

Graf-Peter Calliess, Frankfurt am Main

Billigkeit und effektiver Rechtsschutz

Zu Innovation und Evolution des (Zivil-) Rechts in der Globalisierung

erscheint in: *ZfRSoz* 2005, 35-55

„Wenn man annimmt, dass eine Weltgesellschaft entstanden ... ist: wie soll man sich dann die Entstehung eines Weltrechts denken?“ Diese Frage hat Niklas Luhmann gleichsam als Vermächtnis an die Rechtssoziologie hinterlassen und als Auflage sogleich zweifelnd hinzugefügt: „Doch wohl nicht in der Form von Staatsverträgen, die nach langen diplomatischen Verhandlungen kaum noch Substanz aufweisen. Und erst recht nicht in der Form von Beschlüssen oder Absichtsbekundungen internationaler Organisationen, die eine aufs Papier beschränkte Existenz führen.“¹

Eine mögliche Antwort auf diese Frage lautet, dass ein Weltrecht bereits existiert. Zwar nicht im Sinne von Konsistenz auf der Normebene, aber zumindest auf der operativen Ebene im Sinne eines autopoietischen Systems, zu dem weltweit alle Kommunikationen gehören, die sich am Rechtscode orientieren.² Ohne Zweifel sind unter dem Primat der funktionalen Differenzierung in den meisten Teilen der Welt Rechtskommunikationen von politischer, wirtschaftlicher oder religiöser Kommunikation unterscheidbar. Und das weltweite Vorkommen von rechtlich codierter Kommunikation ist nicht nur unter wissenschaftlichen Aspekten beobachtbar, sondern Rechtskommunikationen sind auch in ihrem normativen Gehalt füreinander anschlussfähig. Im Völkerrecht gibt es allgemeine Rechtsgrundsätze und völkergewohnheitsrechtliche Normen, die teils ohne oder sogar gegen den Willen einzelner Staaten einen Anspruch auf weltweite Geltung erheben (*ius cogens*), und insbesondere auf dem Gebiet der universellen Menschenrechte existiert ein globaler Rechtsdiskurs, dessen jurisgenerativer Charakter in der globalen Skandalisierung von Rechtsbrüchen zum Ausdruck kommt (*ex facto ius oritur*).³

Die Binnendifferenzierung des durch den Rechtscode konstituierten Weltrechtssystems in verschiedene Rechtsordnungen als Teilsysteme folgt jedoch traditionell dem Prinzip segmentärer Differenzierung anhand der territorialen Grenzen der

¹ *Luhmann*, Ethik in den internationalen Beziehungen, *Soziale Welt* 1999, 247, 250; dieser Leitfrage ist die Arbeit von *Lieckweg*, *Das Recht der Weltgesellschaft*, 2003, gewidmet.

² *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 573 f.; *Teubner*, *Globale Bukowina*. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *RJ* 1996, 255; *Ziegert*, *Globalisierung des Rechts aus der Sicht der Rechtssoziologie*, in: *Voigt* (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts*, 2000, 69; *Albert*, *Zur Politik der Weltgesellschaft*, 2002, 203 ff.; *Fischer-Lescano*, *Globalverfassung. Die Geltungsbe-gründung der Menschenrechte*, 2005 (i.E.).

³ *Fischer-Lescano*, (Fn. 2) 67 ff.; zum Völkerrecht vgl. auch *D'Amato*, *International Law as an Autopoietic System*, in: *Wolfrum/Röben* (Hrsg.), *Developments of International Law in Treaty Making*, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Bd. 177, 2005, 335 ff.

Nationalstaaten.⁴ Die nationalstaatlichen Rechtssysteme sind freilich nicht ihrerseits autopoietische, d.h. operativ geschlossene Subsysteme. Ihre Ausdifferenzierung aus dem Weltrechtssystem erfolgt nicht durch eine Art territorialer Zweitcodierung, sondern lediglich auf der Ebene der Programme. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn eine Kommunikation zwischen den nationalen Rechtssystemen in dem Sinne unmöglich wäre, dass ein ausländischer Rechtsakt im Inland nicht als solcher wahrgenommen werden könnte oder jedenfalls folgenlos bliebe, insofern die Geltungslage des Rechts im Inland in keinem Falle verändert würde. Ein Blick ins „internationale Recht“ der Nationalstaaten zeigt hingegen, dass staatliche Gerichte fremde Gesetze durchaus als rechtliche Strukturen wahrnehmen, diese jedoch nur anwenden, wenn im Inland verbindliche Kollisionsregeln dies anordnen. Und im internationalen Verfahrensrecht werden ausländische Urteile im Gegensatz zu wirtschaftlichen oder politischen Kommunikationen (Fremdreferenz) sehr wohl als Rechtsakte erkannt (Selbstreferenz). Prozessuale Wirkungen wie Rechtshängigkeit, Rechtskraft, oder Vollstreckbarkeit werden ihnen freilich nur verliehen, soweit die im Inland relevanten Programme dies vorsehen.⁵ Nationale Rechtssysteme differenzieren sich aus dem Weltrechtssystem also durch *strukturelle Schließung* auf der Ebene sekundärer Normen aus, wobei im Völkerrecht und im nationalen Kollisionsrecht eine Reihe von Brücken und Anschlüssen vorhanden sind, die im Weltrechtssystem den für operative Schließung kennzeichnenden Geltungstransfer zwischen verschiedenen Rechtsordnungen als Subsystemen ermöglichen.⁶

Geht man auf dieser Grundlage von einem Weltrechtssystem aus, so ist dessen Existenz freilich kein ganz neues Phänomen. Seine Entstehung folgt vielmehr aus der Etablierung einer Weltgesellschaft und deren Gliederung in funktional ausdifferenzierte Subsysteme. Verortet man die operative Schließung von Rechtssystemen irgendwo im 11. und 12. Jahrhundert, also der Zeit der Entstehung der westlichen Rechtstradition,⁷ so ist die Emergenz eines Weltrechtssystems als ein langwieriger Prozess zu verstehen, in welchem sich der Primat der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft von Europa aus über die Welt verbreitet.⁸ Es stellt sich daher die Frage, inwiefern die Systemtheorie mit ihrer These vom „Weltrecht als Kommunikationssystem“ überhaupt etwas zur die Rechtswissenschaft und ihre Nachbarwissenschaften aktuell beschäftigenden Frage nach den Folgen der Globalisierung der Gesellschaft für das Recht beitragen kann. Hierzu möchte ich eine andere Interpreta-

⁴ Zur segmentären Zweiftdifferenzierung des politischen Systems *Luhmann*, Politik der Gesellschaft, 2000, 189 ff.

⁵ Vgl. *v.Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht Bd. I, 2. Aufl. 2003; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2002; für das öffentlichen Recht *Ruffert*, Der transnationale Verwaltungsakt, Die Verwaltung 2001, 453 ff.

⁶ So auch *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des Weltrechts, 2005, Kap. II (i.E.).

⁷ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 62 unter Verweis auf *Berman*, Recht und Revolution, Die Bildung der westlichen Rechtstradition, 1991.

⁸ Zur Entstehung einer Weltgesellschaft *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 145 ff.; kritisch in Bezug auf das Recht *Neves*, Die symbolische Kraft der Menschenrechte, ARSP 2005, 159 ff.

tion von Luhmanns Frage vorschlagen, die wie folgt lautet: Wenn die (Welt-) Gesellschaft global vernetzt kommuniziert, in der Wirtschaft etwa Transaktionen zunehmend grenzüberschreitend vollzogen werden und in der Politik etwa Regulierungsprobleme als nur noch grenzüberschreitend bearbeitbar wahrgenommen werden, wie passt sich das (Welt-) Rechtssystem an diese Veränderungen in seiner innergesellschaftlichen Umwelt an?⁹

Dieses Verständnis der Frage führt nun unmittelbar in ein Kernproblem der Rechtssoziologie, nämlich der Evolution von Recht und Gesellschaft, oder systemtheoretisch formuliert der Ko-Evolution von Rechtssystem und seiner innergesellschaftlichen Umwelt (Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, Sport, etc.). Im folgenden werden einige Grundbegriffe der Systemtheorie im Hinblick auf die Evolution des Rechts rekapituliert (I.), um sodann einen Mechanismus der Rechtsevolution „von außen“ zu untersuchen, der in gesellschaftlichen Krisen- und Umbruchsituationen beobachtet werden kann. Erweisen sich die etablierten Rechtssysteme als unfähig, sich aus eigener Kraft an radikale Veränderungen in der Gesellschaftsstruktur anzupassen, vollziehen sich die nötigen Innovationen häufig in alternativen Streitschlichtungssystemen, die nach Billigkeit und nicht nach strengem Recht entscheiden (II.). Meine These im Zusammenhang mit der Globalisierung ist schließlich, dass Billigkeit und effektiver Rechtsschutz die entscheidenden Bedingungen sind, die eine Anpassung der Strukturen des Weltrechtssystems an die globale Vernetzung gesellschaftlicher Kommunikation und Transaktion garantieren und damit die Entstehung eines Weltrechts ermöglichen. Da die staatlichen Rechtssysteme genau diese Kriterien nur unzureichend erfüllen, entwickelt sich Weltrecht vornehmlich außerhalb der traditionellen Rechtssysteme in den Streitschlichtungssystemen von Rechtsregimes, die sich nicht anhand territorialer, sondern aufgrund funktional problembezogener Kriterien als Subsysteme des Weltrechtssystems etablieren (III.).

