbindungen von normativer und funktionaler Analyse

Während es auf der konstruktivistischen Seite so scheint, als wäre die (meist autopoietisch begründete) *Autonomie* des Rechtssystems nur um

- 2008: 254). Allerdings ist mit dem Abheben auf Prozesse der formalen Rationalisierung des Rechts noch keineswegs die prinzipielle Unmöglichkeit gesellschaftlicher Steuerung durch das Recht aufgehoben. Auch die Einbringung von systemtheoretischem Vokabular (vgl. Röhl 2008: 254) ändert wenig am steuerungsoptimistischen Rest dieses Ansatzes.
- 26 Nicht ohne Grund wird Röhl seine Ausführungen zur Theorie des reflexiven Rechts mit dem Übertitel »Alter Wein in neuen Schläuchen« versehen haben, Röhl 2008: 247ff.). Anstelle von direkter Steuerung scheint es Teubner bei der Erläuterung von »Realitätsentsprechungen [seines] Modells« (Teubner 1982: 51) *tatsächlich* schlicht um indirekte Steuerung zu gehen: Im Vertragsrecht tendiert das reflexive Recht dazu, kollektive Vereinbarungen ohne konkret-materielle Inhaltskontrolle »indirekt zu steuern«, indem es beispielsweise Verfahrensnormen entwirft, Strukturvoraussetzungen schafft oder über Kompetenzerweiterungen oder -einschränkungen auf die innere Organisation einwirkt. »Nicht gemeint sind hier die eher naiv anmutenden Versuche, durch explizite Normierung einer »Gemeinwohlklausel« [den Parteien][...] eine öffentliche Verantwortlichkeit [...] auf[z]u[er]legen [...]« (Teubner 1982: 52, Hvg. i.O.). Im Ergebnis liegt mit dem reflexiven Recht also nichts anderes vor, als eine Art höherstufiges oder modernes Verfahrensrecht.

den Preis der Fragmentierung des Systems zu haben, das den Bezug zur normativen Integration der Gesellschaft *vollständig*, d.h. bis in die Ebene der praktischen normativen Integration hinein, abgestreift hat, können auf der repräsentationalistischen Seite allzu kompakte Verbindungen zwischen kollektiver Moral und rechtlichen Konfliktregulationen die Selbstständigkeit des Rechts allzu schnell als abhängig von rechtsexternen, normativen Horizonten bzw. lebensweltlichen Grundlagen erscheinen lassen. *Beide Extrempole verzeichnen komplementär ihren Gegenstand*, indem sie den normativen Gehalt des Rechts entweder *funktionalistisch ausblenden* oder aber das Recht unangemessen *normativistisch aufladen*, dadurch aber kulturalistisch verkürzen und seine *autonome* Funktionsweise wieder unterschätzen.

Dieser komplementäre Mangel erklärt nun auch den Sinn einer solch prinzipiellen Unterscheidung zwischen Konstruktivismus und Repräsentationalismus: Während die Einseitigkeit in der Rechtstheorie einmal darin besteht, dass sämtliche Verbindungen des funktional ausdifferenzierten Rechtssystems zur praktischen Seite der Normativität gekappt sind, besteht die Einseitigkeit das andere Mal genau in der voreiligen Zusammenziehung von rechtlicher mit sozialer Normativität (die offensichtlich etwas anderes ist als die »praktische« Normativität). Einmal fällt mindestens die »Logik der Praxis« aus der Analyse des Rechts heraus, das andere Mal ist es die Autonomie des Rechts selber, die auf Kosten der Eigenlogik einer eingespielten sozialen Praxis unterzugehen droht, wenn eine eingespielte soziale Praxis bereits hinreichend die Einheit des Rechts begründen können soll.²⁷ Zwar könnten diese beiden Extrempositionen auf den ersten Blick als überzogene Idealisierungen erscheinen, die dem gegenwärtigen Stand der rechtssoziologischen Theorielandschaft nicht gerecht werden. Auf den zweiten Blick muss man aber sagen, dass diese Extreme nur deshalb nicht gleich auffallen, weil konstruktivistische Theorieanteile mit repräsentationalistischen Zuspitzungen des Normativen in eins fallen. Deutlich wird dies bei jüngeren systemtheoretisch orientierten Rechtstheorien zum sogenannten »Weltrecht«, die schon fast einen dritten, eigenständigen Theoriefluchtpunkt bilden:²⁸ Nicht erst seit dem Aufkommen des von Fischer-Lescano so betitelten Programms der »Kritischen Systemtheorie« (2013), sondern

27 Aber nicht nur die Logik der Praxis, sondern auch die Beziehungen zwischen ausdifferenzierten normativen Ordnungen auf jeweils derselben Abstraktionsebene werden konstruktivistisch ausgeblendet.

28 Diese eigentümliche Verstrickung von Konstruktivismus und Repräsentationalismus ist in der soziologischen Theorie nicht ganz neu. Daran erinnert beispielsweise Luhmanns Beitrag zum Problem der Wissenssoziologie (Luhmann 1995b), welche daran gescheitert sei, dass der wissenssoziologische Konstruktivismus (»alles Wissen ist soziale Konstruktion«) in seinen Grundbegriffen (insbesondere mit dem Begriff der Handlung) noch immer

schon in den früheren Arbeiten Gunther Teubners zum »heterarchischen Weltrecht« gehen funktionale und normative Analysen des Rechts eine denkwürdige (wenn nicht bedenkliche!) Verbindung ein: Dann fällt einerseits die Analyse des Rechts der Weltgesellschaft dem Anspruch nach systemtheoretisch aus und es ist die Rede vom gesellschaftsweit geltenden Primat der funktionalen Differenzierung. Andererseits wird an entsprechenden Theoriestellen ein lineares Übertragungsverhältnis zwischen unterschiedlichen normativen Horizonten (und anderen gesellschaftlichen Teilbereichen) behauptet, welches schließlich die rechtstheoretische Gesamtausdeutung des globalen Rechts zu einem *normativen Optimismus* verleitet, der mit den Prämissen der funktionalen Differenzierung längst nicht mehr vereinbar ist. Bereits die Ausführungen zur Theorie »reflexiven Rechts« haben auf diese Verklammerung hingedeutet. Mit Bezug auf das reflexive Recht bezeichnet es Teubner insofern ganz offensiv als eine »zentrale [...] Frage, wie denn eine Integration der Gesellschaft noch möglich [sei] unter Bedingungen extremer funktionaler Differenzierung« und er stellt die Frage, »welche Rolle Recht denn [...] als integrativer Mechanismus [spiele]« (Teubner 1982: 46). Die einzig konsequente Antwort auf Teubners erste Frage müsste gemäß der Theorie funktionaler Differenzierung lauten: Gar nicht, denn der gesamtgesellschaftlich integrative Mechanismus des Rechts geht unter dem Primat der funktionalen Differenzierung zunächst einmal vollständig verloren. Darin besteht ja gerade die Radikalisierung der Durkheim'schen Form sozialer Differenzierung durch Luhmann.²⁹

Einschlägig zeigt sich der paradigmatische Widerstreit zwischen *funktionaler und normativer* Analyse des Rechts beispielsweise im Begriff der

repräsentationalistisch, d.h. für Luhmann normativistisch, befangen sei (ebd. 155, 159f.).

