



LOEWE

Exzellente Forschung für
Hessens Zukunft

www.konfliktloesung.eu

**LOEWE-SCHWERPUNKT
„Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“**

**LOEWE Research Focus
"Extrajudicial and Judicial Conflict Resolution"**

Arbeitspapier/Working Paper

20 (2015)

***Nothing was the same: Der
Wandel von Ordnung durch
Äquivalenz***

urn:nbn:de:hebis:30:3-334178

Stefan Kroll

Dr. Stefan Kroll
Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main
Exzellenzcluster Die Herausbildung normativer Ordnungen
Grüneburgplatz 1
60323 Frankfurt am Main
stefan.kroll@normativeorders.net

Nothing was the same: Der Wandel von Ordnung durch Äquivalenz

Stefan Kroll*

I. Funktionale Äquivalenz und die Universalisierung normativer Erwartungen

Das Recht erfüllt in den internationalen Beziehungen verschiedene Funktionen. Es formuliert und sichert verbindliche Verhaltenserwartungen. Es verfügt über Mechanismen, diese Verhaltenserwartungen durchzusetzen und räumlich auszudehnen. Es trägt über Regeln der Inklusion und Exklusion zur Verfestigung kollektiver Identitäten bei. Es stellt Institutionen und Verfahren zur Konfliktregulierung bereit. Das Recht ist vor allem ein spezifischer Modus der Rechtfertigung; von Gleichheit und Ungleichheit, Frieden und Krieg, Macht und Widerstand, Partikularität und Universalität. Das Recht ist, wie Martti Koskeniemi feststellt, eine Sprache, partikulare Interessen als allgemeine Erwartungen zu formulieren (Koskeniemi 2011, 239).

Nicht nur das Recht als solches, auch die verschiedenen Regeln und Verfahren im Recht erfüllen verschiedene Funktionen. Der Richter etwa erkennt das Gesetz, ist an seiner Ausdeutung und Erweiterung beteiligt und erfüllt weitere Funktionen darüber hinaus (Bogdandy und Venzke 2014, 16-29). Die Multifunktionalität des Rechts hängt insgesamt nicht davon ab, ob bestimmte Funktionen den Rechtsregeln und -verfahren in der Rechtserzeugung zugeordnet waren. Die funktionale Analyse des Rechts beschreibt weniger Konstruktion als Erscheinung. Nicht unumstritten ist daher die Frage, ob Funktionen losgelöst von ihrem sozialen, kulturellen und historischen Kontext zu bestimmen sind (Michaels 2006, 349). Ich gehe davon aus, dass Kontextinformationen in die Bestimmung von Funktionsmerkmalen einzubeziehen sind. Die Rolle des Richters, um bei dem Beispiel zu bleiben, ist nicht zuletzt auch durch historische und soziale Kontextbedingungen geprägt. Die unterschiedlichen Entwürfe der Justiztheorie des 19. Jahrhunderts, die zwischen „Richterkönig“ und „Subsumtionsautomat“ changierten, sind ein illustrierendes Beispiel hierfür (Ogorek 1986).

Die Frage der Funktion ist insbesondere in intertemporalen und interkulturellen Vergleichen von Bedeutung. Hier werden einander ähnliche normative Erwartungen und Verfahren als funktionale Äquivalente beschrieben. Konfliktregulierungsinstitutionen, welche keine ordentlichen Gerichte sind, werden, in Hinblick auf ihre Funktion als Streitentscheider oder -vermittler, als einem Gericht äquivalent begründet. Wichtig ist dabei, dass in der Regel nur ein bestimmtes Element auch ein funktionales Äquivalent in einer sonst anders aufgebauten normativen Institution hat (Luhmann 1974, 19). So ist die Streitentscheidung durch Einbeziehung eines Dritten charakteristisch für ansonsten sich unterscheidende Verfahren der gerichtlichen und außergerichtlichen Konfliktregulierung. Eine zusammenfassende Formel zur Beschreibung funktionaler Äquivalenz kann daher lauten: „functional equivalence is similarity in difference; it is finding that institutions are similar in one regard while they are different in all other regards.“ (Michaels 2006, 371)

Die Beobachtung funktionaler Äquivalenz eignet sich, normative Erwartungen als universal zu begründen. Ein soziales Muster, das trotz geographischer, ökonomischer oder

* Dr. Stefan Kroll (stefan.kroll@normativeorders.net) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Goethe Universität Frankfurt am Main, FB 03 Gesellschaftswissenschaften/ EXC „Die Herausbildung normativer Ordnungen“. Das Papier entstand als Beitrag für die *Offene Sektionstagung Internationale Politik* der DVPW in Magdeburg, 25.-27. September 2014, Panel E3 „Transformationen globaler Ordnung. Theoretische Perspektiven“. Mein Dank gilt den Kolleginnen und Kollegen des Frankfurter LOEWE-Schwerpunkts „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“. Einige der Überlegungen, die in diesen Beitrag eingegangen sind, gehen auf meine Zeit als Fellow des Schwerpunkts zurück.

kultureller Unterschiede kontextübergreifend ähnlich ist, kann als Ausdruck eines allgemeinen Bedürfnisses menschlicher Gesellschaften verstanden werden; eher, als dass es auf partikulare Interessen zurückzuführen ist. Hieraus leitet sich ein Mechanismus ab, durch den Regeln und Verfahren über die Grenzen regionaler oder sachbezogener normativer Ordnungen hinweg verbreitet werden können, der darauf beruht, dass ihre Funktionen als allgemein wahrgenommen und begründet werden. Es offenbart sich hierin also ein strategisches Potential funktionaler Äquivalenz. Während die Unterschiedlichkeit normativer Systeme grundsätzlich anerkannt wird, werden universale Kernfunktionen zunächst behauptet und dadurch herausgebildet. Ein Interesse funktionaler Vergleiche liegt also auch und gerade darin, „Unähnliches als äquivalent auszuweisen“ (Luhmann 1974, 25), um darauf aufbauend normative Erwartungen zu verbreiten und zu stabilisieren.

