

Gunther Teubner

DIE UNMÖGLICHE WIRKLICHKEIT DER LEX MERCATORIA:
Eine systemtheoretische Kritik der théorie ludique du droit¹

(in: Festschrift Zöllner, Heymann, Köln 1998, 565-588; englische Fassung: Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems. The American Journal of Comparative Law 45, 1997, 149-169)

"It is difficult to imagine a more dangerous, more undesirable and more ill-founded view which denies any measure of predictability and certainty and confers upon the parties to an international commercial contract or their arbitrators powers that no system of law permits and no court could exercise"²

I.

Im Jahr 1991 hatte die Cour de Cassation in Paris eine Entscheidung zu treffen, die der Ambivalenz unseres Titels gerecht wird. Im Fall "Primary Coal Incorporated v. Compania Valenciana de Cementos Portland" hatte die Cour de Cassation die Frage zu entscheiden, ob "les seules usages du commerce international, autrement dénommés lex mercatoria" den traditionellen Rahmen des internationalen Privatrechts sprengen können. Soll das nationale Gericht die "private Rechtsordnung" der lex mercatoria als eine positive Rechtsordnung von transnationaler Geltung anerkennen? Kann ein so ambivalentes normatives "Phänomen", das sich jenseits von nationalen Rechtsordnungen und gleichzeitig jenseits von Recht und Gesellschaft bewegt, von Schiedsgerichten nach den Regeln des internationalen Privatrechts angewendet werden? Verfügt es überhaupt über eigene, eindeutig bestimmbare Rechtsnormen und eigenständige Rechtsprinzipien?³ Wie auch immer die Richter über die lex mercatoria entscheiden, in jedem Fall bedeutet es, einen Rahmen zu sprengen. Entweder zersprengen die starren Regeln des internationalen Privatrechts einheitliche transnationale Phänomene in eine zersplitterte Vielzahl von nationalen Rechten. Oder die Dynamik des globalen Marktes den sprengt den zu engen Rahmen des nationalen Rechts und drängt zur Bildung eines globalen Rechts ohne Staat.

Offensichtlich bedeutet "Rahmen" in diesem Zusammenhang etwas anderes als einfach einen Gegenstand, der ein Kunstwerk von der Welt abgrenzt. Rahmen im Sinne von "parergon" ist mehr als eine einfache starre Grenze zwischen zwei Rechtsordnungen oder zwischen Recht und Nicht-Recht. Der Rahmen im Sinne einer paradoxen clôture ouvrante wird zu einer

"... transitorischen und prozessualen, oszillierenden Zone des Zwischen, zwischen Innen und Außen, zwischen Eigentlichem (proper) und dessen

¹ Für wertvolle Mitarbeit und konstruktive Kritik danke ich Martin Hohlweck.

² Frederick Alexander Mann (1984) "England Rejects 'Delocalized' Contracts and Arbitration, 33 *International and Comparative Law Quarterly*, 193-198, 197.

³ Cour d'Appel de Paris 1.9.1988, Nr. 5953, *Revue de l'arbitrage* 1990, 701-712; 13.7.1989, *Revue de l'arbitrage* 1990, 663-674 (Lagarde); Cour de Cassation de Paris 22.10.1991, *Revue de l'arbitrage* 1992, 457, 461 (Lagarde).

Anderem, Fremden (improper); er wird genau zu der Zone, wo Übersetzung (im engsten und weitesten Sinn) statt findet: Parergon als der Ort, der Übersetzung einen Ort gibt"⁴

Um es an einem stilisierten Fall der *lex mercatoria* deutlich zu machen⁵: Ein multinationales Unternehmen schließt einen Vertrag über umfangreiche Investitionen mit einem Entwicklungsland ab. Die Parteien können sich wie häufig nicht über das anwendbare Recht einigen: Das Unternehmen fürchtet die staatsinterventionistischen Tendenzen des Gastlandes, während dessen Regierung den neo-liberalen Rahmen des Heimatrechts des Unternehmens nicht akzeptieren kann. Entsprechend einigen sie sich nur darauf, daß im Konfliktfall ein Schiedsgericht die allgemeinen Prinzipien des internationalen Wirtschaftsrechts anwenden soll. Nach mehreren Jahren, in denen umfangreiche Investitionen getätigt wurden, verlangt die Regierung des Entwicklungslandes, den Vertrag an die Verhältnisse des Weltmarkts, die sich in der Zwischenzeit drastisch geändert haben, anzupassen und beruft sich auf das Prinzip ungleicher Verhandlungsmacht als eines Ausdrucks des *ordre public*. Das Schiedsgericht wendet weder das Recht des Gastlandes, noch das Heimatrecht des Unternehmens an, sondern die *lex mercatoria* an und trifft in diesem Rahmen eine kühne Entscheidung. Es entscheidet, daß die *lex mercatoria* eine weitreichende *clausula rebus sic stantibus* sowie zwingende Bestimmungen über den *ordre public* enthält. Auf dieser Grundlage bestätigt es die Position des Entwicklungslandes. Was würde ein Richter eines nationalen Gerichts, dessen Recht in beiden Fragen von äußerster Zurückhaltung geprägt ist, von einer solchen Entscheidung halten?

Der Richter des nationalen Gerichts konsultiert die wissenschaftlichen Autoritäten des internationalen Handelsrechts zur Frage der Rechtsnatur der *lex mercatoria* und findet sich plötzlich zwischen den Fronten eines heftigen Glaubenskrieges wieder. Französische Professoren stellen die kühne Behauptung auf, daß es auf den heutigen globalen Märkten eine geheime *societas mercatorum*, eine durchorganisierte Gesellschaft von Kaufleuten mit festem Zusammenhalt gibt, die als Gesetzgeber der *lex mercatoria* fungiert. Mit kühler Verachtung erklären ihre britischen und amerikanischen Gegenspieler das Recht dieser kommerziellen Freimaurerloge zu einem "phantome of Sorbonne professors".⁶

⁴ Ulrike Dünkelsbühler (1991) "Rahmen-Gesetze und Parergon-Paradox: Eine Übersetzungsaufgabe", in: H. U. Gumbrecht und K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.) *Administration and Society*, Frankfurt: Suhrkamp, 207-223, 208.

⁵ Angeregt durch den ICC- Schiedsspruch Nr. 5030 1992, *Clunet* 120 (1993), der Normen für das Verhalten privater Investoren gegenüber Entwicklungsländern als allgemeine Grundsätze des internationalen Wirtschaftsrechts aufstellt.

⁶ **Pro:** Berthold Goldman (1964) "Frontières du droit et 'lex mercatoria'", 9 *Archives de Philosophie du Droit*, 177-192; ders. (1979) "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives", 106 *Journal du Droit International (Clunet)*, 475-505; ders. (1986) "The Applicable Law: General Principles of Law - the *Lex Mercatoria*", in: J. D. M. Lew (Hrsg.) *Contemporary Problems in International Arbitration*, London: The Eastern Press, 113-125; ders. (1993) "Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria*", in: (Hrsg.) *Festschrift Pierre Lalive*, 241-255; Philippe Fouchard (1965) *L'arbitrage commercial international*, Paris: Dalloz; ders. (1983) "La loi régissant les obligations contractuelles en droit international privé français", in: F. Klein und F. Vischer (Hrsg.) *Colloque de Bale sur la loi régissant les obligations contractuelles*, Basel: 81- 114; Philippe Kahn (1982) "Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", in: Berthold Goldman (Hrsg.) *Le droit des relations économiques internationales*, Paris: Librairies Techniques, 97-107; ders. (1992) "La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses", 37 *McGill Law Journal*, 413-427; Eric Loquin (1986) "L'application des règles anationales dans l'arbitrage commercial international", in: Chambre de Commerce International (Hrsg.) *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris: CCI 440/1, 67-122; Filali Osman (1992) *Les principes généraux de la lex mercatoria*,

Unserem Richter ist bewußt, daß seine Frage zur Rechtsnatur der *lex mercatoria* einer der seltenen Fälle ist, in denen die Rechtspraxis unmittelbar von den Konstrukten der Rechtstheorie abhängt. Um allen nationalen Voreingenommenheiten zu entgehen, wendet er sich an eine supranationale Institution der Rechtstheorie, an die "Académie Européenne de la théorie du droit" in Brüssel und bittet um eine wissenschaftliche Stellungnahme zu folgenden Fragen, die er den Lehrbüchern der international anerkannten Klassiker der Rechtstheorie entnommen hat:

1. Kann man zur Entscheidung der Frage, ob es sich bei der *lex mercatoria* um positives Recht im strengen Sinne handelt, eine "Grundnorm" des Weltrechts identifizieren? Hilfsweise: Läßt sich eine "ultimate rule of recognition" feststellen?
2. Wo sind die "secondary rules" niedergelegt, die es erlauben, die "primary rules" der *lex mercatoria* mit hinreichender Eindeutigkeit zu bestimmen und von bloßen sozialen und professionellen Normen abzugrenzen?
3. Was sind die Rechtsquellen der *lex mercatoria* und wann ist der Zeitpunkt, ab dem man von der positiven Geltung ihrer Rechtsnormen sprechen kann?

