

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg19>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 19 (2011)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg19/228-236>

Rg **19** 2011 228–236

Kjell Å. Modéer

Lebende Ruinen des Rechts

Rechtliche Metaphern in postkolonialen und spätmodernen Rechtskulturdiskursen

Lebende Ruinen des Rechts

Rechtliche Metaphern in postkolonialen und spätmodernen Rechtskulturdiskursen

Michael Stolleis hat in einem faszinierenden Essay die Geschichte der rechtlichen Metapher *das Auge des Gesetzes* beschrieben und dabei die wichtige Rolle, die rechtliche Metaphern im öffentlichen Recht und in verschiedenen Rechtskulturen spielen, deutlich gemacht.¹ In der rechtspositivistischen Wissensstruktur wird die Metapher im besten Fall als ein Fremdkörper betrachtet. Die Frage ist freilich, ob es überhaupt möglich ist, die Metapher als brauchbares Erkenntnisinstrument für den Juristen zu nützen. Können die Juristen die Metapher an rationale Erkenntnisstrukturen binden? Rechtspositivisten und Rechtsrealisten haben sehr kritisch die Metaphern als sinnlose Erkenntnismethoden betrachtet, sie sogar als »übernatürlichen Nonsens« – *transcendental nonsense* – bezeichnet.² In diesem Beitrag möchte ich die Renaissance der Metapher in den gegenwärtigen rechtskulturellen Diskursen behandeln. Die Metapher ist nämlich in den heutzutage umfassenden rechtlichen Diskursen über Globalisierung und Transnationalität – *The World is Flat*³ – ein immer öfter benutztes Phänomen geworden.⁴

Die kritischen Theorien in der spätmodernen Rechtswissenschaft haben also zum modernen rechtspositivistischen Paradigma eine Distanz markiert. Besonders in den USA attackierten die postmodernen Diskurse den orthodoxen Rechtsformalismus und Rechtsrealismus.⁵ Beispielsweise trug die interdisziplinäre *Law and Literature*-Bewegung zu der Fokussierung auf Metapher-Strukturen bei.⁶ Dass Rechtsphilosophie nicht mit Poetik gleichzusetzen ist und dass das Diktum *Recht ist Poesie* in der Tat nur eine Metapher ist, gehört zu den Aussagen in diesem Diskurs.⁷ Donald Davidson betrachtet die Metapher nur als ein Sprachspiel, sie ist für ihn nur »der performative Effekt einer unkonventionellen Benutzung eines Ausdrucks, um von jemandem etwas Neues oder in einer neuen Weise zu bemerken«.⁸ Wenn die Metaphern auch nicht so konkrete und wahre Begriffe wie die rechtlich dogmatischen sind, so sind sie doch immer mehr benutzte Werkzeuge der Gedanken in der rechtlichen Kommunikation. Mit Hilfe der Metapher können die Juristen Denkmuster in Gleichheiten und Unter-

1 M. STOLLEIS, *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*, München 2004. – Diese Arbeit ist als Übersetzung schon in acht weiteren Sprachen erschienen!

2 F. COHEN, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in: *Columbia Law Review* 35 (1935) 809 ff.

3 TH. L. FRIEDMAN, *The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, New York 2005.

4 W. TWINING, *Globalisation and Legal Theory*, Evanston 2000.

5 ST. L. WINTER, *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*, Chicago 2001.

6 »Legal theory is too often characterized by absolutists and disappointed absolutists shouting past each other.« TH. C. GREY, *The Wallace Stevens Case. Law and the Practice of Poetry*, Cambridge, Mass. [u. a.] 1991, 6.

7 GREY (Fn. 6) 110 f. – »Jurisprudence is not the same as poetics« und »*Law is poetry* is indeed only a Metaphor«.

8 WINTER (Fn. 5) 48.

schieden unter den verschiedenen Rechtskulturen identifizieren. Gleich den heraldischen Symbolen können Metaphern auch kreative und formative Bestandteile im gegenwärtigen rechtlichen Identitätsaufbau feststellen.

