

Rechtsgenesis: Ursprungsparadox und *supplément*

The Genesis of Law: On the Paradoxical Origin of Law and its *supplément*

Marc Amstutz*

Zusammenfassung: Nach der Systemtheorie kennt das Recht keinen Anfang. Es beginnt in der Mitte. Diese Paradoxie wird in der Sozialpraxis entweder durch einen im System selbst gefertigten Mythos oder durch die Einführung neuer Unterscheidungen invisibilisiert. In Fällen von „historisch gegebenem“ Recht wird auf diesem Weg die Paralyse des Systems vermieden. Anders verhält es sich in Fällen, da Recht in sozialer Anomie operiert, z.B. im Fall von Recht, das in transitionalen Regimes nach Kriegen, Revolutionen, Staatsstreichungen usw. angewendet wird (sog. transitionales Recht). Der Beitrag versucht, den Gedanken der Ursprungsparadoxie des Rechts mit Derridas „Denkfigur“ des *supplément* weiter zu entfalten und knüpft zu diesem Zweck an die Rechtssoziologie Luhmanns an, die die Funktion des Rechts in der Erwartungsstabilisierung sieht. Versteht man Erwartungen als *supplément* des Rechts, entsteht die Möglichkeit, ein viel komplexeres Verständnis vom Rechtsursprung zu entwickeln. Mit einem solchen Ursprungsverständnis wird es möglich, transitionales Recht rechtssoziologisch zu analysieren, was am Beispiel des Straftatbestandes des Verbrechens gegen die Menschlichkeit in Nürnberg veranschaulicht wird.

Summary: According to systems theory, law is without origin. It starts in the middle. This paradox is usually hidden behind myths produced within the system itself or by the introduction of new differences. In the case of „historically founded“ law, i.e. law „with a history“, the system becomes thus resistant against paralysis. However, this is not true with regard to law operating in anomy, an example for such a case being transitional justice. The essay tries to address the paradox of origin with the Derridian idea of *supplément* and ties up, on this basis, to Luhmann's sociology of law which holds that the function of law consists in the stabilization of social expectations. If one equates such expectations with the *supplément* of law, a much more complex notion of origin of law may be developed. This notion affords the possibility to analyse transitional law on a law & society basis. This shall be demonstrated by taking up the example of the prohibition of crimes against humanity as it was applied in Nuremberg.

Keywords: Paradox of Law, stabilisation of expectations, logos/*supplément*, Girard's fundamental anthropology, transitional justice, Nuremberg trial of major war criminals

* Für kritisch-konstruktive Kommentare und weiterführende Hinweise danke ich Cornelia Bohn, Olaf Dilling, Johannes Helmke, Vaïos Karavas, Marcel Alexander Niggli, Gunther Teubner sowie den Teilnehmern an einem von Peer Zumbansen und Oren Perez organisierten Workshop zum Thema „Law After Luhmann“, der vom 5.-7. Juli 2007 am International Institute for Sociology of Law in Onati stattfand.

I.

Nuit, nuit blanche – ainsi le désastre, cette nuit à laquelle l'obscurité manque, sans que la lumière l'éclaire (Blanchot 1980: 8).

War am Anfang Recht oder Unrecht? Oder etwas Drittes? *Ex facto ius oritur*? Wie so oft, ist Luhmann radikaler: Recht hat keinen Ursprung; es beginnt in der Mitte: „Die Rechtspraxis operiert stets in einer Situation mit historisch gegebenem Recht, denn anders könnte sie gar nicht auf die Idee kommen, sich selbst als Rechtspraxis zu unterscheiden. Entsprechend gibt es, historisch gesehen, keinen Anfang des Rechts, sondern nur Situationen, in denen es hinreichend plausibel war, davon auszugehen, dass auch schon früher nach Rechtsnormen verfahren worden ist“.¹ Kurzum: Am Anfang steht Unterscheidung, und sei es auch nur die Konstruktion des Vorher/Nachher, die ja immer (wie jede Unterscheidung) erst im nachhinein entsteht.

Ursprungslosigkeit ist die Marke der Differenzlogik, deren notwendiger Ausgang, könnte man sagen (und zwar: sowohl *Aus-gang* als auch *Aus-gang*). Differenzlogisch lässt sich das Recht nicht mehr auf „eine referenzfähige oberste Norm“ (Luhmann 1993: 73) errichten. Vielmehr gründet es in einer Paradoxie, in der Unmöglichkeit der Anwendung seiner Leitunterscheidung auf sich selbst. Dass das Recht nicht entscheiden kann, ob die Unterscheidung von Recht und Unrecht zu Recht oder zu Unrecht besteht, hat also mit dem Sinn der Trennung von zwei Seiten zu tun. Dieser Sinn besteht darin, das Beobachten zu zwingen, von der einen Seite auszugehen, also zu bezeichnen, was beobachtet wird – und die nicht gemeinte Seite als versteckten Hinweis auf Abruf zu halten. Die Unterscheidung selber kommt weder auf der einen noch auf der anderen Seite vor: „Wenn Beobachten unterscheiden ist, bleibt die Unterscheidung selbst dabei unbeobachtbar“ (Luhmann 2002: 64). Sie ist der blinde Fleck des Systems (v. Foerster 1993).

Der Ursprung eines Systems (auch des Rechts) ist demnach immer eine Paradoxie. Erst diese Paradoxie – als Unterscheidung oder blinder Fleck – ermöglicht überhaupt die Operation des Beobachtens, und zwar mit der Folge, dass alles Begründen im Rechtssystem dogmatischen Charakter hat, somit ohne „letzten Grund“ (wie etwa Gott, der König, Vernunft oder neuerdings Effizienz) bleibt. Recht beruht auf sich selbst oder genauer: auf seinen Operationen. Die Frage ist dann natürlich, ob das ein Problem, eine Blockade schafft, ob die Gründungsparadoxie zur Paralyse des Rechtssystems oder seines Beobachters führt. Sie ist insofern zu verneinen, als sowohl die Beobachtung erster Ordnung als auch diejenige zweiter Ordnung über bewährte Hilfsmittel verfügen, um die Paradoxie zu invisibilisieren oder zu entfalten: Im System wird das Gründungsparadox meist durch einen selbst gefertigten Mythos verdeckt oder externalisiert (z. B. auf die Politik, indem die Figur des politischen Souveräns erfunden wird), während es in der Außenperspektive

1 Luhmann 1993: 57; cf. ferner *op. cit.*: 138: „Und gerade weil die Mischform Normalität/Normativität (unterschieden vom Unvertrauten, Unerwarteten, Überraschenden) immer vorausgeht, kann das Recht an diesen Entwicklungsschwellen die Vergangenheit so lesen, als ob es immer schon Recht gegeben habe. Das Recht muß nie ‚anfangen‘. Es kann an vorgefundenen Traditionen anschließen. Es kann sich, wenn die Gesellschaft seine Ausdifferenzierung ermöglicht, zu einem selbstreferentiellen System schließen und mit dem Normmaterial arbeiten, das immer schon vorliegt“.

durch die Einführung immer neuer Unterscheidungen² ersetzt wird (Luhmann 1988: 153 ff.; Clam 2004: 136 ff.; Teubner 1998: 583 ff.).

All diese Beobachtungsschemen sind (selbstverständlich mit der erforderlichen Dosis Innovation oder Sozialadäquanz) solange imstande, die Paradoxie des Rechts abzuarbeiten, als das Recht (wie das Leben) ein *long fleuve tranquille* ist (Chatiliez 1988), also im „gesellschaftlichen Kontinuum“ operiert, also „historisch gegeben“ ist. Allerdings fragt sich: Gilt dieser Befund auch für Recht, das sich in gesellschaftlicher Anomie (Durkheim 1998: 360 f.) vollzieht, also in Lagen prekärer, kritischer, ge-/zerstörter sozialer Kommunikation? Ein Beispiel für Recht, das sich auf einem solchen destruierten Gelände bewegt, stellt *transitional justice* dar (Roht-Arriaza 2006: 1 f.). Unter dieser Bezeichnung blüht heute ein interdisziplinärer Forschungszweig, der sich mit dem Übergang von totalitären oder diktatorischen zu demokratischen Regimes befasst (Teitel 2000). Er fragt in seiner rechtsrelevanten Formulierung danach, was Recht in diesem Prozess leisten und insbesondere was es zur Bewältigung früheren Unrechts beitragen kann, kurzum: was die Funktion von Recht in dieser Funktion ist. Solches Recht nenne ich hier: *transitionales* Recht. Die von der *transitional justice scholarship* in diesem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse sind – im deutlichen Gegensatz zum betriebenen Forschungsaufwand – erstaunlich unsicher, schwebend und dunkel geblieben. In ihren rechtlichen Bezügen versuchen sie ein juridisches Schreckbild zu fassen: das Schreckbild der *Retroaktivität*, das die Juristen seit Generationen erstarren lässt.³ Dieses Schaudern hat seinen Grund darin, dass Retroaktivität an einer fundamentalen Perversion der Rechtsidee zu leiden scheint: Auf ein Unrechtsregime Recht anzuwenden, das erst nach dem Regimesturz in Kraft gesetzt wurde, an dem sich also die Gestürzten zur Zeit ihrer Handlungen nicht orientieren konnten, führe, so das Argument, nur zu einer Verdoppelung des Unrechts – oder besser: zu seiner *dissémination* (Meltzer 1947: 456 m. Nw.).

Das ist, wie leicht zu sehen ist, ein Dogma, denn die Paradoxien des alten und des neuen Rechts werden dadurch nur invisibilisiert oder externalisiert. Mit welchen Argumenten wird es plausibilisiert? Im Anschluss an den zweiten Weltkrieg, in einer Zeit, da transitionales Recht zum ersten Mal eingehender studiert worden ist (Teitel 2005: 839), wurden im wesentlichen zwei Argumentationslinien entwickelt (Meltzer 1947: 455 ff.):

Die erste setzt darauf, das Rebus der *transitional justice* mit *ad infinitum* sich türmenden kommunikativen Schlaufen zwischen den verschiedenen sozialen Systemen der Gesellschaft zu entschlüsseln. Für diesen Versuch steht namentlich Harts Positivismus (Teitel 2005: 847 ff.). Dieser sah im retroaktiven Abriss der korrumpierten Gesetze des alten Regimes ein gefährliches Opfern des moralisch fundierten und rechtlich internalisierten Rückwirkungsverbots („*a very precious principle of morality endorsed by most legal systems*“) und

2 Diese Strategie (und ihre Grenzen bei unglücklicher Wahl der Antonyme) wird z. B. bei Koschorke (1999: 57), sichtbar: „Vom System her lässt sich der Anfang nur denken, insofern er über sich selbst hinaus in eine fiktive Vorzeit verlängert wird – insofern er sich also immer schon ereignet haben soll. Die Vorzeit ist eine *Rückprojektion* des Systems mit Hilfe seiner bereits instituierten Leitdifferenzen; sie stimmt mit seiner „technischen“ Genese nicht überein“. Der Begriff der „technischen“ Genese verdeckt das Paradox – aber nicht sehr lange, was zeigt, dass die Wahl der zwei Seiten einer Unterscheidung nicht beliebig erfolgen kann.

3 Cf. Ehard 1949: 230. Man muss in diesem Zusammenhang freilich differenzieren: Der Retroaktivitätsbegriff unterscheidet sich im kontinentaleuropäischen und im angelsächsischen Rechtskreis nicht unmaßgeblich; cf. eingehend zu dieser Frage Burchard 2006: 827 f. Im vorliegenden Papier erübrigt sich, dieser Unterscheidung weiter nachzugehen.

empfahl, von einer überlappenden Anwendung des neuen auf das alte Recht abzusehen (Hart 1958: 619). Neues Recht könne immer nur für die Zukunft gelten und müsse altes Recht für seine Zeit stehen lassen (Ehard 1949: 234-236). Mit dieser Position handelt man sich freilich das Problem ein, dass sich zu den jeweiligen, in Lyotardscher Manier kollidierenden Ursprungsparadoxien des gestürzten und des transitionalen Rechts die nicht minder paradoxe Frage gesellt: ob es Recht oder Unrecht war, das niedergerissene Recht durch neues Recht abzulösen. Wer befindet über diese juristische Demontage, wenn nicht die nackte Macht? Sich auf Macht einzulassen, verlagert aber das Rechtsparadox nur gerade auf eine andere Bühne, diejenige der Politik, und lädt, wie Hart mit seinen überschießenden Verweisungen auf Moral, Recht und Politik, zu einem verwirrenden und endlosen Tanz der Systemresonanzen ein (Finch 1947: 34).

