

Rechtsgeschichte Legal History

www.lhlt.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg30>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 30 (2022)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg30/310-313>

Rg **30** 2022 310–313

Ralf Seinecke *

Endlich!

[Finally!]

* Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtslehre, Frankfurt am Main, seinecke@lhlt.mpg.de

Dieser Beitrag steht unter einer Creative Commons Attribution 4.0 International License



Erkenntnisse (vgl. Nachweise auf 2, Fn. 3) aus rechtstheoretischer Perspektive (vgl. 6 f.) nicht zu trifft. Dass er diese These auch für die »deskriptive Rechtsdogmatik« entfaltet, lese ich als Reverenz gegenüber einer immer noch einflussreichen Meinung; ich persönlich halte sein Plädoyer für eine normative Rechtsdogmatik für wichtiger und zukunftssträchtiger. Damit entwirft er ein rechtstheoretisches Gerüst, das auch die Traditionalisten unter den Rechtsdogmatiker*innen überzeugen könnte, ihre normativen Prämissen nicht mehr in der teleologischen Argumentation zu verstecken und Rechtswissenschaft wieder vermehrt als Rechtssetzungswissenschaft zu betreiben. Dass er dabei die alles entscheidende Frage nach dem »Wie« etwas stiefmütterlich behandelt, finde ich schade – aber das ist letztlich eine Konsequenz der

selbst gesetzten Forschungsfrage, die ich als Leser zu akzeptieren habe. Das Buch verdeutlicht, dass Rechtsdogmatik als solche nicht abgeschottet betrieben werden muss. Wenn wir von den rechtlich und dogmatisch eröffneten »Interdisziplinaritätspotentialen« keinen Gebrauch machen, ist das eine bewusste Entscheidung – und als solche im wissenschaftlichen Diskurs rechtfertigungsbedürftig. Das ist vielleicht die wichtigste Leistung dieser Arbeit. Den zukünftigen Forschungsbedarf sehe ich darin, Methoden und Zugänge zu entwickeln, die die damit verbundenen Übersetzungsvorgänge anleiten können. Auch wenn dazu – wie oben (III.) gezeigt – schon einiges skizziert wurde: Es bleibt noch viel zu tun!



Ralf Seinecke

Endlich!*

I. »Legal Pluralism Explained« ist erst einmal eine Ansage. Seit Jahrzehnten nimmt der Rechtspluralismus-Talk immer weiter zu. Nachdem der Begriff sich zunächst in der Rechtsanthropologie der 1970er und 80er Jahre etabliert hatte, wanderte er von dort in die politische und Rechtstheorie der 1990er Jahre, um dann spätestens seit den 2000er Jahren auch im Völker-, Europa- und transnationalen Recht und sogar in der nationalen Dogmatik anzukommen.¹ Inzwischen ist er recht konsolidiert.² Rechtspluralismus, Diversität und Multinormativität sind Teil unseres multipluralen Zeitgeistes: Vielfalt ist gut, Einfalt hingegen doof. Dabei ist Rechtspluralismus ein recht dunkler Begriff. Oft wird er unscharf und vage gebraucht. Das liegt weniger an den mit ihm befassten Rechts-

wissenschaften. Rechtspluralismus entstand als Kampfbegriff und ist heute eben auch Modebegriff. Gegen ein bisschen Rechtspluralismus kann doch niemand etwas haben. Der sympathische Klang der Vielfalt überspielt die meisten Zweifel.

Umso wichtiger ist das Buch Tamanahas: Endlich wird »Rechtspluralismus erklärt«. Schon seit den 1990er Jahren beteiligt sich Tamanaha an den Debatten um Rechtspluralismus. Zwar gehört er nicht zu den Rechtspluralist*innen der ersten Stunde. Doch bereits seit seiner Dissertation »Understanding Law in Micronesia« von 1993 begleitet er die Studien zum Rechtspluralismus kritisch.³ Was aber erklärt nun Tamanaha? Wie klärt er über Rechtspluralismus auf? Seine Geschichte geht so:

* BRIAN Z. TAMANAHA, *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*, New York: Oxford University Press 2021, x + 217 S., ISBN 978-0-19-086155-1

1 Dazu den Überblick bei RALF SEINECKE, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen 2015, 58–65.

2 Etwa in den Handbüchern aus der jüngeren Zeit PAUL SCHIFF BERMAN

(Hg.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford 2020; DAVIES GARETH, MATEJ AVBELJ (Hg.), *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Cheltenham/Northampton 2018.

