

Prof. Dr. Marc Amstutz
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Fribourg
Dr. iur. Vaio Karavas LL.M.
Assistent und Lektor
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Fribourg

RECHTSMUTATION ZU GENESE UND EVOLUTION DES RECHTS IM TRANSNATIONALEN RAUM

UDK: 341.9 (4)

Primljeno: 01. 09. 2007.

Izvorni znanstveni rad

U nastojanju svladavanja transnacionalnog prava trebamo odbaciti hijerarhijske pravne modele, koji su sve do danas dominirali zapadnim pravnim diskursom. Pojavom novog svjetskog društva pravo se mjenja. U ovom tekstu ta se mutacija razumije kao novi oblik interakcije s pravnim tekstom. Dok je do danas pravo bilo tumačeno s obzirom na auctoritas tj. s obzirom na stanovitu izvanjsku referencu (npr. Boga, Kralja, Papu, Zakonodavca), taj se način interakcije s pravnim tekstom ne može više nositi s novim normativnim fenomenom koji se u recentnoj literaturi podvodi pod koncept transnacionalnog prava. Inspirirani ždovskim modelom tumačenja pravnih tekstova - kao primjerom alternativnog i primjerenijeg pristupa globalnom pravnom fenomenu - autori su taj argument pokušali elaborirati na primjeru europskog privatnog prava.

Ključne riječi: *transnacionalno pravo, pravni modeli, tumačenje prava, europsko privatno pravo*

*[I]l y avait du sacré dans l'accomplissement
de ces ordres venus de tous et de nulle part.*

Volodine 1985: 33.

Die Metapher der *legal transplants*¹ weckt den Eindruck der Internationalität, der Grenzüberschreitung: Recht wandert nicht innerhalb eines Landes, sondern im großen Raum der Welt, also im Welt-Raum. Dieser Eindruck täuscht aber. Die Denkfigur des Rechtstransplantates entspringt der Vorstellungswelt des Nationalstaates. Ihre Verwendung blieb bislang auf nationales Recht beschränkt. Deshalb sollte einmal die Frage gewagt werden: Gibt es auch Normtransfers jenseits des Nationalstaates, also Transfers von nationalem Recht in den transnationalen Raum?

Im Spiegel der Lehre scheint es um die Chancen eines solchen Transfers schlecht bestellt zu sein. Der Möglichkeit von Recht im transnationalen Raum wird mit großer Skepsis begegnet, ja sogar mit Todesahnungen. Niklas Luhmann,

¹ Die Denkfigur der *legal transplants* wird vor allem seit den Arbeiten von Watson auf breiter Ebene diskutiert; cf. statt anderer Watson 1993; ders. 2001: 193 ff., 218 ff.; eine fundamentale Kritik ist bei Legrand 1997 und Ewald 1995 zu finden.

der coole Beobachter, der distanzierte Soziologe, hat einst mit seinem typischen Vollstreckerstil gemeint, dass das Recht im Anlitz der Weltgesellschaft die Möglichkeit seines eigenen Endes einkalkulieren müsse: “Es kann ... durchaus sein, dass die gegenwärtige Prominenz des Rechtssystems ... nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird”². Mit einer solchen Hypothese ist er nicht allein: Pierre Legendre, der machtensible Psychoanalytiker und Jurist, erblickt ganz ähnlich in der globalen Gesellschaft sich abzeichnende Tendenzen zur Abschaffung des Rechts – dieser zivilisatorischen Errungenschaft, die den Menschen von einem bloßen Fleischkloßen zum MENSCHEN erhebt³. Auch Rainer Maria Kiesow hat jüngst – kynisch-provokativ – einen Verfall des Rechts in der Weltgesellschaft behauptet: “Weltrecht Ruinenrecht”⁴! Nicht viel anders sieht es schließlich der strenge Analytiker Ralf Michaels: Für das um Befreiung von seinen territorialen Fesseln sich bemühende Recht prophezeit er zwar nicht den Tod, aber doch den Übergang in eine Lage gesellschaftlicher Anomie. Deshalb ist er mit sämtlichen argumentativen Mitteln bestrebt, seinen Patienten vor allen möglichen (mit dem Präfix “trans-” ausgestatteten) Viren zu schützen, indem er ihn künstlich im Zustand seiner nationalstaatlichen Verwurzelung behält⁵.

Auch wenn Interesse und Perspektiven dieser Autoren sehr unterschiedlich sind, haben sie doch dieselbe Frage im Visier: die *Möglichkeit eines Rechts in der globalisierten Welt, eines Weltrechts* also. Und alle sind sie sich darin einig: In der Weltgesellschaft sind die Aussichten für das Recht ziemlich düster. Aus welchem Grund aber sollte mit der Globalisierung das Totengeläut für das Recht erschallen? Wieso sollte dieses in der Atmosphäre des Transnationalen nicht überleben? Warum die brutal-simplizistische Gleichung “Weltgesellschaft = Rechtssterben”? Betrachtet man nochmals die angeführten Lehrmeinungen genau, so ist eines auffallend: Alle bauen sie stillschweigend auf einem identischen, sehr *spezifischen* Rechtsverständnis auf. Dieses Verständnis von Recht ist dasjenige der westlichen Rechtskultur – mit Legendre: das *römisch-christliche* Rechtsmodell⁶. Dieses führt alle Rechtsoperationen auf eine “oberste” Norm, auf Kelsens Grundnorm⁷ zurück und baut damit eine hierarchische Normenpyramide. Es gilt heute sowohl dem *civil* als auch dem *common law* als selbstverständlich. So selbstverständlich, dass seine Spezifität schon gar nicht mehr ins Auge sticht.

Diese Spezifität bildet nun aber, so meinen wir, den *blinden Fleck* der sowohl im kontinentaleuropäischen als auch im angelsächsischen Schrifttum geführten Diskussion über die Lebenschancen eines Weltrechts. Folgt man diesem Befund, wird erkennbar, weshalb Juristen, Psychoanalytiker und

² Luhmann 1993: 585 f.

³ Legendre 2001: 116.

⁴ Kiesow 2004.

⁵ Michaels 2005.

⁶ Legendre 1989.

⁷ Kelsen 1960.

Soziologen gleichmäßig der Vision eines Schwundes des Rechts im transnationalen Raum das Wort reden: *In diesem sind die gewohnten Rechtshierarchien – Hierarchie der Regeln, Hierarchie der Rechtsquellen, Hierarchie der Spruchkörper usw. usw. – einfach inexistent*⁸. Der transnationale Raum ist ein *Raum ohne Rechtsgeometrie!* Was Wunder dann, dass das hierarchische Rechtsmodell zum Verständnis eines transnationalen Rechts nicht weiterhilft, dass im Lichte dieses Modells Recht in den anationalen Räumen der Weltgesellschaft an Plausibilität massiv einbüßt.

Und in der Tat: Dass unser westliches Rechtsbild, welches auf Kohärenzgebote wie (lobend-anerkendend) die “Einheit der Rechtsordnung”⁹ oder (sarkastisch-karikierend) die “Tyrannei der Werte”¹⁰ setzt, in der pluralisierenden Globalisierung kaum Hoffnung auf Erfolg zuläßt, sei den eingangs genannten Autoren getrost zugestanden¹¹. Aber ihre Überlegungen bauen auf eine nicht hinterfragte Prämisse auf, die sich als fatal erweist: Unterschwellig argumentieren sie allesamt mit dem eingangs angesprochenen *Transfermuster*, mit dem Szenar einer Transplantation des pyramidenförmig hierarchisierten Rechts des Nationalstaates in den transnationalen Raum. Dabei verlieren sie die Eigenschaften und Idiosynkrasien des Transplantates aus den Augen und übersehen dessen fundamentale Inkompatibilität mit dem empfangenden “Körper”. Fast hat man den Eindruck, als verflüchtigte sich dieser Umstand in der dunklen Ästhetik der “*grandiosity of law in the ruins*”¹², deren morbiden Faszination die zum Weltrecht sich äußernden Autoren zuweilen nur mit Mühe widerstehen.

Aber transnationales Recht ist nicht Ruinenrecht. Eine vielleicht auf den ersten Blick eher unscheinbar daher kommende, im Grunde aber folgenreiche *inversio terminorum* erlaubt, dies zu sehen: Genese und Evolution von Weltrecht mit Hilfe der Metapher eines Rechtstransfers von nationalem Recht in den transnationalen Raum zu analysieren, führt zu nichts, oder besser: *zum Nichts*, nämlich zu Nekrologien des Rechts. Was in Wahrheit stattfindet, ist etwas ganz anderes: ein Prozeß, den wir nicht als einen solchen des *Transfers*, sondern als einen solchen der *Mutation* zu verstehen lernen müssen. Unsere These: Das hierarchische Rechtsmodell der westlichen Rechtskulturen durchgeht in der emergierenden Weltgesellschaft eine *Mutation*, die es zu “etwas anderem” macht. *Das Recht mutiert* – und dies bedeutet insbesondere: *seine Normativität wird im transnationalen Raum umgeformt, sie wird “transformiert”*. Dann erst wird erkennbar, wie verheerend sich der Verlust der Territorialität auf das herkömmliche Rechtsverständnis auswirkt: Alle uns vertrauten juristischen Legitimations-, Interpretations- und Begründungsmuster verlieren ihre Basis¹³!

⁸ Cf. in diesem Zusammenhang Vesting 2004; Ladeur 1999; Teubner 1996a.

⁹ Engisch 1935.

¹⁰ Schmitt 1967.

¹¹ Cf. in diesem Zusammenhang auch Ladeur 2004: 97.

¹² Teubner 2003: 25 mit Verweisung auf Kennedy 1989: 516.

¹³ Cf. in diesem Zusammenhang etwa Berman 2002: 318 f.

Das mutierende Recht der Transnationalität löst sich allmählich von unserem Rechtsverständnis, auch wenn es, was im Einzelnen noch darzustellen sein wird, *Recht* ist und bleibt. Diese These entfalten wir in drei Schritten:

(1) Zunächst analysieren wir die *Züge des hierarchischen Rechtsmodells*, und zwar mit einer doppelten Zielsetzung: Einerseits wollen wir die Ursachen seiner “organischen” Inkompatibilität mit dem transnationalen Raum ergründen, und andererseits die “Gene” im Körper – oder präziser: im “Genom” – dieses Modells identifizieren, die in der Transnationalisierung mutieren (I.)

(2) Sodann gehen wir näher auf Studien über *alternative Formen von Rechtsnormativität* ein, die sich unter anderem vom *jüdischen Rechtsmodell* anregen lassen (II.). Dass gerade in diesem Modell Versatzstücke für die Konstruktion eines transnationalen Rechts vorhanden sein könnten, läßt schon die Geschichte des jüdischen Rechts vermuten: “The Jewish legal system has evolved for the past 1900 years without a state and largely without much in the way of coercive powers to be exercised upon the ... [members of Jewish communities]”¹⁴.

(3) Schließlich werden wir die Einsichten, die diese experimentellen Studien gewonnen haben, im Kontext der Weltgesellschaft zu *generalisieren* versuchen. Auf diesem Weg sollen erste Konturen eines transnationalen Rechts gezeichnet werden, das diesen Namen auch wirklich verdient, d.h. Konturen eines Rechts das sich in den Interstizien zwischen Nationalstaaten herausbildet und (in der Hauptsache) fernab von Staatlichkeit operiert. Immer gilt aber: *verba docent, exempla trahunt*. Deshalb soll abschliessend das identifizierte (mutierte) Rechtsmodell, das wir in ersten Ansätzen im transnationalen Recht erkennen, an einem konkreten Gegenstand beobachtet werden: am Beispiel des *Europäischen Privatrechts*. Es wird sich zeigen, dass sich in der *Praxis* dieses Rechtsgebiets bereits bedeutsame Kerngedanken des von uns ausgemachten transnationalen Rechtsmodells verdichtet haben (III.).