I. Zwischen Leistung und Funktion: Modi der Rechtsevolution

Recht ist eine soziale Institution, deren originäre Aufgabe in der Befriedung des gesellschaftlichen Zusammenlebens durch Zivilisierung der Konfliktlösung zu sehen ist.¹⁰ In vor- und protostaatlichen Gesellschaften gibt es zwei Arten der Konfliktlösung. Zum einen die friedliche Streitschlichtung durch Verhandlungen (Palaver) oder einvernehmliche Beauftragung eines unparteilichen Dritten mit der verbindli-

⁹ So die Leitfrage bei *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz, Habilitationsschrift, Frankfurt/Main 2005 (i.E.). Im folgenden generalisiere ich einige Ergebnisse im Hinblick auf die Evolutionstheorie des Rechts.

¹⁰ Vgl. zum folgenden von *Trotha*, Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsordnung, *ZfRSoz* 2000, 327 ff.; Zur Evolution des Rechts durch Domestizierung physischer Gewalt *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 106 ff.; zur ad-hoc Schiedsgerichtsbarkeit in proto-staatlichen Gesellschaften *Wesel*, Geschichte des Rechts, 1997, S. 37 und öfters. Zum Zusammenhang von Gewaltmonopol und Anspruch auf effektiven Rechtsschutz *C.Calliess*, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, *ZRP* 2002, 1 ff.

chen Streitentscheidung (Schiedsrichter), wobei der Konsens der Parteien entweder Ergebnis (Vergleich) oder Voraussetzung (Schiedsvereinbarung) des Verfahrens ist. Zum anderen ist aber die (auch gewalttätige) Selbsthilfe (Blutrache, Fehde) ein zulässiges Mittel, wobei Beweis und Durchsetzung des Rechts zusammenfallen. Mit der Begründung des staatlichen Gewaltmonopols wird die Selbsthilfe auf Ausnahmesituationen begrenzt. Seit der Aufklärung wird die Entstehung des Staates dabei idealtypisch als ein Gesellschaftsvertrag verstanden, in welchem die Bürger ihr ursprüngliches Recht auf Selbsthilfe auf den Staat übertragen, im Gegenzug für diesen Gewaltverzicht aber ein Recht auf Zugang zu effektiven und fairen Streit-schlichtungsverfahren erhalten (Art. 6 I EMRK). Die auf Konsens im Einzelfall beruhende private Schiedsgerichtsbarkeit wird damit in eine obligatorische staatliche Gerichtsbarkeit transformiert, jedermann ist zumindest an seinem Wohnsitz gerichtspflichtig (§§ 12, 13 ZPO). Das so begründete Synallagma zwischen Gewaltverzicht und Justizgewährungsanspruch ist für jedes Verständnis von Staatlichkeit bis in die Zeit des modernen Rechtsstaats hinein essentiell. Die Gegenseitigkeit der Verpflichtung kommt in der Zulässigkeit von Selbsthilfe zum Ausdruck, „wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist“ (§ 229 BGB). Während die Selbsthilfe im Rechtsstaat also weitgehend verdrängt wird, bleibt die friedliche Streitschlichtung auch unter dem staatlichen Gewaltmonopol eine Dienstleistung, die prinzipiell von jedem unparteilichen Dritten erbracht werden kann, wenn und insoweit sich die Konfliktbeteiligten der Jurisdiktion dieses Dritten freiwillig unterwerfen. Als Nukleus des modernen Rechts liegt die private Schiedsgerichtsbarkeit dem staatlichen Rechtsprechungsmonopol voraus und findet eben hierin ihre fort-dauernde Berechtigung.¹¹

Angesichts der funktionalen Äquivalente zur staatlichen Gerichtsbarkeit, die in den vielfältigen Formen alternativer Konfliktlösung (Alternative Dispute Resolution), von der hoch formalisierten Schiedsgerichtsbarkeit über die außergerichtliche Streitschlichtung bis hin zu den informellen Formen der Mediation und Verhandlung, sichtbar werden,¹² kann die Funktion, die ein Rechtssystem für die Gesellschaft erfüllt, nicht in der Streitschlichtung gefunden werden. Konfliktlösung ist eine Leistung, die das Recht an die Gesellschaft erbringt, die aber auch außerhalb des Rechts, i.e. ohne Bezug auf den Rechtscode erbracht werden kann.¹³ Die spezifische und exklusive Funktion des Rechts liegt hingegen in der Produktion von Rechtssicherheit, die sich als gesellschaftlicher Mehrwert der öffentlichen Entscheidung über private Konflikte einstellt. Abstrakt-generelle Regeln ergeben sich – wie

¹¹ Vgl. *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 92 R. 145 ff.; zum Verzicht auf die Rechte aus Art. 6 I EMRK vgl. *Schiavetta*, The Relationship Between e-ADR and Article 6 of the European Convention of Human Rights pursuant to the Case Law of the European Court of Human Rights, 2004 (1) The Journal of Information, Law and Technology (JILT); *Benson*, To Arbitrate or to Litigate: That is the Question, European Journal of Law and Economics (1999) 91; *ders.*, The Evolution of Law, in: Rowley/Schneider (eds.), The Encyclopedia of Public Choice, Boston 2003.

¹² Grundlegend für die deutsche Debatte *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982; zur aktuellen Diskussion *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001; zur neueren Entwicklung nach Art. 15 a EGZPO *Prütting* (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung, 2003.

¹³ *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1993, Kapitel 3, S. 157 ff., 160.

die Funktionsweise des Common Law aber auch die Praxis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erhellen – quasi automatisch als Abfallprodukt gerichtlicher Streitentscheidungen.¹⁴ Unter der formalen Regel „gleiche Fälle gleich behandeln“ (stare decisis) werden Rechtsnormen aus der ratio decidendi der Urteile eines Gerichts in der Zeit kondensiert und konfirmiert. Der Unterschied zur regelmäßig vertraulichen privaten Streitschlichtung ergibt sich also aus der Generation und Stabilisierung kontrafaktischer Verhaltenserwartungen, die die Entstehung hochkomplexer, evolutionär unwahrscheinlicher Gesellschaftsstrukturen – wie etwa den Handel unter Fremden über größere räumliche und kulturelle Distanzen – ermöglichen oder jedenfalls erleichtern.¹⁵

Die durch operative Schließung anhand des Rechtscodes erfolgende Ausdifferenzierung des Rechtssystems zu einem eigenständigen autopoietischen Subsystem in der Gesellschaft entkoppelt die Evolution des Rechts von der Evolution seiner innergesellschaftlichen Umwelt.¹⁶ Erst wenn Streitschlichtung nicht mehr nur ad hoc und ad hominem, sondern unter dem formalen Gleichheitssatz mit Bezug auf Begriffe, Prinzipien und Regeln erfolgt, erfüllt das Recht seine gesellschaftliche Funktion, wird also zum (autopoietischen) System. Da es diese Funktion aber anlässlich der Streitentscheidung erfüllt, muss es gleichzeitig als Streitschlichtungsmechanismus hinreichend attraktiv sein, so dass es überhaupt zur Produktion von Rechtsfällen kommt. Rechtssicherheit kann nur dort entstehen, wo Normen implizit oder explizit zitiert, interpretiert, angewendet und dadurch (re-) produziert werden. Aber wo kein Kläger, da kein Richter. Recht darf nicht nur nach Billigkeit und Parteiinteressen entscheiden, will es Recht sein. Aber ein Recht, dass auch angesichts neuer gesellschaftlicher Konfliktlagen unbeirrt auf der Anwendung tradierter Regeln beharrt, also zwar vorhersehbare, aber unbillige Entscheidungen produziert, ist wenig attraktiv und unterliegt der Gefahr, durch andere Konfliktlösungsmechanismen verdrängt zu werden. Das so begründete Spannungsverhältnis zwischen Leistungserbringung und Funktionserfüllung ist grundlegend für die Evolution des Rechts.