Demzufolge hat die Benutzung von Metaphern in der gegenwärtigen rechtskulturellen und vergleichenden Rechtsforschung Beiträge zu einer nicht-positivistischen Betrachtungsweise des Rechts hervorgebracht. Beispielsweise bilden in der heutigen transparenten und transnationalen Welt der Juristen die Metaphern Instrumente in der globalen Kommunikation. Mittelalterliche Begriffe wie *lex mercatoria* und *ius commune* sind solche Beispiele, die heute als Metaphern im gegenwärtigen globalen und europäischen Recht auftauchen. In einer juristischen Welt von *legal transplants* werden sie wegen kontextueller Faktoren unterschiedlich ausgelegt.⁹ Auch Rechtsfiguren aus dem amerikanischen Recht wie *leasing* und *franchising*, *class action* und *litigation* funktionieren in den Kontexten auf der europäischen Ebene als Metaphern und werden unterschiedlich ausgelegt und aufgenommen. Die Auslegung von solchen Rechtsfiguren ist freilich auch unter den konvergierenden Rechtskulturen in der Europäischen Union immer wichtiger. Gleich wie gemeinrechtliche Rechtsbegriffe in Latein in der frühen Neuzeit selten übersetzt worden sind und metaphorische Begriffe wurden, erleben wir eine ähnliche Übersetzungsproblematik heute. »Vergleichende Rechtslinguistik« ist in diesem Zusammenhang ein wachsendes und bedeutungsvolles Element der spätmodernen Rechtswissenschaft geworden.¹⁰

In einer *longue durée*-Perspektive kann festgestellt werden, dass Metaphern immer ein Teil der Rechtsgeschichte gewesen sind. Die Metaphern werden in den rechtswissenschaftlichen Diskursen relevante Instrumente im Zusammentreffen von dichotomischen Begriffen wie Objekt und Subjekt, Aufklärung und Romantik, Vernunft und Gefühl, Gehirn und Herz, modernem Rechtspositivismus und postmodernem Rechtspluralismus.

Schon Aristoteles beschrieb die Metapher als »einem Ding einen Name zu geben, der zu etwas anderem gehört«. ¹¹ Das Auge war z. B. für die Philosophen »die Generalmetapher der Wahrnehmung und der Erkenntnis, sowohl im physiologischen als auch im geistigen Sinn«. ¹² Die Bibel ist auch voll von rechtlichen Metaphern. Konzepte wie Wahrheit, Kenntnis und Recht sind z. B. oft mit der Metapher *Wasser* verbunden. »Meine Lehre triefe wie der

9 A. WATSON, *Legal transplants. An approach to comparative law*, Edinburgh 1974. Zu den Diskursen betr. Watsons Theorien vgl. O. KAHN-FREUND, *On Use and Misuse of Comparative Law*, in: *Modern Law Review* 37 (1974) 1; W. EWALD, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, in: *American Journal of Comparative Law* 43 (1995) 489.

10 H. E. S. MATTILLA, *Comparative Legal Linguistics*, Aldershot [u. a.] 2006.

11 Metapher »consists in giving the thing a name that belongs to something else«. ARISTOTLE, *Poetics* (1457b), (I. Bywater trans. 1954).

12 STOLLEIS (Fn. 1) 23.

Regen, und meine Rede fließe wie Tau«, steht in 5. Buch Mose 32:2, und in Sprüche 10:11 lernt man, dass »des Gerechten Mund ist ein Brunnen des Lebens; aber den Mund der Gottlosen wird ihr Frevel überfallen«. Auch das Verhältnis zwischen Recht und Gerechtigkeit wurde mit Hilfe der Wasser-Metapher in einem berühmten Zitat von Amos 5:24 vorgestellt: »Aber das Recht wälze sich einher wie Wasser, und die Gerechtigkeit wie ein immer fließender Bach!«¹³ John Milton machte in seiner wohlbekannteren polemischen Schrift über Pressefreiheit, *Areopagitica* (1644), den Vergleich mit der Heiligen Schrift: »Truth is compar'd in Scripture to a streaming fountain; if her waters flow not in a perpetuall progression, they sick'n into muddy pool of conformity and tradition.«¹⁴