Zu seiner Bestürzung muß unser Richter erkennen, daß in der Brüsseler Akademie der transnationalen Rechtstheorie seine Autoritäten Hans Kelsen, Herbert Hart, Maurice Hauriou, Max Weber, Theodor Geiger und Eugen Ehrlich nur noch historisches Interesse genießen. Die neuen Autoritäten der postmodernen Rechtstheorie, die meisten von ihnen Nichtjuristen - etliche poststrukturalistische Philosophen aus Paris, ein US-amerikanischer "Arts and Science Professor of English and Professor of Law" und zwei Kognitionsbiologen aus Chile - scheinen an seinen rechtsquellentheoretischen Fragen nicht besonders interessiert zu sein. Als erstes, so schlagen sie ihm vor, solle er die *lex mercatoria* umgehend in ihre Bestandteile dekonstruieren. Sie machen ihm klar, daß dieses proto-kommerzielle Recht eigentlich nichts anderes sei als eine gutverborgene Paradoxie, gleichzeitig Spiel und Nicht-Spiel, ernst und nicht-ernst, Recht und Nicht-Recht. Dann analysieren sie die globalen Märkte als ein chaotisches Feld, auf dem die *lex mercatoria* als fataler Attraktor fungiere. Schlimmer, sie enthüllen die geheimen Beziehung der *lex mercatoria* zum Unbewußten

Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence; Ursula Stein (1995) *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt: Klostermann; Joachim Mertens (1997) "Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?", in: Gunther Teubner (Hrsg.) *Global Law Without a State*, Dartmouth: Aldershot 31-44; **Contra:** Frederik Mann (1968) "Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung", 130 *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 97- 129; ders. (1984) "England Rejects 'Delocalized' Contracts and Arbitration", 33 *International and Comparative Law Quarterly*, 193- 198; Antoine Kassis (1984) *Théorie générale des usages du commerce*, ; Lord Justice Mustill (1987) "The New Lex Mercatoria", in: Maarten Bos und Ian Brownlie (Hrsg.) *Liber Amicorum Lord Wilberforce* Oxford: Clarendon Press 149-183; Georges R. Delaume (1989) "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria", 63 *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, 575-611; Keith Highet (1990) "The Enigma Of The Lex Mercatoria", *Tulane Law Review*, 99-108; Christian von Bar (1987) *Internationales Privatrecht I*, München: Beck: 76 ff.; Otto Sandrock (1989) "Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit", in: (Hrsg.) *Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Köln: Heymann, 21-81: 77 ff.; Andreas Spickhoff (1992) "Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten", 56 *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 116-141; eine aktuelle soziologische Analyse bieten Yves Dezalay und Bryant Garth (1995) "Merchants of Law as Moral Entrepreneurs", 29 *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System*, 12-27.

des Rechts und zum Prinzip der filiation. Und um das Maß voll zu machen, denunzieren sie die Rechtssetzung internationaler Unternehmer als auto-erotische Systemrekursionen. Aber wer kümmert sich um die nüchternen praktischen Fragen unseres Richters?

Doch der Richter verliert den Mut nicht. Er vertieft sich in ein Buch mit dem exotischen Titel *Le droit ou les paradoxes du jeu*. In dieser Schrift entwickeln die Autoren Michel van de Kerchove und François Ost eine anspruchsvolle postmoderne Spieltheorie des Rechts, die *théorie ludique du droit*.⁷ Nachdem er sich durch 175 Seiten von hyperkomplexen Formulierungen gekämpft hat, stößt er schließlich einen Seufzer der Erleichterung aus. In Kapitel III, Abschnitt II, § 5 "Internalität and Externalität" wird genau das erörtert, wonach er Ausschau gehalten hat. Tatsächlich liest er dort, daß die *lex mercatoria* nur Teil einer ganzen Gruppe ähnlicher globaler Phänomene sei: "*droits transnationaux produits par divers groupes, religieux, sportifs, économiques, sociaux, humanitaires*".⁸ Und er findet ausführliche Antworten auf seine drei Fragen: die Definition des Rechts ("Frage der Identität"), Rechtspluralismus ("Frage der Grenzen des Rechts") und der Grundlage des Rechts ("Frage des Ursprungs").

II.

Von der *théorie ludique du droit* lernt unser Richter, warum es falsch war, bei der Frage der Rechtsnatur der *lex mercatoria* nach Hans Kelsens Grundnorm oder Herbert Harts *ultimate rule of recognition* zu suchen. Denn dies sind nichts als Gründungsmythen des modernen Positivismus, die lediglich die grundlegende Zirkularität des Rechts, die Paradoxien der Selbstreferenz die letztlich die Grundlage jeden Rechts sind, verstecken. In diesem zentralen Punkt des Gründungsparadoxes des Rechts, so wird ihm klar, stützt sich die *théorie ludique* auf die *théorie autopoïétique*. Er versteht sofort, daß im Hinblick auf das grundlegende Paradox des Rechts Kerchove/Ost ihre Spieltheorie des Rechts getreu und mehr oder weniger offen auf Luhmanns autopoietischer Theorie des Rechts aufbauen.⁹

Aber dann trennen sich die Wege. Wenn es zu der Frage kommt, wie man mit dem fundamentalen Paradox des Rechts umgehen soll, warnen Kerchove/Ost den Richter: Folgen Sie nicht Luhmanns rigidem system-funktionalistischen Positivismus, der nur eine neue Autarkie des Rechts auf die binäre Codierung gründen will! Sie raten ihm, den sicheren Weg zwischen *Skylla* und *Charybdis* zu finden. Er solle sowohl analytische Rechtstheorien als auch Systemtheorien des Rechts vermeiden. Sie kritisieren einerseits Juristen wie George Fletcher, der immer noch an die Gesetze der formalen Logik glaubt, juristische Paradoxien als ein Versagen des juristischen Denkens ansieht und darauf besteht, daß Juristen sie "lösen" können und sollen.¹⁰

⁷ Michel van de Kerchove und François Ost (1992) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris: Presses Universitaires de France.

⁸ Kerchove/Ost (Fn. 7) 184.

⁹ Kerchove/Ost (Fn. 7) 14 f., 185 f. Aus diesem Grund bezweifelt Niklas Luhmann (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp: S. 15, Fn. 15, ob die *théorie ludique* von Kerchove/Ost überhaupt in der Sache von seiner konstruktivistischen Version der Systemtheorie abweicht. Dann ist es allerdings überraschend, wie polemisch François Ost (1994) "A Game Without Rules? The Ecological Self-Organization of Firms", in: Farmer & Murphy Teubner (Hrsg.) *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self-Organization*, Chichester: Wiley, 337- 362 die Luhmannsche Systemtheorie angreift. Gibt es ein verborgenes Gesetz, dass je näher sich Theorien kommen, sie um so heftiger einander attackieren müssen?

¹⁰ George P. Fletcher (1985) "Paradoxes in Legal Thought", 85 *Columbia Law Review*, 1263-1292:

Andererseits kritisieren sie Systemsoziologen wie Niklas Luhmann, der glaubt, man könne Paradoxien durch eine Technik der "Entparadoxifizierung" umgehen. Ihrer Ansicht nach marginalisiert Luhmann Paradoxien und schafft dabei nur neue "obstacles épistémologiques", um dem "entre deux" zu entkommen.

Stattdessen zeigen sie unserem Richter einen völlig anderen Weg, mit juristischen Paradoxien fertigzuwerden: Euer Ehren, Sie müssen die Paradoxien entschlossen akzeptieren! Anstatt sie wie auch immer zu verstecken, müssen Sie sie ans Licht der Öffentlichkeit bringen, müssen sie "vibrieren" lassen, um dem "entre deux" Gerechtigkeit widerfahren zu lassen!¹¹

Der Richter - halb fasziniert, halb zögerlich mit den Paradoxien vibrierend - stellt nunmehr den Spieltheoretikern erneut seine Frage, ob die *lex mercatoria* positives Recht sei. Begleitet von einem "sourire énigmatique" ist die Antwort der Spieltheoretiker des Rechts ein sanftes, aber bestimmtes "Oui et non, bien entendu".¹²

Herr Vorsitzender, vertragen Sie denn keine Zweideutigkeiten? Einerseits ist die *lex mercatoria* eindeutig Nicht-Recht. Als eine bloße Ansammlung von Handelsbräuchen gehört sie natürlich zu dem "vaste ensemble de normes, 'conçues' et 'vecues' au sein du corps social, auxquelles les juges sont toujours susceptibles de conférer des effets juridiques". Andererseits ist die *lex mercatoria* eindeutig Recht. Als ein Ausdruck internationaler allgemeiner Rechtsprinzipien ist sie einer jener bekannten "opérateurs clandestins de juridicité". Folgerichtig ist sie selbstverständlich beides zugleich: extern und intern, juristisch und meta-juristisch.¹³

Abrupt beendet der Richter seine Vibrationen. Er macht jetzt einen letzten, verzweifelten Versuch. Er fragt die Spieltheoretiker der Postmoderne nach einem Kriterium, einem Indikator, einem Operator, die ihm helfen können, eine klare Trennlinie zwischen Recht und Nicht-Recht zu finden. Die Antwort ist recht schmeichelhaft für ihn: Ob die *lex mercatoria* Recht ist oder nicht, sei eine Frage der "Identität des Rechts". Diese werde bestimmt durch "l'intervention du juge à la fois l'indice et l'opérateur principal de la juridicité".¹⁴ Auf gut deutsch: Das Kriterium bist du selbst! Du bist dann zwar in dem Zirkel gefangen: Die Regel bestimmt die Entscheidung und die Entscheidung bestimmt die Regel. Aber freue dich, der Zirkel ist kein *circulus vitiosus*, sondern ein *circulus virtuosus*. Er hilft dir, sowohl der Falle des Dezisionismus als auch der des Normdeterminismus zu entkommen. Wie das geht? Der Ausweg ist, wie man ihn von einer *théorie du jeu* erwarten kann: *Faites vos jeux!*

III.

Was soll das Ganze? Ist dies ein Versuch, vom Standpunkt der Systemtheorie die durch und durch seriöse Spieltheorie des Rechts ins Lächerliche zu ziehen? Keinesfalls, denn dies wäre nichts als eine Autoridikülisierung der autopoietischen Rechtstheorie selbst. Tatsächlich sollte man Recht als Spiel ernst nehmen. Denn die Metapher des "Spiels" stellt einen doppelten Rahmen für eine ertragreiche Analyse des Rechts zur Verfügung: den engeren Rahmen "sozialer Spiele" und den weiteren

1284.

¹¹Kerchove/Ost (Fn. 7) 14 f., 95 ff., 185 ff.

¹²Kerchove/Ost (Fn. 7) 99, 111.

¹³Kerchove/Ost (Fn. 7) 180 f.

¹⁴Kerchove/Ost (Fn. 7) 179.

Rahmen eines "Spiels der Differenzen".

Im Rahmen seiner engeren Bedeutung als Aktivität außerhalb der realen Welt ist "Spiel" für das Recht eine wirkungsstarke Metapher. Es bringt Dinge zum Vorschein, die vom seriösen Rechtsdiskurs nur selten oder gar nicht thematisiert werden: fiktive, schwebende, theatralische, mythische, erfinderische, agonale und spielerische Aspekte des Rechts. Kerchove/Ost sprengen den Rahmen der traditionellen juristischen Analyse, wenn sie mit Sorgfalt, Gründlichkeit und Geduld die Metapher des Spiels in verschiedenen Rechtskontexten fruchtbar machen. Wie man ihren überaus ergiebigen Studien entnehmen kann, werden sie dafür mit zahlreichen neuen Einsichten für das Recht belohnt.