Die Lärmkatastrophe des Positivismus in transitionalen Phasen hat zur Entwicklung der zweiten Argumentationslinie geführt. Diese versucht, das Paradox der *transitional justice* durch eine gegenseitige „Aufschaukelung“ oder besser: durch eine reziproke Heim-suchung von Recht und Moral (Fuller 1964) zu entfalten: „[T]he dilemma ... [is] that of meeting the demands of order [sc. the internal morality of law], on the one hand, and those of good order [sc. the external morality of law], on the other. Of course, no pat formula can be derived from this phrasing of the problem. But, unlike legal positivism, it does not present us with opposing demands that have no living contact with one another, that simply shout their contradictions across a vacuum“ (Fuller 1958: 657; Dubber 1993: 1826). Recht und Moral sollen also gleichberechtigt am Tisch der Gesellschaft verhandeln! Fuller, der hauptsächliche Proponent dieser Sicht der Dinge (und von Radbruchs [1946: 105 ff.] berühmter Position nicht allzu weit entfernt), startet bei der Beobachtung, dass das Recht des gestürzten Regimes sich meist dermaßen von der (externen) Moral entfernt hat, dass es aufgehört hat, Recht zu sein. In solchen Fällen sei der Erlass eines rückwirkenden Gesetzes zu befürworten. Denn: „I would see such a statute [sc. an *ex post facto* statute] as a way of symbolizing a *sharp break* with the past ...“ (Fuller 1958: 661; Ehard 1949: 223). Mit dieser Argumentation bleibt die Sozialrelevanz des retroaktiven Rechts zwar notwendig ungewiss: Recht oder Nichtrecht? Homöostatisches System oder gesellschaftliche *lettre morte*, ohne Funktion und ohne Leistung? Insofern versagt Fullers Lehre gerade bei der Kernfrage des transitionalen Rechts. Aber sie tut es als *beautiful loser*: Wenn sie von einem „*sharp break with the past*“ spricht, deutet sie paradoxerweise an, dass auch rückwirkendes Recht auf *social embeddedness* angewiesen ist. Denn transitionales Recht bricht mit altem Recht, nicht mit sozialer Kommunikation. Es kann seine Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen nur erfüllen, wenn es solche Erwartungen überhaupt seligieren kann, derartige Erwartungen also – in Form von Sozialpraktiken, Konventionen, Usanzen, Gewohnheiten, Standards, *deep rooted convictions* usw. – tatsächlich in der transitionalen Gesellschaft bestehen. Ohne solche Kommunikationen emergiert kein Recht, bleiben Gesetzeserlasse Makulatur, Gerichte in der Sache arbeitslos (vielleicht üben sie eine soziale Funktion aus, sicher nicht jedoch die Rechtsfunktion). Aber gibt es derartige Erwartungen in der Transition? An diesem Punkt gälte es den Ansatz weiterzudenken.

Aber gerade diese Einsicht ist in der Folge untergegangen (Dubber 1993: 1807 f.). Entmutigt von den anscheinend kaum überwindbaren Schwierigkeiten des transitionalen Rechts, geplagt von der vermeintlichen Unfähigkeit, juristische, moralische und politische Fairness aufeinander abzustimmen, ging die *transitional justice scholarship* allmählich dazu über, die Paradoxien des transitionalen Rechts als unnötige, ja heuristisch schädliche Hy-

pothek aus der Zeit der Begründung des Forschungszweiges abzustreifen (Roht-Arriaza 2006: 7; Huysse 1995: 51 ff.; Elster 2004). Heute liest man: „[T]he dominant view in the academic literature is that transitional justice is counterproductive because it interferes with the development of democratic institutions and market economies. The interference takes many forms: overburdening courts, undermining property rights, depriving the government of experienced personnel, draining the treasury, burdening officials with complex technical problems, and confronting the judicial system with insoluble moral dilemmas“ (Posner & Vermeule 2004: 825). Nicht überraschend kam es deshalb in jüngerer Zeit zur Emergenz eines interdisziplinär-holistischen Ansatzes, der vor allem eine Methode zu entwickeln sucht, um historische, politische, kulturelle, wohlfahrtstheoretische, betriebswirtschaftliche, soziale und technologische Bedürfnisse nach einem Regimewechsel aufeinander abzugleichen und zu integrieren – mit dem jedem *tradeoff*-Modell eigenen Präzisionsverlust in der Analyse (Sriram 2005: 101 ff.; Lutz 2006: 328, 336 ff.). Im Ergebnis bedeutet das aber nichts anderes als: Die Funktion transitionalen Rechts ist auf dem Altar der Pragmatik geopfert worden, ohne dass geklärt wurde, ob damit nicht doch eine gesellschaftlich existentielle Frage einhergeht. Zurück bleibt ein Unbehagen: Kann man es dabei bewenden lassen, dass transitionales Recht ein juridisches Würfelspiel ist, ein institutioneller Zufall?

Untätig ist die moderne Rechtstheorie freilich nicht geblieben. Auf das *non liquet* der *transitional justice scholarship* hat sie mit der kontraintuitiven These reagiert: Transitionales Recht sei gewöhnliches Recht, unterscheide sich in seinen Operationen also keineswegs von einem „historisch gegebenen“ Recht (Posner & Vermeule 2004: 761 ff.; Meltzer 1947: 456). Behauptet wird damit nicht, dass Retroaktivität in Phasen von *transitional justice* inexistent sei. Vielmehr wird darzutun versucht, dass jeder Rechtsbetrieb, der transitionale wie der gewöhnliche, Techniken der *post hoc*-Anpassung von Rechten und Pflichten kennen müsse, um funktionsfähig zu sein.⁴ Aber was bedeutet das in differenzlogischer Perspektive? Muss man die These der *transitional justice as ordinary justice* dahingehend verstehen, dass auch transitionales Recht in der Mitte beginnt? Gilt für dieses ebenfalls, was Luhmann für das gewöhnliche Recht sagt, dass es nur in Situationen operieren kann, „in denen es hinreichend plausibel war, davon auszugehen, dass auch schon früher nach Rechtsnormen verfahren worden ist“⁵? Aber was heißt in diesem Kontext „früher“? Welches sind diese Rechtsnormen, nach denen schon immer verfahren worden sein soll? Wie kommt transitionales Recht auf die Idee, sich als Rechtspraxis zu unterscheiden, wenn es selbst noch keine Rechtspraxis darstellt?

Wenn man (wie hier) transitionales Recht in einem engeren Sinne als retroaktives Recht begreift⁶, also als Recht, das gerade emergiert, das an sich selbst lediglich die Trennung von zwei Seiten – Recht und Unrecht – beobachten kann, das aber noch keine

4 Als solche Techniken nennen Posner & Vermeule 2004: 793-796, exemplarisch: (1) Die Berufung auf höheres Recht (bis hin auf Naturrecht), (2) die Anwendung nominalen Rechts (also von Rechtsnormen, die im überwundenen Regime, z.B. in einer abgewählten US-amerikanischen Administration, nicht ernst genommen und entsprechend nicht durchgesetzt wurden), (3) der Erlaß interpretativer Gesetze (um dem Recht des überkommenen Regimes einen neuen Sinn zu geben) und (4) die Erstreckung von Verjährungsregeln (um Verletzungen von altem Recht auch im neuen Regime zu verfolgen).

5 Cf. oben 126.

6 Cf. oben 127.

Kommunikationen wahrzunehmen vermag, die sich an dieser seiner Leitunterscheidung orientieren, dann wird erkennbar: Auf die soeben gestellten Fragen gibt es keine einfache Ja/Nein-Antwort. Der kursorische Streifzug durch die Theorien der *transitional justice* lässt die Gründe erahnen, die zu dieser vertrackten Erkenntnislage geführt haben: Einerseits scheinen in der Rechtstheorie keine Dogmen auffindbar, die transitionales Recht genügend plausibilisieren. Andererseits hat die Lehre beim transitionalen Recht nicht ausreichend scharf zwischen soziologischer (rechtsexterner) Beobachtung und dogmatischer (rechtsinterner) Analyse unterschieden. Ich möchte im folgenden zeigen, dass sich einleuchtende Dogmen des transitionalen Rechts nur entwickeln lassen, wenn wir über hinreichend leistungsfähige Beobachtungsschemen verfügen, um rechtssoziologische Erkenntnisse über *transitional justice* zu gewinnen (die dann im Modus des *re-entry* in die Rechtsdogmatik wiedereingeführt werden können [Teubner 1998: 574 ff.]). Und das heißt namentlich: Wir bedürfen eines dem Problem adäquat komplexen Verständnisses des Ursprungs von Recht, das die Lähmungen der Orthodoxie überwindet. Konkret lautet meine These:

- (1) In differenzlogischer Beobachtung lässt sich nicht sagen, wodurch sich transitionales Recht von „historisch gegebenem“ Recht unterscheidet, und nicht sagen, ob und inwiefern es überhaupt Recht ist. Denn der blinde Fleck des Rechtssystems ist eben: *blind*. Damit bleibt der jeweilige Anfang beider Rechtskategorien unsichtbar. Um an diesem Punkt weiterzukommen, braucht es eine funktionale Beobachtung, denn dadurch eröffnet sich ein neuer Zugang zum Problem: Anders als gewöhnliches Recht stabilisiert transitionales Recht keine manifesten Erwartungen. In der transitionalen Gesellschaft haben sich solche Erwartungen, die sich für eine Selektion des transitionalen Rechtssystems eignen, noch nicht oder nicht greifbar genug herausgebildet. Deshalb stellt sich die Frage: *Ist Recht, um Recht zu sein, auf Erwartungen angewiesen?*
- (2) Darauf möchte ich erwidern: Erwartungen sind das *supplément* des Rechts, die heimliche, aber unentbehrliche Ergänzung des Logos, vorliegend: des Rechts, ohne welche das Logos seine Konsistenz massiv einbüßt. Aber wie muss man sich das vorstellen? Sicher sind Erwartungen nicht die „Quellen“ des Rechts. Dagegen sprechen nicht bloß differenzlogische Überlegungen, sondern auch die *Autopoiesis* des Rechtssystems, also der Umstand, dass das Recht die Elemente, aus denen es besteht, selber produziert. Um die Vorstellung der Erwartung als *supplément* des Rechts zu entfalten, ist eine viel anspruchsvollere Ursprungskonstruktion gefragt. Wir finden eine solche in einer apokryphen Weiterführung von Girards fundamentaler Anthropologie, namentlich seiner Lehre vom Sündenbock. Auf diesem Weg kann gezeigt werden, dass Erwartungen – in *différance* zum Recht (und *vice versa*) – die für die Praxis des Rechts erforderliche Matrix von Differenzen bereitstellen. Und so dringt man zu einem nicht-originären Konzept des Rechtsursprungs vor, das von nur blockierenden metaphysischen Argumenten entlastet. Damit fragt sich aber: *Gibt es ein supplément der transitional justice, ein funktionelles Äquivalent, das die Praxis des transitionalen Rechts mit einer entsprechenden Matrix von Differenzen versieht?*
- (3) Mein Vorschlag wäre, mit dem Begriff der Latenz zu arbeiten. Seit längerer Zeit weiß man, dass im System Strukturen vorliegen können, die dieses nicht sehen und auch nicht operativ nutzen kann, die aber unter gewissen Bedingungen als „Anwartschaften“ affiziert werden können. Die Frage ist dann, ob latente Erwartungen in der Gesellschaft das Spiel der Differenzen ausfalten können, aus denen die Rechtsoperationen ihre Sozialität ableiten. Evident kann das in einem metaphysischen

Referenzrahmen mangels zeitgleicher Verschleifungen von Recht und gesellschaftlichen Erwartungsordnungen nicht beobachtet werden. Verlagert man hingegen die Vorstellung des Ursprungs von Schöpfung auf *différance* – wie das nachstehend versucht wird – sehen die Dinge anders aus: Dann wird es durchaus realistisch, transitionales Recht mit Latenz zu konfrontieren, was es erlaubt, bis anhin verdeckt gebliebene Unterscheidungen zur Beobachtung dieser Rechtskategorie zu identifizieren. Man gewinnt so Boden unter den Füßen, um das *transitional justice conundrum* zu entwirren.

II.

C'est dans l'ordre le plus équivoque, mais dans la domination à tout instant exercée sur cet ordre – ou ce désordre – que se fonde la justice par laquelle le monde subsiste (Lévinas 1968: 163).

Die große Erfindung der Rechtssoziologie Luhmanns (1987: 27 ff.) besteht bekanntlich darin, das Sollen auf eine Faktizitätsformel gebracht zu haben. Diese Formel besagt, „dass das Recht ein Zeitproblem löst, das sich in der gesellschaftlichen Kommunikation immer dann stellt, wenn die gerade ablaufende Kommunikation sich nicht selbst genügt ..., sondern sich in zeitlicher Extension ihres Sinnes an Erwartungen orientiert und Erwartungen zum Ausdruck bringt“ (Luhmann 1993: 125). Erwartungen werden hier also nicht individualpsychologisch, sondern als Zeitaspekt des Sinnes von Kommunikation verstanden. Daraus folgt zugleich eine Festlegung der Funktion von Recht: die zeitstabile Sicherung von Erwartungen. Weil sich Recht nun zur Sicherung von Zeitbindungen auf Erwartungen stützen muss, nimmt es in Kauf (es kann gar nicht anders), dass in gewissen Fällen Erwartungen nicht der Realität entsprechen, also enttäuscht werden. Deshalb muss Recht Konflikte im voraus entscheiden, d.h. „soziale Parteilichkeit“ zeigen. Es muss diskriminieren, was nicht offen zu Tage treten darf, also verdeckt werden muss. Das geschieht durch Symbolisierung. Rechtsnormen nehmen sich entsprechend als ein Gefüge *symbolisch* generalisierter Erwartungen aus: „Damit werden nicht nur generalisierte, situationsabhängige Hinweise gegeben, sondern Symbole stehen immer auch für etwas, was als solches unsichtbar ist und nicht sichtbar werden kann – hier also die Zukunft. Mit Symbolisierungen erzeugt die Gesellschaft ... spezifische Stabilitäten und spezifische Empfindlichkeiten. Man verlässt sich auf das Symbol, gerade weil man das, was damit gemeint ist, nicht sehen kann“ (Luhmann 1993: 130). Die Funktion von Normen liegt mithin darin, dass die Gesellschaft auf Ebene der Erwartungen versucht, sich auf eine unsichere Zukunft einzustellen.