3 BRIAN Z. TAMANAHA, *Understanding Law in Micronesia. An Interpretive Approach to Transplanted Law*, Leiden 1993; DERS., *The Folly of the*

»Social Scientific« Concept of Legal Pluralism, in: *Journal of Law and Society* 20 (1993) 192–217; DERS., *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in: *Journal of Law and Society* 27 (2000) 296–321; DERS., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present. Local to Global*, in: *Sydney Law Review* 30 (2008) 375–411.

»Rechtspluralismus erklärt« bedeutet zunächst »Rechtspluralismus ist überall« (1).⁴ In der Tradition des frühen anthropologischen Rechtspluralismus richtet er sich gegen den »Rechtsmonismus« (*legal monism*). Dieser »monistische Gesetzesstaat« (monist law state) beherrsche das (westliche) Rechtsdenken seit mehr als drei Jahrhunderten (213) und trage »totalitäre« Züge (210). Dagegen biete Rechtspluralismus deskriptiv ein realistischeres Bild des Rechts und normativ einen angemesseneren und lebensnäheren Rechtsbegriff. Rechtspluralismus dürfe dabei aber nicht abstrakt begriffen werden (*abstract legal pluralism*). Vielmehr werde nur ein »volkstümlicher« Begriff des Rechtspluralismus (*folk legal pluralism*) seinen vielfältigen Phänomenen gerecht. Für deren Untersuchung empfiehlt Tamanaha die Unterscheidung von Gemeinschaftsrecht (*community law*), politischem bzw. Herrschaftsrecht (*regime law*) und schließlich Zwischengemeinwesenrecht (*cross-polity law*).

II. Das Buch bietet eine gewaltige Tour d’Horizon in vier Etappen: den »Rechtspluralismus im historischen Kontext« (19–54), den »postkolonialen Rechtspluralismus« (55–96), den »Rechtspluralismus des Westens« (97–127) sowie den »nationalen und transnationalen Rechtspluralismus« (129–168). Das ist viel Rechtspluralismus – vielleicht zu viel für ein schlankes Buch von 213 Seiten. Tamanaha schöpft nicht aus eigenen Quellen und nur selten aus eigenen Forschungen, sondern meist aus zweiter Hand. Anders ließe sich das enorme Programm auch kaum stemmen. Für Tamanaha ist Rechtspluralismus eben überall.

Epistemisch ist das alles hochproblematisch: Die emphatische Behauptung eines ubiquitären Rechtspluralismus geht weit und schürt bereits Misstrauen. Die Rückgriffe auf historische und anthropologische Studien erfolgen höchst selektiv. Die pointillistische Darstellung alternativer Rechtsordnungen neben dem nationalstaatlichen Recht des Westens wirkt eher anekdotisch. Die weltanschaulichen Präferenzen der zahlreichen Agitatoren des Rechtspluralismus werden ausgeblendet. Schließlich wird die subjektive Perspektive in der Wahl des Begriffs des Rechtspluralismus nicht reflektiert. Denn letztlich ließen sich alle Phänomene des Rechtspluralismus aus der Rechts-

geschichte, der (postkolonialen) Rechtsanthropologie, dem nationalstaatlichen, internationalen und transnationalen Recht auch ohne das Wort »Rechtspluralismus« gut beschreiben.