In der zweiten Bedeutung von "Recht als Spiel", im allgemeinen Rahmen eines "Spiels von Differenzen" als eines rekursiven Prozesses der Transformation von Differenzen, erscheint die *théorie ludique* als eine von mehreren parallelen Denkbewegungen, die sich heute um ein post-strukturalistisches Verständnis des Rechts bemühen. Diese Bewegungen haben gemeinsam, daß sie die Sicht des Rechts als Normensystem, die in der analytischen Rechtstheorie, in der reinen Rechtslehre und im Institutionalismus so dominant ist, zu überwinden suchen. In dieser Hinsicht nähert sich Recht als "Spiel" neueren Interpretationen von Recht als "Diskurs"¹⁵, Recht als "Disziplin"¹⁶, Recht als "différance"¹⁷, Recht als "Feld"¹⁸ und Recht als "System"¹⁹. Es ist kein Zufall, daß Kerchove/Ost sich auf Probleme konzentrieren, die all diesen Ansätzen gemeinsam sind: Unbestimmtheit, Prozessualität, Rekursivität, Reflexivität, Selbstreferenz und vor allen Paradoxalität des Rechts. Systemtheorie, Spieltheorie und andere Versionen post-strukturalistischer Rechtstheorie haben viele Dinge gemeinsam: die linguistische Wende weg von der positivistischen Rechtssoziologie, die Auflösung sozialer und rechtlicher Realitäten in Diskursivität, die Fragmentierung und Schließung multipler Diskurse, der non-foundational Charakter juristischen Argumentierens, die Dezentrierung des Rechtssubjekts, die eklektische Ausbeutung verschiedener Traditionen juristischen Denkens, die Bevorzugung von Differenzen, *différences* und *différends* gegenüber Einheit - vor allem Dingen aber die Gründung des Rechts auf Paradoxien, Antinomien und Tautologien. Doch am Ende dieser gemeinsamen Dekonstruktion des Rechts beginnen auch schon die Kontroversen.²⁰ Die dekonstruktive Rechtstheorie scheint sich damit zufriedenzugeben, die Juristen in ihrer Entscheidungsarbeit mit Antinomien und Paradoxien zu provozieren und sie mit den unersättlichen Anforderungen einer transzendenten Gerechtigkeit zu konfrontieren.²¹ Die Systemtheorie dagegen stellt die ernüchternde Frage: Und nach der Dekonstruktion? Systemtheorie setzt an dieser Stelle mit historischen Analysen der Evolution des Rechts ein, in der das Recht sich als selbstorganisierendes System entparadoxiert, und untersucht die historischen Bedingungen dieses Vorgangs.

¹⁵ Bernard J. Jackson (1988) *Law, Fact and Normative Coherence*, Liverpool: Deborah Charles; Jean-Francois Lyotard (1983) *Le différend*, Paris: Les Editions de Minuit.

¹⁶ Michel Foucault (1975) *Surveiller et punir: La naissance de la prison*, Paris: Gallimard.

¹⁷ Jacques Derrida (1990) "Force de loi: Le 'fondement mystique de l'autorité'", 11 *Cardozo Law Review*, 919-1047; Drucylla Cornell (1993) *Transformations*, London: Routledge.

¹⁸ Pierre Bourdieu (1986) "La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique", 42 *Actes de la recherche en sciences sociales*, 3-19.

¹⁹ Luhmann (Fn. 9)

²⁰ Dazu im einzelnen Gunther Teubner (1996) "Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts", 2 *Soziale Systeme*, 229-256.

²¹ Derrida (Fn. 17) 945.

Und Recht als Spiel? Kerchove und Ost versuchen, einen dritten Weg, ein *entre-deux* zwischen Derrida und Luhmann, zu finden. Und genau hier liegt das Problem: Das *entre-deux* könnte sich als tückische Falle erweisen. Denn einerseits distanzieren sie sich von der dekonstruktiven Geste à la Derrida. Sie suchen die rein destruktive Kritik durch eine konstruktive Einstellung zum Rechtsparadox zu überwinden. Andererseits kritisieren sie die systemische Entparadoxifizierung à la Luhmann als Flucht vor dem Paradox und als nostalgische Rückkehr zu Ursprung, Wahrheit, Legitimität und Macht.²² Ihre Haltung ist eher heroisch: "accepter résolument les paradoxes". Aber haben sie auch die begriffliche Logistik entwickelt, um den Heroismus an der Theoriefront auf Dauer durchzuhalten? Können sie die fatalen Konsequenzen der Konfrontation mit dem Rechtsparadox vermeiden: Blockade oder dauerndes Oszillieren?

"Dialektik" ist das Waffenarsenal, das sie gegen die böartigen Folgen des Paradoxes aufbieten, um gleichzeitig dessen produktives Potential zum Tragen bringen zu können.²³ Genau dies aber scheint die schwache Stelle einer ansonsten starken Theorie zu sein. Man erinnere sich an die bewährte Regel, daß immer sobald "Dialektik" ins Spiel kommt, ein offensichtlicher Analyse-mangel verdeckt wird. Das ehrgeizige Programm der Spieltheorie des Rechts weist ein forschungspraktisches Implementationsdefizit auf. Das Programm einer "Dialektik ohne Synthese" verspricht, die Pole juristischer Paradoxien entweder durch "Vermittlung" oder durch "dynamische Interaktion" zwischen den Gegensätzen zu überwinden.²⁴ Sie kündigen dieses Programm für ihre fünf konzeptuellen Gegensatzpaare im Recht an: Strategie/Repräsentation, Kooperation/Konflikt, Realität/Fiktion, Regulierung/Unbestimmtheit, Internalität/Externalität. So weit, so gut. Aber sobald es dann an die Umsetzung geht, schrumpft die grandiose Dialektik zu einem schlichten Kompromiß zwischen den Gegensätzen zusammen. "Simultanpräsenz" der Gegensätze ist die bevorzugte Lösung. Und wenn dies nicht plausibel scheint, wählen sie das "Oszillieren" zwischen den Polen.

Am konzeptuellen Gegensatzpaar Recht als Strategie versus Recht als Repräsentation kann man die Mechanik studieren. Das Recht sei weder das eine noch das andere, so heißt es, sondern beides zugleich, "*à la fois instrumentale et expressive*". Aber wie sie mit dieser Ambivalenz umgehen, ist eher enttäuschend. Denn die Spannungen zwischen den Gegensätzen werden entweder als diachrone Oszillation zwischen instrumentellen und expressiven Aspekten oder als deren verschiedene synchrone Kombinationen "gelöst".²⁵ Ähnlich soll sich der Gegensatz zwischen Recht als Kooperation und Recht als Konflikt durch Simultanpräsenz auflösen: "*les intérêts de chacun sont à la fois convergents et divergents*", die sozialen Strukturen seien "*à la fois de consensus et de dissensus*", das Recht sei "*à la fois, irènologique et polèmèmogène*".²⁶

Entgegen ihrer erklärten Absicht verharret also diese Spielart einer postmodernen Rechtstheorie im verführerischen Zwielficht des *entre-deux*, in der Ambivalenz einer Dialektik ohne Synthese, in den attraktiven Zweideutigkeiten von Affirmation und Negation, Externalität und Internalität, Recht und Nicht-Recht. Die *théorie ludique* du

²²Kerchove/Ost (Fn. 7) 14 f.

²³Kerchove/Ost (Fn. 7) 24 ff., 82 ff.

²⁴Kerchove/Ost (Fn. 7) 60 f., 91.

²⁵Kerchove/Ost (Fn. 7) 133.

²⁶Kerchove/Ost (Fn. 7) 142, 144.

droit verbleibt im Halbdunkel suggestiver Ambiguitäten. Dann aber verliert das Rechtsparadox seine provokative Kraft. Es zwingt nicht mehr dazu, nach neuen Lösungswegen zu suchen. Man kann es sich ja leisten, bei Simultanpräsenz und Oszillationspermanenz der Gegensätze stehenzubleiben. De facto erneuert man damit aber nur die isosthenes diaphonia der antiken Skeptiker, die bekanntlich danach strebte, "wegen der Gleichwertigkeit der entgegengesetzten Sachen und Argumente zuerst zur Zurückhaltung [Epoché], danach zur Seelenruhe (zu) gelangen".²⁷ Verbaut ist damit die Möglichkeit, mit dem Rechtsparadox fertigzuwerden, seine ernstesten Konsequenzen - Paralyse des Handelns und Zusammenbruch der Erkenntnis - ernst zu nehmen. Alles ist nur noch Spiel. Hier wird der negative Einfluß der sonst so fruchtbaren Spiel-Metapher spürbar. Sie stützt die Selbstzufriedenheit, in den Ambivalenzen des Rechtsparadoxes zu verharren. So attraktiv dies auch ästhetisch und emotional sein mag, die Konsequenzen für die Theorie und Praxis des Rechts sind nicht mehr nur noch ambivalent. Denn wenn der Richter aus einer solchen Lage zu entscheiden hat, dann bleibt nur noch anything goes oder politischer Opportunismus.

Gibt es einen Ausweg aus dem Rechtsparadox? Gibt es insbesondere eine Alternative zu einer "Entparadoxifizierung", die im Verständnis von Kerchove/Ost nichts als eine starre Unterdrückung des Paradox bedeutet? An dieser Stelle soll versucht werden, den Richtungsangaben der "Morphogenese" zu folgen, eines Konstrukts, das in der Auseinandersetzung mit Paradoxien entwickelt worden ist:

"Solange man nicht in der Lage ist, einer paradoxen Situation zu entkommen, wie es Whitehead und Russell mit der Theorie der logischen Typen erreicht haben, paralisieren Paradoxe einen Beobachter. Sie führen entweder zum Zusammenbruch seiner Weltkonstruktionen oder zu einem Zuwachs an Komplexität. Der zweite Fall kann als Morphogenese charakterisiert werden."²⁸

Was macht den Unterschied zwischen Morphogenese und der Dialektik ohne Synthese der Rechtsspieltheoretiker? Eine komplexere Repräsentation der Welt, die über das bloße Oszillieren der Spieltheorie hinausführt, ist von der Operation des re-entry zu erwarten. Abstrakt ausgedrückt bedeutet re-entry das Wiedererscheinen einer Unterscheidung auf einer der beiden Seiten der Unterscheidung. Nach Spencer-Brown läuft der Wiedereintritt auf folgendes hinaus: Immer wenn wir eine "Beobachtung" machen, etablieren wir eine "Unterscheidung" zwischen zwei Seiten und "bezeichnen" eine von ihnen.²⁹ Dieser fundamentale Vorgang der Beobachtung als Unterscheidung (distinction) und Bezeichnung (indication) verbirgt ein Paradox.³⁰ Wenn Kerchove/Ost nun empfehlen, dieses Paradox kurzentschlossen zu akzeptieren und es mit der Hilfe von Simultanpräsenz und Oszillation zu behandeln, würde Spencer-Brown dies als "Kreuzen" (crossing) der beiden Seiten der Unterscheidung oder als die Aufhebung der Form selber beschreiben. Beide Züge sind aber unproduktiv.

