

Schriften zur Rechtstheorie

---

Band 232

# Das Ganze des Rechts

Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis  
deutscher und europäischer Grundrechte

Von

Ralph Christensen  
Andreas Fischer-Lescano



Duncker & Humblot · Berlin

*Ralph Christensen / Andreas Fischer-Lescano*

Das Ganze des Rechts

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 232

# Das Ganze des Rechts

Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis  
deutscher und europäischer Grundrechte

Von

Ralph Christensen  
Andreas Fischer-Lescano



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0472  
ISBN 978-3-428-12338-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Wenn Grundrechte kollidieren, geht es ums Ganze. Man bemüht die Einheit der Rechtsordnung, um das Gegeneinander in Harmonie zu überführen. Aber die Einheit kann man nicht kostenlos verwenden. Wenn man sie bestimmt, gefährdet man dadurch ihre zentrale Stellung als Kontrollinstanz. Sie löst sich in eine Vielzahl von Erzählungen auf und wird spektral. Was heißt das für die Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht? – Die so genannte Drittwirkung der Grundrechte wird herkömmlich folgendermaßen begründet: Die Grundrechte haben einen Doppelcharakter. Sie sind erstens in ihrer ganzen Bandbreite subjektive Rechte und zweitens in ihrem Kernbereich objektive Wertentscheidungen. Als subjektive Rechte gelten sie im Zivilrecht nicht. Aber mit ihrem Kern der objektiven Wertentscheidung gelten sie im Rahmen der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln. An dieser, auch immer wieder von den Gerichten zitierten Formel, stimmt nichts. Die Grundrechte gelten nicht nur als Werte, sondern man kann sie insbesondere im Rahmen der Verfassungsbeschwerde als Rechte durchsetzen. Dabei werden sie von den Gerichten nicht nur in ihrem Kernbereich, sondern in ihrer ganzen Bandbreite angewendet. Diese Anwendung vollzieht sich auch nicht nur im Rahmen der so genannten Generalklauseln, sondern generell im Rahmen der systematischen Auslegung des Zivilrechts. Und schließlich fungieren die Grundrechte sogar unter bestimmten Umständen im Zivilrecht als Anspruchsgrundlage. Das heißt im Ergebnis, dass die Selbstbeschreibung des Rechtssystems weit hinter der Praxis der Gerichte zurückbleibt. Wenn man diesen Abstand verringern will, muss man zunächst nach den Ursachen fragen. Dabei zeigt sich, dass die zentralen Theoreme zur Erfassung der praktischen Arbeit der Gerichte nicht geeignet sind. Weder die methodische Figur der Abwägung, noch ihre rechtstheoretische Grundlage in der Konzeption der Einheit der Rechtsordnung vermögen die Komplexität der praktischen Arbeit der Gerichte aufzunehmen. Die Abwägung ist lediglich eine delegierende Metapher, weil die Heterogenität der in Drittwirkungskonstellationen kollidierenden Positionen sich in der Bestimmung des Ganzen der Rechtsordnung wiederholt. Weil man das Ganze als homogenes Medium aber braucht, um Religion gegen Presse oder Kunst gegen Gewerbebetrieb abwägen zu können, funktioniert die angebotene Technik nicht. Daher vollzieht sich die ganze Arbeit der Gerichte im blinden Fleck der Theorie. Solange man von der Einheit der Rechtsordnung als Deduktionsgrundlage und der Abwägung als deren Operationalisierung ausgeht, bleibt

dieser Zustand erhalten. Deswegen setzt unsere Kritik an diesen zentralen Theoremen an.

