

## Herausgeber

Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.  
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg  
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz  
Professor Dr. Joachim Vogel †, München

## Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

23 68. Jahrgang  
6. Dezember 2013  
Seiten 1117–1168

# JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Klaus F. Röhl, Bochum\*, und Dr. Dr. habil. Stefan Machura, Bangor\*\*

## 100 Jahre Rechtssoziologie: Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus heute

1913 erschien Eugen Ehrlichs „Grundlegung der Soziologie des Rechts“. In Deutschland ist dieses Jubiläum nicht besonders begangen worden, wiewohl es dafür gute Gründe gäbe. Einer liegt darin, dass Ehrlich den Rechtspluralismus vorbereitet hat, der die aktuelle rechtssoziologische und rechtstheoretische Diskussion dominiert, wo er nicht zuletzt zur Analyse der globalen Rechtentwicklung dient.

### I. Rechtspluralismus als bleibendes Vermächtnis

*Eugen Ehrlichs* „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ von 1913 kann als Gründungsdokument der Rechtssoziologie gelesen werden. Vorausgegangen war der Aufsatz über „Das lebende Recht der Völker der Bukowina“, der bereits das Konzept des Rechtspluralismus<sup>1</sup> enthält. Wir wollen hier den Rechtspluralismus als ein bleibendes Vermächtnis *Eugen Ehrlichs* herausstellen und dabei normativen Deutungen des Rechtspluralismus entgegenreten. Zuvor werden wir kurz über *Ehrlichs* Leben und Werk berichten. Eine umfassende Würdigung ist nicht beabsichtigt. Dafür ist nach wie vor die Darstellung von *Manfred Rehbinder* maßgeblich.<sup>2</sup> Wir wollen nur anmerken, dass *Ehrlich* nicht auf seine Rechtssoziologie reduziert werden darf.<sup>3</sup> *Ehrlichs* Schriften zu den

Grundlagen der Rechtsanwendung zeigen ihn als führenden Vertreter der Freirechtsschule, seine politischen Schriften als engagierten Rechtspolitiker.

### II. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich

#### 1. Leben und Werk<sup>4</sup>

*Ehrlich* (1862–1922) war seit 1896 Professor für römisches Recht in Czernowitz, seinem Geburtsort, in der Bukovina, am östlichen Rande der Donaumonarchie (die heute teils zur Ukraine, teils zu Rumänien gehört). Dort galt seit 1811 das österreichische Zivilgesetzbuch, das ABGB. Es hatte die rechtlichen Gewohnheiten der verschiedenen Völkerschaften, die dort zusammentrafen, nur oberflächlich zurückdrängen können. Man kann sich vorstellen, wie die Situation *Ehrlich* herausforderte, das Juristenrecht mit der Rechtswirklichkeit zu konfrontieren<sup>5</sup>. *Ehrlich* bezog sich ausdrücklich auf das römische Prinzip der „Personalität im Recht“, das Angehörigen der Provinzvölker die Behandlung nach ihrem Herkunftsrecht zusicherte<sup>6</sup>. Er rezipierte frühe, aber bereits sehr systematische rechtsethnologische Studien, etwa

gange Willenserklärung, 1893; Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; Die Erforschung des lebenden Rechts, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 35, (1911), 129–147; Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, 3. Aufl. 1967 (RS); Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 67 (1917), 1–80; Die juristische Logik, 1918, 3. Aufl. 1966; Aus dem Nachlass [1915]: Die Gesellschaft, der Staat und ihre Ordnung, ZfRSoz 13 (1992), 3–15. Relevante kleinere Arbeiten sind wieder abgedruckt in den von *Rehbinder* herausgegebenen Bänden „Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre“, 1967; „Gesetz und lebendes Recht“, 1986, und schließlich „Politische Schriften“, 2007. Bibliographien der Arbeiten *Ehrlichs* bei *Rehbinder* (Fn. 2), S. 142–145 und *Stefan Vogl* (Fn. 2), S. 359–363.

<sup>4</sup> Die Darstellung ist angelehnt an *Klaus F. Röhl*, Rechtssoziologie, 1987 ff. Vgl. jetzt auch *Röhl*, Rechtssoziologie-online.de, § 6.

<sup>5</sup> *Ehrlich*, Das lebende Recht der Völker der Bukowina. Recht und Wirtschaft 1 (1912), 273–279, 322–324. Neben RS die wohl meistzitierte rechtssoziologische Arbeit *Ehrlichs*.

<sup>6</sup> *Ehrlich*, Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor oder nach Abschluß des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern?, 1912; wiederabgedruckt in: *Eugen Ehrlich*, Recht und Leben, hrsgg. von *Rehbinder*, 1967, S. 61–79, S. 72–75 und S. 77.

\* Prof. em., Lehrstuhl für Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie, Ruhr Universität Bochum.

\*\* Senior Lecturer, School of Social Sciences, Bangor University, Wales.

<sup>1</sup> Seinen Namen erhielt der Rechtspluralismus erst 1970 durch einen von *John Gillissen* herausgegebenen Sammelband mit dem Titel „Le pluralisme juridique“.

<sup>2</sup> *Manfred Rehbinder*, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, 2. Aufl. 1986. Verwiesen sei ferner auf die Sekundärliteratur, etwa auf: *Heinz Barta* u. a. (Hrsg.), Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag, Innsbruck 2013; *Marc L. M. Hertogh* (Hrsg.), Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich, Oxford 2009; *ders.*, Rescuing Living Law from Jurisprudence, Jurisprudence 3 (2012), 135–152; *Markus Porsche-Ludwig*, Eugen Ehrlich interkulturell gelesen, 2011 (<http://www.bautz.de/interkultuell/pdf/9783883093598.pdf>); *Hubert Rotleuthner*, Drei Rechtssoziologien: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber, in: *Erk Volkmar Heyen*, Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, 1986, S. 227–252; *Stefan Vogl*, Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich, 2003; *Klaus Ziegert*, The Sociology Behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law, The International Journal of the Sociology of Law 7 (1979), 225–270.

<sup>3</sup> Die wichtigsten Schriften seien hier genannt: Über Lücken im Recht, Juristische Blätter 17 (1888), 447–630 (in Fortsetzungen); Die stillschwei-

auf dem Balkan und in Rußland, die die Geltung dieses Grundsatzes nachwiesen. Dazu traten seine eigenen Erfahrungen in der Bukowina. Das offiziell geltende österreichische Recht hatte sich dort nicht durchgesetzt. Die an seiner Stelle praktizierten lokalen Sitten und Gebräuche beschrieb er als „gesellschaftliches“ oder „lebendes“ Recht.

1910 gründete *Ehrlich* in Czernowitz ein Seminar für lebendes Recht, das heute vielleicht Institut für Rechtsstatistikforschung heißen würde. 1912 erstattete er für den 31. Deutschen Juristentag ein Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung vor und nach Abschluss des Universitätsstudiums das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern? Die 1913 erschienene „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ fand bald auch im Ausland breite Aufmerksamkeit<sup>7</sup>. Einer Einladung in die USA konnte *Ehrlich* aber wegen des Kriegsausbruchs nicht mehr folgen.

Im Krieg war Czernowitz heftig umkämpft und *Ehrlich* zur Flucht gezwungen. Er wandte sich verstärkt publizistischen Aktivitäten zu, darunter der Veröffentlichung juristischer und politischer Schriften<sup>8</sup>. Die Lösung sozialer Not sah er charakteristischerweise nicht in staatlichen Interventionen – den Marxismus lehnte er als „wirtschaftliche Alchemie“ ab –, sondern in vermehrter Güterproduktion, die Einkommen schafft und das Lebensnotwendige erschwinglich macht<sup>9</sup>. Nach Ende des Weltkrieges konnte er, der sich lange demonstrativ zum Habsburgerreich bekannt hatte, nicht an seine nunmehr rumänische Heimatuniversität zurückkehren.

## 2. Das lebende Recht

Das Hauptwerk *Ehrlichs* ist die „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (RS), die 1913 in Berlin erschien. Die kurze Vorrede lautet:

„Es wird oft behauptet, ein Buch müsse so sein, dass man seinen Sinn in einem einzigen Satz zusammenfassen könne. Wenn die vorliegende Schrift einer solchen Probe unterworfen werden sollte, so würde der Satz etwa lauten: Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst. Vielleicht ist in diesem Satz der Sinn jeder Grundlegung einer Soziologie des Rechts enthalten.“

In der Tat hat *Ehrlichs* Rechtssoziologie nur ein einziges Thema. Sie will dem Juristen, der die Welt von Recht und Rechtszwang beherrscht sieht, die relative Bedeutungslosigkeit staatlichen Rechts vor Augen führen. Das Buch selbst ist mit einer Fülle historischer und zeitgenössischer Details breit ausgesponnen.<sup>10</sup> Auf die Situation der Bukowina nimmt es nur wenig Bezug. Seine Kernaussagen sind jedoch markant und anschlussfähig.

Einleitend führt *Ehrlich* aus, die „selbständige Wissenschaft vom Rechte, die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern reiner Erkenntnis, die nicht von Worten han-

delt, sondern von Tatsachen“, sei die Rechtssoziologie (RS S. 1). Die praktische Jurisprudenz sei demgegenüber nur eine Technik, die Kunst, das Recht den besonderen Bedürfnissen des Rechtslebens dienstbar zu machen und daher „etwas ganz anderes als die Wissenschaft vom Recht“ (RS S. 198). Die Rechtssoziologie sei darum die einzig mögliche Wissenschaft vom Recht, weil sie nicht bei den Worten stehen bleibe, sondern ihr Augenmerk auf die dem Recht zugrundeliegenden Tatsachen richte, und weil sie, „wie jede echte Wissenschaft“, mittels der induktiven Methode, das heißt „durch Beobachten von Tatsachen, Sammeln von Erfahrungen unsere Einsicht in das Wesen der Dinge zu vertiefen sucht“ (RS S. 6). An diesen Wissenschaftsbegriff knüpft sich eine große Kontroverse mit *Hans Kelsen*, die bis heute, wenn die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz zur Debatte steht, immer noch angeführt wird.<sup>11</sup>

## 3. „Verbände“ als Träger des Rechts

Unter der Gesellschaft, die *Ehrlich* dem Staat gegenüberstellt, verstand er nicht eine Ansammlung von Individuen, sondern die Gesamtheit menschlicher Verbände. Dazu stützte er sich auf den Genossenschaftsgedanken *Otto von Gierkes*<sup>12</sup>.

*Ehrlichs* Verbandsbegriff ist sehr weit. Dazu gehören zunächst die „ursprünglichen Formen“ wie Sippe, Hausgenossenschaft und Familie. Heute würde man von „dichten“ Gruppen sprechen. In der Neuzeit überwiegen aber größere Verbände, die häufig auf freiwilligem und bewusstem Zusammenschluss beruhen, wie Vereine, Kirchen, Gemeinden oder Parteien, oder im wirtschaftlichen Bereich, ein Landgut, eine Fabrik oder ein Handelsunternehmen (RS S. 21). *Ehrlich* hat zwar noch nicht berücksichtigt, dass die Normierung und der Geltungsbereich gesellschaftlicher Normen auseinanderfallen, wie es heute zunehmend der Fall ist, wenn technische oder wirtschaftliche Organisationen oder zivilgesellschaftliche Akteure Normen produzieren. Aber er nannte auch schon „die völkerrechtliche Staatengemeinschaft, die weit über Staat und Volk hinausgreifende politische, wirtschaftliche, geistige und gesellige Gemeinschaft der gesitteten Völker der Erde“ (RS S. 20).

Die „Verbände“, die in ihrer Gesamtheit die Gesellschaft bilden (RS S. 20 ff.), sind Träger des Rechts. Recht sei ursprünglich nichts anderes als die innere Ordnung, die Organisation solcher Verbände, die aus Regeln besteht, die jedem Verbandsangehörigen seine Stellung und seine Aufgaben anweisen (RS S. 32 ff., 46). Um diese Verbandsordnung zu gewährleisten, bedürfe es keiner staatlichen Gerichte und Strafen. Sie setze sich durch, weil niemand ausgeschlossen werden und so seine Stellung innerhalb der Familie, im Beruf, in einem Geschäft, in Kirche oder Gemeinde, verlieren möchte (RS S. 65). Alle individuellen Rechte seien nur Reflexe von Verbandsrecht (RS S. 48).

Der Rechtswissenschaft hält *Ehrlich* vor, sie habe die Verbände „in Stücke gerissen“, „um ihre Bestandteile als Rechtssubjekte und -objekte, als dingliche und persönliche Rechte einzeln unter das Vergrößerungsglas zu nehmen“.

<sup>7</sup> Über die heutige Bewertung der Rechtssoziologie *Ehrlichs*: *Stefan Machura*, Eugen Ehrlich's Heritage in Contemporary German Sociology of Law, in: *Knut Papendorf* u. a. (Hrsg.), *Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, 2014, in Vorbereitung.

