

Lars Viellechner

Transnationalisierung des Rechts

© Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2013

Mit der Ausdifferenzierung der Weltgesellschaft erfährt das Recht eine tiefgreifende Veränderung. Nationale Gesetzgebung kann grenzüberschreitende Sachverhalte kaum wirksam regeln, während es für internationale Rechtsetzung häufig an Konsens oder Zeit fehlt. Jenseits der Staaten und der von diesen gegründeten internationalen Organisationen entsteht daher ein transnationales Recht, das sich von der institutionalisierten Politik emanzipiert.

Ein anschauliches Beispiel dafür bietet das Arrangement zur Vergabe von Domains im Internet. Es lässt sich weder hinsichtlich Urheber und Gegenstand noch bezüglich Geltung und Wirkung in die überkommenen Kategorien des staatlichen Rechtsdenkens einordnen. Die Unterscheidung von nationalem Recht und internationalem Recht unterläuft es ebenso wie die Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Auch steht es quer zu der Dichotomie von Gesetz und Vertrag. Ein komplexes Netzwerk aus Verträgen zwischen verschiedenen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren bringt hier für einen Teilbereich der Kommunikation und Information indirekt eine kollektive Ordnung hervor, die über einen eigenen Streitentscheidungsmechanismus verfügt und dadurch eine relative Autonomie erlangt, obgleich Klagen bei staatlichen Gerichten möglich bleiben.

Das transnationale Recht wirft ein Legitimitätsproblem auf, das jedoch durch ein neues Verständnis der Horizontalwirkung von Grundrechten zu lösen ist. Die Grundrechte bilden danach dessen Grund und Grenze zugleich. Einerseits ermöglichen und fördern sie die innovativen Formen gesellschaftlicher Selbstregulierung jenseits des Staates. Andererseits schützen sie gegenläufige Freiheiten vor Übergriffen und sichern gleiche Teilhabe, soweit einzelne Arrangements eine Monopolstellung bei der Erbringung von Leistungen erlangen, die für die Freiheitsausübung wesentlich sind.

Wie die Schiedspraxis zu den Domainstreitigkeiten belegt, können sich die gesuchten Verfassungsnormen im transnationalen Recht selbst herausbilden. Solange die Eigenkonstitutionalisierung nicht hinreichend gelingt, bedarf es indes der Nachhilfe durch eine Fremdkonstitutionalisierung seitens der staatlichen Rechtsordnungen. Das staatliche Recht muss dabei aber seinerseits die grenzüberschreitenden Bezüge des Sachverhalts in Rechnung stellen und die eigenen Maßstäbe gegebenenfalls unter Einbeziehung fremder Normen anpassen. Daraus folgt im Ergebnis eine Hybridisierung – oder Transnationalisierung – des Rechts.

Es erscheint nun deutlicher, was sich zuvor bereits im Verhältnis von Staaten und internationalen Organisationen abgezeichnet hat: Kohärenz und Legitimität des Rechts in der Weltgesellschaft sind nur zu gewährleisten, wenn die verschiedenen Rechtsordnungen sich füreinander öffnen und gegenseitig intern berücksichtigen. Das dazu erforderliche Kollisionsrecht tritt in der Rechtspraxis allmählich hervor. Gerichte und Schiedsstellen entwickeln Regeln von Komplementarität und Subsidiarität, ohne darüber die eigene Identität aufzugeben.

A. Vorüberlegung

I. Recht

In der westlichen Rechtstradition (1.) bestimmt heute ein staatliches Paradigma den Begriff des Rechts (2.).

1. Westliche Rechtstradition

Angesichts der Verstaatlichung des Rechts ist das westliche Erbe (a) jedoch kaum noch zu erkennen (b).

a) Entstehung

Nach Auffassung von *Harold Berman* gab es einst eine »Western legal tradition« im Sinne einer »transnational legal culture«. Die westliche Rechtstradition sei bereits im Mittelalter in der Zeit zwischen 1050 und 1150 aus der Gregorianischen Reform und dem Investiturstreit hervorgegangen. Im Anschluss an *Eugen Rosenstock-Huussy* bezeichnete Berman diese Vorgänge als »Papal Revolution«.

aa) *Rechts-Staat*. Durch die Spaltung der christlichen Kirche einerseits und die Abgrenzung der Kirche von den weltlichen Gemeinwesen andererseits sind Berman zufolge sowohl die erste moderne Rechtsordnung in Form des neuen kanonischen Rechts der römisch-katholischen Kirche als auch zahlreiche weltliche Rechtsordnungen wie etwa das Königsrecht, das Stadtrecht, das Handelsrecht, das Gutsrecht und das Feudalrecht entstanden, die das kanonische Recht zum Vorbild genommen hätten. Die römisch-katholische Kirche stelle die erste Verkörperung der Idee des »law-state« dar. Sie habe nicht nur die Form eines Staates angenommen, sondern auch das Programm einer »rule by law« unter einer »rule of law« verfolgt, wonach die Herrschenden nicht nur mittels des Rechts regieren, sondern auch selbst daran gebunden sein sollten. Alle Rechtsordnungen, die auf ein solches Muster zurückgingen, gehörten der westlichen Rechtstradition an. Dazu zählten kontinentaleuropäische und anglo-amerikanische Entwicklungsstränge gleichermaßen. Inzwischen erstreckte sich die westliche Rechtstradition auch auf Russland und Griechenland, die in der östlichen orthodoxen Kirche verblieben sind, sowie auf Nordamerika und Südamerika: »The West, then, is not to be found by recourse to a compass.«

Bermans Thesen dürfen allerdings kein doppeltes Missverständnis hervorrufen. Zum einen ist nach Bermans Darstellung im 11. Jahrhundert nicht der moderne Rechtsstaat, sondern die römisch-katholische Kirche in der Form eines Rechtsstaats entstanden: »[A]lthough the church was centralized, and had a centralized and systematized law, it only claimed to govern half of life.« Die andere Hälfte des Lebens sei von den verschiedenen weltlichen Gewalten beherrscht worden, deren Rechtsordnungen das kanonische Recht zwar nachgeahmt, aber sowohl neben diesem als auch nebeneinander existiert hätten. Das kennzeichnende Merkmal der westlichen Rechtstradition sei daher von Beginn an »legal pluralism« gewesen, das heißt »the coexistence and competition within the same community of diverse jurisdictions and diverse legal systems«.

Zum anderen reichen die Einflüsse auf das westliche Recht nach Bermans Erkenntnissen weiter als zur römisch-katholischen Kirche des 11. Jahrhunderts. Es habe stets Übernahmen und Umformulierungen älterer Konzepte gegeben. Solche Rückwendungen bis hin zur Antike seien für die westliche Rechtstradition typisch. Sie dürften aber nicht mit den historischen Vorbildern verwechselt werden: »Israel, Greece, and Rome became spiritual ancestors of the West not primarily by a process of survival or succession but primarily by a process of adoption: the West adopted them as ancestors. Moreover, it adopted them selectively – different parts at different times.«

bb) *Rechtsbegriff*. Bermans Begriff des westlichen Rechts beschränkt sich demnach nicht auf ein System von Regeln und Prinzipien, sondern umfasst auch »legal institutions and procedures, legal values, and legal concepts and ways of thought«. Damit bezieht er sich, wie Berman selbst bemerkte, auf das, was in der Rechtstheorie der Vereinigten Staaten von Amerika als »legal process« bezeichnet wird: Er kennzeichnet »a living process of allocating rights and duties and thereby resolving conflicts and creating channels of cooperation«. Nach dieser Auffassung gehören zu den Rechtsquellen nicht nur Gesetze und gegebenenfalls Gerichtsentscheidungen, sondern auch Vernunft und Gewissen der Gesellschaft sowie deren Gewohnheiten und Bräuche. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist die Auffassung, »that the study of the sources of law cannot be approached with the preconception that they are derived from a single origin«, noch heute verbreitet. Dort sind Gewohnheit, Präjudizien, Equity und Gesetzgebung gleichermaßen als Rechtsquellen anerkannt. Berman forderte auf dieser Grundlage aber weitergehend eine »integrative jurisprudence«, welche die gängigen positivistischen, moralischen, historischen und soziologischen Rechtstheorien sowohl zusammenführt als auch darüber hinausreicht.

