

Rechtstransfer

- I Eine Erinnerung an Georg von Belows
»Die Ursachen der Rezeption«

Anlass zu beschreiben, was Rechtstransfer bedeutet, sieht nicht nur die gegenwärtige juristische Gesellschaft. Erheblicher Bedarf an Erklärungsmodellen bestand auch im 19. Jahrhundert. Eine der größten Migrationswellen, die so genannte Rezeption des römischen Rechts, hatte Europa während mehrerer Jahrhunderte überflutet. Aus dieser Flut, kaum hatte sie ihren Höchststand erreicht, reckten sich nun allorts nationale Gesetzgebungsprogramme und ganze Kodifikationen hervor. Das Verhältnis von rezipiertem, römischem Recht – das längst ganz »eigen« und »heutig« geworden war – zu den das *ius commune* störenden oder sogar zerstörenden Eingriffen nationaler Gesetzgeber galt es zu klären und zu erklären. Nur wenn es für den einstigen Transfer des römischen Rechts in germanische Gefilde plausible und irreversible Gründe gab, gab es auch Gründe, die kecken Vorstöße des nationalen Gesetzgebers zurückzuweisen und der Positivität des Rechts Einheit zu gebieten. Das war die Position eines Savigny und seiner Gesinnungsgenossen.

Post festum, als sich im Laufe des 19. Jahrhunderts die Kodifikationen in Europa durchgesetzt hatten, war die Frage, wie es einst, zwischen dem 12. und dem 17. Jahrhundert, zu einer »Rezeption« des römischen Rechts hatte kommen können, zu einer *historischen* Frage geworden. Und so war es ein Historiker, Georg von Below, der 1905 über »Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland« schrieb¹ und dabei aufarbeitete, was das 19. Jahrhundert an »Transfertheorien« anzubie-

ten hatte. Ein Rückblick auf dieses Resümee kann womöglich dazu beitragen, Transfertheorien, wie sie heute entwickelt werden, auf ihre Tauglichkeit oder Untauglichkeit in der Wiederholung wie auch auf ihre Innovation oder »Pfadabhängigkeit« zu überprüfen.

Die »Ursachen der Rezeption« bauen in von Belows Darstellung auf bestimmten Leitdifferenzen auf. Prominent und geradezu unverzichtbar erscheinen dabei zwei Differenzen: innen/außen und notwendig/zufällig.²

I.1 Innen/außen

Ohne Grenze kein Transfer. Einheimisches vs. fremdes Recht, deutsches Recht vs. römisches Recht, der »Gegensatz römischer und germanischer Gedanken«³ bildeten das Raster, welches die Rezeptionsdebatte erstellte und zu ihrer eigenen Strukturierung verwendete. Auf der Innenseite wird die »Natur« oder das »Wesen« des deutschen Rechts bezeichnet. Die innere Einheit des deutschen Rechts habe, so liest man, auch ohne die Berührung mit dem »Außen« das Potential gehabt, sich zielgerichtet zu entwickeln. »Vielleicht wäre das Deutsche Recht auf dem Wege ruhiger Entwicklung auch ohne fremde Einwirkung an dasselbe Ziel gelangt, welches das römische Recht erreicht hatte.«⁴ Das transferierte Recht habe lediglich zum »Abschluss einer im einheimischen Rechte bereits angebahnten Entwicklung«⁵ gedient.

Werden in dieser Sicht die »inneren Kräfte« des heimischen Rechts hoch eingeschätzt, wobei der Transfer des römischen Rechts zwar nicht geleugnet wird, aber als akzidentell erscheint, so

I GEORG VON BELOW, Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, München und Berlin 1905. Die Schrift erschien – was ein deutliches Zeichen der Historisierung der Rezeptionsdebatte ist – in der »Historischen Bibliothek«, die von der Historischen Zeitschrift herausgegeben wurde. Der Verfasser bedankte sich mit ihr bei der juristischen Fakultät der Rup-

recht-Karls-Universität zu Heidelberg für die ihm verliehene Würde eines Doktors beider Rechte.

