

Gunther Teubner, London

Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*

„Es ist wie in der alten, noch nicht von ihren Göttern und Dämonen entzauberten Welt, nur in einem anderen Sinne: wie der Hellene einmal der Aphrodite opfer- te und dann dem Apollon und vor allem jeder den Göt- tern seiner Stadt, so ist es entzaubert und entkleidet der mythischen, aber innerlich wahren Plastik jenes Verhaltens, noch heute. Und über diesen Göttern und in ihrem Kampf waltet das Schicksal, aber ganz gewiß keine Wissenschaft“. (Max Weber, 1968: 605).

I.

Der letzte eine Gott, dem das Recht heute opfern soll, heißt *rational choice*. In den letzten dreißig Jahren hat sich, mit besonderer Inbrunst vor allem an den nordamerikanischen law schools, eine quasi-religiöse Wissenschaftsbewegung ausgebreitet, die den Anspruch erhebt, nach dem – wie ihr Hoher Priester Richard Posner sagt – „Niedergang des Rechts als autonomer Disziplin“ (Posner, 1987) die neue Rechtsuniversalität zu verkörpern. Transaktionskostentheorie, Theorie der Eigentumsrechte, *public choice* und ökonomische Analyse des Rechts sind verschiedene Strömungen einer Bewegung, die den ausgelaugten Begriff der Gerechtigkeit durch das Ideal ökonomischer Effizienz des Rechts ersetzen will. Der neue Monotheismus spricht mit dem Pathos eines Naturrechts, zugleich im Namen der „Natur“ und im Namen der „Vernunft“. Die inneren Gesetzmäßigkeiten von Markt und Organisation sind die Natur der modernen Gesellschaft, die das Recht nicht verletzen darf. Und die Philosophie der „rational choice“ arbeitet die Vernunftprinzipien dieser Ordnung aus, die auch für das Recht Geltung beanspruchen (Barry, 1989).

Die Rechtsökonomik stilisiert sich als Ergebnis eines Paradigmenwechsel, der ältere moralisch-politische Orientierungen des Rechts vollständig ablöst und in ihrem Ausschließlichkeitsanspruch keine anderen Paradigmata neben sich duldet (z.B. Priest, 1990). „Du sollst keine andren Götter haben neben mir“. Sie beruft sich hierfür besonders auf ihren historischen Sieg in modernen Sozialordnungen, auf die gesellschaftsweite, heute geradezu weltweite Institutionalisierung ökonomischer Rationalität. Darin liegt gewiß ihre große Stärke. Denn wer kann sich dem Argument entziehen, daß die moderne Gesellschaft Wirtschaftsgesellschaft ist und daß ein modernes Recht marktadäquate, wirtschaftsadäquate Rechtsformen zu entwickeln hat?

Zugleich aber liegt gerade darin ihre große Schwäche. Denn über das Privileg gesellschaftsweiter Institutionalisierung verfügt die ökonomische Vernunft nicht allein. In der Tat, ein Paradigmawechsel hat stattgefunden, doch er geht in eine gänzlich andere Richtung. Es geht nicht um die Ablösung eines moralisch-politischen

* Für wertvolle Kritik danke ich Anton Schütz und Urs Stäheli.

Monotheismus durch einen ökonomischen Monotheismus, die das Recht nun nachzuvollziehen hätte. Vielmehr wandelt sich der Monotheismus der Vernunftmoderne zu einem spätmodernen Polytheismus, zu einer Vielgötterei der Partialrationalitäten, auf die das Recht anders als mit der bloßen Inkorporierung des einen neuen Gottes reagieren muß.

Neben der Wirtschaft sind es vor allem die Politik, die Wissenschaft und Technologie, das Gesundheitswesen, das Mediensystem, das Recht selbst und vielleicht auch die lebensweltliche Moral, die je für sich eine eigensinnige Rationalität ausgebildet haben. Sie sind alle von einem merkwürdigen Widerspruch gezeichnet. Einerseits haben sie als hochgetriebene Teilrationalitäten nur partiellen Charakter. Andererseits sind sie faktisch gesellschaftsweit institutionalisiert und erheben auch normativ Anspruch auf universale Geltung. So ist das Kosten-Nutzen-Kalkül der ökonomischen Rationalität im Prinzip nur in wirtschaftlichen Transaktionen institutionalisiert, die Ökonomisierung jedoch ergreift die ganze Gesellschaft und der Anspruch der rational choice geht aufs Handeln in sämtlichen gesellschaftlichen Kontexten (Esser, 1991). Rational choice verlangt entsprechend auch Rechtsgehorsam. Effizienz statt Gerechtigkeit. Das gleiche trifft für die demokratisch-konsensuelle Fundierung der Macht als Kern politischer Rationalität zu, die typisch nur in politischen Institutionen verkörpert ist, deren Entscheidungen jedoch kollektive Verbindlichkeit verlangen. Das Ideal der Demokratie fordert gesellschaftsweite Geltung und entsprechende Verwirklichung im Recht. Demokratische Legitimität gilt heute als die alleingültige Basis des Rechts. Vorurteilslose Wahrheitssuche wiederum als Kern wissenschaftlicher Rationalität ist im Prinzip nur in Forschung und Lehre institutionalisiert. Doch ist die Verwissenschaftlichung eine gesellschaftsweite Angelegenheit, die auch dem Recht eine wissenschaftliche Einstellung abverlangt. Moralische Maßstäbe schließlich bilden sich typisch nur in konkreten kleinformigen Interaktionen als Ausweis wechselseitiger Achtung. Doch beansprucht die Moral, besonders in ihren akademischen Ausformungen als philosophische Moral- und Ethiksysteme, die Regelungshoheit über sämtliche gesellschaftliche, heute besonders ökologische Fragen und verlangt, auch in Rechtsfragen gehört zu werden.

Handelte es sich bei diesen neuen Glaubensmächten um bloße luftige Theoriekonstrukte, um bloße philosophische Abstraktionen, dann könnte das Recht leicht ihre Universalitätsansprüche als akademisch abwehren. Die neuen vielen Götter erschaffen jedoch nicht blasse Ideologien, sondern konstituieren konkrete Lebensordnungen – „stählerne Gehäuse der neuen Hörigkeit“ oder sollte man heute sagen: „Computernetzwerke der neuen Hörigkeit“ –, die ihre Basis in der gesellschaftlichen Praxis selbst haben. Diese universalen Partialordnungen verfügen über eine eigentümliche Kombination von fünf Merkmalen gesellschaftlicher Wirksamkeit, die ihren Einfluß auf das Recht geradezu unwiderstehlich machen.

(1) Ihre materielle Basis sind handfeste *soziale Praktiken*, in denen sich die Unterscheidungen der verschiedenen Universalitäten eingeschrieben haben. Markt und Unternehmen, Wahlen und Verbände, Regierung und Opposition, Forschungspraktiken und Technologien, Informationssysteme der Medien, Organisationen des Gesundheits- und Sozialsystems fordern vom Recht je spezifische auf sie zugeschnittene Ordnungsleistungen, die den in ihnen institutionalisierten universalen Prinzipien gerecht werden müssen. Die moderne Vielgötterei ist keine individuelle Glaubenssache, sondern ist harte soziale Realität, die sich dem Recht unerbitlich aufdrängt. Bei Strafe seiner Unwirksamkeit muß das Recht das einfache Modell des sanktionsbedrohten Norm(un)gehorsams der Rechtsunterworfenen aufgeben und seine Normen auf die spezifischen Handlungszwänge in ökonomischen, politischen, wissenschaft-

lich-technischen Sinnwelten einstellen (dies ist der unbestrittene Ausgangspunkt der ansonsten hochkontroversen Debatte um die Steuerungsfähigkeit des Rechts, dazu die Beiträge in: Grimm, 1990; Grimm & Maihofer, 1988; Febbrajo & Teubner, 1992).

(2) Diese sozialen Praktiken sind aber auch nicht bloße konventionelle Handlungsregelmäßigkeiten, die auf typisch wirtschaftlichen, politischen, wissenschaftlich-technischen oder moralisch-ethischen Handlungsmotiven der Akteure beruhen. Vielmehr haben sie soziale Abstraktionen aus sich herausgetrieben, die als Selbstbeschreibungen und *Reflexionstheorien* (Luhmann, 1993: 496ff.; 1990: 469ff.) die Praktiken selbst kontrollieren und rationalisieren. Und diese sind unbescheiden genug, die eigenen Systemgrenzen nicht zu respektieren. Jede dieser partialen Reflexionstheorien erhebt den Anspruch, als universale Rationalität gesellschaftsweit zu gelten. Ökonomische Theorie hat längst die Grenzen ihres eigentlichen Gegenstandsbereichs der Wirtschaft überschritten und beansprucht, eine Theorie der Gesellschaft zu sein, die die Gesellschaft als ein großes Netz von Nutzenkalkülen begreift. Das gleiche gilt für die politische Theorie, die Gesellschaft in Macht- und Interessenkonflikte zwischen Gruppen und politischen Aggregaten auflöst. Besonders folgenreich für das Recht ist, daß beide Reflexionstheorien sich nicht auf kognitive Fragen beschränken wollen. Sie entwicklen zugleich normative Vorstellungen über eine gerechte Gesellschaft, die als politische oder ökonomische Gerechtigkeitstheorien spezifisch rechtlichen Gerechtigkeitvorstellungen Konkurrenz machen (Barry, 1989; Rawls, 1971; Höffe, 1987). Ja, es haben sich in vielen Handlungsbereichen „Spheres of Justice“ entwickelt, die selbstbewußt einen autonomen Begriff von Gerechtigkeit vertreten (Walzer, 1992).

(3) Sogar im Arkanum des Rechts, in der *Rechtstheorie* selbst, haben sich die vielen Götter schon eingemischt. „Politische Rechtstheorien“ sind gewiß nicht neu; das Recht von der politischen Souveränität her zu konzeptualisieren, hat lange Tradition. Jedoch haben im Freirecht und im Rechtsrealismus, in der law and society Bewegung und in den neueren kritischen Theorien des Rechts bis hin zum Feminismus und zur kritischen Rassentheorie politische Rechtstheorien eine einzigartige Radikalisierung erfahren. In ihrer Destruktion des Rechtlichen werden sie nur noch von der Radikalität der neueren ökonomischen Rechtstheorien überboten. „Law is politics“ ist das Fanal der critical legal studies, das heute vom Fanal „law is economics“ übertönt wird. Und inzwischen sind anschwellende Bocksgesänge unüberhörbar, mit denen ästhetisch-antirationale Rechtstheorien ihr dekonstruktives Werk ankündigen (Derrida, 1990).

(4) Auch die moderne Rechtspraxis selbst blieb von der Vielgötterei nicht verschont. Politisierung, Moralisierung, Verwissenschaftlichung und Ökonomisierung des praktischen Rechtsdenkens haben in ganz unterschiedlicher Weise die *Rechtsdogmatik* und die Methoden der Rechtsfindung verändert. Die neue Methode ist stets die gleiche wenn auch mit völlig divergierenden Ergebnissen: Das Recht spielt Gesellschaft! Die Rechtsfindung wird zur Simulation aufgefordert. Um systemadäquate Normierungen zu ermöglichen, um in seiner gesellschaftlichen Umwelt keine ökologischen Schäden anzurichten, soll das Recht argumentativ die teilsystemische Praxis des Soziallebens simulieren. Die Methoden der Interessenabwägung und die Anweisungen des Art. 2 Schweizer ZGB an den Richter sind typische Simulationen des politischen Prozesses, im rechtlichen Zweckdenken und im Steuerungsdenken finden sich Simulationen des wissenschaftlich-technischen Verhaltens, im Appell an die billig und gerecht Denkenden Simulationen der moralischen Universalisierung, in der hypothetischen Vertragssituation die Simulation ökonomischen Marktverhaltens.

