

Recht als Tohuwabohu und als Menschheitstraum - Oder: Gibt es einen Begriff des Rechts?

Law as "tohu-bohu" and as a dream of humankind - Or: Is there a concept of law?

Gerhard Struck

translated by Gareth Norbury

I. Eine Vorschau¹

Tohuwabohu ist in der biblischen Schöpfungsgeschichte der Zustand der Welt, der herrscht, bevor Gott das Licht schuf und Himmel und Erde trennte. Das Wort steht – mit einer starken Tradition – hier für Unvorstellbares, für Diffuses, für etwas, das jeglicher Differenzierung (noch) mangelt, aber das der Gestaltung offen ist. Ein Langtitel „Das Scheitern wissenschaftstheoretisch unterschiedlicher Ansätze zu einer Definition von Recht und ein Angebot einer Konsequenz daraus“ hätte auch schon viel zu viel Sicherheit der Aussagen versprochen. Es kommt mir darauf an, zu einem Prozess des Nachdenkens einzuladen.

Meine Gedanken kreisen um die Frage, ob es überhaupt ein Recht gibt, wobei man die Frage betonen kann auf dem ein (!) Recht und auf dem ein Recht (!). Platt gefragt: Was ist Recht, was macht Recht

I. Preview¹

Tohu-bohu is, in the biblical history of creation, the state of the world that prevailed before God created light and separated heaven and earth. The word here stands – with a strong tradition – for the inconceivable, the diffuse, for something that (still) lacks any differentiation but will allow itself to be formed. A long title, such as “The failure of various approaches of scientific theory to provide a definition of law and an attempt to describe the consequences arising therefrom”, would have conferred far much too much certainty on the following statements. I would very much like to invite others to consider matters further.

My thoughts revolve around the question of whether there is a law, whereby one can emphasise the question as follows: is there *a* law, or is there a *law*. In blunt terms: what is law; what constitutes law? First, in

1 Eine kürzere Fassung dieses Textes wurde vorgebracht auf dem Workshop „Das Andere des Rechts - Dimensionen der Rechtskritik in der Gegenwart“ - Interdisziplinärer Workshop der Sektion Rechtssoziologie der Deutschen Gesellschaft für Soziologie (DGS), der Sektion Theorie der Gesellschaft für interdisziplinäre wissenschaftliche Kriminologie (GiwK) und des Law & Society Institute Berlin (LSI Berlin) 17. und 18. Juli 2009. Der Autor dankt den TeilnehmerInnen dieser Veranstaltung für interessante Diskussionsbeiträge.

1 A shorter version of this text was presented at the workshop “Das Andere des Rechts - Dimensionen der Rechtskritik in der Gegenwart” – Interdisciplinary Workshop of the Legal Sociology Section of the German Sociology Association (DGS), the Theory Section of the Association for Interdisciplinary Scientific Criminology (GiwK) and the Law & Society Institute of Berlin (LSI Berlin) on 17 and 18 July 2009. The author wishes to thank the participants for their interesting contributions to the discussions.

aus? Zuerst (2.) will ich in aller Kürze Hinweise dazu geben, dass es bisher keinen problemlosen Begriff des Rechts gibt. Was es gibt, sind vielerlei Anknüpfungspunkte und vielerlei Aspekte, ein Tohuwabohu. Damit ist die Frage aufgeworfen (3.), welche Wissenschaftstheorie am ehesten mit einem solchen Phänomen umgehen kann. Ich sehe drei Forschungstraditionen, die eine entsprechend leistungsfähige Begrifflichkeit versprechen, nämlich den empirisch-analytischen Ansatz, die Ideen Foucaults und die deutsche Systemtheorie. Alle drei sind näher zu diskutieren, und das Ergebnis ist ein non liquet. Keiner der drei Ansätze ist so ungeeignet, dass weiteres Nachdenken darüber nicht lohnt, aber keiner überzeugt und keiner ist offenbar den anderen vorzuzugewürdig. So meine These zum Hauptteil. Zum letzten kurzen Abschnitt (4.) will ich die Ebene der Überlegungen wechseln und mich auf das Geschäft der Vermutungen einlassen. Könnte es sein, dass Großphänomene wie Kunst und Recht erstens einer begrifflichen Klärung nicht zugänglich sind und zweitens trotzdem unentbehrlich sind, nämlich unentbehrlich als ein Kristallisationskern von Menschheitswünschen, die man in diesen Zeiten nur träumen kann.

II. Zum Stande der Wissenschaft vom Recht

Recht ist ein Wort und wird in Ländern, die mit unserer Kultur in einer langen gemeinsamen Tradition stehen, ebenfalls mit einem Wort übersetzt. Law, droit, diritto, derecho usw. Recht wird als Eines, ein Ganzes, eine Einheit, und oft sogar als eine Entität angesehen, ohne dass ausreichend geprüft wird, ob dem so ist. Sucht man nach einer Einheit, so muss man sich sehr schnell von der Idee trennen, solche Einheit könne eine Idee sein wie Gerechtigkeit. Hier gerät man immer nur in Zirkelschlüsse. Genausowenig tragfähig ist die herrschende Meinung², nämlich eine Ausfüllung des Rechtsbegriffs durch Staatlich-

(2.), I wish to show briefly how there has never been a problem-free concept of law. What we have are all sorts of connecting factors and all sorts of aspects, in other words, a tohu-bohu. Thus the question arises, in (3.), as to how a scientific theory can best address such a phenomenon. I see three research traditions that offer an effectively adapted conceptual field, namely the empirical-analytical approach; the ideas of Foucault; and the German systems theory. All three can be discussed in more detail, and the outcome is a non liquet. None of the three approaches is so unsuitable as to be unworthy of further consideration, but none is fully convincing and none is clearly preferable to the others. This is the main thrust of my thesis. In the short last section (4.) I wish to change the basis of consideration and address the matter of the assumptions made. Could it be that major phenomena such as art and law are, first, not open to conceptual clarification and yet are, second, indispensable, i.e. indispensable as a seed crystal for the desires of humankind that we can in these times only dream.

II. On the condition of the science of law

Law is a word and, in countries having a long common tradition with our culture, is likewise translated with one word: *Recht, droit, diritto, derecho*, etc. Law is seen as one, as a whole, as a unity, often even as an entity, without sufficient examination as to whether it in fact is so. If we are looking for a unity, we must very soon abandon the idea that such a unity can be an idea like fairness. Here we simply go round in circles. Just as unsustainable is the prevailing opinion² that would imbue the concept of law with statehood and the monopoly of force. To keep matters short I will here quote as an authority Reinhard Zimmermann, the Director of

keit und Gewaltmonopol. Zur Abkürzung zitiere ich als Autorität dazu den Direktor des Max-Planck-Instituts in Hamburg, Reinhard Zimmermann, der sich seinerseits einleitend auf Eugen Ehrlich bezieht. Schon vor rund 100 Jahren wandte dieser sich gegen die Gleichsetzung von Nationalstaat und Recht.

„Es ist dem Recht weder begriffswesentlich, dass es vom Staate aus gehe, noch, dass es die Grundlage für die Entscheidungen der Gerichte oder anderer Behörden oder für den darauf folgenden Rechtszwang abgebe.“³

Dies schrieb im Jahre 1913 Eugen Ehrlich. MPI-Direktor Zimmermann kommentiert im Jahre 2008:

„Heute werden wir uns der Bedeutung dieser Einsicht für unser Verständnis von Recht und Rechtentstehung voll bewusst. Das hängt zusammen mit einer der charakteristischen Phänomene der modernen Welt: Der stetig zunehmenden ‚Globalisierung‘ so gut wie aller Lebensbereiche – Wirtschaft, Kommunikation und Kommunikationstechniken, Kriminalität, Wissenschaft, Sport und vieles mehr ... Viele Regelungsprobleme, die sich angesichts der Globalisierung stellen, überfordern den nationalstaatlichen Gesetzgeber. Die ICANN vergibt Domain-Namen und verwaltet IP-Adressen. Internationale Sportverbände stellen Regelwerke auf, nach denen sich zu richten hat, wer bei Weltmeisterschaften oder olympischen Spielen Medaillen gewinnen möchte. Für den internationalen Handelsverkehr sind Standards und Klauselwerke maßgeblich, die, wie die incoterms, von privaten Organisationen aufgestellt werden. Wissenschaftlergruppen entwerfen ‚Grund-

the Max Planck Institute in Hamburg, who for his part refers to Eugen Ehrlich as an introduction. Some 100 years the latter opposed the equating of the nation-state with law.