Der Erzengel Sankt Michael ist in den abendländischen Rechtskulturen eine Ikone der Justiz; er symbolisiert den Kampf zwischen dem Guten und dem Bösen. In vielen Ländern, beispielsweise sowohl in England als auch in den Vereinigten Staaten, fängt das Rechtsjahr immer noch am Montag nach dem Sankt Michaels Tag an. Sowohl Sankt Michael als die römische Göttin Justitia tragen die Symbole sowohl des (brennenden) Schwerts als auch der Waage als metaphorische Symbole für Macht und Gerechtigkeit.¹⁵

Im Hochmittelalter wurden die professionellen Juristen in Bologna durch von der Renaissance beeinflusste Metaphern charakterisiert. In der Rhetorik der Zeit wurden die professionellen Juristen als *die Laterne des Rechts* (*lucerna juris*) und *die Lilien des Rechts* (*lilia juris*) bezeichnet.¹⁶

Aufklärung und Romantik

Die moderne Auslegung der Metaphern begann mit der Aufklärung. Für den aufgeklärten Juristen hatte das Objekt Vorrang vor dem Subjekt, der buchstäbliche Text vor der Metapher und die Ratio vor dem Phantasieeichtum.¹⁷ Zu diesem Erkenntnisraum gehörte auch die säkularisierte Metapher *das Auge des Gesetzes*. »Versinnbildlicht wird«, mit Stolleis' Worten, »der durch Gesetzesbindung, Gerechtigkeit, Strenge und Milde gekennzeichnete konstitutionelle Rechtsstaat.«¹⁸ Die Rolle des zukunftsorientierten Gesetzes wurde mit Voltaires berühmter Aussage: »sind die Gesetze schlecht, lasst sie verbrennen und schreibt neue« dargestellt. Die Pyramide wurde sowohl in Frankreich als in den USA eine Metapher der Aufklärung, die die Verfassung symbolisierte und auch das

13 5. Mose 32:2 (»My teachings shall fall as rain; my speech shall drip as the law«). Sprüche 10:11 (»The mouth of the righteous is a fountain of life«, WINTER (Fn. 5) 266 f.
14 J. MILTON, *Areopagitica*: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing. To the Parliament of England (1644), in: *The Prose of John Milton*, hg. v. J. M. PATRICK, New York 1967, 265, 310.

15 O. R. KISSEL, *Die Justitia: Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*, 2. Aufl. München 1997.

16 ST. STRÖMHOLM, *Liljorna i Bologna. När rätten blev vetenskap*, in: *Svensk Juristtidning* 1978, 420.

17 WINTER (Fn. 5) 44.

18 STOLLEIS (Fn. 1) 9.

wachsamer Auge der Verfassung als das »Über-Gesetz« ansah.¹⁹ Eine andere berühmte rechtliche Metapher der französischen Aufklärung war Montesquieus Eichenbaum, der mit seinen Wurzeln die historischen feudalen Gesetze darstellen sollte.²⁰ Diese Metapher wurde auch von anderen europäischen Juristen benutzt.²¹

Die Romantiker des frühen 19. Jahrhunderts liebten die Metaphern. Die historischen Perspektiven der Zeit beleuchten die wichtige Rolle von Geschichte und Traditionen und *die Ruine* wurde dabei eine häufig benutzte Metapher.²² Für die Romantiker waren die Ruinen nicht nur tote Artefakte, die an die Antike und Geschichte erinnerten, sie wurden auch als melancholische »lebende Ruinen« dargestellt. Der in Greifswald geborene Maler Caspar David Friedrich hat in mehreren Bildern die Klostersruinen in Eldena bei seiner Vaterstadt dargestellt. Seine Gemälde zeigen immer »lebende Ruinen«. Entweder lebten die Ruinen durch ihre Funktionen, d. h. das Artefakt war, obwohl es in Trümmer lag, immer noch für kirchliche Rituale wie Begräbnisse benutzt worden,²³ oder die Ruinen hatten neue innere Funktionen erhalten. In einem seiner anderen Gemälde ist ein neues Gebäude in der Ruine entstanden.²⁴ Historiker und Juristen der Zeit wie Ludwig Gotthard Kosegarten²⁵ und Friedrich Carl von Savigny wie auch der Theologe Friedrich Schleiermacher waren von der Metaphersprache Caspar David Friedrichs direkt oder indirekt beeinflusst.²⁶ Auch der Poet Theodor Körner hat in seinem Sonett *Friedrichs Totenlandschaft* das stille Leben auf Friedrichs Klosterfriedhof geschildert:²⁷