Michaels stellt die vor diesem Hintergrund interessante Frage, ob funktionale Äquivalenz lediglich etwas über die Universalität bestimmter Problemstellungen aussagt oder ob darüber hinaus auch eine Universalität von Werten eingeschlossen ist (Michaels 2006, 357-358). Es ist grundsätzlich schwierig, beide Bereiche voneinander zu trennen. Es ist davon auszugehen, dass die Beschreibung einer Problemlage bereits ein Werturteil voraussetzt. Die Schilderung einer Problemlage kann in diesem Sinne auch als eine verdeckte Form der Universalisierung bestimmter Werte verstanden werden. Die vordergründig rein problemorientierte Schilderung einer funktionalen Herausforderung wäre dann schließlich eine – bewusst oder unbewusst – verschleierte Form der Einforderung und Verbreitung normativer Erwartungen.

Hiervon ausgehend diskutiert das Papier die Beobachtung funktionaler Äquivalenz unter dem Gesichtspunkt der Veränderung normativer Ordnung. Die Beobachtung funktionaler Äquivalenz ist eine Form der Gegenwartsbeobachtung, die geeignet ist, das Recht in eine bestimmte Richtung hin zu entwickeln, weil sie den Eindruck erweckt, dass das Recht ohnehin schon an diesem Punkt angelangt sei und es insofern nicht um Transformation im eigentlichen Sinne geht, sondern lediglich um einen Nachvollzug der Transformation in der Interpretation. Um diesen Vorgang zu illustrieren, stellt das Papier historische und aktuelle Beispiele aus der Literatur des internationalen und transnationalen Rechts vor. Es sind – für den Zweck des Vortrags – nur Einzelbeispiele, die aber für die jeweils betrachteten Phasen repräsentativ sind (Abschnitte II-IV). Anknüpfend hieran wird der Modus der Veränderung eines Gegenstandes durch dessen Beobachtung wissenschaftstheoretisch eingeordnet (V) und die Rolle des Beobachters als Akteur diskutiert (VI). In einem abschließenden Abschnitt werden die wichtigsten Ergebnisse kurz zusammengefasst (VII).

II. Die Evolution des Völkerrechts (Bluntschli)

Das europäische Völkerrecht war in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts durch Widersprüche und Spannungen gekennzeichnet. Obwohl die meisten Völkerrechtler sich als Positivisten verstanden, waren Rückgriffe auf überpositive – naturrechtliche, ethische und philosophische – normative Argumentationsmuster in vielen Feldern des Völkerrechts auffindbar. Insbesondere in den Rechtsbeziehungen zu außereuropäischen Weltregionen wird dies deutlich. Hier wurden zwar Verträge geschlossen, was implizit bedeutete, den außereuropäischen Gesellschaften eine Völkerrechtspersönlichkeit zuzuschreiben. Allerdings wurde dies durch eine Völkerrechtswissenschaft der zivilisierten Nationen relativiert, welche begründete, warum diese Gesellschaften trotz der Verträge keine vollen Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft sein konnten. Diese Ungleichstellung wurde durch Rückgriff auf überpositive Kultur-, Religions- und Fortschrittssemantiken begründet (Fisch 1984).

Eine zweite, noch zentralere Spannung, die mit dem Positivismus ebenfalls eng verbunden ist, betraf die Frage des Rechtscharakters des Völkerrechts. Den Völkerrechtlern des neunzehnten Jahrhunderts ging es vor allem um eine Professionalisierung der Disziplin. Das Völkerrecht sollte als Rechtsgebiet und als Wissenschaft begründet und stabilisiert werden (Koskeniemi 2001, 4). Dies sollte auf Grundlage der positivistischen Methode geschehen, also der Begründung des Völkerrechts allein aus dem Willen der Völkerrechtssubjekte heraus. Vor allem deshalb war dies notwendig, weil der Rechtscharakter des Völkerrechts immer auch grundsätzlichen Zweifeln gegenüber stand; aus den bekannten Gründen, des Fehlens einer zentralen Rechtssetzung und -durchsetzung, die der der Staaten entsprach. Als Entgegnung hierauf waren Erörterungen des „Wesens“ und der „Fortschritte“ des Völkerrechts ein zentraler Gegenstand der völkerrechtswissenschaftlichen Diskussion. Es ging vor allem um Fragen der Begründung des Rechtscharakters des Völkerrechts, in Hinblick auf Rechtsquellen und -durchsetzung, sowie auch darum, was das Völkerrecht etwa von bloßer Völkermoral unterschied (siehe zur Völkermoral insbesondere Lovrić-Pernak 2013).

Dies soll im Folgenden am Beispiel Johann Caspar Bluntschlis illustriert werden. In einem Essay über „Die Bedeutung und die Fortschritte des Völkerrechts“, der 1873 erschien, fasst Bluntschli zunächst die „Bedenken gegen das Völkerrecht“ zusammen, die auch er als „in der That nicht geringfügig“ betrachtete (Bluntschli 1873, 6). Vor allem das Fehlen völkerrechtlicher Gesetze und einer völkerrechtlichen Rechtspflege erschienen Bluntschli als gewichtige Einwände: „Wie kann ernstlich von Völkerrecht die Rede sein, ohne ein Völkergesetz, welches das Recht mit Autorität verkündet, ohne ein Völkergericht, welches dieses Recht in Rechtsform handhabt, wenn die Macht schließlich allezeit den Ausschlag giebt?“ (ebd., 7)