(5) Ihr vielleicht wirksamsten Einflußinstrument jedoch hat sich die neue Vielgötterei in verschiedenen eigenständigen Mechanismen der *gesellschaftlichen Normproduktion* erstellt, die aus gesellschaftlichen Teilbereichen heraus unmittelbar Rechtsnormen schaffen. Nur noch von schwachen Rechtskontrollen gefiltert fließen darüber heterogene gesellschaftliche Teilrationalitäten mit ihren normativen Ansprüchen massiv ins Recht ein. Die drei großen außerrechtlichen Rechtsproduktionsmaschinen, in denen sich die Politik, die Wirtschaft und andere gesellschaftliche Teilbereiche unmittelbaren Zugriff auf das Recht verschaffen, sind die legislative Maschinerie, der Vertragsmechanismus und die Normproduktion der formalen Organisation (dazu Teubner, 1991). Sie machen die Frage, ob sich das Recht überhaupt den gesellschaftlichen Teilrationalitäten aussetzen sollte, zu einer rein akademischen Angelegenheit. Das Ob steht längst fest, die Frage ist nur noch das Wie!

II.

Wenn dieses Szenario auch ganz nach dem patchwork, nach der pastiche der Postmoderne klingt, so ist dies doch keineswegs ein Bruch mit der Moderne des Rechts. Im Gegenteil, die Pluralisierung der Rationalitäten, der das Recht heute ausgesetzt ist, ist eine typische Erfahrung der Moderne, die im postmodernen Gestus nur neu gestylt wird. Entsprechend findet sich auch die grundlegende Analyse des neuen Polytheismus nicht erst bei den Theoretikern der Diskurspluralität, sondern schon bei Max Weber, dem großen Sozial- und Rechtstheoretiker der Moderne. Webers Analysen sind von spätmodernen und postmodernen Autoren nur verfeinert und ausgearbeitet, zugleich aber auch radikalisiert worden. Was läßt sich dieser Debatte von Max Weber bis François Lyotard für die Stellung des Rechts in der Pluralität der Diskurse abgewinnen?

Max Weber analysierte die Moderne als einen absoluten Polytheismus. Parallel laufende Prozesse der Rationalisierung von Wertsphären haben zu einem unauflösliehen Konflikt zwischen unpersönlichen Glaubensmächten geführt, der nicht durch die eine Vernunft gelöst oder aufgehoben werden konnte, sondern nur subjektiv vom einzelnen ausgehalten und in einer Kette letzter Entscheidungen durchlebt werden muß (Weber, 1968: 603ff.; dazu Schluchter, 1996; 1988: 339ff.).

Das Kollisionsproblem selbst, das bei Weber nur vage und metaphorisch als „Kampf der Götter“, als Konflikt idealer Wertsphären erscheint, wird in der späteren Diskussion entschieden als Realphänomen der Gesellschaft soziologisiert und zugleich als Kollision unterschiedlicher „Grammatiken“ linguistisch präzisiert. Webers Metapher entstammt seiner religionssoziologischen Analyse, in der der alte Polytheismus der Griechen nur vorübergehend vom jüdisch-christlichen Monotheismus verdrängt wird, um dann in der Moderne als Kampf unpersönlicher Glaubensmächte, als Konflikt säkularisierter Wertsphären aufs Neue zu entbrennen. Für Weber ist es der unversöhnliche Widerspruch zwischen Erkenntnis und Wertung einerseits und der Gegensatz zwischen verschiedenen geistigen Sphären, dem Guten, Heiligen, Schönen andererseits, der das eigentliche Kollisionsproblem ausmacht (Weber, 1968: 501, 507).

Mit Wittgensteins Sprachspielpluralismus nimmt dann die Kollisionsproblematik eine linguistische Wende, die sie zugleich ihrer bei Weber anklingenden transzendentalphilosophischen Motive beraubt und sozusagen naturalisiert. „Sprachspiele“ kollidieren wegen ihrer idiosynkratischen Regelstrukturen, die sich nicht auf Vernunftprinzipien, aber auch nicht auf abstrakte Werte zurückführen lassen, sondern nur auf die Praxis realer „Lebensformen“ in der Gesellschaft selbst: „Das Hinzunehmende,

Gegebene – könnte man sagen – seien Lebensformen“ (Wittgenstein, 1989: I, 572; 225ff.; dazu Kripke, 1982).

In der weiteren Entwicklung wird die Kollisionsproblematik dadurch präzisiert, daß einerseits die Grammatiken der Sprachspiele genauer herausgearbeitet werden, andererseits die gesellschaftlichen Praktiken, auf denen die Sprachspiele aufrufen, genauer analysiert werden. Am vorläufigen Ende dieser Debatte stehen heute François Lyotards Unterscheidung von *litige* und *différend*, Niklas Luhmanns Vielheit selbstreferentieller Systeme und Jürgen Habermas' normative Postulate zur Auflösung von Diskurskollisionen. Von diesen Positionen aus kann man sehen, daß die Konfliktproblematik, der das Recht heute ausgesetzt ist, nicht Kollision idealer Werte ist, sondern Kollision realer Diskurse mit unterschiedlichen Eigenlogiken, die ein enormes Selbstschädigungspotential enthalten. Von Wertekollisionen spricht heute nur noch das Bundesverfassungsgericht. Nicht die unvereinbaren Gegensätze des Heiligen, Guten, Wahren, Gerechten und Schönen hat das Recht zu entscheiden, sondern die Konflikte zwischen real geführten Diskursen in der Gesellschaft, zwischen selbstproduktiven Verkettungen von „enoncés“, die von einer internen Grammatik, von binären Codes und Programmen konditioniert werden, die ihre Eigenlogik mit hermetischer Geschlossenheit realisieren. (Lyotard, 1987; Luhmann, 1984; Habermas, 1992).

Doch hat die neuere Diskussion nicht nur Verfeinerungen und Ausarbeitungen gebracht. Besonders systemtheoretische und dekonstruktivistische Beiträge haben Max Webers These der neuen Vielgötterei derart radikalisiert, daß ihre drei Elemente – Vielheit, Gott, Konflikt – heute in einem ganz anderen Lichte erscheinen (Derrida, 1990: 961ff.; 1988: 119; Luhmann, 1986). Die Vorstellung eines gesellschaftlichen Polyzentrismus, wie sie etwa Schluchter (1988: 284, Fn.226; 1996) in seiner Weberinterpretation vertritt, ist danach weitaus zu harmlos. Sie setzt immer noch die Einheit eines Kontextes – den Olymp der Götter – voraus und sollte durch die sehr viel bedrohlichere Vorstellung eines Polykontextualismus, als einer Vielheit von nicht kompatiblen System/Umwelt-Perspektiven ersetzt werden. Sodann treten an die Stelle eines oder mehrerer Götter, die bei aller Säkularisierung doch immer noch fundamentale Autoritäten der Wertsphären darstellen, Paradoxien, die den gesellschaftlichen Diskursen „zugrundeliegen“ und deren Selbstbeobachtung paralisieren. Die Werte haben zugunsten von Paradoxien, dem neuen „fondement mystique de son autorité“ (Derrida, 1990) abgedankt. Und die Schärfe des Konfliktes hat deutlich zugenommen. Es geht nicht nur um Konkurrenz der Wertorientierungen; in der heutigen Wahrnehmung der Diskurskollision hat der „Kampf der Götter“ selbstzerstörerische Qualitäten angenommen. Nach Lyotard (1987) sind die Diskurse wechselseitig so hermetisch geschlossen, daß sie einander jedes Recht auf Gehör verweigern, daß sie einander nur „Unrecht“ tun können. Die Systeme entwickeln eine solche Eigendynamik, daß sie nicht nur die Individuen überlasten und die Ökologie gefährden, sondern daß sie auch wechselseitig füreinander eine Überlastung darstellen (Luhmann, 1986). Wahrhaftig, der Kampf der neuen Glaubensmächte produziert eine tortious society, wenn nicht eine tortured society!

Die neuere Debatte änderte nicht nur die Sicht der Kollisionsphänomene, sondern auch Max Webers „Lösung“ der Kollisionsproblematik wurde in Zweifel gezogen: ihre Individualisierung und Subjektivierung. Weber hatte den Einzelmenschen als das eigentliche Opfer des Götterkampfes gesehen und zugleich das tragische Individuum im Aushalten und (notwendig schuldbelasteten) Entscheiden des Konfliktes gefeiert. Heute verlagert sich die Aufmerksamkeit von den Individuen auf die Diskurse. Denn nicht nur die Individuen, sondern auch die Diskurse, unter ihnen das Recht, werden den von ihnen selbst geschaffenen Kollisionen ausgesetzt. Die Gesellschaft schädigt

sich in ihren Teilen selbst. Max Weber glaubte noch, daß sich die Wertesphären durch hochgetriebene formale Rationalität der Kollisionsproblematik erfolgreich entziehen können. Deshalb seine Feier der formalen Rationalität des Rechts, deshalb sein Mißtrauen, seine pauschale Abwertung und seine Marginalisierung aller Moralisierung, Politisierung und Ökonomisierung des Rechts (Weber, 1972: 503ff.).

Doch hier irrt Max Weber. Formalisierung hat das Recht nicht vor dem Eindringen rechtsfremder Rationalitäten schützen können. Wir haben schon eingangs die drei trojanischen Pferde besichtigt, mit der heute außerrechtliche Normativitäten in das Reich des Rechts erfolgreich eingeschleust werden: 1. außerrechtliche Normproduktion, die der gerichtlichen Normproduktion Konkurrenz machen; 2. rechtsfremde Elemente in Rechtsdogmatik und Rechtsmethode, die das formale Recht materialisieren; 3. nicht-rechtliche Rechtstheorien, die die Einheit der Reflexion des Rechts sprengen.

Durch Formalisierung kann sich das Recht nicht gegenüber der Kollision unterschiedlicher Rationalitäten abschotten. Gewiß ändert die Formalisierung des Rechts die Qualität des Kollisionsproblems. Denn durch die formale Codierung des Rechts wird die Universalität des Rechts nicht mehr unmittelbar der Konkurrenz anderer Universalitäten ausgesetzt. Der Rechtscode Recht/Unrecht rejiziert die Codes der anderen Diskurse, etwa wahr/falsch, moralisch/unmoralisch, Haben/Nichthaben, Regierung/Opposition. Doch ist das ganze nur ein Vorgang der Verdrängung. Die verdrängten Universalitäten, die durch den Code rejiziert sind, kehren umso ungehemmter auf der Ebene der Rechtsprogramme zurück und chaotisieren von hier aus das Recht (Luhmann, 1986). In der Rechtsargumentation benutzte Policy-Argumente, Kosten-Nutzen-Überlegungen, moralische Gründe müssen sich zwar stets dem Code Recht/Unrecht beugen, herrschen aber zugleich als erfolgreiche Kriterien, die im Recht die Zuteilung der Werte Recht/Unrecht steuern. Die Polykontextualität der Gesellschaft wird das Recht nicht dadurch los, daß es durch Herausbildung einer eigenen Rationalität überhaupt erst zu dieser beiträgt und dann den Pluralismus der anderen gesellschaftlichen Rationalitäten sozusagen durch die Optik der eigenen Rationalität beobachtet. Nein, die Fragmentierung der Gesellschaft wird im Inneren des formalisierten Rechts als eine Fragmentierung des Rechts, wenn auch durch die rechtsspezifische Optik gebrochen, erneut reproduziert.