“It is neither essential for the law in conceptual terms that it derives from the state, nor that it forms the basis for the decisions of the courts or other authorities or for the consequential obligations under the law.”³

Eugen Ehrlich wrote this in 1913. Reinhard Zimmermann comments in the year 2008:

“Today we are becoming fully aware of the meaning of this view for our understanding of law and how law develops. This relates to one of the characteristic phenomena of the modern world: the constantly increasing ‘globalisation’ in practically every area of life – economics, communications and communication technologies, crime, science, sport and much more besides ... Many of the regulatory problems that arise as a consequence of globalisation simply overwhelm the legislators of a nation-state. ICANN assigns domain names and administers IP addresses. International sports federations determine sets of rules that must be obeyed by anyone wishing to win world championship events or Olympic medals. Standards and sets of clauses introduced by private organisations (e.g. incoterms) govern international trade. Groups of scientists draft ‘basic rules’ of European contract law and international commercial law which are then used by international arbitration tribu-

2 Richtig gesehen z.B. bei Vesting, Thomas: Rechtstheorie, Beck: München (2007) Rz. 184; er spricht beschreibend von der „staatsfixierten Verengung des Geltungsproblems“.

3 Zitat und Nachweis siehe Reinhard Zimmermann, NJW 2008, 3331.

2 Correctly perceived in e.g. Vesting, Thomas: Rechtstheorie, Beck: Munich (2007) rec. 184; he describes the “state-fixed narrowing of the validity problem”.

3 For quotation and evidence see Reinhard Zimmermann, NJW 2008, 3331.

regeln' des europäischen Vertragsrechtes und des internationalen Handelsrechts, die von internationalen Schiedsgerichten angewandt werden und Hin und Wieder sogar nationale Reformgeber beeinflusst haben. Private Normensetzung ... erscheint aber als besonders problematisch. So stellt sich insbesondere die Frage der Legitimation...“⁴

Angesichts dessen ist die Identifikation von Recht mit einer begrifflich verfassten Pyramide, beginne sie bei Verordnungen und ende sie beim Völkerrecht, passé. Statt dessen werden alte Grundlagenprobleme, über die man Jahrzehnte und Jahrhunderte lang tunlichst geschwiegen hatte, plötzlich virulent. Das gängige Verständnis von „Recht“ meint das positive Recht, so wie es im Bundesgesetzblatt zu lesen war, aber vorrangig in den Teilen, die deckungsgleich Normenkorbsetz unserer Sozial- und Wirtschaftsverfassung sind. Recht ist in dieser Vorstellung eine neuerliche und verstärkte Wiederholung der Normen, die auch ohne Bundesgesetzblatt in einer kapitalistischen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung wesentlich sind. Eigentum und Vertrag sind nicht nur gesellschaftlich gelebte und die Gefilde der Wirtschaft bestimmende Ideen, sondern Eigentum und Vertrag sind zugleich Rechtsbegriffe.

Aber so einfach ist das nicht. Auf einer ersten Ebene ist daran zu erinnern, dass unser Recht keineswegs nur kapitalistische Zustände abbildet, sondern auch archaisches unverstandenes Traditionsgut, ohne das ein Kapitalismus gut auskommen könnte. Erinnern will ich nur an das Standardbeispiel der Soziologie für ein Tabu, an das Inzesttabu. Der Bruch des Tabus ist jetzt vom Bundesverfassungsgericht mit 7 zu 1 Stimmen in einer Senatsentscheidung⁵ für strafwürdig erklärt worden. Vergeblich hat

nals and can even influence national reformers. The imposition of private standards... however appears to be particularly problematic. Thus the particular question of legitimation arises...“⁴

In the light of this, the identification of law with a conceptually structured pyramid, beginning with regulations and ending with international law, is now passé. Instead of this, the old basic problems that had wherever possible been hushed up for decades, even centuries, are suddenly back with a vengeance. The usual understanding of “law” means the positive law, as was for example to be read in the Federal Law Gazette, but above all in the parts that form a congruent girdle of regulations for our social and economic constitution. According to this view, law is a repeated and intensified repetition of the standards that are vital to a capitalistic social and economic order, even in the absence of the Federal Law Gazette. Property and contract are not just ideas experienced socially that determine the realms of the economy: property and contract are at the same time legal terms.

But it is not that simple. On the first level we should remember that our law does not solely represent the conditions existing under capitalism, but also archaic, misunderstood tradition, without which capitalism could get along just fine. I would simply refer to the standard sociological example of a taboo, the taboo against incest. Breaking this taboo was ruled punishable by the Federal Constitutional Court by a margin of 7 votes to 1 in a decision of the Senate⁵. In vain did Judge Hassemer dissent from this rul-

4 Reinhard Zimmermann, *ibid.*

5 BVerfG Beschluss vom 26. Februar 2008, 2 BvR 392/07.

4 Reinhard Zimmermann, *ibid.*

5 Federal Constitutional Court ruling dated 26 February 2008, 2 BvR 392/07.

Hassemer als Einzelner⁶ dagegen gehalten, dass Strafe nur aus vernünftigen Gründen erfolgen könne, und solche vernünftigen Gründe für eine Strafbarkeit des Geschlechtsverkehrs zwischen Bruder und Schwester vollständig fehlen. Ebenso enthält unsere Gesellschaft vom Recht bestätigte feudale Elemente wie Treue und Fürsorge zwischen Dienstherrn und Beamten oder wie den Entzug von Orden und Ehrenzeichen aus dem Kreis der handelbaren Gegenstände⁷. Auch der Frühkapitalismus, der unser Kapitalismus nun eigentlich nicht mehr sein kann, lebt im Recht fort, z.B. in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Knebelungsverträgen.⁸ Der Unternehmer darf sich seiner unternehmerischen Freiheit nicht berauben, so meinte man in den Zeiten des Manchester-Kapitalismus. – Zur Moderne: Bereitwillig hat das deutsche Parlament am 17. 10. 2008 mit Wirkung vom 18. 10. 2008 vormittags, in § 6 des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes über 400 Milliarden Euro verfügt. War die Krise entstanden dadurch, dass Finanzjongleure binnen Sekunden Transaktionen über Kontinente hinweg vornehmen konnten, so ist die Krise bewältigt, weil am 18.10.2008 gleichzeitig (!) aller Welt (!) die Information übermittelt (!) wurde: Man bekundet Bereitschaft zu zahlen, damit man nicht zahlen muss. Neuzeitlicher Staatsinterventionismus ist also gesteigert durch die Computertechnologie, die dann auch die Rechts- und Politikkommunikation über die Krisenbewältigung ermöglichen soll. So funktionieren Normen der Kodifikationsära jedenfalls nicht. Hier ist völlig Neues geschehen. Zum Scheitern verurteilt ist auch die Suche nach tragfähigen Grundbegriffen von Recht. Während früher

ing⁶, arguing that punishment can only be on reasonable grounds and that the reasonable grounds for punishing sexual intercourse between brother and sister were completely absent. Likewise our society contains feudal elements confirmed by the law, such as loyalty and the duty of care between employer and public employee, or the removal of medals and decorations from the inventory of tradable items⁷. Even early capitalism, to which our capitalism can no longer revert, lingers on in law, e.g. in the jurisprudence regarding the unconscionability of lopsided contracts.⁸ The entrepreneur may not deprive himself of his freedom to conduct business: this was the prevailing view in the era of the Manchester school of capitalism. Fast-forward to the modern era: on 17 October 2008, with effect from the morning of 18 October 2008, the German Parliament readily made available 400 billion euros via paragraph 6 of the law establishing a stabilisation fund for the financial markets. If the crisis was the result of financial conjurors performing practically instantaneous transactions between continents, then the crisis was mastered because on 18 October 2008 the entire world (!) was simultaneously (!) informed of this (!): we state our readiness to pay so that we will not have to pay. Modern state interventionism is thus heightened by computer technology which in turn also enables the communication of law and policies regarding the handling of the crisis. The laws of the codification era did not at any rate function in this way. This was something completely new. The search for sustainable basic ideas of law is also doomed to failure. Whereas in former times the notion of “legal personality” appeared to

6 Ibid. diss.vote.

7 Siehe z.B. Staudinger, Kommentar zum BGB, (Neubearbeitung 2003), Bearbeiter Sack, § 138, Rz 478.

8 Siehe z.B. Münchener Kommentar zum BGB, Beck: München (2006), 5. Aufl, Bearbeiter Armbrüster, § 138 Rz 71.

6 Ibid. diss. vote.

7 See e.g. Staudinger, commentary on the Civil Code (revised version 2003), author Sack, § 138, rec. 478.

8 See e.g. Münchener Kommentar on the Civil Code, Beck: Munich (2006), 5th ed., author Armbrüster, § 138 rec. 71.

„Rechtssubjekt“ eine Basis zu geben schien, entgeht man heute nicht der Frage nach Netzwerken.