Bluntschli war trotz dieser Einwände überzeugt von der Existenz des Völkerrechts als Recht. Seine Begründung baute er vor allem auf dem Gedanken des evolutionären Charakters der Herausbildung rechtlicher Ordnungen auf. Das Völkerrecht sei jung und daher noch nicht durch Gesetze im eigentlichen Sinne ausgestaltet. Vielmehr seien auch andere, unumstrittene Rechtsfelder zunächst ohne Gesetze geordnet gewesen (ebd., 8). Aber natürlich fehle es im Völkerrecht grundsätzlich an einem Gesetzgeber, den es nur geben könne, wenn eine „Organisation der Welt“ bestehe (ebd., 8), die aber „zur Zeit und noch lange hin keineswegs erreichbar sei“ (ebd., 9). Allerdings sei es auch „nicht [g]anz so schlimm, wie es der oberflächlichen Betrachtung erscheint“ (ebd., 9). Es fehle dem Völkerrecht nämlich keineswegs an „autoritativer Aussprache seiner Rechtsgrundsätze, die daher einen Gesetz ähnlichen Charakter hat“ (ebd., 9-10):

„Indem von Zeit zu Zeit große völkerrechtliche Congressse der civilisierten Staaten zusammengetreten sind und ihre gemeinsame Rechtsüberzeugung in formulierten Rechtssätzen zu Protokoll erklärt haben, haben sie im Grunde dasselbe gethan, was der Gesetzgeber thut.“ (Ebd., 10).

Für Bluntschli waren die Vertragsergebnisse internationaler Konferenzen „ihrem Wesen nach Rechtsgesetze und keineswegs bloße Vertragsartikel“ (ebd., 10) und die Konferenzen erfüllten demnach die Funktion, die innerstaatlich der Gesetzgeber erfüllt.

Es handelt sich hier eher um eine Äquivalenzbehauptung, denn um eine Äquivalenzbeobachtung. Zu offenkundig sind die von Bluntschli selbst zusammengefassten Zweifel am Rechtscharakter des Völkerrechts als dass er an dieser Stelle eine echte

Äquivalenz begründen könnte. Allerdings erkennt er dem Wesen nach Ähnlichkeiten, die in der evolutionären Entwicklung des noch jungen Völkerrechts doch irgendwann echte Äquivalenzen herausbilden sollten. Mehr noch, letztlich könnte sogar die „Gesetzgebung eines Einzelstaats [...] völkerrechtliche Grundsätze mit öffentlicher Autorität aussprechen“ (ebd., 10). Dies sei dann zwar keine „formelle und zwingende Autorität“, dafür aber eine „geistige und freie“ (ebd., 11). Auch dieser Hinweis auf grundsätzlich unterschiedliche, in ihrer Wirkung aber ähnliche Autoritätsformen, ist Ausdruck eher der Proklamation von Äquivalenz als ihrer tatsächlichen Beobachtung.

Es wird deutlich, dass Bluntschli ein tiefes Interesse an der Begründung und Verfestigung des Völkerrechts als Rechtsordnung hatte. Er wies auf die einerseits noch junge Entwicklung des Völkerrechts hin, was vor dem Hintergrund der Neuorientierung der Völkerrechtswissenschaft im späten neunzehnten Jahrhundert zu verstehen ist. Andererseits unterstrich Bluntschli die eigentlich schon ausgebildeten Funktionen des Völkerrechts, die aber in der Theorie und Praxis des Völkerrechts noch nicht anerkannt bzw. überhaupt noch nicht erkannt worden seien. Der Vergleich mit ähnlichen Funktionen in anderen Rechtsgebieten soll dies untermauern und zugleich als Rechtfertigung dafür dienen, das Völkerrecht in diese Richtung hin zu verändern.

Im Grunde erkennen wir hierin die – vor allem durch Luhmann beschriebene – Reproduktion eines Systems aus der Beobachtung heraus. Allerdings verbunden mit einer Strukturveränderung. Mit Luhmann ginge es hier also um den Vorgang einer abweichenden Reproduktion, die er als Evolution bezeichnete (Luhmann 1997, 569-576). Die Beobachtung ist ein zentrales Element der Evolution insofern, als „Transformationen nicht nur einfach stattfinden, sondern auch beobachtet, also darüber kommuniziert wird, daß sie stattfinden; und dies mit der Folge, daß sich [...] Intentionen bilden, die versuchen, die Veränderung zu verhindern oder zu befördern“ (ebd., 570). Rechtshistorische Arbeiten haben gezeigt, dass gerade das Völkerrecht ein in hohem Maße auch wissenschaftlich erzeugtes Recht ist (siehe für das Beispiel der Intervention/Nichtintervention etwa Vec 2010, 144). Mit anderen Worten fällt die Rolle der Intentionen bildenden Beobachtung vor allem der Völkerrechtswissenschaft selbst zu. Wissenschaftliche Quellen sind zentrale Quellen für die Frage der Evolution des Völkerrechts, und dies nicht nur in Hinblick auf die nachvollziehende Beschreibung und Interpretation, sondern auch als Impulsgeber der Veränderung.

Die Beobachtung von Äquivalenz ist dabei ein wichtiges und wiederkehrendes Muster. Über das Einzelbeispiel Bluntschlis hinausgehend hat Heinz Mohnhaupt „Begriff und Funktion des Völkerrechts in Enzyklopädiën des 18. und 19. Jahrhunderts“ untersucht und damit eine zentrale Quellengattung für die Frage der Veränderung des Völkerrechts in dieser Zeit erschlossen. In Hinblick auf die Frage der Äquivalenz stellt Mohnhaupt an verschiedenen Beispielen fest, dass insbesondere die Orientierung an privatrechtlichen Positionen sowie ein „Analogieschluss zwischen den Rechten der natürlichen Person und den Rechten des Staates“ auf ausgewählten Feldern für die Völkerrechtsevolution wichtig waren (Mohnhaupt 2011, 76-77). Diese Beobachtung einer Orientierung an privatrechtlichen Positionen wurde zur Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts auch durch Hersch Lauterpacht, einen der wichtigsten Völkerrechtler dieser Zeit, beobachtet und beschrieben. Sie soll daher an seinem Beispiel im folgenden Abschnitt vertieft werden.