»Es blickt der Silbermond in bleichem Zittern
Mit stiller Wehmuth durch die öden Fenster; –
Auch seiner Strahlen sanftes Licht verglüh –
Und leis' und langsam zu den Kirchtors Gittern
Still wie das Wandern nächtlicher Gespenster,
Ein Leichenzug mit Geisterschritten zieht.«

Puchtas Metapher *der Volksgeist* als Ausdruck des lebenden Rechts in der Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Schule spiegelt auch diese metaphysische Betrachtungsweise des Rechts unter den romantischen Juristen.

Mit der Rechts-Modernität des 20. Jahrhunderts erwuchs eine neue Skepsis und Kritik gegenüber der Metapher. Noch von Friedrich Nietzsche wurden *Recht* und *Gerechtigkeit* als metaphorische

Charlottenburg, Galerie der Romantik.

19 STOLLEIS (Fn. 1) 51 ff.

20 MONTESQUIEU, De l'esprit des loix, 156. »The feudal law presents a noble spectacle. It is like an ancient oak-tree raising high its farseen tower of foliage; approaching we behold the trunk but not the roots; to find these we must delve deep in the earth.«

21 Zum Beispiel der dänische Rechtshistoriker Peder Kofoed Ancher in seiner dänischen Rechtsgeschichte

1769. Vgl. D. TAMM, The History of Danish Law: Selected Articles and Bibliography, Kopenhagen 2011, 8 ff.

22 C. FEHRMAN, Ruinernas romantik: En litteraturhistorisk studie, Stockholm 1956.

23 Caspar David Friedrich, Klosterfriedhof im Schnee, 1818/19, Kriegsverlust.

24 Caspar David Friedrich, Ruine Eldena, um 1825, Berlin, Schloss

25 D. ALVERMANN, Ludwig Gotthard Kosegarten (1758–1818). Thematische Änderungen, in: Mecklenburgische Jahrbücher 124 (2009) 169 ff.

26 H. P. HAFERKAMP, Einflüsse der Erweckungsbewegung auf die »historisch-christliche« Rechtsschule zwischen 1815 und 1848, in: Konfession im Recht, hg. v. P. CANKIK u. a., Frankfurt a. M. 2009, 71 ff.

27 FEHRMAN (Fn. 22) 96. Vgl. C. M. DE PRYBRAM GLADONA, Caspar David Friedrich, Paris 1942.

Konzepte benutzt.²⁸ Aber bei der Entwicklung der Moderne wurde z. B. der skandinavische Rechtsrealismus, der von einer werteneutralen Rechtsauffassung geprägt war, immer bedeutungsvoller. Die dogmatischen Rechtsfiguren der Nachkriegszeit wurden ein Teil der dominierenden modernen Rechtskultur. Erst mit der gegenwärtigen spätmodernen Rechtskultur wird aufs Neue die Metapher häufiger und mit neuen Perspektiven ausgelegt.

