

# Erzeugung von Verbindlichkeit vor und neben dem positiven Recht

Ein Erklärungsversuch zu informellen Verfahren anhand rechtsethnologischer Studien zu Tausch

Kiyomi v. Frankenberg\*

A. Einleitung.....	27	1. Beispiel Kula-Ringtausch.....	38
B. Verbindlichkeit informeller Verfahrensweisen.....	29	2. Beispiel Potlatch.....	40
C. Tausch als eine Grundlage zur Etablierung verbindlicher Normen.....	32	3. Symbolischer Tausch als Kontrollinstanz für die Etablierung sozialer Normen.....	41
1. Voraussetzungen sozialer Interaktion im Tausch.....	33	E. Tauschbasierte Bindungswirkung in den Beispielfällen.....	42
2. Tauschtheorie.....	34	F. Fazit und neue Forschungsfragen.....	45
D. Rituelлер Gabentausch in staatenlosen Gesellschaften.....	37		

## A. Einleitung

Auch wenn der Jurist Richard Thurnwald (1869 – 1954) mit seinen Studien u. a. in der Südsee und in Ostafrika als Begründer der Rechtsethnologie gilt, wird Rechtsethnologie in Deutschland heute selten von Juristen betrieben. Bei entsprechender Neigung spezialisieren sie sich auf Rechtsvergleichung, während die Feldforschung von dazu ausgebildeten Anthropologen betrieben wird.<sup>1</sup>

Auch mit diesem Beitrag ist kein rechtsethnologischer Anspruch verbunden. Er mag aber als Beispiel dafür dienen, dass rechtsethnologische Erkenntnisse im Sinne der 2013 vom Wissenschaftsrat geforderten Interdisziplinarisierung der Rechtswissenschaften für Überlegungen zur Rechtsentwicklung nutzbar gemacht werden können. Dieser Beitrag erläutert Beispiele völkerrechtlicher, strafrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Verfahren von bzw. gegen Wirtschaftsunternehmen, an denen sich eine Pluralisierung von Verfahrensweisen zur Entscheidungsfindung durch informelle, d.h. nicht (ausreichend) staatlich normierte Vorgehensweisen zeigt, welchen gleichwohl der Intensität nach rechtsähnliche Verbindlichkeit zukommt.<sup>2</sup> Pluralisierung meint hier, dass sich in verschiedenen Rechtsgebieten eine informelle Alternative zum staatlichen Verfahrensrecht entwickelt. Dieser Begriff wird neutral verwendet anstelle einer verfrühten Interpretation dieser Phänomene z.B. als Entstaatlichung bzw. Entdemokratisierung von Verfahren zur Entscheidungsfindung.

\* Dr. Kiyomi v. Frankenberg ist wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht der Universität Köln.

1 Einführungen in die Rechtsethnologie bieten *F. v. Benda-Beckmann*, *Rechtsethnologie*, in: B. Beer / H. Fischer (Hrsg.): *Ethnologie*, (7. Aufl.), Berlin 2012, S. 195 und *S. Roberts*, *Ordnung und Konflikt*, Stuttgart 1988.

2 *G. Schuppert*, *Governance und Rechtssetzung*, Baden-Baden 2011, S. 227 f. spricht in diesem Zusammenhang von „Regelsetzung im Schatten des Rechts“, wobei er damit genauer „staatlich initiierte private Rechtssetzung“ meint, während hier auch Formen *privater* „Rechts“-setzung gemeint sind.

Die Erzeugung von Verbindlichkeit ist in ausdifferenzierten Rechtsordnungen grundsätzlich nicht mehr relevant. Verbindlichkeit, d.h. garantierte Normbefolgung, ist im modernen Rechtsstaat durch das staatliche Gewaltmonopol, genauer durch die Justiz sichergestellt. Auch bestehen in unserem heutigen Rechtssystem aufgrund der Vielzahl konkreter und systematischer Rechtsnormen für die Setzung und Anwendung von Recht zumindest starke Anhaltspunkte für den Ablauf und das mögliche Ergebnis (zivil-, straf-, oder verwaltungs-)rechtlicher Verfahren. Das gilt jedoch nicht für die Entwicklung informeller Verfahrensweisen, die nicht nur als „unvermeidbare Begleiterscheinung formaler Rechtsstaatlichkeit“,<sup>3</sup> sondern auch als „Megatrend“ beschrieben werden.<sup>4</sup>

Bei der Beobachtung informeller Verfahren, die sich nicht auf gesetzliche Normen (d.h. letztlich auf Methoden wie etwa verwaltungsrechtliche Zwangsmittel oder Erziehungshaft) stützen können, stellt sich die Frage, wie sie dennoch Verbindlichkeit generieren. Damit geht es letztlich um die Frage, wie es Menschen gelingt, ihr soziales Verhalten normativ zu binden. Diese Frage wird hier begrenzt auf die Verbindlichkeitserzeugung außerhalb rechtlicher Vorgaben untersucht.<sup>5</sup>

Diese Frage kann nicht aus dem geltenden Recht beantwortet werden, sodass ein externer Erklärungsansatz hinzugezogen werden muss. Vielversprechend erscheint hierfür ein Blick auf gesellschaftliche Ordnungen, die mangels ausdifferenzierter Instanzen zur autoritativen Durchsetzung von Entscheidungen stets auf anderweitige Verbindlichkeitsformen angewiesen sind. Auskunft hierüber geben Studien aus den Anfängen der Rechtsethnologie. Die Rechtsethnologie war ursprünglich von dem Interesse geleitet, eine Evolution des Rechtssystems zu erforschen und konzentrierte sich dazu auf die Untersuchung von Recht in sog. „primitiven“ Gesellschaften.<sup>6</sup> Der Rückgriff auf einige der ersten rechtsethnologischen Analysen bietet die Möglichkeit, neue Phänomene der gegenwärtigen Rechtsordnung, für die noch keine rechtlichen Lösungen etabliert sind, aus einer Perspektive zu beleuchten, für die solche Situationen und damit informelle Verhandlungsweisen den Normalfall bilden. Dabei geht es nicht um eine Vergleichbarkeit oder gar Übertragung rechtsethnologischer Erkenntnisse auf solche Phänomene. Vielmehr werden diese unterstützend herangezogen, um

3 E. Bohne, *Der Informelle Rechtsstaat*, Berlin 1981, S. 71 ff.

4 G. Schuppert, *Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit*, Baden-Baden 2011, S. 15 erkennt eine zunehmende Informalisierung des Staatshandels.

5 H. Popitz, *Soziale Normen*, Frankfurt 2006, S. 64 ff. widmet dieser Frage ein ganzes Werk und beantwortet sie u.a. damit, dass man Handlungen, Situationen und Personen typisiert und dass man innerhalb einer sozialen Einheit in ein Beziehungsnetz von Rechten und Pflichten eingespannt ist.

6 Heute untersucht die Rechtsethnologie auch gesellschaftliche Zusammenhänge in Industriestaaten: In ihrer Entwicklung hat sie schließlich einen Schwerpunkt u.a. auf Fragen von Streitschlichtungsprozessen, Familienbeziehungen (Erbrecht), Verwaltung, Rechten an natürlichen Ressourcen und Konflikten zwischen Rechtsordnungen gelegt. Jüngste rechtsethnologische Forschungsinteressen liegen insbesondere auf der transnationalen Dimension von Rechtspluralismus, sowie auf Migration und Menschenrechten (u.a. Kritik an ihrem Universalitätsanspruch). Benda-Beckmann, *Rechtsethnologie*, (Fn. 1), S. 196 ff., der auch einen Überblick über die Ausbildungssituation für Rechtsethnologen gibt.

Anhaltspunkte für Strukturen der informellen Konfliktbewältigung zu gewinnen, die sich in rechtsethnologischen Untersuchungen zu wenig ausdifferenzierten Gesellschaften besonders deutlich zeigen.

Dieser Beitrag konzentriert sich auf Beispiele von Verfahren von oder gegen Wirtschaftsunternehmen, weil die wirtschaftliche Entwicklung aufgrund der Finanzstärke und Internationalität großer Unternehmen die Kraft hat, formelles wie materielles Recht an seine Grenzen zu führen, kurz also daraus, dass ökonomische Interessen zu den „allermächtigsten Beeinflussungsfaktoren der Rechtsbildung“ zählen.<sup>7</sup>

Wo im Folgenden allein von „Recht“ bzw. „Normen“ die Rede ist, ist der Begriff in seiner Funktion zur Ordnung von Sozialbeziehungen gemeint. Normen meinen dabei alle (sozialen) Regeln, deren Befolgung erwartet werden darf.<sup>8</sup> „Rechtsordnung“ oder „Rechtsnorm“ bezieht sich dagegen auf die Summe aller gesetzlichen (d.h. in einem formellen Verfahren zustande gekommenen) Vorschriften sowie ihre Systematik und wird hier ausschließlich für Aussagen über unseren heutigen Rechtsstaat verwendet.<sup>9</sup>

Informalität lässt gerade in diesem Zusammenhang schnell an Mausehelei oder Vetterwirtschaft denken. Daher soll hier deutlich gemacht werden, dass „informell“ nicht „regellos“ heißt. Schließlich ist jedes soziale Verhalten normgebunden: Auch wenn soziale Normen kaum einen eindeutigen Ursprung erkennen lassen, können sie vom Einzelnen nicht beliebig außer Kraft gesetzt werden.<sup>10</sup> „Informell“ bedeutet hier nur: „nicht gesetzlich vorgegeben“, nicht aber zwingend auch „rechtswidrig“.