Was aber sind die Bedingungen, unter denen sich ein Rechtssystem im Muster Variation, Selektion und Stabilisierung an Innovationen in seiner Umwelt adaptiert? Unter der Voraussetzung seiner operativen Geschlossenheit wird Recht jedenfalls nicht direkt von der Umwelt determiniert.¹⁷ Die Notwendigkeit einer Anpassung an sich verändernde gesellschaftliche Bedarfslagen (legal needs) kann das Recht vielmehr nur auf den eigenen Bildschirmen wahrnehmen und nur mit eigenen Mitteln vollziehen, Umweltinnovation wird – wenn überhaupt – mit Rechtsinnovation

¹⁴ Die Generation von Vorrangrelationen als „zugeordnete Grundrechtsnormen“ nach dem „Kollisionsgesetz“ im Prozess der Abwägung allgemeiner Rechtsprinzipien anlässlich der Entscheidung von Einzelfällen hat *Alexy* (Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994) am Beispiel der Rechtsprechung des BVerfG analysiert; vgl. auch *Lundmark*, Stare decisis vor dem Bundesverfassungsgericht, Rechtstheorie 1997, 315 ff.; *R. A. Posner*, Economic Analysis of Law, 5th ed. 1998, 588 zum „character of precedents as a by-product of the litigation process“.

¹⁵ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Kapitel 3, S. 124 ff., 127, 132, 138; am Beispiel der Lex Mercatoria vgl. auch *Calliess*, Reflexive Transnational Law, ZfRSoz 2002, 185 ff., 195 f.

¹⁶ Zum folgenden *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, 1993, Kapitel 6, insbes. S. 242 ff.

¹⁷ Zum folgenden *Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 68 ff., 90 ff.

beantwortet. Für die Adaptionsfähigkeit des Rechts kommt es daher entscheidend auf rechtssysteminterne Faktoren an, die auf der Ebene der Rechtsprozesse die strukturelle Offenheit und Zugänglichkeit des Rechts für Umweltirritation (opportunity structures) sowie auf der Ebene der Rechtsdogmatik die begriffliche Sensibilität und konzeptionelle Bereitschaft zur Reaktion mit Strukturänderungen (conceptual readiness) betreffen.

Der älteste, in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit wurzelnde Modus von Rechtsrevolution liegt in der soeben erläuterten Bindung der Autopoiesis des Rechts an die Streitschlichtung. Das Recht hat keine Kontrolle darüber, welche gesellschaftlichen Konflikte ihm in Form von Rechtsfällen präsentiert werden, und gerade deshalb ist es in seiner Evolution auf unübertroffene Weise an die Entwicklung der Problemlagen in seiner innergesellschaftlichen Umwelt rückgekoppelt. Die Gesellschaft, so eine verbreitete These, klagt im Zweifelsfalle so lange, bis sich das Recht anpasst und ein neues Gleichgewicht gefunden ist (relitigation). Dieser Modus von Rechtsrevolution führt freilich nur unter bestimmten rechtsendogenen Bedingungen zur Adaption von Recht an gesellschaftliche Innovation, die hier unter den Stichwörtern des effektiven Rechtsschutzes und der Billigkeit gefasst werden sollen. Einerseits setzt sich ein Rechtssystem in dem Maße Umweltirritationen aus, als es potentielle Klagen und die damit verbundenen Normprojektionen durch das Angebot effektiven Rechtsschutzes attrahiert. Zu den bestimmenden Faktoren gehören unter anderem eine breite Klagebefugnis, ein schnelles Verfahren, angemessene Kosten, attraktive Rechtsfolgen (remedies) und eine effektive Durchsetzung der Ergebnisse. Andererseits muss das Rechtssystem auf Umweltirritationen flexibel und angemessen reagieren können. Hierfür stehen Generalklauseln, allgemeine Rechtsprinzipien, Interessenabwägung und Einzelfallgerechtigkeit, während Gesetzespositivismus, Präjudizienbindung, Legalfiktionen, Strengbeweis, kurzum jede Art von Rechtsformalismus eher hinderlich sind.

Mit der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft haben sich darüber hinaus weitere Modi der Rechtsevolution entwickelt, die sich nicht aus der informationellen Offenheit des Rechts gegenüber den Tatsachen, Interessen und sozialen Normprojektionen ergeben, die dem Recht in Form von Rechtsfällen präsentiert werden, sondern in dem Phänomen der selektiven strukturellen Kopplung des Rechts an seine innergesellschaftliche Umwelt bevorratet sind.¹⁸ Mit struktureller Kopplung ist ein auf Dauer gestelltes, das heißt rechtlich verfasstes und damit vorhersehbares Parallelprozessieren von Kommunikationen in verschiedenen funktionalen Teilsystemen der Gesellschaft gemeint, welches zu einem Strukturabgleich (structural drift) zwischen unterschiedlich codierten Systemen wie Recht, Politik, Wirtschaft und Wissenschaft führt. Politische Kommunikationen werden vom Recht als Gesetzgebungsakte verstanden (politische Verfassung), wirtschaftliche Transaktionen als Vertragsschlüsse oder Ausübung von Eigentumsrechten (Wirtschaftsverfassung), so dass der sozialen Umwelt des Rechts unter rechtlich genau definierten Bedingungen der Zugriff auf eine Änderung der Rechtsstrukturen eröffnet wird (Freiheit unter

¹⁸ Zum folgenden *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1993, Kapitel 10; *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989, Kapitel 5.

Auflagen und vorbehaltenen Kontrollen). Jedenfalls in den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen kommt auch der Kopplung zwischen Recht und Wissenschaft eine wichtige Rolle zu. So bieten die von der Rechtsdogmatik im Hinblick auf Systematik und Kohärenz geschaffenen Abstraktionen der Rechtsprechung die Möglichkeit, Urteile nicht nur im Rückgriff auf andere Urteile zu begründen, sondern Innovationen auch jenseits der engen Grenzen des „distinguishing and overruling“ aus zu Rechtsinstituten verdichteten Begriffen und Prinzipien abzuleiten (Begriffsjurisprudenz), um nur ein Beispiel zu nennen.¹⁹ Im Bereich der strukturellen Kopplungen ist es interessanterweise gerade umgekehrt der Rechtsformalismus in Form von Gesetzes- und Vertragspositivismus oder Begriffsjurisprudenz, der Ko-Evolution in Form des relativ ungeschützten Zugriffs der Umwelt auf Rechtsstrukturen ermöglicht.²⁰

Mit der Demokratisierung des politischen Systems und der Kanalisierung des politischen Einflusses auf die Gesetzgebung in der Verfassung ist im 19. und 20. Jahrhundert eine grundlegende Formveränderung der Rechtsevolution verbunden, insofern „Verhaltenssteuerung“ als Leistung des Rechts an die Politik gegenüber der „Konfliktlösung“ sukzessive in den Vordergrund tritt.²¹ Wo das „Rauschen“ der Politik zum vorherrschenden Variationsanlass wird, betreibt Recht sich zunehmend selbst: Es wartet nicht mehr darauf, dass die Leute sich streiten, um dann eine gerechte Lösung zu finden, sondern es produziert durch regulatorische Eingriffe selbst die Situationen, die später Anlass zu Konflikten werden.²² Mit Beweislastumkehr, Strafschadensersatz oder Verbandsklage emanzipiert sich das Recht von den gesellschaftlichen Konfliktlagen, ohne die Norm gäbe es gar keinen Konflikt. Dies kann nicht nur die Leistungsfähigkeit des Rechts bei der Streitschlichtung beeinträchtigen, sondern Rechtsevolution wird im Hinblick auf die Anpassung an gesellschaftliche Entwicklungen grundlegend vom politischen System und dessen Sensibilität gegenüber gesellschaftlichen Konfliktlagen abhängig. Probleme, die auf den Bildschirmen der Politik nicht erscheinen, etwa weil man mit ihrer Lösung keine Wahlen gewinnen kann, bleiben häufig auch rechtlich ungelöst.²³

II. Zwischen Recht und Billigkeit: Entwicklungshilfe in der Krise

„Evolution ist ... ein Modus von Strukturänderung, der durchaus mit sprunghaften Umbrüchen (Katastrophen) und mit langen Zeiten der Stagnation (Stasis) kompatibel ist.“²⁴ Aber ist Rechtsevolution auch außerhalb des Rechtssystems möglich? Im strengen Sinne der Autopoiesetheorie lautet die Antwort eindeutig „Nein“. Und dennoch gibt es in der Rechtsgeschichte einige Beispiele für Fälle, in denen eine

¹⁹ Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, 1993, 272-274

²⁰ Zur Unterscheidung von formaler, materialer und prozeduraler struktureller Kopplung vgl. *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999, Kapitel 3 I.

²¹ Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, 1993, 156 ff.

²² Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, 1993, 278.

²³ Am Beispiel der gescheiterten Verhandlungen zu einem Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen *Calliess* (Fn. 9) Kap. 4 I.