Spätmoderne Metaphern

In den spätmodernen rechtswissenschaftlichen Diskursen haben die Metaphern eine Renaissance erfahren. Das hängt eng mit der Kontextualisierung der Rechtswissenschaft und besonders mit der neuen Perspektivierung in der Rechtsvergleichung zusammen. Mit einer postmodernen Betrachtungsweise sind – besonders im vergleichenden Recht – die Besonderheiten, und nicht die Ähnlichkeiten, in den Fokus gerückt.²⁹

Rechtliche Kartierung – Legal Mapping

In der kontextuellen spätmodernen Rechtswissenschaft sind rechtliche Karten, geographische sowohl als mentale, eine wiederkehrende Metapher. William Twining hat in einem Vortrag über das Thema *Mapping Law* gezeigt, wie man mit Hilfe einer rechtlichen Kartographie die Komplexität der gegenwärtigen Normstrukturen analysieren kann.³⁰

Eine von Twinings Referenzen ist der portugiesische Rechtssoziologe Boaventura de Sousa Santos, der auch in seinen rechtskulturellen Analysen sich der Metapher *rechtliche Karten, legal maps*, bedient, um rechtliche Konstruktionen zu verdeutlichen. Er benutzt in seiner Kartierung drei Metaphern, *den Süden, die Grenze und das Barock*, um die Rechtskulturen in den postkolonialen Ländern, vor allem in Lateinamerika, zu beschreiben.³¹ Er meint, dass das Paradigma, das die Rechts- und Sozialwissenschaften heutzutage einführen, die traditionellen rechtspositivistischen Kenntnis-Positionen herausfordert. Die von ihm benutzten Metaphern »die Grenze« (the Frontier) und »das Barock« (the baroque) schlagen ein Rechtssystem ohne starke zentralistische Autorität vor. In der Metapher »Süden« ist der Unterschied zwischen »dem geltenden Recht« und der Gerechtigkeit nicht so klar wie in den

28 F. NIETZSCHE, *Genealogie der Moral*. Vgl. WINTER (Fn. 5) 334 f.

29 K. Å. MODÉER, *The Historical Roots of European Legal Culture – Transitions Due to Diversities and Differences*, in: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 5 (2010) 493 ff.

30 W. TWINING, *Mapping Law*, in: *Northern Ireland Law Quarterly* 50 (1999) 12 ff. Vgl. auch TWINING (Fn. 4) 136 ff.

31 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque, and the South*, in: *Law & Society Review* 29 (1995) 569 ff. Vgl. DERS., *Toward a new common sense: Law, Politics in the Paradigmatic Transition*, New York 1994, Kapitel 7.

Kenntnisstrukturen der kontinentaleuropäischen Rechtspositivisten. De Sousa Santos fordert also die Rechtspositivisten mit Hilfe von Metaphern, d. h. mit nicht-positivistischen Faktoren, heraus. Seine metaphorischen Konstruktionen sind sehr kritisiert worden.³² Sie sind aber trotzdem in der vergleichenden Rechtsgeschichte nutzbar. Man kann an Paul Ricoeur erinnern, der meinte, dass keine Metapher-Theorie sinnvoll ist, ohne Phantasie und Empfindung einzuschließen – »without including imagining and feeling«.³³

Diese Karten-Metapher wurde auch in einem nordischen interdisziplinären Projekt benutzt: *Nordische rechtliche Karten in Veränderung*. Die Rechtskulturen in den nordischen Ländern haben sich in den letzten 30 Jahren sehr verändert. Seit dem 19. Jahrhundert wurden die Rechtskulturen der nordischen Länder von einer Harmonisierungsideologie geprägt. Die neue geopolitische Situation im baltischen Raum, besonders im Verhältnis zur Europäischen Union, hat aber zu einem neuen Fokus in Bezug auf die nationalen Rechtskulturen und die rechtliche Identität in den fünf nordischen Ländern geführt.³⁴ Eine Teilnehmerin dieses Projektes war Hanne Pedersen, Professorin für Rechtskulturforschung an der Universität Kopenhagen. Sie hat den Gesellschaften der Nordischen Nationalstaaten in der Spätmoderne Etikettierungen gegeben. Dänemark ist mit seinem konstitutionellen Protestantismus und nationalen Bewusstsein von Pedersen als der *Grundtvig-Staat* bezeichnet worden; Schweden ist mit seiner rationellen Konsumtions- und Gleichheitsideologie des Volksheimes der *IKEA-Staat*, Finnland wegen des Technikerfolgs und des Wandels der Wirtschaft in der Europäischen Union der *Nokia-Staat*; Norwegen – wirtschaftlich sowohl als außenpolitisch autonom – wird das *nordische Saudi-Arabien* genannt und Island, von einer schlafenden historisch verankerten Idylle im Nordatlantik in die globalen Finanzprobleme geworfen, kann nach ihren Kategorisierungen als ein *Saga-Staat* betrachtet werden. So ein Mapping der nordischen Länder demonstriert die gegenwärtigen Gegenkräfte und Divergenzen unter den nordischen Ländern, die auch in ihren Rechtskulturen zu bemerken sind.³⁵

