Gunther Teubner

Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne

> Et enfin: les phrases du régime ou de genre hétérogène se 'rencontrent' sur les noms propres, dans les mondes déterminés par les réseaux de noms.[1]

I.

Rechtspluralismus ist das Faszinosum postmoderner Juristen. Sie scheren sich wenig um das offizielle Recht des zentralisierten Staates mitsamt seinen Ansprüchen auf Abstraktheit, Allgemeinheit und Universalität. Im Asphaltrecht nordamerikanischer Großstädte, im Quasi-Recht brasilianischer *favelas*, in den informellen Normen der politischen Gegenkulturen, im Recht der patchwork of minorities, in den Normen ethnischer, kultureller und religiöser Gruppen, in den Disziplinierungstechniken „privater Justiz", und auch in den internen Regelungen formaler Organisationen und informeller Netzwerke finden sie alle Zutaten der Postmoderne: das Lokale, das Plurale, das Subversive. In ihrer hermetischen Geschlossenheit lassen sich die vielfältigen „fragmentierten Diskurse" an Hand zahlreicher informeller Regeln identifizieren, die staatsunabhängig entstehen und auf verschiedenen informalen Ebenen operieren. Auf der „dunklen Seite" des souveränen Rechts entdeckt der Rechtspluralismus das subversive Potential unterdrückter Diskurse. Plurale, informale und lokale

1 *Jean-François Lyotard*, Le Différend. Paris, 1983, 51.

Quasi-Rechte werden zum „supplement" des offiziellen, formalen Zentralismus moderner Rechtsordnung.[2]

Gerade sein zweideutiger, doppelseitiger Charakter macht den Rechtspluralismus für postmoderne Juristen so attraktiv. Gleich dem antiken Gott Janus, dem Hüter der Türen und Tore, dem Wächter über Anfang und Ende, zeigt sich der Rechtspluralismus stets mit zwei Gesichtern. Die Phänomene des Rechtspluralismus sind soziale Normen *und* Rechtsnormen, Recht *und* Gesellschaft, formell *und* informell, regelorientiert *und* spontan. Dabei ist die Beziehung zwischen Recht und Gesellschaft im Rechtspluralismus höchst mehrdeutig, ja geradezu paradox: getrennt und doch ineinander verschlungen, autonom und doch wechselseitig abhängig, geschlossen und gleichzeitig offen. *Boaventura de Sousa Santos*, eine der Protagonisten des postmodernen Rechtsstils, verkündet das Programm:

> „Legal pluralism is the key concept in a post-modern view of law. Not the legal pluralism of traditional legal anthropology in which the different legal orders are conceived as separate entities coexisting in the same political space, but rather the conception of different legal spaces superposed, interpenetrated and mixed in our minds as much as in our actions, in occasion of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories as well as in the dull routine of eventless everyday life."[3]

Die zentrale Frage, wie denn in der Architektur der Postmoderne die Verstrebungen zwischen sozialen und rechtlichen Elementen konstruiert sind, stößt wiederum nur auf höchst vage Antworten: einander überlagernd, miteinander verzahnt, übereinander geschichtet, interpenetrierend, integral, wechselseitig konstituierend, dialektisch... Uns bleibt nichts als Mehrdeutigkeit und Verwirrung. Aber vielleicht liegt gerade darin der Charme der Postmoderne.

---

2 Siehe etwa *Peter Fitzpatrick*, „The Impossibility of Popular Justice", 1 Social and Legal Justice 1992, 199-215; *ders.*, „'The Desperate Vacuum': Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment," 13 Droit et Société 1989, 347-358; *André-Jean Arnaud*, Legal Interpretation and Sociology of Law at the Beginning of the Post-Modern Era", 2 Onati-Proceedings 1990, 173-192; *Boaventura de Sousa Santos*, „Toward a Post-Modern Understanding of Law", 1 Onati-Proceedings 1990, 113-123; *ders.*, „Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law," 14 Journal of Law and Society 1987, 279-299; *Stuart Henry*, „The Construction and Deconstruction of Social Control: Thoughts on the Discursive Production of State Law and Private Justice," in J. Lowmann, R. Menzies & T. Palys (ed.), Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control. Aldershot, 1987, 89-108.

3 *Santos*, 1987 (Fn. 2) 293.

II.

Hilft uns die Theorie autopoietischer Systeme hier weiter? Sind die Begriffe „operative Öffnung" und „strukturelle Kopplung" eher in der Lage, uns die Verwobenheit des Sozialen und des Rechtlichen im Rechtspluralismus verständlich zu machen? Die Autopoietik des Rechts und die Jurisprudenz der Postmoderne haben durchaus Gemeinsamkeiten: die „linguistische Wende" heraus aus der positivistischen Rechtssoziologie, die Auflösung sozialer und rechtlicher Wirklichkeiten in Diskursivität, die Fragmentierung und wechselseitige Schließung der Diskurse, der „nonfoundationalist" Charakter rechtlicher Argumentation, die Dekonstruktion des Rechtssubjekts, das eklektische Ausbeuten unterschiedlicher Denktraditionen, die Bevorzugung von *différence, différance und différend* gegenüber dem „Einem, das nottut", und vor allem die Gründung des Rechts auf Paradoxien, Antinomien und Tautologien. Aber dann trennen sich die Wege. Während die Postmoderne sich offensichtlich mit der Dekonstruktion der Rechtsdogmatik zufriedengibt und mit Widersprüchen und Paradoxien selbstvergessen spielt oder bürgerliche Rechtswissenschaftler provoziert, stellt die Autopoiese des Rechts die eher nüchterne Frage: Was dann?

Die Entfaltung von Tautologien, die soziale Praxis des Umgangs mit Widersprüchen und Antinomien, der kreative Gebrauch des Paradoxes – dies bahnt den Weg von der Dekonstruktion zur Analyse rekonstruktiver Praxis. Dabei verhindert die Erfahrung des realen Lebens, die Erfahrung, daß diskursive Praktiken „wissen", wie sie Paradoxien, Widersprüche und Tautologien überwinden können, daß man sich in die Geborgenheit des Zwielichts von Öffnung und Schließung, Trennung und Verbindung, Autonomie und wechselseitiger Abhängigkeit im Rechtspluralismus zurückziehen kann. Paradoxien, Tautologien, Widersprüche und Mehrdeutigkeiten diskursiver Praktiken sind nicht das Ende, sondern eigentlich erst der Anfang der autopoietischen Analyse: Sie sind das (instabile) Fundament selbstorganisierender sozialer Praktiken.

Gleichzeitig ist der Rechtspluralismus eine Art Testfall für die Theorie der Autopoiese, denn selbst Sympathisanten unter ihren Beobachtern bescheinigen der Theorie eine Neigung „toward a too radical separation between law and society".[4] Kann eine Theorie, die derart die operative

---

4 *David Nelken*, „Review Essay: Beyond the Study of Law and Society'? Henry's Private Justice' and O'Hagen's The End of the Law'?, American Bar Foundation Research Journal 1986, 323-338, 338.

Geschlossenheit sozialer Systeme betont, den „intersecting bodies of expertise"[5] ausreichend Rechnung tragen? Zwar läßt sich das offizielle Recht des Zentralstaates recht plausibel als geschlossen, autonom, selbstreferentiell und selbstreproduktiv bezeichnen, doch scheint dies höchst fragwürdig für die „fleeting ambivalence" des Rechtspluralismus[6], in dem sich die Grenzen zwischen Rechtlichem und Sozialem bis zur Unkenntlichkeit verwischen.