2 Unter den weiteren Leitdifferenzen, etwa »gelehrt/volkstümlich«, »bäuerlich/städtisch« u. a., wäre einer eigenen Betrachtung wert die Zentrum-Peripherie-Unterscheidung; sie kommt doppelt zum Einsatz: zum einen, um Stadt/Land-Differenzen zu erfassen, zum anderen, um im Zentrum des

Rechtssystems, den Gerichten, das Zentrum (Reichskammergericht) von peripheren Gerichtsbarkeiten zu trennen.

3 VON BELOW, 16 (Gierke). – Hier und im Folgenden werden Belows Gewährsleute und Referenzen in Klammern zugefügt.

4 VON BELOW, 6 (Stobbe).

5 VON BELOW, 33 (Brunner).

waren nach anderer Meinung die Chancen einer Eigenentwicklung gering: »Man besaß nicht die Kraft, durch eigene Anstrengungen sich zu einem gesunden Rechtszustande durchzuarbeiten, sondern verfiel auf das einer fremden Nation und einer verschollenen Kulturperiode angehörige Gesetzbuch Justinians.«⁶ Ja, es sei geradezu eine »Torheit zu glauben, dass dasselbe [deutsche Recht] noch imstande gewesen wäre sich aus eigener Kraft zu einem festen und klaren System, wie es ein gesundes Volksleben erfordert ..., zu verjüngen.«⁷

Es ist unschwer zu erkennen, dass diese Beschreibungen die Chancen endogener, systemeigener Evolution thematisieren. Das Recht hat ein Ziel, dem es aus eigener »Kraft« und unabhängig von Transferprozessen zustrebt. Oder umgekehrt: Die endogene Kraft des eigenen Rechts ist nicht ausreichend, es benötigt vielmehr den Anstoß durch Transfer fremden Rechts, um sein Ziel zu erreichen.

Die Innen/Außen-Differenz kommt aber nicht nur in Bezug auf die innere Entwicklung des Rechtssystems zum Tragen; deutlicher und wichtiger ist ihr Einsatz, um rechtsinterne Prozesse von Zuständen der »Umwelt« zu trennen oder sie mit ihnen zu verbinden. »Äußere Gründe« hätten den Transfer verursacht, gehemmt oder erleichtert, provoziert oder ermöglicht. Die »äußeren Gründe« sind der gesamten Umwelt des Rechts entnommen. So der Politik: »Ohne Hilfe des Römischen Rechts hätte der moderne Staat nicht zum Durchbruch kommen können.«⁸ Eng und streng kausal werden Politik und Recht durch und im Transfer gekoppelt: »Den Begriff des absoluten, bürokratisch verwalteten Staates entnahm man dem Römischen Recht, und dies ist Beginn und Ursache der Rezeption des Römischen Rechts. Die Entwicklung des absoluten Staates und die Rezeption des

Römischen Rechts sind in Deutschland ein und derselbe historische Vorgang.«⁹

Als geeigneter Kandidat der Kopplung durch Transfer erscheint neben der Politik die Wirtschaft. »Die Geldwirtschaft wurde mit der Zeit allgemeiner und machte schließlich für unser ganzes Recht eine Änderung notwendig. ... Das Recht strebte danach, die engen Bande, die es an den Grundbesitz knüpften, zu sprengen, das Kapital dem Eigentum am Grund und Boden als gleichberechtigt zur Seite zu stellen und freiere Formen für den Verkehr, den beschleunigten Umlauf der Güter zu schaffen.«¹⁰

Ein Favorit unter den »äußeren Gründen« des Transfers ist – insbesondere für Below selbst – die Wissenschaft. Eine »wissenschaftliche Bewegung«, die auf nichts anderem als »freiem Wissenstrieb« beruht,¹¹ bewirkt – man möchte fast meinen: nolens volens – eine starke Veränderung im Rechtssystem: »Die Ursache des vermehrten Studiums des Römischen Rechts im 15. Jahrhundert wird hauptsächlich auf rein wissenschaftlichem Gebiet liegen. Wir machen ja oft die Beobachtung, dass die Erkenntnis ohne äußeren Anlass fortschreitet, ein Nachbargebiet ergreift, sich ausdehnt und innerlich vertieft.«¹²