<sup>8</sup> Siehe Fn 3.

<sup>9</sup> „Karl Marx und die soziale Frage“ (S. 153–162, S. 162), sowie „Die Aufgaben der Sozialpolitik im österreichischen Osten (Juden- und Bauernfrage)“ (S. 131–151), jeweils in: *Ehrlich*, Politische Schriften (Fn. 3).

<sup>10</sup> *Ehrlich* selbst sah den Aufsatz „Soziologie des Rechts“ als Zusammenfassung der „Grundlegung“ an. Der Aufsatz wurde 1922 zunächst in Übersetzungen in Italien, Japan und den USA gedruckt und erschien erst 1986 in dem von *Rehbinder* herausgegebenen Band „Gesetz und lebendes Recht“ auch auf Deutsch (dort S. 241–253).

<sup>11</sup> Mehrere Beiträge von *Ehrlich* und *Kelsen* in den Jahrgängen 1915 bis 1917 des Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, wiederabgedruckt in: *Klaus Lüderssen* (Hrsg.), *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft*, 2003; vgl. auch *ders.*, Hans Kelsen und Eugen Ehrlich, in: *Stanley L. Paulson/Michael Stolleis* (Hrsg.), *Hans Kelsen*, Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005, S. 264–275.

<sup>12</sup> *Otto von Gierke*, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 Bände, 1868–1881. Dazu ausführlicher bei *Rehbinder*, *Rechtssoziologie*, 7. Aufl. 2009, Rn. 48 ff.

Das möge praktisch geboten sein, sei aber jedenfalls unwissenschaftlich: „ebenso wie die alphabetische Ordnung des Wörterbuches praktisch geboten, aber unwissenschaftlich“ sei. „Die soziologische Rechtswissenschaft, durch keinerlei praktische Rücksichten gebunden, muss daher die auseinandergerissenen Glieder wieder zu einem Ganzen zu vereinigen suchen“ (RS S.48). Zu diesem Zweck führte *Ehrlich* mit erfahrenen Juristen im Rahmen eines Praktikerseminars<sup>13</sup> sogenannte juristische Aufnahmen durch. Er besuchte etwa einen Bauernhof oder eine Fabrik, um dort die gesamte Organisation dieses Verbandes, wie sie sich in Besitz und Eigentum, Vollmachten, Aufträgen, Bestellungen, Kaufverträgen, Arbeitsverträgen usw. darstellte, zu ermitteln und festzuhalten<sup>14</sup>.

Die faktische Quelle der in den Verbänden wirksamen Regeln sah *Ehrlich* in Übung, Besitz, Herrschaft und Willenserklärung, wobei mit Willenserklärung insbesondere Verträge, letztwillige Verfügungen und Satzungen gemeint sind. Von diesen Erscheinungen spricht *Ehrlich* als den Tatsachen des Rechts (RS S. 81 ff.). Aus ihnen soll sich die Organisation der Verbände herleiten, und zwar zunächst diejenige des einzelnen konkreten Verbandes. Reichlich verwirrend erhalten schon diese konkreten Rechtsverhältnisse, also etwa die zwischen bestimmten Eheleuten vereinbarte Gütergemeinschaft oder die von einem Unternehmen geschlossenen Verträge den Namen Rechtsnorm. In jedem einzelnen Verband herrscht also in diesem Sinne ein anderes Recht. Natürlich übersah *Ehrlich* nicht, dass bei aller Mannigfaltigkeit der konkreten Verbandsordnungen doch auch eine erstaunliche Gleichförmigkeit besteht. Er betont aber, dass die Gleichartigkeit der Ordnungen, die man in ähnlichen Verbänden findet, nicht etwa primär durch von außen an die Verbände herangetragene staatliche Gesetze bewirkt werde, sondern durch die Gleichartigkeit der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebensbedingungen, die zu gleichartigen Rechtsgestaltungen führten (RS S. 109). Das gesellschaftliche Recht nannte *Ehrlich* das lebende Recht. Seine Aufgabe als Rechtssoziologe sah er in der Erforschung dieses lebenden Rechts.

#### 4. Entscheidungs- und Eingriffsnormen

Neben diesem gesellschaftlichen Recht stehen sozusagen als Recht zweiter Ordnung die Entscheidungsnormen (RS S. 97 ff.). Sie schützen das Verbandsleben, festigen und halten es aufrecht, gestalten es aber nicht. Sie bilden Regeln des Handelns für die Gerichte (die nicht unbedingt staatlich sein müssen). Rechtsstreitigkeiten sind für *Ehrlich* die Krankheitsfälle des Verbandslebens. In einem solchen Fall soll in erster Linie die tatsächliche innere Ordnung des Verbandes ermittelt und gegen den Verletzer eine Rechtsfolge verhängt werden. Beides zusammen ergibt dann die Entscheidungsnorm. Aber nur selten können die Entscheidungsnormen derart auf die Verbandsordnung zurückgreifen. Meistens ist gerade die Lückenhaftigkeit der Verbandsordnung Streitursache. Entscheidungsnormen schlichten ferner den Streit mehrerer Verbände untereinander (RS S. 102). Außerdem regeln sie Fragen, die mit der Austragung des Streits selbst zu tun haben: Schadensersatz, Bereicherung, Prozessrecht, Vollstreckung. Entscheidungsnormen sind teils das Ergebnis der Juristentätigkeit, teils sind sie staatlichen Ursprungs. Die Juristen gelangen zu Entscheidungsnormen, indem sie die kon-

kreten Normen des gesellschaftlichen Rechts, die sich jeweils nur auf einen bestimmten Verband oder eine Mehrheit von ähnlichen Verbänden beziehen, in Worte kleiden und sie dabei verallgemeinern und vereinheitlichen. Die abstrakten, in Worte gefassten Rechtsregeln nennt *Ehrlich* im Gegensatz zum gesellschaftlichen Recht Rechtssätze (RS S. 138).

*Ehrlichs* Konzeption der Entscheidungsnormen entspricht dem, was man in der Rechtstheorie unter einer Sanktionsnorm versteht. Parallel zur Sanktionsnorm verläuft die an das Publikum gerichtete Verhaltensnorm. Die Verhaltensnorm schlägt *Ehrlich* dem gesellschaftlichen Recht zu. Daher überrascht es nicht, dass er von der Möglichkeit, mit Hilfe von Entscheidungsnormen staatliche Zwecke durchzusetzen, wenig hält:

„Die Wirkung der staatlichen Entscheidungsnormen wird im allgemeinen sehr überschätzt. Es kommt alles auf die Tätigkeit der Parteien an, und diese versagt nicht selten vollständig. Das Gesetz bleibt oft in weiten Kreisen unbekannt, zuweilen ist es praktisch unbrauchbar, dann mangelt es oft den Parteien, die es begünstigt, an materiellen Mitteln, um ihren Anspruch durchzusetzen, oder auch infolge der Lagerung der tatsächlichen Machtverhältnisse an dem dazu erforderlichen Selbstvertrauen oder Vertrauen in die Behörden. Aus diesem Grunde bleiben Arbeiterschutzgesetze, soweit sie nur Entscheidungsnormen enthalten, regelmäßig wirkungslos“ (RS S. 297).

Ungeachtet der ungewohnten rechtstheoretischen Einkleidung sind *Ehrlichs* Beobachtungen zur Wirksamkeit des Rechts nur realistisch.<sup>15</sup> *Ehrlich* betonte, das staatliche Recht sei statisch, die Verbandsordnung dagegen in ständiger Bewegung. Da staatliches Recht auch nur beschränkt wirksam sei, werde es immer wieder vom gesellschaftlichen Recht überholt:

„Es ist klar, dass dieser nie rastenden Entwicklung des gesellschaftlichen Rechts gegenüber das starre unbewegliche staatliche Recht nur zu oft im Rückstand bleibt. Das Recht, wie es auch sein mag, ist stets eine Form der Herrschaft des Toten über den Lebenden“ (RS S. 323).

*Ehrlich* war der Auffassung, dass allgemein nur ein sehr kleiner Teil der Rechtsnormen durch staatlichen Zwang Geltung erhalte. Aber er räumte doch ein, dass es immerhin einen Bereich gebe, der ohne solchen Zwang nicht bestehen könne, nämlich das Heer- und Steuerwesen. Er sah den Staat historisch entstanden als einen militärischen Verband, der Steuern eintreiben musste, um sich zu finanzieren, und meint, durch diese Entwicklung seien der Staat und ein großer Teil der Gesellschaft zueinander in Gegensatz getreten (RS S. 74). Neue vom Staat geschaffene Normen würden daher nicht freiwillig akzeptiert, sondern müssten durch eine zentral gelenkte, auf militärische und polizeiliche Zwangsgewalt gestützte Rechtspflege und Verwaltung durchgesetzt werden (RS S. 320). Immerhin konzidiert *Ehrlich* dem Staat, dass er sich in seinem Behördenapparat und den darauf bezüglichen Vorschriften eine erhebliche eigene Organisation geschaffen habe, dass er die auf seinem Gebiete befindlichen Menschengruppen zu einem Staatsvolk zusammengeweißt und nach vielen Richtungen eine einheitliche Rechtsentwicklung eingeleitet habe und den gesellschaftlichen Einrichtungen erhöhten Frieden gewähre (RS S. 313 f.). Das wachsende Gefühl für die Einheitlichkeit der Gesamtgesellschaft bedinge, wenn auch nur vorübergehend, ein ungeheures Anwachsen der Staatsfähigkeit. Insgesamt sei der Anteil des Staates an der Rechtsfindung aber „ziemlich bescheiden“ (RS S. 313). Er stehe im Gegensatz zu der allgemein verbreiteten Vorstellung von der Allmacht des Staates. Diese Vorstellung hat nach Ansicht *Ehrlichs* zur Folge gehabt, dass ein Widerstand dagegen als verwerflich gelte

<sup>13</sup> *Rehbinder*, Eugen Ehrlichs Seminar für Lebendes Recht: eine Einrichtung für die Weiterbildung von Rechtspraktikern, *Problemi Filosofiji Prava* 3, Nr. 1–2 (2005), 135–139.

<sup>14</sup> *Ehrlich* (Fn 6), S. 72–75.

<sup>15</sup> Ihre Lektüre, insbesondere RS S. 299 ff., 303, lohnt noch immer.

und dass insbesondere die Richter sich nicht über das staatliche Gesetz hinwegsetzen dürften. Er beeilt sich allerdings hinzuzufügen, dass Rechtssoziologie bloß diese Tatsache zu notieren habe, dass sie also keinesfalls den Richter ermutigen wolle, das Gesetz zu vernachlässigen. Sie müsse nur feststellen, dass der Richter in Ausübung seines Amtes häufig unbewusst, manchmal aber auch bewusst, unter der Herrschaft anderer Mächte stehe als bloß der des Gesetzes (RS S. 313 f.).

### 5. Zur Bedeutung der Rechtssoziologie Ehrlichs

*Ehrlich* hatte erkannt, dass eingetreten war, wovor *Savigny* zu Beginn des 19. Jahrhunderts im Hinblick auf den Vorschlag zur Kodifikation des bürgerlichen Rechts gewarnt hatte: Das (staatliche) Recht hat sich von Sitte und Gewohnheit, von der Moral im Sinne *Émile Durkheims*, kurz, vom lebenden Recht abgekoppelt. Schriftlichkeit, Professionalisierung, Zentralisierung in der Hand des Territorialstaates, die verfassungsmäßige Fixierung von Rechtssetzungs- und vor allem von Rechtsänderungsverfahren haben weite Bereiche des Rechts von seiner gesellschaftlichen Basis gelöst und es zum Macht- und Herrschaftsinstrument des modernen Staates werden lassen. *Ehrlich* sah in dieser Entwicklung die Gefahr einer Entfernung des Rechts von seiner gesellschaftlichen Grundlage. Er sah noch nicht die neuartige Qualität des modernen Rechts: Das Recht ist in der Neuzeit jedenfalls relativ autonom geworden. Es folgt nicht zwangsläufig dem sozialen Wandel, sondern kann selbst sozialen Wandel bremsen, beschleunigen oder sogar in Gang setzen.