Dies hängt mit der eigenen Geschichte der Autopoiese-Theorie zusammen. Was die Logik operativer Schließung betrifft, so ist die Theorie weit fortgeschritten. Kommt es aber dazu, die dazu komplementäre Logik der informationalen Offenheit geschlossener Sinnsysteme genauer zu fassen, so erscheint die Theorie durchaus unterentwickelt. Bis jetzt hat die autopoietische Idee der operativen Schließung erfolgreich die Vorstellung von umweltoffenen Systemen abgelöst, ohne daß sie zugleich in die alte Vorstellung von autarken „umweltlosen" Systemen zurückgefallen wäre. Die Umdirigierung zentraler systemtheoretischer Begriffe von dem Input-Output-Modell zu operativer Geschlossenheit und informationaler Offenheit hat geradezu einen Paradigmenwechsel eingeleitet.[7] System, Funktion, Struktur, Prozeß, doppelte Kontingenz, Kommunikation, Handlung und, vor allem, Sinn – all diese Begriffe werden in der Welt von Autonomie, Selbstreferenz und Autopoiese radikal neu verstanden. Hier beginnen allerdings neue Probleme: Wie soll man das Paradox verstehen, daß sich erkennende Systeme schließen müssen, um umweltoffen sein zu können? Wie kann auf der Basis der operativen Geschlossenheit Öffnung überhaupt konzipiert werden, die sich vom Input-Output-Modell unterscheidet? Wie kann die Theorie der Autopoiese das sich selbst auferlegte Rätsel auflösen: „L'ouvert s'appuie sur le fermé"?[8]

Die vielversprechende Metapher heißt „order from noise". Ihre Schlüsselkonzepte sind Perturbation, strukturelle Kopplung, strukturelle Drift und Koevolution.[9] Dies könnte als billiger Kompromiß zwischen opera-

---

5 *Peter Miller* and *Michael Power*, „Accounting, Law and Economic Calculation", in: M. Bromwich and A. Hopwood (ed.) Accounting and the Law, Hempstead, 230-2553.

6 *Henry*, 1987 (Fn. 2) 93.

7 *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme. Frankfurt, 1984.

8 *Edgar Morin*, La Méthode: 3. La Connaissance/1. Paris, 1986, 203 ff.

9 *Heinz von Foerster*, Wissen und Gewissen. Frankfurt, 1993, 211 ff.; *Luhmann*, 1984 (Fn. 7) 242 ff.; *Humberto Maturana*, Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit, Braunschweig, 1982, 287 ff.; *ders.* und *Francisco Varela*, Der Baum der Erkenntnis, München, 1987, 103 ff.

tiver Geschlossenheit und Input-Output-Modell, als „Mittelweg" zwischen zwei „Extremen" mißverstanden werden.[10] In Wahrheit bedeutet es jedoch ganz im Gegenteil die gleichzeitige Radikalisierung von Geschlossenheit und Offenheit. Um „Erkennen" überhaupt möglich zu machen, müssen Systeme operative Geschlossenheit entwickeln, um sich dann aber ihrer Umwelt gegenüber in einer andersartigen Weise zu öffnen: Informationen werden nicht mittels Input-Output transportiert, sondern durch Perturbation und strukturelle Kopplung neu geschaffen. Der Unterschied mag überspitzt erscheinen, ist jedoch grundlegend. „Offene Systeme" empfangen input aus der Umwelt und konvertieren es mittels interner Prozesse zu output, das per feedback wiederum zu input werden kann.[11] Operativ geschlossene Systeme sind hingegen strukturell mit ihrer Nische verkoppelt, wenn sie Vorkommnisse in der Umwelt intern rekonstruieren und als Störung benutzen, um ihre interne Struktur aufzubauen oder zu ändern. Aus externem „noise" produzieren sie interne Ordnung.[12] Dieser Kontakt zwischen dem System und seiner Nische ist real; die „environmental constraints" sind jedoch nicht, wie *Arbib* und *Hesse* annehmen,[13] extern durch die spatio-temporale Wirklichkeit bestimmt. Vielmehr definiert sich das System selbst seine „environmental constraints" dadurch, daß es Erwartungen an Störungen richtet. Die Störung wird dann vom System entweder als die Erfüllung der Erwartung oder als Enttäuschung verstanden. Und diese intern produzierte binäre Gabelung entscheidet denn auch über die Art und Weise, in der die internen Operationen des Systems fortgesetzt werden. Das bedeutet, daß ein System, das in der Lage ist, zwischen Selbst- und Fremdreferenz zu unterscheiden, sich von der Umwelt abhängig macht, indem es externe Störungen als Bedingungen seiner eigenen Operationen nützt, als Irritationen wie auch als Möglichkeiten für strukturellen Wandel.[14] Die Vervielfältigung solcher Mikro-Synchronisationen von System und Nische führt denn schließlich zu einem gemeinsamen Entwicklungsweg, zu

---

10 *Varela, Francisco J.* (1984) „Living Ways of Sense-Making: A Middle Path for Neuro-Science," in P. Livingstone (ed.), Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium. Saratoga, Cal., 208-224.; *ders.*, Kognitionswissenschaft – Kognitionstechnik. Frankfurt, 1988, 88 ff.

11 So die altkybernetischen Vorstellungen, z.B. *Walter Buckley*, Sociology and Modern Systems Theory. Englewood Cliffs, N.J., 1967.

12 *Von Foerster*, 1993 (Fn. 9) 225 ff.

13 *Michael A. Arbib* und *Mary B. Hesse*, The Construction of Reality. Cambridge, 1986, 3.

14 *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt, 1993, 440 ff. für den Fall des Rechts; *ders.*, Die Wissenschaft der Gesellschaft. Frankfurt, 1990, 29 ff., 163 ff. für den Fall der Wissenschaft.

struktureller Drift des Systems mit seiner Nische und zu Koevolution verschiedener strukturell gekoppelter Systeme[15].

Dieser Ansatz scheint vielversprechend, um die Beziehung zwischen dem Rechtsdiskurs und anderen sozialen Diskursen neu zu durchdenken. Er ermöglicht ein Verständnis „relativer Autonomie" des Rechts, das im Vergleich zur einfachen Unterscheidung zwischen internen und externen Ursachen des Rechtswandels sehr viel anspruchsvoller ist.[16] Es beansprucht, die obskure Metapher der rechtspluralistischen „interwovenness", der Verwobenheit des Rechtlichen und des Sozialen durch eine theoretische Konstruktion zu ersetzen, die deutlich macht, welche Aspekte zur Schließung und welche zur Öffnung des Rechts führen und dies gerade für die ambivalenten Erscheinungen des Rechtspluralismus.

Trotz allen innovativen Potentials ist das in der Allgemeinen Systemtheorie entwickelte Konzept der strukturellen Kopplung autonomer Systeme jedoch immer noch nicht komplex genug, um mit den speziellen Problemen im Verhältnis von Recht und Gesellschaft fertig zu werden. Hier versagt die einfache Vorstellung zweier autonomer Systeme, die füreinander Umwelten bilden. Denn letztlich beruht das Verhältnis von Recht zu anderen sozialen Sektoren auf der internen Differenzierung einer und nur einer Gesellschaft. Das heißt, daß, trotz aller Autonomie, diese Sektoren zu ein und demselben Gesellschaftssystem gehören und nicht einfach nach dem Modell zweier unabhängiger autopoietischer Systeme konzeptualisiert werden können. Das störende Konundrum der „Autopoiese in der Autopoiese"[17], das sich für autonome Diskurse innerhalb der Gesellschaft stellt, zwingt zu einer Modifikation des Begriffs der strukturellen Kopplung, der am Beispiel unabhängiger Organismen entwickelt worden ist: Ist nicht das Recht, gegenüber anderen kulturellen Provinzen wie Politik, Wissenschaft, Wirtschaft, Religion, Kultur, viel „offener" als es das allgemeine Konzept der strukturellen Kopplung autonomer Systeme zuläßt? Ist nicht die „Interdiskursivität"[18] im Recht und in der Gesellschaft sehr viel dichter als es nur punktuelle Störungen bewerkstelligen könnten? Und finden wir nicht in der Koevolution von Recht und gesellschaftlichen Diskursen weitaus mehr Wahlverwandt-

---

15 *Maturana* und *Varela*, 1988 (Fn. 9) 103 ff.

16 Vgl. die Debatte zwischen *Richard Lempert* „The Autonomy of Law: Two Visions Compared," in: G. Teubner (ed.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society. Berlin, 1988, 152-190 und *Niklas Luhmann*, „Closure and Openness: On Reality in the World of Law," ibid., 335-348.

17 Dazu *Teubner*, Recht als autopoietisches System. Frankfurt, 1989, Kap. 3.

18 *Bernhard S. Jackson*, Law, Fact and Normative Coherence. Liverpool, 1988.

schaften, als die einfache Koexistenz struktureller Drift es herstellen kann? Um unsere Ausgangsmetapher zu variieren: „order from music" statt „order from noise"?

