

dass sich Men-
ative Ordnungen
welchen Normen
? Die Frage nach

Stefan Kadelbach, Klaus Günther (Hg.)

RECHT OHNE STAAT?

Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung

des. Ergänzend
ischer Sicht un-
ch unterschied-
gungsweisen von
entwickelt haben.
on neuer interna-
sordnungen ge-

NORMATIVE ORDERS

campus

Inhalt

| | |
|--|-----|
| Vorwort | 7 |
| Recht ohne Staat? <i>Stefan Kadelbach und Klaus Günther</i> | 9 |
| Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes <i>Gunther Teubner</i> | 49 |
| Unternehmen als Normunternehmer: Global Governance und das Gemeinwohl <i>Klaus Dieter Wolf</i> | 101 |
| Modernes Investitionsschutzrecht – Ein Beispiel für entstaatlichte Setzung und Durchsetzung von Recht <i>Rainer Hofmann</i> | 119 |
| Katholisches Kirchenrecht und Moraltheologie im 16. Jahrhundert: Eine globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit <i>Thomas Duve</i> | 147 |
| Recht ohne Staat im Staat: Eine rechtsethnologische Betrachtung <i>Franz von Benda-Beckmann</i> | 175 |

| | |
|---|-----|
| Vom Naturrecht der Urgesellschaft zu den kulturellen Rechten indigener Völker: Rechtsethnologische Konstruktionen und Reflexionen <i>Susanne Schröter</i> | 201 |
| Autorinnen und Autoren | 229 |

Recht ohne Staat?

Stefan Kadelbach und Klaus Günther

Fragen

Kann es Recht ohne Staat geben? Diese Frage hat in verschiedenen Zyklen Rechtssoziologen, Rechtsethnologen, Rechtstheoretiker, Rechtshistoriker sowie Wirtschafts- und Privatrechtler beschäftigt. Das anhaltende Interesse an ihr hat verschiedene Ursachen. Zum einen hat sich der Staat nach dem Siegeszug neoliberaler Wirtschaftspolitik seit den achtziger Jahren bewusst von vielen Bereichen, teils auch von regelrechten Kernaufgaben, zurückgezogen.¹ Zum zweiten wird als Kehrseite der zunehmenden globalen Mobilität von Unternehmen und Kapital und den mit ihr einhergehenden Optionen, sich dem Zugriff eines (national-)staatlichen Rechts zu entziehen, ein Schwinden der Staatlichkeit wahrgenommen.² Zeitgleich vollzog sich, drittens, eine Entterritorialisierung des Rechts: Ein guter Teil des Handels wird über elektronische Medien von Gesellschaften und Reedereien vereinbart, die sich nicht ohne Weiteres innerhalb eines Staatsgebietes lokalisieren lassen; Recht wandert mit grenzüberschreitend tätigen Akteuren: Seien dies Unternehmen, internationale Zusammenschlüsse von Anwaltskanzleien, Entwicklungshilfeorganisationen oder Armeen, sie alle bringen eigene Standards in ihre Wirkungsgebiete mit.³ Viertens schließlich macht sich der Einfluss der anglophonen Rechts- und Sozialwissenschaften bemerkbar, für die eine notwendige Verknüpfung von Staat und Recht noch nie als so essenziell galt, wie dies nach der sehr speziellen Geschichte des deutschen Rechtsstaates hierzulande lange der Fall war.⁴

1 Schulze-Fielitz, »Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier?«, S. 95 ff.

2 Beck, *Was ist Globalisierung?*, S. 28 f.

3 Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*.

4 Vgl. Vesting, »Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes«, S. 41 ff.

Eine der Folgen dieser Dissoziation von Staat und Recht ist ein Wiedererwachen der Theorie des Rechtspluralismus.⁵ Rechtspluralismus herrscht auf einem sozialen Feld, auf dem mehr als eine rechtliche Ordnung gilt. Das staatlich gesetzte Recht wäre dann nicht das einzige Recht in einer Gesellschaft; vielmehr gibt es neben dem Staat auch noch andere gesellschaftliche Formationen mit rechtsetzender Autorität, die kollektiv verbindliche Normen schaffen. Um ein Wiedererwachen handelt es sich, weil der Rechtspluralismus historisch gleichsam der Normalfall ist und ein einheitliches, exklusives, um eine staatliche Autorität zentriertes Recht die Ausnahme.⁶ Abgesehen davon, dass sich bezweifeln lässt, ob ein solcher Rechtszentralismus eine triftige Beschreibung moderner Staaten der Gegenwart ist, scheint er den Blick auf die lange rechtspluralistische Vergangenheit eher verstellt zu haben.

