

## ABHANDLUNGEN / ARTICLES

### Rule of Law: Leitbild und Maßstab auch jenseits des staatlichen Rechts

Von *Matthias Kötter* und *Gunnar Folke Schuppert*\*

**Abstract:** *By focusing on two recent developments, we argue that rule of law principles can provide a general yardstick to evaluate even these norm-building processes that occur beyond the state. First, in various discourses on governance in contexts beyond the state authors suggest to integrate non-state legal structures into the rule of law concept. By illustrating this in terms of constitutional law, law and development, and global governance, we ask for the criteria under which non-state law can be seen as functional equivalent to state law from a rule of law perspective. And second, there is an increasing tendency in contexts “beyond the state” to use experiences subsumed under the rule of law as a normative yardstick to evaluate informal processes of legal regulation. Distanced from its origin as a principle of state law, the rule of law functions here as a general standard for legitimate and effective rule-making*

\*\*\*

#### A. Das Rule of Law-Paradigma

In seinem vielfach zitierten Beitrag „The Rule of Law Revival“ aus dem Jahre 1998 hatte *Thomas Carothers* darauf hingewiesen, dass man zu der Zeit keine außen- und entwicklungspolitische Debatte führen könne, in der nicht irgendwer die Rule of Law als Lösung für die dringlichen Probleme der Welt ins Spiel bringe: „The concept is suddenly everywhere“<sup>1</sup>. Mit der Rule of Law werde weltweit die nachhaltige Transformation von Diktaturen und anderen Krisenstaaten hin zum Frieden und zu Freiheit und Wohlstand verbunden: „The Rule of Law promises to move countries past the first, relatively easy phase of

\* Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert war Gründungsdirektor des WZB Rule of Law Center und leitet das Teilprojekt „Rule of Law and Governance in Areas of limited Statehood“ am Berliner SFB 700, in dem Dr. Matthias Kötter als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig ist. Die Überlegungen in diesem Beitrag gehen auf die gemeinsame Forschungstätigkeit der Autoren am WZB und am SFB 700 zurück. Eine englische Fassung ist in dem von der American Bar Association herausgegeben Band „The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State“ (Springer Int. Pub. 2014) erschienen. Kontakt: koetter@wzb.eu, schuppert@wzb.eu.

1 *Thomas Carothers*, The Rule of Law Revival, Foreign Affairs 77 (1998), S. 95.

political and economic liberalization to a deeper level of reform.<sup>2</sup> Obwohl Carothers – als Begründer und Leiter des Demokratie- und Rule of Law-Programms am Carnegie Endowment for International Peace – die Ziele der Anhänger einer internationalen Rechtsstaatsförderung teilte, zeigte er sich skeptisch gegenüber den Erwartungen, die damit verbunden wurden. Denn, so sein Bedenken, Wirksamkeitsstudien hätten gezeigt, dass Rule of Law Programme meist teuer und langwierig seien, während die von ihnen bewirkten Veränderungen eher punktuell blieben und keine tiefgehenden politischen Reformen bewirkten. Carothers führte das nicht zuletzt auf die Unerfahrenheit vieler westlicher Berater zurück, die oft erst lernen mussten, dass Hilfe von außen nur dann nachhaltig wirken könne, wenn sie lokale Veränderungsprozesse unterstütze, nicht dagegen, wenn versucht werde, vorab entwickelte Vorstellungen umzusetzen.<sup>3</sup>

Gut fünfzehn Jahre später erscheint die Rule of Law heute mehr denn je als das paradigmatische Konzept in den internationalen Debatten über Staats- und Institutionenaufbau.<sup>4</sup> Rechtlich gebundene Staatlichkeit im Sinne der Rule of Law ist das Leitbild für effektive und legitime Ordnungsbildung weltweit.<sup>5</sup> In immer mehr Ländern haben sich Debatten über Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsrecht etabliert, die keinesfalls nur rein akademischer Natur sind.<sup>6</sup> In neueren entwicklungspolitischen Agenden bildet Rule of Law stets eine Kernforderung, als strukturelle Voraussetzung für weitergehende Entwicklungserfolge, aber auch als Wert an sich.<sup>7</sup> Das wirkt auf die Strukturen der internationalen Entwicklungspolitik zurück. Rule of Law wird zunehmend auch im Bereich von Global Governance als leitendes Prinzip diskutiert, was auch im Zusammenhang mit einer schon seit einiger Zeit zu beobachtenden Hinwendung zum Recht in den internationalen Beziehungen steht.<sup>8</sup> Mithilfe verschiedener Indices wie dem Rule of Law Index des World Justice Project oder den

2 Carothers, Fußnote 1, S. 95. Zum Problem unterschiedlicher Prioritäten und Sequenzierungen beim Staatsaufbau (Liberalisierung, Institutionalisierung, Zivilgesellschaft) s. Ulrich Schneekener, Internationales State Building, SWP-Studie S10, Mai 2007, S. 15ff.

3 Carothers, Fußnote 1, S. 104.

4 Zur Entstehung und Entwicklung der Rule of Law-Promotion Doktrin s. Michael Riegner / Thomas Wischmeyer, „Rechtliche Zusammenarbeit“ mit Transformations- und Entwicklungsländern als Gegenstand öffentlich-rechtlicher Forschung, in: Der Staat 50 (2011), S. 436ff.

5 Zur Unterscheidung von Rechtsstaatlichkeit als Leitbild, Maßstab und Verfassungsprinzip s. Philip Kunig, Der Rechtsstaat, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, S. 421.

6 S. die Länderberichte bei Matthias Kötter/ Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Understandings of the Rule of Law in Various legal Orders of the World, 2011, <http://www.sfb-governance.de/ruleoflaw> (zuletzt abgerufen am 29.08.2014); und bereits KAS / Rainer Grote (Hrsg.), Demokratie- und Rechtsstaatsförderung in der Entwicklungszusammenarbeit, 2009, <http://www.kas.de/wf/de/> 33.156 79 (zuletzt abgerufen am 29.08.2014).

7 Caroline Roseveare, The rule of law and international development, DFID Literature Report, 2013, [http://r4d.dfid.gov.uk/pdf/outputs/misc\\_gov/Literature\\_Review\\_RoL\\_DFIG-GSDCH-PEAKS\\_FIN\\_AL.pdf](http://r4d.dfid.gov.uk/pdf/outputs/misc_gov/Literature_Review_RoL_DFIG-GSDCH-PEAKS_FIN_AL.pdf) (zuletzt abgerufen am 29.08.2014), S. 9.

8 Bernhard Zangl / Michael Zürn, Make Law, Not War. Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance, in: Bernhard Zangl / Michael Zürn (Hrsg.), Ver-

Worldwide Governance Indicators der Weltbank ist Rule of Law außerdem zu einer empirischen Größe geworden, die den Vergleich zwischen dem feststellbaren Grad an Rechtsstaatlichkeit zwischen Ländern ermöglichen und als Maßstab für die Bewertung der Entwicklung in einem Land dienen soll (s. dazu B. II.).<sup>9</sup>

Trotz seiner engen historischen Verknüpfung mit der Idee moderner Staatlichkeit und der liberalen Demokratie und trotz der damit verbundenen hohen Normativität des Konzepts gilt Rule of Law weithin als eine nicht-ideologische, technische Lösung, die allseits Zuspruch erfährt. Während unterschiedliche Formen von Staatlichkeit und Demokratie in vielen Ländern nach wie vor sehr umstritten sind, findet die Idee des Rechts allgemeine Zustimmung.<sup>10</sup> Rule of Law-Themen ermöglichen auch zwischen Akteuren mit sehr unterschiedlichen Staats- und Gesellschaftsverständnissen einen Dialog über „gutes Regieren“, der vermeintlich frei ist von kulturspezifischen Normen und Anschauungen. In diesem Sinne ist die Verständigung über Rule of Law praktisch zur Lingua Franca, einer Verkehrssprache im globalen Politikfeld der Außen- und Entwicklungspolitik geworden.

Der Erfolg des Rule of Law-Konzepts dürfte ganz wesentlich in seiner inhaltlichen Elastizität begründet liegen. Sie schafft Raum für die Berücksichtigung kultureller, politischer, wirtschaftlicher Präferenzen und eröffnet so auch denjenigen Akteuren Zugang zu den globalen Diskursen über Entwicklung und Recht, deren Recht in einer vom westlichen Verständnis abweichenden Tradition steht. Die Diskussion über die konkreten Inhalte des Rule of Law-Konzepts ist dabei seit jeher die Kernfrage in den Debatten über Rule of Law und Rechtsstaatlichkeit; sie füllt Bibliotheken und soll an dieser Stelle nicht geführt werden.<sup>11</sup> Das Spektrum reicht von schlanken, eher formalen Konzeptionen, die in erster Linie

rechtlichung. Baustein für Global Governance?, Bonn 2004, S. 12; *Bernhard Zangl*, Judialisierung als Bestandteil internationaler Rechtsherrschaft: Theoretische Debatten, in: *Bernhard Zangl* (Hrsg.), *Auf dem Weg zu internationaler Rechtsherrschaft?*, Frankfurt am Main 2009, S. 11; *Kerstin Schmalenbach*, Netzwerke und Verwaltungsräume in der globalen Entwicklungszusammenarbeit, in: *Philipp Dann u.a.* (Hrsg.), *Entwicklung und Recht*, Tübingen 2014, S. 765.

9 S. dazu *Peter Thiery / Jenniver Sehring / Wolfgang Muno*, Die Messung von Rechtsstaatlichkeit, in: *Josef Estermann* (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung*, Bern 2009, S. 211; *Wolfgang Merkel*, Measuring the Quality of Rule of Law: Virtues, Perils, Results, in: *Michael Zürn u.a.* (Hrsg.), *Rule of Law Dynamics*, Cambridge 2012, S. 21.