## B. Verbindlichkeit informeller Verfahrensweisen

Parallel zu unserer als Einheit konzipierten Rechtsordnung entwickeln sich rechtsähnliche Verfahrensweisen und Kompetenzen, die von der Rechtsordnung nicht vorgesehen sind und sie zu konterkarieren scheinen. Auch wenn unsere moderne Wirtschaftsordnung nicht denkbar wäre ohne ein verlässliches Rechtssystem, das u.a. klare Verwaltungsstrukturen bereithält und Verträge einklagbar macht, treten immer wieder Phänomene zutage, bei denen zur Bewältigung wirtschaftsbezogener Verfahrensschwierigkeiten (wie z.B. überlange Verfahrensdauer aufgrund von Er-

7 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Studienausgabe (5. Aufl.) Tübingen 1972, S. 196 führt zur Begründung aus, dass „jede eine Rechtsordnung garantierende Gewalt irgendwie vom Einverständnis handeln der zugehörigen sozialen Gruppen in ihrer Existenz getragen wird und die soziale Gruppenbildung in hohem Maße durch Konstellationen materieller Interessen mitbedingt ist.“

8 In Anlehnung an Geiger versteht Spittler Normen als sanktionsbewehrte Verhaltensforderungen, G. Spittler: Probleme bei der Durchsetzung sozialer Normen, *Jahrbuch für Rechtssoziologie* 1970, S. 203 (207).

9 Vgl. Popitz, *Soziale Normen* (Fn. 5), S. 70: Eine *Rechtsnorm* liegt vor, wenn einer Zentralinstanz die alleinige Sanktionsgewalt für Abweichungen davon zukommt.

10 Popitz, *Soziale Normen* (Fn. 5), S. 61.

mittlungsschwierigkeiten) oder auch zur Erreichung wirtschaftspolitischer Ziele (z.B. Schaffung eines investitionsfreundlichen Klimas) herkömmliche rechtliche Lösungen zugunsten informeller Vorgehensweisen zurückgelassen werden. Die Praxis des Strafverfahrens bzw. des Verwaltungsverfahrens findet auf diese Weise *praeter legem* Möglichkeiten zur Bewältigung von Konflikten im Spannungsfeld von Rechtsordnung und Wirtschaft.<sup>11</sup>

Hierfür seien drei Beispiele aus unterschiedlichen Rechtsgebieten genannt:

Investitionsabkommen ermöglichen es ausländischen Unternehmen, Staaten vor internationalen Schiedsgerichten zu verklagen, wenn z.B. deren Gesetzgebung die Gewinnmöglichkeiten des Unternehmens ungerechtfertigt zu beschränken scheint. Der schwedische Energiekonzern Vattenfall führt derzeit ein solches Verfahren gegen die Bundesrepublik: wegen des Atomausstiegs fordert Vattenfall 3,7 Mrd. € Schadensersatz. Dieses Verfahren findet weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, sodass die Positionen der Beteiligten sowie das Verfahrensergebnis unklar sind.<sup>12</sup> Da auch der formelle Verfahrensablauf nur vage geregelt ist,<sup>13</sup> drängt sich die Vermutung auf, dass dieses und ähnliche Schiedsverfahren im Wesentlichen anhand informeller Regeln bewältigt werden. Anhaltspunkte dafür, dass dieses Verfahren im Widerspruch zur deutschen Rechtsordnung steht, ergeben sich aus den folgenden Informationen: Vattenfall klagt zugleich auch vor dem Bundesverfassungsgericht mit dem Ziel, die Aufhebung des vermeintlich verfassungswidrigen Gesetzes zum Atomausstieg zu erreichen. Das Bundesverfassungsgericht hat im sog. Nassauskiesungsbeschluss grundsätzlich entschieden, dass bei Enteignungen ein sog. „dulde und liquidiere“ nach deutschem Recht nicht möglich ist.<sup>14</sup> Das bedeutet, dass Gesetze, die das Grundrecht auf Eigentum verletzen, aufgehoben und nicht durch Entschädigung kompensiert werden sollen. Mit den gleichzeitigen Klagen vor beiden Gerichten wird dieser Grundsatz in Frage gestellt.<sup>15</sup> Dabei ist unklar, welche Entscheidung befolgt

11 Dabei ist nicht zu vergessen, dass sich die Entwicklungen von Recht und Wirtschaft wechselseitig bedingen. Der Fokus dieses Beitrags liegt aber auf der Beeinflussung des Rechts durch die Wirtschaft und nicht auf staatlicher Einflussnahme auf den ökonomischen Bereich.

12 *D. Reinhardt*: Vattenfall vs. Deutschland (II) und das Internationale Investitionsschutzregime in der Kritik, *KritJ* 2014 S. 86 (89).

13 Die ICSID-Vorschriften sind abrufbar unter [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf).

14 BVerfGE 58, 300 (324): „[Der Bürger] kann nicht unter Verzicht auf die Anfechtung eine ihm vom Gesetz nicht zugebilligte Entschädigung beanspruchen.“

15 Zu dieser Problematik *M. Krajewski*, Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht, <http://www.rph1.jura.uni-erlangen.de/material/texte/vattenfall-.pdf>, abgerufen am 16.10.2014.

werden soll und wie mit den Interessen multinationaler Unternehmen rechtlich umzugehen ist.<sup>16</sup>

Im Strafverfahren herrscht seit Jahrzehnten die als illegal angesehenen, 2009 gleichwohl verrechtlichte (vgl. insbesondere § 257 c StPO) Praxis der Urteilsabsprachen.<sup>17</sup> In Absprachen beraten Richter, Staatsanwälte und Verteidiger außerhalb der Hauptverhandlung über Ablauf und Ergebnis des Strafverfahrens. Hierzu gehört insbesondere die Frage, wie viel Strafrabatt dem Angeklagte für ein Geständnis eingeräumt wird. Absprachen werden besonders häufig in Wirtschaftsstrafverfahren getroffen,<sup>18</sup> also in Verfahren, bei denen insbesondere angesichts des umfangreichen Aktenmaterials und den auch darin begründeten Ermittlungsschwierigkeiten angezweifelt werden darf, ob sie mit den Vorgaben und Ansprüchen wie u.a. Wahrheitsforschung und Mündlichkeit der formenstrengen Strafprozessordnung von 1877 in angemessener Zeit bewältigt werden können. Hier mag der Eindruck entstehen, es sei zur strafrechtlichen Kontrolle von Unternehmen ein eigenes Verfahrensrecht geschaffen worden, das jedenfalls im Hinblick auf den Öffentlichkeitsgrundsatz die Vorgaben der StPO verletzt.

Auch im Verwaltungsrecht ist erkennbar, wie wirtschaftliche Interessen (außer-)rechtliche Verfahrensstrukturen prägen: Trotz eindeutiger verwaltungsrechtlicher Vorgaben bedient sich die öffentliche Verwaltung u.a. bei der Genehmigung oder Sanierung von Industrie-Anlagen informeller Handlungsweisen.<sup>19</sup> Zwischen Genehmigungsbehörde und Anlagenbetreiber (also zwischen Ministerien und Industrieverbänden sowie den untergeordneten Stellen) findet im Vorfeld eine intensive informelle Kommunikation statt, bei der wesentliche Entscheidungen auf der politischen oder persönlichen statt auf der rechtlichen Ebene getroffen werden. Bei der Durchsetzung von Immissionsschutz-Maßnahmen bzw. bei der Genehmigung und Sanierung von Anlagen i. S. d. § 1 V BImSchG bevorzugen Behörden sog. Sanie-

16 Die Frage der Anerkennung und Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen regelt Art. V UNÜ (*New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards* vom 10.6.1958). Zu den hohen Voraussetzungen ihrer Versagung vgl. *J. Adolphsen*, in: G. Lüke / P. Wax (Hrsg.): *Münchener Kommentar ZPO*, Bd. 3, 4. Aufl., München 2012, § 1061 Anhang 1 UNÜ, Rn. 70, 75.

17 Vgl. hierzu die Untersuchung von *K. Altenbain/ F. Dietmeier / M. May*: Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, Düsseldorf 2013. Zur Kritik vgl. statt vieler etwa: *M. Harms*, *Konsensuale Verfahrensbeendigung*, in: R. Griesbaum (Hrsg.), *Festschrift für Nehm*, Berlin 2006, S. 289 (295) oder *B. Schönemann*, *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur*, Berlin 2005, S. 29 beide mit dem Vorwurf der Willkür.

18 *B. Schönemann*, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*. Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag. Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.): *Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentags, Band I (Gutachten)*, München 1990, B 1 (B 18).

19 Vgl. hierzu *E. Bohne*: *Informales Verwaltungshandeln im Gesetzesvollzug*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie* 1980 S. 20 (43) mit einer Untersuchung zu sog. Sanierungs-Absprachen, mit der Feststellung, dass informales Verwaltungshandeln sogar deutlich häufiger auftritt als formale Entscheidungen. *Bohne* vermutet, dass ähnliche Absprachen nicht nur im Immissionsschutz, sondern auch in anderen Verwaltungsbereichen üblich sind, S. 53 ff.

rungsabsprachen gegenüber gesetzlichen Entscheidungsformen.<sup>20</sup> Für das Verwaltungsverfahren sind informelle Entscheidungswege grundsätzlich durchaus anerkannt. So hat das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf den Ablauf von Planverfahren entschieden, dass „vorgeschaltete“ Besprechungen, Zusagen oder Verträge „unerlässlich“ für die „sachgerechte Planung“ sein können.<sup>21</sup> Aus der *Biblis-A*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich entnehmen, dass es „iterative Detailabsprachen“ über den Inhalt der Auflagen zum Atomkraftwerk gegeben hat, die als solche nicht moniert worden sind.<sup>22</sup> Die hier interessierende Informalität unterscheidet sich von solchen Gesprächen im Vorfeld dadurch, dass sie das gesamte Verfahren bestimmt und dass dadurch wie bei Sanierungs-Absprachen Dinge erreicht werden können, die rechtlich nicht möglich sind und daher eines dennoch verbindlichen Verfahrens bedürfen.<sup>23</sup>

Damit stellt sich die Frage, wie es gelingt, außerhalb, ja mitunter entgegen gesetzlicher Vorgaben Verbindlichkeit bei der verfahrensrechtlichen Bewältigung wirtschaftsbezogener Konflikte zu erzeugen. Diese Frage nach verbindlicher Entscheidungsfindung neben oder außerhalb vorgegebener Verfahrensordnungen soll unabhängig von der jeweiligen Rechtmäßigkeit der hier untersuchten Phänomene beantwortet werden.