²⁴ Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, 1993, 243.

grundlegende und umwälzende Erneuerung des Rechts außerhalb der etablierten Rechtssysteme stattgefunden hat. Für die Systemtheorie ist dies kein Problem, wenn neben eine traditionelle Rechtsordnung eine neue Parallelrechtsordnung mit eigenem Gerichtssystem tritt. Wenn etwa die Freiburger Charta von 1120 vorsieht, dass die Bewohner der Stadt nicht dem Landrecht, sondern allein dem Handelsrecht unterworfen sind, welches von einem Marktgericht mit aus der Mitte der Kaufleute gewählten Richtern (re-) produziert wird,²⁵ so handelt es sich schlicht um die Etablierung eines funktional auf die Bedürfnisse der Kaufmannschaft spezialisierten Subsystems als Teilrechtsordnung im Rechtssystem, also um Rechtspluralismus. Gleiches dürfte für die ICANN Uniform Dispute Resolution Policy für Domain-Streitigkeiten im Internet gelten. In ihrer Selbstbeschreibung lässt diese ihren rechtlichen Status zwar seltsam ungeklärt, dürfte aber nach allen relevanten Kriterien eindeutig als Subsystem des Weltrechtssystems einzuordnen sein.²⁶ Rechtsevolution findet hier im Modus der Koexistenz verschiedener Teilrechtsordnungen statt, Innovationen können unter bestimmten Voraussetzungen durch einen Wettbewerb der Rechtsordnungen befördert werden (functional, overlapping, and competing jurisdictions).²⁷

Teilweise tritt Konkurrenz zur etablierten Rechtsordnung jedoch nicht als Alternative *im* Recht, sondern explizit als Alternative *zum* Recht auf, alternative Streit-schlichtungsverfahren (ADR) unterwerfen sich nicht dem Rechtscode, sondern entscheiden nach Billigkeit.²⁸ Dies gilt jedenfalls dem Namen nach für die römische Aequitas und die englische Equity und in der Sache für die vielfältigen Formen alternativer Streitschlichtung, die sich gegenwärtig für den globalen E-Commerce etablieren (eADR, bzw. Online Dispute Resolution).²⁹ Aber auch die mittelalterliche und die neue Lex Mercatoria haben ihre Anfänge und Wurzeln in sozialen Normen und privaten Ordnungsleistungen, die als Selbsthilfemechanismen zwar funktionale Äquivalente zu einem funktionsfähigen Handelsrecht bieten, aber zunächst außerhalb des Rechtssystems zu verorten sind, bevor sie im weiteren Verlauf durch Verrechtlichungsschübe erfasst wurden.³⁰ Entscheidungen nach Billigkeit, versteht

²⁵ *Berman*, *Recht und Revolution*, 1991, S. 586, 546.

²⁶ *Calliess* (Fn. 9) Kap. 6 II. m.w.N.

²⁷ Sehr interessante historische Analysen bei *Zywicki*, *The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply Side Analysis*, 97 *Nw. U. L. Rev.* 1551 (2003); näher zu den Bedingungen im modernen Gesetzgebungsstaat *Kieninger*, *Rechtsentwicklung im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, 2002, 72 ff.

²⁸ Und damit außerhalb des Rechts: *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft*, 1993, 72, 160.

²⁹ Ausführlich *Calliess* (Fn. 9) Kap 7.

³⁰ Zur mittelalterlichen Lex Mercatoria vgl. *Milgrom/North/Weingast*, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs*, in: *Economics and Politics* 2 (1990) 1; *Greif/Milgrom/Weingast*, *Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild*, 102 *Journal of Political Economy* (1994) 745; zum New Law Merchant vgl. etwa *Bernstein*, *Lisa*, *Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 *Journal of Legal Studies* (1992) 115; *Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts*, 1990; zu Verrechtlichung und Konstitutionalisierung der neuen Lex Mercatoria *Calliess* (Fn. 9) Kap. 6 I. und III.

man diese als nicht regelgeleitete Suche nach versteckten Kompromissen und zukunftsorientierter Interessenidentität im Einzelfall, verweigern sich der Funktion des Rechts. Denn die individuelle „win/win“-Situation als ideales Ergebnis sperrt sich gegen eine Generalisierung, weshalb ADR-Verfahren regelmäßig vertraulich sind. Die Veröffentlichung von Urteilen erscheint in diesem Zusammenhang als *das* entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen Recht und Nicht-Recht, da nur aufgrund von Öffentlichkeit die jurisgenerative Funktion des Präjudizienverweises in Gang gesetzt wird.³¹ Mit anderen Worten konkurrieren ADR-Systeme und Rechtssystem im Leistungsbereich der Konfliktlösung, nicht aber auf der Funktionsebene, wo es um gesellschaftsweite Stabilisierung von kontrafaktischen Verhaltenserwartungen geht.

Unter welchen Umständen entsteht aber Konkurrenz außerhalb der etablierten Rechtsordnung und wie trägt diese zur Evolution des Rechts bei? Marie Theres Fögen hat kürzlich nach dem „Augenblick der Emergenz des Konsensualvertrags“ als „evolutionären Sprung ohnegleichen“ gefragt.³² Dieser ist im Verlauf des 2. Jahrhunderts v. Chr. als ausschließliches Produkt des Amtsrechts (*ius honorarium*) entstanden, welches die Prätores nach landläufiger Meinung zur Unterstützung, Ergänzung und Korrektur des *ius civile* eingeführt haben. Vordergründig ging es dabei um eine Anpassung des Rechts an neue gesellschaftliche Realitäten, also um materielle rechtliche Strukturänderungen, die Fögen wie folgt zusammenfasst:

„Waren die alten Rechtsgeschäfte gekennzeichnet durch Form und Ritual, Wortlaut und Erklärung, Präsenz der Parteien, Einseitigkeit der Bindung und „nationale“ Zugehörigkeit, so brach der Konsensualvertrag mit fast allen diesen Prinzipien: statt Form und Ritual gänzliche Formfreiheit, statt purem Wortlaut der wirkliche Wille, statt Erklärung Treu und Glauben, statt Präsenz der Parteien auch jegliche Art der Übermittlung, statt Einseitigkeit der Bindung perfekte, verrechenbare Reziprozität der Rechte und statt „nationaler“ Beschränkung Inklusion von Fremden.“³³

Rein exogene Ursachen lässt Fögen freilich nicht als Erklärung für diesen Evolutionssprung gelten. Das Aufkommen von Münzgeld, die geopolitische Erweiterung Roms, die Ausdehnung des Handels allein bedeuteten für das Recht herzlich wenig. Variation trete erst ein, wenn solche „Zufälle“ in der Umwelt durch die Umwelt des Rechts dem Recht zugeführt, ihm oktroyiert, mit ihm verknüpft würden (Gelegenheit zur Evolution). Sodann komme es entscheidend auf Klagformeln als rechtsendogene Faktoren an, die die Umwandlung der Zufälle in Fälle regeln (Beschränkung der Evolution). Nach Fögen war es vor allem das öffentliche Wissen von diesen Formeln, welches den Fortgang der Geschichte des römischen Rechts bestimmte: Aufgrund der XII Tafeln hatten sich im *ius civile* feierliche Klagformeln entwickelt, die sich noch zu Beginn des 3. Jahrhunderts v. Chr. im exklusiven Besitz der Priester befanden und von diesen im Archiv gehütet wurden. Appius Claudius bearbeitete diese Formeln und stellte sie zu einem Buch zusammen, welches von Gnaeus Flavius entwendet und dem Volk bekannt gemacht wurde. Eben diese *actiones*, also die für Klagen erforderlichen Worte, wurden später von den Prätores von Jahr zu Jahr

³¹ *Calliess* (Fn. 9) Kap. 6 III.

³² Zum folgenden *Fögen*, Zufälle, Fälle und Formeln, *Rechtsgeschichte* 2005, 84 ff.

³³ A.a.O. S. 89.

öffentlich tradiert und behutsam erweitert, wobei der Bezug auf bona fides eine große Rolle spielte. Im Vergleich zur traditionellen legisactio ermöglichten sie eine höhere Beweglichkeit und einen größeren Variantenreichtum im Recht. Es war also kein Gesetzgeber und auch kein genialer Jurist, der den Konsensualvertrag entworfen hat, sondern eine Erhöhung der Umweltsensibilität des Rechts, die im Ergebnis zur Anpassung an veränderte Umweltstrukturen führte. Die Entwicklung des Konsensualvertrags erfolgte – so Fögen – nach dem Motto ubi remedium, ibi ius – und nicht etwa umgekehrt.

