



This text is a preprint of:

Ralph Christensen, Rechtstheorie im Übergang, in: Rainer J. Schweizer/Florian Windisch, Integratives Rechtsdenken im Diskurs mit Philipp Mastronardi, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2011, S. 3 – S. 19.

All rights reserved.

This pdf document provided by SOULL can be cited as:

Christensen, Ralph (2011): "Rechtstheorie im Übergang" In: SOULL – Sources of Language and Law, <https://legal-linguistics.net> (originally published in: Rainer J. Schweizer/Florian Windisch, Integratives Rechtsdenken im Diskurs mit Philipp Mastronardi, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen (2011): S. 3 – S. 19.)

Rechtstheorie im Übergang

RALPH CHRISTENSEN

Früher war die Wahrheit nur eine. Noch bis in die 90er-Jahre hinein konnte man in der Bundesrepublik Deutschland bei der Bewertung einer Prüfungsarbeit über die Wahrheit der Wahrheit entscheiden. Eine wissenschaftliche Auffassung, die vom Prüfling richtig wiedergegeben wurde, konnte der Korrektor trotzdem als falsch bewerten. Er blieb mit diesem Bewertungsmaßstab im generellen Rahmen der abendländischen Vernunft. Denn von dieser glaubte man noch, dass sie nur eine Wahrheit zulasse. Mittlerweile hat sich dies nicht nur in der abendländischen Vernunft, sondern sogar in der deutschen Jurisprudenz geändert. Die obersten Gerichte billigen dem Prüfling einen Antwortspielraum zu.¹ Während früher der Korrektor die Auffassung eines Fakultätsratskollegen als im Kreis der wissenschaftlichen Wahrheit ausschließen konnte, ist ihm diese Kompetenz nunmehr genommen. Wenn der Examenskandidat eine wissenschaftliche Theorie vertritt und diese richtig wiedergibt, muss der Prüfer dies akzeptieren, selbst wenn es eine

¹BVerfG, NJW 1991, S. 2005: „Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum Bewertungsspielraum der Prüfungsbehörden ist mit Art. 19 IV GG nur vereinbar, soweit es um prüfungsspezifische Wertungen geht. Hingegen sind fachliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfling der gerichtlichen Kontrolle nicht generell entzogen. Aus Art. 12 I GG ergibt sich für berufsbezogene Prüfungen der allgemeine Bewertungsgrundsatz, dass eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch bewertet werden darf.“ Vgl. auch BVerfG, NJW 1991, S. 2009: „Ob Antwort-Wahl-Aufgaben zuverlässige Prüfungsergebnisse ermöglichen, haben die Gerichte zu kontrollieren; darüber hinaus obliegt ihnen eine Vertretbarkeitskontrolle der Lösungen (Art. 19 IV GG). Entspricht eine Antwort gesicherten medizinischen Erkenntnissen, die im Fachschrifttum bereits veröffentlicht und Kandidaten des entsprechenden Prüfungsabschnitts im Regelfall ohne besondere Schwierigkeiten zugänglich waren, so darf sie nicht als falsch gewertet werden.“

hoffnungslos kontroverse Mindermeinung ist.² Die Wissenschaft erscheint damit nicht mehr als monolithischer Block, sondern als pluralistische Anstrengung.

Von der Deduktion zur Reflexion

Die eine Wahrheit ist damit auch in der Jurisprudenz auf der Flucht und sucht Unterschlupf bei der Rechtstheorie. Das sollte eigentlich kein Problem sein, denn bisher waren beide befreundet. Wenn man sich die Struktur der mittlerweile schon klassisch gewordenen Theorie von Larenz betrachtet, so stellt man schnell fest, dass sich ihre Architektur als Fluchtburg geradezu ideal eignet. Die Wahrheit wird am Tor empfangen von der schon etwas verhärmt wirkenden Figur der Begriffsjurisprudenz.³ Von dieser wird sie übergeleitet von der viel kräftigeren, aber auch ein wenig plumpen Interessenjurisprudenz, um von dort zum zentralen Festsaal der Wertungsjurisprudenz zu gelangen.⁴ Wir sehen an der Wand des Festsaals die Büste von Hegel, dazu noch Kant, Fichte und Schelling wegen der Entwicklung. Nach Durchschreiten der historischen Entwicklung kann die Wahrheit also auf ihrem Thron Platz nehmen. Die Theorie von Larenz erscheint damit als Konsequenz einer historischen Entwicklung.

Kann man Rechtstheorie heute noch so schreiben, dass man alle anderen Theorien als unentfaltete Vorformen der eigenen darstellt? Die Larenz'sche Methodenlehre, weitergeführt durch Canaris, bildet immer noch einen Hintergrundbezug für viele dogmatische Arbeiten. Aber trotzdem hat die historische Metaerzählung heute ihre Plausibilität weitgehend verloren. Stattdessen bietet man die Wahrheit, wenn sie denn noch beansprucht wird, eher zum herabgesetzten Preis an. Man weist darauf hin, dass es sie anderswo schon gibt und das einzige Problem in ihrer Anwendung auf das Recht liegt. Demgemäß gibt es eine Anwendung des kritischen Rationalismus auf das Recht, eine Anwendung der Systemtheorie und sogar der Diskurstheorie. Bei toten Philosophen ist das weniger riskant, bei lebenden muss man dagegen damit rechnen, dass sie sich wehren.⁵ Wo dies nicht