Wissenschaft und Wissenstrieb waren denn auch nach Meinung vieler Zeitgenossen dafür verantwortlich, dass das »Volk« allmählich aus dem Recht exkludiert wurde und dass sich eine neue soziale Differenzierung der Gesellschaft anbahnte. »Denn es ist nun einmal so, dass eine fortgeschrittene Kultur komplizierte Lebensverhältnisse in sich trägt, zu deren rechtlicher Auffassung, Ergründung und Beurteilung das Wissen und Meinen des ungeschulten Denkens nicht ausreicht.«¹³ »Es wird immer eine Zeit geben, wo das Recht aufhört als Gemeingut im Glauben und Bewußtsein des ganzen Volkes lebendig zu

6 VON BELOW, 10 (Stobbe).

7 VON BELOW, 153 (von Martitz).

8 VON BELOW, 12 (Arnold).

9 VON BELOW, 30 (Laband).

10 VON BELOW, 11 (Arnold).

11 VON BELOW, 121.

12 VON BELOW, 120.

13 VON BELOW, 25 (Stintzing).

bleiben ...«¹⁴ Das transferierte Recht führt aber nicht nur zur Differenzierung der Sozialstruktur – hier das »Volk«, dort die gelehrten Experten –, sondern auch zur Binnendifferenzierung des Rechts selbst, welches »mit der Zeit umfangreicher, verwickelter und künstlicher wird, schon weil sich mit fortschreitender nationaler Arbeitsteilung verschiedene Berufsstände bilden, die alle zum Teil wenigstens ein besonderes Recht erzeugen ...«¹⁵

Politik, Wirtschaft, Wissenschaft (mit folgender Professionalisierung) erscheinen in diesen Beschreibungen als die treibenden Kräfte eines Transferprozesses im Recht. Verschieden eng oder lose werden die Kopplungen gestaltet. Zuweilen ist die Wirtschaft das Leitsystem, dem das Recht dienend folgt, zuweilen nimmt die Politik das Recht in seine Dienste. Und nicht zuletzt bezeichnen die Wissenschaftler des wissenschaftsgläubigen 19. Jahrhunderts die Eigendynamik ihrer Wissenschaft als den wahren Grund der (r)evolutionären Geschehnisse im Recht. Dass es sich bei der Positionierung des Rechts im systemischen Eiertanz zwischen Wirtschaft, Politik und Wissenschaft um ein Problem von Ko-Evolution handeln könnte, schimmert in der Debatte vor über 100 Jahren durch. Grundsätzlich ist es das Rechtssystem, welches der wirtschaftlichen, wissenschaftlichen, politischen, sozialen Entwicklung hinterherhinkt. »Den letzten und tiefsten Grund der Rezeption muss man in den Bedürfnissen des gesellschaftlichen Lebens und in dem mangelhaften Zustand des einheimischen Rechts suchen.«¹⁶ Transfer erscheint damit als ein nachholender, den Errungenschaften anderer Systeme mehr oder minder sklavisch folgender Prozess. Transfer kompensiert ein Defizit des Rechtssystems gegenüber seiner Umwelt – eine Beschreibung, die sich großer Beliebtheit bis in unsere Tage erfreut.

1.2 Notwendig/zufällig

Eine zweite, die Rezeptionsdebatte des 19. Jahrhunderts leitende Differenz weist die These, die Umwelt des Rechts habe den Transferprozess verursacht, vehement zurück. Paradigmatisch für diese Zurückweisung ist Savignys berühmtes Diktum: »Diese merkwürdige Erscheinung (sc. der Rezeption) ist nicht durch den Willen einer Regierung, nur durch innere Notwendigkeit hervorgerufen worden.«¹⁷ Und so kam es zu einer »allgemein verbreiteten Annahme ..., dass schon in der Tatsache der Rezeption selbst der beste Beweis für ihre Notwendigkeit liege« und »dass eine weltgeschichtliche Tatsache von solcher Bedeutung sich unmöglich ohne eine entsprechende geschichtliche Notwendigkeit vollzogen habe könne.«¹⁸ Die endogenen *Evolutionschancen* des Rechts¹⁹ werden so zu *Evolutionsnotwendigkeiten* gesteigert. Der notwendige Verlauf zu einem bekannten Ziel kann dann allenfalls noch in Hinblick auf Tempo und Sprunghaftigkeit betrachtet werden; »die organische Kontinuität wurde unterbrochen und mit Überspringung der Zwischenstadien auf das Ziel unmittelbar losgesteuert.«²⁰