Es bleibt ein Verdienst *Ehrlichs*, die Rechtssoziologie auf die von Juristen, und nicht nur von ihnen, oft unterschätzte Möglichkeit gesellschaftlicher Selbstregulierung verwiesen zu haben. *Ehrlich* bezog auch moderne Organisationen in seine Betrachtung mit ein, die rechtlich strukturiert sind, etwa Unternehmen mit ihren Satzungen, die Verfahren und Funktionäre für die Streitschlichtung haben. Und ihm standen auch die Kirchen und etwa die öffentliche Meinung vor Augen (RS S. 317). Heute wären noch stärker die Selbstregulierungskräfte der modernen Gesellschaft hervorzuheben, die, aus ihrer rechtlich organisierten Gliederung in oft überörtliche Verbände, Parteien, Gewerkschaften und zahlreiche teilautonome Einheiten wie Kommunen, Großunternehmen, Rundfunkanstalten und Universitäten fließen. Auch auf der globalen Ebene sind die maßgeblichen Akteure rechtlich vorkonstruiert, die wichtigsten unter ihnen immer noch als Territorialstaaten und als von diesen abgeleitete Organisationen. Selbst zivilgesellschaftliche „Bewegungen“ haben gut organisierte Institutionen hervorgebracht. Aber es ist völlig gerechtfertigt, wenn man bis heute bei *Ehrlich* anknüpft, um über Rechtspluralismus zu reden<sup>16</sup>, wie es in Teil III geschehen soll.

### III. Alter und neuer Rechtspluralismus<sup>17</sup>

„Rechtspluralismus ist das Faszinosum postmoderner Juristen. Sie scheren sich wenig um das offizielle Recht des zentralisierten Staates mitsamt seinen Ansprüchen auf Abstraktheit, Allgemeinheit und Universalität. Im Asphaltrecht nordamerikanischer Großstädte, im Quasi-Recht brasilianischer Favelas, in den informellen Normen der politischen Gegenkulturen, im Recht der patchwork of minorities, in den Normen ethnischer, kultureller und religiöser Gruppen, in den Disziplinierungstechniken ‚privater Justiz‘, und auch in den internen Rege-

lungen formaler Organisationen und informeller Netzwerke finden sich alle Zutaten der Postmoderne: das Lokale, das Plurale, das Subversive.“<sup>18</sup>

#### 1. Der pluralistische Rechtsbegriff

Der Rechtspluralismus behauptet die Koexistenz verschiedener Normenkomplexe zur selben Zeit am selben Ort.<sup>19</sup> Er versteht sich als Gegensatz zu einer monistisch-etatistischen Rechtstheorie, die das Recht als Einheit unter der Verantwortung des Staates und künftig vielleicht unter der Verantwortung einer Weltgemeinschaft begreift. Rechtspluralismus knüpft an der alten *Ubiquitätsthese* an: *Ubi societas ibi jus*. Überall, wo Gesellschaft ist, da gibt es auch Recht. Die Ubiquitätsthese enthält implizit schon die Zurückweisung eines etatistischen Rechtsbegriffs. Explizit wird daraus die Unabhängigkeitsthese, die besagt, dass Recht unabhängig vom Staat existieren kann:

„Es ist dem Rechte weder begriffswesentlich, daß es vom Staate ausgehe, noch auch, daß es die Grundlage für Entscheidungen der Gerichte oder anderer Behörden, oder für den darauffolgenden Rechtszwang abgebe“ (RS S. 17).

Die Formulierung *Eugen Ehrlichs* erweckt den Eindruck, als ob es sich bei der pluralistischen Konzeption des Rechts um eine Definitionsfrage handele. Dazu hat *Ehrlich* durch seine Rechtsdefinition, die zeitweise viel diskutiert wurde, erheblich beigetragen. Eine Rechtsnorm, so meinte *Ehrlich*, könne man daran erkennen, welche Gefühle ihr entgegengebracht würden:

„Die Frage nach dem Gegensatz der Rechtsnorm und der außerrechtlichen Norm ist nicht eine Frage der Gesellschaftswissenschaft, sondern der gesellschaftlichen Psychologie. Die verschiedenen Arten von Normen lösen verschiedene Gefühlstöne aus, und wir antworten auf Übertretung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen. Man vergleiche das Gefühl der Empörung, das einem Rechtsbruch folgt, mit der Entrüstung gegenüber einer Verletzung des Sittengebotes, mit dem Ärger aus Anlaß einer Unanständigkeit, mit der Mißbilligung der Taktlosigkeit, mit der Lächerlichkeit beim Verfehlen des guten Tones, und schließlich mit der kritischen Ablehnung, die die Modehelden denen angedeihen lassen, die sich nicht auf ihrer Höhe befinden. Der Rechtsnorm ist eigentümlich das Gefühl, für das schon die gemeinrechtlichen Juristen den so bezeichnenden Namen *opinio necessitatis* gefunden haben. Danach muß man die Rechtsnorm erkennen“ (RS S. 132).

Man ist sich heute darüber einig, dass eine solche Abgrenzung praktisch ganz unbrauchbar wäre.<sup>20</sup> Tatsächlich spielt sie in der Rechtssoziologie *Ehrlichs* auch kaum eine Rolle. Er meinte, im Allgemeinen werde jeder ohne Zögern sofort von einer Norm sagen können, ob sie eine Rechtsnorm sei oder einem anderen Gebiet angehöre (RS S. 122). Die Rechtsnorm regle wenigstens nach der Empfindung der Gruppe, von der sie ausgehe, eine Sache von großer Wichtigkeit, sie bilde die kräftigste Stütze der Verbandsordnung (RS S. 32, 134).

Mehr und mehr setzt sich die Überzeugung durch, dass es den einen, richtigen Rechtsbegriff nicht geben könne<sup>21</sup>,

<sup>18</sup> *Gunther Teubner*, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne, in: *Liber Amicorum Josef Esser*, 1995, S. 191.

<sup>19</sup> *William Twining*, Globalisation and Legal Theory, 2000, S. 229.

<sup>20</sup> *Z. B. Rehbinder* (Fn. 12), Rn. 44 u. 49; *Hubert Rottleuthner*, Foundations of Law, Dordrecht 2005, S. 229; und so bereits *Hans Kelsen*, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1915), (wiederabgedruckt in *Lüderssen* [Fn. 11], S. 4–54, insb. S. 46).

<sup>21</sup> *Brian Leiter*, The Demarcation Problem in Jurisprudence, Oxford Journal of Legal Studies 31 (2011), 663–677; *Frederick F. Schauer*, On the Nature of the Nature of Law, ARSP 98 (2012), 457–467; *Gerhard Struck*, Recht als Tohuwabohu und als Menschheitstraum. Oder: Gibt es einen Begriff des Rechts?, Ancilla Juris 2009, 99–117; *Brian Z. Tamanaha*, Atilak „Law“, in: Oxford International Encyclopedia of Legal History, 2009.

<sup>16</sup> Wie zum Beispiel *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 2011, S. 85 ff.

<sup>17</sup> Die Darstellung ist angelehnt an *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 206 ff.

sondern dass man je nach Kontext nominal definieren kann und muss, was gerade unter Recht verstanden werden soll. Was mit dem Rechtsbegriff assoziiert wird, ist ein Kontinuum von Ordnungsphänomenen und zugleich ein komplexes Gemisch aus verschiedenen Bestandteilen, so dass allenfalls aus pragmatischen Gründen gelegentlich künstliche Grenzen gezogen werden können. Aber Rechtspluralisten kommen doch immer wieder darauf zurück, dass sie eine Norm als Rechtsnorm schlechthin qualifizieren, um sodann auch Rechtsgeltung gegenüber inhaltlich konkurrierenden Normen für sie in Anspruch zu nehmen.

## 2. Klassischer Rechtspluralismus

*Ehrlich* betonte die Diskrepanz zwischen dem offiziellen staatlichen Recht und dem „lebenden“ gesellschaftlichen Recht. Traditionen, Sitten und Gebräuche sind vielfach so stark, dass sie das offizielle Recht gar nicht zur Geltung kommen lassen. Diese *Diskrepanzthese* entfaltete ihre größte Wirkung in der Rechtsanthropologie bei der Erforschung des Rechts der indigenen Völker. *Merry* spricht vom klassischen Rechtspluralismus.<sup>22</sup> Er steht nicht bloß im Gegensatz zu einem monistisch-etatistischen Rechtskonzept, sondern bildet eine Gegenposition zur Modernisierungstheorie<sup>23</sup>. Daraus folgt eine Hinwendung zunächst zu den vormodernen Rechtsbeständen. Thematischer Schwerpunkt waren und sind die Entwicklungs- und Schwellenländer in Afrika, Mittel- und Südamerika sowie in Asien, und hier insbesondere die früheren Kolonialgebiete. Es ist kein Zufall, dass das wichtigste Publikationsorgan, das im 67. Jahrgang erscheinende *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, früher unter dem Titel *African Law Studies* erschien. *Leopold Pospíšil* war es, der in diesem Zusammenhang *Eugen Ehrlich* wiederentdeckte<sup>24</sup>, und in der von *Pospíšil* begründeten<sup>25</sup> Tradition entstanden unübersehbar viele Beschreibungen von traditionellen Rechten, die sich mehr oder weniger unabhängig von den Zentralisierungsbemühungen der Kolonialmächte gehalten hatten.<sup>26</sup>

Von der UNO werden weltweit etwa 370 Millionen Menschen gezählt, die etwa 5000 verschiedenen indigenen Bevölkerungsgruppen zugehören und auf 90 Länder verteilt sind.<sup>27</sup> Allein in den USA gibt es über 550 anerkannte Indianerstämme.<sup>28</sup> Das bedeutet nicht, dass alle diese Menschen (noch) in funktionsfähigen traditionellen Rechtsordnungen leben. Vieles ist der Modernisierung zum Opfer gefallen. Immerhin existiert noch eine stattliche Anzahl traditionaler Elemente, die als rechtliche in Betracht kommen. Es geht um lokale Gemeinschaften, die eine eigene Identität für sich re-

klamieren, die Selbstverwaltung bis hin zur Souveränität für sich in Anspruch nehmen, die territoriale Ansprüche stellen und Praktiken verwenden, die mit modernem Recht nicht in Einklang stehen. Zu denken ist auch an alternative Formen der Familie und des Erbrechts, besondere Geschlechter- und Altersrollen, Formen von Gemeinschaftseigentum, die Unverfügbarkeit bestimmter Plätze, Objekte oder Wissensbestände als heilig und gelegentlich auch der Gebrauch berauschender Substanzen.

Der klassische Rechtspluralismus macht mit der Diskriminierungstheese den schon bei *Ehrlich* angelegten kritischen Ton gegen das offizielle Recht zum Programm: Das offizielle Recht, zumal das der Kolonialmächte, diskriminiert das lebende gesellschaftliche Recht. Nachdem die Hinterlassenschaft des Kolonialismus sich bis zu einem gewissen Grade verflüchtigt hat, richtet sich die Diskriminierungstheese stärker gegen den Universalismus westlicher Rechtsvorstellungen. Stammesverhältnisse und Religionen galten zeitweise nicht nur aus westlicher Sicht, sondern auch bei den einheimischen Eliten bloß als Hindernisse auf dem Weg zur Modernisierung.<sup>29</sup> Aktuell erleben wir eine pluralistische Wende in der Entwicklungshilfe. Nach vielen Enttäuschungen mit dem Versuch, die *rule of law* als Instrument der Entwicklungshilfe einzusetzen, ist Rechtspluralismus das neue Rezept. Ein rechtspluralistischer Zustand, so der Befund, sei die Realität, mit der sich Entwicklungshilfe vielerorts ausensetzen müsse.<sup>30</sup>

Die Vorstellung zu Unrecht marginalisierter Rechte, die an Hand traditionaler Stammesgesellschaften in postkolonialen Staaten entwickelt worden war, wird auch auf andere Gesellschaften übertragen. Hier gilt die Aufmerksamkeit besonders den Modernisierungsverlierern. Bahnbrechend war eine Studie von *Boaventura de Sousa Santos* über die Verhältnisse in einer illegalen Siedlung von Rio de Janeiro. *Santos* gab dieser Siedlung den erfundenen Namen *Pasargada* und beschrieb, wie sich in *Pasargada* relativ unabhängig vom staatlichen Recht ein Ordnungssystem entwickelt hatte, für das die Bewohner – und mit ihnen der Wissenschaftler *Santos* – Rechtsqualität in Anspruch nahmen.<sup>31</sup>

Der ethnologische Blick richtet sich aber auch auf die modernisierten Gesellschaften des Westens, um dort nach dem lebenden Recht im Sinne *Eugen Ehrlichs* zu suchen. Wanderungsbewegungen haben als Folge der Globalisierung im Allgemeinen und vieler Kriege im Besonderen Subkulturen in vorher relativ homogenen Gesellschaften entstehen lassen, die ihre Normen als „Recht“ in Anspruch nehmen. Beinahe selbstverständlich werden die islamischen Minderheiten zum Thema, die in einer christlichen oder säkularen Umgebung an den Rechtsvorstellungen der Scharia festhalten.<sup>32</sup> Ins Visier geraten aber auch alternative Konfliktrege-

*Ernst-Joachim Lampe* (Was ist „Rechtspluralismus“?, in: *ders.*, [Hrsg.], *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, 1995, S. 8–33) dekliniert noch einmal die verschiedenen Definitionsmöglichkeiten durch.