I. DAS GENOM: NATIONALSTAAT UND HIERARCHISCHES RECHTSMODELL

Das hierarchische Rechtsmodell der westlichen Rechtskulturen ist *nicht* das Ergebnis eines Entwurfes, das ein Jurist, ein Politologe oder ein Staatswissenschaftler mit *ratio* und *reflexio* erarbeitet hätte. Vielmehr ist es das Produkt blinder Sozialevolution. Nicht *taxis*, sondern *kosmos*¹⁵. Aber wie hat sich dieses Modell herausgebildet? Welche Umstände haben es begünstigt? Ein möglicher (wenn auch bei weitem nicht der einzig denkbare) Ansatzpunkt, um

¹⁴ Cover 1987: 68.

¹⁵ Hayek 1973: 37: “Classical Greek was ... fortunate in possessing distinct single words for the two kinds of order, namely *taxis* for a made order ..., and *kosmos* for a grown order ...”.

dies zu verfolgen, ist die Beobachtung der Umwälzungen des kontinentaleuropäischen Justizwesens im Verlauf des 18. und 19. Jahrhunderts:

Während dieser Zeitspanne emanzipieren sich die Gerichte allmählich vom politischen Willen, d.h. vom Fürsten, der sich seit der Neuzeit die Interpretation seiner Gesetze vorbehalten, diese Interpretation also dem Richter verboten hatte¹⁶. Der Weg dieser Emanzipation war jedoch steinig. Erst gegen Mitte des 18. Jahrhunderts kam es zu vereinzelt Demarkationen der Einmischung des Fürsten in die Rechtsprechung, bis sich dann schließlich die Forderung bis zur Restauration durchsetzte¹⁷. Mehr oder weniger parallel zu dieser Ausdifferenzierung findet in Europa eine spezifische Form der Herrschaftsbildung und Ethnogenese statt: der Übergang vom Staat zum Nationalstaat¹⁸. Man kann diese Transformationen als funktionale Ausdifferenzierung von Recht und Politik und als weitere Schritte im Prozeß der autopoietischen Schließung dieser Systeme sehen.

Für das Recht haben diese gesellschaftlichen Umbrüche und Reorganisationen eine kaum zu überschätzende Konsequenz: *Diesem geht im Soge dieser Ausdifferenzierungs- und Schließungsprozesse der Zugang zu den Machtressourcen des Staates verloren.* Der Nationalstaat konzentriert die Macht bei der Politik, was für das Recht das Problem der Durchsetzbarkeit seiner Anordnungen aufwirft: Wie kann das Recht das angeordnete Handeln oder Unterlassen erzwingen, wenn es über die dafür erforderliche Macht nicht unmittelbar verfügt? Seine Normativität wäre gefährdet, müsste es dauernd sagen: "Du hast zwar recht, aber leider können wir Dir nicht helfen".¹⁹ Deshalb ist, wie Luhmann sagt, eine "gewisse Funktionssynthese von Politik und Recht" unerlässlich.²⁰ Eine solche "Funktionssynthese" ist aber eine hochkomplexe und alles andere als ungefährliche Angelegenheit, weil damit die Möglichkeit eines Einbruchs der Politik in die Rechtswelt geschaffen wird. Diese Möglichkeit begründet die Gefahr, dass das proprium des Rechtssystems korrumpiert oder zerstört wird. Aus diesem Grund hat das Recht allen Anlass, ein Arrangement zu suchen, das die Autonomie seiner Operationen trotz der Angewiesenheit auf die Politik bewahrt. Wie gelingt das?

Die (Zauber-?) Formel heißt: das *nationalstaatliche Gesetz*. Seine Besonderheit liegt in seiner *Doppelwertigkeit*: Die Verabschiedung eines Gesetzes im Parlament ist ein rein politischer Akt. Aus der Sicht des Rechtssystems ist das Gesetz vorerst nichts anderes als eine Irritation, vergleichbar mit anderen Irritationen aus der Wirtschaft oder aus der Kunst. Die politische Tätigkeit der Gesetzgebung stellt für das Recht ein bloßes "Rauschen" dar, das dieses aber in Informationen transformieren kann. Denn das Gesetz ist

¹⁶ Cf. etwa D. Simon 1975: 2; ferner auch T. Simon 2005.

¹⁷ D. Simon 1975: 3.

¹⁸ Langewiesche 2000: 28: "Trotz aller Vorstufen ist der Übergang vom Staat zum Nationalstaat nicht vor dem späten 18. bzw. dem 19. Jahrhundert anzusetzen".

¹⁹ Luhmann 1993: 153.

²⁰ Luhmann 1993: 153; ders. 1981: 154 ff.

ein Fall *struktureller Kopplung von Recht und Politik*. Das bedeutet, dass es für das Rechtssystem einen “Bereich” bildet, in dem “Möglichkeiten gespeichert [sind], die das System verwenden *kann*, die es in Informationen transformieren *kann*”²¹, aber nicht *muss*. Was aber macht das Recht mit dem Gesetz *in concreto*? Beobachten wir zunächst, was das Rechtssystem mit Hilfe des Gesetzes *nicht* machen kann, und das ist: *Machtressourcen aus der Politik in den eigenen Funktionsbereich “physisch” zu “importieren”, um Zwang selber auszuüben*. Das verbietet ihm schon seine operative Geschlossenheit.

Dennoch spielt das Gesetz in diesem Zusammenhang eine entscheidende Rolle: Über das Gesetz – als Form der strukturellen Kopplung mit der Politik – verschafft sich das Recht die erforderlichen Informationen, die in der Rechtskommunikation als *Symbol* für jederzeitige Durchsetzbarkeit der getroffenen Anordnungen fungieren. In dieser Schaffung einer *Symbolik der Rechtsdurchsetzung bzw. einer Geltungssymbolik* liegt denn auch die erwähnte “Funktionssynthese” Recht/Politik. Darin liegt aber zugleich auch die Basis der *Normativität* des Rechts. Denn: Dass das Recht über die Mittel für seine eigene Durchsetzung nicht verfügt, wird durch die eben beschriebene Symbolisierung invisibilisiert. Dies insofern, als die Effektivität des Symbols davon herrührt, dass es *unbemerkt* für das Symbolisierte steht, d.h. dass “es nicht als Eigenständiges, nicht als Symbol erkannt bzw. wahrgenommen und empfunden wird, sondern im Wesentlichen als identisch mit dem Symbolisierten”.²²

Aber diese Geltungssymbolik hat ihren Preis, den Preis einer phantastischen Fiktion, die durch die *Erfindung des modernen Gesetzgebers* vollzogen wird. Mit dieser Erfindung wird ein ganz bestimmter Umgang mit dem Gesetz – d.h.: mit dem *Text* – festgelegt. Just dieser Umgang mit dem Text, der in den westlichen Rechtskulturen auf Dauer gestellt ist, bildet das “Gen”, das, so werden wir sehen, im transnationalen Raum mutiert. Um diese Zusammenhänge zu erläutern, müssen wir näher auf den erwähnten, westrechtlichen “ganz bestimmten Umgang mit dem Text” eingehen, den Legendre als *römisch-christlichen* charakterisiert. Dafür ist erforderlich, das 19. Jahrhundert zu verlassen und das Rad der Zeit bis zu den juristischen Autoren der Scholastik zurück zu drehen. Denn sie sind es, so Legendre, die vom römisch-christlichen Umgang mit dem Text der Legalität – und dies bis heute! – am meisten verstanden haben. Bei ihnen könne man lernen, was das wahre Gesicht dieses Umganges sei.

Nun: Wie gehen denn die Juristen der Scholastik mit ihren Texten um? Legendres Antwort verwirrt erst einmal: Diese Juristen hätten “mit der Nase an

²¹ Luhmann 2002: 121 [Hervorhebung von den Verfassern]

²² Niggli 2000: 140; mit der Autopoiese des Rechts ist die Symbolisierung von Rechtsgeltung durch einen politischen Akt, d.h. durch das Gesetz, durchaus vereinbar. Erkennbar wird das vor allem daran, dass es dem Recht über das Gesetz zugleich – also nebst dem Wettmachen seiner Durchsetzbarkeitsdefizite – gelingt, *die Politik auf Distanz zu halten* (und so sein *proprium* vor politischer “Immissionen” zu bewahren). Denn es bleibt frei, das Gesetz zu beachten oder nicht; cf. zum Ganzen eingehend Amstutz 2003a.

ihren Texten” geklebt. Die Verwirrung weicht aber schnell einer tief gehenden Einsicht. Denn Legendre präzisiert: “An ihren Texten klebend, ja, aber genau in der von der römisch-christlichen Legalität autorisierten Art und Weise”. Den Scholastikern käme es nämlich nicht auf den *Text als solchen* an. Was in ihren Augen zähle, sei “die *ratio* des Textes, buchstäblich die Vernunft”²³. Und im Anschluss an diesen Befund hält Legendre fest: “Die Vernunft ist im Text enthalten, und das ist, so scheint mir, ein kapitaler Punkt”²⁴.

Weshalb scheint Legendre dieser Punkt “kapital”? Weil, so seine Antwort, ein Text in der scholastischen Ordnung der Schrift vor allem *auctoritas* ist. *Auctoritas* bewirkt im Ritual des Rechts, dass der Text “einen bestimmten liturgischen Platz einnimmt”. Er dient dann als “gesetzesmäßige Referenz ..., in der Weise, dass eine *auctoritas* immer die Wahrheit spricht; was immer sie sagt, man muss sich darauf einstellen”²⁵. Beruft man sich auf den Text, so beruft man sich auf *auctoritas*, auf einen “obersten gesetzeskräftigen Signifikanten ..., das heißt, was das Abendland des Mittelalters und die Scholastik anlangt, auf den Kaiser oder den Papst, auf eine Instanz, die als ‚lebende Stimme des Rechts‘ (viva vox iuris), als ‚beseeltes Gesetz‘ (Lex animata) im Gesetz selbst genannt ist”²⁶.

Diese Möglichkeit eines Sich-Berufens auf *auctoritas* wurde mit der Erfindung des modernen Gesetzgebers am Leben erhalten: Nachdem im Nationalstaat die legalistische Autorität des Kaisers oder des Papstes geschwunden war, stand die Stelle, die letztere so lange besetzt hatten, leer. In die Bresche gesprungen ist der “nationalstaatliche” Gesetzgeber, dieses selbstreferentielle Phantom, das weder im Parlament, noch im einzelnen Parlamentarier, noch im parlamentarischen Diskurs, noch im Volk (als “Souverän”), noch in der Regierung seine Inkarnation gefunden hat. Heute noch beherrscht der Gesetzgeber bzw. sein Wille die kontinentaleuropäische Methodenlehre, d.h. das Korpus von Regeln der Anwendung von Gesetzen (von “Texten”), und dies mit dem einzigen Ziel, die Vorstellung, dass die Vernunft *im Text enthalten* ist, fortzusetzen. Jeder Richter, jeder Verwaltungsjurist, jeder Anwalt beruft sich auf die *auctoritas* “im” Text, und das bedeutet: er beruft sich “[a]uf den Platz, den der Text in der Hierarchie der Texte, in der geweihten Reihung der Texte einnimmt”²⁷. Diese “geweihte Reihung der Texte” ist die uns zugleich so teure und so lästige Normpyramide Kelsens. Und ein anderer Name für “Gesetzgeber” ist – ganz scholastisch – “*ratio legis*”.