Der These von der notwendigen Entwicklung eines Organismus, der den Transfer als systemeigenes Element erkennt und in sich einbaut, steht die Verblüffung über einen »wunderbaren Vorgang«²¹ gegenüber, welcher sich der Erklärung im Grunde entzieht. »Erscheint insoweit die Rezeption des Römischen Rechts nur als nicht motiviert, so erscheint sie von anderer Seite (betrachtet) geradezu als unmöglich und deshalb um so mehr befremdlich.«²² Die Verwunderung über den Eintritt des Unmöglichen – dass dieses eingetreten war, vermochte niemand zu leugnen – mündet in der Entdeckung und Feststellung von Kontingenz: »Wir müssen vielmehr hier wie

14 VON BELOW, 13 (Arnold).

15 Ebd.

16 VON BELOW, 22 (Moddermann).

17 VON BELOW, 3.

18 VON BELOW, 7 (C. A. Schmidt, der sich kritisch gegen diese Annahme verwahrt).

19 Oben bei Anm. 4, 5.

20 VON BELOW, 6 (Stobbe).

21 VON BELOW, 18 (Sohm).

22 VON BELOW, 17 (Sohm).

überall in der Geschichte mehr dem freien Spiel des Zufalls einen großen Raum zugestehen.«²³ »In der Geschichte siegt keineswegs immer das Bessere.«²⁴ Man müsse vielmehr damit rechnen, dass das römische Recht »im wesentlichen wahllos, unterschiedslos, aus äußern Gründen angenommen worden ist.«²⁵ Als Zufall erkannt, erscheint das transferierte römische Recht nicht mehr als systemeigenes Element des Organismus des Rechts, sondern ganz im Gegenteil als Virus oder sogar als »Vergewaltigung von außen her.«²⁶ Und deshalb »setzt das eindringende Römische Recht nicht die erfreuliche Entwicklung des Deutschen organisch fort, sondern unterbricht sie, stört sie, verhindert ihre Vollendung.«²⁷ Dass die Immunabwehrkräfte des deutschen Rechts nicht ausreichten, um die Störung durch einen Transfer abzuwehren, ist Georg von Below nicht entgangen.

Die Selbstbeschreibung des Rechts als Organismus in notwendiger, zielgerichteter Entwick-

lung ist mit der Erfahrung und Vollendung der Positivität des Rechts im 20. Jahrhundert außer Mode gekommen. Geblieben, oder besser: neu erschaffen, ist wohl die Diagnose – und das Vertrauen –, dass das Recht seine Autopoiese in permanenter Selbstreferentialität fortsetzt. Wo und wie in diesem Prozess Transfers wahrgenommen und als solche bezeichnet werden – dafür hat von Below durchaus anschlussfähige Angebote präsentiert: So kontingent die Gründe von Transfers auch sein mögen, sicher scheint, dass transferiertes Recht die Selbstreproduktion des Rechtssystems zu unterbrechen, zu »stören«, zu »irritieren« vermag.²⁸ Eine Fortsetzung der durch den Historiker Georg von Below eingeleiteten Fremdbeschreibung des Rechtssystems, das einen wirkungsmächtigen Rechtstransferprozess, genannt: die Rezeption des römischen Rechts, durchlief, bleibt zu wünschen.