Die Antwort soll unter Rückgriff auf entsprechende rechtsethnologische Erkenntnisse versucht werden, da die Rechtsethnologie wie eingangs erläutert als „Expertin“ für Verfahren der Entscheidungsfindung ohne anerkannte und durchsetzungsstarke Entscheidungsinstanzen gelten darf. Der Ausflug in die Rechtsethnologie wird zeigen, dass dem Tausch und der Tauschtheorie eine zentrale Rolle bei der Erzeugung rechtsähnlicher Verbindlichkeit zukommt, denn anhand eines Tauschphänomens, das zu einem rechtsethnologischen Klassiker avanciert ist (Kula Ringtausch) lässt sich nachweisen, wie Tausch soziale Beziehungen etabliert und ordnet und damit bis heute einen wirkmächtigen Ausgangspunkt für Rechtsentwicklungen bilden kann. Auch die Bedeutung symbolischer Handlungen für die Begründung verbindlicher Verhaltenserwartungen wird dabei beleuchtet.

### C. Tausch als eine Grundlage zur Etablierung verbindlicher Normen

Tausch (etwa von Gegenständen, Leistungen oder Informationen) strukturiert soziale Beziehungen auch und gerade dort, wo dafür noch keine differenzierteren Normen bestehen. In Situationen, in denen eine hoheitliche Rechtsdurchsetzung etwa aufgrund überkomplexer Sachverhalte oder mangels entsprechender Institutionen

20 *Bohne*, Rechtsstaat, (Fn. 3), S. 295.

21 BVerwGE 45, 309 (317).

22 BVerfGE 104, 249 (286). (Die zitierte Formulierung stammt aus der abweichenden Meinung der Richter di Fabio und Mellinhof).

23 *Bohne* Rechtsstaat, (Fn. 3), S. 295. Dazu unten vor E.

problematisch ist, bietet Tausch einen Mechanismus, durch wechselseitige Verschuldung verbindliche Verhaltenserwartungen zu begründen bzw. zu stärken.<sup>24</sup>

In unserer heutigen ausdifferenzierten Rechtsordnung ist Tausch in Form von Verträgen allgegenwärtig. Dabei ist der synallagmatische Tausch etwa von Arbeitskraft gegen Lohn oder Ware gegen Geld längst so formalisiert, dass seine Einhaltung gerichtlich erzwungen werden kann. Daneben scheinen aber auch nicht-verrechtlichte Tauschformen auf, wie sie ihrer Struktur nach aus staatenlosen Gesellschaften ohne Zentralgewalt bekannt sind. Ein Rückgriff auf derartigen Tausch erfolgt in Situationen, für die keine (anerkannte) rechtliche Lösung besteht. In solchen Situationen stehen die Beteiligten vor der Schwierigkeit, einen gemeinsamen normativ wirksamen Referenzrahmen<sup>25</sup> aufzubauen, der ihre nicht durch Rechtsnormen abgesicherte Kooperation normativ strukturiert und damit von dem Risiko befreit, allein auf interpersonelles Vertrauen angewiesen zu sein und bei dessen Enttäuschung die Kooperation abbrechen zu müssen.

Im Folgenden wird anhand der Tauschtheorie und ihrer anschließenden rechtsethologischen Illustrierung aufgezeigt, wie Tausch durch Mechanismen von Kontrolle, Kredit und Symbolik auch außerhalb rechtlicher Vorgaben Verhaltenserwartungen stabilisiert.

### 1. Voraussetzungen sozialer Interaktion im Tausch

Ein Grund, warum in solchen Situationen empfundener oder tatsächlicher Unzulänglichkeit von Rechtsnormen auf Formen von Tausch zurückgegriffen wird, mag darin liegen, dass Tausch voraussetzungsarm ist und damit in einer Vielzahl von Situationen von unterschiedlichen Akteuren durchgeführt werden kann. Zu seiner Initiierung und Durchführung müssen zwischen den Tauschpartnern keine gemeinsamen Regeln bestehen. Im Wege von Tauschhandlungen können die Beteiligten aber Regeln produzieren, zunächst nur die der Reziprozität, darauf aufbauend aber auch weitere.

Dies wird besonders deutlich am Beispiel des sog. Stummen Tausches. Dabei handelt es sich um eine Tauschform, bei der (etwa mangels gemeinsamer Sprache oder aufgrund latenter Feindlichkeit) direkte Kontakte zwischen den Tauschpartnern vermieden werden. Angebote werden durch einfaches Niederlegen von Tauschgütern an einer bestimmten Stelle gemacht. Wird dieses Angebot als Aufforderung zu einer

24 Vgl. P. M. Blau, *Exchange and Power in Social Life*, New York 1964, S. 142.

25 E. Goffman, *Rahmenanalyse*, Frankfurt 1977, S. 376; vgl. auch M. Esser, *Soziologie Band VI*, Frankfurt / New York 1999, S. 259 ff. und K.-H. Hillmann, *Wörterbuch der Soziologie* (5. Aufl.), Stuttgart 2007, Stichwort „Bezugsrahmen“. Referenzrahmen enthalten Organisationsprinzipien, die den Ablauf von Situationen bestimmen. Sie lassen sich als normative Struktur einer spezifischen Situation verstehen, wobei ihr normativer Charakter sozialer und nicht rechtlicher Art ist.

Gegenleistung aufgefasst und mit einer als angemessen akzeptierten Gegenleistung vergolten, kann daraus eine Tauschbeziehung entstehen.<sup>26</sup>

Für Tausch genügt es, dass lediglich die Grundbedingung sozialer Interaktion erfüllt ist, nämlich dass die Beteiligten das Handeln ihres Gegenübers verstehen können. Dies ist mit dem Problem verbunden, dass die Perspektiven der Interaktions-Partner aufgrund ihrer jeweiligen Wertsysteme, Interessen und Informationen oft unterschiedlich sind. Verschiedene Akteure haben in einer Situation grundsätzlich verschiedene Interessen und unterschiedliche Perspektiven auf die Situation. In spezifischen Interaktions-Situationen kann diese „Differenz der Perspektiven“ jedoch so neutralisiert werden, dass Verständigung möglich wird. Denn zum einen sind – als Idealisierung gedacht – die jeweiligen Standpunkte austauschbar und zum anderen lässt sich eine Übereinstimmung der Relevanzsysteme herstellen. Damit ist gemeint, dass die Interaktionspartner davon ausgehen können, das Gleiche wahrzunehmen wie ihr Gegenüber, wenn sie an seiner Stelle wären. Zudem sind sie in der Lage, ihre jeweiligen Relevanzsysteme in einer spezifischen Situation zur Kongruenz zu bringen, d. h. die Unterschiedlichkeit ihrer Interessen aus der Interaktion auszublenden, indem sie quasi als Gedankenspiel in die Perspektive ihres Gegenübers schlüpfen und die Situation aus deren Blickwinkel betrachten. Dabei machen sich die Interaktions-Partner bewusst, dass ihre unterschiedlichen Perspektiven für die Verfolgung ihres gemeinsamen Zwecks in dieser bestimmten Situation irrelevant sind. Die jeweils als Idealisierung gedachte Austauschbarkeit von Standpunkten und die Übereinstimmung von Relevanzsystemen ermöglichen eine Reziprozität der Perspektiven. Damit können Akteure trotz aller Unterschiede zwischen ihnen eine gemeinsame Situation auf die gleiche Weise wahrnehmen, sodass zielgerichtete Interaktion möglich wird.<sup>27</sup>

## 2. Tauschtheorie

Die Tauschtheorie und das damit eng verknüpfte Prinzip der Reziprozität erklärt, wie stabile soziale Systeme ohne etabliertes Gewaltmonopol oder ausdifferenzierte Instanzen entstehen und aufrechterhalten werden können.<sup>28</sup>

Die Tauschtheorie bezieht sich auf den so genannten sozialen Tausch (etwa von Gegenständen, Leistungen oder Informationen), der sich dadurch von wirtschaftlichem Warentausch unterscheidet, dass die Gegenleistung im sozialen Tausch stets unbestimmt und nicht durch einen exakten Preis festgelegt ist, wodurch diese Tauschform

26 Hierzu *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Fn. 7), S. 383.

27 *A. Schütz*, *Problem of Social Reality*, Den Haag 1962, S. 11 ff.

28 Als grundlegendes Werk zur Theorie des sozialen Tauschs gilt: *P. M. Blau*, *Exchange and Power in Social Life* (Fn. 24). Die Autoren *Mauss*, *Sahlins*, *Lévi-Strauss* untersuchen Tausch-Mechanismen aus ethnologischer Perspektive. Insbesondere *M. Mauss*, *Die Gabe*, Frankfurt 1990, geht auf die solidaritätsstiftende Wirkung von Tausch ein. Zur grundsätzlichen Möglichkeit der verbindlichen Verhaltenserwartung außerhalb rechtlicher Normen vgl. *Popitz* *Soziale Normen* (Fn. 5), S. 76 ff.

Gefühle der persönlichen Verpflichtung, der Dankbarkeit und des Vertrauens erzeugen kann.<sup>29</sup> Ein Vertrag legt dagegen genau fest, welche Rechte und Pflichten die Vertragsparteien haben. Er bewirkt, dass die Parteien darüber hinaus keine Verpflichtung trifft. Insbesondere persönlicher Dank wird hier nicht geschuldet.<sup>30</sup> Die Gegenleistung im sozialen Tausch vergilt die Leistung jedoch selten genau, sodass auch sie wiederum nach einer Dankes-Leistung verlangt. Da die Gegengabe nie den Wert der ersten Gabe exakt ausgleicht, besteht ein ständig erneuerter Zustand wechselseitiger Verschuldung. Jeder Versuch des Ausgleichs führt zu einem erneuten Ungleichgewicht, sodass die (Tausch-) Beziehung aufrechterhalten werden muss, um keinen Verlust zu erleiden. Dadurch kann der fortgesetzte Austausch von Leistungen oder Gaben soziale Systeme etablieren und aufrecht erhalten.