10 So auch *Carothers*, Fußnote 1, S. 7.

11 S. dazu *Brian Tamanaha*, *On the Rule of Law*, Cambridge 2004, S. 91; *Rachel Kleinfeld*, *Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners*, Carnegie Papers No. 55, Washington, D.C. 2005/2006.; *Gunnar Folke Schuppert*, *New Modes of Governance and the Rule of Law: The Case of Transnational Rule Making*, in: *Michael Zürn u.a.* (Hrsg.), Fußnote 8, S. 104. Zur deutschsprachigen juristischen Debatte s. *Philip Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1986; *Katharina Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen 1997; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Art. 20 (Rechtsstaat), in: *Horst Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. 2, Tübingen 2006, Rn. 81 ff.; *Dieter Grimm*, *Stufen der Rechtsstaatlichkeit*, *JuristenZeitung* (2008), S. 596; und *ders.*, *Der Rechtsstaat – Patentrezept für alle Welt?*, Impulsreferat beim 21. Forum Globale Fragen im Auswärtigen Amt am 15.1.2009,

Anforderungen an das Verfahren der Gesetzgebung, die Form des Gesetzes und an die gerichtliche Kontrolle stellen, bis hin zu reichhaltigen, teilweise hochgradig substanziellen Konzeptionen, die ein breites Spektrum an prozeduralen und auch wertebasierten Anforderungen umfassen und das gesamte normative Programm des demokratischen Verfassungsstaates westlicher Prägung repräsentieren.<sup>12</sup>

Jenseits der Frage nach dem Umfang und der normativen Tiefe des Rule of Law-Konzepts lassen sich jedenfalls zwei Themenbereiche identifizieren, in denen mit Anforderungen aus der Rule of Law argumentiert wird: (1) der Bereich von Governance, wo Rule of Law auf ein Bündel von rechtlichen Bindungen verweist, die die Ausübung von Herrschaft strukturieren und rationalisieren sollen, und (2) der Bereich der Rechtsetzung, wo Rule of Law formale und v.a. prozedurale Anforderungen markiert, die die Qualität der Rechtsnormen gewährleisten sollen.

In beiden Themenbereichen ist Bezugspunkt der Rule of Law regelmäßig nur staatliches Recht. Das sind solche (Rechts-) Normen, die sich auf den Staat und sein Rechtsetzungsmonopol zurückführen lassen und die in der Regel von staatlichen Institutionen hergestellt und durchgesetzt werden.<sup>13</sup> Denn die Idee der Rule of Law ist untrennbar mit der modernen Staatlichkeit und ihren Institutionen verbunden, was im Begriff des Rechtsstaats, wie ihn die kontinentaleuropäischen Staaten ausgeprägt haben, schon begrifflich zum Ausdruck kommt. Doch auch die englische Rule of Law ist auf das offizielle, „staatliche“ Recht bezogen, wenn auch das Common Law nicht von den staatlichen Institutionen gesetzt, sondern vielmehr in der Gesellschaft tradiert, aber von den Gerichten erkannt wird, um offizielles Recht und damit von der Rule of Law umfasst zu sein.<sup>14</sup>

Für Rule of Law im Sinne einer „Herrschaft des Rechts“ ist es nicht ausreichend, dass staatliche Institutionen, die Gesetze erlassen und Vollzugsorgan und Gerichte organisieren, auf dem Papier existieren. Vielmehr müssen die staatlichen Institutionen die notwendige Kapazität besitzen, um das gesetzte Recht auch durchsetzen zu können. Auf diese faktische Voraussetzung der Rule of Law hat Laura Grenfell hingewiesen: „The modern concept of the rule of law is based on two assumptions: first, the existence of a modern state and, second, that within this modern state paradigm the state is sufficiently strong and organised to

<http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/385310/publicationFile/4372/ImpulsreferatGrimm.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.08.2014).

- 12 Zur Abgrenzung der Rule of Law von anderen Konzepten wie den Menschenrechten, der Demokratieförderung, der Konstitutionalisierung oder Good Governance s. *Jacqueline Neumann*, Die Förderung der Rule of Law in der Entwicklungszusammenarbeit: Ein Beitrag zur Herausbildung einer völkerrechtlichen Verfassungsnorm, Münster 2013, S. 210ff.
- 13 *Brian Tamanaha*, The Rule of Law and Legal Pluralism in Development, *The Hague Journal on the Rule of Law* 3 (2009), S. 1: „The notion of the rule of law is typically applied to state law, and sometimes to international law.“.
- 14 S. *Thomas Fleiner/Lidja Basta Fleiner*, Die Idee des Rechtsstaates oder des Prinzips der Rule of Law, in: *Allgemeine Staatslehre. Über die Konstitutionelle Demokratie in einer multikulturelle globalisierten Welt*, 3. Aufl. Berlin 2004, S. 225 ff.; *Andreas von Arnould*, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherung an eine idée directrice des Rechts, Tübingen 2006, S. 584.

enjoy a monopoly of law.“<sup>15</sup> Rule of Law erfordert die Geltung des Rechts, es muss befolgt oder durchgesetzt werden.<sup>16</sup>

Wo kein staatliches Recht gilt, kann eine staatszentrierte Sicht keine Rule of Law feststellen. Das ist unter den Bedingungen begrenzter Staatlichkeit, wo die staatlichen Institutionen nicht die notwendige Durchsetzungsfähigkeit besitzen, ebenso der Fall, wie in transnationalen Kontexten, die nicht von staatlichem Recht geregelt werden. Solche Rule of Law-Lücken bedeuten jedoch nicht, dass gar keine Strukturen rechtlicher Ordnungsbildung und Konfliktlösung bestehen. Hier können andere, „informale“ Normen die entscheidenden „Rules of the Game“ sein.<sup>17</sup> Ein auf das staatliche Recht beschränkter Rule of Law-Begriff blendet solche nicht-staatlichen Normen dagegen systematisch aus.

In den einschlägigen Literaturen ist nun schon seit einiger Zeit eine begriffliche Erweiterung zu erkennen, die auch nicht-staatlicher Rechtsstrukturen unter bestimmten Bedingungen in Rule of Law-Betrachtungen einbezieht. Dies wollen wir im Folgenden mit Blick auf die bereits genannten Themenbereiche Governance und Rechtsetzung zeigen. Dazu gehen wir zunächst auf Diskussionen im Verfassungsrecht, im internationalen Entwicklungsrecht und im Bereich von Global Governance ein, die auf verallgemeinerbare Kriterien hinweisen, unter denen nicht-staatliche Normen zur Rule of Law beitragen sollen. Daran anschließend zeigen wir, dass in Kontexten „jenseits des Staates“ zunehmend eine Tendenz zu erkennen ist, wonach die in der Rule of Law zusammengefassten Erfahrungen normativ gewendet und zu einem Maßstab für nicht-staatliche Normsetzungs- und -durchsetzungsprozesse und für die Qualität von Normen erhoben werden. Rule of Law fungiert hier – losgelöst von seiner Herkunft als Prinzip des staatlichen Rechts – als ein allgemeiner Standard für legitimes und effektives Rule-Making.

Die in beiden Themenbereichen zu beobachtenden Erweiterungen deuten an, dass Rule of Law zunehmend als ein allgemeiner normativer Maßstab für Normen- und Ordnungsbildungsprozesse aller Art verstanden wird.<sup>18</sup>

15 *Laura Grenfell*, Promoting the Rule of Law in Post-Conflict States, Cambridge 2013, S. 4.

16 Zum Begriff der Geltung aus rechtssoziologischer Sicht s. *Hubert Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987, S. 54 ff.; Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (1992), Freiburg i. Br./München, 2002, S. 139f.; *Erhard Blankenburg*, Über die Unwirksamkeit von Gesetzen, ARSP 63 (1997), S. 31; *Klaus Friedrich Röhl / Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008, S. 311 f.

17 *Gunnar Folke Schuppert*, Law Without the State? A „New Interplay“ between State and Non-State Actors in Governance by Rule-Making, in: Thomas Risse (Hrsg.), Governance without a State, New York 2011, S. 65; *Matthias Kötter*, Non-State Justice Institutions, SFB-Governance, Working Paper Series No. 34, Berlin 2012.

18 *Jeremy Waldron*, The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory, Ratio Juris 2 (1989), S. 81: “the making of such orders should be guided by the application of universal rules or at least justified in terms of universal principles“; s.a. *ders.*, The Concept and the Rule of Law, in: Ga. Law Review 43 (2008-2009), S. 1. *Neumann*, Fußnote 12, S. 20, untersucht die „Herausbildung einer materiellen völkerrechtlichen Verfassungsnorm der Rechtsstaatlichkeit“.

## B. Erstreckung von Rule of Law auf nicht-staatliche Rechtsstrukturen

Wenden wir uns zunächst dem Bereich nationaler verfassungsrechtlicher Rechtsstaats-Diskurse zu, wo sich Überlegungen zur Einbeziehung nicht-staatlicher Rechtsstrukturen in die Rule of Law ebenso zeigen wie im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit und bei Global Governance.

### I. Rule of Law als Verfassungsprinzip

Als Topos in den Rechtsdiskursen der Verfassungsstaaten bezeichnet Rule of Law – ebenso wie das deutsche Äquivalent das Rechtsstaatsprinzip – ein Verfassungsprinzip, das auf eine Mehrzahl von Regelungen verweist, die die Ausgestaltung der staatlichen Strukturen und die Ausübung der öffentlichen Gewalt mit den Mitteln des Rechts und innerhalb von rechtsstaatlichen Verfahren betreffen und die außerdem Anforderungen an ein rechtsstaatliches (Gesetzes-)Recht enthalten.