Wir stellen uns im Folgenden die Frage, wie man die Logik von Grundrechtskollisionen und die damit verbundenen Fragen der Interlegalität von einfachem Recht, nationalem Verfassungsrecht, trans-, supra- und internationalem Recht rekonstruieren kann. Anders als in der herkömmlichen Diskussion dieser als Problem der „Drittwirkung“ von Rechtsnormen bezeichneten Rechtskollisionen wird im Folgenden kein Versuch des Arrangements von Normstufen in hierarchischen Mehrebenensystemen angestrebt. Statt hierarchischer Normpyramiden soll vielmehr ein reflexiver Fokus auf die kollidierenden Einheiten gelegt werden. In einer funktional differenzierten Gesellschaft sind in der juristischen Form kollidierender Grundrechte die Konflikte sozialer Teilsysteme mit ihren sozialen, natürlichen und humanen Umwelten enthalten. Da diese Umwelten jeweils eigene Logiken aufweisen, kann man die Lösung eines Konflikts nicht aus einer gemeinsam zugrunde gelegten Metasprache ableiten. Es stellt sich vielmehr das Problem der Unverträglichkeit. So spiegeln sich gesellschaftliche Inkommensurabilitäten in der Sprache des Rechts wider.

Allerdings setzt schon die Feststellung der Unverträglichkeit eine Ebene des Vergleichs voraus, deren Verwendung für den Konflikt einen neuen Lösungsrahmen erfindet. Diese Strategie öffnet das einzelne Problem zum Ganzen hin und führt in eine holistische Dimension. Gleichzeitig beinhaltet dieser Holismus das Risiko, dass man das Einzelne dem Ganzen unterordnet. Deswegen stellen wir uns die Frage, wie man dieses Risiko holistischen Denkens vermeiden kann. Dazu schlagen wir Differenzierungen im Begriff Holismus vor: Ein Bezug ist holistisch, wenn er die einzelne Norm mit dem Ganzen der Rechtsordnung verknüpft. Es wird zu präzisieren sein, dass der im juristischen Kontext Verwendung findende Holismus in der Regel zugleich theoretisch und vertikal ist und im Kern davon ausgeht, dass die Beziehung zwischen Teil und Ganzem hierarchisch ist. Diesem Divisionalismus setzen wir ein reflexives Modell entgegen, dessen holistische Inbegriffnahme zugleich moderat als auch praktisch und horizontal ist.

Die herkömmliche Theorie der sog. „Drittwirkung“, die die klassische juristische Denkfigur für Grundrechtskollisionen darstellt, argumentiert von der Einheit der Verfassung her. Sie fasst diese Einheit als Wert- oder Prinzipienpyramide auf und sucht durch die Generierung staatlicher Schutzpflichten und sonstige Übersetzungsleistungen die Polyzentrik der Gefährdungslagen etatistisch einzuhegen und zu bearbeiten. Die Konfliktlösung erfolgt durch Hierarchisierung. Diese Argumentationsstrategie stößt gerade bei der Kollision unterschiedlicher institutioneller Normensembles an ihre Grenzen, insbesondere wenn in diesen Kollisionslagen soziale, natürliche und hu-

mane Umwelten des Rechts miteinander in Konflikt liegen. Um solche Konflikte zu lösen, kann man das Ganze nicht schon als gemeinsam voraussetzen, sondern muss es als offenen Horizont begreifen. Das ersetzt nicht einfach das hierarchische Programm der Grundrechtsdogmatik durch eine horizontale Komponente sondern fordert eine neue Reflexivität. Die als Rechtserkenntnis stilisierte Abwägung führt nicht zur Lösung für die Kollisionslagen in der ausdifferenzierten Gesellschaft, gefragt sind differenzierte Kollisionsprogramme, die es ermöglichen, gesellschaftliche Konflikte als Gefährdungen durch die Kommunikationsmatrices gesellschaftlicher Institutionensembles rechtlich zu bearbeiten. Dazu bedarf es eines über monologische Erkenntnis des Richters hinausgehenden Verfahrens, welches die Beteiligten im Wege von Argumentation und Vernetzung mit anderen Entscheidungen zu einer neuen Rahmung ihrer Interessen zwingt. Das Recht liefert keine Abwägung, sondern ermöglicht im Verfahren durch rechtliche Fremdregulierung die Selbstregulierung sozialer Systeme. Diesen Weg vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis der Grundrechte wollen wir beschreiben. Kurz gesagt, geht es um folgende Frage: *Wie kann man das Problem der Unverträglichkeit in der Kollision sozialer Logiken bearbeiten, ohne in das vertikal holistische „Denken vom Ganzen her“ zu verfallen?*