Ganz unterschiedliche Prinzipien regieren die Sphäre der Produktion und Zirkulation von Gütern und die Sphäre der sozialen Reproduktion, demographisch, in den Werten, in der sozial bestimmenden Kultur. Nimmt man das Unterhaltsrecht der Kinder gegenüber ihren Eltern als exemplarisches Familienrecht, so ist es den kapitalistischen Strukturen nicht fremd, sondern diametral entgegengesetzt⁹.

Ein anderes ungeklärtes Grundlagenproblem ist der Gegensatz von Normen, die gesellschaftliche Zustände abbilden und affirmieren, im Verhältnis zu Normen, die auf situative Konfliktlösung ausgerichtet sind. Man erinnere sich: Der weltweit und über die Jahrtausende berühmteste aller Juristen ist König Salomo, und seine Berühmtheit basiert auf einem Urteil ohne Rechtssystem und ohne Instanzenzug¹⁰. Die Entsprechung von Recht und kapitalistischer Gesamt-Gesellschafts-Verfassung hat Grenzen. Versucht man ein Recht von Grundbegriffen wie Eigentum, Vertrag, körperliche Integrität aus zu konstruieren, so muss man bald einsehen: Die Grundprinzipien ergeben nicht zugleich bereits die Konfliktlösungen. Nur ein Beispiel von Relevanz: Auf der Ebene der Prinzipien verständigt man sich leicht, dass körperliche Integritätsverletzung nicht ohne Folge bleiben dürfen; wie hoch dann allerdings ein

provide a basis, the issue of networks can now no longer be avoided.

Completely different principles govern the sphere of the production and circulation of goods and the sphere of social reproduction, demographically, in its values, in the socially determining culture. If we take the right of children to be maintained by their parents as an exemplary family law, this is not outside the structures of capitalism, but rather diametrically opposed to them⁹.

Another unresolved basic problem is the contrast between rules that represent and affirm social conditions and rules that are aimed at situational conflict resolution. Let us recall that the most famous of all jurists, worldwide and for thousands of years, is King Solomon, and his fame is based upon a judgment that involved neither a legal system nor any right of appeal¹⁰. The correspondence of law and the capitalistic total-society constitution has its limits. If we try to design a law from fundamental ideas such as property, contract or physical integrity, we soon see that the basic principles do not simultaneously result in conflict resolution. To give just one relevant example: in terms of principles, it is easy to agree that injuring a person's physical integrity cannot remain without consequences; but such principles do not tell us how much must be paid by way of damages or whether compensation, satisfaction or sanctions will bring about the

9 Genauer dazu Gerhard Struck, Warum ist das Recht der Kindschaft so schwierig? In: Reinhard Bork/Tilman Repgen (ed.): Das Kind im Recht, S. 199, Duncker & Humblot: Berlin (2009).

10 Wobei auch das letztere wichtig ist; vgl. zu den Eigenheiten situativer Konfliktlösung exemplarisch: Gerhard Struck: Salomonisches Urteil und dogmatische Rechtswissenschaft, in: Zivilprozess und Praxis – Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahres, Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis, Herne (1997), S. 1 ff.

9 See in more detail Gerhard Struck, Warum ist das Recht der Kindschaft so schwierig? In Reinhard Bork/Tilman Repgen (ed.): Das Kind im Recht, p. 199, Duncker & Humblot: Berlin (2009).

10 Whereby the latter is also important; see as an example on the peculiarities of situational conflict resolution: Gerhard Struck: Salomonisches Urteil und dogmatische Rechtswissenschaft, in Zivilprozess und Praxis – Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahres, Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis, Herne (1997), p. 1 ff.

Schmerzensgeld bemessen werden muss, und ob Ausgleichung, Genugtuung oder Sanktion die richtige Feinsteuerung des Ergebnisses bringen, dass ist von den Prinzipien nicht entschieden. Im bürgerlichen Prozessrecht wird das Problem der situativen Konfliktlösung noch deutlicher. Kraft ausdrücklicher Anweisung in der Zivilprozessordnung soll der Richter in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung bedacht sein. (Was sagt eigentlich das Verb „bedacht sein“?). Das scheint im großen Umfange zu erfolgen, jedenfalls, wenn man die „gütliche Einigung“ identifiziert mit einem gerichtlichen Vergleich. Manchmal mag das der Fall sein. Aber was bedeutet gütliche Einigung? Hier greift die Rechtsordnung auf ein Konzept zurück, dessen Voraussetzungen, Inhalte und Folgen sie in keiner Weise überprüfen kann. Der Rationalitätsgrad ist derselbe wie das Glauben an eine Erzählung, wonach das Tohuwabohu in einem Schöpfungsakt beseitigt worden ist. Der deutsche Richter arbeitet mit konkurrierenden Arbeitsanweisungen, von denen schwer zu sagen ist, ob sie nur widersprüchlich sind oder hinsichtlich des Ergebnisses völlig diffus.

Diese Andeutungen sollen hier die Einschätzung plausibel gemacht haben, dass das Recht ein Tohuwabohu ist.

III. Drei wissenschaftstheoretische Ansätze der Begriffsbestimmung

1. Die empirisch analytische Wissenschaftstradition. Sie hat in ihrer eigenen Praxis immer einen direkten Zusammenhang von Phänomenen mit der Frage der Definition von Begriffen gesehen. Dabei stand im Vordergrund des Interesses die klassische Definition durch *genus proximum et differentia specifica*. Für die vielfältigen und zugleich diffusen Begriffe des Rechts ist eine deutliche Fortentwicklung dieses Ansatzes zu diskutieren. Ich zitiere den britischen Kunsttheoretiker Berys Gaut: „Die Cluster-Theorie“ stellt aber auch noch

correct result. The problem of situational conflict resolution becomes even clearer in civil procedural law. The code of civil procedure expressly stipulates that the judge should at each stage of the proceedings be mindful of reaching an amicable agreement. (What does “be mindful” actually mean?) That at any rate seems generally to occur if we identify the “amicable agreement” with a judicial settlement. This may sometimes be the case. But what does an amicable agreement mean? Here the legal system falls back on a concept whose conditions, content and consequences it can in no way examine. This is as rational as believing in a story where the tohu-bohu was eliminated by an act of creation. German judges work with competing working instructions and it is hard to say whether these are merely contradictory or completely diffuse as regards the result.

These suggestions are intended to make plausible the notion that law is a tohu-bohu.

III. Three approaches to a definition based on scientific theory

1. The empirical-analytical scientific tradition. This has always seen in its own practice a direct connection between phenomena and the question of the definition of concepts. The classic definition by means of *genus proximum et differentia specifica* was of greatest interest. A clear further development of this approach must be discussed for the numerous and simultaneously diffuse concepts of law. I quote the British art theoretician, Berys Gaut: “More strongly, the cluster account also claims that if fewer than all the criteria are instantiated, this is suffi-

eine stärkere Behauptung auf, nämlich, dass wenn weniger als alle Kriterien instantiiert sind, auch dies für die Anwendung des Begriffs hinreichend ist. ... Es gibt keine Eigenschaften, die einzelnotwendige Bedingungen dafür sind, dass der Gegenstand unter den Begriff fällt; ... obwohl es keine einzelnotwendigen Bedingungen für die Anwendung eines solchen Begriffs gibt, gibt es disjunktiv notwendige Bedingungen; d. h. es muss wahr sein, dass einige der Kriterien zutreffen, wenn ein Gegenstand unter den Begriff fällt.“¹¹