Wenn Luhmann (1993: 146 f.) nun im Anschluss an seine Rechtssoziologie vermerkt, dass „[d]as Rechtssystem, als Gesamtheit gesehen, ... auf der Sicherheitsbasis der ... Erwartungen ... [von] Erwartungen [operiert]“, wird man annehmen müssen, dass Erwartungen eine Art „Bedingung“ von Recht darstellen. Recht ohne Erwartungen ist ohne Funktion – und ohne Funktion ist es ein toter Planet (was für transitionales Recht

ein Problem aufwirft, auf das noch detailliert einzugehen ist)⁷. Es fragt sich deshalb, in welchem Verhältnis Erwartungen und Rechtsoperationen zueinander stehen. Ein genetisches/ursächliches Verhältnis kann es nicht sein, und sei es nur schon deshalb nicht, weil sich das Recht auf der Grundlage der Reflexivität seiner Operationen ausdifferenziert. Luhmann äußert sich zu diesem Punkt eher fatalistisch. Zwar wirke sich Recht auf den Wildwuchs der zahllosen Erwartungen in der Gesellschaft einschränkend und disziplinierend aus, so dass feststellbar sei, was in einem offiziellen Sinne Recht bzw. Unrecht sei. In der modernen Gesellschaft könne Recht allerdings die Bedingungen des Miterwartens, d. h. des Erwartens von Erwarten, unmöglich in die Form verbindlicher Entscheidungsprämisse bringen. Es bleibt dieser Bedingung gegenüber indifferent (Luhmann 1993: 148). Luhmann (1993: 149) nimmt hier – und wie mir scheint: überraschenderweise – die Perspektive der herrschenden, auf der Basis positivistischen Gedankenguts argumentierenden Rechtstheorie ein: „Das Recht stellt sich so dem individuellen Benutzer zur Verfügung unter Abstraktion vom sozialen Kontext seiner Motive, der Pressionen, die auf ihn einwirken, oder umgekehrt: seines Alleingelassenseins“. Das sei darauf zurückzuführen, dass die Gesellschaft hier den Preis dafür bezahle, „dass sie das Rechtssystem aus seiner sozialen Einbettung gelöst ... hat“ (Luhmann 1993: 149). Damit wird aber – und das ist hier allein von Belang – das Verhältnis von Erwartungen und Recht zu einem Blindflug, zu einem *alea* ohne Körper und ohne Gesicht.

Es gibt heute gute Gründe, die Motive für den Fatalismus Luhmanns einer Re-Evaluation zu unterziehen. Ganz auf der Linie der *Legal Realists*, die Recht als „erected upon an edifice of social practice“ angingen (Patterson 1990: 956; Cohen 1935; Llewellyn 1930), vermuten neuere Ansätze in der Rechtstheorie (Wiethölter 1994: 89 ff.), dass die Verschleifungen zwischen gesellschaftlichen Erwartungsordnungen und Rechtsoperationen dichter sind, als dies Luhmann 1993 noch annahm. In diesem Sinne sind jedenfalls die modernen juristischen Argumentationstheorien zu verstehen, die den Freiheitsgrad richterlicher und behördlicher Entscheidungen von systeminternen *constraints* deutlich höher veranschlagen, als dies die „offiziellen“, in Wahrheit aber bestenfalls noch für die Entscheidungsmittelung relevanten Rechtsmethodiken tun (Larenz 1991; Bydlinski 1991). Damit geben sie sich als Ziel, die zwar noch kaum abgemessene, aber doch unverkennbar vibrierende Fundierung von Rechtsoperationen auf gesellschaftliche Erwartungen näher auszuloten (Ladeur & Augsberg 2005; Müller & Christensen 2004; Christensen 1989; Christensen & Kudlich 2001; Christensen & Fischer-Lescano 2007; Seibert 2004; Goebel 2001). Mit einer sehr ähnlichen Hypothese arbeitet heute auch die Theorie der Konventionen (begriffen als „gesellschaftliche Reflexionspraktiken“ [Teubner 2004: 11]), die in der Gesellschaft eine Vielfalt von dahintreibenden, zirkulierenden, sich wechselseitig anregenden, aufbauenden und verstärkenden, im weitesten Sinne „sozialen“ Normativitäten diagnostiziert und feststellt, dass das Recht für den Aufbau der eigenen Normativität kooperativ daran anknüpft (Vesting 2007: 96; Ladeur 2000: 110 ff., 153; 2004: 31 ff.; 2006: 43 ff.). Auch die allmählich emergierende Disziplin der juristischen Grammatologie weist in die gleiche Richtung: dass Rechtstexte Zeichendifferenzierungen darstellen, die ihre Bedeutung in der „Iterabilität“ der *écriture* laufend transformieren, und insofern über den Kontext die wechselseitige Irritation von Gesellschaft (sozialen Erwartungen) und Recht (Rechtsnormen) ankurbeln, ja geradezu erzwingen, und beschleunigen (Moor 2005; Amstutz 2007).

7 Cf. unten 139 f.

Aber wie soll das Verhältnis von Erwartungen und Recht theoretisch gefasst werden, wenn ein metaphysisches Konzept des Anfangs oder des Ursprungs (aus den geschilderten Gründen)⁸ nicht weiter führt? Luhmann hat einmal bemerkt – und diese Bemerkung wollen wir zum Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen nehmen –, dass die Ausdifferenzierung eines Entscheidungssystems im Rechtssystem zur Erosion der eigenen, auf Erwartungen gebauten Grundlagen tendieren kann. Dann könne sich dieses System schließlich nur noch „als politisch gestützte Organisation“ halten.⁹ Der Normalfall ist das allerdings nicht. Damit ist angedeutet, dass Erwartungen für das Recht eine seltsame, wohl unsichtbare Unerlässlichkeit haben. Ich möchte die These noch zuspitzen: Erwartungen stehen zum Recht in einer „Logik der Ergänzung“ (Dupuy & Varela 2002: 249), bilden mithin das *supplément* des Rechts, was, wie noch zu zeigen ist, die Ursprungsfrage auf eine Weise löst, die ihrer Komplexität angemessen ist.¹⁰

Das *supplément* („*le concept de supplément*“ [Derrida 1967: 208]) stammt, wie so vieles, was die zeitgenössische Philosophie produktiv irritiert hat, aus dem zweiten Teil der *Grammatologie* Derridas, wo dieser in einer verfänglichen – und das heißt nach seiner eigenen Aussage: verführerischen und zugleich gefährlichen – Lektüre von Rousseaus *Essai sur l'origine des langues* den Logozentrismus der Tradition dekonstruiert (Dooley & Kavanagh 2007: 24; Courtine 2007: 21 ff.). Derrida wendet sich in aller Entschiedenheit dagegen, dass die Schrift etwas Sekundäres zur Sprache, zur *parole* ist. In Wahrheit ist sie dem Logos (Nancy 2007: 121 f.) ein *supplément*, d. h. ihr eignet eine seltsame Ambivalenz an, eine „nécessité fatale ... à ce que le substitut [sc. die Schrift] fasse oublier sa fonction de vicariance et se fasse passer pour la plénitude d'une parole dont il ne fait pourtant que

8 Cf. oben 126.

9 Luhmann 1993: 147; mit dem Begriff des Rechtssystems „als politisch gestützte Organisation“ ist behutsam umzugehen, weil dieser Begriff anfällig für Missverständnisse ist. Angesprochen wird damit keineswegs das politische Gesetzgebungsverfahren. Dieses produziert Gesetze, die das Recht irritieren, es somit zu Eigenleistungen anregen, ohne dass die Bedingungen der Autopoiesis von Recht in irgendeiner Art manipuliert würden (cf. eingehend Amstutz 2003). Ganz anders ist der Vorstellungskern des „politisch gestützten Rechts“: Hier geht es keineswegs um das Gesetzgebungsverfahren, sondern darum, dass die Politik qua Macht in die Gesellschaft interveniert, um Recht „künstlich“ am Leben zu halten. Aber dieses „künstliche“ Recht ist (jedenfalls in seinen extremen Ausprägungen) kein autopoietisches System mehr, sondern ein *opérateur politique*. Es dient als Alibi für eine politische Rechtsprechung, die in Wahrheit (mangels eines real existierenden Rechtssystems) gar keine Rechtsprechung ist, sondern eine Operation des politischen Systems. Wenn im Text von „politisch gestütztem Recht“ oder von „politischem Recht“ die Rede ist, wird dieses Phänomen angesprochen.

10 Selbstverständlich hat Luhmann 1993: 546, das Potential dieser Konstruktion gesehen, dann aber in einer merkwürdigen argumentativen Schlaufe die Figur des *supplément* auf den Kopf gestellt: „Man kann eine solche Lösung [sc. die in der Tradition weitverbreitete Hierarchisierung des Verhältnisses von Logos und *supplément*], indem man das Geheimnis ihrer Willkür aufdeckt, zwar ‚dekonstruieren‘. Aber dann kann man auch die Dekonstruktion selbst dekonstruieren durch den Nachweis, dass ein solcher Schritt zurück zu nichts anderem führt als der Paradoxie des Ursprungs oder des Anfangs, den jedes System schon hinter sich hat“. Natürlich begeht Luhmann keinen logischen oder sonstigen Fehler, wenn er versucht, die Dekonstruktion ad absurdum zu führen. Aber dennoch fragt sich, was es auf sich haben kann, die Metaphysik durch „Dekonstruktion der Dekonstruktion“ wieder einzuladen, nachdem man sie vorerst einmal durch Dekonstruktion ausgeladen hat.

suppléer la carence et l'infirmité".¹¹ Das *supplément* ist entsprechend in zwei Bedeutungen zu verstehen, die sich in sowohl eigenartiger als auch notwendiger Manier verflechten. Einerseits ergänzt das *supplément* den Logos, füllt in ihm eine Lücke, die gerade wegen seiner vordergründigen Vollkommenheit unbemerkt geblieben ist. Daneben besitzt das *supplément* aber auch einen weiteren Sinngehalt, nämlich denjenigen der Vertretung, der Repräsentation: „[L]e supplément supplée. Il ne s'ajoute que pour remplacer. Il intervient ou s'insinue à-la-place-de Quelque part, quelque chose ne peut se remplir *de soi-même*, ne peut s'accomplir qu'en se laissant combler par ... *procuration*“.¹² Beiden Bedeutungen von *supplément* ist „Exteriorität“ (Levinas 1961) gemeinsam: Gleichviel ob das *supplément* ergänzt oder vertritt, immer ist es dem Logos fremd, äußerlich, peripher. Es ist auch kein partikuläres Ereignis, sondern eine Spur, eine *archi-trace*, eine originäre Absenz als *absence d'origine*. Und damit wird erkennbar, dass das *supplément* eigentlich ein Instrument zur Deutung von Anfängen ist. Um dies darzutun, wird erforderlich, ein wenig auszuholen:

Das *supplément* funktioniert in der Weise, dass seine Konfrontation mit einem Logos, der sich als autonom gebärdet, sich als selbst genügend versteht, unweigerlich „ein[en] *circulus vitiosus* ... [einleitet], der von innen heraus den Anspruch [des Logos] auf Autonomie untergräbt“ (Dupuy & Varela 2002: 249). Das geschieht deshalb, weil das *supplément* zum Logos in einer merkwürdig verschlungenen Wechselbeziehung steht: Obwohl der Logos als vollständig und rein erscheint, würde er ohne das *supplément* jegliche Konsistenz verlieren (Sallis 2007: 43). Das *supplément* erscheint überflüssig und unerlässlich zugleich. Am so oft von Derrida vorgetragene Beispiel des Verhältnisses von Philosophie und Schrift versinnbildlicht: „Da es das Ideal von Philosophie ist, unmittelbar zur Wahrheit zu gelangen, muss sie folgerichtig das einzige Mittel, das ihr zur Verfügung steht, um sich auszudrücken, verwerfen: Schreiben. Ohne Umschweife gesagt: Philosophie *schreibt* S:

„S: ‚Dies ist nicht Schreiben‘ ...“ (Dupuy & Varela 2002: 250 f.).

Was bewirkt hier die Logik der Ergänzung genau? Schaut man näher hin, lässt sich erkennen, dass sie Logos und *supplément* in ein Verhältnis zirkulärer Kausalität versetzt. Oder systemtheoretisch gesprochen: sie bringt dieses Verhältnis zur operativen Schliessung. Die Frage nach dem Ursprung verlagert sich damit vom lähmenden Diskurs über „letzte Gründe“ auf die viel produktivere *différance* – und man sieht dann sofort: „... supplément, autre nom de la *différance*“ (Derrida 1967: 215). Mit dieser Gleichung bringt Derrida eine Dimension der Lehre vom *supplément* ins Spiel, die man als „*causalité constituante, productrice et originaire*“ umschreiben kann (Derrida 1972a: 9). *Différance* weist auf eine „generative Bewegung“ in der Funktionsweise des *supplément* hin, die weder in seiner lückenfüllenden noch in seiner vertretenden Bedeutung¹³ enthalten ist und die mit der in-

11 Derrida 1967: 208; in deutscher Übersetzung: „Es erweist sich als eine fatale und der Funktionsweise des Zeichens selbst inhärente Notwendigkeit, dass das Substitut seine stellvertretende Funktion vergessen macht und sich in die Erfülltheit eines gesprochenen Wortes erheben lässt, von dem es trotz allem nur das Supplement seiner Nichtvorhandenheit und seiner Schwäche sein kann“ (Derrida 1974: 249 f.).

12 Derrida 1967: 208; in deutscher Übersetzung: „Aber das Supplement supplementiert. Es gesellt sich nur bei, um zu ersetzen. Es kommt hinzu oder setzt sich unmerklich *an-(die)-Stelle-von*; ... Irgendwo kann etwas nicht von selbst voll werden, sondern kann sich nur vervollständigen, wenn es durch ... Vollmacht erfüllt wird“ (Derrida 1974: 250).