III. Das Völkerrecht als lückenloses Recht (Lauterpacht)

Hersch Lauterpacht veröffentlichte im Jahr 1927 sein bis heute einflussreiches Buch „Private law sources and analogies of international law“. Wie Lauterpacht gleich in seiner Vorrede festhält, handelt es sich bei diesem Buch quasi um einen Kommentar zu Artikel 38 (3) des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (Lauterpacht 1927, ix). Dieser

Artikelabsatz, der noch heute unverändert im Statut des Internationalen Gerichtshofs fortbesteht, legt fest, dass das Gericht in seinen Entscheidungen als nachgeordnete Rechtsquellen auch allgemeine Rechtsprinzipien zugrunde legen kann.¹ In seinem Buch trägt Lauterpacht eine Fülle von Beispielen staatlicher Praktiken und Entscheidungen internationaler Gerichte und Schiedsgerichte zusammen, die zeigen, dass diese allgemeinen Prinzipien in vielen Fällen Prinzipien des Privatrechts und Römischen Rechts sind, die per Analogie in das Völkerrecht eingeführt wurden. Solche Analogien wurden durch die positivistisch geprägte Völkerrechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts grundsätzlich abgelehnt. Lediglich Jellinek habe einen auch für Positivisten gangbaren Weg vorgeschlagen, wonach die Prinzipien, die über verschiedene Rechtsgebiete hin diffundierten, sich eben nicht per Analogie ausdehnten, sondern vielmehr übergeordnete universale Konzeptionen seien, die für alle Subsysteme des Rechts gelten würden, auch wenn sie bislang nur in einzelnen sichtbar geworden seien (ebd., 19-20).

Lauterpacht selbst teilte die positivistische Kritik an Analogien nicht. Er sah vielmehr ein notwendiges Instrument des Fortschritts in ihnen, „a vehicle of progress“ (ebd., 84). Das Kernargument Lauterpachts ähnelt dem Bluntschli. Auch Lauterpacht verweist auf die „Unvollständigkeit“ (ebd., 298) des sich noch in Formierung befindlichen Völkerrechts:

„...there is no need or justification for divorcing international law, a still underdeveloped law of co-ordinated entities, from a system of law [private law, SK], equally governing relations of co-ordinated entities, in which the ideals of legal justice and of the sovereignty of law are admittedly realised in a very high degree.“ (Ebd., 305)

Der Hinweis Lauterpachts, der so bereits auch bei Bluntschli zu finden war, dass das Völkerrecht sich noch in Formierung befinde und daher eher auf allgemeine Rechtsprinzipien zurückgreifen könne, muss letztlich auch als rhetorische Strategie gesehen werden. Auch wenn das Völkerrecht und seine Wissenschaft zu den betrachteten Zeitpunkten ganz offenbar in tiefen Umbruchphasen steckte, so ist es doch ein Recht, welches durch die spezifischen Mechanismen seiner Veränderbarkeit (durch Wissenschaft, Gerichte, Staatspraktiken) fortwährend einem Wandel unterworfen ist. Im Grunde ist der wiederholt vorgetragene Hinweis auf eine Gründungsphase letztlich ein Eingeständnis vorhandener Unzulänglichkeiten, formuliert als Rechtfertigung.

Dies wird durch die Texte aber nicht offen diskutiert. Im Kern geht es bei Lauterpacht um eine Auseinandersetzung mit positivistischen Völkerrechtsentwürfen, die im neunzehnten Jahrhundert Dominanz beanspruchten, aber zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts wieder relativiert wurden. Völkerrechtspositivisten lehnen Analogien zu anderen Rechtssystemen vor allem deshalb ab, weil sie hierdurch die Unabhängigkeit und Wissenschaftlichkeit des Völkerrechts gefährdet sehen (ebd., 7 und 297). Lauterpacht verweist auf eine Reihe wichtiger Autoren des neunzehnten Jahrhunderts, worin sich deren andauernde Bedeutung spiegelt. Er hingegen beklagt hierin einen dogmatischen Positivismus (ebd., 304) und unkritischen Ikonoklasmus (298). Selbst die zeitgenössischen Positivisten würden inzwischen einsehen, dass auch das Völkerrecht allgemeine, vom Willen des Staates unabhängige Grundprinzipien benötige (ebd., 298).

¹ Art. 38 The Court shall apply [...] (3) The general principles of law recognized by civilized nations; [...].

Wie auch Lesaffer zusammenfasst, wendete Lauterpacht sich in seinen Arbeiten also vor allem gegen einen exzessiven Positivismus im Völkerrecht, insbesondere gegen den daraus möglicherweise abgeleiteten Gedanken einer Unvollständigkeit desselben. Das Völkerrecht verfüge über allgemeine Prinzipien – die sich aus Analogien ergäben – die es gegebenenfalls vervollständigten und so dazu beitragen, dass das Völkerrecht geeignet sei, internationale Konflikte verschiedenster Art zu regulieren (Lesaffer 2005, 28-29). Lauterpacht begründete seine überpositiven Betrachtungen des Völkerrechts aus einem breiten rechtshistorischen Horizont heraus, der über das vergangene neunzehnte Jahrhundert hinausreichte. Einer seiner einflussreichsten Aufsätze diskutierte „the Grotian tradition in international law“. In diesem Aufsatz findet sich auch eine wichtige Begründung des Anthropomorphismus, der – wie bereits oben erwähnt – ein zentrales Element rechtlicher Analogieschlüsse ist:

„The analogy – nay, the essential identity – of rules governing the conduct of states and of individuals is not asserted for the reason that states *are like* individuals; it is due to the fact that states *are composed of* individual human beings; it results from the fact that behind the mystical, impersonal, and therefore necessarily irresponsible personality of the metaphysical state there are the actual subjects of rights and duties, namely, individual human beings.“
(Lauterpacht 1946: 27).