Das wird in der Präsentation von »Rechtspluralismus im historischen Kontext« besonders deutlich. Schon die Auswahl der historischen Topoi ist kontingent. Zwar will Tamanaha lediglich die »historische Normalität des Rechtspluralismus« (19) zeigen. Eine Begründung seiner Auswahl hätte dieses Anliegen freilich nicht desavouiert. Stattdessen folgt er der üblichen Chronologie: Antike, Mittelalter, Neuzeit. Immerhin. Im Römischen Reich habe vor allem das Personalitätsprinzip den Rechtspluralismus erzeugt (21–24). In der zweiten Hälfte des Mittelalters (24–26) seien das dann verschiedene »Arten von Recht« (25) gewesen: »kaiserliche und königliche Edikte und Gesetze, kanonisches Recht, ungeschriebene Gewohnheitsrechte von Stämmen und Orten, geschriebenes germanisches Recht, verbleibendes römisches Recht, städtische Statuten, das Recht der Kaufleute und Zünfte, und in England das *common law*, auf dem Kontinent das römische Recht der Juristen« (25). Dass das etwa für den deutschsprachigen Raum noch bis weit ins 19. Jahrhundert galt, hat Tamanaha offenbar niemand gesagt.⁵ Den längsten Abschnitt widmet er dabei der »Herausbildung des Gesetzesstaates« (*law state*) (26–36). Hier gibt er Chronologie und jede klare Darstellung auf. Stattdessen bietet er eine rechtshistorische, historiographische und ideengeschichtliche Melange. Irgendwie geht es um »rivalisierende Rechtskräfte« (27) wie Imperien, Kirche, Adel und Städte (27–31), erste Schritte zur »Vereinheitlichung des Rechts« in Frankreich im 13. Jahrhundert (31), den Westfälischen Frieden (29), die neuen Juristenfakultäten des 12. Jahrhunderts (32), schließlich Machiavelli (33), Bodin (33–36) und Hobbes (34–35). Für Neuzeit und Moderne wählt er dann das Osmanische Reich als Beispiel (36–39). Dort hätten Millets verschiedenen religiösen Gruppen »rechtliche Autonomie« gewährt (37). Weiter schreibt Tamanaha über andere »Exterritorialitäten auf der Welt« (39–44) sowie den »vielfältigen Rechtspluralismus im osmanischen Reich« (44–46). Einen letzten Ab-

4 So schon TAMANAHA (2008) (Fn. 3) 375: »Legal pluralism is everywhere«. Übersetzungen aus dem Englischen hier und im Folgenden von R.S.

5 Dazu RALF SEINECKE, Die deutschsprachige Rechtswissenschaft seit 1800 und der Rechtspluralismus, in: ZRG (GA) 137 (2020) 272–363.

schnitt widmet er dem »Gesetzesstaat« der »British East India Company« (46–52).

Aber was soll das alles? Die Antwort gibt Tamanaha in einem letzten kurzen Abschnitt zu »Gebrauch und Missbrauch des Bildes vom monistischen Gesetzesstaat« (52–54). Tamanaha beschreibt das Bild vom einheitlichen Recht als gefährliche Ideologie. Denn es habe einen Beitrag zur Kolonialisierung der Welt durch die Europäer geleistet: »Länder, die nicht den Standards des monistischen Gesetzesstaates entsprechen, seien, in dieser Sicht, defizitär, und riefen nach Übernahme« (53). Dagegen schreibt Tamanaha seine Geschichte des pluralen Rechts. Er interessiert sich nicht genuin historisch. Eine ernstzunehmende Rechtsgeschichte des Rechtspluralismus müsste vielmehr wichtige Vorfragen klären: Welchen Gewinn verspricht die Verwendung des Begriffs des Rechtspluralismus in der Untersuchung von historischen Epochen, in denen Recht aus unterschiedlichen Quellen geschöpft, ohne klare Jurisdiktionen gesprochen oder ohne offiziellen Rechtsstab durchgesetzt wurde? Wie und wozu hilft Rechtspluralismus, wenn Recht eng in andere normative Ordnungen verstrickt war, Gerichte fehlten oder soziale Ordnungen sich autark gegenüber einem herrschaftlichen Recht behaupteten? Auf diese Fragen gibt es gute Antworten. Eine Geschichte des Rechtspluralismus sollte nicht schweigend an ihnen vorbeischieben.

