

Gunther Teubner

## Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter

(erschienen in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Hg.), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden 2003, 25-46)

*"grandiosity of law in the ruins"*  
Duncan Kennedy über Rudolf Wiethölter<sup>1</sup>

### I. *Rechtskollisionen unter Paradoxieverdacht*

Heute vor 25 Jahren, als die großen Paradoxologen unserer Zeit noch ganz andere Dinge trieben - Jacques Derrida veranstaltete grammatologische Exerzitien und Niklas Luhmann reduzierte ständig Komplexität -, hatte Rudolf Wiethölter schon das beunruhigende Phänomen im Visier: die Paradoxie des Rechts.<sup>2</sup> Im Jahre 1977, in einer „Punktation“ für seinen Lehrer, einer Auflistung von Merkpunkten für und gegen dessen kollisionsrechtliche Gerechtigkeit, war es noch ein nagender Verdacht: Sollte sich statt der von Wiethölter leidenschaftlich-verzweifelt gesuchten Gesellschaftstheorie über den Rechtskollisionen nur eine grandiose Paradoxie hinter ihnen finden? Im Jahre 2002, in einer „Punktation“ für seine Schüler – jetzt sowohl eine nichtbindende vorvertragliche Bindung als auch eine aus dem Orient stammende mittelalterliche Praxis der Deutung der Zukunft aus wahllos in den Sand verteilten Punkten - ist aus dem Verdacht Gewißheit geworden. Nach Auseinandersetzung mit verschiedenen kritischen, dekonstruktiven und systemischen Ansätzen kennzeichnet Wiethölter die primäre Aufgabe des Juristen mit der Rätselformel:

„‘Rechtspflege‘ als Pflege der Rechtsparadoxie selbst, ihrer Erhaltung und Behandlung zugleich“.<sup>3</sup>

Hier hat eine Antonym-Auswechslung stattgefunden: Nicht mehr identitätserzeugende Gesellschaftstheorie ist der Gegenbegriff zum Kollisionsbegriff, sondern verwirrungserzeugende Rechtsparadoxie.<sup>4</sup> Den Folgen dieser

---

<sup>1</sup> Kennedy, Comment on Rudolf Wiethölter's 'Materialization and Proceduralization in Modern Law' and 'Proceduralization of the Category of Law', in: Joerges/Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, 516.

<sup>2</sup> Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, *Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt, 1977, 213-263.

<sup>3</sup> Wiethölter, in diesem Band, S. \*\* (MS 2002,11).

<sup>4</sup> Daß es sich bei der Antonym-Auswechslung um einen relevanten gesellschaftlichen Prozess und nicht um einen bloßen Trugschluß handelt, betont Holmes, Poesie der

Gegenbegriffsauswechslung, welche die Such- und Lernprozesse der letzten 25 Jahre einfängt, will ich in meinem Beitrag nachgehen.

Die spezifische Denkform eines Kollisionsrechts aus dem Internationalen Privatrecht herauszulösen und für andere Rechtsgebiete, aber auch besonders für eine Gesellschaftstheorie des Rechts fruchtbar zu machen, war das ehrgeizige Projekt in der Kegel-Festschrift. Es ging nicht mehr nur darum, Kollisionen zwischen nationalen Rechtsordnungen theoretisch zu reflektieren und praktisch zu bewältigen, sondern das kollisionsrechtliche Denken selbst so zu generalisieren, daß es auch für Kollisionen zwischen Normkomplexen, Rechtsgebieten, Rechtsinstitutionen, aber auch für Konflikte zwischen sozialen Systemen, ja sogar für Divergenzen zwischen konkurrierenden Gesellschaftstheorien Ertrag erbringt. Mit diesem doppelten Rückgriff, auf reichhaltige historische Erfahrungen des internationalen Privatrechts einerseits und auf konkurrierende Gesellschaftstheorien andererseits gelang es, „Rechtskollisionen“ als die zentrale Kategorie der juristischen Rekonstruktion gesellschaftlicher Widersprüche zu etablieren.<sup>5</sup>

Mit einem solch generalisierten kollisionsrechtlichen Denken konnte Wiethölter an die Klassiker der Gesellschaftstheorie selektiv anknüpfen, an Hegels Negationsdialektik, an Marx' gesellschaftliche Realwidersprüche, an Webers Polytheismus und Simmels Konfliktproduktivität. Gesellschaftliche Widersprüche als Movers gesellschaftlicher Dynamik war das Leitmotiv. Aber im Kollisionsdenken Wiethölters erschienen gesellschaftliche Widersprüche nicht als solche, sondern in einer spezifisch juristischen Verwandlung. Ein komplizierter Übersetzungsvorgang verwandelte gesellschaftliche Widersprüche in Rechtskollisionen. Unterschiedliche gesellschaftliche Konfliktstrukturen verengten sich dadurch zum rechtlichen Entscheidungszwang, der nach Foren, Verfahren, Kriterien verlangt. Die Begriffe der Konfliktsoziologie wurden ersetzt durch eine kollisionsrechtliche Dogmatik (Anknüpfung, Qualifizierung, Verweisung, renvoi, ordre public, Angleichung, innerer und äußerer Entscheidungseinklang). In steilen Kegel-Formationen baute Wiethölter hochgetürmte Normenhierarchien, Verschachtelungen von Kollisionsnormen und Sachnormen, die wiederum von noch höheren Kollisionsnormen und Sachnormen überwölbt werden. Immer ging es um die Suche nach Letztbegründungen, obersten

---

Indifferenz, in: Baecker u.a. (Hrsg.), *Theorie als Passion*, Frankfurt, 1987, 15-45, 25ff. 28.

<sup>5</sup> Mit dieser Generalisierung des kollisionsrechtlichen Denkens hat Wiethölter buchstäblich Schule gemacht. Einen explizit kollisionsrechtlichen Ansatz wählen Walz, *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung: Grundlinien einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik*, Heidelberg 1980, 199 ff.; Joerges, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem: Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts*, Heidelberg, 1981, S. 123 ff.; Joerges, in diesem Bande, S. \*\*; Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989, Kap. 6; Teubner, *Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision unterschiedlicher Universalitätsansprüche*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1996, 199-220; Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, *Kritische Justiz*, 1999, 281-(?); Wielsch, *Freiheit und Funktion: Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, Baden-Baden 2000, S. 194ff.; Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, 2001, 326ff.;

Normen, obersten Instanzen. Die von Kegel kritisierte „selbstgerechte Sachnorm“ wurde gleich zweimal überboten, erst durch die Kennzeichnung des von Kegel selbst kreierten „selbstgerechten Kollisionsrechts“ und dann in einer Kegel-Kritik durch ein „selbstgerechtes Meta-Systemrecht“.<sup>6</sup> Heimlicher Richter des ganzen Kollisionsgeschehens aber sollte Gesellschaftstheorie sein, die ihrerseits als Kollision unterschiedlicher Ansätze wiederum nach einer Supertheorie-Orientierung suchte.<sup>7</sup>

Als exemplarisch für diesen kollisionsrechtlichen Denkstil kann Wiethölter's Kritik an der heutigen Synthese von Rechtsschutz und Institutionenschutz gelten. Ludwig Raiser's berühmte Versöhnungsfomel „Der Private als Funktionär der Gesamtrechtsordnung“ war das vorläufig letzte und wichtigste Ergebnis einer langen Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Dualismen von privat/öffentlich, subjektives/objektives Recht, Berechtigungen/Infrastrukturen, Vertrag/Organisation, Individuum/Institution das in der gegenwärtigen Dogmatik sowohl im Privatrecht wie im öffentlichen Recht mehr oder weniger konsentiert ist.<sup>8</sup> Für Wiethölter war jedoch die Formel subjektives Recht und Institution keineswegs die Lösung, sondern überhaupt erst das Problem. Sie konnte weder als Sach- noch als Kollisionsnorm dienen, sondern sie selbst war die Kollision. Und 1977 schien für Wiethölter die „Tendenz überdeutlich“ zu einem linkskegelianischen „Paradigmawechsel“. In schroffer Abkehr von der Raiser'schen Versöhnungsfomel plädierte er für eine spezifische „Politisierung des Rechts“ in Form einer „Transformation von *Kontraktverfassungsrecht*, d.h. klassischen ‚Privatrecht‘ in *Organisationsverfassungsrecht*, d.h. ‚modernes‘ Nichtprivatrecht.“<sup>9</sup>, in dem das Gemeinwohl nicht aus einer institutionsorientierten Ausübung subjektiver Rechte resultierte, sondern aus politischen Konflikt und Konsens innerhalb rechtlich verfaßter gesellschaftlicher Organisationen.

## **II. Umänderung der Denkart: Von Kollisionen zu Paradoxien**

Doch machten sich wie gesagt schon 1977 nagende Zweifel bemerkbar, die sich später immer mehr verdichten sollten. Kaum hatte Wiethölter seine eigene Formel eines „selbstgerechten Meta-Systemrechts“ entworfen, stellte er sie schon unter Paradoxieverdacht. Er selbst ließ die wechselseitige Überbietung von Kollisions- und Sachnormen am Münchhausen-Trilemma der Normbegründung auflaufen: Infiniter Regreß, Abbruch oder Zirkularität.<sup>10</sup> Die allerletzte Verlegenheitsformel hieß dann „soziale Praxis“, in der sich die Hierarchieebenen von Kollisions- und Sachnormen verschleifen.<sup>11</sup> Dahinter aber wird immer deutlicher sichtbar, daß was vordergründig Kollisionen heißt, hintergründig Paradoxien bedeutet. Kollisionen sind nichts anderes als Epiphänomene von Paradoxien. Letztlich geschieht hier die schon angesprochene Antonym-Auswechslung: Das Gegensatzpaar Identität / Differenz, das sich bei Wiethölter im Verhältnis von identitätsstiftender theoriegeleiteter

---

<sup>6</sup> Wiethölter (Fn. 2) 246, 248, 256

<sup>7</sup> Wiethölter (Fn. 2) 229 f.

<sup>8</sup> Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, 145-167.

<sup>9</sup> Wiethölter (Fn. 2) 260.

<sup>10</sup> Wiethölter (Fn. 2) 216; Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers, *Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1988, 1-28, 1.

<sup>11</sup> Wiethölter (Fn. 2) 213

Entscheidung zur differenz erzeugenden Normenkollision zeigt, wird auf das Gegensatzpaar Paradox / Differenz umgestellt.