Für diejenigen, die ein Absterben des Staates beobachten, ist die rechtspluralistische Perspektive intuitiv plausibel.⁷ Der Blick richtet sich auf mögliche Surrogate staatlicher Gesetzgebung, die in privater Selbstregulierung,⁸ der Normproduktion supra- und internationaler Organisationen⁹ oder in staatlich-privaten Hybridnormierungen erkannt werden.¹⁰ Die Vielzahl von Normproduzenten, die mit der Zeit auf den Plan getreten sind, lässt sich, so scheint es, zwanglos in ein neues Bild einfügen, das nicht mehr von einem einheitlich gedachten staatlichen Willen, sondern von der Fragmentiertheit der Gesellschaft und ihres Rechts ausgeht. Innerstaatliches oder auch extritorial wirkendes staatliches Recht hätte hier ebenso seinen Platz wie das Völkerrecht, die *lex mercatoria* des internationalen Handels und die *corporate governance*-Standards multinationaler Unternehmen, aber auch schwächer normierte Vereinbarungen oder Prozeduren zwischen Regierungen oder Regierungen und privaten Unternehmen, schließlich auch die normsetzenden Aktivitäten vieler Nichtregierungsorganisationen (NGOs). Die funktionale Differenzierung der Weltgesellschaft kann rechtstheoretisch beschrieben, womöglich sogar erklärt werden.

5 Berman, »The New Legal Pluralism«, S. 229 ff.; Michaels, »Global Legal Pluralism«, S. 245 ff.; Zumbansen, »Transnational Legal Pluralism«, S. 141 ff.

6 Stolleis, »Vormodernes und postmodernes Recht«, S. 427.

7 Teubner, »Globale Bukowina«, S. 255 ff.

8 Zu sozialwissenschaftlichen Ansätzen der Selbststeuerung: Hermes, *Staatliche Infrastrukturverwaltung*, S. 147 ff.

9 Vgl. Snyder, »Governing Economic Globalisation«, S. 334 ff.; Rosenau, »Governance, Order and Change in the World«, S. 4 ff.

10 Becker, *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*.

Allerdings stellen sich neue Fragen.¹¹ So wird man sich mit dem Einwand beschäftigen müssen, dass nicht alles, was Vertreter des Rechtspluralismus als Recht einordnen, Recht sei. Wenn sich eine Gruppe von Unternehmen freiwillig zur Einhaltung bestimmter Umweltstandards verpflichtet – handelt es sich dann um »Recht«? Der Einwand zielt auf eine zentrale Kontroverse um den Rechtspluralismus. Die Theorie kennt verschiedene Rechtsbegriffe, die danach divergieren, ob die Rückführung auf eine oberste Grundnorm und die durch sie statuierte Befugnis zur Ausübung von Zwang,¹² das Faktum formalisierter Anerkennung¹³ oder der Bindungswille der Betroffenen¹⁴ maßgeblich sein soll. Können verschiedene dieser Rechtsbegriffe koexistieren? Kann es das geben, was nach der Reinen Rechtslehre logisch ausgeschlossen ist, eine *Mehrzahl* von Grundnormen? Und wenn nicht, wie ist es nach einem normativistischen Rechtsbegriff zu erklären, dass sich andere Normen als wirkmächtiger erweisen als das staatlich gesetzte Recht? Oder kommt es auf den Rechtsbegriff nicht an, soll alles Recht sein, was die Beteiligten subjektiv so bezeichnen?¹⁵ Genügt eine andere Form sozialer Kontrolle? Und wie legitim sind Normen, die nicht das Verfahren staatlicher Rechtsetzung, insbesondere nicht den demokratischen Prozess parlamentarischer Gesetzgebung durchlaufen haben? Und wie ist es um diejenigen bestellt, die von den Folgen der Entscheidung innerhalb einer der vielen nebeneinander existierenden Rechtsordnungen zwar in Form von Nachteilen und Kosten betroffen sind, aber mangels Zugehörigkeit an der Entscheidung selbst nicht beteiligt waren?¹⁶

Wer nach einem Recht ohne Staat fragt, mag sich der Strittigkeit des *Rechtsbegriffs* bewusst sein, doch wird der Begriff des *Staates* meist ohne Problematisierung vorausgesetzt. Für die Rechtswissenschaft ist dies weniger dramatisch, da sie sich auf die Definition von *Georg Jellinek* verständigt hat, der zufolge der Staat durch die drei Elemente Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt bestimmt wird.¹⁷ Der Staat ist das umfassendste Konzept, die Gesellschaft und ihre Teile werden in ihm und durch ihn organisiert. Sozial-

11 Vgl. Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, S. 82 ff.

12 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 51 ff.; ders., »Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht«, S. 481 ff.

13 Hart, *Der Begriff des Rechts*, S. 129 ff.

14 Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, S. 146.