Dabei ist es keineswegs erforderlich, dass die ausgetauschten Güter wirtschaftlichen Wert besitzen oder die erbrachten Leistungen einen Nutzen erfüllen. Sie fungieren vielmehr als Symbol<sup>31</sup> für die grundsätzliche Wohlgesonnenheit und Kooperationsbereitschaft zwischen den Tauschpartnern<sup>32</sup> und schaffen damit die Voraussetzung für eine weitergehende vertrauensvolle Kooperation, wie unten am Beispiel des Kula-Ringtauschs erläutert wird. Damit ist sozialer Tausch ein grundlegender Mechanismus zur Herstellung und Aufrechterhaltung sozialer Beziehungen, während sich aus wirtschaftlichem Tausch (abgesehen von etwaigen Gewährleistungsansprüchen) keine weiteren Verpflichtungen und daraus folgende Verbindungen zwischen den Tauschpartnern ergeben.<sup>33</sup>

Grundlage der Tauschtheorie ist die Feststellung, dass die Annahme einer Gabe zur Gegenleistung verpflichtet<sup>34</sup> und dass diese Reziprozität einen „Kern aller menschlichen Verhaltensweisen“ ausmacht.<sup>35</sup> Die im Tausch erforderlichen Verhaltensweisen entwickeln sich nicht allein aufgrund von Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern aufgrund der Reziprozitätsnorm.<sup>36</sup> Sie besagt schlicht, dass wer einem anderen etwas

29 *Blau Exchange* (Fn. 24), S. 93 f., 99; *C. Stegbauer*, Reziprozität, (1. Aufl.) Wiesbaden 2002, S. 55.

30 Vgl. *N. Luhmann* Funktionen und Folgen formaler Organisation (5. Aufl.), Berlin 1999, S. 288.

31 Unter Symbol ist ein Gegenstand oder eine Aussage zu verstehen, der für eine andere Sache steht, wobei Bedeutungsträger und Gemeintes eine wesentliche Eigenschaft gemeinsam haben; *T. Hauschild*: Symbol, in: *B. Streck* (Hrsg.), Wörterbuch der Ethnologie, Köln 1987, S. 215. So ist der im Abschnitt C 1 vorgestellte Kula-Ringtausch insofern symbolischer Tausch, als die getauschten Gaben weniger für sich selbst stehen, als vielmehr Zeichen für den Willen zur Aufrechterhaltung der sozialen Beziehung sind.

32 *Blau Exchange* (Fn. 24), S. 95.

33 *Stegbauer*, Reziprozität, (Fn. 29), S. 36.

34 *G. MacCormack*, Reciprocity, *Man*, Vol. 11 No. 1, 1976, S. 89 (90, 98). Dies wird bei Geburtstagsgeschenken besonders augenfällig. Unternehmen machen sich diesen Mechanismus mit Werbegeschenken zunutze.

35 *R. Thurnwald*, Die menschliche Gesellschaft (Bd. V), Berlin 1934, S. 5. Zur vieldeutigen Verwendung dieser Terminologie *MacCormack* Reciprocity (Fn. 34), S. 89 ff.

36 *A. Gouldner*, Reziprozität und Autonomie, Frankfurt 1984, S. 103.

gibt, diesen dadurch zur Gegengabe verpflichtet.<sup>37</sup> Jeder Tausch basiert auf drei Verpflichtungen: Geschenke zu machen, Geschenke anzunehmen und Geschenke zu erwidern.<sup>38</sup> Diese jedem Tausch zugrunde liegende und universell (auch ohne Sprache) verständliche Norm der Reziprozität ist für die Aufrechterhaltung sozialer Systeme relevant.<sup>39</sup> Der Erhalt von Vorteilen zwingt zur Erbringung einer Gegenleistung, welche eine soziale Beziehung bestätigt.<sup>40</sup>

Wer eine Gabe annimmt, steht daraufhin in der Schuld des Gebenden. Will der Empfänger möglichen Repressionen des Gebers entgehen und nicht die Möglichkeit zu weitergehender Kooperationsmöglichkeiten aufgeben, muss er die Gabe erwidern. Der nicht nur begünstigende, sondern zugleich auch verpflichtende Charakter einer Gabe beruht darauf, dass der Gebende dem Nehmenden durch die Gabe einen „Kredit“, also das Vertrauen gewährt, dieser werde die Gabe erwidern, um sich als vertrauenswürdiger Kooperationspartner zu erweisen.<sup>41</sup> Diese Reziprozität im sozialen Tausch gilt als zentrales Element, ja als „wichtigste Grundregel“<sup>42</sup> für den Beginn, die Stabilität und die Regulierung sozialer Interaktion.<sup>43</sup> Auch in ihrer negativen Form, der Vergeltung nach dem Talionsprinzip („Auge um Auge, Zahn um Zahn“), tritt die Rolle des Reziprozitätsprinzips für die Aufrechterhaltung sozialer Systeme deutlich zutage.<sup>44</sup>

Werden Tauschleistungen wiederholt angemessen erwidert, so kann sich daraus eine soziale Beziehung unter gleichrangigen Partnern entwickeln. Werden Gaben nicht durch gleichwertige Gegengaben erwidert, können daraus Status-Differenzen entstehen.<sup>45</sup> So können durch Tausch auch Über- und Unterordnungsverhältnisse entstehen, in denen einer der Tauschpartner Güter anbietet, die der andere benötigt, ohne dafür (gleichwertige) Gegenleistungen erbringen zu können. In dieser Situation des hierarchischen Tausches kann der Gebende Macht über den Nehmenden ausüben, indem er seine Angebote von dessen sonstigem Verhalten abhängig macht.<sup>46</sup> Diese Qualität des Tausches wird unten anhand des Potlatch-Beispiels verdeutlicht.

37 *Blau*, Exchange (Fn. 24), S. 89; *Gouldner*, Reziprozität (Fn. 36), S. 97; *MacCormack*, Reciprocity (Fn. 34), S. 98; *Malinowski*, Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern, Bern 1940, S. 27.

38 *Mauss*, Gabentausch (Fn. 28), S. 27, 71 ff.

39 *A. Gouldner*, Norm of Reciprocity, *American Sociological Review* 25, 1960, S. 161 (171, 174).

40 *Blau*, Exchange (Fn. 24), S. 115; *Stegbauer*, Reziprozität (Fn. 29), S. 47.

41 *F. Adloff / S. Mau*, Vom Geben und Nehmen, Frankfurt 2005 S. 43; *Stegbauer* Reziprozität (Fn. 29) S. 21.

*Luhmann*, Formale Organisation, (Fn. 30) S. 43 Fn. 7: Jeder Tausch, der nicht sofort Zug um Zug vollzogen wird, ist mit dem Problem des Vertrauens belastet.

42 *Stegbauer*, Reziprozität (Fn. 29), S. 19.

43 *Adloff / Mau*, Geben und Nehmen (Fn. 41), S. 12; *J. Görlich* Tausch als rationales Handeln, Berlin 1992, S. 269; *Gouldner*, Reciprocity (Fn. 39), S. 161 m. w. N.

44 *Gouldner*, Reciprocity (Fn. 39), S. 173 f.

45 *Blau*, Exchange (Fn. 24), S. 8.

46 *Blau*, Inequality and Heterogeneity, New York 1977, S. 141. Vgl. hierzu unten die Schilderung des Potlatch.

Tausch als Ersatz oder Vorläufer ausdifferenzierter Rechtsnormen muss regelmäßig wiederholt werden, damit sich die Beteiligten des wohlwollenden Charakters ihrer Beziehung vergewissern können.<sup>47</sup> Erst die Etablierung von Vertrauen auf die Gegengabe ermöglicht über die oben geschilderten sozialen Zwänge von Tauschprozessen die Entwicklung sozialer Verbindungen zu gesellschaftlichen Strukturen, in deren Folge auch differenziertere Verhaltenserwartungen wechselseitig normiert werden können. Popitz beschreibt diesen Prozess als ein „Sich-gegenseitig-Feststellen“ des Menschen nach dem Gegenseitigkeitsprinzip.<sup>48</sup>

#### D. Ritueller Gabentausch in staatenlosen Gesellschaften

In unserem heutigen Rechtssystem muss nicht erst ausgehandelt werden, wie ein Rechtsfall behandelt werden soll, da die Prozessordnungen dafür bereits genaue Vorgaben machen. Hier genügt es, die Geltung ihrer Vorschriften durch Rituale und Symbole anzuzeigen.<sup>49</sup> Hingegen fehlt bei Konflikten in oder zwischen staatenlosen Gesellschaften oftmals eine von allen Parteien anerkannte Instanz, die eine bestimmte Art der Konfliktlösung vorschreiben könnte und eine Entscheidung verbindlich durchsetzen könnte.<sup>50</sup>

Unter staatenlosen Gesellschaften werden solche Ordnungen verstanden, in denen Recht nicht ausschließlich rechtlichen Charakter trägt, sondern aufgrund geringer Ausdifferenzierung und geringer Professionalisierung<sup>51</sup> mit anderen (religiösen, moralischen und politischen) Institutionen verwoben ist.<sup>52</sup> So können „Richter“ beispielsweise zugleich auch gesetzgeberische oder priesterliche Funktionen übernehmen.<sup>53</sup> Das Recht ist weder nach Rechtsgebieten ausdifferenziert noch schriftlich kodifiziert und daher von sozialen Normen nicht zu unterscheiden.<sup>54</sup>

Die rechtsethologische Forschung zu rituellem<sup>55</sup> Gabentausch hält eindrucksvolle Beispiele für die Funktionsweise der Tauschtheorie bereit, wenngleich diese Forschung in erster Linie am symbolischen Gehalt des Gabentauschs interessiert zu sein scheint. Der auf dem Prinzip der Reziprozität basierende rituelle Gabentausch ist in

47 A. Paul, Die Rache und das Rätsel der Gabe, Leviathan 2005, S. 240 (252).

48 Popitz, Soziale Normen (Fn. 5), S. 64.

49 Dazu J. Hodgson, Conceptions of Trial, in: Antony Duff (Hrsg.): The Trial on Trial, Vol. 2 Judgement and Calling to Account, Oxford 2006, S. 223 (227 f.) mit dem Verweis auf die juristische Terminologie, den Gerichtssaal und die Roben.