Juli 2006

*Ralph Christensen  
Andreas Fischer-Lescano*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	13
I. Die Methode der Untersuchung	13
II. Gegenstand der Untersuchung	17
III. Der Problemhintergrund	20

## *1. Kapitel*

<b>Die Einheit der Rechtsordnung – Von der Hierarchie zum Netzwerk</b>	23
I. Vom vertikalen zum horizontalen Holismus	23
1. Zur Rechtsgeschichte des Holismus als Einheit der Rechtsordnung	24
a) Existentielle Einheit: Carl Schmitt	30
b) Werteinheit: Rudolf Smend	37
c) Normtheoretische Einheit: Hans Kelsen	47
2. Der Einschnitt der Lüth-Entscheidung	53
a) Die Ausgangssituation	54
b) Die Begründung der Drittwirkung durch das Gericht	59
c) Die praktische Vorgehensweise des Gerichts	66
3. Das Scheitern des vertikalen Konzepts	69
a) Die Reduktion zur Einheit der Verfassung	70
b) Das Verschwinden der Einheit im Postulat	73
c) Von der Einheit zur Intertextualität	78
II. Vom epistemischen zum praktischen Holismus	83
1. Die Holismusdiskussion in der analytischen Philosophie	86
2. Die Unvermeidbarkeit des Holismus	99
3. Die Umwendung des Holismus in die Horizontale	106
III. Von der semantischen zur pragmatischen Moderation des Holismus	113
1. Die holistische Struktur der Sprache	113
a) Die Bedeutung liegt nicht bei den sprachlichen Einzelementen	114
b) Die Bedeutung liegt nicht beim Ganzen des Sprachsystems	120
c) Holistischer Individualismus als Vernetzung gelungener Verständigungen	126
2. Pragmatische Moderation des Holismus im Recht	137
a) Das Modell der Gegenstandserkenntnis	137

b) Erkenntnis als Präzisierung der Selbstbeschreibung .....	142
c) Das Paradox praktischer Normativität .....	146

## *2. Kapitel*

### **Grundrechtsgeltung – Von der Abwägungsposition zum Recht** 148

I. Von der Abwägung zur Argumentation .....	148
1. Die Abwägung als delegierende Metapher .....	149
a) Die Semantik von Abwägung zwischen Technik und Metapher .....	149
aa) Die fachsprachliche Lexik von Abwägung .....	150
bb) Zur Wortgeschichte von Abwägung .....	154
cc) Abwägung als delegierende Metapher .....	158
b) Die Abwägung in der Rechtstheorie .....	162
aa) Das Problem heterogener Rechtsgüter .....	162
bb) Homogenität durch das Ganze .....	166
cc) Die Rückkehr der Heterogenität im Ganzen selbst .....	168
c) Nach der Abwägung .....	170
2. Die Sozialtheorie als gesuchter Inhalt .....	173
a) Die verdeckte Soziologie der Gerichte .....	174
b) Die Referenz der Gesetzessprache .....	180
c) Die Umstellung auf Sozialtheorie .....	184
3. Argumentation als funktionierende Form .....	190
a) Der holistische Charakter juristischen Argumentierens .....	193
b) Grundoperationen juristischer Argumentation .....	194
c) Das Ziel der Argumentation .....	197
II. Von der Verdrängung zur Bearbeitung der Inkommensurabilität .....	198
1. Regime-Kollisionen .....	199
a) Begriff der Inkommensurabilität .....	199
b) Semantische Getrenntheit .....	201
c) Verbindung durch Streit um Zeichenkette .....	203
2. Die Leistung des Rechts bei Regime-Kollisionen .....	205
a) Prinzip der Nachsicht und Rahmung .....	205
b) Das transversale Medium der Argumentation .....	210
c) Inkommensurabilität und Rahmenwechsel .....	212
3. Das Recht als Reflexionszwang .....	217
a) Was ist eine Entscheidung? .....	218
b) Das Paradox der Entscheidung .....	224
aa) Die dezisionistische Lesart des Paradoxes .....	227
bb) Die dekonstruktivistische Lesart des Paradoxes .....	232
c) Entscheidung als Möglichkeit reflexiver Kompatibilisierung .....	236