Für die deutsche Rechtsordnung hat Katharina Sobota im Jahre 1997 insgesamt 142 Regelungen unterschieden, die das „Prinzip Rechtsstaat“ ausmachen.<sup>19</sup> Dazu zählen so zentrale Vorgaben wie die institutionelle Trennung der Staatsgewalten, die Grundsätze vom Vorrang und vom Vorbehalt des Gesetzes, der Grundsatz des fairen Verfahrens und die Gewährleistung effektiven gerichtlichen – und nur ausnahmsweise anders ausgestalteten<sup>20</sup> – Rechtsschutzes gegen alle Maßnahmen der öffentlichen Gewalt und die die Grundsätze der Bestimmtheit und der Berechenbarkeit des Gesetzes und das Rückwirkungsverbot. Das Rechtsstaatsprinzip ist nach dem Verständnis des deutschen Verfassungsrechts keine Einzelgewährleistung, sondern ein die Verfassung insgesamt prägendes Strukturprinzip.<sup>21</sup> Das Rechtsstaatsprinzip verlangt das Primat des Rechts als Mittel zur Herstellung und Bewahrung gesellschaftlicher Ordnung, und der Konfliktlösung zwischen Privaten. Das erfordert Rechtssicherheit, die nur möglich wird, wenn das Recht erkennbar, berechenbar und verlässlich ist.<sup>22</sup>

Die in verschiedenen Rechtsordnungen ausgeprägten Verständnisse von Rule of Law oder Rechtsstaatlichkeit unterscheiden sich – historisch bedingt – v.a. in ihrer Schwerpunktsetzung und weniger in ihrer inhaltlichen Substanz.<sup>23</sup> Es ist vielmehr von einem Kanon von Rule of Law-Themen auszugehen, die in den nationalen Rechtsdiskursen auf jeweils

19 Sobota, Fußnote 11, S. 471 ff.

20 Nach Ansicht des BVerfGE 30, S. 1, 28, kann z.B. die Kontrolle durch ein Parlamentsgremium unter strengen Voraussetzungen funktional äquivalent zum gerichtlichen Rechtsschutz sein.

21 Kunig, Fußnote 11, S. 201; und ders., Fußnote 5, S. 421.

22 von Arnould, Fußnote 14, S. 104 ff.

23 Rainer Grote, Rule of Law, Rechtsstaat and „Etat de droit“, in: Christian Starck (Hrsg.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy: A Comparative Analysis*, Baden-Baden 1999, S. 269; Stefan Martini, Die Pluralität von Rule of Law-Konzeptionen in Europa und das Prinzip einer europäischen Rule of Law, in Matthias Köster / Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen*, Baden-Baden 2009, S. 303.

eigene gewachsene Weise behandelt werden, oft mit Bezug zu einer allen Verständnissen und Verwendungen (vermeintlich) gemeinsamen Entstehungsgeschichte der Rule of Law als übergreifendem Prinzip des offiziellen Rechts im modernen Staat. Eine politische Ordnung gilt danach als rechtsstaatlich, wenn *erstens* das Regieren durch vorab bestehende Rechtsnormen geordnet und begrenzt wird, *zweitens* gesellschaftliche Konflikte in speziellen, rechtlich geordneten Verfahren und durch eigens eingerichtete Institutionen bewältigt werden und – *drittens* – die zugrunde liegenden rechtlichen Regelungen institutionell und normativ anschlussfähig sind an die internationalen Rule of Law-Diskurse.

Das Rechtsstaatsprinzip des deutschen Verfassungsrechts kommt infolge seiner Entstehungsgeschichte, auch als politische Forderung gegenüber dem autoritären Staat v.a. mit Blick auf seine freiheitliche und staatsbegrenzende Dimension zur Anwendung. Es betont deshalb diejenigen Regelungen, die der Ausübung von Exekutivgewalt begrenzen, was sich bspw. in den Sicherheitsdebatten der jüngeren Zeit ausdrückt.<sup>24</sup> Auch das französische *État de Droit* bezieht sich ebenfalls auf einen Katalog von Verfassungsvorgaben, die vom *Conseil d'Etat* durchzusetzen sind. Rule of Law heißt hier in erster Line Verfassungsstaatlichkeit,<sup>25</sup> während der Schwerpunkt des britischen Rule of Law-Verständnisses heute – wie auch schon in der ursprünglichen auf A. V. Dicey zurück gehenden Fassung – beim Aspekt der Gleichheit liegt, die sich in der gleichen Rechtsanwendung durch die staatlichen Exekutivorgane und die Gerichte ausdrückt.<sup>26</sup>

Die Staatsbezogenheit der Rule of Law kennzeichnet aber nicht nur die westeuropäischen Rechtsordnungen. Auch die US-amerikanische Rule of Law betont die dienende Funktion der staatlichen Institutionen und des staatlichen Rechts in einem formalen System gesellschaftlicher Selbstregierung, in dem alle Personen und d.h. eben auch die Stellen der Exekutive der Gesetzesbindung unterliegen, was transparente Gesetze und faire Verfahren und deren gleiche Anwendung voraussetzt. In Russland konkretisiert die Verfassung den überkommenen Begriff des *Pravovoe Gosudarstvo* mit der Umschreibung als Gesetzesstaat (Art. 1 Abs. 1 der Verfassung der Russischen Föderation). Dieser bestimmt den Vorrang des *Sakon* (Gesetz, lex), das vom staatlichen Gesetzgeber erlassen wird und damit unmittelbar auf den Willen des Volkes als Souverän zurückgeht. Alle anderen Normen müssen mit dem *Sakon* vereinbar sein, damit garantiert ist, dass sie ebenfalls dem Willen des Volkes entsprechen.<sup>27</sup>

24 Matthias Kötter, *Pfade des Sicherheitsrechts*, Baden-Baden 2008, S. 75; und die Beiträge in *Gunnar Folke Schuppert* (Hrsg.), *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck*, Baden-Baden 2010.

25 Arthur Dyevre, *The Rule of Law in France*, in: Kötter / Schuppert (Hrsg.), *Fußnote 6, Rule of Law Working Paper Series Nr. 14*, Berlin 2010, <http://wikis.fu-berlin.de/download/attachments/21823972/Dyevre+France.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.08.2014).

26 Martini, *Fußnote 23*, S. 312.

27 Ilya Skrylnikow, *Understanding of the Rule of Law in Russia*, in: Kötter / Schuppert (Hrsg.), *Fußnote 6, Rule of Law Working Paper Series Nr. 8*, Berlin 2009, <http://wikis.fu-berlin.de/download/attachments/22347909/Skrylnikow+Russia.pdf>.

Die Staatsbezogenheit des Rule of Law-Konzepts setzt sich in den neuen Verfassungen in den Staaten Afrikas und Asiens fort, mit denen rechtsstaatlich gebundenen Herrschaftsordnungen geschaffen wurden. Gerade im islamischen Kontext gilt Rule of Law wegen seines Staatsbezugs als Gegenbegriff zu einer Herrschaft, die am vom Staat abgewendeten islamischen Recht orientiert ist.<sup>28</sup>

## II. Nicht-staatliche (Rechts-) Normen unter der Rule of Law

Ein staatsbezogenes Verständnis von Rule of Law findet keine Anwendung, wo anstelle des staatlichen Rechts andere, nicht-staatliche (Rechts-) Normen die entscheidenden Rules of the Game sind, wo Ordnungsbildung und Konfliktlösung regional oder in bestimmten Personengruppen am Maßstab von kulturell tradierten oder religiösen Rechten erfolgt, weil den staatlichen Institutionen die Kapazitäten zur Durchsetzung des staatlichen Rechts fehlen. Um die aus dem Nebeneinander von staatlichem und nicht-staatlichem Recht entstehenden Kollisionen und daraus resultierende normative Konflikte bewältigen zu können, sind weltweit verschiedenen Formen der Verknüpfung entstanden, die sich durch den Grad der Inkorporation kulturell tradierter oder religiöser Rechte in das staatliche Recht unterscheiden.<sup>29</sup> Stets gilt dabei das Primat des staatlichen Rechts und der Rule of Law, d.h. die Anerkennung erfolgt in dem Rahmen, den das staatliche Recht vorgibt.

In Deutschland haben die Kirchen das im Grundgesetz (Art. 140 GG iVm. Art. 137 III WRV) verankerte Recht, ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu ordnen. Diese Freiheit ist allerdings nur innerhalb der Schranken des „für alle geltenden Gesetzes“ gewährt, wodurch sie im wesentlichen unter einem – für Kollisionsrechtsfälle ganz typischen<sup>30</sup> – Ordre Public Vorbehalt steht, der von den staatlichen Gerichten zu kontrollieren ist.<sup>31</sup> Vergleichbares gilt für das Recht der Native American Tribes in den USA, auf ihrem Land eigenes Recht zu setzen und durchzusetzen, was aus Tribal Sovereignty folgt. Der Selbstregulierungsautonomie sind durch das „Indian Law“ des Bundes Grenzen gesetzt, die maßgeblich von der Rechtsprechung des Supreme Court geprägt werden.<sup>32</sup> In beiden Fällen wird das nicht-staatliche Recht von der staatlichen Rechtsordnung umrahmt. Die staatlichen Gerichte bestimmen am Maßstab des staatlichen Rechts die Grenzen der Regelungsautonomie des nicht-

28 *Hatem Elliesie*, Rule of Law in Islamic modeled States, in: Kötter / Schuppert (Hrsg.), Fußnote 6, Rule of Law Working Paper Series Nr. 13, Berlin 2010, [http://wikis.fu-berlin.de/download/ attachments/69533704/ Elliesie+Islamic+modeled+States.pdf](http://wikis.fu-berlin.de/download/attachments/69533704/Elliesie+Islamic+modeled+States.pdf).

29 *Bryinna Connolly*, Non-State Justice Systems and the State: Proposal for a Recognition Typology, Connecticut Law Review 38 (2005), S. 239; *Miranda Forsyth*, A Typology of Relationships between State and Non-State Justice Systems, Journal of Legal Pluralism 56 (2007), S. 67; und dazu Kötter, Fußnote 17, S. 16.