Eine der Aequitas der römischen Prätores vergleichbare Rolle als „Entwicklungshilfe“ für das tradierte Recht spielte später die englische Equity.³⁴ Das ursprünglich hoch effiziente System der vom König eingerichteten Common Law Courts hatte zwar zunächst für Rechtseinheit gesorgt, mit der Zeit entwickelte sich im englischen Common Law aufgrund von Faktoren wie der Unabhängigkeit der Richter und der strikten Präjudizienbindung jedoch ein rigor juris, der zunehmend als unbefriedigend empfunden wurde. So wurde ein Mann trotz durch Zeugen belegter Begleichung einer Schuld nochmals zur Zahlung verurteilt, weil er es versäumt hatte, sich den Schuldschein herausgeben zu lassen:

„The lawyers had a maxim that they would tolerate a ‚mischief‘ (a failure of substantial justice in a particular case) rather than an ‚inconvenience‘ (a breach of legal principle). To a bishop who brought an unconscionable action, Bereford, C.J., declared ‚it is a dishonest thing for an honourable man to demand what his predecessor released‘; but the bishop’s claim nevertheless succeeded. ... Our common lawyers in fact were beginning to feel ... the delight of pushing a principle as far as it will go and even further, ...“³⁵

In ihrer Verzweiflung über als Rechtsverweigerung empfundene Zustände wendeten sich viele Bürger mit der Bitte um Hilfe im Einzelfall an den König. Wurden solche Petitionen traditionell mit der Bemerkung „May he sue at Common Law“ verworfen, so leitete der König ab dem 14. Jahrhundert aus seinem Amtseid, seinen Untertanen gegenüber jederzeit Gerechtigkeit zu üben, das Recht ab, in Fällen offensichtlichen Unrechts für Abhilfe zu sorgen. Die Petitionen waren bald so zahlreich, dass deren Bearbeitung im 15. Jahrhundert vom königlichen Rat und Parlament auf den Kanzler übertragen wurde. Mit seinen Angestellten entwickelte dieser über die Zeit eine gewisse Routine in der Bearbeitung ähnlicher Fälle. Bereits im 16. Jahrhundert entwickelten sich „working rules“, die später zu „Maxims of Equity“ verdichtet wurden. Ab 1660 wurde regelmäßig über „Chancery cases“ berichtet und mit der Veröffentlichung begründeter Urteile setzte sich auch die Präjudizienbindung durch, Equity entwickelte sich zu einem eigenständigen Rechtssystem, das zunächst in Konkurrenz und später zunehmend in Konkordanz zum Common Law funktionierte, bis es Mitte des 19. Jahrhunderts durch eine Reform der Gerichtsverfassung mit dem Common Law verschmolzen wurde und seither nur noch als Bezeichnung für bestimmte, in der Billigkeitsrechtsprechung entwickelte Rechtsgebiete wie „unjust enrichment“, „trusts“ oder „mortgages“ fortlebt. Einige der Equity-Maximen werden

³⁴ Zum folgenden *Plucknett*, *A Concise History of the Common Law*, 1956, S. 675-694; *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, 3rd ed. 1990, S. 112-134.

³⁵ *Plucknett*, *A Concise History of the Common Law*, 1956, S. 680

von Gerichten der Common Law Systeme noch heute in Bezug genommen, insbesondere die „clean hands“-Maxime wird gern zitiert:³⁶

“[S]he who comes into equity must come with clean hands.... [T]hus the doors of equity are closed to one tainted with inequity or bad faith relative to the matter in which [s]he seeks relief, however improper may have been the behavior of the other party.”³⁷

Weder die in der Unterscheidung von altem *ius civile* und neuem *ius honorarium* noch die zwischen englischem Common Law und Equity angelegte „Doppelung der Rechtsordnung“³⁸ hielt ewig. Henry Sumner Maine hält im Vergleich fest:

„It would be wearisome to enter on a detailed comparison or contrast of English and Roman Equity but it may be worth while to mention two features which they have in common. The first may be stated as follows. Each of them tended, and *all such systems tend, to exactly the same state in which the old common law was when Equity first interfered with it.* A time always comes at which the moral principles originally adopted have been carried out to all their legitimate consequences, and then the system founded on them becomes as rigid, as unexpansive, and as liable to fall behind moral progress as the sternest code of rules avowedly legal. Such an epoch was reached at Rome in the reign of Alexander Severus; after which, though the whole Roman world was undergoing a moral revolution, the Equity of Rome ceased to expand. The same point of legal history was attained in England under the chancellorship of Lord Eldon, the first of our equity judges who, instead of enlarging the jurisprudence of his court by indirect legislation, devoted himself through life to explaining and harmonising it. ... Equity has its place and its time; but I have pointed out that another instrumentality is ready to succeed it when its energies are spent. ...”³⁹

In beiden Fällen kam es zu einer grundlegenden Modernisierung des Rechts, die aufgrund von „Evolutionsblockaden“ zunächst als „Entwicklungshilfe“ außerhalb und in Konkurrenz zur tradierten Rechtsordnung erfolgte, deren Ergebnisse im weiteren Verlauf jedoch reintegriert wurden. Im Falle der römischen *Aequitas* bleibt unklar, ob diese Entwicklung von vorneherein im Recht, also durch Etablierung einer Parallelrechtsordnung erfolgte. Dafür spricht die prospektive Veröffentlichung der prätorischen Edikte am Beginn einer jeden Amtszeit, die eine gewisse Nähe zur modernen Gesetzgebung herstellt. Da das römische Recht zur fraglichen Zeit wohl noch nicht zu einem autopoietischen System ausdifferenziert war, muss die Frage nach dem Innen und Außen hier offen bleiben. Mit dem Bezug auf Billigkeit war allerdings im Vergleich zum *ius civile* in jedem Falle eine Phase der Entdifferenzierung des Rechts verbunden. Die englische Equity startet demgegenüber ganz eindeutig außerhalb des Rechtssystems, im 14. und 15. Jahrhundert ist sie allein auf Abhilfe im Einzelfall gerichtet und vermeidet schon im Ansatz jede Generalisierung oder gar Öffentlichkeit. Am Beispiel der englischen Equity erhellt, dass ein erfolgreiches System der Billigkeitsrechtsprechung sich einer Verrechtlichung aber auf Dauer gar

³⁶ Zu deren Ursprung im 18. Jahrhundert, wo im Fall des „Highwayman“ ein Straßenräuber von einem anderen Teilung der Beute verlangte, vgl. Long, *Maxims of Equity II*, November 2004: <http://www.willamette.edu/~blong/MoreWords/MaximsII.html>.

³⁷ *United States v. Perez-Torres*, 15 F.3d 403, 407 (5th Cir.1994)

³⁸ *Fögen*, a.a.O., S. 87 in Fußnote 24.

³⁹ *Maine*, *Ancient Law*, 1861, Kapitel 3: *Law of Nature and Equity*: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/maine/anclaw/chap03>.

nicht entziehen kann. Denn Gerechtigkeit kann eben nur im Einzelfall Einzelfallgerechtigkeit sein. Je mehr Fälle hingegen entschieden werden, desto dringlicher stellt sich die Frage nach der formalen Gerechtigkeit durch Gleichbehandlung gleicher und Ungleichbehandlung ungleicher Fälle. Zunächst gerichtsintern entstehende Arbeitsregeln drängen nach gewisser Zeit schon zwecks Verhinderung einer Verstopfung des Rechtsweges mit aussichtslosen Fällen auf Veröffentlichung.

Dass alternative Streitschlichtungssysteme in ihren Anfängen häufig eher bescheiden als „Nicht-Recht“ antreten, ergibt sich schließlich aus der Einsicht, dass der Gedanke eines Pluralismus oder gar eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen im Kontext der universalen Idee des Rechts eher befremdlich, ja komisch wirkt: „*Plaisante justice qu'une rivière borne. Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà.*“⁴⁰ Die Doppelung einer Rechtsordnung trifft folglich auf weniger Widerstand, wenn die Intention einer Durchbrechung von Evolutionsblockaden im tradierten Recht gar nicht vorhanden oder jedenfalls auf den ersten Blick nicht erkennbar ist. Die Praxis der Könige, Petitionen auch in den traditionell den Common Law Courts zugeordneten Zivilsachen entgegen zu nehmen, führte in England in einen Verfassungskonflikt, der mit dem Verweis auf den Amtseid des Königs sowie die Beschränkung auf Billigkeit im Einzelfall nur mühsam unter Kontrolle gehalten wurde. 1616 kam es zum offenen Konflikt zwischen dem Chief Justice der King's Bench Sir Edward Coke und dem Kanzler Lord Ellesmere, der mit seinem Nachfolger Francis Bacon König James I. überzeugte, die Kompetenz der Chancery Jurisdiction zur Wiederaufnahme von vor den Common Law Courts abgeschlossenen Verfahren zu billigen.⁴¹ Man stelle sich vor, im Bundespräsidialamt würde man aus dem Begnadigungsrecht eine Kompetenz zum Erlass von Verwaltungsakten ableiten, die auf eine Nichtbeachtung rechtskräftiger Urteile in Zivilsachen hinaus liefen. Um solche Kompetenzkonflikte schon im Ansatz zu umgehen, treten die modernen ADR-Initiativen der Wirtschaftsverbände unter der Fahne der Billigkeit im Einzelfall an und meiden die Veröffentlichung von Entscheidungen.⁴²