13 Cf. zu diesen zwei Bedeutungen von *supplément* oben 133 f..

zwischen so berühmten „grosse faute d’orthographe“ von Derrida (1972a: 3) ans Tageslicht gebracht wird: „Il faut méditer ceci, dans l’usage de notre langue, que la terminaison en *ance* reste indécise *entre* l’actif et le passif“.¹⁴ *Différance* liegt also stets *zwischen* dem Aktiven und dem Passiven (Bass 2007: 417, 419 f.) – ein, wie wir sehen werden, für das Verhältnis von Erwartungen und Recht kruzialer Gedanke. Auch *différance*, „qui n’est ... ni un mot ni un concept“ (Derrida 1972a: 9), wurde, wie das *supplément*, in einem sprachtheoretischen Umfeld, erarbeitet. Ausgangspunkt Derridas ist hier die Zeichentheorie von Saussure (Derrida 1972b: 42 ff.). Nach dieser Theorie wird die Identität eines Zeichens durch die Abgrenzung seiner selbst von allen anderen Zeichen im Zeitpunkt seiner Äußerung gesichert (de Saussure 2005: 158 ff. N 230 ff.). Seinen exakten Umriss gewinnt ein Zeichen dadurch, dass es das ist, was die anderen nicht sind (Derrida 1972b: 37 f.). Die semantische Bedeutung von Zeichen wird von Saussure mithin nicht positiv durch ihren Inhalt, sondern negativ durch ihre Differenz („différence ,avec un e“ [Derrida, 1972a: 4]) zu den anderen Zeichen umschrieben. Diese Bedeutung ist also eine Funktion in einem offenen System permanenter Neudifferenzierungen: „Cet enchaînement fait que chaque ,élément‘ – phonème ou graphème – se constitue à partir de la trace en lui des autres éléments ... du système“.¹⁵

Vor diesem Hintergrund wird greifbar, welche Idee in *différance* (das – nochmals – weder ein „Wort“ noch ein „Konzept“ ist) mitgeführt wird. In Derridas Sprache: „Ce qui s’écrit *différance*, ce sera donc le mouvement de jeu qui ,produit‘, par ce qui n’est pas simplement une activité, ces différences, ces effets de différences. Cela ne veut pas dire que la *différance* qui produit les différences soit avant elles, dans un présent simple et en soi immo­difié, in-différent. La *différance* est l’origine‘ non-pleine, non-simple, l’origine structurée et diffé­rante des différences. Le nom d’origine‘ ne lui convient donc plus“.¹⁶ In diesem Licht betrachtet tritt eine dynamische Facette des *supplément* (merke abermals: „autre nom de la *différance*“) hervor: Dieses fungiert nicht bloß als stellvertretende Ergänzung oder ergänzende Stellvertretung innerhalb des Logos, sondern tritt zu diesem in ein Verhältnis der Produktion. Das *supplément* bewirkt im Logos die sinnstiftenden Differenzen – denn im Logos geht es nie um positive Sinn- oder Bedeutungsgehalte, sondern um negative Abgrenzungen, um ein Spiel („*jeu*“), das Spiel der Differenzen, die Sinn dadurch schaffen, dass sie sich selber in einander wechselseitig ablagern: „[D]’une part, ces différences *jouent* D’autre part, ces différences sont elles-mêmes des *effets*. Elles ne sont pas tombées du ciel toutes prêtes [Elles procèdent du] mouvement selon lequel la langue ou tout code, tout système de renvoi en général se constitue ,historiquement“

14 Derrida 1972a: 9; in deutscher Übersetzung: „Es ist zu bedenken, dass im Französischen die Endung *ance* unentschieden *zwischen* dem Aktiv und dem Passiv verharrt“ (Derrida 1999: 37).

15 Derrida 1972a: 38 f.; in deutscher Übersetzung: „Aus dieser Verkettung folgt, dass sich jedes „Element“ – Phonem oder Graphem – aufgrund der in ihm vorhandenen Spur der anderen Elemente der Kette oder des Systems konstituiert“ (Derrida 1986: 67).

16 Derrida 1972a: 12; in deutscher Übersetzung: „Was sich *différance* schreibt, wäre also jene Spielbewegung, welche diese Differenzen, diese Effekte der Differenz, durch das ,produziert‘, was nicht einfach Tätigkeit ist. Die *différance*, die diese Differenzen hervorbringt, geht ihnen nicht etwa in einer einfachen und an sich unmodifizierten, in-differenten Gegenwart voraus. Die *différance* ist der nicht-volle, nicht-einfache Ursprung der Differenzen. Folglich kommt ihr der Name ,Ursprung‘ nicht mehr zu“ (Derrida 1986: 40); zu dieser Vorstellung von Ursprung auch Caputo 2007: 144 ff.

comme tissu de différences“.¹⁷ „Jeu“ und „effet“, „tissu de différences“: Die Wortwahl Derridas verdeutlicht schon aus sich selbst heraus, dass das *supplément* (wie die *différance*) immer *zwischen* Aktivem und Passivem liegt – und dadurch die Vorstellung des Ursprungs unendlich viel komplexer als in einem metaphysischen Denken, in den direkt-kausalen Vorstellungen der Tradition macht.

Wie hilft – das ist jetzt die Frage – die Logik des *supplément* weiter, um das schwierige Zusammenspiel von sozialen Erwartungen und Rechtssystem präziser zu fassen, als dies in der Luhmannschen Rechtssoziologie bislang geschehen ist? Die These, Erwartungen seien das *supplément* des Rechts (das dann selber in die Position des Logos rückt), scheint zu implizieren, dass das Verhältnis zwischen diesen beiden Elementen „unentscheidbar“ passiv und aktiv ist: Erwartungen würden nicht bloß passiv in der „geheimen Lücke“ des Rechts Platz nehmen, sondern zugleich auch aktiv diese Lücke mit etwas Sinnträchtigem, Operativem füllen. Will man diese These begründen, muss man das hohe Abstraktionsniveau der Luhmannschen und der Derridaschen Theoriebildung verlassen, um „sozialkonkret“ zu werden. Das führt allerdings in beträchtliche Schwierigkeiten hinein, deren Grund darin liegt, dass auf rechtssoziologischer und rechtstheoretischer Ebene bis anhin überhaupt keine Denkmodelle vorliegen, an die diese Begründungsarbeit anschließen könnte. Mit anderen Worten: Die verschiedenen Lehren von der Rechtsordnung bewegen sich jenseits der Figuren des *supplément* und der *différance* (sie sind fast immer metaphysisch)¹⁸. Deshalb wird man außerhalb der Rechtslehre suchen müssen – was festzustellen erlaubt, dass es z. B. (und vor allem) in der anthropologischen Forschung Ansätze gibt, die ein Denken in Kategorien des *supplément* kennen (Dupuy & Varela 1992). Es handelt sich konkret um Girards fundamentale Anthropologie (Girard 1972; 1978; 1982; 1985),

17 Derrida 1972a: 12 f.; in deutscher Übersetzung: „Aber einerseits *spielen* diese Differenzen. Andererseits sind diese Differenzen selbst wiederum *Effekte*. Sie sind nicht in fertigem Zustand vom Himmel gefallen ... [Sie haben teil an] jene[r] Bewegung, durch die sich die Sprache oder jeder Code, jedes Veweisungssystem im allgemeinen ‚historisch‘ als Gewebe von Differenzen konstituiert“ (Derrida 1986: 40 f.).

18 Die einzige Ausnahme von diesem Befund eines Fehlens adäquat komplexer juristischer Ursprungstheorien des Rechts ist Teubners (1996; 1998) Lehre vom kreativen Missverstehen nicht-rechtlicher Sinnmaterialien: Im Begriff „Missverstehen“ beschreibt „Miss-“ die Neuerung, „-verstehen“ den Umstand, dass die Neuerung auf bestehenden Sinnmaterialien aufbaut und nicht auf einem Vakuum (Teubner 1998: 581). Mit diesem begrifflichen Arsenal geht Teubner das Ursprungsparadox in der Manier an, dass das „beginnende“ Recht eine „Als-ob“-Lösung erfindet: „Rekursive Operationen [des Rechts] können nicht *ex nihilo* anfangen; sie können sich nur auf etwas beziehen, das bereits existiert. ... Und wenn dieses „etwas“ nicht existiert, müssen sie es eben erfinden! ... Die Lösung ist ... die Fiktion konkreter rechtlicher Operationen in der Vergangenheit als Basis für weitere rekursive Operationen“ (*op. cit.*: 583). Auf die Frage, woran in der Vergangenheit angeknüpft werden kann, antwortet Teubner: „Die Fiktion hängt ... von äußeren Bedingungen ab. Es müssen genügend nicht-rechtliche Sinnmaterialien vorhanden sein, die als rechtliche Materialien missverstanden werden können“ (*loc. cit.*). An dieser Stelle kann diese Theorie unmöglich gewürdigt werden. Nur soviel: Auch Teubners Theorie stößt früher oder später auf die ewige Rückkehr des Paradoxes. Wann beginnen die nicht-rechtlichen Sinnmaterialien, wann beginnen die Operationen im nicht-rechtlichen System? Der im Text auf der Basis von Derridas *supplément*-Lehre entwickelte Ansatz dürfte in diesem Zusammenhang den Vorzug haben, dass der metaphysische Ursprung durch ein Steigerungsverhältnis ersetzt wird, das weder Vakuum noch „Als-ob“-Lösung ist.

deren Derridascher Gedankengehalt namentlich von McKenna (1992) eindrücklich identifiziert wurde.

Um meine These zu belegen, werde ich Girards Ansatz in ganz spezifischer Manier verwenden: Ich nutze ihn *parasitär*. Das heißt: Weil Girard weder eine Rechtssoziologie noch eine Rechtstheorie anstrebt, können seine Arbeiten vorliegend nicht *tel quel* gebraucht werden. Sie sagen nämlich nichts darüber aus, was es bedeutet, gesellschaftliche Erwartungen als *supplément* des Rechts zu begreifen. Ihr Aussagewert hat eine ganz andere Zielrichtung, nämlich die Emergenz sozialer Ordnung aus der Sicht des Sakralen nachvollziehbar zu machen. Weshalb dann hier dieser Rekurs auf Girard? Das möchte ich damit erklären, dass Girards Theorie eine besondere Struktur besitzt, die man in der Rechtssoziologie und Rechtstheorie wie eine Blaupause nutzen kann.¹⁹ Anders gewendet: Sie kann als Modell für einen Theorieentwurf dienen, der vom ursprünglichen Inhalt abstrahiert, um mit neuen Referenzen, Klängen, Resonanzen gefüllt zu werden. Im wahrsten Sinne des Wortes stellt sie ein „Paradigma“ dar, das nicht nur (wie bei Girard) Ideen zur Entstehung des Sakralen und Kulturellen zu tragen vermag, sondern auch imstande ist, Gedanken zu anderen Formen sozialer Ordnungsbildung zu organisieren. Wenn ich jetzt in gebotener Kürze auf Girard eingehe, so geschieht das also nicht in der Absicht, daraus neue, bisher nicht erwähnte Überlegungen zur These der sozialen Erwartungen als *supplément* des Rechts zu gewinnen. Es erfolgt vielmehr im Streben danach, ein Theoriedesign zu identifizieren, das fähig ist, die Argumente, die diese These begründen, in ein kohärentes Ganzes zu bringen. Kurz und bündig: Es geht bei der Auseinandersetzung mit Girard um die Architektur, in die seine Theorie gekleidet ist, nicht um seine Theorie selbst – um die parasitäre Aneignung seiner Infra- oder Sub-Strukturen.

Girards Lehre des Ursprungs von Kultur gründet auf der Hypothese der Mimesis einerseits und auf derjenigen der sog. *méconnaissance* andererseits. Die erste Hypothese besagt, dass wir nie etwas anderes – kein anderes „Objekt“ – als das ersehnen, was der andere sich wünscht (Webb 2002: 2 f.). Die dadurch eingeleitete mimetische Rivalität versteht Girard als eine „Maschine“, die konfliktuelle Energien akkumuliert und dahin tendiert, Gewalt in alle Windrichtungen der Gesellschaft zu streuen. Mimesis ist – im Gegensatz zur Imitation – bewußtseinslos und insofern, so lässt sich sagen, auf kommunikativer (und nicht psychischer) Ebene angesiedelt (Girard 2004: 66.). Sie löst sich vom „Objekt“, um welches Mimesis kreist, und mutiert zum gewaltbeladenen Antagonismus: „Lorsque l’attrait mimétique du rival grandit, l’objet tend peu à peu à disparaître: il est déchiré, déchiqueté, détruit dans la bagarre de tous les rivaux. ... [P]our que la mimésis se transforme en pur antagonisme, il faut que l’objet disparaisse Quand cela arrive, ... la crise mimétique s’étend et s’intensifie de plus en plus“ (Girard 2004: 76). Es herrscht dann in der Gesellschaft nur noch nackte Gewalt. Archaische und antike Kulturen haben darauf mit der Erfindung des Sündenbocks reagiert. Durch die willkürliche Wahl eines Opfers und die anschließende Opferung, die auch Sakralisierung ist, wird die in der ganzen Gesellschaft gesäte Gewalt auf einen einzigen Punkt, auf das Opfer, konzentriert, was die mimetische Krise beilegt (Girard 1992: 29 ff.). Daraus wird das Ritual, das Sakrale geboren, das sich im Falle der Wiederholung zur Institution verdichtet. Und

19 Der Terminus Blaupause ist hier wörtlich, d. h. in seinem Wörterbuchsinn gemeint: „Lichtpause mit blauen Linien auf weißem Grund bzw. Lichtpause nach dem nassen Eisensalzverfahren mit weißen Linien auf blauem Hintergrund (auch Eisenblaudruck)“;
<<http://dict.leo.org/ende?lp=ende&p=hPXz..&search=Blaupause>> (besucht am 9.1.2008).

mit solchen Institutionen emergiert in den Augen Girards die Kultur (Dumouchel 1992: 80).