Um dem interdiskursiven Verhältnis zwischen Recht und Gesellschaft gerecht zu werden, schlage ich vor, den Begriff der strukturellen Kopplung in drei Hinsichten zu modifizieren:

(1) *Produktives Mißverständnis*: Da Interdiskursivität in der Sache eine strukturelle Kopplung autopoietischer Systeme innerhalb des autopoietischen Systems der Gesellschaft ist, reicht die einfache Vorstellung der Perturbation nicht aus, um die spezifische Schließung/Öffnung von sozialen Subsystemen zu verstehen. Denn zwischen ihnen findet Kommunikation statt und sie findet nicht statt. Für eine solche paradoxe Beziehung zwischen sozialen Diskursen schlage ich deswegen vor, Perturbation durch „produktives Mißverständnis" zu ersetzen. Im Rechtspluralismus wird der Rechtsdiskurs nicht bloß durch andere Prozesse der gesellschaftlichen Selbstreproduktion perturbiert, sondern Recht mißversteht in produktiver Weise andere soziale Diskurse als „Quellen" von Normenproduktion.

(2) *Bindungsinstitutionen*: Strukturelle Kopplung ist abhängig von spezifischen Bindungsinstitutionen, die ihrer Dauer, Qualität und Intensität Form geben. Während im „alten" Rechtspluralismus die gesellschaftliche Bindung des Rechts in der Rezeption diffuser sozialer Normen lag, ist der „neue" Rechtspluralismus durch spezialisierte Bindungsinstitutionen gekennzeichnet, die das Recht mit einer Vielzahl funktionaler Subsysteme und formaler Organisationen verknüpft.

(3) *Responsivität*: Koevolution führt lediglich dazu, daß interne Konstrukte im Recht „überleben" können. Soziale Responsivität hingegen entsteht, sobald Bindungsinstitutionen das Recht enger an andere autonome soziale Diskurse anbinden. Rechtspluralismus bedeutet somit, daß das Recht sich stärker an der Gesellschaft ausrichtet, jedoch nicht dadurch, daß es sein soziales und ökonomisches Wissen steigert, sondern daß es die Gleichzeitigkeit von rechtlichen und gesellschaftlichen Operationen zum Erwerb impliziten Wissens nutzt.

III.

„The new legal pluralism moves away from questions about the effect of law on society or even the effect of society on law toward conceptualizing a more complex and interactive relationship between official and unofficial forms of ordering. Instead of mutual influences between two separate entities,

this perspective sees plural forms of ordering as participating in the same social field."[19]

Dieser neue Rechtspluralismus, den *John Griffiths* so genau auf den Begriff gebracht hat[20], stellt in der Tat einen beachtlichen Fortschritt dar, wenn man ihn mit der älteren legalistischen Sicht des Rechtspluralismus vergleicht, die das Problem mehrerer Normenordnungen bloß in der Anerkennung untergeordneter regionaler oder korporativer Ordnungen durch das offizielle Recht sieht. In der Tat, man überwindet damit hierarchische Konzeptionen des Rechtspluralismus, die dahin tendieren, Rechtsebenen mit der Gesellschaftsstratifikation zu identifizieren und dabei Rechtsphänomene außerhalb dieser Hierarchie zu ignorieren.[21] Gleichzeitig befreit er sich vom Erbe des traditionellen Institutionalismus, der den sozialen Ort des Rechtspluralismus in formal strukturierten Institutionen, Unternehmen und Organisationen reifizierte.[22] Der „neue" Rechtspluralismus ist nicht-legalistisch, nicht-hierarchisch und nicht-institutionell. Sein Thema heißt: dynamische Wechselwirkungen in einer Vielzahl von Normordnungen innerhalb eines gesellschaflichen Feldes[23].

Jedoch erkauft sich der „neue" Rechtspluralimus diesen Fortschritt mit einem unbequemen Puzzle: An welchem Punkt hören wir auf, von Recht zu reden und beschreiben nur noch einfach das „soziale Leben?"[24] Zwei Dinge gingen auf dem Wege des Fortschritts, im Wandel von räumlicher Trennung der Normordnungen zu ihrer diskursiven Verschlungenheit, verloren: (1) ein Begriff dessen, was speziell „rechtlich" im neuen

---

19 *Sally E. Merry*, „Legal Pluralism," 22 Law & Society Review 1988, 869-901, 873.

20 *John Griffiths*, „What is Legal Pluralism?," 24 Journal of Legal Pluralism 1986, 1-55.

21 *Leopold Pospisil*, The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law. New York, 1971: 125.

22 Etwa *Michael G. Smith*, Corporations and Society. London 1974.

23 Zum Neo-Rechtspluralismus vgl. *Massimo Corsale*, „Alcuni nodi teorici del modello pluralistico", 21 Sociologia del diritto 1994, 15-29; *Fitzpatrick*, 1992 (Fn. 2); *ders.*, 1989 (Fn. 2); *ders.*, „Law and Societies," 22 Osgoode Hall Law Journal 1984, 115-138; *Merry*, 1988 (Fn. 19); *Santos*, 1987 (Fn. 2); *ders.*, „Modes of Production of Law and Social Power," 13 International Journal of the Sociology of Law 1984, 299-336; *Henry*, 1987 (Fn. 2); *ders.*, „Community Justice, Capitalist Society, and Human Agency: The Dialectics of Collective Law in the Cooperative," 19 Law & Society Review 1985, 303; *ders.*, Private Justice. Boston, 1983; *Stewart Macaulay*, „Private Government," in L. Lipson & S. Wheeler (ed.), Law and the Social Sciences. New York, 1986, 445-518; *Griffiths*, 1986 (Fn. 20); *Mark Galanter*, „Justice in Many Rooms," in Mauro Cappelletti (ed.), Access to Justice and the Welfare State. Firenze, 1981, 147-181; *Francis Snyder*, „Colonialism and Legal Form: The Creation of „Customary Law" in Senegal," 19 Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 1981, 49-90; *Sally F. Moore*, „Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Object of Study," 7 Law & Society Review 1973, 719-746.

24 *Merry*, 1988 (Fn. 19), 878.

Rechtspluralismus ist, sowie (2) eine klare Vorstellung der wechselseitigen Beziehungen zwischen dem Sozialen und dem Rechtlichen.

Nehmen wir einen konkreten Markt als ein „semi-autonomous social field".[25] Was zählt hier als „Rechtsordnung"? Normen des Kartellrechts, des Verbraucherschutzrechts und des staatlichen Vertragsrechts sind klare Fälle, da sie das Signum des offiziellen staatlichen Rechts tragen. Schriftliche Vereinbarungen der Transaktionsteilnehmer und Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Recht ebenso wie die ungeschriebenen Gewohnheitsregeln im Handel und die Disziplinarregeln innerhalb der Firma, sofern man im Rahmen eines weiten Rechtsbegriffs auch den mit dem staatlichen Recht konkurrierenden „privaten" Ordnungen zu Recht Rechtscharakter beimißt. Aber was geschieht mit den Normierungen aus informellen Austauschbeziehungen: mit den Geschenken, Krediten, und anderen kleinen und großen Vorteilen, welche die tagtäglichen Beziehungen ausmachen? Und wie steht es um die entstehenden Gewohnheiten aus laufenden Geschäftsverbindungen, die informellen Regeln innerhalb der Unternehmen und deren Organisationsstrukturen und -routinen, die wirtschaftlichen Vertrauensbeziehungen in Märkten? Was ist mit den Normen rationellen ökonomischen Verhaltens? Und was schließlich mit den machtgestützten Marktnormierungen der Oligopolisten oder den „Steuer"-Abschöpfungen der örtlichen Mafia?

Dabei erscheinen mir strukturelle und funktionale Kriterien gleichermaßen unzureichend. Das übliche strukturelle Kriterium heißt Normativität: zum Rechtspluralismus gehören normative Erwartungen jeder Art, jedoch rein kognitive Erwartungen, sowie rein ökonomische oder politische Anforderungen sind ausgeschlossen. Normative Erwartungen als solche (natürlich im soziologischen, nicht im juristischen Sinne verstanden) reichen jedoch nicht aus, um das spezifisch „Rechtliche" im Rechtspluralismus zu verstehen. Gegen diese Lösung sprechen nicht nur all die ungelösten Abgrenzungsprobleme, wie man dann nichtstaatliche Rechtsnormen von moralischen, sozialen und konventionellen Normen unterscheiden kann, sondern auch der inhärent statische, nichtdynamische, nichtprozessuale Charakter des strukturellen Kriteriums.

Gerade deswegen neigen die neuen Rechtspluralisten dazu, gar nicht mehr von „Recht" zu sprechen, sondern den Begriff durch „soziale Kontrolle" zu ersetzen.[26] Sie würden alle oben in unserem Beispiel genannten

---

25 *Moore*, 1973 (Fn. 23).

26 *Moore*, 1973 (Fn. 23) ausdrücklich *Griffiths*, 1986 (Fn. 20), 50, Anm. 41: „more or less specialized social control".