III.

Wir stehen daher vor einem Rechtspluralismus in einem sehr viel radikaleren Sinne als dem des üblichen rechtssoziologischen Sprachgebrauchs (Corsale, 1994; Merry, 1988). Nicht bloß eine Vielheit von lokalen Rechten, eine Mehrzahl von ethnischen und religiösen Ordnungen oder eine Pluralität von Institutionen und Organisationen ist damit gemeint, sondern eine Vielheit von inkompatiblen Rationalitäten mit universalem Anspruch innerhalb eines modernen Rechtssystems. Unterschiedliche gesellschaftliche Teilrationalitäten haben innerhalb des Rechtes Brückenköpfe gebildet, von denen aus sie unvereinbare Rechtskonzepte entwerfen, konkurrierende Dogmatiken und Methoden vertreten, und einander widersprechende Normierungen projizieren. In einer solchen Situation ist in *Law's Empire* die Versuchung sehr groß zu kapitulieren und das Problem der Einheit des Rechts einem dieser Brückenköpfe zu überlassen. Wenn schon die Einheit des Rechts nicht positivistisch durch seine Schließung, Formalisierung und Technisierung herzustellen ist, dann muß man sie eben durch nicht-rechtliche Mittel herstellen. Die heute aggressiv vorgetragenen Antworten hei-

Ben eine ökonomische, eine politische, eine moralische Theorie des Rechts. Ihre Anziehungskraft gewinnen sie daher, daß sie aus einem Guß rechtstheoretische Fundamente, rechtsdogmatische Argumente und rechtsmethodische Instrumente herstellen. Aber die Frage bleibt: Wie läßt sich eine Rechtsentscheidung zwischen ihnen rechtfertigen, wenn sie doch alle in der Gesellschaft legitim institutionalisiert sind und sich je als universale Rationalität ausweisen können? Schärfere noch: Kann man den selbstschädigenden Tendenzen einer der Diskurskollision ausgesetzten Gesellschaft dadurch begegnen, daß man einen der Diskurse privilegiert? Werden diese destruktiven Tendenzen nicht eher durch eine solche Diskursprivilegierung gesteigert?

Die Gegenposition dazu hieße, eine solche einmalige Glaubensentscheidung, das damit verbundene *sacrificium intellectus* zu verweigern und die widersprüchliche Pluralität im Rechtssystem selbst zu akzeptieren, sie nicht als Verfallserscheinung, sondern als Chance des Rechts zu begreifen. Die Frage ist, ob man einem solchen innerrechtlichen Pluralismus der „Ontologien“, der juristischen Weltbilder, der Rechtsmodelle ausweichen muß oder ob man ihn aushalten kann. Muß denn die Pluralisierung der Rationalitäten im Recht unausweichlich in Relativismus und Nihilismus enden? Kann sie nicht konstruktiv gewendet werden? Es ginge darum, den *Dauerkonflikt zwischen rechtsinternen Ontologien als solchen und zwar ohne die Möglichkeit, ihn zu entscheiden, zu akzeptieren*. Nicht Konfliktreduktion, sondern Konflikterhaltung oder gar Konfliktsteigerung wäre das Ziel. Sollte man nicht nach Mitteln und Wegen zu suchen, durch „Zivilisierung“ des Diskurskonflikts die Pluralität zu steigern und in ihren Konfliktreichtum für das Recht produktiv zu nutzen? Hier gewinnt der von Max Weber empfohlene Umgang mit dem modernen Polytheismus eine neue Aktualität, wenn man ihn nur vom Individuum auf den Rechtsdiskurs umdenkt: „... um jene Gegensätze zu wissen und also sehen zu müssen, daß jede einzelne wichtige Handlung und daß vollends das Leben als Ganzes, wenn es nicht wie ein Naturereignis dahingleiten, sondern bewußt geführt werden soll, eine Kette letzter Entscheidungen bedeutet, durch welche die Seele, wie bei Platon, ihr eigenes Schicksal: – den Sinn ihres Tuns und Seins heißt das – wählt“ (Weber, 1968: 507f.). Kann der Rechtsdiskurs den Kampf der Götter aushalten und durch eine Kette letzter Entscheidungen sein eigenes Schicksal wählen?

In der heutigen deutschen Rechtstheorie sind es besonders zwei Autoren, die sich freimütig zum neuen Polytheismus bekennen, Rudolf Wiethölter und Karl-Heinz Ladeur. Wiethölters Gedanken kreisen um die Frage, wie das Recht mit der Kollision von verschiedenen Großtheorien umgehen kann – ökonomische Theorie, Systemtheorie, Kritische Theorie – diese drei. Für die kritischste unter ihnen hegt er zwar persönliche Sympathien, doch vermeidet er sorgfältig die einseitige Parteinahme, die doch nur auf eine Verarmung der Diskussion hinauslaufen würde und setzt auf ihre wechselseitige Aufklärung – und auf die Fähigkeit des Rechts, aus diesen Lernprozessen produktive Normen zu gewinnen (Wiethölter, 1992; 1988). Ladeur vollzieht konsequent die „postmoderne“ Wende in der Rechtstheorie. Eine Analyse der heutigen Diskursvielfalt und Systempluralität führt ihn zu der normativen Folgerung, das Recht dürfe sich nicht erneut auf eine fragwürdige Rechtseinheit kaprizieren, sondern es solle die innerrechtliche Pluralität bewußt aufrechterhalten und die Durchlässigkeit der Diskurse füreinander gegenüber Blockierungstendenzen garantieren (Ladeur, 1994; 1992: 200ff). Lassen sich diese Ansätze weiterführen?

Mein Vorschlag ist, die Vorstellung eines neuen Kollisionsrechts systematisch auszuarbeiten (Teubner, 1996; 1989: 123ff.; 1980: 45ff.). Nicht die klassische Kollision zwischen nationalen Rechtsordnungen oder zwischen konkurrierenden Jurisdiktionen interessiert hier, sondern die neuartige Situation des Rechts, zwischen kollo-

dierenden Rationalitäten verschiedener gesellschaftlicher Teilsysteme entscheiden zu müssen. Nicht territoriale Grenzen, sondern Codes und Programme als Diskursgrenzen bestimmen die neuartige Kollisionsproblematik. Macht es Sinn, aus der historischen Erfahrung mit der internationalen Kollision für die interdiskursive oder intersystemische Kollision zu lernen? Das klassische internationale Kollisionsrecht ist voll von nicht-hierarchisch auflösbaren Konflikten, von zirkulären Verweisungen, von Selbstreferenzen und Paradoxien, mit denen es auf irgendeine Weise fertigwerden mußte. Und es mag sein, daß sich fruchtbare Analogien für ein interdiskursives Kollisionsrecht ergeben, das mit ähnlichen Schwierigkeiten zu kämpfen hat.

Wie man im internationalen Kollisionsrecht die Gleichberechtigung der konfligierenden Rechtsordnungen anerkennt, so müßte man von der Gleichursprünglichkeit der konfligierenden Diskurse ausgehen, die keine endgültige Entscheidungen zuläßt, sondern im Gegenteil ein unendliches Spiel der Verweisungen von der einen Ordnung auf die andere einleitet und im Verlaufe dieses Spiels einzelne Kollisionsentscheidungen ermöglicht, ohne dabei die Gültigkeit der Teilordnungen selbst in Frage zu stellen. Entsprechend wäre ein Recht der Diskurskollisionen nur als eine „Kette letzter Entscheidungen“ im Sinne Max Webers vorstellbar, in der der Rechtsdiskurs jeweils durch die verschiedenen im Recht institutionalisierten Teilrationalitäten „hindurchgeht“ und auf dieser Basis Entscheidungen trifft, ohne aber damit den Dauerkonflikt selbst aufzuheben. Für die Sehnsucht nach der Versöhnung des Entzweiten ist dies wenig befriedigend, aber unter dem Gesichtspunkt der Varietätserhöhung kann es produktiv wirken. Die produktive Seite wird darin sichtbar, daß der Rechtsdiskurs die unterschiedlichen Normprojektionen der anderen Teilrationalitäten jeweils rekonstruiert und durch Entscheidung des Unentscheidbaren seine Normen gewinnt.

Das klingt paradox und es ist paradox. Es benennt jedoch nur die Situation des Rechtsdiskurses in der heutigen Gesellschaft als das Paradox einer *unitas multiplex*, die sich in ihren Teilen erneut nur als *unitas multiplex* widerspiegeln kann. Eine *unitas multiplex* läßt sich nicht hierarchisch im Verweis auf das Ganze, auf das Zentrum oder auf die Spitze auflösen, sondern ist darauf angewiesen, sich in einem großen Verwirrspiel der Verweisungen und Rückverweisungen zu entparadoxieren.

In diesem Sinne ist das traditionelle internationale Kollisionsrecht ein riesiges Netz von Verweisungen auf das fremde Recht und Rückverweisungen auf das eigene Recht. Forumswahl, Qualifikation, Angleichung, *ordre public*, innerer und äußerer Entscheidungseinklang, *renvoi* als Rückverweisung auf die eigene Ordnung und Weiterverweisung auf dritte Ordnungen heißen die einschlägigen technischen Begriffe, mit denen das Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Innen und Außen, die Durchmischung des Fremden mit dem Eigenen, das Verwirrspiel der Selbst- und Fremdreferenzen rechtlich verfaßt wird. Besonders der *renvoi*, die Verweisung auf die ausländische Rechtsordnung, die wiederum auf die einheimische Rechtsordnung rückverweist, ist eine Rechtsfigur, die wegen ihrer paradoxen Struktur, ihrer Zirkularität die Kollisionsrechtler immer wieder fasziniert hat (Kegel, 1987: § 10). Soll man den *renvoi* verbieten? Soll man ihn abbrechen oder ihm nachgeben? Oder kann man ihn durch die Einführung geeigneter Unterscheidungen fruchtbar machen?

Auch in der Kollision der Diskurse läßt sich ein solches Verwirrspiel des *renvoi*, der gesellschaftlichen Rück- und Weiterverweisungen, identifizieren? In der Tat, die gesellschaftlichen Diskurse verweisen in ihrer Konflikthaftigkeit auf das Recht und das Recht verweist in seiner Konflikthaftigkeit auf die gesellschaftlichen Diskurse. Sind dies alles nur unendlich sich spiegelnde Symmetrien, leere Tautologien, vicious circles? Es käme darauf an zu beobachten, ob und wie es der Rechtspraxis gelingt, die leeren Symmetrien zu asymmetrisieren, die hohlen Tautologien zu detautologisieren.

ren, die vicious circles der Verweisungen und Rückverweisungen in virtuous circles umzuwandeln. „Von diesem hin und her rasenden Zug muß man abspringen, es fragt sich nur wo“ (Kegel, 1987: 242).