Dieser letzte Punkt interessiert an dieser Stelle nicht weiter. Bedeutsamer ist im Kontext, dass solche Institutionen für Girard nicht voraussetzungslos funktionieren. Hier geht es um die zweite Hypothese, die Hypothese der *méconnaissance* (Girard 2004: 85 ff.). Der Mechanismus des geheiligten Sündenbocks spielt nur, wenn die mit diesem einhergehende Ungerechtigkeit ignoriert wird. Denn das Opfer – darin liegt seine Bedeutung – wird willkürlich ausgewählt und das heißt: das Opfer ist ohne Schuld. Ein Bezug des Opfers zur mimetischen Krise und zur dadurch entfachten Gewalt braucht in keiner Weise zu bestehen. Um die soziale Kohäsion wieder herzustellen, muss die Unschuld des Opfers der Gesellschaft verborgen bleiben. Ansonsten könnte das Opfer seine Rolle des Schuldigen, des die Gewalt legitimer Wut auf sich ziehenden Ausgeschlossenen gar nicht spielen. Institutionen beruhen auf *méconnaissance*, das ist die große Lehre Girards.

Girards Theoriegebäude vermag nur deshalb aufrecht zu stehen, weil darin auf Ursprünge, auf Anfänge, auf Quellen, auf eine „Stunde Null“ verzichtet wird. Wie McKenna (1992: 50) ausführt, ersetzt Girard Ursprung durch mimetisches Streben – oder abstrakter: durch *différance*. Alles metaphysisch Originäre, Ursprüngliche, Anfängliche wird eliminiert. Damit erhält die Girardsche Theorie eine eigentümliche Struktur, die mit der Figur des *supplément* konvergiert (Dumouchel 1992: 77 f.): Weil kulturelle Institutionen nicht auf das „Objekt“, auf welches das mimetische Begehren gerichtet ist, zurückgeführt werden können – also im eigentlichen Sinne „grundlos“ sind –, erscheinen sie auf den ersten Blick als das autarke, autonome, in sich schlüssige und selbstgenügende Logos. Aber das ist bloße Fassade, die der Dekonstruktion nicht standhält²⁰: Girards Institutionen sind unerlässlich von dem in die *méconnaissance* verbannten Opfer abhängig. Dieses ist immer schon im Einsatz. Es ist Verschiebung („*Aufschub*“) – Verschiebung von Gewalt durch Gewalt. Der Sündenbock ist das *supplément* (Dupuy & Varela 1992: 7).

Wenn ich jetzt parasitär an Girard anschließe, um meine These der Erwartungen als *supplément* des Rechts zu begründen, so bedeutet das: Antonymen-Wechsel innerhalb des Girardschen Theorierahmens. Aber wie? Als erstes muss man sich fragen, wie die Vorstellung einer imitatorischen Rivalität, die in altertümlichen Gesellschaften in disseminierte Gewalt mündet, im Kontext der Moderne zu übersetzen ist. Das richtige Bild ist in diesem Zusammenhang dann gefunden, wenn man – was vielleicht Dumouchel am klarsten gesehen hat – nicht auf Gewalt, sondern auf Komplexität umpolt: Weil die Girardsche Anthropologie im Grunde eine morphogenetische Theorie ist, d.h. eine solche, die die Emergenz neuer Formen erklären kann, muss man in modernen Gesellschaften davon ausgehen, dass mimetischer Antagonismus – dem ich nachstehend, vor dem genuinen Hintergrund der Modernität, das Antonym des polemogenen Konflikts vorziehe (Freund 1974: 47; 1983) – erhöhte Komplexität indiziert.²¹ Mein Ausgangspunkt lautet mithin: polemogenes, konfliktuelles Streben streut in der Gesellschaft systemische Komplexität (Luhmann 1981: 101). Damit ist einmal Anschluss an Luhmanns Rechtssoziologie gefunden, für den „der Konflikt ... zu einer immensen Steigerung der Komplexität des Systems [führt]“ (Luhmann 1981: 102). Gerade aus dieser Perspektive lässt sich erkennen, dass,

20 Merke aber: „La déconstruction ne tue pas les choses: elle les engage dans un entrejeu spectral, hantologique“ (Caputo 2007: 142).

21 Dumouchel 1992: 77 ff.; cf. dazu auch Dupuy & Varela 1992: 8: „The mimetic mechanism can produce new complexifications, the simple can give birth to the complex“.

anders als in den alten Gesellschaften Girards, die Figur des Sündenbocks nicht weiterführt, um Komplexität zu „suspendieren“. Das veranlasst zur Frage: Was tritt dann an die Stelle des Girardschen Opfers? Um hierauf eine Antwort zu geben, ist in Betracht zu ziehen, dass Konflikte, im Gegensatz zu einer sich bis in die zeitgenössische Rechtssoziologie einschleichenden Ansicht, nicht zwangsläufig negativ belegt sind. Sie sind zuweilen etwas Positives, Kreatives, Produktives. Denn die Gesellschaft benötigt geradezu Konflikte, um Erwartungen zu entwerfen, zu transformieren und zu generalisieren (Luhmann 1981: 105). Ohne Konflikte käme es nicht zum Design der tragenden Mechanismen im systemischen Umgang mit Komplexität. Daraus folgt für die Architektonik meines Ansatzes: Die Stelle, die der Sündenbock im Theoriegebäude Girards einnimmt, wird in der hier gebauten Theorie von den sozialen Erwartungen besetzt. Denn:

Erwartungen sind es, die die soziale Komplexität „differieren“, indem sie einen entsprechenden Umgangsmodus institutionalisieren, und sie sind es deshalb, die in der Moderne äquivalenzfunktional das Opfer substituieren, das bei Girard in paradoxaler Manier Gewalt durch Gewalt „suspendiert“. Und so, wie sich der Sündenbock in Ritualen konstituiert, aus denen das Sakrale geboren wird, formen sich Erwartungen in polemogenen Bewegungen und anerbieten sich der Selektion durch das Rechtssystem. Aber das ist nicht alles. Noch eine Konsequenz folgt aus der Theoriebildung in parasitärer Ausbeutung der Denkstrukturen Girards. Auch bei Erwartungen spielt *méconnaissance* eine brisante Rolle: In Parallelität zur *méconnaissance* der Unschuld des Sündenbocks gibt es eine *méconnaissance* der Erwartungen – und zwar konkret: *méconnaissance* der Erwartungen durch und im Recht. Erwartungen sind die heimlichen Aktanten des Rechts, d.h. Vernetzungszusammenhänge, die verborgen, unbemerkt, unsichtbar sozialen *Slang*, gesellschaftlichen *Argot* oder *Jargon* in die Sprache der Rechtsoperationen „übersetzen“, also zwischen Gesellschaft und Recht gewissermaßen multilingual „vermitteln“. Luhmann hat den Umstand, dass Recht Erwartungen ausblendet, mit den Leistungsgrenzen des Entscheidungssystems im Rechtssystem in Verbindung gebracht: „Das Entscheidungssystem kann die Bedingung normativen Miterwartens nicht in die Form verbindlicher Entscheidungsprämissen bringen. Es kann zwar Personen mit individuell zugewiesenen Rechten und Pflichten ausstatten, nicht aber das Miterwarten aller anderen ... garantieren. Es kann diese Voraussetzung wechselseitiger Bestätigung im normativen Erwarten ... nicht sehen, sie nicht wie rechtserhebliche Tatbestände behandeln. Es bleibt gegenüber dieser Institutionalisierung des normativen Erwartens indifferent. Juristisch kommt es nicht darauf an. Niemand kann die Stärke (oder das Fehlen) des Insistierens anderer auf Durchhalten normativer Erwartungen als Argument benutzen oder gar einklagen. Die Grenzen des Entscheidungssystems lassen solche Informationen nicht durch, sondern filtern sie ab. Damit fehlt dieses Moment in der offiziellen Präsentation des ‚geltenden Rechts‘“ (Luhmann 1993: 148).

An den letzten Satz muss man anschließen: Das „offizielle“ Recht kennt Erwartungen nicht. Aber das ist nicht das Ende der Geschichte. Im Gegenteil: Wie das Girardsche Opfer, das in heimlicher Begrifflichkeit etwas angibt, wovon die Gemeinschaft der Verfolger nicht weiß, nämlich Unschuld (denn ein Opfer ist kein Täter), sind Erwartungen in die Arkanen des Rechts eingezeichnet. Sie sind, wie der Sündenbock im Verhältnis zum Sakralen, das *supplément* des Rechts – Luhmann würde vielleicht sagen: das „inoffizielle“ Recht, Ehrlich (1989) seinerseits: das „lebende“ Recht, Cover (1983) endlich: *texts of resistance*. In diesem Sinne sind Erwartungen eine Derridasche Marke der *différance*. Sie ordnen den Umgang der Gesellschaft mit Komplexität, „differieren“, so könnte man sagen, Komplexität durch Komplexität. Aber das kann nur in einem Produktionszusammenhang

geschehen, was das Produktive im *supplément* ans Licht bringt: Erwartungen fungieren als ein produktiver Gestus im Recht, als Anbahnung von Rechtsoperationen. Von dieser Warte her gesehen ist das Verhältnis von Erwartungen und Recht transzendental in dem Sinne, dass es in einer „generativen Bewegung“ die Matrix herstellt, innerhalb welcher sich das Spiel der Differenzen im Recht entfaltet. Kurzum: Erwartungen sind (in dem geschilderten nicht-kausalen, nicht-originären Sinne) die „Kraft“, die das System permanenter Neudifferenzierungen initiiert, welches im Recht überhaupt erst die Sinnbestände schafft, die erforderlich sind, um die Rechtsoperationen mit gesellschaftlicher Bedeutung zu alimentieren. Ohne das *supplément* der Erwartungen wären diese Operationen leer, ohne Bezug zur Gesellschaft, gleichsam monadisch (und das ist gerade die Lage, die Luhmann anspricht, wenn er auf die Möglichkeit hinweist, dass ausdifferenziertes Recht seine auf Erwartungen gebauten Grundlagen erodiert hat und lediglich noch dank Stützung durch politische Macht weiter existieren kann²²).

Wohin führt uns das jetzt erstellte, das Verhältnis von Recht und Erwartungen aufschlüsselnde Theoriegebäude? Zwei Momente sind für das weitere Vorgehen belangvoll: Zunächst zeigen die vorangehenden Ausführungen, dass es mit der Figur des *supplément* gelingen kann, eine nicht-kausale, nicht-originäre, sich bar von jeglicher Metaphysik bewegende Konstruktion der Rechtsgenesis zu entwerfen. Sodann haben diese Ausführungen auch die funktionelle Verschleifung von Recht und sozialen Erwartungen entziffert. Diese Einsicht ist für den soziologischen Rechtsbegriff schwerwiegend: Ohne Anschluss an soziale Erwartungen bleibt Recht funktionslos; es kann dann Politik, Ausbildung, Spiel oder etwas anderes sein, aber es ist kein Recht in einem funktionalen Sinne. Aus dem Schwinkel dieser zwei Erkenntnisse ist jetzt zu fragen: Wie steht es mit der Sozialfunktion von transitionalem Recht?

III.

Inimaginable, c'est un mot qui ne divise pas, qui ne restreint pas. C'est le mot le plus commode (Antelme 1957: 318).

Ich möchte diese Frage nicht *in abstracto* behandeln, sondern anhand eines konkreten Beispiels: des vierten Anklagepunkts im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess (Taylor 1992; Maser 1979; Steinbach 1999; Heydecker & Leeb 2003; Serpico 1994). Artikuliert ist dieser Anklagepunkt in Art. 6 c) des Londoner Abkommens zur Errichtung des Internationalen Militärgerichtshofs (*International Military Tribunal*; IMT) vom 8. August 1945 (abgedruckt in Überschar 1999: 289 ff. [Anhang 3]; Taylor 1992: 645 ff. [Appendix A]). Sein Text lautet: „Verbrechen gegen die Menschlichkeit: nämlich Ermordung, Ausrottung, Versklavung, Verschleppung oder andere an der Zivilbevölkerung vor Beginn oder während des Krieges begangene unmenschliche Handlungen; oder Verfolgung aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen in Ausführung eines Verbrechens oder in Verbindung mit einem Verbrechen, für das der Gerichtshof zuständig ist, unabhängig davon, ob die Handlung gegen das Recht des Landes, in dem sie begangen wurde, verstieß oder nicht“ (cf. Finch 1947: 22 ff.; Taylor 1992: 84, 582 f.; 1971: 31, 100, 216; 1950: 29 f.; Maser 1979: 382; Steinbach 1999: 35 ff.). Die juristischen Probleme, die dieser Anklagepunkt,

22 Cf. oben 133.

nach dem in Nürnberg sechzehn Angeklagte schuldig gesprochen wurden (Gruchmann 1961: 299), aufwirft, sind zahlreich und es kann hier nicht darum gehen, eine umfassende Abhandlung darüber vorzulegen. Noch weniger kann es darum gehen, Werdegang und Folgewirkungen des Nürnberger Prozesses in globaler gesellschaftlicher Sicht zu schildern. Meine Fragestellung ist viel enger: Ist die in Nürnberg ergangene Anwendung von Art. 6 c) des Londoner Statuts als Rechtsanfang, als Emergenz von Recht, als Rechtsgenesis anzuschauen? Ist dieses transitionale Recht auch wirklich funktionales Recht? Oder ist es nicht eher Politik, präziser: „politisch gestütztes Recht“, also das, was viele Skeptiker des Nürnberger Verfahrens, „Siegerjustiz“ genannt haben?²³

