

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

## Inhalt

I. Rechtliche Normativität zwischen Konstruktion und Repräsentation . . . . .	9
I.1 Zur konstruktivistischen Reduktion von rechtlicher Normativität . . . . .	10
I.2 Zur repräsentationalistischen Überdeutung von rechtlicher Normativität . . . . .	15
I.3 Die dritte Variante: Voreilige Verbindungen von normativer und funktionaler Analyse . . . . .	19
I.4 Jenseits von Konstruktivismus und Repräsentationalismus: Vorgriff auf das Recht im Horizont der Theorie multipler Differenzierung . . . . .	26
I.5 Aufbau . . . . .	34

2.	Die Herausforderung und der Begriff des Neuen Rechtspluralismus . . . . .	39	3.1.5	Parallelen zu Luhmanns Rechtsbegriff und Folgen für die soziologische Analyse . . . . .	106
2.1	›Normativer (begrifflicher) Rechtspluralismus: konzeptuelle Herausforderungen, mögliche Theoriekandidaten und methodische Verzerrungen des Rechtsbegriffs . . . . .	41	3.1.6	Autopoietische Autonomie des Rechts und Bruch mit der Repräsentation II . . . . .	110
2.2	Kritik der neuen Weltrechtsordnung am Beispiel von K. Günthers Diskurstheorie: Recht und Macht I . . . . .	48	3.1.7	Systemtheoretische Kritik an Theorien der normativen Integration . . . . .	111
2.3	›Deskriptiver Rechtspluralismus: von der lokalen Bukowina zu den globalen Herausforderungen . . . . .	55	3.2	Grundzüge der Systemtheorie: Zur allgemeinen Theorie sozialer Systeme . . . . .	113
2.4	Rechtssoziologische Kritik an Ehrlichs Konzeption des Rechtspluralismus . . . . .	59	3.2.1	Das Gesellschaftssystem und die (systemtheoretische) Selbstbeobachtung . . . . .	114
2.5	Zur Wirkungsgeschichte Ehrlichs: monistische und dualistische Rechtsbegriffe (›schwacher‹ Rechtspluralismus) . . . . .	60	3.2.2	Funktionale Differenzierung, Funktionsorientierung und Codierung . . . . .	117
2.5.1	Globales Recht ohne Staat – die Transnationalisierung des Rechts (›starker‹ Rechtspluralismus) . . . . .	63	3.2.3	Kommunikation statt Handlung . . . . .	121
2.5.2	Exkurs I: Die Entdeckung des ›frühen‹ Rechtspluralismus (Wesel, Vesting, Landwehr) . . . . .	68	3.2.4	Der Normbegriff der Systemtheorie . . . . .	124
2.5.3	Exkurs II: Der ethnologische Rechtspluralismus . . . . .	76	3.3	Das Recht in der Perspektive der Systemtheorie . . . . .	128
2.5.4	Kritik der neuen Weltrechtsordnung am Beispiel der lex mercatoria: Recht und Macht II . . . . .	78	3.4	Die inoffizielle Version – theorieimmanente Kritik der Systemtheorie . . . . .	137
2.6	Was ist ›neu‹ am Neuen Rechtspluralismus? Normative Krisenträchtigkeit und soziale Differenzierung . . . . .	80	3.4.1	Die ambivalente Autonomie des Rechts – strukturelle Kopplung oder Funktionsverschränkung zwischen Recht und Politik? . . . . .	139
2.7	Zusammenfassung: Die notwendigen Umwege über Übersetzungsverhältnisse . . . . .	85	3.4.2	Problematische Kopplungen in der Rechtsdurchsetzung . . . . .	143
3.	Die Autonomisierung des Rechts: Positivierung und Selbstbegründung . . . . .	88	3.4.3	Globales Recht: Soft law und Recht ohne Rechtsdurchsetzung . . . . .	149
3.1	Exposition: Wege in die Abstraktion rechtlicher Normativität . . . . .	88	3.4.4	Problematische Kopplungen in der Rechtsprechung . . . . .	152
3.1.1	Positivierung und Selbstbegründung des Rechts – von der Theorie normativer Integration zur Theorie funktionaler Differenzierung . . . . .	91	3.4.5	Die Identifikationsformel des Rechtsstaats . . . . .	156
3.1.2	Die klassische Vorstellung: Recht als normativer Integrator der Gesellschaft (Durkheim) . . . . .	93	3.4.6	Der Zeitlichkeitsaspekt der strukturellen Kopplung . . . . .	161
3.1.3	Kritik an Durkheims Theorie der normativen Integration der Gesellschaft. . . . .	99	3.4.7	Rechtsphänomene jenseits eines ›methodologischen Nationalismus‹ . . . . .	164
3.1.4	Autonomisierung des Rechts und Bruch mit der Repräsentation I: Kelsens Begriff des Rechts . . . . .	103	3.4.8	Systemtheoretische Sterilisierung rechtlicher Normativität . . . . .	169
			3.4.9	Einseitigkeiten des Primats der funktionalen Differenzierung und die Ausblendung der performativen Ebene. . . . .	184
			3.5	Funktionale Verwirrungen zwischen Recht und Politik? . . . . .	193
			3.6	Folgeprobleme in der neueren systemtheoretischen Rechtssoziologie und systemtheoretische Varianten des Neuen Rechtspluralismus . . . . .	195
			3.6.1	Die Ausweitung des Systemsbegriffs und des funktionalistischen Korsetts. . . . .	197
			3.6.2	Die Wiedereinführung einer normativistischen Sicht – was eine normative Wiederaufladung des Rechts nicht bedeutet . . . . .	202