Re-entry dagegen ist eine Operation, welche die Komplexität der

²⁷ Sextus Empiricus, Grundriss der pyrrhonischen Skepsis 1, 8 (1985), S. 43. Zitiert bei Wolfgang Welsch (1996) *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*, Frankfurt: Suhrkamp 320 Fn. 34.

²⁸ Klaus Krippendorff (1984) "Paradox and Information", in: Brenda Dervin und Melvin Voigt (Hrsg.) *Progress in Communication Sciences 5*, Norwood: Ablex, 45-71: 51 f.

²⁹ George Spencer Brown (1972) *Laws of Form*, New York: Julian Press.

³⁰ Luhmann (Fn. 9).

Weltrepräsentation steigert. Die originäre Unterscheidung hat zunächst eine Form mit zwei Seiten geschaffen. Wenn nun die Unterscheidung einen re-entry in eine der beiden Seiten vollzieht, wenn sie in sich selber wieder auftaucht, dann handelt es sich nicht länger um die alte Unterscheidung. Vielmehr ist es jetzt die Repräsentation der Unterscheidung innerhalb der einen Seite des Gegensatzpaares. Etwa: Eine Unterscheidung zwischen innen und außen wird auf der inneren Seite der Unterscheidung wiederholt. Ein Rahmen taucht innerhalb des Bildes auf. Ein System wiederholt die Unterscheidung zwischen System und Umwelt im Inneren des System als Unterscheidung zwischen Selbstreferenz und Heteroreferenz. Die Gesellschaft wiederholt in sich die Unterscheidung von Gesellschaft und Natur. Das Recht unterscheidet sich von der Gesellschaft und benutzt intern die Unterscheidung Recht/Gesellschaft. Eine solche interne Rekonstruktion der Unterscheidung intern/extern ist also eine der verschiedenen Möglichkeiten, die Komplexität zu steigern, die das Konzept der Morphogenese beschreibt. Sie entparadoxifiziert nicht in der Weise, daß sie einfach das Paradox verneint, und sie akzeptiert auch nicht bloß spielerisch das unendliche Oszillieren zwischen dem positiven und dem negativen Wert. Der re-entry hebt das Paradox vielmehr auf, indem er dessen Widersprüche als Unterscheidung innerhalb einer Unterscheidung reformuliert.

IV.

Zurück zur *lex mercatoria*. Recht oder nicht Recht - das ist die Frage! Nach der traditionellen Rechtsquellenlehre ist die *lex mercatoria* ohne Zweifel Nicht-Recht. Sie kann alles mögliche sein, professionelle Standards, soziale Normen, Gewohnheiten, Gebräuche, vertragliche Verpflichtungen, organisationsinterne Routinen oder Vereinbarungen zwischen Organisationen, Schiedssprüche - alles dies, aber kein Recht. Die Unterscheidung Recht/Nichtrecht hat ihre Grundlage in einer Normenhierarchie, in der die höherrangigen Normen die niederrangigen Normen als Recht auszeichnen. Normative Phänomene außerhalb dieser Hierarchie sind entsprechend kein Recht, sondern bloße Fakten. Die höchste Rechtsnorm ist heute, nach dem Niedergang des Naturrechts, die Verfassung des Nationalstaates, die sich auf die demokratische politische Legislative als die letztgültige Legitimitätsquelle des Rechts bezieht. Trotz immer wieder auftauchender Zweifel wird die Rechtsprechung als eine der Gesetzgebung untergeordnete Rechtsquelle angesehen. Und trotz immer wieder auftauchender erheblicher Zweifel wird die vertragliche Regelsetzung wie auch die regelsetzende Tätigkeit von Organisationen entweder als Nicht-Recht oder nur als delegierte Normsetzung angesehen, die der Anerkennung durch die offizielle Rechtsordnung bedarf. Regelsetzung durch private government wird so in den Rahmen der nationalen Verfassung gezwängt, der die historische Einheit von Recht und Staat repräsentiert.

Globalisierungsprozesse sprengen jedoch heute diesen Rahmen. Die immer wieder auftauchenden Zweifel können nicht länger zum Schweigen gebracht werden, sie explodieren im Fall der *lex mercatoria* und anderer Praktiken "privater" globaler Normproduktion. *Lex mercatoria*, das transnationale Recht der ökonomischer Transaktionen, ist nicht der einzige Fall eines globalen Rechts ohne Staat. Nicht nur die Wirtschaft, sondern auch andere Sektoren der globalen Gesellschaft entwickeln ein eigenständiges globales Recht, und zwar - wie Giddens es ausdrückt - in relativer Isolierung vom Staat, von offizieller internationaler Politik und vom Völkerrecht.³¹ In

³¹ Anthony Giddens (1990) *The Consequences of Modernity*, Stanford: Stanford University Press: 70.

erster Linie sind die internen Rechtsregimes multinationaler Unternehmen aussichtsreiche Kandidaten für globales Recht außerhalb des Staates.³² Eine ähnliche Kombination von Globalisierung und Informalität findet man im Arbeitsrecht; bei der *lex laboris internationalis* sind Unternehmen und Gewerkschaften als private Akteure die dominierenden Gesetzgeber.³³ Technische Standardisierung und professionelle Selbstregulierung haben Tendenzen in Richtung auf eine weltweite Koordinierung - nur von minimalen Eingriffen der offiziellen internationalen Politik begleitet - entwickelt. Der Menschenrechtsdiskurs wird heute global geführt und drängt zu einem eigenen Recht, das nicht nur seine Quelle außerhalb des Staates hat, sondern sich gegen die Staaten selber richtet.³⁴ Insbesondere im Bereich der Menschenrechte wäre es eigentlich "unerträglich, wenn das Recht den Zufällen regionaler Politik überlassen bliebe."³⁵ In der Welt der Telekommunikation kann man beobachten, wie im Internet um sein eigenes globales Regime gerungen wird. In ähnlicher Weise gibt es auf dem Gebiet der Ökologie Tendenzen in Richtung auf eine rechtliche Globalisierung in relativer Isolation von staatlichen Institutionen. Und selbst in der Welt des Sport wird das Erscheinen einer *lex sportiva internationalis* diskutiert.³⁶

Infolge ihres a-nationalen globalen Charakters können alle diese Rechtsordnungen nicht in einem nationalen Recht verankert werden. Ergo: Nicht-Recht. Aber wo ist der Unterschied zwischen einem nationalen und einem internationalen Vertragsregelwerk, der es rechtfertigen würde, das eine als Recht, das andere als bloße Tatsache zu bezeichnen? Hier taucht natürlich das Paradox wieder auf, das Paradox der Selbstvalidierung des Vertrages, das im Fall der nationalen Verträge und Organisationen erfolgreich unterdrückt worden ist. Hilft hier die Spieltheorie des Rechts? Sind internationale Vertragswerke zugleich Recht und Nicht-Recht? Simultane Präsenz oder Oszillation?

Offensichtlich führt dies nicht weiter. Versuchen wir es mit dem re-entry. Das bedeutet, daß die Unterscheidung Recht/Nicht-Recht (nicht zu verwechseln mit dem binärem Code Recht/Unrecht!) in das Recht wiedereintreten muß. Das Recht würde in sich selbst nicht-rechtliche Phänomene identifizieren und diese als eigenständige Rechtsquelle anerkennen. Dies aber sprengt den Rahmen der traditionellen Rechtsquellenhierarchie. Wie müßte dann ein neuer Rahmen aussehen? Wenn heute unter dem Druck von Globalisierungsprozessen die traditionelle Normenhierarchie mit der verfassungsrechtlich legitimierten politischen Gesetzgebung an der Spitze zusammenbricht, dann kann der neue Rahmen, der den alten hierarchischen Rahmen ersetzt, selbst nur noch heterarchisch sein: An die Stelle der Normhierarchie setzt sich die Unterscheidung von Zentrum/Peripherie der rechtlichen Normsetzung. Im Rahmen der Globalisierung wird politische Normsetzung marginalisiert, sie wird von dem privilegierten Standort an der Spitze der Normenhierarchie entfernt und auf gleiche Ebene mit anderen Typen sozialer Normsetzung gestellt. Im Zentrum des

³² Vgl. Jean-Philippe Robe (1997) "Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order", in: G. Teubner (Hrsg.) *Global Law Without A State*, Aldershot: Dartmouth Gower, 45-77.

³³ Vgl. Brian Bercusson (1997) "Globalizing Labor Law: Transnational Private Regulation and Countervailing Actors", in: G. Teubner (Hrsg.) *Global Law Without A State*, Aldershot: Dartmouth Gower, 133-178.

³⁴ Andrea Bianchi (1997) "Globalization of Human Rights: The Role of Non State Actors", in: G. Teubner (Hrsg.) *Global Law Without A State*, Aldershot: Dartmouth Gower, 179-212.

³⁵ Luhmann (Fn. 9) 574f.

³⁶ Gérald Simon (1990) *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence; Thomas Summerer (1990) *Internationales Sportrecht vor dem staatlichen Richter in der Bundesrepublik Deutschland, Schweiz, USA und England*, München: Florentz.

Rechtssystemen stehen nun die Gerichte mit ihrer richterlichen Rechtssetzung, während sich die politische Normsetzung an die Peripherie bewegt, wenn sie natürlich noch innerhalb des Rechtssystems bleibt. Die Unterscheidung Zentrum/Peripherie darf freilich nicht als Hierarchie verstanden werden in dem Sinne, daß die Gerichte nun wichtiger seien als die politische Gesetzgebung.

Die Unterscheidung Zentrum/Peripherie ist der re-entry. Sie ersetzt Kerchove/Osts "Oszillation" zwischen den Polen Recht und Nicht-Recht durch den Wiedereintritt der Unterscheidung Recht/Nicht-Recht in das Rechtssystem. Mit Hilfe der Unterscheidung Zentrum versus Peripherie wiederholt und rekonstruiert das Rechtssystem in sich die Unterscheidung zwischen Recht und Politik. Die politische Rechtssetzung verliert ihre zentrale Stellung als die Spitze der Hierarchie, sie wird peripher, aber sie behält den Status als Regelproduzentin innerhalb des Rechtssystems. Es handelt sich um rechtliche Normsetzung in struktureller Kopplung mit Politik.