30 Vgl. *Albert Janssen*, Staatskirchenrecht als Kollisionsrecht, in: Joachim Bohnert u.a. (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift Hollerbach, 2001, 707, 714ff.

31 BVerfGE 70, S. 138 (Kirchenarbeitsrecht).

32 *William C. Canby Jr.*, American Indian Law in a Nutshell, St. Paul 2009, S. ##.

staatlichen Rechtsetzers und haben die Kompetenz für die inhaltliche Letztkontrolle am Maßstab eines Grundbestands zwingender verfassungsrechtlicher Regelungen.<sup>33</sup>

Ein im staatlichen Recht verankerter Vorbehalt wird bei der Anwendung von nicht-staatlichem Recht allerdings stets nur dann Beachtung finden, wenn er eine selbständige Norm in der nicht-staatlichen Rechtsordnung ausgeprägt hat, oder wenn er von staatlicher Seite aus durchsetzbar ist. Wo das staatliche Recht dagegen nicht durchgesetzt werden kann und nur auf dem Papier herrscht, lassen sich auch die Grenzen der Regelungsautonomie nicht durchsetzen.

Die südafrikanische Verfassung geht deshalb einen anderen Weg. Zum Schutz der kulturellen Rechte ihrer afrikanischen Gemeinschaften weitet sie die offizielle Rechtsordnung auf das traditionelle Customary Law und die offizielle Gerichtsbarkeit auf die Customary Courts aus.<sup>34</sup> Die Anerkennung steht unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit der Normen mit den übrigen Vorgaben der Verfassung und mit der Rule of Law, die in Südafrika als Synonym für den Constitutional State oder Verfassungsstaatlichkeit verstanden wird.<sup>35</sup> Das gilt für formale Anforderungen ebenso wie für die menschenrechtlichen Gewährleistungen. Durch die Verklammerung der Customary Courts mit der staatlichen Gerichtsbarkeit liegt die Deutungshoheit über die Vereinbarkeit von Rechtsnormen und an ihrem Maßstab getroffener Entscheidungen am Ende beim Verfassungsgericht, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Customary Law oder staatliches Recht handelt. Rechtssicherheit verlangt vom Gesetzesrecht wie vom Common Law oder vom Customary Law gleichermaßen, dass die einzelnen Regelungen berechenbar und verlässlich sind. Wo sich aus dem Customary Law nicht dieselben strengen formalen Anforderungen ergeben wie aus staatlichem Recht, etwa bei der Durchführung von Verfahren oder der Schriftform bei einem Urteil, werden solche Abweichungen jedenfalls teilweise für eine Übergangszeit um der erstrebten Anerkennung des traditionellen Rechts hingenommen und gleichzeitig öffentlich zur Diskussion gestellt, um in einem diskursiven Prozess die normative Angleichung der Rechtssysteme zu ermöglichen.<sup>36</sup>

Das Beispiel Südafrikas zeigt eine Öffnung des Rule of Law-Verständnisses gegenüber nicht-staatlichen (Rechts-) Normen, sowohl im Hinblick auf die Form als auch den Inhalt.

- 33 Allerdings hat der U.S. Supreme Court in *Santa Clara Pueblo v. Martinez*, 436 U.S. 49 (1978) entschieden, dass die Einhaltung des Indian Civil Rights Act von den Gerichten der autonomen Gerichtsbarkeit der Native Tribes durchzusetzen ist und nur sehr eingeschränkt einer Letztkontrolle durch die Bundesgerichtsbarkeit zugänglich sind.
- 34 Jan C. Bekker / Christa Rautenbach, Nature and Sphere of Application of African Customary Law in South Africa, in: Jan C. Bekker / Christa Rautenbach / Nazeem M. I. Goolam (Hrsg.), Introduction to Legal Pluralism, Durban 2010, S. 39.
- 35 Francois Venter, South Africa as a „Diceyan Rechtsstaat“, in: Kötter / Schuppert (Hrsg.), Fußnote 6, Rule of Law Working Paper Series No. 18, Berlin 2011, <http://wikis.fu-berlin.de/download/attachments/173736195/venter+south+africa.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.08.2014).
- 36 Matthias Kötter, Anerkennung fremder Normen im staatlichen Recht als normatives und kognitives Problem, in: Ino Augsberg (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, Tübingen 2013, S. 94.

Customary Law wird nicht gesetzt, sondern ist gesellschaftlich tradierte Praxis, deren normative Kraft es im Prozess vor dem Customary Court zu erkennen gilt. Es ist eingebunden in ein Gesamtsystem aus Regeln und Gerechtigkeitsvorstellungen, die sich nicht immer mit modernem südafrikanischem Recht decken. Die Rule of Law auf diese Normen zu erstrecken, bedeutet eine Abkehr von einem alleine auf das staatliche Gesetz abstellenden Verständnis von Recht und der Rule of Law. Nicht mehr das Primat des staatlichen Rechts wird hier betont, dem sich nicht-staatliche Normen unterzuordnen haben, vielmehr wird auf die Funktion des nicht-staatlichen Normensystems abgestellt, soweit sie der des staatlichen Rechts äquivalent entspricht. Auch bei Customary Law handelt es sich um einen Bestand von faktisch wirksamen Normen zur Regelung in den Bereichen Ordnungsbildung und Konfliktbewältigung.

Die Herrschaft des Rechts wird danach auch von nicht-staatlichen Rechtsnormen ausgeübt, soweit diese die gleichen Funktionen adäquat erfüllen, die Rule of Law-Prinzipien an das staatliche Recht stellen. Auch in normativer Hinsicht hat sich das nicht-staatliche Recht in das Gesamt der Rechtsordnung einzufügen, was im Falle Südafrikas heißt, dass Customary Law nominell denselben Anforderungen aus der Verfassung unterworfen wird wie das staatliche Recht. Die Anerkennung nicht-staatlichen Rechts unter der Rule of Law ist keinesfalls ein rein südafrikanisches Phänomen, sondern prägt die verfassungsrechtlichen Debatten einer Vielzahl der ethnisch und religiös stark fragmentierten Gesellschaften Asiens, Afrikas und Lateinamerikas und ist dabei zu einem zentralen Thema der internationalen entwicklungspolitischen Diskurse geworden.<sup>37</sup>

### III. *Rule of Law als Leitbild und Maßstab in der Entwicklungspolitik*

Die entwicklungspolitischen Debatten der letzten fünfzehn Jahre waren ganz wesentlich vom Thema Rule of Law geprägt. Das damit verbundene Konzept der Rechtsstaatsförderung oder Rule of Law Promotion zielt zuallererst auf die Neustrukturierung des Regierungs- und Rechtssystems fragiler Staaten nach dem Vorbild des westlichen Verfassungsstaats.<sup>38</sup> Im Kern geht es um die Schaffung der institutionellen Voraussetzungen für rechtsstaatliches Regieren in den drei Bereichen Rechtsetzung, Verwaltung und Justiz. Rule of Law - im Sinne des bereits erörterten verfassungsrechtlichen Prinzips - dient dabei sowohl als Leitbild als auch als Maßstab zur Bewertung von Staatssystemen

37 *United Nations*, *Informal Justice Systems: Charting a Course for Human Right-Based Engagement*, New York 2012.

38 *Tamanaha*, Fußnote 13, S. 1; *Grenfell*, Fußnote 15, S. 265; *Frank Schimmelfennig*, *A Comparison of the Rule of Law Promotion Policies of Major Western Powers*, in: Michael Zürn u.a. (Hrsg.), Fußnote 9, S. 111. Aus der deutschsprachigen juristischen Literatur s. *Riegner / Wischmeyer*, Fußnote 4, S. 436; *Katharina Ludwig*, *Die Rechtsstaatlichkeit in der Erweiterungs-, Entwicklungs- und Nachbarschaftspolitik der Europäischen Union: Entwicklung einer European Rule of Law?*, Baden-Baden 2011; *Neumann*, Fußnote 12, S. 272 ff.

und Governance.<sup>39</sup> In dieser Verwendung ist Rechtsstaatsförderung zunehmend zu einer eigenständigen Politik neben „Good Governance“ geworden, ein Konzept, das die internationalen Entwicklungsdiskurse seit Anfang der 90er Jahre prägte und in dem Rule of Law bereits eine zentrale Säule guter Regierungsführung bildete.<sup>40</sup>

Als transnationales Leitbild der Staatlichkeit ermöglicht Rule of Law den verschiedenen Akteuren der Entwicklungszusammenarbeit auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene – Regierungen, Internationale Organisationen, Wissenschaft, Think Tanks, NGOs – eine Verständigung über legitimes Regieren. Rule of Law verweist dabei auf einen Kanon von Themen und Argumenten, die diesen Verständigungsprozess inhaltlich in einer allseits akzeptierten Weise rahmen. So hat sich unter dem Stichwort Rule of Law eine global anschlussfähige Verkehrssprache – *lingua franca* – für den Bereich der internationalen Entwicklungszusammenarbeit herausgebildet, in der sich über gutes Regieren und die richtige Strukturierung von Gesellschaften sprechen lässt.

Für Gesellschaften, in denen Ordnungsbildung und Konfliktbewältigung bisher nicht mit Mitteln und am Maßstab staatlicher Gesetze erfolgen, enthält Rule of Law eine Reformagenda, die ihnen vorgibt oder sie sogar zwingt sich nach dem Vorbild westlich geprägter Verfassungen und ihrer Justizsysteme zu richten. Werden Programme zur Rechtsstaatsförderung evaluiert, dann zeigt sich oft, dass sie die mit ihnen ursprünglich verfolgten Ziele nicht erreichen.<sup>41</sup> Dies gilt insbesondere für den Aufbau von Institutionen nach einem vorab entworfenen Muster. Das heißt aber nicht, dass sich in den Zielkontexten nicht auch positive Effekte nicht-intendierter Wirkungen der durchgeführten Maßnahmen zeigen können.<sup>42</sup> „State Law Regulatory Gaps“ werden nicht zuletzt auf die Beharrungskräfte der kulturell verankerten Institutionen, die insbesondere aus ihrer Funktionalität für die Ordnungsbildung und Konfliktlösung herrühren, zurückgeführt.<sup>43</sup>

39 Merkel, Fußnote 9.

40 Matthias Kötter, Good Governance aus der juristischen Perspektive, in: Philipp Dann / Stefan Kadelbach / Markus Kaltenborn (Hrsg.), *Entwicklung und Recht*, Baden-Baden 2014, S. 545 ff., 552; und Neumann, Fußnote 12, S. 219 ff.