Wenn sich dies zeigen ließe, dann könnte auch die Rechtstheorie in dem Verweisungsspiel eine andere Rolle finden als immer nur entweder eine politische, eine moralische, eine ökonomische oder eine rechtliche (sic!) Theorie des Rechts zu entwickeln und sie als letztgültig zu bezeichnen. Statt der Rechtspraxis aufs neue nur eine der kollidierenden Teilrationalitäten schmackhaft zu machen, sollte sie lieber eine Theorie eines Diskurskollisionsrechts entwickeln, die das Recht auf die Pluralität gesellschaftlicher Rationalitäten selbst einstellte. Die Theorie könnte im unendlichen Spiel der Verweisungen und Rückverweisungen, ohne die Pluralität der Referenzpunkte reduktionistisch aufzugeben, die notwendigen Asymmetrisierungen, Detauto-logisierungen und Entparadoxierungen kenntlich machen und – vielleicht – zu ihrem Ausbau beitragen.

Die spezifische Aufgabe für das Recht könnte heißen: das Spiel der Verweisungen und Rückverweisungen zwischen einer Vielfalt von Beobachterpositionen zu reflektieren und zu seiner „Konstitutionalisierung“, zu seiner rechtlichen Verfaßtheit, beizutragen. Und es stellt sich die Frage, ob eine solche Konstitutionalisierung eine klassische Aufgabe des Rechts in einem neuen Kontext übernehmen kann, nämlich ob es durch eine rechtliche Verfassung den Diskurskollisionen etwas von ihrer selbstzerstörerischen Dynamik nehmen oder doch jedenfalls ihr mit gewissen Kompensationen begegnen kann. Garantien der wechselseitigen Autonomie, Eindämmung wechselseitiger Überwältigungen, Kompensation wechselseitiger Schädigungen – dies wären die klassischen Aufgaben der Konstitutionalisierung interpersonalen Konflikte mit Mitteln des Rechts. Lassen sie sich auf die heutigen interdiskursiven Konflikte umdenken?

Die fundamentale Schwierigkeit eines solchen interdiskursiven Kollisionsrechts besteht freilich darin, daß es widersprüchliche Teilrationalitäten gleichursprünglich nebeneinander akzeptieren muß, ohne aber die Rationalität eines Ganzen angeben zu können, ja ohne diese überhaupt noch voraussetzen zu können. Dies ist in der Tat auch die Situation des internationalen Kollisionsrechts, das ja auch keine hierarchische Weltinstanz kennt, die die Kollisionen zu entscheiden hätte. Es hat sich historisch mit einer merkwürdig paradoxen Technik beholfen, es hat eine Vielfalt von nationalen „Foren“ entwickelt, in denen die internationale Kollisionsfrage je anders national entschieden wird. Die Vielheit der dezentralen Foren, die über die Kollisionen entscheiden, setzt sich an die Stelle der fehlenden Einheit des hierarchischen internationalen Entscheidungszentrums. Nicht anders ist die Situation der konfligierenden Diskurse, denen im Laufe der jüngsten abendländischen Geschichte bekanntlich der *méta-récit* abhandengekommen ist. Die Kollisionsfrage kann nur dezentral, nur innerhalb der einzelnen Diskurse neu und jeweils anders entschieden werden. Damit stellt sich wie in nationalen Kollisionsrechten auch im Diskurskonflikt die Frage der Wahl des „Forums“. Welches ist das adäquate Forum, vor dem der Konflikt der Diskurse ausgetragen werden soll?

Prinzipiell stehen zwei Möglichkeiten offen: im Rechtssystem selbst oder in einem der gesellschaftlichen Teilsysteme. Inkorporierung der Kollision ins eigene Forum oder ihre Externalisierung in ein fremdes Forum? Beide Fälle sind heute institutionell verwirklicht. Und in beiden Fällen werden andere normative Perspektiven sichtbar, wie das Recht reflexiv auf die Kollisionsproblematik reagieren kann, wenn es das Spiel der Verweisungen und Rückverweisungen konstitutionalisiert. Auf diese beiden Fälle und auf ihre normativen Perspektiven möchte ich mich im folgenden konzentrieren.

Im ersten Fall, dem der Inkorporierung werden Elemente der gesellschaftlichen Diskurse vor dem Forum des Rechts von Grund auf neu rekonstruiert. Hier eröffnen sich Perspektiven, wie die Rechtsargumentation auf die Diskurskonflikte reagieren kann. Als Beispiel greife ich die Methodenfrage folgenorientierten Argumentation heraus. Kann in der hier gewählten Perspektive die Argumentationsfigur der *Folgenorientierung* neue auf die Kollisionsproblematik eingestellte Formen gewinnen? Im zweiten Falle, dem der Externalisierung dagegen werden die Kollisionen vor dem Foren anderer gesellschaftlicher Teilsysteme thematisiert und ausgetragen. Hier eröffnen sich für eine rechtliche Konstitutionalisierung des Verweisungsspiels andere Perspektiven. Als Beispiel greife ich gesellschaftliche, nicht-rechtliche Foren der Konfliktlösung heraus. Die hier gewählte Kollisionsperspektive führt zu der Frage: Kann der *Einbau von Gegeninstitutionen* in gesellschaftliche Diskurse dem Imperialismus der einen und nur einen Teilrationalität entgegenwirken?

IV.

Mit dem ersten Fall der Inkorporierung der Kollisionen, mit dem Streit der autonomen gesellschaftlichen Diskurse vor dem Forum des Rechts, hat sich Jürgen Habermas (1992) in *Faktizität und Geltung* ausführlich beschäftigt. Er geht der Frage nach, wie unterschiedliche autonome Diskursformen mit je verschiedenen Eigenlogiken Eingang in das Recht finden und wie dort argumentativ zwischen ihnen entschieden wird. Er unterscheidet zwischen Moraldiskursen, die auf Universalisierung zielen, ethischen Diskursen, die auf individuelle oder kollektive Identität ausgerichtet sind, pragmatischen Diskursen, die Zweck-Mittel-Beziehungen herstellen und unter verschiedenen kollektiven Zielen Prioritäten setzen, und schließlich Verhandlungsformen, die eine Kultur des fairen Kompromisses ausbilden. Die rechtsinterne Kollisionsproblematik taucht dann auf, wenn solche autonomen Diskursformen – wie Habermas sagt – in die Rechtssprache „übersetzt“ werden, die ihrerseits eine autonomer Diskursform, die auf das Kriterium der Entscheidungskonsistenz ausgerichtet ist, darstellt.

Die Lösung der Diskurskollisionen erfolgt nach Habermas in einem „Prozeßmodell“ des Rechts. Im legislativen Prozeß werden – so sieht es Habermas – pragmatische, ethische, moralische und interessenorientierte Argumente frei ausgetauscht, bis sie am Ende den Filter der spezifischen Rechtsargumentation durchlaufen. In einem Test der Normkohärenz, speziell der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit, werden die diskursiv gewonnenen Programme der Prüfung unterworfen, ob sie in das bestehende Rechtssystem eingepaßt werden können. Ganz ähnlich ist nach Habermas die Situation im Anwendungsdiskurs der richterlichen Normanwendung. Auch hier identifiziert Habermas eine Vielheit von pragmatischen, ethischen und interessenorientierten Argumenten, die wiederum durch das Kriterium der Entscheidungskonsistenz diszipliniert werden. Rechtliche Entscheidungskonsistenz erscheint also in beiden Fällen als eine Art Filtermethode, die einige der Lösungen, die im freien Spiel der Diskurse vor dem Forum des Rechts als nicht-konsistent ausschließen.

Ich meine, daß Habermas damit die Kollisionsproblematik zwar sensibel formuliert, dabei aber die Rolle des Rechts bei der Lösung der Kollision zugleich überschätzt und unterschätzt. Einerseits überschätzt er die im Recht prozedural verwirklichte kommunikative Rationalität, andererseits unterschätzt er die eigenwillige Rechtsdynamik, die mehr tut als bloß Argumente herauszufiltern. Die Überschätzung des Rechts führt Habermas zu dem Glauben, daß die im Recht inkorporierte prozedurale Rationalität nicht nur diskursiv substantielle Normen produzieren kann, sondern so-

gar die Meta-Frage der Kollision unterschiedlicher Diskursrationalitäten argumentativ zu klären in der Lage ist. Damit kommt er gewiß den professionellen Selbstüberschätzungen von Juristen entgegen, die speziell das Verfassungsrecht als den Ort der Versöhnung gesellschaftlicher Entzweigungen feiern. In den Allmachtsphantasien eines „new republicanism“ taucht das Recht hier als der Ort eines gesellschaftlichen Superdiskurses auf, der die Aufgabe der Re-Integration gesellschaftlicher Entzweigungen übernimmt.

Damit wäre das Recht gewiß überfordert. Denn wo sind die kognitiven und prozeduralen Ressourcen des Rechtsprozesses, die ihn in der Lage versetzen könnten, zwischen ökonomischer, politischer und moralischer Rationalität mit Anspruch auf gesamtgesellschaftliche Verbindlichkeit zu entscheiden? Wenn dies schon der Wissenschaft, die für eine solche Problemlösung mit gleißendem intellektuellem Reichtum ausgestattet ist, nicht gelingen will, wie dann dem vergleichsweise ärmlich ausgestatteten Recht? Statt die normativen Projektionen von Verfassungsrechtlern allzu ernstzunehmen, sollte man genauer auf die Rechtspraxis selbst achten. Dann sieht man, daß der Rechtsprozeß zwar die Argumente verschiedener autonomer Diskurse „rekonstruiert“, dabei aber auf eine eigentümliche Weise die fremden Universalitäten „dekonstruiert“. Er verwandelt deren universale in lokale Rationalität. Er tut genau das Gegenteil dessen, was ein Superdiskurs an substantiellen Regeln und was ein Meta-Diskurs an Kollisionsregeln produzieren würde. Er löst den Konflikt nicht auf der höchsten Ebene der universalen Gerechtigkeit, der der Super- und Meta-Normen, sondern sucht sich ausgerechnet die niedrigste Ebene, die der lokalen Gerechtigkeit aus. Er nimmt die unterschiedlichen Diskurse gar nicht als Kollision von Universalitäten wahr, sondern nur durch die Optik des rechtlichen Einzelproblems als einen lokalen Konflikt und löst ihn auf dieser Ebene – nur lokal – ohne damit die Kollision universaler Perspektiven auch nur anzutasten.

An dieser Stelle unterschätzt Habermas nun andererseits den Eigenbeitrag des Rechts bei der Kollisionsproblematik. Die lokal ansetzenden Rechtsargumente wirken weit stärker als bloße Filtermechanismen, die aus einer Menge diskursiv gefundener Ergebnisse einige als inkonsistent mit der vergangenen Entscheidungspraxis ausschließen. Vielmehr ist die konkrete Frage der Rechtsanwendung, die lokale Praxis der Gleich- oder Ungleichbehandlung des neuen Rechtsfalles gegenüber schon entschiedenen Fällen der eigentlich produktive Mechanismus, der auch über die Diskurskollisionsproblematik entscheidet. Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist nicht nur eine fundamentale Rechtsnorm, sondern ein fundamentaler Mechanismus der Rechtsproduktion, ein dynamischer Rechtsschöpfungsprozeß, der eine selbstpropellierende Kette von Unterscheidungen in Bewegung setzt. Es geht nicht nur um die Prüfung der normativen Kohärenz wie Habermas meint, sondern um einen generativen Mechanismus, eine „historische Maschine“ wie von Förster (1993: 350ff.) sagen würde. Und in diesem Zusammenhang ist die Präzedenzwirkung, das „stare decisis“, die Gleichbehandlung des Gleichen, gar nicht das eigentlich Interessante. Eher ist es die innovative Abweichung, das „distinguishing“ und „overruling“, die Ungleichbehandlung des Ungleichen, die dazu zwingt, neue Rechtsnormen zu finden und dafür Argumente zu produzieren. Die rechtliche Ungleichheit eröffnet den begrifflichen Rahmen für die unendliche Suche nach alternativen Normen und Tatsachen, Prinzipien und Werten. Sie produziert die Innovationen, die dann wiederum eine neue Runde des „gleich oder ungleich“ in der Kette von Unterscheidungen einleiten (dazu Murphy, 1991).