Exemplarisch deutlich wird die Umstellung darin, wie Wiethölter heute die Fragestellung Rechtsschutz / Institutionenschutz reformuliert. Zunächst wird die tendentiell einseitige Auflösung der Kollision unter einer gesellschaftstheoretisch angeleiteten Politisierung als Transformation von Kontraktverfassung zu Organisationsverfassung (implizit) zurückgenommen. Die Kollision selbst wird dann als Ausdruck eines dahinterstehenden Problems gedeutet, dem mit Entscheidungen anhand von Foren, Kriterien, Verfahren nicht beizukommen ist:

„Kein Wunder, daß unsere Rechts-Semantik von ‚Rechtsschutz‘ (mit gewährleisteten subjektiven Rechte in seinem Zentrum) und ‚Institutionenschutz‘ (mit zeitlichen, sachlichen und sozialen Infrastruktur-Gewährleistungen in seinem Zentrum) den zeitgenössischen Anforderungen der zeitlosen Rechts-Paradoxie (in summa: eines in das Recht eingelassenen Kollisionsrechts über Recht und Nichtrecht) weder ‚gut‘ tut noch ‚gerecht‘ wird.“<sup>12</sup>

Das sind nicht bloß semantische Anpassungen an modische Paradoxologien, sondern durchdacht verdichtete Formulierungen, in denen Wort für Wort die Strukturunterschiede von Kollision und Paradox ihren Ausdruck finden. Das aber heißt nicht mehr Verweis auf „soziale Praxis“, sondern Änderung der Denkart. In schematischer Auflistung:

1. Kollisionen sind Widersprüche zwischen Geltungsansprüchen: Entweder gilt A oder Non-A; Recht oder Nichtrecht; die eine oder die andere Norm; das eine oder das andere Sozialmodell. Paradoxien können sich zwar als Widersprüche äußern, haben aber eine kompliziertere Struktur, die mit ihrer Selbstrückbezüglichkeit bzw. „Selbstgerechtigkeit“ zu tun haben:<sup>13</sup> A weil Non-A und Non-A weil A; Recht weil Unrecht und Unrecht weil Recht. Lügt der Kreter, wenn er rückbezüglich von sich selbst sagt, daß er lügt? Ist Recht selbst gerecht, d.h. ist es recht/unrecht, Konflikte nach recht/unrecht zu beurteilen?
2. Daraus resultieren die Unterschiede in den Konsequenzen. Kollisionen lassen sich durch Entscheidung zwischen Alternativen auflösen. Oder sie erlauben einen Kompromiß. Beide Wege sind bei Paradoxien verstellt. Durch Entscheidung kann man der Oszillation zwischen ihren Polen nicht entkommen, da jede Entscheidung den selbstrückbezüglichen Zirkel wieder in Gang setzt. Die Situation ist prinzipielle Unentscheidbarkeit. Resultat des Paradoxes ist

---

<sup>12</sup> Wiethölter in diesem Bande, S. \*\* (Ms. 4)

<sup>13</sup> Zu den Unterschieden von Widersprüchen und Paradoxien in pragmatischer Perspektive, Watzlawick, *Menschliche Kommunikation: Formen, Störungen, Paradoxien*, Bern 2000, S.171 ff.; zum Umgang mit Paradoxien im Recht Fletcher, "Paradoxes in Legal Thought," *Columbia Law Review*, 1985, 1263-1292; Suber, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, New York 1990 und <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>.

Paralyse.<sup>14</sup> Hier liegt der Grund dafür, daß Paradoxien gemeinhin entweder ridikulisiert oder tabuisiert werden.<sup>15</sup>

3. Kollisionen verlangen nach Kriterien, Foren, Verfahren, damit eine Entscheidung möglich wird. Paradoxien ist damit nicht beizukommen. Sie kennen keine *via regis* zu ihrer Auflösung, sondern allenfalls eine *via indirecta*. Sie stellen nicht die Kollisionsentscheidung in Zweifel, sondern schon die Kollision selbst. Jedenfalls muß man die ausgetretenen Pfade verlassen. Und das macht den Umgang mit ihnen so schwierig und den Vergleich von Wiethölter mit Derrida und Luhmann lohnend.

Warum aber faszinieren gerade Paradoxien? Wieso interessiert sich der Kollisionstheoretiker Wiethölter, der doch seine Präferenz für die Theorie des rationalen Diskurses offen äußert, für Theorien der systemischen und der dekonstruktiven Art, die obsessiv damit beschäftigt sind, Paradoxien aufzudecken? Derridas Denken läuft doch – wie Habermas polemisch formulieren würde, wenn er anwesend wäre - auf einen „dekonstruktiven Verwesungsprozeß der Privatrechtsdogmatik“ hinaus: durch logisch-formale Operationen und genealogische Untersuchungen von Sinnsystemen ihre Ambivalenzen, Aporien und Paradoxien aufzudecken. Lohnt es sich, so würde er anwesend/abwesend weiter fragen, einer juristischen „Götterdämmerung“ beizuwohnen? Und in Bezug auf die innere Logik der Systemtheorie scheint es geradezu eine absurde Idee, daß sie in ihr Zentrum Paradoxien stellen sollte. Dies bedeutet eine Selbstaufgabe ihrer früher leitenden Fragestellungen: Kompatibilität von Struktur und Funktion, Möglichkeiten kybernetischer Steuerung, Umgang mit Umweltkomplexität über requisite variety. Nichts ist antisystemischer als Paradoxien. Sie führen nur in Widerspruch, Chaos, Inkonsistenz, Lähmung, Schrecken.

Diese destruktiven Tendenzen beider Theorien mit einem resignativ-pessimistisch-melancholischen Grundton zusammenfallen zu lassen, der nicht bloß gelegentlich in Wiethölter's Analysen des heutigen Privatrechts anklingt – Motiv: „Alles ist möglich, aber nichts geht mehr“<sup>16</sup> - liegt nahe. In der Tat betrieb Wiethölter schon eine Dekonstruktion des Rechts, als das Wort in Deutschland noch nicht existierte: sein scharfsinnig-unerbittliches Offenlegen von Scheinsicherheiten in der zivil- und wirtschaftsrechtlichen Dogmatik, das ihn in der Zunft so unbeliebt machte, zeigen dies ebenso wie sein schonungsloses Aufdecken von Aporien in rechtstheoretischen Argumenten und in sozialtheoretischen Entwürfen.<sup>17</sup> Durchweg dekonstruktiv ist auch Wiethölter's „juristischer Negativismus“, seine jahrzehntelang konsequent durchgehaltene Weigerung, auf konkrete Rechtsfragen konkrete Antworten zu geben, sei es Fälle zu „lösen“, abstrakte Dogmatikfiguren zu „entdecken“ oder sei es rechtstheoretische Streitfragen zu „entscheiden“.<sup>18</sup> Seine Verweigerungshaltung

---

<sup>14</sup> Dazu Gumbrecht und Pfeiffer *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt 1991.

<sup>15</sup> Watzlawick (Fn. 13).

<sup>16</sup> Wiethölter, *Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?*, in: G. Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, 1994, 89-120, 100.

<sup>17</sup> Seit Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt: 1968.

<sup>18</sup> Die ausdrückliche Selbstkennzeichnung als "juristischer Negativismus" findet sich in Wiethölter, *Recht und Politik: Bemerkungen zu Peter Schwerdtners*

bestätigt in ihrer asketischen Strenge die berühmten Derridaschen Aporien des Rechts, in denen mit unerbittlicher Zwangsläufigkeit jegliche juristische Argumentation in eine Situation der Suspension, der *epoche*, der Unentscheidbarkeit führt.<sup>19</sup>

Doch dürfte man es sich mit dieser Interpretation noch zu leicht machen. Denn letztlich treibt nicht ihr unbestreitbar kritisch-destruktives Potential das Erkenntnisinteresse an Paradoxien an. Das eigentliche Faszinosum liegt in den produktiven Möglichkeiten des Umgangs mit ihnen.<sup>20</sup> Hier liegt, wie auch kulturtheoretische Kritiker einräumen, der kaum bestreitbare Vorsprung der Systemtheorie gegen über dem resignativen Pathos der Dekonstruktion von Paul de Man und seinen Epigonen. Denn „für sie bilden die durch Selbstreferenz entstehenden Paradoxien nicht die Schlußpointe, sondern den Ausgangspunkt evolutionärer Fortentwicklungen. Das verleiht ihr unter den neueren postmetaphysischen Konstruktionen eine relativ große Welthaltigkeit.“<sup>21</sup> Nicht nur führen Sinnwelten notwendig in Paradoxien hinein, sondern Paradoxien treiben neue Sinnwelten heraus. Nicht nur produziert das Kollisionsrecht kegelianische Rechtsaporien, sondern diese produzieren neue Rechtskollisionen. Paradoxien sind keine logischen Fehler, die man ausmerzen muß, wenn man weiterkommen will. Wie sehr sie heute als ubiquitäres und zentrales Moment gesellschaftlicher Dynamik benötigt werden, wird in folgender extremer Formulierung deutlich: Paradoxien treten an die Stelle des transzendentalen Subjekts, typische Strukturen sind historisch kontingente Phänomene.<sup>22</sup> Und auf das Recht gewendet:

„Das Rechtsparadoxon in nuce: Recht setzt voraus, was es zu bewirken hat, jenes eingeschlossene, ausgeschlossene Dritte, das zugleich für Auszehrungen wie Regenierbarkeit

---

Kritik, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1969, 155 (158): "Ich präzisiere meine eigene Position. Sie ist zu bezeichnen als juristischer Negativismus (ich weiß, daß das üblicherweise als etwas ‚Negatives‘ empfunden wird; diese Empfindung ist in der Tat etwas Negatives), der durch die traditionelle Rechtswissenschaft hindurch (Entmythologisierung!) den Anschluß an die Zeitaufgaben sucht, heute also vor allem an Hochschul- und Studienreform (Wissenschaftsreform), diese als folgenreiche, partielle, antizipierte Gesellschaftsreform ("Demokratisierung"!)."'

<sup>19</sup> Derrida, *Gesetzeskraft: Der "mystische Grund der Autorität"*, Frankfurt 1991, 46 ff.

<sup>20</sup> Dies betonen Krippendorff, Paradox and Information, in: Dervin/Voigt (Hrsg.), *Progress in Communication Sciences* 5, Norwood 1984, 46-71, 51f.; Luhmann, Sthenographie und Euryalistik, in: Gumbrecht und Pfeiffer, (Fn. 14) 58-82; Watzlawick (Fn. 13).