50 Roberts, Ordnung und Konflikt (Fn. 1), S. 121.

51 J. van Velsen, Procedural Informalities, Reconciliation and False Comparisons, in M. Gluckmann: Ideas and Procedures in African Customary Law, London 1969, S. 137 (138).

52 R. Schott, Jahrbuch Rechtssoziologie 1970, S. 107 (165 ff.).

53 M. Gluckmann, Judicial Process, International Encyclopedia of the Social Sciences, 1968 Vol 9, S. 358.

54 J. Kaetzler, Magie und Strafrecht, Frankfurt 2001, S. 159 f.

55 In der Ethnologie wird Handeln dann als rituell bezeichnet, wenn es keinem rationalen Zweck dient, sich aber an bestimmten Regeln orientiert; F. Kramer, Ritual, in: B. Streck: Wörterbuch der Ethnologie, Köln 1987, S. 181.

und zwischen staatenlosen Gesellschaften ohne übergeordnetes ausdifferenziertes Ordnungssystem ein wesentliches Element zur Herstellung und Durchsetzung sozialer Ordnung.<sup>56</sup> Tausch kommt dabei eine regulatorische Kraft zu, mit der soziales Verhalten im Vorfeld von Rechtsnormen strukturiert und verbindlich gemacht werden kann.

### 1. Beispiel Kula-Ringtausch

Der Kula-Ringtausch gilt in der ethnologischen Literatur als zentrales Beispiel für rituellen Gabentausch, mit dem die Herstellung und Aufrechterhaltung sozialer Ordnung erklärt werden kann.<sup>57</sup>

Kula (= Ring)<sup>58</sup> ist ein weit gespanntes Netz intertribaler Beziehungen, welches die kulturell und sprachlich verschiedenen Inselgruppen süd-östlich von Papua-Neuguinea (Trobriand-Inseln) anstelle einer staatlichen Ordnung durch strenge Regeln miteinander verbindet.<sup>59</sup> Kula ist ein unbeabsichtigt zustande gekommenes Tauschsystem,<sup>60</sup> bei dem Armreifen und Halsketten in entgegengesetzten Richtungen im Kreis der viele Seemeilen voneinander entfernt liegenden und durch keine sonstigen Institutionen miteinander verbundenen Inseln gegeneinander getauscht werden. Etwa zweimal im Jahr unternehmen die Trobriander nach erheblichen Vorbereitungen (Kanus bauen, Proviant besorgen) riskante Kula-Expeditionen. Bei Seereisen zu links liegenden Inseln werden Armreifen gegen Halsketten getauscht, nach rechts gibt man Ketten und empfängt Armreifen. Die getauschten Schmuckstücke haben keinen Gebrauchswert, vermitteln aber hohes Ansehen. Sie verbleiben selten länger als ein bis zwei Jahre im Besitz eines Kula-Teilnehmers. Darum wird die Bedeutung dieser Tauschgegenstände mit den bei uns bekannten Sportpokalen verglichen. Zentral ist der Bedeutungsgehalt der getauschten Objekte, nicht ihr Gebrauchswert. Der Tausch findet in Tauschpartnerschaften statt, die je nach Status bis zu mehrere hundert Männer lebenslanglich miteinander verbinden können. Tauschpartner verhalten sich zueinander wie Freunde und unterliegen auch außerhalb des Kula-Tausches gegenseitigen Pflichten.<sup>61</sup>

56 Görlich, Tausch (Fn. 43), S. 269; C. Sigrist, *Regulierte Anarchie*, Frankfurt 1979, S. 115; Thurnwald, *Menschliche Gesellschaft* (Fn. 35), S. 5.

57 R. Ziegler, *Das Rätsel des Kula-Rings*, in: W. von der Ohe (Hrsg.): *Kulturanthropologie: Beiträge zum Neubeginn einer Disziplin*; Festgabe für E. Francis, Berlin 1987, S. 421 (421). Die bedeutsamste Untersuchung zum Kula stammt von B. Malinowski: *Argonauten des westlichen Pazifik*, Frankfurt 1979. Er entwickelte damit den erstmals von Thurnwald analysierten Reziprozitätsgedanken weiter. Eine jüngere Studie dazu bietet eine kurze Zusammenfassung sämtlicher Kula-Regeln, J. Leach / E. Leach *The Kula*, Cambridge 1983, S. 2 ff.

58 So die vermutete Übersetzung von Mauss, *Gabe* (Fn. 28), S. 42.

59 Malinowski, *Argonauten* (Fn. 57), S. 123 f.

60 Ziegler, *Kula-Ring* (Fn. 57), S. 421.

61 Malinowski *Argonauten* (Fn. 57), S. 124.

Der Anreisende beginnt den rituellen Tausch mit einem kleinen Eröffnungsgeschenk. Dieses erwidert der Gastgeber mit der Kula-Gabe (z. B. Ketten). Erst wenn er später zum Gegenbesuch antritt, erhält er die entsprechende Gegengabe (Armreifen). Kann der Partner vorübergehend kein Äquivalent bieten, muss er eine geringere Zwischen-gabe, eine Art Wartegeschenk oder Verzugszins<sup>62</sup> leisten, um seine Vertrauenswürdigkeit zu beweisen. Diese muss der andere wiederum mit einer kleinen Gegengabe vergelten, welche bei vollständiger Erfüllung zurückgezahlt wird.<sup>63</sup> Der Tausch vollzieht sich in zeremonieller Form. Dabei ist es üblich, die Schmuckstücke in schroffer und verärgelter Weise zu übergeben und sie mit gleichgültiger, geringschätziger Miene zu empfangen.

Außerdem – und hierin liegt ein zentraler Aspekt für die bindungsstiftende Qualität des Tausches – dürfen Tausch-Verpflichtungen nicht sofort erfüllt werden, sondern es muss eine gewisse Zeit zwischen Erbringung der Leistung und Beantwortung mit der Gegenleistung verstreichen.<sup>64</sup> In dieser Zeitspanne, in welcher der gebende Partner auf Ausgleich wartet und der empfangende Partner verschuldet ist, sind beide Tauschpartner dazu verpflichtet, einander nicht zu schaden und den Frieden aufrechtzuerhalten, um das Tauschgeschäft nicht zu gefährden.<sup>65</sup> Es hängt vom Gebenden ab, ob die Gegenleistung gleichwertig zur Gabe ist; es ist nicht möglich, darum zu feilschen. Das Prestige eines ganzen Clans hängt davon ab, dass die angenommenen Gaben pünktlich und mit „Zinsen“ zurückgezahlt werden, sodass der Gläubiger wiederum zum Schuldner wird.<sup>66</sup>

Diese „verzögerte Gegenseitigkeit“ durch Fristen und Kredite bewirkt, dass die Tauschpartner abwechselnd in der Schuld des anderen stehen. Das könnte den Tauschpartner, der gerade eine Vorleistung erhalten hat, dazu verleiten, diese auszunutzen, ohne sie zurückzuzahlen. Dass diese Möglichkeit allerdings gar nicht sinnvoll genutzt werden könnte, wird klar, wenn man die Bedeutung von Kula als Signalsystem erkennt, das Kontrollen gegen Missbrauch enthält. Durch den Tausch der an sich wertlosen Schmuckgegenstände zeigen die Beteiligten ihr Interesse an einer sozialen Beziehung mit ihren Tauschpartnern an. Es geht weniger darum, die Tauschgegenstände als solche zu erlangen, als vielmehr die durch sie verdinglichte Zusage zu gewinnen, in eine soziale Beziehung zum an sich fremden Tauschpartner einzutreten bzw. eine solche aufrechtzuerhalten. Erst in dieser Beziehung und ihren Möglichkeiten liegen die eigentlich angestrebten Vorteile. Dadurch, dass die Signale in Form von Armreifen und Halsketten abwechselnd und zeitlich versetzt gegeben werden, stabilisiert sich das gemeinsame Vertrauen der Tauschpartner als Signalge-

62 *Mauss*, Gabe (Fn. 28), S. 50.

63 *Malinowski*, Argonauten (Fn. 57), S. 135.

64 *Blau*, Exchange (Fn. 24), S. 99.

65 *Gouldner*, Reziprozität (Fn. 36), S. 104.