*3. Kapitel*

**Von der divisionalen zur reflexiven Grundrechtstheorie** 242

I.	Grundrechtszusammenhang: Vom monistischen zum polyzentrischen Grundrechtsmodell .....	244
1.	Würdezentrale? .....	244
2.	Polyzentrisches Grundrechtsmodell .....	247
II.	Schutzrichtung: Von der Handlungs- zur Kommunikationsfreiheit .....	248
1.	Vom Schutz des Wertkerns zum Autonomiebereich .....	249
2.	Kompatibilisierung von Autonomiebereichen .....	254
a)	Funktionäre der Rechtsordnung .....	256
b)	Institutionenbegriff .....	257
III.	Von der mittelbaren zur unmittelbaren Geltung der Grundrechte .....	260
1.	Drei Dimensionen der Grundrechtsbindung .....	260
a)	Grundrechtsbindung der Legislative .....	261
b)	Grundrechtsbindung der Judikative .....	261
c)	Grundrechtsbindung Privater .....	264
2.	Von der Vermittlung durch die Generalklauseln zu dynamischen Vernetzungen .....	266
a)	Systematische Auslegung .....	267
b)	Keine Sonderrolle von Generalklauseln .....	269
c)	Ununterscheidbarkeit von grundrechtlichen Kern- und Randbereichen .....	271
3.	Unmittelbare Gewährung subjektiver Rechte .....	274
a)	Drei Anspruchsdimensionen .....	275
aa)	Subjektive Abwehrrechte .....	276
bb)	Subjektive Leistungsrechte .....	278
cc)	Subjektive Bewirkungsrechte .....	283
b)	Rechtfertigungsmöglichkeiten .....	284
4.	Grundrechtsunmittelbarkeit im Privatrechtsverkehr .....	285

*4. Kapitel*

**Dogmatische Konsequenzen: Von der mittelbaren Drittwirkung zum Grundrechtskollisionsrecht** 287

I.	Vom Schutz individueller Rechtsgüter zum Schutz von Autonomieräumen	288
1.	Vertikales Modell: Praktische Konkordanz im vertikalen Holismus .....	291
a)	Praktische Konkordanz .....	293
b)	Kriterientrias .....	297
2.	Reflexives Kollisionsrecht: Neuartige Inkompatibilitätsregeln .....	299
a)	Kompatibilisierung von Erwartungsensembles .....	300

