

Graf-Peter Calliess

Zivilrechtsgesellschaft

Wege zu einer globalen „Herrschaft des Rechts“*

I. Weltwirtschaftsverfassung: staatliche und private Ordnung	9
1. Wirtschaftsverfassung und staatliches Privatrecht.....	9
2. Transaktionsrecht und Private Ordnung.....	14
3. Weltwirtschaftsverfassung als Ordnung des Regulierungswettbewerbs	19
II. Weltpolitik: Konstitutionalisierung von Global Governance	23
III. Transnationales Recht	30
1. Die klassische Begriffsdichotomie: Nationales und Internationales Recht	30
2. Europarecht als supranationales Recht.....	31
3. Der neue Transnationalismus: einige Bedeutungskontexte	31
a) Der funktionalistische Ansatz: Norm vs. Sachverhalt	32
b) Der kulturkritische Ansatz: Multilateralismus vs. Unilateralismus	33
c) Der post-etatistische Ansatz: staatliches vs. selbst geschaffenes Recht.....	34
4. Das Tetralemma des globalen Rechts	36
Tabelle 3: Das Tetralemma des globalen Rechts.....	36
IV. Die globale Zivilrechtsgesellschaft.....	37
1. Zivilautonomie: jenseits von Volks- vs. Konsumentensouveränität	38
2. Zivilverfassung: jenseits von Bürgerrechte vs. Bürgerliches Recht	42
3. Zivile Praxis: jenseits von Gemeinwohl vs. Eigennutz.....	47
4. Zivilgesellschaft jenseits des Nationalstaats	50
a) Handlungsformen und Akteure der globalen Zivilgesellschaft	51
b) Innovation und Legitimation: Internetgovernance als Blaupause	53
aa) Rough Consensus and Running Code	54
bb) Reflexive Ratings und deliberative Demokratie	56
cc) Global Creative Commons: Open Source and General Public License	57
V. Eine pluralistische (Welt-) Herrschaft der Rechte.....	58

* Frankfurt/Main, August 2004: www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Mitarb/GC.html;
erscheint in überarbeiteter Form in: *Calliess, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge*, 2005 (i.E.),
Kapitel 5.

„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 noch 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 Absichtsbe-kundungen internationaler Organisationen, die eine aufs Papier beschränkte Existenz führen.“¹

Mit Begriffen wie „Weltrecht“² oder „Globales Recht“³ hat eine Rechts- und Staatswissenschaft, die schon das Wort Globalisierung nur in Anführungszeichen oder mit dem Zusatz sog. verwendet,⁴ grundlegende Schwierigkeiten, welche in der begrifflichen Verschmelzung von Recht und Staat in der Philosophie der Neuzeit wurzeln.⁵ Zwar hatte *Kant* neben das Staatsbürgerrecht der Menschen in einem Volke (*ius civitatis*) und das Völkerrecht der Staaten in Verhältnis gegen einander (*ius gentium*) ein Weltbürgerrecht, so fern Menschen und Staaten als Bürger eines allgemeinen Menschenstaats anzusehen sind (*ius cosmopolitanum*), gestellt.⁶ Und Savigny begründete den international privatrechtlichen Grundsatz der freundlichen Zulassung ursprünglich fremder Gesetze unter die Quellen, aus welchen die heimi-schen Gerichte die Beurteilung der Rechtsverhältnisse zu schöpfen haben (*Comitas*) vom Standpunkt „einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der miteinander verkehren-den Nationen“ her, der „unter dem Einfluß theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht“ allge-meine Anerkennung gefunden habe.⁷

¹ *Luhmann*, Ethik in den internationalen Beziehungen, Soziale Welt 1999, 247, 250; dieser Leitfrage ist die Arbeit von *Lieckweg*, Das Recht der Weltgesellschaft. Systemtheoretische Perspek-tiven auf die Globalisierung des Rechts am Beispiel der Lex Mercatoria, 2003, unterstellt; vgl. schon *Teubner*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, RJ 1996, 255 ff.; sowie *Albert*, Zur Politik der Weltgesellschaft, 2002; *Kleidat*, Die Lex Mercatoria in juristischer und soziologischer Perspektive: Entscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht, 2001; *Calliess*, Reflexive Transnational Law, ZfRSoz 2002, 185 ff., jeweils m.w.N.

² Vgl. *Zitelmann*, Die Möglichkeiten eines Weltrechts, Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung, 1888, 193 ff.; neuerdings wieder *Berman*, The Role of International Law in the Twenty-First Century: World Law, 18 Fordham Int. Law J. (1995) 1617; *Delbrück*, Prospects for a “World (Internal) Law?”: Legal Developments in a Changing International System, 9 Ind. J. Global Legal Stud. (2002) 401.

³ *Teubner* (ed.), Global Law Without a State, 1997

⁴ Vgl. etwa *Behrens*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die „Globalisierung“ der Wirt-schaft, in: Basedow (Hrsg.), 75 Jahre MPI Privatrecht, 2001, S. 381 ff.; *C.Calliess*, Subsidiaritäts-prinzip und Solidaritätsprinzip als rechtliches Regulativ der Globalisierung – dargestellt am Beispiel von EU und WTO, in: Rechtstheorie Beiheft 20, Berlin 2002, S. 371 ff., 374: „sog. Globalisierung“.

⁵ Vgl. dazu die Berichte von *Kokott* und *Vesting*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), 7 ff. m.w.N.

⁶ *Kant*, Zum ewigen Frieden, 1795, S. 19 in FN*.

⁷ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII (1849) S. 27 f. Dort findet sich noch folgende Formulierung des heute in Art. 2 EVÜ positivierten Grundgedankens der Allseitigkeit

Der in diesen Formulierungen noch rudimentär aufleuchtende Völkerrechtsbegriff des rechtswissenschaftlichen Humanismus, der in der Tradition der Digesten unter *ius gentium* jene universellen Rechtsvorschriften verstand, die *allen Menschen gemeinsam sind und deshalb bei (fast) allen Völkern gelten*, war aber bereits durch den absolutistischen Begriff des „internationalen Rechts“ abgelöst, demzufolge die Nationalstaaten souverän, also weder nach innen noch nach außen durch übergeordnetes, universelles Naturrecht gebunden sind und sich allenfalls im Wege der zwischenstaatlichen Vereinbarung selbst binden können (Westfälisches System).⁸ Ungeachtet der bei Kant vernunftrechtlich begründeten und später im Rechtsbegriff der historischen Schule zum Ausdruck kommenden Gegenteilenden zum juristischen Gesetzespositivismus hat sich der bereits bei Bodin und Hobbes angelegte „rechtsphilosophische Etatismus“ im Verlauf des 19. und 20. Jahrhunderts bis hin zu Kelsens These von der Identität von Staat und Recht allgemein durchgesetzt.⁹ Das universale Prinzip der „Herrschaft des Rechts“ (*a rule of law, and not of men*) erscheint in dieser Perspektive nur mehr als „Recht=Staat“ fassbar,¹⁰ während die Idee einer gleichberechtigten Rechtsgemeinschaft aller Menschen, i.e. einer globalen Zivilrechtsgesellschaft, unverständlich wurde, weil im streng binären System des

des Kollisionsrechts: „Auf diesem Wege kommen wir dahin, die Collision der Territorialrechte unabhängiger Staaten ... wesentlich nach denselben Grundsätzen zu behandeln, welche für die Collision verschiedener Particularrechte desselben Staates gelten ...“. Aus dieser Gleichstellung folgt, dass der Privatrechtler Savigny unter *völkerrechtlicher Gemeinschaft* mehr als eine bloß im Belieben der Staaten stehende *völkervertragsrechtliche* Verpflichtung verstanden hat. Bei Savigny ist das IPR international nicht nur im Gemüt, sondern auch im Geblüt: die *Comitas* darf „nicht gedacht werden als Ausfluß bloßer Großmuth oder Willkür“ (a.a.O., S. 28). Vgl. zur erst später folgenden Auseinandersetzung zwischen nationalistischer (positivistischer, autonomistischer) und internationalistischer (universalistischer, aprioristischer) Schule im IPR Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, 1981, 109 ff., 121.

⁸ Vgl. Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2001, §§ 20 ff. zur Aufklärung, insbes. S. 100 zur „Eliminierung des alten *ius gentium*“, §§ 45 ff. zur historischen Schule. Den Begriff „Humanismus“ verwendet Schröder für die Phase von 1500-1650 (a.a.O. Teil 1). Speziell zum Völkerrechtsbegriff vgl. auch *ders.*, Die Entstehung des modernen Völkerrechtsbegriffs im Naturrecht der frühen Neuzeit, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2000, S. 47 ff.; in der angloamerikanischen Literatur wird diese Entwicklung symbolisch am Begriff „Westphalian System“ festgemacht: vgl. nur *Krasner*, *Westphalia and All That*, in: Goldstein/Keohane (eds.), *Ideas and Foreign Policy*, 1993, 235 ff.; aus europäischer Sicht *Ziegler*, Die Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648 für das europäische Völkerrecht, AVR 1999, 129 ff.

⁹ Vgl. dazu Kähler, Abschied vom rechtsphilosophischen Etatismus. Besteht ein notwendiger Zusammenhang von Recht und Staat?, in Calliess/Mahlmann (Hrsg.), *Der Staat der Zukunft*, ARSP Beiheft Nr. 83, 2002, S. 69 ff. m.w.N.; Schröder, *Recht als Wissenschaft*, § 22 und S. 194: „etatistische Rechtstheorie“; Tietje, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstands: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, DVBl 2003, 1081 ff., spricht von einem „streng etatistisch-souveränitätsbezogenen Rechtsverständnis“ der Staatslehre, wobei er eine gewisse Gegenbewegung bereits in der Verwaltungsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ausmacht (von Mohl, von Stein, Bluntschli), die mit der Durchsetzung des Rechtspositivismus zu Beginn des 20. Jahrhunderts jedoch ein Ende fand (1082 f.).

¹⁰ Zur Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs in Deutschland ausführlich Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 39-49 m.w.N.

(inter-) nationalen Rechts wohl Staatenlose, d.h. (relativ) rechtlose Menschen,¹¹ aber weder rechtlose Staaten noch staatenloses Recht denkbar sind.¹² Die Rückfrage der Etatisten an Luhmann lautete daher: Wenn kein Weltstaat entstanden ist, was soll dann die Rede von einem Weltrecht?

Wenn man die Frage so stellt, gibt es nur zwei mögliche Strategien auf der Suche nach einer Antwort. Im Angesicht des wachsenden Problemdrucks auf globaler Ebene kann man *einerseits* in idealistischer Weise versuchen, einen demokratischen Weltrechtsstaat kontrafaktisch herbei zu reden. Hierfür stehen rechtsphilosophische Bemühungen zur Begründung einer föderativen Weltrepublik nach demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen¹³ ebenso wie juristische Anstrengungen, die Charta der Vereinten Nationen zu einem Weltverfassungsrecht oder das Recht der WTO zu einer Weltwirtschaftsverfassung zu stilisieren.¹⁴ Solchen an Kant orientierten¹⁵ Versuchen kommt angesichts der aktuellen Realverfassung der Weltpolitik¹⁶ nicht nur die Überzeugungskraft von Papiertigern zu, sondern sie provozieren auch schwerwiegende assoziativ-begriffliche Missverständnisse, wenn daraus pathetische Forderungen nach einer „Stärkung multilateraler Kooperation gegenüber unilateraler Dominanz“ durch „Demokratisierung internationaler Institutionen“ (z.B. Abschaffung des Vetorechts im UN-Sicherheitsrat, Neuverteilung der Stimmrechte in IWF und Weltbank mit dem Ziel einer „Nord-Süd-Parität“, etc.) abgeleitet werden, damit die „Staatenmehrheit aus dem Süden und damit die große Mehrheit der Weltbevöl-

¹¹ Schnepf, Rechtsstaat und Staatenlose, ARSP 1999, 200 ff. m.w.N.

¹² Calliess, Globale Kommunikation – staatenloses Recht, ARSP-Beiheft Nr. 79, 2001, S. 61 ff.; zum Problem des Unrechtsstaats vgl. aber Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992; Dreier, Recht, Staat, Vernunft, 1991, S. 73 ff., 95 ff.

¹³ Zur Weltrepublik insbesondere Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999; überwiegend zustimmend die Beiträge in: Gosepath/Merle (Hrsg.), Weltrepublik. Globalisierung und Demokratie, München 2002; kritisch Günther, Alles richtig! Otfried Höffes Entwurf einer subsidiären und föderalen Weltrepublik auf der Basis des Allgemeinmenschlichen, RJ 2000, 232 ff.; von Daniels, Vier Asse und ein Revolver. Der Weltstaat als Garant des ewigen Friedens?, in: Calliess/Mahlmann (Hrsg.), Der Staat der Zukunft, ARSP-Beiheft 83 (2002), S. 55 ff.; Fischer-Lescano, Besprechung, ARSP 89 (2003), 287-297 m.w.N.; weitere philosophische Beiträge bei Habermas, Die postnationale Konstellation, 1998, S. 91 ff.; Rawls, The Law of Peoples, 1999.

¹⁴ Fassbender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, 36 Colum. J. Transnat'l L. (1998) 529-619; Kokott, Naturrecht und Positivismus im Völkerrecht - sind wir auf dem Wege zu einer Weltverfassung?, in: Meier-Schatz/Schweizer (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, 2000, S. 3 ff.; Uerpmann, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565 ff. m.w.N.; Behrens, Weltwirtschaftsverfassung, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Band 19, 2000, 5 ff.; kritisch Oeter, Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer „Verfassung der Freiheit“, in: Brunkhorst/Kettner (Hrsg.), Globalisierung und Demokratie, 2000, 208; Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003) 1 ff.