Entscheidungen nach Billigkeit haben im Hinblick auf die Erleichterung und Beschleunigung von Rechtsevolution eine doppelte Funktion. Durch die Flexibilität des Bezugs auf Generalklauseln wie Treu und Glauben wird die Abweichung von tradierten Regeln und Prinzipien einerseits überhaupt erst ermöglicht, aufgrund des Einzelfallbezugs werden die prinzipiell unabsehbaren Folgen von Rechtsinnovationen für das Gesamtsystem andererseits erträglich gemacht, weil sich Billigkeit gegen jede Generalisierung sperrt. Die „ratio decidendi“ von Billigkeitsentscheidungen bleibt denkbar diffus, sich andeutende neue Rechtsprinzipien können so in einem „trial and error“-Verfahren getestet werden. Auch innerhalb einer etablierten

⁴⁰ *Pascal*, Pensées, 1660, in: *Pascal*, Oeuvres complètes, Présentation et notes de Louis Lafuma, Paris 1963, S. 507; inklusive der wenig gelungenen deutschen Übersetzung „Späßhafte Gerechtigkeit, die ein Fluss begrenzt! Diesseits der Pyrenäen Wahrheit, jenseits Irrtum“ erhältlich im Internet unter: <http://www.payer.de/dharmashastra/dharmash01a.htm>.

⁴¹ *Baker*, An Introduction to English Legal History, S. 125 f.

⁴² Ausführlich zu den modernen Formen der ADR in Verbrauchersachen in Europa und den USA *Calliess* (Fn. 9) Kap. 7 II.

Rechtsordnung kann Billigkeit eine Rolle als Katalysator der Rechtsevolution spielen. Dies war insbesondere im 20. Jahrhundert bei der durch Abkehr vom juristischen Formalismus gekennzeichneten Modernisierung des BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des frühen Bundesgerichtshofs der Fall („Flucht in die Generalklauseln“).⁴³ Festzuhalten bleibt jedoch, dass es darüber hinaus im Falle unüberwindbarer endogener Evolutionsblockaden in einer etablierten Rechtsordnung einen weiteren, durch zeitweise Entdifferenzierung gekennzeichneten Modus der Rechtsevolution gibt, der in den Phasen *Leistungswettbewerb* (ADR), *Funktionswettbewerb* (Parallelrechtsordnung), *Modernisierung* (Reintegration) verläuft. Entscheidende Faktoren für die Auslösung dieses Modus der Rechtsevolution sind ein eklatanter Mangel an effektivem Rechtsschutz sowie an Billigkeit im etablierten Rechtssystem.

III. Rechtsevolution in der Globalisierung

Können diese Einsichten zu den Modi der Rechtsevolution nun etwas zur Beantwortung der Ausgangsfrage nach der Entstehung eines Weltrechts beitragen? Sie können, weil sie den Blick auf die Entwicklung einer „globalen Zivilrechtsgesellschaft“ frei geben, die von der traditionellen Rechtsdogmatik unter den Scheuklappen des rechtsphilosophischen Etatismus nicht wahrgenommen werden kann.⁴⁴ Fraglos handelt es sich bei der Entwicklung des demokratischen Verfassungsstaats um einen der Entdeckung des Konsensualvertrags vergleichbaren evolutionären Sprung ohne gleichen. Vielleicht gerade aufgrund dieses Erfolges hat sich die Theorie vom „Recht=Staat“ im Rahmen der Globalisierung aber zu einer Evolutionsblockade entwickelt. „Der parlamentszentrierte Ansatz ist im ... Rahmen der Internationalisierung ... allenfalls beschränkt tauglich, da kein Weltstaat mit Weltparlament in Aussicht steht.“⁴⁵ Im Zusammenhang mit der Frage nach einem Weltrecht handelt es sich dabei um eine nicht ganz neue Einsicht:

„In the history of law, it is always essential to keep in mind the fact that legislatures are of very recent appearance in modern Europe. ... The powerful bodies from which many of the legislatures are descended, assemblies of great men advising and controlling kings, were not true legislatures themselves. ... *In truth*, far the most influential cause of the extension of particular laws and of particular systems of law over new areas was the *approval of them by literate classes, by clergymen and lawyers, and the acquiescence of the rest of the community in the opinions of these classes*. When then we are asked by what legislative authority International Law came to be adopted so as to make it binding on particular communities, we should rejoin that the same ques-

⁴³ Kritisch *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933; im frühen Rückblick *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 514-532; aus heutiger Sicht *Schmidt*, in: Staudinger, BGB, 13. Auflage, Kommentierung zu § 242.

⁴⁴ Vgl. *Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003) 1 ff.; *Vesting*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), 41 ff.; *Calliess* (Fn. 9) Kap. 5 m.w.N.

⁴⁵ *Kokott*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 2003, 7 ff., 33.

tion must first be put respecting the extension of Roman law and of every other system of law which, before the era of legislatures, gave proof of possessing the same *power of self-propagation*.⁴⁶

Ihre aktuelle Durchschlagskraft erhält sie freilich erst im Kontext der Globalisierung. Denn das von Henry Sumner Maine umschriebene „Weltjuristenrecht“ kann ohne ein gesellschaftliches Substrat nicht funktionieren. Alle Versuche, ein Weltrecht aus purer Vernunft zu konstruieren, dürfen als gescheitert betrachtet werden. Der aktuelle Evolutionsdruck in Richtung auf ein Weltrecht ergibt sich allein aus der Globalisierung der Gesellschaft und der damit verbundenen Änderung ihrer Rechtsbedürfnisse. Überall dort, wo sich in der funktional differenzierten Weltgesellschaft Konfliktlagen ergeben, die aufgrund ihrer grenzüberschreitenden Bezüge im Rahmen der etablierten Rechtssysteme nicht angemessen bearbeitbar sind, ergibt sich ein regulatorischer Problemdruck, der durch die Etablierung von funktional auf die Lösung spezifischer Problemlagen spezialisierter *Regimes* beantwortet wird.⁴⁷

Das Versagen der etablierten Rechtssysteme kann an dieser Stelle nur in Stichworten umrissen werden. Wer Konflikte mit grenzüberschreitenden Bezügen durch Inanspruchnahme des territorial gegliederten Weltrechtssystems lösen will, wird mit einem unvergleichlich schlechten Konfliktlösungsangebot konfrontiert, welches in vielen Fällen auf eine Rechtsverweigerung hinausläuft. Kaum vorhersehbar ist, welche nationalen Gerichte sich für zuständig erklären, welches Recht angewendet und wo ein Urteil vollstreckbar sein wird. Doppelzuständigkeiten führen zu „forum shopping“ und „forum running“, Günstigkeitsprinzip, Vorrang international zwingenden Rechts und *ordre public* führen zur Anwendung widersprüchlicher Normen und zu sich im Ergebnis widersprechenden Urteilen. Kurzum: Rechtsschutz ist teuer und langwierig, die Ergebnisse sind unvorhersehbar und häufig unbillig oder ineffektiv. Dem juristischen Laien drängt sich folgender Eindruck auf: „Das IPR ist die Ursache von Problemen, für deren Lösung es sich hält.“⁴⁸ Und dieses Urteil wäre auf das gesamte Kollisionsrecht unter Einschluss des öffentlichen Rechts auszudehnen.⁴⁹

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsevolution sind nun zwei Auswege denkbar. Zum einen die Etablierung einer hoch effizienten Weltgesetzgebung. Ein nach dem

⁴⁶ *Maine*, International Law, A Series of Lectures delivered before the University of Cambridge, 1887, 2nd ed., London 1915, Lecture I: Its Origin and Sources: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/econ/int01.htm>.

⁴⁷ Dazu *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, 25 Michigan J. Int. L (2004) 999; ausführlich *dies.* (Fn. 6); im Überblick auch *Rogowski*, Aufbruch in das Weltrecht. Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft, IABLIS Jahrbuch für europäische Prozesse 2004: www.iablis.com; vgl. auch *Zumbansen*, Transnational Law, in: Smits (ed.), Encyclopedia of Comparative Law, 2005 (i.E.), zur Emergenz eines transnationalen humanitären Völkerrechts, Gesellschaftsrechts, Handelsrechts, etc.

⁴⁸ *Schmidtchen*, Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 9.