66 *Mauss*, Gabe (Fn. 28), S. 65.

ber in die Dauerhaftigkeit ihrer Beziehung. Da zwei verschiedene Gegenstände getauscht bzw. zwei verschiedene Signale gesendet werden, können die Signale eindeutig zugeordnet werden. So kommt es nicht zu Unsicherheiten darüber, wer zuletzt sein Interesse kundgetan hat und ob jemand seine für den Erhalt der sozialen Beziehung erforderliche Tauschpflicht vernachlässigt. Die Struktur des Kula als doppelter Kreislauf (Armreifen zirkulieren in die eine, Halsketten in die andere Richtung) erleichtert es, eine Missachtung des Reziprozitätsprinzips schnell zu bemerken. Da feststeht, welche Güter in welche Richtung getauscht werden, lässt sich leicht nachforschen, wo eine „undichte“ Stelle liegt. Diese latente gegenseitige Überwachung motiviert die Beteiligten dazu, ihren Ruf als verlässlicher Tauschpartner nicht auf's Spiel zu setzen.<sup>67</sup> Damit wird deutlich, dass diese Form reziproken Tausches einen Abbruch sozialer Beziehungen so gut wie unmöglich macht und zugleich die grundlegenden Regeln dafür verbindlich festlegt. Ebenfalls wird deutlich, dass Kredit ein zentrales Element für die Entwicklung von komplexeren Kooperationsformen ist.<sup>68</sup>

Hier ist darauf hinzuweisen, dass Tausch nicht nur durch die geschilderten inhärenten Mechanismen von Reziprozität und Kontrolle abgesichert wird. Der rituelle Gabentausch findet in einer latenten Drucksituation statt: Regelverstöße könnten nur durch Abbruch der sozialen Beziehung geahndet werden, was die Gefahr einer kriegerischen Auseinandersetzung mit sich brächte.<sup>69</sup>

## 2. Beispiel Potlatch

Einen Eindruck von der Spannweite der in Tauschverhältnissen enthaltenen Ausdrucksmöglichkeiten vermittelt ein Blick auf eine weitere Form rituellen Gabentausches: Während Kula friedliche und dauerhafte Beziehungen stiftet,<sup>70</sup> erzeugt und demonstriert der Potlatch (= geben) der Kwakiutl- (= reich) Indianer an der Pazifik-Küste Alaskas und Kanadas dagegen Status-Differenzen.<sup>71</sup>

Bei Potlatch-Festen geht es darum, Eigentum (Decken und verzierte Kupferplatten)<sup>72</sup> an andere Stämme zu verschenken, um es später mit 100 % „Zinsen“ zurückzuerhalten.<sup>73</sup> Ziel der Beteiligten ist es, Reichtum möglichst verschwenderisch aus-

67 Ziegler, Kula-Ring (Fn. 57), S. 438 ff.

68 Popitz, Soziale Normen (Fn. 5), S. 78.

69 Vor Etablierung des Kula waren Überfälle und Kriege häufig, vgl. Ziegler, Kula-Ring (Fn. 57), S. 426 m.w.N.

70 Adloff / Mau, Geben und Nehmen (Fn. 41), S. 13. Mauss, Gabe (Fn. 28) S. 41 f., insbesondere Fn. 18 versteht Kula als besondere Form des Potlatch.

71 P. M. Blau, Social Exchange, in: D. L. Sills, International Encyclopedia of the Social Sciences, New York 1968, Vol 7, S. 455.

72 F. Boas, Kwakiutl Ethnography, Chicago 1966, S. 82: Die Kupferplatten haben eine ähnliche Funktion wie Papiergeld: ihr faktischer Wert ist gering, aber sie repräsentieren eine große Anzahl von Decken und können jederzeit für eine festgelegte Menge an Decken verkauft werden.

73 Boas, Kwakiutl (Fn. 72), S. 77.

zugeben und dadurch Prestige und Macht zu gewinnen.<sup>74</sup> Wer die (nicht wirklich zum Leben benötigten) Tauschgaben nicht angemessen erwidert, wird sozial geächtet und vom Tausch und anderen Einrichtungen des sozialen Lebens ausgeschlossen. Verstöße gegen die Tauschregeln werden durch Statusverlust sanktioniert. Diese Form von Tausch hat supra-ökonomischen Charakter, denn dabei werden wertvolle Güter mitunter im Überfluss getauscht oder sogar zerstört, allein um in einem Wettbewerb in Großzügigkeit oder sogar in einem „Eigentumskrieg“ den Rivalen durch immer größere Gaben zu noch größeren Gegenleistungen zu zwingen, die er schließlich nicht mehr aufbringen kann, sodass er verarmt und an Ansehen und Privilegien verliert, während der Herausforderer an Prestige gewinnt.<sup>75</sup>

### 3. Symbolischer Tausch als Kontrollinstanz für die Etablierung sozialer Normen

Diese Beispiele veranschaulichen die Ausführungen zur Tauschtheorie und zum Reziprozitätsprinzip. In ihrer Aufwändigkeit und Komplexität (Kula) und ihrer möglichen Exzessivität (Potlatch) zeigen sie die expressiven und normativen Qualitäten von Tausch überdeutlich: Im Tausch können durch die Gabe und die Verschuldung Verbundenheit (d.h. wohlwollende und nicht kriegerische Beziehung) und die ersten Regeln dieser Verbundenheit ausgedrückt werden. In der ständigen Wiederholung hält Tausch die Beziehung und ihre basalen Regeln aufrecht. Diese Regeln von Geben, Nehmen und Erwidern sind in ihrer Grundstruktur denkbar einfach und wie gezeigt auch ohne (gemeinsame) Sprache verständlich. Auch ist ihre Befolgung anhand der Gegengabe leicht zu überprüfen. Damit eignet sich Tausch zur Etablierung verbindlicher Regeln auch für soziales Verhalten, das über den rituellen Tausch hinausgeht, ohne dass es dazu durchsetzungsstarker Instanzen bedürfte.

Im Kula wird das daran sichtbar, dass im Anschluss an den rituellen Gabentausch wirtschaftlicher Handel stattfindet.<sup>76</sup> Der Austausch von Schmuckgegenständen im Kula wird um seiner selbst willen durchgeführt.<sup>77</sup> Allerdings wird anlässlich von Kula-Expeditionen – aber getrennt vom symbolischen Kula – Handel mit Waren betrieben. Kula selbst ist kein wirtschaftlicher Tauschhandel,<sup>78</sup> sondern ein „Schutzschild“ für anschließenden friedlichen Handel.<sup>79</sup> Kula kann neben seiner rein symbolischen Ebene als ein Wegbereiter für wirtschaftlichen Tausch betrachtet wer-

74 Görlich, Tausch (Fn. 43), S. 197; Mauss, Gabe (Fn. 28), S. 65.

75 Boas, Kwakiutl (Fn. 72), S. 81 ff; Mauss, Gabe (Fn. 28), S. 62 ff.

76 Vgl. Ziegler, Kula-Ring (Fn. 57), der den Kula-Ringtausch als Signalsystem versteht, mit dem grundsätzliches Interesse an der Aufrechterhaltung stabiler sozialer Beziehungen angezeigt wird, auf dessen Grundlage wirtschaftlicher Handel möglich wird.

77 Malinowski, Argonauten, (Fn. 57), S. 549, 138.

78 Stegbauer, Reziprozität (Fn. 29), S. 47.

79 C. Hamm, The Gift and Reciprocity, Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity, Vol. I, S. 207 (210); Ziegler Kula-Ring, (Fn. 57), S. 440. Wirtschaftlicher Tausch findet allerdings nicht zwischen den Kula-Partnern selbst statt. So lässt sich verhindern, dass ein Tauschpartner dauerhaftes Interesse an einer sozialen Beziehung bloß vortäuscht, um auf einfachem Wege an wirtschaftliche Güter zu gelangen.

den.<sup>80</sup> Die Regeln für den Ringtausch enthalten in rituell überhöhter Form alle Elemente, die auch den wirtschaftlichen Tausch organisieren sollen. Im Kula-Tausch können zur Vorbereitung von wirtschaftlichem Tausch dessen Regeln erprobt und ihre Einhaltung geprüft werden. So, wie jede Kula-Gabe mit einer annähernd gleichwertigen Gegengabe zu vergelten ist, darf auch im wirtschaftlichen Tausch erwartet werden, dass eine Gabe als solche verstanden wird und mit einer entsprechenden Gegenleistung vergolten wird. Aber auch die feineren Regeln des Tausches, dass z. B. nicht gefeilscht werden soll und wie die „stark ausgeprägte Kaufmannslehre“<sup>81</sup> der Beteiligten zu berücksichtigen ist, werden im Kula deutlich gemacht.

Diese Möglichkeit, auch ohne den Rückhalt durch ausdifferenzierte Durchsetzungsinstanzen soziales Verhalten zu normieren, lässt sich so erklären: Im rituellen Tausch lassen sich auf symbolischer Ebene mit geringem materiellen Verlustrisiko Tauschregeln festlegen und der Beweis ihrer Befolgung erbringen. Damit ist eine Basis geschaffen, um das Risiko ausbleibender Gegenleistungen beim Tausch wirtschaftlich wertvoller Güter erheblich zu verringern. Auf der Grundlage des symbolischen Tauschs wird faktischer Tausch abgesichert, durch den die benötigten wirtschaftlichen Güter in einem abgesicherten Referenzrahmen erlangt werden können. Dabei ist es die für den rituellen Gabentausch typische Wiederholung des symbolischen Tauschs, die es erlaubt, dauerhaft von der Befolgung der Regeln ausgehen zu dürfen. In einer ausdifferenzierten Rechtsordnung ist dieses Vertrauen durch die Zentralgewalt und ihre Durchsetzungsmittel abgesichert.

### E. Tauschbasierte Bindungswirkung in den Beispielfällen

Diese Kombination von vorgeschaltetem symbolischen Tausch zur Regelbildung und zur Prüfung ihrer Befolgung mit dem eigentlichen Tausch konkret benötigter Güter bzw. Leistungen zeigt sich auch bei der Gestaltung informeller Verfahrensweisen neben unserer modernen Rechtsordnung – wenngleich in weitaus nüchterner und weniger lebensbestimmender Form. Da für die hier verwendeten Beispiele (Schiedsverfahren, Sanierungs-/Absprachen) keine rechtsverbindlichen Regeln bestehen bzw. sogar deren Widerrechtlichkeit vermutet werden kann, geht es auch hier darum, das informelle Verfahren, also seine Regeln und deren Verbindlichkeit abzusichern. Die in der Informalität fehlende Rückgriffsmöglichkeit auf rechtliche Zwangsmittel lässt sich durch Einsatz von Tausch überbrücken.