¹⁵ Dazu Höffe, „Königliche Völker“: Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie, 2001.

¹⁶ Vgl. Friedrich, Völkerrecht in Zeiten des Völkermords, FAZ vom 2.8.2003, S.6.

kerung“ besser repräsentiert werde.¹⁷ Übergangen wird dabei die Frage, ob sich eine demokratische Nation überhaupt der Herrschaft eines Völkerrechts unterwerfen darf, welches in seiner Genese mehrheitlich an Staaten gebunden ist, die eher an eine Versammlung von Räuberhauptleuten als an eine demokratisch legitimierte Repräsentation der Weltbevölkerung erinnern.¹⁸ „Der parlamentszentrierte Ansatz ist im ... Rahmen der Internationalisierung ... allenfalls beschränkt tauglich, da kein Weltstaat mit Weltparlament in Aussicht steht.“¹⁹

Andererseits kann man den Begriff Weltrecht in einem untechnischen Sinne verwenden, um sämtliche Phänomene der rechtlichen Regulierung eines Sachproblems, welches grenzüberschreitende oder globale Bezüge aufweist, zu analysieren. So stellt etwa Basedow unter dem Titel „Weltkartellrecht“ zunächst das geltende „internationale Kartellrecht“ als Wirtschaftskollisionsrecht dar, um in einem zweiten Schritt die Chancen und Risiken der verschiedenen Initiativen zur Harmonisierung des Kartellrechts auf völkerrechtlicher Ebene zu diskutieren.²⁰ Wichtig an diesem Ansatz ist zunächst, dass globale Regulierungsprobleme überhaupt einer übergreifenden juristischen Gesamtdarstellung zugeführt werden.²¹ So lange solche Studien aber in einem etatistischen Rechtsverständnis verharren und deshalb Phänomene der Verrechtlichung in der Weltgesellschaft jenseits der Staaten allenfalls als Soft Law

¹⁷ Alle Zitate aus: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Schlussbericht der Enquete-Kommission „Globalisierung der Weltwirtschaft“, 2002, Mehrheitsvotum, S. 426-433; Höffe hatte seine Thesen vor der Kommission am 22.01.01 vorgetragen (a.a.O. S. 615).

¹⁸ Vgl. *Karatnycky*, *Liberty's Expansion in a Turbulent World: Thirty Years of the Survey of Freedom*, in: Freedom House, *Freedom in the World 2003: The Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties*, Lanham 2003: „At the end of 2002 there were 89 Free countries in which there is broad scope for open political competition, a climate of respect for civil liberties, significant independent civic life, and independent media. This represents 2.718 billion people and 43.85 percent of the global population.“ Das ist zwar die höchste Zahl seit Durchführung der Studien, aber die Weltbevölkerung in der Mehrheit der unfreien oder nur teilweise freien Staaten wächst überproportional. Die UNO-Vollversammlung wird deshalb auf absehbare Zeit von selbst ernannten Vertretern der Weltbevölkerungsmehrheit dominiert, die Forderung nach einer Einführung des Mehrheitsprinzips in der UNO erscheint in diesem Zusammenhang als überhaupt unverständlich.

¹⁹ *Kokott*, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, *VVDStRL* 2003, 7 ff., 33.

²⁰ *Basedow*, *Weltkartellrecht*, 1998; zu den Bemühungen um eine Vereinheitlichung des Kartellrechts im Rahmen der WTO (TRAMs: Trade Related Antitrust Measures) sowie der UNO (UNCTAD Kodex) vgl. auch *Meessen*, *Das Für und Wider eines Weltkartellrechts*, *WuW* 2000, 5 ff.; *Brömmelmeyer*, *Interaktive Regulierung: System und Prinzipien eines künftigen internationalen Kartellrechts*, *JJZ* 2000, 151 ff.; *Meiborn/Geiger*, *Ein Weltkartellrecht als ultimato ratio*, *EuZW* 2002, 261 ff; vgl. auch die Beiträge in: „Konvergenz der Wettbewerbsrechte - Eine Welt, ein Kartellrecht“, *Referate des XXXV. FIW-Symposiums*, *FIW-Schriftenreihe* Heft 188, 2003; sowie *Drexel* (Hrsg.), *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law*, 2003; *Kerber/Budzinski*, *Towards a Differentiated Analysis of Competition of Competition Laws*, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2003, 411

²¹ Zu den Parallelen zum funktionalistischen Verständnis des Begriffs des transnationalen Rechts nach Jessup siehe unten III. 3. a) S. 32 ff.

in den Blick bekommen, enttäuschen sie den Leser, weil im Ergebnis nicht gehalten wird, was der Titel verspricht.²²

Ein Schritt in Richtung einer Abkehr vom etatistischen Rechtsbegriff des Gesetzespositivismus wird demgegenüber 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.²³ Dieser Ansatz, der an das prä-westfälisch humanistische Verständnis des *ius gentium* sowie 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 fand 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 Anwendung.²⁴ Da aber nach Kants Kritizismus niemand wagt, den Inhalt der so gefundenen Prinzipien schlicht kraft Natur oder Vernunft zu geltendem Recht zu erklären, bleibt der normative Status solcher Prinzipien merkwürdig ungeklärt.²⁵ Autorität beziehen sie allenfalls aus der gleichförmigen Geltung in vielen staatlichen Rechtsordnungen oder aus der Expertise ihrer wissenschaftlich ausgewiesenen Autoren.²⁶ Sie richten sich ihrem eigenen Anspruch nach als Empfehlung an

²² Inhaltlich stimmt der hier verfolgte Ansatz freilich weitgehend mit dem von Basedow verfolgte überein, der den „engen Pfad“ zwischen „politischer Banalität“ einerseits und „Utopie“ andererseits jenseits der „anachronistischen Kirchturmperspektive des nationalen Rechts“ sucht (vgl. dessen Nachwort zu Weltkartellrecht, S. 111).

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ Im öffentlichen Recht konnte man sich dem Parallelproblem der Geltung vernunftrechtlich begründeter, universeller Menschenrechte entziehen, weil diese allgemeinen Prinzipien als Grundrechte in nationalen Verfassungstexten positiviert wurden. Das Problem tritt dann als Spannungsverhältnis zwischen Verfassung (-rechtsprechung) und Gesetz (-gebung) wieder auf: vgl. Dreier, Konstitutionalismus und Legalismus, Zwei Arten des juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, in: FS Maihofer, 1988, S. 87 ff.

²⁶ Dazu am Beispiel der Lando-Principles Drobnig, Ein Vertragsrecht für Europa, in: FS Steindorff 1990, S. 1141 ff., der im Anschluss an Kötz von einer Geltung „nicht *ratione imperii*, sondern *imperio rationis*“ spricht (S. 1151). Kritisch Michaels, Common Core, Paper für den Workshop „Recht jenseits des Nationalstaates“, Bielefeld, 8.-10. Oktober 2001.

den inter- oder supranationalen Gesetzgeber und berühren sich, als geltendes Recht durch Vertragsparteien im Wege der Rechtswahl gewählt werden zu können.²⁷ Damit beziehen sie sich aber auf einen legislativen oder privatautonen Akt der In-Geltung-Setzung kraft Konsens, bleiben also bis auf weiteres nicht geltende, abstrakte Rechtsweisheit, i.e. *jurisprudence in the books*.

Geht man davon aus, dass ein Weltrecht *in action* nur existiert, soweit es weltgesellschaftliche Kommunikationen wie z.B. wirtschaftliche Transaktionen aktuell strukturiert, allgemeine Rechtsprinzipien also in konkreten Rechtsoperationen als geltendes Recht zitiert, interpretiert, konkretisiert und dadurch gleichzeitig (re-) produziert und erfunden werden,²⁸ dann erscheint der funktionalistische Rechtsbegriff der Institutionenökonomik und der Rechtssoziologie als hilfreich,²⁹ der in der Tradition von gelebtem (Savignys Volksgeist) und lebendem Recht (Ehrlich) die Frage nach einem Weltrecht anders herum formuliert: was passiert eigentlich, wenn es kein staatliches Recht gibt oder dieses bei der Befriedigung des gesellschaftlichen Bedürfnisses (*legal needs*) nach einer Verfassung transnationaler Handlungssphären versagt? In den Blick kommen dann Phänomene der gesellschaftlichen Selbstorganisation (*Private Ordering*), die für die Debatte um ein Weltrecht fruchtbar gemacht werden können, ohne dass dem die fehlende Anerkennung und Durchsetzung durch einen Weltstaat entgegen gehalten werden könnte, weil es einen solchen eben nicht gibt.³⁰ Luhmanns Frage kann dann wie folgt präzisiert werden: „(Wie) kann man sich ein globales Recht ohne Weltstaat vorstellen?“³¹

Im weiteren Verlauf soll der Versuch unternommen werden, diese Frage in produktiv-konstruktivistischer Weise zu beantworten. Damit wird ein Mittelweg zwischen den beschriebenen Alternativen eines Rechtsidealismus, der nach dem »Prin-

²⁷ Michaels, Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendung und Geltung allgemeiner Vertragsprinzipien, *RabelsZ* 1998, 580 ff.; Grundmann, General Principles of Private Law and *Ius Commune Modernum* as Applicable Law?, FS Buxbaum 2000, 213 ff. m.w.N.

²⁸ Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993: „Realitätswert haben Strukturen nur dadurch, dass sie zur Verknüpfung kommunikativer Ereignisse verwendet werden; Normen nur dadurch, dass sie, explizit oder implizit, zitiert werden; ... (S. 46). Zur „Logik des Erinnerns und Vergessens“ und zur Genese von Sinn (Normen) durch „Kondensation und Konfirmation“ im Vollzug von (rechtlicher) Kommunikation a.a.O. S. 127.

²⁹ Zur Eignung eines funktionalistischen Rechtsbegriffs im Rahmen der Globalisierungsdebatte vgl. Röhl/Magen, Die Rolle des Rechts im Prozess der Globalisierung, *ZfRSoz* 1996, 1 ff., 20.

³⁰ Zum Begriff des lebenden Rechts vgl. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913; zu dessen brücker Ablehnung mangels Staatlichkeit Kelsen, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* Bd. 39 (1915), S. 839 ff.; zur Reformulierung rechtspluralistischer Ideen im Kontext der Globalisierung vgl. Teubner, Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne, in: *Liber amicorum Josef Esser* (1995), 191 ff.; Sousa Santos, On Modes of Production of Law and Social Power, in: ders., *Toward a New Common Sense*, 2nd ed. 2002, S. 353 ff.; von Benda-Beckmann, Transnational Dimensions of Legal Pluralism, in: Fikentscher (Hrsg.), *Begegnung und Konflikt*, 2001, S. 33 ff.; vgl. auch Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, *VVDStRL* 2003, S. 41, 56 ff., 64 f.

³¹ Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, 1997; Calliess, Globale Kommunikation – staatenloses Recht, *ARSP-Beiheft* Nr. 79, 2001, S. 61 ff.

zip Hoffnung« auf die Vernunft einer sich demokratisierenden Staatenwelt setzt, und eines Rechtsrealismus, der in den etatistischen Kategorien einer segmentär differenzierten Welt der Nationalstaaten verharret, beschränkt. Konstruktivistisch ist dieser Ansatz insofern, als dass nach einem diskursiv gewendeten »Prinzip Verantwortung«³² davon ausgegangen wird, dass Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in inter- und transnationalen Organisationen, Anwaltskanzleien und Gerichten durch Verwendung des »universalen Codes der Legalität« zur Entstehung einer globalen Herrschaft des Rechts beitragen können.³³ Produktiv ist ein solches „Herbeireden“ von Weltrecht allerdings nur, soweit der kommunikative Rechtsimperialismus aus der abstrakt-idealistischen Sphäre eines demokratischen Weltrechtsstaates austritt und sich auf die Verrechtlichung real beobachtbarer Phänomene der transnationalen Strukturbildung in der Weltgesellschaft bezieht.³⁴ Mit anderen Worten bedarf ein „Weltjuristenrecht“ eines sozialen Substrats, i.e. eines „Weltvolksgeistes“, welcher sich in den funktional ausdifferenzierten, transnationalen Lebenswelten kosmopolitischer Eliten und Gegen-Eliten, etwa zwischen Weltwirtschafts- und Weltsozialforum festmachen lässt.³⁵ Die Emergenz von Weltrecht lässt sich daher am ehesten dort beobachten, wo durch die Globalisierung nichtstaatlicher sozialer Systeme ein Bedürfnis nach transnationalen Rechtsstrukturen entsteht. Sich im Wege der Selbstregulierung ergebende Phänomene der spontanen Ordnung können vom globalen Rechtsdiskurs dann produktiv als Recht „missverstanden“ und im Lichte allgemeiner Rechtsgrundsätze zivilisiert und konstitutionalisiert werden.³⁶

³² Zur diskurstheoretischen Interpretation des Prinzip Verantwortung vgl. die Beiträge in *Böhler* (Hrsg.), *Ethik für die Zukunft*. Im Diskurs mit Hans Jonas, München 1995; zu einem auf Theorien des Diskurses gegründeten kommunikativen Rechtskonstruktivismus vgl. *Teubner*, *Die Episteme des Rechts*, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 115 ff.; vgl. auch *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 164 ff.