²Bundesverwaltungsgericht, in: NVwZ 1998, S. 738: „Zur absoluten Richtigkeit, die vom Richter voll überprüft werden kann, gehören auch solche fachwissenschaftlichen Fragen, die kontrovers sind. Der Richter muss die fachwissenschaftliche Beurteilung herausfiltern und dann den Antwortspielraum des Prüflings beachten.“ Zur verwaltungsinternen Kontrolle vgl. auch Bundesverwaltungsgericht, in: NJW 1998, S. 323; OVG Münster, in: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 1997, S. 380: Die Rüge der Prüfer, ein Lösungsaufbau sei methodisch fehlerhaft, ist gerichtlich voll überprüfbar. Dazu weiterhin Bundesverwaltungsgericht, in: NJW 1998, S. 323 sowie Bundesverwaltungsgericht, in: NVwZ 2000, S. 915 ff., S. 920: „Der prüfungsspezifische Bewertungsspielraum bezieht sich bei juristischen Fachprüfungen nur auf Gesichtspunkte, die sich wegen ihrer prüfungsspezifischen Komplexität im Streitverfahren nicht ohne Weiteres nachvollziehen lassen und daher mit rein objektiven Maßstäben nicht messbar sind. Er betrifft etwa die Punkte Vergabe und Notengebung, soweit diese nicht mathematisch determiniert sind, die Gewichtung des Schwierigkeitsgrades einzelner Aufgaben sowie die Würdigung sprachlicher Qualität.“

³Vgl. dazu LARENZ, KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. Berlin u.a. 1979, S. 20 ff.

⁴Vgl. LARENZ (Fn. 3), S. 128 ff.

⁵Vgl. hierzu HABERMAS, JÜRGEN, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992, S. 315 f., S. 267, wo sich Habermas von Alexy abgrenzt. Dagegen wiederum ALEXY, ROBERT,

erfolgt, wird spätestens die Anwendung gezwungen, an ihrem Ausgangspunkt wesentliche Korrekturen vorzunehmen.⁶

Auch außerhalb der Prüfungssituation ist damit das Beanspruchen einer Wahrheit schwierig geworden. Wie soll man dann aber noch Rechtstheorie betreiben?

Wenn man die Wahrheit in ihrer Pluralität anerkennt, muss man auch der Rechtstheorie einen Antwortspielraum zuerkennen. Es ist ihr zu erlauben, mit einer Vielzahl von Theoremen umzugehen, solange sie diese richtig wiedergibt und nicht absolut setzt. Eine solche Rechtstheorie wäre eine Theorie im Übergang. Übergangen werden kann die Wahrheit nicht, gerade wenn sie eine Entscheidung mit schwerwiegenden Konsequenzen betrifft. Aber weil sie nicht als monolithischer Block vorhanden ist, bedarf es der Verknüpfung. Dafür steht im Druck der Entscheidungssituation oft nur knappe Zeit zur Verfügung. Aber ohne diesen Anschluss werden wir unser Ziel nicht erreichen.

Eine Rechtstheorie, die der heutigen Situation des Pluralismus gerecht werden will, müsste also ganz andere Wege gehen als die bisherigen Formen. Sie könnte nicht im ersten Teil das Unzureichende und Falsche darstellen und schließlich im Hauptteil das Eigene oder Wahre. Sie müsste so ansetzen, dass das Wahre nicht mehr als Eigentum des Subjekts erscheint, sondern übergeht an die Diskussion der divergierenden Auffassung. Wenn man dann nicht mehr die Aneignung der Gedanken, sondern die Tätigkeit des juristischen Denkens betrachtet, befindet man sich schon im Übergang methodisch und sachlich.

Rechtstheorie unter der Vorgabe des Pluralismus

Wie kann eine Rechtstheorie der Verschiedenheit und Pluralität der Wahrheit methodisch gerecht werden? Eine Antwort gibt Philippe Mastronardi in seinen Büchern „Juristisches Denken“ und „Angewandte Rechtstheorie“.

Zunächst muss die Rechtstheorie die Situation akzeptieren und nicht verleugnen.⁷ Denn Pluralität ist kein Anlass zur Trauer, sondern eine Chance. Allerdings muss man die Struktur dieser Situation genau analysieren. Nach Mastronardi

Normenbegründung und Normanwendung, in: Aulis Aarnio u.a., Festschrift für Werner Krawietz, Berlin 1993, S. 3 ff., S. 52 ff.; ders., Jürgen Habermas', Theorie des juristischen Diskurses, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main 1995, S. 165 ff. Zum Problem des Anwendungsdiskurses grundlegend WINDISCH, FLORIAN, Jurisprudenz und Ethik, Berlin 2010, S. 140 ff., S. 148 ff.

⁶So kann man etwa die Diskussion um Gerechtigkeit innerhalb der juristischen Systemtheorie als allmähliche Rückkehr der Teilnahme in die Beobachtung begreifen. Vgl. dazu TEUBNER, GUNTHER, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), Heft 1, S. 9 ff.; LADEUR, KARL-HEINZ, Das subjektive Recht und der Wunsch nach Gerechtigkeit als ein Parasit, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), Heft 1, S. 109 ff. Vgl. dazu auch den allmählichen Übergang der juristischen Systemtheoretiker von Luhmanns operativer Geschlossenheit zur „operativen Unreinheit“. LADEUR, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), Heft 1, S. 113. Grundsätzlich zu diesem Problem WINDISCH (Fn.5), S. 76 ff.