29 Vgl. Luhmann 1988a: 19ff. Eine Gefahr an dieser Stelle besteht darin, das Luhmann'sche Verständnis von funktionaler Differenzierung zu sehr an die Durkheim'sche Figur der sozialen Arbeitsteilung zu assimilieren und zu übersehen, dass es systemtheoretisch gesehen kein Pendant zum »restitutiven Recht« gibt, welches die »organische Solidarität« noch stützt. Es gibt nach Luhmann keine gemeinsame Grundlage gesellschaftlicher Normen, die für alle Subsysteme, wenn auch auf noch so hochgeneralisierter Ebene gilt. Teubner ist sich eines möglichen Kurzschlusses bewusst. Dennoch entgeht er nicht einer weiteren Gefahr, die darin besteht, die eine Seite gegen die andere auszuspielen und abwechselnd unter der Hand mal der Differenzierung, mal der Integration den Primat zuzuweisen. Wir werden später sehen, dass es für Teubner Mechanismen einer »dezentrale[n] Integration« in hochabstrakten reflexiven Strukturen des Rechts sind (»reflexives Recht«), die als Lösung der Integrationsfrage bei gleichzeitiger Differenzierung in Frage kommen (vgl. Teubner 1982: 46ff.). Das heißt bei allen Zugeständnissen an soziale Differenzierung aber auch, dass die Theorie der reflexiven Orientierung des »responsive law« nicht frei ist von Repräsentationalismen:

Konstitutionalisierung, der einerseits autonome, sich selbst erzeugende, wenn nicht gar ›autopoietische‹ Prozesse der Anpassung des Verfassungskonzepts an moderne, supra-nationalstaatliche Kontexte bezeichnet, andererseits zugleich die Möglichkeit eines rechtspolitischen *Eingriffs* markiert, um die jeweilige Verfassung an einem *normativen* Ideal ausrichten zu können. Auf diese Weise soll – den Autoren zufolge – die Legitimität des funktional mittlerweile hochgradig (intern wie extern) ausdifferenzierten Rechts auch jenseits von Nationalstaatlichkeit noch sichergestellt und dem Recht abermals die Funktion der normativen Integration der Gesellschaft zugewiesen werden können.

Unter Berufung auf die Systemtheorie als scheinbar neutrales empirisches Diagnoseinstrument werden die Entwicklungen des modernen Rechts hin zu seiner mehr oder weniger selbsttätig fortschreitenden, *d.h. hier aber durch juristische Experten angeleiteten ›Durch-Demokratisierung‹* auf globaler Ebene als empirisch gegeben unterstellt.³⁰ Bis heute wird in den Rechtstheorien dem Recht auf diese Weise »die integrative Aufgabe« zugeschrieben, wenn nicht auf direktem, so doch wenigstens auf indirektem Wege auf andere gesellschaftliche Teilbereiche Einfluss zu nehmen und diese zu steuern (vgl. Teubner 1982: 58).

Teubner hält beispielsweise die normative Integration der Gesellschaft durch das Recht aus *normativen* Gründen für notwendig (vgl. etwa Teubner 1982: 5). Teubners wenig radikale Lesart der Systemtheorie zeigt sich allein schon darin, dass sie allzu sehr auf Konvergenzen der Systemtheorie ausgerechnet mit der Kritischen Theorie setzt (etwa Teubner 1982: 47f., aber auch 41, 43). Das Recht *simuliert* rechtsexterne gesellschaftliche Prozesse und bildet sie intern ab, um entsprechende »sozialadäquate« Verfahren und Koordinierungsprozesse zu gewährleisten, innerhalb derer die konkurrierenden Parteien sich selbst einigen (ebd. 53). Doch wie will das Rechtssystem seine Kompetenz auf Sozialadäquanz sicherstellen?

30 Vielleicht beispielsweise geht von der faktisch-neutralen Beobachtbarkeit von Konstitutionalisierungsprozessen internationaler Organisationen aus und vernachlässigt damit postempiristische Einsichten in die Abhängigkeit der Gegenstandsbeobachtung. Eine unvermittelte, neutrale Beobachtbarkeit von Konstitutionalisierungsprozessen dürfte demnach gar nicht möglich sein. Als Beispiel für die empirisch fortschreitende, normativ begrüßenswerte und zugleich systemtheoretisch zu beschreibende Konstitutionalisierung führt Viellechner »die Herausbildung von Grundrechten in der Rechtsprechung des EuGH« an und bemerkt, dass man deren demokratische Elemente noch immer als *unterentwickelt* ansehen könne (Viellechner 2013: 295). »Die Systemtheorie kann insofern dazu beitragen, Annahmen über Veränderungen des positiven Rechts theoretisch zu fassen und empirisch nachzuweisen«, so Viellechners nur scheinbar zurückhaltende Einschätzung (ebd.), hinter der sich dennoch ein normativer Anspruch verbirgt, den es laut Viellechner systemtheoretisch einzuholen gilt.

Nach den Maßstäben der inzwischen klassischen Systemtheorie Luhmanns müsste ein solches Unterfangen, welches, trotz der Behauptung, die Gesellschaft sei funktional differenziert, noch immer die Möglichkeit einräumt, zielgerichtet demokratische oder andere normative Ideale einrichten zu können, um die einst nationalstaatlich gedeckte Legitimität des Rechts nun auch auf weltgesellschaftlichem Niveau zurückzugewinnen, als hochgradig inkonsistent erscheinen.³¹ In der Kritik solcher rechtstheoretischen Positionen, die eine systemtheoretische Analyse des Weltrechts nicht mehr von einem normativen Mandat trennen, welches von einer juristischen Expertokratie verfolgt wird, ist man ironischerweise fast schon wieder dazu geneigt, die ursprüngliche und wesentliche Radikalität des systemtheoretischen Konstruktivismus gegen ihre eigenen selbst ernannten ›Verfechter‹ zu verteidigen. Die Weltgesellschaft ist zu komplex, als dass ein gesellschaftlicher Teilbereich ihre Steuerung übernehmen könnte.

Und doch scheint es, als könne das Anliegen, eine funktionale mit einer normativen Analyse zu verbinden, nicht ganz vom Tisch gewischt werden, wenn man bedenkt, dass die klassische Systemtheorie die Spezifika der rechtlichen Normativität nur unzureichend beschreibt, ansonsten aber, wenn es um die Beschreibung der Funktionsweise des abstrakten, autonom und autopoietisch operierenden Rechts geht, über weite Strecken eine gewisse Plausibilität behält. Teubners Anliegen, zwei eigentlich unvereinbare Perspektiven aufeinander zu beziehen (nicht unbedingt: zu vermischen), bleibt aktuell, solange die von ihm vorgeführten Problemstellungen kontinuierlich sind. Man kann an dem maßgebend ambivalenten Forschungsprogramm Teubners vor allem »ablesen, was zu leisten wäre«, nicht unbedingt, »wie es zu leisten ist« (Luhmann 1988a: 20).

Es scheint ganz so, als würde die neuere Rechtstheorie eben jene Defizite der klassischen Systemtheorie beheben wollen, die mit Bezug auf das Recht überhaupt erst deutlich zum Vorschein getreten sind.³² Der Weg dorthin darf allerdings nicht über eine inkonsistente Ineinanderblendung von zweierlei Perspektiven führen, nur weil sie auf den ersten Blick beide wünschenswert erscheinen. *Diese Arbeiten zum*

31 Luhmann grenzt sich bereits stellenweise selbst in entschiedener Weise von der Teubner'schen Position ab. Er bezeichnet Teubners Arbeiten provokativ als »›pluralistische‹ Anwüchse und Auswüchse [...]« (RdG 322, Fn. 52; Hvg. i.O.). Er tut dies, ohne sich weiter auf theoretische Inkonsistenzen oder das Problem globalen (nicht: *nationalen*) Rechts einzulassen. Mit anderen Worten: Luhmann nimmt die Herausforderung des globalen Rechtspluralismus ebenso wenig ernst wie Teubner den systemtheoretischen Monismus des Rechts.