Und mit dieser lokalen Rationalität bearbeitet das Recht auch die Kollision der Diskurse. „Gleich oder ungleich?“ – das ist die Frage, mit der jeweils ein neuer Fall in

das Recht als Subsumtion unter eine lokale Regel eingearbeitet wird. Um sie zu beantworten, inkorporiert das Recht inkrementell, ad hoc und eklektisch Argumente anderer Diskursformen. Entscheidend ist dabei, daß das Recht nicht in toto die Universalisierungsmethode der Moral, die Identitätsfrage der Ethik, die Zweck-Mittel-Beziehung der Pragmatik, die Kosten-Nutzen-Logik der Ökonomie, die policy-Methode der Politik übernimmt, sondern sich aus diesen Bauwerken ad hoc Einzelstücke herausbricht, die es in seine eigenen Konstrukte nach dem Bauplan der rechtlichen Gleichbehandlung einpaßt. Ständig auf der Suche nach Kriterien für gleich/ungleich sucht der Rechtsdiskurs seine Diskursumwelten ab und borgt sich, wo er sie auch findet, Ideen, Regeln und Prinzipien von anderen Diskursen, beutet moralische, ethische, pragmatische und strategische Argumente aus, aber transformiert sie alle in Rechtskriterien zur Beurteilung der Frage, ob der neue Fall anderen gleichgelagerten Fällen ähnlich ist oder ob er mit Hilfe neu zu findender Normen anders zu entscheiden ist.

Entgegen Habermas erleben wir hier also kein freies Spiel der Diskurse vor dem Forum des Rechts, sondern buchstäblich eine „Verklavung“ fremder Rationalitäten für die Zwecke des Rechtssystems. François Lyotard (1987) hat, um diese diskursive Verklavung zu kennzeichnen, die Unterscheidung von „*litige*“ und „*différend*“ eingeführt. Diskurse sind wegen ihrer unterschiedlichen inneren Grammatik derartig gegeneinander geschlossen, daß in Konfliktfällen zwischen ihnen kein „*litige*“ möglich ist, das heißt ein faires Verfahren, in denen beide Streitparteien authentisch zu Wort kommen und eine gerechte Entscheidung möglich ist. Zwar können Diskurse trotz ihrer hermetischen Geschlossenheit sich „treffen“, aber nur in der Forem eines „*différend*“, also eine Widerstreits, in dem einen vom ihnen strukturelle Gewalt angetan, ein Unrecht bereitet wird.

Die Verklavung im „*différend*“ läßt sich noch genauer analysieren. Denn die „historische Maschine“ der Gleich/Ungleich-Behandlung von Rechtsfällen ist für die Verklavung rechtsfremder Argumentationen verantwortlich. Sie zwingt diese in die strenge Disziplin einer Rechtsprozedur, die auf der Basis der gegenwärtigen Rechtslage bestimmt, welche rechtsfremden Argumente überhaupt zugelassen werden, welche Aspekte des fremden Argumentes rechtlich relevant sind und welche nicht, wie Prioritäten gesetzt werden und wie konfligierende Perspektiven gelöst werden. In der Tat, die gegenwärtige Rechtslage als historisches Produkt der Selbstreproduktion des operativ geschlossenen Rechtssystems entscheidet darüber, wie derzeit über Ungleichheit der Fälle entschieden wird. Disposition über Ungleichheit (Luhmann, 1993: 110ff.) ist das Privileg des Rechts, das auch über den rechtlich legitimen Gebrauch von rechtsfremden Argumenten entscheidet.

Sowenig wie im internationalen Kollisionsrecht ein einheimisches Gericht ausländisches Recht authentisch anwendet, so wenig beginnt der Rechtsdiskurs, wenn er rechtsfremde Argumente benutzt, auf einmal authentisch moralisch, ethisch, wissenschaftlich, ökonomisch oder politisch zu agieren. In beiden Fällen findet eine radikal neue Rekonstruktion des fremdem Sinnmaterials statt. Nationales Kollisionsrecht konstruiert in Fällen mit Auslandsberührung aus der Perspektive des eignen Forums eine Gemengelage einheimischer und fremder Regeln, also ein hybrides Rechtskorpus der nationalen Art, das sich vom Rechtskorpus, das das ausländische Gericht anwenden würde, signifikant unterscheidet. Für ein solch konstruktivistisches Verständnis des Kollisionsrechts hat Ago folgende glückliche Formulierung gefunden:

„Die Rechtsordnung ist notwendig immer exklusiv in dem Sinne, daß sie den Rechtscharakter von allem ausschließt, was nicht in sie selbst wiedereintritt.“ (Ago, 1936: IV 302 zit. bei Kegel, 1987: 125.)

In der Tat, Wiedereintritt – „re-entry“ in der Terminologie von Spencer-Brown (1972) – ist der präzise Begriff, der die merkwürdige Transformation des fremdem Sinnmaterials in Rechtskollisionen und Diskurskollisionen gleichermaßen erfaßt. Eine ursprüngliche Kette von Entscheidungen trennt durch ihre Operationen das System von der Umwelt, das Recht vom Nicht-Recht. In operativer Geschlossenheit können die Rechtsoperationen den Bereich des Nicht-Rechtlichen prinzipiell nicht mehr erreichen. Das einzige was bleibt, ist die Umwelt des Rechts in geschlossenen selbstreferentiellen Operationen intern zu rekonstruieren. Niemals jedoch ist diese interne Rekonstruktion der Außenwelt mit dem, was in der Außenwelt abläuft, selbst identisch. Wenn das Recht etwa moralische Argumente intern rekonstruiert, so haben diese den Bezug auf das Universalisierungskriterium und den moralischen Code verloren. Sie werden der Gleich/Ungleichbehandlungsmechanik unterworfen, in die Programme des Rechts (Regeln, Prinzipien, Dogmatik) eingepaßt und letztlich auf den Code des Rechts Recht/Unrecht bezogen. Das gleiche geschieht mit Kostenkalkülen und Machtkalkülen und policy-Argumenten und wissenschaftlichen Konstrukten. Sie werden alle zu merkwürdigen Hybriden, die aber numehr allein unter der konstruktiven Verantwortung des Rechtsdiskurses stehen (dazu näher Teubner, 1990: 130ff.).

Der für unsere Kollisionsproblematik wichtigste Effekt dieser Versklavung rechtsfremder Sinnmaterialien ist: Das Inkommensurable wird kommensurabel! Das Unentscheidbare wird entscheidbar! Freilich gilt dies – und dies kann nicht stark genug betont werden – nur auf dem Territorium des Rechts. Der Rechtsdiskurs schwingt sich nicht zum großen Gesellschaftsschiedsrichter auf. Nur innerhalb des Rechtsspiels kann er die Diskurse kommensurabel machen und dies nur auf die beschriebene lokale Art und Weise. Außerhalb der Sinnwelt des Rechts bleiben die Diskurse inkommensurabel. Der re-entry in die Innenseite des Rechts bewirkt, indem er die Außenwelt rechtsintern reproduziert, daß was vorher inkommensurable Universalitäten waren, nun auf einmal rechtsintern als kommensurable Größen erscheinen.

Genau dies, Versklavung und Kommensurabilisierung, geschieht im re-entry von rechtsfremden Sinnmaterialien in den Rechtsprozeß. Sie alle werden ihrem eigentlichen Sinnzusammenhang entfremdet und erscheinen als Abwägungsposten in der historischen Maschine der rechtlichen Gleich/Ungleichbehandlung von Fällen. Moralische Maximen, ethische Identitäten, pragmatische Empfehlungen, ökonomische Kostenargumente, politische Strategien untergehen eine seltsame Transsubstantialisation; nach dem re-entry erscheinen sie nur noch als einfache Komponenten des Rechtsdiskurses: Rechtswerte, Rechtsprinzipien, Normzwecke, Interessen, Abwägungsposten. Es handelt sich also nicht um eine Moralisierung, Politisierung, Ökonomisierung etc. des Rechts, sondern umgekehrt um die Verrechtlichung moralischer, ökonomischer, politischer Phänomene mit dem Effekt, daß ihre diskursiven Differenzen nivelliert werden. Effizienzgesichtspunkte, policy-Effekte und moralische Prinzipien werden auf diese Weise – um es zu wiederholen: nur innerhalb der Grenzen des Rechtsdiskurses – im Einzelfall gegeneinander verrechenbar.

Damit befindet sich die Rechtspraxis anscheinend ganz auf der Höhe der Zeit. In der Tat, sie scheint den extravaganten Ansprüchen der postmodernen Diskurspluralität zu genügen. Denn für den Umgang mit dem Konflikt gesellschaftlicher Rationalitäten bedarf das Recht nicht des *méta-récit* einer gesellschaftlichen Zentralinstanz; es wird auch nicht selbst zu diesem *méta-récit*; ebensowenig braucht es vor der ökonomischen, vor der politischen oder vor einer anderen gesellschaftlichen Teilvernunft zu kapitulieren. Vielmehr bewirkt der re-entry der gesellschaftlichen Rationalitäten in die Sinnsphäre des Rechts, daß sie nunmehr als kommensurable Komponenten des Rechtsdiskurses wiedererscheinen und dort mit der lokalen Rationalität der Rechts-

argumentation im Einzelfall gegeneinander verrechnet werden können, und dies in einer Form, in der der Konflikt der Teilrationalitäten als solcher „aufgehoben“ wird.

V.

Eine geniale Lösung! Natürlich hat sie die Rechtspraxis und nicht etwa die Theorie gefunden. Doch sie hat ihren Preis. Nicht nur die Trivialisierung kultureller Hochleistungen, die hier zu kleiner Münze verrechnet werden. Schlimmer ist die Gefahr des Realitätsverlustes, die mit der Versklavung der gesellschaftlichen Rationalitäten einhergeht. Das Recht scheint genau dadurch, daß es den Kontakt zur gesellschaftlichen Realität durch Inkorporierung ihrer Sinnmaterialien herstellt, diesen Kontakt durch deren Versklavung wieder zu verlieren. In der kleinen Welt des Rechts sind zwar die Kollisionen damit, wenn auch immer nur für den Einzelfall, ausgeräumt. Doch was besagt das für die Bewährung der gefundenen Kollisionsentscheidungen in der großen Welt der Gesellschaft? In der Sprache des internationalen Kollisionsrechts formuliert (Kegel, 1987: § 21 II 3), hat das Recht mit dem *re-entry* das Problem des „inneren Entscheidungseinklangs“, die Konsistenz mit der eigenen Ordnung, einigermaßen befriedigend gelöst. Doch was ist mit dem „äußeren Entscheidungseinklang“, dem Bewähren der Kollisionsentscheidung in den fremden Sinnwelten? Der genialen Lösung des *re-entry* in das Recht fehlt der Gegenhalt in der Umwelt des Rechts, ja sie mag umweltschädigende Wirkungen in den anderen Sprachspielen auslösen.