⁷MASTRONARDI, PHILIPPE, Angewandte Rechtstheorie, Bern/Stuttgart/Wien 2009, S. 31.

ist diese Struktur dadurch gekennzeichnet, dass die Wissenschaft des Rechts nicht eine ist, sondern von einer Vielzahl von Paradigmen durchzogen ist, die nicht aufeinander reduziert werden können.⁸ Es gibt Positionen, die selbst normativ orientiert sind und solche, die eine normative Orientierung aus der Wissenschaft ausklammern wollen. Hinter diesen Orientierungsunterschieden stecken unterschiedliche methodische Haltungen, die man in den Gegensatz von Beobachten und Teilnehmen sowie Erkenntnis, Interesse und Entscheidungsinteresse ordnen kann.⁹ Aber dabei zeigt sich, dass diese Paradigmen sich nicht einfach frontal gegenüberstehen, sondern untereinander vernetzt sind und viele Überschneidungen aufweisen. Diese wiederum sind nicht etwa ein Minimalkonsens als gemeinsame Grundlage aller. Vielmehr erklären sie sich daraus, dass die Paradigmen in der Jurisprudenz mit fachübergreifenden Zusammenhängen verknüpft sind und diese wiederum Gemeinsamkeiten aufweisen. So beziehen sich in der Jurisprudenz viele Positionen auf den Neukantianismus und haben daraus Gemeinsamkeiten, die sie wiederum von stärker sprachanalytisch oder soziologischen Konzeptionen unterscheiden. Daraus ergibt sich ein Flickenteppich, der keine unumstrittenen Gebiete kennt.

Die Unterschiede werden noch dadurch verstärkt, dass die Theorien auch unterschiedliche Komponenten des juristischen Arbeitens hervorheben. So wird z.B. für analytische Ansätze die Methodik zur entscheidenden Komponente und das Vorverständnis eher zum Randproblem oder es wird für soziologisch orientierte Ansätze die empirische Realität von größerer Bedeutung sein, als juristisch begriffliche Zusammenhänge. Normative Ansätze kommen mit der Komponente des Generalisierens im juristischen Denken besser zurecht, während das Differenzieren stören kann. Umgekehrt liegen die Schwierigkeiten bei Ansätzen, die sich als nicht normativ verstehen.

Das Problem der Inkommensurabilität

Aus alledem ergibt sich das Gegenteil eines harmonischen Ganzen. Die verschiedenen Paradigmen stehen vielmehr im Widerstreit: „Unter pluralistischen Verhältnissen wird die Verständigung dadurch erschwert, dass unterschiedliche Rationalitäten aufeinanderstoßen. Das gilt sowohl in Bezug auf die Spaltung der Gesellschaft in kulturelle und individuelle Welten mit je eigener Wertordnung, wie für die Spezialisierung der wissenschaftlichen Erkenntnis in disziplinäre Rationalitäten. Juristische Probleme müssen als Konflikte zwischen divergierenden Rationalitäten begriffen werden: Jede Partei im Rechtsstreit verfolgt die Logik ihrer Interessenlage, und jeder Fachmann, der im Prozess beigezogen wird, verfolgt die Logik seiner Disziplin (Recht, Wirtschaftswissenschaft, Technik etc.). Diese Rationalitäten müssen grundsätzlich als gleichberechtigt anerkannt werden.“¹⁰

⁸Siehe dazu die Übersicht MASTRONARDI, Fn. 7, S. 35.

⁹MASTRONARDI, PHILIPPE, *Juristisches Denken*, 2. Aufl. Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 10 ff. und S. 53 ff.

¹⁰MASTRONARDI (Fn. 9), S. 299.

Was ist nun der Widerstreit? Zum Terminus gemacht hat dieses Wort Lyotard. Ein Widerstreit ist ein Konflikt, der nicht entschieden werden kann nach einer Regel, die beide Seiten des Konflikts akzeptieren: „Was diesen Zustand anzeigt, nennt man normalerweise Gefühl. ‚Man findet keine Worte‘ usw.“¹¹ Streng genommen, kann man ihn nur in der ersten Person formulieren, in der dritten wäre er schon objektiviert: „Der Widerstreit ist der instabile Zustand und der Moment in der Sprache, in dem etwas, das in Sätze gebracht werden können muss, noch darauf wartet.“¹² Aus dieser Situation erwächst das Problem des Rechts: „Jedes Unrecht muss in Sätze gebracht werden. Eine neue Kompetenz (oder Klugheit) muss gefunden werden.“¹³

Im Antagonismus des Anspruchs auf das Recht sind die konkurrierenden Paradigmen nicht nur konträr. Sie stehen in der Konkurrenz einer völligen Unvereinbarkeit miteinander. Mit einem Wort, sie sind inkommensurabel.¹⁴

Der Frage, ob es inkommensurable Sprachspiele gibt, könnte man polemisch die entgegen halten, ob es denn welche geben kann, die es nicht sind. Wittgenstein spricht zwar an keiner Stelle ausdrücklich von einer Unvereinbarkeit der Sprachspiele im Sinne jenes Begriffs von Inkommensurabilität, den Paul Feyerabend und Thomas Kuhn für das Verhältnis von Theorien und Paradigmen in die Wissenschaftstheorie eingeführt haben.¹⁵ Dennoch lassen sich seine Vorstellungen von Sprachspielen durchaus in diese Richtung treiben, wie es dann auch Lyotard „nach“ Wittgenstein tut.¹⁶ Die Frage ist allerdings, ob man mit dieser Radikalisierung Wittgensteins nicht den einen kleinen, aber entscheidenden Schritt zu weit geht, wie es der Sache nach Davidson gegen Kuhn und Feyerabend geltend macht.¹⁷

Die Vielgestaltigkeit der Sprachspiele, die Wittgenstein konstatiert, bekommt dadurch eine Tendenz von Unvereinbarkeit, dass sie irreduzibel ist. Kein Sprachspiel lässt sich durch ein anderes ersetzen. Keines lässt sich auf ein anderes zurückführen. Und keines lässt sich aus einem anderen ableiten. Indem die Sprachspiele von daher auch gleichrangig sind, gibt es keine übergeordnete Instanz, kein Metaspiel, deren bloße Erscheinungsformen sie jeweils wären. Mit anderen Worten: „Die Sprachspiele sind nicht nur mannigfaltig, sie sind hetero-

¹¹LYOTARD, JEAN-FRANCOIS, *Der Widerstreit*, Frankfurt am Main 1987, S. 33.