32 Interessanterweise machen neuere Rechtstheorien an dieser Stelle weniger die mögliche Anknüpfbarkeit an Habermas' Theorie des kommunikativen Handelns explizit, als man vielleicht vermuten könnte.

Weltrechtsbegriff hängen, so die spezifischere Vermutung, an einer problematischen Verschränkung von Handlungs- und Systemtheorie bzw. an einer Verschränkung von methodologischem Individualismus (»juristische Experten gestalten das Recht«) und systemtheoretischer Terminologie. Dies fällt nicht erst in der Diskussion rechtsimmanenter Detailfragen auf empirischer Ebene auf (was eher eine rechtswissenschaftlich geschulte Auseinandersetzung erfordern würde, siehe etwa: Teubner 1982: 51ff.), sondern schon in der theoretischen Exposition, wenn steuerungsoptimistisch (in Form eines *normativen* Postulats) die Möglichkeit einer »Etablierung [und Auf-Dauer-Stellung] von strukturellen Kopplungen der heterarchischen und polyzentrischen, privaten und öffentlichen Organisations- und Spontanbereiche« (Fischer-Lescano 2013: 36) durch juristische Experten eingeräumt wird und das Programm einer »Instaurierung weltgesellschaftlicher Selbstbestimmungsverhältnisse« (ebd.) als das Kernanliegen einer ›Kritischen Systemtheorie‹ bezeichnet wird.

Diese Art der Verbindung von normativen und funktionalen Analysen hat schwerwiegende Konsequenzen: Indem der Systemtheorie normative Ansprüche einmontiert werden, diese aber grundlegend theoriefremd bleiben, werden konstruktivistische Entstellungen der normativen Gehalte des Rechts und seines ›immanenten Sollenscharakters‹ bestenfalls zwar überschminkt, ironischerweise allerdings *ohne, dass dabei die normative Reichhaltigkeit des Rechts selbst (!) ein Stück mehr zum Gegenstand der Analyse geworden wäre.* Die normative Integration des Rechts als *Teilordnung* der Gesellschaft ist als normative Integration der *Gesamtgesellschaft* noch immer missverstanden. Es ist anscheinend die einfachste Antwort auf das ›Rätsel‹ der rechtlichen Normativität, den Bruch zwischen dem systemtheoretischen Reduktionismus und der normativen Reichhaltigkeit des Rechts dadurch zu überdecken, dass die eine Seite *additiv* durch die andere Seite ergänzt wird, anstatt die Zusammenhänge zwischen einer funktionalen und normativen Analyse *grundlagentheoretisch zu entfalten.* Symptomatisch für diesen Theorietypus ist stattdessen das unentschiedene Changieren zwischen den Polen der Konstruktion und der Repräsentation, zwischen den Vorzügen einer deskriptiv-funktionalen Analyse auf hohem Abstraktionsniveau und dem Bedürfnis, die Evolution des Weltrechts weiterhin, wenigstens punktuell, an normative Standards zu binden. Damit rückt man dem Rätsel rechtlicher Normativität nicht unbedingt ein Stück näher, sondern suggeriert allenfalls, dass man an der Vorstellung der normativen Integration der Gesellschaft durch das Recht noch immer festhalten kann. Damit leitet man letztlich nur Wasser auf die Mühlen der Luhmann'schen Sicht, die den normativen Ansatz entweder als naiv-juristische Idealisierung oder als bloße ›Teiltheorie‹ der Gesellschaft abwertet.

Dieser dritte, in der vorliegenden Arbeit kritisierte Theorietypus ist vor allem in *Netzwerktheorien* des Rechts vertreten, die vor dem Hintergrund des Bedeutungsschwunds des klassischen Stufenbaus der Rechtsordnung apodiktisch dazu neigen, Hierarchisierungen innerhalb der neuen Weltrechtsordnung prinzipiell abzustreiten³³ und stattdessen eine empirische Häufung von horizontalen Koordinationsknotenpunkten identifizieren, die sich zwar in der Tat der *hierarchischen* Steuerbarkeit entziehen, nicht aber der Möglichkeit direkter *horizontaler* Einwirkungen durch juristisch geschulte Experten. Die eigentliche Steuerungsfrage, welcher mit dem Ausrufen der funktionalen Differenzierung eigentlich der Boden unter den Füßen hätte entzogen werden müssen, ist mit dieser Achsenverschiebung von vertikaler zu horizontaler Steuerung noch immer nicht ad acta gelegt.

*Es ist also noch immer zu zeigen, wie das Theorem der funktionalen Differenzierung so in eine soziologische Differenzierungstheorie aufgenommen werden kann, dass die normativen Gehalte des Rechts weder konstruktivistisch ausgeblendet noch als theoriefremde Anhängsel an eine funktionale Analyse hinzugefügt werden.*³⁴

Mit dieser Fragestellung wird der neue, global gewordene Rechtspluralismus zum Gegenstand einer Auseinandersetzung mit ganz prinzipiellen theoretischen Alternativen: Wie kann das Zusammenspiel von heterogenen normativen Ordnungen in der Weltgesellschaft so beschrieben werden, dass die internen Differenzen nicht wieder in höherer Identität ›aufgehoben‹ werden und die gesuchte Einheit des Rechts weder zu einer eindeutigen repräsentationalen Bezugsgröße der Gesellschaft wird noch aufgrund seiner vermeintlich identischen, abstrakten und umfassenden Repräsentation die Gesellschaft steuern kann? Für die einzig plausible Analyse der modernen Gesellschaft gilt: »Identität ist Differenz.«

Noch einmal stellt sich die Frage, was uns diese erste abstrakte Kritik gebracht hat, die an der fundamentalen Unterscheidung zwischen zwei Theorietypen ansetzt. Einfach das: Es sollte gezeigt werden, dass man zwischen diesen möglichen Extremverzeichnungen des modernen Rechts behutsam hindurch manövrieren muss, um eine sachlich angereicherte Analyse des Rechts (d.h. in seinem normativen Gehalt) sowohl als hoch abstraktes Funktionssystem als auch als ›unscharfe Abstraktion‹ durch routinisierte Gewohnheiten und Erwartungen, die in der ›Logik der Praxis‹ vorgenommen werden, zu erreichen. Die Einbeziehung von

33 Was sogar darin münden kann, den Systembegriff ganz und gar aufgeben zu wollen und durch neue Begriffe (etwa ›Netzwerke‹) zu substituieren, vgl. Vesting 2011b: 90.

34 Habermas spricht nicht ohne Grund von der narzisstischen Marginalisierung durch die kognitivistische Umdeutung der normativen Gehalte des Rechts durch die Systemtheorie (FuG 72).

Ordnungsebenen auf der vertikalen Skala ist deshalb eine der entscheidenden Voraussetzungen dafür, dass die normative Integrationsfrage neu gestellt, d.h. mit Blick auf die Besonderheit des Rechts in der Weltgesellschaft bestimmt wird.

1.4 Jenseits von Konstruktivismus und Repräsentationalismus: Vorgriff auf das Recht im Horizont der Theorie multipler Differenzierung

Man könnte der Auffassung sein, die Frage nach den Herausforderungen der Rechtseinheit in der Weltgesellschaft ließe sich anschaulich in zwei »Diskurspole« einteilen, die man als »Homogenitätsparadigma« einerseits und »Pluralismusparadigma« andererseits bezeichnen könnte (vgl. Frick 2012):

»Während ersteres unter den Schlagwörtern wie *Leitkultur* oder *Wertegemeinschaft* firmierend eine Fragmentierung des vermeintlichen weltanschaulichen Konsenses als Bedrohung unbedingt vermeiden will [...], behaupten Vertreterinnen und Vertreter des pluralistischen Zuganges die Notwendigkeit, die Sphäre legitimen Dissenses auch und gerade in Sachen Moral und Weltanschauung zu weiten. In diese Kategorie fallen im Bereich der Rechtspolitik die [...] Vorstöße für die offizielle Zulassung alternativer Rechtstraditionen, insbesondere der islamischen Shari'a, sowie strafrechtlich mildernd zu berücksichtigende Kulturalisation des Täters« (Frick 2012: 80; Hvg. i.O.).