<sup>22</sup> *Sally Engle Merry*, *Legal Pluralism*, *Law and Society Review* 22 (1988), 869, 872.

<sup>23</sup> Dazu *Klaus F. Röhl*, *Entwicklungshilfe durch Recht und die Konvergenzthese*, in: *Festschrift für Brun-Otto Bryde*, 2013, S. 675–710.

<sup>24</sup> *Leopold Pospíšil*, *Anthropologie des Rechts, Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*, 1982, S. 53 f.

<sup>25</sup> Mit „*Kapauku* Papuans and Their Law“, 1958. Es gab allerdings, wie so oft, Vorläufer. Dazu gehören insbesondere *Malinowski*, *Llewellyn*, *Hoebel*, *Gluckmann* und *Bohannan*.

<sup>26</sup> Vgl. die Zusammenstellungen bei *Gerd Spittler*, *Streitregelung im Schatten des Leviathan*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1 (1980) 4–32, dort Fn. 1; sowie bei *Merry* (Fn. 22).

<sup>27</sup> Material auf der Internetseite <http://undesadspd.org/IndigenousPeoples.aspx>.

<sup>28</sup> Dazu *Thomas D. Hall/James V. Fenelon*, *The Futures of Indigenous Peoples: 9–11 and the Trajectory of Indigenous Survival and Resistance*, *Journal of World-Systems Research* X (2004), 152–198.

<sup>29</sup> *Brun-Otto Bryde*, *African Legal Development*, 1976, S. 108, unter Verweis auf *Robert B. Seidmann*, *Law and Development: A General Model*, *Law and Society Review* 6 (1971/72), 311, 315. Eine zwiespältige Bewertung des Rechtspluralismus in Afrika bei *Rüdiger Schott*, *Rechtspluralismus und Rechtsgleichheit in den postkolonialen Staaten Afrikas*, in: *Ernst-Joachim Lampe* (Hrsg.), *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, 1995, S. 38–71.

<sup>30</sup> Das *Hague Journal on the Rule of Law* 3 (2011) bietet in Heft 1 drei einschlägige Aufsätze: *Brian Z. Tamanaha*, *The Rule of Law and Legal Pluralism in Development* (S. 1–17); *Julio Faundez*, *Legal Pluralism and International Development Agencies: State Building or Legal Reform?* (S. 18–38); *H. Patrick Glenn*, *Sustainable Diversity in Law* (S. 39–56); *Lauren Benton*, *Historical Perspectives on Legal Pluralism* (S. 57–69).

<sup>31</sup> *Boaventura de Sousa Santos*, *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada*, *Law and Society Review* 12 (1977), 5–126.

<sup>32</sup> *Matthias Kaufmann*, *Rechtspluralismus als Antwort auf die Herausforderungen des Rechts durch Globalisierung und Migration?* *Ethnologi-*

lungsverfahren in Vereinen, Verbänden oder neben der Justiz mit der Tendenz einer positiven Neubewertung von Ansätzen gesellschaftlicher Selbstregulierung in einer scheinbar ganz zentralistischen Rechtskultur.

### 3. Neuer Rechtspluralismus

Während der klassische Rechtspluralismus sich auf traditionale und neotraditionale, ethnisch und religiös fundierte Normenkomplexe konzentriert, greift der neue Rechtspluralismus mit einer *neuen Ubiquitätsthese* weiter aus. Nun soll gelten: *Ubi societas, ibi iura*. In jeder Gesellschaft gibt es konkurrierende Rechte.<sup>33</sup> Das Recht ist überall plural. Das gilt auch für moderne Rechtsstaaten westlichen Musters.<sup>34</sup> Der neue Rechtspluralismus ist in einer Weise „all-inclusive“, dass man sich mit seiner Hilfe allen geläufigen rechtssoziologischen Themen nähern kann.<sup>35</sup>

Zu Ehrlichs Konzept gehörte die These, dass das offizielle Recht seinen Inhalt weitgehend aus dem gesellschaftlichen Recht gewinnt. Diese *Herkunftsthese* stellt er schon in der oben angeführten Vorrede zur „Grundlegung“ heraus: der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege durchweg „in der Gesellschaft selbst“, nicht bei Gesetzgebung, Jurisprudenz und Rechtsprechung. Manchen Pluralisten genügt die Herkunftsthese, um große Teile des staatlichen Rechts für pluralistisch zu halten.<sup>36</sup> Häufig anzutreffen ist der Hinweis auf mittelalterliche Verhältnisse vor der Begründung moderner Staaten<sup>37</sup>, der den Rechtspluralismus als Normalzustand erscheinen lässt. Dadurch verliert der Rechtspluralismus an Kontur.

Um die neue Ubiquitätsthese auszufüllen, werden viele Phänomene dem pluralistischen Recht zugeschlagen, die ein monistisch denkender Jurist wie selbstverständlich in seinem Einheitssystem unterbringt. Für moderne Staaten westlichen Musters sprechen manche<sup>38</sup> schon überall dort von Rechtspluralismus, wo staatsunabhängige Einrichtungen Normen setzen und verwalten wie Vereine, Gesellschaften und Universitäten ihre Satzungen oder Eigentümergemeinschaften ihre Nutzungs- oder Hausordnung. Auch Satzungen der Kommunen werden angeführt.<sup>39</sup> Als pluralistisch vereinbart wird der große Bereich von Normen, die nicht von offizieller Seite formuliert oder kodifiziert worden sind, sondern auf die nur verwiesen wird oder die sonst in irgendeiner Weise vom offiziellen Recht anerkannt werden. Für Staaten, deren Recht in großem Umfang auf Gewohnheitsrecht oder religiöses Recht verweist, ist von state legal pluralism die

Rede<sup>40</sup>. Dieser kann so weit gehen wie in Tansania in den 60er Jahren, wo das staatliche Recht nur subsidiär auf englisches Common Law verwies und im Übrigen das Recht örtlicher Gemeinschaften, islamisches Recht, Hindu-Recht und Gewohnheitsrecht gelten ließ. Solche Rechtsverhältnisse waren Ehrlich zum Beispiel vom zaristischen Russland her bekannt.

Der Staat hat manche Aufgaben erst übernommen, nachdem kirchliche, frei-gemeinnützige und parastaatliche Träger abgesagt haben oder nachweislich nicht effektiv handeln konnten. In neuerer Zeit scheint es jedoch umgekehrt zu liegen. Der Staat ist mit der Regulierung der Gesellschaft überfordert und setzt daher in großem Umfang auf Selbstregulierungskräfte der Gesellschaft. An die Stelle flächendeckender staatlicher Rechtsetzung ist ein staatlich geduldet oder sogar geförderter Rechtspluralismus getreten. Seine Erforschung firmiert heute weitgehend unter dem Titel *Governance*. Governance ist ein modernisierter Rechtspluralismus mit politpraktischem Erkenntnisinteresse.<sup>41</sup>

Die Diskrepanzthese besagte bei Ehrlich ursprünglich, dass mit dem offiziellen Recht ein gesellschaftliches Recht konkurriert. Manchen gilt es aber schon als Rechtspluralismus, wenn das offizielle Recht im Zuge seiner Anwendung verändert wird.<sup>42</sup> Ein Beispiel wäre der Deal im Strafverfahren vor seiner Legalisierung. Auch die Tätigkeit von Aktivisten, die staatliche Rechtsakte oder traditionelle Praktiken unter Berufung auf die Menschenrechte herausfordern, füllen die Themensammlung des Rechtspluralismus.<sup>43</sup> Damit wird das Pluralismuskonzept weiter aufgeweicht.

Für das Völkerrecht ist dagegen das Pluralismus-Label plausibel, denn hier hat sich ein Wildwuchs entwickelt, der als Fragmentierung beklagt wird.<sup>44</sup> Er zeigt sich in einer kaum mehr übersehbaren Anzahl von übernational tätigen Gerichten oder Spruchkörpern, die Streitfälle entscheiden.<sup>45</sup> Erhebliche Bestände des Völkerrechts sind so genanntes Soft-Law und konkurrieren als solches ganz offen mit normativen Anforderungen aller Art. Jedoch leuchtet es wenig ein, dass auch die vergleichsweise wohlgeordneten Rechtsebenen in der EU für den Rechtspluralismus erhalten müssen.<sup>46</sup> Berman verwässert den Rechtspluralismus vollends, indem er die Tatsache, dass die verschiedenen Rechte der Nationalstaaten kollidieren können, als Beleg für den ubiquitären Pluralismus des Rechts bemüht.<sup>47</sup>

So erfasst der neue Rechtspluralismus zusätzlich zum klassischen vor allem Phänomene, die die traditionelle Jurisprudenz ohne besonderen Begriffsaufwand bearbeitet hat. Man kann daher auch aus estatistischer Sicht über Rechtspluralismus reden, und das praktizieren besonders Juristen, die

sche und philosophische Perspektiven, ARSP Beiheft 126 (2011), 95–110. Kaufmann referiert rechtssoziologische Untersuchungen aus Westsumatra und Marokko und diskutiert die Versuche in England und Kanada, eine Parallelrechtsprechung nach der Scharia zu installieren.

33 Schott (Fn. 29), S. 38.

34 Merry (Fn. 22), S. 873.

35 Vittorio Olgiati, Artikel „Pluralism, Legal“ in: David S. Clark (Hrsg.) *Encyclopedia of Law and Society*, Sage Publications, Los Angeles usw., 2007. Das bestätigt eine Lektüre etwa des informativen Berichts von Merry (Fn. 22) oder der eher analytisch-kritischen Darstellung von Brian Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, *Sydney Law Review* 30 (2008), 375–411.

36 Beispiele bei Merry (Fn. 22), S. 879 ff.

37 Z. B. Tamanaha (Fn. 35), S. 377 ff. William Twining, *Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 20, 2010, 473, 486 (<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=djCIL>).

38 Baer (Fn. 16), S. 91; Berman 2012 (Fn. 96), S. 48 f. Twining (Fn. 19), S. 231. Zehn Jahre später äußert Twining sich zurückhaltender zum Rechtspluralismus. Die oben genannten Beispiele ordnet er jetzt als normativen Pluralismus ein; Twining (Fn. 37), S. 473–517.

39 Tamanaha (Fn. 35), S. 375.

40 Zum Beispiel Twining (Fn. 19), S. 225.

41 Röhl, *Rechtspluralismus und Governance*, *Rsozblog*: <http://www.rsozblog.de/rechtspluralismus-und-governance/>.

42 Twining (Fn. 19), S. 226.

43 Tamanaha (Fn. 35), S. 387.

44 Zum Beispiel von Martti Koskeniemi, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, *Modern Law Review* 70 (2007) 1–30. Die Frage nach der Fragmentierung des Völkerrechts bildet ein Forschungsprojekt der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen (UN International Law Commission – ILC). Sie wurde 1947 wurde von der UNO gegründet und hat die Aufgabe, das Völkerrecht zu beobachten und zu seiner Fortentwicklung, etwa durch eine Kodifikation, beizutragen. Die ILC unterhält seit 2002 eine Study Group on the Fragmentation of International Law.

45 Vgl. die Synoptic Chart des Project on International Courts and Tribunals vom November 2004, [http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic\\_chart/synop\\_c4.pdf](http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/synop_c4.pdf).

46 Zum Beispiel bei Tamanaha (Fn. 35), S. 389.

47 Berman, 2009 (Fn. 96), S. 226; ders. 2012 (Fn. 96), S. 3.

sich der Interdisziplinarität verpflichtet fühlen.<sup>48</sup> Aber die juristisch-etatistische Vereinnahmung des Pluralismusbegriffs wird seinem rechtssoziologischen Ursprung nicht gerecht. Zwar entsteht der Eindruck, als verberge sich hinter dem einnehmenden Wesen des Rechtspluralismus eine Strategie: Die dem etatistischen Recht als plural entgegengestellten Normen sollen allein durch ihre Masse beeindrucken, damit zur Abwertung des staatlichen Rechts beitragen und umgekehrt selbst an Legitimität gewinnen. Aus der Geringschätzung des offiziellen Rechts ergibt sich umgekehrt die Überlegenheit des gesellschaftlichen Rechts. Aber man kann den Rechtspluralismus wegen seiner inhärenten Normativität nicht einfach als ein Konstrukt von Sozialwissenschaftlern abtun.<sup>49</sup> Es lässt sich nicht von der Hand weisen, dass er eine neue, kritische Sicht auf die Dinge eröffnet. Sie unterscheidet sich von der geläufigen Kritik des Rechtszustandes als neoliberalistisch dadurch, dass jeweils konkrete Rechtsalternativen aufgewiesen werden. Die pluralistische Sicht ist aber auch geeignet, singuläre Attacken, wie sie besonders dem islamischen Recht gelten<sup>50</sup>, in einen größeren Kontext zu stellen und sie dadurch zurechtzurücken<sup>51</sup>.