<sup>21</sup> Koschorke, Die Grenzen des Systems und die Rhetorik der Systemtheorie, in: Koschorke/Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*, Berlin 1999, 49-60, 56.

<sup>22</sup> Das ganze Zitat lautet: „Paradoxien sind, auch so kann man es formulieren, die einzige Form, in der Wissen *unbedingt* gegeben ist. Sie treten an die Stelle des transzendentalen Subjekts, dem Kant und seine Nachfolger einen Direktzugang zu unkonditionierten, a priori gültigem, aus sich selbst heraus einsichtigen Wissen zugemutet hatten. .... Das schließt es keineswegs aus, nach typischen Strukturen zu fragen, in denen Paradoxieentfaltungen relativ stabile Formen gewinnen, die sich historisch bewähren ...“ Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft*, Frankfurt 2000, 132f.

seiner eigenen Möglichkeitsbedingungen sorgt, also für Unverfügbarkeiten der ‚Recht-Fertigungen‘ wie für ihre Verfügungen.“<sup>23</sup>

Am Beispiel der Menschenrechte sieht das Denkmuster einer paradoxiegetriebenen Rechtsentwicklung so aus:<sup>24</sup> Das paradox-zirkuläre Verhältnis von Gesellschaft und Individuum (Die Gesellschaft konstituiert die Menschen, die wiederum die Gesellschaft konstituieren) ist sozusagen das Apriori, das allen historisch variablen Menschenrechtslösungen konstant zugrundeliegt. Die als Personen kommunikativ konstituierten Menschen aus Fleisch und Blut machen sich trotz aller Sozialisierungen als zugleich nicht-kommunikativ konstituierte Individuen/Körper störend bemerkbar und pochen auf ihre „Rechte“. Diese Spannung im Verhältnis Individuen/Gesellschaft treibt je gesellschaftsadäquate Sinnstrukturen heraus, die in der historischen Entwicklung immer wieder neu dekonstruiert werden (schematisiert in Phasen: Natur des Menschen im alten Naturrecht, Übereinkunft der Individuen im Sozialvertrag, Eintritt der mit natürlichen Rechten ausgestatteten Menschen in den Zivilisationszustand, apriorische Geltung von subjektiven Rechten, politische Positivierung von Individualgrundrechten, weltgesellschaftliche Skandalisierung von Menschenrechtsverstößen). Sollte also der Grund für das obsessive Interesse sein, daß gerade Paradoxien - und nicht mehr gesellschaftliche Widersprüche oder Rationalitätskollisionen - das Movens der Gesellschafts- und Rechtssemantikentwicklung darstellen? Und sollte hier der Grund für Wiethölters rätselhafte Formel liegen, daß Rechtspflege nicht einfach Ausschaltung der Rechtsparadoxie um der Rechtsordnung willen sei, sondern im Gegenteil ihre „Erhaltung und Behandlung“?

Im Vergleich mit der widerspruchsgetriebenen Dynamik bei den Klassikern der Gesellschaftstheorie werden die Besonderheiten einer paradoxiegetriebenen Dynamik deutlich. Durchaus vergleichbar dem Widerspruch in der Dialektik ist die Paradoxie

„in einer anfänglichen unausgleichbaren Disruption begründet. Es hat mit dem Hegel'schen Begriff die Bewegtheit gemeinsam, überschreitet jedoch seine Fassung des zugrundeliegenden, bewegenden Widerspruchs als strenger bipolarer Kontradiktion. Das Bezeichnete und sein unmarkiertes Andere sind nicht in einer apriorischen Korrelation gegeben. Sie sind nicht "logisch" von einander ableitbar, sondern entspringen kontingenten Unterscheidungen, welche die Grenzen der Bezeichnung und Nicht-Bezeichnung jeweils anders ziehen können.“<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Wiethölter, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: Honneth/McCarthy/Offe/Wellmer (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Frankfurt 1989, 794-812, 803.

<sup>24</sup> Luhmann, Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung, in N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*, Opladen 1995, 229-236.

<sup>25</sup> Clam, Die Grundparadoxie des Rechts und ihre Ausfaltung: Beitrag zu einer Analytik des Paradoxen, in: Teubner (Hrsg.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart 2000, 109-143, 138.

Das Wechselspiel von Entparadoxierung - Reparadoxierung ist also alles andere als eine kumulative Abfolge von Negationen, eine "Aufhebung" des Widerspruchs, ein Fortschreiten des Geistes.<sup>26</sup> Eher geht es um die Wiederkehr des Gleichen, um ständige Oszillation zwischen Paradox und Struktur, um Dialektik ohne Synthese. Im Ablaufverhältnis von Paradox/Differenz zeigt sich ein experimentierendes, inkrementelles, herumirrendes Herstellen von Ordnungen, das über Zufälle geradezu stolpern muß, um neue Differenzen aufbauen zu können. Und stets präsent ist die Dauerheimsuchung der Sinnwelten durch ihre Dekonstruktion, die immer wieder das Chaos in die Zivilisation hereinbrechen läßt.

Im Vergleich mit Marxens Realwidersprüchen präsentieren sich auch die Paradoxien als vom Kopf auf die Füße gestellt, weil sie nicht als Störungen in der idealen Welt des Denkens auftreten, sondern als Realparadoxien in der Gesellschaft die Verhältnisse zum Tanzen bringen. Doch im Unterschied dazu ist keine Verfallslogik aus den Haupt- und Nebenwidersprüchen der gesellschaftlichen Ordnung impliziert, die dann den revolutionären *big bang* erlauben würde. Realparadoxien sind hochambivalent. Sie bergen destruktive, paralyisierende Potentiale, zugleich aber auch produktive, schöpferische Möglichkeiten. Die Alternative ist offen: Paralyse oder strukturelle Neuerungen? Es waltet kein Determinismus, sondern schiere Kontingenz. Die Katastrophe oder die produktive neue Ordnung, die wieder ihrerseits von der Katastrophe bedroht ist - beides ist gleichermaßen wahrscheinlich. Diese Ambivalenz gibt eine plausible Erklärung für den häufig konstatierten ungeheuren Innovationsdruck ab, der auf heutigen Gesellschaften lastet.

Zugleich auch ist die Qualität der Entparadoxierung merkwürdig pathologisch. Sie verspricht keine Lösung der Krise, sondern allenfalls ihr zeitweiliges Aufschieben, Verstecken, Invisibilisieren, Unterdrücken, Verdrängen.<sup>27</sup> Daß sie wieder hervorbricht, ist nur eine Frage der Zeit. Das erinnert nicht von ungefähr an Theorien der Verdrängung mit der Folge, daß sich das Verdrängte in Symptomen immer wieder manifestiert. "Es ist etwas faul im Staate Dänemark" – das ist der Dauerzustand solcher Gesellschaften, selbst wenn die zeitweise Entparadoxierung „gut gemacht“ sein sollte. Und anders als in der Psychoanalyse gibt es keine erfolgverheißende Therapie. Aus der Direktkonfrontation mit dem Paradox resultiert nicht Befreiung, sondern Paralyse. Unsere Gesellschaft lebt bestenfalls von einer Verdrängungsrationalität.

Dann aber drängt sich die Frage auf, ob die Faszination mit Paradoxien nicht mehr ist als eine intellektuelle Mode, sondern etwas mit ihrer Gegenstandsadäquität zu tun hat: Widerspiegelt die Umstellung von klassischen Widerspruchstheorien auf Paradoxologien die Erfahrungen des 20. Jahrhunderts mit Totalitarismen, zwei Weltkriegen, ökologischen und psychischen Katastrophen inmitten der Hochzivilisation? Gibt sie ein plausibles Deutungsmuster für die Erfahrung, daß gerade die hochgetriebenen Rationalitätsmuster der Ökonomie, der Politik, des Rechts dem Einbruch von Willkür, Irrationalität, ja Gewalt in ihren alltäglichsten Vollzügen ausgesetzt sind? Und zwar nicht von außen, sondern aus ihrem innersten Arkanum heraus? Gibt sie zugleich ein plausibles Deutungsmuster ab für die

---

<sup>26</sup> Vgl. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt 1984, S. 490 zum Verhältnis Luhmann – Hegel

<sup>27</sup> Dazu die Beiträge in dem Sammelband Gumbrecht/Pfeiffer (Hrsg.) *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt 1991.



Dominanz eines kognitiven Stils, der sich nicht mehr als ein großes konsistentes gesellschaftliches Projekt, sondern als ein tastendes Herumexperimentieren unter Bedingungen radikaler Ungewißheit zeigt? Das folgende Argument von Jean Clam mag die aktuelle Suche nach nicht-teleologischen Strategien der Entparadoxierungen plausibel machen:

"Das Problem dieser teleologischen Form von Entparadoxierung ist, daß sie eine Dynamik der radikalen Negation der Paradoxie (als einem aus der Welt zu schaffenden Übel) in Gang bringt. Die moderne Erfahrung mit dieser Dynamik hat gezeigt, daß je hoffnungsvoller der Elan zum Erlangen oder Erzwingen des Telos, mit anderen Worten: je gründlicher die Zerstörung der Grundlagen der Paradoxie war, desto harmvoller und stürmischer die Rückkehr des Negierten. Entparadoxierung durch utopische Teleologien kommt einer Behandlung originärer Paradoxien nahe, als wären sie nicht unauflösbar und systemgenerierend, sondern aussöhnbar und überwindbar. Dies begründet dann die Verlegung der Aussöhnungsgewissheit in der Zeitdimension, die zu diesem Zwecke ein makrohistorisches Format erhält. Das Vertrauen in die Aufhebbarkeit der Paradoxie, verbunden mit der Aufschiebung ihrer Bestätigung in die ferne Zukunft, schirmt das blinde Wüten an der Paradoxie gegen Möglichkeiten des Lernens aus Mißerfolgen."<sup>28</sup>

### **III. Luhmann: Soziologisierung der Dekonstruktion**

Damit schiebt sich die Frage des gesellschaftlichen Umgangs mit Paradoxien in den Vordergrund. Wie immer Systemtheorie und Dekonstruktion die Syntax von Paradoxien analysieren, wie immer sie ihre Semantik im Zusammenhang von Textualität und Gesellschaft umschreiben, die eigentliche Frage ist ihre Pragmatik.<sup>29</sup> Und hier dürfte Luhmann das Leitmotiv gegen eine bloß destruktive Paradoxologie, gegen ein resignativ-provokative Präsentieren der Aporien, gegen eine Beschränkung auf juristischen Negativismus gesetzt haben:

„Es mag sein, daß unsere Gesellschaft das Ergebnis einer strukturellen und semantischen Katastrophe im Sinne von René Thom ist, das heißt das Resultat eines fundamentalen Wandels in der Stabilitätsform, die Zuständen und Ereignissen Sinn verleiht. Wenn dies so ist, dann wäre es wert, die Instrumente der Dekonstruktion mit genügender Sorgfalt zu wählen, so daß wir in ihrer Wahl Informationen über unsere postmetaphysische, postontologische, postkonventionelle, postmoderne, das heißt postkatastrophische Bedingung gewinnen.“<sup>30</sup>

An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen: Welche Einsichten über postkatastrophische Bedingung des Rechts liefert die Paradoxopraxis des kollisionspolitischen Institutionalismus Wiethölters im Vergleich zur systemischen Rechtstheorie und zu

---

<sup>28</sup> Clam (Fn. 25) 129.