Allerdings setzen diese beiden Antworten auf die Herausforderung des modernen Rechts schon jenes Denken voraus, welches eine prinzipielle Rechtfertigbarkeit universal verbindlicher Normen bejaht (vgl. ebd.): Beide Herangehensweisen *bleiben* repräsentationalistisch in ihrer Vorstellung eines entweder bedrohten oder erweiterbaren *Konsenses*. Dieser Repräsentationalismus ist aber angesichts gesellschaftlicher Komplexität *unvertretbar* und angesichts epistemologischer Bedenken *unvollständig*.

Diese Arbeit nimmt sich demgegenüber vor, das Recht der modernen Gesellschaft im Kontrast zu den beiden *grundlagentheoretisch relevanten* Alternativen – Konstruktivismus und Repräsentationalismus – zu analysieren und dabei unterschiedliche *Formen der Übersetzung zwischen normativen Ordnungen* in Betracht zu ziehen. Diese Analyse des modernen Rechts geht davon aus, dass es, anstatt die beiden Theoriepole voreilig zusammenzuführen, überzeugender ist, anzunehmen, dass zwischen diesen beiden Polen noch viel Platz bleibt für ein grundlegendes Modell. Hier, so der Ausgangspunkt der Untersuchung, soll die *allgemeine Theorie der multiplen Differenzierung* nach Joachim Renn ihr Profil entfalten können, die es versteht, mikrologisch-pragmatistische

Perspektiven mit einer makrologisch-gesellschaftstheoretischen Reichweite zu verbinden, ohne die eine Seite gegen die andere auszuspielen.³⁵

Durch eine *grundlagentheoretische und grundbegriffliche Verknüpfung von Handlungs- und Systemtheorie* stößt die Verbindung von normativer und funktionaler Analyse des Rechts³⁶ auf einen fruchtbaren Boden, ohne sich dabei selbst schon in eine Theorie der normativen Integration der Gesellschaft zu verwandeln, bei der trotz funktionaler Differenzierung noch immer eine normativ-verbindende Klammer über gesellschaftliche Teilbereiche hinweg vorausgesetzt werden muss. Auf diese Weise wird die abstrakte Integration des Rechts »über den Köpfen« nicht kulturalistisch verkürzt³⁷ und die Eigenlogiken systemischer Operationen können theoretisch ausgeschöpft werden. Denn eine Überdeutung der linearen Durchschlagskraft von subjektiven Sinnsetzungen auf Makroordnungen muss vermieden werden, um die autonome Funktionsweise des Rechts begrifflich einholen zu können. Das heißt auch, dass die Makroebene – formal verstanden als die Ordnung transsubjektiver Institutionen, Strukturen oder Systeme – im Sinne der Weltgesellschaftstheorien (vgl. Greve, Heintz 2005) als nicht-reduzierbar ausgewiesen werden kann.

Die *Theorie multipler Differenzierung* möchte den Streit um den Primat der Differenzierungsformen dadurch auflösen, dass »unterhalb« der Ebene der funktionalen Differenzierung noch viel »Platz« für die »*entgegenkommende*« Form der Differenzierung vorgesehen bleibt.³⁸ *Kulturelle Pluralisierung* und *funktionale Differenzierung* bilden auf diese Weise zwei *gleichberechtigte*, aber sich *wechselseitig ergänzende und stabilisierende*

35 Einseitige Überdeutungen in die konstruktivistische oder repräsentationalistische Richtung werden auf diese Weise vermieden.

36 Die Unterscheidungen normativ/funktional, mikrologisch/makrologisch sowie handlungstheoretisch /gesellschaftstheoretisch sind dabei keinesfalls aufeinander abbildbar, sondern eher Dimensionen, die jeweils Unterschiedliches bezeichnen.

37 Die abstrakte Integration des Rechts wird darüber hinaus auch nicht auf den Referenzbereich des methodologischen Individualismus zurückgebogen. Bei Alfred Schütz wäre dieser Referenzbereich die »symbolische Appräsentation« (Schütz 1974).

38 Der Anklang an die Habermas'sche Figur der »entgegenkommenden Lebenswelt« ist beabsichtigt. Die Unterscheidung von System und Lebenswelt spielt in das Verständnis der Übersetzungsbeziehungen zwischen funktional differenzierten und kulturell pluralisierten Sphären hinein. Der Unterschied zur Habermas'schen Konzeption ist allerdings der, dass System und »Lebenswelt« (bei Renn: »Milieus« und intentionale Horizonte von Personen) in der Perspektive von pragmatisch angeregten Übersetzungsverhältnissen nicht in zwei entkoppelte Rationalitäten auseinanderfallen, sodass das System *linear* in die Lebenswelt hineinregiert (was sich bei Habermas in der »Verrechtlichungsthese« zeigt), sondern vielfältige nicht-lineare

Formen der Differenzierung der modernen Gesellschaft. Entscheidend ist, dass die Differenzierungsform der kulturellen Pluralisierung *nicht einfach nur eine sekundäre Differenzierung oder Subdifferenzierung innerhalb einer funktional differenzierten Gesellschaft* bildet, sodass beispielsweise Milieus dann nur noch Varianten der ›Kultur der Gesellschaft‹ sind (Renn 2006a: 411), während Organisationen (wie in der systemtheoretischen Perspektive) primär einem hierarchischen Differenzierungsprinzip folgen (Renn 2006a: 416ff.). Beide Differenzierungsformen unterscheiden sich radikal im *Differenzierungsmodus* (kulturell oder funktional) und in ihrem *Änderungsstil* (Änderung kontinuierlich, geführt durch implizite Erwartung und Enttäuschung oder Änderung ruckweise mit emergenten Schwellenübergängen, geführt über explizite Erwartungen, an scharf geschnittene Identitäten geknüpft, im ja/nein-Modus geltend).³⁹ Der Theorie *multipler* Differenzierung zufolge können abstrakte Einheiten das Problem der Respezifikation nicht eigenständig durch innere Differenzierung von Programmen und Semantiken lösen, da sie nicht von sich aus schon auf die Spezifika von Kontexten reagieren können. Umgekehrt können Milieus oder Personen nicht die Aufgaben von Organisationen oder Systemen übernehmen, indem sie durch innere Differenzierung (durch die Ausbildung von abstraktem Wissen und anderen Translaten) hinreichend auf Übersetzungsverhältnisse reagieren (Renn 2006a: 449). Es kann *keine vollständige Repräsentation »der Sprache einer anderen Integrationseinheit innerhalb derjenigen, in die übersetzt wird (und umgekehrt)«* geben (ebd.):

»Dieses Ziel, [...] die Fusion der getrennten Sprachen zu einer nun bis auf weiteres gemeinsamen Sprache, lässt sich mit der Aufrechterhaltung der Grenze und der Fortsetzung des ›Bedeutungsbruchs‹ zwischen Integrationseinheiten nicht vereinbaren. Fusion und vollständige Identität

»Translate« der Übersetzung (etwa: zwischen Systemen und Milieus) entstehen. Bei Habermas reicht der integrationstheoretische Verfassungspatriotismus aus, um personale Motive zu binden. Aus der Sicht der Theorie multipler Differenzierung muss die Analyse aber viel tiefer in die Ebene der personalen Motive vordringen. Das Recht wird ja nicht nur *akzeptiert* (und dann kann man noch immer weiter fragen: *wie* zeigt sich und was gilt alles noch als Rechtsakzeptanz?-), sondern auch *aktiv respezifiziert* und *befolgt* (›wie wird dem Recht Folge geleistet?‹). Dem impliziten kollektiven *Wissen*, *wie* etwas gemacht wird, muss ein eigener systematischer Stellenwert zukommen, sonst bleibt der »Kreislauf« der Macht repräsentationalistisch befangen.