* * *

2 Eine Erwiderung auf Georg von Below

Dazu einige Überlegungen und Vermutungen, die sich von drei auf der Konferenz »Rechtstransfer in system- und evolutionstheoretischer Perspektive« (Februar 2005) diskutierten Fällen des Rechtstransfers anregen lassen. Der eine Fall betrifft die Rechtskolonisierung der Ex-DDR, also einen Transfer (oder gar Re-Transfer?) innerhalb einer historisch gewachsenen gemeinsamen Rechtskultur, deren Teilgebiete zeitweise unterschiedlichen politischen Irritationen ausgesetzt waren.²⁹ Im zweiten Fall geht es um die Europäisierung des englischen Vertragsrechts,

also den Transfer zwischen westlichen Rechtskulturen mit unterschiedlicher path dependency.³⁰ Die dritte Fallstudie beschreibt einen Rechtstransfer zwischen fundamental unterschiedlichen Rechts- und Sozialstrukturen (Familienrechtsreform in der Türkei).³¹ Versucht man, an diesen Fällen die Anschlussfähigkeit der oben angesprochenen Kategorien des 19. Jh. zur Rezeption des römischen Rechts (Innen/Außen, Notwendigkeit/Zufall) an die neuere Theoriediskussion zum Rechtstransfer zu testen, so kann man damit über die Dynamik des Rechtstransfers Aufschluss erwarten. Insbesondere für die Frage, ob für diese die Eigengesetzlichkeiten

23 So VON BELOW selbst, 145.

24 VON BELOW, 160.

25 VON BELOW, 160.

26 VON BELOW, 156 Anm. 1 (Schwartz).

27 VON BELOW, 155 f.

28 Man vgl. nur GUNTHER TEUBNER, Rechtsirritationen. Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes, in: Moral und Recht im Diskurs der Moderne, hg. von GÜNTER DUX und FRANK

WELZ, Opladen 2001, 351–380 (353): »Wenn einer Rechtskultur, um sozialen Wandel herbeizuführen, eine fremde Norm auferlegt wird, bewirkt diese eine Irritation, eine schmerzhaftige Störung des Rechtsbetriebes, die eine ganze Kette neuer und unerwarteter Ereignisse auslöst. ... Rechtsirritationen sind nicht einfach domestizierbar, sie verwandeln sich nicht von Fremdem in Vertrautes, sie

passen sich nicht dem neuen kulturellen Kontext einfach an, sondern lösen eine prinzipiell nicht beherrschbare evolutionäre Dynamik aus, in der sowohl die Bedeutung der externen Norm als auch der interne Kontext grundlegend verändert wird.«

29 MANFRED ASCHKE, siehe oben S. 13.

30 TEUBNER (Fn. 28) 351 ff.

31 MAHIDÉ ASLAN, siehe oben S. 33.

eines Transplanten, eines Formanten, eines Irritanten gelten. Oder stoßen wir schlicht auf eine Immunreaktion inkompatibler Rechtsordnungen?³²

2.1 Innen/außen

Die neuere systemtheoretische Begriffsbildung schließt durchaus an hergebrachte Vorstellungen einer inneren Affinität/Nichtaffinität verschiedener Rechtskulturen an. Ebenso nimmt sie die Tradition einer der Rechtsordnung immanenten Entwicklungslogik auf. Allerdings weist sie Begriffe von Teleologie oder Fortschritt schroff zurück. Sie rekonstruiert Rechtskultur im Kern als eine je spezifische Form der Episodenverknüpfung im Recht. Sie wird als je eigentümliche Verknüpfung von rekursiven Operationen der Selbstbeobachtung erfasst, die in einem pfadabhängigen Prozess zu einer eigensinnigen Rechtskultur evolviert.

Im Fall des Transfers rechtsdogmatischer Figuren von Kontinentaleuropa auf Großbritannien wird dabei deutlich, wie sehr die unterschiedlichen Entwicklungspfade der Rechtskulturen eine glatte Übernahme von Rechtsbegriffen, wie sie der Rechtshistoriker Watson immer wieder behauptet, unmöglich machen oder jedenfalls drastisch verkomplizieren. Die trotz aller Kontakte gegenüber dem Kontinent immer noch eigenwilligen Formen der Episodenverknüpfung in Großbritannien (Umgang mit Generalklauseln primär über Fallrecht, Formalismus des *stare decisis*, begrifflich wenig ausgearbeitete Dogmatik, situativer Argumentationsstil, nicht-mediatisiertes Eindringen moralisch aufgeladener Prinzipien) bewirken, dass die Inkorporierung von Generalklauseln der kontinentalen Tradition ins englische Recht zu drasti-

schen methodischen und inhaltlichen Divergenzen bei der Rechtsanwendung führt, so dass die Intention einer Rechtsangleichung durch Rechtstransfer zur Überraschung der europäischen Rechtstechnokraten in ihr Gegenteil umschlägt.