Phänomene innerhalb des Rechtspluralismus einschließen, selbst Normen ökonomischer Rationalität und schiere machtgestützte Erwartungen. Wenn man Rechtspluralismus derart auf die Funktion der sozialen Kontrolle ausrichtete, so würde er identisch mit einem Pluralismus von gesellschaftlichen Zwängen jeder Art. Sicherlich übertreibt *Stanley Cohen*, wenn er soziale Kontrolle als „Micky-Maus-Konzept" bezeichnet, das „alle gesellschaftlichen Prozesse, von der Säuglingssozialisation zur öffentlichen Hinrichtung, und die gesamte Sozialpolitik, Gesundheit, Erziehung oder Sozialarbeit, zusammenfaßt."[27] Aber in der Übertreibung steckt etwas Wahres. Denn warum sollte gerade die Funktion der „sozialen Kontrolle"[28] das Recht im Rechtspluralismus definieren, und nicht die Funktion der „Konfliktlösung", wie es Theorien der *private justice* vorschlagen würden?[29] Dann aber müßten wir verschiedene gesellschaftliche Phänomene einbeziehen und wieder andere ausschließen. Warum sollte nicht die Funktion der „Verhaltenskoordination"[30] entscheidend sein, warum nicht die der „Erwartungsstabilisierung"[31] oder die der „Verhaltenssteuerung", wie sie von Theorien des *private government* herausgehoben wird?[32] Und warum nicht „Surveiller et punir", das sämtliche Mikro-Mechanismen disziplinärer Macht einbezieht, die das gesellschaftliche Leben bekanntlich nach Art feinster Kapillaren durchdringen?[33] Jede dieser Funktionen würde jeweils andere Sozialphänomene als Recht definieren[34]. Funktionale Analyse dieser Art, die modebedingt heute eher versteckt als offen erfolgt, ist sicherlich nützlich beim Vergleich funktionaler Äquivalente des Rechts. Sie erscheint jedoch nicht dazu geeignet, Kriterien zu finden, anhand derer das Rechtliche von dem Nichtrechtlichen im Rechtspluralismus unterschieden werden kann.

Also folgen wir der linguistischen Wende! Der entscheidende konzeptuelle Wandel, so scheint mir, ist der von Struktur zu Prozeß, von Norm

---

27 *Stanley Cohen*, „Social-Control Talk", in: D. Garland und P. Young (ed.) The Power to Punish London, 1983, 101.

28 *Griffiths*, 1986 (Fn. 20), 50.

29 *Galanter*, 1981 (Fn. 23); *Henry*, 1983 (Fn. 23).

30 *Theodor Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts. Neuwied, 1964 ; 4. Aufl. Berlin, 1987, 48.

31 *Luhmann*, Rechtssoziologie. Opladen, 1983, 60ff.

32 *Macaulay*, 1986 (Fn. 23).

33 *Michel Foucault*, Surveiller et punir: La naissance de la prison. Paris, 1975; *Fitzpatrick* (Fn. 2) 347.

34 Vgl. *Michel van de Kerchove* und *François Ost*, Le système juridique entre ordre et dèsordre, Paris,, 1988, 161 ff.; *Klaus Röhl*, Rechtssoziologie, Köln, 1987, § 26.5; *Joseph Raz*, „On the Functions of Law", in: A.W.B.Simpson (ed.) Oxford Essays in Jurisprudence Oxford, 1973, 278.

zu Aktion, von Einheit zu Differenz, und, am wichtigsten für das rechtliche Proprium, von Funktion zu Code.[35] Dies rückt den dynamischen prozessualen Charakter des Rechtspluralismus in den Vordergrund, und hebt gleichzeitig das „Rechtliche" deutlich von anderen Typen des sozialen Handelns ab. *Danach wird der Rechtspluralismus nicht mehr als eine Menge konfligierender gesellschaflicher Normen in einem gegebenen Feld definiert, sondern als eine Vielfalt kommunikativer Prozesse, die gesellschaftliches Handeln über den Code Recht/Unrecht beobachten.* Rein wirtschaftliche Kalkulationen sind dabei genauso davon ausgeschlossen, wie schiere Druckmittel der Macht, die Kommunikation konventioneller oder moralischer Normen und Organisationsroutinen. Aber sobald solche nicht-rechtlichen Phänomene anhand der *distinction directrice* Recht/Unrecht kommunikativ beobachtet werden, dann gehören sie zum Spiel des Rechtspluralismus. Der implizite oder explizite Bezug auf den Rechtscode konstitutiert Phänomene des Rechtspluralismus, rangierend vom offiziellen Recht der öffentlichen Gesetzgebung zu den inoffiziellen Rechtsnormen der Märkte und Mafias.

Um sofort einem möglichen Mißverständnis vorzubeugen, sollte ich hinzufügen: Der binäre Code Recht/Unrecht ist nicht dem offiziellen staatlichen Recht eigentümlich. Mit der Wahl des Rechtscodes als Kriterium wird also keineswegs dem „Rechtszentralismus" das Wort geredet.[36] Der hier gewählte Ansatz lehnt kategorisch jede hierarchische Überordnung des offiziellen staatlichen Rechtes ab und orientiert sich eher am Bild verschiedener gleichgeordneter Rechtsdiskurse. „Steuergesetze" der örtlichen Mafia, die den Händlern „Protektion" garantiert, bringen die Sache auf den Punkt. In ihrer „Illegalität" sind sie natürlich von jeglicher „Anerkennung" durch das offizielle Recht des Staates ausgeschlossen. Dennoch ist Mafiarecht ein integraler Bestandteil des Rechtspluralismus in unserem semi-autonomen gesellschaftlichen Feld, sofern sie den binären Code der Rechtskommunikation benutzen. Sie gehören zu einer Vielzahl von fragmentierten Rechtsdiskursen – öffentlicher Gesetzgebung, Regeln der privaten Justiz, Regulierungen der *private governments* oder ausgesprochener „illegaler" Rechtsnormen von Untergrundorganisationen –, die einen Part im dynamischen Spiel der wechselseitigen Konstituierung von Strukturen und Handlungen spielen. Die vielfältigen Rechtsordnungen des Rechtspluralismus erzeugen ständig rechtscodierte

35 *Luhmann*, 1993 (Fn. 14) 41.

36 *Franz von Benda-Beckmann*, „Unterwerfung oder Distanz?" 12 Zeitschrift für Rechtssoziologie 1991, 97 ff.; *Griffiths*, 1986 (Fn. 20) 2 f.

normative Erwartungen im soziologischen Sinn. Ausgeschlossen sind soziale Konventionen und moralische Normen, weil und sofern sie nicht über den binären Code Recht/Unrecht beobachtet werden. Und „Recht" in diesem weiten Sinne kann mehrere Funktionen (à la Micky Maus) erfüllen: soziale Kontrolle, Konfliktregulierung, Erwartungsstabilisierung, Verhaltenskoordinierung, oder die kapillare Disziplinierung von Körper und Seele. Weder Struktur noch Funktion definieren das rechtliche Proprium im Rechtspluralismus, sondern allein der binäre Code.

Warum ist es so wichtig, das rechtliche Proprium genau zu bestimmen? Sollten wir uns nicht statt einer Definition eher um eine Theorie des Rechts kümmern?[37] Und wechselt die Definition des Rechts nicht mit dem jeweiligen Forschungsinteresse? Sicher, jeder Beobachter mag die Grenzlinie zwischen Recht und Nicht-Recht nach seinem konkreten Erkenntnisinteresse ziehen. Aber es gibt eine privilegierte Abgrenzung – die Linie, welche die Diskurspraxis des Rechts selbst zwischen sich und der Umwelt zieht. Sind wir an einer Theorie des Rechts als einer selbstorganisierenden gesellschaftlichen Praxis interessiert, dann dürfen nicht willkürliche Forschungsinteressen die Grenzen des Rechts festlegen. Denn Grenzen des Rechts sind eine von vielen Strukturen, die das Recht selbst unter dem Druck seiner gesellschaftlichen Umwelt erzeugt. Nur eine klare Abgrenzung der selbst-erzeugten Rechtsgrenzen kann dabei helfen, die wechselseitigen Beziehungen zwischen Recht und anderen sozialen Praktiken zu verstehen.

IV.