Und dieser re-entry erlaubt eine Verallgemeinerung, eine Ausweitung der Unterscheidung Recht/Politik zur Unterscheidung Recht/andere Gesellschaftsbereiche. Der Austausch der Rahmen, die Ersetzung der Hierarchie durch Zentrum/Peripherie, ermöglicht es, auch andere Typen sozialer Normsetzung als vollwertige Rechtssetzung anzuerkennen, allerdings nur unter der Bedingung, daß die Normen in der Peripherie des Rechtssystems in struktureller Kopplung mit externen sozialen Prozessen der Normbildung produziert werden. Hier finden wir - parallel zur politischen Gesetzgebung - viele Formen der Normsetzung durch private governments, die in Wirklichkeit einen höchst öffentlichen Charakter haben: technische Standardisierung, professionelle Normbildung, Menschenrechte, Regulierung innerhalb von Organisationen, vertragliche Regelwerke.

Und hier findet unser Richter auch seine *lex mercatoria* wieder, nicht länger ambivalent zwischen Recht und Nicht-Recht oszillierend, sondern eindeutig als gesetztes Recht, als positives Recht im strengen Sinne, das allerdings - und hier lauert weiterhin das Paradox - seine Ursprünge in seiner engen strukturellen Kopplung mit nicht-rechtlichen Normierungsprozessen im Rahmen ökonomischer Transaktionen auf den Weltmärkten hat.

Läuft diese durch Globalisierung ausgelöste Dekonstruktion der Normenhierarchie aber nicht auf eine weitgehende Entlegitimierung des Rechts, auf seine Entdemokratisierung, hinaus? Wenn politische Normsetzung, die letzten Endes demokratisch legitimiert ist, aus dem Zentrum des Rechtssystems verdrängt und an die Peripherie verbannt wird, wo sie sich gemeinsam mit der *lex mercatoria*, organisationsinternen Routinen und technischen Standards wiederfindet, wird dann nicht die alt-europäische Idee verraten, daß jedes Gesetz, das legitimen Gehorsam fordert, demokratisch legitimiert sein muß? Doch ist das Argument umkehrbar. Wenn die alte Praxis aufgegeben wird, die de-facto-Rechtssetzung aller Arten von private governments schlicht zu verdrängen, und wenn stattdessen ans Licht tritt, daß private Regimes in der Tat positives Recht setzen, dem die Normunterworfenen *nolens-volens* zu gehorchen haben, dann stellt sich dringender als zuvor die Frage: Wie sind diese "privaten Rechtssysteme" demokratisch legitimiert? Gleichzeitig kann man sehen, wie naiv es letztlich ist, sich mit einer formalen Verbindung zwischen dem engeren parlamentarischen Verfahren und den private governments in Gestalt einer Delegation zufriedenzugeben. Vielmehr stellt sich jetzt die provokative Frage nach neuen Formen

demokratischer Legitimierung von private government, die das ökonomische, technische und professionelle Handeln im Weltmaßstab unter öffentliche Diskussion, Überwachung und Kontrolle stellen würden. Dies scheint der befreiende Schritt zu sein, der durch das Paradox eines globalen Rechts ohne Staat provoziert wird: eine Ausdehnung des Konstitutionalismus auf vielfältige Formen privater Normsetzung, die dem Umstand Rechnung trägt, daß es sich bei "privaten" Regimes um "öffentliche" Regimes handelt. Möglicherweise liegt eine fruchtbare Analogie zur traditionellen politischen Demokratie in den rudimentären konsensualen Elementen von Vereinbarungen, Organisationen und anderen außerrechtlichen Normsetzungsmechanismen. Ist eine "Demokratisierung" dieser rudimentären konsensualen Elemente möglich?

Die Antwort auf die erste Frage des Richters nach dem Rechtscharakter der *lex mercatoria* ist also eindeutig positiv, trotz (oder gerade wegen) ihres paradoxen Charakters. *Lex mercatoria* ist positives Recht.³⁷ Dies entspricht nicht bloß der soziologischen oder anthropologischen Perspektive eines Rechtspluralismus, sondern sollte so auch von Rechtsdogmatik und Rechtspraxis akzeptiert werden. Der tiefere Grund dafür ist, daß Globalisierungsprozesse den alten Rahmen der Normenhierarchie gesprengt haben und ein neuer Rahmen für die Rechtsquellenlehre in Gestalt einer Heterarchie peripherer Normsetzungen erforderlich ist.

V.

Unser Richter hatte eine zweite Frage. Wie lassen sich innerhalb der *lex mercatoria* Rechtsnormen identifizieren und von bloßen sozialen Normen abgrenzen? Dies ist in der Tat eine schwierige Frage, und die herrschende Lehre sieht dies als einen weiteren Beweis dafür, daß das Phänomen nicht existiert und nicht existieren kann.³⁸ Rechtsnormen, so heißt es, sind Bestandteile geschlossener rechtlicher Systeme. Jenseits ihrer Grenzen kann es keine Rechtsregeln geben. Dies gilt für die Grenzen zwischen Recht und Gesellschaft. Gebräuche, Gewohnheiten, Organisationssatzungen sind soziale Phänomene, keine rechtlichen Regeln. Und das gilt auch für die Grenze zwischen dem Nationalen und dem Globalen. Jede Rechtsregel muß im Recht des Nationalstaates verankert sein. Außerhalb gibt es nur "phantoms of Sorbonne professors".³⁹

Kerchove/Ost kritisieren zu Recht solche starren Konzepte, die das Recht gegenüber anderen Systemen hermetisch abschließen. Sie behaupten, daß der Rechtspositivismus sowohl in seiner traditionellen Gestalt als auch im systemfunktionalistischen Sinn die Ambivalenzen der "relativen Autonomie" des Rechts nicht bewältigen kann. Der Positivismus, der alte wie der neue, sei in seinen Definitionen von Systemen, Elementen und Grenzen viel zu rigide. Er trage nicht dem Umstand Rechnung, daß "zwischen dem Rechtssystem und seiner Umgebung permanente Austauschprozesse stattfinden".⁴⁰ Gerade die *lex mercatoria* und andere Rechtsformen traditioneller wie postmoderner Gesellschaften zeigten, daß die Grenzen des Rechts

³⁷ Ursula Stein (1995) *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt: Klostermann: 211 ff.

³⁸ Harold J. Berman (1983) "The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*)", in: W.S. Surrey und D. Wallace (Hrsg.) *Lawyer's Guide to International Business Transactions: The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*, Philadelphia: American Law Institute - American Bar Association, 1-65: 51; von Bar (Fn. 6): 79.

³⁹ Mann (Fn. 6); Delaume (Fn. 6); Mustill (Fn. 6); Highet (Fn. 6); Vgl. auch von Bar (Fn. 6) 76 ff.; Sandrock (Fn. 6) 77 ff.; Spickhoff (Fn. 6).

⁴⁰ Kerchove/Ost (Fn. 7) 180.

nicht starr seien, vielmehr gebe es nur "'frontières floues' et les 'zones de recouvrement' entre les règles juridiques et les formes non juridiques de régulation sociale".⁴¹ Sie schlagen deshalb vor, das Rechtssystem in einem paradoxen Sinn zu redefinieren als eine "fragile und instabile Konfiguration, nur teilweise integriert und nicht völlig unterscheidbar von den umgebenden Systemen". Sie wagen sogar die kühne Behauptung, daß das System immer zugleich das Nicht-System "enthalte" und daß also auch das Rechtssystem Elemente verschiedener Systeme "enthalte".⁴² Die *lex mercatoria* wäre also ein Recht, das gleichzeitig die Gesellschaft "enthälte"? Sie bestünde sowohl aus rechtliche als auch aus nicht-rechtliche Handlungen und Normen? Viel Glück für unseren Richter!

Kein Zweifel, *lex mercatoria* und andere post-moderne Erscheinungsformen des Rechts schaffen eine paradoxe Situation, da sie den alten Rahmen des Rechts, die stabile Beziehung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung auf nationaler Ebene, sprengen. Diesen Punkt immer wieder betont zu haben, ist das große Verdienst der Spieltheorie des Rechts. Aber wir müssen zum zweiten Mal die Frage stellen: Nutzen Kerchove/Ost dieses Paradox auf produktive Weise? Finden sie einen Ausweg aus dem Oszillieren zwischen Autonomie und Heteronomie des Rechts? Letztlich schlagen sie mit ihrer Formel der "relativen Autonomie" einen seltsamen Kompromiß vor, der wie eine "Halb-Schließung" des Rechts aussieht. Und ihre Sicht des Austauschs zwischen Recht und Gesellschaft stellt einen weiteren seltsamen Kompromiß dar, der es Recht und Gesellschaft erlaubt, wechselseitig einander zu "enthalten". Mit beiden Kompromissen kompromittieren sie eigentlich ihre Position und blockieren letztlich die Morphogenese.

Der entscheidende Unterschied läßt sich am besten mit der Sprachspieltheorie von François Lyotard erklären, die Kerchove/Ost zwar gern zitieren, deren zentrale Aussage sie aber ebensogern ignorieren. Der *différend*, Lyotards unüberbrückbarer Graben zwischen den Sprachspielen, bedeutet, daß ein Sprachspiel mit anderen Sprachspielen gerade keine Elemente austauscht und dies auch gar nicht tun kann.⁴³ Ein Sprachspiel kann lediglich dazu veranlaßt werden, an eine Aussage, die Bestandteil eines anderen Sprachspiels ist, "anzuschließen". Es findet definitiv kein Austausch statt, sondern eine je eigene Rekonstruktion der Differenzen, die aus dem endlosen Oszillieren hinausführt. Rekonstruktion aber bedeutet weder Transport von Informationen noch Übersetzung noch Transsubstantiation, sondern eine unabhängige Reaktion auf etwas Fremdes, durch die das Sprachspiel ein eigenes neues Element schafft. Dies kann dem anderen Sprachspiel niemals Gerechtigkeit widerfahren lassen, sie bedeutet immer ein "Urecht". Ein Sprachspiel "enthält" also niemals Elemente eines anderen Spieles, sondern nur seine eigenen Elemente, die an die des anderen Spieles anschließen. Fruchtbar ist hier die Metapher des "produktiven Mißverständnisses", die beschreibt, wie verschiedene Sprachspiele sich zueinander verhalten.⁴⁴ Wieder macht sich die anwesende Abwesenheit des Paradoxes bemerkbar. Das "Miß-" beschreibt die Neuerung, während das "-verständnis" sagt, daß diese auf bestehenden Sinnmaterialien aufbaut und nicht auf einem Vakuum.