Jetzt dürfte auch klar werden: Ein solcher römisch-christlicher Umgang mit dem Text ist im transnationalen Rechtsraum ein Ding der Unmöglichkeit. Führen

²³ Legendre 1989: 32.

²⁴ Legendre 1989: 32.

²⁵ Legendre 1989: 32.

²⁶ Legendre 1989: 33.

²⁷ Legendre 1989: 32.

²⁸ Zur *lex mercatoria* statt anderer Stein 1995; Mertens 1997; Teubner 1998; Zumbansen 2003.

²⁹ Zur *lex digitalis* statt anderer Post 1995; Calliess 2001; Teubner/Karavas 2003.

³⁰ Zur *lex sportiva internationalis* statt anderer Nafziger 1996.

wir uns einmal konkrete Beispiele zu Gemüte, z.B. die *lex mercatoria*²⁸, die *lex digitalis*²⁹, die *lex sportiva internationalis*³⁰ oder “Regeln” der *Corporate Governance*³¹, die von Land zu Land umherziehen, ohne dass jemand sagen könnte, von wem sie denn “erlassen” wurden. Wer, welche Instanz ist die *viva vox iuris*, die “lebende Stimme” dieser leges? Auf welche *auctoritas* nimmt man Bezug, wenn man sich auf deren Texte beruft? Werden diese Texte von irgendeiner “Stimme” belebt, sind sie *leges animatae*? Die schroffe Antwort lautet: Nein. Kurz und bündig. Ohne wenn und aber. Und diese Antwort bedarf nicht einmal der Begründung, so selbsterklärlich ist sie.

Man kann das mit dem Fehlen eines politischen Systems in der Weltgesellschaft in Verbindung bringen: Hier gibt es keine Souveränität, keine Entscheidungshierarchie, keine demokratische Willensbildung³². Auch hilft nicht weiter, nach Surrogaten für eine “Weltpolitik” oder eine *global public sphere* zu suchen³³: Weder die Zivilgesellschaft, noch NGOs, noch multinationale Unternehmen können die Texte des transnationalen Rechts mit einer Stimme (welcher?) beseelen³⁴. Es scheint, als bliebe dem Recht nur ein einziger Ausweg: *auf einen anderen Umgang mit dem Text als dem römisch-christlichen umzuschwenken*. Der Umgang mit dem Text ist das “Gen” im *corpus iuris* westlicher Prägung, auf das wir fokussieren müssen. Aber wie muss man sich die Mutation dieses “Gens” vorstellen?

II. DAS GEN: AUCTORITAS UND TEXT DER LEGALITÄT

Versteht man Recht als die *Lehre eines besonderen Umganges mit dem Text*, so fragt sich sofort: Wie kann mit einem Text anders als “römisch-christlich” umgegangen werden? Damit wird keineswegs auf die Kontroverse zwischen Positivismus und Dezisionismus angespielt, d.h. auf die (die rechtsmethodische Diskussion im vergangenen Jahrhundert dominierende) Alternative, entweder “das Urteil als Erkenntnis ... [zu stilisieren], dessen Inhalt aus den Rechtsquellen abzuleiten ist”, oder “als Willensakt zu konzipieren, dessen Inhaltsbestimmung [durch den Richter] normativ einer *creatio ex nihilo* entspricht”³⁵. Die Frage ist vielmehr, ob *jenseits* dieser Alternative ein Rechtsmodell denkbar ist. Ein Rechtsmodell, das weder auf der *ratio* des Gesetzes noch (was ideengeschichtlich das gleiche ist) auf dessen kategorischer Ablehnung, also auf der *ratio* des Urteils (d.h. auf dezisionistischer Macht), noch auf einem Kompromiss zwischen

³¹ Zu den Corporate Governance Codes statt anderer Zumbansen 2002.

³² Cf. z.B. Teubner 1996a; Calliess 2002: 215.

³³ Cf. Habermas 1998; Höffe 1999.

³⁴ Cf. in diesem Zusammenhang etwa Nickel 2005 m.Nw. (mit Blick auf die Zivilgesellschaft und die NGOs); Joerges/Neyer 1997 (mit Blick auf die Europäische Gemeinschaft).

³⁵ Fischer-Lescano/Christensen 2005: 215.

³⁶ So die berühmte Soraya-Formel: BVerfGE 34, 269 ff., 293; dazu statt vieler Rafi 2004: 41 ff.

Positivismus und Dezisionismus³⁶ gründet. In der Auseinandersetzung mit dieser Frage könnte die Rechtstheorie viel von einer Kontroverse in der Textthermeneutik der letzten Jahrzehnte lernen, die heute vor allem mit dem Namen von Roland Barthes assoziiert wird. In Windeseile:

Seit dem 19. Jahrhundert herrscht in der Literaturwissenschaft die Tendenz vor, Texte vornehmlich im Zusammenhang mit der Biografie des *Autors* und entsprechend psychologisierend zu deuten. Der Autor ist dieser herkömmlichen Auffassung nach (vor allem in der Nachfolge des romantischen Genie-Gedankens) nicht nur der Urheber eines Textes, sondern auch die *Autorität*, die seine Bedeutung bestimmte. Diesen originären Bedeutungs- oder Sinngehalt gilt es dementsprechend zu rekonstruieren, wenn nötig auch über autobiographische Anhaltspunkte. Im Schrifttum des 20. Jahrhunderts finden sich indes immer wieder vereinzelte Ansätze, die einer auf die Autorität des Autors orientierten Textthermeneutik kritisch eingestellt sind, so z.B. in der Poetik der Moderne, im angloamerikanischen *New Criticism*³⁷, in der Semiotik Umberto Eco³⁸ oder im Werk Michel Foucaults³⁹. Es ist jedoch Roland Barthes, der große Semiologe und Literaturkritiker, der den *Tod des Autors* in einem gleichnamigen Aufsatz aus dem Jahre 1968 in aller Radikalität verkündet hat⁴⁰.

Der herkömmlichen autororientierten Lesart setzte Barthes eine *rein textgestützte* Interpretation entgegen und erhöhte so den Leser und seine Deutungsfähigkeiten zur sinnstiftenden Instanz im Bedeutungsprozeß. Damit wies er die traditionelle Theorie des Autors als sinnstiftende Instanz zurück und besetzte dessen Stelle mit dem „*Skriptor*“, einer Autor-Funktion, die erst in der Lektüre und damit im Text selbst zustande kommt. Allerdings ist der „*Skriptor*“ nicht als transzendentaler Garant von Sinn zu denken, sondern als eine aus heterogenen Sprachspielen, diskursiven Anspielungen und kulturellen Praktiken zusammengesetzte rhetorische Funktion. Diese Umpolung von einer autororientierten hin zu einer leserorientierten Perspektive zeitigt nun gewichtige Implikationen für den *Begriff des Textes* selbst. Der Text wird nicht mehr als ein fertiges Produkt mit einer festen, zwar verborgenen, aber dennoch endgültig und für immer inskribierten Bedeutung betrachtet, sondern als eine *offene Textur*, deren Sinn durch den Leser stets neu aktualisiert wird. In Barthesens eigenen Worten: „Text heißt Gewebe; aber während man bisher dieses Gewebe als ein Produkt, einen fertigen Schleier aufgefasst hat, hinter dem sich, mehr oder weniger verborgen, der Sinn (die Wahrheit) aufhält, betonen wir jetzt bei dem Gewebe die generative Vorstellung, dass der Text durch ein ständiges Flechten entsteht und sich selbst bearbeitet; in diesem Gewebe – dieser Textur – verloren,

³⁷ Es handelt sich um eine vor allem in den USA zwischen 1920 und 1970 aktive literaturkritische und –theoretische Bewegung; als Hauptvertreter dieser Richtung gelten: John Crowe Ransom, Allen Tate und Cleanth Brooks.

³⁸ Eco 1998.

³⁹ Foucault 2000: 198 ff.

⁴⁰ Barthes 2000: 185 ff.

⁴¹ Barthes 1986: 94.

löst sich das Subjekt auf wie eine Spinne, die selbst in die konstruktiven Sekretionen ihres Netzes aufginge⁴¹.

Betrachtet man all das aus juristischer Sicht, fragt sich: Kann man Barthesens Textbegriff auch im transnationalen Recht, wo es, wie gesagt, keinen "Autor-Gesetzgeber" gibt, fruchtbar machen? Sollte man versuchen, diesen Textbegriff in Zusammenhang zu bringen mit den vielfältigen und verschiedenartigen *leges*, die im "Welt-Raum" generiert werden und jenseits von territorial eingegrenzten Staaten evolvieren? Kann man den "Gesetzgeber" nationalstaatlicher Prägung verabschieden und durch einen "juridischen Skriptor" ersetzen? Was müsste man sich dann unter diesem "Skriptor" konkret vorstellen? Vielleicht sind diese Fragen aber immer noch allzu stark vom Bild des hierarchischen Rechtsmodells geprägt. Vielleicht müssen wir unsere westlichen Juristen-Reflexe noch radikaler unterdrücken. Denn es geht nicht darum, einen "Ersatz" für den Gesetzgeber zu finden; was auf dem Spiel steht, ist nichts weniger als eine *andere Organisation der Normativität* bzw., was dasselbe meint, ein *alternativer Umgang mit dem Text der Legalität*.

Dass die Einsätze, um die hier gespielt wird, nicht irgendwelche rechtstheoretischen Nuancen, sondern förmlich einen *clash of cultures* darstellen, hat Legendre am Beispiel der Justinianischen *Novelle 146* aufgedeckt. Seine Aufmerksamkeit gilt einem Auszug daraus, nämlich der Formulierung: "... *hebraei ... insensatis semetipsos interpretationibus tradentes...*" ("Die Juden interpretieren verrückt")⁴² und die Frage ist, weshalb er gerade auf diesen Satz fokussiert. Seine verblüffende Antwort: Weil man daraus "über die Logik der abendländischen Institutionen; über den Stoff, aus dem die Institutionen ihre Kraft beziehen", Entscheidendes erfährt⁴³. Was also auf den ersten Blick als eine bloß pejorative Beurteilung der Art und Weise erscheint, wie die Juden mit dem Gesetzestext umgehen, ist für Legendre von geradezu fundamentaler Bedeutung: Damit könne nichts milderer als die *Grundlagen der abendländischen menschlichen Existenz* ergründet werden⁴⁴. Wie ist das zu verstehen?

In der Zeit, als die *Novelle 146* erlassen wurde, war die jüdische Religionsgemeinschaft von einer tiefen Kontroverse über die lokalen Idiome und ihren Gebrauch als Liturgiesprache erschüttert. Legendre hebt hervor, dass diese *Novelle* in dieser Kontroverse zugunsten der "laxistischeren Fraktion des Judentums" Partei ergreift⁴⁵. Aber in dieser historischen Kontingenz erschöpft sich für ihn ihre Bedeutung bei weitem nicht. Auch das kaiserliche Verbot der *Mischnah* und ihres Kommentars, des *Talmud*, das in der *Novelle 146* ausgesprochen wird, ist nicht das eigentlich Brisante⁴⁶. Und ebenso belanglos ist für Legendre schließlich, dass durch den Erlass dieser *Novelle* eine nicht mehr überwindbare Freund/Feind

⁴² Wie Legendre bemerkt, findet sich die lateinische Fassung in allen Ausgaben des *Corpus Juris*. Der wiedergegebene Auszug ist dem Prolog entnommen; cf. Legendre 1989: Anm. 1 m.Nw.