41 Noah Coburn / John Dempsey, *Traditional Dispute Resolution and Stability in Afghanistan*, U. S. Institute of Peace (USIP), Washington, D.C. 2010, <http://www.usip.org/publications/traditional-dispute-resolution-and-stability-in-afghanistan> (zuletzt abgerufen am 29.08.2014). Grenfell, Fußnote 15, S. 270; Roseveare, Fußnote 7, passim. Für die Implementationsproblematik beim Staatsaufbau s. die aufschlussreiche Meta-Studie von Jörn Grävingholt/ Julia Leininger/ Christian von Haldenwang, *Evaluating Statebuilding Support: Learning from Experience or Judging from Assumptions?* DANIDA Report, 2012.

42 Oliver Meinecke, *Rechtsprojekte in der Entwicklungszusammenarbeit*, 2007, S. 473; Tobias Berger, *Global Norms & Local Courts. Translating the Rule of Law in Rural Bangladesh*, Diss. Freie Universität Berlin, 2014, S. 195 f.

43 Tamañana, Fußnote 13, S. 3; ders., *A Bifurcated Theory of Law in Hybrid Societies: The Rule of Law and Non-State Justice*, in: Matthias Kötter / Tilmann Röder / Folke Schuppert/ Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Non-State Justice Institutions and the Law: Decision-Making at the INterface of Tradition, Religion and the State*, London/New York 2014 (i.E.), Manuskript S. 15 ff.

Um den Grad (bereits) verwirklichter Rule of Law in einem Land feststellen zu können und um „Regulatory Gaps“ sichtbar zu machen, ist in den letzten Jahren eine Reihe von Messinstrumenten und Bewertungsmaßstäben entwickelt worden, die sehr schnell eine kaum zu überschätzende Bedeutung für den Bereich der internationalen Entwicklungspolitik erlangt haben.<sup>44</sup> „Rule of Law by Indicators“ – eine thematische Ausprägung von „Global Governance by Indicators“<sup>45</sup> – soll einerseits eine empirische Grundlage für das Policymaking schaffen und andererseits Schwellenwerte für ein Benchmarking hervorbringen. Die den verschiedenen Indices zugrunde gelegten Rule of Law-Begriffe unterscheiden sich erheblich voneinander, sind theoretisch wenig fundiert und hängen von den konkreten Zielen und Präferenzen des jeweiligen Verwenders ab.<sup>46</sup>

Die *Worldwide World Governance Indicators* (WGI) der Weltbank und der *Bertelsmann Transformation Index* (BTI) messen Rule of Law als Subdimension der Qualität demokratischer Regierungsführung. Dagegen misst der vom World Justice Project seit 2010 jährlich erstellte Rule of Law Index ausschließlich Rule of Law, zunächst anhand der folgenden acht Indikatoren, die nur auf staatliche Rechtsetzung und -durchsetzung abstellen:

1. Limited government powers
2. Absence of corruption
3. Order and security
4. Fundamental rights
5. Open government
6. Regulatory enforcement
7. Civil justice
8. Criminal justice

Seit 2012 umfasst der Rule of Law Index nun einen Faktor 9 „Informal Justice“, zu dem die Autoren des Index ausgeführt haben:

*„... factor 9 concerns the role played in many countries by traditional, or ‘informal’, systems of law – including traditional, tribal, and religious courts as well as community-based systems – in resolving disputes. These systems often play a large role in cultures in which formal legal institutions fail to provide effective remedies for large segments of the population or when formal institutions are perceived as remote, cor-*

44 *Thiery* u.a., Fußnote 9, S. 21.

45 *Christine Arndt / Charles Oman*, Uses and Abuses of Governance Indicators, 2006, [http://site resources.worldbank.org/PSGLP/Resources/Usesandabusesofgovernanceindicators.pdf](http://site.resources.worldbank.org/PSGLP/Resources/Usesandabusesofgovernanceindicators.pdf) (29.3. 2014); *Armin von Bogdandy / Matthias Goldmann* The Exercise of International Public Authority Through National Policy Assessment. The OECD’s PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument, *International Organizations Law Review* 5 (2008), S. 241; *Angelina Fisher / Kevin E. Davis / Benedict Kingsbury / Sally Engle Merry*, Governance by Indicators, Oxford 2012; *Kevin E. Davis / Benedict Kingsbury / Sally Engle Merry Kingsbury*, Indicators as a Technology of Global Governance, *Law and Society Review* 46 (2012), S. 71.

46 *Merkel*, Fußnote 9, S. 47.

*rupt, or ineffective. This factor covers two concepts: (1) whether traditional, communal and religious dispute resolution systems are impartial and effective; and (2) the extent to which these systems respect and protect fundamental rights.*<sup>47</sup>

Der zusätzliche Indikator verweist auf die spezifischen Funktionen nicht-staatlicher Ordnungs- und Konfliktlösungsstrukturen, wendet ihre Unparteilichkeit und ihre Effektivität aber zunächst in empirische Fragen. Noch bevor die Vereinbarkeit dieser Stellen mit den fundamentalen Rechtsgrundsätzen erörtert wird, geht es erst einmal darum zu bemessen, inwieweit sie überhaupt in der Lage sind, effektive Rule of Law-Funktionen zu erbringen.<sup>48</sup> Dabei gewonnene Erkenntnisse über unterschiedliche Ordnungs- und Konfliktbewältigungserwartungen werden das Rule of Law-Verständnis insgesamt verändern, wenn sie zeigen, dass auch nicht-staatliche Institutionen entsprechende Funktionen erfüllen können, dass also zwischen der Erbringung dieser Funktionen und dem Grad an (Rechts-) Staatlichkeit kein linearer Zusammenhang besteht. Dass das nicht ohne Auswirkung auf zukünftige Leitbilder und auf Policy bleiben wird, zeigt sich schon jetzt, wenn bspw. Tamanaha den „state law thrust“ der Rule of Law zu vermeiden sucht, indem er seine Definition – „government officials and citizens are bound by and abide by the law“ – nicht auf einen spezifischen Typus des staatlichen Recht verkürzt wissen möchte: „This generic quality allows it to be applied more broadly to other forms of law.“<sup>49</sup>

Unter welchen Voraussetzungen können nicht-staatliche Rechtssysteme zur Rule of Law beitragen? Der Rule of Law Index gesteht Ihnen da eine adäquate Konfliktlösungskompetenz zu, die den Zugang zur Justiz („Access to Justice“) - eine Kernforderung der Rechtsstaatlichkeit – verbessert, wo staatliche Institutionen für weite Bevölkerungsteile keine Hilfe sind oder wo sie allgemein als ineffektiv und korrupt gelten. Sie müssen effektiv und unabhängig zur Konfliktbewältigung beitragen<sup>50</sup> und fundamentale Rechte beachten und schützen. Zumindest hinsichtlich ihrer Berücksichtigungsfähigkeit wird man an die nicht-staatlichen Institutionen keine strengeren Maßstäbe anlegen müssen als an staatliche, die oftmals nur auf dem Papier effektive und gerecht sind.

47 Mark Agrast / Juan Carlos Botero / Joel Martinez / Alejandro Ponce / Christine S. Pratt, *The WJP Rule of Law Index 2012*, Washington, D. C. 2012, S. 17.

48 Agrast et al., Fußnote 47, S. 17. Die Autoren schränken selbst ein: „Significant effort has been devoted the last years to collecting data on informal justice in a dozen countries. Nonetheless, the complexities of these systems and the difficulties of measuring their fairness and effectiveness in a manner that is both systematic and comparable across countries, make assessments extraordinarily challenging. Although the WJP has collected data on this dimension, it is not included in the aggregated scores and rankings.“

49 Tamanaha, Fußnote 13, S. 6.

50 Studien zu Sub-Sahara-Afrika zeigen, dass die Legitimität traditioneller Richter dann besonders hoch ist, wenn diese mit den Streitparteien und dem Konflikt bestens vertraut sind, d. h. nach europäischen Maßstäben hochgradig befangen wären; s. *Penal Reform International*, *Access to Justice in Sub-Saharan Africa. The role of traditional and informal justice systems*, 2000, S. 25.

Den Zugang zur Justiz können danach auch verschiedenste nicht-staatliche Institutionen im Sinne der Rule of Law verbessern.

#### IV. Rule of Law als Baustein von Global Governance

Im Bereich der Internationalen Beziehungen und der Global Governance ist gleich eine doppelte Verschiebung der Bedeutung von Rule of Law zu beobachten. Zum einen verdichtet sich Rule of Law immer mehr zu einem Topos im Völkerrecht, der auf ein ganzes Bündel von allgemeinen völkerrechtlichen Prinzipien verweist. Zum anderen erfolgt unter dem Begriff Global Governance eine Erweiterung der Perspektive, die ganz verschiedene institutionalisierte Formen der Handlungskoordination jenseits staatlicher Strukturen sichtbar macht. Beide Entwicklungslinien zusammen werfen auch im Kontext jenseits des Staates die Frage nach der Anwendbarkeit von Rule of Law auf nicht-staatliche (Rechts-)Normen auf.