³³ Zur Rolle von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis vgl. *Günther*, *Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*, in: FS Habermas, 2001, S. 539 ff.; zur Konstanz der methoden-theoretischen Bedeutung von „Juristenrecht“ seit Savigny *Wiethölter*, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm*, in: FS Kegel 1977, S. 213 ff., 236 f.

³⁴ *Dezalay* und *Garth* (in: dies. (eds.), *Global Prescriptions, The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, 2002) bezeichnen die Methode der „rule doctors“ (S. 1) bzw. der „rule of law industry“ (S. 2) als „description that also becomes a prescription“ (S. 317). „The goal of legal discourse ... is precisely to gain recognition as natural, legitimate, and taken for granted by the relevant community“ (S. 316). In den „Global Palace Wars“ um die Produktion von globalen Normen in Netzwerken („Global Civil Society“ als „epistemic community“) sind die Rollen freilich ungleich verteilt: „... Slaughter, fortified with the status of the Harvard Law School, can speak with an authority that requires little explanation“ (S. 316).

³⁵ Vgl. etwa *Beck*, *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter*, 2002; *Sousa Santos*, *Toward a New Legal Common Sense*, 2002; im Duktus ziemlich abstrus, aber im Ergebnis ebenfalls auf die Kräfte einer globalen Zivilgesellschaft („Multitude“) setzend *Hardt/Negri*, *Empire, Die neue Weltordnung*, 2002.

³⁶ *Teubner*, *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?*, in: *liber amicorum Simitis*, 2000, S. 437 ff.; zur rechtlichen Bedeutung von „produktiven Missverständnissen“ im Sinne des radikalen Konstruktivismus vgl. *Teubner*, *Ist das Recht auf*

Im folgenden soll eine Theorie der globalen *Zivilrechts*gesellschaft entworfen werden (IV.). Methodisch wird diese gleichsam als „Common Core“ aus einem interdisziplinären Durchgang durch theoretisch grundverschiedene, aber im Ergebnis erstaunlich parallele Ansätze zur Konstitutionalisierung hybrid privat-öffentlicher Governance Regimes erschlossen. Unter den Stichwörtern *Weltwirtschaftsverfassung* und *Private Ordnung* werden zunächst Beiträge aus dem Umfeld der Konstitutionen- und Institutionenökonomik beleuchtet (I.), um sodann die aus der politikwissenschaftlichen Theorie der internationalen Beziehungen stammende Debatte um *International Regimes* und *Global Governance* einzubeziehen (II.). Schließlich wird versucht, diese mit der juristischen Diskussion um ein *transnationales Recht* rückzukoppeln (III.).

I. Weltwirtschaftsverfassung: staatliche und private Ordnung

Die konstitutionenökonomische Debatte um das Privatrecht als Bestandteil einer vom Staat zu verantwortenden Verfassung der Wirtschaft ist relativ alt. Im Kontext der Europäisierung und Internationalisierung wird das Produktionsprinzip dieser Wirtschaftsverfassung gegenwärtig vom staatlichen Monopol auf ein Oligopol der Nationalstaaten umgestellt (Systemwettbewerb) (1). Etwas neuer ist die an Transaktionskosten orientierte institutionenökonomische Beschäftigung mit Private Governance Regimes als funktionale alternative zum staatlichen Recht (Soziale Normen) (2). Eine Verbindung beider Forschungsrichtungen zu einer Theorie der Weltwirtschaftsverfassung als Ordnungsrahmen für den Wettbewerb staatlicher, privater und hybrider Governance Regimes steht noch weitgehend aus (Weltrechtsverfassungsrecht) (3).

1. Wirtschaftsverfassung und staatliches Privatrecht

In der Tradition des ordnungstheoretischen Wirtschaftskonstitutionalismus unterscheiden ökonomische Theorien des Rechts unter wechselnden Präfixen (ordnungs-, institutionen-, konstitutionen-, evolutions-ökonomisch) zwischen Wirtschaftsprozess (*playing the game*) und Wirtschaftsordnung (*rules of the game*).³⁷ In den Wirt-

Konsens angewiesen? Zur sozialen Akzeptanz des modernen Richterrechts, in: H.-J. Giegel (Hrsg.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, 1992, S. 197 ff., 209; am Beispiel der medizinischen Ethikkommissionen vgl. *Calliess*, *Prozedurales Recht*, S. 254 ff., 257.

³⁷ Vgl. *Kerber/Vanberg*, *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits – The Perspective of Constitutional Economics*, in: Grundmann et al. (ed.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, 2001, S. 49 ff.; *Okruch*, *Innovation und Diffusion von Normen: Grundlagen und Elemente einer evolutorischen Theorie des Institutionenwandels*, Berlin 1999; aus juristischer Perspektive *Wielsch*, *Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, 2001; *Amstutz*, *Evolutionarisches Wirtschaftsrecht*, 2002, jeweils m.w.N.

schaftsprozess, also die individuellen wirtschaftlichen Entscheidungen soll grundsätzlich nicht interveniert werden, weil sich die optimale Verteilung knapper Ressourcen und Güter nach individuellen Präferenzen als spontane Ordnung ergibt, die sich hinter dem Rücken der Handelnden aufgrund des dezentralen, systemischen Koordinationsmechanismus des Wettbewerbs vollzieht. Diese Handlungsordnung (*order of actions*) stabilisiert sich durch „innere Institutionen“ wie etwa Verträge weitgehend selbst, bedarf aber der Abstützung durch die „äußeren Institutionen“ einer Rechtsordnung (*order of rules*), die der Staat zur Verfügung zu stellen hat.³⁸

Die Privatrechtsgesellschaft muss also in eine Wirtschaftsverfassung eingebettet werden, die als „Gesamtheit der für das gesellschaftliche Wirtschaften verbindlichen Rechtsregeln“³⁹ über drei Dimensionen verfügt: erstens bedarf es einer Privatrechtsordnung, die die Rechtssubjekte konstituiert und vermittelt der Institutionen Eigentum und Vertrag den Austausch auf Märkten ermöglicht (*Transaktionsrecht*); zweitens werden Regeln über staatliche Eingriffe zwecks Korrektur von Marktversagen, insbesondere im Hinblick auf die Produktion und Finanzierung öffentlicher Güter benötigt (*Interventionsrecht*); drittens schließlich muss der freie Wettbewerb vor übermäßigen staatlichen Eingriffen (Grundrechte und Grundfreiheiten) und privaten Beschränkungen (Kartellrecht) geschützt werden (*Ordnungsrecht*).⁴⁰

Dabei ist das Ordnungsrecht als Wirtschaftsverfassung i.e.S. politisch besonders brisant, insofern es wissenschaftlich begründete Vorgaben zum richtigen Verhältnis von marktförmiger Selbstorganisation und staatlicher Intervention enthält, die auch gegenüber einer demokratisch legitimierten Regierung die Verbindlichkeit höher-rangigen Rechts beanspruchen.⁴¹ Diesbezüglich kann man *einerseits* auf eine evolutionäre Durchsetzung vernünftiger Regeln der Wirtschaftsverfassung im „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ setzen, wobei insbesondere auf eine Entpolitisierung durch Juridifizierung von Verfassungskonflikten, also auf impliziten Verfassungswandel durch richterliche Neuinterpretation unveränderter Verfassungsregeln vertraut wird.⁴² Paradigmatisch für diese Strategie steht die Entwicklung der europäischen Wirtschaftsverfassung: Während die Gründer der EWG den Vertrag eher als

³⁸ Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung, in: ders., Freiburger Studien, 1969, S. 161 ff.; Lachmann, Wirtschaftsordnung und wirtschaftliche Institutionen, in: ORDO, Bd. 14 (1963), S. 63 ff.

³⁹ Streit, Theorie der Wirtschaftspolitik, 4. Aufl. 1991, S. 24.

⁴⁰ Vgl. Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75 ff.; Mestmäcker, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441 ff.; Basedow, Europäische Wirtschaftsverfassung und europäisches Privatrecht, in: Baums/Hopt/Horn (eds.), Corporations, Capital Markets and Business in the Law, 2000, 13 ff.; Behrens, Weltwirtschaftsverfassung, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Band 19, 2000, S. 5, 7 ff.

⁴¹ Zur Kritik am „Endzustandsliberalismus“ bei Eucken, der die Wirtschaftsverfassung nicht aus der Zustimmung der betroffenen Individuen legitimiert, sondern „rein wissenschaftlich“ nach der „Natur der Sache und des Menschen“ bestimmt, vgl. Blümle/Goldschmidt, Zur Normativität ordoliberalen Denkens, in: Külp/Vanberg (Hrsg.), Freiheit und wettbewerbliche Ordnung: Gedenkband zur Erinnerung an Walter Eucken, 2000, S. 15 ff.

⁴² Zur Betonung der Rolle von richterlicher Rechtsfortbildung bei Hayek vgl. Okruch, Innovation und Diffusion von Normen, 1999; Voigt, Explaining Constitutional Change: A Positive Economics Approach, 1999.

Sammlung von Programmsätzen, die allenfalls die Mitgliedstaaten untereinander verpflichten, verstanden, hat der EuGH die Grundfreiheiten im Verhältnis der Bürger zu den Mitgliedstaaten zu subjektiven Rechten auf Deregulierung gemacht und die Wettbewerbsregeln, insbesondere den Formelkompromiss des Art. 86 EG zu öffentlichen Unternehmen, zur scharfen Waffe der Entmonopolisierung und Privatisierung transformiert.⁴³

Andererseits kann man Ordnungsrecht konsentstheoretisch fundieren und darauf hoffen, dass theoretische Aussagen über die gemeinsamen Verfassungsinteressen aufgrund des sanften Zwangs guter Gründe zu einem Verfassungskonsens führen.⁴⁴ Nach dem Vorbild der Theorien vom Gesellschaftsvertrag bleibt der Konsens dabei allerdings entweder fiktiv oder die Wirtschaftsverfassung ist wegen der engen Opportunitätsfenster für eine Verfassungsreform statisch.⁴⁵ Eine größere Dynamik erhält das Konsensmodell durch die Einführung von *Systemwettbewerb* als einer Art idealisiertem Wettbewerb der Standorte. Die Bürger können ihre Verfassungspräferenzen dann nicht nur durch politische Zustimmung (*Voice*), sondern auch durch „Abstimmung mit den Füßen“ zum Ausdruck bringen (*Exit*), so dass eine wettbewerbsmäßige Kontrolle auf die Staaten als Anbieter von Ordnung ausgeübt wird.⁴⁶ Einen solchen Wettbewerb der Rechtsordnungen hat man vor allem in der „Cassis-Philosophie“ der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten⁴⁷ und der darauf aufbauenden Strategie der Europäischen Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes im Wege der Mindestharmonisierung bei gegenseitiger Anerkennung im übrigen nach dem Heimatstaatprinzip verwirklicht gesehen.⁴⁸

⁴³ Vgl. *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992; zur Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH vgl. *Joerges*, Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts, in: ders./Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 183 ff., der die Centros-Entscheidung des EuGH (Rs. C-212/97, Slg. 1999 I-1459) als Transformation von Marktfreiheiten zu politischen Mitwirkungsrechten (Recht auf objektive Rechtfertigung von inländerdiskriminierender Regulierung) interpretiert; zu der Bedeutung der Wettbewerbsregeln bei der Neubestimmung von Staatsaufgaben vgl. *Füller*, Deregulierung durch europäisches Kartellrecht, in: Calliess/Mahlmann (Hrsg.), Der Staat der Zukunft, ARSP-Beiheft Nr. 83 (2002), S. 121 ff.

⁴⁴ So der Ansatz der New Constitutional Economics: *Vanberg/Buchanan*, Interests and Theories in Constitutional Choice, 1 The Journal of Theoretical Politics (1989), 49 ff.

⁴⁵ Vgl. *Okruch*, Innovation und Diffusion von Normen, 1999, S. 57 ff.

⁴⁶ Zum Anbieter/Nachfrager-Modell eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen vgl. *Gerken*, Vertikale Kompetenzverteilung, in: ders. (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, 1995, S. 3 ff., 9 ff.; *Streit*, Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozess, in: FS Mestmäcker, 1996, S. 521 ff.; *Kerber*, Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 67 ff.; rechtsvergleichend mit Blick auf die Entwicklung in den USA schon *Buxbaum/Hopt*, Legal Harmonisation and the Business Enterprise, 1988; zum Stand der internationalen Diskussion vgl. *Esty/Geradin* (eds.), Regulatory Competition and Economic Integration, Comparative Perspectives, 2001.

⁴⁷ EuGH, Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649, LS 2 u. 3, Rn. 8, 14; vgl. den Überblick zur weiteren Entwicklung bei *Epiney*, in: C.Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 28 EG R. 14 ff.