⁴³ Legendre 1989: 22.

⁴⁴ Näheres dazu bei Legendre 2004.

⁴⁵ Legendre 1989: 27.

⁴⁶ Legendre 1989: 27.

⁴⁷ Wie Legendre an anderer Stelle aufgezeigt hat, wäre eine solche Erklärung des Antisemitismus nicht nur oberflächlich, sondern sogar gefährlich; cf. Legendre 2001.

Opposition markiert wird, die man als Geburtsstunde des Antisemitismus anschauen könnte⁴⁷.

Das wirklich Entscheidende an der Novelle 146 lokalisiert Legendre im Umstand, dass der Kaiser Justinian damit einen *institutionellen Mechanismus* erfunden hat, der seither im “industriellen Gesellschaftssystem” ungebrochen wirkt. Dieser Mechanismus besteht darin, durch die Instrumentalisierung des Signifikanten “Jude” den römisch-christlichen Zugang zum Gesetzestext als den einzig richtigen zu fixieren. Die Juden werden konkret als “Kategorie des christlichen Rechts” erfasst und sie werden dadurch zum Zweck der Zelebrierung der imperialen und theokratischen Wahrheit ausgenutzt. “Denn”, so Legendre weiter, “die Juden *haben* ihren Platz in der christlichen Legalität, und sie haben ihn *als* die Juden. Die Juden sind *als solche* eine Kategorie des christlichen Rechts; sie verkörpern das *Von-Sinnen-Sein*, sie steuern, von ihrem spezifischen Platz innerhalb des römisch-christlichen Legalismus aus – und das heißt eben: *als Verrückte* – das ihre zum Glanz der imperialen und theokratischen Wahrheit bei”⁴⁸.

Was also Legendre behauptet, ist im Grunde genommen, dass der institutionelle Mechanismus der Novelle 146 nach dem Muster der *ausschließenden Einschließung* funktioniert: Indem die Juden als “verrückt” bezeichnet und aus dem System des imperialen-christlichen Legalismus ausgeschlossen werden, werden sie genau durch diese Ausschließung in das System wieder eingeschlossen. Und dies zum Zweck der Etablierung, d.h. der Institutionalisierung des Systems. Der Signifikant “Jude” sorgt m.a.W. für die Kohärenz des Systems; durch den Signifikanten “Jude” wird die Wahrheit des Systems zelebriert⁴⁹.

Warum aber behauptet die Novelle 146, die Juden interpretierten “verrückt”? Was wird ihnen mit diesem Satz zur Last gelegt? Legendre meint, es sei zweierlei: Einerseits, dass sie *Sklaven des Buchstabens* sind, und andererseits, dass sie den Text *bis zur Kastration* interpretieren⁵⁰. Das sind natürlich keine leicht verständlichen Metaphern. Um den Vorwurf, die Juden seien Sklaven des Buchstabens, zu enträtseln, muss man mit Legendre in Betracht ziehen, dass der jüdische Zugang zum Text durch die *Gemeinschaft der Interpreten* vermittelt wird⁵¹. Im Gegensatz zum römisch-christlichen Interpretationsmodell, das auf die Wahrsprüche einer “fleischgewordenen Macht” gegründet ist⁵², fühlen sich

⁴⁸ Legendre 1989: 28 f.

⁴⁹ Der so verstandene Signifikant “Jude” weist Ähnlichkeiten auf mit Agambens homo sacer (cf. Agamben 2002). Homo sacer war im archaischen römischen Recht ein Mensch, den man straflos töten konnte, da er aus der Gemeinschaft verbannt und auf den Status seiner physischen Existenz reduziert war. Agamben benutzt nun diese obskure Figur als ein heuristisches Mittel, um gängige Gründungsmythen der souveränen Gewalt zu kritisieren. In seinen Augen wird die souveräne Gewalt nicht durch einen Sozialvertrag in welcher Form immer gegründet, sondern durch die ausschließende Einschließung des nackten Lebens in den Staat. In diesem Sinn ist der homo sacer nach Agamben die erste und unmittelbare Referenz der souveränen Macht.

⁵⁰ Legendre 1989: 33.

⁵¹ Legendre 1989: 28.

⁵² Legendre 1989: 28.

die Juden bei ihrer Interpretation nicht durch eine außerhalb des Textes existierende *ratio* gebunden. Ihre Interpretation dient m.a.W. nicht der Zelebrierung einer außerhalb des Textes bestehenden Wahrheit, wie sie durch den Kaiser bzw. den Papst verkörpert wird. Im jüdischen Rechtsmodell existiert der Text nur auf Erden (nicht im Himmel). Eben deshalb erachten die christlichen Autoren der Antike den jüdischen Umgang mit dem Text als *verrückt: Dieser Umgang kennt keine extern auferlegten Interpretationsgebote bzw. –grenzen*⁵³.

Was hat es alsdann mit dem zweiten Vorwurf auf sich, die Juden würden den Text bis zur Kastration interpretieren? Da das Spiel mit dem Signifikanten bei den Juden viel radikaler und autonomer ausgestaltet ist, kann dieses Spiel *nicht* auf die Zementierung eines einzig richtigen Sinns beschränkt werden⁵⁴. Die Juden befreien den Text von jeglicher *ratio* – oder eben: sie kastrieren ihn – und schaffen so einen *Freiraum für die Sinnproduktion durch die Interpreten*. Legendre weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Kastration in der römisch-christlichen Tradition mit derselben Strenge geahndet wird wie Mord⁵⁵. Entsprechend schwerwiegend ist der Vorwurf, dass die Juden den Text interpretatorisch kastrieren. Er bedeutet nämlich nichts anderes, als dass sie durch Elimination jeglicher *ratio* aus dem Text unmittelbar die Wahrheitsprüche der fleischgewordenen Macht des Kaisers oder Papstes in Frage stellen. Oder metaphorisch: *Durch den jüdischen Zugang zum Text wird der Kaiser bzw. der Papst selbst ermordet*.

An dieser Stelle fallen die Parallelen zwischen der von Legendre beschriebenen jüdischen Interpretation und den Ausführungen von Barthes zum Tod des Autors⁵⁶ auf. Wie erwähnt, stellt Barthes einen engen Zusammenhang zwischen der Produktion und der Rezeption literarischer Texte her. Er leugnet zwar nicht, dass literarische Texte immer einen Autor haben, aber, indem er den Text zu einem “Gewebe von Zitaten” erklärt, bringt er die Autonomie der künstlerischen Kreativität nahezu zum Verschwinden. Der Autor wird dadurch zum kompilatorischen *Skriptor* vorgegebenen Sprachmaterials reduziert. Deshalb fordert Barthes eine neue Art der Rezeption von literarischen Texten. Texte sollen nicht hermeneutisch im Hinblick auf einen richtigen und endgültigen Sinn entziffert werden; stattdessen sind ihre diffusen Sinngebungsstrategien zu entwirren. Diese neue Art der Rezeption literarischer Texte, die Barthes *écriture* nennt, ist insofern einschneidend, als sie – wie die jüdische Interpretation des Textes – eine Fixierung des Sinns radikal verweigert und dadurch die Wahrheitsprüche einer vorgegebenen Machtinstanz (im Fall von literarischen

⁵³ Cf. Legendre 1989: 33 f.: “Da die Juden weder einen Kaiser noch einen Papst haben, der ihnen die Wahrheit garantiert, stellt sich bei ihnen die Frage nach dem Signifikanten, mit der ein Subjekt ein bestimmtes Spiel zu seiner Lust spielt, insofern grundlegend anders, als sie in einem Text enthalten ist. Im System der jüdischen Interpretationen ist das Spiel des Signifikanten als solchen autonomer, radikaler”.

⁵⁴ Legendre spricht an dieser Stelle von einer “Austrocknung aller Sinne durch die einheitliche Interpretation eines kaiserlichen oder päpstlichen Rechts” (Legendre 1989: 34).

⁵⁵ Dazu näher Legendre 1989: 36 ff.

⁵⁶ Barthes 2000.

Texten: *des Autors*) abweist. In Barthesens Worten: “Die Schrift bildet Sinn, aber nur, um ihn wieder aufzulösen. Sie führt zu einer systematischen Befreiung vom Sinn. Genau dadurch setzt die Literatur (man sollte von nun an besser sagen: die Schrift), die dem Text (und der Welt als Text) ein ‚Geheimnis‘, das heißt einen endgültigen Sinn, verweigert, eine Tätigkeit frei, die man gegentheologisch und wahrhaft revolutionär nennen könnte. Denn eine Fixierung des Sinns zu verweigern, heißt letztlich, Gott und seine Hypostasen (die Vernunft, die Wissenschaft, das Gesetz) abzuweisen.”⁵⁷

Wenn man also die beiden Rechtsmodelle, das römisch-christliche und das jüdische, vor Augen führt, wird klar, dass wir es – wie schon erwähnt – mit einem *clash of cultures* zu tun haben. Denn das Verhältnis zwischen diesen beiden Arten des Zuganges zum Text kann nicht als ein dialektisches beschrieben werden⁵⁸. Wie Legendre betont, gibt es keine Hoffnung auf “Synthese”, “Versöhnung”, “Diskussion”, “Meinungsaustausch” zwischen den beiden Modellen in irgendeiner Zukunft⁵⁹. Im Gegenteil: Auseinandersetzung mit allen kriegerischen Mitteln ist die Losung⁶⁰.

Während der jüdische Zugang zum Text bis heute nur die von Legendre beschriebene marginale Stellung im Rahmen des römisch-christlichen Modells einnahm, die ihm dieses zum Zweck der Untermauerung seiner eigenen gloria einräumte, könnte dieser Zugang heute im Soge der emergierenden Weltgesellschaft dramatisch an Aktualität gewinnen. Luhmann definiert die “Weltgesellschaft” als das *umfassendste* soziale System⁶¹. Darunter versteht er eine emergente Ebene der gesellschaftlichen Ordnung, die sich nicht mehr in Zusammenhang zu nationalstaatlichen Denkkategorien bringen läßt⁶². Diese emergente Ebene ist ein “*Sinnhorizont*” aller lokalen sozialen Ereignisse, der *jenseits* des Nationalstaatlichen angesiedelt ist, ohne dass damit allerdings die globale Homogenisierung der Lebensbedingungen impliziert wäre⁶³. Insofern unterscheidet sich der Luhmannsche Gebrauch des Begriffes “Weltgesellschaft” von Konzepten, die die Globalisierung als Vernetzungsprozeß zwischen nationalstaatlich geprägten gesellschaftlichen Ordnungen verstehen⁶⁴. Die “Weltgesellschaft” zeichnet sich in den Augen Luhmanns dadurch aus, dass sie *keine sich selbst und ihre Teile beherrschende Ordnungsebene* darstellt. Sie kann folglich nicht als eine politisch organisierte “*self-mastery*”⁶⁵ gedacht werden.

⁵⁷ Barthes 2000: 191.

⁵⁸ So auch Legendre 1989: 28.

⁵⁹ Legendre 1989: 28.

⁶⁰ Legendre charakterisiert den römisch-christlichen Umgang mit dem Signifikant “Jude” als “Selbstverteidigung mit kriegerischen Mitteln” (Legendre 1989: 28).

⁶¹ Luhmann 1971.

⁶² So auch Burton 1972: 20.