¹²LYOTARD, *Der Widerstreit*, München 1987, S. 33.

¹³LYOTARD (Fn. 12), S. 33.

¹⁴Entsprechend zur Definition von Inkommensurabilität LUEKEN, GEERT-LUEKE, *Inkommensurabilität als Problem rationalen Argumentierens*, Stuttgart 1992, S. 29 ff.

¹⁵Siehe FEYERABEND, PAUL K., *Wider den Methodenzwang. Skizze einer anarchistischen Wissenschaftstheorie*, Frankfurt am Main 1976. Zu Feyerabend und Wittgenstein WELSCH, WOLFGANG, *Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*, Frankfurt am Main 1996, S. 419 ff. Weiter KUHN, THOMAS S., *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1979. Zum Konzept der Inkommensurabilität in der Wissenschaftstheorie LUEKEN (Fn. 14), S. 23 ff.

¹⁶Siehe LYOTARD, JEAN-FRANCOIS, „Nach“ Wittgenstein, in: ders., *Grabmal des Intellektuellen*, Graz 1985, S. 68 ff. Zu Lyotard und Wittgenstein WELSCH (Fn. 15), S. 418 f.

¹⁷Siehe DAVIDSON, DONALD, *Was ist ein Begriffsschema?*, in: ders., *Wahrheit und Interpretation*, Frankfurt am Main 1990, S. 261 ff. Dazu LUEKEN (Fn. 14), S. 124 ff.

gen.“¹⁸ Ordnungen in die Sprachspiele zu bringen oder gar Hierarchien in sie einzuziehen, sind wieder Spiele ganz eigener Art. Von daher kann es auch keinen von ihnen unabhängigen Maßstab geben, über dessen Kamm sie sich allesamt scheren ließen. Sprachspiele sind in ihrer Eigensinnigkeit letztlich unvergleichbar. Ihre Verschiedenheit ist „radikal“. Denn es ist unmöglich, sie „in eine Beziehung zu setzen, die einen kontinuierlichen Übergang oder eine neutrale, unparteiische Entscheidung zwischen ihnen erlaubt.“¹⁹

Genau hier setzt die Zuspitzung durch Lyotard an. Die Sprachspiele sind für ihn nicht nur heterogen. Sie verschließen sich in ihrem Eigensinn geradezu hermetisch. Die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Sprachspiele ist nicht nur radikal, sondern total. Wo Wittgenstein meint, noch eine „Struktur von Unterschiedlichkeit bei Überschneidung“ ausmachen zu können, vermag Lyotard nurmehr eine „Struktur von Heterogenität mit Abgründen“ zu sehen.²⁰

Die Situation ließe sich noch so lange hinnehmen, wie die in den Sprachspielen prozessierten Orientierungen schlicht koexistent wären. Bristant wird es jedoch, wenn sie in Konkurrenz oder gar in Konflikt treten. Genau das ist im juristischen Verfahren durch die Konfrontation der Parteien der Fall. Inkommensurabilität liegt vor, sofern sich Unvereinbares darin enig ist, denselben Platz einzunehmen.²¹

Die so miteinander über Kreuz liegenden Sprachspiele verbindet nichts, woran eine Vermittlung ansetzen könnte. Sie stehen einander in schroffer Andersartigkeit gegenüber. Eine Schlichtung oder ein Ausgleich ist nicht mehr denkbar. Nicht einmal eine Beilegung, die irgendetwas von einem Einvernehmen an sich hätte. Eine Entscheidung über ihre Angemessenheit und Berechtigung kann nicht mehr zwischen ihnen getroffen werden, da sich auf nichts bauen lässt, auf das hin sich die fraglichen Spiele eins wie das andere beziehen ließen. Eine Entscheidung kann nur noch grundlos über sie gefällt werden. Kurzum: Es kehrt zwangsläufig der „Widerstreit“ zurück als „Konfliktfall zwischen (wenigstens) zwei Parteien, der nicht angemessen entschieden werden kann, da eine auf beide Argumentationen anwendbare Urteilsregel fehlt. Die Legitimität der einen Argumentation schliesse dann nicht auch ein, dass die andere legitim ist. Wendet man dennoch dieselbe Urteilsregel auf beide an, um ihren Widerstreit gleichsam als Rechtsstreit zu schlichten, so fügt man einer von ihnen Unrecht zu (einer von ihnen zumindest, und allen beiden, wenn keine diese Regel gelten lässt).“²²

Für das juristische Verfahren als der institutionalisierten Regulierung von Streit wäre dies fatal. Jede Entscheidung im Konflikt der Rechtsmeinungen und Lesarten der Normtexte ließe sich nur noch durch einen Akt der Gewalt, durch das Machtwort fällen. Und das juristische Verfahren selbst verspielte zwangsläufig alle ihm als die Einhegung von Gewalt gesellschaftlich zugebilligte Legitimität.

¹⁸WELSCH (Fn. 15), S. 403.

¹⁹LUEKEN (Fn. 14), S. 30.

²⁰WELSCH (Fn. 15), S. 419.

²¹LUEKEN (Fn. 14), S. 32.

²²LYOTARD (Fn. 12), S. 9.