Man sieht den gleichen Effekt besonders deutlich im Parallellfall des ökonomischen Kostendenkens: Ebenso wie der juristische Diskurs versklavt der ökonomische Diskurs die ganze Welt – einschließlich betont wirtschaftsfremder Ereignisse der Liebe, der Religion oder des Rechts –, indem er sie alle in Kostengrößen ausdrückt und sie damit, wenn auch unter dem stummen Protest der versklavten Sinnmaterialien, als nunmehr vergleichbare Größen dem ökonomischen Kalkül unterwirft. Doch fehlt dem Kostenkalkül der Gegenhalt in der gesellschaftlichen Umwelt – ja, er hat geradezu umweltschädigende Effekte. Und entsprechend ist die Ökologisierung des ökonomischen Diskurses, der „äußere Entscheidungseinklang“ der Wirtschaftsordnung, das brennende Problem einer Gesellschaftspolitik.

Vielleicht ist die Ökologisierung des Kollisionsrechts der Punkt, an dem die Theorie der Praxis raten kann? Denn die Theorie kann sehen, daß mit dem *re-entry* das Recht eine Form der Asymmetrierung geschaffen hat, die die Verweisung der Gesellschaft auf das Recht zwar ermöglicht, aber zugleich rigoros, allzu rigoros die Rückverweisung des Rechts auf die Gesellschaft und damit ihre Sensibilisierung gegenüber ihrer gesellschaftlichen Umwelt abgeschnitten hat. Müßte nicht das Rechtssystem begriffliche Sonden dafür entwickeln, ob und inwieweit seine Kollisionsentscheidungen gesellschaftliche Umweltschäden anrichten? Müßte nicht das Recht reflektieren, ob und inwieweit es mit gutgemeinten Kollisionsentscheidungen seinerseits Schäden in seiner gesellschaftlichen Umwelt anrichtet? Sollte man hier nicht den tabuisierten *renvoi*, die zirkuläre Rückverweisung erneut einführen, um den gesuchten Gegenhalt des Rechts in der Gesellschaft zu ermöglichen?

Ich will versuchen, diesen allgemeinen Gedankengang an einem besonderen Problem der juristischen Methodenlehre auszuprobieren: der Folgenorientierung des Rechts. Um es vorwegzunehmen: Dies soll in den Vorschlag münden, der Rechtspraxis eine ganz bestimmte Form der Folgenorientierung anzupfehlen. Der Vorschlag heiße nicht Folgenorientierung im allgemeinen, sondern in einer Form, die auf das eben beschriebene Problem des fehlenden Gegenhalts in den anderen Diskursum-

welten, auf die Ökologisierung des Rechtsdiskurses, auf die Vermeidung von gesellschaftlichen Umweltschäden, zugeschnitten ist.

Routinemäßig machen heute Juristen Rechtsentscheidungen von deren Realfolgen abhängig (vgl. die Beiträge im Sammelband zur Folgenorientierung im Recht Teubner, 1995; Coles, 1991). Sie tun dies, obwohl sie wissen – oder doch wenigstens wissen könnten –, daß dies eigentlich nicht geht. Die Hoffnung lag darin, aus gezielten empirischen Untersuchungen über die Kausalfolgen von einmal gefallenen Rechtsentscheidungen allgemeinere Modelle zu entwickeln, aus denen sich dann Prognosen über gesetzbegerisches oder richterliches Handeln gewinnen ließen. Diese Prognosen könnten ihrerseits wieder in juristische Argumente für oder gegen eine konkrete Rechtsentscheidung übersetzt werden.

In der Soziologie werden heute neue Zweifel an der Prognosefähigkeit der Sozialwissenschaften genährt, die eine Folgenorientierung im Recht diskreditieren. Und diese Zweifel haben heute nicht nur mit einem temporären Rückstand der Sozialwissenschaften gegenüber den erfolgreicherer Naturwissenschaften zu tun, der bald überwunden werden könnte. Sie nagen an den Fundamenten. Aus den Naturwissenschaften selbst werden heute Theorien importiert, die für bestimmte Konstellationen prinzipiell die Prognosefähigkeit verneinen, selbst wenn das Geschehen voll determiniert ist und die Gesetzmäßigkeiten bekannt sind (Förster, 1993: 244ff.). Darüberhinaus wird die Komplexität gesellschaftlicher Prozesse dafür verantwortlich gemacht, daß Voraussagen prinzipiell nicht oder doch nur in äußerst engen Grenzen möglich sind (Krohn & Küppers, 1990).

Das zweite Problem der Folgenorientierung ist die Unendlichkeit der kausalen Folgenketten. Nach Luhmann (1995) käme es darauf an, eine Form der Folgenreflexion zu finden, die die Varietät des Rechtssystems nicht in einer so unerträglichen Weise steigert, daß die Funktionsfähigkeit des Rechts gefährdet ist. Die Herausforderung für das Recht bestehe angesichts der mit ihr verbundenen Steigerung von Entscheidungsunsicherheit daran, die verbleibenden Redundanzen im Recht neu zu formieren.

Dworkin (1978) hat den vielbeachteten Vorschlag gemacht, subjektive Rechte für unverfügbar zu erklären und sie aus der Folgenorientierung gänzlich herauszunehmen. Interessant an diesem Vorschlag ist, daß er das Verhältnis von Varietät und Redundanz deutlich zugunsten von Redundanz verschieben würde, indem er ganze Gegenstandsbereiche der varietätserzeugenden Folgenorientierung entzieht. Angesichts der dichten Interdependenz sozialen Handelns wird man aber Sphären subjektiver Rechte nicht säuberlich abgrenzen können, ohne daß man auf die Folgen des rechtsgedeckten Handelns Rücksicht nimmt.

Sehr viel realistischer dürfte der Vorschlag von MacCormick (1995) sein, nicht den Gegenstandsbereich des Konsequentialismus einzuschränken, sondern den Kreis der je zu berücksichtigenden Folgen. Er plädiert dafür, die juristische Folgenorientierung nur generalisiert einzusetzen, wenn es um die verallgemeinerbare Interpretation von Regeln geht und nicht um die Entscheidung von Einzelfällen. Er stützt einen solchen „rule consequentialism“ auf den Gedanken der Universalisierbarkeit im Recht. Im Gegensatz zu einem „act consequentialism“ würde aber ein solcher „rule consequentialism“ auch deutlich redundanzsteigernd und varietätsvermindernd wirken.

Mengonis Vorschlag geht in eine ähnliche Richtung (Mengoni, 1995). Er sieht das Problem der Folgenorientierung in der prinzipiellen Unbegrenztheit unendlicher Wirkungsketten und plädiert für die Unterscheidung von Fernwirkungen und Nahwirkungen. Der Richter müsse sich an die Anfangsglieder der Folgenkette halten. Damit ließe sich die Zahl der außersystemischen Variablen drastisch verringern.

Grimm (1995) schließlich setzt auf eine eher normativ bestimmte Begrenzung relevanter Folgen. Er sieht es primär als ein Problem der Rechtsdogmatik, Kriterien zu entwickeln, die aus der unendlichen Anzahl von Entscheidungsfolgen eine Auswahl treffen. Er erhofft sich insbesondere Impulse aus einer systematischen Fortentwicklung des Zweckdenkens im Recht.

Meines Erachtens müßte man an diese Vorschläge anschließen, aber in eine andere Richtung abstrahieren. Die relevanten Wirkungen des modernen Rechts entstehen heute nicht in der diffusen Lebenswelt der Rechtsunterworfenen mit ihren unendlichen Kausalketten, sondern in anderen spezialisierten gesellschaftlichen Teilspähren, wenn nämlich Entscheidungen des Sprachspiels Recht in einer neuen Form des „re-entry“ in die verschiedenen anderen gesellschaftlichen Sprachspiele „übersetzt“ werden. Erst nach einer solchen Übersetzung wird für das Recht erkennbar, ob und inwieweit die Rechtsentscheidung im jeweils anderen Sprachspiel aushaltbar ist oder dort negative, desintegrative oder gar destruktive Folgen hat. *Altera pars audiatur*. Nicht nur die Partei im einzelnen Rechtsstreit muß gehört werden, ehe das Recht spricht, sondern der andere Diskurs muß gehört werden, ehe das Recht in der Diskurskollision entscheidet. Das Recht müßte mit Hilfe einer „Rückübersetzung“ in die Lage versetzt sein, die je spezifische Sprachform dieser „Übersetzungen“ und ihre möglichen Umwelt Schäden wahrzunehmen. Es müßte sich die soziologische Einsicht zunutze machen, daß in den gesellschaftlichen Diskursen Rechtsnormen nicht einfach als rechtliche Verhaltenserwartungen gelesen werden, die Gehorsam verlangen. Vielmehr werden sie in einer „Zweitlectüre“ des jeweiligen Sprachspiels ökonomisch, politisch, pädagogisch neukonstituiert. Eine rechtliche Folgenorientierung sollte nun in einer „Drittlectüre“ die Relevanz der prinzipiell unendlichen Wirkungen auf diese wenigen, aber entscheidenden negativen Umweltwirkungen einschränken.

Nicht Kausalketten, sondern „Übersetzungen“ in andere Sprachspiele interessieren! Wie wird die Rechtsnorm in die anderen konkreten gesellschaftliche Sprachspiele übersetzt, wie sieht der „re-entry“ der Rechtsentscheidung in die Gesellschaft, wie sieht die „Zweitlectüre“ von Rechtsnormen in den gesellschaftlichen Diskursen aus? Löst sie dort negative, desintegrative, zerstörerische Wirkungen aus? Und: wie kann das Sprachspiel Recht in einer „Drittlectüre“ mit neuartigen, seine gesellschaftliche Umwelt schonenden Normierungen reagieren? So sollte meiner Meinung nach die Suchformel einer realistisch eingeschränkten Folgenorientierung heißen.

Diese sozusagen auf „schadensstiftende Übersetzungsfolgen“, auf innergesellschaftliche Umweltschäden beschränkte Folgenorientierung könnte den gesuchten Gegenhalt in der Kollisionsproblematik abgeben. Sie könnte den verlorenen Kontakt zur gesellschaftlichen Umwelt jedenfalls teilweise wettmachen, der dadurch eingetreten ist, daß das Recht den Konflikt der kollidierenden Diskurse zu kleiner Münze verrechtlicht hat. Denn sie würde zu einer Prüfung der Fragen anregen, ob die rechtliche Kollisionsentscheidung ihrerseits negative Wirkungen in den Diskursumwelten des Rechts auslöst. In der Sache geht es darum, die Analyse auf diese eine Entscheidungsfolge zu konzentrieren? Wie wird in dem relevanten Teilsystem der Gesellschaft die Rechtsentscheidung von den Akteuren real gelesen? Als Faktor in einem Kosten-Nutzen-Kalkül, als Änderung der realen Machtverhältnisse, als Änderung eines Erziehungsprogrammes? Hat diese Übersetzung negative Auswirkung auf den gesellschaftlichen Lebensbereich? Und diese Entscheidungsfolge muß wieder zurückübersetzt werden: Welche Reaktionen (er)findet das Recht auf negative Folgen seiner gesellschaftlichen Transformationen? Man brauchte sich damit nicht auf die unmögliche Prognose einlassen, wie die Akteure im jeweiligen sozialen Kontext auf diese Zweitlectüre von Rechtsnormen reagieren. Das Recht hätte aber deutlich an Realis-

mus gewonnen, wenn es jeweils nur die eine Folge zur Kenntnis nähme, nämlich ob die Rechtsentscheidung in der Zweitlectüre des Sozialkontextes negative schadensstiftende Wirkungen hat, und auf diese Folgenwahrnehmung mit weniger umwelt-schädigenden Normierungen reagiert.