⁶³ Zum Konzept der “Weltgesellschaft” außerdem Stichweh 2001; ders. 2004; ferner auch Wobbe 2000.

⁶⁴ Cf. dazu vor allem Beck 1997 und Giddens 1995.

⁶⁵ Schütz 1997: 282: “...is quite obvious that world society does not imply planetary, politically organized self-mastery and that world society is not world-state.”

Weltgesellschaft und Weltstaat sind, folgt man dieser Sicht, zwei miteinander unvereinbare Konzepte.

Wie Anton Schütz bemerkt hat, ist das einzige Ordnungskonzept, durch welches sich die Weltgesellschaft beschreiben läßt, das Konzept der “*order from noise*”, d.h. das Konzept einer prekären, evolutorischen, kontingenten und unkontrollierten Ordnung⁶⁶. In einer so verstandenen Weltgesellschaft ohne Zentrum der Macht, ohne Hierarchien, ohne Normpyramiden, fehlen all jene Voraussetzungen, die für das Funktionieren des römisch-christlichen Rechtsmodells unerlässlich sind. Daraus geht hervor: *Transnationales Recht hat gar keinen anderen Ausweg, als mit dem römisch-christlichen Rechtsmodell zu brechen*. Es wird aus strukturellen Gründen genötigt, “verrückt zu interpretieren”. Die Frage ist allerdings: In welche Richtung vollzieht sich dieser Bruch mit der westlichen Rechtskultur? Wie kann eine solche Befreiung von ratio, ein solcher Enthierarchisierungsprozeß vor sich gehen? Eine Option, die das transnationale Recht – so unsere These – im Begriff ist zu nutzen, ist die Mutation zu einem “entterritorialisierten” System, das Züge des jüdischen Rechtsmodells in sich aufnimmt. Das setzt aber voraus, dass es möglich ist, dieses Modell vor seinen *religiösen* Bezügen zu lösen, es zu *verweltlichen*. Ist eine solche *par force*-Leistung denkbar?

Genau das bejaht Roger Cover in Studien, die unter Berufung auf die jüdische Rechtstradition, namentlich auf das Werk von Rabbi Joseph Caro, einem Mystiker aus dem 16. Jahrhundert⁶⁷, die These aufstellen, *dass Recht keinen (National-)Staat voraussetzt*⁶⁸. Covers Kernvorstellung besteht darin, dass von “Recht” nur die Rede sein kann, wenn dieses im “Universum” einer die Texte der Legalität interpretierenden Gemeinschaft (“*nomie*” oder “*interpretative community*”) entsteht. Dieses “Universum” nennt Cover *Nomos*⁶⁹. Darin wird Recht aus den “*interpretative commitments*” generiert, die in der fraglichen

⁶⁶ Schütz 1997.

⁶⁷ Cf. insbesondere Cover 1983: 12 f.; zu Joseph Caro allgemein Werblowsky 1962.

⁶⁸ Cf. insbesondere Cover 1983; Ders. 1987. Diese These ist in der jüngeren Forschung in den verschiedensten Ausprägungen anzutreffen; cf. vor allem die Beiträge im Sammelband, der von Teubner 1997 herausgegeben wurde.

⁶⁹ Cover 1983: 4: “We inhabit a nomos – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void”; ferner op. cit.: 7: “Law may be viewed as a system of tension or a bridge linking a concept of a reality to an imagined alternative – that is, as a connective between two states of affairs, both of which can be represented in their normative significance only through the device of narrative. Thus, one constitutive element of a nomos is the phenomenon George Steiner has labeled ‘alternaty’: ‘the ‘other than the case’, the counter-factual propositions, images, shapes of will and evasion with which we charge our mental being and by means of which we build the changing, largely fictive milieu for our somatic and our social existence’. ... But the concept of nomos is not exhausted by its ‘alternaty’; it is neither utopia nor pure vision. A nomos, as a world of law, entails the application of human will to an extant state of affairs as well as toward our visions of alternative futures. A nomos is a present world constituted by a system of tension between reality and vision”.

nomischen Gemeinschaft eingegangen werden, also aus den kollektiven Überzeugungen geschaffen, die die Weltanschauung dieser Gemeinschaft bestimmen und in dieser auch tatsächlich praktiziert werden⁷⁰. “*Interpretative commitments*” kreieren “*legal meaning*” und gerade dieser “Rechtssinn” ist für das Recht konstitutiv. Jede Interpretation des Texts der Legalität, die den “*interpretative commitments*” einer nomischen Gemeinschaft entspricht, hat folglich denselben Anspruch auf das Label “Recht”. Denn: Der *Nomos* braucht keinen Staat (auch wenn jeder Staat eines *Nomos* bedarf). Dementsprechend ist Recht – als Produkt einer nomischen Gemeinschaft – ein *essentiell kulturelles Phänomen*⁷¹. Die Staatsgewalt, die durch eine spezifische Anwendung (Interpretation) von Recht ihren eigenen *Nomos* gegen den *Nomos* von Minderheiten im Staatsgebiet (z.B. von Feministinnen, Gewerkschaften, religiöse Gruppen, Green Peace, Tierschutzvereinigungen usw.) durchsetzt, ist in den Augen Covers problematisch, weil der Staat keinen ausschließlichen Anspruch auf das Attribut “Recht” hat. Der *Nomos* einer Minderheit, der sich vom “offiziellen” *Nomos* unterscheidet, ist nicht weniger Recht als das Recht des Staates. Ein Gericht, das sein Rechtsverständnis gegen dasjenige einer Minderheit durchsetzt, handelt “*jurispathisch*”⁷².

Wie ist mit “Jurispathie” umzugehen? Cover sucht einer Antwort dadurch näher zu kommen, dass er die Hauptprämisse des hierarchischen Rechtsmodells auf den Kopf stellt: *Nicht Autorität verleihe die Befugnis zur Interpretation, sondern erst “Rechtssinn”, der interpretativ geschaffen werde, vermöge Autorität zu gründen*⁷³. Das staatszentrierte, hierarchische Rechtsverständnis sei das Produkt einer *Kategorien-Konfusion*: Interpretation von Recht stelle keineswegs das Janusgesicht der politischen Gewalt dar⁷⁴. Im Gegenteil: Um den “Triumph von hierarchischer Ordnung über (Rechts-)Sinn”⁷⁵ einzudämmen, müssten das Rechtliche und das Politische entzweit werden. Erbarmungslos und in aller Konsequenz. Diese waghalsige Demontage von Luhmanns Funktionssynthese⁷⁶ ist folgenschwer und folgenreich: Sie schafft ein Problem, das Cover, ganz amerikanisch, als “Herausforderung” kennzeichnet, alteuropäisch aber als

⁷⁰ Cover 1983: 7: “The normative universe is held together by the force of interpretative commitments – some small and private, others immense and public. These commitments – of officials and of others – do determine what law means and what law shall be. If there existed two legal orders with identical legal precepts and identical, predictable patterns of public force, they would nonetheless differ essentially in meaning if, in one of the orders, the precepts were universally venerated while in the other they were regarded by many as fundamentally unjust”. Der Begriff “interpretative commitments” ist deshalb glücklich gewählt, weil – wie im wiedergegebenen Zitat anklingt – die Überzeugungen, die man hat und praktiziert, die eigene Weltkonstruktion bestimmen, d.h. die Welt zu deuten, zu interpretieren erlauben.

⁷¹ Cover 1983: 11.

⁷² Cover 1983: 40 ff.

⁷³ Cf. Stone 1993: 825.

⁷⁴ Cover 1983: 43: “The position that only the state creates law [sc. legal meaning] thus confuses the status of interpretation with the status of political domination”.

⁷⁵ Cover 1983: 58.

⁷⁶ Cf. vorne 4 ff.

Tragödie apostrophiert werden kann und im heutigen Wissenschafts-Jargon “double-bind”-Situation genannt wird: “The challenge presented by the absence of a single ‚objective’ interpretation is ... the need to maintain a sense of legal meaning despite the destruction of any pretense of superiority of one nomos over another”⁷⁷. Was empfiehlt Cover in dieser Lage rechtspluralistischer Blockade?

Temporalisierung des Rechts bzw. seiner Entfaltung – so läßt sich sein Ratschlag wohl am ehesten beschreiben. Aber Temporalisierung in einem ganz bestimmten Sinn, nach einem Muster, das sich, wie noch zu zeigen ist, in seiner Grundstruktur von jüdisch-rechtlichem Gedankengut inspirieren läßt. Um dies zu erläutern, muss näher auf Covers Konzept der *interpretative commitments* einer nomischen Gemeinschaft eingegangen werden. Denn diese *commitments* – die wir hier mit dem Begriff der *interpretativen Selbstbindung* (einer Gemeinschaft) übersetzen – sind, wie schon erwähnt, in Covers Vorstellung aufs Engste mit der Genese von Recht verknüpft. Die Frage lautet: Wie kann Interpretation eines Textes der Legalität *Rechtssinn* (als genetische Bedingung des Rechts) schaffen? Für Cover bedarf es zweierlei: (1) Zunächst muss diese Interpretation eine Selbstbindung der nomischen Gemeinschaft an eine “teleologische Vision” reflektieren. Darunter versteht Cover eine “programmatische Absichtserklärung”, mit welcher die Gemeinschaft das ihr eigene Streben (“*striving*”) nach Verwirklichung ihrer Weltanschauung *in Rechtsform* zum Ausdruck bringt. (2) Alsdann muss die Interpretation von einem *paideistischen Willen* getragen sein: Sie soll der Gemeinschaft erläutern und verstehen helfen, welche juristischen Obligationen von der teleologischen Vision verlangt werden, an die sie sich (selbst-)gebunden hat. Sind diese zwei Voraussetzungen im Rahmen des textinterpretativen Prozesses erfüllt, ist Rechtssinn entstanden – und damit Recht, das diesen Namen unabhängig davon verdient, ob es der “offiziellen” Interpretation des Staates entspricht oder nicht⁷⁸.

Erkennbar wird hier aber: Wenn interpretative Selbstbindungen Recht schaffen, kann in einem Staat (der schon längst keine Glaubensgemeinschaft mehr ist) eine Pluralität von Rechten emergieren. Denn die pluralistische Gesellschaft kennt viele (nomische) Gemeinschaften, die alle Recht generieren können. Dann wird das Problem des *double-bind* aktuell. Cover sieht, dass “Jurispathie” nicht zu vermeiden ist: Staatliche Gerichte werden immer ein “offizielles” Recht festlegen, ja müssen dies auch tun⁷⁹. “Jurispathie” ist ein Dauerzustand, eine perennierende Schwäche, ohne Aussicht auf Behebung. Aber – und das ist der springende Punkt – der “Jurispathie” kann auch ein *sozialer Mehrwert* abgerungen werden, sofern man nur bereit ist, Rechtspluralismus *ernst* zu nehmen, d.h. jeden unter Bedingungen interpretatorischer Selbstbindung generierten Rechtssinn als “Recht” zu anerkennen. “Jurispathie” kann nämlich insofern auch virtuos (und nicht nur vizios) sein, als die Kollision der Rechte von Staat einerseits und von nomischen Gesellschaften andererseits einen *evolutorischen Prozeß der Verifikation der*

⁷⁷ Cover 1983: 44.

⁷⁸ Cf. zum Ganzen Cover 1983: 44 ff.