Diese Fragen nötigen zum Gang in die Niederungen der kriegsstrafrechtlichen Praxis. Und dann werden – das ist das Paradox des Konkreten – die Verhältnisse sofort schwammig, ihre Konturen verlieren augenblicklich an Schärfe und verfließen. So verhält es sich denn auch mit Art. 6 c) des IMT-Statuts: Unter Juristen ist kontrovers, ob die Bestimmung während der Kriegsjahre (zumal in Deutschland) juristische Geltung besaß – und damit, ob sie *ex post facto*-Charakter hat oder nicht.²⁴ Unbestritten dürfte sein, dass damit juristisches Neuland betreten wurde: „[T]he trial sought to herald landmark innovations in law such as charges for mass atrocities, itemized in the charter as ‚crimes against humanity‘“ (Borgwardt 2005: 411). Über diesen Punkt hinaus scheiden sich allerdings die Geister. Im Kern der Kontroverse steht die Frage, ob der Straftatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit in Nürnberg eine radikale Innovation war oder ob sich, aller juristischen Novität zum Trotz, nicht doch in der früheren Praxis des internationalen Rechts Spuren eines solchen Verbots finden lassen. In diesem Fall, aber auch nur dann, könnte in diesem Punkt eine retroaktive Rechtsanwendung des IMT ausgeschlossen werden. Dass Art. 6 c) des Londoner Abkommens eine rechtsfundierende Vorgeschichte hat, wurde vor allem im angelsächsischen Rechtskreis vertreten (Taylor 1992: 582 f.), meistens unter gleichzeitigem Rekurs auf die moralischen Argumente, die bereits geschildert wurden und denen, wie gezeigt, aus juristischer Sicht mit einer gewissen Skepsis begegnet werden muss.²⁵ In Kontinentaleuropa versuchte man vielfach dasselbe Ergebnis mit dem Argument zu erreichen, Art. 6 c) des IMT-Statuts entspreche *grasso modo* gemeinem nationalem Strafrecht, das zur Zeit der nationalsozialistischen Gräueltaten in Kraft war (Burchard 2006: 807). Obschon mit dem Londoner Abkommen das Verbot des Verbrechens gegen die Menschlichkeit erstmals in das internationale Kriegsrecht unmissverständlich niedergeschrieben worden sei, habe es auf der Bühne des Völkerrechts eine nicht irrelevante, eben aus nationalem Recht abgeleitete Praxis hinter sich. In diesem Sinne haben z. B. Jescheck (1952: 298) und Dahm (1961: 300) ausgeführt, dass Verbrechen gegen die

23 Um Missverständnisse abzuschneiden: Dass das Verbot von Art. 6 c) des Londoner Statuts moralisch vorbehaltlos richtig ist, dass es geradezu ein zivilisatorisches Gebot darstellt, wird nicht im geringsten bezweifelt. Im Gegenteil. Es geht allein um die Frage, ob es zur Zeit Nürnbergs rechtssoziologisch und rechtstheoretisch Recht darstellte. Überwunden werden soll mithin die blinde Vermengung von juristischen und moralischen Gesichtspunkten, wie sie etwa – stellvertretend für viele – Taylor 1950: 117, vorgetragen hat: „Trotz dem Mangel an internationalen Gesetzen kann nicht ernsthaft behauptet werden, dass die Angeklagten in Nürnberg nicht gewusst hätten, dass die Taten, deren sie beschuldigt waren, unrecht gewesen wären ...“.

24 Cf. Sussman 2007: 691: „The Nuremberg judgment – indeed, the Tribunal itself – was criticized for establishing categories of criminal behavior which had no prior international standing, including crimes against humanity“; in diesem Sinne auch Wright 1947: 43 ff.

25 Cf. oben 128.

Menschlichkeit nichts anderes als politisch motivierte und systematisch begangene gemeinrechtliche Straftaten (wie z.B. Mord oder Körperverletzung) seien (Reibstein 1961: 332; Verdross & Simma 1976: 226; Bush 2002: 2357).

Dieser Weg ist vielleicht rechtstechnisch gangbar. Aber wird er der *idée directrice* des Straftatbestands gerecht? Bagatellisiert er letztlich nicht die Ungeheuerlichkeit der nationalsozialistischen Atrozitäten? Vernichtung des jüdischen Volkes und anderer Menschengruppen als Mord im herkömmlichen Sinne: Ist das nicht ein blanker Kategorienfehler (Bauman 1989)? Jedenfalls – und nur darum geht es mir – wird damit nicht auf die Frage geantwortet: War Art. 6 c) des Londoner Abkommens während des Hauptkriegsverbrecherprozesses in rechtssoziologischer Perspektive funktionales Recht? Denn die von gemeinrechtlichen Tatbeständen stabilisierten Erwartungen haben mit jenen kaum etwas gemein, die mit Genoziden und vergleichbaren Greueln einhergehen. Die gemeinrechtlich stabilisierten Erwartungen können, so ist anzunehmen, mangels hinreichender „Formatierung“ wohl kaum in die Bresche springen, um als *supplément* von Art. 6 c) des IMT-Statuts zu dienen.

Das hauptsächliche juristische Problem all dieser Versuche, den rückwirkenden Charakter des Verbots von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Jahre 1946 zu entkräften, liegt aber vermutlich anderswo, nämlich in historischen Verstrickungen von Art. 6 c) des Londoner Statuts. Borgwardt hat in einer akribischen Rekonstruktion der Entstehung und Handhabung der Bestimmung in Nürnberg aufgezeigt, dass deren Retroaktivität wohl auch in der künftigen Forschung nie ganz auszuschließen sein wird, dass also der Verdacht, in Nürnberg sei mit dem vierten Anklagepunkt eben doch ein bislang unbekanntes Steinchen in das Mosaik des Kriegsstrafrechts eingefügt worden, gegen eine restlose Widerlegung fast immun ist (Borgwardt 2005: 437 ff.). Ausgangspunkt Borgwardts ist die Feststellung, dass das Haager Landkriegsabkommen sowohl in seiner Fassung von 1899 als auch in derjenigen von 1907 eine Präambelklausel kannte, die (nach ihrem Urheber) als Martens-Klausel bekannt geworden ist (Bassiouni 2002: 262 ff., 286 f.). Danach steht die Bevölkerung im Krieg unter dem Schutz von Regeln, die sich aus den Gepflogenheiten zivilisierter Völker, aus dem Recht der Menschlichkeit und aus den Geboten des öffentlichen Gewissens ergeben (Borgwardt 2005: 438). Hier liegt ohne Zweifel eine völkerrechtliche Norm vor, die eine betonte Ähnlichkeit mit Art. 6 c) des Londoner Statuts aufweist. Würde man die Analyse an diesem Punkt abbrechen, drängte sich der Schluss auf: Weil es im Jahr 1946 bereits älteres Recht gab, das das Rechtsgut der Menschlichkeit schützte, ist der Schuldspruch nach dem vierten Anklagepunkt durch das IMT nicht retroaktiv erfolgt (Taylor 1992: 84).

Allerdings weist Borgwardt darauf hin, dass eine wichtige (wenn auch möglicherweise irritierende) Komplikation beachtet werden muss: Das Haager Landkriegsabkommen enthielt eine *si omnes*-Klausel, d.h. die Bestimmung, dass das Abkommen seine Anwendbarkeit verliere, sobald ein Staat, der ihm nicht beigetreten sei, in den Krieg verwickelt werde (Borgwardt 2005: 438). Und da taucht der Dämon auf: Verschiedene in den Zweiten Weltkrieg involvierte Staaten hatten das Haager Abkommen nicht unterzeichnet. Die Martens-Klausel galt demnach nicht. Wegen der *si omnes*-Klausel war sie unanwendbar. Was bedeutete das für Art. 6 c) des IMT-Statuts? Die Lage gestaltete sich zur Zeit des Nürnberger Prozesses so, dass in historischer Sicht das Verbot von Verbrechen gegen die Menschlichkeit noch nie in einer Situation angewendet worden war, in der die *si omnes*-Klausel die Einschlägigkeit des Haager Landkriegsrechts ausschloss. Insofern lief die Anwendung von Art. 6 c) des Londoner Abkommens in Nürnberg eben doch auf eine

erstmalige Durchsetzung des darin enthaltenen Straftatbestandes hinaus. Und damit spukt einmal mehr das *ex post facto*-Gespenst im Nürnberger Gerichtshof, der sich freilich nicht beeindrucken ließ: „The tribunal recognized the 1907 Hague Convention as declaratory of customary international law and framed its judgement on innovative charges, such as crimes against humanity, on the flexible basis of the Martens clause“.²⁶

Trotz dieser richterlichen Erkenntnis bleibt es aber dabei: Um den Nürnberger Anklagepunkt 4 schwebt ein etwas bitterlicher *ex post facto*-Geruch, der den Anschein gibt, er könne nur mühevoll aus dem Gerichtssaal gelüftet werden. Wir brauchen die Frage nicht zu entscheiden. Für die in diesem Papier verfolgten Zwecke genügt es, auf der Basis einer Hypothese zu arbeiten: der (wie gezeigt: mit einer gewissen Plausibilität versehenen) Hypothese, Art. 6 c) des IMT-Statuts habe im Urteilszeitpunkt retroaktiven Charakter angeeignet. Diese Hypothese erlaubt uns, das Inventar der rechtssoziologischen und rechtstheoretischen Probleme, die transitionales Recht aufwirft, mit hinreichendem Anschauungsmaterial aufzunehmen. Im Kontext verleitet sie zur Frage: Wenn der Tatbestand des Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Jahre 1946 tatsächlich rückwirkendes Recht war, was sind dann die rechtssoziologischen und rechtstheoretischen Konsequenzen eines solchen Befunds? Müssen wir darin „politisches“ Recht erblicken, also gesellschaftlich funktionsloses Recht, also Nichtrecht? Diesen Fragen wird hier nur für Deutschland nachgegangen, und zwar deshalb, weil die Angeklagten in Nürnberg allesamt deutsche Staatsbürger waren. Erörtert werden muss im einzelnen, ob sich zur Zeit der Fällung des IMT-Urteils in der deutschen Gesellschaft Erwartungen herausgebildet hatten, auf die sich Art. 6 c) des Londoner Statuts in einer Bewegung der *différance* stabilisierend auswirkte. Für manifeste Erwartungen war es 1946 vermutlich noch zu früh, hatte doch vor und während dem Krieg die NS-Propaganda in Deutschland, wie wir noch sehen werden²⁷, in vielen gesellschaftlichen Bereichen eine Kommunikationslatenz bewirkt, d.h., in der Formulierung Luhmanns (1984: 458), ein dauerhaftes „Fehlen bestimmter Themen zur Ermöglichung und Steuerung von Kommunikation“. Aber bedeutet die Absenz manifester Erwartungen, dass Art. 6 c) des Londoner Abkommens das *supplément* des Rechts fehlt (mit allen daraus fließenden, vorne geschilderten Folgen²⁸)?

Die Frage ist zu verneinen. Die Annahme scheint opportun, dass eine Synchronizität von Recht und manifesten Erwartungen verzichtbar ist, wenn es darum geht, Rechtsoperationen zu ermöglichen, die funktional wirken. Man sollte die etwas hermetische Formel Derridas ernstnehmen, wonach die differenzbildende Bewegung der *différance* sich nicht in einem „présent simple et en soi immodifié, in-différent“ abspielt.²⁹ Damit wird suggeriert – und das ist meine These hier³⁰ –, dass nicht nur manifeste, sondern auch latente Erwartungen eine Funktionalität von Recht antreiben können. Aber was hat man unter dem schwierigen systemtheoretischen Begriff der Latenz zu verstehen? Im Zentrum dieses Begriffs steht der Gedanke, dass ein System Strukturen oder Funktionen ha-

26 Borgwardt 2005: 439. Die gewohnheitsrechtliche These des Nürnberger Gerichtshofes ist angesichts der damaligen (wenn überhaupt) sehr spärlichen Anwendungsgeschichte des Straftatbestandes der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht problemlos; cf. Bassiouni 2002: 262 ff., 286 f.; demgegenüber a.A. Fogelson 1990: 866.

27 Cf. unten 146.

28 Cf. oben 139 f.

29 Cf. eingehender oben 135.

30 Cf. schon oben 130 f.

ben kann, die diesem selbst nicht zugänglich sind (Luhmann 2002: 67 ff.). Deutlich wird das etwa, wenn ein System (wie die Wissenschaft) ein anderes System anhand einer inkongruenten Perspektive beobachtet: „[D]ie Wissenschaft [benutzt] bei ihrer Analyse begriffliche Abstraktionen, die dem konkreten Milieuwissen und der laufenden Selbsterfahrung des beobachteten Systems nicht gerecht werden“ (Luhmann 1984: 88). Was ist damit gewonnen? Unter anderem – und das interessiert hier allein – kann die Wissenschaft so über latente Strukturen und Funktionen aufklären, die, wie gesagt, für das beobachtete System nicht sichtbar sind. Diese Unsichtbarkeit kann verschiedene Gründe haben: Entweder kann sie auf Unkenntnis bei der Themenwahl im Kommunikationsprozess beruhen (rein faktische Latenz); oder sie ist durch die Unmöglichkeit des Wissens bedingt (faktische Latenz); oder sie muss auf eine Funktion zurückgeführt werden, nämlich darauf, dass bestehende Strukturen vor den latenten Strukturen geschützt werden sollen, weil jene Gefahr laufen, bei Manifestwerden des Latenzbereiches zerstört zu werden (strukturfunktionale Latenz; Luhmann 1984: 458 f.). Welche Kategorie aber auch immer vorliegt: Stets ist Latenz eine Anwartschaft, „[eine] Möglichkeit der Formierung von Erwartungsstrukturen, eines möglichen Rearrangements der Sinnverweisungen des Systems, das aber aus historischen Gründen noch nicht gesehen bzw. aus strukturellen Gründen blockiert ist“ (Luhmann 1984: 399).