cc) *Rechtssystem*. Trotz Pluralismus betrachtete Berman den Westen als eine Gemeinschaft, in der sich die verschiedenen Rechtsordnungen zu einem einzigen Rechtssystem fügen. Dabei handele es sich um ein zusammenhängendes Ganzes als »corpus juris«, das Berman aber von dem Systemverständnis der deutschen Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts, wie es *Max Weber* beschrieb, scharf unterschied wissen wollte. Der westlichen Rechtstradition eigne die Fähigkeit zu stetiger Entwicklung und organischem Wachstum, wobei diese Prozesse einer inneren Logik folgten. Selbst die großen nationalen Revolutionen, wie etwa die amerikanische Revolution von 1776 und die französische Revolution von 1789, hätten weniger zu einem Zusammenbruch als vielmehr zu einer Umwandlung der Tradition geführt. Zwar seien die Institutionen des Rechts zunehmend verstaatlicht worden. Die verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen hätten aber stets bestimmte gemeinsame Begriffe, Konzepte und Methoden aufgewiesen. Gerade die Pluralität und Dialektik der verschiedenen Rechtsordnungen habe »the supremacy of law both necessary and possible« gemacht. Dem theologischen Glauben an einen Gott der Gerechtigkeit entspreche hier »a political belief in the complex social unity called Christendom, in which the dialectic of interacting ecclesiastical and secular realms was regulated by a similar kind of justice-based-on-law and law-based-on-justice«. Die westliche Rechtstradition habe sich auf diese Weise von »plural corporate groups within an overarching ecclesiastical

unity« hin zu »national states within an overarching but invisible religious and cultural unity« entwickelt.

b) *Niedergang*

Nach Bermans Einschätzung ist die westliche Rechtstradition am Ende des 20. Jahrhunderts jedoch in ihre größte Krise, wenn nicht an ihr Ende, geraten.

aa) *Verstaatlichung*. Den Grund für den Niedergang sah Berman vor allem in einem übersteigerten »nationalism«. Dadurch, dass das staatliche Recht die Rechtsordnungen der verschiedenen sozialen Gebilde nach und nach in sich aufgesogen hätte, sei das gemeinsame westliche Erbe zerfallen. Zugleich werde damit die »source of the supremacy of law in the plurality of jurisdictions« bedroht. Die Auffassung, dass sich das Recht vom Staat unterscheidet, weiche zunehmend der Ansicht, dass das Recht der Politik als Instrument zur Verfügung stehe. Das Rechtssystem löse sich unter diesen Umständen in pragmatische Einzelfallentscheidungen auf, die sich nur noch an Zweckmäßigkeit orientierten: »The old meta-law has broken down and been replaced by a kind of cynicism.« Entgegen Bermans Blickrichtung hatte *Roscoe Pound* einen solchen Verfall des Rechts schon früher einmal als »new feudalism« bezeichnet. Dieser Form von Feudalismus, gab Berman zu bedenken, fehle es im Gegensatz zu seinem Vorgänger jedoch an Konzepten, »by which a plurality of jurisdictions may be accommodated and conflicting legal rules may be harmonized«.

bb) *Globalisierung*. In der Entwicklung, die gemeinhin als Globalisierung oder Herausbildung von Weltgesellschaft bezeichnet wird, erblickte Berman dagegen Anzeichen für einen neuerlichen Aufschwung der westlichen Rechtstradition: »Perhaps the most hopeful prospect is that of economic, scientific, and cultural interdependence on both a regional and worldwide basis.« Die Annahme liegt nicht fern, wenn es zutrifft, dass grundlegende Änderungen in der westlichen Rechtstradition stets mit »fundamental changes in other structural elements of social life« verknüpft sind und weder politisch erzwungen werden können noch zufällig eintreten, sondern »by reinterpretation of the past to meet present and future needs«. Die westliche Rechtstradition könnte dann im Zuge ihrer Konsolidierung auch eine Lösung für die Ordnungsprobleme der Weltgesellschaft bereithalten. Ob diese ihren Ausdruck in der Entstehung von »world law« findet, wie Berman vermutete, bedarf indes noch näherer Prüfung.

2. Staatliches Rechtsparadigma

Mit dem Aufkommen eines staatlichen Rechtsparadigmas (a) ist die Rechtstheorie weitgehend in Stillstand geraten (b).

a) *Herkunft*

Wie Berman selbst hervorhob, widerspricht seine Darstellung von der westlichen Rechtstradition sowohl der herkömmlichen Geschichtsschreibung und Gesellschaftstheorie als auch der herrschenden Rechtstheorie. Historiker trennen gemeinhin zwischen Mittelalter und Neuzeit und schreiben in der Folge meist eine

Nationalgeschichte. Soziologen unterscheiden gewöhnlich zwischen Feudalismus und Kapitalismus. Im Anschluss daran erblickt eine weithin anerkannte historisch und soziologisch informierte Rechtstheorie das entscheidende Moment für die Herausbildung des modernen Rechts in der »Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation«, die durch die Glaubensspaltung und die konfessionellen Bürgerkriege des 16. und 17. Jahrhunderts ausgelöst worden sei.

aa) *Rechtsstaat*. Nach dieser Theorie haben die Bürgerkriege nur dadurch ein Ende finden können, dass sich die Politik von der Religion löste und darüber stellte. Zur Befriedung der Streitparteien sei es erforderlich gewesen, dass eine neutrale Macht die verschiedenen Herrschaftsrechte in einer Hand vereinigte. Dafür habe sich der Monarch angeboten, der an der Spitze der mittelalterlichen Lehnspyramide stand und bereits über die größte Anzahl an Herrschaftsrechten verfügte. Das Prinzip der Herrschaft sei damit von Personalität auf Territorialität umgestellt worden. Mit der Beendigung der Bürgerkriege war indes noch keine Friedensordnung aufgestellt. Die Bündelung der verschiedenen konkreten Herrschaftsbefugnisse zu einer abstrakten öffentlichen Gewalt habe daher um eine Rechtsetzungsbefugnis ergänzt werden müssen. Für diese Machtkonzentration hat *Jean Bodin* den Begriff der »souveraineté« aufgebracht. Ein Gemeinwesen, das Souveränität erlangt hat, wird seither als »Staat« bezeichnet. Jedenfalls mit dieser Eigenschaft, so wird behauptet, habe es das Konzept des Staates zuvor nicht gegeben. Die Gesetzgebungskompetenz hielt Bodin angesichts des Zusammenbruchs der mittelalterlichen Ordnung und der Abhängigkeit des Friedens von einer neuen Ordnung, welche die Frage der religiösen Wahrheit ausklammert, für das wichtigste Merkmal des Souveräns: »[L]a premiere marque du prince souverain c'est la puissance de donner loy à tous en general, & à chacun en particulier« *Thomas Hobbes* trieb dieses Modell nicht nur zu äußerster Konsequenz, sondern gab ihm auch den klarsten Ausdruck. Er konstruierte den Staat als eine von der Tradition gelöste und auf sich selbst gestellte Ordnung, die als künstlicher Körper erscheint und der Ermöglichung und Erhaltung des bürgerlichen Lebens dient. Nach seiner Vorstellung treten die Einzelnen in einem gedachten Gesellschaftsvertrag ihre natürlichen Rechte an den durch den Monarchen repräsentierten Souverän ab, der im Gegenzug als Ordnungsgarant fungiert. Das Modell gründet damit auf individualistischer Vernunft.