Im Völkerrecht hat sich Rule of Law immer mehr zu einem eigenständigen Rechtsprinzip und Maßstab für die Bewertung von Staatenhandeln entwickelt.<sup>51</sup> Vergleichbar mit dem Rechtsstaatsprinzip im nationalen Verfassungsrecht wird unter Rule of Law ein das Völkerrecht insgesamt prägendes Strukturprinzip verstanden, das eine Vielzahl von Einzelgewährleistungen umfasst, die aus verschiedenen Rechtsquellen folgen. Rule of Law bezieht sich auf die Einhaltung und Umsetzung völkerrechtlicher Verträge und auf die Fortschreibung des Völkerrechts als solches und findet Ausdruck im Gewaltverbot und im Grundsatz friedlicher Streitbeilegung.<sup>52</sup> Insbesondere innerhalb der Vereinten Nationen hat eine schon länger andauernde Entwicklung zur immer weiter gehenden Bekenntnis zu Rule of Law-Grundsätzen geführt. Der bisher letzte Schritt dieser Entwicklung war die am 24. September 2012 von der Vollversammlung verabschiedete *Declaration of the High-level-Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels* mit insgesamt 42 Punkten, die u. a. die Begrenzung von Herrschaft, die friedliche Konfliktlösung, die Gewährleistung von Rechtssicherheit und den allgemeinen Zugang zum Recht umfassen.

Ein großes Defizit der internationalen Rule of Law wird in der latenten Durchsetzungsschwäche des Völkerrechts gesehen,<sup>53</sup> darin, dass die internationale Rechtsordnung einer übergreifenden politischen Autorität und Zwangsgewalt entbehrt.<sup>54</sup> Das Völkerrecht ist im Wesentlichen ein System von Verträgen und Gewohnheitsrecht. Seine

51 Helmut Aust / Georg Nolte, International Rule of Law and the Rule of Law at the National Level, in: Zürn u.a. (Hrsg.), Fußnote 9, S. 67.

52 Thomas Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre. Berlin, Heidelberg 2012, S. 542.

53 Stefan Oeter, Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung. Was das Recht jenseits des Nationalstaats leisten kann, in: Zangl / Zürn (Hrsg.), Fußnote 8, S. 52.

54 Kleinlein, Fußnote 52, S. 548; Anne van Aaken, Die vielen Wege zur Effektuierung des Völkerrechts, in: Rechtswissenschaft 3 (2013), S. 227-262, 244ff.

Verbindlichkeit beruht auf dem Befolgungswillen der Vertragspartner und der gegenseitigen Erwartung, dass die übernommenen Verpflichtungen beachtet werden.

Doch auch jenseits der formalen Strukturen der internationalen Arena geraten Phänomene nicht-staatlicher Normenproduktion – Standardsetzungsprozesse ebenso wie andere Formen informeller Rechtsproduktion – in den Blick, die sich aus rechtswissenschaftlicher Sicht als Teil eines „transnationalen Rechts“ verstehen lassen<sup>55</sup> und die im Hinblick auf Rule of Law ähnliche Fragen aufwerfen, wie informale Rechtsetzungsprozesse im nationalen Kontext: Können informale Rechtsstrukturen, die im Rahmen einer Global Governance im Zusammenspiel von global agierenden staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren entstehen, zur Rule of Law beitragen? Und inwieweit lässt sich aus Rule of Law-Prinzipien ein Maßstab für die Schaffung legitimer und an internationales Recht anschlussfähiger informaler Rechtsnormen ziehen?

In den Debatten über Global Governance wird der Rolle des Rechts und rechtsstaatlicher Prinzipien zunehmend mehr Beachtung geschenkt.<sup>56</sup> Worum es dabei geht, fasst ein Aufsatztitel von Bernhard Zangl und Michael Zürn trefflich zusammen: „Make law, not war: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance“<sup>57</sup>. Es geht also primär um die friedliche Konfliktaustragung nach rechtlichen Maßstäben in rechtlich geregelten Verfahren; in diesem Sinne ist Verrechtlichung gleichzusetzen mit Vergerichtlichung. Besonders deutlich wird diese Stoßrichtung der Rule of Law bei der zunehmenden Judizialisierung der Streitbeilegung in der WTO, die als Musterbeispiel internationaler Verrechtlichung gilt. Insofern kann Bernhard Zangl in seinem 2006 publizierten Buch zu Recht von einer „Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit“ durch Judizialisierung sprechen.<sup>58</sup>

Normsetzungs- und Normdurchsetzungsprozessen im Bereich der Global Governance finden dann unter Rule of Law Anerkennung, wenn sie nicht nur ein System von Handlungsregeln bereitstellen, sondern darüber hinaus – quasi auf zweiter Stufe bzw. in der Form eines Regimes von „second order rules“ (s. dazu sogleich C.) – geeignete Strukturen zur Durchsetzung dieser Normen eingerichtet und institutionalisiert sind. Verrechtlichung in diesem Sinne stellt auf die Herausbildung verbindlicher rechtlicher Regeln und rechtlicher Rechtsdurchsetzungsverfahren ab. Zur bloßen Verregelung der Akteursbeziehung muss noch ein qualitatives Mehr in der Form von sekundären Normierungen kommen, die die

- 55 Mit dem von *Philipp C. Jessup*, *Transnational Law*, New Haven 1956, S. 1, vorgeschlagenen inklusiven Begriff des transnationalen Rechts lässt sich darunter alles Recht fassen, „which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.“
- 56 *Zangl / Zürn*, Fußnote 8, S. 13 ff., 18; *Michael Zürn*, *Global Governance*, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*. Baden-Baden 2005, S. 121.
- 57 *Zangl / Zürn*, Fußnote 8, S. 12.
- 58 *Bernhard Zangl*, *Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit. Streitbeilegung in GATT und WTO*, Frankfurt am Main / New York 2006.

Anwendung und Durchsetzung der Regeln bestimmen. Dieser Trend wird durch die deutliche Zunahme internationaler Gerichte und die wachsende Bedeutung quasi-gerichtlicher Streitbeilegungsverfahren eindrucksvoll bestätigt.

### C. Rule of Law als globaler Maßstab, auch und gerade in Kontexten jenseits des Staates

Damit kommen wir zu unserer zweiten Beobachtung, wonach die in der Rule of Law zusammengefassten Erfahrungen mit legitimer und effektiver Governance durch Recht normativ gewendet und zu einem Maßstab für gute nicht-staatliche Normsetzungs- und -durchsetzungsprozesse erhoben werden. Wir wollen diese Entwicklung insbesondere an dem Bereich der transnationalen Standardsetzung veranschaulichen.

#### I. Zur zunehmenden Bedeutung der Rule of Law in Diskussionen über die Legitimation von Governance jenseits des Nationalstaates

Die Legitimation von Herrschaft in der postnationalen Konstellation ist schon seit einiger Zeit ein zentrales Thema der Politikwissenschaft und insbesondere der Internationalen Beziehungen.<sup>59</sup> Da moderne Herrschaft auch und vor allem Rechtsherrschaft meint, ergreift die Legitimitätsdebatte notwendigerweise auch die Legitimation nicht-staatlicher Regelsysteme und internationaler Rechtsregime. Normative Ordnungen welcher Art auch immer sind daher stets – wie insbesondere Rainer Forst und Klaus Günther<sup>60</sup> dargelegt haben – rechtfertigungsbedürftige Ordnungen. Sind aber normative Ordnungen rechtfertigungsbedürftig, so müssen sie sich auf ein überzeugungskräftiges Rechtfertigungsnarrativ stützen. Auf nationalstaatlicher Ebene ist dieses Rechtfertigungsnarrativ die Verfassung. Sie regelt und legitimiert, wie nationalstaatliches Recht entsteht, welchen Werten es verpflichtet ist und wo die Grenzen rechtlicher Regelungen liegen. Deswegen ist es ein naheliegender Gedanke, dieses Legitimationspotential des Verfassungsgedankens auf die internationale Ebene zu übertragen: dies macht offenbar die Faszination des Konzepts der Konstitutionalisierung aus, eröffnet es doch die Möglichkeit, ein anerkanntes und bewährtes Rechtfertigungsnarrativ gewissermaßen auf die transnationale beziehungsweise internationale Ebene „hochzuziehen“.<sup>61</sup>

59 S. nur *Michael Zürn*, Perspektiven des demokratischen Regierens und die Rolle der Politikwissenschaft im 21. Jahrhundert, *Politische Vierteljahresschrift* 52 (2011), S. 603; und die Beiträge in *Anna Geis* u.a. (Hrsg.), *Der Aufstieg der Legitimitätspolitik*, Baden-Baden 2012.

60 *Rainer Forst* / *Klaus Günther*, Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms, in *Rainer Forst* (Hrsg.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, Frankfurt am Main 2011, S. 11.

61 *Christoph Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt—Verfassung—Konstitutionalisierung, in *Armin von Bogdandy* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Dordrecht 2003, S. 1; *Kleinlein*, Fußnote 51; *Mattias Kumm*, Kosmopolitischer Staat und konstitutionelle Autorität. Eine integrative Konzeption Öffentlichen Rechts, in: *Andreas Voßkuhle* u.a.

Wir favorisieren hingegen eine andere Herangehensweise: In Anknüpfung an Bernhard Zangls Überlegungen zum Entstehen einer internationalen Rechtsherrschaft<sup>62</sup> schlagen wir vor, drei Konstitutionalisierungsprozesse zu unterscheiden, die sich alle auf Grundprinzipien einer Verfassungsordnung beziehen, nämlich Menschenrechte, Demokratie und Rechtsherrschaft. Alle drei Grundprinzipien sind zwar normativ gleichwertig, fallen aber in der politischen Wirklichkeit hinsichtlich des Grades ihrer Verwirklichung häufig auseinander. Da es daher sinnvoll erscheint, sie analytisch zu trennen, können wir von drei Legitimationssnarrativen sprechen. Für den Rule of Law-Legitimationsdiskurs bedeutet dies, dass wir in der Lage sein müssen, das Rechtsstaatsprinzip als normativen Maßstab zu verwenden und zwar auch und gerade für Normenordnungen jenseits des Staates.