39 Bei Renn taucht explizit der Begriff des »Integrationsmodus« auf (Renn 2006a: 67), zu dem der »Differenzierungsmodus« als Komplementärbegriff fungiert. Der Begriff des »Änderungsstils« ist bei Luhmann zu finden (Luhmann 2016: 16f.), er eignet sich aber, um die *phänomenale Struktur* einer Integrationsform näher zu beschreiben.

der Sprachen als Ergebnis von Übersetzungsbeziehungen (dauerhafter, stets neu aktualisierter Übersetzungsnotwendigkeit) würde *Entdifferenzierung* bedeuten, entweder also die Auflösung einer ›unterlegenen‹ Integrationseinheit im Zuge ihrer Angleichung und Eingliederung in eine andere, dominante Integrationseinheit, oder die Melange zweier vormalig getrennter Einheiten zu einer neuen, hybriden Einheit, die dann allerdings die Vorzüge der Differenzierung, die teilautonomen Integrationsleistungen von Einheiten, die unterschiedlichen Integrationsformen folgen, und ihr Zusammenwirken nicht gleichermaßen garantieren könnte« (ebd. 449f., Hvg. L.N.).

Kulturelle Pluralisierung und funktionale Differenzierung greifen auf je horizontaler und vertikaler Ebene *ineinander*, sind im strengen Sinne komplementär, nicht aber wechselseitig substitutiv. Sie bilden auf diesen beiden Differenzierungsachsen, die sich orthogonal zueinander verhalten, heterogene und gegeneinander ausdifferenzierte gesellschaftliche Teilbereiche aus, zwischen denen fortlaufend folgenreiche Beziehungen, eben »Übersetzungsverhältnisse«, bestehen.

Die konventionellen Verklammerungen von ›Organisation/formal‹ und ›Milieu/informell‹ erweisen sich dabei als zu kurz gegriffen, da sich bereits das Konzept der Organisation empirisch als *Hybrid*⁴⁰ aus formalen und informellen Integrationsmustern realisiert.⁴¹

Was auf den ersten Blick so aussehen mag, als sei mit den bisher genannten gegeneinander ausdifferenzierten Integrationseinheiten (»Systeme«, »Organisationen«, »Milieus« und »Personen«) nichts weiter gemeint als eine rein formalistische Angabe kategorial unterschiedener gesellschaftlicher Ordnungsmuster, die im Sinne von vorgefertigten ›Rezepten‹ und ›Bausteinen‹ eine bloß technische Anleitung der soziologischen

40 Organisationen haben eine formale und eine informelle Seite zugleich (!), denn sie müssen vermitteln zwischen Funktionssystemen und lokalen Kontexten. Insofern haben Sie zwar eine gewisse Funktion, aber Organisationen lassen sich deshalb nicht nur nach *einer* Differenzierungsform (der funktionalen Differenzierung) auflösen. Wenn die Formalisierung nicht das einzige Kriterium für die Differenzierung zwischen Organisationen sein kann, muss auch die kulturelle Differenzierung berücksichtigt werden. Dies ist der Unterschied zur Systemtheorie (ohne diese Konsequenz völlig auszuschöpfen: Vgl. Kühl 2007).

41 Analog nach ihrem Eigensinn differenziert sind Milieus, die, je nachdem, welchen Milieutypus man meint, komponiert sind entweder aus ›realen Gruppen‹ und intentionalen Perspektiven von Personen (konkrete Interaktionsmilieus) oder Semantiken und intentionalen Horizonten (Milieu als Sinnhorizont: gruppenspezifischer, kollektiver Habitus *ohne* hohe Interaktionsdichte: »Generation«) oder Milieus als symbolische Generalisierung mit Hang zum reflexiven Moment (Ich-Identität, Wir-Identität, ›Nation‹).

»Übersetzung« artikulieren, ist in Wahrheit stets an einer *systematischen Frage* ausgerichtet, die den »gesamten Exkurs in die Theorie der Übersetzung bewegt: Wie lässt sich das skizzierte Modell einer pragmatischen Übersetzung für die differenzierungstheoretische Problematik einer Integration der Integrationsformen und der Beziehung über Grenzen zwischen Integrationseinheiten hinweg nutzen?« (Renn 2006a: 177).

Man kann aus der Frage den Schluss ziehen, dass die Integration von Integrationen, solange die Letztauflösung *differenzierungstheoretisch* (und nicht integrationstheoretisch) bleibt und auf die Dekomposition von Identität *als* Differenz setzen will, selbst keine (positiv integrierte) *normative* sein kann. Einvernehmlich mit Luhmann wird man auch in der Theorie multipler Differenzierung sagen können, dass

»[d]ie klassischen Kandidaten für die normative Integration, die Kultur, die Moral, das Recht [...] zu Teilsystemen (oder, wie im Falle der Moral, zu einer Reflexionsform) [schrumpfen], die nur um den Preis dysfunktionaler Verzerrungen die Repräsentation und Steuerung der Einheit der Gesellschaft an sich reißen könnten (was sie auch in Luhmanns Beobachtungsperspektive natürlich versuchen können)« (Renn 2006a: 103f.).

Es kann keine übergeordnete zentrale Instanz geben, die zwischen den restlichen gesellschaftlichen Teilbereichen vermittelt. Überträgt man das differenzierungstheoretische Programm der Integration von unterschiedlichen Integrationsformen auf das Recht, ist es die erste Aufgabe, die naive, aber weit verbreitete Unterstellung zu dekonstruieren, dass das Recht und seine normative Bindungskraft (die innerhalb des Rechts schon vom stark Präskriptiven bis hin zum implizit normativ Praktischen reicht) *ungebrochen* in implizit normative praktische Gewissheiten des Alltags hinein regieren bzw. umgekehrt dass letztere sich eins zu eins zu juristischen Regeln verwandelt lassen. Es stehen immer steile *Übersetzungskaskaden* dahinter, selbst in dem eher unwahrscheinlichen Falle, dass ein Rechtsspruch von den beteiligten Parteien als gerecht empfunden wird. Ebenso wird selbst eine welt-umspannende Anerkennung von Menschenrechten nicht das strukturelle Problem lösen können, dass global anerkannte Menschenrechte in lokalen Kontexten auf kreative und auf missbräuchliche Auslegungen der Menschenrechte treffen, ohne die Rechte offiziell zu verletzen. Und doch wird man nicht behaupten wollen, dass Menschenrechte überhaupt keine normative Koordinationskraft hätten.