b) Grundrechtlich geschützte Autonomieräume statt individueller Rechtsgüter .....	301
II. Von der etatistischen Schutzpflicht zur rechtlichen Absicherung gesellschaftlicher Gegeninstitutionen .....	305
1. Vertikales Modell: Abwägung von Abwehrrechten mit Schutzpflichten ..	310
2. Reflexives Kollisionsrecht: Grundrechtliche Gegeninstitutionen zu expansiven Sozialsystemen .....	315
a) Reflexive transnationale Risikosteuerung .....	318
b) Regime-Kollisionen .....	322
III. Von der Unterordnung zur rechtlichen Selbstbegrenzung .....	326
1. Vertikales Modell: Abwägung von etatistischen Grundfreiheitsschutzpflichten und Grundrechtspflichten .....	330
a) Probleme des europäischen Abwägungspragmatismus .....	334
b) Prohibitions- und Pönalisierungstendenzen .....	338
2. Reflexives Kollisionsrecht: Selbstbegrenzungen der Matrices .....	342
<b>Zusammenfassung:</b>	
<b>Inkommensurabilitäten der Kommunikationsmatrices</b> .....	346
I. Von der Hierarchie zum Netzwerk .....	347
II. Von der Abwägungsposition zum Recht .....	356
III. Von der vertikalen zur reflexiven Grundrechtstheorie .....	365
IV. Grundrechtskollisionsrecht .....	368
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	372
<b>Personenverzeichnis</b> .....	415
<b>Sachverzeichnis</b> .....	423

## Einleitung

Die horizontale Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr ist der Brennpunkt der allgemeinen Grundrechtstheorie und findet ihre Grundlage in der Konzeption der Einheit der Rechtsordnung. Die Sicht auf diese Einheit soll dem Entscheider ermöglichen, den konfligierenden Grundrechten ihren Platz zuzuweisen. Die Art und Weise, wie das Ganze der Rechtsordnung in der Rechtstheorie bestimmt wird, genügt dem heutigen Stand der philosophischen und wissenschaftstheoretischen Debatte nicht mehr. Eine Verschiebung in dieser rechtstheoretischen Grundfrage muss zu einer Veränderung der allgemeinen Grundrechtstheorie und schließlich zu dogmatischen Konsequenzen führen. Es zeigt sich dabei, dass die Praxis der Gerichte schon immer den zu engen Rahmen der herkömmlichen „Drittwirkungstheorien“ überschritten hat. Wenn die Urteilsbegründungen in klassischen Drittwirkungsfällen zu formulieren versuchen, was sie gerade tun, bleiben sie weit hinter dem zurück, was in dem Text tatsächlich geschieht. Diesen Abstand zwischen Theorie und Praxis der Drittwirkung muss die Wissenschaft bearbeiten. Das Sachproblem der Drittwirkung wird also im Wege der pragmatischen Analyse behandelt. Sowohl der Gegenstand, als auch die Methode bedürfen einer kurzen Erläuterung.

### I. Die Methode der Untersuchung

Eine pragmatische Analyse geht davon aus, dass die tatsächliche Arbeit eines Textes über das hinausgeht, was er von sich selbst sagt und weiß. Jeder Sprecher kann komplexe Sprechhandlungssequenzen hervorbringen, ohne deswegen schon über die Grammatik als Wissen zu verfügen. Dieser Abstand zwischen dem Können und Wissen ist das Arbeitsgebiet der Wissenschaft. Wenn es ihr gelingt, den Abstand zu verringern, kann sie die Selbstbeschreibung eines sozialen Systems oder einer Institution präzisieren und dadurch die bisherige Praxis verschieben.

Ansatzpunkt ist dabei die pragmatische Wende der Sprachwissenschaft, die den „Handlungscharakter der Sprache und des Sprechens“<sup>1</sup> thematisiert.

---

<sup>1</sup> *Christoph Sauer*, Der wiedergefundene Sohn. Diskursanalyse eines Strafverfahrens vor dem niederländischen ‚Politierechter‘, in: *Ludger Hoffmann* (Hrg.), Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren, Tübingen 1989, S. 63 ff. (65).