Die Analogie zwischen Individuen und Staaten als Teil einer grotianischen Tradition wurde im Übrigen auch in den internationalen Beziehungen gesehen und von Hedley Bull mit direktem Bezug auf Lauterpacht betrachtet und unter dem Begriff der *domestic analogy* in einem erweiterten Rahmen diskutiert (Bull 1966). Im Recht waren diese Beobachtungen vor allem für die Entwicklung des internationalen Strafrechts von großer Bedeutung, wie Lauterpacht in einer Fußnote seines Aufsatzes auf derselben Seite unterstreicht, in der er aus dem Urteil der Nürnberger Prozesse zitiert:

„It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign States, and provides no punishment for individuals [...] these contentions must be rejected [...]. Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.“ (zit. nach Lauterpacht 1946, 27).

Martti Koskenniemi hat anhand des Werks von Hersch Lauterpacht die Rolle der Wissenschaft in der Völkerrechtsevolution unterstrichen. Koskenniemi betont insbesondere die Bedeutung von Interpretation für die Substanz internationaler Normen – „law is the effect of lawyers' imagination“ (2001, 361) – und kommt schließlich zu dem Schluss: „Such nominalism liberates lawyers to create international order by imagining that it already exists.“ (2001, 357-358).

Dies ist insgesamt also eine ganz ähnliche Logik, wie sie oben bereits am Beispiel Bluntschlis diskutiert wurde. Völkerrechtswissenschaftler formulieren Analogien, durch die das Völkerrecht entwickelt wird. Vor allem verbunden mit dem Hinweis, dass bestimmte analoge Funktionen ohnehin schon realisiert seien und somit durch eine Erweiterung der Rechtsquellenlehre lediglich nachvollzogen würden. Besonders interessant am Beispiel

Lauterpachts ist, dass seine Ergänzung des Völkerrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien im Sinne des Art. 38 (3) eine Form der Völkerrechtsevolution ist, die im Gegensatz zu der Annahme einer Dominanz von Differenzierungsdynamiken in modernen Rechts- und Politiksystemen eher ein Phänomen der Entdifferenzierung zu sein scheint (vgl. etwa Albert/Buzan/Zürn 2013). Anstatt als rechtliches Subsystem spezifische Funktionen auszubilden, orientiert sich das Völkerrecht an allgemeinen Normen und Verfahren und trägt so letztlich zur „Einheit“ des Völkerrechts bei (vgl. vor allem Prost 2012). Im Folgenden soll ein ähnlicher Vorgang schließlich noch an einem aktuellen Beispiel gezeigt werden, der Diskussion über die Herausbildung, Existenz und Eigenschaft eines transnationalen Rechts.

IV. Das transnationale Recht als Methode (Callies und Zumbansen)

Die Transformation globaler Ordnung ist vor allem eine Transformation der Perspektive:

“[C]hanged observation of the world is not just a simple reflection of a changed or changing world. In fact, a very large part of the change may be a transformation in how we understand what has ‘been there’ for quite some time, even though that change in understanding was likely set in motion by some real changes in the world.” (Beyer 2013: 664)

Die Diskussion um transnationales Recht ist ein illustrierendes Beispiel für diesen Gedanken der Veränderung, die sich vor allem aus einer sich verschiebenden Beobachterperspektive ergibt. Im Kern geht es dabei um die Frage, wie sich Grenzen des Rechts verschieben. Grenzen innerhalb des Rechtssystems, also im Verhältnis bestehender Teilsysteme des Rechts. Aber auch über das Rechtssystem hinaus, nämlich in Hinblick auf das Verständnis davon, was eigentlich Recht ist, im Verhältnis zu anderen Formen der Normativität. In den 1950er Jahren beschrieb Philip C. Jessup transnationales Recht als ein Recht, das sowohl klassisches internationales Recht, internationales Privatrecht als auch davon unabhängige Normen einschloss (Jessup 1956, 2). Dies ist ein direkter Anknüpfungspunkt auch für aktuelle Konzeptionen des transnationalen Rechts:

„In contrast to public international law, transnational law, for Jessup, was not confined to relationships among sovereign states. In contrast to the analytical lens applied by conflict of law scholars, transnational lawyers did not seek to reattach the norms governing a particular situation to the laws of any given nation-state. Instead, TI, as he saw it, consisted of the norms that govern border-crossing transactions of both public – that is governmental – and private, that is individual, collective, commercial or other – actors.” (Callies und Zumbansen 2010, 11). “

Der Begriff des transnationalen Rechts beschreibt in diesem Sinne also vor allem hybride Formen der Normenproduktion; hybride aus der Perspektive einer klassischen juristischen Methodenlehre, die auf der Unterscheidung verschiedener Felder des öffentlichen und privaten sowie des staatlichen und nichtstaatlichen Rechts basiert.

Man kann in diesem Verständnis des transnationalen Rechts nun einerseits einen neuen Oberbegriff erkennen, der die Kombination bestehender Rechtsformen lediglich neu zusammenfasst. In Erweiterung hierzu kann transnationales Recht aber auch ein Konzept bedeuten, aus dem ganz neue Rechtsformen abgeleitet werden; insbesondere aus der Kombination grenzübergreifenden Rechts mit Theorien des Rechtspluralismus (Scott 2009).