## II. Rule of Law-Prinzipien als „second order rules“

Rule of Law-Prinzipien können leicht als normativer Maßstab verwendet werden, wenn sie als sogenannte „second order rules“ verstanden werden können. Was es mit dieser in der Rechtstheorie geläufigen Unterscheidung von primären und sekundären Regeln auf sich hat, erklärt Robert S. Summers in seinem grundlegenden Rule of Law-Aufsatz wie folgt:

*„The principles of the rule of law differ from principles of ordinary first order law‘. Principles of ordinary first order law apply directly to determine legal relations between immediate addressees of such law. [...] Unlike such first order‘ principles, the principles of the rule of law are what might be called second order‘ principles. [...] Principles of the rule of law are about first order law in the sense that they are general norms that direct and constrain how first order law is to be created and implemented.“<sup>63</sup>*

Auch Michael Zürn und Bernhard Zangl knüpfen an diese Unterscheidung an und machen sie für die oben angesprochenen Verrechtlichungsprozesse wie folgt fruchtbar:

*„Verrechtlichungsprozesse zeichnen sich [...] dadurch aus, dass so genannte sekundäre Regeln institutionell definiert sind. Dort, wo die Regelsetzung, die Regelanwendung und die Regeldurchsetzung nicht nach vorab definierten Verfahren funktionieren [...], kann man kaum von Recht sprechen. Insofern setzt ein anspruchsvolles Rechtssystem primäre und sekundäre Regeln voraus.“<sup>64</sup>*

(Hrsg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Berlin 2013, S. 245.

62 Zangl, Fußnote 58, S. 27.

63 Robert S. Summers, The Principles of the Rule of Law, Notre Dame Law Review 74 (1999), S. 1692.

64 Zangl / Zürn, Fußnote 8, S. 21, mit Verweis auf Herbert L. A. Hart, The Concept of Law, Oxford 1994, S. 79, 94; Paul F. Diehl u.a., The Dynamics of International Law: The Interaction of Normative and Operating Systems, International Organisations 57 (2003), S. 43.

Diese Erläuterungen vor Augen, können wir die Rule of Law-Prinzipien als gut handhabbare „second order rules“ begreifen und sie als normativen Maßstab für die Qualität von Normen heranziehen,<sup>65</sup> soweit sie Regeln für folgende drei Bereiche umfassen:

1. die *Rechtsproduktion*, also die Rechtsetzung: „das heißt, diese Regeln bestimmen, wie insbesondere der Gesetzgeber Rechtsnormen schaffen muss, damit sie als rechtsverbindlich gelten können [...]. Sie sind für eine Rechtsordnung unerlässlich!“<sup>66</sup>
2. bestimmte *qualitative Anforderungen* an die Rechtsetzung. Sollen Rechtsregeln im demokratischen Rechtsstaat als zentrale Steuerungsinstrument fungieren können,<sup>67</sup> müssen sie über ein gewisses Maß von Klarheit, Bestimmtheit und Widerspruchsfreiheit verfügen.
3. die *Rechtsdurchsetzung*; auch solche Regeln für das „law-enforcement“ sind für moderne Gesellschaften unerlässlich: „Effektivität und gesellschaftliche Relevanz einer Rechtsordnung bestimmen sich im wesentlichen danach, in welchem Umfang diese ihre Verwirklichung zu garantieren vermag. Zugleich offenbaren sich in Ausmaß und Grenzen der für zulässig erachteten Zwangsgewalt grundsätzliche Wertentscheidungen einer Gesellschaft.“<sup>68</sup>

Haben wir es also bei der Rule of Law mit einem Bündel von „second order rules“ zu tun, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sie ihre Direktionswirkung nur im Bereich des staatlichen Rechts entfalten – wofür man sie in entwickelten Verfassungsstaaten eigentlich nicht bräuchte – oder ob sie ihr eigentliches Wirkungsfeld nicht vielmehr im Bereich nicht-staatlicher Normsetzung entfalten. So verhält es sich aus regelungswissenschaftlicher Perspektive in der Tat.

### *III. Rules for Rule-making: das Beispiel nicht-staatlicher Standardsetzung*

Wenn man einmal den Kontext des staatlichen Rechts verlässt und einen Abstecher in die sonstige „world of rules“ unternimmt, so wird schnell klar, dass die Notwendigkeit von Sekundärregeln gerade für die nicht-staatliche Regelsetzung deutlich hervortritt. Wessen es aus regelungswissenschaftlicher Perspektive<sup>69</sup> bedarf, ist die Entwicklung von „rules for rule-making“. Auf dem Gebiet der nicht-staatlichen Standardsetzung hat sich so etwas wie ein „Code für nicht-staatliche Regelsetzung“ in der Praxis längst entwickelt:

65 Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford 2010; Zangl, Fußnote 58, S. 28.

66 Zangl, Fußnote 58, S. 29.

67 Gunnar Folke Schuppert / Christian Starck (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates*. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck. Baden-Baden 1998.

68 Karin Nehlsen von-Stryk, *Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung*, *Archiv für die civilistische Praxis* 193 (1993), S. 530.

69 Schuppert, Fußnote 11, S. 100.

Wie Harm Schepel zeigte, haben nahezu alle bedeutenderen Standardsetter sog. „standardization standards“ entwickelt, in denen bestimmte, unter den Beteiligten konsensfähige Minimalstandards formuliert werden.<sup>70</sup> Dazu zählen – so Schepel – die folgenden Anforderungen:

1. “Elaboration of draft standards in technical committees with a balance of represented interests (manufacturers, consumers, social partners, public authorities);
2. A requirement of consensus on the committee before the draft goes to
3. A round of public notice and comment, with the obligation on the committee to take received comments into account, and
4. A ratification vote, again with the requirement of consensus rather than mere majority, among the constituency of the standards body, and
5. The obligation to review standards periodically.”<sup>71</sup>

Als ein Beispiel für eine solche selbst-regulative Aufstellung von Sekundärregeln für den Bereich der Standardsetzung möchten wir aus dem „Code of good practice for standardization“ der „International Standard-setting Organization“ zitieren,<sup>72</sup> in dem sich die folgenden Regeln finden; besonders hingewiesen sei hier auf die Regel 3.1, die ausdrücklich darstellt, dass sich diese „second order rules“ auf jede Art der Standardisierung beziehen, unabhängig davon ob staatlich oder nicht-staatlich, ob international oder lokal:

- 3.1 “This code is intended for use by any standardizing body, whether governmental or non-governmental, at international, regional, national or sub-national level. [...]
  - 4.1 Written procedures based on the consensus principle should govern the methods used for standards development. Copies of the procedures of the standardizing body shall be available to interested parties in a reasonable and timely manner upon request.
  - 4.2 Such written procedures should contain an identifiable, realistic and readily available appeals mechanism for the impartial handling of any substantive and procedural complaints.
  - 4.3 Notification of standardization activity shall be made in suitable media as appropriate to afford interested persons or organizations an opportunity for meaningful contributions.
  - 4.6 All standards should be reviewed on a periodic basis and revised in a timely manner. Proposals for the development of new or revised standards, when submitted according to appropriate procedures by any materially and directly interested person or organization, wherever located, should be given prompt consideration.
- 6.1 Participation in standardization processes at all levels shall be accessible to materially and directly interested persons and organizations within a coherent process as described in this clause [...]“

70 *Harm Schepel*, *The Constitution Of Private Governance: Product Standards In The Regulation Of Integrating Markets*, Oxford 2005.

71 *Schepel*, Fußnote 70, S. 6.

72 ISO / IEC Guide 59 (1994).

Wenn man an dieser Stelle eine kurze *Zwischenbilanz* ziehen will, so kann man zweierlei festhalten: *Erstens*, dass sich im Bereich nicht-staatlicher Normsetzung „rules for rule-making“ herausgebildet haben, die in diesem Feld genau diejenigen Funktionen erfüllen, die wir im staatlichen Bereich den Prinzipien der Rule of Law zuweisen. Die „standards for standardization“ sind nichts anderes als Sekundärregeln, die den Prozess der Standardsetzung steuern wollen, und deshalb bestimmte verfahrens-„rechtliche“ und organisatorische Anforderungen an diesen Prozess formulieren. Aus regelungswissenschaftlicher Perspektive, die nicht auf die staatliche Rechtsordnung fixiert ist, sondern die Vielfalt normativer Regelsysteme im Blick hat, erschließt sich leicht, dass es sich hierbei der Sache nach um die Anwendung von Rule of Law-Prinzipien handelt, ein Befund, der eigentlich nicht überraschen kann, wenn man sich darüber im Klaren ist, dass im angelsächsischen Verständnis Rule of Law nie ein ausschließlich staatszentriertes Konzept war. Dieses staatsrelativierende Potential hat die Rule of Law mit dem Governance-Ansatz gemeinsam, der deswegen so nützlich ist, weil mit seiner Hilfe gerade die institutionellen Arrangements und Regelungsstrukturen jenseits des Staates erfasst werden können.<sup>73</sup>

Zweitens ist festzuhalten, dass es sich bei der Frage der Anwendbarkeit von Rule of Law-Prinzipien auf nicht-staatliche Regelsysteme um einen Anwendungsfall der oben angesprochenen *Legitimationsdiskurse* handelt: denn es geht darum, in Form von „second order rules“ Bedingungen und Voraussetzungen zu formulieren, unter denen nicht-staatlichen Normen wie „standards“ und „codes of conduct“ als legitime Normsetzung angesehen werden können und von den Beteiligten ihre prinzipielle Befolgung erwarten dürfen (compliance). Diese Legitimationsbedürftigkeit nicht-staatlicher Regelsetzung tritt insbesondere dann klar hervor, wenn solche Regelsysteme „not only look like law-making“ (Schepel<sup>74</sup>), sondern in der Praxis als funktionale Äquivalente staatlichen Rechts wirken.