⁷⁹ Cover 1983: 40 ff., 53 ff.

verschiedenen (kollidierenden) interpretativen Selbstbindungen in Gang setzt. Sichergestellt wird über diese Temporalisierung der Rechtsentfaltung, dass das sich durchsetzende Recht dauerhaft mit Rechtssinn bewehrt bleibt, also stets einer "teleologischen Vision" dient. Das "offizielle" Recht kann sich m.a.W. nicht mehr damit begnügen, sich als das einzig existierende "Recht" zu präsentieren, weil es vom politischen Gesetzgeber erlassen wurde. Die Referenz auf *auctoritas* reicht nicht mehr aus, um das "offizielle" Recht zu legitimieren. Im Coverschen Rechtsmodell baut der "Wettbewerb der Rechte" einen dauerhaften Legitimationsdruck auf das "offizielle" Recht auf. Denn: Falls die "*interpretative commitments*", die das "offizielle" Recht fundieren, sich über die Zeit abschwächen oder auflösen sollten, oder falls es den Gerichten nicht mehr gelingen sollte, dieses Recht *paideisch* verständlich zu machen, so besteht die Chance, dass ein alternatives Recht, welches irgendeine nomische Gemeinschaft geschöpft hat, über kurz oder lang die Oberhand erlangt. Das Gleiche gilt aber auch für die verschiedenen nomischen Gemeinschaften, die ihre Interpretation des Legaltextes gegen das "offizielle" Recht (im Sinne der Entwicklung von "*texts of resistance*") immer wieder verteidigen müssen⁸⁰. In diesem evolutorischen Prozeß der Resignifikation des Texts der Legalität manifestiert sich also der Grundsatz, dass sämtliche konkurrierende Interpretationen von Staat und nomischen Gemeinschaften "Recht" *im gleichen Maße, im gleichen Sinne* darstellen⁸¹. Diese Pluralität der Interpretationen unterscheidet aber gleichzeitig Covers Ansatz von solchen kantischer Provenienz. Denn, obwohl letztere das Recht nicht auf schiere *auctoritas* zurückführen, behandeln sie es trotzdem als Produkt der Vernunft, was nichts anderes heißt, als dass sie im Recht ein kohärentes System von Rechtsprinzipien oder in Barthesens Worten einen Text sehen, der in sich einen festen und endgültigen Sinn (die Vernunft) verbirgt⁸².

Die Wahlverwandtschaften von Covers Bild des Rechts mit jüdischem Rechtsdenken liegen auf der Hand und werden von ihm auch offen gelegt. Das Verdienst, das volle Ausmaß der Anleihen Covers an die jüdische Rechtskultur aufgedeckt zu haben, kommt aber Suzanne Last Stone zu⁸³. Covers pluralistisches

⁸⁰ Berman spricht in diesem Kontext von "jurispersuasion"; cf. Berman 2005: 533-538, 538: "Likewise, a non-state jurisdictional assertion must make a strong case to the governments of the world and other political actors that the assertion of community dominion is appropriate and that the substantive norms expressed are worth adopting".

⁸¹ Cf. Cover 1983: 52: "Our overriding temptation in the absence of substantial, direct, and immediate violent resistance to official law is to concede the state's principal claim to interpretation and to release the jurisgenerative processes of associations, communities, and movements to a delegated, secondary, or interstitial status. For those unwilling to conceive of law in such a state-bound framework, however, the law-creating processes of the Quakers, Amish, and other groups that have made their relation to the violence of the state a central normative question assume a special significance. This significance lies in the group's creation of a jurisprudence that orders the forms and occasions of confrontation, a jurisprudence of resistance that is necessarily also one of accommodation".

⁸² So z.B. Goebel 2003: 372: "Aufgrund der Rekonstruktion des Rechts als ein konsistentes und kohärentes System von Grundsätzen und Regeln kann zumindest die Hoffnung gepflegt werden, dass im System der vernünftige Gemeinwille der republikanischen Rechtsgemeinschaft selbst aufscheint".

⁸³ Stone 1993.

Rechtsmodell deutet sie als Konkretisierung dreier jüdisch-rechtlicher Kerngedanken:

(1) *Anarchisches Recht*: Weil das jüdische Recht keine institutionelle Hierarchie kennt, läßt es eine Vielfalt von Interpretationen zu: “[T]he rabbis reveled in the ‚plethora of laws‘. They were able to do exactly what modern theory finds problematic – continue in the face of radically inconsistent and plural understanding of the law”⁸⁴. Die Rabbiner haben einen Mythos der Legitimität für ein radikal diffuses Autoritätssystem kreiert. Dieser Mythos ist die talmudische Geschichte der himmlischen Stimme, die zwischen sich widersprechenden Rechtsansichten der Schulen von Hillel und Schammai mit dem Satz vermittelt hat: “Die eine und die andere Rechtsansicht sind *beide* die Worte des Lebenden Gottes”. In Stones Augen hat Cover diesen Mythos einer modernen Lektüre zugeführt, indem er im evolutorischen Kollisionsprozeß der verschiedenen Rechtsinterpretationen einen gesellschaftlich virtuos und sinnträchtigen Vorgang erblickt hat.

(2) *Paideisches Recht*: In der jüdischen Tradition ist Recht aktiv: Recht ist, was jedes Gemeinschaftsmitglied aus innerer Überzeugung *tut*, und nicht, was ihm vom Staat *vorgegeben*, *oktroiert* wird, zu was es *gezwungen* wird. Dieser Sicht der Dinge habe Cover – so Stone – einen modernen Sinn abgewonnen, um die Funktion des Gerichts nicht in der “Nötigung” von Recht anzusiedeln, sondern darin, einer nomischen Gemeinschaft zu erläutern, wo der tiefere Sinn ihres Rechts liege. Recht sei für Cover demnach nicht Macht oder Weberianischer Zwang, sondern *Paideia*: “The law imposes obligations that community members obey because they understand the law as embodying their common goals and aspirations. Legal interpretation in any nomic community ... achieves meaning by drawing out ... the values and implications of the obligations imposed by the community’s law”⁸⁵. Darin fuße auch, so meint Stone weiter, Covers zentrale Vorstellung der Genese von Recht durch interpretative Selbstbindung⁸⁶.

(3) *Transformatorisches Recht*: Schließlich zeigt Stone auch, wie sich Cover Elemente der Maimonideschen Rechtsphilosophie zunutze macht. Diese verstand den Zweck der *mitzvot* (Gebote) der Torah als Hilfe für die Menschen in ihrem Streben nach Perfektion: “For Maimonides, the Torah is divine because it is concerned with human transformation and not solely with the mechanics of conventional governance”⁸⁷. In der Tat: Cover fasst Recht keineswegs als bloßes Instrument sozialer Kontrolle auf. Vielmehr betrachtet er es als Vehikel der *gesellschaftlichen Transformation*, das durch die Pädagogie der Gerichte angetrieben wird. Das wird vor allem daran offenkundig, dass in Covers Lehre die (vorne umschriebene) “teleologische Vision” eine unerlässliche Komponente

⁸⁴ Stone 1993: 828.

⁸⁵ Stone 1993: 830 f.

⁸⁶ Stone 1993: 831.

⁸⁷ Stone 1993: 832.

des Rechts darstellt. In diesem Sinne schreibt er denn auch: “By themselves the alternative worlds of our visions ... dictate no particular set of transformations or efforts of transformation. But law gives a vision depth of field, by placing one part of it in the highlight of insistent and immediate demand ...”⁸⁸.

Was ist mit Covers Rechtsmodell gewonnen, was verloren? Der eigentliche Ertrag ist, in aller Brutalität formuliert, der *verdiente Tod des Gesetzgebers*. Cover läßt nämlich den *Verzicht* auf die Abhängigkeit der Rechtsinterpretation von einer allmächtigen und allwissenden Instanz (früher: dem Kaiser oder dem Papst; heute: dem Gesetzgeber) *realistisch* erscheinen – realistisch in dem Sinne, dass der *modus operandi* des Rechts von diesem Verzicht nicht beeinträchtigt wird. Das Axiom einer vorgegebenen, apodiktischen, gleichsam metaphysischen *auctoritas* wird entbehrlich. Die Suche nach einer einzig richtigen “Wahrheit” wird ausgetauscht für eine Pluralität gleichmäßig legitimer Interpretationen des Textes der Legalität. Dieser Rechtspluralismus erlangt dann die Qualität einer ahistorischen Suche nach Recht durch gleichmäßige, “gleichberechtigte” Relevanz von vergangenen, gegenwärtigen und auch zukünftigen Rechtsinterpretationen, so dass die verbindliche (“offizielle”) Interpretation des Legaltextes immer unter Revisionsvorbehalt steht.

Die Schwierigkeit, die Covers Rechtsverständnis für die westliche Rechtskultur – also für uns, Kinder Max Webers – schafft, liegt in der Vorstellung einer *Ubiquität des Rechts*, in dieser jüdischen Auffassung, dass das (z.B. vom staatlichen Gericht) einmal determinierte, “offizielle” Recht *nicht koextensiv* ist mit “Recht” schlechthin. Alle Rechtsinterpretationen, die Covers Kriterien der interpretativen Selbstbindung einer nomischen Gemeinschaft genügen, sind “Recht”. Die *hic et nunc* erfolgende Determination von Recht hat somit keine Finalität, keine Endgültigkeit, weil multiple “normative Wahrheiten” vorstellbar sind. Deshalb ist, ganz halachisch gedacht, “offizielles” Recht immer mit der Möglichkeit der eigenen Modifikation schwanger. Dass Recht einmal determiniert ist, setzt andere Rechtsinterpretationen nicht “außer Kraft”. Aber diese Vorstellung ist nur problematisch, solange man sich weigert, Recht als *evolutorischen Prozeß* zu verstehen. Dass dem so ist, dass Recht ein Fluss ist, in den man nicht zweimal steigen kann, lehrt uns die Geschichte.

Was folgt daraus für die (hier vertretene) Sicht von Recht als *Lehre eines besonderen Umganges mit dem Text*? Covers Rechtsverständnis erlaubt es, Barthesens “Skriptor” ein juristisches Kleid zu geben. Rechtsinterpretation wird zu einer kreativen Tätigkeit, und zwar in aller Radikalität: Der Exeget – und er allein! – verleiht dem Text seinen Sinn. Das Ziel der Interpretation ist nicht die Entdeckung der Absicht des Texturhebers – die Absicht Gottes, des Kaisers, des Papstes oder des Gesetzgebers –, sondern die *Generierung von “Rechtssinn”*, die aber immer an die Voraussetzung der interpretativen Selbstbindung einer nomischen Gemeinschaft gebunden ist. Nur dann hat man es mit “Recht” im

⁸⁸ Cover 1983: 9.

pluralistischen Sinne Covers zu tun (und nicht mit einem individuell-subjektiven, rechtlich [noch] irrelevanten Vorschlag des Interpreten).

III. DIE MUTATION: TRANSNATIONALES RECHT UND PAIDEIA

Jetzt können wir unsere These in ihrer Endfassung formulieren: *In der Transnationalität wird das Recht anarchistisch, paideistisch, transformatorisch.* In diesem Drift widerspiegeln sich die “entterritorialisierten” Strukturen der Weltgesellschaft, namentlich der Umstand, dass die Produktion von Weltrecht “politikfern” vor sich geht. Diese Mutation des Rechts in Richtung Coverscher Rechtsprinzipien ist aber ein kriechender, schleppender und schwerfälliger Prozeß. Keineswegs bildet sich ein Weltrecht spontan heraus. Die Mutation des Rechts im transnationalen Raum erfolgt vielmehr stufenweise, graduell, in kleinen Schritten. Und damit ist es nicht getan. Hinzukommen müssen noch Selektion und Retention der mutierten Rechtelemente im transnationalen Rechtssystem⁸⁹. Nur dann hat die Rechtsmutation auch tatsächlich die Strukturen dieses Systems verändert.