Steuerungstheoretische Reste müssen über Bord geworfen werden, weil sie repräsentationalistisch befangen sind. Das hartnäckige Vorurteil der quasi-natürlichen Legierung von rechtlicher Normativität und der Normativität der alltäglichen Lebenswelt kann besonders deutlich im Moment der juristischen Auslegung zum Ausdruck kommen, wenn etwa die juristische Innenperspektive angibt, sich an »den

gesellschaftlichen Wandel«⁴² anzupassen, indem beispielsweise ein »Tatbestand weit gefasst« wird (in den Generalklauseln). Soziologisch oder gesellschaftstheoretisch gesehen kann in der modernen Gesellschaft kein *linearer* Weg von den impliziten normativen Gewissheiten einer eingespielten Praxis (von der es unendlich viele gibt) zum anderen Extrem der explizit gesetzten, rechtlichen Normativität führen, die sich unabhängig von Akteuren geltend macht (»Integration über den Köpfen«). »Recht« und »Gesellschaft« sind längst unwiederbringlich auseinander getreten und auch die normative Forderung diese Kluft zu schließen oder wenigstens enger zu fassen, kann reale Differenzierungseffekte nicht rückgängig machen. Allein die juristische Unterstellung, dass es eine »Rechtstatsachenwirkung« oder eine effektive »Normenkontrolle« gebe, suggeriert die Möglichkeit des linearen Hindurchgreifens des Rechts in die Umgebung und sieht über zahlreiche Instanzen der Übersetzung hinweg, die die Linearität der Beziehungen strukturell verunmöglichen. Ebenso wenig sollte man innerhalb der (vorläufig nur idealtypisch gedachten) Einheit des Rechts vom linearen Charakter juristischer Begründungen ausgehen. Übersetzungen zwischen holistischen Sprachformen (»Integrationseinheiten«) sind prinzipiell nicht-linear, auch wenn sie sich zuweilen erfolgreich als Repräsentationen ausgeben.

Eine so verstandene Theorie der »Übersetzung des Rechts« zieht es jedenfalls ganz bewusst vor, Umwege zu gehen:⁴³ Die Übersetzungstheorie des Rechts will die *Eigenständigkeit heterogener normativer Ordnungen* (innerhalb und außerhalb der gesuchten Einheit des Rechts) *wahren, ohne im Umkehrschluss deren prinzipielle Unzugänglichkeit füreinander behaupten zu müssen*. Ziel ist es, die rechtsspezifische Normativität holistisch zu erschließen und den Begriff des Rechts differenzierungstheoretisch anzureichern.

Das Recht der modernen Gesellschaft übersetzungstheoretisch zu entfalten, bedeutet, es mit den Konsequenzen einer im vollen Sinne des Wortes »pragmatistischen Gesellschaftstheorie« zu rekonstruieren (Renn 2006). Nur so lassen sich einseitige Überdeutungen vermeiden: Die Beziehungen zwischen ausdifferenzierten normativen Ordnungen sind *weder als lose zersplittert noch als fusionierend-verschmolzen aufzufassen* (vgl. mit Bezug auf die Gesellschaft: Schwinn 2008: 357). Die Theorie der Übersetzung lokalisiert sich selbst *zwischen* den Polen der

42 Beispielsweise innerhalb von Verweisungsnormen (Verweise auf soziale Normen) oder anderen Einfallstoren für Wertungen, wenn etwa explizit die Rede von »Wertewandel« und »wertungsoffenen Normen« ist, oder bei der auch subjektiv teleologischen Interpretation, die sich auf den fiktiven Gesetzgeber und dessen Wertungen bezieht.

43 Über die Notwendigkeit »Umwege [zu] [g]ehen« mit Bezug auf soziale Milieus: Renn 2014: 332.

Identität und Differenz auf der Ebene der Integration von heterogenen Integrationen, die in ihrer Einheit für einander *unerreichbar* bleiben müssen (Renn 2006a: 135), zwischen denen aber *praktisch spürbare* Reibung besteht.

Wo von der ›Übersetzung des Rechts‹ die Rede sein wird, kann die vielfach beschworene ›Einheit in der Vielfalt‹ rechtlicher Normgeltung weder referenzlose ›Fiktion‹⁴⁴ noch bloßes ›Faktum‹⁴⁵ sein. Die in der heutigen Rechtstheorie nach wie vor vielfach gesuchte und postulierte *Einheit des Rechts* kann, wenn überhaupt, dann nur höchst *indirekt im Durchgang durch »Kaskaden« der Übersetzung normativer Ordnungen erschlossen*, niemals aber unmittelbar empirisch ›vorgefunden‹ oder freischwebend ›erfunden‹ oder fingiert werden. Diese Formel ist mehr als eine methodische Auskunft, die nur für die/den Soziologin/en oder die/den Rechtstheoretiker_in gilt, der das Recht auf seine Einheit unter modernen Bedingungen befragt. Sie besagt vielmehr, dass sich das Recht *empirisch* in einem gesellschaftlichen Gefüge aus Übersetzungskaskaden lokalisiert. Genauer gesagt, ist das Recht *die Einheit der Differenz zwischen dem Recht als Funktionssystem und den außersystemischen Rechtstranslaten*. Damit ist gesagt, dass die Einheit des Rechts der Gesellschaft *mehr* sein muss als das Recht als Funktionssystem, was wiederum nicht bedeutet, dass die systemische Autonomie des Rechts so gleich aufgegeben werden muss.

Mit diesem Schritt geht die ›Übersetzung des Rechts‹ mit guten Gründen auf Abstand zu den möglichen, aus diesen epistemologischen Extremen meist voreilig gestellten, *empirischen* Diagnosen, in welchen sowohl die ›Fragmentierung‹ und ›Auflösung des Rechts‹ als auch seine explosionsartige ›Ausdehnung‹ und Zunahme der Verrechtlichungstendenzen festgestellt und gegebenenfalls dann wiederum normativ beklagt wird. Ein übersetzungstheoretisch entfalteter Rechtsbegriff muss, ehe er nach stets partikular bleibenden Maßstäben entweder pathologische oder erwünschte Entwicklungen des modernen Rechts ausmacht oder gar Prognosen stellt, sich damit auseinandersetzen, was es auf der Ebene der Integration *zweiter* Ordnung deskriptiv wie normativ heißt, dass zwischen normativen Ordnungen *übersetzt* wird, nicht aber normative Sinngehalte übertragen bzw. zum Verschwinden gebracht werden. Ein wesentlich kompakterer Zugriff auf eine abstrakte oder gar substantielle Einheit des Rechts ist aufgrund gesteigerter gesellschaftlicher Komplexität nicht möglich. Etwaige empirische Analysen sind deshalb in hohem Maße auf eine der Theorie der multiplen

44 Etwa im Sinnes des Codes, der die Einheit vertritt: Luhmann 1983b; Zur ›Einheitsfiktion des Rechts‹ siehe: Günther 2001: 556.

45 Günther spricht vom ›Faktum des Rechtspluralismus‹ (Günther 2001: 541).

Differenzierung des Rechts eigens zugeschnittene Fallspezifika angewiesen.⁴⁶

Unser Gegenstand ist das Recht der Weltgesellschaft im Horizont von unterschiedlich gegeneinander abgegrenzten normativen Ordnungen, die *in der Rekonstruktion* gegeneinander in Bewegung geraten. Die seit der Systemtheorie vielfach postulierte *hohe Formstabilität* des Rechts bei insgesamt *hoher Rechtsvariation* (eine Formel Luhmanns, die eher zu theoretischen Inkonsequenzen als zu echtem ›Paradoxienmanagement‹ verleitet), findet erst unter den Bedingungen der *multiplen Differenzierung* der Gesellschaft ihre Verwirklichung, die in die Entfaltung des Rechtsbegriffs einbezogen werden müssen.