Eine besondere Herausforderung transnationaler Rechtstheorien liegt in der Bestimmung des Verhältnisses von rechtlicher und nicht-rechtlicher Normativität, bzw. vor allem von der Übersetzung nicht-rechtlicher Normativität in Recht (Callies und Zumbansen 2010, 22). Es handelt sich hier um ein Phänomen der Transformation, das sich vor allem aus einer veränderten Perspektive ergibt. Die normative Funktion des *noch nicht rechtlichen Rechts* ist schon beobachtbar, allerdings bedarf es veränderter rechts-methodologischer Vorzeichen, um es in Recht zu transformieren – und damit das Paradox aufzulösen.

Transnationale Normen sind nur dann Recht, und damit Bestandteil der Transformation globaler Ordnung, wenn Formen des informellen und nicht-staatlichen Rechts rechtstheoretisch als Recht anerkannt werden. Die Argumente hierfür sind nicht lediglich rechtstheoretischer und rechtssoziologischer Natur, sondern lassen sich vor allem auch aus rechtshistorischen Arbeiten ableiten. Die Transformation liegt also nicht in der Existenz hybrider normativer Praktiken, die aus den verschiedenen Perspektiven den Regelfall bilden, sondern in der methodischen Anerkennung dieser Praktiken als transnationales Recht:

“...the approach [...] focuses on the interaction and interpenetration of evolving legal cultures, comprising hard and soft law, official and unofficial norms, promulgated by public, private and hybrid norm-producing entities. Neither explicitly public nor private in nature, pertaining to and originating neither in the nation-state nor exclusively from within international organizations, the evolving normative regimes are bound to fundamentally challenge traditional ways of ‘law-making’.” (Ebd., 24)

Das transnationale Recht ist also – nicht nur, aber auch – ein Versuch, die traditionelle juristische Methode aufzubrechen. Es tut dies nicht einfach so, sondern vor allem weil bestimmte Kernfunktionen des Rechts in außerrechtlichen, informellen normativen Konstellationen ohnehin schon verwirklicht sind, so zumindest die Beobachtung, und es allein deshalb notwendig ist, den Rechtsbegriff zu erweitern. Auch in diesem Beispiel zeigt sich also die Verwendung von Äquivalenzbeobachtungen mit dem Ziel der Veränderung rechtmethodischer Annahmen. Ganz ähnlich wie im Falle Bluntschlis wird ein Normensystem, dessen Rechtscharakter aus dogmatischer Perspektive bezweifelt wird, als Recht begründet, weil dessen Funktionen dem Wesen nach ohnehin schon vorhanden seien.

In einem weiteren Schritt kann dies sogar dazu führen, dass gar nicht mehr überprüft wird, ob solche Funktionen tatsächlich empirisch nachweisbar sind, sondern es geht nur noch darum, ob das theoretische Konzept ein besonderes Zukunftspotential hat. In diesem Sinn ist ein aktuellerer Beitrag von Bogdandy und Dellavalle zu verstehen, der jüngere *lex-mercatoria*-Theorien als bahnbrechende Innovationen für das Verständnis sozialer Ordnungen würdigt, ganz unabhängig von deren empirischer Existenz:

„The fundamental purpose of our inquiry is not to substantiate the factual existence of the *lex mercatoria*. Rather, we concentrate on the question whether the recently elaborated theoretical understanding of *lex mercatoria* successfully addresses all of the aforementioned conditions and, consequently, presents the spontaneous transnational legal regime of private actors as a new and self-reliant idea of social order.” (Bogdandy und Dellavalle 2013, 61).

Dieser Beitrag ist deshalb so interessant, weil hier die rechtshistorische Aussagekraft der *lex-mercatoria*-Theorien gar nicht mehr diskutiert oder bestritten wird, sondern gar keine relevante Frage mehr zu sein scheint. In diesem Fall scheint sich also die Theorie, die ursprünglich zu einem guten Teil auch auf einem Äquivalenzargument fußte, von der Empirie entkoppelt zu haben.

V. Normativ-interpretierende Theorieanwendung

Der Wandel globaler Ordnung durch Äquivalenz- und Analogieschlüsse ist also ein Muster, das in verschiedenen Phasen der Geschichte des internationalen und transnationalen Rechts beobachtbar ist. Es handelt sich dabei, wie im ersten Abschnitt dieses Papiers deutlich wurde, um einen theoriegeleiteten Vergleich von ähnlichen Elementen ansonsten unterschiedlicher Fälle. Wie lässt sich aber eine solche Art der Theorieanwendung einordnen, die zugleich auf den Gegenstand einwirkt, auf den sie sich bezieht?

Isaac Reed unterscheidet drei *epistemic modes* der Verwendung von Theorie in den Geistes- und Sozialwissenschaften, die helfen können, die Beobachtungen funktionaler Äquivalenz für die Transformation globaler Ordnung näher zu beschreiben: einen *realist*, einen *normative* und einen *interpretive mode* (2011, 8-11). Im Rahmen des *realist mode* trägt Theorie vor allem zur unmittelbaren Erklärung sozialer Phänomene bei, zur Ordnung von Daten und Beobachtungen in Hinblick auf eine bestimmte Fragestellung (ebd., 8). Der *normative* und *interpretive mode* gehen über diesen unmittelbaren Rahmen hinaus. Der *normative mode* wird von Reed als ein Dialog zwischen Beobachter und Beobachtungsgegenstand verstanden. Beobachtung und das Aufzeigen von Möglichkeiten gehen hier ineinander über, es geht um Verständnis, aber auch um die praktische Wirkung wissenschaftlicher Erklärungen (ebd., 9). Der *interpretive mode* schließlich, beschreibt eine tiefergehende, vielschichtige Interpretation sozialer Phänomene. Es geht nicht nur um Erklärung, sondern um eine Interpretation, die durch Einbindung verschiedener Theorieelemente ein neues „bedeutungsvolles Ganzes“ konstruiert (ebd., 10).