Wenn man Ernst macht mit der Einsicht, „dass das Sprechen der Sprache ein Teil ist einer Tätigkeit, oder einer Lebensform“<sup>2</sup>, sieht man, dass „eine Sprache vorstellen heißt, sich eine Lebensform vorstellen.“<sup>3</sup> Wittgensteins Rekonzeptualisierung von Sprache als Praxis kann als Leitgedanke der pragmatischen Analyse gelten, die man heute auch Diskursanalyse nennt: „Dass mit Sprache gehandelt wird und Sprechen Funktion hat, ist eine Grundannahme im Diskurskonzept.“<sup>4</sup> Sprechen und Handeln lassen sich nicht voneinander trennen.<sup>5</sup> Dies kennzeichnet den Umbruch zu einer pragmatischen Sprachtheorie. Sowohl zu einer eher soziologisch orientierten, „die sich vor allem auf gesellschaftlich institutionalisierte Diskursfelder bezieht und analysiert, wie in Diskursen Themen definiert und verändert werden“, als auch zu einer im engeren Sinne linguistischen, „die mehr das ‚Wie‘ der Kommunikation betont“.<sup>6</sup> Sprache taucht sowohl in sozialen Systemen als auch in psychischen Systemen auf. Ihr Vollzug ist „eine aktive, etwas *herstellende* soziale Praxis“.<sup>7</sup> Deren linguistische Erforschung bringt eine ganze Reihe von Ansätzen hervor<sup>8</sup>, die als „Gesprächsanalyse“<sup>9</sup>, „Konversationsanalyse“<sup>10</sup> und natürlich auch ausdrücklich als „Diskursanalyse“<sup>11</sup> firmieren. Die Vielfalt der Bezeichnungen ist kein Zufall. Ihr entspricht

---

<sup>2</sup> Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt am Main 1984, § 23.

<sup>3</sup> Wittgenstein, ebd., § 19.

<sup>4</sup> Gabriele Löscher, *Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens*, Baden-Baden 1999, S. 158.

<sup>5</sup> Zur konstruktivistischen Perspektive des Diskurskonzepts hier Löscher, ebd., S. 68 ff.

<sup>6</sup> Wolfgang Ludwig-Mayerhofer, *Diskursanalyse*, ILMES – Internet-Lexikon der Methoden der empirischen Sozialforschung, München 1997, [http://www.lrz-muenchen.de/~wlm/ilm\\_d3.htm](http://www.lrz-muenchen.de/~wlm/ilm_d3.htm).

<sup>7</sup> Gabriele Löscher, *Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens*, Baden-Baden 1999, S. 66.

<sup>8</sup> Einen Einstieg findet man in den Bänden Dieter Wunderlich (Hrg.), *Linguistische Pragmatik*, Frankfurt am Main 1972; Utz Maas/Dieter Wunderlich (Hrg.), *Pragmatik und sprachliches Handeln*. Mit einer Kritik am Funkkolleg „Sprache“, Frankfurt am Main 1972. Zu Entwicklung und Ansatz einer linguistischen Diskursanalyse hier insbesondere Ludger Hoffmann, *Kommunikation vor Gericht*, Tübingen 1983, S. 9 ff.

<sup>9</sup> Siehe Helmut Henne/Helmut Rehbock, *Einführung in die Gesprächsanalyse*, Berlin/New York 1978.

<sup>10</sup> Siehe Jörg Bergmann, *Konversationsanalyse*, in: Uwe Flick/Ernst von Kardorff/Heiner Keupp (Hrg.), *Handbuch Qualitative Sozialforschung. Grundlagen, Konzepte, Methoden und Anwendungen*, Weinheim 1995, S. 213 ff.; sowie im Engeren die Beiträge in: Jürgen Dittmann (Hrg.), *Arbeiten zur Konversationsanalyse*, Tübingen 1979.

<sup>11</sup> Siehe Dieter Wunderlich, *Entwicklungen der Diskursanalyse*, in: ders., *Studien zur Sprechakttheorie*, Frankfurt am Main 1976, S. 293 ff.