Bewegungen im Sinne dieses evolutorischen Musters lassen sich im *Europäischen Privatrecht* erkennen. Freilich nicht in abgeschlossener Form, aber zumindest ansatzweise – und wir deuten diese ersten Spuren Coverscher Rechtstheorie als einen generalisierbaren Trend im transnationalen Recht, der sich in Zukunft verstärken wird. *In nuce*:

Europäisches Privatrecht ist vor allem *Richtlinienrecht*. Das Konzept der europäischen Richtlinie ist ursprünglich ganz rechtshierarchisch angedacht: Nach Art. 249 Abs. 3 EGV sind Richtlinien für die Mitgliedsstaaten “hinsichtlich des zu erreichenden Ziels” *verbindlich*. Damit ist im Grunde nichts anderes als eine Normenpyramide aufgestellt. Diese Verbindlichkeit von Richtlinien ist aber (mindestens *de facto*) mit der Verbindlichkeit von nationalstaatlichen Gesetzen nicht vergleichbar. Dass es nämlich der EuGH für nötig gehalten hat, im Laufe der letzten zwei Jahrzehnte (nebst der *doctrine of direct effects*⁹⁰) ein im EGV nicht vorgesehenes methodisches Instrument, das *Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts*, zu entwickeln, um die Effektivität von Richtlinien zu steigern, ist viel bezeichnender als gemeinhin angenommen. Denn diese judizielle Erfindung beruht letztlich auf der Erkenntnis, dass *Rechtshierarchien sich im transnationalen Raum nicht reproduzieren lassen*. Die schiere Existenz des Gebots richtlinienkonformer

⁸⁹ Denn die Mutation stellt als solche bloße Variation dar; zur Trias der evolutorischen Mechanismen Variation/Selektion/Retention Amstutz 2001: 111 f.

⁹⁰ EuGH vom 4.12.1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337, Van Duyn; EuGH vom 5.4.1979, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629, Ratti; EuGH vom 26.2.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, Marshall.

Interpretation zeugt von der intensiven Suche nach alternativer, eben transnationaler Normativität, und zwar, um ganz präzise zu sein, nach einem *nichthierarchischen* Umgang mit dem Text der Legalität. Diese reichlich verkürzten Ausführungen bedürfen der Erläuterung:

Was genau besagt das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung? In den Urteilen *Von Colson und Kamann*⁹¹ sowie *Harz*⁹² hatte der EuGH zum ersten Mal eine Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte angenommen, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten “bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung ... [einer] Richtlinie ... erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen ..., um das in Artikel 189 Abs. 3 [sc. 249 Abs. 3] genannte Ziel zu erreichen”⁹³. Diese Formulierung, die noch dahingehend präzisiert wurde, “[...] dass eine richtlinienkonforme Auslegung nur geboten ist, wenn das einschlägige nationale Recht die Möglichkeit zu einer solchen durch das Vorhandensein eines entsprechenden ‚Beurteilungsspielraums‘ offen läßt”⁹⁴, wurde dann im Urteil *Marleasing* drastisch verschärft. Ausgeführt wurde darin, dass das Gebot richtlinienkonformer Auslegung die Interpretation in einer bestimmten, mit der einschlägigen Richtlinie unvereinbaren Weise “*verbietet*”⁹⁵. Gleichwohl bleibt der EuGH ambivalent, wenn er die Rigorosität dieser Wendung, die den Schluss nahe legt, die Richtlinienkonformität genieße Vorrang vor allen innerstaatlichen Auslegungskriterien, mit der Aussage relativiert, das nationale Gericht müsse die Interpretation innerstaatlichen Rechts “soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten”⁹⁶.

Wie muss man diese enigmatischen Formulierungen verstehen? In der Lehre ist die Frage ungelöst. Von den einen wird die *Marleasing*-Rechtsprechung dahingehend aufgefasst, dass Gemeinschaftsrecht mitsamt seinen Richtlinien nationalem Recht stets vorgehe, weshalb die richtlinienkonforme Auslegung Vorrang vor den nationalen Auslegungsmethoden genieße. Die anderen versuchen, die Vertikalität bruchlos ineinander fließender völker- und nationalrechtlicher Hierarchien durch den Einbau von “Abwägungsoperationen” zu retten: Der EuGH gebiete den nationalen Gerichten nur, die Frage zu prüfen, ob das nationale Recht mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulasse, und ggf. unter diesen diejenige vorzuziehen, die zu einem richtlinienkonformen Ergebnis führe.

⁹¹ EuGH vom 10.4.1984, Rs 14/83, Slg. 1984, 1891 ff., *Von Colson und Kamann*.

⁹² EuGH vom 10.4.1984, Rs 79/83, Slg. 1984, 1922 ff., *Harz*.

⁹³ EuGH vom 10.4.1984, Rs 14/83, Slg. 1984, Randnr. 26, *Von Colson und Kamann*; EuGH vom 10.4.1984, Rs 79/83, Slg. 1984, Randnr. 26, *Harz*; cf. zum Hintergrund dieser Rechtsprechung statt anderer Brechmann 1994: 47 f., 50 f.

⁹⁴ So die Zusammenfassung von Canaris 2002: 60, in Anlehnung an EuGH vom 10.4.1984, Rs 14/83, Slg. 1984, Randnr. 28 *Von Colson und Kamann*, und EuGH vom 10.4.1984, Rs 79/83, Slg. 1984, Randnr. 28 *Harz*.

⁹⁵ EuGH vom 13.11.1990, Rs C-106/89, Slg. 1990, Randnr. 9, *Marleasing*.

⁹⁶ Amstutz

⁹⁷ Cf. zum Ganzen eingehend AMSTUTZ 2003b m.Nw.

Beiden doktrinellen Ansichten ist indes gemein, nach Wegen zu suchen, um die mit der Entscheidung *Marleasing* verloren gegangene Hierarchie des Rechts zu restaurieren, sei es auf *gemeinschaftsrechtlicher*, sei es auf *nationalstaatlicher* Ebene⁹⁷.

Beide Wege führen in die Irre. Weiter kommt man nur, wenn man die *Marleasing*-Entscheidung als fundamentale *Enthierarchisierung* des Rechts im transnationalen Raum versteht. Und man sollte sogar noch einen Schritt weiter gehen, will man die ganze Tragweite dieser Entscheidung erschließen. Man sollte nämlich zur Kenntnis nehmen, dass mit dieser Rechtsprechung *anarchisierende*, *paideisierende* und *transformatorische* Ströme in das Meer des Europäischen Privatrechts eingeflossen sind. Ströme, die unverkennbar mit Ingredienzien der Rechtstheorie *Covers* durchzogen sind:

(1) Dem Grundkonzept der Richtlinie entsprechend läßt das Urteil *Marleasing* Rechtspluralismus in der Gemeinschaft zu. Vor dem Hintergrund der vorliegend entwickelten Gedanken bedeutet das: Den Mitgliedstaaten wird im Europäischen Privatrecht eine *Coversche* „Anarchie“ im Anwendungsbereich der betreffenden Richtlinie gestattet. Nun ließe sich einwenden, dass dieser Rechtspluralismus in Wahrheit kein solcher sei, weil er ja nur hingenommen werde, sofern das Richtlinienziel gewährleistet sei. Aber hier sollte man die Sprache des EuGH in der *Marleasing*-Entscheidung ganz genau betrachten: Worauf will das Gericht mit der Wendung hinaus, das nationale Gericht müsse die Interpretation innerstaatlichen Rechts „*soweit wie möglich*“ am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten? Welcher Sinn läßt sich diesem „*soweit wie möglich*“ abgewinnen?

Damit werden, so meinen wir, die virtuoson Effekte der *Corverschen* *Temporalisierung des Rechts* im Europäischen Privatrecht ausgebeutet. In dem Sinne nämlich, dass in der wiedergegebenen Passage – anders als in Art. 249 Abs. 3 EGV – nicht nur die *rechtliche* Freiheit der Mitgliedstaaten, über die Form und die Mittel der Umsetzung zu befinden, sondern auch deren *faktische* Freiheit, über die Umsetzungsvornahme als solche zu entscheiden, *ausdrücklich* in Rechnung gestellt wird. Dadurch werden Chancen geschaffen, Chancen, dass sich das *Coversche* Temporalisierungsmuster im transnationalen Raum des Europäischen Privatrechts entfalten kann: Durch die stets möglich bleibende Kollision voneinander abweichender nationaler „Privatrechte“ – denn die umgesetzten und nichtumgesetzten nationalen Rechte werden in der *Marleasing*-Rechtsprechung alle als „Recht“ im *Coverschen* Sinne betrachtet – wird die evolutorische Spannungslage erzeugt, die *Cover* zufolge erforderlich ist, um auf Dauer sicherzustellen, dass immer nur Recht mit „Rechtssinn“ determiniert wird. Mit der Hervorhebung der umfassenden Freiheit der Mitgliedstaaten zur Richtlinienumsetzung wird letztlich signalisiert, dass der EuGH die Mitgliedstaaten als *nomische Gemeinschaften* auffasst, die selber über ihre interpretatorischen Selbstbindungen (im Sinne *Covers*) entscheiden. Dass sich die Mitgliedstaaten im Falle der Nichtumsetzung Vollstreckungsmaßnahmen und haftungsrechtlichen Risiken (auch nach der *Frankovich*-Rechtsprechung)

aussetzen, ändert an diesem Befund nichts, ja entspricht letztlich nur der von Cover unterstrichenen Tatsache, dass “Jurispathie” eben nie und nimmer zum Verschwinden gebracht werden kann.

(2) Die *Marleasing*-Rechtsprechung besitzt sodann auch eine *paideistische* Dimension, die man nicht unterschätzen sollte. Das folgt zwar schon aus dem Umstand, dass der EuGH nicht die *Anwendung* des nationalen Privatrechts, sondern die *Auslegung* des Richtlinienprivatrechts zur Aufgabe hat (Art. 220 Abs. 1 EGV). Aber auch hier ist die im Urteil *Marleasing* benutzte Wendung des “*soweit wie möglich*” von besonderer Bedeutung. Mit deren Ambivalenz geht einher, dass der EuGH nicht auf bloßen Zwang, sondern eben auch auf pädagogische Aufklärung setzt: Indem semantisch die Möglichkeit einer fehlerhaften Umsetzung einberechnet wird, erhält die Begründung des Urteils einen ganz anderen Stellenwert als in nationalstaatlichen Gerichtsentscheidungen. Während in letzteren die Urteilsgründe eine klar *rechtfertigende* Ausrichtung haben – Cover würde sagen: Rechtfertigung des Einsatzes von (Staats-)Gewalt –, eignet ihnen in Urteilen des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 234 EGV) eine andere Qualität an: Hier geht es darum, den mitgliedstaatlichen Gerichten zu *erläutern*, wie eine Richtlinienbestimmung zu verstehen ist, damit diese Gerichte in die Lage versetzt werden, das nationale Privatrecht entsprechend anzuwenden. Diese Frage kann der EuGH unmöglich – schon mangels Fachkenntnisse im einschlägigen nationalen Recht – selbst beantworten. Vielmehr vermögen seine Entscheidungsmotive allein eine *Erklärungsfunktion* auszuüben, die darauf hinzielt, die Operationen des betroffenen mitgliedstaatlichen Rechtssystems im Sinne der Richtlinie zu beeinflussen.