Die Verfechter dieser Theorie weisen allerdings darauf hin, dass es sich bei der beschriebenen Entwicklung lediglich um eine »zweite Stufe der Säkularisation« gehandelt habe, obgleich darin der entscheidende Schritt zu sehen sei. Die Grundlegung für die Säkularisation, welche die Unterscheidung von geistlichem und weltlichem Bereich eingeführt und die spätere Trennung von Religion und Politik ermöglicht habe, sei bereits im Zuge des Investiturstreits erfolgt, den Berman zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen machte. Auf dieser ersten Stufe sei mit der Entsakralisierung des Monarchen die Politik erstmals als eigenständiger Bereich konstituiert worden, so dass der Monarch einer weltlichen, zunächst naturrechtlichen, Begründung fähig und bedürftig geworden sei. Das Verhältnis von geistlichem und weltlichem Bereich habe zu dieser Zeit aber die Vorherrschaft der Kirche bestimmt. Da die weltlichen Herrscher zugleich Christen gewesen seien und als solche unter den christlichen Geboten gestanden hätten, sei es Aufgabe der geistlichen Gewalt gewesen, über deren Auslegung und Einhaltung zu wachen.

Gemäß dieser Theorie ist die Entsakralisierung des Rechts nach einer Übergangsphase, während der das Recht immerhin noch als religiös fundiert gedacht worden war, schließlich in dessen Politisierung umgeschlagen. Die kirchliche Vorherrschaft sei dem »Primat der Politik« gewichen, das Recht zu einem Produkt der Politik geraten. Damit sei der Rechtspositivismus aufgekommen, der an den theologischen Voluntarismus des Spätmittelalters angeknüpft und die Rechtsgeltung von Natur auf Willen umgestellt habe.

Dass es sich bei der Verbindung von Politik und Recht im Rechtsstaat, dessen Angelpunkt das Gesetz bildet, um »ein einziges, mit dem Staatsbegriff zu bezeichnendes System« handelt, erscheint heute selbst kritischen Beobachtern als »starke traditionsgefestigte Plausibilität«. Das Recht wird darin mit Hilfe der Metapher der Rechtsquelle identifiziert, so dass sich jede weitere Frage nach der Natur des Rechts oder der Abgrenzung des Rechts zur Moral erübrigt. Es wird als staatlich erteilter und durch Zwang abgesicherter Befehl verstanden und daher über die beiden Merkmale der autoritativen Gesetztheit und sozialen Wirksamkeit definiert.

Auch dieses Rechtsverständnis reicht aber, ebenso wie dasjenige Bermans, weiter in die Vergangenheit zurück. In Bodins Überlegungen heißt es: »[S]i la iustice est la fin de la loy: la loy œuvre du Prince: le Prince image de Dieu, il faut par mesme suite de raisó, que la loy du Prince soit faite au modelle, de la loy de Dieu.« Bodin unterschied allerdings noch zwischen Recht und Gesetz. Ihm ging es lediglich darum, das Gesetz im Willen des Monarchen zu verankern, nicht jedoch das Recht außerhalb des Willens Gottes zu fundieren, der indes entkonfessionalisiert wurde. In Hobbes' absolutistischem Staat stand der Souverän dagegen ebenso wie Gott außerhalb des Rechts, und das staatliche Gesetz galt als Ausdruck einer höchsten Macht, von der alles Recht seinen Ausgang nimmt. Der praktische Absolutismus in Frankreich, der sich nicht auf Hobbes stützte, leitete demgegenüber die Konstruktion als solche aus göttlichem Recht ab. *Hannah Arendt* schloss daraus, dass das Modell hebräischen Ursprungs sei. Es gehe nicht nur auf die katholische Kirche des 11. Jahrhunderts zurück, sondern führe bis zu den Zehn Geboten des Alten Testaments: »The claim of absolute kingship to rest on ›divine rights‹ had construed secular rulership in the image of a god who is both omnipotent and legislator of the universe, that is, in the image of the God whose Will is Law.« Seither würden die Gesetze in allen Rechtsordnungen der westlichen Rechtstradition als Gebote im Sinne der Gebote Gottes aufgefasst, in welchen den Menschen von außen befohlen werde: »Thou shalt not.« Manche sprechen daher von einem biblischen oder alttestamentarischen Gesetzesbegriff. Ein solches Rechtsverständnis erschüttert offenbar weder die Tatsache, dass das Modell eigentlich eine endgültige Trennung von weltlichem und kirchlichem Bereich erstrebt hatte, noch der Umstand, dass Inhalt und Auslegung der Gesetze darin überwiegend dem römischen Recht folgen.

Die Vorstellung von Recht als Befehl des Souveräns an seine Untergebenen – das Merkmal der autoritativen Gesetztheit des Rechts – artikulierte bereits Hobbes unmissverständlich: »[I]t is manifest, that law in generall, is not Counsell, but Command; nor a Command of any man to any man; but only of him, whose Command is addressed to one formerly obliged to obey him.« Eine Ausformulierung erhielt diese Auffassung von Recht im angelsächsischen Rechtskreis durch die Imperativentheorie, die *Jeremy Bentham* begründete: »A law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted

by the sovereign in a state, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain person or class of persons, who in the case in question are or are supposed to be subject to his power« Weite Verbreitung erfuhr die Imperativtheorie durch *John Austin*, der an Bentham anknüpfte: »A law is a command which obliges a person or persons. But, as contradistinguished or opposed to an occasional or particular command, a law is a command which obliges a person or persons, and obliges generally to acts and forbearances of a class. In a language more popular but less distinct and precise, a law is a command which obliges a person or persons to a course of conduct. Laws and other commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors.« In der deutschsprachigen Rechtswissenschaft entwarf zuerst *August Thon*, allerdings ohne Bezug auf Bentham und Austin, eine Imperativtheorie. *Ernst Bierling* nahm dessen Theorie auf und entwickelte sie fort. Die Variante der Imperativtheorie, die *Karl Engisch* später formulierte, wird bis heute als maßgeblich erachtet. Danach sind Gebote und Verbote zumindest die »eigentlichen Sinnträger der Rechtsordnung«, die durch gesetzliche Begriffsbestimmungen und Erlaubnisse lediglich erläutert und eingeschränkt werden, während subjektive Rechte spiegelbildlich Gebote oder Verbote für andere nach sich ziehen.

Die Gleichsetzung von Recht und Gesetz erfuhr in Deutschland gegen Ende des 19. Jahrhunderts im Zuge der Kodifikation des bürgerlichen Rechts nach französischem Vorbild besondere Zuspitzung in einer Haltung, die als Gesetzespositivismus oder staatsrechtlicher Positivismus bezeichnet wird. Während der rechtswissenschaftliche Positivismus zu Beginn des 19. Jahrhunderts das Recht noch auf einen freien Willen zurückführte, der als vernunftgeleitet vorausgesetzt war, konnte das Recht danach jeden beliebigen Inhalt annehmen. Es wurde mit den von den zuständigen staatlichen Organen in dem vorgeschriebenen Verfahren erlassenen Gesetzen identifiziert. So heißt es in einer Entscheidung des Reichsgerichts: »Der Gesetzgeber ist selbtherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat.« *Paul Laband* formulierte auf derselben Annahme einen formellen Gesetzesbegriff, der nur eine »Form« bezeichne, »in welcher der staatliche Wille erklärt wird, gleichviel, was der Inhalt dieses Willens ist«. Einige Autoren hielten sogar die Verfassung für »eine Art des Gesetzes«.