#### *IV. Normsetzung anstelle des Staates: Filling the Regulatory Gap*

Das Entstehen von „regulatory gaps“ lässt sich vor allem in zwei Fallkonstellationen beobachten: einmal in Bereichen, in denen sich der Staat regelungsabstinent verhält und von der staatsentlastenden Selbstregulierung Privater gerne Gebrauch macht, zum anderen dort, wo dem Staat wegen der „denationalisierten“ Problemlage der regulatorische Zugriff versagt ist. Zwei Beispiele vermögen diesen *Äquivalenzbefund* illustrieren:

Das erste Beispiel ist das „Schicksal“ des nicht-staatlichen Übernahmekodex, der Verhaltensvorschriften für Bieter- und Zielgesellschaften im Rahmen öffentlicher Un-

73 Thomas Risse, Governance in Areas of limited Statehood, in: Risse (Hrsg.), Fußnote 17, S. 9; Michael Zürn / Mathias Koenig-Archibugi, „Conclusions II: The Modes and Dynamics of Global Governance, in: Mathias Koenig-Archibugi / Michael Zürn (Hrsg.), 2006, S. 236.

74 Schepel, Fußnote 70, S. 6.

ternehmensübernahmen enthält<sup>75</sup>. Dieses von der deutschen Börsensachverständigenkommission 1995 erarbeitete Regelwerk, das sich an dem britischen *City Code on Takeovers and Mergers* von 1968 orientierte, sollte durch Herstellung von Transparenz und Gleichberechtigung vor allem dem Anleger Schutz, aber auch der Sicherung und Unterstützung eines funktionierenden Marktes dienen:

*„In einer wachsenden globalen Verflechtungen ausgesetzten Wirtschaftsordnung, in der sich nationale Reglementierungen zunehmend an den Erwartungen der realen oder fiktiven internationalen ‚financial community‘ orientieren, kann der Übernahmekodex als Versuch angesehen werden, internationale Standards auf freiwilliger Basis auch in Deutschland einzuführen, um damit die Reputation des Finanzplatzes Deutschland zu verbessern.“<sup>76</sup>*

Das Besondere an diesem Regelwerk ist nun, dass es – veranlasst durch einen Richtlinienvorschlag der Europäischen Union – vom deutschen Gesetzgeber in weiten Teilen übernommen wurde und zwar durch das Wertpapiererwerbs- und übernahmegesetz (WpÜG) vom 1. Januar 2002. Der Erlass dieses Gesetzes illustriert so „eine normative Regelungstechnik, bei der bisherige selbstregulative Mechanismen staatlich okkupiert und in Gesetzesform überführt werden.“<sup>77</sup>

Als zweites Beispiel sollen standardisierte Vertragsbedingungen dienen. Standardisieren kann man nicht nur technische Dinge wie etwa Papierformate (Din A4 etc.) oder Schrauben.<sup>78</sup> Standardisieren kann man auch Vertragsbedingungen. Was die Bedingungen betrifft, die die rasche Ausbreitung der Standardisierung von Vertragsbedingungen – vor allem in der Versicherungs- und Transportwirtschaft – angeht, so sind diese zum einen das Bedürfnis nach Standardisierung in Branchen mit hoher weltwirtschaftlicher Einbindung, zum anderen eine Regelungszurückhaltung des Gesetzgebers, die eine von den ökonomischen Akteure zu füllende „Regulatory Gap“ zur Folge hatte:

*„Die Entstehung von speziellen Standardverträgen, Standardklauseln oder Vertragsformeln für den internationalen Geschäftsverkehr hing von mehreren Umständen ab. Grundsätzlich war das Interesse an einer Vereinheitlichung der Vertragsgrundlagen um so stärker ausgeprägt, je intensiver die jeweilige Branche in die Weltwirtschaft eingebunden war. Wie auf der Ebene der Einzelstaaten, bemühten sich die Unternehmen um eine internationale Standardisierung ihrer Vertragsgrundlagen, wenn staatliche Regelungen fehlten oder sie diese für untauglich oder veraltet hielten. [...]“*

75 Steffen Augsburg, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft. Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes*, Berlin 2003.

76 *Ibid.*, S. 279.

77 *Ibid.*, S. 289.

78 Miloš Vec, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*. Frankfurt am Main 2006.

*Je weniger die Staaten das Recht der einzelnen Branchen regulierten, desto stärker breiteten sich nichtstaatliche Regelungen des Geschäfts- und Rechtsverkehrs aus.*<sup>79</sup>

Wirft man einen zusätzlichen Blick auf die von Tilman Röder ausgearbeiteten Funktionen der Standardisierung von Vertragsbedingungen, nämlich

- die Machtfunktion (asymmetrisch verteilter Einfluss aus dem Inhalt der Vertragsbedingungen)
- die Kommunikationsfunktion
- die Rechtssicherheitsfunktion sowie
- die Lückenfüllungs- und Fortentwicklungsfunktion,

so kann nicht zweifelhaft sein, dass wir es bei der Standardisierungspraxis mit einem Prozess der Normbildung zu tun haben. Die Standardverträge steuern das Verhalten der Marktakteure, die sich an ihnen orientieren und sich auf sie verlassen; das in ihnen vereinbarte gilt als das für sie maßgebliche Regelwerk, das bestehendes Gesetzesrecht substituiert, fortentwickelt oder gar umgeht. Es handelte und handelt sich also um Regelsetzung, und zwar um eine von den zeitgenössischen Juristen kaum erkannte neuartige Struktur der Normbildung, zu der Röder zusammenfassend folgendes anmerkt: „Standardklauseln und -verträge wurden ohne Bezug zu konkreten Geschäften als einheitliche Rechtsgrundlagen für große Mengen von künftigen Verträgen vorformuliert. Insofern erinnerte ihre Entstehung eher an Gesetzgebungsprozesse als an die Vertragspraxis der Wirtschaft.“<sup>80</sup>

Beide Beispiele illustrieren eindrücklich, dass nicht-staatliche Regelwerke im Bereich des transnationalen Wirtschaftsverkehrs eindeutig als funktionale Äquivalente staatlichen Rechts fungieren. Solche Regelwerke haben nicht nur „eine gefühlte Nähe zum Recht“<sup>81</sup>, sie sind *de facto* Recht. Wenn aber nicht-staatliche Normsetzung in bestimmten Bereichen staatliche Rechtsetzung substituiert, dann drängt sich die Schlussfolgerung geradezu auf, an den Produktionsprozess dieser Regeln ähnliche Anforderungen zu stellen, wie an das Entstehen von Rechtsätzen. Damit ebnet sich der Weg zur Anwendung von Rule of Law-Prinzipien quasi von allein. So betrachtet handelt es sich bei dieser Anwendungserstreckung um – wie Harm Schepel es trefflich ausgeführt hat – einen Vorgang des „normative borrowing between the public and the private sphere“.<sup>82</sup>

79 Tilman J. Röder, Rechtsbildung im wirtschaftlichen „Weltverkehr“. Das Erdbeben von San Francisco und die internationale Standardisierung von Vertragsbedingungen (1871-1914), Frankfurt am Main 2006, S. 12.

80 Röder, Fußnote 79, S. 319.

81 Oliver Lepsius, Standardsetzung und Legitimation, in Christoph Möllers / Andreas Voßkuhle / Christian Walter, Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten, Tübingen 2007, S. 347.

82 Schepel, Fußnote 70, S. 6.

#### **D. Schluss: Rule of Law als Leitbild und Maßstab jenseits des staatlichen Rechts?**

Thematisierungen der Rule of Law liegt traditionell ein staatszentriertes Verständnis des Konzepts zugrunde. Der Beitrag hat gezeigt, dass dieses Verständnis immer öfter dadurch herausgefordert wird, dass in Kontexten „jenseits des Staates“ ein wirksames staatliches Gesetzesrecht nicht existiert und stattdessen andere, nicht-staatliche Normen die entscheidenden „Rules of the Game“ sind. Für Kontexte mit begrenzter Staatlichkeit, die die Diskussionen über Entwicklung und Recht prägen, gilt das ebenso wie für transnationale Kontexte, die gar nicht im Geltungsbereich eines staatlichen Rechts liegen. Die informalen (Rechts-) Normensystemen und die mit ihnen verbundenen Entscheidungsinstitutionen habendabei teilweise die gleiche Funktion wie im staatlichen Kontext staatliches Recht und staatliche Gerichte. Sie ermöglichen regelbasierte Entscheidungen im Bereich von Governance und Ordnungsbildung ebenso wie im Bereich gesellschaftlicher Konfliktbewältigung und unterscheiden sich institutionell und normativ nicht von anderen Formen des Rechts.

Soweit nicht-staatliche Normen zur Ordnungsbildung und Konfliktbewältigung beitragen, ihre Geltung institutionell gesichert ist und sie normativ und institutionell an ein allgemeines Verständnis davon, was Recht ist, anschließen, spricht einiges dafür, die Bedeutung solcher Normen auch aus der Perspektive der Rule of Law anzuerkennen. In den hier erörterten Diskursen – des Verfassungsrechts, von Recht und Entwicklung und im Bereich der Global Governance – lässt sich eine solche, über das staatliche Recht hinausgehende Erweiterung des Bezugsrahmens von Rule of Law bereits beobachten. Und im Zusammenhang mit transnationalen Normbildungsprozessen werden Rule of Law-Kriterien bereits jetzt als Qualitätsstandards herangezogen. Rule of Law ist dadurch zunehmend zum Leitbild und zum Maßstab für rechtsbildende und rechtliche Prozesse auch jenseits des staatlichen Rechts geworden.