„Die für den Rechtsstaat zentrale Unterscheidung von legitimer und illegitimer Gewalt, von guten und schlechten Entscheidungen scheint damit zunächst keinen Boden mehr zu finden.“²³

Die Frage ist allerdings, ob Inkommensurabilität wirklich so weit gehen kann. Denn schon die bescheidene Nachfrage, wie denn Sprachspiele, „wenn sie einerseits völlig heterogen sein sollen, andererseits überhaupt in Konflikt geraten können“²⁴, lässt sich dann nicht beantworten.

Der Konflikt und die Notwendigkeit der Übersetzung

Bertrand Russell ist bei seinen Erläuterungen der Einstein'schen Relativitätstheorie einmal dem populären Missverständnis entgegen getreten, sie besage, dass alles relativ ist. Denn wenn dem so wäre, so gäbe es nichts, zu dem eines relativ sein kann. Ein jedes wäre absolut.²⁵

Entweder Orientierungssysteme, Theorien, Paradigmen oder eben Begriffsschemata sind tatsächlich in jederlei Hinsicht miteinander unvereinbar und unverträglich. Dann gibt es nichts, durch das man sie überhaupt noch in eine Beziehung setzen könnte. Also auch nicht in die, inkommensurabel zu sein. Kann man das, so hat man dadurch wenigstens schon einmal einen Aspekt des Vergleichs.

Das „Konkurrenzverhältnis zwischen“ Theorien, Paradigmen oder Orientierungssystemen „steht“ also „in einer eigentümlichen Beziehung zu ihrer radikalen Verschiedenheit.“ Jedenfalls zu der, die die strikte Inkommensurabilitätstheorie behauptet. Die führt sich genau an dem Punkt ad absurdum, an dem sie diese Verschiedenheit auf die Spitze der „Annahme vollständiger wechselseitiger Abgeschlossenheit verschiedener Orientierungssysteme“ treibt²⁶ – die Heterogenität also umstandslos als Hermetik behauptet. Dies liegt etwa dem Bild Lyotards vom „Archipel“ eines modular insularen Nebeneinander der Ordnungen in ihrem sprachlichen Ausdruck zugrunde.²⁷ Und auch Feyerabend und Kuhn „beziehen die Inkommensurabilitätstheorie auf umfassende, in sich strukturierte, weitgehend abgeschlossene Rede- und Handlungskomplexe.“²⁸

Die konkurrierenden Systeme sind nach der strikten Inkommensurabilitätstheorie schlichtweg ineinander unübersetzbar und damit vollkommen beziehungslos. Sie

²³CHRISTENSEN, RALPH/KUDLICH, HANS, Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 97.

²⁴WELSCH (Fn. 15), S. 19. Zu dieser Frage im Hinblick auf Feyerabend und Kuhn auch LUEKEN (Fn. 14), S. 31 f.

²⁵RUSSEL, BERTRAND, Das ABC der Relativitätstheorie, Frankfurt am Main 1989.

²⁶LUEKEN (Fn. 14), S. 126.

²⁷Dazu WELSCH (Fn. 15), S. 330 ff. Zur Frage, ob diese Beschränkung nur für das Bild oder für die ganze Theorie Lyotards gilt, vgl. BORSCHKE, TILMAN, Mit dem Widerstreit leben, in: Dialektik 1 (2001), S. 19 ff, m.w.N. in Fn. 9.

²⁸LUEKEN (Fn. 14), S. 30.

erscheinen geradezu als „Käfige“, aus denen man allenfalls ausbrechen kann. Dies aber nur, um sich so stehenden Fußes in einem anderen wieder zu finden.²⁹ Wäre dieser Käfig allerdings wirklich so vollkommen verschlossen, so ließe er sich nicht als ein solcher wahrnehmen. „Wenn Käfige, in denen wir uns immer schon befinden, überhaupt keine Öffnungen und Verbindungen nach außen haben, dann können wir weder von anderen, besseren oder schlechteren Käfigen wissen, noch von sonst etwas außerhalb unseres Käfigs.“³⁰ Gefangen im Käfig wäre man vollkommen frei. Zum Käfig macht ihn erst der Blick durch die Gitterstäbe, der ihn als Grenze wahrnehmbar macht. Auf der Fluchtlinie des Blicks eröffnet sich ein Raum, der dann mit dieser Grenze ein anderes aufscheinen lässt. Zugleich lässt das Auftreffen des Blicks durch die Gitter auf ein Gegenüber nunmehr „da draußen“ den Käfig als Raum des Eigenen auftauchen.

Etwas prosaischer ausgedrückt ist „Konkurrenz (...) ohne einen irgendwie gemeinsamen Bezugspunkt, ein gemeinsames Ziel, einen Anspruch oder einen Gegenstand nicht denkbar. Die Verschiedenheit der Theorien kann also, insofern sie konkurrieren, nicht so radikal sein, dass sich überhaupt keine Gesichtspunkte finden ließen, hinsichtlich derer sie in Beziehung zueinander gesetzt werden können.“³¹ Der Punkt also, an dem wir eine Verschiedenheit wahrzunehmen und zu artikulieren vermögen, ist genau die Pforte in das andere Spiel. Es ist der Berührungs- und Reibepunkt, an dem unser Spiel auf das andere trifft. Im juristischen Verfahren ist dies etwa die Absicht auf eine Entscheidung zu eigenen Gunsten. Auf diese hin werden die Äußerungen der gegnerischen Partei aufgenommen.