Wenn Recht und andere gesellschaftliche Diskurse ihre Grenzen über binäre Codierung der Kommunikation schließen, wie kommt dann trotzdem „Interdiskursivität"[38] zustande? Wie antwortet die Autopoiese des Rechts auf *Lyotards* Problem, wie sich hermetisch fragmentierte Diskurse „treffen" können: „[I]l faut bien qu'elles aient ensemble des propriétés communes, et que la 'rencontre' ait lieu dans un même univers, sinon il n'y aurait pas de rencontre du tout!"?[39]

---

37 *Philippe Nonet* und *Philip Selznick*, Law and Society in Transition: Toward Responsive Law. New York 1978, 10 f.

38 *Jackson*, 1988 (Fn. 18).

39 *Lyotard*, 1983 (Fn. 1) 50.

In unserem Fall des Rechtspluralismus müssen wir die Fragestellung verdoppeln: Wie steht es mit der Beziehung zwischen inoffiziellen und offiziellen Rechtsdiskursen? Wie mit der Beziehung zwischen den Rechtsdiskursen und anderen sozialen Diskursen? Die Formeln des Neopluralismus – einander überlagernd, miteinander verzahnt, übereinander geschichtet, interpenetrierend, integral, wechselseitig konstituierend, dialektisch ... – sind suggestive Metaphern, ihnen fehlt jedoch theoretische Führung und analytische Schärfe[40]. „Wechselseitig konstituierend"[41] ist von allen noch das am meisten beeindruckende Bild; aber wie soll die wechselseitige Konstitution funktionieren? *Fitzpatrick* erläutert, was er *integral pluralism* nennt:

> „Custom supports law, but law transforms the elements of custom that it appropriates into its own image and likeliness. Law, in turn, supports other social forms, but becomes in the process part of the other forms."[42]

Wie getrennt sind sie in ihrer wechselseitigen Verschlungenheit? Denn wenn man von Verschlingung, Verschachtelung, Interaktion und wechselseitiger Konstituierung spricht, dann setzt man doch immer die Unterscheidung dessen voraus, was verschlungen ist.[43]

Ich schlage vor, „Interdiskursivität" im Sinne einer deutlichen Trennung von autonomen (nicht: semi-autonomen) Diskursen und ihrer gleichzeitigen strukturellen Kopplung zu analysieren. In unserem Beispiel von Markt-Transaktionen, stehen wir einem gleichzeitigen, akausalen, parallelen Prozessieren verschiedener rechtlicher und nicht-rechtlicher Kommunikationsketten gegenüber, die alle gegeneinander operativ geschlossen sind. Jede Kette baut ihre eigenen Strukturen auf: konkrete Alltagsinteraktionen der an der Transaktion beteiligten Partner, Kommunikationen innerhalb formalisierter Verträge und Organisationen, ökonomische Transaktionen als Teil eines größeren Wirtschaftssystems, widersprüchliche Geltungsansprüche innerhalb verschiedener und konkurrierender, offizieller und inoffizieller Rechtsdiskurse. All diese diskursiven Prozesse interferieren miteinander in ein und derselben gesellschaftlichen Situation und benutzen zu ihrem Strukturaufbau die gleichen kommunikativen Ereignisse. Jedes dieser konkreten kommunikativen Ereignisse wird je unterschiedlich in den verschiedenen Diskursen rekonstruiert, die trotz dieser „überlappenden Mitgliedschaft" (des Kommunika-

---

40 Vgl. die Kritik *von Nelken*, 1986 (Fn. 4).

41 *Fitzpatrick*, 1984 (Fn. 23), 122.

42 *Fitzpatrick*, 1984 (Fn. 23), 122.

43 *Franz von Benda-Beckmann*, „Comment on Merry", 22 Law and Society Review 1988, 897, 898.

tionsereignisses, nicht einer Person) gegeneinander geschlossen bleiben. Im Laufe der Zeit koevolvieren diese Diskurse in Beziehungen struktureller Kopplung. Dabei beeinflussen sie sich gegenseitig, jedoch nicht in kausaler und direkter Weise, vielmehr sind sie füreinander *chocs exogènes*[44], extern ausgelöste interne Perturbationen, die den Aufbau interner Strukturen beeinflussen.

An dieser Stelle nun kann man den Begriff des „produktiven Mißverständnisses" einsetzen, um detaillierter zu erfassen, was „wechselseitig konstituierende" Beziehungen zwischen rechtlicher und sozialer Form und zwischen verschiedenen Rechtsdiskursen bedeutet.[45] In einer Unternehmensorganisation gibt es eine Fülle von normativen Organisationsroutinen – hierarchische Entscheidungsmuster, Überwachungs- und Kontrollfunktionen und Kompetenzrichtlinien –, die die Selbstreproduktion sozialer Prozesse voranbringen. Diese Routinen sind rechtsfrei. Doch jedesmal, wenn die *quaestio juris* erhoben wird, so zum Beispiel in einem organisationsinternen Disziplinarverfahren, machen sie einen subtilen, doch entscheidenden Bedeutungswandel durch. Sie werden vom firmeninternen Rechtsdiskurs, vom System „privater Justiz"[46] – nicht vom offiziellen Recht der Gesetzgebung oder der Justiz – in einer „Zweitlektüre" als Rechtsnormen rekonstruiert. Das innerorganisatorische Recht beobachtet die Routinen nach dem Code Recht/Unrecht und konstituiert sie neu als integralen Teil intra-organisatorischer Rechtsnormen. Dies ist freilich nur eine Fiktion, weil Organisationsroutinen anders gemeint waren. Der intra-organisatorische Rechtsdiskurs mißversteht organisatorische Selbstreproduktion als Normen-Schaffung und „erfindet" sich damit eine neue und reiche „Rechtsquelle". Und genau an dieser Stelle unterstützt die berühmte „Rechtsaffinität" formaler Organisationen[47] die produktiven Mißverständnisse des Rechts. Da Organisationsroutinen dazu

---

44 *Kerchove* und *Ost*, 1988 (Fn. 34), 151.

45 Dazu genauer *Gunther Teubner*, „Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft", in: W. Zapf (ed.) Die Modernisierung moderner Gesellschaften. Campus, 1991, 528-551, 531ff.

46 *Henry*, 1983 (Fn. 23).

47 *Philip Selznick*, The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community. Berkeley, 1992, 229 ff., *ders.*, Law, Society and Industrial Justice. New York, 1969, 32 und passim; *Lauren B. Edelman*, „Legal Environments and Organizational Governance: The Expansion of Due Process in the American Workplace," 95 American Journal of Sociology 1990, 1401-1440; *Fritz Scharpf*, „Politische Steuerung und politische Institutionen," 30 Politische Vierteljahresschrift 1989, 10-21; *Franz-Xaver Kaufmann*, „Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht," in: D. Grimm und W. Maihofer (ed.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Opladen, 65-108.

neigen, formalisiert zu werden (d. h. sie wandeln sich von einer Mischung aus kognitiven und normativen Erwartungen zu rein normativen Erwartungen), bedarf es lediglich eines kaum merkbaren Bedeutungswandels, um sie plötzlich als Rechtsnormen zu sehen, die schon seit unvordenklichen Zeiten bestanden hätten.

Umgekehrt findet ein ähnliches produktives Mißverständnis statt, wenn Organisationen Rechtsregeln, die im firmeninternen Disziplinarverfahren entwickelt und verfeinert worden sind, wieder in Organisationsroutinen einbauen und diese dazu benutzen, um den Entscheidungsprozeß innerhalb der Firma zu restrukturieren. Diese Normen werden rechtlich decodiert. Im Organisationskontext werden sie nicht mehr anhand des Codes Recht/Unrecht beobachtet. Sie werden ihrer rechtlichen Konnotationen von gültig/ungültig und ihrem strukturellen Kontext disziplinärer Regeln entkleidet und werden als Machtbasen im mikropolitischen Spiel der Organisation neu konstituiert.

In diesem Sinne stellt sich die „wechselseitige Konstituierung" des Rechts und der Organisation als ein wechselseitiges produktives Mißverständnis heraus, als eine gegenseitige Konstruktion fiktiver Realitäten, eine wechselseitige Verkennung der Realität, die trotz allem zu praktischen Zwecken funktioniert.