Der sich aus der Theorie der Übersetzungsverhältnisse ergebende Begriff des Rechts ist zunächst normativ neutral, was nicht ausschließen soll, dass das Recht gerade als funktional ausdifferenziertes System der Weltgesellschaft in seiner normativen Bindungswirkung effektiv analysiert werden kann. Die Analyse der normativen Reichhaltigkeit des Rechts, zu der auch das Funktionssystem gehört, kann nicht ohne den Rücklauf auf niedrigschwelliger aggregierte Integrationsordnungen des Rechts (›Recht als Kultur‹⁴⁷) erfolgen. *Recht als kulturelle Lebensform sorgt schließlich für die »normative Wiederaufladung« des Rechts in seiner funktionalen Differenzierung* (Abschnitt 4.2.3). Die normative Wiederaufladung des funktional differenzierten Rechts vollzieht sich aber nicht in linearer Verlängerung des kulturellen Arrangements, das in das Recht als Funktionssystem hineinragt, sondern, wie sollte es anders sein, vermittelt von weit ausgreifenden Übersetzungsverhältnissen.⁴⁸

Die Luhmann'sche Systemtheorie wird einen Hauptbezugspunkt der Auseinandersetzung bilden, da zu großen Teilen noch immer sie es ist, die die gegenwärtig etablierte Rechtssoziologie nicht nur zu voreiligen deskriptiven ›Beobachtungen‹ oder zur einseitigen Optik vom ›Primat‹ funktionaler Differenzierung verführt, sondern auch dafür verantwortlich

46 Die allgemeine Theorie der Übersetzungsverhältnisse führt deshalb von einer pragmatistischen Gesellschaftstheorie mit allen Konsequenzen über zu ihrer eigenen Methodologie, der sogenannten ›makroanalytischen Tiefenhermeneutik‹.

47 Die kultursoziologische ›Recht als Kultur‹-Forschung, wie sie beispielsweise von Werner Gephart unter Rückgriff auf Weber und Durkheim vorgenommen wird, deckt dementsprechend *nur einen Teil des Gegenstandes* ab und verleiht ihm dadurch einen *kulturalistischen bias* (dazu: Gutmann 2015).

48 Die übersetzungstheoretische Wendung ist dezidiert *keine* Kulturtheorie des Rechts, die auf eine ›kulturalistische Wende der Rechtswissenschaft‹ abzielt oder Kultur unvermittelt als Geltungsquelle des Rechts veranschlagt (vgl. Gutmann 2015).

zu machen ist,⁴⁹ dass neuere systemtheoretische Ansätze auf der Tendenz der Umpolung der Funktion des Rechts von normativen auf kognitive Erwartungen beharren (und daraus die empirische Diagnose der Entdifferenzierung behaupten und die Auflösung des Rechts und seiner normativen Bindungskräfte nahelegen). Die Behauptung des Trends zur Anpassung an den kognitiven Erwartungsstil geht allerdings zu weit, da übersehen wird, dass rechtliche Normativität eine normativ-operative Schranke gegen fortschreitende Entdifferenzierung einzieht.⁵⁰

Gleichzeitig ist es aber auch die Systemtheorie, die offensichtlich unhintergehbare Theoriestandards gesetzt hat, wie etwa wie »Beobachtung zweiter Ordnung«.⁵¹ Die Theorie der multiplen Differenzierung von normativen Ordnungen muss *Theoriestandards* wie diese erkennen und in sich aufnehmen können.

Das Programm der »Übersetzung des Rechts« nimmt auf der Basis seiner Unterscheidungen zwischen verschiedenen Formen und Ebenen des Rechts für sich in Anspruch gleichsam *von selbst* in die Fragestellungen aktueller Debatten im Umkreis des »Neuen Rechtspluralismus« überzugehen. Sie knüpft somit an jüngere Konzeptualisierungen des Rechts in der Weltgesellschaft und der rechtssoziologischen Vorstellung von »Recht ohne Staat« an und gibt einen systematischen Überblick über den gesellschaftlichen Teilbereich des »pluralistisch verfassten« Rechts, wirft aber in entscheidenden Aspekten ein korrigierendes Licht auf den gängigen rechtspluralistischen Rechtsbegriff bzw. auf daraus resultierende Gegenwartsdiagnosen.

1.5 Aufbau

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Sie hat bereits mit der grundlagentheoretischen Weichenstellung zwischen konstruktivistischen und

49 Die Luhmann'sche Systemtheorie ist insofern selbst für diese Radikalisierung verantwortlich zu machen, als Luhmann bereits die These aufstellte, dass die Weltgesellschaft sich primär im kognitiven Erwartungsstil konstituieren werde (Luhmann 1972: 340) und er damit eine Umpolung des Rechts auf die Prädominanz eines kognitiven Erwartungsstils in der Weltgesellschaft nahelegt. Diese Erwägung bezeichnen Marc Amstutz und Vaios Karavas als »juristischen Quantensprung« (Amstutz/Karavas 2009: 647). Aber auch wenn man von Luhmanns expliziter Ankündigung der Funktionsverschiebung des Rechts absieht, finden sich auch theorieimmanente Gesichtspunkte, unter denen die Tendenz zum Kognitivismus nur konsequent ist.

50 Die Anpassung der Rechtsfunktion an kognitive Erwartungen, wie es Amstutz und Karavas (2009) postulieren, würde zur Entdifferenzierung führen (vgl. Abschnitt 3.6).

51 Auch wenn der Beobachtungsbegriff konstruktivistisch befangen ist (vgl. Renn 2012a: 30).

repräsentationalistischen Rechtstheorien begonnen, zwischen denen der Platz ist, um das Spezifikum des rechtlich Normativen näher einzugrenzen (Teil eins). Zu diesem Zweck folgt im weiteren Verlauf ein kursorischer Überblick über die Vielfalt der Herausforderungen des sogenannten »Neuen Rechtspluralismus.« In diesem zweiten Teil soll die »neue Unübersichtlichkeit« des Rechts so organisiert werden, dass sie sowohl im Gegenstandsbereich (auf der Ebene der »empirischen Beobachtung«) als auch auf der Ebene der Rechtstheorien thematisiert wird. Bei einer »Theorie« und ihrer sogenannten empirischen »Anwendung« hat man es immer wieder mit der grundlegenden Schwierigkeit zu tun, das Material nicht von den Begriffen lösen zu können. In wohl kaum einem anderen soziologischen Gegenstandsbereich werden normative und deskriptive Befunde so tiefgreifend miteinander kombiniert und konfundiert. So können die empirisch-pluralistischen Ausformungen des Rechts ihre Spuren in der Theoriebildung in Form von ganz unterschiedlichen, bisweilen auch widerstreitenden Annahmen über ihren Gegenstand hinterlassen. Aus diesem Grunde wird es bereits in diesem Abschnitt unerlässlich, einige wenige Vorgriffe auf spätere Argumentationen zu machen, die hinreichend erst im vierten Teil entfaltet werden können. Gerade die eigentümliche Durchmischung normativer und deskriptiver Zugriffe auf das Recht eröffnet die Möglichkeit, die spezifischen Dynamiken des modernen Rechts, insbesondere des modernen Rechtspluralismus, systematisch zu identifizieren.

Diese ersten beiden Abschnitte widmen sich in teils einführender und programmatischer, teils grundlagentheoretisch-argumentativer Perspektive der Aufbereitung des aktuellen Forschungsstands zum Rechtspluralismus, indem das Problem eines normativen Rechtsbegriffs angesichts der (Welt-)Gesellschaft an einschlägigen Konzepten und Begriffen des Rechts vorgestellt, entwickelt und konkretisiert werden kann.

Der dritte Abschnitt geht schließlich über zu einer Problematisierung der klassisch (rechts)soziologischen Funktionszuschreibung des Rechts als normativer Integrator der Gesellschaft. Hier soll darauf aufmerksam gemacht werden, dass die klassische soziologische Idee der normativen Integration durch das Recht ein noch immer tief sitzender Stachel in den Theorien des »Neuen Rechtspluralismus« ist, der dem Anspruch entgegensteht, sowohl einen Rechtsbegriff zu etablieren, der der modernen Gesellschaft angemessen ist, als auch die empirische Vielfalt von Globalisierungstendenzen zu berücksichtigen. Dies dient der Vorbereitung der systemtheoretischen Konzeptualisierung des Rechts.