#### 4. „Harter“ Rechtspluralismus

Der neue Rechtspluralismus ist insofern „weich“, als sich die Mehrzahl der als plural in Anspruch genommenen Rechte zwanglos als delegierte staatliche und als private Rechtssetzung in die traditionelle Rechtsquellenlehre einfügt, die schon immer von einer Kooperation staatlicher und nicht-staatlicher Akteure ausging. Das Programm eines „harten“ Rechtspluralismus dagegen, wie es von *John Griffiths* formuliert wurde<sup>52</sup>, will den Gedanken einer Rechtseinheit oder einer irgendwie gearteten Superiorität staatlichen Rechts völlig aus dem Pluralismuskonzept verbannen. *Griffiths* betont, dass es ihm um eine deskriptive Theorie des Rechts gehe. Dazu treibt er *Ehrlichs* (Rechts-)Wissenschaftsbegriff auf die Spitze. Um zu einer adäquaten sozialwissenschaftlichen Beschreibung des Rechts zu gelangen, müsse die Empirie von ihrer unwissenschaftlichen Loyalität zu einer besonderen Art des Rechts befreit werden. Es müsse die „ideology of legal centralism“ ausgeräumt werden, die nicht nur bei Juristen, sondern auch bei Rechtssoziologen verbreitet sei (*Ideologiethese*):

„Precisely because it is an ideology, a mixture of assertion about how the world ought to be and apriori assumptions about how it actually and even necessary is, legal centralism has long been the major obstacle to the development of a descriptive theory of law. ... Conceptions of what law is have reflected a particular idea about what it ought to be“ (S. 3).

„Legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion. Nevertheless, the ideology of legal centralism has had such a powerful hold on the imagination of lawyers and social scientists that its picture of the legal world has been able successfully to masquerade as fact and has formed the foundation stone of social and legal theory“ (S. 4).

Den Pluralismus *Ehrlichs* weist *Griffiths* zurück, da dieser immer noch den Juristenstandpunkt einnehme, indem er

<sup>48</sup> So geschieht es in vielen Beiträgen zu dem von *Ernst Joachim Lampe* herausgegebenen Sammelband.

<sup>49</sup> Das legt *Tamanaha* (Fn. 35), S. 389f., mindestens nahe.

<sup>50</sup> Zum Beispiel *Joachim Wagner*, Richter ohne Gesetz. Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat, 2011.

<sup>51</sup> So geschehen durch *Hubert Rotleitner*, zwar ohne Verwendung des Begriffs, aber doch in der Sache durch eine Kontextualisierung im Sinne des weichen Rechtspluralismus (Mediation im Schatten des Strafrechts, Kritische Justiz 2012, 444–459).

<sup>52</sup> *John Griffiths*, What Is Legal Pluralism?, *Journal of Legal Pluralism* 24 (1986), 1–55.

nach Normenfrage, die mit dem staatlichen Recht konkurrieren und dem Richter als Entscheidungsnormen dienen könnten. Er hält es aber auch für verfehlt, mit *Ehrlich* nach der „inneren Ordnung der Verbände“ zu suchen, da selbst dieses Konzept juristisch inspiriert sei (S. 27–29). Hinter dem Ideologieargument steckt bei *Griffiths* wohl der Vorwurf des Ethnozentrismus oder – anders formuliert – des methodologischen Etatismus. In diesem Sinne hat *Roberts* geltend gemacht, der Rechtsbegriff sei als analytisches Konzept für vergleichende Untersuchungen ungeeignet, weil er dem westlich-europäischen Denken verhaftet bleibe mit der Folge, dass die Interpretation normativer Phänomene anderer Kulturkreise zwangsläufig mit eurozentrischen Kategorien verzerrt würde.<sup>53</sup>

Das Verbands- oder Gruppenmodell *Ehrlichs* (oben I. 3.) kann den Eindruck erwecken, dass nach Art eines Schachbrettmusters hier die einen und dort die anderen Normen gelten. Tatsächlich sind aber in vielen Situationen unterschiedliche Normen gleichzeitig am Werk, und der soziale Kontext bestimmt, ob und wie sich die einen oder anderen durchsetzen. Großen Anklang hat deshalb unter Rechtspluralisten<sup>54</sup> das von der Anthropologin *Sally Falk Moore* entwickelte Konzept der Semi-Autonomous Social Fields gefunden, das die Anknüpfung bei abgrenzbaren Organisationen oder Verbänden vermeidet. Darauf stützt sich auch *Griffiths*. *Moore* ging es allerdings gar nicht um Rechtspluralismus, sondern um die Frage, ob staatliche Gesetzgebung einen grundlegenden sozialen Wandel herbeiführen kann. Sie schlug deshalb vor, jeweils kleine Ausschnitte zu wählen und sie mit den Methoden der Anthropologie im Hinblick auf ihre relative Autonomie zu beobachten:

„The approach proposed here is that the small field observable to an anthropologist be chosen and studied in terms of its semi-autonomy – the fact that it can generate rules and customs and symbols internally, but that it is also vulnerable to rules and decisions and other forces emanating from the larger world by which it is surrounded. The semi-autonomous social field has rule-making capacities, and the means to induce or coerce compliance; but it is simultaneously set in a larger social matrix which can, and does, affect and invade it, sometimes at the invitation of persons inside it, sometimes at its own instance. The analytic problem of fields of autonomy exists in tribal society, but it is an even more central analytic issue in the social anthropology of complex societies. All the nation-states of the world, new and old, are complex societies in that sense.“<sup>55</sup>

Dieser Ansatz verzichtet auf Theorieballast und hat sich in empirischen Untersuchungen bewährt. *Moore* selbst hat davon durch die Beobachtung der Textilindustrie in New York City und des Chagga-Stammes in Tansania Gebrauch gemacht und gezeigt, wie sich die sozialen Beziehungen zwischen den Beteiligten in vielerlei Hinsicht als stärker erweisen als staatliche Gesetze. Letztlich wirft *Griffiths* auch *Moore* vor, dass sie mit der Frage nach dem Schicksal staatlicher Gesetze den zentralistischen Blick nicht ganz vermeide. Dennoch formuliert er das Credo des „harten“ Rechtspluralismus

<sup>53</sup> *Simon Roberts*, Against Legal Pluralism. Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain, *Journal of Legal Pluralism* 42 (1998) 95–106, S. 997ff. *Franz von Benda-Beckmann* verteidigt dagegen den Gebrauch des Rechtsbegriffs gerade auch für pluralistisch vergleichende Analysen (Who Is Afraid of Legal Pluralism?, *Journal of Legal Pluralism* (2002), 37–83 S. 53ff. Zur Kritik von *Griffiths*' Wissenschaftsbegriff vgl. auch *Jørgen Dalberg-Larsen*, Sociology of Law from a Legal Point of View, *Retfaerd* 23 (2000), 26–36 ([http://www.retfaerd.org/gamle\\_pdf/2000/2/Retfaerd\\_89\\_2000\\_2\\_s26\\_39.PDF](http://www.retfaerd.org/gamle_pdf/2000/2/Retfaerd_89_2000_2_s26_39.PDF)), S. 32.

<sup>54</sup> Zum Beispiel bei *Merry* (Fn. 22), S. 878 und *Berman* 2009 (Fn. 96), S. 228, 236.

<sup>55</sup> *Sally Falk Moore*, Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study, *Law and Society Review* 7 (1972/73), 719, 720.

dahin, dass man unter Recht die Selbstregulierung in semi-autonomen sozialen Feldern zu verstehen habe (S. 38).

Die Bezugnahme auf *Moore's* semi-autonome Felder führt zu einer *Dynamisierung des Rechtsbegriffs*. Danach ist die Vorstellung von Normen staatlichen und anderen Ursprungs nur eine verdinglichende Abstraktion. Der eigentliche Rechtspluralismus ist das laufende Geschehen im sozialen Feld. Recht als solches gibt es danach gar nicht. Es geht also nicht um Vorrang, Anwendung oder Durchsetzung des einen oder anderen Rechts. Von Interesse ist allein die Entwicklung von (Rechts-)Beziehungen in einem dynamischen sozialen Prozess<sup>56</sup>. Letztlich wären Gerichtsverfahren nur Elemente einer umfassenderen sozialen Praxis<sup>57</sup>. Dieser Dynamisierungsaspekt wird relevant, wenn Normen auf das soziale Feld einwirken, ohne dass konkret der Wille oder die Chance besteht, sie gerichtlich durchzusetzen. Dann tritt an die Stelle der Anwendung die Anrufung von Normen in einem Aushandlungsprozess. Bei dessen Analyse können alle die Umstände einfließen, die als Ursache von Unrecht in Betracht kommen, insbesondere Unterschiede zwischen Arm und Reich und traditionelle oder organisatorische Verfestigungen von Macht und Herrschaft. Einfließen kann aber auch Recht, das als Soft-Law nicht mit Sanktionen bewehrt ist oder das sich, wie die Menschenrechte<sup>58</sup>, gegen andere Rechtsvorstellungen durchsetzen muss.

*Santos* hat den dynamischen Aspekt des Rechtspluralismus auf den Begriff der Interlegalität gebracht:

„*Legal pluralism* is the key concept in a postmodern view of law. Not the legal pluralism of traditional legal anthropology in which the different legal orders are conceived as separate entities coexisting in the same political space, but rather the conception of different legal spaces superimposed, interpenetrated, and mixed in our minds as much as in our actions, in occasions of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories as well as in the dull routine of eventless everyday life. We live in a time of porous legality or of legal porosity, of multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by *interlegality*. Interlegality is the phenomenological counterpart of legal pluralism and that is why it is the second key concept of a postmodern conception of law.“<sup>59</sup>

Die Identifizierung des Rechts mit den semi-autonomen Feldern *Moore's* bedeutet bei *Griffiths* auch: Zwischen Recht und sozialer Ordnung gibt es keinen Unterschied mehr: „Legal pluralism is a concomitant of social pluralism: the legal organization of society is congruent with its social organization.“<sup>60</sup> Damit erfasst der „harte“ pluralistische Rechtsbegriff letztlich alle Mittel der sozialen Kontrolle.

<sup>56</sup> Vgl. *Sally Falk Moore*, *Law as Process, An Anthropological Approach*, Reprinted, London 1978; *John L. Comaroff/Simon Roberts*, *Rules and Processes, The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago 1981.

<sup>57</sup> Wir können hier nur am Rande darauf hinweisen, dass der Dynamisierungsaspekt auch die juristische Methodenlehre erreicht hat, freilich weniger unter dem Einfluss des Pluralismuskonzepts der Rechtssoziologie als vielmehr in der Folge des linguistic turn. Vgl. *Martin Morlok/Ralf Kölbl/Agnes Launhardt*, *Recht als soziale Praxis: eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre, Rechtstheorie* 31 (2000), 15–46.

<sup>58</sup> Zum Aushandeln auf der Basis der Menschenrechte *Kaufmann* (Fn. 32), S. 107 ff.; sowie aus empirischer Sicht *Sally Engle Merry*, *Human Rights and Transnational Culture: Regulating Gender Violence Through Global Law*, *Osgood Hall Law Journal* 44 (2006), 53–75 (<http://www.ncd.ie/mcrl/resources/David%20Zammit%20Reading.pdf>); *dies.*, *Human Rights and Gender Violence, Translating International Law into Local Justice*, Chicago 2006.

<sup>59</sup> *Boaventura Sousa de Santos*, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, *Journal of Law and Society* 14 (1987) 279, 297 f. ebenso in *ders.*, *Toward a New Legal Common Sense, Law, Globalization and Emancipation*, 2. Aufl., London 2002, S. 472 f.

<sup>60</sup> *Griffiths* (Fn. 52), S. 38.

Es ist Pluralisten nicht entgangen, dass die grenzenlose Undefiniertheit dessen, was als Recht in Betracht gezogen werden soll, den Rechtspluralismus als übergreifendes Konzept zerstört. „Hence, we are swimming, or drowning, in legal pluralism.“<sup>61</sup> Dennoch halten sie an dem Konzept des Legal Pluralismus fest. Nur *Griffiths* hat sich später dieser Einsicht gebeugt:

„In the intervening years, further reflection on the concept of law has led me to the conclusion that the word ‚law‘ could better be abandoned altogether for purposes of theory formation in sociology of law. It also follows from the above considerations that the expression ‚legal pluralism‘ can and should be reconceptualized as ‚normative pluralism‘ or ‚pluralism in social control‘.“<sup>62</sup>

## 5. Transnationaler Rechtspluralismus

In *Ehrlichs* Bukowina ging es um einen Rechtspluralismus neben dem oder innerhalb des Staates. Heute steht eine übernationale Rechtspluralität zur Debatte, die sich im Zuge der Globalisierung weitgehend unabhängig von den Nationalstaaten als Werk nicht territorial gebundener transnationaler Akteure entwickelt hat und deshalb als transnationales Recht bezeichnet wird.<sup>63</sup> Sein Anwendungsbereich ist ohne räumliche Grenzen und kann daher leicht mit nationalen Rechtssystemen oder mit pluralen Rechten lokaler Art in Konflikt geraten.