Die Vorstellung von Recht als Zwangsordnung – das Merkmal der sozialen Wirksamkeit des Rechts – brachte *Max Weber* zur vollen Entfaltung. Da Recht im Idealtypus »legale Herrschaft«, der sich im modernen Anstaltsstaat herausgebildet habe, beliebig gesetzt werden könne, bedürfe es zu seiner Geltung des »Rechtswanges«, wobei das Monopol legitimer physischer Gewalt dem Staat eigne. Eine solche Position wird mit geringen Veränderungen bis heute nicht nur weit überwiegend in der Rechtssoziologie vertreten, sondern entspricht auch nach wie vor der herrschenden Meinung in der Rechtstheorie. Zu den prominenten Verfechtern zählte neben Austin auch *Rudolf von Jhering*, der die Position besonders anschaulich zum Ausdruck brachte: »Der vom Staate in Vollzug gesetzte Zwang bildet das absolute Kriterium des Rechts, ein Rechtssatz ohne Rechtswang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet.« Ähnlich zugespitzt formulierte *Gustav Radbruch*: »Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist.«

Die Verknüpfung von Recht und Gewalt erhielt in der Weimarer Republik eine abweichende Akzentuierung durch *Carl Schmitt*, der Rechtsgeltung weniger aus

staatlichem Zwang denn aus politischer Entscheidungsmacht ableitete. In der Gewaltfundierung des Rechts besteht indes eine Gemeinsamkeit mit den Zwangstheorien des Rechts. Auch Schmitt dachte damit in rechtssoziologischen Kategorien. Seiner Auffassung nach bedarf jedes Gesetz einschließlich des Verfassungsgesetzes »zu seiner Gültigkeit im letzten Grunde einer ihm vorhergehenden politischen Entscheidung, die von einer politisch existierenden Macht oder Autorität getroffen wird«. Die Verfassung als Ausgangspunkt der Rechtsordnung im Unterschied zum Verfassungsgesetz beruhe daher »nicht auf einer Norm, deren Richtigkeit der Grund ihrer Geltung wäre«, sondern »auf einer, aus politischem Sein hervorgegangenen politischen Entscheidung über die Art und Norm des eigenen Seins«. Die verfassungsgebende Gewalt, der Souverän, steht nach dieser Theorie, wie *Giorgio Agamben* später ausführte, zugleich innerhalb und außerhalb des Rechts.

Die Auflösung des Rechts in Macht versuchten Theorien einer normativistischen Geltungsbegründung des Rechts zu vermeiden. Sie beabsichtigten, die Rechtswissenschaft auf die Erkenntnis des Rechts zu beschränken und damit das Sein vom Sollen strikt zu trennen. Solche Bemühungen stecken etwa in *Hans Kelsens* Postulat einer hypothetischen »Grundnorm« als »gemeinsame Quelle für die Geltung aller zu einer und derselben Ordnung gehörigen Normen« oder *Herbert Harts* Unterscheidung von »primary rules of obligation« und »secondary rules of recognition«, nach denen »the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined«. Kelsen wollte die positivistische Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts durch eine Öffnung für die politische Gesetzgebung fortentwickeln, Hart die Defizite von Austins Rechtsbegründung in Befehl und Zwang beheben. Beide Ansätze konnten das Geltungsproblem entgegen ihrem gemeinsamen Vorhaben aber nicht rechtsintern lösen, denn auf die Geltung der jeweils höchsten Norm mussten sie verzichten, um eine zirkuläre Begründung zu vermeiden. Die Grundnorm gilt, hob Kelsen hervor, »da sie nicht im Rechtsverfahren erzeugt wird, nicht als positive Rechtsnorm, ist nicht gesetzt, sondern – als Bedingung aller Rechtssetzung, alles positiven Rechtsverfahrens – vorausgesetzt«. Die ultimative Erkenntnisregel, stellte Hart heraus, »can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way«. Kelsen deutete die Rechtsordnung auch weiterhin als »Zwangsordnung« und sah ihre Geltung und Wirksamkeit »in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis« stehen. Er gelangte dadurch zu der zweideutigen Folgerung, »daß das Recht zwar nicht ohne Macht bestehen kann, daß es aber doch nicht identisch ist mit der Macht«. Während Hart sich lediglich implizit an der staatlichen Rechtsordnung orientierte, was besonders deutlich in dem Umstand aufschien, dass er im Völkerrecht »not a system but a simple set« von primären Verhaltensregeln erkannte, das hinter einem entwickelten Rechtssystem zurückbleibe, rekonstruierte Kelsen den Staat aus dem Recht: »Der Staat ist eine Rechtsordnung.«

bb) Rechtssystem. In diesem Modell wird das Recht gemeinhin als System gedacht, wobei meist zwischen einem äußeren und einem inneren System unterschieden wird. Das äußere System diene der übersichtlichen Einteilung des Rechtsstoffes. Auf oberster Ebene werden hier gewöhnlich öffentliches Recht und Privatrecht unterschieden. Häufig wird behauptet, dass die Unterscheidung dem römischen Recht entstamme. Doch besteht Klarheit weder hinsichtlich ursprüng-

licher Bedeutung noch bezüglich begrifflicher Kontinuität. Es liegt daher die Vermutung nahe, dass es sich »nicht um eine zeitlos gültige, allem Recht vorgegebene Zweiteilung handelt, sondern um den zeitbedingt wechselnden Ausdruck sehr verschiedener, begrenzter Sachanliegen«. Als gedankliches Konstrukt der Moderne vollzog die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht die Trennung von Staat und Gesellschaft nach, die maßgeblich *Georg Hegel* mit seiner Theorie von der bürgerlichen Gesellschaft geprägt hatte. Ihren Höhepunkt erlebte sie im 19. Jahrhundert, als sie zur Abgrenzung von Politik und Recht, Zwang und Freiheit instrumentalisiert wurde. Heute wird jedoch überwiegend angenommen, dass sie in diesem Sinne an Bedeutung verloren habe, weil im demokratischen Verfassungsstaat selbst das Privatrecht, wenn nicht in seiner Genese, so doch in seiner Geltung auf den Staat zurückführe. Die Unterscheidung lebt daher allein mit der rechtstechnischen Funktion fort, die ihr vornehmlich auch für das römische Recht zugeschrieben wurde: Sie bezieht sich nicht mehr auf den Urheber, sondern nur noch auf den Gegenstand des Rechts. Nach überwiegender Auffassung zählen zum öffentlichen Recht alle Rechtsnormen, die einen Hoheitsträger als solchen berechtigen oder verpflichten, sowie alle Rechtsverhältnisse, an denen ein Hoheitsträger gerade in dieser Eigenschaft beteiligt ist, während das Privatrecht die Beziehungen der Einzelnen untereinander regelt. Gerade weil der Verfassungsstaat privates Recht, verstanden als privat gesetztes Recht im Unterschied zu Privatrecht, nicht mehr kennt, behält aber die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft eine Bedeutung als Bezugspunkt für verfassungsrechtliche Bindungen.

Das innere System des Rechts zeichnet sich nach verbreiteter Meinung durch die Merkmale der Ordnung und Einheit aus. Dabei wird Systembildung aus unterschiedlichen Richtungen betrieben. Setzungsorientierte Perspektiven konstruieren axiomatische und axiologische Systeme, wobei sie in der Regel deduktiv verfahren. Ein axiomatisches System geht von einer obersten Norm aus. Während etwa die deutsche Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts, die Juristenrecht noch anerkannte, das gesamte Rechtssystem formal-logisch aus einem einzigen Grundbegriff ableitete, spricht die analytische Rechtstheorie heute von einem Stufenbau der Rechtsordnung mit der Verfassung an der Spitze. Ein axiologisches System nimmt seinen Ausgang demgegenüber von einem obersten Wert. Dazu wird auf die Rechtsidee oder sogar die Gerechtigkeit verwiesen, in der deutschen Rechtsordnung unter dem Grundgesetz auch auf die Menschenwürde oder die objektive Wertordnung der Grundrechte. Die Grundrechte erscheinen dann, wie *Ernst Forsthoff* einst formulierte, »als juristisches Weltenei, aus dem alles hervorgeht vom Strafgesetzbuch bis zum Gesetz über die Herstellung von Fieberthermometern«.