<sup>29</sup> Zusätzlich zu den Nachweisen in Fn. 13 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1993, S. 545ff.

<sup>30</sup> Luhmann, Dekonstruktion als Beobachtung zweiter Ordnung, in: Berk/Prangel (Hrsg.), *Differenzen: Systemtheorie zwischen Dekonstruktion und Konstruktivismus*, Tübingen 1995, 9-36, \*.

einem juristischen Dekonstruktivismus? Welche Sorgfaltsstandards sind unter dem Anspruch der Informationsgewinnung für das heutige Recht bei der Wahl der Dekonstruktionsinstrumente zu respektieren? Im sorgfältigen Paradoxie-Umgehen folgt Wiethölter zunächst den Schritten von Luhmann, um dann aber an bestimmten Weggabelungen dezidiert eigenen Suchinteressen zu folgen.

*Erster Schritt - Paradoxierung:* Schon die Beobachtung zweiter Ordnung, welche die Paradoxien erst aufdeckt, muß ihre Instrumente mit genügender Sorgfalt wählen. Denn sie ist mehr als informationslose Dekonstruktion von Sinngebilden, weil sie über die Zerstörung von Illusionen hinaus etwas über den soziologisch-historischen Sinn von Illusionen aussagen kann: Warum braucht das Rechtssystem Illusionen und welche? Luhmann zeigt dies an der Illusion des binären Rechtscodes, der den Paradoxien seiner Selbstreferenz ausgesetzt ist. Hinter der Unterscheidung Recht/Unrecht findet er sowohl das Gründungsparadox des Rechtes als auch die Entscheidungsparadoxien des täglichen Rechtsbetriebes und fragt nach dem gesellschaftlichen Sinn dieses Verblendungszusammenhangs, in dem der Rechtscode trotz seiner offensichtlichen Künstlichkeit erstaunlich stabil blieb, aber die Formen der Entparadoxierung in den Rechtsprogrammen ständig wechselten.<sup>31</sup>

Wiethölter folgt zunächst der Analyse, sucht dann aber das zentrale Rechtsparadox anderswo, nicht hinter dem binären Rechtscode recht/unrecht, sondern hinter dem „Kollisionsrecht zwischen Recht und Nichtrecht“.<sup>32</sup> Jetzt geht es nicht mehr um die leeren Paradoxien der Selbstreferenz des Rechtssystems, um die bloßen Selbstlegitimationsprobleme des Münchhausen-Trilemmas, sondern um die sehr viel sachhaltigeren Paradoxien der rechtlichen Fremdreferenz, um die Frage des Weltbezugs des Rechts. Also schon bei der Formulierung der fundamentalen Rechtsparadoxie stellt Wiethölter die normative Frage, ob und wie das Recht der Welt gerecht wird.

*Zweiter Schritt - Deparadoxierung:* Da jede, aber auch jede Unterscheidung paradoxiert werden kann und deshalb Lähmung des Denkens und Entscheidens die Folge ist, wird es zur eigentlich produktiven Leistung des Paradoxes, daß es „das Rettende auch“, die Gegenkräfte des De-Paradoxierens provoziert. Nach Luhmann kommt das Recht dadurch überhaupt erst zur autopoietischen Systembildung, daß es das Paradox in eine Differenz verwandelt, indem es das unendliche Oszillieren zwischen Recht und Unrecht als einen konditionierbaren Widerspruch mißversteht, ja in einen programmierbaren binären Code technisiert.<sup>33</sup>

Wiethölter folgt dem Argument mit höflichem Interesse. Seine brennende Sorge gilt aber der Frage, wie die Paradoxien des Weltbezugs des Rechts in entscheidbare Normkollisionen transformiert werden können. Hier scheint eine produktivere Entfaltung des Paradoxes zu liegen, weil sie die Suchrichtung nicht nur auf Möglichkeitsbedingungen der Selbstreproduktion des Rechtsbetriebes, sondern auf „weltgerechte“ Foren, Verfahren und Kriterien der Kollisionsentscheidung lenkt. Und nicht nur das, sondern die Form der Kollision selbst wechselt mit wechselnden gesellschaftlichen Bedingungen der Entparadoxierung. Deswegen Wiethölters

---

<sup>31</sup> Luhmann (Fn. 29), S. 165ff.

<sup>32</sup> Wiethölter in diesem Bande, \*\* (MS 4).

<sup>33</sup> Luhmann (Fn. 29) 165 ff.

beredtes Schweigen auf die Frage, die Entitäten der Kollisionen – was kollidiert? Normen, Prinzipien, Sozialmodelle, Theorien, Rationalitäten ? - zu benennen.

*Dritter Schritt – Soziologisierung des Paradoxes:* Hier geht es um die Wahl des Beobachters, der die Deparadoxifizierung ausführt. Luhmann wählt gesellschaftliche Kommunikation und nicht Bewußtseinsakte oder Körperdistinktionen. Und hier, in der konsequenten Soziologisierung der Dekonstruktion, liegt der große Unterschied zu Derrida. In den Nöten der Ambivalenzen, Aporien und Zusammenbrüche erfinden die von der Systemtheorie beobachteten gesellschaftlichen Kommunikationssysteme je ihre spezifischen neuen Unterscheidungen, die sie für eine gewisse Zeit stabil halten können.

Wiethölter hingegen wählt eine vertracktere Beobachterperspektive. Zunächst scheint er, indem er das „in das Recht eingelassene Kollisionsrecht zwischen Recht und Nichtrecht“ anvisiert, das Rechtssystem als Beobachter zu wählen, das den Gegensatz von Recht und Gesellschaft in einem re-entry internalisiert. Hier findet die Übersetzung gesellschaftlicher Aporien in entscheidungsfähige Normenkollisionen statt. Dann aber kommt die typische Wiethölter-Geste, die auf eine trinitäre Instanz als Beobachter dieses re-entry verweist, auf das magische Dreieck der großen Gesellschaftstheorien - Kritikphilosophie, Systemtheorie, Institutionenökonomik. Hier steckt der Unterschied von Wiethölters Normativismus zu Luhmanns Kognitivismus, für den die Soziologie sich darauf beschränken müßte, die Rechtskollisionsentscheidungen zu registrieren. Denn in der Übersetzung von rechtlichen Normkollisionen in gesellschaftstheoretische Entwürfe vermutet Wiethölter die große Chance, für die Rechtskollisionen normative Kriterien zu gewinnen.

Damit nicht genug. Wiethölter vermeidet, den Streit der rivalisierenden Theorien mit Anspruch auf Verbindlichkeit zu entscheiden. Trotz persönlicher Sympathien für die Habermas'sche Diskurstheorie hält er peinlich zu allen dreien auf Äquidistanz, meidet eine zu innige Berührung mit ihnen wie der Teufel das Weihwasser. Das läuft durchaus nicht auf einen unverbindlichen Theorierelativismus hinaus. Auch wird nicht der Anspruch auf eine Supertheorie erhoben, sondern auf die Markierung einer rätselhaften Leerstelle im Dreieck der Sozialtheorien, auf die Schaffung eines Suspensionsraumes, innerhalb dessen Schranken die Aufhebung der Geltungsansprüche der rivalisierenden Theorien die Bedingung dafür ist, daß „dem Recht der Prozeß gemacht“ werden kann.<sup>34</sup> Wiethölter setzt seine Hoffnungen auf wechselseitige Irritation, ja gar auf wechselseitige Lernchancen der beteiligten Theorierivalen, ohne aber diesen Metaprozeß mit der Rationalität des Diskurses, der Systeme oder des Marktes identifizieren. So sind wohl seine atemlosen Hin- und Her-Übersetzungen von Rechtskollisionen in die Sprache der Diskurstheorie, der Systemtheorie und des ökonomischen Institutionalismus zu verstehen. Sie sollen im Verlauf der Übersetzung einen normativen Mehrwert erzeugen. Und nur vorläufig, nur versuchsweise empfiehlt er, die Ausgangsunterscheidung bei der kritischen Theorie zu machen, um in ihrem Lichte mit den anderen Theorien als Folgeunterscheidungen anzuschließen. Immer wieder betont er die Vorläufigkeit dieser Entscheidung, wenn er das Verhältnis der Theorien zueinander darin sieht, daß sie ihre Schwachstellen wechselseitig beleuchten.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> So der Titel von Wiethölter (Fn. 23).

<sup>35</sup> Wiethölter (Fn. 10), 25ff.