⁴⁹ Detaillierte Analysen sind nur für Teilgebiete möglich, siehe z.B. *Calliess* (Fn. 9) Kap. 2 und 3; vgl. auch schon *Joerges*, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, 1971; *Wiethölter*, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Festschrift für Gerhard Kegel, 1977, S. 213 ff.

Mehrheitsprinzip entscheidendes Weltparlament gibt es nicht, es wäre als demokratisch gewähltes für die eine Hälfte der autokratischen Staaten, als Regierungsvertreterversammlung für die andere Hälfte der demokratischen Staaten inakzeptabel. Die Mühlen der völkervertragsrechtlichen Rechtsetzung mahlen hingegen viel zu langsam, um dem Problemdruck auf globaler Ebene gerecht zu werden. Die andere Lösung bestünde in der Etablierung einer ordentlichen Weltgerichtsbarkeit, die außerhalb der nationalstaatlichen Rechtssysteme schlicht effektiven Rechtsschutz unter Billigkeitsgesichtspunkten gewährt, und dabei von einer rechtsvergleichend angelegten neuen Weltbegriffsjurisprudenz unterstützt würde. Auch diese Idee ist keineswegs neu,⁵⁰ zur damit verbundenen Preisgabe ihrer Souveränität sind die Nationalstaaten allerdings selbst auf dem Gebiet des Vertragsrechts kaum bereit und vielleicht auch nicht befugt.⁵¹

Ein Schritt in diese Richtung wird mit der Figur des Common Core vollzogen, wenn auf der Grundlage einer funktionalen Rechtsvergleichung aus der Menge aller nationalen Rechtssysteme ein gemeinsamer Kern allgemeiner Rechtsprinzipien herausgearbeitet wird, wobei nicht einfach inkompatible Gesetzestexte gegenüber gestellt werden, sondern die funktionale Äquivalenz richterrechtlicher Lösungen für konkrete, den westlichen Zivilisationen gemeinsame Problemlagen in den Vordergrund gestellt wird.⁵² Dieser Ansatz, der an das prä-westfälisch humanistische Verständnis des *ius gentium* als Recht, welches allen Völkern gemeinsam ist, sowie an die gemeineuropäische Tradition des auf einer *communis opinio doctorum* fußenden *ius commune* anknüpft, erlangte im Rahmen der Europäisierung des Privatrechts (Lando-Principles) sowie der Denationalisierung der Streitentscheidung (UNIDROIT Principles) neue Bedeutung. Das Konzept der „general principles of law recognized by civilized nations“ als Quelle des Völkerrechts hatte zuvor bereits Eingang in Art. 38 des Statuts des IGH erhalten und erlangte in der Form der den Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätze (Art. 288 Abs. 2 EG) bzw. Verfassungsüberlieferungen (Art. 6 Abs. 2 EU) auch bei der Fortentwicklung des Europarechts Bedeutung.⁵³

⁵⁰ Zur Idee der Schaffung eines „droit commun de l’humanité“ durch Rechtsvergleichung vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 2 f.; Auch die Internationale Vereinigung für Rechtsphilosophie sollte sich der Herausarbeitung „allgemeiner Rechtsprinzipien“ widmen, vgl. *Kohler/Berolzheimer* im Vorwort zum ersten Heft des Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (heute: ARSP) von 1907.

⁵¹ Zur Frage, ob Vertragsparteien im Rahmen der Reform des EVÜ die Wahl nicht-staatlichen Rechts erlaubt werden sollte, ablehnend *Mankowski*, Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht, in: *Leible* (Hrsg.), Das Grünbuch zum internationalen Vertragsrecht, 2004, S. 63 ff.

⁵² Siehe schon *Lorenz*, Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, *JZ* 1962, 269 ff.; *Schlesinger*, Introduction, in: ders. (Hrsg.), *Formation of Contracts – A Study of the Common Core of Legal Systems*, 1968, Vol. I., S. 1-65; *Bussani/Mattei*, *The Common Core Approach to European Private Law*, 3 *Columbia Journal of European Law* (1997), 339 ff.

⁵³ Zu UNIDROIT- und Lando-Principles *Berger*, Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, *JZ* 1999, 369 ff.; zum Völkerrecht *Seidl-Hohenveldern/Stein*, *Völkerrecht*, 10. Aufl. 2000, S. 38 ff.; zum Europarecht *Kingreen*, in: *C.Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 6 EUV R. 20 ff. m.w.N.

Die Anwendung von privat kodifiziertem Einheitsrecht erfolgt aber – wenn überhaupt – nur außerhalb des staatlichen Gerichtssystems, zum Beispiel als *Lex Mercatoria* in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit.⁵⁴ Mit der „globalen Bukowina“ hat Gunther Teubner den Grundstein für ein Forschungsprogramm gelegt, welches nach den Möglichkeiten eines globalen Rechts ohne Weltstaat fragt.⁵⁵ Die Antwort sucht Teubner dabei in einer systemtheoretischen Reformulierung des Rechtspluralismus nach Eugen Ehrlich. Die von letzterem beschriebenen Phänomene gesellschaftlicher Nebenrechtsordnungen wurden im Verlauf des 19. und 20. Jahrhunderts weitgehend vom demokratischen Nationalstaat domestiziert. Dagegen lebt der von Teubner beschriebene funktionale Rechtspluralismus von Ungleichzeitigkeiten im Prozess der Globalisierung. Während die funktional ausdifferenzierten Systeme Recht und Politik weitgehend in nationaler Perspektive verharren, sperren sich neben der Wirtschaft auch andere funktionale Teilsysteme der Gesellschaft wie etwa die Wissenschaft, der Sport, die Kunst, etc. zunehmend gegen eine segmentäre Zweitudifferenzierung anhand territorialer Grenzen. *Ubi societas, ibi ius*: wo den transnational organisierten Kommunikationssystemen kein Weltstaat gegenüber steht, lebt der gesellschaftliche Rechtspluralismus wieder auf. Das auf globaler Ebene entstehende Bedürfnis nach Recht und Ordnung wird durch private Ordnungsleistungen und gesellschaftliche Selbstorganisation befriedigt. Insbesondere die *Lex Mercatoria* der internationalen Kaufmannschaft dient dabei als Beispiel für ein Privatregime, welches aufgrund der Nutzung des Rechtscodes eine autonome, nicht-staatliche Rechtsordnung mit globalem Geltungsanspruch hervorbringt, die auf einer nicht politisch mediatisierten, unmittelbaren strukturellen Kopplung von Wirtschaft und Recht beruht.⁵⁶

Die Systemtheorie kann bei der Analyse von Privatregimes an die reichhaltigen Analysen der ökonomischen Institutionentheorie zum *Private Ordering* anknüpfen.⁵⁷ Sie zielt aber auf eine Erweiterung des Untersuchungsgegenstandes über den engen Fokus auf die Lösung ökonomischer Regulierungsprobleme in einer transnationalen Wirtschaftsverfassung hinaus. Dabei hilft zunächst ein Blick auf die politikwissenschaftliche Theorie der internationalen Beziehungen. Denn dort werden seit geraumer Zeit so genannte „internationale Regimes“ untersucht, die sich einerseits aufgrund der Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure (*proliferation of actors*)⁵⁸ sowie

⁵⁴ Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999; Grundmann, *General Principles of Private Law and Ius Commune Modernum as Applicable Law?*, *Liber Amicorum Buxbaum* 2000, 213 ff.

⁵⁵ Teubner (Fn. 2); ders. (ed.), *Global Law Without a State*, 1997.

⁵⁶ Dazu im Anschluss an Teubner *Kleidat*, *Die Lex Mercatoria in juristischer und soziologischer Perspektive: Entscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht*, Seminararbeit Bielefeld 2000: <http://www.lrz-muenchen.de/~wlm/Kleidat.pdf>; Albert (Fn. 2); Lieckweg (Fn. 1); Calliess (Fn. 15).

⁵⁷ Ein hervorragender Überblick bei Aviram, *A Network Effects Analysis of Private Ordering*, Working Paper 2003: <http://ideas.repec.org/p/cdl/oplwec/1079.html>; ders., *A Paradox of Spontaneous Formation: The Evolution of Private Legal Systems*, 22 *Yale Law & Policy Review* (2004) 1-68 m.w.N.; ausführlich zu den Parallelen Calliess (Fn. 9) Kap. 5 I.