Im Folgenden wird im Einzelnen dargelegt, wie sich die Prinzipien von reziprokem Tausch und seinen Kontrollmechanismen als Instrument zur verbindlichen Organisation informeller Verfahren auch in den eingangs skizzierten Beispielen zeigen. Diese Beispiele könnten zwar anders als in den oben beschriebenen staatenlosen Gesell-

80 Adloff / Mau, *Geben und Nehmen*, (Fn. 41), S. 43.

81 Malinowski, *Argonauten* (Fn. 57), S. 118.

schaften prinzipiell auch ohne informelle Tauschprozesse auf dem herkömmlichen Verfahrensweg gelöst werden. Es kommt den Beteiligten jedoch gerade auf die informelle Lösung und die rechtliche Unverbindlichkeit ihres Tuns an, sei es, weil sie damit eine vermutete Rechtswidrigkeit verschleiern wollen oder weil sie in einem Maße flexibel auf Änderungen ihrer Absichten oder ihrer wirtschaftlichen Situation reagieren können möchten, wie es Rechtsnormen nicht bieten.<sup>82</sup> Auf informelle Verbindlichkeit möchten sie jedoch nicht verzichten, zu sensibel sind die verhandelten Verfahrensgegenstände (z.B. Schadensersatz in Milliardenhöhe, Freiheitsstrafe, Errichtung großer Fabriken).

Diese Verbindlichkeit wird durch Einsatz von Tausch erzeugt. (Ritueller) Tausch als Instrument zur Organisation sozialer Beziehungen ist dabei deutlich weniger sichtbar als in den ethnologischen Beispielen. Im Gegenteil wird Tausch in den beispielgebenden Verfahren eher heimlich durchgeführt. Das liegt zunächst daran, dass es in einer modernen Gesellschaft mit einer etablierten, durchsetzungsstarken Rechtsordnung grundsätzlich nicht mehr erforderlich ist, Zusammengehörigkeit und Normbefolgung so überdeutlich zu demonstrieren. Vor allem aber wollen die Beteiligten im konkreten Verfahren den Einsatz von Tausch anstelle des Gebrauchs gesetzlicher Verfahren nicht betonen, um in der Öffentlichkeit nicht das Misstrauen zu wecken, die bestehenden Regeln sollten umgangen werden.

Auch die symbolische Ebene tritt in den Beispielen nur noch verkürzt zutage. In diesen Verfahren bzw. zu ihrer Vorbereitung gibt es keine eigens angefertigten symbolischen Gegenstände (wie verzierte Kupferplatten oder Armreifen), durch deren Austausch man die Bereitschaft zum Tausch und die Befolgung seiner Normen signalisieren und überprüfen kann. Das erklärt sich neben den obigen Ausführungen damit, dass die über den Tausch angestrebte Beziehung weniger umfassend und dauerhaft (keine lebenslange Tauschpartnerschaft wie im Kula), sondern auf einen spezifischen Zweck wie z.B. die Bewältigung eines Wirtschaftsstrafverfahrens angelegt ist. Gleichwohl fallen die Verhandlungspartner auch in informellen Verfahren nicht mit der redensartigen Tür ins Haus, indem sie ihre eigentlichen Tauschangebote unmittelbar offen legen würden. Vielmehr wird auch hier zunächst durch scheinbar unbedeutende Tauschangebote Reziprozität „proviziert“ und die Verlässlichkeit des Tauschpartners geprüft, etwa indem zur Eröffnung der Verhandlungen Informationen über Personen oder Sachverhalte ausgetauscht werden, die nicht unmittelbar zum Verfahren gehören. Dieser vorbereitende Tausch hat insofern symbolischen Charakter, als er nicht schon das eigentliche Ziel erreicht, wohl aber darauf hindeutet und so die Voraussetzungen dafür schafft.

82 Vgl. *Bohne*, Verwaltungshandeln (Fn. 19), S. 41.

Der Tausch der eigentlichen Leistung tritt dagegen deutlich zu Tage: beide Parteien verzichten wechselseitig auf etwas oder geben sich positive Zusagen im Sinne eines *do ut des*.

Ebenfalls wird dieser Tausch durch externe Druckmöglichkeiten zusätzlich abgesichert. Die in den Verhandlungen konkretisierte Reziprozitätsnorm wird hier nicht durch eine latente Kriegsgefahr, wohl aber durch das Vorhandensein der gesetzlichen Vorgaben zusätzlich stabilisiert. Auch wenn man sich in die Informalität begeben hat, besteht zumindest prinzipiell jederzeit die Möglichkeit, „Dienst nach Vorschrift“ zu machen. Diese Rückkehr zum gesetzlichen Verfahren hält jedoch für beide Seiten unerwünschte Nachteile bereit, weil sie das Verfahren z.B. verlängert, verteuert oder stärker in die Öffentlichkeit zieht. Die latente Drohung mit dem gesetzlichen Verfahren spornt die Verhandlungspartner zusätzlich an, das informelle Verfahren nicht durch Reziprozitäts-Verstöße, also durch ungleiche oder ausbleibende Gegengaben zu gefährden.

Im Einzelnen lässt sich in Bezug auf das Verfahren vor internationalen Schiedsgerichten (mangels öffentlichen Zugangs lediglich) vermuten, dass auch solche Verfahren Elemente von Tausch enthalten. Zwar ist die Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen durch das UNÜ-Abkommen<sup>83</sup> weltweit abgesichert. Die schiedsgerichtlichen Verfahrensordnungen sind jedoch so vage formuliert, dass sie kaum Vorgaben für die Verhandlungsführung erkennen lassen.<sup>84</sup> Daher ist denkbar, dass die Beteiligten zur genaueren Strukturierung solcher Verfahren etwa bei Fragen der Auswahl der Schiedsrichter oder des anzuwendenden materiellen Rechts sowie der Höhe der Schadensersatz-Summe auf Tausch zurückgreifen. Wechselseitiges Nachgeben bzw. Entgegenkommen dürften auch hier nach den in den ethnologischen Tauschuntersuchungen aufgedeckten Mechanismen für Verbindlichkeit bei der Durchführung des Verfahrens sorgen. Eine zusätzliche Stabilisierung der durch Tausch generierten Verbindlichkeit ergibt sich daraus, dass die Wiederwahl der Schiedsrichter von der Einhaltung der ertauschten Vereinbarungen abhängt.

Die strafprozessuale Studie hat nachgewiesen, dass die hohe Bindungswirkung von Absprachen auf Tausch beruht. Die hier typischen und zentralen Tauschgüter sind Geständnis und Strafmilderung. Auf beide besteht kein Rechtsanspruch. Indem das eine also nur durch das andere erlangt werden kann, gewinnt die Absprache Verbindlichkeit. Die Begründung für die „berechtigte“ Erwartung der Gegenleistung wird auch hier in einem vorgeschalteten Tausch geschaffen: Der durch feinfühligere persönliche Kontakte bestimmten Vorbereitungsphase, mit der die Beteiligten unter

83 Vgl. Fn. 16.

84 Dazu im Einzelnen K. v. Frankenberg, Marktfähige Gerichtsbarkeit, S. 320 ff. Empirische Studien zum Ablauf solcher Verfahren stehen noch aus. Ein erster Ansatz findet sich bei S. Puig, Social Capital in the Arbitration Market, EJIL 2014, Vol. 25 No. 2, S. 387, der die Sozialstruktur der Schiedsrichter in Investor-Staats-Klagen untersucht.

Austausch erster Informationen vom regulären Strafverfahren zu einer informellen deal wechseln, kommt entscheidende Bedeutung zu. Dabei wird festgelegt und geprüft, dass und womit angebotene Leistungen zu vergelten sind. Die im Kula-Beispiel dargelegten tausch-basierten Überwachungsmöglichkeiten (verzögerte Gegenseitigkeit, Ketten und Reifen) sind hier der Tausch-Beziehung entsprechend einfacher und direkter: Wer sich nicht an die Absprache hält, wird von der Möglichkeit zur Nutzung von Absprachen in weiteren Verfahren ausgeschlossen.<sup>85</sup>

Auch in der verwaltungsrechtlichen Studie kommt zum Ausdruck, dass sog. Sanierungsabsprachen aufgrund des ihnen zugrundeliegenden Tauschverhältnisses im allgemeinen eingehalten werden.<sup>86</sup> Hierbei zeigt sich ebenfalls ein vorbereitendes tauschhaftes Verhalten: Der eigentliche Tausch von Genehmigungserteilung gegen Durchführung bestimmter Maßnahmen etwa zur Wartung der Anlage wird durch umfangreiche Kommunikation vorbereitet, die von gemeinsam abgestimmter Öffentlichkeitsarbeit bis hin zur „Seelenmassage“ der konkret Beteiligten Personen reicht.<sup>87</sup> Damit wird angezeigt und festgelegt, dass die gewählte informelle Verfahrensweise reziprokes Verhalten verlangt. Die im Tausch erzielte Verbindlichkeit ist dabei so stark, dass u. U. auch Maßnahmen erreicht werden können, die über die rechtlich erzwingbaren Möglichkeiten hinausgehen. So kann die Behörde etwa auf angezeigte Zwangsmaßnahmen verzichten oder die Genehmigung einer zusätzlichen Anlage in Aussicht stellen, wenn der Betreiber sich zu bestimmten Sanierungsmaßnahmen bereit erklärt. Auch hier stehen Sanktionsmöglichkeiten bereit: Ein Bruch von Sanierungsabsprachen kann bei künftigen Genehmigungsverfahren durch bürokratische Mittel wie z.B. Verfahrensverschleppung „bestraft“ werden.<sup>88</sup>

## F. Fazit und neue Forschungsfragen

In einer als Einheit angelegten und hochgradig ausdifferenzierten Rechtsordnung sind die Verfahren zur Entscheidungsfindung weitgehend festgelegt. Nur diese Verfahren sind gesetzlich legitimiert und können daher autoritativ durchgesetzt werden. Eine zentrale Erkenntnis aus der Heranziehung ethnologischer Studien zur Erklärung informeller Verfahrensweisen in unserer Rechtsordnung ist, dass und wie sich auch außerhalb gesetzlicher Verfahren eine der Intensität nach rechtsähnliche Verbindlichkeit erzeugen lässt. Der Rückgriff auf Tausch-Techniken ermöglicht es, unabhängig von Rechtsnormen und den sie begleitenden Zwangsmittel bestimmte Verhaltensweisen verbindlich festzulegen und damit Rechtsprobleme auf informeller