Die Beispiele der Beobachtung funktionaler Äquivalenz in diesem Papier stehen für eine Verflechtung des interpretierenden und des normativen Modus. Insbesondere für den Fall Bluntschli ist das Bild des Dialogs zwischen Beobachter und Gegenstand greifbar. Bluntschli ringt förmlich um den Rechtscharakter des Völkerrechts, der ja da sei, aber eben nur dem Wesen nach, nicht hinreichend anerkannt. Er scheint sich auch mit der Rolle eines Beobachters zu identifizieren, der durch seine Beobachtung zur Herstellung des herbeigesehnten Zustands einen Beitrag leistet. Warum sonst sollte vom „Fortschritt“ des Völkerrechts die Rede sein? Die anderen Beispiele wirken da auf den ersten Blick reservierter, wissenschaftlich rationaler. Sowohl im Falle der Privatrechtsanalogien als auch dem des transnationalen Rechts geht es zunächst um die theoretisch hergeleitete Verbindung verschiedener methodischer Zugänge zu einer neuen Perspektive. Vor allem das transnationale Recht kann als Beispiel eines neuen, bedeutungsvollen Ganzen gelten. Ein Recht, das verschiedene Elemente normativer Theorien miteinander verbindet, zu einer, bestehende Grenzen rechtlicher Regime überschreitenden, Konstruktion. Die dann aber auch präsentiert wird in der Erwartung eines praktischen – und umstrittenen – Effekts, nämlich der methodischen Revision der Disziplin in Hinblick auf die Anerkennung informellen Rechts als Recht.

VI. Der Beobachter als Akteur

Die geschilderten Beispiele untermauern insgesamt die These des inter- und transnationalen Rechts als eines in hohem Maße wissenschaftlich geprägten Rechtsfeldes. Die Formulierung von Äquivalenz- und Analogieschlüssen sind ein Mechanismus, durch den Beobachter des Völkerrechts Einfluss auf dessen Entwicklung nehmen können.

Bislang wurden in der Literatur vor allem methodische Bedenken gegenüber der Beobachtung von Äquivalenten formuliert. Es wurde Bezug genommen auf die Komplexität von Normen, Verfahren und Institutionen, aus der folgt, dass regelmäßig nur einzelne Elemente verglichener Institutionen äquivalent sind, nicht aber diese Institutionen im Ganzen (siehe hierzu die Ausführungen in Abschnitt I). Dies sind die Grenzen, die insbesondere dem *realist epistemic mode* gesetzt sind. Wenn Beobachter aber dazu tendieren, trotz der methodischen Einschränkungen, die Äquivalente in einer interpretierenden und normativen Weise zu formulieren, so sind auch Fragen der Legitimation und der besonderen Autorität zu stellen, die in Hinblick auf ein *science-made law* – in Anlehnung an die Debatte über das *judge-made law* (Cardozo 1921; Bogdandy und Venzke 2011) – zu stellen sind.

Spiegelt sich etwa dieser Status der Wissenschaft auch in der Rechtsquellenlehre? Die Wissenschaft als Hilfsmittel des Völkerrechts wurde in Artikel 38 1(d) des IGH Statuts (und zuvor in Art. 38 (4) des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs) kodifiziert. Zum einen aber liegen die diskutierten Beispiele auch in früheren historischen Phasen, zum anderen ist fraglich, inwieweit die Regelung den Einflussgrad „der Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler“ erfasst. Diese Frage ist so erst einmal gar nicht zu beantworten, da es einer viel breiteren empirischen Basis bedürfte, als sie die einzelnen Beispiele hier leisten können, die lediglich geeignet sind, die Heuristik zu illustrieren. Darüber hinaus wäre auch nach der spezifischen Autorität zu fragen, die wissenschaftlichen Beobachtungen zugeschrieben wird und die regional vermutlich stark unterschiedlich ausgeprägt ist. Es wäre hier also zunächst die Funktion in einem erweiterten Maßstab zu untersuchen, um darauf aufbauend Konstruktion und Wirkung dieser Regel miteinander in Beziehung zu setzen.

Insgesamt kann allerdings festgehalten werden, dass mit der langfristigen Verwissenschaftlichung des Völkerrechts als Disziplin seit dem neunzehnten Jahrhundert auch die Bedeutung der Experten gewachsen ist. Wie ich an anderer Stelle bereits ausführlicher diskutiert habe, ist die Verwissenschaftlichung des Völkerrechts ein ganz wesentlicher Aspekt seiner Ausdehnung, insbesondere in den außereuropäischen Raum, der u. a. durch die Mitwirkung lokal tätiger Völkerrechtsexperten zu erklären ist (Kroll 2012, 58-61). In diesem Zusammenhang stellt die Beobachtung funktionaler Äquivalente einen spezifischen Mechanismus dar, durch den Experten zur Ausdehnung und inhaltlichen Erweiterung völkerrechtlicher Normen und Verfahren beitragen. Wie ich bereits oben formuliert habe, ist die Beobachtung funktionaler Äquivalenz insbesondere im Kontext der bewussten und unbewussten Universalisierung normativer Erwartungen von Bedeutung.

VII. Schluss

„Nach Analogien denken ist nicht zu schelten: die Analogie hat den Vorteil, daß sie nicht abschließt und eigentlich nichts Letztes will; dagegen die Induktion verderblich ist, die einen vorgesetzten Zweck im Auge trägt und, auf denselben losarbeitend, Falsches und Wahres mit sich fortreißt.“ (Goethe 1833, Maximen und Reflexionen)

Das Papier hat insgesamt Überlegungen vorgetragen, die sich nicht mit Goethes Wissenschaftstheorie zu Analogie und Induktion decken. Die Analogie kann durchaus verwendet werden, etwas Letztes zu wollen oder zumindest in eine diffuse Richtung hin zu streben. Die Beispiele aus dem internationalen und transnationalen Recht sollten illustrieren, dass Analogiebeobachtungen bisweilen vorgetragen werden, um einen bestimmten Zustand erst herzustellen. In diesem Sinne können Analogie- und Äquivalenzbehauptungen als

Mechanismus dienen, um bestimmte normative Erwartungen zu universalisieren. Äquivalenz, dies wurde eingangs betont, dient dazu, Ähnliches in Unähnlichem zu identifizieren, was zugleich auch dazu führen kann, Unähnliches als ähnlich und letztlich allgemein zu beschreiben.