Freilich darf man hierbei die antizipatorischen Möglichkeiten des Rechts nicht überschätzen. Wenn es richtig ist, daß die prognostischen Fähigkeiten der sozialwissenschaftlichen Analyse sehr viel beschränkter sind als ursprünglich erhofft, dann führt wohl kein Weg daran vorbei, einen juristischen Konsequentialismus von der Prognose künftiger Folgen weitgehend zu befreien und auf die Wahrnehmung tatsächlich eingetretener gesellschaftlicher Umweltschäden umzustellen. Retrospektive Folgenkontrolle, nicht prospektive Folgenprognose wäre gefragt. In der Sache würde es nicht mehr primär um das ehrgeizige Ziel gehen, sozialwissenschaftliche Modelle zur Voraussage künftigen Verhaltens als Reaktion auf Rechtsveränderungen einzusetzen, sondern sehr viel bescheidener darum, faktische Informationen darüber zu sammeln, welche gesellschaftlichen Umweltschädigungen nach den realen Zweitlectüren in verschiedenen Diskurse nach ihrer Rekonstruktion der Rechtsentscheidung eingetreten sind. Die über die Diskurskollision entscheidende Rechtsinstanz würde damit eine höhere Verantwortung für ihre Entscheidung übernehmen, wenn sie sich den Folgen ihrer Entscheidung aussetzt, zu erfahren sucht, ob die Kollisionsentscheidung sich real innerhalb der gesellschaftlichen Diskurse bewähren kann oder nur disintegrativ wirkt, und daraus Konsequenzen zu ziehen sucht.

Wenn das Recht in dieser Weise mit folgenorientierten Argumenten den in das Recht eingetretenen Diskurskonflikt wieder in die Diskurse zurückübersetzt, worin liegt dann die gesuchte Detaulogisierung, die Asymmetrisierung, die Entparadoxierung? Ist dies nicht ein bloßes Hin- und Herschieben der Konflikte von einer Sphäre in die andere? Der Unterschied liegt in den realen Veränderungen, die in diesem Prozeß der Übersetzungen und Rückübersetzungen eintreten. *Re-entry* bedeutet gerade nicht, daß externe Sinnmaterialien intern exakt widergespiegelt werden, sondern daß sie intern neukonstruiert und daß auf dieser Basis neue Entscheidungen getroffen werden. Letztlich haben wir hier eine Sequenz von mehreren solchen transformierenden *re-entries* vor uns. Erstens: der Diskurskonflikt wird ins Recht übersetzt und dort in rechtsspezifischer „lokaler“ Form zur Entscheidung gebracht. Zweitens: die Rechtsentscheidung wird in dem gesellschaftlichen Diskurs rekonstruiert und erfährt dort eine diskursspezifische Reaktion. Drittens: diese Reaktion wird in einer Folgenkontrolle erneut vor den Bildschirmen des Rechts rekonstruiert und auf dieser Basis wird erneut rechtlich entschieden. Weil die Diskurse operativ geschlossen sind, können sie in diesem rekursiven Rekonstruktionsprozeß einander nur „mißverstehen“. Aber das Mißverständnis ist zugleich nicht rein fiktiv, denn es ist ja eine interne Reaktion auf eine externe Irritation. Der Mehrwert liegt – überspitzt gesagt – in einer Serie der produktiven Mißverständnisse.

Handelt es sich hier um die Projektion einer idealen Rechtswelt, die in der Lage sein soll, Diskurskonflikte in das Recht zu übersetzen, zu entscheiden und die Folgen argumentativ zu kontrollieren? Ich glaube nicht. Denn an dieser Stelle kann man erneut die heutige Praxis ökonomischer Theorie des Rechts ins Spiel bringen, dieses Mal, um zu zeigen, daß hier ein solches Verweisungsspiel zwischen Recht und einem gesellschaftlichen Diskurs in seiner avanciertesten Form schon gespielt wird (vorbildlich Schanze, 1991; Walz, 1990). Mit Hilfe der ökonomischen Analyse rekonstruiert das Recht erstens ökonomische Transaktionen in der Sprache des Rechts, bezieht zweitens antizipierte und tatsächlich eingetretene möglicherweise schädigende ökonomische Folgen in die Rechtsargumentation ein und reformuliert drittens seine Nor-

men auf der Basis dieser Transformationen. Allerdings muß man gegenüber dem ökonomischen Theorieimperialismus, um nicht zu sagen -totalitarismus, deutliche Reserven anmelden. Wenn das Recht sich in dieser Weise gegenüber den Universalitätsansprüchen der Ökonomie öffnet, dann muß es dies in gleicher Weise gegenüber anderen gesellschaftlichen Diskursen tun. Es geht also darum, das in der Rechtsökonomik schon praktizierte Spiel der Verweisungen und Rückverweisungen zu generalisieren und auf die Vielfalt gesellschaftlicher Diskurse zu übertragen.

VI.

Freilich ist nicht zu übersehen, daß bei diesem Verweisungsspiel von Internalisierung und Folgenorientierung das Forum des Rechts in seinen kognitiven Ressourcen stark beansprucht, wenn nicht überbeansprucht wird. Es ist schon ein sehr anspruchsvolles Programm, von klausurtechnikgeschulten Juristen eine multilinguale Einstellung zu verlangen, mit der sie die Sprachspiele der Ökonomie, der Politik, der Alltagsmoral im Recht rekonstruieren sollen. Angesichts der besonders in Deutschland deutlich spürbaren Defizite an kontextueller Jurisprudenz sollte man umso stärker die Aufmerksamkeit auf andere gesellschaftliche „Foren“ lenken, vor denen Diskurskonflikte ausgetragen werden. Kann das Recht mit seiner spezifisch juristischen Rationalität etwas zur Verarbeitung der Diskurskollisionen beitragen?

Hier rücken autonome gesellschaftliche Normierungsprozesse in den Blick, in denen die verschiedenen gesellschaftlichen Universalitäten unmittelbar rechtswirksam werden. Wir hatten eingangs schon die zwei großen gesellschaftlichen Quellen der Rechtsproduktion – die Gesetzgebung und den Vertrag – erwähnt, mit Hilfe derer ökonomische und politische Universalität unmittelbar in das Recht einströmen. Nach deren historischen Vorbild haben sich in neuerer Zeit eine Fülle anderer pluraler Rechtsmechanismen entwickelt, besonders die formale Organisation und die technisch-professionelle Standardisierung (dazu Teubner, 1991). Die Wirkungsweise ist stets die gleiche: Diskurspezifische gesellschaftliche Transaktionen – Tauschakte, politische Akte, organisationsinterne Entscheidungen und Standards – werden gleichzeitig als Rechtsakte „mißverstanden“ und als Verträge, Gesetze, Satzungsnormen, Standards im Recht rezipiert. Ohne daß es deshalb einer aufwendigen ökonomischen, politischen oder technischen Analyse des Rechts bedarf, erwirbt die Rechtsordnung ein „implizites“ Wissen über gesellschaftliche Teilrationalitäten, wenn sie nur den gesellschaftlichen Prozessen ihre Rechtsnormen sensibel genug ablauscht.

Das Problem ist nur, daß in diesen gesellschaftlichen Normierungen das Recht stets nur dem jeweils einem Gotte opfert und seine polytheistischen Tugenden zu verlieren in der Gefahr ist. Im Verein mit einer gesellschaftlichen Teilrationalität richtet das Recht in anderen gesellschaftlichen Sektoren möglicherweise Schäden an. Dienst am Polytheismus – so kann man deshalb die mit Grundrechtskollisionen arbeitende verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzgebung und zu einem geringeren Grade die richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen bezeichnen. In diesem Sinne kann man die Grundrechte der Verfassung und die Generalklauseln des Privatrechts als Kollisionsnormen kennzeichnen, in denen die eindimensionale Universalität der Politik oder die der Wirtschaft durch den Einbau von polykontexturalen Elementen korrigiert wird. Hier besteht ein deutlicher Nachholbedarf der richterlichen Kontrolle der organisationsinternen Normen und der technisch-professionellen Standards, die sich am Modell richterlicher Kontrolle von Gesetz und Vertrag ausrichten sollten.

Noch spannender scheint jedoch die Frage zu sein, inwieweit in den gesellschaftlichen Normierungsprozessen selbst Kollisionsprobleme aufgeworfen werden. Die Kollisionsfrage wird sozusagen aus dem Recht ausgelagert und in den Diskursen selbst thematisiert. Nach Wiethölter (1988: 27f.) wäre dies eine Situation, in der „Autonomie“ als Selbst-Bestimmung ernst genommen und gleichwohl unerläßliche Externalisierung (Kontrolle) nicht als Fremd-Bestimmung, sondern als mögliche Hilfe in Lage unmöglicher Selbsthilfe tauglich werden kann, nicht unähnlich „Beratungs“-Hilfen und „Verträglichkeits“-Stiftungen außerhalb von Recht.“

Ist dies institutionalisierbar? Ich greife wieder ein Beispiel heraus, um die abstrakte Perspektive an einer konkreten Institution auszuprobieren. „Ethikkommissionen“ im weitesten Sinne sind ein gesellschaftspolitisch brisantes Experiment. Und zwar nicht einmal die großen nationalen Ethikkommissionen, in denen generelle Regeln ausgearbeitet werden, sondern die kleinen Ethikkommissionen vor Ort, in den Kliniken, den Unternehmen und den Universitäten, die teilsystemisch spezialisierte Transaktionen im Lichte verschiedener Universalitäten überprüfen, um „lokale Gerechtigkeit“ herzustellen (vgl. Daele, 1990). Und hier zeichnet sich eine neue Aufgabe für das Recht ab: die rechtliche Verfassung von Gegeninstitutionen in hochspezialisierten gesellschaftlichen Diskursen.

Ein Gesichtspunkt der rechtlichen Gestaltung scheint dabei besonders hervorhebenswert. Um der Kollisionsproblematik gerecht zu werden, dürfte es unabdingbar sein, von Interessenpluralismus auf Diskurspluralismus, auf Sprachspielpluralismus, umzustellen. Es geht nicht um eine mikropolitische Imitation des Interessengruppenpluralismus, wie er in der großen Politik mit Verbandsbeteiligungen der verschiedenen Art praktiziert wird. Ethikkommissionen von Ideen des Gruppenpluralismus her zu strukturieren, wäre die falsche Art ihrer „Politisierung“. Die entscheidende Frage ist, ob es gelingt, in dem von einem Diskurstyp dominierten gesellschaftlichen Normherstellungsverfahren, auch kollidierende Rationalitäten über Beteiligungsrechte, Informationsansforderungen, Beweisverfahren und Entscheidungsprozeduren zu institutionalisieren (dazu Bora, 1993: 61ff.; Bora & Döbert, 1993). *Altera pars audiatur*. Dies würde bedeuten, daß Ethikkommissionen nicht gesellschaftliche Gruppeninteressen hören und gegeneinander abwägen, sondern darauf achten, daß die dominierenden Wissenschafts-, Ökonomie- oder Medizindiskurse nicht die Eigengesetzlichkeiten, Funktionsansforderungen und Leitprinzipien konfligierender Sozialbereiche schädigen.