#### *Vierter Schritt – Wiederkehr des Paradoxes und sein erneutes Verbergen.*

Gesellschaftliche Katastrophen ereignen sich nach Luhmann in den Korrelationen von Gesellschaftsstruktur und Semantik, wenn der Wandel gesellschaftlicher Strukturen die Semantik ruiniert. Die heutige Problematik ist davon bestimmt, daß der fundamentale Strukturwandel funktionaler Differenzierung die alteuropäische Semantik restlos zerstört hat und daß selbst die hektischen Polysemien der Postmoderne nur als rastlose Suche nach gesellschaftsadäquaten Selbstbeschreibungen zu verstehen sind. Hier pocht ein historischer Rhythmus von sich ständig wiederholender Destruktion und Rekonstruktion: Paradoxierungen provozieren die Suche nach neuen gesellschaftsadäquaten Differenzen, die ihrerseits unter bestimmten Bedingungen wieder auf ihre Paradoxien zurückgeworfen werden. Welche Bedingungen aber bestimmen das rekursive Aufdecken und Verstecken des Paradoxes? Die Systemtheorie identifiziert zweierlei: gesellschaftlichen Problemdruck und kommunikative Plausibilität. Neue Differenzen, die ihrerseits dekonstruierbar sind, werden von der gesellschaftlichen Kommunikation akzeptiert, wenn sie plausibel sind, d.h. mit anderen geltenden Unterscheidungen kompatibel sind. Zugleich verbietet sie ihre immer mögliche Re-Paradoxierung, wenn der gesellschaftliche Problemdruck zu groß ist.<sup>36</sup>

Wiethölter ist selbst schon immer auf einer solchen „relativistischen“ Suche nach zeitgemäßen und gesellschaftsadäquaten Deparadoxierungen, für deren Beurteilungen er die Systemtheorie als bisher avancierteste Sozialtheorie für durchaus geeignet hält. Doch kann er sich mit einer coolen systemtheoretische Analyse, die gesellschaftlichen Problemdruck nur konstatiert und Plausibilitäten bloß registriert, nicht zufriedengeben. Hinter Problemdruck und Plausibilität sucht er mit Nachdruck nach deren Bedingungen, die er in immer neuen Verrätselungen als „Mehrwert des Rechts“, als „Faktor X“ der Rechtsfortbildung, „Nichtrecht als Recht“ bezeichnet.<sup>37</sup> Plausibilitäten sind nicht einfach festzustellen, sondern provokativ zu bezweifeln. Und gefragt ist nicht die gleichmütige Beobachtung, sondern die engagierte Steigerung des gesellschaftlichen Problemdruckes. Diese politische Verflüssigung von soziologisch kristallisierten Strukturen scheint mir die eigentliche Botschaft der mißverständlichen Formel einer „politischen Rechtstheorie“ im Unterschied zu einer apolitischen Sozialtheorie des Rechts zu sein. Hier scheint sich Wiethölter neueren dekonstruktiven Lesarten der Systemtheorie anzunähern, nach denen der Umgang mit Paradoxien in allen Sozialsystemen (nicht nur der institutionalisierten Politik) als genuin „politisch“ zu begreifen ist.<sup>38</sup> Das „Politische“ erscheint dann auch außerhalb des politischen Systems als Entscheidung im Kontext von Unentscheidbarkeit: als Auflösung von Sinnbrüchen in antagonistischen Arrangements, wiethölterisch verrätselt, als Auflösung der Rechtsparadoxie in Kollisionen von Recht/Nichtrecht.

---

<sup>36</sup> Luhmann (Fn. 29).

<sup>37</sup> Wiethölter (Fn. 10),1.

<sup>38</sup> Stäheli, *Sinnzusammenbrüche: Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie*, Weilerswist 2000. In diesen Zusammenhang gehört auch das Insistieren auf Reparadoxierung als politisches Gegengewicht zu Luhmanns Deparadoxierungen bei Blecher, *Zu einer Ethik der Selbstreferenz oder: Theorie als Compassion: Möglichkeiten einer Kritischen Theorie der Selbstreferenz von Gesellschaft und Recht*, Berlin 1991, S.165ff.

Für ihn akzeptabel an der Systemtheorie ist also die fundamentale, im Strukturwandel unvermeidlich wiederkehrende Herausforderung durch Realparadoxien, daß neue gesellschaftliche Identitäten zu konstruieren sind. Ebenso akzeptabel sind die „relativistischen“ Kriterien der Zeitgemäßheit, der Sachangemessenheit und der Gesellschaftsadäquität der neuen Identitäten, die also mit anderen gesellschaftlichen Unterscheidungen kompatibel sind und auf gesellschaftlichen Problemdruck reagieren.

Kritik aber ist zu üben an der merkwürdigen Leerstelle der systemischen Theoriearchitektur, die zwar eine beeindruckende Reflexionshierarchie in den Raum stellt, diese aber letztlich nicht abschließt. Auf einer ersten Stufe wirkt basale Selbstreferenz (Selbstbezug der Elemente): ein Rechtsakt referiert auf den nächsten Rechtsakt und rückbezüglich auf sich selbst. Auf einer zweiten Stufe wirkt Reflexivität von Prozessen: Rechtsnormierung werden ihrerseits normiert (Verfassung, Verfahrensrecht, sekundäre Normen). Auf einer dritten Stufe wirkt Reflexion, einmal als selbstreferentielle Reflexion in den Normentheorien und den Geltungstheorien des Rechts, zum andern als Reflexion der System-Umwelt-Verhältnisse. Hier erscheint Rechtstheorie als Gesellschaftstheorie, als Rechtstheorien der Person und des Individuums und als ökologische Rechtstheorie.<sup>39</sup> Damit werden sämtliche Grenzen des Rechts durch die Rechtstheorie reflektiert - bis auf eine. Von der Reflexion des Rechts ausgenommen werden die Grenzen des Rechtssinnes selbst, die Fragen nicht nach dem Sinnlosen, nicht nach der Negation des Sinns, die ihrerseits Sinn ist, sondern jenseits des Sinnes. Luhmann fragt zwar nach der Umweltgerechtigkeit des Rechts, nicht aber nach seiner Weltgerechtigkeit. Nach Luhmanns Rechtssystem verfügt das Recht im Gerechtigkeitsbegriff zwar über eine Kontingenzformel, aber über keine Transzendenzformel. Und dieser gilt Wiethölters Suche.

Die Kritik an der Systemtheorie dürfte sich auf die exklusive Ausdifferenzierung der Transzendenzreflexion konzentrieren. Nach Luhmann wurde in traditionellen Gesellschaftsformationen Transzendenz an verschiedenen Orten der Gesellschaft reflektiert. Die Dimension des Religiösen war überall präsent, auch im Recht (Naturrecht und Gerechtigkeit hatten selbstverständlich religiöse Konnotationen). Säkularisierung bedeutet aber in der Luhmannschen Theorie eine Enttranszendenzierung aller gesellschaftlichen Teilsysteme und eine Konzentration der Transzendenzreflexion auf das Sinnsystem Religion.<sup>40</sup> Widerspricht dies aber nicht der zähen Säkularisierungsresistenz gesellschaftlicher Utopien (Sozialismus, NS-Ideologie, neo-liberale Erlösungslehren), die auch und gerade in den hochrationalisierten Teilsystemen der Politik, des Rechts, der Wirtschaft, der Wissenschaft handgreiflich ist? Gibt es hier nicht eine sonst unerklärliche Präsenz von Heilslehren, eschatologischen Hoffnungen, die nicht nur in Pop-Religion und Esoterik ausgedrückt werden, sondern gerade innerhalb der säkularisierten Systemrationalitäten. Max Webers Kennzeichnung der gesellschaftlichen Rationalitäten als neuer absoluter Polytheismus bezeugt dies für die Theorie ebenso wie für die Praxis die Glaubenskriege des 20. Jahrhunderts, die mit dem Sinnsystem Religion herzlich wenig zu tun hatten.

---

<sup>39</sup> Luhmann (Fn. 29), 496ff.

<sup>40</sup> Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft*, Frankfurt 2000, S. 320 ff.

Man wird hier eine Parallele zur Ausdifferenzierung des Wissens ziehen müssen. Zwar wird die Wissensproduktion auf das Wissenschaftssystem (Universitäten) konzentriert, aber parallel dazu findet Wissensproduktion und Reflexion der Wissensproduktion in den anderen gesellschaftlichen Teilsystemen (Rechtstheorie, politische Theorie, Wirtschaftstheorie) statt. Und sie bleibt teilsystemspezifische Reflexion, auch wenn sie an den Universitäten in wissenschaftlicher Form verwaltet wird. Das Argument gegen die Ausblendung von Weltgerechtigkeit bei Luhmann lautet: Wenn es der Wissenschaft in den Prozessen funktionaler Differenzierung nicht gelungen ist, die Reflexion der Umweltverhältnisse der Teilsysteme zu monopolisieren, sondern sie diesen selbst überlassen muß, wieso sollte es dann dem Religionssystem gelingen, die Grenzreflexion des Sinnes zu monopolisieren? Der empirische Test würde lauten: An welchen gesellschaftlichen Orten werden gesellschaftliche Utopien entworfen?

Hier, in dieser Transzendierung von Positivität, setzt nun Jacques Derridas eigenwilliger Beitrag zum Umgang mit der Rechtsparadoxie ein. In seinen neueren Analysen, in denen er das dekonstruktive Denken auf die gesellschaftlichen Institutionen richtet, scheint es darum zu gehen, über die bloßen Disruptionen der Dekonstruktion hinaus ein Transzendenzbewußtsein in die hochrationalisierte Welten der Wirtschaft, der Wissenschaft, der Politik und des Rechts zurückzuholen. Seine erstaunlichen Thesen handeln von den paradoxalen Wirkungen der „reinen Gabe“ gegenüber der profitgesteuerten Wirtschaft,<sup>41</sup> der „Freundschaft“ gegenüber der professionalisierten Politik,<sup>42</sup> der „Verzeihung“ gegenüber der säkularisierten Moral<sup>43</sup> und der „Gerechtigkeit“ gegenüber dem hochtechnisierten Recht.<sup>44</sup> Sie alle sind Verweisungsüberschüsse, die utopische Energien aus ganz anderen Quellen reaktivieren. Wieweit kann sich die „politische Rechtstheorie“ damit identifizieren?

#### **IV. Derrida: Theologisierung der Dekonstruktion**

Luhmann tut Derrida sicherlich Unrecht, wenn er ihm vorwirft, er verbleibe einfach in der Ambivalenz der Dekonstruktion; mit seinen Paradoxien erschrecke er nur die Leute; mit seiner Verbalakustik erzeuge er keine Einsichten über die neue Welt.<sup>45</sup> Luhmann konstruiert hier eine falsche Alternative von dekonstruktivem Ambivalenzverbleib versus systemischer Eigenwertkreation, die jedenfalls dem Spätwerk Derridas nicht mehr gerecht wird. Denn seit „Gesetzeskraft: Der mystische Grund der Autorität“ sucht gerade Derrida mit Hochdruck praktisch-politische Auswege aus dem Lähmungstanz der Dekonstruktion. In der Dekonstruktion des Rechts heißt nur der erste Schritt nach Derrida Rückführung des Rechts auf Paradoxien. Dies bedeutet erstens Entscheidungsparadox: Es gibt keine determinierbare Bedeutung von Recht, sondern nur „différance“, Dauertransformation und Daueraufschiebung des Rechtssinnes. Und zweitens Letztbegründungsparadox: die Gründung des Rechts auf willkürlicher Gewalt. Entgegen Luhmanns Verdacht bedeutet dies aber keine Paralyse des Denkens, sondern Gerechtigkeit als Problem wird in diesen Abgründen überhaupt erst denkbar. "Die Gerechtigkeit als Möglichkeit

---

<sup>41</sup> Derrida, *Falschgeld: Zeitgeben I*, München 1993.