„ein breites Spektrum theoretischer Ansätze“, die „aus so unterschiedlichen Traditionen wie sprachanalytische Philosophie, Ethnomethodologie/conversational analysis und Soziolinguistik“<sup>12</sup> herrühren. Die Namen sind also Programm. In ihnen spiegeln sich die unterschiedlichen Ambitionen einer Beschäftigung mit Diskursen wieder, verstanden als „zusammenhängende Handlungssequenzen, deren Zusammenhang nicht nur in der Perspektive der Interaktion aufscheint, sondern auch auf Grund der gewählten sprachlichen Formen strukturiert ist, die ihrerseits weitere Diskurse evozieren können“<sup>13</sup>. All diese Ansätze gehen von der Interaktion von Sprechenden aus, untersuchen aber gleichzeitig die Vermittlung dieser psychischen Systeme über die Sprache. Hier liegt auch der Ansatzpunkt für die Analyse der Selbstständigkeitsprozesse unterschiedlicher kommunikativer Anschlussfelder.

Die Diskursanalyse ist zwischen Soziologie und Linguistik angesiedelt<sup>14</sup> und es geht ihr um die Beziehung zwischen Sprache und Gesellschaft. Natürlich kann man diese Beziehung verschieden fassen. Die soziologische Diskursanalyse tendiert dazu, diesen Gegensatz in die Gesellschaft zu legen, während die stärker linguistische Diskursanalyse den Gegensatz von Sprache und Gesellschaft in die Sprache fallen lässt. Innerhalb der Systemtheorie ist diese Problematik gut erkennbar.<sup>15</sup> In ihrer vor-dekonstruktiven Phase hat die Systemtheorie eine Schwäche des Diskursbegriffs darin gesehen, dass dieser die Zwänge und Einschränkungen nicht erfassen könne, welche die soziale Struktur der Sprache auferlege.<sup>16</sup> Darin zeigt sich ein

<sup>12</sup> *Ludger Hoffmann*, Kommunikation vor Gericht, Tübingen 1983, S. 9.

<sup>13</sup> *Christoph Sauer*, Der wiedergefundene Sohn. Diskursanalyse eines Strafverfahrens vor dem niederländischen ‚Politierechter‘, in: *Ludger Hoffmann* (Hrg.), Rechtsdiskurse. Untersuchungen zur Kommunikation in Gerichtsverfahren, Tübingen 1989, S. 63 ff. (65 f.). Die Praxis der Analyse umfasst die ganze Bandbreite des kommunikativen Lebens. Nachweise etwa bei *Ralph Christensen/Hans Kudlich*, Theorie des richterlichen Begründens, Berlin 2001, S. 179 ff. sowie bei *Siegfried Jäger*, Kritische Diskursanalyse. Eine Einführung, 4. Aufl., Münster 2004.

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Jäger*, ebd., S. 27 ff. m.w.N.

<sup>15</sup> Vgl. dazu *Urs Staeheli*, Sinnzusammenbrüche, Weilerswist 2000, S. 53 ff. und 184 ff.; *ders.*, Poststrukturalistische Soziologien, Bielefeld 2000, S. 71 ff.; *Elke Reinhardt-Becker*, (luhmannsche) Systemtheorie – (foucaultsche) Diskurstheorie. Analogien und Differenzen. Eine Erwiderung, kultuRRRevolution 47 (Juni 2004), S. 8 ff.; *Jürgen Link*, Wie weit sind (foucaultsche) Diskurs- und (luhmannsche) Systemtheorie kompatibel? Vorläufige Skizze einiger Analogien und Differenzen, kultuRRRevolution 45/46 (Januar/Februar 2003), S. 58 ff.; grundlegend *Niklas Luhmann*, Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Band 1, Frankfurt am Main 1980, S. 9 ff.

<sup>16</sup> Vgl. dazu *Niklas Luhmann*, Liebe als Passion. Zur Codierung von Intimität, Frankfurt am Main 2003, S. 2 unter Abgrenzung der Systemtheorie zur Diskursanalyse Foucaults. Prinzipiell dazu und zum Folgenden: *Urs Staeheli*, Semantik und/