Ähnliche methodische Probleme werfen die drei Kapitel zum postkolonialen, westlichen, nationalen und transnationalen Rechtspluralismus auf. Tamanahas Schlussfolgerungen sind dennoch deutlich: In postkolonialen Gesellschaften unterstütze Rechtspluralismus (normativ) den »Rechtsstaat« (*rule of law*) durch die Anerkennung von Rechtsordnungen in Gemeinschaften, für die staatliches Recht »keine tragfähige Alternative« sei (96). In westlichen Gesellschaften weise der »etatistische Monismus«, also »die Annahme eines exklusiven, einheitlichen, höchsten Rechts des Staates«, sogar »eine potentielle Affinität zum Totalitarismus« auf (127). Überraschenderweise meldet Tamanaha dann gegenüber dem globalen Rechtspluralismus erhebliche »Zweifel« an (157–161). Die Erkenntnisse des systemtheoretischen Rechtspluralismus Gunther Teubners ließen sich etwa auch ohne dessen »dichten theoretischen Unterbau« (162) ge-

winnen. Allgemeiner hätten die globalen Rechtspluralismen »wenig zu sagen, abgesehen von der Beachtung der Komplexität und Interaktion« in globalen Rechtsprozessen und der »Befürwortung von flexiblen, verhandelbaren« Lösungen (168). Der Begriff des »globalen Rechtspluralismus« könne deshalb ruhig aufgegeben werden (168). Er interessiert Tamanaha einfach nicht.

III. Im fünften Kapitel »abstrakter versus volkstümlicher Rechtspluralismus« widmet sich Tamanaha schließlich der Theorie. Er stellt die Gretchenfrage des Rechtspluralismus: Nun sag, wie hast Du's mit dem Recht? Oder einfacher: »Was ist Recht?« (169) Tamanaha antwortet wieder meynungsstark: Die Suche nach dem Recht des Rechtspluralismus leide unter abstrakten Definitionen. Alle bisherigen Definitionen von Eugen Ehrlich (178–182) über John Griffiths (170–173) bis zum postmodernen Rechtspluralismus (200–201) erfassten entweder zu viele oder zu wenige normative Phänomene als Recht oder scheiterten gänzlich daran, Rechtspluralismus allgemeiner zu charakterisieren (202). Sie litten unter einem letztlich essentiellen Rechtsbegriff (174). Dagegen entwickelt er sein »volkstümliches Recht« (*folk law*):⁶ »Der volkstümliche Rechtspluralismus identifiziert Recht, indem er fragt, was die Menschen in einem bestimmten sozialen Umfeld kollektiv anerkennen und durch ihre sozialen Praktiken als Recht behandeln« (176). Zentral für Tamanaha sind hier Sprache und Praxis der jeweiligen Rechtsgemeinschaft. Deshalb übersetzt er Recht in seiner Definition gleich noch in fünf (europäische) Sprachen. Nicht, dass ihm jemand entgegnet, die Französin kenne kein »Recht« und auch kein »law«, sondern nur »droit«. Und hoffentlich fragt sie Tamanaha nicht nach dem Rechtsstatus der »coutumes«.

Mit dem volkstümlichen Rechtsbegriff will Tamanaha Recht nicht auf ein »singuläres Phänomen« reduzieren (175). Vielmehr sei Recht, »was immer Menschen gemeinsam als Recht in sozialen Gemeinschaften betrachten« (175). Dadurch könnten »verschiedene Arten von Recht« – »Gewohnheitsrecht, religiöses Recht, internationales Recht, transnationales Recht etc.« – aus und in ihrer eigenen Rechtsart untersucht werden (175). Dass dieser Rechtsbegriff offensichtlich »mysteriös« oder mindestens tautologisch sei, hat Tamanaha immerhin John Gardner verraten – auch wenn