<sup>42</sup> Derrida, *Politik der Freundschaft*, Frankfurt 2000.

<sup>43</sup> Derrida, Jahrhundert der Vergebung. Möglichkeiten und Grenzen des Verzeihens, *Lettre Internationale* 2000,10-18.

<sup>44</sup> Derrida, *Gesetzeskraft: Der "mystische Grund der Autorität"*, Frankfurt 1991.

<sup>45</sup> Luhmann (Fn. 30), \*.

der Dekonstruktion".<sup>46</sup> Im nächsten Schritt des dekonstruktiven Denkens führt dies zu einem "Gehen durch die Wüste". Und dies ist in der Tat ein für den heutigen Wissenschaftsstil befremdlicher Verweis auf Transzendenz, mystische Gewalt, Begegnung mit dem Anderen der Levinasschen Alteritätsphilosophie, Herausforderung der modernen Rationalitäten durch "reine" Gerechtigkeit, Gabe, Freundschaft, Verzeihung. Dann aber folgt der dritte Schritt, den man nach einer Dekonstruktion des Rechts und nach einem Verweis auf Transzendenz nicht erwarten würde: ein Kompromiß der Transzendenz mit der Immanenz: ein ernsthaftes und detailliertes Sich-wieder-Einlassen der Dekonstruktion auf Normenkalkulation und Rechtsargumentation - dies aber im Angesicht der unendlichen Anforderungen der Alterität.

Man muß also den Unterschied zwischen der systemischen und der dekonstruktiven Paradoxie-Umgehung anders sehen. Nicht die eine Theorie verharrt in der Lähmung, während die andere neue Eigenwerte in der Entparadoxierung sucht, sondern beide suchen nach verschiedenen Auswegen aus dem Paradox. Eher schon angemessen scheint die Richtungsangabe: Soziologisierung versus Theologisierung des Paradox.<sup>47</sup>

Wie weit wird die politische Rechtstheorie hier folgen? Wiethölter liebt das Adorno-Zitat „Chaos in Ordnung bringen“<sup>48</sup>. Luhmanns Entparadoxierung betont nur die eine Seite dieser doppeldeutigen Formel, den Anblick der Paradoxien tunlichst zu vermeiden und das bedrohliche Chaos in eine neue Ordnung zu überführen. Derrida dagegen chaotisiert die Ordnung, indem er mit einer Kritik der Ursprungsgewalt des Rechts die dunklen Welten des Paradoxes zu ergründen sucht, dann aber den Kompromiß mit den Argumenten und Kalkülen der Rechtspraxis anstrebt. Gerechtigkeit ist danach kein Ziel, keine Konsistenzformel, keine Kontingenzformel, sondern „Anruf, Abgrund, Disruption, Widerspruchserfahrung, Chaos innerhalb des Rechts“. Das hat durchaus praktische Folgerung für Rechtserkenntnis und -entscheidung: Veränderung der Situation als Entscheidung *sub specie eternitatis* und nicht nur *sub specie societatis*.

So sehr sich Wiethölter als poetischer Unsystemiker von solchen Chaotisierungen der Rechtsordnung angezogen fühlen mag, so wenig wird er sich aber mit der von Derrida favorisierten Theologisierung anfreunden können. Sein streng laizistisches Verständnis von Staat und Recht gegenüber Religion verlangt, daß nur in der Immanenz verbindliche Rechtsmaßstäbe entwickelt werden können. Spezifisch deutsche Erfahrungen mit Mystik und Religiosität in öffentlichen Raum, mit neuem Heidentum und politischer Theologie dürften ihn immun machen gegenüber einer im Namen der Dekonstruktion erneuerten Rechtstheologie, jedenfalls in den öffentlichen Institutionen von Politik und Recht. Was Derrida Benjamin ziemlich explizit vorwirft, in seiner rätselhaften Unterscheidung von mystischer und mythischer Gewalt, die

---

<sup>46</sup> Derrida (Fn. 44) S. 30.

<sup>47</sup> Zum Theorievergleich aufschlußreich Barjiji-Kastner, *Ohnmachtssemantiken: Systemtheorie und Dekonstruktion*, Frankfurt 2002. Dort auch eine eingehende Auseinandersetzung mit theologischer und nicht-theologischer Transzendenz in der Derrida-Interpretation m.w.N.

<sup>48</sup> Wiethölter (Fn. 16) 107.

zudem für den Menschen nicht nachvollziehbar sei,<sup>49</sup> dürfte Wiethölter Derrida selbst mit einem *Tu quoque* zu bedenken geben, nämlich mit dem Rekurs auf „mystische Gewalt“ womöglich die Komplizität mit dem Schlimmsten zu befördern.

Im Zentralzitat "Die Dekonstruktion ist die Gerechtigkeit"<sup>50</sup> dürften sich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Dekonstruktion und politischer Rechtstheorie bündeln. Beide stimmen darin überein, daß dekonstruktive Analyse alles andere ist als bloße nihilistische Zersetzung, daß sie mehr sucht als einen *non-foundationalism*, den Nachweis der Unbegründbarkeit des Rechts, daß sie bei allem logisch-dogmatischen Scharfsinnsaufwand nicht auf eine bloße analytische Zerlegung oder eine logische Kritik des Rechts zielt, auf eine akademische, politisch unverbindliche Kritik an Begriffen, Konstrukten, Normen, Gerechtigkeit. Emphatisch erheben beide den Anspruch, nach dem Recht des Rechts zu suchen<sup>51</sup>, in Derridas Formulierung den Anspruch, "Folgen zu haben, die Dinge zu ändern und auf eine Art einzugreifen, die wirksam und verantwortlich ist" und zwar als "Veränderung im Sinne einer maximalen Intensivierung der Verwandlungen, die in einer hyper-technisierten Gesellschaft gerade geschehen."<sup>52</sup>

Parallel auch distanzieren sich beide Theorien taktvoll-entschieden von einer Machtkritik in der Tradition von Marx bis Foucault. Polit-ökonomische Rechtskritik, die Recht als Herrschaftssicherungsinstrument aufdeckt, ebenso wie eine obsessive Mikroanalyse der Macht gilt beiden als rückständig.<sup>53</sup> Politökonomie und Mikromachtanalyse seien zwar nützlich, aber nicht wesentlich genug, nicht komplex genug, nicht dem Inneren des Rechts nahe genug. Dekonstruktion bedeutet demgegenüber Aufdecken der immanenten Gewalt im Inneren des Rechts selbst.

Zweifelhafter schon ist beider Verhältnis zur modernen vernunftorientierten Kritik des Rechts. Wohl beteiligen sie sich beide daran, den Willkürcharakter des Rechts aufzudecken ebenso wie die mangelnde Legitimität des positiven Rechts zu kritisieren. Dem Habermas-Projekt einer Neufundierung des Rechts auf diskursive Vernunft stehen sie schon skeptischer gegenüber. Derrida ist hier entschieden in seiner Dekonstruktion einer kommunikativen Rationalität, weil sie sich gegenüber dem unvermeidlichen Gewaltmoment im Gründungsparadox wie im Entscheidungsparadox des Rechtsalltags blind stellt. Die Gewalt des Rechtsstiftungsakts ebenso wie die Aporien der juristischen Entscheidung sind selbst nicht rationalem Diskurs zugänglich, nicht begründbar, nicht rechtfertigbar, weder gerecht noch ungerecht.<sup>54</sup> Wiethölter ist hier weit vorsichtiger und hält an dem Anspruch der kritischen Theorie auf Begründung und Legitimation des Rechtes fest. Allerdings distanziert er sich von allen optimistischen Advokaten einer prinzipiellen Begründbarkeit des Rechts durch rationalen Diskurs, indem er beharrlich

---

<sup>49</sup> Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, in: Benjamin, *Gesammelte Schriften*, II, Frankfurt 1977, 179-203, 203.

<sup>50</sup> Derrida (Fn. 19) 30.

<sup>51</sup> Wiethölter (Fn. 10) 1.

<sup>52</sup> Derrida (Fn. 19) 19.

<sup>53</sup> Etwa Derrida (Fn. 19) 20, 27; Wiethölter, Privatrecht als Gesellschaftstheorie? Bemerkungen zur Logik der ordnungspolitischen Rechtslehre, *Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen 1974, 645 - (?), 657.

<sup>54</sup> Derrida (Fn. 19) 28, 46ff.



dekonstruktiv auf der Unentscheidbarkeit von Kollisionen und damit ihrer Paradoxalität insistiert.<sup>55</sup>

Endgültig trennen aber dürften sich Dekonstruktion und politische Rechtstheorie, wenn es um den „mystischen Grund der Autorität des Rechts“ geht. Besonders Derridas Rekurs auf Levinas' Alteritätsphilosophie, die der Totalität des Sinnes die Exteriorität der Transzendenz gegenüberstellt, in der die Gerechtigkeit als unendliche Anforderung des Anderen aufscheint,<sup>56</sup> dürfte von der politischen Rechtstheorie, der es ausdrücklich nicht um „ein Anderes als Recht, sondern ein mögliches Andere des Rechts“ geht,<sup>57</sup> respektiert, aber nicht mitvollzogen werden. Allenfalls könnte sie die Rede von der Transzendenz des Rechts in einer Temporalisierung nachvollziehen, in einer nicht präsentierbaren Futurisierung, wonach Gerechtigkeit immer nur ein Aufschieben in die Zukunft bedeuten kann. Derrida: „Die Gerechtigkeit bleibt im Kommen.“ Die Formulierung Wiethölters, daß ein Rechtsverfassungsrecht „einlösbares Ermöglichungs- eher mehr noch als uneingelöste Verheißungsüberschüsse“ vor Augen hat, zeigt die Nähe zu Temporalisierungsvorstellungen und die skeptische Distanz gegenüber den Alteritäts- und Transzendenzvorstellungen von Levinas und Derrida.<sup>58</sup>

## **V. Wiethölter: Reziprozität und (Un)parteilichkeit**

Wenn damit die Eigenwerte der politischen Rechtstheorie im Unterschied zu systemischen und dekonstruktiven Paradoxologien einigermaßen getroffen sein sollten, was sind dann die Konsequenzen aus der Umstellung von Kollision auf Paradox? Was geschieht mit der Leitkollision von Rechtsschutz und Institutionenschutz?