Anwendungsbezogene Perspektiven erschließen das Rechtssystem induktiv. Hier dominiert heute ein axiologisch-teleologisches Systemdenken, das aus der Vielzahl der Regeln des positiven Rechts im Wege inhaltlicher Generalisierung wenige tragende Grundprinzipien der Rechtsordnung kondensiert. Derartige Prinzipienmodelle, die Prominenz auch in den Vereinigten Staaten von Amerika erlangt haben, reagieren nicht nur auf die Kritik an der Begründung des Rechts in außerrechtlichen Werten, sondern rehabilitieren zugleich das Dogma von der Widerspruchsfreiheit und Lückenlosigkeit der Rechtsordnung, das sowohl die Begriffsjurisprudenz als auch der Gesetzespositivismus noch verfochten hatten, spätere Ansätze aber ablehnten. So hält nach *Ronald Dworkins* »rights thesis« die

Rechtsordnung in ihren Prinzipien auch für schwierige Fälle, in denen keine feststehende Regel den Fall erfasst, eine rechtliche Lösung bereit. Kelsen argumentierte ähnlich, dass in dem Fall, in dem für gewöhnlich eine Lücke der geltenden Rechtsordnung angenommen werde, zwar die Anwendung einer einzelnen Rechtsnorm unmöglich sein möge, nicht jedoch »die Anwendung der Rechtsordnung, und auch das ist Rechtsanwendung«.

Beide Richtungen der Systembildung schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Sie verbindet zum einen ein vertikales Denken in Hierarchien, das seinen Ausdruck häufig in der Metapher der Pyramide findet. Darin tritt an die Stelle der früheren Vorstellung von einem organischen oder logischen Zusammenhang des Rechts heute ein normativer Begriff von Kohärenz. Normenkonflikte können innerhalb eines solchen Systems insbesondere durch drei Arten von Kollisionsregeln gelöst werden: Vorrangregeln wie zum Beispiel »lex superior derogat legi inferiori« oder »lex posterior derogat legi priori« sowie Spezialitätsregeln wie zum Beispiel »lex specialis derogat legi generali« und Abwägung.

Die beiden Richtungen der Systembildung eint zum anderen eine Vorstellung von unaufhebbaren Dichotomien im Recht. Dazu zählen insbesondere die Unterscheidungen von Rechtsquelle und Rechtsverhältnis sowie von Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Die Unterscheidung von Rechtsquelle und Rechtsverhältnis wird bezüglich Medium und Wirkung des Rechts in den weiteren Unterscheidungen von Rechtsnorm und Rechtsgeschäft oder Gesetz und Vertrag sowie von Heteronomie und Autonomie präzisiert. Eine Rechtsnorm wird als heteronome Vorschrift angesehen, durch die ein vom Normadressaten verschiedener Normschöpfer diesem einseitig ein bestimmtes Verhalten auferlegt. Ein Rechtsgeschäft wird demgegenüber als autonome Selbstverpflichtung betrachtet, die Rechtsgeltung nur durch eine heteronome Rechtsnorm erlangen kann: »Vertragswille ist ... wohl Wille, sich zu binden, nicht jedoch schon Bindung. ... [E]r kann höchstens die Sachlage hervorbringen wollen, an die eine über ihm stehende Norm die Verpflichtung knüpft. Nicht der Vertrag bindet also, sondern das Gesetz bindet an den Vertrag.«

Die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung beschränkt die Gerichte auf die Auslegung und Anwendung der Gesetze. Gesetzesauslegung wird, in Deutschland heute oft im Anschluss an *Hans-Georg Gadamer*, als juristische Hermeneutik betrieben. Dazu wird auf einen Auslegungskanon zurückgegriffen, der im Wesentlichen auf *Friedrich von Savigny* zurückgeht. Gesetzesanwendung erfolgt als juristischer Syllogismus nach dem Vorbild des logischen Schlussverfahrens. Richterrecht und Juristenrecht sind einem solchen Modell unbekannt. Die Befugnis der Gerichte zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie zur Ergänzung und Fortbildung des Rechts im Falle von Lücken des Gesetzesrechts wird inzwischen zwar überwiegend anerkannt, die Rechtsverbindlichkeit gerichtlicher Entscheidungen jedoch allgemein abgelehnt, solange deren Inhalt nicht zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist.

cc) *Gemeines Recht*. Der Traditionsstrang des anglo-amerikanischen »common law« teilt das auf dem europäischen Kontinent vorherrschende Rechtsverständnis nicht in jeder Hinsicht. Er pflegt eine andere Art des Rechtsdenkens, nach der das richterliche Fallrecht in Form von Präjudizien als primäre Rechtsquelle gilt. Die Merkmale und Dichotomien des Rechts, die der kontinentaleuropäische Traditionsstrang aus seiner Zentralkategorie des Gesetzes ableitet, kennt

er daher nicht. Weder nimmt er eine deutliche Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht noch eine klare Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung vor. Vielmehr sind danach Substanz und Verfahren im Recht untrennbar miteinander verbunden. Dem systematischen und mechanischen Rechtsdenken in Kontinentaleuropa tritt damit eine dynamische und organische Vorstellung von Recht zur Seite.

Zwar kennt auch der anglo-amerikanische Entwicklungsstrang der westlichen Rechtstradition heute Gesetzesrecht. Das Gesetz hatte dort jedoch lange Zeit eine andere Bedeutung und Stellung als im kontinentaleuropäischen Rechtsverständnis. Es wurde als freiheitsbedrohender Eingriff in das gemeine Recht betrachtet, das seinerseits für freiheitsermöglichend gehalten wurde. Das gemeine Recht bildete daher den Maßstab für das Gesetzesrecht, während es selbst nicht an höherrangiges Recht, in den Vereinigten Staaten von Amerika auch nicht an die geschriebene Verfassung, gebunden war. Es konnte insofern als »ancient constitution« beschrieben werden: »[B]elief in the antiquity of the common law encouraged belief in the existence of an ancient constitution, reference to which was constantly made, precedents, maxims and principles from which were constantly alleged, and which was constantly asserted to be in some way immune from the king's prerogative action; and discussion in these terms formed one of the century's chief modes of political argument.«

Das abweichende Gesetzesverständnis gründet auf einer anderen Vorstellung von Rechtsstaat. Nach der kontinentaleuropäischen Idee des Rechtsstaats wird das Recht hoheitlich gesetzt, während es sich nach dem anglo-amerikanischen Konzept der »rule of law« im prozessualen Verfahren entwickelt. Wo hier das Gesetz die Zentralkategorie bildet, steht dort der Richter im Mittelpunkt. Es handelt sich insofern um Herrschaft vom Typ des »charismatischen Charakters« im Sinne Webers. In England änderte daran auch die seit der Revolution von 1688/89 geltende Doktrin der »parliamentary sovereignty« kaum etwas. Als Unterbau der Rechtsordnung bestimmt das gemeine Recht weiterhin die Rechtspraxis. Nicht nur gilt in Bereichen, in denen Gesetze das gemeine Recht ersetzen oder ergänzen, der Grundsatz, dass die betreffenden Gesetze eng auszulegen sind. Auch leitet das Fallrechtsdenken die Auslegung und Anwendung von Gesetzen in Bereichen, in denen es an inhaltlichen Vorgaben seitens des gemeinen Rechts mangelt. In den Vereinigten Staaten von Amerika wird selbst das Verfassungsrecht methodisch auf diese Weise gehandhabt. Vor allem aber gelten die Gesetze in allen Bereichen in der Gestalt der Präjudizien, welche die abstrakten Regeln auf konkrete Sachverhalte anwenden. Ob die Gerichte das Recht lediglich erkennen und verkünden oder ob sie die entsprechenden Regeln selbst setzen, ist allerdings umstritten.