6 Dazu schon der Aufsatz TAMANAHA (2000) (Fn. 3).

Tamanaha dessen Argument einfach negiert (207). Schon Eugen Ehrlich hatte 1913 einen ähnlichen Weg versucht und deutlich bekannt, dass zwischen Recht und den »außerrechtlichen Normen zweifellos ein unverkennbarer Gegensatz« bestehe, »so schwer er bei dem heutigen Stande der Wissenschaft zu bestimmen sei«. ⁷ Immerhin gab sich Ehrlich damit nicht zufrieden und setzte auf die *opinio necessitatis* als das entscheidende Gefühl zur Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht. ⁸

Brian Tamanaha ist wohl auch das noch zu abstrakt. Er erkennt Recht intuitiv an Worten

und in sozialen Praktiken. Das kann man so machen, ist aber letztlich eine seltsame wissenschaftliche Haltung. Sie durchzieht das ganze Buch: Historische und postkoloniale Rechtspluralismen sind gut. Globale und abstrakte Rechtspluralismen sind überflüssig. Staatliche Rechtsvorstellungen sind ideologisch, gar totalitär. Die weltanschauliche Agenda und epistemische Signatur des Rechtspluralismus selbst aber interessiert nicht. Alles erklärt? Endlich!



Louis Pahlow

Keynes und das Bonner Grundgesetz*

In der Rechtsgeschichte der Bundesrepublik sind wirtschaftliche Konzeptionen und Theorien als Bausteine für die Rechtentwicklung häufig ausgemacht worden. Zu einem der Gründungsnarrative des neuen Staates wird nicht ganz zu Unrecht der sog. Ordoliberalismus gezählt, der aber von einigen sogar zum Fahrplan für »soziale Marktwirtschaft« mit Leistungswettbewerb und GWB überzeichnet wurde. Die Rechtsgeschichte und auch die Wirtschaftsgeschichte haben diese Beschreibungen in den letzten Jahren deutlich relativiert. Auch in Bezug auf die Chicago School sind die Ideen von Allokationseffizienz und Transaktionskosten bislang nur in ausgewählten Bereichen der Gesetzgebung nachgewiesen worden. Und wie steht es mit John Maynard Keynes? Er gilt als der bedeutendste Nationalökonom der Zwischenkriegszeit. Seine »Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes« (»The General Theory of Employment, Interest and Money«) aus dem Jahre 1936 markiert eine

Bruchstelle in der Ökonomik des 20. Jahrhunderts. Keynes forderte darin – vereinfacht ausgedrückt – angesichts der zuvor erlebten Weltwirtschaftskrise eine Abkehr von der liberalen Praxis des sog. »Laissez-faire«, welche bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges das wirtschaftspolitische Leitbild der meisten großen Wirtschaftsnationen der westlichen Welt gewesen war. Stattdessen wollte Keynes im Falle einer wirtschaftlichen Depression die staatliche Wirtschafts- und Finanzpolitik durch konjunkturgerechte Maßnahmen zur Stabilisierung der Gesamtwirtschaft verpflichten. In diesem Zusammenhang hat die nach Keynes angeregte und massiv einsetzende Politik des sog. »Deficit Spending« besondere Bekanntheit erlangt.

Alexander Kustermann geht der Rezeption von Keynes im Haushaltsverfassungsrecht der Bundesrepublik nach. Im Zeitalter von Schuldenbremse und Investitionsstau hat das Thema ohne Frage aktuelle Relevanz. Die Arbeit zielt – wohl auch wegen dieser Gegenwartsbezüge – auf die recht-

⁷ EUGEN EHRLICH, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1. Aufl., München/Leipzig 1913, 131, 5. Aufl., hg. v. MANFRED REHBINDER, Berlin 2022, 196.

⁸ Dazu statt vieler RALF SEINECKE, Ehrlichbilder: Freirecht, Rechtssoziologie und Rechtspluralismus – zum 100. Todestag von Eugen Ehrlich, in: ZEuP 30 (2022) 302–336.

* ALEXANDER KUSTERMANN, Konjunktursteuerung durch »Deficit Spending«? Eine rechtshistorische Untersuchung zu den ideengeschichtlichen Ursprüngen des Stabilitätsgesetzes und der Haushaltsreform 1967–1969, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, 252 S., ISBN 978-3-16-157645-4