Ganz anders im Fall der Ex-DDR. Hier hat zwar eine durchgehende Politisierung der Rechtskultur stattgefunden (sozialistisches Rechtsbewusstsein, Einheit von Recht und Staat, führende Rolle der Partei), aber prinzipiell gleiche Episodenverknüpfung und deutsch-deutsche Argumentationskultur (Gesetzespositivismus, Hierarchie der Rechtsnormen, politisch aufgeladene Begriffsjurisprudenz) dürfte in der Lage sein, den erstaunlich schnell und reibungslos verlaufenen Prozess eines West-Ost-Transfers von ganzen Rechtsinstitutionen zu erklären.

Am Beispiel des misslungenen Transfers westlicher Rechtsnormen ins türkische Familienrecht werden die Turbulenzen der Rechtstransplantation deutlich. Resultat war eine schmerzhaft Immunreaktion des türkischen Familienrechts. Hier dürften sich Legrands Vorstellungen einer Unverträglichkeit der Rechtskulturen bestätigen, die sich nicht nur aus den drastischen Unterschieden der Episodenverknüpfung erklären lassen, sondern die mit unterschiedlichen Graden der Ausdifferenzierung des Rechtssystems zusammenhängen.

Die Vorstellungen der Kausalität äußerer Einflüsse auf den Rechtstransfer, die im 19. Jahrhundert als klimatische, politische, ökonomische Faktoren identifiziert wurden, werden in systemtheoretischer Sicht, die von der selbstreferentiellen Schließung von Rechtssystemen ausgeht, als Phänomene struktureller Kopplung reformuliert. Hier ist das Konzept des Produktionsregimes einschlägig, das als hybride Konstellation von Rechtsinstitutionen und Sozialinstitutionen ältere Vorstellungen von Kausalzusammenhän-

32 Zu legal transplants, legal formants, legal irritants und Immunreaktionen des Rechts, vgl. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses in Comparative Law. Selected Writings*, London 1978, 294–319. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in: *Maastricht Journal of Comparative Law* 4 (1997) 111 f.

gen ersetzt. Es geht nicht um externe Kausalfaktoren, die die Entwicklung des Rechts steuern, sondern um zwei getrennte Evolutionsprozesse, die je unterschiedliche Mechanismen der Variation, Selektion, Retention aufweisen, dann aber über ko-evolutive Mechanismen aneinander gebunden sind. Transfers müssen dann nicht nur mit der Resistenz rechtsinterner Strukturen (Episodenverknüpfung) rechnen, sondern mit dem Widerstand, der aus der Evolutionsdynamik eines an das Recht gekoppelten Sozialbereichs stammt. Die Ko-Evolution von Recht und Sozialbereich ist für die Turbulenzen des Rechtstransfers verantwortlich.

Die politische Ökonomie hat in zahlreichen empirischen Studien herausgearbeitet, wie sich in den varieties of capitalism das Produktionsregime Großbritanniens von den Produktionsregimes in Kontinentaleuropa unterscheidet. In aller Kürze: hier primär verbandsgesteuerte Wirtschaftsstrukturen mit kooperativ-korporativen Normmechanismen, dort Konfrontation von Großunternehmen in kompetitiven Märkten mit regulatorischer Politik. Dann ist das Resultat nicht mehr erstaunlich, dass identisch formulierte privatrechtliche Generalklauseln nach dem Transfer nicht mehr als Kooperationspflichten im Verbandsregime, sondern als prohibitive Normen im Marktregime konkretisiert werden.