Auch und gerade in dem anglo-amerikanischen Entwicklungsstrang der westlichen Rechtstradition herrscht heute aber ein entschieden nationalistisches Rechtsverständnis vor. Der Grund dafür liegt weder darin, dass dort mit der Entstehung des modernen Staates ebenfalls eine positivistische Rechtstheorie aufkam und über Hobbes, Bentham und Hart zunehmend an Einfluss gewann. Er ist auch nicht in dem Umstand zu finden, dass dort im modernen Wohlfahrtsstaat gleichermaßen das Gesetzesrecht quantitativ anwuchs und daher Vorstellungen von »public law« sowie Debatten darüber aufkamen, ob es einer eigenständigen Methode der »statutory interpretation« bedürfe. Vielmehr entwickelte sich die klassische Theorie des gemeinen Rechts, obwohl dessen Wurzeln weiter zurück-

reichen, zeitgleich mit der positivistischen Rechtstheorie im 17. Jahrhundert und bot ein konkurrierendes Erklärungsmodell zur Verbindung von Recht und politischer Gemeinschaft an. Danach ist das gemeine Recht, in den Worten *Matthew Hales*, »singularly accommodated to the Frame of the English Government, and to the Disposition of the English Nation, and such as by a long Experience and Use is as it were incorporated into their very Temperament, and, in a Manner, become the Complection and Constitution of the English Commonwealth«. Bereits seine Bezeichnung bringe zum Ausdruck, dass es sich um »Lex Communis Angliae« handle, das den »Municipal Laws of other Countries« entspreche. Anders als in Hobbes' Konstruktion wird das Recht aber nicht als Begründung, sondern als Ausdruck der Nation und ihrer Geschichte verstanden. Während es dort in Form von exogenen Regeln die Gemeinschaft überhaupt erst erschafft, geht es hier endogen aus den Anschauungen und Werten einer bereits bestehenden Gemeinschaft hervor. Es wird als »repository of the collective wisdom of the English nation« betrachtet, das auf »a *Gemeinschaftlich*, traditionary conception of society« beruhe.

dd) *Völkerrecht*. Heute wird gemeinhin auch das Völkerrecht, das die Beziehungen der Staaten untereinander regelt, als Rechtsordnung verstanden. Daran offenbaren sich die Unstimmigkeiten des vorherrschenden staatlichen Rechtsbegriffs besonders deutlich. Zu den Rechtsquellen des Völkerrechts werden Verträge und Gewohnheitsrecht gezählt, ergänzt durch allgemeine, aus den staatlichen Rechtsordnungen abgeleitete, Rechtsgrundsätze. Manche Autoren wollen dem Völkerrecht inzwischen sogar systemischen Charakter zusprechen. Die Bezeichnung als Völkerrecht, die sich auch noch in den skandinavischen und slawischen Sprachen hält, ist insofern irreführend. Sie geht auf das römische »ius gentium« zurück, das die Beziehungen von Römern und Fremden regelte und von den Römern für das Gemeingut aller Völker gehalten wurde. Das moderne Völkerrecht treffender ist demgegenüber der von Bentham eingeführte Begriff des »international law«, der sich heute auch in den romanischen Sprachen durchgesetzt hat.

Die Rechtsqualität des Völkerrechts als »Koordinationsrecht« zwischen den Staaten im Gegensatz zum innerstaatlichen »Subordinationsrecht« ist zwar lange bezweifelt worden. Da es jenseits des Staates nicht nur an einer übergeordneten Rechtsetzungsinstanz, sondern auch an verlässlichen Aussichten auf eine effektive Rechtsdurchsetzung mangelt, wollte etwa Benthams Schüler Austin dem Völkerrecht nur moralische Verbindlichkeit zusprechen: »[T]he law obtaining between nations is not positive law: for every positive law is set by a given sovereign to a person or persons in a state of subjection to its author.« Diese Auffassung wird inzwischen jedoch überwiegend mit einem doppelten Argument zurückgewiesen. Zum einen wird dagegen vorgebracht, dass auch das Völkerrecht erzwingbar sei. Es enthalte die Befugnis zur Selbstdurchsetzung im Wege von Selbstverteidigung und Repressalie. Kelsen stufte das Völkerrecht daher als eine »primitive Rechtsordnung« ein: »Das Völkerrecht weist zwar als Zwangsordnung den nämlichen Charakter auf wie das staatliche Recht, unterscheidet sich aber von diesem und zeigt eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Recht der primitiven Gesellschaft dadurch, daß es, zumindest als allgemeines, alle Staaten verpflichtendes Recht, keine arbeitsteilig funktionierenden Organe für die Erzeugung und Anwendung seiner Normen einsetzt. Es befindet sich noch in einem Stadium weitgehender Dezentralisation. Es steht erst am Anfang einer Entwicklung, die

das staatliche Recht schon zurückgelegt hat.« Ganz ähnlich beschrieb *Rudolf Geiger* das Völkerrecht aus rechtssoziologischer Sicht als »unvollständiges Recht« oder »Recht *in statu nascendi*«, das auch mit Ansätzen einer internationalen Gerichtsbarkeit und aufkeimenden Mechanismen kollektiver Rechtsdurchsetzung im Rahmen der Vereinten Nationen erst »das embryonale Stadium staatlicher Rechtsordnungen« erreicht habe. Zum anderen wird argumentiert, dass der Zwang kein notwendiges Merkmal des Rechts sei. Sofern sich das innerstaatliche Recht an Regierung oder Gesetzgeber richte, sei es ebenfalls nicht durchsetzbar. *Heinrich Triepel* meinte daher, die Befugnis zur Rechtsdurchsetzung sei lediglich ein sekundäres Recht, das zwar durch die Existenz des Hauptrechts bedingt, aber in seinem Gehalt von diesem verschieden sei: »Ein Satz ..., der nach seiner Entstehung und seinem Inhalte ein Rechtssatz sein kann, ist nicht bloss deshalb als Nichtrechtssatz zu bezeichnen, weil ihm das ›Zwangsmoment‹ fehlt. Er mag im Werthe den anderen nachstehen, seinem Wesen nach aber ist er ihnen gleich.« Auf Grund der funktionalen und inhaltlichen Vergleichbarkeit mit dem innerstaatlichen Recht erkannte auch Hart das Völkerrecht als Recht an, machte aber wegen des Mangels an sekundären Erkenntnisregeln einen graduellen Unterschied aus: Es handele sich lediglich um »a simple regime of primary or customary law«.

Über den Geltungsgrund des Völkerrechts besteht indes nach wie vor Uneinigkeit. Naturrechtliche oder vernunftrechtliche Geltungsbegründungen sehen sich dem Einwand der kulturellen und ideologischen Pluralität innerhalb der Staatenwelt ausgesetzt. Die dominierenden politischen Geltungsbegründungen halten daher den Willen der souveränen Staaten für entscheidend: Die Geltung des Völkerrechts beruhe auf Konsens – entweder in Form einer »Selbstverpflichtung«, die auf freiem Willen beruht, oder einer von einem Vertrag zu unterscheidenden unkündbaren Vereinbarung, durch die ein »Gemeinwille« erzeugt werde, oder sogar einem »common consent« der Staatengemeinschaft insgesamt. Auch diese Ansätze stoßen aber auf Einwände. Der Selbstverpflichtungstheorie wird vorgeworfen, dass sie Willensänderungen einzelner Staaten zulasse und die völkerrechtliche Bindung neu entstandener Staaten nicht erklären könne. Der Theorie vom Grundkonsens wird demgegenüber angelastet, dass sie den entgegenstehenden Willen einer Minderheit von Staaten für unbeachtlich halte. Der Vereinbarungstheorie wiederum wird vorgehalten, dass sie eine alle Staaten erfassende Völkerrechtsordnung nicht konstruieren könne. Davon abgesehen enthalten alle Theorien nur Behauptungen, nicht jedoch Begründungen dafür, warum der Konsens bindend sein soll. Dieser Vorwurf trifft auch Kelsens normativistische Geltungsbegründung des Völkerrechts. Danach ist eine »Grundnorm des Völkerrechts« vorauszusetzen, »die die durch das gegenseitige Verhalten der Staaten konstituierte Gewohnheit als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt«, wobei zum Gewohnheitsrecht auch der Satz »pacta sunt servanda« zähle. Doch kann mit Hilfe einer solchen Konstruktion die außerrechtliche Fundierung des Völkerrechts nur vermeiden, wer darauf verzichtet, die Geltung der Grundnorm ihrerseits zu begründen. Es wird daher häufig gefolgert, dass die Geltung des Völkerrechts nicht begründet, sondern lediglich soziologisch festgestellt werden könne. Zur Erklärung dafür, dass es maßgeblich auf die Wirksamkeit des Völkerrechts im Sinne von Effektivität ankommt, wird auf dessen »besondere Wirklichkeitsnähe« verwiesen: Das Völkerrecht schliesse nicht nur eng an die Staaten als seinem sozialen Unterbau an, sondern erkenne auch regelmäßig eine bestimmte