Es gibt keine einheitliche Theorie des transnationalen Rechts.<sup>64</sup> Die verschiedenen Ansätze beziehen ihren Schwung aus der Behauptung der relativen Ohnmacht des staatlichen und der noch größeren des offiziellen Völkerrechts. Allen Ansätzen gemeinsam ist die Annahme, dass im Zuge der Globalisierung neben den Staaten neue Akteure die Rechtsentwicklung vorantreiben. Zunächst handelt es sich um die Organisationen des internationalen Rechts, die sich im Verhältnis zu den Nationalstaaten mehr oder weniger verselbständigt haben. Sodann – und hier liegt der Akzent – handelt es sich um nichtstaatliche Akteure, insbesondere um die Global Player der Wirtschaft, die Transnational Corporations and Conglomerates (TRANCOs), sowie um die der Zivilgesellschaft zugerechneten Non Governmental Organizations (NGOs). Auch epistemische Gemeinschaften werden genannt, unter ihnen Gemeinschaften international vernetzter Richter, Anwälte und Rechtswissenschaftler.<sup>65</sup> Im Ergeb-

<sup>61</sup> *Tamanaha* (Fn. 35), S. 393; ferner *Marc Galanter*, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, *Journal of Legal Pluralism* 19 (1981), 1, 17 f. *Merry* (Fn. 22), S. 879.

<sup>62</sup> *John Griffiths*, *The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology*, in: *Michael D. A. Freeman* (Hrsg.), *Law and Sociology*, Oxford 2006, S. 49, 63 f.

<sup>63</sup> *Paul Schiff Bermann* *Global Legal Pluralism*, *Southern California Law Review* 80 (2007), 1155–1238 (<http://ssrn.com/abstract=985340>); *Twining* (Fn. 19), S. 194–244. Kritisch zum Begriff des Global Legal Pluralism *Twining* (Fn. 38), S. 511.

<sup>64</sup> Für einen Überblick vgl. *Klaus Günther*, *Legal Pluralism or Uniform Concept of Law. Globalisation as a Problem of Legal Theory*, 2008 (<http://www.helsinki.fi/nof/NoFo5Gunther.pdf>) oder *Ralf Michaels*, *Global Legal Pluralism*, *Annual Review of Law and Social Science* 5 (2009), 243–262 [SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1430395>]; sowie *Klaus F. Röhl/Stefan Magen*, *Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 17 (1996), 1–57. (<http://www.ruhr-uni-bochum.de/rsz/inf/pdf/Roehl-Magen-Globalisierung.pdf>).

<sup>65</sup> *Olga Arnt*, *Instrumente der Rechtsprechungskoordination als judikative Netzwerke?*, in: *Sigrid Boysen* u. a. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, S. 58–79; *Marie-Laure Djelic/Sigrid Quack* (Hrsg.), *Transnational Communities, Shaping Global Economic Governance*, Cambridge 2010, darin besonders das Einleitungs- und das Schlusskapitel der Herausgeber (*Transnational Communities and Governance*, S. 3–36; *Transnational Communities and Their Impact on the Governance of Business and Economic Activity*, S. 377–413; sowie *Renate Mayntz*, *Global Structures: Markets, Organizations, Networks – and Communities?* (S. 37–54); *Peter M. Haas*, *Epistemic*

nis tritt neben das Völkerrecht oder an seine Stelle eine dezentrale Global Governance. Paradebeispiel für transnationales Recht sind die *lex mercatoria* und die *lex electronica* (oder *lex digitalis*) genannte Regelung des Internetverkehrs. Nunmehr ist geradezu umgekehrt von einer Marginalisierung der Staaten unter dem Druck pluraler Rechtsbildungen die Rede.<sup>66</sup>

*Santos* verbindet den Rechtspluralismus mit einem postmodernen Wissenschaftsbegriff, der es nicht mehr für sinnvoll hält, in den sozialen Feldern nach generalisierbaren Gesetzmäßigkeiten zu suchen, denn von verschiedenen Standpunkten ließen sich über die Gesellschaft und ihr Recht unterschiedliche Aussagen treffen, von denen keine als wissenschaftlich ausgezeichnet werden könne.<sup>67</sup> Auf dieser Basis hat er eine Art Sphären-Pluralismus als das Schlüsselkonzept postmoderner Rechtsbetrachtung skizziert, in dem eine prominente Stelle für globale Rechtskonzepte reserviert ist. *Santos* stellt eine „symbolic cartography of law“ vor, in der globale, staatliche und lokale Rechtsordnungen verzeichnet sind, also Rechtsordnungen verschiedener Reichweite, die auf gleichartige Situationen in unterschiedlicher Art und Weise reagieren. Lokales Recht zeichnet sich, wie unter einem Vergrößerungsglas, durch ausgeprägte Legitimität aus, staatliches Recht durch Legitimität in mittlerer Größenordnung, während globales Recht geringe Legitimität mitbringt.<sup>68</sup>

*Gunther Teubner* gelang 1996 ein großer Wurf, als er im Hinblick auf das entstehende transnationale Recht den Ausdruck von der „Global Bukowina“ prägte, der alsbald sprichwörtlich geworden ist.<sup>69</sup> *Teubner* und seine Schüler haben aber vor allem eine spezifische Theorie des transnationalen Rechts entworfen. Sie stützt sich auf die Systemtheorie *Niklas Luhmanns* und betont, dass das Recht auf dem Weg zur Weltgesellschaft hinterherhinkt, sich dennoch aber zu einem staatenunabhängigen Weltrecht entwickelt.<sup>70</sup> Die anderen Teilsysteme der Gesellschaft – allen voran Wirtschaft, Medien und Wissenschaft, aber kaum weniger etwa Sport und Kunst – seien längst globalisiert. Mangels eines einheitlichen Weltrechts deckten sie ihren Koordinierungs- und Regelungsbedarf durch Selbstorganisation. Das transnationale Recht entwickle sich daher „polyzentrisch“; es entstehe eine Vielzahl von „Rechtsregimen“, die den Eigenlogiken der jeweiligen gesellschaftlichen Teilsysteme folgten, welche sich bereits zu Weltsystemen entwickelt hätten. Daraus entstünden „Regimekollisionen“, denn die jeweiligen transnationalen Rechtsregime orientierten sich an der Eigenlogik ihres Funktionssystems. Die WTO zum Beispiel sei Teil des Wirtschaftssystems und setze auf wirtschaftliche Rationalität mit

der Folge, dass der Freihandel den Gesundheitsschutz behindere oder der weltweite Patentschutz angestammte Kulturtechniken in die Illegalität abdränge.

Kern dieser Theorie ist eine Rechtsdefinition, die besagt, dass die reflexive Organisation eines Normenkomplexes einen Qualitätssprung bedeutet. Der Umschlag von bloßer Regelbildung (*private ordering*) zum Recht erfolgt mit dem Vorgang, den *Teubner* früher<sup>71</sup> als Hyperzyklus vorgestellt hatte. In neueren Veröffentlichungen spricht er von sekundärer Normierung und stützt sich dazu auf die Figur der *secondary rules* von *H. L. A. Hart*. Gemeint ist, dass ein sozialer Bereich nicht bloß über Regeln zur Verhaltenssteuerung verfügt, sondern Kriterien entwickelt, nach denen intern entschieden wird, welche Regeln zum System gehören und welche nicht. Wenn der Regelkomplex, wie er sich herausgebildet hat, Regeln über Regeln und möglichst auch eine gerichtsförmige Entscheidungsinstanz aufweist, handelt es sich eben um Recht.<sup>72</sup> Als Paradebeispiele dienen immer wieder die *lex mercatoria* und die *lex digitalis* der ICANN.<sup>73</sup>

Transnationales Recht in diesem Sinne ist in der Tat eine Realität, ebenso die Möglichkeit oder gar Wahrscheinlichkeit von Kollisionen zwischen den transnationalen Rechtsregimen untereinander oder mit offiziellem Recht, sei es national oder supranational. Die Rechtsregime haben sich von unterschiedlichen Ausgangspunkten her – also polyzentrisch – entwickelt, und sie stehen ohne Hierarchie „heterarchisch“ nebeneinander. Irgendwie müssen sie miteinander auskommen. Zur Beschreibung dessen, was tatsächlich geschieht, dient der von *Santos*<sup>74</sup> eingeführte Begriff der Interlegalität. Gemeint ist,

„dass parallele Normensysteme unterschiedlicher Herkunft sich wechselseitig anregen, gegenseitig verbinden, ineinander greifen und durchdringen, ohne zu einheitlichen Superordnungen zu verschmelzen, die ihre Teile absorbieren, sondern in ihrem Nebeneinander als heterarchische Gebilde dauerhaft bestehen, kurzum, dass Rechtspluralismus Realität ist.“<sup>75</sup>

Oder in einer Formulierung von *Fischer-Lescano* und *Teubner*:

„Bestimmte soziale Koordinationsmechanismen nichthierarchischer Natur – wechselseitige Beobachtung, antizipatorische Anpassung, Kooperation, Vertrauen, Selbstverpflichtung, Verlässlichkeit, Verhandlungen, dauerhafter Beziehungszusammenhang – bilden die übergreifende Ordnung der Regime-Vernetzung.“<sup>76</sup>

*Berman* spricht stattdessen von Dialektik mit dem Ergebnis von Hybridbildungen.<sup>77</sup> Von Konflikten und Schwä-

Communities and Policy Knowledge, in: *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, 2001, S. 11 578–11 586; *Rosalyn Higgins*, *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006), 791–804.

66 *Shalini Randeria*, Rechtspluralismus und überlappende Souveränitäten: Globalisierung und der „listige Staat“ in Indien, *Soziale Welt* 57 (2006), 229, 234. *Randeria* hält diese These freilich kaum für zutreffend.

67 Ausführlich dazu Kap. 8 „Globalisation, postmodernism, and Pluralism: Santos, Haack, and Calvino“ in *Twining* (Fn. 19), S. 194–244.

68 *Santos* 1987 (Fn. 59). Um die Implikationen dieser verschiedenen Rechtsschichten zu verdeutlichen, wählt *Santos* das Beispiel eines Arbeitskonflikts in einer portugiesischen Textilfabrik als Vertragsunternehmen eines multinationalen Konzerns. Dazu *Röhl/Magen* (Fn. 64), S. 41 ff.

69 *Gunther Teubner*, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 255–290, hier zitiert nach der Internetfassung ([http://www.jura.uni-frankfurt.de/42828668/BUKOWINA\\_DT.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/42828668/BUKOWINA_DT.pdf)).

70 *Teubner*, ebd.; *ders.*, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *ZaöRV* 63 (2003), 1–28; vgl. auch den von *Teubner* herausgegebenen Sammelband „Global Law Without A State“, 1997.

71 *Teubner*, *Hyperzyklus in Recht und Organisation*, in: *Hans Haferkamp/Michael Schmid* (Hrsg.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, 1987, S. 89–128; *ders.*, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 36 ff.; *ders.*, *Verrechtlichung – ein ultrazyklisches Geschehen*, 1997.

72 *Gunther Teubner/Peter Korth*, *Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft*, in: *Matthias Köter/Gunnar Folke Schuppert* (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen*, 2009, S. 137–168. Ähnlich *Teubner*, *Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung „privater“ und „staatlicher“ Corporate Codes of Conduct*, in: *Festschrift für Klaus J. Hopt*, 2010, S. 1449–1470 (hier zitiert nach der Internetfassung <http://www.jura.uni-frankfurt.de/42828538/ZweiArtenDesRechtspluralismusDTendApr08.pdf>).

73 Weitere Kandidaten sind die *lex sportiva*, die *lex finanziaria* oder eine *lex constructionis*.

74 Zitat oben bei Fn. 59.

75 *Marc Amstutz*, *Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht*, in: *Christian Joerges/Gunther Teubner*, *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, 2003, S. 213.

76 *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, *Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatischer Rechteinheit*, in: *Matthias Albert/Rudolf Stichweh* (Hrsg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, 2007, S. 37–61, hier zitiert nach der Internetfassung (<http://www.jura.uni-frankfurt.de/42828883/RegimeAlbertSammelband.pdf>), S. 21.