Soweit Gaut (in deutscher Übersetzung), der vor dem historisch neuen Problem der Definition von Kunst stand. Wenn man nicht den Zusammenhang der Alltagssprache verlieren will, dann muss man jedenfalls als Problem die Frage ernst nehmen, was einen in Alkohol schwimmenden toten Hai, eine in Richtung Erdmittelpunkt getriebene Messingröhre, die Aufführung eines Flötenkonzertes von Vivaldi, den Auftritt von Gustav Gründgens als Mephisto auf der Kinoleinwand, als Kunst zusammenhält. Cluster-Theorie nimmt ihren Ausgangspunkt bei Cluster als Denkinstrument der Statistik. Dort hat man die Erfahrung gemacht, dass es sinnvoll sein kann, sich mit Phänomen zu beschäftigen, deren Charakteristika oder Kriterien oder Eigenschaften sich nur als Wolke abbilden lassen und in keiner Dimension 100%-ig durchgängig sind. Wenn man sich schon für solche Phänomene interessiert, dann ist es auch konsequent, einzelne Kriterien oder Elemente in die Überlegung und Darstellung einzubeziehen, deren Binnenstruktur als diffus kritisiert werden. Recht wäre demnach weithin durch Bindung an Nationalstaaten gebunden, ein Stück weit und auch darüber hinausgehend durch einen Zusammenhang mit Gewalt, durch Gestaltungsaufgaben, die

cient for the application of the concept. Second, there are no properties that are individually necessary conditions for the object to fall under the concept [that it] must possess. These conditions together entail that though there are sufficient conditions for the application of a cluster concept, there are no *individually* necessary conditions: that is, it must be true that some of the criteria apply if an object falls under the concept.”¹¹

Thus Gaut on the historically recent problem of the definition of art. If we do not wish to lose the connection of everyday language, we have to take this problematical question seriously: what do a dead shark swimming in alcohol, a brass tube driven towards the centre of the earth, the performance of a Vivaldi flute concerto or the Gustav Gründgens’ cinematic portrayal of Mephisto have in common as art? Cluster theory takes as its starting point the cluster used in statistics as a thinking tool. It has been found helpful to consider phenomena whose characteristics or criteria or properties can only be represented as a cloud and are not 100% constant in any one dimension. If we are indeed interested in such phenomena, it is also consistent to include in our consideration and representation those individual criteria or elements whose internal structure is criticised as diffuse. Law would therefore to a large extent be bound through its connection to nation-states – to a certain extent and possibly more so by its combination with force – through organisational tasks that in individual nation-states are partially performed by the state, and partially elsewhere. What does such a concept offer? The following appears to me positive: there is unfortunately far too little discussion over

11 Berys Gaut, “Kunst“ als Clusterbegriff, S. 142 f. in: Bluhm/Schmücker (ed.): Kunst und Kunstbegriff, mentis: Paderborn (2002).

11 Berys Gaut, “Art“ as a Cluster Concept, in Noël Carroll (ed.): Theories of Art Today, The University of Wisconsin Press, (2000), p. 26).

zum Teil in einzelnen Nationalstaaten vom Staat erledigt werden, zum Teil anderswo. Was leistet ein solcher Begriff? Positiv erscheint mir folgendes: Es gibt leider viel zu wenig Diskussion darüber, was häufig oder in der Regel in Diskussionen unter WissenschaftlerInnen mit „Recht“ gemeint ist. Das Erfordernis der Explikation von Definitionsansätzen, die nicht durchgängig sind, ist aktuell eine Forderung nach mehr Klarheit des Denkens.

Das Hauptproblem des Clusterbegriffs ist allerdings wesentlich deutlicher und schneller zu finden als sein Vorteil. In der Statistik zielt die Cluster-Analyse auf Begleitung von praktischen Problemlösungen ab, bei denen doch gewisse Randbedingungen vorgegeben sind. Es geht dann um Tausende von Patienten, die Elemente eines Krankheitssyndroms zeigen, oder jedenfalls um viele (z.B.) Verkaufsvorgänge. Aber: Die Bereiche des Rechts (Bürgerliches Recht, Strafrecht, öffentliches Recht, Völkerrecht) die Recht bilden, sind keine statistisch bearbeitbare Vielzahl. Das lässt deutlicher hervortreten, dass die Grundgrößen der Beschreibung vom agierenden Subjekt, der Wissenschaftlerin und dem Wissenschaftler, willkürlich gesetzt werden. Wer ein Cluster von Eigenschaften entdecken möchte, ist immer auf die Intuition angewiesen, die er in der je konkreten sozialen Umgebung mehr oder minder ausgeprägt mit anderen teilt.

Genau so weit (aber nicht weiter) führt der Versuch, „Clusterbegriff“ als analytisches Instrument gleichzusetzen mit „Familienähnlichkeit“ im Sinne der Wittgenstein'schen Philosophischen Untersuchungen¹². In der Hauptsache hat „Familienähnlichkeit“ die Eigenschaft einer gut gewählten Metapher: Anregend, aber für Problemlösungen zu unscharf.

what is frequently or usually meant by the term “law” in discussions between scientists. The requirement for an explication of attempts at definition that are not universal is now a call for more clarity of thinking.

The main problem of the cluster concept however manifests itself much more clearly and rapidly than its advantages. In statistics, a cluster analysis aims to accompany practical solutions to problems that possess certain boundary conditions. It may concern thousands of patients who evidence elements of a disease syndrome, or perhaps a large number of sales processes. But the fields of law (civil law, criminal law, public law, international law) that constitute law are not simply an assortment that can be processed statistically. This serves to emphasise that the parameters of the description are arbitrarily set by the agent, i.e. the scientist. Anyone wishing to discover a cluster of properties is always dependant on the intuition that they to a certain degree share with others in their respective concrete social environments.

The attempt to equate “cluster concept” as an analytical tool with “family resemblance” in the sense of Wittgenstein's Philosophical Investigations¹² gets us just as far, but no further. In essence, “family resemblance” has the property of a well-chosen metaphor: stimulating, but not precise enough for problem solving.

2. Foucault. Recht könnte ein „Dispositiv“ sein. In der klassischen Passage sagt Foucault:

„Was ich unter diesem Titel festzumachen versuche ist erstens ein entschieden heterogenes Ensemble, das Diskurse, Institutionen, architekturelle Einrichtungen, reglementierende Entscheidungen, Gesetze, administrative Maßnahmen, wissenschaftliche Aussagen, philosophische, moralische oder philanthropische Lehrsätze, kurz: Gesagtes ebenso wie Ungesagtes umfasst. Soweit die Elemente des Dispositivs. Das Dispositiv selbst ist das Netz, das zwischen diesen Elementen geknüpft werden kann. Zweitens möchte ich in dem Dispositiv gerade die Natur der Verbindung deutlich machen, die zwischen diesen heterogenen Elementen sich herstellen kann. ... Drittens verstehe ich unter Dispositiv eine Art von – sagen wir – Formation, deren Hauptfunktion zu einem gegebenen historischen Zeitpunkt darin bestanden hat, auf einen Notstand (urgence) zu antworten. Das Dispositiv hat also eine vorwiegend strategische Funktion. Das hat z.B. die Resorption einer freigesetzten Volksmasse sein können, die einer Gesellschaft mit einer Ökonomie wesentlich merkantilistischen Typs lästig erscheinen musste ...“¹³

2. Foucault. Law as an “apparatus” (*dispositif*). Foucault’s classic passage states:

“What I’m trying to pick out with this term is, firstly, a thoroughly heterogenous ensemble consisting of discourses, institutions, architectural forms, regulatory decisions, laws, administrative measures, scientific statements, philosophical, moral and philanthropic propositions – in short, the said as much as the unsaid. Such are the elements of the apparatus. The apparatus itself is the system of relations that can be established between these elements. Secondly, what I am trying to identify in this apparatus is precisely the nature of the connection that can exist between these heterogenous elements. ... Thirdly, I understand by the term “apparatus” a sort of – shall we say – formation which has as its major function at a given historical moment that of responding to an urgent need. The apparatus thus has a dominant strategic function. This may have been, for example, the assimilation of a floating population found to be burdensome for an essentially mercantilist economy...“¹³

-
- 12 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp: Frankfurt/Main 1977, Nr. 67; bei englischen Autoren hat diese Idee stärkere Aufmerksamkeit gefunden als in Deutschland, vgl.: George Dickie: *Art and the Aesthetic – an Institutional Analysis*, Cornell: Ithaca (1974), S. 21 ff, mit Hinweis auf Morris Weitz: *Family Resemblances and Generalizations Concerning the Arts*, in: Morris Weitz (ed) *Problems in Aesthetics*, London 1970, S. 181.
- 13 *Dispositive der Macht – Michel Foucault: Über Sexualität, Wissen und Wahrheit*, Merve: Berlin (1978), S. 119; mit Übersetzungsvarianten in: Clemens Kammler/Rolf Parr/Ulrich Johannes Schneider (ed) *Foucault-Handbuch*, Verlag Metzler: Stuttgart (2008), S. 239

-
- 12 Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Suhrkamp: Frankfurt/Main 1977, No. 67; this idea has received more attention from English-speaking authors than it has in Germany, see George Dickie: *Art and the Aesthetic – an Institutional Analysis*, Cornell: Ithaca (1974), p. 21 ff, referring to Morris Weitz: *Family Resemblances and Generalizations Concerning the Arts*, in Morris Weitz (ed.) *Problems in Aesthetics*, London 1970, p. 181.
- 13 Michel Foucault: *Dits et Écrits, 1954 – 1988, III, 1976 – 1979*, Édition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald, Paris: Gallimard (1994), p. 299.