Rechtsslage erst dann an, wenn ein entsprechender Zustand tatsächlich verwirklicht sei. *Louis Henkin* brachte die Auffassung, dass Völkerrecht gilt, weil es angewendet wird, besonders prägnant zum Ausdruck: »[A]lmost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.«

Wenn es sich bei Völkerrecht um geltendes Recht handelt, dann stellt sich freilich die Frage nach seinem Verhältnis zu den staatlichen Rechtsordnungen. Dazu unterbreiteten die Theorien von Monismus und Dualismus früher zwei verschiedene Deutungsangebote. Der Dualismus ging in seiner strengen Form von zwei eigenständigen und unabhängigen Rechtsordnungen aus, die nach Quelle und Gegenstand klar voneinander getrennt seien: »Der Gegensatz ist einmal Gegensatz der normierten Lebensverhältnisse; das Völkerrecht regelt andere Beziehungen als das staatliche. Der Gegensatz ist ferner Gegensatz der Rechtsquellen«, meinte Triepel. Der Monismus, der dagegen eine einheitliche Rechtsordnung annahm, spaltete sich wiederum in zwei extreme Varianten auf, die entweder den Primat des staatlichen Rechts oder den Primat des Völkerrechts postulierten. Die gegensätzlichen Ansichten folgten aus den verschiedenen Auffassungen vom Geltungsgrund des Völkerrechts. Sie sind jedoch aus kaum vergleichbaren Perspektiven hervorgegangen und haben sich inzwischen weitgehend angenähert. Alle Ansichten werden heute nur noch in gemäßigten Formen vertreten. Sie gestehen gleichermaßen ein, dass sich Völkerrecht und staatliches Recht in ihren Anwendungsbereichen überschneiden können, wobei das Völkerrecht zwar von jedem Staat einzuhalten, entgegengesetztes staatliches Recht aber nicht automatisch nichtig sei. Damit werden nicht nur Dualismus und Monismus, sondern auch beide Varianten des Monismus austauschbar: »Das Völkerrecht, das als Bestandteil einer staatlichen Rechtsordnung gilt, ist inhaltlich dasselbe wie das Völkerrecht, das als eine den staatlichen Rechtsordnungen übergeordnete Rechtsordnung gilt. Aber auch der Inhalt des staatlichen Rechtes bleibt von der Konstruktion seines Verhältnisses zum Völkerrecht unberührt.« Sowohl rechtstheoretisch als auch rechtspraktisch unterscheiden sich die verschiedenen Modelle daher kaum noch. Allerdings leiden sie aus rechtstheoretischer Sicht unter einer Spannung, die in der Unterscheidung von Geltung und Anwendbarkeit des Rechts aufscheint: Obwohl die staatlichen Rechtsordnungen das Völkerrecht als geltendes Recht ansehen, ist das Völkerrecht darin grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar. Die Spannung bleibt in abgeschwächter Form erhalten, sofern eine staatliche Rechtsordnung das Völkerrecht über Kollisionsnormen wie die Art. 23-25, 59 Abs. 2 des Grundgesetzes nicht in eigenes Recht transformiert, sondern lediglich für intern vollziehbar erklärt. Angesichts der Vielzahl staatlicher Rechtsordnungen ist das Modell zudem treffender als »pluralistisch« bezeichnet.

Weiterhin passend bleibt dagegen die Bezeichnung des Völkerrechts als »äußeres Staatsrecht«, soweit die vorherrschende Auffassung damit zum Ausdruck bringt, dass Recht auch außerhalb des Staates nur von Staaten gesetzt werden kann. Es ist diese Verbindung von äußerer Souveränität und innerer, die gewöhnlich »westfälisches System« genannt wird, weil sie in den Friedensverträgen von Münster und Osnabrück aus dem Jahre 1648 erstmals positiv-rechtlich verankert wurde. Das Verdienst, das klassische Völkerrecht theoretisch begründet zu haben, wird allerdings meist *Hugo Grotius* zugeschrieben, der neben das aus menschlicher Vernunft abgeleitete »ius gentium naturalis« ein auf der Staatenpraxis beruhendes »ius gentium voluntarium« stellte. Art. VIII § 1 des Friedens-

vertrags von Osnabrück und § 62 des Friedensvertrags von Münster bestätigten dann ausdrücklich die Befugnis der Kurfürsten, Fürsten und Stände zur freien Ausübung ihrer Landeshoheit in geistlichen und weltlichen Angelegenheiten, während Art. VIII § 2 und § 63 diesen das Recht zugestand, untereinander und mit auswärtigen Mächten Bündnisse zur Erhaltung ihrer Sicherheit zu schließen. Der Westfälische Frieden ist daher zum »Grundgesetz« des »ius publicum europaeum« erklärt worden: Er habe die europäische »Staatengesellschaft« konstituiert und für das Rechtsverständnis eine Epochengrenze markiert.

ee) *Internationales Privatrecht.* Das Internationale Privatrecht baut auf der Spannung zwischen Geltung und Anwendbarkeit des Rechts, die auch das Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichen Rechtsordnungen kennzeichnet, schon im Grundsatz auf, denn es wird als staatliches »Rechtsanwendungsrecht« verstanden, das bestimmt, welches staatliche Privatrecht im Einzelfall anzuwenden ist. So heißt es in Art. 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, dass sich »das anzuwendende Recht bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat nach den Vorschriften dieses Kapitels (Internationales Privatrecht)« richtet. Für ein solches Recht bestünde kein Bedürfnis, wenn andere staatliche Privatrechtsordnungen nicht ebenfalls als geltendes Recht anerkannt würden. Jede staatliche Rechtsordnung muss danach sogar als universal geltend gedacht werden, denn sonst gäbe es keinen »true conflict« zwischen den Normen der verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen, die das Internationale Privatrecht zu lösen sucht.

Das Internationale Privatrecht zeigt damit einen Weg zum Umgang mit einer Pluralität von Rechtsordnungen auf. Seine Möglichkeiten sind jedoch in doppelter Hinsicht begrenzt. Zum einen bezieht es sich nur auf das Privatrecht. Demgegenüber wird ausländisches öffentliches Recht nach dem Grundsatz der staatlichen Souveränität regelmäßig nicht angewendet, sofern es nicht für Privatrechtsverhältnisse von Bedeutung ist. Zum anderen beruht die Anwendung fremden Rechts lediglich auf »comitas« als rechtlich unverbindlichem Entgegenkommen. Das Konzept ist, wahrscheinlich unter dem Eindruck von Bodins Souveränitätslehre, in den Niederlanden von *Paul Voet* und *Ulrik Huber* entwickelt worden. In den Vereinigten Staaten von Amerika nahm es später *Joseph Story* auf. Auch Savigny schloss daran an: »Man kann diese Gleichstellung [verschiedener Territorialrechte] als freundliche Zulassung unter souveränen Staaten bezeichnen, nämlich als Zulassung ursprünglich fremder Gesetze unter die Quellen, aus welchen die einheimischen Gerichte die Beurtheilung mancher Rechtsverhältnisse zu schöpfen haben.« Zwar wies bereits Savigny darauf hin, dass eine solche Selbstbindung zur Anwendung fremden Rechts, die auf Gegenseitigkeit beruht, später kaum wieder rückgängig gemacht werden kann. Er betonte daher, dass es sich nicht lediglich um einen »Ausfluß bloßer Großmuth oder Willkür«, sondern um eine »eigenthümliche und fortschreitende Rechtsentwicklung« in einer »völkerrechtlichen Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen« handle. Gleichwohl kann das Internationale Privatrecht der verschiedenen staatlichen Rechtsordnungen zur Lösung gleicher Fälle jeweils anderes staatliches Recht berufen.