32 TWINING (Fn. 4) 233 ff.

33 P. RICOEUR, The Metaphorical Process as Cognition, Imagination, and Feeling, in: On Metaphor, hg. v. S. SACKS. Chicago, Ill. [u. a.] 1979, 141.

34 K. Å. MODÉER, Östersjöområdets rättsliga kartor – rättskulturella konstruktioner i förändring, in: Norden, rätten, historia. Festskrift till Lars Björne, red. J. KEKKONEN, Helsingfors 2004, 193 ff.

35 MODÉER (Fn. 34) 200.

Rechtsfamilien – Legal Families

In der Rechtsvergleichung wurde in der Nachkriegszeit die *Rechtsfamilie* oder der *Rechtskreis* eine viel benutzte Metapher.³⁶ Als Ähnlichkeiten und Harmonisierung des Rechts in den rechtsvergleichenden Konstruktionen im Fokus waren, war die Rechtsfamilie eine passende Metapher. Auch die *nordische Rechtsfamilie* wurde in diesem Zusammenhang identifiziert. Diese Metapher – und Konzept im vergleichenden Recht – ist von mehreren Rechtsvergleichern evaluiert worden. Jaakko Husa identifiziert die Rechtsfamilien als »ein konzeptuelles Instrument, das Methoden für eine generalisierte Deskription von Rechtssystemen bereitstellt« (*a conceptual device that provides methods for ... generalized descriptions of legal systems*).³⁷

Als Reinhard Zimmermann die südafrikanischen und schottischen Rechtssysteme verglich, hat er die Metapher *mixed legal systems* benutzt. In Südafrika hat er das Südliche Kreuz, *Southern Cross*, als Metapher für das koloniale nichtkodifizierte System verwendet – eine Mischung einerseits von einem holländischen und zivilistischen *ius commune*-System und von englischem *common law* andererseits.³⁸

Auch die kontinentaleuropäischen Länder haben gemischte Rechtssysteme. Nach Zimmermann können die Nationalstaaten mit einem kontinentaleuropäischen Kultursymbol »ein rechtlicher Gobelin mit vielen unterschiedlichen Abstufungen und Nuancen« (*a legal tapestry of many different shades and nuances*) genannt werden.³⁹

Die Verfassung als eine Gesellschafts-Bibel

In den amerikanischen Verfassungsdiskursen sind Metaphern sehr gebräuchlich. Nicht nur Konzepte wie *the living constitution*,⁴⁰ *original meaning*,⁴¹ *civil religion*,⁴² *the wall of separation*⁴³ vermitteln als Metaphern generelle Aspekte der amerikanischen juristischen Jurisprudenz. Die Titel der Rechtsfälle des *Supreme Court* wirken wie Metaphern für einen oder mehrere im Rechtsfall behandelte Rechtsprinzipien: *Dred Scott*, *Plessy*, *Lochner*, *Brown*, *Yoder*, etc. In gleicher Weise ist das Gerichtsgebäude des *Supreme Court* oft ein Justiz-Tempel genannt worden und die Richter werden gleichfalls entweder als »die Hohen Priester«⁴⁴ oder als die »Radikalen in Richtertalaren« (*Radicals in Robes*) bezeichnet.⁴⁵

36 K. ZWIGERT, H. KÖTZ, An Introduction to Comparative Law, 3. Aufl. Oxford 1998, [The Style of Legal Families], 63 ff.

37 J. HUSA, Legal Families and Research in Comparative Law, in: Global Jurist Advances 1.2 (2008).

38 Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa, hg. v. R. ZIMMERMANN, D. VISSER, Oxford 1996.