Eine ähnliche konstruktive Verkennung findet im Falle ökonomischer Transaktionen und juristischer Verträge statt. Die Strukturen ökonomischer Transaktionen sind grundsätzlich nicht-rechtlich; sie beruhen auf faktischen Handlungschancen und sie schaffen neue, oder sie bauen auf Vertrauen in zukünftige Änderungen der Möglichkeiten. Wenns ums Geschäft geht, sollte man die Juristen besser außen vor lassen. Sie würden Geschäftsrealitäten nur verdrehen.[48] Warum? Sie mißverstehen systematisch faktische Handlungschancen als Positionen „juristischen Eigentums". Sie mißverstehen systematisch wechselseitiges Vertrauen in zukünftiges Verhalten als „vertraglich bindende Verpflichtungen", als „Rechte" und „Pflichten" der Vertragsparteien. Und wenn sich gar ihre rigiden und formalistischen Ansprüche und Gegenansprüche in die real stattfindende Transaktionsbeziehungen einschreiben, dann zerstören sie die prekären informellen Vertrauensbeziehungen. Der Unterschied zwischen ökonomischen Handlungschancen und juristischem „Eigentum" und der zwischen wirtschaftlichem Vertrauen und rechtlichen Pflichten erklärt sich einmal mehr aus dem Unterschied der binären Codes. Juri-

48 Dazu *Stewart Macaulay*, Law and the Balance of Power. New York, 1966.

sten beobachten ökonomische Handlungen anhand des Codes Recht/Unrecht und mißverstehen wirtschaftliche Prozesse und Strukturen als Rechtsquelle. Mit Hilfe des ökonomischen Codes mißverstehen umgekehrt rationale Wirtschaftsakteure Rechtsnormen als Verhandlungschip, als neue Chancen für Profitrealisierung. Wiederum haben wir eine Symbiose aus wechselseitigen Mißverständnissen. Mit *Lyotard* könnte man sagen, daß die isolierten Diskurse, zwar nicht ineinander übersetzbar sind, sich jedoch in den *„réseaux de noms"* treffen.[49]

Nicht zufällig war in unseren beiden Beispielen der Staat und sein offizielles Recht nicht präsent. Die Verrechtlichung gesellschaftlicher Phänomene oder, anders ausgedrückt, das rechtliche Mißverstehen gesellschaftlicher Realitäten, geschieht unabhängig von der staatlichen und gerichtlichen „Anerkennung" dieser Rechtsnormen. Innerhalb der Regimes des *private government*,[50] der *private justice*[51] und der *private regulation*[52] sollte man deutlich unterscheiden zwischen (1) Phänomenen wie mikropolitischen Machtstrukturen, wirtschaftlichen Zwängen und moralischen wie sozialen konventionellen Erwartungen, die nicht-rechtlicher Natur sind, (2) deren Rekonstruktion innerhalb genuiner Rechtsprozesse nichtstaatlichen Charakters wie private Abmachungen, innerorganisatorischen Diszplinarverfahren, interorganisationelle Regimes oligopolistischer Marktregulierungen und (3) deren legislativen, administrativen oder justiziellen „Anerkennung", die neue Regeln der öffentlichen Gesetzgebung produziert. Interdiskursivität taucht entsprechend in zwei unterschiedlichen Formen auf: zwischen rechtlichen Diskursen (offizielles staatliches vs. „privates Recht" und Mafia-Recht) und zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen Diskursen (Rechtsnormen vs. soziale Normen). Letztlich ist dies auf den Unterschied zwischen binären Codes, die stabil sind, und Programmen, die historisch kontingent sind, zurückzuführen.[53] In beiden Fällen von Interdiskursivität kann man von Rekontextualisierung sprechen. Im ersten Fall rechtlicher vs nicht-rechtliche Diskurse geht es um Dekodieren und Rekodieren, im zweiten Fall verschiedener rechtlicher Diskurse geht es um Deprogrammieren und Reprogrammieren. Auf jeden Fall muß man sich von Vorstellungen des

49 *Lyotard*, 1983 (Fn. 1).
50 *Macaulay*, 1986 (Fn. 23).
51 *Henry*, 1983 (Fn. 23).
52 *Brian Bercusson*, „Juridification and Disorder," in G. Teubner (ed.), Juridification of Social Spheres. Berlin, 1987, 49-90.
53 Zu dieser Unterscheidung *Luhmann*, 1993 (Fn. 14), 165 ff.

Informationstransports befreien.[54] Denn nach all diesen konstruktiven Mißverständnissen ist der ursprüngliche normative Sinn nicht mehr wiederzuerkennen.

Nach allem ist Interdiskursivität im Rechtspluralismus ein klarer Fall systematisch gestörter Kommunikation. Dabei kann nicht einfach von einem „Transfer" der Konstrukte von einer normativen Ordnung zur anderen gesprochen werden wie es der alte Rechtspluralismus verstand. Ebensowenig sind „Interaktion", „Verhandlung" oder „Interpenetration" diverser Rechtsordnungen passende Metaphern. „Wechselseitige Konstituierung" kommt am nächsten, doch nur unter drei Bedingungen. Erstens, entgegen allen gegenwärtigen Versuchen den Unterschied „Recht/Gesellschaft" einzuebnen[55], sollten die Sinngrenzen anerkannt werden, die geschlossene Diskurse voneinander trennen.[56] Zweitens, gegenseitige Konstituierung kann nicht als ein Bedeutungstransfer von einem Feld zum anderen verstanden werden, sondern muß als interner Rekonstruktionsprozeß aufgefaßt werden. Drittens sollte man die internen *constraints* ernst nehmen, die die gegenseitige Konstituierung höchst selektiv gestalten. Die Zwänge, die für die systematischen Störungen verantwortlich sind, können nicht durch rationale Argumente ausgeräumt werden. Dies erklärt sich nicht nur aus lokalen Eigenheiten der verschiedenen Diskurse, sondern aus den grundlegenden Eigenschaften ihrer Selbstreproduktion, einschließlich des Widerstands der gerade existierenden Strukturen, die notwendigerweise zum gegenseitigen Verkennen von Diskursen führen.

Dies führt uns unvermeidlich zurück zu den Themen der Geschlossenheit, der Trennung ineinander verschachtelter Systeme, zum *différend* heterogener Diskurse, zu den „necessarily unbridgeable gaps [sic!] between law and other social forms."[57] Die Dynamik des Rechtspluralismus ist nicht reduzierbar auf eine gemeinsame Logik, die allen Diskursen eigen wäre, weder auf die Transaktionsökonomie von Recht und Organisation, die Politik allgegenwärtiger kapillarer Mikro-Macht, die Sozio-Logik sozialer Kontrolle, noch auf die Logik politischer Ökonomie. Vielmehr ist für die gestörte Kommunikation im Rechtspluralismus die radikale Diversität der Diskurse verantwortlich, die interne Rationalität der

---

54 Dazu *Klaus Krippendorf*, „Eine häretische Kommunikation über Kommunikation über Kommunikation über Realität," 13 Delfin 1990, 52-67.

55 *Robert W. Gordon*, „Critical Legal Histories," 36 Stanford Law Review 1984, 57-125.

56 *Lyotard*, 1983 (Fn. 1), 24 f.

57 *Fitzpatrick*, 1984 (Fn. 23), 128.

Organisation, die Anforderungen des Marktes, die idiosynkratischen Eigenheiten persönlicher Interaktionen und die interne Logik verschiedener öffentlicher und „privater" Rechtsordnungen.

V.

Der Wandel vom alten zum neuen Rechtspluralismus wird oft als eine begriffliche Expansion beschrieben: von der kolonialen Beherrschung eingeborener Völker zur staatlichen Beherrschung einer Vielzahl von Gruppen.

> „Legal pluralism has expanded from a concept that refers to the relations between colonized and colonizer to relations between dominant groups and subordinate groups, such as religious, ethnic, or cultural minorities, immigrant groups, and unofficial forms of ordering located in social networks or institutions."[58]

Nach meiner Ansicht verfehlt eine solche Perspektive der „internen Kolonisierung", die sich auf den modernen, die „Rechtsordnungen" diverser Gruppen beherrschenden Staat konzentriert, zentrale Aspekte der Modernität. Dementsprechend schränkt sie die Reichweite des neuen Rechtspluralismus zu stark ein. „Alter" Rechtspluralismus, in Europa oder in den Kolonien, hatte etwas mit der rechtlichen Formalisierung sozialer Normen zu tun, die das Produkt einer allgemeinen Verhaltenskoordinierung in diffusen Prozessen der gesellschaftlichen Reproduktion waren. *Ein „neuer" Rechtspluralismus muß sich hingegen konzentrieren auf die Aufsplitterung gesellschaftlicher Selbstreproduktion in eine Vielfalt geschlossener Diskurse.* „Standardisierung" ist das neue Paradigma, das „gesellschaftliche Bräuche" ersetzt! Wir stehen heute einer immensen Pluralisierung des Rechtspluralismus gegenüber, die sich nicht nur aus der Differenzierung von Gruppen und Gemeinschaften, sondern aus der Aufsplitterung gesellschaftlicher Diskurse erklärt. Der neue Rechtspluralismus ist in der Gefahr, sich selbst zu marginalisieren, wenn er die Idee der internen Kolonisierung ausschließlich auf verschiedene Gruppen, Gemeinschaften und Netzwerke sowie deren gesellschaftliche Normen richtet, anstatt sich der vielfältigen gesellschaftlichen Diskurse und ihrer verschiedenen Rationalitäten anzunehmen.