⁴⁸ Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM(1985) 310 endg.; *Ehlermann*, Ökonomische Aspekte des Subsidiaritätsprinzips: Harmonisie-

Die Wirksamkeit des Systemwettbewerbs ist freilich beschränkt, solange dieser als Standortwettbewerb zwischen Nationalstaaten konzipiert wird. Auf der Nachfrageseite (Unternehmen) sind die Produktionsfaktoren nämlich unterschiedlich mobil, während auf der Angebotsseite (Staaten) hochkomplexe Bündel von harten und weichen Standortfaktoren zur Wahl stehen.⁴⁹ Unter diesen Umständen bleiben Reaktionen des Gesetzgebers auf Standortverlagerungen notwendig unspezifisch und diffus. Zwecks Steigerung der Wettbewerbsintensität ist deshalb die Idee eines *funktionalen Föderalismus* entwickelt worden, in welchem die zur Wahl stehenden Ordnungsleistungspakete durch eine Entkopplung von Recht und Territorium entbündelt werden. In einem System der “Functional, Overlapping, and Competing Jurisdictions” (FOCI) soll der Nachfrageseite die bloß virtuelle Abwanderung zu anderen Anbietern öffentlicher Güter ermöglicht werden, um dadurch die Responsivität der Angebotsseite zu erhöhen.⁵⁰

Soweit auf dem Gebiet des Transaktionsrechts gem. Art. 3 EVÜ Rechtswahlfreiheit besteht, scheint ein solches System der nicht an eine physische Standortverlagerung gebundenen, freien Ordnungswahl auf den ersten Blick realisiert zu sein.⁵¹ Das internationale Privatrecht wird deshalb zuweilen zu einer Verfassung des Wettbewerbs der staatlichen Privatrechtsordnungen stilisiert, die dem internationalen Handel eine effiziente Strukturierung grenzüberschreitender Transaktionen ermöglichen.⁵² Als Teil dieser Verfassungsordnung wird ein ausgeklügeltes „System der europäischen Privatrechtsordnungen“ vorgeschlagen, welches eine europaweite Vollharmonisierung der Informationsregeln mit einem durch Mindestharmonisierung gemilderten Wettbewerb auf dem Gebiet des inhaltlich zwingenden Rechts sowie uneingeschränktem Wettbewerb der dispositiven Vorschriften kombiniert.⁵³

rung versus Wettbewerb der Systeme, Integration 1/1995, 11 ff.: „Soviel Wettbewerb der Systeme wie möglich, soviel Harmonisierung wie unbedingt nötig“; *Schwintowski*, Freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt, *RabelsZ* 2000, 38 ff.; *Kerber*, Interjurisdictional Competition within the European Union, 23 *Fordham Int. Law J.* (2000), 217 ff.

⁴⁹ Vgl. *Vanberg*, Systemtransformation, Ordnungsevolution und Protektion: Zum Problem der Anpassung von Wirtschaftssystemen an ihre Umwelt, in: Casel (Hrsg.), *Institutionelle Probleme der Systemtransformation*, 1997, S. 11 ff.; *Kerber*, Erfordern Globalisierung und Standortwettbewerb einen Paradigmenwechsel in der Theorie der Wirtschaftspolitik?, *ORDO* Bd. 49, 1998, S. 253 ff.

⁵⁰ *Straubhaar*, Ein Europa des funktionalen Föderalismus: mehr als ein Denkmodell?, *ORDO* Bd. 46 (1995), S. 185 ff.; *Frey/Eichenberger*, The New Democratic Federalism for Europe. Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions, 1999; *Frey*, A Utopia? Government without Territorial Monopoly, *JITE* 157 (2001), 162 ff.

⁵¹ Das gilt jedenfalls für internationale Verträge, also für Sachverhalte die gem. Art. 3 Abs. 3 EVÜ eine hinreichende Auslandsberührung aufweisen.

⁵² *Behrens*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die „Globalisierung“ der Wirtschaft, in: Basedow (Hrsg.), 75 Jahre MPI Privatrecht, 2001, S. 381 ff.; *Mankowski*, Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht im Lichte der ökonomischen Analyse, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität*, 2002, S. 118 ff.

⁵³ *Grundmann/Kerber*, European System of Contract Laws - A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rulemaking, in: Grundmann/Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, S. 295 ff.; *Grundmann*, Internationales Privatrecht als Verfassungsordnung, *RIW* 2002, 329 ff.

Dagegen hat Kieninger⁵⁴ in einer sehr sorgfältigen Analyse dargelegt, dass im Falle des direkten, nicht mit einer Standortverlagerung verbundenen Systemwettbewerbs kraft Rechtswahl ein echter Wettbewerbskreislauf, in welchem auf verminderte Nachfrage mit einer Verbesserung des Angebots reagiert wird, nicht funktioniert: in der internationalen Vertragspraxis lasse sich schon nicht nachweisen, dass eine Rechtswahl als fundiertes Urteil über die Qualität einer Privatrechtsordnung verstanden werden könne; jedenfalls fehle es auf Seiten der Gesetzgeber an Anreizen, die Entwicklung der Nachfrage nach der eigenen Privatrechtsordnung zu beobachten, geschweige denn durch Gesetzesänderungen auf verändertes Nachfrageverhalten zu reagieren, da mit der rein virtuellen Abwanderung durch Privatrechtswahl kein Verlust von Arbeitsplätzen oder Steuern verbunden sei. Für Verbraucherverträge scheitert ein über Rechtswahl gesteuerter Systemwettbewerb dagegen bereits an der nach dem Marktortprinzip des Art. 5 EVÜ beschränkten Rechtswahlfreiheit, die eine Abwahl eines bestimmten Verbrauchervertragsrechts an den Verzicht auf den Vertrieb auf dem zugehörigen Markt bindet.⁵⁵ Art. 5 EVÜ behindert aufgrund steigender Skalenerträge (*economies of scale*) von vertragsrechtlichen Vertriebsregimes vor allem den Marktzutritt von kleinen und mittleren Unternehmen und/oder zu kleinen Märkten, ohne dass damit ein Urteil über die Attraktivität des dort geltenden Verbrauchervertragsrechts verbunden wäre.⁵⁶

Während die Idee der FOCI neben dem *inter-* auch den *intranationalen* Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern öffentlicher Güter innerhalb föderaler Systeme einbezieht und damit den Staat nicht mehr als singuläre Entität, sondern als Vielzahl von *Governments without territorial monopoly* in einem Mehrebenensystem begreift, wird die Wirtschaftsordnung aber immer noch als rein öffentliches Gut verstanden, für dessen Produktion ausschließlich der Staat zuständig ist.⁵⁷ Die dieser Aufgabenverteilung zu Grunde liegende strikte Trennung von Staat und Markt, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsprozess, Gesetz und Vertrag war freilich schon früh ein ungeklärtes Problem der Ordnungstheorie, weil sich das Phänomen der

⁵⁴ Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002.

⁵⁵ Kieninger, Rechtsentwicklung im Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 72 ff., 99.

⁵⁶ Die Anpassung von AGB und die Einrichtung von Compliancestrukturen für Informations- und Belehrungspflichten für den grenzüberschreitenden Direktvertrieb nach dem Verbrauchervertragsrecht von Luxemburg oder Litauen dürfte sich generell nur selten lohnen. Für KMU, die nur gelegentlich Umsätze in anderen Staaten generieren, lohnt sich eine solche Anpassung selbst für große Märkte wie Deutschland nicht. Vgl. Calliess, Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report, in: German Law Journal Vol 4 No 4 (April 2003); eine detaillierte Analyse bei von Bar/Lando/Swann, Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code, ERPL 2002, 182, 199 ff.

⁵⁷ Vgl. dazu Heine, Kompetitiver Föderalismus auch für das öffentliche Gut „Recht“?, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 72 (2003), Heft 3, S. 1 ff.; Frey (JITE 2001, 162 ff.) bezieht zwar „quasi governmental organizations“, nicht aber zivilgesellschaftliche „non governmental organizations“ in seine Analyse ein.

Allgemeinen Geschäftsbedingungen als „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“⁵⁸ oder auch eine Theorie der Firma als Organisation von Akteuren nicht in diesen Dualismus einordnen lässt.⁵⁹ Bereits Hayek hatte den Wettbewerb als Verfahren zur Entdeckung der optimalen Regeln einer Wirtschaftsordnung dagegen im weitesten Sinne verstanden:

„Er schließt Wettbewerb zwischen organisierten und zwischen unorganisierten Gruppen ebenso ein wie den Wettbewerb zwischen Individuen. Ihn im Gegensatz zu Kooperation und Organisation zu sehen, heißt sein Wesen mißverstehen. Das Bemühen, gewisse Ergebnisse durch Kooperation und Organisation zu erreichen, gehört ebenso zum Wettbewerb wie die Bemühungen des Einzelnen. (...) Nur wenn... ausschließliche Rechte verliehen werden unter der Anmaßung höheren Wissens auf seiten bestimmter Individuen oder Gruppen, verliert der Entwicklungsprozeß seinen experimentellen Charakter“⁶⁰

2. Transaktionsrecht und Private Ordnung

Eine Erweiterung zu einem Ordnungswettbewerb, der die strikte Dichotomie zwischen staatlicher Wirtschaftsordnung und marktwirtschaftlichem Prozess überwindet, ergibt sich aus institutionenökonomischen Ansätzen, die sich mit privaten Ordnungsleistungen befassen (*Private Ordering*).⁶¹ Die *Law and Social Norms* Bewegung geht davon aus, dass der Austausch auf Märkten nur im Vertrauen darauf, dass man nicht betrogen wird, stattfinden kann, und dass dieses Vertrauen nicht allein auf dem staatlichen Privatrechtssystem, sondern insbesondere auf sozialen Institutionen zur Unterbindung von „opportunistischem Verhalten“⁶² beruht.⁶³

Die *Governance* von Vertragsbeziehungen kann dabei nach den involvierten Akteuren (*regulators*) und den zur Verfügung stehenden Sanktionsmechanismen in fünf Kategorien unterteilt werden:⁶⁴ Ohne äußere Sanktionen kommt die Selbstkontrolle der Transaktionspartner aufgrund moralischer Selbstbindungen aus, die auf einer Internalisierung sozialer Normen beruht (*first party control*). Opportunistisches

⁵⁸ *Grossmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933.

⁵⁹ Vgl. *Okruch*, Globale Wirtschaftsverfassung – gesetzte oder gewachsene Ordnung? Manuskript 2001, S. 13

⁶⁰ *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. 1991, S. 46 f.

⁶¹ Dieser Ausdruck bezeichnet die private Regelung von Konflikten, die ansonsten vor staatliche Gerichte gebracht werden könnten: vgl. *Eisenberg*, Private Ordering through Negotiation: Dispute-Settlement and Rule-Making, *Harvard Law Review* (1976) 637 ff.; *Galanter*, Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law, 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (1981), 1 ff.; *Williamson*, The Economics of Governance: Framework and Implications, *JITE* 1984, 195 ff., 208 f. m.w.N.

⁶² Opportunismus wird definiert als “an act in which someone destroys part of the cooperative surplus to secure a larger share of it”: *Cooter*, The Theory of Market Modernization of Law, 16 *Int'l Rev. L. & Econ.* (1996) 141, 150.

⁶³ *Ellickson*, Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes, 1991; *Posner*, Law and Social Norms, 2000.

⁶⁴ *Ellickson*, Order Without Law, S. 126-132; vgl. auch den Überblick bei *Panther*, Non-Legal Sanctions, in: Bouckaert/De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I, 2000, 0780 m.w.N.

Verhalten der einen Partei kann aber auch durch drohende Sanktionen der anderen Partei unterbunden werden, welche die zukünftige Fortsetzung von Geschäftsbeziehungen (*repeat play*) von gegenwärtiger Kooperation abhängig macht (*second party control*). Im Bereich der *Governance* durch außerhalb des Vertragsverhältnisses stehende Dritte (*third party control*) kann zwischen informeller sozialer Kontrolle, die zukünftige Geschäftsmöglichkeiten mit der Reputation der Akteure verknüpft (*informal social control*), und formaler sozialer Kontrolle in nicht staatlichen Organisationen wie Börsen und Handelsclubs, die die Verletzung sozialer Normen zusätzlich mit dem Ausschluss sanktionieren können (*organizational social control*), unterschieden werden. Die fünfte Kategorie bildet schließlich das staatliche Rechtssystem (*Government*).

Im klassischen Staats- und Gesellschaftsverständnis geht man davon aus, dass private und öffentliche Ordnung als wechselseitige Auffangordnungen fungieren (sollen). Rechtliche, moralische und soziale Normen stehen idealerweise in einem Verhältnis der gegenseitigen Abstützung und Ergänzung. Soziale Selbstregulierung findet entweder aufgrund staatlicher Delegation (Selbstverwaltung der Kammern und Universitäten) oder zumindest doch im Schatten des staatlichen Rechts (Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, Mediation) statt, wobei sich Rechtsnormen im Konfliktfalle gegenüber abweichenden Sozialnormen (Mafia, Kartelle) durchsetzen oder sogar aktiv auf deren Veränderung zielen (Antidiskriminierungsgesetze). Die Institutionenökonomik sieht private Ordnung demgegenüber nicht nur als Mechanismus zur Schaffung sozialregulativer *Redundanz*, sondern auch als Effizienz steigernde *Konkurrenz* zur öffentlichen Ordnung. Wirksame soziale Institutionen zur Eindämmung von Opportunismus entstehen demnach gerade dort, wo das staatliche Recht als defizitär empfunden wird.