3.6.3	Die Prognose der Funktionsumstellung auf kognitive Erwartungen . . . . .	206	4.3	Den normativen Pluralismus differenzierungstheoretisch ordnen . . . . .	286
3.6.4	Der normativistische Kurzschluss in der systemtheoretischen Perspektivierung der neuen Weltrechtsordnung . . . . .	211	4.3.1	Differenzierung oder Entdifferenzierung des Rechts? . . . . .	287
3.6.5	Der empiristische und reflexionstheoretische Kurzschluss: die Linierarisierung von Grenzüberschreitungen und die Grenzen von Reflexionstheorien . . . . .	217	4.3.2	Drei Achsen der Differenzierung im Rechtspluralismus (funktional, kulturell, regional) . . . . .	292
3.6.6	Der praxistheoretische Kurzschluss: eine methodenfreie Theorie der Praxis . . . . .	225	4.3.3	Der Rechtspluralismus zwischen Universalismus und Kontextualismus . . . . .	296
3.7	Resümee: Rechtliche Normativität – eine Positionsbestimmung zwischen systemischer Autonomie und kultureller Praxis . . . . .	230	4.3.4	Das Verknüpfungsdiesiderat von Handlungs- und Gesellschaftstheorie in Rechtspluralismuskonzepten . . . . .	298
4.	Die übersetzungstheoretische Alternative: Die Theorie multipler Differenzierung . . . . .	235	4.4	Conclusio: Rechtssoziologische Rückbezüge . . . . .	303
4.1	Handlungskoordination durch Übersetzung: Übersetzung ist keine Metapher . . . . .	239	4.4.1	Die Rolle des impliziten Wissens und der ›performativen Rechtserzeugung‹ im rechtstheoretischen Kanon . . . . .	303
4.1.1	Sprachspiele und Registerdifferenz. . . . .	246	4.4.2	Ehrlichs Begriff der Rechtskultur im Horizont der multiplen Differenzierung . . . . .	312
4.1.2	Ein ›starker‹ Begriff des impliziten Wissens und seine normative Dimension . . . . .	251	4.4.3	Parallelen und Differenzen zum systemtheoretischen Zugang . . . . .	314
4.1.3	Zur ›Rationalität‹ des impliziten Wissens: ›indirekte Referentialität‹ statt ›operativer Schließung‹ . . . . .	257	4.4.4	Zur Einheit des Rechts in der Vielfalt seiner Translate . . . . .	319
4.1.4	Das Recht welcher Gesellschaft? – Zur ›impliziten Einheit der Gesellschaft‹ und Koordination zweiter Ordnung . . . . .	263	5.	Fazit . . . . .	325
4.2	Die rechtsspezifische Konkretisierung von Übersetzungsverhältnissen: Typen der Übersetzung des Rechts-Systems . . . . .	269		Danksagung . . . . .	327
4.2.1	Differenzierungstheoretische Vorüberlegungen zur Normativität des Rechts . . . . .	270		Literatur . . . . .	328
4.2.2	Evolutionärer Vorlauf: »doppelte Selektionsverstärkung« . . . . .	271			
4.2.3	Die (indirekte) normative Wiederaufladung des funktional differenzierten Rechts: Der Typus des reflexiven soziokulturellen Milieus als ›effiziente‹ Ressource für die Rechtsfunktion . . . . .	274			
4.2.4	Die normative Entladung des Rechts: Zur kognitivistischen Umfunktionierung des normativen Geltungssinnes des Rechts durch den Typus des instrumentalisierenden Milieus . . . . .	282			
4.2.5	Normative Arbeitsteilung: Zur Lage des Rechts in der multipel differenzierten Gesellschaft. . . . .	285			

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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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