85 K. v. Frankenberg, Grundlagen konsensualer Konfliktlösungsprozesse, Berlin 2013, S. 134 ff.

86 Bohne, Verwaltungshandeln (Fn. 19), S. 42.

87 E. Bohne: Privatisierung des Staates, Jahrbuch für Rechtssoziologie 1980, S. 266 (271 ff).

88 Bohne, Rechtsstaat, (Fn. 3), S. 295 und Bohne, Verwaltungshandeln (Fn. 19), S. 43.

Ebene zu bearbeiten. Der ethnologische „Blick aus der Ferne“<sup>89</sup> ermöglichte die Aufdeckung und Analyse solcher Tausch-Techniken als Mittel der Verbindlichkeits-erzeugung in informellen Verfahren. Dem juristischen Denken bleibt es überlassen, die Einordnung und Bewertung solcher Phänomene im Hinblick auf das Rechtssystem vorzunehmen. Im Folgenden sollen die dazu erforderlichen Schritte und Einzel-fragen aufgezeigt werden.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Rechtssystem solche konkurrierenden, möglicherweise widerrechtlichen informellen Vorgehensweisen nicht per Gesetz unterdrücken könnte, da sie wie gezeigt aufgrund von Reziprozität, symbolischer Vorbe- reitung und internen Sanktionsmöglichkeiten zu stabil bzw. in ihrer Geltungskraft zu unabhängig vom Rechtssystem sind, als dass ein gesetzliches Verbot sie gefährden könnte. Die nach jahrzehntelanger informeller Handhabung schließlich erfolgte Ver- rechtlichung strafprozessualer Absprachen trotz erheblicher Bedenken an ihrer Ver- einbarkeit mit der Strafprozessordnung bietet dafür ein eindrucksvolles Beispiel.

Bedenken bzgl. einer Beeinträchtigung der staatlichen Souveränität durch die Zulas- sung auch informell generierter, d.h. nicht demokratisch legitimierter Normen kom- men dabei nicht auf, wenn man davon ausgeht, dass Souveränität kein staatliches Rechtsetzungsmonopol erfordert, sondern lediglich ein „Recht des letzten Wortes“ bzw. die „Befugnis zur letztverbindlichen Entscheidungsgewalt darüber, welchen Normen der Charakter einer Rechtsnorm [...] zukommt“.<sup>90</sup> Gerade in Bezug auf das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren scheint das Bundesverfas- sungsgericht den Gesetzgeber daran erinnern zu wollen. Es entschied nämlich, der Gesetzgeber müsse seine Entscheidung zur Zulässigkeit von Absprachen notfalls zu- rücknehmen, sollten sich die gravierenden Vollzugsmängel fortsetzen.<sup>91</sup> Das letzte Wort über die Aufnahme der informell entwickelten Praxis in das Gesetz scheint also noch nicht gesprochen – auch wenn ihr Verbot wie oben gezeigt faktisch unmöglich erscheint.

Gleichwohl stellt sich die Frage, inwieweit die Übernahme informell entwickelter Verfahrensweisen in die Rechtsordnung das Legitimationsproblem nachträglich be- heben kann und insbesondere, wie eine rechtsstaatliche Kontrolle solcher informeller Verfahrensweisen möglich ist.

Ein weiteres Forschungsproblem ist die Frage, unter welchen Umständen solche in- formellen Pluralisierungen rechtlicher Verfahren auftreten und wie sie die Rechts-

89 C. Lévi-Strauss / D. Eribon, *Das Nahe und das Ferne. Eine Autobiographie in Gesprächen*, Frankfurt 1996, S. 262: Beim Blick auf die eigene Gesellschaft nimmt der Ethnologe sie nicht als eines ihrer Mitglieder, sondern wie andere Beobachter wahr, die in weiterer zeitlicher und räumlicher Entfernung von ihr stehen.

90 F. Becker, *Konsensuale Strukturen*, Tübingen 2005, S. 735.

91 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Rn. 107.

ordnung in ihrer Entwicklung beeinflussen. Im Hinblick auf die Beeinflussung der Rechtsordnung durch informelle, privat gesetzte Normen ist denkbar, dass es dadurch zu einer Gefährdung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit kommen kann. Derartige Bedenken ließen sich etwa mit Blick auf internationale Schiedsgerichte sowohl angesichts der Ungleichbehandlung von in- und ausländischen Unternehmen äußern, da nur letztere Zugang zu privaten Schiedsgerichten haben, als auch angesichts der stark lückenhaften Veröffentlichung und Begründung der Schiedssprüche, was die Herausbildung einer einheitlichen Auslegung der oft vieldeutigen Begriffe des internationalen Handelsrechts verhindert.<sup>92</sup> Ebenso ist es aber auch möglich, dass solche Phänomene die Rechtsentwicklung anstoßen und auf diese Weise das Rechtssystem kompatibel machen für die Anforderungen einer zunehmend komplexen Lebenswelt. Das Recht öffnet sich auf diese Weise für das Wissen und die Initiative privatwirtschaftlicher Akteure.<sup>93</sup> Die Verrechtlichung von Absprachen ließe sich beispielsweise derart optimistisch betrachten, wenn man annimmt, dass Absprachen es überhaupt erst möglich machen, auch umfangreiche Strafverfahren gegen große Unternehmen durchzuführen.

Zieht man die in diesem Beitrag vorgestellten rechtsethnologischen und tauschtheoretischen Erkenntnisse zu Rate, lassen sich diese Fragen nach der Bedeutung informeller Vorgehensweisen für rechtsförmige Verfahren erst insoweit beantworten, als tauschbasierte informelle Verhandlungsweisen ein hohes Maß an Verbindlichkeit und Sicherheit in Bezug auf soziales Verhalten garantieren. Die üblicherweise durch die Rechtsordnung garantierte Verbindlichkeit von Verfahren zur Entscheidungsfindung kann also (zumind. vorübergehend) durch Tausch ersetzt werden. Um aber auch sagen zu können, ob informelle Verfahrensweisen über diese Verbindlichkeit hinaus auch Rechtssicherheit bieten können, muss im Einzelfall, d.h. hier für internationale Schiedsverfahren und für (Sanierungs-)Absprachen untersucht werden, was die inhaltlichen Leitlinien in diesen informellen Verhandlungen sind. Die hier untersuchte Verbindlichkeits-Erzeugung gibt noch keine Auskunft zur sozusagen „materiell-rechtlichen“ Orientierung dieser Verfahren. Während sich beispielsweise das Strafverfahren inhaltlich am materiellen Strafrecht orientiert und dessen Durchsetzung dient, ist es dagegen für informelle Verhandlungen (wie z.B. Absprachen) ebenso denkbar, dass die inhaltliche Orientierung allein auf z.B. wirtschaftliche Interessen bezogen ist wie auf das positive materielle Recht. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu berücksichtigen, wie sich die enorme finanzielle Macht multinationaler Unternehmen auf verfahrens-“rechtliche“ Pluralisierungstendenzen auswirkt. Große Unternehmen können ihre Bindung an staatliches Recht in Frage stellen. Star-

92 R. Hofmann, *Modernes Investitionsschutzrecht*, in: S. Kadelbach, K. Günther (Hrsg.): *Recht ohne Staat?*, Frankfurt / New York 2011, S. 119 (135). Vgl. auch M. Renner, *Zwingendes transnationales Recht*, Baden-Baden 2011, S. 124.

93 Vgl. Becker, *Konsensuale Strukturen*, (Fn. 90), S. 50.

ke Interessen können sogar dazu führen, dass staatliche Gesetze missachtet werden, ohne dass der an sich funktionsfähige staatliche Zwangsapparat dies ahndet.<sup>94</sup> Die Einordnung informeller Verfahren erfordert neben dem theoretischen Diskurs<sup>95</sup> auch empirische Untersuchungen dazu, woran sich die Beteiligten in informellen Verfahren inhaltlich orientieren.

Was bereits jetzt gesagt werden kann, ist dass Rechtsgleichheit überall dort gefährdet ist, wo rechtliche Probleme zweigleisig bearbeitet werden, wo also sowohl informelle als auch verfahrensrechtliche Lösungswege beschritten werden können, ohne dass klare Abgrenzungskriterien dafür bestehen, welche Fälle mit welcher Verfahrensart behandelt werden sollen. Das ist z.B. der Fall, wenn im Strafverfahren die Durchführung einer Absprache allein davon abhängt, ob der Angeklagte einen (angesehenen) Verteidiger hat oder wenn sich ein Unternehmen nach seiner Wahl an nationale Gerichte oder an internationale Schiedsgerichte wenden kann.

94 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (Fn. 7), S. 195.

*D. Rothkopf*, *Power, Inc.*, New York 2012, S. 295 macht diese Aussage anschaulich, indem er eine Aussage des Ölkonzerns Chevron zitiert: „We can't let little countries screw around with big companies like this [...].“ und erläutert, wie die International Telephone and Telegraph Corporation zusammen mit anderen großen Unternehmen den Putsch in Chile entgegen den Absichten der Nixon-Regierung vorantrieb, S. 318.

95 Diese Frage wird derzeit theoretisch diskutiert unter den Stichpunkten „Ent-Territorialisierung“ (*S. Kadelbach*, *Recht ohne Staat?* Frankfurt / New York 2011, S. 9 im Hinblick auf private „Rechtsetzung“ durch internationale Kanzleien, Unternehmen, Armeen und Entwicklungshilfe-Organisationen m.w.N.), „Entstaatlichung“ (*R. Hofmann*, Fn. 91, S. 119 (136)) und „Transnationalisierung“ von Recht (*G. Calliess*, *Transnationales Recht*, Tübingen 2014).