Es gibt nun zwei Wege, die man einschlagen kann. Die Foucault-Wissenschaft könnte versuchen, Eigenschaften von Recht unter eine Definition zu subsumieren, in der Foucaults zitierte Bemerkungen aufgefangen würden. Die Fülle der angesprochenen Aspekte ergäbe dann leicht ein Buch; allerdings könnte es diesem Buch dann passieren, dass es mit eben solcher Kritik bedacht würde, wie ein anderes Stück der Sekundärliteratur. Dies Buch, so ein Rezensent, „gehört ebenso in die Bad-Bank für theoriegeschichtliche Altpapiere wie große Teile von Foucaults Schriften“.¹⁴ In der Tat muss bezweifelt werden, dass sich die sprunghafte Gedankenführung und die Selbstverliebtheit der Rhetorik in klare Texte übersetzen lassen¹⁵. Meine These dazu ist: Die große positive Wirkung von Foucaults Denken und Schreiben beruht auf dem anregenden Effekt, der sich beobachten lässt. So hat die Diskussion zu Sicherheit in der aktuellen Gesellschaft von Foucault profitiert, auch wenn Sicherheitsdispositiv mal im Singular, mal im Plural gebraucht wird¹⁶. Foucaults schreibt nicht wie deutsche Autoren mit der Absicht, dass sein Text vom Leser in einem deutschen Sinne verstanden wird. Der Leser, der sich auf den Prozess des Suchens, Versuchens und auf den Prozess, Versuchen zu erliegen, einlässt, der ist der Adressat. Foucault war ein - sehr! - französischer Intellektueller! Für deutsche akademische Diskussionen um einen Begriff des

There are now two directions we can go. The science of Foucault could try to subsume the properties of law under one definition that would capture Foucault's quoted remarks. The abundance of the aspects addressed would easily fill a book; however, this book could then be subject to just the same criticism as any other piece of secondary literature. Such a book, according to one critic, “also belongs in the bad bank of historical theory, along with numerous other sections of Foucault's writings”.¹⁴ Indeed, it can be doubted whether Foucault's capricious train of thought and the self-love of his rhetoric can be translated into plain text¹⁵. My thesis here is that the major positive effect of Foucault's thinking and writing is based on its clearly observable stimulating effect. Thus the discussion on security in our current society has profited from Foucault, even though the term “security apparatus” is sometimes used in the singular and sometimes in the plural¹⁶. Foucault, unlike German authors, does not write with the intention that his text be understood by the reader in the German sense. The reader who engages himself in the process of searching and attempting, and is in the process of succumbing to temptations, is being addressed. Foucault was a – very! – French intellectual. For German academic discussions around a concept of law, this means that Foucault has different effects in different disciplines. In jurisprudence, the discrepancy between

14 Rudolf Walther: Die falsche Trias: Darwin-Nietzsche-Foucault; in: Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 6 (2009), S. 116, 118.

15 Der Versuch eines kongenialen Textes endet nach meiner Einschätzung konsequent bei denselben Problemen; als Beleg siehe Giorgio Agamben, Was ist ein Dispositiv? diaphnes: Zürich (2008), passim.

16 Siehe Patricia Purtschert, Katrin Meyer, Yves Winter, (ed.): Gouvernamentalität und Sicherheit, transcript: Bielefeld (2008); dort findet sich auch S. 40 im Text von Susanne Krasmann: „Sicherheitsdispositive“, auf S. 229 im Text von Demirovic „Sicherheitsdispositiv“.

14 Rudolf Walther: Die falsche Trias: Darwin-Nietzsche-Foucault; in Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 6 (2009), p. 116, 118.

15 The attempt to produce a pleasing text in my view consistently produces the same problem; as proof see Giorgio Agamben, Was ist ein Dispositiv? diaphnes: Zurich (2008), passim.

16 See Patricia Purtschert, Katrin Meyer, Yves Winter, (ed.): Gouvernamentalität und Sicherheit, transcript: Bielefeld (2008); “Sicherheitsdispositive” appears on p. 40 of Susanne Krasmann's text while “Sicherheitsdispositiv” appears on p. 229 of Demirovic's text.

Rechts bedeutet das, dass Foucault in unterschiedlichen Disziplinen unterschiedlich wirken wird. In der Rechtswissenschaft ist die Diskrepanz zwischen den hingeworfenen Bemerkungen, die intelligent und anregend sein mögen, und der Nachvollziehbarkeit und Generalisierbarkeit von Gedankengängen über Recht, einfach zu groß¹⁷. Wenn man diese Einschätzung näher substantiieren wollte, so könnte man aufzeigen, wie viele von den Aussagen Foucaults zu Recht nur Sinn für das Strafrecht machen. Angemessen, nämlich als Anregung zu neuen Erwägungen und Einsichten, verwendet Seibert „Dispositiv“¹⁸. In vielen Einzelbeobachtungen geht es ihm um das Justizdispositiv. Dieses ist bezogen auf die Justiz, die man in Frankreich und Deutschland erlebt, und zwar besonders im Strafrecht¹⁹. Ein Begriff des Rechts, der dem Tohuwabuhu gerecht wird, muss indes bei „Justiz“ zum Beispiel mit der Tatsache umgehen, dass es 125 unabhängige nicht-nationale Spruchkörper (Gerichte, Tribunale) gibt, die verfahrensabschliessende Rechtsentscheidungen über völkerrechtliche und andere Subjekte treffen können²⁰. Justiz existiert schon seit ihren Anfängen in Mehr-

Foucault’s remarks, for all their stimulating and intelligent qualities, and the comprehensibility and generalisation of his trains of thought concerning law¹⁷, is simply too great. If we wanted to substantiate this view more clearly, we could point to how many of Foucault’s statements on law only make sense in relation to criminal law. Seibert uses the term “apparatus” (*Dispositiv*)¹⁸ appropriately, i.e. as a stimulus to new considerations and insights. His many individual observations concern the apparatus of justice. This relates to justice as we know it in France and Germany, particularly in criminal law¹⁹. A concept of law that gives consideration to the tohu-buhu must thus as regards “justice” take into account the fact that there are for example 125 independent non-national panels (courts, tribunals, etc.) that can hand down final verdicts regarding international law and other matters²⁰. Justice has from its very beginnings existed in numerous forms (e.g. tribal or national), but the current multiplicity²¹ produces a complexity of its own that can no longer be intellectually mastered with any certainty²².

17 Nach Thomas Biebricher ist Foucault’s Rechtsverständnis deshalb so schwer nachzuvollziehen, weil es nur Folge von Überlegungen zu Macht gewesen sei, vgl. Macht und Recht, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (ed) *Neue Theorien des Rechts*, Lucius & Lucius: Stuttgart 2006, S. 139 ff, besonders S. 19 ff.

18 Siehe Seibert, Thomas-Michael: *Gerichtsrede – Möglichkeit und Wirklichkeit im forensischen Diskurs*, Duncker und Humblot : Berlin (2004), S. 21 und öfters; ders.: *Zeichen, Prozesse – Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*, Duncker und Humblot: Berlin (1996), S. 79 zum Dispositiv des (Straf-)Urteils. Ders.: *Dispositiv*, www.rechtssemiotik.de/DE/Begriffe, (abgerufen 18.9.2008).

19 Auch grosse Thesen zur Rechtswissenschaft sind bei näherer Diskussion nur eine Ebene tiefer, also z.B. nur im Öffentlichen Recht, fruchtbar; vgl dazu Augsberg, Ino: *Die Lesbarkeit des Rechts*, Velbrück: Weilerswist (2009), S. 9.

17 According to Thomas Biebricher, Foucault’s understanding of law is so difficult to follow because it was only a consequence of his considerations on power, see: *Macht und Recht*, in Sonja Buckel/ Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (ed.) *Neue Theorien des Rechts*, Lucius & Lucius: Stuttgart 2006, p. 139 ff, esp. p. 19 ff.

18 See Seibert, Thomas-Michael: *Gerichtsrede – Möglichkeit und Wirklichkeit im forensischen Diskurs*, Duncker und Humblot : Berlin (2004), p. 21 and passim; *ibid.* *Zeichen, Prozesse – Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*, Duncker und Humblot: Berlin (1996), p. 79 on the apparatus of sentencing. *Ibid.*: *Dispositiv*, www.rechtssemiotik.de/DE/Begriffe (accessed 18.9.2008).