Die Möglichkeit des Vergleichs anhand der aus der eigenen in der anderen Welt gesetzten Gemeinsamkeiten ändert dies nichts daran, dass es beim Widerstreit bleibt. Ebenso wie es unsinnig wäre, eine Abgeschlossenheit konkurrierender Systeme anzunehmen, ebenso widersinnig wäre es, die den Vergleich ermöglichende Gemeinsamkeit in einem ihnen gleich unterliegenden Grundzug zu sehen. Die Masterwelt und gar eine alles einbegreifende Universalerzählung würde ihre Verschiedenheit vollkommen verwischen, ihre Unterschiede verschwinden lassen und den Begriff der Inkommensurabilität sozusagen von der anderen Seite her ad absurdum führen. Wenn alles sich letztlich gleicht, gibt es keine Unterschiede oder Kontraste mehr, gegenüber denen man „Gemeinsamkeit“ als eine solche geltend machen und konstatieren könnte. Sinn setzt immer Scheidung voraus, ist genuin kritisch.

Von beiden Seiten her, von der Unmöglichkeit einer vollkommenen Verschiedenheit einerseits und von der Unmöglichkeit einer vollkommenen Gleichheit andererseits, bleibt also immer der Stachel des Widerstreits. Mit der Sprache bleibt er immer in der Welt. Überall, wo „wir umfassendere Systeme oder Versionen haben“, die in ihrem Anspruch auf die eine Wahrheit in Konflikt oder auch im Anspruch, eine Welt zu sein, in Konkurrenz treten, „lassen sich ihre Bereiche

²⁹Dazu LUEKEN (Fn. 14), S. 122 ff.

³⁰LUEKEN (Fn. 14), S. 126.

³¹LUEKEN (Fn. 14), S. 31.

daher nur schwer als solche innerhalb einer Welt betrachten, sondern besser als zwei verschiedene Welten, und da die beiden sich einer friedlichen Einigung widersetzen, sogar als Welten im Widerstreit.“³²

Allerdings bleibt die Notwendigkeit der Argumentation als Gemeinsamkeit. Der Rechtsstreit ist die Einigkeit im Antagonismus der Versionen innerhalb des Deutungssystems Recht. Die Parteien wollen jeweils ihre Version in die Rechtsposition rücken, ohne dass es eine neutrale Bezugsversion gäbe, die hier die Schiedsrichterrolle übernehmen könnte. Die Gemeinsamkeiten, die die Auseinandersetzung ermöglichen, liegen weder in der Sprache noch in den Überzeugungen davon, was jeweils Recht sei. Sie liegen allein in den Praktiken, aus der eigenen Position sich die andere zurechtzulegen, um die eigene darauf abzustellen. Sie sind keine in der Sache vorliegende oder mit der Sprache schon gegebene. Sie können nur einander unterstellt und damit für die eigene Sicht hergestellt werden. Was bleibt, sind die Praktiken des Bezugs der Akteure – gewissermaßen als konkrete Ausformulierung des von Davidson entwickelten „Prinzips der Nachsicht“.

Aus dieser Situation der Einigkeit im Konflikt ergibt sich die für Mastronardi die Aufgabe der Jurisprudenz: „Das Recht und der Jurist haben die Aufgabe, zwischen diesen Rationalitäten zu übersetzen. Die juristische Rationalität hat dabei ein Doppelgesicht: Sie ist partikuläre Fachrationalität und integrative Ethik zugleich. (...) Als integrative Ethik übernimmt die juristische Rationalität die Aufgabe der transversalen Vernunft. Sie verknüpft die verschiedenen Rationalitäten, soweit sie das organisierbare gesellschaftliche Zusammenleben betreffen. Überall dort, wo Wirtschaft, Politik, Kultur oder andere Teilbereiche der Gesellschaft darauf angewiesen sind, zwischenmenschliche Beziehungen unter Fremden auf zuverlässige Weise zu ordnen, sind sie auf das Recht angewiesen. Dieses gestaltet ihre Beziehungen nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und des gerechten Ausgleichs.“³³

Die Methode der praktischen Konkordanz

Wie soll man nun auf diese Situation des Widerstreits der modernen rechtstheoretischen Konzeptionen methodisch reagieren? Die Rechtstheorie ist nach Mastronardi eine reflektierende Wissenschaft und kann daher nicht auf letzte Einheitlichkeit zielen, sondern muss eher nicht reduzierbare Verschiedenheit akzeptieren. Daher muss sie eher rekonstruktiv als konstruktivistisch verfahren. Mastronardi stellt die herkömmlichen Paradigmen dar, ohne voraussetzungslos neue zu entwerfen. Sein Ansatzpunkt ist, wichtige Paradigmen möglichst genau zu analysieren, ihre Gegenstände, Fragestellungen, Kriterien, Methoden und Ziele. Vor allem anhand von Fällen gelingt damit eine Abgrenzung ihres Bereichs, es wird ihre Spezifik sichtbar und man wird überzeugt von dem Existenzrecht dieses Ansatzes.

³²GOODMAN, NELSON, Weisen der Welterzeugung, Frankfurt am Main 1990, S. 141.

³³MASTRONARDI (Fn. 9), S. 299 f.

In einem zweiten Schritt vergleicht Mastronardi die Theorien untereinander. Dieser Vergleich dient nicht nur der Herausarbeitung von Unterschieden, sondern auch Gemeinsamkeiten, die sie zu Familienähnlichkeiten verbindet.

Der dritte Schritt dringt in die Binnenstruktur der Theoriezusammenhänge ein und spricht ihre Verflechtungen mit weitergehenden Paradigmen an. Dabei lässt sich schon eine Differenz erkennen zwischen dem Selbstbild dieses Theoriezusammenhangs und seinem tatsächlichen Funktionieren.