So liegen aus wirtschaftshistorischer Perspektive eine Reihe von Studien vor, die sich mit den institutionellen Bedingungen des enormen Aufschwungs des europäischen Handels zwischen dem 11. und 13. Jahrhundert befassen. Die Entstehung der *Lex Mercatoria* als selbst geschaffenes Recht der Wirtschaft mit ihren neuartigen Institutionen der Handelsgesellschaften, der Wechsel und Schuldverschreibungen, der Kaufmannsgilden sowie der Markt-, Messe- und Seehandelsplätze mit integrierter Handelsgerichtsbarkeit werden als Folge des mittelalterlichen Gewaltenpluralismus und eines übersteigerten Rechtsformalismus interpretiert, aufgrund derer die überkommenen weltlichen und kirchlichen Rechtsordnungen das Bedürfnis nach einer zugleich effizienten und innovativen Konstitutionalisierung des aufblühenden Handelsverkehrs nicht befriedigen konnten.⁶⁵

Auch die Institutionen des modernen Welthandels (multinationale Unternehmen, Netzwerke, strategische Allianzen, relationale Verträge, Akkreditiv, Außenhandelsversicherungen) werden als primär nicht-rechtliche Selbsthilfemechanismen (Hierar-

⁶⁵ *Milgrom/North/Weingast*, The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Medieval Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs, 2 *Economics and Politics* (1990) 1 ff.; *Greif*, Institutions and International Trade: Lessons from the Commercial Revolution, 82 *American Economic Review* (1992) 128 ff.; *Greif/Milgrom/Weingast*, Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild, 102 *Journal of Political Economy* (1994) 745 ff.

chisierung von Marktbeziehungen, Stellen von Geiseln, Einbeziehung vertrauenswürdiger Dritter, Versicherung) beschrieben, die durch eine Beseitigung der ökonomischen Anreize für opportunistisches Verhalten darauf zielen, die von vertragsbrüchigem Verhalten ausgehenden Gefahren (Produkt von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe) zu minimieren.⁶⁶ Die zunehmende Formalisierung und Verrechtlichung solcher Vertragspraktiken und Handelsbräuche zu einer sich in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit entfaltenden neuen Lex Mercatoria wird dabei als Reaktion auf die konstitutionelle Unsicherheit verstanden, in der sich der internationale Handel angesichts der Territorialität der staatlichen Privatrechtsordnungen und der fehlenden Eignung des internationalen Privatrechts zur Beseitigung dieser Unsicherheiten befindet.⁶⁷

Schließlich wird private Ordnung selbst im Bereich des Binnenhandels als Flucht aus einer ineffizienten staatlichen Vertragsrechtsordnung begriffen.⁶⁸ Das real beobachtbare Geschäftsleben wird demnach vor allem durch die Orientierung an sozialer Reputation geprägt. Geschäftspartner laden sich zum Essen ein, machen sich Geschenke, gehen zusammen auf die Jagd oder in den Golfclub: sie reden über Familie, Sport, Politik und erst dann übers Geschäft. Unternehmer betreiben einen immensen Aufwand, um Kapitalgebern, Arbeitnehmern und Kunden zu signalisieren, dass sie ein *good cooperator* sind.⁶⁹ Der Austausch auf Märkten wird in stabile soziale Beziehungen wie Familie, Freundschaft, Firma (*F-Connections*) eingebettet.⁷⁰ Die Inanspruchnahme des staatlichen Rechtssystems dient aus dieser Sicht vornehmlich generalpräventiven Zwecken, wenn die Erhebung einer im konkreten Falle ineffizienten Klage signalisieren soll, dass man ein *tough guy* ist, der seine Rechte ohne Rücksicht auf die Kosten durchsetzt. Die sozialen Normen, anhand derer den Akteuren auf einem Transaktionsmarkt Reputation zugeteilt wird, entstehen dabei in einem von Versuch und Irrtum geprägten, evolutorischen Prozess zwischen Normunternehmern (*norm entrepreneurs*) und Nachfragern nach Ord-

⁶⁶ *Williamson*, Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange, 73 Am. Econ. Rev. (1983) 519; ausführlich *Schmidt-Trenz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts, 1990.

⁶⁷ *Schmidtchen/Schmidt-Trenz*, The Division of Labour is limited by the extent of the Law, 1 Constitutional Political Economy (1990), 1 ff.; *Streit/Mangels*, Privatautonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen, ORDO 47 (1996), 73 ff.; *Schmidtchen*, Lex Mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 1 ff., 8.

⁶⁸ *Posner*, Law and Social Norms, S. 148 ff., versteht das staatliche Vertragsrecht auf der Grundlage der Annahme radikaler richterlicher Inkompetenz („the chance of winning a breach of contract suit is pretty much random“: S. 153) als moderne Version des Duells (trial by battle: S. 160, 165).

⁶⁹ Vgl. *Bernstein*, Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions, 99 Mich. L. Rev. (2001) 1724 ff.; *Posner*, Law and Social Norms, S. 155: “The rituals of family life – the cycles of gift-giving, entertainment, and formalities of deference, respect, and equality – are carried over into business life.”; zur Bedeutung der “F-connections” (Families, Friends, and Firms) im internationalen Handel siehe auch *Schmidt-Trenz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts, 1990, S. 284 ff.

⁷⁰ *Ben-Porath*, The F-Connection: Families, Friends and Firms and the Organization of Exchange, 6 Population Development Review (1980) 1 ff.

nungsleistungen, in welchem sich die strategisch Erfolg versprechendsten Normprojektionen und damit langfristig die effizientesten Ordnungsmodelle durchsetzen.⁷¹

In diesem Wettbewerbsprozess spielen formale Organisationen wie Börsen und Handelsclubs eine wichtige Rolle. Als Intermediäre der Kodifikation und Fortentwicklung komplexer sozialer Normarrangements, der Überwachung von deren Einhaltung und der Information über abweichendes Verhalten professionalisieren und koordinieren sie nicht nur den Reputationsmechanismus informeller sozialer Netzwerke (*information mechanism*), sondern reduzieren auch die Kosten der Sanktionierung durch Abbruch von Geschäftsbeziehungen, indem der Wechsel zu anderen vertrauenswürdigen Transaktionspartnern innerhalb des Netzwerkes erleichtert wird (*switching mechanism*). Zudem verfügen sie über die zusätzliche nicht-rechtliche Sanktion des Ausschlusses, der bei marktbeherrschenden Organisationen dem Ausschluss vom Markt gleich kommen kann (*exclusion mechanism*). Soweit die Kontrolle über für den Handel wesentliche Einrichtungen (Börsenparkett, elektronische Marktplätze, Clearing, Buchgeld, Internet A-Root-Server) ausgeübt wird, können Opportunisten auch rein tatsächlich vom Markt ausgeschlossen werden (*control mechanism*).⁷²

Formal organisierte soziale Netzwerke können für ihre Mitglieder darüber hinaus ein privates Rechtssystem zur Verfügung stellen (*Private Legal System*).⁷³ Von einer Privatisierung des Handelsrechts wird in diesem Zusammenhang gesprochen, wenn die drei Elemente der Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Vollstreckung privat organisiert werden (*Opting out of the Legal System*).⁷⁴ Das ist der Fall, wenn: (1) auf einem Transaktionsmarkt nicht nur im Einzelfall private Richter zur Streitschlichtung engagiert werden (ad-hoc Schiedsgerichtsbarkeit), sondern ein organisiertes soziales Netzwerk eine institutionalisierte unabhängige Streitschlichtungsinstanz bereit hält, deren Inanspruchnahme für die Mitglieder des Netzwerkes rechtlich oder sozial sanktioniert obligatorisch ist; (2) diese Instanz sowohl in verfahrensrechtlicher als auch in materiellrechtlicher Hinsicht nicht nach staatlichem Recht, sondern auf der Grundlage von privaten/sozialen Normen entscheidet, die auf die speziellen Bedürfnisse des Netzwerkes zugeschnitten sind; und (3) die Entscheidungen dieser Instanz verbindlich sind, d.h. entweder aufgrund staatlicher Anerkennung im Zweifelsfalle auch staatlich durchgesetzt (Schiedssprüche), oder durch soziale Sanktionen

⁷¹ *Ellickson*, The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy, in: Hechter/Opp (eds.), *Social Norms*, 2001, S. 35 ff.; *Engert*, Wettbewerb der Normen und Sanktionierung durch das Recht, *JJZ* 2002, S. 31 ff.; *Benson*, The Evolution of Law, in: Rowley/Schneider (eds.), *The Encyclopedia of Public Choice*, 2003; auf die Parallelen zu *Luhmanns* evolutionärer Theorie der Rechtsbildung (Rechtssoziologie, S. 27 ff.) sei hier nur am Rande hingewiesen.

⁷² Ausführlich *Aviram*, A Network Effects Analysis of Private Ordering, Berkeley Olin Program in Law & Economics, Working Paper 2003/80, S. 22 ff.

⁷³ Am Beispiel der Baumwollindustrie *Bernstein*, *Private Commercial Law in the Cotton Industry*, 99 *Mich. L. Rev.* (2001) 1724, 1735 ff.

⁷⁴ *Hadfield*, Privatizing Commercial Law, *Regulation* 2001, 40 ff.; *Bernstein*, Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, 21 *J. Legal Stud.* (1992) 115.

(Verwerten von Geiseln) faktisch durchgesetzt bzw. angesichts drohender sozialer Sanktionen (Ausschluss) regelmäßig befolgt werden.⁷⁵

Aus der Redundanz von informeller (*Reputation*) und formalisierter (*Private Legal System*) sozialer Kontrolle sowie deren Verknüpfung mit nicht-rechtlichen Sanktionen (*Refusal to Deal; Exclusion*) kann sich in sozialen Netzwerken eine Regulierungsdichte ergeben, die in einem (rechts-) staatlichen Privatrechtssystem nicht zu erreichen ist. Ob sich im Regulierungswettbewerb zwischen staatlichen und privaten Governance Regimes deshalb immer die effizientesten Modelle durchsetzen, ist allerdings nicht gesagt. Problematisch sind diesbezüglich die Netzwerkeffekte auf dem Markt für soziale Normen, deren Nutzen überproportional zur Zahl der Teilnehmer steigt (positive Externalitäten),⁷⁶ so dass aufgrund von Größenvorteilen ein Verdrängungswettbewerb stattfindet (*winner takes all*).⁷⁷ Daraus ergeben sich drei Arten von potentiell Markt- bzw. Netzwerkversagen: *Erstens* ist es möglich, dass kein soziales Normarrangement am Markt die kritische Größe erreicht, die trotz potentieller Trittbrettfahrer zu einem positiven Gesamtnutzen der Teilnahme führt (Unterregulierung). *Zweitens* besteht die Gefahr, dass ein einmal etabliertes Ordnungsmodell allein aufgrund des Netzwerknutzens gegenüber effizienteren Alternativmodellen beibehalten wird (*lock in; excess inertia*). *Drittens* birgt soziale Ordnung das Problem, dass Gruppennormen zu beabsichtigten (Kartelle) oder unbeabsichtigten negativen Auswirkungen auf Außenseiter führen können (negative Externalitäten).⁷⁸

Diesem Marktversagen kann in einem Modell der regulierten Selbstregulierung durch staatliche Interventionen begegnet werden, wobei das deutsche Standardmodell der gesetzlichen Zwangsmemberschaft in einer selbst verwalteten, demokratisch verfassten Körperschaft (Kammern, Universitäten, Sozialversicherung) den Wettbewerb sozialer Normen durch Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten zum Erliegen bringt (Überregulierung).⁷⁹ Als gelungenes Beispiel eines staatlich regulierten Wettbewerbs privater Ordnungsleistungen im Hinblick auf die Stabilität der Finanzmärkte und den Anlegerschutz wird dagegen die Selbstregulierung der Börsen auf dem Gebiet des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts diskutiert, wo vermittelt unterschiedlicher Zulassungsordnungen ein Wettbewerb sowohl zwischen den unterschiedlichen Handelssegmenten innerhalb einer Börse als auch zwischen den

⁷⁵ Diese Definition von „Private Legal System“ wurde aus der in den vorangegangenen drei Fußnoten angegebenen Literatur kondensiert, vgl. auch *Bernstein*, *Private Commercial Law*, in: Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Vol. 3, S. 108 ff. m.w.N.

⁷⁶ Vgl. *Page/Lopatka*, *Network Externalities*, in: Bouckaert/De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I, 2000, 0760.

⁷⁷ Dazu *Klodt*, *Wettbewerbsstrategien für die neue Ökonomie*, in: Donges/Mai (Hrsg.), *E-Commerce und Wirtschaftspolitik*, 2001, S. 31, 37 ff.

⁷⁸ Vgl. *Engert*, *Wettbewerb der Normen und Sanktionierung durch das Recht*, *JJZ* 2002, S. 31 ff.; *Aviram*, *A Network Effects Analysis of Private Ordering*, 2003.