15 Griffiths, »What is Sociology of Law?«, S. 50 ff.

16 Günther, »Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität«, S. 541.

17 Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 396 ff.

wissenschaftliche Theorien des Rechtspluralismus setzen die Akzente anders. *Jellineks* Drei-Elemente-Lehre ist letztlich eine formalisierte, des sozialen Kontextes entkleidete Version der soziologischen, auf *Max Weber* zurückgehenden Beschreibung, der zufolge der Staat ein organisatorischer Zusammenschluss der Bevölkerung eines begrenzten Gebietes unter einem zentralisierten Verwaltungsapparat ist, der über das Monopol der Anwendung physischen Zwangs zur Einhaltung der Rechtsordnung verfügt. Der Staat wird danach als eine Form der politischen Gemeinschaft, mithin als ein Teil der ihn organisierenden Gesellschaft gesehen.¹⁸

Für die Soziologie stellt sich somit die Frage nach einem Recht ohne Staat unter anderen Voraussetzungen. Im Gegensatz zu einem juristischen Verständnis etwa kelsenianischer oder *Hart'scher* Prägung, das Recht als Produkt des verfassungsrechtlich geordneten politischen Systems auffasst,¹⁹ kann sie Recht auch als gesellschaftliches Phänomen begreifen. Damit kommen auch Normen als Recht infrage, die außerhalb des politischen Systems entstehen. Auch aus historischer Sicht liegt diese Annahme nahe, wohingegen sich der juristische Staatsbegriff auf den modernen Flächenstaat mit souveräner Staatsgewalt bezieht. *John Griffiths* hat die Unterscheidung zwischen »starkem« und »schwachem« Rechtspluralismus eingeführt; die »starke« Version sieht Recht vor, das von staatlicher Anerkennung unabhängig ist, während die »schwache« einen Zustand bezeichnet, in dem nichtstaatliche Ordnungen (zum Beispiel lokale Bräuche und Gewohnheiten) unter dem Vorbehalt staatlicher Anerkennung (zum Beispiel durch ein staatliches Gericht) stehen.²⁰ Ob starker Rechtspluralismus als Recht *ohne* Staat möglich ist, ist demnach auch zu einem guten Teil ein Definitionsproblem.

Diese Divergenzen zwischen den verschiedenen Perspektiven lassen sich nicht auflösen, doch sind sie in Rechnung zu stellen, wenn hier versucht wird, die Debatte nachzuzeichnen. Dabei werden als »staatlich« alle Normen verstanden, an deren Setzung oder Anwendung der Staat beteiligt ist. Dazu gehört auch die Rechtsetzung internationaler Organisationen im völkerrechtlichen Sinne, also die gesamte Normproduktion von Regierungsorganisationen.

Im Folgenden sollen zunächst mögliche Kandidaten für ein Recht ohne Staat in den Blick genommen werden; dabei wird den drei Zyklen der Pluralismusdiskussion gefolgt. Sodann wäre auf die Frage des Rechtsbegriffs und

18 Zum Beispiel in Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 514 f.

19 *Der Begriff des Rechts*.

20 Griffiths, »What is legal pluralism?«, S. 1 ff.

der Legitimität der entstandenen pluralistischen Normenordnungen zurückzukommen. Abschließend sollen Perspektiven aufgezeigt werden, wie die Koexistenz dieser Ordnungen gesichert und Kollisionen zwischen ihnen verarbeitet werden könnten.

Phänomene

Ein externer Beobachter, wenn es ihn denn gäbe, könnte das Firmament des Rechtspluralismus zu verschiedenen Sternbildern ordnen. Er könnte altes und neues, eigenes und fremdes, autonomes und heteronomes, geistliches und weltliches, universelles und partikulares, geschriebenes und ungeschriebenes Recht zueinander in Beziehung setzen, ein Blickwinkel wäre so gut wie der andere. Daher spricht nichts dagegen, der herrschenden Astronomie zu folgen und eine Perspektive zu wählen, die sich zum einen von Rechtsverhältnissen innerhalb des Staates aus auf überstaatliche Normen richtet, zum anderen an den drei Phasen der Theorie des Rechtspluralismus orientiert.²¹ So werden nacheinander die Normenpluralität innerhalb traditionaler, aber heterogener Staatsgebilde, in (post)kolonialen Gesellschaften und in der transnationalen Sphäre näher betrachtet.

Privatrecht ohne Staat im Staat: Die Bukowina

Ob es ein Recht ohne Staat im Staat geben kann, ist eine alte Frage. Will man Recht einbeziehen, das vor dem modernen Staat entstanden ist, so wird die hier zuständige Rechtsgeschichte darauf verweisen, dass dieses Phänomen eine Selbstverständlichkeit sei. Ob Verträge zwischen Privaten Recht sind, mag Ansichtssache sein, doch bleiben sie auf obrigkeitliche Durchsetzung angewiesen, die erst mit Übernahme der politischen Gesamtleitung und des Gewaltmonopols ganz beim Zentralstaat liegt.²² In der frühen Neuzeit verlief die Herausbildung eines säkularen, durch wissenschaftliche Rezeption des römischen Rechts gestalteten *jus commune* zur Entstehung moderner Staatlichkeit und öffentlichen, d.h. staatlichen Rechts parallel.²³ Das

21 Berman, »The New Legal Pluralism«, S. 227 ff.

22 Vgl. dazu zusammenfassend Meder, *Ius non scriptum*, S. 92 ff.

23 Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I, S. 63 ff.