Wie schon gesagt distanziert sich Wiethölter nicht nur von Ludwig Raisers Versöhnungsformel des Privaten als Funktionär der Gesamtrechtsordnung, in der die Individualinteressenwahrnehmung durch subjektive Rechte zugleich für Institutionenschutz in Anspruch genommen wird, sondern nimmt auch die von ihm selbst zunächst anvisierte Kollisionsnorm eines „Organisationsverfassungsrecht“ zurück. Warum? Weil die zugrundeliegende Kollision selbst zunehmend dekonstruiert wird. Wieder sind die beiden Dekonstrukteure am Werke: Problemdruck und Plausibilität. Der heutige gesellschaftliche Problemdruck deplausibilisiert die ehrwürdige Unterscheidung von Rechtsschutz / Institutionenschutz dermaßen, daß sie ihrer Re-Paradoxierung nicht mehr entgehen kann. In der Konfrontation des Rechts mit Problemen der Weltgesellschaft – Stichworte: ökologische Risiken, Konsequenzen der Reproduktivmedizin, Exklusion von ganzen Bevölkerungsgruppen als Folge weltweiter funktionaler Differenzierung - zeigt sich, daß hier auf das Recht gesellschaftliche Probleme zukommen, die nicht mehr durch von Metanormen gesteuerte Oszillation zwischen subjektiven Rechten und objektivem Recht angegangen werden können.

---

<sup>55</sup> In der Festschrift für Habermas formuliert er mit aller Deutlichkeit: „Das Rechtsmodell eines Gerichtshofes der Vernunft – die Geschichte hat uns eines Besseren belehrt“, Wiethölter (Fn. 23) 812.

<sup>56</sup> Derrida (Fn. 19) 45f.; Levinas, *Totalität und Unendlichkeit: Versuch über die Exteriorität*, Freiburg 1987, S. 124.

<sup>57</sup> Wiethölter in diesem Bande \*\* (MS 10).

<sup>58</sup> Derrida (Fn. 19) 56; Wiethölter in diesem Bande \*\* (MS 10).

Kritisch wird dann freilich die Suche nach neuen Entparadoxierungen. Welche neue Unterscheidungen sollen in die dekonstruierte Leerstelle der *collision directrice* Rechtsschutz / Institutionenschutz einrücken? Wiethölter's Formulierungen sind hier höchst vorsichtig:

"Zur wohl spannendsten Erwartungshoffnung könnte so ein 'Recht', erst recht ein 'Verfassungsrecht' oder kürzer ein 'Rechtsverfassungsrecht' werden, das die Kollisionsprinzipienebenen für Recht ./ Moral, Recht ./ Politik, Recht ./ Wirtschaft usw. besetzt, genauer und allgemeiner: Recht als 'strukturelle Kopplung' von 'Lebenswelt-Systemen'. 'Rechtsschutz' und 'Institutionenschutz' in zeitgemäßen Übersetzungen würden dann zu Recht-Fertigungsschutz für Freiheits-Funktionen."<sup>59</sup>

Und noch vorsichtiger formuliert er den Versuch, eine neue Leitdifferenz zu etablieren: Reziprozität versus (Un)parteilichkeit. Beide Seiten dieser Unterscheidung haben freilich wenig mit ihrer traditionellen Bedeutung zu tun. Reziprozität wird jetzt verstanden als wechselseitige Verklammerung von Autonomien und (Un)parteilichkeit heißt jetzt Einlassen auf Autonomie unter vorbehaltenen Kontrollen.<sup>60</sup>

Insgesamt hat Wiethölter Punktationen formuliert, die ein hochriskantes Angebot darstellen. Vielleicht sollte ich abschließend versuchen, darauf Punkt für Punkt mit Vorschlägen zur Vorvertragsergänzung einzugehen, und es den Auslegungskünsten anderer überlassen, ob es sich dabei um Annahmeerklärungen oder um neue Angebote handelt.

*Punkt 1: Gesellschafts-Rechte-Kollisionen:* Wiethölter fordert, die zentrale Differenz Recht / Nicht-Recht in unterschiedliche „Kollisionsprinzipienebenen für Recht ./ Moral, Recht ./ Politik, Recht ./ Wirtschaft usw.“ aufzulösen. Damit ist der Rechtsfokus endgültig auf einen radikalen Pluralismus gesellschaftlicher Autonomien eingestellt. Ein ganzes Bündel von Unterscheidungen dient jetzt der Entparadoxierung und wird zum Ersatz für deplausibilisierte Dichotomien von privat / öffentlich, subjektive Rechte / objektives Recht, Berechtigungen / Infrastrukturen, Vertrag / Organisation, Individuum / Institution. Im Zentrum des „Rechtsverfassungsrechts“ und quer zur obsoleten Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht steht hier das Verhältnis des Rechts zu höchst unterschiedlichen gesellschaftlichen Autonomien und ihren Eigenrationalitäten und Eigennormativitäten.

Die Konsequenzen dieser Umstellung sind kaum absehbar. Jedenfalls heißt dies, endgültig das Dreieck von Politik/Wirtschaft/Recht zu verabschieden und ein vom Recht zu berücksichtigendes Vieleck gesellschaftlicher gleichursprünglicher Normativitäten anzunehmen. Damit wird der Streit um den gesellschaftlichen Primat einer Teilrationalität – Stichworte: Wirtschaftsgesellschaft, Wissensgesellschaft, Organisationsgesellschaft, Netzwerkgesellschaft – obsolet. Die Gleichung „Privatrecht als Wirtschaftsrecht“ ist in die neue Gleichung „Privatrecht als Gesellschafts-Recht“ aufzulösen, wobei Gesellschafts-Recht von vornherein nicht

---

<sup>59</sup> Wiethölter (Fn. 16) 119.

<sup>60</sup> Wiethölter in diesem Bande\*\* (MS 9).

etwa ein ideelles Gesamtgesellschaftsrecht, sondern eine Vielheit gesellschaftlicher Autonomie-Rechte bedeutet. Ein Rechtsverfassungsrecht muß von vornherein die Hoffnung auf die Totalität einer Gesellschaftsverfassung, einen Ort, an dem gesamtgesellschaftliche Identität definiert werden kann, aufgeben und sich auf eine nicht-reduzierbare Vielheit von „Gesellschafts-Rechten“ einstellen. Nicht mehr Wirtschaftsverfassungsrecht I, II oder III heißt dann die Herausforderung, sondern eine Vielheit von Zivilverfassungen, in der nicht bloß ein dritter Sektor von gemeinnützigen Organisationen und bewegten Bürgern rechtlich erfaßt wird, sondern wo die jeweiligen Eigennormativitäten gesellschaftlicher Autonomien ihre Ansprüche geltend machen.<sup>61</sup>

Damit dürfte eine Neugewichtung der traditionellen Rechtsquellen einhergehen: Einer Abwertung des politisch-legislativen Rechts entspricht eine gleichzeitige Aufwertung plural-gesellschaftlicher Rechte als Resultat innergesellschaftlicher Konflikte und eine Aufwertung des Richterrechts als Sensorium für gesellschaftliche Normativitäten. Vorrangiges Ziel solcher Zivilverfassungen aber müßte es sein, entschiedener abzustellen auf den Rechtsschutz nicht-ökonomischer und nicht-politischer Normativitäten in der Gesellschaft. Das Recht muß sich primär dem Problem „institutioneller Externalitäten“ stellen, den durch Verselbständigungsprozesse ausgelösten nicht-individuellen „Umweltschäden“.<sup>62</sup>

*Punkt 2: Sacrificium intellectus:* Die Umstellung von kollisionärem auf paradoxales Rechtsdenken, das in einer „zeitgemäßen Übersetzung“ der Leitkollisionen Rechtsschutz / Institutionenschutz auf Reziprozität / (Un)parteilichkeit resultieren soll, hat Folgen für einen juristischen Denkstil, den Wissenschaftsmoralisten zu Recht schelten müßten als intellektuelle Unredlichkeit, sturen Dogmatismus oder zumindest als *pensiero debole*. Wenn es aber richtig ist, daß jede, aber auch jede Unterscheidung dekonstruiert werden kann, daß jede, aber auch jede Entscheidung in Unentscheidbarkeiten endet, daß jede, aber auch jede Kollision auf Paradoxien aufläuft, dann können neue, auch nur temporär haltbare Unterscheidungen, z.B. Reziprozität versus (Un)parteilichkeit, nur unter dem Opfer eines Kritikverzichts eingeführt werden.

Das dürfte dem scharfsinnigen Juristen und leidenschaftlichen Aufklärer Wiethölter besonders schwerfallen. Hat man aber dem dekonstruktiv-paradoxalen Denken einmal den kleinen Finger gereicht, dann muß man bei Strafe der Totalparalyse die Paradoxien der neuvorgeschlagenen Unterscheidung invisibilisieren, ihre Latenzen latent halten, ihre Aporien verdrängen, auf ihre Dekonstruktion verzichten, dem Scharfsinn Grenzen setzen, Kritik unterlassen, Verblendungszusammenhänge einrichten, die Studenten belügen. Jedenfalls dann, wenn es der gesellschaftliche Problemdruck verlangt und die Plausibilität im Netze gesellschaftlich geltender Differenzen nahelegt.

---

<sup>61</sup> Erste Schritte in diese Richtung Teubner, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes, *Rechtshistorisches Journal* 1998,234-265.

<sup>62</sup> Zur Analyse von institutionellen Externalitäten Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge 1992; Sciulli, The Critical Potential of the Common Law Tradition, *Columbia Law Review* 1994,1076-1124.

Aus der Dekonstruierbarkeit sämtlicher Institutionen folgt: Kritik ohne Ersatzvorschlag zählt nicht. "Zu jeder bestimmten Norm kann eine Kommunikation sich kritisch einstellen: aber wenn sie das tut, muß sie einen Ersatzvorschlag offerieren."<sup>63</sup>. Das ist nicht leicht zu vereinbaren mit Wiethölter's Suspension des Entscheidungszwangs. Freilich ist dies *sacrificium intellectus* ein anderes als es dem Theologen im Namen des Glaubens und dem Juristen im Namen der Rechtsdogmatik abgefordert wird. Denn gesellschaftlicher Problemdruck und Plausibilität sind ihrerseits keine stabilen Größen, sondern sind historisch variabel, so daß es immer nur zeitgemäße, gesellschaftsadäquate, also schwankende Gerechtigkeit geben kann. Und beide sind ihrerseits der öffentlichen Reflexion und dem Streit ausgesetzt, wie es gerade dem Programm einer politischen Rechtstheorie entspricht. Auf diese Ebene, der eingehenden Analyse und Diskussion gesellschaftlicher Probleme und gesellschaftlicher Konsistenz, muß sich also das kritische Denken konzentrieren, um beurteilen zu können, ob neu eingeführte Unterscheidungen wie Reziprozität / (Un)parteilichkeit schnellstens wieder zu dekonstruieren sind oder ob sie eine wenigstens temporäre Geltung beanspruchen dürfen. Und Sisyphos sollte sich zugleich davor hüten, den mühsam hochgestemmtten Stein, der unter gegebenen Umständen für ein kleines Weilchen auf dem Berge durchaus stabil befestigt werden könnte, nicht durch eigene mangelnde Dekonstruktionsorgfalt zur Unzeit ins Rollen zu bringen.