⁷⁹ Vgl. *Hayek* oben FN 60.

verschiedenen internationalen Börsenplätzen beobachtet wird.⁸⁰ Eine innovationsoffene Lösung enthält auch § 161 AktG, der börsennotierte Aktiengesellschaften verpflichtet zu publizieren, ob sie die Empfehlungen des „privat“ erstellten Deutschen Corporate Governance Kodex einhalten, und damit die soziale Sanktionierung (Kapitalentzug) der Nichtbeachtung sozialer Normen durch eine staatliche Transparenzregel fördert, dem Regelungsadressaten (Kapitalgesellschaft) aber den Weg der begründeten Abweichung von im Einzelfall ineffizienten sozialen Normen offen lässt (*comply or explain*).⁸¹ Als Modell eines *Public Framework for Private Ordering* werden auch die Schiedsgesetze genannt, die die Entstehung privater Rechtssysteme fördern können, soweit auch solche Schiedssprüche staatlich anerkannt und vollstreckt werden, die nicht-staatliche Rechtsnormen anwenden.⁸² Wie in dem programmatischen Titel *Order without Law* zum Ausdruck kommt, steht die ökonomische Theorie sozialer Normen der Regulierung durch staatliches Recht aber insgesamt eher kritisch gegenüber.⁸³

3. Weltwirtschaftsverfassung als Ordnung des Regulierungswettbewerbs

Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge betrifft lediglich jenen Ausschnitt der Wirtschaftsverfassung, der als *Transaktionsrecht* bezeichnet wird. Die klassische *Ordnungstheorie* geht für den Binnenhandel umstandslos davon aus, dass das Transaktionsrecht vom Nationalstaat zur Verfügung gestellt wird. Die *ökonomische Analyse des Zivilrechts* postuliert dabei mit Blick auf Gesetzgeber und Richter, dass die staatliche Privatrechtsordnung marktfunktional am Effizienzkriterium der Reduktion von Transaktionskosten ausgerichtet sein soll. Die Theorie vom *Systemwettbewerb* untersucht in diesem Zusammenhang, unter welchen Bedingungen die Anreize zur Schaffung einer effizienten Privatrechtsordnung durch einen Regulierungswettbewerb zwischen den Nationalstaaten erhöht werden können. Die Lehre

⁸⁰ Vgl. *Adolff*, Europäisches Gesellschaftsrecht: Vom Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen zum Systemwettbewerb der Börsen? in: *JJZ* 2002, S. 61 ff.; *Damrau*, Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht, Eine rechtsökonomische Analyse der Normsetzung der deutschen Börsen und ihrer Träger, 2003.

⁸¹ *Engert*, a.a.O., S. 54 ff. m.w.N.; ausführlich *Zumbansen*, Innovation und Pfadabhängigkeit, Habilitationsschrift, Frankfurt/Main 2004.

⁸² Vgl. *Bernstein*, Private Commercial Law in the Cotton Industry, 99 Mich. L. Rev. (2001) 1724 ff. in FN 236 und 238; *Hadfield*, Privatizing Commercial Law, Regulation 2001, 40 ff., 43, die allerdings den Anwendungsbereich privater Rechtssysteme aus Gründen demokratischer Legitimation auf beidseitige Handelsgeschäfte beschränken will, weil es dort ausschließlich um Effizienz, nicht aber um Gerechtigkeit gehe. Vgl. auch *Hadfield*, Privatizing Commercial Law: Lessons from ICANN, 6 Journal of Small and Emerging Business Law (2002), 257, 263 ff., wo zwischen Marktfunktion (Effizienz) und demokratischer Funktion (Gerechtigkeit etc.) des Rechts unterschieden wird.

⁸³ *Ellickson*, Order Without Law, 1991; *Katz*, Taking Private Ordering Seriously, 144 University of Pennsylvania Law Review (1996) 1745 ff.; *Ellickson*, Taming Leviathan: Will the Centralizing Tide of the Twentieth Century Continue into the Twenty-first?, 74 S. Cal. L. Rev. (2000) 101-118; *Posner* (FN 68).

vom *Private Ordering* sieht das staatliche Privatrecht demgegenüber vor allem in einem institutionellen Wettbewerbsverhältnis zu sozialen Normarrangements und plädiert für eine Entmonopolisierung und Privatisierung des Handelsrechts, also für einen möglichst freien Wettbewerb privater Rechtssysteme.

Setzt man den transaktionsrechtlichen Teil der Wirtschaftsverfassung einem Wettbewerb *nach außen* (Systemwettbewerb) und/oder *nach innen* (Private Ordnung) aus, so bedarf dieser Ordnungswettbewerb selbst einer Verfassung, die in einem ordnungsrechtlichen Teil zunächst festlegt, in welchem substantiellen Umfang das Transaktionsrecht dem Wettbewerb staatlicher und/oder privater Anbieter von Recht ausgesetzt sein soll (Abgrenzung von dispositivem und zwingendem staatlichen Recht),⁸⁴ sowie die näheren Bedingungen ausgestaltet, unter denen ein solcher Ordnungswettbewerb als frei verstanden werden kann (Verbot von Wettbewerbsbehinderungen, unlauterem Wettbewerb etc.), um sodann in einem interventionsrechtlichen Teil staatliche Reaktionen auf potentiell Marktversagen vorzusehen.⁸⁵ In dem Maße, in dem man Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf Märkten nicht mehr als zwingend im staatlich geführten Monopol zu produzierendes öffentliches Gut, sondern als in einem regulierten Wettbewerb auch privat herstellbares öffentliches Gut versteht,⁸⁶ wird die Wirtschaftsverfassung somit *reflexiv* im Sinne der Festlegung der Bedingungen ihrer eigenen Herstellung, und damit erst zur Verfassung i.e.S.⁸⁷

Das Transaktionsrecht, soweit es nicht ohnehin im Rahmen der Privatautonomie zur Disposition der Parteien steht, verliert damit tendenziell seinen Charakter als *äußere Institution*. Soweit die Nachfrager in einem Wettbewerb der öffentlichen und privaten Anbieter von Ordnung frei wählen können, wird es vielmehr zu einer *inneren Institution*, die in die Metaregeln einer prozeduralen Wirtschaftsverfassung als (Transaktions-) Rechtsverfassungsrecht eingebettet ist. Das Transaktionsrecht verliert jedoch nicht deshalb seinen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Charakter,

⁸⁴ Z.B. nur das Handelsrecht verstanden als Transaktionsrecht der als juristische Personen verfassten Unternehmen (so offensichtlich *Hadfield*, a.a.O. FN 82) bzw. als Vertragsrecht der Kaufleute, nicht oder aber nur mit Einschränkungen das Recht der Verbraucherverträge (so die Ratio des internationalen Verbrauchervertrags- und prozessrechts: s.o. Kap. 3 I.-III.).

⁸⁵ Vgl. grundlegend *Kerber*, Zum Problem einer Wettbewerbsordnung für den Systemwettbewerb, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 17 (1998), S. 199 ff.; am Beispiel des „Missbrauchs der EG-Grundfreiheiten“ vgl. *Calliess*, EWS 2000, 432, 438 ff.

⁸⁶ *Benson*, The Enterprise of Law: Justice Without the State, 1990; *Heine*, Kompetitiver Föderalismus auch für das öffentliche Gut "Recht"?, in: Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 2003, S. 472 ff.; aus juristischer Sicht *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, Kap. I-III.

⁸⁷ *Kerber* (Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 67 ff.) spricht von einer „Metarechtsordnung“ (S. 81 ff.), man kann diesbezüglich auch von prozeduralem Recht (*Calliess*, Prozedurales Recht, 1999) oder von Rechtsverfassungsrecht (*Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13 ff., 18) sprechen. *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, ZaöRV 2003, 1, 20, will den Begriff der Zivilverfassung im Gegensatz zum weiten, auch das einfache Transaktionsrecht umfassenden Begriff der Wirtschaftsverfassung auf diese reflexiven Elemente beschränken.

weil mit der Wahl eines privaten oder ausländischen Rechtssystems die Wahl einer Vielzahl von verfahrens- und materiellechtlichen Institutionen verbunden ist, die im Rahmen der klassischen Vertragsfreiheit gerade nicht zur Disposition der Parteien stehen. Hochformal organisierte private Rechtssysteme verfügen vielmehr mit den Festlegungen über Zuständigkeiten und Verfahren der Streitschlichtung, den spezialisierten Vertragsregelwerken sowie den institutionalisierten sozialen Sanktionsmechanismen über eine innere Verfassung, die als *Spontanverfassung* bezeichnet werden kann.⁸⁸ Die Wahl zwischen verschiedenen privaten und staatlichen Rechtsordnungen stellt sich deshalb als Akt der Verfassungswahl (*constitutional choice*) dar, die selbst in eine äußere Metaverfassung eingebunden ist.

Fragt man nunmehr auf Weltebene nach dem transaktionsrechtlichen Gehalt einer Weltwirtschaftsverfassung, so entfällt aufgrund der Abwesenheit eines Weltstaats mit Gewaltmonopol die Option eines Weltprivatrechts nach dem Vorbild nationalstaatlicher Privatrechtsordnungen. Der transaktionsrechtlichen Institutionalisierung der Weltmärkte ist ein Wettbewerb der Privatrechtsordnungen gleichsam immanent, insofern den Parteien grenzüberschreitender Verträge über die Auswahl des Gerichtsortes (*forum shopping*) selbst dann eine Wahl zwischen verschiedenen Privatrechtsordnungen möglich wäre, wenn die staatlichen Gerichte jeweils streng nach dem *lex fori*-Prinzip nur eigenes Privatrecht anwenden würden. Durch völkerrechtliche Übereinkunft geschaffenes materielles Einheitsrecht wie das CISG belässt den Parteien die Freiheit eines *opt out*, d.h. es vermehrt lediglich den existierenden Rechtspluralismus. Die Metaregeln dieses Wettbewerbs der staatlichen Privatrechtsordnungen finden sich im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, welches – soweit es Gegenstand der Rechtsvereinheitlichung ist oder jedenfalls gemeinsamen Prinzipien wie der Freiheit der Rechtswahl und der Gerichtsstandsvereinbarung folgt – den transaktionsrechtlichen Teil einer Weltwirtschaftsverfassung ausmacht.⁸⁹ Während die Vereinheitlichung des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht auf europäischer Ebene weit voran geschritten ist, haben sich allerdings auf globaler Ebene noch nicht einmal die OECD-Staaten auf einheitliche Regeln über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen einigen können.⁹⁰

Bestandteil einer Weltwirtschaftsverfassung ist aber auch die Frage, ob und unter welchen Bedingungen private Rechtssysteme in Konkurrenz zu den staatlichen Rechtsordnungen treten dürfen. Diesbezüglich regelt das New Yorker UN-Übereinkommen von 1958 die weltweite Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen und das UNCITRAL Modellgesetz zur internationalen Schiedsge-

⁸⁸ Vgl. *Teubner*, Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, in: *Liber Amicorum Spiros Simitis*, 2000, S. 437 ff.

⁸⁹ *Behrens*, Die Bedeutung des Kollisionsrechts für die „Globalisierung“ der Wirtschaft, in: *Basedow* (Hrsg.), 75 Jahre MPI Privatrecht, 2001, S. 381 ff.; *Mankowski*, Europäisches Internationales Privat- und Prozessrecht im Lichte der ökonomischen Analyse, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 118 ff.

⁹⁰ Zum Scheitern der Hague Judgments Convention siehe *Calliess*, Value-added Norms, Local Litigation, and Global Enforcement: why the Brussels-Philosophy failed in The Hague, in: *German Law Journal* Vol 5 No 12 m.w.N.

richtsbarkeit sieht vor, dass Schiedsgerichte auch nicht-staatliche Rechtsregeln anwenden dürfen. Es erscheint daher als berechtigt, auf diesem Gebiet von einer etablierten Weltwirtschaftsverfassung zu sprechen. Diese gegenüber staatlichen Gerichten vorteilhafte Rechtslage hat die Entstehung transnationaler privater Rechtssysteme, die im Gegensatz zum staatlichen Recht schon per definitionem nicht an ein Territorium, sondern an ein funktionsfähiges soziales Netzwerk gebunden sind, befördert.⁹¹

Freilich ist die Konkurrenz durch private Rechtssysteme auf eine solchermaßen förderliche Weltwirtschaftsverfassung nicht angewiesen. Ebenso wie sich internationales *forum shopping* und damit der Wettbewerb der staatlichen Privatrechtsordnungen nicht verbieten lässt, so kann jedenfalls ein Rechtsstaat die Entstehung und Inanspruchnahme privater Rechtssysteme nicht verhindern; er kann sie lediglich durch Subventionierung und Qualitätssteigerung des staatlichen Rechtssystems, durch Nichtanerkennung privater Justizdienstleistungen oder durch Intervention in soziale Sanktionsmechanismen (Diskriminierungsverbote, Kontrahierungszwänge etc.) erschweren und behindern (*crowding out*). So hat der Nationalstaat im Verlaufe des 19. und 20. Jahrhunderts soziale Selbstregulierung und privates Recht zunehmend durch Verstaatlichung verdrängt oder durch Einbindung in staatliche Hierarchien domestiziert. Insbesondere die mittelalterliche Lex Mercatoria wurde durch das im 19. Jahrhundert modernisierte staatliche Handelsrecht verdrängt.⁹² Gleiches dürfte sich aber in Abwesenheit eines Leviathan auf globaler Ebene kaum wiederholen.⁹³

Auf den Weltmärkten ergibt sich damit ein natürlicher Wettbewerb zwischen nationalstaatlichen, völkervertragsrechtlichen und privaten Vertragsrechtsregimes, der als System von funktionalen, sich überlappenden und konkurrierenden Jurisdiktionen (FOCI) interpretiert werden kann.⁹⁴ Aufgabe einer Weltwirtschaftsverfassung ist es dann, diesen Wettbewerb in einer Weise zu verfassen, die *einerseits* die Entstehung von Rechtssicherheit und damit die Reduktion von Transaktionskosten auf den

⁹¹ Zu Schiedsgerichtsbarkeit und Lex Mercatoria siehe *Calliess*, Reflexive Transnational Law, ZfRSoz 2002, 185 ff. m.w.N.

⁹² Zur Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert vgl. *Rückert*, Handelsrechtsbildung und Modernisierung des Handelsrechts durch Wissenschaft zwischen ca. 1800 und 1900, ZHR Beiheft Bd. 66, 1993, S.19 ff.; zur dadurch begründeten Verdrängung der Lex Mercatoria vgl. nur *Stein*, Lex Mercatoria, 1995, S. 19 ff.