(3) Das *Marleasing*-Recht ist schließlich auch *transformatorisch* im Sinne Covers: Sein unmittelbares Anliegen ist nicht in der sozialen Kontrolle zu sehen⁹⁸, sondern vielmehr, um mit Weiler zu sprechen, in der “transformation of Europe”⁹⁹. Was auf dem Spiel steht, ist Arbeit an der *europäischen Gesellschaft als solcher*, konkret: die Herstellung dynamischer Vernetzungen von europäischen Zivilrechtsordnungen, dies mit dem Ziel, in diesen Ordnungen “normative Kompatibilitäten” zu schaffen¹⁰⁰. Man kann hier die gewichtigen Formeln von Wiethölter verwenden: In der *Marleasing*-Rechtsprechung geht es um “Schleusen-Wartungen”, d.h. um juristische Arbeit “an den ‘Grenzen’ von System und Umwelt ..., an denen über ‚strukturelle Kopplungen’ oder ‘Externalisierung’ verhandelt und entschieden wird”, um Rechtsarbeit, “an den ‘Passagen’ ..., in denen Geltung und Anerkennung durchzusetzen sind”¹⁰¹.

⁹⁸ So auch TEUBNER 1996b: 271.

⁹⁹ WEILER 1991.

¹⁰⁰ Cf. dazu eingehend AMSTUTZ 2005.

¹⁰¹ WIETHÖLTER 2003: 18 f.

Vielleicht liegt in diesem transformatorischen Zug – das wäre unsere Arbeitshypothese für die Zukunft – die bislang allzu wenig berücksichtigte Haupteigenschaft des transnationalen Rechts.

Literatur:

- Agamben Giorgio 2002: *Homo Sacer. Die Souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt: Suhrkamp.
- Amstutz Marc 2001: *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden: Nomos.
- 2003a: Das Gesetz, in: P. Gauch/P. Pichonnaz (Hrsg.), *(K)leine Festschrift für Pierre Tercier*, Zürich: Schulthess, 155-165.
- 2003b: *Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht*, in: C. Joerges/G. Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 213-237.
- 2005: *Normative Kompatibilitäten: Zum Begriff der Eurokompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht*, in: Astrid Epiney et al. (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005*, Bern/Zürich: Stämpfli/Schulthess, 235-251.
- Barthes Roland 1986: *Die Lust am Text*, Frankfurt: Suhrkamp.
- 2000: Der Tod des Autors, in: F. Jannidis/G. Lauer/M. Martinez/S. Winko (Hrsg.), *Texte zur Theorie der Autorschaft*, Stuttgart: Philipp Reclam jun., 185-193.
- Beck Ulrich 1997: *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus - Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt: Suhrkamp.
- Berman Paul Schiff 2002: *The Globalization of Jurisdiction*, *University of Pennsylvania Law Review* 151, 311-529.
- 2005: *From International Law to Law and Globalization*, *Columbia Journal of Transnational Law* 43, 485-556.
- Brechmann Winfried 1994: *Die richtlinienkonforme Auslegung: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*, München: Beck.
- Calliess Graf-Peter 2001: *Globale Kommunikation – staatenloses Recht. Zur (Selbst-)Regulierung des Internet durch prozedurales Recht*, in: M. Anderheiden/S. Huster/S. Kirsten (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfreiheit des Rechts*, *Archiv für Sozial- und Rechtsphilosophie, Beiheft Nr. 79*, 61-79.
- 2002: *Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 185-216.
- Canaris Claus-Wilhelm 2002: *Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre*, in: H. Koziol/P. Rummel (Hrsg.), *Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski*, Wien: Springer, 47-103.
- Cover Robert M. 1983: *The Supreme Court 1982 Term Foreword: Nomos and Narrative*, *Harvard Law Review* 97, 4-68.
- 1987: *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, *Journal of Law and Religion* 5, 65-74.

- Eco Umberto 1998: *Das offene Kunstwerk*, 8. Aufl., Frankfurt: Suhrkamp.
- Engisch Karl 1935: *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg: Carl Winter/Universitätsverlag.
- Ewald William 1995: *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, *American Journal of Comparative Law* 43, 489-510.
- Fischer-Lescano Andreas/Christensen Ralph 2005: *Auctoritatis Interpositio: Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie*, *Der Staat* 44, 213-241.
- Foucault Michel 2000: *Was ist ein Autor?*, in: F. Jannidis/G. Lauer/M. Martinez/S. Winko (Hrsg.), *Texte zur Theorie der Autorschaft*, Stuttgart: Philipp Reclam jun., 198-229.
- Giddens Anthony 1995: *Konsequenzen der Moderne*, Frankfurt: Suhrkamp.
- Goebel Joachim 2003: *Das System privatrechtlicher Wertung und die demokratische Genese des Rechts, Überlegungen zum internen Zusammenhang der Privatrechtsordnung mit der Idee der kantischen Republik*, *Archiv für Sozial- und Rechtsphilosophie* 89, 372-386.
- Habermas Jürgen 1998: *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Frankfurt: Suhrkamp
- Hayek Friedrich A. 1973: *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy, Volume I: Rules and Order*, Chicago/London: The University of Chicago Press.
- Höffe Otfried 1999: *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München: Beck.
- Joerges Christian/Neyer Jürgen 1997: *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, *European Law Journal* 3, 273-299.
- Kennedy Duncan 1989: *Comment on Rudolf Wiethölter's "Materialization and Proceduralization in Modern Law" and "Proceduralization of the Category of Law"*, in: C. Joerges/D. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden: Nomos, 511-524.
- Kelsen Hans 1960: *Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Aufl., Wien: F. Deuticke.
- Kiesow Rainer Maria (2004): *Weltrecht Ruinenrecht*, *Kursbuch* 155, 98-107.
- Ladeur Karl-Heinz 1999: *The Theory of Autopoiesis as an Approach to a better Understanding of Postmodern Law – From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships*, *EUI LAW* 1999/03.
- 2004: *Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of the Law*, in: M. v. Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford et al.: Hart, 91-121.
- Langewiesche Dieter 2000: *Nation, Nationalismus, Nationalstaat in Deutschland und Europa*, München: Beck.
- Legendre Pierre 1989: *"Die Juden interpretieren verrückt"* *Gutachten zu einem klassischen Text*, *Psyche. Zeitschrift für Psychoanalyse und ihre Anwendungen* 43, 20-39.
- 2001: *Die Bresche. Bemerkungen zur institutionellen Dimension der Shoah*, *Tumult. Schriften zur Verkehrswissenschaft* 26, 25-32.
- 2004: *Die Fabrikation des abendländischen Menschen*, Wien: Turia + Kant.

- Legrand Pierre 1997: The Impossibility of Legal Transplants, in: *Maastricht Journal of Comparative Law* 4, 111-124.
- Luhmann Niklas 1971: Die Weltgesellschaft, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57, 1-35.
- 1981: *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt: Suhrkamp.
- 1993: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.
- 2002: *Einführung in die Systemtheorie*, Heidelberg: Carl-Auer-Systeme.
- Mertens Hans-Joachim 1997: *Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law?*, in: G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, 31-43.
- Michaels Ralf (im Erscheinen): *The Re-Statement of of Non-State-Law: The State, Choice of Law and the Challenge from Legal Pluralism*, *Wayne Law Review*, elektronisch verfügbar unter:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=809244.
- Nickel Rainer 2005: *Participatory Transnational Governance*, *EUI LAW Paper* 2005/20.
- Niggli Marcel Alexander 2000: *Zurück zu den 10 Geboten? Gesetzesflut und Strafrecht*, in: A. Holderegger (Hrsg.), *Aufbruch ins dritte Jahrtausend: Millenniums-Vorträge an der Universität Freiburg*, Freiburg i.Ue.: Universitätsverlag, 136-153.
- Post David G. 1995: *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, *Journal Online Law Art.* 3, elektronisch verfügbar unter:
http://www.cli.org/DPost/X0023_ANARCHY.html.
- Rafi Anusheh 2004: *Kriterien für ein gutes Urteil*, Berlin: Duncker und Humblot.
- Schmitt Carl 1967: *Die Tyrannei der Werte: Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, in: *Säkularisation und Utopie*, *Ebracher Studien: Ernst Forsthoff zu 65. Geburtstag*, Stuttgart: Kohlhammer, 37-62.
- Schütz Anton 1997: *The Twillight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society*, in: Gunther Teubner (Hrsg.): *Global Law Without a State*, Aldershot: Darmouth, 257-293.
- Simon Dieter 1975: *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Simon Thomas 2005: *Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts*, *Rechtsgeschichte* 7, 100-137.
- Stein Ursula 1995: *Lex Mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt: Klostermann.
- Stichweh Rudolf 2001: *Die Weltgesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.
- 2004: *Weltgesellschaft*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 12, Basel: Schwabe & Co., 486-490.
- Stone Suzanne Last 1993: *In Pursuit of the Counter-Text: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory*, *Harvard Law Review* 106, 813-894.
- Teubner Gunther 1996a: *Des Königs viele Leiber. Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts*, *Soziale Systeme* 2, 229-255.
- 1996b: *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistotisches Journal* 15, 255-290.
- (Hrsg.) 1997: *Global Law Without a State*, Aldershot: Darmouth.

- 1998: Die unmögliche Wirklichkeit der *lex mercatoria*: Eine systemtheoretische Kritik der *théorie ludique du droit*, in: M. Lieb (Hrsg.), Festschrift Zöllner zum 70. Geburtstag, Köln: Heymann, 565-588.
- 2003: Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: C. Joerges/G. Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht, Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 25-45.
- Teubner Gunther/Karavas Vaios 2003: <http://www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegen Private im autonomen Recht des Internet, in: K.-H. Ladeur (Hrsg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden: Nomos, 249-272.
- Vesting Thomas 2004 : *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 63, 41-70.
- Volodine Antoine 1985: *Biographie comparée de Jorian Murgrave*, Paris: Denoël.
- Watson Alan 1993: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens: University of Georgia Press.
- 2001: *The Evolution of Western Private Law*, Baltimore/London: Johns Hopkins University Press.
- Weiler Joseph H.H. 1991: *The Transformation of Europe*, *Yale Law Journal* 100, 2403-2482.
- Werblowsky R.J. Zwi 1962: *Joseph Karo: Lawyer and Mystic*, London: Oxford University Press.
- Wiethölter Rudolf 2003: *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in : G. Teubner/C. Joerges (Hrsg.) *Rechtsverfassungsrecht, Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 13-21.
- Wobbe Theresa 2000: *Die Weltgesellschaft*, Bielefeld: Transcript.
- Zumbansen Peer 2002: *The Privatization of Company Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self Regulation*, in: *Juridicum*, 136-145.
- 2003: *Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 67, 637-682.

RECHTSMUTATION ZU GENESE UND EVOLUTION DES RECHTS IM TRANSNATIONALEN RAUM

In order to cope with transnational law, we have to abandon hierarchical legal models which, up to the present, have dominated western legal discourse. In the emergence of a new world society, law is undergoing a mutation. This mutation is here understood as a new form of interaction with legal texts. While law has been interpreted until now with regard to auctoritas, i.e. to an external reference (e. g. God, the King, the Pope, the Legislator), this mode of interaction with the legal text can no longer grasp new normative phenomena which in the recent literature have been subsumed under the concept of transnational law. The authors take inspiration from the Jewish model of interpretation of legal texts – as an example of an alternative and more adequate approach to global legal phenomena – and try to elaborate this argument on the basis of European private law.

Key words: *transnational law, legal models, interpretation of law, european private law*