19 Major theses on jurisprudence are on closer discussion only one level deeper, thus e.g. only useful in public law; see here Augsberg, Ino: *Die Lesbarkeit des Rechts*, Velbrück: Weilerswist (2009), p. 9.

zahl (z.B. tribal oder national), aber die heutige Vielzahl²¹ entfaltet ihre eigene, intellektuell nicht mehr sicher beherrschbare Komplexität²².

3.1. Systemtheorie. Man kann Luhmann so verstehen, das Recht als Begriff sinnvoll nur in der Zusammensetzung „Rechtssystem“ gebraucht werden kann. Ich gebe nur wenige Hinweise dazu und setze im Wesentlichen voraus, dass Luhmann „Das Recht der Gesellschaft“ in Umrissen präsent ist. Auf die Einzelheiten kommt es nämlich nicht an. Ein System, und auch das Rechtssystem, hat also eine Umwelt und es zeigt sich in kommunikativen Operationen. Diese Operationen konstituieren das Rechtssystem, weil sie einem bestimmten Code fol-

3.1. Systems theory. We can understand Luhmann to mean that law (*Recht* in German) can only be meaningfully used as a concept in the composite term “legal system” (*Rechtssystem*). I will simply make a few remarks here and assume a basic familiarity with Luhmann’s work “*Das Recht der Gesellschaft*”. I will not discuss matters in detail. Thus any system, including the legal system, has an environment and manifests itself in communicative operations. These operations constitute the legal system because they follow or do not follow a cer-

20 Siehe Fischer-Lescano, Andreas/ Teubner, Gunther: Regime-Kollisionen – Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Suhrkamp: Frankfurt/Main (2006), S. 8. Die dort nachgewiesene Auflistung wird immer weiter aktualisiert, und die Ziffer dürfte heute eher höher liegen. Der nationalstaatliche Rechtswissenschaftler kann nicht mehr wissen, wie viele Justizen es gibt. Das globale Problem ist nicht mehr mit einem IPR zu domestizieren.

21 Typisch, dass der grammatische Plural von „Justiz“ im gesprochenen Deutschen ziemlich unbekannt zu sein scheint.

22 Exempel: 1. Die „Kadi-Entscheidung“ des EuGH, die im Kampf gegen den Terror verhängte „smart sanctions“ betrifft, die von einer UN-Institution des Weltsicherheitsrats der UN als Recht verhängt werden, vgl. nur Kämmerer, Jörn Axel: Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Fall „Kadi“: Ein Triumph der Rechtsstaatlichkeit?, EuR 2009, S. 113 ff. Der Inhalt dieses Aufsatzes wird durch das Fragezeichen am Ende des Titels zusammengefasst. 2. Die „Lissabon-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts NJW 2009, 2267, Man vergleiche dazu FAZ „Kritik am Karlsruher Urteil zum Lissabon-Vertrag“, Frankfurter Allgemeine Zeitung 174/2009, S. 6, wo in einer Diskussion unter Rechtswissenschaftlern die Möglichkeit erwogen wird, dass jetzt ein Krieg zwischen dem EuGH und BVerfG eröffnet sei; mit dieser Metapher wird zu recht Abstand genommen von der alten Selbstverständlichkeit, dass zwischen Gerichtshöfen nur Recht und nichts anderes herrschen könne.

20 See Fischer-Lescano, Andreas/ Teubner, Gunther: Regime-Kollisionen – Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Suhrkamp: Frankfurt/Main (2006), p. 8. The listing provided is constantly being updated and the number may now be even higher. Legal scholars in nation-states are no longer in a position to know how many judiciaries there are. The global problem can no longer be tamed with rules on Conflict of Laws.

21 It is typical that the grammatical plural of *Justiz* seems to be unknown in spoken German.

22 Example: 1. The Kadi decision of the European Court concerning the smart sanctions imposed in the War on Terror, imposed as law by a UN institution of the UN World Security Council as law, see Kämmerer, Jörn Axel: Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Fall „Kadi“: Ein Triumph der Rechtsstaatlichkeit? EuR 2009, p. 113 ff. The views of this essay are summarised by the question mark following the title. 2. The “Lisbon decision” of the Federal Constitutional Court NJW 2009, 2267; compare also FAZ “Kritik am Karlsruher Urteil zum Lissabon-Vertrag”, Frankfurter Allgemeine Zeitung 174/2009, p. 6, where in a discussion between legal scholars the possibility is considered that war might break out between the European Court and the Federal Constitutional Court; this metaphor rightfully departs from the old assumption that only law and nothing else can prevail between courts of justice.

gen oder nicht folgen. Das Rechtssystem ordnet alle Kommunikationsakte dem binären Code Recht/Unrecht zu. Was diesem Code nicht unterliegt, mag irgendeinem anderen System zugehören, oder vielleicht auch gar keinem System, aber jedenfalls nicht dem Rechtssystem. Vesting hat diese Gedanken zur Basis seines Lehrbuchs „Rechtstheorie“ gemacht. Dabei hat Vesting mögliche Gegenpositionen in der Rechtstheorie diskutiert. Das ist sehr förderlich, wenn man z.B. verstehen will, was an Luhmanns Vorstellung vom Rechtssystem so viel moderner ist, als die herrschenden Meinungen, gehe es nun in der Normentheorie um die Normenpyramide Kelsens, oder in der Geltungsfrage um die immer noch herrschende Meinung, die staatliche Sanktion sei das Wesen der Rechtsnorm. Mir scheint eine Frage nach neuen Rechtskritiken wichtig: Wie verhält sich die Systemtheorie zu gerade dem modernen globalisierten, nationalstaatsunabhängigen und sanktionslosen Recht, das nach der Beobachtung des oben zitierten Direktors eines Max-Planck-Institutes ein Kennzeichen der Gegenwart ist und die Zukunft bestimmen wird? Darüber wird zu diskutieren sein und ich will mich mit zwei Bemerkungen beteiligen.

3.2. Zum einen hat Teubner das von Nationalstaaten entkoppelte und weithin sanktionslose Recht der Globalisierung mit der Fragestellung nach seiner Eigenheit diskutiert²³. Das Verbindende und Wichtige am Recht ist danach die Tatsache, dass es im Bedarfsfalle einen „Verfremdungseffekt“ auslösen kann. Wie das zwölfte Kamel in der bekannten Wandergeschichte wird es

tain code. The legal system assigns all acts of communication according to the binary code law-related/not law-related. Anything that is not subject to this code may belong to any other system, or perhaps even to no system, but at any rate not to the legal system. Vesting used these thoughts as the basis of his textbook on legal theory (“*Rechtstheorie*”), in which he discussed possible opposing standpoints in legal theory. This is very useful if we wish to understand for example what in Luhmann’s conception of the legal system is so much more modern than the prevailing opinions, whether the theory of rules relates to Kelsen’s pyramid of norms, or in the test of validity of the still dominant opinion that state sanctions are the essence of legal rules. One question of new criticisms of law appears to me important: How does systems theory perform in relation to the modern, globalised, nation-state independent and sanctionless law that, in Zimmermann’s view as quoted above, is a feature of the present and will determine the future? This must be discussed and I wish to contribute two remarks here.

3.2. On the one hand, Teubner has posited the question of the peculiar nature of the law of globalisation, decoupled from nation-states and largely sanctionless²³. The binding and important aspect of law is in his view the fact that it can in case of need provoke an “alienation effect”. Like the twelfth camel in the well-known tale, it is added and, following the treatment of a problem or

23 Gunther Teubner, *Rechtsentfremdungen: Der gesellschaftliche Mehrwert des zwölften Kamels*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21, 2000, 189 ff. Dort benutzt Teubner mehrfach das „*proprium*“. Das wird wieder aufgenommen in: Gunther Teubner: *Zur Eigenständigkeit des Rechts in der Weltgesellschaft: eine Problemskizze*, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/ Urs Gasser (ed.): *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, S. 149.