Die Schranken, die bei einer normativistischen Auffassung des Rechts im Lichte der Analysen aktueller rechtspluralistischer Positionen zum Vorschein treten, werden wohl durch keine andere Theorie so radikal aufgehoben wie durch die Luhmann'sche Systemtheorie. Einerseits gewinnen hier die *Autonomie* und der *Begriff* des Rechts so stark an Kontur, dass die Anziehungskraft der Systemtheorie auf rechtspluralistische Theorien

und Positionen plausibel wird. Andererseits geht die klassische Systemtheorie in ihrer Kritik an normativistischen Auffassungen vom Recht so weit, dass nicht nur das Programm der normativen Integration der Gesellschaft verworfen wird, sondern mit ihm auch gleich die hinreichende Ausdeutung der Funktionsweise des Rechts – nämlich mit Bezug auf seine normative Bindungskraft, sprich seinen effektiv motivierenden Verpflichtungscharakter.

Der dritte Abschnitt setzt sich somit vorwiegend mit der ›klassischen‹ systemtheoretischen Perspektive auseinander und konzentriert sich dabei auf die Unvollständigkeiten einer funktional(istisch) gedeuteten Analyse des Rechts, die, wie gezeigt wird, mindestens drei Aspekte aufweist: Erstens zeigt die Systemtheorie des Rechts bei genauerem Hinsehen, dass sie – entgegen aller erklärten Absichten – keineswegs den eingeforderten Abstand zum *methodologischen Nationalismus* (vgl. Beck 1997) gefunden hat. Das Recht der Gesellschaft, welches Luhmann beschreibt, ist noch immer ein nationalstaatlich gedecktes Recht, das auf eine auf Dauer gestellte strukturelle Kopplung mit der Politik, welche ebenfalls vorwiegend auf nationaler Ebene operiert, angewiesen ist. Zweitens hat sie keine vollständige Ausdeutung des Rechts im Sinne einer *Vielzahl der möglichen phänomenalen Erscheinungsweisen des modernen Rechts* geleistet, die vergleichbar wäre mit Theorien des neuen, global gewordenen Rechtspluralismus. Dieser *Mangel in der Beschreibungskapazität* der Systemtheorie kann als eine Folge aus dem versteckten methodologischen Nationalismus verstanden werden, der sich eher noch auf klassische Rechtsphänomene (etwa Gerichtszentriertheit) beschränkt. Drittens schließlich *leidet die Erfassung der spezifischen rechtlichen Normativität unter der funktionalistischen bzw. kognitivistischen Umdeutung*.

All diese Mängel verführen (oder nötigen gar) jene jüngeren rechtspluralistischen Positionen, die an der Systemtheorie orientiert sind, umso mehr zur Wiedereinführung einer normativistischen Sicht auf das Recht – bei gleichzeitiger Beibehaltung systemtheoretischer Prämissen (»Kritische Systemtheorie«, dazu: Fischer-Lescano 2013). Einen darum nicht mehr nur kursorisch-veranschaulichenden Charakter, sondern vielmehr systematischen Stellenwert gewinnt schließlich die den dritten Teil abschließende Problematisierung der an der Systemtheorie orientierten jüngeren Rechtssoziologie in der Teubner'schen Linie, die zwar viele der grundbegrifflichen Prämissen der Systemtheorie aufgreift, aber auch gezielt auf Abstand zur rein kognitivistischen Fassung rechtlicher Normativität geht.⁵²

Im vierten Abschnitt werden die wichtigsten bisher erörterten theoretischen Problemstellungen auf einen fruchtbaren Boden stoßen, indem

52 Sodass dies eine Position der oben vorgestellten, dritten Variante darstellt, bei der die normative und die funktionale Analyse verklammert werden.

Renns allgemeine Theorie multipler Differenzierung (Renn 2006) auf den Spezialfall des modernen Rechts bezogen und angewandt wird. Die Rekonstruktion des modernen Rechts in seinen »Übersetzungsverhältnissen« versteht sich ihrem Anspruch nach als eine holistische Ausdeutung des modernen Rechts angesichts des sogenannten »globalen Rechtspluralismus«, die vor vereinseitigenden Überdeutungen rechtlicher Normativität ebenso gefeit ist wie vor theoretischen Unvereinbarkeiten zwischen normativer und funktionaler Analyse. Dass sie mehr ist als ein freies Spiel mit verschiedenen Theoriefiguren aus dem Dreieck zwischen Systemtheorie, Pragmatismus und Phänomenologie, zeigt sich darin, dass man in größtmöglicher Anknüpfung an bereits etablierte Ansätze und bekannte Motive aus der Rechtstheorie zu *anderen Einschätzungen* über die Einheit und den Charakter des modernen Rechts kommen wird als vermittels Theorien, die entweder nur funktionalistisch oder nur normativistisch bzw. beides, aber in inkonsistenter Zusammenstellung, sind. Es ergeben sich auch andere Vermutungen über die empirische Lage des Rechts in der Weltgesellschaft. Übersetzung bzw. multiple Differenzierung, dies soll deutlich werden, macht den Unterschied ums Ganze.

Dieser letzte Abschnitt zieht die Konsequenzen aus den ersten drei Teilen und liefert eine theoriegeleitete Skizze zu einem Rechtsbegriff, der nicht nur den Phänomenen des Neuen Rechtspluralismus besser gerecht werden kann als eine Konzeptualisierung, die ausschließlich mit dem Theorem der funktionalen Differenzierung arbeitet, sondern auch eine adäquatere Analyse des ›Rätsels rechtlicher Normativität‹ ermöglicht. Im Zentrum stehen die Rolle der *impliziten Normativität* und deren systematische Tragweite für eine nicht-reduktionistische Auffassung von rechtlicher Normativität. Mit Blick auf den normativen Pluralismus der Weltgesellschaft und die Beurteilung gängiger rechtssoziologischer Gegenwartsdiagnosen ist die Rolle der impliziten Normativität kaum zu unterschätzen. Genauer gesagt, soll vor dem Hintergrund der Renn'schen Gesellschaftstheorie eine Verbindung zwischen den abstrakten normativen Gehalten des Rechts und der basal-pragmatischen, impliziten Normativität der Regelfolge hergestellt werden. Die implizite Normativität wird damit auch zum Schlüssel für die Frage nach der *Art der Verbindung* von normativen Ordnungen untereinander, die weder völlig voneinander losgelöst sind noch bruchlos ineinander übergehen.⁵³

Das Herzstück des abschließenden Teils, in dem die Rolle der impliziten Normativität systematisch zum Tragen kommt, bildet der Abschnitt 4.2 zur »rechtsspezifische[n] Konkretisierung« der allgemeinen Theorie

53 Diese Verbindung ist gekennzeichnet durch *indirekte Referentialität*. Sie unterscheidet sich vom naiven Repräsentationsverhältnis und der radikalen System/Umwelt-Beziehung.

der multiplen Differenzierung, bei der zwei dominante, aber widerstrebende Tendenzen und Grenzen des Rechts in der Weltgesellschaft vorgestellt werden: die »normative Wiederaufladung« des funktional differenzierten Rechts durch Übersetzung (Nähe des Rechts zur Moral) sowie die komplementäre Ausformung des Rechts qua »normativer Entladung« (die Nähe des Rechts zur Wirtschaft). In diesem letzten Teil soll plausibel gemacht werden, dass es sich im »Kampf um den Rechtspluralismus« und bei der damit verbundenen Suche nach der Einheit in der Vielheit lohnt, die Umwege von »Übersetzungskaskaden« in Kauf zu nehmen, weil nur diese zum Ziel führen.