Ubi societas, ibi ius. Diese alte juristische Weisheit hat inzwischen einen dramatischen Bedeutungswandel durchgemacht. In traditionellen

---

58 *Merry*, 1988 (Fn. 19), 872 f.

Gesellschaften versteht man darunter das Entstehen von Rechtsphänomenen in verschiedenen Clans, Gruppen, Kasten, Gesellschaftsschichten oder Klassen getreu den vorherrschenden Prinzipien gesellschaftlicher Differenzierung.[59] In modernen Gesellschaften jedoch versteht man darunter das Entstehen von Rechtsphänomenen im Kontext hochspezialisierter Diskurse, welche die neuen Quellen gesellschaftlicher Selbstreproduktion sind, aber vom Recht als Quellen der Normenproduktion mißverstanden werden. Dieser Prozeß verändert den Charakter des Rechtspluralismus in seinem Inhalt und seiner Dynamik. Um mit *Gurvitch* von den „vertikalen" und „horizontalen" Beziehungen zwischen Recht und Gesellschaft[60] zu sprechen: die eigentliche Frage für den Rechtspluralismus ist nicht mehr, wie in der vertikalen Dimension von Recht und Gesellschaft informelle und diffuse gesellschaftliche Normen sich allmählich zu spezifischen Rechtsnormen herauskristallisieren. Es ist vielmehr in der horizontalen Dimension, in der Beziehung des Rechts zu einer Vielzahl anderer Sprachspiele, in der wir heute vielseitige Prozesse der Normenproduktion beobachten können. Das Problem ist nicht mehr die Übersetzung gesellschaftlicher Gruppennormen in Rechtsnormen, sondern das Integrieren einer verwirrenden Vielzahl anders kodierter Kommunikationen in den Rechtscode. Und in diesem Prozeß ändern sich auch die Eigenschaften der Bindungsinstitutionen des Rechtspluralismus; sie wandeln sich von Begriff und Struktur zu Prozeß und Transformation.

Was sind Bindungsinstitutionen? Ich schlage vor, zwischen struktureller Kopplung und Bindungsinstitutionen zu unterscheiden.[61] Strukturelle Kopplung als solche führt lediglich zu vorübergehenden Veränderungen der Strukturen. Das Recht mißversteht andere Diskurse nur in zufälliger Weise, sozusagen in *„tangential responses"*, wenn gesellschaftliche Kommunikation getreu dem Code Recht/Unrecht beobachtet wird. Die Mißverständnisse werden erst dann epidemisch, wenn Bindungsinstitutionen entstehen, die für Dauer, Intensität und Qualität der strukturellen Kopplung verantwortlich sind. Nicht nur die *boni mores* des Römischen Rechts, sondern auch die klassischen Formeln der *bona fides* und *bonus pater familias* sind die Paradigmen der Rechtstradition. Gerade ihre Mehrdeutigkeit macht sie zu institutionellen Verbindungen zwischen

---

59 *Otto von Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin, 1863.

60 *Georges Gurvitch*, The Sociology of Law. London, 1947, 181.

61 Einzelheiten bei *Teubner*, 1991 (Fn. 45).

rechtlichen und gesellschaftlichen Prozessen. Sie sind gleichzeitig gesellschaftliche und rechtliche Normen, Standards und Direktiven.[62] Gleich dem römischen Gott Janus sind sie doppelgesichtig. Obwohl der Begriff in Recht und Gesellschaft der gleiche ist, ist er trotzdem verschieden; „von außen", von der Gesellschaft erscheint er anders als „von innen", vom Recht.

Mit einer neueren Begrifflichkeit müßten die alten *boni mores* und Bindungsinstitutionen in Recht und Gesellschaft als *„essentially contested concepts"* bezeichnet werden.[63] Sie haben selbst keine festen Bezüge und leiten ihre Bedeutung aus dem Sinnzusammenhang des jeweils relevanten Diskurses ab. Sie haben keinen bestimmten Inhalt, sondern sind *loci* für die gesellschaftlich-rechtliche Debatte. Diese Begriffe sind „essential", weil sie die innere Logik der betroffenen Diskurse widerspiegeln. Sie sind „contested", weil sie die grundlegenden diskursiven Unterschiede wiedergeben. Sie verschmelzen die separaten Diskurse nicht zu einer neuen Einheit: sie verbinden sie in ihrer Getrenntheit. Daß die Begriffe die Grenzen transzendieren, bedeutet gleichzeitig, daß sie die Grenzen respektieren, ja neu bestätigen. Trotz ihrer identischen *noms propres* sind sie je rein interne Konstrukte der betroffenen Diskurse. Bindungsinstitutionen haben keine interdiskursiv übergreifende Bedeutung. Als interne Konstrukte sind sie sowohl getrennt, als auch komplementär. „Et enfin: les phrases de régime ou de genre hétérogène se 'rencontrent' sur les noms propres, dans les mondes déterminés par les réseaux de noms."[64]

Wenn es zutrifft, daß der Rechtspluralismus spezialisierte Diskurse und nicht mehr bloß diffuse gesellschaftliche Normen in der Lebenswelt von Gruppen und Gemeinschaften verrechtlicht, dann müssen wir damit rechnen, daß auch Bindungsinstitutionen sich gewandelt haben. So ist denn auch in der Tat im Bereich der Wirtschaftsprozesse der „Vertragsprozeß" die moderne Bindungsinstitution[65], im Bereich technischer, wissenschaftlicher und medizinischer Prozesse ist es die „Standardisierung".[66] Der

---

62 *Gunther Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht. Frankfurt, 1971.

63 *William B. Connolly*, The Terms of Political Discourse. 2nd edition. Princeton, 1983.

64 *Lyotard*, 1983 (Fn. 1), 29.

65 Zu dieser Sicht des Vertrages, die nicht auf die Privatautonomie, sondern auf die strukturelle Kopplung von Recht und Wirtschaft abstellt, vgl. *Teubner*, 1991 (Fn. 45).

66 *Giandomenico Majone*, „Science and Trans-Science in Standard Setting", 9 Science, Technology and Human Values 1984, 15 ff.

Rechtsdiskurs, *private government*, *private justice* und *private regulation* eingeschlossen, mißversteht auf konstruktive Weise ökonomische und technische Prozesse der gesellschaftlichen Reproduktion und macht sie zu neuen und ergiebigen „Quellen" des Rechts. Dies kann sicherlich als bloße Spezialisierung von institutionalisierten Bindungen interpretiert werden. Man verbliebe dann im Modell der *boni mores* mit dem einzigen Unterschied, daß deren Inhalt sich von Sozialbereich zu Sozialbereich änderte. Aber das ist nicht hinreichend. Unsere „essentially contested concepts" sind zu „essentially contested processes" geworden. Der Rechtsdiskurs nimmt nicht nur Resultate in sich auf, die beim Verkennen von gesellschaftlichen Normen als Rechtsnormen entstehen; heute nimmt er Prozesse in sich auf, die ökonomische und technische Produktion als Rechtsproduktion verkennt.

VI.

Nun wird auch deutlich, warum sich im Rechtspluralismus die „Offenheit" des Rechts gegenüber der Gesellschaft manifestiert. Die Grenzen des Rechtssystems, um es zu wiederholen, werden nicht von den offiziellen Rechtsinstitutionen definiert. Jede Kommunikation, die Handlungen nach dem Rechtscode beobachtet, ist integraler Bestandteil des Rechtsdiskurses. Das trifft auch auf die Kommunikation zwischen Nicht-Juristen zu, die gegenseitig (Rechts-)Ansprüche erheben. Nicht die Unterscheidung Recht/Unrecht trennt das offizielle Recht des Staates von den „Rechtsordnungen" der Organisationen und Gruppen, sondern die unterschiedliche Benutzung des operativen Symbols der „Geltung". Innerhalb des umfassenden Rechtsdiskurses sind sekundäre Differenzierungsprozesse beobachtbar, die Zentrum von Peripherie trennen.[67] Zentrum ist dabei nicht, wie man es in der europäischen Denktradition erwarten würde, die Legislative. Legislatives Recht ist peripheres Recht! Das Zentrum des Rechtssystems findet sich in der Hierarchie der Gerichte. Gerichte erzeugen Recht in seiner autonomen Form. Sie zelebrieren die zentrale Funktion des Rechts, indem sie Konflikte zum Anlaß nehmen, um kongruent generalisierte Erwartungen zu schaffen. Die eigentliche Dynamik des gegenwärtigen Rechts findet jedoch nicht im Zentrum, sondern in der „Rechtsperipherie" statt, ähnlich wie die soziale Dynamik in den Peripherien der Metropolen. Peripheres Recht ist der Bereich offiziellen und

67 *Luhmann*, 1993 (Fn. 14), 321 ff.

inoffiziellen Rechts, der mit anderen gesellschaftlichen Diskursen strukturell gekoppelt ist. Hier finden wir die Bindungsinstitutionen, die an rechtlichen Prozessen ebenso teilnehmen, wie an wirtschaftlichen, wissenschaftlichen und kulturellen Prozessen. Der Rechtspluralismus macht somit das Recht gegenüber der Gesellschaft „responsiv", indem er Prozesse gesellschaftlicher Selbstreproduktion zu Quellen der Rechtsproduktion umformt.

Responsivität ist mehr als bloße Viabilität.[68] Das Begriffspaar Kopplung/Bindung bringt uns dazu, zwischen der Viabilität gesellschaftlicher Strukturen (Wissen, Recht, *policies*) und ihrer Responsivität zu unterscheiden. Strukturen überleben unter den Bedingungen „struktureller Drift". Koevolvieren gesellschaftliche Systeme unter den Bedingungen der strukturellen Kopplung, so resultiert daraus die bloße Viabilität bestimmter Strukturen, die sich als resistent gegenüber den Umweltperturbationen erwiesen haben. Dies verleiht dem System die Realitätsgewißheit. Besitzt das System die Fähigkeit, seine Autopoiese mittels hochspezialisierter Strukturen aufrechtzuerhalten, so hat es „einen internen Anhaltspunkt dafür, daß es 'richtig liegt', obwohl es nicht wissen kann, wo und wie..."[69] Viabilität birgt jedoch zwei Probleme in sich. Zum einen gibt es regelmäßig eine ganze Bandbreite ähnlich viabler Lösungen, und damit stellt sich die Frage, wie ausgewählt werden soll. Zum anderen sagt die schiere Viabilität nichts über die Umweltkompatibilität aus, nichts über die Eignung der Strukturen für die gesellschaftliche, psychische und natürliche Umwelt. Es gibt gewöhnlich mehr oder weniger ökologisch passende Lösungen.

Somit sagt Viabilität systemischer Eigenwerte nicht viel über deren Responsivität aus. Die Situation ändert sich schlagartig durch die Einführung von Bindungsinstitutionen. Verbinden solche Institutionen auf permanente Weise parallele Prozesse der gesellschaftlichen Selbstreproduktion miteinander, so sinkt zwar die Anzahl der möglichen viablen Eigenwerte, da sie wachsenden Perturbationen ausgesetzt sind, die sie überstehen müssen. Gleichzeitig steigert sich aber deren Responsivität. Eine solche Responsivität kann sich stabilisieren, sofern Bindungsinstitutionen strukturelle Kopplungen in eine Richtung zwingen, die Systeme dazu veranlaßt, aufeinander in zyklischer Weise einzuwirken. Wir hätten damit den interessanten Fall, bei dem Prozesse der Selbstreproduktion außer-

68 *Ernst von Glasersfeld*, Wissen, Sprache und Wirklichkeit: Arbeiten zum radikalen Konstruktivismus. Braunschweig, 1987.

69 *Luhmann*, 1990 (Fn. 14), 317.

halb der Grenzen des autopoietischen Systems auftreten, ohne daß diese dabei ihre autopoietische Geschlossenheit verlieren. Das wäre der Fall ökologischer (nicht systemischer) Rekursivität. Die Autopoiese der betroffenen Systeme ist nicht berührt; sie wird ausgebeutet, um ökologische Zyklen aufzubauen, welche die Systemgrenzen gleichzeitig überschreiten und respektieren.

Dies könnte die Richtung angeben, in der wir nach „reponsive law"[70] suchen müssen. Die übliche Empfehlung lautet: Materialisisiert das Formalrecht! Die offene Anerkennung des politischen Charakters des Rechts, die Politisierung seines Begriffsapparates, die Dominanz von Zweckdenken, *policies*, Interessen – all dies würde das Recht politischen Bedürfnissen gegenüber responsiver machen. Dies ist die Quintessenz der „politischen Jurisprudenz" von *Jhering* bis *Habermas*. In der Tat hat diese Strategie das Recht den politischen Prozessen gegenüber responsiver gemacht. Gleichzeitig hat sie jedoch das Recht den spezifisch politischen Konstrukten gesellschaftlicher Wirklichkeit untergeordnet. Das führt zu der Frage, ob eine solche Politisierung das Recht nicht letztlich weiter von anderen gesellschaftlichen Diskursen entfernt statt ihnen näherzukommen.

Sozialwissenschaftliches Wissen zu importieren, so heißt die andere Empfehlung, das Recht responsiver zu machen. Anstelle künstlicher juristischer Argumente sollten wir uns die theoretischen Einsichten, empirischen Erfahrungen und politischen Empfehlungen der Sozialwissenschaften zunutze machen. Doch auch hier die gleichen Zweifel: was macht uns so sicher, daß gerade wissenschaftliche Konstrukte das Recht sozialen Bedürfnissen gegenüber resonanzfähiger machen?

Rechtspluralismus – wie er hier im Text verstanden wird – scheint für die Frage gesellschaftlicher Responsivität relevanter zu sein als Verwissenschaftlichung oder Politisierung. Bindungsinstitutionen, die das Recht enger an gesellschaftliche Diskurse anbinden als die Politik oder die Wissenschaft es vermögen, suggerieren eine unmittelbare „Resonanz" des Rechts mit der Zivilgesellschaft, ohne daß es den Umweg über andere Teilsysteme nehmen müßte. Die Institutionen des Rechtspluralismus könnten eine Quelle für das „implizite Wissen"[71] des Rechts über seine gesellschaftliche Ökologie abgeben. Die Erneuerung des Rechtspluralismus könnte schließlich einem „ökologischen Ansatz" zum Recht

---

70 *Nonet* und *Selznick*, 1978 (Fn. 37), 73 ff.

71 *Michael Polanyi*, Personal Knowledge: Toward a Post-Critical Philosophy. Chicago, 1958.

und zur rechtlichen Interventionen in die Gesellschaft Richtungsangaben machen.[72] Letztlich ginge es darum, die intellektuelle Tradition des Privatrechts, die historisch außerordentlich große Rechtsresonanz zum Wirtschaftssystem über die Bindungsinstitutionen des Eigentums, des Vertrags und der Organisation, zu generalisieren. Gesellschaftliche Automomie ist das Schlüsselwort. Damit ist das Problem gemeint,

> „... ob und wie „Autonomie" als Selbstbestimmung ernst genommen und gleichwohl unerläßliche Externalisierung (Kontrolle) nicht als Fremd-Bestimmung, sondern als mögliche Hilfe in Lagen unmöglicher Selbsthilfe tauglich werden kann, nicht unähnlich „Beratungs"-Hilfen und „Verträglichkeits"-Stiftungen außerhalb von Recht."[73]

Wird der Rückgriff des Privatrechts auf gesellschaftliche Autonomie und strukturelle Kopplung von seinen Begrenzungen auf das Wirtschaftssystem gelöst und auf die gesamte Vielfalt gesellschaftlicher Diskurse angewandt[74], so könnte es zu einem Modell werden für neue Wege, auf denen das Recht, das nicht mehr nur politischer Legitimität und wirtschaftlicher Effizienz verhaftet ist, sich der Dynamik der Zivilgesellschaft öffnet.

---

72 *Karl-Heinz Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie. Berlin, 1992, 200 ff.; *David Nelken*, „Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law," 4 Legal Studies 1984, 157-174.

73 *Rudolf Wiethölter*, „Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers," 3 Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1988, 1-28, 27 f.

74 *Rudolf Wiethölter*, (1992) „Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts," Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 44, 1992, Stuttgart.