⁵⁸ Slaughter, *Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System*, in: DeZalay/Garth (eds.), *Global Prescriptions*, 2002, 12 ff.

einer zunehmenden Verrechtlichung (proliferation of tribunals)⁵⁹ von den Nationalstaaten verselbständigen, sich andererseits aber aufgrund ihrer streng funktionalen Spezialisierung auf die Regulierung konkreter Problemlagen (issue-specificity)⁶⁰ sowie ihrer fehlenden Einordnung in eine supranationale Normhierarchie (self-containedness)⁶¹ nicht als Organe eines (entstehenden) Weltstaates interpretieren lassen.⁶² Neben den traditionellen Kopplungen zwischen Recht und Politik (international Regimes) oder Wirtschaft (Privatregimes) entstehen auf globaler Ebene aber auch Kopplungen zu anderen funktionalen Teilssystemen wie Kunst, Wissenschaft oder Sport, die sich in autonomen gesellschaftlichen Rechtsregimes wie dem transnationalen Sportstrafrecht (lex sportiva)⁶³ niederschlagen. Mit dem Begriff *Zivilverfassung* ist in diesem Zusammenhang eine Generalisierung der im Nationalstaat etablierten Form der strukturellen Kopplung von Recht und Politik (politische Verfassung) und deren Respezifikation für die Kopplung von Recht und anderen gesellschaftlichen Funktionssystemen über Wirtschafts-, Wissenschafts-, Kunst- und andere Verfassungen außerhalb des politischen Systems gemeint.⁶⁴

Nimmt man die Emergenz öffentlicher, privater sowie hybrider, im Wege der Co-Regulierung zwischen Staaten, Wirtschaft und globaler Zivilgesellschaft geschaffener Regimes wie der ICANN UDRP, eines transnationalen Verbrauchervertragsrechts für den globalen E-Commerce oder eines transnationalen Gesellschaftsrechts zusammen,⁶⁵ so ergibt sich auf globaler Ebene ein Rechtspluralismus, der zu einer nicht auflösbaren Fragmentierung des Weltrechts führt. Im System funktionaler, sich überlappender Jurisdiktionen entstehende Regime-Konflikte, etwa zwischen WTO-Regime und Umweltregimes, Lex Mercatoria und Kartellrecht, etc. lassen sich allenfalls durch Phänomene der Vernetzung als Kompatibilisierung von Widersprüchen bearbeiten (co-opetition), nicht aber nach dem Vorbild einer kelsenschen Grundnorm hierarchisch wegdefinieren. Heterarchie als Organisationsprinzip des

⁵⁹ Goldstein/Kahler/Keohane/Slaughter, Legalization and World Politics, 54 International Organization (2000), 385 ff.; Zürn/Zangl (Hrsg.), Verrechtlichung - Baustein für Global Governance?, 2004.

⁶⁰ Leebron, Linkages, 96 Amer. J. Int'l L. (2002) 5, der unter einem Regime "the international institutions and formal agreements (treaties) that govern an issue area" (S. 10) versteht: "An issue area can be as narrow as the international shipment of hazardous substances or as broad as protection of the environment. The chief characteristic of such areas is the substantive relationship of the issues encompassed within them." (S. 7).

⁶¹ Simma, Self-Contained Regimes, 16 NYIL (1985) 111 ff.; Koskeniemi, The Function and Scope of the lex specialis rule and the question of 'self-contained regimes', Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law, 2003: http://www.un.org/law/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf.

⁶² Fischer-Lescano/Teubner (Fn. 6) Kap. II.

⁶³ Nafziger, Lex Sportiva, The International Sports Law Journal 2004, 3 ff.

⁶⁴ Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003) 1 ff.

⁶⁵ Vgl. Calliess (Fn. 9) Kap. 6 und 7 m.w.N.; zum Gesellschaftsrecht Zumbansen, Innovation und Pfadabhängigkeit, 2005 (i.E.).

Weltrechts entspricht dabei der Fragmentierung einer funktional ausdifferenzierten Weltgesellschaft in unterschiedliche Rationalitätssphären.⁶⁶

IV. Globale Zivilregimes

Festzuhalten ist, dass in der Weltgesellschaft die Entstehung von globalen *Regimes* beobachtet werden kann, die sich nicht unter territorialen, sondern unter funktionalen Gesichtspunkten auf die Lösung spezifischer grenzüberschreitender Problemlagen spezialisieren. Solche Regimes konkurrieren mit den etablierten nationalen Rechtssystemen zunächst im Bereich der Leistungserbringung, *transnationale Privatregimes* sind mit den Merkmalen effektiver Rechtsschutz und Billigkeit auf effiziente Konfliktlösung gerichtet, aber auch *internationale (öffentliche) Regimes* sind weniger auf dem klassisch staatlichen Gebiet der Verhaltenssteuerung, sondern – wie etwa die WTO mit ihren Panels und dem Appellate Body – insbesondere im Bereich der Konfliktlösung erfolgreich. An der Konstitution dieser Regimes sind unterschiedlichste Akteure beteiligt, neben Staaten und staatlichen internationalen Organisationen auch international tätige Nichtregierungsorganisationen wie Wirtschafts- und Interessenverbände sowie am Allgemeinwohl orientierte Vereinigungen und Protestbewegungen.

Im Hinblick auf den hybriden Charakter solcher Regimes, die im Zusammenwirken verschiedenster Akteure am gemeinwohlorientierten Ziel der Herstellung von Ordnung auf globaler Ebene (Global Governance) mitwirken, kann man diese auch als *globale Zivilregimes* bezeichnen. Damit ist freilich keine inhaltliche Beschränkung auf Fragen, die im materiellen Recht der Nationalstaaten dem Privatrecht zugeordnet sind, verbunden. Die schon im Nationalstaat weitgehend überholte inhaltliche Abgrenzung zwischen öffentlichem und Privatrecht wird auf globaler Ebene vollends obsolet. Der Begriff „zivil“ verweist hier vielmehr auf die fehlende Verankerung globaler Regimes in einem Weltstaat mit Gewaltmonopol und auf ihre Gründung und Abstützung in einer globalen Zivilgesellschaft, in welcher sich staatliche, wirtschaftliche und sonstige gesellschaftliche Organisationen in nicht hierarchisch strukturierten Verhältnissen vernetzen, um an der Produktion von Gemeinwohl mitzuwirken.⁶⁷

Solche Regimes etablieren sich als *Rechtsregimes*, wenn sie über die Konfliktlösung oder Verhaltenssteuerung hinaus auch zur Herstellung von Rechtssicherheit in der Weltgesellschaft beitragen und sich damit auch funktional als Teilsystem des Weltrechtssystems etablieren. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Regime über ein Verfahren zur unparteilichen Streitschlichtung verfügt und die ergangenen Entscheidungen veröffentlicht werden. Die Emergenz solcher Rechtsregimes führt

⁶⁶ Mit zahlreichen Beispielen (Transnationales Copyright, Patentschutz auf Medikamente/ Lex Constrictionis/ Transnationales Strafrecht/ Lex Financiaris/ Cybercrime) *Fischer-Lescano/Teubner* (Fn. 6); zum Konflikt zwischen Handel und Umwelt aus systemtheoretischer Sicht auch *Perez, Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*, 2004.

⁶⁷ Zur globalen Zivil(rechts)gesellschaft ausführlich *Calliess* (Fn. 9) Kap. 5 IV.

dazu, dass die territoriale Differenzierung des Weltrechtssystems durch eine funktionale Differenzierung ergänzt und überlagert wird, ohne dass es hierdurch zu einem auf der Normebene kohärenten und hierarchisch strukturierten Weltrecht käme. Die Kollision verschiedener territorialer Rechtsordnungen wird für grenzüberschreitende Sachverhalte vielmehr durch die Kollision funktionaler Rechtsregimes ersetzt. Eine Reintegration durch Hierarchisierung des Weltrechtssystems ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten und wäre als „Weltrecht vom grünen Tisch“ auch gar nicht erstrebenswert. Denn im beschriebenen System des transnationalen Rechtspluralismus liegt die große Chance, das entstehende Weltrecht sehr eng an den tatsächlichen Rechtsbedürfnissen der Gesellschaft auszurichten. Ein sowohl auf der Ebene der Normbegründung (rough consensus) als auch im Bereich des Normvollzugs (running code) auf breiten gesellschaftlichen Konsens angewiesenes Weltrecht ohne Monopolanspruch erscheint gegenüber der formalfiktiven Legitimation durch einen Weltstaat als vorzugswürdig. Treffen die hier ausgearbeiteten Thesen zu, so befinden sich viele der globalen Zivilregimes ohnehin erst in der Phase des Leistungswettbewerbs, allenfalls im Übergang zum Funktionswettbewerb. Über eine potentielle Phase der Reintegration, die im Falle der römischen Aequitas und der englischen Equity jeweils mehrere Jahrhunderte in Anspruch nahm, dürfte sich derzeit jede Spekulation verbieten. In der aktuellen Situation erweisen sich Billigkeit und effektiver Rechtsschutz aber als entscheidende Faktoren auf dem Weg zur Etablierung einer globalen Herrschaft des Rechts.