VII.

Dies also wären unsere Leitformeln zur Diskurskollision im Recht: Internalisierung und „diskursgerechte“ Folgenkontrolle, Externalisierung und „diskursgerechter“ Aufbau von Gegeninstitutionen. In beiden Fällen wird man aber darauf verzichten müssen, allgemeine und materielle „diskursgerechte“ Rechtsprinzipien, Super- und Metanormen zu finden, nach denen sich die Kollisionen der Universalitäten auflösen. Vielmehr ist die Rolle des Rechts darauf beschränkt, in beiden Fällen nur am unendlichen Spiel der Verweisungen geschlossener Diskurse teilzunehmen, es auf besondere Weise zu beeinflussen, es in Rechtsform zu konstitutionalisieren, es mit Elementen juridischer Rationalität anzureichern, um das Ausmaß wechselseitiger Schädigungen der Diskurse zu beschränken. Emile Durkheim glaubte noch, der Pluralität der modernen Arbeitsteilung mit der Integration durch restitutives Recht und professionell-korporative Moral begegnen zu können. In einer Welt der radikalisierten Polykontext-

turalität kann jedoch die „integrative“ Rolle des Rechts nicht mehr darin bestehen, Werte, Prinzipien und Normen als gültig auszuzeichnen, sondern eher darin, den zersplitterten Diskursen im Interesse der Integrität anderer Diskurse extern interne Beschränkungen aufzuerlegen. Nicht Herstellung gesellschaftlicher Einheit, sondern Grenzsicherung pluraler Identitäten, Schutz vor diskursiver Überwältigung und Schadensbegrenzung bezeichneten die gegenwärtigen Aufgaben des Rechts.

Dem liegt eine Vorstellung von Diskursgerechtigkeit als einer „Gerechtigkeit gegenüber dem Heterogenen“ (Welsch, 1991: 176; Lyotard, 1982: 131) zugrunde. „Die Gerechtigkeit wäre folgende: der Vielfalt und Unübersetzbarkeit der ineinander verschachtelten Sprachspiele ihre Autonomie, ihre Spezifität zuzuerkennen, sie nicht aufeinander zu reduzieren“, so heißt es bei Lyotard (1982: 131). Dies ist die Ausdehnung des *Altera pars audiatur* von seiner individualbezogenen Sicht auf eine gesellschaftsbezogene Sicht, die die Diskurspluralität als das zentrale Problem der heutigen Gesellschaft ansieht. Individualkonflikte sind nicht mehr von einer zentralen Autorität entscheidbar, sondern die gesellschaftlichen Autoritäten sind im unauflösbaren Konflikt miteinander. Setzt man auf diese Position „jenseits“ von Hierarchie, dann würde Gerechtigkeit zu einem relationalen Begriff, der nicht an einer Stelle in der Gesellschaft, etwa im Recht oder der Politik benutzt wird, sondern in jedem gesellschaftlichen Diskurs. Gerechtigkeit bezeichnete dann die Beziehung zwischen diskursiver Identität und Andersheit, nicht jedoch aus einer dritten Perspektive, sondern aus der einzigartigen Perspektive des jeweiligen Diskurses gegenüber anderen diskursiven Welten. Gerechtigkeit wäre dann gar nichts spezifisch Rechtliches, etwas, das unter heutigen Bedingungen noch eine privilegierte Rolle des Rechts rechtfertigte, sondern eine Herausforderung, der ein jeder gesellschaftlicher Diskurs sich zu stellen hätte. Gerechtigkeit würde zu einem relationalen und zu einem graduellen Problembegriff. Eine Rechtsordnung stellt sich in dem Ausmaße der Herausforderung der Gerechtigkeit, als sie nicht nur die interne Konsistenz des Rechts verwirklichte, sondern zugleich die Eigenrationalität der anderen beteiligten Diskurse rechtsintern adäquat zu rekonstruieren versuchte. Diese Gerechtigkeit stellte das moderne Recht unter eine doppelte Anforderung. Nicht nur: Behandelt das Recht Gleiches gleich und Ungleiches ungleich? Sondern auch: Wird das Recht zugleich anderen beteiligten Diskursen in ihrer Eigenlogik „gerecht“?

Eine solche Diskursgerechtigkeit muß freilich von vornherein mit dem Scheitern ihres Anspruches leben. Sie kann prinzipiell nicht ausschließen, daß die Diskurse einander Gewalt antun. Sie kann den Sündenfall der gesellschaftlichen Entzweiung, der funktionalen Differenzierung, der diskursiven Zersplitterung mit seinen selbstdestruktiven Tendenzen nicht rückgängig machen. Als „kompensatorische“ Gerechtigkeit kann sie nur sehr viel nüchterner auf einer ad-hoc-Eindämmung, auf einer Minimierung und Kompensierung von diskursivem Unrecht bestehen.

Literatur

- BARRY, Brian (1989) *Theories of Justice: A Treatise on Social Justice I*. London: Harvester Wheatsheaf.
- BORA, Alfons (1993) „Gesellschaftliche Integration durch Verfahren: Zur Funktion von Verfahrensgerechtigkeit in der Technikfolgenabschätzung und Bewertung.“ 14 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 55–79.
- BORA, Alfons & Rainer DÖBERT (1993) „Konkurrierende Rationalitäten.“ 1993 *Soziale Welt* 75–97.
- COLES, Christina (1991) *Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprogramm*. Frankfurt.
- CORSALE, Massimo (1994) „Alcuni nodi teorici del modello pluralistico.“ 21 *Sociologia del diritto* 15–28.

- DAELE, Wolfgang van den (1990) „Regeldurchsetzung und Normbildung bei der Kontrolle biomedizinischer Forschung,“ 42 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 428–451.
- DERRIDA, Jacques (1990) „Force of Law: The „Mystical Foundation of Authority“,“ 11 *Cardozo Law Review* 919–1046.
- DERRIDA, Jacques (1988) „Afterword: Toward an Ethics of Discussion,“ *Limited Inc.* 116.
- DWORKIN, Ronald (1978) *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- ESSER, Hartmut (1991) *Alltagshandeln und Verstehen: Zum Verhältnis von erklärender und verstehender Soziologie am Beispiel von „Rational Choice“* Tübingen: Mohr.
- FEBBRAJO, Alberto & Gunther TEUBNER (eds.) (1992) *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective*. Milano: Giuffrè.
- FOERSTER, Heinz von (1993) *Wissen und Gewissen*. Frankfurt: Suhrkamp.
- GRIMM, Dieter (1995) „Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts,“ in G. Teubner (ed.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos. 139–159.
- GRIMM, Dieter (ed.) (1990) *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden: Nomos.
- GRIMM, Dieter & Werner MAIHOFFER (ed.) (1988) *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- HABERMAS, Jürgen (1992) *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp.
- HÖFFE, Otfried (1987) *Politische Gerechtigkeit*. Frankfurt: Suhrkamp.
- KEGEL, Gerhard (1987) *Internationales Privatrecht*. München: C.H. Beck.
- KRIPKE, Saul (1982) *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Cambridge: Harvard University Press.
- KROHN, Wolfgang & Günter KÜPPERS (1990) „Selbstreferenz und Planung,“ 1 *Selbstorganisation* 109–127.
- LADEUR, Karl-Heinz (1994) „Auflösung des Subjekts in der differentiellen Bewegung der Funktionssysteme: Zum Konzept einer ‚relationalen‘ Persönlichkeit in einer heterarchischen Gesellschaft,“ *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 407–425.
- LADEUR, Karl-Heinz (1992) *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- LUHMANN, Niklas (1995) „Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form,“ in G. Teubner (ed.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos. 19–37.
- LUHMANN, Niklas (1993) *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, Niklas (1990) *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, Niklas (1986) „Die Codierung des Rechtssystems,“ 17 *Rechtstheorie* 171–203.
- LUHMANN, Niklas (1984) *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- LYOTARD, Jean-François (1982) „Gespräch mit Jean-Pierre Dubost,“ in J.-F. Lyotard, *Das postmoderne Wissen: Ein Bericht*. Bremen: Impuls & Association. 127–150.
- LYOTARD, Jean-François (1987) *Der Widerstreit*. 2. Aufl. 1989. München: Fink.
- MACCORMICK, Neil (1995) „Argumentation and Interpretation im Recht: „Rule consequentialism“ und rationale Rekonstruktion,“ in G. Teubner (ed.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos. 39–53.
- MENGONI, Luigi (1995) „Hermeneutik und Folgenorientierung: Zur Argumentationspraxis des italienischen Corte costituzionale,“ *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos. 123–138.
- MERRY, Sally E. (1988) „Legal Pluralism,“ 22 *Law & Society Review* 869–901.
- MURPHY, W.T. (1991) „The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition,“ 54, 2 *The Modern Law Review* 182–215.
- POSNER, Richard A. (1987) „The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1982–1987,“ 100 *Harvard Law Review* 761–780.
- PRIEST, George L. (1990) „The New Legal Structure of Risk Control,“ 119 *Daedalus* 207–227.
- RAWLS, John (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- SCHANZE, Erich (1991) „Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation,“ in C. Joerges (ed.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*. Baden-Baden: Nomos. 67–103.
- SCHLUCHTER, Wolfgang (1996) *Unversöhnte Moderne: Zwischenexte*. Frankfurt: Suhrkamp.
- SCHLUCHTER, Wolfgang (1988) *Religion und Lebensführung*. Band 1. Frankfurt: Suhrkamp.
- SPENCER-BROWN, George (1972) *Laws of Form*. New York: Julian Press.

- TEUBNER, Gunther (1996) „De collisione discursum: Communicative Rationalities and the Law,“ 15 *Cardozo Law Review* (im Erscheinen).
- TEUBNER, Gunther (ed.) (1995) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos.
- TEUBNER, Gunther (1991) „Steuerung durch plurales Recht: Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft,“ in W. Zapf (ed.), *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*. Frankfurt: Campus. 528–551.
- TEUBNER, Gunther (1990) „Die Episteme des Rechts: Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts,“ in D. Grimm (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Baden-Baden: Nomos. 115–154.
- TEUBNER, Gunther (1989) *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt: Suhrkamp.
- TEUBNER, Gunther (1980) „Die Generalklausel von ‚Treu und Glauben‘,“ in R. Wassermann (ed.), *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Allgemeines Schuldrecht*. Neuwied: Luchterhand. 32–91.
- WALZ, Rainer (1990) „Sachenrechtliches Systemdenken im Wandel: Die ökonomischen Determinanten des Verfügungstatbestandes,“ 74 *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 374–405.
- WALZER, Michael (1992) *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*. Frankfurt: Suhrkamp.
- WEBER, Max (1968) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. 3. Aufl. Tübingen: Mohr & Siebeck.
- WEBER, Max (1921) *Wirtschaft und Gesellschaft*. 2. vermehrte Aufl. 1925, 5. Aufl. 1972. Tübingen: Mohr & Siebeck.
- WELSCH, Wolfgang (1991) „Gesellschaft ohne Meta-Erzählung,“ in W. Zapf (ed.), *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*. Frankfurt: Campus. 174–184.
- WIETHÖLTER, Rudolf (1992) „Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts,“ 78 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 44*.
- WIETHÖLTER, Rudolf (1988) „Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers,“ 3 *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1–28.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1989) *Tractatus logico-philosophicus. Tagebücher 1914–1916. Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp.