

# Neue Theorien des Rechts

herausgegeben von  
Sonja Buckel, Ralph Christensen und  
Andreas Fischer-Lescano

Mohr Siebeck

*Sonja Buckel* ist Professorin für Politische Theorie an der Universität Kassel.

*Ralph Christensen* ist Repetitor für Öffentliches Recht in Bonn und Köln und Mitarbeiter im Heidelberger Arbeitskreis Rechtslinguistik.

*Andreas Fischer-Lescano* ist Direktor am Zentrum für Europäische Rechtspolitik und Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtstheorie an der Universität Bremen.

3., neu bearbeitete Auflage

ISBN 978-3-8252-5325-7 (UTB Band 2744)

Online-Angebote oder elektronische Ausgaben sind erhältlich unter [www.utb-shop.de](http://www.utb-shop.de).

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck, Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von pagina in Tübingen gesetzt und von Hubert & Co. in Göttingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Als Herausgeber\*innen freuen wir uns über das große Interesse, das der Band gefunden hat. Wir haben alle Beiträge im Lichte der zahlreichen und erfreulichen Reaktionen auf die Erstauflage des Bandes einer gründlichen Revision unterzogen und die Literaturhinweise aktualisiert. Für die dritte Auflage haben wir den Band konzeptionell überarbeitet, die Texte neu arrangiert und eine Reihe neuer Ansätze (Post-Juridismus, Ästhetik des Rechts, Medientheorie, Rechtsempirismus, Recht im Kontext imperialer Lebensweise, Postkolonialismus) aufgenommen, die bislang nicht vorgestellt worden sind. Andere Ansätze, deren Bedeutung und Innovationskraft abgenommen haben (Agambens Dezisionismus, deliberative Theorien), wurden nicht erneut aufgenommen. Trotz der zum Teil umfangreichen Überarbeitung bleibt die Zielsetzung des Bandes gleich, sie ist eine doppelte: Der Band sucht einerseits Grundlage einer vertieften Auseinandersetzung für diejenigen zu sein, die bereits auf Vorkenntnisse zurückgreifen können, andererseits sollen gerade auch diejenigen, die sich einen ersten Überblick über neue Theoriebildungen im Recht verschaffen wollen, konzise und verständlich in die jeweilige Logik des theoretischen Arguments eingeführt werden.

Allen an diesem Buch Beteiligten, insbesondere den Autorinnen und Autoren, sei für ihre Mitarbeit gedankt. Dank geht auch an Apollinaire Akpene Apetor-Koffi, Pia Borsing, Julia Gelhaar, Anika Grotjohann, Florian Nustede und Britta Plote in Bremen, die die Register erstellt, alle technischen Fragen souverän erledigt und aus heterogenen Worddokumenten die Einheit eines Buchmanuskripts hervorgebracht haben.

Kassel, Bremen und Mannheim, im Januar 2020

S. B., A. F. L., R. C.

## Einleitung: Neue Theoriepraxis des Rechts

Sonja Buckel, Ralph Christensen und Andreas Fischer-Lescano

Theorie im Recht thront nicht über der Rechtspraxis, sondern steckt mitten drin. Sie liefert nicht Versatzstücke für Sonntagsreden bei Gerichtsjubiläen, sondern ist auf Praxis ausgerichtet. Wenn Theorie es ernst meint, beleuchtet sie die blinden Flecke der Dogmatik und verweist auf konzeptionelle Kontingenzen. Die hier vorgestellten Theoriemodelle meinen es ernst. Alle reagieren sie auf die gesellschaftlichen Herausforderungen, die üblicherweise in die Formeln »Ausdifferenzierung« und »Globalisierung« gebracht werden.

Die Diskussion wichtiger Sachthemen wird im Moment blockiert durch zwei dominante Diskursformen: Auf der einen Seite der neoliberale Diskurs, der Wahrheit, Objektivität und vor allem Alternativlosigkeit proklamiert. Dieser Diskurs hat durch die Finanzkrise an Macht und Einfluss verloren. Die Subalternen glauben nicht mehr ohne Weiteres, dass sie an ihrer hoffnungslosen Lage selbst schuld sind. Dies wird von einem neu-rechten Populismus ausgenutzt, welcher auf diskursive Hegemonie zielt und regelbrechende Diskursinterventionen verwendet, um Tabuformen öffentlicher Herrschaft wieder salonfähig zu machen. Er entwendet dafür überraschende, innovative, disruptive Diskurspraktiken, welche seit Dadaismus, Surrealismus und Guerillakommunikation der Emanzipation dienen<sup>1</sup>. Damit macht er Fake News zur Wahrheit. In dem Spalt zwischen diesen beiden Diskursen verschwinden die wirklichen Probleme. Fakten und Realitäten sind aber immer Ergebnisse von Kontroversen. Sie sind Streitsachen<sup>2</sup>. Auf dieser Grundlage einer Formulierung von wirklichen Problemen unter Verzicht auf den Anspruch, das Auge Gottes zu repräsentieren, könnten die neuen Ansätze in der Rechtstheorie sich treffen.

Die zusammenführende Darstellung dieser Ansätze im vorliegenden Sammelband sucht, in die heterogenen Antworten der aktuellen Theorien des Rechts auf die »neue Unübersichtlichkeit«<sup>3</sup> einzuführen, den Vergleich einzelner Theorieangebote zu ermöglichen, Querverbindungen nachzuspüren und insgesamt zum kritischen Nach- und Gegendenken der wichtigsten Richtungen und Referenztexte anzuregen.

Das vorliegende Buch versteht sich in seinem Fokus auf neue Theorien des Rechts als komplementär zu traditionell konzipierten Grundlageneinführungen,

1 Dazu mit entsprechenden Nachweisen *Schölzel*, Guerillakommunikation. Genealogie einer politischen Konfliktform, 2013.

2 *Latour*, Elend der Kritik. Vom Krieg und Fakten zu Dingen von Belang, Zürich 2007.

3 *Habermas*, Die neue Unübersichtlichkeit, 1985.

in denen die hier vorgestellten Theoriemodelle zumeist nur am Rande und in summarischer Form behandelt werden. Während klassische Einführungen in Rechtsphilosophie und -theorie<sup>4</sup> den Schwerpunkt in der Regel auf eine ideengeschichtliche Abhandlung legen, werden im folgenden zeitgenössische Theoriekonzeptionen vor dem Hintergrund der aktuellen Problemlagen vorgestellt. Das umfasst ein breites Spektrum Disziplinengrenzen transzendierender, nicht immer personalisierbarer Ansätze – seien sie rechtsphilosophisch (Brandt, Davidson, Derrida, Habermas, Lyotard, Maus), rechtspolitisch (critical legal studies, deliberative Theorien, feministische Rechtstheorien, Foucault, Postmaterialismus, Wiethölter), rechtssoziologisch (Bourdieu, Jessup, Koh, Ladeur, Luhmann, Teubner, Weber), rechtsgeschichtlich (Postkolonialismus, Fögen), rechtsökonomisch (Calabresi, Coase, Posner) oder rechtspsychologisch (Freud, Lacan, Legendre) geprägt.

Die sogenannten *postmodernen* Theorien mit ihrer Radikalisierung der mit Ferdinand de Saussure und Ludwig Wittgenstein verbundenen linguistischen Wende bilden einen wichtigen Teil dieser neuen Rechtstheorien<sup>5</sup>. Das Buch beschränkt sich allerdings nicht exklusiv auf die Theorien der Postmoderne, sondern wählt einen breiteren Zugang, indem daneben auch solche Theoriebildungen vorgestellt werden, die sich zum Teil unter expliziter Wendung gegen die Konzepte der Postmoderne den aktuellen Herausforderungen stellen.

Den an Theoriefragen Interessierten soll im Folgenden in erster Linie ein konziser und pointierter Einstieg in die heterogene Literatur aktueller Arbeiten über Grundfragen des Rechts geboten werden. Wer einen Überblick über diese Theoriearbeiten gewinnen will, ist bislang darauf angewiesen, die rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Zeitschriften zu durchsuchen. Vielfach finden Diskussion und Kritik außerhalb der juristischen Literaturlandschaft in philosophischen, soziologischen und psychologischen Zeitschriften statt. Einige der *postmodernen* Theorien sind dabei fast ausschließlich über französisch- bzw. englischsprachige Zeitschriften zugänglich; mit anderen Worten; ein Teil der maßgeblichen Wissenschaftsdiskurse wird außerhalb des deutschen Sprachraums geführt. Ziel der Beiträge dieses Bandes ist darum, mit dem Stand dieser Diskussionen vertraut zu machen, einen Zugang zu Primär- und Sekundärquellen der jeweiligen Arbeiten zu eröffnen, für die aktuellen Fragestellungen der (post)modernen Theorien zu interessieren und zum kritischen Umgang mit ihren Rechtskonzeptionen einzuladen.

4 Unter diesen ist der von Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer und Ulfrid Neumann herausgegebene Sammelband hervorzuheben: dies. (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., 2004.

5 Zur Bedeutung der linguistischen Wende für das Recht siehe nur Christensen/Kudlich, Theorie richterlichen Begründens, 2001, 25 ff.; aus sprachphilosophischer Perspektive zum Verhältnis Text und Subjekt: Wellmer, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne, 1985, 77 ff.; zu Saussure: Prechtl, Saussure zur Einführung, 1993; zu Wittgenstein: Bezzel, Wittgenstein zur Einführung, 2000.

## A. Theorie im Recht

Die Auswahl der Beiträge für diesen Band folgt nicht der traditionellen Einteilung in Rechtsphilosophie, Rechtsmethodik und Rechtstheorie. Die Konzepte der vorgestellten Theorieströmungen und Referenzautor\*innen passen nicht in die üblichen Schemata. Ihre Analysen haben ein Recht zum Ausgangspunkt, das in gesellschaftliche Verhältnisse verwoben ist und dessen Strukturen sich in ständiger Wechselbeziehung zu seinen sozialen Umwelten entwickeln, stabilisieren und rekonfigurieren.

Die Produktion von Theorie im Recht ist der rechtlichen Dynamik nachgeordnet, aber doch unverzichtbar. Denn um seine Selbstreproduktion gewährleisten zu können, braucht Recht Kontakt zu seinem gesellschaftlichen Außen und muss darüber hinaus seine eigenen Umweltbeziehungen, Funktionsbedingungen, Leistungsmöglichkeiten und Grenzen reflektieren. Das verkürzte Wissenschaftsverständnis, das in den letzten Jahrzehnten in der Rechtsdogmatik vorherrschte, hat sich hingegen beharrlich an den Konjunkturen des Tagesgeschäfts und der Rechtsprechung orientiert. Eine solche Reduktion ersetzt Theorie durch »Praxisrelevanz« – ein Zustand, der zunehmend als unbefriedigend empfunden wird. Die Forderung, dass der Zugriff des Rechts auf die gesellschaftliche »Wirklichkeit« nicht länger theoretisch ungefiltert sein dürfe, sondern rechtlich reflektiert werden müsse, wird lauter<sup>6</sup>.

Während in den herkömmlichen Schemata die Rechtsphilosophie vor allem den Kontakt zur allgemeinen Philosophie als Erfinderin aller Einzelwissenschaften hält, liegt bei der Rechtstheorie der Schwerpunkt im Kontakt mit den Nachbarwissenschaften wie Soziologie, Ökonomie, Linguistik, Medientheorie usw. Die juristische Methodik untersucht hauptsächlich die in der Praxis enthaltenen normativen Standards und formuliert bzw. präzisiert damit das Selbstverständnis der Praktiker\*innen.

Dieses Modell hierarchischer Arbeitsteilung rechtlicher Reflexionstheorien geht nicht auf. Juristische Methodenlehre kann ihre Aufgabe nur erfüllen, wenn sie die Verbindung zur philosophischen Argumentationstheorie und zur sprachlichen Reflexion in Linguistik und Medientheorie herstellt. Rechtsphilosophie ohne Bezug zu den politischen Wissenschaften, zur politischen Ökonomie und zur Soziologie wäre blind. Rechtstheorie kann ohne Berücksichtigung der Sozialtheorie und Sozialphilosophie nicht ernsthaft betrieben werden. Gerade diese gegenseitigen Verwicklungen machen deutlich, dass man die drei Bereiche juristischer Theoriebildung nicht trennen kann. »Die Spaltung«, anders gewendet, »in Jurisprudenz, Ökonomie, Politik, Soziologie, Geschichte und Philosophie ist im Urteil aller Kronzeugen tot, wissenschaftslogisch nicht zu halten«<sup>7</sup>. Der vorlie-

6 Siehe statt vieler Vesting, Der Staat 41 (2002), 73 ff.

7 Wiethölter, in: Baur (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, 645 (694).

gende Sammelband verzichtet daher auf eine hierarchische Kategorisierung der Reflexionstheorien.

## B. Gesellschaftliche Herausforderungen als Herausforderungen für die Rechtstheorie

Das Buch reagiert auf die starke Zunahme rechtlicher Theorieproduktion. Heute findet man in früher weitgehend theorieresistenten Bereichen, wie dem Internationalen Recht und dem internationalen Wirtschaftsrecht, plötzlich eine hektische Produktion neuer Theoreme. Auch im Gebiet des Europarechts, des Kartellrechts und des europäischen Zivilrechts stellt sich in der Konsequenz der vielen Rechtsreformen zur Anpassung des nationalen Rechts an internationale Märkte plötzlich ein Bedarf für Theorie ein. Dies ist Ausdruck eines sozialstrukturellen Wandels. Man könnte ihn grob als Übergang von der nationalen Industriegesellschaft zu globalisierten Produktionsnetzwerken beschreiben. Konkret betrifft dies vornehmlich zwei Bereiche: Einmal die neue mediale Infrastruktur des Rechts im Kontext der Zunahme der immateriellen Arbeit mit der leichten Verfügbarkeit von immer mehr Informationen im Hypertext des Rechts, die die Fragmentierungen im Innern des Rechts sichtbar machen. Gleichzeitig wird mit der Globalisierung auch das Recht von einem Sog erfasst, der zu immer schnelleren Umwälzungen seiner Regelungsmassen und Grenzen führt.

Traditionelle Rechtskonzeptionen und die darauf bezogene Einführungsliteratur bleiben in der Regel hinter der Komplexität dieser Probleme zurück. Das Recht wird im »alteuropäischen Denken« als Hierarchie von Normen oder Rechtsquellen begriffen. Dahinter steht die große Erzählung des einheitlich durchorganisierten und hierarchischen Nationalstaats, der seine Normen nach einem Top-down-Modell zu produzieren vorgibt. An der Spitze thront die Idee der Gerechtigkeit. Sie ist umgeben vom Adel der Prinzipien und blickt hinunter auf das Volk der Rechtsbegriffe. Man kann, wenn es einen Fall zu entscheiden gilt, immer von den Rechtsbegriffen zu den Prinzipien gelangen. Wenn diese Prinzipien nun untereinander im Streite liegen, nimmt man Zugriff auf die zentrale Idee der Gerechtigkeit. Daraus ergibt sich ein mehrstöckiges Gebäude, worin im obersten Stockwerk die Rechtsphilosophie residiert, welche die Frage beantwortet: »Was ist Recht?«. Im Stockwerk darunter sagt die juristische Methodik, wie das Recht angewendet wird, während im Erdgeschoss die Dogmatiker vorgegebene Rechtsinhalte am Fall erkennen. Das ist das Bauwerk des »alteuropäischen Rechtsdenkens«.

Die Fundamente dieses Bauwerks sind brüchig geworden<sup>8</sup>. Die gesellschaftliche Ausdifferenzierung und die Globalisierung des Rechts schaffen neue, vielfäl-

<sup>8</sup> Siehe nur *Berman*, *Fordham International Law Journal* 18 (1994–1995), 1617 ff.; vgl. auch *van Bogdandy*, *ZaöRV* 2003, 853 ff.

lige Rechtsarenen sowie neue gesellschaftliche Akteur\*innen jenseits der alten nationalstaatlichen Apparate. Es wird offensichtlich, was sich im Zeitalter der westlichen Nationalstaaten noch hinter der Fassade der Bürokratie verstecken konnte: dass die hierarchische Produktion des Rechts durch das Quasi-Subjekt Staat eine Selbsttäuschung der Moderne war<sup>9</sup>. Recht wird vielmehr von einer Multitude von Akteur\*innen, Apparaten und Systemen in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung um dessen Bedeutung<sup>10</sup> permanent aufs Neue produziert. Heute geht es darum, das Recht als ein dynamisches System zu begreifen, das nicht einfach in einer hierarchischen Normstruktur schon vorgegeben ist, sondern hergestellt wird. Dies erfolgt in Rechtsverfahren, im Streit der Beteiligten, in richterlichen Begründungen, in Skandalisierungsprozessen, politischen Interventionen, insgesamt also in lokalen und globalen Netzwerken der Rechtskreation.

## C. Schwerpunktsetzung des Sammelbandes

Die hier vorgestellten Theorieansätze stimmen darin überein, dass die Herausforderung der Gegenwart in den Widersprüchen der Moderne liegt, in der großen Sprachverwirrung, die sich aus einer radikalen Vervielfältigung unterschiedlicher kommunikativer Anschlusszusammenhänge und einem gesellschaftlichen Polytheismus ergibt, dessen Vielheit nicht einmal mehr durch zwanglos geführte Diskurse der Götter im Olymp zur Einheit domestiziert werden kann<sup>11</sup>. Aktuelle Rechtstheorien kreisen damit um etwas, das Jean-Francois Lyotard in das Begriffspaar *litige* und *différend* gebracht hat, Niklas Luhmann als Vielheit selbstreferentieller Systeme beschreibt und Jürgen Habermas unvereinbare Diskursuniversen nennt<sup>12</sup>. Wie nun kann man mit der Unverträglichkeit verschiedener Diskurs- oder Sprachwelten umgehen? Wie ist angesichts der globalen Rechtsfragmentierung noch die Einheit der Rechtsordnung zu denken?

In der Beantwortung dieser Fragen nehmen die neuen Theorieansätze in ihrer jeweiligen gesellschaftlichen Kontextualisierung unterschiedliche Perspektiven ein. Diese Perspektivenvielfalt kommt in der Kapitelgliederung des Buches zum Ausdruck. Die Beiträge sind in fünf Bereiche aufgeteilt – (1) Ausdifferenzierung von Recht und Politik; (2) Rechtsverständnisse; (3) Politik des Rechts; (4) Fragmentierung des Rechts; (5) Transnationaler Rechtspluralismus. Alle fünf Betrachtungsdimensionen überschneiden sich, und die vorgestellten Großtheorien

<sup>9</sup> Vgl. *Brunkhorst*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2004, 295 ff.; *Jessop*, *The Future of the Capitalist State*, 2002; *Poulantzas*, *Staatstheorie. Politischer Überbau, Ideologie, autoritärer Etatismus*, 2002; *Teubner*, *Soziale Systeme* 1996, 229 ff.

<sup>10</sup> *Laclau/Mouffe*, *Hegemonie und radikale Demokratie. Zur Dekonstruktion des Marxismus*, 2000; *Mouffe*, *On the Political*, 2005.

<sup>11</sup> *Teubner*, *ARSP-Beiheft* 65 (1996), 199 (203).

<sup>12</sup> *Lyotard*, *Der Widerstreit*, 2. Aufl., 1989; *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997; *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992.