⁹³ In einer sehr gründlichen Analyse zeigt *Volckart* (No Utopia: Government without Territorial Monopoly in Medieval Central Europe, JITE 2002, 325 ff.), unter welchen gesellschaftlichen Bedingungen im Mittelalter das Gut „Sicherheit“ in einem System der „functional, overlapping, and competing jurisdictions“ produziert wurde, und wie dieses System mit dem Aufkommen des territorialen Nationalstaats abgelöst wurde. Er kommt zu dem Ergebnis, dass sich diese Bedingungen in modernen Gesellschaften nicht reproduzieren lassen, Sicherheit bleibe daher ein öffentliches Gut, das nur im natürlichen Monopol des Staates produzierbar sei (a.a.O. S. 340). Einerseits lässt er dabei die spezifischen Bedingungen auf globaler Ebene, die *Bull* (The Anarchical Society, 1977) als „neues Mittelalter“ umschrieben hat, außer Acht, andererseits erscheinen die Bedingungen für eine nicht monopolistische Produktion von Opportunismus eindämmenden Institutionen auch in modernen Gesellschaften als erfüllt.

⁹⁴ Vgl. *Calliess*, Reflexive Transnational Law, ZfRSoz 2002, 185 ff.

Weltmärkten ermöglicht, *andererseits* aber auch die Gerechtigkeit des Rechts der grenzüberschreitenden Verträge gewährleistet, insbesondere im Hinblick auf Vertragsparteien, die wie der Verbraucher im allgemeinen als besonders schutzbedürftig angesehen werden. Damit ergibt sich insgesamt eine Perspektive auf eine Weltwirtschaftsverfassung, die die Produktion von transnationaler Rechtsicherheit und Gerechtigkeit im Wettbewerb privater und öffentlicher Governance Regimes bzw. Jurisdiktionen verfasst.

II. Weltpolitik: Konstitutionalisierung von Global Governance

Wie alle Staatswissenschaften verharteten die Politikwissenschaften lange Zeit in einem etatistischen Verständnis der internationalen Beziehungen,⁹⁵ welche entweder als rein machtbasierte Interaktion zwischen den Regierungen souveräner Nationalstaaten beschrieben (Realismus) oder normativ am Ideal eines föderativen Weltstaates ausgerichtet wurden (Liberalismus). Vom Staat als Entität, der das Ganze der Gesellschaft verkörpert, verabschiedete sich demgegenüber seit den siebziger Jahren die *Regime-Theorie*⁹⁶ aufgrund der Beobachtung, dass sich in bestimmten Feldern der Weltpolitik relativ autonome, rechtsähnliche Handlungsräume etablierten, die sich *einerseits* aufgrund der Vernetzung internationaler Organisationen mit nicht-staatlichen Akteuren (*proliferation of actors*)⁹⁷ sowie einer zunehmenden Verrechtlichung (*proliferation of tribunals*)⁹⁸ von den Nationalstaaten verselbständigten, sich *andererseits* aber aufgrund ihrer streng funktionalen Spezialisierung auf die Regulierung konkreter Problemlagen (*issue-specific*)⁹⁹ sowie ihrer fehlenden Einordnung

⁹⁵ Zum "methodologischen Nationalismus" vgl. Beck, Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter, 2002, S. 50 ff. m.w.N.

⁹⁶ Zur Theorie internationaler Regime vgl. Ruggie, International Responses to Technology: Concepts and Trends, International Organization 29 (1975), 557 ff.; Keohane/ Nye, Power and Interdependence. World Politics in Transition, 1977; Krasner, Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables, in: ders. (ed.), International Regimes, 1983, 1 ff.; Rittberger (ed.), Regime Theory and International Relations, 1993.

⁹⁷ Slaughter, Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System, in: Dezeley/Garth (ed.), Global Prescriptions, 2002, 12 ff.

⁹⁸ Goldstein/Kahler/Keohane/Slaughter, Legalization and World Politics, 54 International Organization (2000), 385 ff.; Brüttsch, Verrechtlichung der Weltpolitik oder Politisierung des Rechts? ZfRSoz 2002, 165 ff.; Zürn/Zangl (Hrsg.), Verrechtlichung - Baustein für Global Governance?, Bonn 2004.

⁹⁹ 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).

in eine supranationale Hierarchie (*self-contained*)¹⁰⁰ nicht als Organe eines (entstehenden) Weltstaates interpretieren ließen.

Die Ausdifferenzierung der Weltpolitik in eine Vielzahl sich thematisch überschneidender (*overlapping jurisdictions*), von der normativen Grundausrichtung teils widersprüchlicher (*normative fragmentation*) internationaler Regimes mit zunehmend unabhängigen Streitschlichtungsinstanzen ist wegen der damit verbundenen Möglichkeiten, diese auf politischer (*regime shifting*) oder rechtlicher Ebene (*forum shopping*) strategisch gegeneinander auszuspielen, in die Diskussion geraten.¹⁰¹ Ob und wie die Konflikte zwischen kollidierenden Regimes (z.B. WTO und Umwelt)¹⁰² unter dem Gesichtspunkt der Konsistenz und Kohärenz des internationalen Rechts aufgelöst werden können und sollen, ist Gegenstand einer intensiven Debatte über die Konstitutionalisierung des Völkerrechts, wobei die vorgeschlagenen Metaregeln von Zusammenwirken¹⁰³ über Vernetzung¹⁰⁴ bis hin zu Wettbewerb¹⁰⁵ die ganze Bandbreite der denkbaren Organisationsprinzipien zwischen Hierarchie und Heterarchie, Harmonie und Konkurrenz, Rechtseinheit und Rechtspluralismus abdecken.

Vor dem Hintergrund einer solchermaßen dezentrierten Weltpolitik ist der Begriff *Global Governance* als Versuch der Konzeptionalisierung eines „komplexen Weltregierens“ zu verstehen, welches weder Souverän (Weltstaat) noch Hierarchiespitze (Weltregierung) kennt.¹⁰⁶ Im Gegensatz zur akteurzentrierten politikwissenschaftli-

¹⁰⁰ *Simma*, Self-Contained Regimes, 16 NYIL (1985) 111 ff.; *Koskenniemi*, 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

¹⁰¹ Zur Verrechtlichung internationaler Streitschlichtung *Keohane/Moravcsik/ Slaughter*, Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational, in: 54 International Organization (2000) 457 ff.; zur Proliferation der Streitschlichtungsinstanzen *Koskenniemi/ Leino*, Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, 15 Leiden Journal of International Law (2002) 553 ff.; zu den Folgen *Helper*, Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking, 29 Yale J. Int'l L. (forthcoming); *ders.*, Forum Shopping for Human Rights, 148 U. Pa. L. Rev. (1999) 285 ff.

¹⁰² *Perez*, Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism, Rethinking the Trade and Environment Conflict, 2004; *Kluttig*, Welthandelsrecht und Umweltrecht – Kohärenz statt Konkurrenz, Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht Halle, Heft 12/2003; Speziell zu GATT vs. MEAs (Multilateral Ecological Agreements) *Böckenförde*, Zwischen Sein und Wollen – Über den Einfluss umweltvölkerrechtlicher Verträge im Rahmen eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens, ZaöRV 63 (2003), 971 ff.; zu TRIPS vs. CBD (Convention on Biodiversity) *Bodeker*, Traditional Medical Knowledge, Intellectual Property Rights & Benefit Sharing, 11 Cardozo J. Int'l & Comp. L. (2003) 785.

¹⁰³ *Stokke*, The Interplay of International Regimes: Putting Effectiveness Theory to Work, The Fridtjof Nansen Institute, FNI Report 14/2001 m.w.N.

¹⁰⁴ *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.*, Regimekonflikte, 1995 (i.E.)

¹⁰⁵ *Budzinski*, Pluralism of Competition Policy Paradigms and the Call for Regulatory Diversity, Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge Nr. 14/2003.

¹⁰⁶ *Czempiel/Rosenau* (eds.), Governance Without Government: Order and Change in World Politics, 1992; *Reinicke*, Global Public Policy. Governing without Government?, 1998; *Zürn*, Regieren

chen Steuerungstheorie, die auf der Basis des tradierten kontinentaleuropäischen Staatsverständnisses die Bedingungen der Intervention von demokratisch legitimierter Politik in nationale Gesellschaften untersucht,¹⁰⁷ handelt es sich bei dem Begriff *Governance* um ein institutionalistisches Konzept, anhand dessen zunächst in der Transaktionskostenökonomik Markt und (Firmen-)Hierarchie als unterschiedliche Formen der regelgeleiteten Koordination wirtschaftlichen Handelns auf ihre Effizienz hin untersucht wurden.¹⁰⁸ Der Unterschied kann am Beispiel der *Corporate Governance* verdeutlicht werden, wo bestimmte Aspekte der Unternehmensverfassung untersucht werden – also gerade nicht das "Steuerungshandeln" von Managern, sondern die Institutionen, die rationales Handeln über situative Anreize lenken.¹⁰⁹

Aus diesem ökonomischen Kontext ist das Governance-Konzept in die Organisationssoziologie sowie in die Politikwissenschaften übernommen worden, wobei auch Clubs, Verbände und Netzwerke als Formen der Handlungskoordination jenseits von Markt und Hierarchie in die Analyse einbezogen wurden,¹¹⁰ so dass Governance die Gesamtheit „aller nebeneinander bestehenden Formen der kollektiven Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte (meint): von der institutionalisierten zivilgesellschaftlichen Selbstregelung über verschiedene Formen des Zusammenwirkens staatlicher und privater Akteure bis hin zu hoheitlichem Handeln staatlicher Akteure.“¹¹¹

In diesem weiten Sinne wird Global Governance auch in der Theorie der internationalen Beziehungen als aggregiertes Resultat der Tätigkeiten verschiedenster Akteure (Staat, Wirtschaft, Zivilgesellschaft) in einem Mehrebenensystem (national, international, transnational), das heißt als „Gesamtarrangement von *Governance by, with and without Governments*“ verstanden.¹¹² Die Legitimität von Global Governance wird dabei an normativen Kriterien gemessen, die zwar implizit dem Leitbild des demokratischen und nationalen Verfassungsstaates verpflichtet bleiben, jedoch

jenseits des Nationalstaates, 1998; ausgesprochen hilfreich der Überblick bei *Mayntz*, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, MPIfG Working Paper 04/1, 2004

¹⁰⁷ Aktueller Überblick bei *Dose*, *Trends und Herausforderungen der politischen Steuerungstheorie*, in: Grande/Prätorius (Hrsg.), *Politische Steuerung und neue Staatlichkeit*, 2003, S. 19 ff.

¹⁰⁸ *Williamson*, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *Journal of Law and Economics* (1979) 233 ff.; *ders.*, *The Economics of Governance: Framework and Implications*, 140 *JITE* (1984), 195 ff.

¹⁰⁹ Vgl. *Mayntz*, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, MPIfG Working Paper 04/1, 2004; zu *Corporate Governance* ausführlich *Zumbansen*, *Innovation und Pfadabhängigkeit*, Frankfurter Habilitationsschrift 2004.

¹¹⁰ *Schneider/Kenis*, *Verteilte Kontrolle: Institutionelle Steuerung in modernen Gesellschaften*, in: dies. (Hrsg.), *Organisation und Netzwerk. Institutionelle Steuerung in Wirtschaft und Politik*, 1996, S. 9 ff.; *Schneider*, *Organizational Governance – Governance in Organisationen*, in: Benz (Hrsg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen – Eine Einführung*, 2004

¹¹¹ *Mayntz*, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, MPIfG Working Paper 04/1, 2004; *Benz*, *Governance – Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept?* in: *ders.* (Hrsg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen – Eine Einführung*, 2004, S. 13, 21

¹¹² *Zürn*, *Regieren jenseits des Nationalstaats*, 1998, S. 166 ff.; vgl. auch *dens.*, „Mission Statement“ der Hertie School of Governance (www.hertie-school.org)

von dessen konkreten Institutionalisierungen abstrahieren: So werden nicht Parlamente, sondern öffentliche Rechtsetzungsverfahren unter deliberativer Beteiligung aller Betroffenen zum Maßstab einer gelungenen *Verrechtlichung* erhoben. Nicht Grundrechtsgeltung und Normenhierarchie nach dem Vorbild föderaler Systeme (*lex superior*), sondern die rechtliche Bindung an fundamentale soziale Grundwerte (*ius cogens*) sowie das Vorhandensein von Konsistenz sichernden Kollisionsregeln werden zum Maßstab der *Konstitutionalisierung* von Global Governance erhoben.¹¹³

Teilweise wird der Begriff Governance aber auch in einem engeren Sinne als Gegenbegriff zu hierarchischer Steuerung genutzt: "... governance implies that private actors are involved in decision-making in order to provide common goods and that non-hierarchical means of guidance are employed ..."¹¹⁴ Im Gegensatz zum sozialstaatlichen Interventionismus des 20. Jahrhunderts meint Governance dann eine Beschränkung der Politik auf das Setzen konstitutioneller Rahmenbedingungen für Selbststeuerung, so dass sich Überschneidungen zur Debatte um den kooperativen Staat, den Supervisions- bzw. Gewährleistungsstaat ergeben.¹¹⁵ Auf internationaler Ebene orientiert sich „Good Governance“ dann weniger an den nationalstaatlichen Konzepten von Demokratie und Rechtsstaat, sondern eher am Leitbild effizienter Unternehmensführung: Die Ziele im Projekt „Global Governance“ (Führung/Leitung/Steuerung der Weltgesellschaft) werden in wechselnden, an der „Sache“ orientierten Koalitionen unter der Schirmherrschaft spezialisierter internationaler Organisationen und bei Beteiligung der wesentlichen Kreise diskutiert und in „Guidelines“ niedergelegt. Die Umsetzung erfolgt im Zusammenwirken der selbstregulierungsfähigen, d.h. mächtigen, handlungsfähigen und hoch organisierten Akteure, also der Nationalstaaten, der transnationalen Unternehmen sowie transnational organisierter zivilgesellschaftlicher Organisationen.¹¹⁶

Das *Prinzip Global Governance* könnte man wie folgt formulieren: Auf dem Weg zur Lösung der drängenden Probleme der Weltgesellschaft ist jedes Mittel recht, sofern es zu einer *primär effektiven* und erst *sekundär* auch *legitimen* Regelung von Sachfragen beitragen kann. In Abgrenzung zum traditionellen „exekutiven Multila-

¹¹³ Vgl. Zangl/Zürn, *Make Law, Not War: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance*, in: dies. (Hrsg.), *Verrechtlichung - Baustein für Global Governance?*, Bonn 2004, die bewusst ein gradualisiertes Konzept von *Verrechtlichung* und *Konstitutionalisierung* benutzen, um den juristischen Streit über Recht (Hard Code) oder Nicht-Recht (Soft Law) produktiv zu umgehen.