Im Fall der Ex-DDR dürfte von Bedeutung sein, dass nicht bloß ein Rechtstransfer, der auf resistente Sozialstrukturen trifft, stattgefunden hat, sondern ein Transfer von komplett eingerichteten und ausgeübten Produktionsregimes. Im Zuge der Wiedervereinigung wurden nicht bloß Rechtsnormen oder Rechtsinstitutionen transferiert, sondern es wurden in einem Zug gleichzeitig Rechtsstrukturen und Sozialstrukturen in die ehemalige DDR übertragen. Gegenüber der oben angedeuteten inneren Affinität der

deutsch-deutschen Rechtsordnungen gibt diese Übertragung von ganzen Produktionsregimes das externe Pendant ab, das den Erfolg des Rechtstransfers plausibel macht.

Für den Misserfolg des Transfers im Falle der Türkei dürfte es nicht genügen, auf den eklatanten Widerspruch von transferierten (internen) Rechtsnormen und (externen) Familienstrukturen hinzuweisen. Vielmehr erscheint hier die ganze Innen-/Außen-Differenz als der Sozialstruktur unangemessen. Hier von einem Produktionsregime als der Separierung und Kopplung von Sozialsystemen zu sprechen, dürfte völlig unpassend sein. Die Systemtheorie sollte in einem solchen Fall nicht mit dem Modell der Intersystemkollisionen arbeiten, sondern mit Kollision von unterschiedlichen gesellschaftlichen Organisationsprinzipien. Auch wenn die Türkei dramatische Wandlungsprozesse durchgemacht hat, dürfte jedenfalls im Bereich der Familie die Problematik darin bestehen, dass ein gesellschaftlich integriertes Recht, das auf der Einheit von rechtlichen, religiösen, politischen, ökonomischen, kulturellen Elementen basiert, mit einem unifunktionalen, hochspezialisierten, autonomen, formalen Recht konfrontiert wird. Resultat ist ein Rechtsdualismus von einem schmalen Bereich autonomen Rechts und einem großen Bereich gesellschaftlich integrierten Rechts. Hier entstehen Turbulenzen der wechselseitigen Störungen, die durch politische Intervention nur ad hoc schlecht und recht bewältigt werden.

2.2 Notwendig/zufällig

Die hergebrachte Debatte oszillierte zwischen den Polen: innere Notwendigkeit der Rezeption einer anderen Rechtsordnung oder reine Kontingenz. Hier schlägt die Systemtheorie vor,



es stattdessen mit der Differenz enge Kopplung/lose Kopplung von Recht und Sozialbereich zu versuchen. Die Art der empirisch identifizierbaren Kopplung entscheidet dann darüber, ob Rechtstransfers »gerichtet« verlaufen oder nur chaotische Effekte erzeugen.

Lose Kopplungen finden sich in den zufälligen Kontakten von Recht und Sozialstruktur in Rechtsfällen vor den Gerichten. In einer solchen Situation wird der Transferprozess nur sporadisch von ko-evolutiven Prozessen im Sozialbereich beeinflusst. Dagegen werden enge Kopplungen in den Produktionsregimes hergestellt. Hier entsteht eine doppelte Notwendigkeit: Der Transferprozess wird von der derzeitigen funktionalen Differenzierung abhängig und es entwickelt sich notwendig eine Koevolution im Kompatibilitätsraum von Recht und gekoppeltem Sozialsystem.

Sollte man nicht aus alledem folgern: Rechtstransfer ist als Kategorie systematisch ungeeignet? Es gibt keinen Transfer, es gibt nur Resignifikation?

Die Systemtheorie legt dies nahe. Denn im einen Extremfall verläuft der Transfer zwischen unterschiedlichen Sozialsystemen. Von Transfer über Systemgrenzen kann keine Rede sein, nur von Rekonstruktion in anderen Systemkontexten. Im anderen Extremfall geschieht der Transfer innerhalb der Kommunikationsverkettungen eines Sozialsystems. Doch auch innerhalb solcher Verkettungen ist die Vorstellung eines Transfers irreführend. Sinngehalte werden auch hier nicht »transportiert«, sondern, was stattfindet, ist: Kondensierung und Konfirmation, also Strukturtransformation, die nur im Nachhinein als Stabilität von Strukturen rekonstruiert

wird. Der Unterschied zwischen Rechtstransfer in »nahe« und »ferne« Rechtsordnungen kann in dieser Weise als Unterschied von Rekonstruktion externer Norm-Perturbationen einerseits und der Kondensierung / Konfirmation von Normen andererseits gefasst werden.