39 R. ZIMMERMANN, Roman Law, Contemporary Law, European

Law: The Civilian Tradition Today, Oxford 2001, 158 f.

40 D. A. STRAUSS, The Living Constitution, New York 2010.

41 A. SCALIA, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton 1998.

42 R. N. BELLAH, Civil Religion in America, in: Daedalus 96 (1967) 1.

43 D. L. DREISBACH, Thomas Jefferson and the Wall of Separation

between Church and State, New York 2002.

44 J. E. SEMONCHE, Keeping the Faith: A Cultural History of the U. S. Supreme Court, London 1998, 35 ff.; J. VINING, The Authoritative and Authoritarian, Chicago 1986, 64.

45 C. R. SUNSTEIN, Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America, New York 2005.

Auch in den amerikanischen juristischen Diskursen kommen legendenhafte Metaphern vor. Oliver Wendell Holmes hat in seiner berühmten Arbeit *The Path of the Law* 1897, in welcher er für den Rechtspositivismus plädierte, dichotomisch »den unmoralischen Mann«, *the Bad Man*, als Metapher vorgestellt. Als solche war sie in erster Linie als ein Beispiel für die Juristenausbildung gedacht, nicht als ein rechtsphilosophisches Konzept.⁴⁶ Anders verhält es sich mit dem von Roland Dworkin erfundenen hypothetischen Richter *Hercules*, der vom Verfasser als »a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen« bezeichnet wurde.⁴⁷ Diese Richter-Metapher war als eine rein idealistische Konstruktion gedacht. Wenn so ein Richter existierte, hätte er nach Dworkin für jedes moralische Dilemma eine wahre und richtige Antwort gehabt.⁴⁸

Ein wichtiger Teil der gegenwärtigen Diskurse über rechtliche Metaphern fing in den Vereinigten Staaten in den 1960er Jahren an: das Gesetz über die bürgerlichen Menschenrechte. Der *Civil law act* 1964 veränderte völlig die Perspektiven des amerikanischen Verfassungsstaates. Vor 1964 waren die USA als »ein Schmelztiegel« dargestellt worden und alle Immigranten wurden zum Amerikaner in der amerikanischen Gesellschaft assimiliert. Nach 1964 wurden die Immigranten-Gruppen sichtbar. Die neue Metapher der amerikanischen Bürger mutierte zur »Salatschüssel«, in welcher die Immigranten in die Gesellschaft integriert wurden und »alle Gemüse im Salat« identifiziert werden konnten. Der von Lawrence M. Friedman 1967 initiierte Diskurs über Rechtskulturen – *legal cultures* – wurde dabei ein wichtiger Teil dieses Kontexts.⁴⁹

Der Gerichtssaal ist in dem gegenwärtigen multi-medialen öffentlichen Raum oft als ein *Theater* betrachtet worden. Und die Duelle in den Gerichtsräumen – »See you in Court!« – haben auch viele Metaphern über Kämpfe, Sport und Sex entwickelt.⁵⁰

Zu den postmodernen Einrichtungen um 1970 gehört auch die in den USA entstandene Recht und Literatur-Bewegung, *law and literature*. Recht wurde als eine humanistische Disziplin betrachtet. James Boyd White wurde mit seiner Arbeit *Legal Imagination* 1972 einer der Pioniere in dieser Hinsicht.⁵¹

46 TWINING (Fn. 4) 110.

47 R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London 1977, 105 ff.

48 Kritische Bemerkungen bei L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Rights in Europe and the USA*, Oxford 2007.