Die auf Story zurückgehende Bezeichnung als »private international law« ist insofern missverständlich, denn international ist weder das verweisende noch das anzuwendende Recht, sondern allenfalls der zu regelnde Sachverhalt, der seiner-

seits aber besser transnational zu nennen wäre, da er ein grenzüberschreitendes Privatrechtsverhältnis betrifft. Die Bezeichnung trifft allein die in nahezu allen staatlichen Rechtsordnungen verbreitete Verweisungsmethode sowie die von ihr vorausgesetzte Bereitschaft zur Anwendung ausländischen Rechts. *Rudolf Wietölter* formulierte daher einst spöttisch, dass das Internationale Privatrecht »national von Geblüt, international von Gemüt« sei. Die im anglo-amerikanischen Rechtskreis ebenfalls gebräuchliche Bezeichnung als »conflict of laws«, die im Deutschen meist mit »Kollisionsrecht« übersetzt wird, erscheint demgegenüber passender. Sie ist jedoch ihrerseits ungenau, weil zum Kollisionsrecht nicht nur räumliches Kollisionsrecht zählt. Im Übrigen macht sie noch weniger deutlich, dass auch das Internationale Privatrecht nicht aus dem staatlichen Rechtsverständnis hinausweist.

b) Folgen

In der Rechtswissenschaft ist damit ein Paradigma im Sinne von *Thomas Kuhn* hervorgetreten, nach dem das Recht nur noch als von oder zwischen Staaten in Geltung gesetzt gedacht wird.

aa) *Rechtsbegriff*. Recht nicht-staatlicher Herkunft ist danach selbst zur Regelung der grenzüberschreitenden Beziehungen von Individuen nicht mehr vorstellbar: »Although some authors have advocated the idea of ›transnational law‹ ..., in reality, there is no such thing. No legal order exists above the various national legal systems to deal with transborder interactions between individuals (as distinct from states).« Es wird gerade mit der Herausbildung eines flächendeckenden Systems staatlicher Rechtsordnungen begründet, dass Einzelne nicht autonom Recht setzen könnten: »Schon ihre rechtliche Existenz hängt ab von einer jenseits ihrer Autonomie bestehenden Rechtsordnung, und sie wären auch nicht in der Lage, ihre Beziehungen so zu regeln, daß der Einfluß bestehender Rechtsordnungen ausgeschlossen wird.« Der Staat gewähre die Autonomie des Einzelnen: »Autonomie kann immer nur vom staatlichen Recht verliehen werden; Privatpersonen überschätzen sich, wenn sie meinen, über originäre Rechtsetzungsgewalt zu verfügen. Das staatliche Recht hat stets das letzte Wort; was es nicht autorisiert, das hat ... keine Geltungschance.«

bb) *Rechtstheorie*. Unter dem staatlichen Rechtsparadigma reduzierte sich die Rechtsphilosophie auf Rechtstheorie, weil sich die Frage nach dem richtigen Recht infolge der Trennung von Recht und Moral erübrigte. Radbruch sprach sogar von einer »Euthanasie der Rechtsphilosophie« durch die Rechtstheorie. Die Allgemeine Staatslehre führte die Rechtsphilosophie in Deutschland nur noch unter einem verengten Blickwinkel fort. Sie tritt heute zwar als Rechts- und Staatsphilosophie auf, wird im anglo-amerikanischen Rechtskreis aber der politischen Philosophie zugeordnet. Die Rechtstheorie verlor ihrerseits schnell an Bedeutung, weil sich die Bestimmung des geltenden Rechts infolge der Formalisierung des Rechts erleichterte. Überspitzt formuliert, lässt sich das Recht unter dem staatlichen Rechtsparadigma »allein durch einen Blick ins Gesetzblatt« erkennen. Die Rechtswissenschaft kann sich danach im Wesentlichen der Rechtsdogmatik widmen, die sie als Aufgabe der systematischen Erfassung, Interpretation und Analyse von geltenden Rechtsnormen versteht. Die Rechtsdogmatik

rückt unter diesen Umständen zur »juristischen Königsdisziplin« auf und macht den »Kern der Rechtswissenschaft« aus. Das »Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft« ist daher, zumal nach dem Aufkommen des Gesetzespositivismus, häufig in Zweifel gezogen worden.

In den Vereinigten Staaten von Amerika hat sich eine derartige Vorstellung von Rechtswissenschaft freilich nie durchsetzen können. Vielmehr versteht sich »legal scholarship« dort seit langem eher als Sozialwissenschaft, die ihren Ausdruck insbesondere in den Bewegungen von Rechtsrealismus, kritischer Rechtstheorie und ökonomischer Analyse des Rechts findet. Die Rechtswissenschaft hat damit jedoch nicht nur den Bezug zur Rechtspraxis der Gerichte verloren, sondern auch die Rechtstheorie im engeren Sinne aufgeben.

Mit den Entwicklungen, die in den Sozialwissenschaften unter den Schlagworten von Globalisierung und Weltgesellschaft untersucht werden, hat sich die Rechtswissenschaft daher erst spät beschäftigt. Erste Analysen beschränkten sich auf die Feststellung einer »Herausforderung« für die Rechtswissenschaft. Es wird inzwischen aber immerhin vermutet, dass in Anbetracht der tatsächlichen Veränderungen »vielleicht bald ein Aufschwung der Rechtstheorie zu erwarten« sein könnte.

Dass sozialer Wandel nicht ohne Einfluss auf das Recht bleibt, gesteht selbst die streng normativistische Rechtstheorie ein, indem sie die Wirksamkeit einer Rechtsordnung zu einer »Bedingung der Geltung«, obschon nicht zur »Geltung selbst« erklärt. Zwar mag es sich bei jeder Wahrnehmung der Wirklichkeit um eine gesellschaftliche Konstruktion handeln. Auch mögen sozialwissenschaftliche Erkenntnisse nicht unvermittelt Eingang in das Recht finden können. Wenn aber Globalisierung oder Ausdifferenzierung von Weltgesellschaft nicht nur als »Selbstwahrnehmungsphänomen« von Ansätzen erscheinen, die sich ausdrücklich als »postmoderne Rechtstheorie« oder »nachpositivistisches Rechtsdenken« zu erkennen geben, sondern die Paradoxien bei der Begründung der Rechtsgeltung zugleich »durch harte soziale Realitäten aufgedeckt« werden, dann wird die vorherrschende Rechtstheorie dem Änderungsdruck nicht mehr ausweichen können. Damit setzte sich weder die »normative Kraft des Faktischen« durch, noch gewänne ein soziologischer Rechtsbegriff die Oberhand, der Recht etwa »durch Herbeirufen, durch ständiges Insistieren und Berühmen von Recht« in Geltung setzen möchte. Vielmehr könnten, wie Bermans historisch und soziologisch informierte Rechtstheorie nahelegt, bestimmte Erscheinungsformen des Rechts wieder zur Geltung gelangen, die unter dem staatlichen Rechtsparadigma zwischenzeitlich verschüttet lagen.