Die meisten Rechtstransplantationen betreffen aber gerade nicht diese beiden Extreme, wechselseitig geschlossene Systeme einerseits oder Kommunikationsverkettungen innerhalb eines integrierten Systems andererseits. Typischerweise geht es um Kontakte zwischen »autonomen Rechtsordnungen«, deren wechselseitige Beziehungen sich weder dem einem noch dem anderen Modell fügen. Welche Konzepte sind hier angemessen?

Einen Schlüssel mag ein Zitat von Morin liefern: »L'ouvert s'appuie sur le fermé.« Die Art der wechselseitigen Schließung der Systeme entscheidet über ihre wechselseitige Öffnung. Für die Transfer-Beziehungen zwischen »Rechtsordnungen« gibt es keine Einheitsmuster. Weder Irritation und interne Rekonstruktion noch différend/litige im Sinne von Lyotard noch die wechselseitige Konstitution von Kontext und Gegenstand können hier als einheitliche Konzepte weiterhelfen. Als Lösungsformel bietet sich an: *Abhängigkeit der Strukturtransformation von den Mechanismen der Schließung der involvierten Systeme.*

So überraschend es klingen mag, die autopoietische Schließung – über systemspezifischen Code, über systemspezifische Operationen – ist nur eine von vielen möglichen Schließungen von Sinnsystemen. Und der Normtransfer gestaltet sich höchst unterschiedlich, je nachdem ob es sich um autopoietische Schließung oder um andere Formen der Schließung handelt.

Einige Beispiele mögen die Unterschiede der Schließung erläutern. Im Transfer zwischen So-



zialnormen und Rechtsnormen ist in der Tat die autopoietische Schließung des Rechts gegenüber ihrerseits autopoietisch geschlossenen Systemen zu überwinden. Der Normentransfer muss die Grenzen des anderen Codes überwinden. Die Rekonstruktion geschieht über De-Codierung, Einführung des Rejektionswertes und Recodierung. Ganz anders aber gestaltet sich der Transfer von Organisationsnormen zu Rechtsnormen. Im Intersystemverhältnis Organisation – Recht wirken Mitgliedschaft und Entscheidungsverkettung als andersartige Schließungsmechanismen.

Wieder anders wirkt die Schließung im Verhältnis verschiedener nationaler Rechtsordnungen. Von wechselseitiger autopoietischer Geschlossenheit kann keine Rede sein. Nationale Rechtsordnungen sind nur Fraktionierungen eines einheitlichen Weltrechtssystems. Hier wirken die Grenzbarrieren der nationalen Rechtskultur und der nationalen Gerichtshierarchien. Nochmals anders ist dies im Verhältnis von autonomem Recht zu sozial integriertem Recht. In diesem Fall wird die wechselseitige Schließung

über das unterschiedliche Organisationsprinzip der Gesellschaft hergestellt. Handelt es sich um Transferprozesse in einer und derselben Rechtsordnung, dann gilt innerhalb einzelner Rechtsdisziplinen dieser Rechtsordnung natürlich der gleiche Code, die wechselseitige Schließung findet aber über unterschiedliche Programme statt, während unterschiedliche Rechtsgebiete der Rechtspraxis sich als Jurisdiktionen über unterschiedliche Gerichtshierarchien voneinander abschließen. In all diesen Konstellationen hängt der Normtransfer in seinen Voraussetzungen und seinen Wirkungen von diesen je unterschiedlichen Schließungsmechanismen ab.

Vorschlag: Es gibt keinen Rechtstransfer, es gibt nur unterschiedliche Grenzüberschreitungen bei der Resignifikation von Rechtsnormen. Und diese unterschiedlichen Grenzüberschreitungen im Detail zu analysieren – darauf wird es in Zukunft ankommen.

Marie Theres Fögen, Gunther Teubner