49 L. M. FRIEDMAN, *On Legal Development*, in: *Rutgers Law Review* 24 (1969) 11 ff. Vgl. K. Å. MODÉER, *Rättshistoria som samhäll-*

lets spegel: Om Lawrence M.

Friedman och hans vetenskapssyn, in: *Festskrift till Boel Flodgren*, hg. v. E. LINDELL-FRANTZ u. a., Lund 2011, 252 ff.

50 E. G. THORNBURG, *Metaphors Matter: How Images of Battle, Sports, and Sex Shape the Adversary System*, in: *Wisconsin Women's Law Journal* 10 (1995) 225 ff.; E. A. SCALLEN, *The Big Game: Metaphor and Education*

in the Simpson Trial, in: *Hastings Women's Law Journal* 6 (1995) 289 ff.

51 J. B. WHITE, *The Cultural Background of The Legal Imagination*, [Michigan Law School] Public Law and Legal Theory Working Papers Series. Working Paper No. 180, January 2010.

Lebende Ruinen des Rechts in unserer Zeit

In diesem kurzen Aufsatz muss mein Thema sich auf die genannten Beispiele und tentativen Strukturen beschränken. Abschließend ein letztes Beispiel aus eigenem Erleben. Die schwedische Zivilrechtsprofessorin Christina Ramberg hat 2005 in einem Nekrolog über ihren Mentor und Kollegen, den Zivilrechtsprofessor Kurt Grönfors, ein Gespräch zwischen ihm und ihr auf seinem Todeslager beschrieben.⁵² Grönfors, der die Entwicklung des schwedischen Vertragsrechts der Nachkriegszeit auch in seinen Schriften sehr intensiv verfolgt hatte, stellte fest: »von dem Vertragsgesetz [1915] ist nur eine Ruine geblieben«. Als Rechtspositivist betrachtete er die Ruine des Gesetzes als ein totes Artefakt. Die Romantiker des 19. Jahrhunderts hatten, wie ich beschrieben habe, eine ganz andere Perspektive. Mit der Metapher *lebende Ruinen* wurde stattdessen das, was von der Geschichte geblieben war, analysiert; also eine historische Argumentation.⁵³ Transnationale »rechtliche Tiefenstrukturen« im europäischen Recht werden auch unter den gegenwärtigen kritischen Rechtspositivisten wie Kaarlo Tuori zu Beispielen von allgemeinen Rechtsprinzipien,⁵⁴ die immer noch als »lebende rechtliche Ruinen« gelten.

Meines Erachtens kann man heute wieder diese neu-romantische Auslegung der Metapher benutzen. Man kann sogar – generell gesehen – die gegenwärtige juristische Erkenntnisstruktur als »romantisch« betrachten. James Q. Whitman hat das neue spätmoderne Konzept in der Rechtsvergleichung als die »neu-romantische Richtung« beschrieben.⁵⁵

Und identifizierten wir mit Ulrich Beck das gegenwärtige nationale Recht nicht mehr als monolithisch, sondern pluralistisch⁵⁶ – d. h. nicht nur rechtpositivistisch, sondern auch neuromantisch –, gäbe es in dieser Synthese auch Platz für kontextuelle Metaphern. Ich möchte sagen, dass sie in der transnationalen Rechtskommunikation unserer Zeit sogar einen wichtigen Beitrag zu den internationalen rechtswissenschaftlichen Diskursen anbieten können.

Kjell Å. Modéer

52 CH. RAMBERG, Kurt Grönfors in memoriam, in: Svensk Juristtidning 2005, 1122.

53 R. W. GORDON, The Historical Argument in American Legal Culture, in: Rättshistoriska studier 22 (2002) 181 ff.

54 K. TUORI, Critical Legal Positivism, Aldershot 2002.

55 J. Q. WHITMAN, The neo-romantic turn, in: Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions,

hg. v. P. LEGRAND, R. MUNDAY, Cambridge 2003, 312 ff.

56 Entgrenzung und Entscheidung. Was ist neu an der Theorie reflexiver Modernisierung?, hg. v. U. BECK, CH. LAU, Frankfurt a. M. 2004.