In einem vierten Schritt zeigt Mastronardi, welche Optionen ein Theoriezusammenhang hat, d.h. inwieweit er über seinen Wissenschaftsbereich hinausgreifen kann und fruchtbar die Fragestellung anderer Wissenschaften integrieren kann.

Ein fünfter Punkt ist schließlich die Frage, ob das jeweilige Paradigma ein eigenes Bild für das Ganze des Rechts entwirft und was als selbstverständlicher Teil der juristischen Praxis in der Theorie nicht vorkommt. Als sechster Schritt wird dabei noch einmal deutlich der Unterschied zwischen dem Selbstbild und der Fremdperspektive dieser Theorie. Schließlich muss man das Gegenspiel dieser verschiedenen Versionen des Rechtsgedankens untersuchen, wo beginnen Überschneidungen, wo beginnt das Auseinanderdriften?

Es bleibt aber der Befund einer letzten Heterogenität, welche die Rechtswissenschaft zu einer polyperspektiven Wissenschaft macht. Mastronardi zieht daraus die Konsequenz, dass seine Aufgabe darin liegt, die eingeschränkte Selbstauffassung der vorhandenen Theorien so weit zu korrigieren, dass sie eine verträgliche Form gewinnen. Gegen quasi natürliche Bonierungstendenzen und der Selbstzufriedenheit mit der eigenen Leistung überschreitet er die Schaufenseite des Theorems, um ihre Ausschlüsse und Kehrseiten sichtbar zu machen.

Insgesamt hebt Mastronardi damit das Dogma der Autonomie und das Gebot der Abschottung auf. Die Korrektur der verkürzten Selbstauffassung macht deutlich, dass die Wahrheit nicht die Verfassung des Solitären hat.

Es geht also für Mastronardi nicht um eine Hierarchisierung der verschiedenen Theorien und Paradigmen, sondern um eine Methode, die sie in ihren Stärken und Schwächen in ein fruchtbares Verhältnis setzt. Der angemessene Umgang mit pluralistischen Theoriezusammenhängen ist also eine Art von praktischer Konkordanz.³⁴ Diese ist kein Mittelweg oder eine bloße Abwägung zwischen zwei Positionen, sondern ein Versuch, mit Pluralität zurande zu kommen. Sie geht davon aus, dass ihr Gegenstandsbereich gerade nicht widerspruchsfrei ist, sondern viele Gegensätze aufweist, und dass diese Gegensätze auch nicht beseitigt werden können, sondern höchstens auf ihrer jeweils eigenen Grundlage zu einer

³⁴Diese ist neben der Verhältnismäßigkeit das wichtigste Stichwort im deutschen Verfassungsrecht. Seit seiner Anführung um die deutsche Diskussion durch Konrad Hesse gehört sie zu den Instrumentarien jedes praktisch arbeitenden Verfassungsrechtlers. Zum Begriff vgl. HESSE, KONRAD, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. Karlsruhe 1988, S. 26 f., S. 134 f., S. 138 f. im Anschluss BÄUMLIN, RUDOLF, Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1968, S. 30, S. 34.

produktiven Koexistenz geführt werden könne.

Die Ersetzung der einen Wahrheit durch die Gerechtigkeit

Wenn Mastronardi die Leitidee der Einheit durch den Umgang mit nichtreduzierbarer Vielheit ersetzt, muss er als neue Leitidee die Gerechtigkeit ansetzen. Das Ganze ist kein homogener Block mehr, sondern eine Vielheit gegenläufiger Rationalitäten, so dass das Grundproblem der Umgang dieser Rationalitäten miteinander ist.³⁵ Die einzelnen Paradigmen nehmen zwar auch auf das Ganze des Rechts Bezug, tun dies aber in einer sehr eingeschränkten und in spezifisch verkürzter Sichtweise. Die Aufgabe einer Rechtstheorie im Übergang liegt dann darin, diesen eingeschränkten Blickwinkel auf das Ganze zu erweitern und ihn ins Gespräch zu bringen mit den Blickwinkeln der anderen Paradigmen. Um Gerechtigkeit als Leitidee für den Umgang mit einer Vielzahl von Paradigmen einzuführen, muss man zunächst einmal diese Vielzahl anerkennen. Dazu gehört, was Mastronardi anhand seiner Fälle und Darstellungen ausführlich macht, dass man die konkurrierenden Paradigmen in ihrer Leistungsfähigkeit und in ihrer Erschließungskraft zeigt. Das wäre der pragmatische, aber auch der erschließende Wahrheitsbegriff. Zu verzichten wäre auf den korrespondenz-theoretischen, weil dieser dann in die Schwierigkeit der privilegierten Positionen führt. Die abweichenden Thesen über das Ganze des Rechts können nicht reduziert werden, weil es keinen überlegenen oder neutralen Kandidaten gibt. Auch die Gerechtigkeit stellt diesen Kandidaten nicht dar. Darin liegt genau der Unterschied zur klassischen Konzeption von Larenz. Gerechtigkeit sollte danach den Konflikt zwischen den Rechtsprinzipien schlichten. Das Problem lag allerdings darin, dass, sobald sie bestimmt wurde, sie das Ganze des Rechts nicht mehr kontrollieren konnte. So wurde im Ergebnis eine Leerformel, die den Dezisionismus lediglich verbirgt. Für Mastronardi gibt es eine solche argumentative Handhabe, um Paradigmen aus dem Kreis der Legitimität auszuschließen, nicht mehr. Allerdings ist Anerkennung auch nicht gleichbedeutend mit Gefolgschaft, sondern bezieht sich auf eine pragmatische Ebene des Funktionierens, die von Mastronardi eben mit Fällen dargestellt wird.