Dieser Latenzbegriff – namentlich seine „anwartschaftliche“ Dimension – zeigt: Latente Erwartungen können als Aktanten des Rechts fungieren, sobald und sofern das Recht seinen Operationsmodus reorientiert. Oder anders gewendet: Latente Erwartungen, sofern vorhanden, besitzen das Potential, um im Spiel der Binnendifferenzen des rearrangierten Rechts den erforderlichen produktiven Gestus zu entfalten, der das *supplément* auszeichnet. Dafür muss aber der *evolutionary jump* im Recht (Amstutz 2001) als „Entriegelung“ der Latenz wirken können. Hiermit ist nichts Metaphysisches, sondern eine Derridasche Bewegung gemeint: Das neue Recht muss „die Anforderungen der Strukturselektion [spiegeln können]“ (Luhmann 1984: 460), d.h. die Selektivität der latenten Erwartungen treffen. Wird dem im neuen Recht entsprochen, „differieren“ latente Erwartungen gleichsam *ipso facto* Komplexität durch Komplexität – und dies, ohne dass es eine Rolle spielen würde, dass sich synchrone Verschleifungen von Recht und Erwartungen auf der Zeitachse entfaltet hätten. Das von latenten Erwartungen initiierte *mouvement générateur* von Differenzen, die für die Bildung von sozialen Sinnbeständen im Recht, wie dargetan, unerlässlich sind, mag dann zwar noch sehr approximativ sein, was aber an ihrer *supplément*-Neigung nichts ändert.

Für transitionales Recht sind diese Einsichten schwerwiegend. Sie führen eine Unterscheidung von transitionalem Recht mit und ohne *supplément* ein. Finden sich in der destruierten Gesellschaft latente Erwartungen, die sich als *supplément* des rückwirkenden Rechts ausfalten, erlangt dieses soziale Funktionalität. Es wirkt dann im gleichen Sinne (wenn auch nicht unbedingt im gleichen Masse) erwartungsstabilisierend, wie wenn die affizierten Erwartungen manifest wären. Fehlen demgegenüber in der sozialen Anomie des Zusammenbruchs latente Erwartungen, wird mangels *supplément* des transitionalen Rechts eine „Differierung“ von Komplexität durch Komplexität unwahrscheinlich (oder von anderen Systemen als das Recht übernommen). Solches Recht ist dann nur und ausschließlich Politik bzw. (militärische) Macht. Funktionalität in der Gesellschaft kann es zwar erlangen, aber nur in einer anderen Zeit, in einer unbestimmten Zukunft, in der sich Erwartungsordnungen in Prozessen, auf die an dieser Stelle nicht einzugehen ist, (wieder-)aufgebaut haben.

Betrachtet man diese Unterscheidung von transitionalem Recht mit und ohne *supplément*, sieht man sich zu fragen veranlasst: Macht sie Sinn? Ist sie nicht einfach vergeblich oder Spielerei, wenn man bedenkt, dass sie in einem Umfeld unfassbarer Zerstörung, gespenstischer Bombenlandschaften, primitivsten Höhlenlebens in den Trümmern oder sonstiger Formen der gesellschaftlichen „Stunde Null“ (Gerhardt 2005; Dagerman 1980; Zuckmayer 2007) angesiedelt ist? Kann in einem solchen Umfeld die vorgeschlagene Unterscheidung anderes als die Basis für wissenschaftliches Beobachten sein, das das Beobachtete immer und unabweislich überfordert? Hier sollte man sich nochmals Fullers Argument des „*sharp break with the past*“ vor Augen führen.³¹ Man kann dieses zwar in einem absoluten Sinne verstehen, d.h. im Sinne einer radikalen Verabschiedung von allem, was im gestürzten Regime Bestand hatte. Aber damit würde man ohne Not darauf verzichten, die zwar wenigen, aber immer noch wirkungsfähigen, insbesondere latenten Sozialressourcen, die sich in den Ruinen der gefallen Gesellschaft auffinden lassen, zum Zwecke der Ankurbelung und Beschleunigung der Transition zu nutzen. Vielmehr sollte man Fullers Formel differenzierter lesen, und zwar im Sinne eines Plädoyers für ein responsives transitionales Recht, das danach trachtet, die Chancen eines möglichst raschen Wiederaufbaus durch die Nutzung übrig gebliebener Funktionssynthesen von Recht und Gesellschaft zu steigern. Meint man es mit „Transition durch Recht“ ernst, kommt man nicht umhin, das neue Recht an den *forces vives* anzuschließen, die das gestürzte Unrechtsregime überlebt haben. Sonst ist transitionales Recht eine aus welchen Gründen immer erzählte Fabel, vielleicht ein Symbol, allenfalls eine Machtdemonstration, aber sicher kein Recht. Dass man verlangt, transitionales Recht sei unter Beachtung der ruinierten Gesellschaft und des ihr noch verbleibenden Sozialgewebes zu entwerfen, entspricht also der Responsivitäts-Idee des modernen Rechts (Nonet & Selznick 2001), der Selbstreflexivität der Rechtsmoderne.

Jetzt, nach allem zur latenten Struktur und zu ihrer Bedeutung für das transitionale Recht im allgemeinen Gesagten, ist abschließend zu Art. 6 c) des MIT-Statuts zurückzukehren. Und zumal zur Frage: Gab es im zusammengebrochenen Deutschland vom 8. Mai 1945 latente Erwartungen, die sich als *supplément* der erwähnten Strafrechtsnorm entfalten und diese als gesellschaftlich funktionales Recht in Erscheinung treten lassen konnten? Historisch betrachtet ist das eine äußerst schwierige Frage, die sicherlich die Kompetenzen des Rechtstheoretikers überfordert. In der zeitgeschichtlichen Forschung ist nur gerade unstrittig, dass eine Analyse des Erwartungsgewebes in der deutschen Gesellschaft des Nationalsozialismus durch den unermesslichen vom Regime ausgeübten Staatsterror und durch die an Wuchtigkeit und Schwere kaum zu übertreffende ideologische Propaganda immens erschwert ist (Longerich 2006: 10 ff.). Entsprechend kommen die bislang vorgelegten Studien zu uneinheitlichen Ergebnissen. Aber der inzwischen exorbitante (freilich entsprechend heterogene) Bestand historischer Daten liefert gewisse Indizien, welche für die Jahre 1933 bis 1945 die Existenz von latenten, an den juristischen Gehalt von Art. 6 c) des Londoner Abkommens anschlussfähigen Erwartungen als zumindest nicht unplausibel erscheinen lassen. Ich muss mich auf ein paar wenige und knappe Hinweise beschränken:

Begonnen sei mit Kershaws genereller Feststellung, die Geheimhaltung der „Endlösung“ sei der wichtigste Beleg dafür, dass das Regime nicht mit einem plebiszitären Mandat, sondern autonom gehandelt habe (Kershaw 1979: 281 ff.). Besonders eindrückliche

31 Cf. oben 128.

Beispiele für diese Verheimlichungsstrategie sind die systematischen Verwischungen der Genozidspuren (z.B. Sonderkommando 1005³²) und die *non-dits* in Himmlers Posener Rede.³³ Aus dem Bereich der Erforschung der öffentlichen Meinung in der nationalsozialistischen Zeit soll aus der kaum mehr überschaubaren Beitragsvielfalt die jüngste Studie von Longerich erwähnt werden. Dieser stützt seine Überlegungen auf amtliche Berichte und auf private Aufzeichnungen unterschiedlicher Provenienz, um die öffentliche Meinung mit Blick auf die „Judenfrage“ indirekt zu erschließen. Was insbesondere die Stimmungsberichte der Sicherheitskräfte anlangt, schlägt Longerich (2006: 316 ff.) vor, dass man sie neu als Ausdruck einer seinerzeit als unerlässlich eingeschätzten Staatspropaganda zur Korrektur eines fehlenden antisemitischen Konsenses in der Gesellschaft interpretiert. Dieselbe These vertritt er mit Blick auf die zwischen 1933 und 1945 groß angelegten Propagandakampagnen des Regimes. Diese immer wieder aufs Neue unternommenen, sehr intensiven Anstrengungen würden vor allem die Tatsache widerspiegeln, dass ein „breiter radikal-antisemitischer Konsens“ in der Bevölkerung fehlte (Longerich 2006: 320 ff.). Longerich spricht sogar von einem Unwillen der Bevölkerung, sich auf die vom Regime zur „Judenfrage“ verordneten Normen einzulassen. Und dieser Unwille sei zunehmend gewachsen, je intensiver die Verfolgung geworden sei (Longerich 2006: 321). Ein weiteres Indiz im beschriebenen Sinne ist die Geschichte des sog. T4-Programms. Nur soviel: Im Oktober 1939 ermächtigte Hitler verschiedene Verantwortungsträger in seinem Stab zur Durchführung der als „Euthanasie“ verbrämten Tötung von „lebensunwertem Leben“ (d.h. namentlich von Geistes- und Erbkranken). Auffallend ist, wie hoch die Geheimhaltungsmaßnahmen waren, was nicht zuletzt dadurch bedingt war, dass Euthanasie im Sinne Hitlers und seines Stabs illegal und gegen den damals geltenden § 211 StGB verstieß (Klee 1983: 207). Versuche, das Volk durch Propaganda für die Idee der Euthanasie zu gewinnen, schlugen fehl.³⁴ Klee (1983, 206 ff., 269 ff., 333 ff.) weist auf Widerstand in der Bevölkerung hin, der zum offiziellen (allerdings faktisch nicht respektierten) Euthanasie-Stopp vom 24. August 1941 geführt hat. Hitler soll selber Zeuge von entsprechenden Protestkundgaben geworden sein und darauf hin beschlossen haben, „nun einen Schlusstrich unter die ganze Sache zu ziehen“ (Klee 1983: 340).

Auch hier brauchen wir über die Sachlage nicht zu entscheiden. Abermals arbeiten wir mit einer Hypothese, nämlich mit derjenigen, dass die wenigen, spärlichen und kargen Indizien, die soeben erwähnt wurden, Signalwert für den Bestand entsprechender latenter Strukturen in der Gesellschaft des Hitlerismus haben. Auf dieser Basis erscheint Art. 6 c) des IMT-Statuts aus den geschilderten Gründen insofern als vergesellschaftetes Recht, als das dafür erforderliche *supplément* vorhanden war. Dann würde sich die Kontroverse über diese Bestimmung erübrigen³⁵, sofern man nur bereit ist, diese soziologische Erkenntnis als *re-entry* in die Dogmatik des Rechts einzubringen und dort operativ zu verwerten³⁶.

32 Das Sonderkommando 1005 wurde seit Mitte 1942 aus KZ-Häftlingen gebildet, um die Spuren der Judenvernichtung im Osten zu beseitigen; cf. dazu Spector 1990.

33 Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg 1989: 145 f.: „Von Euch werden die meisten wissen, was es heißt, wenn 100 Leichen beisammen liegen, wenn 500 daliegen oder wenn 1000 daliegen. Dies durchgehalten zu haben, und dabei – abgesehen von Ausnahmen menschlicher Schwächen – anständig geblieben zu sein, das hat uns hart gemacht. Dies ist ein niemals geschriebenes und niemals zu schreibendes Ruhmesblatt unserer Geschichte...“.

34 Zu diesem Zwecke wurden sogar Filme gedreht; cf. Klee 1983: 342 ff.

35 Cf. oben 141 ff.

36 Cf. oben 130.

Das transitionale Recht der Verbrechen gegen die Menschlichkeit erschiene in diesem Fall bereits im Zeitpunkt des Nürnberger Urteils als funktionales Recht, kurzum: als „Recht“.

Was lehren die ergangenen Ausführungen zum transitionalen Recht? Ich möchte mich auf einen einzigen Punkt konzentrieren und damit – im Sinne einer Schlussbemerkung – den Kreis des Themas Rechtsgenesis schließen: Weder „historisch gegebenes“ Recht noch transitionales Recht können im Hinblick auf ihren jeweiligen Ursprung metaphysisch angegangen werden. Das führt nur zu *tangled hierarchies*, Widersprüchen, Sinnzusammenbrüchen, zum Schrecken des Lyotardschen *différend*. Luhmann hat das Problem mit seinem Ursprungsparadox auf eine fruchtbare Beobachtungsebene gehoben. Und da könnte man die Fragen rund um die Rechtsgenesis auch getrost belassen, wäre nicht das Zweifel erregende Vibrieren, das von *transitional justice* und vielleicht auch von „politischem“ Recht ausgeht: Wie verhält es sich, wenn die Verschleifung von Recht und Gesellschaft keine Selbstverständlichkeit ist, wenn Recht sich in sozialer Anomie bewegt? Eine solche Frage ist ein Symptom dafür, dass das systemtheoretische Ursprungsparadox noch weiter zu entfalten ist, gleichsam ergänzungsbedürftig ist. Und Ergänzung ist das richtige Stichwort: Erst das Derridasche *supplément* ermöglicht ein durchgehendes Verständnis der wechselseitigen Verschleifungen von Recht und Gesellschaft. Das *supplément* des Rechts nimmt, wie gezeigt, die Gestalt sozialer Erwartungen an, die in einer generativen Bewegung die Differenzen indizieren, die dem Recht seine Sozialität verleihen. In diesem Spiel von Differenzen *kommt es* zu Recht. Und in diesem nicht-originären, nicht-metaphysischen Sinne stimmt die wunderbar ambivalente Parömie: *Ex facto ius oritur*.

Literatur

- Amstutz, Marc (2001) *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*. Baden-Baden: Nomos.
- (2003) Das Gesetz, S. 155-165 in P. Gauch & P. Pichonnaz (Hrsg.), *Figures juridiques/ Rechtsfiguren: Mélanges dissociés pour Pierre Tervier/ Keine Festschrift für Pierre Tervier*. Zürich: Schulthess.
- (2007) Der Text des Gesetzes: Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 126: 237-286.
- Antelme, Robert (1957) *L'espèce humaine*. Paris: Gallimard.
- Bass, Alan (2007) Répétition dans la zone, S. 408-422 in R. Major (Hrsg.), *Derrida pour les temps à venir*. Paris: Stock.
- Bassiouni, Cherif (2002) World War I: „The War to End All Wars“ and the Birth of Handicapped International Criminal Justice System. *Denver Journal of International Law and Policy* 30: 244-291.
- Bauman, Zygmunt (1989) *Modernity and the Holocaust*. Cambridge/Maldon, Mass.: Polity.
- Blanchot, Maurice (1980) *L'écriture du désastre*. Paris: Gallimard.
- Borgwardt, Elizabeth (2005) Re-Examining Nuremberg as a New Deal Institution: Politics, Culture and the Limits of Law in Generating Human Rights Norms. *Berkeley Journal of International Law* 23: 401- 462.
- Burchard, Christoph (2006) The Nuremberg Trial and its Impact on Germany. *Journal of International Criminal Justice* 4: 800-829.
- Bush, Jonathan A. (2002) „The Supreme ... Crime“ and its Origins: The Lost Legislative History of the Crime of Aggressive War. *Columbia Law Review* 102: 2324-2424.
- Bydlinski, Franz (1991) *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. Auflage, Wien et al.: Springer.
- Caputo, John D. (2007) Avant la création: Le souvenir de Dieu de Derrida, S. 140-158 in R. Major (Hrsg.), *Derrida pour les temps à venir*. Paris: Stock.
- Chatiliez, Etienne (1988) *La vie est un long fleuve tranquille*. Paris: TF1 Vidéo.