77 *Berman* 2012 (Fn. 96), S. 23 ff.

chung oder Unterdrückung der einen oder anderen Normsphäre ist nicht die Rede. Eine klare Äußerung gibt es immerhin von *Franz von Benda Beckmann*: Pluralistische Ordnungen münden zwar nicht notwendig in Konflikte, sind aber riskanter als andere.<sup>78</sup>

## 6. Normativer Rechtspluralismus

Die Debatte um den Rechtspluralismus ist ein Spiegelbild der Diskussion um die Entstehung von sozialer Ordnung. Die etatistische Sichtweise betont in der Tradition von *Thomas Hobbes*, dass eine Gesellschaft ohne Souverän in Unordnung oder Krieg versinken würde. Der Rechtspluralismus dagegen beharrt darauf, dass die Menschen auch ohne staatlichen Befehl kooperieren und dass sich an vielen Stellen der Gesellschaft ohne die Nachhilfe übergeordneter Instanzen eigenständige Ordnungen herausbilden. Die meisten Autoren heben zwar hervor, sie verstünden das Konzept des Rechtspluralismus deskriptiv und/oder analytisch.<sup>79</sup> Unter der Hand aber schlägt die (rechtssoziologische) Theorie vom „lebenden Recht“ zuweilen ins Normative um<sup>80</sup>, und die Schwächung des offiziellen Rechts wird als Befreiung von den Zwängen der Staatlichkeit willkommen geheißen.

Die Diskrepanzthese und die Herkunftstheorie können von der traditionellen Rechtswissenschaft ohne weiteres akzeptiert werden. Der Abstand zwischen dem, was als Recht gilt, und dem, was tatsächlich geschieht, lässt sich als Faktum ebenso wenig leugnen wie die Tatsache, dass das staatliche Recht seine Inhalte nicht frei erfindet, sondern weitgehend aus der Gesellschaft übernimmt. Es kann auch niemand hinter die Einsicht zurück, dass mit den offiziellen Rechtssystemen überall, mehr oder weniger ausgeprägt, andere normative Ordnungen konkurrieren. Problematisch ist jedoch die mit dem Rechtspluralismus verbundene Diskriminierungstheorie, die Einstellung also, dass das offizielle Recht solchen Phänomenen zu wenig Beachtung schenkt, ja diese geradezu marginalisiert. Problematisch ist erst recht die Überlegenheitstheorie, nach der plurales Recht dem staatlichen vorzuziehen ist. Als Folge wird staatliches Recht immer wieder mit der Forderung nach Anerkennung „gesellschaftlichen Rechts“ konfrontiert.

Gesellschaftliches Recht ist nicht per se fortschrittlich, emanzipatorisch oder jedenfalls besser als staatliches Recht. Im Gegenteil: Gesellschaftliches Recht kann reaktionär, diskriminierend, unfunktional und undemokratisch sein. Das

konzedieren auch Pluralisten wie *Santos*<sup>81</sup> und *Berman*.<sup>82</sup> Es besteht allerdings eine gewisse Zurückhaltung, die pluralistischen Konkurrenten der staatlichen Rechtsordnungen beim Namen zu nennen oder gar zu kritisieren. Das liegt jedenfalls zum Teil daran, dass sie inhaltlich oft schwer greifbar sind, weil sie nur selten formell fixiert sind oder weil die normtragende Gruppe, etwa eine Ethnie, nicht deutlich von ihrer Umgebung absticht.<sup>83</sup> Das mag aber auch daran liegen, dass es plurales „Recht“ gibt, welches als solches anerkannt werden müsste, das aber schlechthin indiskutabel ist.<sup>84</sup>

Von *Augustinus* stammt die berühmte Frage, was denn der Staat ohne Gerechtigkeit anderes sei als eine große Räuberbande.<sup>85</sup> Aber – darauf hat *Pospíšil* hingewiesen<sup>86</sup> – „kühle wissenschaftliche Einsicht“ vom Standpunkt der Rechtssoziologie und Rechtsanthropologie darf unter dem Gesichtspunkt des Rechtspluralismus auch offensichtlich verbrecherische Ordnungssysteme nicht aussparen – und wertende Juristen dürfen deshalb das Konzept des Rechtspluralismus nicht zurückweisen.

## 7. Rechtspluralismus als Rechtsquellenlehre und Kollisionsrecht

Mit der Definition pluraler Normbildungen als Recht will der normative Rechtspluralismus<sup>87</sup> den nicht staatlich sanktionierten Normen zu stärkerer Geltung verhelfen. Daraus folgt die Forderung nach einer pluralen Rechtsquellenlehre und einem entsprechenden Kollisionsrecht. Als Rechtsquellen sind drei große Komplexe zu verarbeiten:

- traditionale und neotraditionale, ethnisch und religiös fundierte Normen,
- die Produkte verbandsmäßig organisierter Selbstregulierung auf nationaler und überregionaler Ebene (lex mercatoria, lex sportiva usw.),
- das offizielle internationale Soft-Law.

<sup>81</sup> Santos 2002 (Fn. 59), S. 89: „There is nothing inherently good, progressive or emancipatory about legal pluralism.“

<sup>82</sup> Berman 2012 (Fn. 96) S. 167.

<sup>83</sup> Bermann 2009 (Fn. 96), S. 228; Merry (Fn. 22), S. 673.

<sup>84</sup> Okkultismus, zum Beispiel scheint insbesondere in Afrika noch verbreitet zu sein. Er prägt bis zu einem gewissen Grade die Wahrnehmung der sozialen Beziehungen und führt zu Anschuldigungen wegen Hexerei mit der Folge, dass es zu Vertreibung oder gar zu Lynchmorden kommt; *Erdmute Alber*, Hexerei, Selbstjustiz und Rechtspluralismus in Benin, in: *Rolf Kappel* u. a. (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit im Zeitalter der Globalisierung*, 2005, S. 375–402; *Aleksandra Cimpric*, Children Accused of Witchcraft, Unicef, Dakar 2010; *Michaëla Pelican*, Customary, State and Human Rights Approaches to Containing Witchcraft in Cameroon, in: *Thomas G. Kirsch/Bertram Turner* (Hrsg.), *Permutations of Order, Religion and Law as Contested Sovereignties*, Farnham, Surrey 2009, S. 149–164; *Kajsa Ekholm Friedman*, Elves and Witches: Oil Kleptocrats and the Destruction of Social Order in Congo-Brazzaville, in: *Andrea Behrends* u. a. (Hrsg.), *Crude Domination, An Anthropology of Oil*, New York 2011, S. 107–131. Auf der Internetseite Modern Ghana wird unter dem 18. 6. 2012 ausführlich und mit Bildern von einer Hexenjagd im nigerianischen Bundesstaat Akwa Ibom berichtet; dazu *Klaus F. Röhl*, *Crude Witchcraft*, <http://www.rsozblog.de/crude-witchcraft/>. Auch diese Art der Konfliktregelung ist ein Phänomen des Rechtspluralismus ebenso wie das Wüten der Vigilantengruppe der Bakassi-Boys in Nigeria; *Johannes Harnischfeger*, Die Bakassi-Boys in Nigeria. Vom Aufstieg der Milizen und dem Niedergang des Staates, Auslandsinformationen 12/2001 der Konrad-Adenauer-Stiftung, [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_240-544-1-30.pdf?040415175916](http://www.kas.de/wf/doc/kas_240-544-1-30.pdf?040415175916) (Stand: 4. 8. 2012); *ders.*, „Balance of Terror“ – Rival Militias and Vigilantes in Nigeria, 2008, Afrikanistik online <http://www.afrikanistik-online.de/archiv/2008/1756/>. Vom Provinzparlament in Abia ist die Gruppe im Jahre 2011 ermächtigt worden, Waffen zu tragen, was sie immer schon getan hat; *Allafrica* vom 18. 5. 2011; <http://allafrica.com/stories/201105180412.html>.

<sup>85</sup> *Augustinus*, De civitate dei IV 1.

<sup>86</sup> *Pospíšil* (Fn. 24), S. 155.

<sup>87</sup> *Andreas Fischer-Lescano/Lars Viellechner*, *Globaler Rechtspluralismus*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* Nr. 34–35, 2010, 20–26, 22.

<sup>78</sup> *Franz von Benda-Beckmann*, *Pluralismus von Recht und Ordnung*, 2008, S. 58–67.

<sup>79</sup> *von Benda-Beckmann* (Fn. 53), S. 42 ff.; *Griffiths* (Fn. 52), S. 1; *Twining* (Fn. 19), S. 228 f.; *Berman* 2009 (Fn. 96), S. 227.

<sup>80</sup> Besonders deutlich hat *Robert M. Cover* dem normativen Pluralismus Ausdruck gegeben: „The above is not a definition of law; it is a plea to understand the legitimating force of the term in a certain way. It is a plea to grant all collective behavior entailing systematic understandings of our commitments to future worlds equal claim to the word ‚law‘. The upshot of such a claim, of course, is to deny to the nation state any special status for the collective behavior of its officials or for their systematic understandings of some special set of ‚governing‘ norms. The status of such ‚official‘ behavior and ‚official‘ norms is not denied the dignity of ‚law‘. But it must share the dignity with thousands of other social understandings. In each case the question of what is law and for whom is a question of fact about what certain communities believe and with what commitments to those beliefs. The organized behavior of other groups and the commitments of actors within them have as sound a claim to the word ‚law‘ as does the behavior of state officials“ (*The Folktales of Justice*, *Capital University Law Review* 14 [1984/5] 179, 181 f.). Auf *Cover* beruft sich ausführlich *Berman* 2009 (Fn. 96), S. 230 ff.

Was zunächst traditionale und neotraditionale Rechte betrifft, so sind sie auf der Ebene des offiziellen internationalen Rechts, wenn auch nur schwach, sanktioniert. Grundlage ist die 2006 verabschiedete Erklärung über die Rechte der Indigenen Völker.<sup>88</sup> Deren Artikel 34 lautet: „Indigenous peoples have the right to promote, develop and maintain their institutional structures and their distinctive customs, spirituality, traditions, procedures, practices and, in the cases where they exist, juridical systems or customs, in accordance with international human rights standards.“ Daraus lässt sich immerhin eine Duldungspflicht der Umgebungsstaaten und aus dem Kontext vielleicht auch eine Schutz- und Förderungspflicht ableiten. Die Forschungsgruppe Juriglobe in Ottawa zählt auf ihrer Internetseite<sup>89</sup> 64 Staaten auf, in denen neben einem offiziellen Rechtssystem Gewohnheitsrecht in relevantem Umfang von Bedeutung ist. Die Last der konkreten Umsetzung liegt bei den Nationalstaaten. Wenn sie dem Pluralismus zu viel Raum lassen, mischt sich das moderne Recht mit den Menschenrechten ein, die auch vor indigenem Recht nicht Halt machen.<sup>90</sup> Oder die rechtskulturelle Vielfalt verhindert gar die Bildung eines funktionsfähigen Staates, der der Bevölkerung zu Frieden und vielleicht auch zu Wohlstand verhilft.<sup>91</sup>

Jedenfalls in der westlichen Welt ist das gesellschaftliche Klima für die Anerkennung pluralen Rechts eher liberal und ein weicher Rechtspluralismus institutionalisiert. Es sind politische und rechtliche Verfahrensweisen entwickelt worden, die der großen Vielfalt des Normangebots Rechnung tragen sollen.<sup>92</sup> Wenn staatsunabhängige Einrichtungen wie Vereine und Universitäten, Unternehmen und NGOs normative Substanz beisteuern, so fügt sich vieles als delegierte Rechtsetzung oder als Rechtsbildung qua Privatautonomie in die Hierarchie der staatlichen Rechtsquellen ein, die letztlich auf die staatliche Verfassung zurückführt. Damit sind zwar nicht alle modernen Formen gesellschaftlichen Rechts erfasst. Aber viel bleibt nicht übrig. Dennoch wird von *Vesting* eine pluralistische Rechtsquellenlehre angemahnt, die den Selbstorganisationskräften der Gesellschaft und damit „gesellschaftlichem Recht“ größeren Raum geben soll:

„Eine zeitgemäße Rechtstheorie hätte jedenfalls darauf zu insistieren, dass die Selbstkoordination und Selbstproduktion rechtlicher Bindungen zwischen Organisationen und Individuen stark an Bedeutung gewonnen haben. Das bedeutet zugleich, dass die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels nur noch in einer Theorie des Rechtspluralismus, der Anerkennung eines Pluralismus von Rechtsordnungen, verarbeitet werden kann.“<sup>93</sup>