23 Gunther Teubner, *Rechtsentfremdungen: Der gesellschaftliche Mehrwert des zwölften Kamels*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 21, 2000, 189 ff. Teubner here uses *proprium* several times. Revisited in Gunther Teubner: *Zur Eigenständigkeit des Rechts in der Weltgesellschaft: eine Problemskizze*, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/ Urs Gasser (ed.): *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, p. 149.

hinzugetan, und nach der Bearbeitung eines Problems und sogar eines Konflikts kann es wieder aus der Geschichte oder aus den +Biographien der Beteiligten verschwinden. Eine solche Auskunft hat aber nun ihre Schwierigkeiten, derentwegen ich sie nicht als letztlich befriedigend akzeptieren kann. Verfremdungseffekte können von Verschiedenem ausgelöst werden. Die Probleme des diesseitigen menschlichen Lebens können z. B. übersetzt werden in metaphysische Fragestellung. Dann kann es z.B. dazu kommen, dass die Prädestinationslehre, also eine Religion, ein Glaube, die Antwort auf die Entwicklungsprobleme einer kapitalistischen Gesellschaft gibt. Religion verfremdet aber nicht nur durch Metaphysik. Religion verfremdet noch stärker als Recht durch Rituale. Der Hinweis auf Verfremdung ist nicht falsch, aber er bezeichnet noch nicht das proprium des Rechts.

3.3 Damit zu einem zweiten Diskussionsstrang. Gerade Vesting hebt sehr darauf ab, dass der Ansatz beim Rechtssystem im Sinne Luhmanns der einzige sei, der den Phänomenen *lex mercatoria*, *lex sportiva* und *lex electronica* adäquat sei. Analyseebene ist das Rechtssystem im Sinne Luhmanns²⁴, das ein Innen und Außen kennt, und von anderen Systemen (Politik, Wirtschaft, Kunst etc.) unterscheidbar ist. „Diese operative Geschlossenheit bezeichnet das Stabilhalten einer Bedeutungsgrenze, die Verknüpfung von Recht mit Recht auf der Innenseite des Systems, während alle anderen Kommunikationen und alle anderen Ereignisse unbeachtlich bleiben.“²⁵

Auf den ersten Blick wirkt das plausibel. Ich will aber auf ein Grundproblem hinweisen. Teubner und Fischer-Lescano haben in ihrem wichtigen Buch zu Regime-Kollisionen²⁶ zahlreiche Sachverhalte entfaltet, die

even a conflict, it can disappear from the story or from the biographies of those involved. Such a view however also has its difficulties, and I cannot thus ultimately accept it as satisfying. Alienation effects can be triggered by various factors. The problems of this life can for example be translated into metaphysical questions, and it may come about that e.g. the doctrine of predestination, i.e. a religion, a creed, provides the answer to the problems of development of a capitalist society. Religion however does not alienate through metaphysics alone. Religion alienates even more strongly than law through rituals. The reference to alienation is not wrong, but it does not yet indicate the proprium of law.

3.3 Thus onto a second strand of discussion. Vesting himself emphasises that the approach to the legal system in Luhmann’s sense is the only one that is adequate for the phenomena of *lex mercatoria*, *lex sportiva* and *lex electronica*. The level of analysis is the legal system in Luhmann’s sense²⁴ that has an interior and an exterior and can be distinguished from other systems (politics, economics, art, etc.). “This operational unity designates the maintenance of a limit on meaning, the linkage of law with law within the interior of the system, while all other communications and all other events remain irrelevant.”²⁵

At first sight this appears plausible. I want however to point out a basic problem. In their important book on regime collisions²⁶, Teubner and Fischer-Lescano set forth numerous facts that reflect the present

24 Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, Beck: München (2007), passim.

25 Thoms Vesting, *Rechtstheorie*, Beck: München (2007), Rz 115.

24 Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, Beck: Munich (2007), passim.

25 Thoms Vesting, *Rechtstheorie*, Beck: Munich (2007), rec. 115.

die aktuellen und zukünftigen Probleme der Globalisierung irgendwie spiegeln. An dieser Stelle ist es in der Systemtheorie konsequent nötig, sich an den binären Code Recht/Unrecht²⁷ zu erinnern. Die These dazu lautet: Der binäre Code Recht/Unrecht ist selbst ein Problem. Gerade bei den modernen Vorgängen ist die Frage nach Recht/Unrecht oder Politik oder Wirtschaft oder Moral jeweils offen. Der Gedanke eines Systems von Kommunikationsoperationen, die eine Umwelt ausgrenzen, wird immer plausibler, je moderner die als Kontext gedachten Phänomene sind, aber gleichzeitig leuchtet der binäre Code immer weniger ein. Luhmanns binärer Code des Rechtssystem zeigt sich immer stärker als ein historisch verortetes Faktum, also ein archäologischer Fund aus der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nach Christi Geburt, und das ist lange her.

Zu überlegen wäre, ob die Systemtheorie nicht die Phänomene der Vermischung von Systemen interpretieren kann als folgende Struktur: Die Systeme sind getrennt, aber die strukturellen Koppelungen sind zwischen ihnen müssen in ihrer Komplexität erst noch richtig verstanden werden. Eine Fallstudie zeigt aber, dass dieser Gedanke nicht letztlich befriedigend ist.

In Nigeria hat die Ölförderung für die Weltkonzerne, unter anderen Shell, ökologische Verwüstungen angerichtet. Widerstände dagegen wurden gewaltsam gebrochen, zum Beispiel durch Hinrichtungen von Aktivisten des Ogoni-Stammes im Jahre 1995 als Abschluss von Prozessen, die von den nigerianischen Machthabern jener Zeit als Gerichtsprozesse dargestellt wurden. In der Sicht der Opfer und ihrer Familien- und

and future problems of globalisation. In systems theory it is consistently necessary at this point to remember the binary code law-related/not law-related²⁷. My thesis states that the binary code law-related/not law-related is itself a problem. Even now, using modern processes, the questions of law-related/not law-related, or politics, or economics, or morality, all remain open. The idea of a system of communications operations that excludes an environment becomes ever more plausible as the phenomena intended as context become more modern, but at the same time the binary code makes less and less sense. Luhmann's binary code of the legal system appears more and more as a historically anchored fact, i.e. an archaeological find from the second half of the twentieth century following the birth of Christ – a long time ago.

We could consider whether systems theory can interpret the phenomena of the mixing of systems as the following structure: the systems are separate, but the structural couplings between them must first be correctly understood in all their complexity. A case study however shows that this idea is not ultimately satisfactory.

In Nigeria, oil production by multinationals such as Shell has wrought ecological devastation. Resistance has been forcibly suppressed, for example through the execution of activists from the Ogoni tribe in 1995 following trials represented as due process by the Nigerian ruling powers of the time. In the view of the victims and the members of their families and tribe these were however murders for which Shell was responsible.

26 Lescano, Andreas/ Teubner, Gunther: *Regime-Kollisionen – Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp: Frankfurt/Main (2006).

27 Siehe Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp: Frankfurt/Main 1993, passim, z.B. S. 67.

26 Lescano, Andreas/ Teubner, Gunther: *Regime-Kollisionen – Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp: Frankfurt/Main (2006.)

27 See Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp: Frankfurt/Main 1993, passim, e.g. p. 67.

Stammesangehörigen handelte es sich um Morde, für die Shell verantwortlich war. Sie unternahmen nach einiger Veränderung der Machtstrukturen den Versuch, zuerst vor nigerianischen, dann vor einem Gericht in New York Schadensersatz von Shell einzuklagen. Als es so aussah, dass es zu einer Gerichtsverhandlung in New York kommen könnte, schloss Shell einen Vergleich ab. Basis des Vergleiches war die Aufrechterhaltung zweier unvereinbarer Positionen. Die einen blieben in ihrer Wahrnehmung im Streit um Recht erfolgreich, Shell fand sich in ihrer Wahrnehmung und ihrer Aussen-darstellung zu einer „humanitären Geste“ bereit. Diese bestand in der Zahlung von insgesamt 15,5 Mio USD, zum Teil nach den Regeln von Schadensersatz, zum Teil in der Form einer Stiftung.²⁸ Für unsere Fragestellungen ist nun wichtig: Die Konfliktlösung gelang, weil die Kommunikation der Beteiligten nicht festgelegt wurde auf den Code Recht/Unrecht.²⁹ Im Exempel war alles an alles anschlussfähig. Übrigens: Auch Entfremdung oder Verfremdung sind keine adäquaten Analyseansätze bei solchen modernen Ereignissen.