Eine solche konstruktive Verzerrung, ein solcher *différend*, findet sich auch im

⁴¹ Kerchove/Ost (Fn. 7) 118.

⁴² Kerchove/Ost (Fn. 7) 102.

⁴³ Jean-Francois Lyotard (1983) *Le différend*, Paris: Les Editions de Minuit.

⁴⁴ Gunther Teubner (1995) "Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne", in: E. Schmidt und H.L. Weyers (Hrsg.) *Liber Amicorum Josef Esser*, Heidelberg: Müller, 191-214.

Fall der *lex mercatoria*. Die Strukturen globaler Wirtschaftsbeziehungen sind in der Sache nicht-rechtlich; sie bauen auf faktischen Handlungschancen auf und schaffen neue Handlungsmöglichkeiten oder Möglichkeiten, auf künftige Veränderungen der Handlungsmöglichkeiten zu vertrauen. In einer laufenden Geschäftsbeziehung ist es empfehlenswert, die Juristen außen vor zu lassen.⁴⁵ Warum? Nicht nur, weil sie das Streben nach Gewinn durch die formale *quaestio iuris* ersetzen. Nicht nur, weil sie das Kosten-Nutzen-Kalkül durch die *Maxime* ersetzen, gleiche Fälle gleich zu behandeln. Schlimmer noch, weil sie tatsächliche Handlungsmöglichkeiten fälschlich als "Eigentum" auffassen und gegenseitiges Vertrauen auf zukünftiges Verhalten als vertraglich bindende "Verpflichtungen", als "Rechte" und "Pflichten" verstehen. Und wenn sie ihre rigiden formalistischen Ansprüche und Gegenrechte in die laufende Geschäftsbeziehung einbringen, zerstören sie empfindliche Vertrauensbeziehungen. Der Unterschied zwischen faktischen ökonomischen Handlungsmöglichkeiten und juristischem Eigentum sowie zwischen Vertrauen und vertraglichen Verpflichtungen wird durch unterschiedliche Diskursgrammatiken hervorgerufen. Juristen beobachten ökonomisches Verhalten unter dem Code Recht/Unrecht und "mißverstehen" wirtschaftliche Prozesse und Strukturen als Rechtsquellen. Vice versa "mißverstehen" clevere ökonomische Akteure Rechtsnormen unter dem ökonomischen Code als Verhandlungspositionen, als neue Profitquellen. Es finden nicht eigentlich Austauschprozesse zwischen Recht und Wirtschaft statt, die dazu führen würden, daß das Recht nun ökonomische Transaktionen enthält und die Wirtschaft Rechtsakte. Was aber stattfindet, sind wechselseitige Rekonstruktionen von Wirtschaft und Recht. Ihre Operationen schließen aneinander an, aber dennoch bleiben Rechtsakte von ökonomischen Transaktionen und Rechtsnormen von ökonomischen Erwartungen analytisch und empirisch getrennt.

Wann immer Schiedsrichter die ökonomischen Realitäten konstruktiv mißverstehen, indem sie Rechtsnormen in sie hineinlesen, schaffen sie tatsächlich ein neues positives Recht, das eindeutig Recht ist und sonst nichts. Die *lex mercatoria* ist ein genuiner Bestandteil des globalen Rechtssystems. Sie enthält rechtliche Elemente und nichts als rechtliche Elemente. Selbstverständlich sind die Grenzen zwischen Recht und Gesellschaft durchlässig. Aber es ist das produktive Mißverstehen durch die diskursive Praxis der *lex mercatoria*, das unermüdlich die eigenen Grenzen definiert und redefiniert. Der Prozeß des "Rahmens", der Grenzziehung, der Selbstdefinition ist nie beendet. Es ist unmöglich, diesen Rest aufzulösen.⁴⁶ Dies ist allerdings auch nicht die Aufgabe des nationalen Richters, dessen "Anerkennung" der *lex mercatoria* nicht länger "konstitutiv" für ihre Existenz ist.

VI.

Was ist mit der dritten Frage des Richters, der Frage nach dem Ursprung der *lex mercatoria*? Hier finden sich in der Theorie von Kerchove/Ost bemerkenswerte Aussagen, die in der Tat über das übliche Oszillieren zwischen den gegensätzlichen Polen des Paradoxes hinausgehen. Wie inzwischen zu erwarten ist, beginnen sie damit, die Frage nach dem Ursprung des Rechts entweder als *regressus ad infinitum* oder als Paradox der Selbstreferenz zu re-interpretieren.⁴⁷ Sie behaupten weiterhin, daß es zwischen einem internen und einem externen Ursprung des Rechts, zwischen

⁴⁵ Vgl. Stewart Macaulay (1966) *Law and the Balance of Power: The Automobile Manufacturers and Their Dealers*, New York: Russell Sage Foundation.

⁴⁶ Dünkelsbühler (Fn. 4) 210.

⁴⁷ Kerchove/Ost (Fn. 7) 185 f.

Positivismus und Naturrecht, keine Entscheidungsmöglichkeit, sondern nur ein unendliches Oszillieren gibt. Aber dann machen sie einen "dialektischen" Spielzug, der der Operation des re-entries sehr nahe kommt. Sie verlagern die Ursprungsfrage von einem externen historisch feststellbaren Anfang auf einen internen fiktiven Bezugspunkt, auf eine "Als-ob"-Begründung des Rechts. Das Recht verhält sich in seinen realen Operationen, "als ob" es zu einem bestimmten Zeitpunkt in Kraft gesetzt worden wäre. In diesem Gründungsmythos wird die externe Begründung des Rechts intern rekonstruiert. Die Morphogenese kann ihren Lauf nehmen.

Dieser Gedanke erscheint sehr fruchtbar. Denn an dieser Stelle bringt die "dialektische" Methode genau die Resultate hervor, die das abstrakte Programm verspricht. Nur sollte man den Gedanken noch weiterführen, indem man auf die Unterscheidung zwischen Operation und Selbstbeobachtung des Rechts zurückgreift.

Der Gründungsmythos gehört nun zur zweiten Kategorie der Selbstbeschreibung. Das Recht beschreibt seine Gründung mit Hilfe der Symbolik eines Ursprungsmythos. In der *lex mercatoria* ist die Rückbesinnung auf das mittelalterlichen Kaufmannsrecht natürlich nichts anderes als ein Gründungsmythos. Auch die Berufung auf legislative Akte eines *droit corporatif* der (offensichtlich fiktiven) Gemeinschaft der Kaufleute sein ist so zu interpretieren. Allerdings erscheinen die Selbstbeobachtungen der Gründungsmythen gegenüber den Basisoperationen der *lex mercatoria* eher als ein ideologischer Überbau. Sie sagen etwas über die Selbstlegitimierung einer fragwürdigen Praxis aus, aber nichts über die realen Bedingungen, unter denen die rekursiven Operationen eines Rechtssystems beginnen und der Prozeß selbständig weiterlaufen kann. Wann aber haben die rekursiven Operationen der *lex mercatoria* begonnen?

Der Anfang liegt in der Mitte! Es ist wie in Jacques Derridas berühmtem "Glas" (1974), wo der Text keinen Anfang hat, sondern mitten in einer Geschichte anfängt, die bereits begonnen hat. Genauso verhält es sich mit den rekursiven Operationen des Rechts. Rekursive Operationen können nicht *ex nihilo* anfangen; sie können sich nur auf etwas beziehen, das bereits existiert. Sie können sich nicht auf etwas jenseits ihrer Kette von Rekursionen beziehen, ihr Bezugspunkt muß selbst stets ein Glied dieser Kette sein. Und wenn dieses "etwas" nicht existiert, müssen sie es eben erfinden! Das Recht als ein System rekursiver rechtlicher Operationen kann sich immer nur auf vergangene rechtliche Operationen beziehen. Die Lösung ist wiederum ein "als ob", aber diesmal nicht als die Fiktion eines Gründungsmythos im Sinne einer Selbstbeobachtung, sondern als die Fiktion konkreter rechtlicher Operationen in der Vergangenheit als Basis für weitere rekursive Operationen.

Die "Als-ob"-Lösung nimmt einen Umweg über die Supplementierung eines Mangels. Die mangelnde Identität eines nicht-staatlichen Rechts muß durch die Teilnahme eines äußeren Gesellschaftlichen an dem internen Rechtlichen ergänzt werden:

"Nur über die Annahme eines (Fehlens als) Verlust kann eine originäre Vollständigkeit - als Einheit - vorausgesetzt werden, die dann ersetzt (replaced) und so die (metaphysische Logik der) 'ursprüngliche(n)' Identität wieder vollständig hergestellt werden kann."⁴⁸

⁴⁸ Dünkelsbühler (Fn. 4) 213.

Diese Fiktion hängt allerdings von äußeren Bedingungen ab. Es müssen genügend nicht-rechtliche Sinnmaterialien vorhanden sein, die als rechtliche Materialien mißverstanden werden können. Es muß eine historische Situation bestehen, in der es plausibel erscheint anzunehmen, daß auch in der Vergangenheit Rechtsnormen angewendet wurden.⁴⁹ Eine kommerzielle Praxis hat sich unter den chaotischen Bedingungen des Weltmarkts herausgebildet, oder besser: ist durch die stärkeren wirtschaftlichen Interessen oktroyiert worden. Diese Praxis wird immer dann in Recht "umgesetzt", wenn sich fingieren läßt, daß die Erwartungen in Wahrheit Rechtscharakter haben, auf den sich eine juristische Entscheidung beziehen kann. Internationale Verträge werden laufend außerhalb des Rahmens des nationalen Vertragsrechts abgeschlossen. Die seltsame Fiktion ist nun, daß die vertraglichen Erwartungen Recht "sind". Organisatorische Routinen haben sich in multinationalen Organisationen entwickelt, und die Fiktion wird geschaffen, daß diese Regeln Rechtscharakter haben. Ein unternehmerischer Bewohner des Cyberspace steckt einen Claim ab, verlangt Geld für den Zugriff, und fingiert damit, rechtsverbindlich Eigentum geschaffen zu haben. Schiedsrichter fingieren in Handelsstreitigkeiten, daß alte Fälle, die vor Zeiten nach Regeln der Billigkeit entschieden worden sind, für sie rechtlich bindende Präzedenzfälle sind und wenden auf sie die Techniken des distinguishing und overruling an. Dies ist die historische Situation, in der die *lex mercatoria* ihre Rekursivität auf der Grundlage fiktiver Rechtsmaterialien schafft.