- Christensen, Ralph (1989) *Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Christensen, Ralph & Andreas Fischer-Lescano (2007) *Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Christensen, Ralph & Hans Kudlich (2001) *Theorie richterlichen Begründens*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Clam, Jean (2004) *Kontingenz, Paradox, Nur-Vollzug: Grundprobleme einer Theorie der Gesellschaft*. Konstanz: UVK.
- Courtine, Jean-François (2007) Un sombre problème de traduction. *Revue de métaphysique et de morale* 114: 33-45.
- Cohen, Felix S. (1935) Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review* 35: 809-849.
- Cover, Robert M. (1983) The Supreme Court 1982 Term Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review* 97: 4-68.
- Dagerman, Stig (1980) *Automne allemand*. Paris: Actes Sud.
- Dahm, Georg (1961) *Völkerrecht, Band 3: Die Formen des völkerrechtlichen Handelns; Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Derrida, Jacques (1967) *De la grammatologie*. Paris: Minuit.
- (1972a) *Marges – de la philosophie*. Paris: Minuit.
- (1972b) *Positions*. Paris: Minuit.
- (1974) *Grammatologie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (1986) *Positionen*. Graz & Wien: Passagen.
- (1999) *Randgänge der Philosophie*. Wien: Passagen.
- Dooley, Mark & Liam Kavanagh (2007) *The Philosophy of Derrida*. Montreal et al.: McGill-Queen's University Press.
- Dubber, Markus Dirk (1993) Judicial Positivism and Hitler's Injustice: Book Review: Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich. By Ingo Müller. Translated from the German by Deborah Lucas Schneider. Cambridge: Harvard University Press, 1991. *Columbia Law Review* 93: 1807-1832.
- Dumouchel, Paul (1992) A Morphogenetic Hypothesis on the Closure of Post-Structuralism, S. 14-27 in F.J. Varela & J.-P. Dupuy (Hrsg.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*. Dordrecht et al.: Kluwer.
- Dupuy, Jean-Pierre & Francisco J. Varela (1992) Understanding Origins: An Introduction, S. 1-25 in F.J. Varela & J.-P. Dupuy (Hrsg.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*. Dordrecht et al.: Kluwer.
- Dupuy, Jean-Pierre & Francisco J. Varela (2002) Kreative Zirkelschlüsse: Zum Verständnis der Ursprünge, S. 247-275 in P. Krieg & P. Watzlawick (Hrsg.), *Das Auge des Betrachters: Beiträge zum Konstruktivismus, Festschrift für Heinz von Foerster*. Heidelberg: Carl-Auer-Systeme.
- Durkheim, Emile (1998) *De la division du travail social*. Paris: Quadrige/PUF.
- Ehard, Hans (1949) The Nuremberg Trial Against the Major War Criminals and International Law. *American Journal of International Law* 43: 223-245.
- Ehrlich, Eugen (1989) *Grundlegung der Rechtssoziologie*. 4. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot.
- Elster, Jon (2004) *Closing The Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Finch, George A. (1947) The Nuremberg Trial and International Law. *American Journal of International Law* 41: 456-458.
- v. Foerster, Heinz (1993) *Wissen und Gewissen: Versuch einer Brücke*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Fogelson, Steven (1990) The Nuremberg Legacy: An Unfulfilled Promise. *Southern California Law Review* 63: 833-905.
- Freund, Julien (1974) Le droit comme motif et solution de conflits, S. 47-62 in L. Legaz y Lacambra (Hrsg.), *Die Funktionen des Rechts: Vorträge des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie, Madrid, 7.IX.-12.IX.1973*. Wiesbaden: Franz Steiner.
- (1983) *Sociologie du conflit*. Paris: PUF.

- Fuller, Lon L. (1958) Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review* 71: 630-672.
- (1964) *The Morality of Law*. New Haven/London: Yale University Press.
- Hart, H.L.A. (1958) Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71: 593-629.
- Huysse, Luc (1995) Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past, *Law & Social Inquiry* 20: 51-78.
- Gerhardt, Uta (2005) *Soziologie der Stunde Null: Zur Gesellschaftskonzeption des amerikanischen Besatzungsregimes in Deutschland 1944-1945/1946*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Girard, René (1972) *La violence et le sacré*. Paris: Grasset.
- (1978) *Des choses cachées depuis la fondation du monde: Recherches avec Jean-Michel Oughourlian et Guy Lefort*. Paris: Grasset.
- (1982) *Le bouc émissaire*. Paris: Grasset.
- (1985) *La route antique des hommes pervers*. Paris: Grasset.
- (1992) Origins: A View from the Literature, S. 27-42 in F.J. Varela & J.-P. Dupuy (Hrsg.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*. Dordrecht et al.: Kluwer.
- (2004) *Les origines de la culture*. Paris: Hachette.
- Goebel, Joachim (2001) *Rechtsgespräch und kreativer Dissens: zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Sprache in der interpretativen Praxis des Zivilprozesses*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Gruchmann, Lothar (Hrsg.) (1961) *Das Urteil von Nürnberg 1946: Mit einer Vorbemerkung von Lothar Gruchmann*. München: dtv Dokumente.
- Heydecker, Joe J. & Johannes Leeb (2003) *Der Nürnberger Prozess*. Köln: Kiepenheuer & Witsch.
- Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (Hrsg.) (1989) *Der Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher. Band 29: Urkunden und anderes Beweismaterial*. München: Delphin Verlag.
- Jeschek, Hans-Heinrich (1952) *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*. Bonn: Röhrscheid.
- Kershaw, Ian (1979) Antisemitismus und Volksmeinung: Reaktionen auf die Judenverfolgung, S. 281-348 in M. Broszat et al. (Hrsg.), *Bayern in der NS-Zeit, Band 2: Herrschaft und Gesellschaft im Konflikt*. München: Oldenbourg.
- Klee, Ernst (1983) „Euthanasie“ im NS-Staat: Die „Vernichtung lebensunwerten Lebens“. Frankfurt: Fischer.
- Koschorke, Albrecht (1999) Die Grenzen des Systems und die Rhetorik der Systemtheorie, S. 49-60 in A. Koschorke & C. Vismann (Hrsg.), *Widerstände der Systemtheorie: Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann*. Berlin: Akademie.
- Ladeur, Karl-Heinz (2000) *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Organisation: Die Erzeugung von Sozialkapital durch Institutionen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2004) *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- (2006) *Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatrechtsgesellschaft“*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ladeur, Karl-Heinz & Ingo Augsberg (2005) Auslegungsparadoxien: Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation. *Rechtstheorie* 36: 143-184.
- Larenz, Karl (1991) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Auflage, Berlin et al.: Springer.
- Levinas, Emmanuel (1961) *Totalité et infini: Essai sur l'extériorité*. La Haye: Nijhoff.
- (1968) *Quatre lectures talmudiques*. Paris: Minuit.
- Llewellyn, Karl (1930) A Realistic Jurisprudence: The Next Step. *Columbia Law Review* 30: 431-465.
- Longerich, Peter (2006) „Davon haben wir nichts gewusst!“. *Die Deutschen und die Judenverfolgung 1933-1945*. München: Siedler.
- Luhmann, Niklas (1981) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (1984) *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (1987) *Rechtssoziologie*. 3. Auflage, Opladen: Westdeutscher Verlag.

- (1988) The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society* 15: 153-165.
- (1993) *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- (2002) Wie lassen sich latente Strukturen beobachten?, S. 61-74 in P. Krieg & P. Watzlawick (Hrsg.), *Das Auge des Betrachters: Beiträge zum Konstruktivismus, Festschrift für Heinz von Foerster*. Heidelberg: Carl-Auer-Systeme.
- Lutz, Ellen (2006) Transitional Justice: Lessons Learned and the Road Ahead, S. 325-341 in N. Roht-Arriaza & J. Mariezcurrena (Hrsg.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge et al.: Cambridge University Press.
- Maser, Werner (1979) *Nürnberg: Tribunal der Sieger*. München/Zürich: Knauer.
- McKenna, Andrew J. (1992) Supplement to Apocalypse: Girard and Derrida, S. 45-76 in F.J. Varela & J.-P. Dupuy (Hrsg.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*. Dordrecht et al.: Kluwer.
- Meltzer, Bernard D. (1947) A Note on Some Aspects of the Nuremberg Debate. *University of Chicago Law Review* 14: 455-469.
- Moor, Pierre (2005) *Pour une théorie micropolitique du droit*. Paris: PUF.
- Müller, Friedrich & Ralph Christensen (2004) *Juristische Methodik, Band 1: Grundlagen, Öffentliches Recht*. 9. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot.
- Nancy, Jean-Luc (2007) *Ipsa facto cogitans et demens*, S. 118-139 in R. Major (Hrsg.), *Derrida pour les temps à venir*. Paris: Stock.
- Nonet, Philippe & Selznick, Philip (2001) *Law & Society in Transition: Toward Responsive Law*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Patterson, Dennis M. (1992) Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative. *Virginia Law Review* 76: 937-996.
- Posner Eric A. & Vermeule, Adrian (2004) Transitional Justice as Ordinary Justice. *Harvard Law Review* 117: 761-825.
- Radbruch, Gustav (1946) Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristenzeitung* 5: 105-108.
- Reibstein, Ernst (1961) *Völkerrecht: Eine Geschichte seiner Ideen in Lehre und Praxis, Band 2: Die letzten zweihundert Jahre*. Freiburg/München: Karl Alber.
- Roht-Arriaza, Naomi (2006) The New Landscape of Transitional Justice, S. 1-16 in N. Roht-Arriaza & J. Mariezcurrena (Hrsg.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge et al.: Cambridge University Press.
- Sallis, John (2007) Derniers mots: générosité et réserve. *Revue de métaphysique et de morale* 114: 47-59.
- de Saussure, Ferdinand (2005) *Cours de linguistique générale*. Paris: Payot.
- Seibert, Thomas (2004) *Gerichtsrede: Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Serpico, Joseph E. (1994) *Nuremberg: Infamy on Trial*. New York et al.: Penguin.
- Spector, Shmuel (1990) Aktion 1005: Effacing the Murder of Millions. *Holocaust Genocide Studies* 5: 157-173.
- Steinbach, Peter (1999) Der Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher, S. 32-44 in G.R. Überschär (Hrsg.), *Der Nationalsozialismus vor Gericht: Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943-1952*. Frankfurt: Fischer.
- Sriram, Chandra Lekha (2005) Transitional Justice Comes of Age: Enduring Lessons and Challenges. *Berkeley Journal of International Law* 23: 101-118.
- Sussman, Alan (2007) Introduction: Guantánamo, History, and Responsibility. *Seton Hall Law Review* 37: 691-698.
- Teitel, Ruti G. (2000) *Transitional Justice*. Oxford et al.: Oxford University Press.
- (2005) The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice. *Cornell International Law Journal* 38: 837-862.
- Taylor, Telford (1950) *Die Nürnberger Prozesse: Kriegsverbrechen und Völkerrecht*. Zürich: Europa Verlag.
- (1971) *Nürnberg und Vietnam: Eine amerikanische Tragödie*. München: Praeger.
- (1992) *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*. New York: Knopf.

- Teubner, Gunther (1996) Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts. *Soziale Systeme* 2: 229-255.
- (1998) Die Unmögliche Wirklichkeit der *lex mercatoria*: Eine Kritik der *théorie ludique du droit*, S. 565-588 in M. Lieb et al. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zöllner zum siebzigsten Geburtstag*. Köln: Heymanns.
- (2004) *Coincidentia oppositorum*: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation, S. 7-38 in M. Amstutz (Hrsg.), *Das Recht der vernetzten Wirtschaft als Rechtsproblem*. Zürich: Schulthess.
- Überschär, Gerd R. (Hrsg.) (1999) *Der Nationalsozialismus vor Gericht: Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943-1952*. Frankfurt: Fischer.
- Verdross, Alfred & Bruno Simma (1976) *Universelles Völkerrecht*. 1. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot.
- Vesting, Thomas (2007) *Rechtstheorie: Ein Studienbuch*. München: Beck.
- Webb, Eugen (2002) Girard, Sacrifice, and Religious Symbolism. *Psychomedia/Journal of European Psychoanalysis* 14: <<http://www.psychomedia.it/jep/number14/webb.htm>> (besucht am 15.1.2008)
- Wiethölter, Rudolf (1994) Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, S. 89-120 in G. Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos.
- Wright, Quincy (1947) The Law of the Nuremberg Trial. *American Journal of International Law* 41: 38-72.
- Zuckmayer, Carl (2007) *Deutschlandbericht für das Kriegsministerium der Vereinigten Staaten*. Frankfurt: Fischer.

Autorenadresse

Prof. Dr. Marc Amstutz, Lehrstuhl für Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtstheorie, Universität Freiburg i. Ue., Avenue Beauregard 13, CH-1700 Freiburg i. Ue. marc.amstutz@unifr.ch