*Punkt 3: Blinder Experimentalismus.* Dem tastenden Charakter einer Entparadoxierung von Recht/Nicht-Recht, die neue Differenzen nur versuchsweise vorschlägt und dem Test der Gesellschaftsverträglichkeit aussetzt, entspricht einer Vorgehensweise, die vor nicht langer Zeit als „muddling through“ verächtlich gemacht wurde, nämlich einem radikalen Inkrementalismus, einem Experimentieren unter extremer Ungewißheit, einem „blinden“ Stolpern des Rechts von Fall zu Fall, einem Stolpern der Politik von Skandal zu Skandal. Damit ist ein Verzicht auf große Entwürfe, auf die Implementation großer gesellschaftlicher Projekte, impliziert - und dennoch kein Verzicht auf Gesellschaftstheorie. Theorie verändert jetzt ihre Rolle. Sie nähert sich wieder der mittelalterlichen Divinationspraxis der Punktation an. Sie setzt willkürlich Punkte im Sand für gewagte Interpretationen und Voraussagen, um durch die nachträgliche Bewährung/Nichtbewährung Orientierungsgesichtspunkte zu finden.

Juristisch ist damit eine Neubewertung der Kasuistik angesagt. Es gilt der Vorrang der partikularen Fallforschung und des Einzelfallgesetzes vor dem vorschnell generalisierenden Zugriff des allgemeinen Gesetzes. Doch müßte dies von einer entschiedenen Politisierung des Fallrechts begleitet sein, die nicht bloß den individuellen Interessenausgleich im Einzelfallkonflikt anstrebt, sondern sich explizit als Experiment an gesellschaftlichen Institutionen versteht. Wenn dies nicht nur eine leere Formel zur Wiederbelebung des stillen Zivilrechts sein sollte, dann müßte sich dies in prozeduralen Änderungen des Rechts niederschlagen, in Änderungen, die von der Kollektivierung der Klagebefugnis über öffentliche Beteiligungs- und Anhörungsrechte, über anspruchsvollere Beweisverfahren bis hin zu einem lernenden nachträglichen Umgang mit rechtskräftigen Urteilen reichte.

*Punkt 4: Gesellschaftsweite Reziprozität.* Von der feudalistischen Fürst-Vasallen-Treue-Beziehung ist dieser Begriff ebensoweit entfernt wie von der Gegenseitigkeit

---

<sup>63</sup> Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1993, S. 503

des Markttausches. Individuelle Vertragsparität mit richterlichen Einzelkorrekturen herstellen zu wollen, erscheint als naiver Rekurs auf überholte Konzepte von „ius“ als einer in sich ausbalancierten Beziehung oder von der Autonomie des bürgerlichen Subjekts. Gesucht ist vielmehr eine Kompensation von asymmetrischen Individualbeziehungen, die höchst umweghaft über mehrere Systemgrenzen hinweg soziale Ausgleichsbeziehungen herstellt. Es geht also um Reziprozität als wechselseitige Abhängigkeit von Teilautonomien, die nicht etwa nur die Autonomie von funktionalen Systemen, sondern auch die von Individuen, Kollektiven, Institutionen, Organisationen betrifft. Sie ist ein durch und durch normatives Konzept und steht daher Durkheims Solidarität unter Bedingungen gesellschaftlicher Arbeitsteilung sehr viel näher als Luhmanns Begriff der strukturellen Kopplung gesellschaftlicher Autonomiebereiche.

Konsequenzen einer solchen Integrationsleistung durch gesellschaftsweite Reziprozität dürften in Richtung einer stärkeren Dissoziierung von Recht und institutionalisierter Politik gehen. Sollte es richtig sein, daß die Politik ihre führende Rolle bei der Integration der Gesamtgesellschaft wenn nicht verloren, so doch weitgehend reduziert hat, dann läßt sich Reziprozität nicht mehr als ausschließlich politisches Projekt beschreiben, in dem das Recht legislatives Handeln und insbesondere Unterlassen im denkenden Gehorsam nachzuvollziehen hat, sondern in dem das Recht selbst responsiv auf emergierende Reziprozitätsformen in der Gesellschaft eingehen muß. Vertreter einer normativen Soziologie wie Lon Fuller oder Philip Selznick, aber auch Francois Ewald oder Roger Friedland und Robert Alford dürften hier die Protagonisten einer sich in der Gesellschaft bildenden intra- und inter-institutionellen „Moralität“ sein, deren eigenes Potential vom Recht aufgegriffen und im denkenden Gehorsam weitergebildet werden kann.<sup>64</sup> Und an dieser Stelle kommen nicht von ungefähr gesellschaftliche Vernetzungen ins Spiel, welche die Integrationsleistungen der institutionalisierten Politik überlagern, wenn nicht ablösen. Wiethölters Skepsis gegenüber der modischen Netzwerkdiskussion dürfte schwinden, wenn sich in der Tat zeigen ließe, daß Netzwerke nicht nur hybride Rechtsgestaltungen zwischen Vertragsrecht und Gesellschaftsrecht sind, sondern daß intersystemische Netzwerke, weil sie unterschiedlichen Handlungslogiken gehorchen, maßgeblich zur Herstellung gesellschaftsweiter Reziprozität beitragen können.<sup>65</sup>

*Punkt 5: Unparteiliche Parteilichkeit:* Mit dieser offen paradoxen Formel distanziert sich die politische Rechtstheorie endgültig von systemischen oder dekonstruktiven Paradoxologien. Wenn mit der Formel das Verhältnis des Rechts zu gesellschaftlicher Autonomie gemeint ist, wie folgendes Zitat nahelegt,

---

<sup>64</sup> Fuller, *The Morality of Law*, New Haven 1969; Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, New York 1969; Selznick, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley 1992; Ewald, *L'État providence*, Paris 1986; Friedland/Alford, *Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions*, in: P.DiMaggio (Hrsg.), *The New Institutionalism*, Chicago 1992, 232-263.

<sup>65</sup> Zu dieser Sicht von Netzwerken Ladeur, *Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of the Network Concept*, *European Law Journal* 1997, 33-54; Teubner, *Das Recht hybrider Netzwerke*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 2001, 550-575; Windeler, *Unternehmensnetzwerke: Konstitution und Strukturation*, Wiesbaden 2001.

"Beanspruchte ‚Autonomie‘ war eben nirgendwo schon Gewährleistung dezentralen und sektoralen ‚allgemeinen Wohls‘, sondern ihrerseits Partei, der man Aktivitäten nur um den Preis ‚sachlich gerechtfertigter‘ Maßstabbildungen, offen gehaltenen Foren und eingehaltener Fairneß-Verfahren, kurzum: ‚relativer Unparteilichkeit‘ und Verallgemeinerungsfähigkeit freigeben kann",<sup>66</sup>

dann liegt darin weder eine Soziologisierung des Rechts noch seine Theologisierung, sondern eine Entbindung gesellschaftlicher Normativitätspotentiale, eine Art Mäeutik.

Von Luhmannscher Autonomie-Soziologie, die ihre unparteiliche Wissenschaftsdistanziertheit zelebriert, unterscheidet sie sich in ihrer Teilnehmerperspektive im Rechtsdiskurs durch Parteilichkeit in einem dreifachen Sinne: Parteilichkeit für Normativitätsmaßstäbe der Rechtstradition und der Rechtsfortbildung, die den gesellschaftlichen Autonomiebereichen ganz unparteilich zu Recht abverlangt werden. Aber auch Parteilichkeit für Normativitätsmaßstäbe der Autonomieräume selbst, für die in Konfliktfällen das Recht Partei ergreift, um unparteilich Streitfälle zu lösen. Und schließlich Parteilichkeit für eine der merkwürdigsten Rätselformeln, für „Gesellschaft als Gesellschaft“, die obgleich sie auf der Luhmannschen Dekonstruktion der Gesellschaft ausdrücklich aufbaut, sozusagen kontrafaktisch-utopisch an ihr festhält.<sup>67</sup>

Und in der Formel steckt auch eine Abgrenzung zur Dekonstruktion, die in ihrem Gerechtigkeitsbegriff auf eine transzendente Alterität des Rechts verweist. Hier verbirgt sich einer der radikalsten Gedanken von Wiethölter, den er dann auch entsprechend vorsichtig formuliert:

"Vielleicht liegt in der Emanzipation solchen Rechts von Recht in den rivalisierenden Gesellschaftstheorien, ... ein Verwirklichungs-Chancenschritt. ‚Recht‘ beugte sich dann nicht den Gesellschaftstheoriedesign, sondern wäre selbst eines, jedenfalls nicht ‚System‘, nicht ‚Diskurs‘, nicht ‚Unternehmen‘."<sup>68</sup>

Eine derart weitgehende Autonomisierung des Rechts – *grandiosity of law in the ruins* -, die sich durchaus im Gegensatz zu früheren Formulierungen aus der Abhängigkeit von Gesellschaftstheorien begibt und Recht selbst zum Gesellschaftstheoriedesign befördert, würde in der Tat die Grenzen des Rechts überschreiten, aber nicht in Richtung einer Transzendenz der Alterität, sondern der Immanenz einer quasi-therapeutischen Beziehung, die sich an der Heilungsnormativität der Medizin orientiert, nicht als Externalisierung in Richtung Volksgesundheit und Biopolitik, sondern als „re-entry“ der Logik von Verletzung und Heilung in das Recht.<sup>69</sup> Offen bleibt am Ende die Frage für diese Therapiebeziehung zwischen Recht und Gesellschaft: Wer ist der Therapeut und wer ist der Patient?

---

<sup>66</sup> Wiethölter (Fn. 10) 21.

<sup>67</sup> Wiethölter (Fn. 16) 117f.

<sup>68</sup> Wiethölter in diesem Bande \*\* (MS 12).

<sup>69</sup> Wiethölter in diesem Bande \*\* (MS 11).