Es ging in diesem Papier nicht so sehr darum, die methodischen und erkenntnistheoretischen Probleme dieses Vorgehens wiederaufzugreifen, sondern dessen Bedeutung für die Transformation normativer Ordnung aufzuzeigen. Gleichwohl hat die Einordnung der Äquivalenzbeobachtungen in einen normativ-interpretierenden epistemischen Modus gezeigt, dass diese durchaus eine wissenschaftstheoretische Rechtfertigung haben können. Die Rolle des Beobachters als Veränderer normativer Ordnung wurde kurz angesprochen, müsste aber anhand weiterer Fälle diskutiert werden, insbesondere in Hinblick auf Fragen der Legitimation und der Übereinstimmung völkerrechtlicher Regeln und völkerrechtlicher, vor allem völkerrechtswissenschaftlicher, Praktiken.

Literatur:

- Albert, Matthias; Buzan, Barry und Michael Zürn. 2013. „Introduction: Differentiation theory and international relations.“ In Matthias Albert, Barry Buzan und Michael Zürn (Hrsg.), *Bringing sociology to international relations. World politics as differentiation theory*. Cambridge: Cambridge University Press. S. 1-24.
- Beyer, Peter. 2013. „Questioning the secular/religious divide in a post Westphalian-world.“ *International Sociology* 28(6): 663-679.
- Bluntschli, Johann C. 1873. *Die Bedeutung und die Fortschritte des modernen Völkerrechts*. Berlin: C. G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung.
- Bogdandy, Armin von und Ingo Venzke. 2014. *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten des globalen Regierens*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Bogdandy, Armin von und Sergio Dellavalle. 2013. „The lex mercatoria of systems theory: Localisation, reconstruction and criticism from a public law perspective.“ *Transnational Legal Theory* Vol. 4(1): 59-82.
- Bogdandy, Armin von und Ingo Venzke. 2011. „Beyond dispute: International judicial institutions as lawmakers.“ *German Law Journal* 12: 979-1004.
- Bull, Hedley. 1966. „The Grotian conception of international society.“ In Herbert Butterfield und Martin Wight (Hrsg.), *Diplomatic investigations. Essays in the theory of international politics*. London: George Allen & Unwin Ltd. S. 51-73.
- Calliess, Graf-Peter und Peer Zumbansen. 2010. *Rough consensus and running code. A theory of transnational private law*. Oxford und Portland: Hart Publishing.
- Cardozo, Benjamin N. 1921. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press.
- Fisch, Jörg. 1984. *Die europäische Expansion und das Völkerrecht. Die Auseinandersetzungen um den Status der überseeischen Gebiete vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*. Stuttgart: Steiner.
- Jessup, Philip C. 1956. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press.
- Koskenniemi, Martti. 2001. *The gentle civilizer of nations. The rise and fall of international law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Koskenniemi, Martti. 2011. „International law and hegemony: A reconfiguration.“ In Martti Koskenniemi, *The politics of international law*. Oxford und Portland: Hart Publishing. S. 219-240.
- Kroll, Stefan. 2012. *Normgenese durch Re-Interpretation. China und das europäische Völkerrecht im 19. und 20. Jahrhundert*. Nomos: Baden-Baden.
- Lauterpacht, Hersch. 1927. *Private law sources and analogies of international law (with special reference to international arbitration)*. London: Longmans. [Reprinted with permission of Longmans, Green & Co. Ltd. 1970 by Archon Books, USA].
- Lesaffer, Randall. 2005. „Argument from Roman Law in current International Law. Occupation and acquisitive prescription.“ *The European Journal of International Law* 16(1): 25-58.
- Lovrić-Pernak, Kristina. 2013. *Morale internationale und humanité im Völkerrecht des späten 19. Jahrhunderts. Bedeutung und Funktion in Staatenpraxis und Wissenschaft*. Baden-Baden. Nomos.

- Luhmann, Niklas. 1974 [1962]. „Funktion und Kausalität.“ In Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Bd. 1, 4. Auflage. Opladen: Westdeutscher Verlag. S: 9-30.
- Luhmann, Niklas. 1997. *Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1. Tb.* Suhrkamp: Frankfurt am Main.
- Michaels, Ralf. 2006. „The functional method of comparative law.“ In Mathias Reimann und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press. S. 339-382.
- Mohnhaupt, Heinz. 2011. „Begriff und Funktion des Völkerrechts in den Enzyklopädien des 18. und 19. Jahrhunderts.“ In Christoph Schmelz (Hrsg.), *Völkerrecht und Außenpolitik Schwedens und des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 17. und 18. Jahrhundert*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač. S. 67-87.
- Ogorek, Regina. 1986. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Frankfurt: Klostermann.
- Prost, Mario. 2012. *The concept of unity in public international law*. Oxford: Hart Publishing.
- Reed, Isaac A. 2011. *Interpretation and social knowledge. On the use of theory in the human sciences*. Chicago und London: The University of Chicago Press.
- Scott, Craig. 2009. „‘Transnational law’ as proto-concept: Three conceptions.“ *The German Law Journal* 10 (7): 859-876.
- Vec, Miloš. 2010. „Intervention/Nichtintervention. Verrechtlichung der Politik und Politisierung des Völkerrechts im 19. Jahrhundert.“ In Ulrich Lappenküper und Reiner Marcowitz (Hrsg.) *Macht und Recht. Völkerrecht in den internationalen Beziehungen*. Paderborn: Ferdinand Schöningh. S. 135-160.