Diese Anerkennung verpflichtet Mastronardi auch dazu, die Rechte dieser Theoreme anzuerkennen. Das heißt, er korrigiert die Schwächen nicht mit einem äußeren Maßstab, sondern ermöglicht vielmehr vernünftige Interaktionsformen zwischen den Paradigmen für die Thematisierung des Ganzen des Rechts.

So kommt es dann von ganz allein zu Korrekturen am überzogenen Selbstbewusstsein der einzelnen Theorien. Auch diese Korrektur erfolgt nicht von außen, sondern bei Mastronardi von der jeweiligen Theorie her. Denn diese sind keine isolierten Inseln, sondern mit anderen Paradigmenkomplexen verwoben. Das Problem des Verhältnisses zu den anderen ist also schon im Inneren der Theorie

³⁵MASTRONARDI (Fn. 9), S. 299.

vorhanden, so dass man jedes Paradigma zu einer Reflexion seiner selbst auf eigener Grundlage bringen kann. Das einzig zusätzlich eingebrachte Element besteht darin, dass man die Existenz anderer Paradigmen einschließt und somit ein Alternativenbewusstsein fördert, welches aber gleichzeitig die Komplexität und die Spezifität der jeweiligen Theorie hervorhebt.

Das heißt natürlich nicht, dass es keine Intervention gibt. Mastronardi wendet sich in seinem Text kritisch gegen Ausschlüsse von wichtigen Bereichen aus der Perspektive einer Theorie und erhebt Einspruch gegen Totalisierungen. Dabei geht es ihm um eine Interaktion auf Grundlage von Argumenten statt bloßer Macht. Er macht sich zum Anwalt des Ausgeschlossenen, um innerhalb einer Theorie diese Ausschlüsse bewusst zu machen. Dadurch können Übergriffe, die eine Theorie auf fremde Gebiete vornimmt, abgewehrt werden. Natürlich hat jede Theorie auch Optionen, die über ihren engeren Bereich hinausgehen, aber die sollten eben keine Majorisierungen sein, die das eigene Paradigma ohne Argumentation verbindlich machen. Dazu bedarf es dann konkreter Widerlegungen oder überhaupt der Notwendigkeit, das Übergangene erst einmal zu artikulieren. Besonders schwierig ist es natürlich für eine Theorie, wenn sie ihre Perspektive totalisiert und auf sämtliche konkurrierenden Paradigmen übertragen will. Gegen einen solchen Vorschlag, dass alles nach einer einzigen Pfeife tanze, geht Mastronardi vor, indem er praktische Schwierigkeiten aufzeigt und die Unmöglichkeit eines Metakriteriums darlegt.

Damit wird Pluralität nicht durch Strategien der Unterdrückung oder der Übermächtigung oder des bloßen Vergessens nivelliert, sondern auf rationale Weise in Interaktionsprozessen diskutierbar. Das heißt, Gerechtigkeit ist keine dem Recht übergeordnete Größe, sondern sie ist erstens Gerechtigkeit gegenüber den einzelnen Theorien und Paradigmen und garantiert zweitens die Vernünftigkeit des Umgangs zwischen diesen Paradigmen, indem sie anstelle von Einheit Vielfalt setzt und Einspruch gegen Uniformität erhebt.

Das Bild des Ganzen ist damit nicht als Pyramide mit geordneter Hierarchie gesehen, aber auch nicht als flaches, nebeneinander liegendes Netz, sondern als Geflecht, worin Machtunterschiede und irrationale Interaktionsformen vorhanden sind. Dieses Geflecht gilt es durch die Intervention der Gerechtigkeit so zu strukturieren, dass nicht Macht, sondern Argumente den Ausschlag ergeben. Die Vielzahl unterschiedlicher Versionen der Rationalität lassen sich nicht in einen kohärenten Verbund bringen und man kann sie auch nicht übergehen, aber man kann das unbeendbare Durcheinander in der Diskussion halten. Gerechtigkeit wirkt dabei nicht nur negativ als Totalisierungsverbot, sondern auch positiv, indem sie dem einzelnen Paradigma das Herausarbeiten seiner Spezifität erlaubt. Sie ist ein Vermögen der Kehrseitenwahrnehmung, was aber auch Anschlussmöglichkeiten zwischen Gegensätzen offen legt: „Der normative Vorrang des Rechts vor den übrigen Rationalitäten legitimiert sich somit nur durch den Anspruch, zwischen den partikulären Rationalitäten gerecht zu vermitteln. (...) Juristische Fachrationalität wird demnach in dem Maße vernünftig, als sie sich der Ethik der Verständigung unterzieht und alle Teilrationalitäten gleichberechtigt

am Diskurs über die gerechte Entscheidung teilhaben lässt. Die Spielarten des juristischen Denkens öffnen die juristische Fachrationalität in vielfacher Weise für diesen interdisziplinären Diskurs.“³⁶ Die Gerechtigkeit bleibt damit entscheidender Maßstab, aber nicht in einem eliminierenden Sinne, sondern als Aufforderung, sich dem Widerstreit zu stellen. Damit hat die Vorgehensweise von Mastronardi stark Affinitäten zur modernen Demokratie.

So wird das Recht, um mit Thomas Seibert zu sprechen, zum Enthymem. Der letzte Obersatz fehlt. Und doch müssen ständig unzulängliche Stellvertreter formuliert werden. Gerechtigkeit ist damit nicht mehr als die immer wieder eröffnete Möglichkeit, den Widerstreit auszutragen. Als Ziel sowohl unerreichbar als auch unverzichtbar, ermöglicht sie den Weg des Rechts.

³⁶MASTRONARDI (Fn. 9), S. 300.