4. Was folgt aus alledem? Die drei großen Ansätze, die überhaupt den Anspruch haben können, das Problem zu schultern, sind weiter zu diskutieren. Es gibt weder sichere Anzeichen, welcher von den drei Ansätzen im Sinne einer juristischen Falllösung als „die richtige Theorie“ zu qualifizieren wäre, noch Hinweise darauf, ob der Fortgang der Diskussion in jenem Sinne

Following a change of regime, they attempted, first before the Nigerian courts, then before a court in New York, to claim damages from Shell. When it appeared that a court hearing in New York was a possibility, Shell concluded a settlement. The basis of this settlement was the upholding of two incompatible positions. The plaintiffs perceived themselves as successful in the legal battle, while Shell's perception and public relations position was that it was willing to make a “humanitarian gesture”. This consisted of the payment of a total of US\$ 15.5 million, partially under the rules governing compensation for damages, partially in the form of a foundation.²⁸ What is important for our question is that conflict resolution succeeded here because the communication between the parties was not based on the code law-related/not law-related.²⁹ In this example, everything could be connected to everything else. Moreover, estrangement or alienation are not adequate approaches for an analysis of such modern events.

4. What is the consequence of all this? The three major approaches that can claim to offer a solution to the problem require further discussion. There are neither sure indications that would qualify any of the three approaches as the “right theory” in the sense of a legal solution to the case, nor any suggestion that a continuation of the discussion in that sense would reach any clear conclu-

28 Siehe als Grundinformation Frankfurter Allgemeine Zeitung 10.6.2009 S. 3 „Shell und die neun gehenkten Nigerianer“; die Recherche im internet mit den naheliegenden Stichworten erbringt sehr viel mehr Details, aber im Ganzen kein anderes Bild.

29 In der Fallstudie geht es übrigens auch nicht um Ungewissheit, die ja auch bei Luhmann als Erweiterung des strikten Recht/Unrecht eingeführt ist, Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp: Frankfurt/Main, S. 209.

28 See as basic information the Frankfurter Allgemeine Zeitung of 10.6.2009, p. 3, “Shell und die neun gehenkten Nigerianer”; searching on the Internet with similar keywords provides considerably more detail but no overall change to the picture.

29 The case study is also not about uncertainty which was in fact introduced by Luhmann as an extension of the strict law-related/not law-related: Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp: Frankfurt/Main, p. 209.

sicher ein Ende erreichen wird. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtskritik konstatiere ich: Näheres Nachdenken über Recht zeigt ungelöste Grundlagenprobleme.

IV. Recht als Menschheitstraum

In einer kurzen Schlussbemerkung will ich jetzt einen Ebenenwechsel vollziehen. Bisher war ich bemüht um Arbeit an Begriffen. Jetzt will ich mich wagen in das Feld der Spekulation. Die ist immer wieder heuristisch legitim gewesen und ist es hoffentlich auch hier.

Wie ist zu verstehen, dass Recht als ein vages Feld von vielerlei Phänomenen, als ein Tohuwabohu, nicht für die Zwecke der weiteren Selbstverständigung der Gesellschaft aufgelöst wird in Teile und Teile von Teilen, in Mosaiksteinchen? Wieso wird das Völkerrecht nicht der Politik zugerechnet, die Vertragsgestaltung der Betriebswirtschaft und wieso wird nicht eine neue Disziplin (wie schon oft bei dem Entstehen von Neuem) in den menschlichen Gesellschaften erfunden³⁰, die da heißen kann „Globalisierungswissenschaft“. Dazu eine These, inhaltlich eine Spekulation.

Undurchschaute, aber traditionsreiche Begrifflichkeiten wie Recht geben die Möglichkeit des Träumens von positiven Menschheitsträumen.

Zur Plausibilisierung dieses Gedankengangs sei ein Vergleich zu einem anderen sozialen Phänomen von hoher Wichtigkeit gezogen, nämlich zur Kunst. Auch Kunst ist so sehr Clusterbegriff wie Recht und auch Kunst wird von der damit bezeichneten

sion. From the point of view of legal criticism, I would state that thinking more closely about law merely highlights unresolved basic problems.

IV. Law as a dream of humankind

By way of a short concluding remark, I now wish to move to a different level. So far I have been concerned with work on concepts. I now wish to risk a foray into the field of speculation. This has been heuristically legitimate on numerous occasions and I hope it will also prove so here.

How can it be understood that law, as a vague field of widely different phenomena, as a tohu-bohu, is broken up, not for the purposes of the further self-dialogue of society, into parts and parts of parts, into the tiles of a mosaic? Why is international law not assigned to politics, or the drafting of contracts to business studies, and why has no new discipline arisen (as often happens with the appearance of the new) in human societies³⁰ that can be called “globalisation science”. Here is my thesis which contains a speculation.

Conceptual fields such as law that are opaque yet steeped in tradition offer the possibility of dreaming positive dreams of humankind.

To make this train of thought plausible, a comparison can be made with another social phenomenon of high importance, i.e. art. Art is just as much a cluster concept as law; and art, too, is substantially unaffected by the uncertainty this implies, because art makes possible dreams of humankind.

30 Nur ein Exempel aus neuester Zeit. Der Zeitgeist verlangt Wettbewerb und Exzellenz von ProfessorInnen und Hochschulen; dafür wird neu erfunden die Wissenschaft „Bibliometrie“, die dann auch sofort in einem aufsehenerregenden Geschehen mit 6 Mio. Euro gefördert wird, siehe Pressemitteilung 170/2009 des Bundesministeriums für Bildung und Forschung.

30 Just one very recent example: our age requires competition and excellence from professors and universities; therefore a new science, “bibliometry”, has been invented for this purpose and then immediately supported, in spectacular fashion, to the sum of 6 million euros. See press release 170/2009 of the Federal Ministry for Education and Research.

Unsicherheit nicht wesentlich berührt, weil Kunst Menschheitsträume ermöglicht.

Exemplarisch sei ein klassisches Thema einer klassischen Kunstrichtung verwendet, nämlich ein Ölgemälde „Weiblicher Akt“. Der Betrachter steht in einem Tohuwabohu von geistigen Traditionslinien oder von sozialen und individuellen Deutungsformen. Ein weiblicher Akt – das ist Paradies vor dem Sündenfall, ist Mangel als Zivilisation, ist die Ablegung der Zivilisation, ist die gute Wilde, ist Pornographie, ist Erotik, ist die Göttlichkeit der Venus und die Göttlichkeit der Diana, ist Antike, ist Perfektion des Künstlerhandwerks, ist Libertinismus, usw. Der Vergleichspunkt zum Recht liegt nun in Folgendem: Aus der Fülle der traditionellen, sozialen und individuellen Deutungsschemata erwächst auch die Möglichkeit, Kunst zum Anlass von Menschheitsträumen zu nutzen: Der weibliche Akt ist auch eine Versprechung, ein Hier und Jetzt gesetztes Imago eines besseren Lebens in Schönheit. Dieses ist ein unentbehrlicher Menschheits Traum, der – so hier ein Angebot einer Deutung – nicht träumbar wäre, wenn Kunst in einer eindeutigen Theorie erfasst würde.

So verhält es sich auch mit Recht. Recht ist auch ein Traum von einem besseren Leben ohne Gewalt, gleichzeitig aber von einer Praxis der Genugtuung durch Rache, Recht ist Versprechung von Frieden und gleichzeitig Eröffnung von Freiheitsräumen, Recht ist Rationalität weit weg von politischer Unvernunft und es ist salomonisch, Recht ist Diskurs anstelle von körperlicher Gewalt usw. Recht folgt der Traumlogik: Träume sind zwanglos und unbestimmt und ohne das Verbot der Selbstwidersprüchlichkeit. Träume sind – so meine Zeitdiagnose – für uns unentbehrlich.

As an example, let us take a classical theme of a classical art form, i.e. an oil painting of the female nude. The viewer stands in a tohu-bohu of spiritual tradition or social and individual forms of interpretation. A female nude can be paradise before the fall, a lack of civilisation, the relinquishing of civilisation, the good savage, pornography, eroticism, the divinity of Venus and the divinity of Diana, the antique, the perfection of the artist's handicraft, libertinism, etc. The point of comparison with law is located as follows: from the abundance of traditional, social and individual patterns of interpretation, the possibility also arises of using art as the occasion for dreams of humankind, whereby the female nude is also a promise, an imago of a better life set out here and now in beauty. This is an indispensable dream of humankind, which – to offer one interpretation – could not be dreamed if art was explained by an unambiguous theory.

The same is true of law. Law is also a dream of a better life without force, but at the same time the practice of satisfaction through revenge; law is the promise of peace and the simultaneous opening of areas of freedom, law is rationality far removed from political unreason and is Solomon-like, law is discourse instead of physical force, etc. Law follows the logic of dreams: dreams are unconstrained and indefinite and are not obliged to avoid self-contradiction. Dreams for us are – in my current diagnosis – indispensable.