Es gibt jedoch, auch unabhängig von den Zumutungen des Rechtspluralismus, die Forderung nach einer Modernisierung der Rechtsquellenlehre, die der Vielzahl der normbildenden Phänomene Rechnung trägt.<sup>94</sup> Aber eine überzeu-

gende Lösung ist nicht in Sicht, weil letztlich niemand bereit ist, das staatliche Rechtsquellenmonopol aufzugeben. Größere Chancen hat eine pluralistische Rechtsquellenlehre für das transnationale Normenangebot. Nationale Rechtssysteme, supranationales Recht und transnationale Rechtsregime, die in ihrer Gesamtheit das neue Weltrecht ausmachen, sind nicht in einem einheitlichen System verbunden, das die Rechtskollisionen lösen könnte. Aus der Sicht des Rechtspluralismus wäre eine Einheitlichkeit des Weltrechts nach dem Vorbild nationaler Rechte aber auch gar nicht wünschenswert, denn sie würde die Artenvielfalt des Rechts einschränken.<sup>95</sup>

Am weitesten geht *Paul Schiff Berman*, der als Jurist mit einer Reihe von Aufsätzen zum Rechtspluralismus hervorgetreten ist, die er 2012 in einer Monographie zusammengefasst hat.<sup>96</sup> Er führt den Begriff der *community* ein, der sich weitgehend mit *Ehrlichs* Verbandsbegriff deckt. Es handelt sich um Gemeinschaften, mit denen sich Menschen identifizieren und denen Menschen zugeschrieben werden. *Berman* meint, dass man aus der Existenz einer Vielzahl von Gemeinschaften („communities“) die Konsequenz ziehen müsse, den Staat als eine dieser Gemeinschaften nicht weiter zu „privilegieren“, zumal der Staat und die von ihm erlassenen Rechtsregeln an ein Territorium gebunden seien, viele Communities, mit denen sich Menschen identifizierten, aber nicht, oder jedenfalls nicht an das Territorium des Staates, der die Geltung seiner Regeln einfordert. Dieser Ansatz führt ihn zur Annahme der Gleichwertigkeit aller Communities und markiert damit eine entschieden rechtspluralistische Position. So gelangt *Berman* zu einem *kosmopolitischen Pluralismus*, der prinzipiell auf jeden Vorrang territorialer und hierarchisch übergeordneter Normen verzichtet und verlangt, in jeder Situation den normativen Vorstellungen der beteiligten normtragenden Gruppen Rechnung zu tragen.<sup>97</sup> Dabei sollen auf Menschenrechte bezogene Universalisierungsforderungen ebenso zurücktreten wie das Rechtssicherheitsbedürfnis der Wirtschaft. Die Grenze bilden Normvorstellungen, die solchem positiven Pluralismus<sup>98</sup> den Boden entziehen.

Aus dem systemtheoretischen Lager wird vorgeschlagen, was faktisch als Interlegalität erscheint, auch normativ gelten zu lassen. Für die Kollision pluraler Rechte untereinander oder mit offiziellem Recht geht der Rat an die Jurisprudenz dahin, die Interlegalität durch ein neues Kollisionsrecht einzufangen, das sich das Internationale Privatrecht (IPR) zum Vorbild nimmt und auch inoffizielles Recht<sup>99</sup> als kollisions-

<sup>88</sup> <http://www.unesco.de/443.html>. Vorausgegangen war die Allgemeine Erklärung zur kulturellen Vielfalt der UNESCO vom November 2001 (<http://www.unesco.de/443.html>).

<sup>89</sup> <http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/droit-coutumier.php>.

<sup>90</sup> *Merry* (Fn. 58).

<sup>91</sup> Man macht es sich zu leicht, wenn man alle Probleme den Kolonialmächten und dem modernen Wirtschaftsimperialisismus in die Schuhe schiebt; so aber die Beiträge in *Jean Comaroff/John L. Comaroff* (Hrsg.), *Law and Disorder in the Postcolony*, University of Chicago Press 2006.

<sup>92</sup> *Berman* widmet ihnen in seiner Monographie von 2012 (Fn. 96) ein ganzes Kapitel (S. 152 ff).

<sup>93</sup> *Thomas Vesting*, *Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik*, JURA 2001, 299, 304; ferner *ders.*, *Rechtstheorie*, 2007, Rn. 184.

<sup>94</sup> Z. B. bei *Matthias Ruffert*, *Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts*, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem u. a.* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, S. 1085, 1090 Rn. 7. Einen Versuch in

diese Richtung hat *Thomas M. J. Möllers* unternommen (Sekundäre Rechtsquellen, in: *Festschrift für Herbert Buchner*, 2009, S. 649–665). An Stelle einer direkten Geltung wird „sekundären Rechtsquellen“ Vertrauensschutz und eine Vermutungswirkung zugeschrieben.

<sup>95</sup> *Teubner* (Fn. 69), S. 8; *Berman* 2012 (Fn. 96), S. 236 ff. unter Bezugnahme auf *Robert M. Cover*, *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation*, *William and Mary Law Review* 22 (1981), 639–682 (<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol22/iss4/4>).

<sup>96</sup> *Paul Schiff Berman*, *Global Legal Pluralism, A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, New York 2012, S. 80, 92. Als Zusammenfassung kann man den Aufsatz „New Legal Pluralism“, *Annual Review of Law and Social Science* 2009, 225–242 (<http://ssrn.com/abstract=1505926>), lesen.

<sup>97</sup> *Berman* 2012 (Fn. 96), S. 11 ff, 244 ff.

<sup>98</sup> Diesen Ausdruck übernehmen wir von *David E. Apter*, *Marginalization, Violence, and Why We Need New Modernization Theories*, in: *World Social Science Report*, Paris 2010, S. 32–37.

<sup>99</sup> Das gilt nach *Teubner/Korth* (Fn. 72) jedoch nur für transnationale Rechtsregime. Für die Kollision von habituellen Normen indigener Gruppen mit offiziellem Recht sollen „am Modell des institutionellen und prozeduralisierten Grundrechtsschutzes ausgerichtete Kollisionsnormen“ einreten.

fähige Sachnormen akzeptiert.<sup>100</sup> Auch im Verhältnis zu den nicht völkerrechtlich sanktionierten transnationalen Globalregimes soll das Comitas-Prinzip gelten, nach dem Staaten, Körperschaften und Gerichte wechselseitig ihre Normen und Entscheidungen in Erwartung von Gegenseitigkeit respektieren. Das hätte zur Folge, dass solche Normen auch herangezogen werden *müssten*, wenn der ordre public nicht entgegensteht.

In der traditionellen Jurisprudenz überwiegt immer noch die Vorstellung, die Pluralität auch des transnationalen Normenmaterials aus einer neutral überlegenen Position im Sinne eines „weichen“ Pluralismus managen zu können.<sup>101</sup> Dabei stehen sich Etatisten, Globalisten und Idealisten gegenüber. Die Ersteren akzeptieren weiterhin nur die Staatsverfassungen als Grundnorm aller Rechtsgeltung. Auch das offizielle internationale bzw. Völkerrecht hat dort seinen letzten Geltungsgrund. Globalisten dagegen sehen aus dem Völkerrecht eine supranationale Ordnung eigener Art wachsen, die sich, wenn auch höchst lückenhaft, zu einem einheitlichen Weltrechtssystem formt. Überzeugende Konkretisierungen sind jedoch bisher am Demokratieproblem gescheitert. Es will nicht gelingen, im globalen Maßstab bei der Rechtsbildung demokratische Beteiligung vorzusehen.<sup>102</sup> Es gibt auch Skepsis, ob ein Weltsoverän wirklich wünschenswert wäre.<sup>103</sup> So bleibt nur *die Idee zu einem einheitlichen Weltrecht*<sup>104</sup>, die immerhin so stark ist, dass auch die Nationalstaaten sich nicht mehr von einer globalen „Isomorphie der Institutionen“<sup>105</sup> abkoppeln können, dass Juristen

in aller Welt einen universalen Rechtscode verwenden<sup>106</sup> und dass Gerichte rund um den Globus die Rechtsvergleichung als „fünfte“ Auslegungsmethode<sup>107</sup> nutzen. Konkrete Kollisionsnormen folgen daraus nicht. Aber *Ehrlichs* „Gemeinschaft der gesitteten Völker der Erde“ hat doch seither eine größere Realität gewonnen.

#### IV. Fazit

Wie dem auch sei: Rechtstheoretisch läuft auch im Weltmaßstab alles auf einen „weichen“ Rechtspluralismus hinaus. Das bedeutet, dass die offiziellen Gerichte, die den Rechtszwang kontrollieren, dem gesellschaftlichen Recht nicht ausgeliefert sind, sondern es in einem verantwortlichen Werturteil akzeptieren oder zurückweisen können. Diskriminierungsthese und Überlegenheitsthese des Rechtspluralismus sind dabei nur Mahnung, aber nicht Theorie. Sie mahnen, den Pluralismus des Rechts, auf den *Ehrlich* vor 100 Jahren so nachdrücklich hingewiesen hat, ernsthaft zur Kenntnis zu nehmen und das gesellschaftliche Recht als Option in Betracht zu ziehen.

**105** John W. Meyer u.a., *Weltkultur. Wie die westlichen Prinzipien die Welt durchdringen*, 2005.

**106** Klaus Günther sieht die Anfänge eines einheitlichen Weltrechts in einem universalen Code der Legalität (universal code of legality). Bei aller Fragmentierung des transnationalen Rechts seien verschiedene Akteure (Anwälte, Gesetzgeber, NGOs, Schiedsrichter) stets in der Lage, auftauchende Fragen als Rechtsthemen zu behandeln. Das gelinge aber nur unter der stillschweigenden Voraussetzung, dass „Recht“ eben doch etwas Einheitliches sei. Den Code soll man sich als eine Art Metasprache vorstellen, die grundlegende Vorstellungen von Rechten und fairen Verfahren, von Sanktionen und Kompetenzen enthält, wie sie durch historische Erfahrungen geprägt wurden (Legal Pluralism or Uniform Concept of Law. Globalisation as a Problem of Legal Theory, 2008, <http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo5Gunther.pdf>).

**107** Peter Häberle, Grundrechtsgestaltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, 913–919. Kritisch Eric A. Posner/Cass R. Sunstein, *The Law of Other States*, Stanford Law Review 59 (2006), 131–179. Zur Empirie Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, Harvard International Law Journal 44 (2003), 191–219; *dies./David T. Zaring*, *Networking Goes International: An Update*, 2007; *Daniel Terris/Cesare P.R. Romano/Leigh Swigart*, *Toward a Community of International Judges*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 30 (2008) 419–471. Vgl. Ferner die Nachw. in Fn. 65.

**100** Christian Joerges, *Kollisionsrecht als verfassungsrechtliche Form*, in: Deitelhoff/Steffek (Hrsg.), *Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter*, 2009, S. 309–331; *ders.*, *Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte*, 2011 (<http://www.sfb597.uni-bremen.de/homepages/joerges/download.php?ID=187&SPRACHE=DE&TABLE=AP&TYPE=PDF>); *Fischer-Lescano/Viellechner* (Fn. 87); *Gunther Teubner*, *Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, ARSP Beiheft 65 (1996), 199–220; *Teubner/Korth* (Fn. 72).

**101** Michaels (Fn. 64).

**102** *Fischer-Lescano/Viellechner* (Fn. 87); *Kaufmann* (Fn. 32).

**103** *Kaufmann* (Fn. 32), S. 104 ff.

**104** Sie wird verteidigt zum Beispiel von *Martti Koskeniemi*, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, *Modern Law Review* 70 (2007) 1–30.

Dr. Klaus Jünemann, Würzburg\*

## Government of, by, for the people – Zur Archäologie eines klassischen Zitats

Am 19. November 2013 jährte sich zum 150. Mal der Tag, an dem Abraham Lincoln seine berühmte Gettysburg Address hielt. Die Schlussworte „government of the people, by the people, for the people“ sind als eine Art Demokratieförmel in die Geschichte eingegangen. Der Beitrag untersucht die Wendung im Hinblick auf ihre aktuelle Bedeutung und spürt ihren weithin unbekannteren amerikanischen wie französischen Vorläufern nach.

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Würzburg (Professor Dr. Horst Dreier).

### I. Die Rede

„Four score and seven years ago“ – mit diesen religiös anmutenden Worten<sup>1</sup> begann Abraham Lincoln am 19. November 1863 seine epochale „Address delivered at the dedication of the Cemetery at Gettysburg“<sup>2</sup>. Dabei deutete zu-

**1** Der Hinweis auf die Ähnlichkeit mit Psalm 90, 10 der alten King James Bibel, der mit „threescore years and ten“ die Lebensspanne eines Menschen umschreibt, ist Legion. Siehe aus der deutschsprachigen Literatur: *G. Schild*, *Abraham Lincoln*, 2009, S. 208; *J. Nagler*, *Abraham Lincoln*, 2. Aufl. 2013, S. 363.

**2** Abgedruckt findet sich die als „final text“ der Gettysburg Address geltende sogenannte „Bliss Copy“, benannt nach Alexander Bliss, in dessen