Dies sind allerdings nur die externen Bedingungen für den Start der rekursiven Operationen. Um es zu wiederholen, es muß Sedimente einer sozialen Kommunikation geben, die von dem false memory syndrome des Rechts als Rechtsmaterialien genutzt werden können. Unter dem Eindruck von Konflikten, die auf eine Lösung drängen, sucht das Recht nach Präzedenzen und verfälscht die Sedimente. Ohne Zweifel existieren diese Sedimente existieren. Aber das Recht gibt ihnen eine Bedeutung als "rechtliche" Präzedenzen.

Gleichzeitig müssen aber auch interne Bedingungen für den take-off der Rekursionen erfüllt sein. Selbst wenn es genügend Sinnmaterialien gibt, die von rechtlichen Rekursionen als Recht produktiv mißverstanden werden können, müssen sich diese Rekursionen doch immer noch von den Beschränkungen befreien, die das Paradoxes eines selbstvalidierenden Vertrages setzt. Wie kann eine Streitschlichtung vereinbart sein, wenn die Gültigkeit des Vertrages im Streit steht? Wieder identifizieren Kerchove/Ost dieses Paradox in ihrer Diskussion der Fabel des Gesellschaftsvertrages. Und wieder zeigen sie die Unendlichkeit des jeu de jeu, Recht des Rechts, was aufs neue zeigt, daß Recht als geschlossenes System unmöglich ist. Und wieder ist zu fragen, wie das Recht auf die Herausforderung dieses Paradoxes reagieren kann. Wie entfaltet die *lex mercatoria* das Paradox des self-regulatory contract, des *contrat sans loi*?

In der Tat hat die internationale Kautelarjurisprudenz einen Weg gefunden, das Paradox der vertraglichen Selbstvalidierung so zu verbergen, daß internationale Verträge das scheinbar Unmögliche erreichen können. Globale Verträge produzieren ihre eigenen nicht-vertraglichen Rechtsgrundlagen selber. Sie haben drei Wege gefunden, das Paradox zu entfalten - Zeit, Hierarchie und Externalisierung -, die sich gegenseitig unterstützen und es möglich machen, daß ein globales Recht der

⁴⁹Luhmann (Fn. 9) 57.

ökonomischen Peripherie ohne staatliche Unterstützung sein eigenes rechtliches Zentrum schafft.

In erster Linie schaffen Verträge selber eine interne Hierarchie vertraglicher Regeln. Sie enthalten nicht nur primary rules, wie Hart (1961) in: *The Concept of Law* Oxford: Clarendon: S. 77ff.) sie definiert hat, die das künftige Verhalten der Parteien regeln, sondern zugleich auch secondary rules, die die Anerkennung der primären Normen regeln, ihre Identifizierung, ihre Interpretation und die Verfahren zur Konfliktbewältigung. Das Paradox der Selbstvalidierung besteht nach wie vor, aber es wird in der Trennung hierarchischer Ebenen entfaltet, der Ebenen der Normen und der Meta-Normen. Meta-Normen sind gegenüber den Regeln autonom, obwohl sie den gleichen vertraglichen Ursprung haben. Zwar handelt es sich um eine tangled hierarchy, aber das hindert die oberen Stufen nicht daran, die niedrigeren zu regulieren und umgekehrt.⁵⁰

Zweitens entfalten diese Verträge das Paradox in der zeitlichen Dimension und transformieren die Zirkularität der vertraglichen Selbstvalidierung in einen schrittweise ablaufenden Prozeß rechtlicher Akte, in eine Sequenz der gegenseitigen rekursiven Konstituierung rechtlicher Akte und Strukturen. Der gegenwärtige Vertrag dehnt sich in die Vergangenheit und die Zukunft aus. Er bezieht sich auf eine prä-existierende Standardisierung der Normen und auf eine zukünftige Streitschlichtung und verwandelt sich so in ein Element eines permanenten selbstproduzierenden Prozesses, in dem das Netzwerk der Elemente eben diese Elemente des Systems hervorbringt.

Drittens schließlich entfaltet der selbstreferentielle Vertrag das vertragliche Paradox durch Externalisierung. Er externalisiert die eigentlich fatale Selbstvalidierung indem er die Bestimmung der Gültigkeit und die Beilegung zukünftiger Konflikte auf externe "außervertragliche" Institutionen überträgt, die nichtsdestotrotz "vertraglich" sind, da sie ein reines internes Produkt des Vertrages selber sind. Eine dieser selbstgeschaffenen externen Organisationen ist die Schiedsgerichtsbarkeit, die über die Gültigkeit des Vertrages urteilen soll, obwohl ihre eigene Gültigkeit auf eben dem Vertrag beruht, dessen Gültigkeit sie beurteilen soll.

Hier verwandelt sich der circulus vitiosus der vertraglichen Selbstvalidierung in einen circulus virtuosus der vertraglichen Arbitrage. Ein interner Zirkel verwandelt sich in eine externe Beziehung zwischen zwei Institutionen. In der Beziehung zwischen den beiden institutionellen Polen Vertrag und Arbitrage findet man den Kern eines entstehenden globalen juristischen Diskurses, der den spezialisierten binären Code legal/illegal verwendet und das Symbol einer nicht-nationalen, ja sogar einer nicht-internationalen, sondern einer transnationalen oder globalen Geltung verarbeitet. Eine zusätzliche Externalisierung dieser Verweisung auf Quasi-Gerichte ist die Verweisung auf quasi-legislative Institutionen, auf die Internationale Handelskammer in Paris, die International Law Association in London, die International Maritime Commission in Antwerpen und auf alle möglichen Arten von internationalen Wirtschaftsorganisationen. Auf diese Weise hat die transnationale Vertragspraxis ex nihilo ein institutionelles Dreieck aus privater "Rechtsprechung", "Gesetzgebung" und "Vertragspraxis"

⁵⁰ Douglas R. Hofstadter (1979) *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, New York: Basic Books: 684 ff.; ders. (1985) "Nomic: A Self-Modifying Game Based on Reflexivity in Law", in: D.R. Hofstadter (Hrsg.) *Metamagical Themas: Questing for the Essence of Mind and Pattern*, New York: Bantam, 70-86: 70 ff.; Peter Suber (1990) *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, New York. Out of print. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>: Peter Lang.

geschaffen.

Warum ist diese Externalisierung so wichtig für die Entstehung eines authentischen globalen Rechts? Nicht nur, weil sie das Paradox der vertraglichen Selbstvalidierung entfaltet, sondern insbesondere deshalb, weil sie die Dynamik einer Interaktion zwischen einer "offiziellen" und einer "inoffiziellen" Rechtsordnung schafft, die konstitutiv für das moderne Recht ist. Sie führt eine interne Differenzierung zwischen organisierter und spontaner Rechtsproduktion ein, die das funktionelle Äquivalent der Differenzierung zwischen staatlichem Recht und Verträgen in nationalen Zusammenhängen darstellt.⁵¹ So verändern Schiedsgerichte und private Gesetzgebung tiefgreifend die Rolle des internationalen Vertrages, obwohl sie doch nur sein Produkt sind. Wenngleich Arbitrage und Standardverträge selbst vertraglich geschaffen sind, verwandeln sie die vertragliche Produktion von Rechten und Pflichten in ein "inoffizielles Recht", das von dem "offiziellen Recht" der Schiedsgerichte diszipliniert wird. Private Arbitrage und private Gesetzgebung werden zum Kern eines Entscheidungssystems, das mit dem Aufbau einer Hierarchie von Normen und Organisationen beginnt. Sie machen die Reflexivität der *lex mercatoria* möglich.⁵²

Der Ursprung der *lex mercatoria* ist also letztlich das Paradox der vertraglichen Selbstvalidierung, das durch die Differenzierung in eine "offizielle" und eine "inoffizielle" Rechtsordnung entfaltet wird. Dies ist ein doppelter re-entry. Nicht nur daß das Rechtssystem als ganzes die Differenz zwischen Recht und Umwelt als eine Unterscheidung zwischen seinem Zentrum und seiner Peripherie rekonstruiert. Die Peripherie des Rechts trifft selber intern eine solche Unterscheidung zwischen ihrem eigenem Zentrum - Arbitrage, verbandliche Normsetzung - und ihrer Peripherie - den juristischen Transformationen ökonomischer Transaktionen.

VII.

Worin besteht dann letzten Endes der Unterschied zwischen Recht als paradoxem Spiel und Recht als autopoietischem System? Die Antwort: Es ist der Unterschied zwischen einer philosophischen und einer soziologischen Beobachtung des Rechts. Er wird deutlich daran, wie der Einfluß, den Gesellschaft, Kultur und Geschichte auf das Recht ausüben, wahrgenommen wird. Wo philosophische Beobachter ein freies "Spiel der Differenzen" entdecken, sehen soziologische Beobachter eine Geschichte von Wahlverwandtschaften zwischen Semantik und Gesellschaftsstrukturen.⁵³ Was bedeutet das für die Paradoxien des Rechtsspiels?

Während die *théorie ludique du droit* behauptet, sie hätte die paradoxen Ursprünge des Rechts aufgedeckt, würde die Rechtssoziologie die materielle Basis und nicht den Überbau für verantwortlich erklären. Sie würden feststellen, daß historische Konstellationen in Gesellschaft und Kultur latent schon immer existierende Rechtsparadoxien auf einmal manifest machen. Sie schaffen die strukturellen Bedingungen dafür, daß die Grundlagen des Rechts in einer bestimmten Situation als paradox erkannt werden, unter anderem auch von Rechtsphilosophen. In unserem Fall der *lex mercatoria* konnte das oben erwähnte Paradox der Selbstvalidierung als Grundlage des privaten Vertrages und der privaten Organisation, jahrhundertlang

⁵¹ Vgl. Luhmann (Fn. 9) 320 ff.

⁵² Stein (Fn. 37) 164 ff.

⁵³ Teubner (Fn. 20).

latent bleiben. Die Gründe dafür sind historisch. Der Nationalstaat, seine Verfassung und sein Recht haben die Unterscheidung zwischen nationaler Rechtsprechung und Gesetzgebung zur Verfügung gestellt, die alle Arten der "privaten Rechtssetzung" aufnehmen konnte. Das Auftauchen des Paradox ist keine Entdeckung der postmodernen Rechtsphilosophie, deren dekonstruktivistischen Methoden alle möglichen Arten von Ambivalenzen, Aporien, Antinomien und Paradoxe enthüllen. Vielmehr wurde das Rechtsparadox durch harte soziale Realitäten aufgedeckt - in diesem Fall: fragmentierte Globalisierung. Der Unterschied zwischen einer im hohem Maße globalisierten Wirtschaft und einer kaum globalisierten Politik führt zur Entstehung eines globalen Rechts, das keine Gesetzgebung kennt, keine politische Verfassung und keine politisch geordnete Normenhierarchie, die das vertragliche Paradox latent halten könnte.⁵⁴ Dreißig Jahre vor dem Erscheinen von *La condition postmoderne*, und fünfzig Jahre vor *Le droit ou les paradoxes du jeu*, hatte die Praxis des Wirtschaftsrechts bereits die Paradoxien der *lex mercatoria* entdeckt und sie mit den Gründungsmythen eines *droit corporatif*, eines *contrat sans loi* zu verarbeiten gesucht. Nur soziale Kräfte können Rahmen zerbrechen, Philosophen sind nicht stark genug; sie beobachten nur das Zerbrechen der Rahmen.

Während die Rechtsphilosophie suggeriert, daß wir frei sind, "Paradoxien entschlossen zu akzeptieren" und dies trotz all ihrer Widersprüche, Ambivalenzen und endlosen Oszillationen, und daß wir frei sind, mit ihnen das Spiel der "Dialektik ohne Synthese" zu spielen, fordert uns die Rechtssoziologie auf, die Zwänge zu beachten, die Gesellschaft, Geschichte und Kultur einem solchen Spiel mit dem Paradox setzen. Sie haben wenig Geduld mit einer spielerischen Paradoxifizierung des Rechts; sie zwingen uns, es als eine Herausforderung zum Handeln zu verstehen. Die Herausforderung ist eindeutig. Trefft eine Unterscheidung! Baut neue Rahmen! Entfaltet das Paradox! Detautologisiert die Tautologien! Asymmetrisiert die Symmetrien! Identifiziert die Eigenwerte in rekursiven Prozessen! Das Gesetz sozialer Selbst-Reproduktion zwingt dazu, neue Rahmen zu konstruieren, wenn die alten zerbrechen.

Während die Rechtsphilosophie die dialektische Phantasie zum kreativen Spiel mit den juristischen Paradoxien ermutigt und einen fast unbegrenzten Möglichkeitsraum eröffnet, um sie zu verarbeiten, ist die Rechtssoziologie auch hier eher rigoros und selektiv. Wieder diktieren Gesellschaft, Kultur und Geschichte die Bedingungen der Plausibilität für neue Unterscheidungen, die das Paradox entfalten können. Es ist folglich eine offene Frage, ob etwa, wie hier im Text vorgeschlagen, Rechtspluralismus als eine plausible Grundlage für eine Theorie der Rechtsquellen gesellschaftlich akzeptiert wird oder nicht.

Während die Rechtsphilosophie erklärt, daß sie alle Versuche, zu einer paradoxiefreien Vergangenheit zurückzukehren, erfolgreich bekämpfen wird, legt uns die Rechtssoziologie eher einen historischen Prozeß nahe, fast eine rhythmische Bewegung der Paradoxierung, Entparadoxierung, Reparadoxierung... In unserem Fall der *lex mercatoria* läßt sich schon heute spüren, wo die gesellschaftliche Dynamik morgen die neuen Rahmen eines a-nationalen und a-politischen Rechts sprengen wird. Denn wie kann ein "privates" globales Recht auf Dauer seine Reparadoxifizierung durch "öffentliche" politische Prozesse im Weltmaßstab verhindern? Würde dies nicht seinerseits wiederum neue Unterscheidungen eines globalen Verfassungsrechts hervorrufen? Ob die neuen Rahmen wiederum zerbrechen, ist eine Frage der

gesellschaftlichen Praxis. Rahmen zerbrechen nicht von allein, sie werden von der Geschichte zerbrochen, die dazu provoziert, neue zu konstruieren.

Allerdings ist die hier benutzte soziologische Unterscheidung von Rechtssemantik und gesellschaftlichen Strukturen ihreseits paradox gebaut, und Rechtsphilosophen werden diese Unterscheidung problemlos dekonstruieren können. Wenn Philosophen auf die Probe gestellt werden, werden sie immer das letzte Wort haben, und das sollten sie auch.

Literatur:

Bar, Christian von (1987) *Internationales Privatrecht I*, München: Beck.

Bercusson, Brian (1997) "Globalizing Labor Law: Transnational Private Regulation and Countervailing Actors", in: G. Teubner (Hrsg.): *Global Law Without A State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 133-178.

Berman, Harold J. (1983) "The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)", in: W.S. Surrey und D. Wallace (Hrsg.): *Lawyer's Guide to International Business Transactions: The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*. Philadelphia: American Law Institute - American Bar Association, 1-65.

Bianchi, Andrea (1997) "Globalization of Human Rights: The Role of Non State Actors", in: G. Teubner (Hrsg.): *Global Law Without A State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 179-212.

Bourdieu, Pierre (1986) "La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique", 42 *Actes de la recherche en sciences sociales*, 3-19.

Cornell, Drucylla (1993) *Transformations*, London: Routledge.

Delaume, Georges R. (1989) "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria", 63 *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, 575-611.

Derrida, Jacques (1990) "Force de loi: Le 'fondement mystique de l'autorité'", 11 *Cardozo Law Review*, 919-1047.

Dezalay, Yves und Bryant Garth (1995) "Merchants of Law as Moral Entrepreneurs", 29 *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System*, 12-27.

Dünkelsbühler, Ulrike (1991) "Rahmen-Gesetze und Parergon-Paradox: Eine Übersetzungsaufgabe", in: H. U. Gumbrecht und K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.): *Administration and Society*. Frankfurt: Suhrkamp, 207-223.

Fletcher, George P. (1985) "Paradoxes in Legal Thought", 85 *Columbia Law Review*, 1263-1292.

Foucault, Michel (1975) *Surveiller et punir: La naissance de la prison*, Paris: Gallimard.

Fouchard, Philippe (1965) *L'arbitrage commercial international*, Paris: Dalloz.

- (1983) "La loi regissant les obligations contractuelles en droit international privé français", in: F. Klein und F. Vischer (Hrsg.): *Colloque de Bale sur la loi regissant les obligations contractuelles*. Basel: 81- 114.

Giddens, Anthony (1990) *The Consequences of Modernity*, Stanford: Stanford University Press.

Goldman, Berthold (1964) "Frontières du droit et 'lex mercatoria'", 9 *Archives de Philosophie du Droit*, 177-192.

- (1979) "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives", 106 *Journal du Droit International (Clunet)*, 475-505.

- (1986) "The Applicable Law: General Principles of Law - the Lex Mercatoria", in: J. D.

- M. Lew (Hrsg.): *Contemporary Problems in International Arbitration*. London: The Eastern Press, 113-125.
- (1993) "Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria", in: (Hrsg.): *Festschrift Pierre Lalive*. 241-255.
- Highet, Keith (1990) "The Enigma Of The Lex Mercatoria", *Tulane Law Review*, 99-108.
- Hofstadter, Douglas R. (1979) *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, New York: Basic Books.
- (1985) "Nomic: A Self-Modifying Game Based on Reflexivity in Law", in: D.R. Hofstadter (Hrsg.): *Metamagical Themas: Questing for the Essence of Mind and Pattern*. New York: Bantam, 70-86.
- Jackson, Bernard J. (1988) *Law, Fact and Normative Coherence*, Liverpool: Deborah Charles.
- Kahn, Philippe (1982) "Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", in: Berthold Goldman (Hrsg.): *Le droit des relations économiques internationales*. Paris: Librairies Techniques, 97-107.
- (1992) "La lex mercatoria: point de vue français après quarante ans de controverses", *37 McGill Law Journal*, 413-427.
- Kassis, Antoine (1984) *Théorie générale des usages du commerce*,
- Kerchove, Michel van de und François Ost (1992) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris: Presses Universitaires de France.
- Krippendorff, Klaus (1984) "Paradox and Information", in: Brenda Dervin und Melvin Voigt (Hrsg.): *Progress in Communication Sciences 5*. Norwood: Ablex, 45-71.
- Loquin, Eric (1986) "L'application des règles nationales dans l'arbitrage commercial international", in: Chambre de Commerce International (Hrsg.): *L'apport de la jurisprudence arbitrale*. Paris: CCI 440/1, 67-122.
- Luhmann, Niklas (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.
- Liotard, Jean-Francois (1983) *Le différend*, Paris: Les Editions de Minuit.
- Macaulay, Stewart (1966) *Law and the Balance of Power: The Automobile Manufacturers and Their Dealers*, New York: Russell Sage Foundation.
- Mann, Frederik (1968) "Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung", *130 Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 97- 129.
- (1984) "England Rejects 'Delocalized' Contracts and Arbitration", *33 International and Comparative Law Quarterly*, 193- 198.
- Mertens, Joachim (1997) "Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?", in: Gunther Teubner (Hrsg.): *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot 31-44.
- Mustill, Lord Justice (1987) "The New Lex Mercatoria", in: Maarten Bos und Ian Brownlie (Hrsg.): *Liber Amicorum Lord Wilberforce* Oxford: Clarendon Press 149-183.
- Osman, Filali (1992) *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Ost, François (1994) "A Game Without Rules? The Ecological Self- Organization of Firms", in: Farmer & Murphy Teubner (Hrsg.): *Environmental Law and Ecological Responsibility: The Concept and Practice of Ecological Self- Organization*. Chichester: Wiley, 337- 362.
- Robe, Jean-Philippe (1997) "Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order", in: G. Teubner (Hrsg.): *Global Law Without A State*. Aldershot: Dartmouth Gower, 45-77.
- Sandrock, Otto (1989) "Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit", in: (Hrsg.): *Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*. Köln: Heymann, 21-81.

Simon, Gérald (1990) *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Spencer Brown, George (1972) *Laws of Form*, New York: Julian Press.

Spickhoff, Andreas (1992) "Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten", 56 *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 116-141.

Stein, Ursula (1995) *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt: Klostermann.

Suber, Peter (1990) *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, New York. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>: Peter Lang.

Summerer, Thomas (1990) *Internationales Sportrecht vor dem staatlichen Richter in der Bundesrepublik Deutschland, Schweiz, USA und England*, München: Florentz.

Teubner, Gunther (1995) "Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne", in: E. Schmidt und H.L. Weyers (Hrsg.): *Liber Amicorum Josef Esser*. Heidelberg: Müller, 191-214.

- (1996) "Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts", 2 *Soziale Systeme*, 229-256

Welsch, Wolfgang (1996) *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*, Frankfurt: Suhrkamp.