¹¹⁴ Héritier, *Introduction*, in: dies. (ed.), *Common Goods. Reinventing European and International Governance*, 2002, 1, 3; vgl. auch Rhodes, *Understanding Governance. Policy Networks, Reflexivity and Accountability*, 1997; die angeblichen Unterschiede zu Zürn sind freilich kaum wahrnehmbar: "Traditional forms of (hierarchical) "government" are losing significance; new forms of (horizontal) political regulation are emerging: "Governance" – with and without government" (Mission Statement, www.hertie-school.org).

¹¹⁵ Im Überblick Calliess/Mahlmann, *Der Staat der Zukunft*, ARSP-Beiheft 83 (2002), S. 11 ff.; zu den Verbindungen zur Governance-Debatte Mayntz, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, MPIfG Working Paper 04/1, 2004.

¹¹⁶ Heins, *Der neue Transnationalismus, Nichtregierungsorganisationen und Firmen im Konflikt um die Rohstoffe der Biotechnologie*, 2001, S. 61 ff.; Beck, *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter*, 2002, S. 23 ff.

teralismus“ legitimiert und vollzieht sich die derart entstehende globale Ordnung in weitgehender Autonomie von den Nationalstaaten. Das impliziert ein post-etatistisches Modell von Weltpolitik, welches auch als Ausdruck des Unmuts der Beteiligten über den Zustand internationaler Verrechtlichung sowie als Zeichen des Misstrauens gegenüber der Fähigkeit der Nationalstaaten zu friedlicher Kooperation interpretiert werden kann.

In einer mehrheitlich unfreien Staatenwelt¹¹⁷ glaubt Global Governance weder an eine „Demokratisierung internationaler Institutionen“¹¹⁸ noch an die unilateral-gewaltsame „Demokratisierung der Staatenwelt“. Global Governance verfolgt vielmehr die Idee, dass ein politisches Sachprojekt auf globaler Ebene mitunter effizienter zu verwirklichen ist, wenn man sich direkt mit einflussreichen wirtschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Akteuren auf die Einhaltung von Mindeststandards und die Erreichung von bestimmten Zielen einigt, als wenn man sich in multilateralen Verhandlungen mit Autokraten über vermeintlich asiatische oder arabische Werte streitet.¹¹⁹ Dem Elend der UN-Menschenrechtskommission, die zunehmend von einem „Abuser Club“ beherrscht wird, der sich per Mehrheitsbeschluss vom Vorwurf der Menschenrechtsverletzung selbst frei spricht,¹²⁰ steht dann paradigmatisch die Initiative der „Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights“, einer nicht multilateral besetzten Expertenkommission mit (formal nur) beratender Funktion, zu „UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights“ gegenüber, welche in Fortentwicklung des UN Global Compact ein „Restatement“ der global geltenden Rechtspflichten der Wirtschaft mit Vorschlägen zu einem institutionalisierten „Global Monitoring“ verbindet.¹²¹

¹¹⁷ Karatnycky, Liberty's Expansion in a Turbulent World: Thirty Years of the Survey of Freedom, in: Freedom House, Freedom in the World 2003: The Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties: "At the end of 2002 there were ... 55 Partly Free countries in which there is limited respect for political rights and civil liberties, a decrease of four. These states also suffer from an environment of corruption, weak rule of law, ethnic and religious strife, and often a setting in which a single political party enjoys dominance despite the facade of limited pluralism. Approximately 20.87 percent of the world's population, 1.293 billion persons, lived in such Partly Free societies. There were 2.186 billion people (35.28 percent of the global population) living in 48 Not Free countries, where basic political rights are absent and basic civil liberties were widely and systematically denied, the same as the previous year."

¹¹⁸ So aber Deutscher Bundestag, Schlussbericht der Enquete-Kommission, Globalisierung der Weltwirtschaft, 2002, S. 426-433.

¹¹⁹ "Vermeintlich" sind solche Werte deshalb, weil sie nicht universalisierbar sind: so beweisen die Demokratiebewegungen in China, Hong Kong oder im Iran, dass jeweils nur die autokratischen Machthaber dieser Länder selbst behaupten, Demokratie sei ein rein westlicher Wert. Und die Entwicklung in Afghanistan und im Irak zeigt, dass jeweils nur die herrschenden Männer behaupten, die Unterdrückung der Frauen sei ein islamischer Wert.

¹²⁰ Human Rights Watch, "U.N. Rights Body In Serious Decline", Press Release, Geneva, April 25, 2003, available at www.hrw.org/press/2003/04/unchr042503.htm

¹²¹ Hillemanns, UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights, 4 German L J No. 10 (2003); Nowrot, Die UN-

Die zunehmende Umgehung der an der Verabschiedung von Staatsverträgen orientierten formal-völkerrechtlichen Rechtsetzungsverfahren durch Vereinbarung von Soft-Law reagiert darüber hinaus auf ein Prinzipal-Agent-Problem, welches sich generell in intergouvernementalen Verhandlungssystemen zwischen den Vertretern auch demokratischer Staaten und den repräsentierten Bürgern ergibt: Sobald nämlich Ministerialbürokraten hinter Namensschildern wie „China“, „France“ oder „United States of America“ am Verhandlungstisch Platz nehmen, ändern sich Argumentationsstil, Evaluationskriterien und Zielorientierung der Verhandlungen.¹²² Es kommt dann weniger auf die aus Sicht der betroffenen Bürger notwendige Lösung eines Sachproblems (z.B. Vereinheitlichung des Privatrechts im Interesse der im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr tätigen Bürger an Rechtssicherheit) als vielmehr auf Identitätserwägungen (z.B. zum Kulturkampf hochstilisierter „Justizkonflikt“)¹²³ und Souveränitätsinteressen der beteiligten Staaten (Gleichberechtigung der Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats) an, so dass eine globale Regelung von Sachfragen z.B. an unterstelltem Eurozentrismus, vermeintlichem Unilateralismus, sachfremden Koppelungsgeschäften oder schlicht an einer Machtprobe und drohendem Gesichtsverlust der Staatsrepräsentanten scheitert. Begünstigt wird ein solches Verhalten der Staaten (Agenten) durch die Tatsache, dass die Kosten des Scheiterns von Verhandlungen von den betroffenen Bürgern (Prinzipale) zu tragen sind.¹²⁴ Man kann diesen Befund auch systemtheoretisch formulieren, insofern das Interesse an einer privatrechtlichen Verfassung transnationaler Interaktionssphären auf den Bildschirmen eines in seiner demokratischen Eigenrationalität zwar hochgetriebenen, jedoch an einer nationalen *polity* ausgerichteten politischen Systems allenfalls als irrelevantes Rauschen wahrnehmbar ist, weil man mit Privatrechtsvereinheitlichung keine Wahlen gewinnen kann, wohingegen es der Eigenlogik traditioneller Außenpolitik durchaus entspricht, „nationale“ Interessen auf Kosten globaler Koordination zu verwirklichen (unsere Wirtschaft zuerst) und zugleich nationale Identität zu demonstrieren (Schosshundrhetorik).

Norms - Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, Beiträze zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 21, 09/2003.

¹²² Hierzu mit tiefen Einsichten aus der Praxis *Kronke*, Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, JZ 2001, 1149 ff., der beklagt, dass der Etat von UNIDROIT geringer ausfalle, als der des Kindergartens in seiner baden-württembergischen Heimatstadt; *Drobnig*, Vereinheitlichung von Zivilrecht durch soft law, in: FS 75 Jahre MPI Privatrecht, 2001, S. 745 ff., der ausführt, man stehe der Privatrechtsvereinheitlichung auf völkervertragsrechtlicher Grundlage heute „ernüchtert bis kritisch gegenüber“.

¹²³ Dazu etwa *Baumgartner*, The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements, 2003, S. 74 ff., 79.

¹²⁴ Eine ausführliche Public Choice-Analyse des Problems findet sich bei *O'Hara*, Economics, Public Choice, and the Perennial Conflict of Laws, 90 Georgetown Law Journal (2002) 941: “States are unlikely to agree on any particular choice-of-law rule because they represent the interests of their constituents rather than an interest in global welfare.” (949); *dies.*, Opting Out of Regulation: A Public Choice Analysis of Contractual Choice of Law, 53 Vand. L. Rev. (2000) 1551; *dies./Ribstein*, Conflict of Laws and Choice of Law, in: Bouckaert/De Geest (eds.), Encyclopedia of Law and Economics Vol. 5, 2000, 631 ff.

Global Governance kommt demgegenüber ohne das Relikt einer Geheimdiplomatie als Kunst der Eitelkeiten einer heute ohnehin unter keinem Aspekt aristokratischen politischen Elite aus, sondern setzt auf Transparenz der Prozesse und Verantwortlichkeit der Akteure.¹²⁵ Die Einbeziehung nicht-staatlicher Akteure und die Schaffung von in seiner Genese nicht vom völkerrechtlichen Multilateralismus abhängigen Soft-Law impliziert der Sache nach eine Umgehung der weder demokratisch ausreichend legitimierten noch hinreichend zu transnationaler Kooperation motivierten Repräsentanten des Nationalstaats durch *direkt legitimierenden Durchgriff auf die Betroffenen* unter der Flagge der „globalen Zivilgesellschaft“. Die involvierten internationalen Organisationen betreiben dabei nicht nur vom mitgliedstaatlichen Auftrag abgelöstes „Agenda Setting“, sondern versuchen sich auch finanziell aus der Abhängigkeit von den Mitgliedstaaten zu emanzipieren.¹²⁶ Der neue Transnationalismus zielt auf eine konsensuale Verbreitung globaler Werte unterhalb der Ebene formaler Politik durch den direkten Austausch mit sich als Weltbürger verstehenden wirtschaftlichen (Corporate Citizenship) und zivilgesellschaftlichen (NGOs) Akteuren. Wurde diese Art der subpolitischen Herrschaftsausübung in den siebziger Jahren noch als „the American mode of expansion“¹²⁷ denunziert, so haben sich die Administrationen internationaler Organisationen wie der UNO, OECD, UNIDROIT etc. in den neunziger Jahren diese Strategie zu eigen gemacht, indem sie sich gleichsam *hinter dem Rücken* der auf ihrem Souveränitätsanspruch beharrenden Nationalstaaten mit der globalen Zivilgesellschaft (Medien, TNCs, NGOs) zu einer „Coalition of the Willing“ verbündeten, die sich dem Projekt einer globalen Herrschaft des Rechts (New Legal Orthodoxy) verschrieben hat.¹²⁸

¹²⁵ Dem entspricht die Abschiednahme vom Prinzip der Immunität von Staatsführern bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit (vgl. *Fischer-Lescano*, Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte, *ZfRSoz* 2002, 217 ff.) ebenso wie die Problematisierung der Geheimdiplomatie im Europäischen Rat im Kontext der Debatte um „Good Governance in Europe“ (dazu *Joerges et. al.* (eds.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnet Working Paper No. 6/01). Zu Transparenz und Verantwortlichkeit als Prinzipien von *Good Governance* vgl. auch *Mayntz*, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, MPIfG Working Paper 04/1, 2004 sowie aus juristischer Sicht *Kokott*, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, *VVDStRL* 2003, 7, 31 ff., 33 m.w.N.

¹²⁶ So wurden die UNIDROIT Principles ohne mitgliedstaatlichen Auftrag entwickelt, die UNO versucht über die Gründung der UN-Stiftung „Drittmittel“ zu akquirieren, auch die UNESCO betreibt zunehmend professionelles Fund-Raising und die WIPO finanziert sich bereits zu über 80 Prozent durch Einnahmen aus Dienstleistungen für den privaten Sektor.

¹²⁷ *Huntington*, *Transnational Organizations in World Politics*, in: *25 World Politics* (1973), S. 333 ff., 344.

¹²⁸ Vgl. *Dezelay/Garth*, *Legitimizing the New Legal Orthodoxy*, in: dies. (ed.), *Global Prescriptions*, 2002, S. 306 ff.

III. Transnationales Recht

Im Kontext der Globalisierungsdebatte, die mit der üblichen zeitlichen Verzögerung auch die Rechtswissenschaft erreicht hat, ist es in Mode gekommen, von transnationalem Recht zu sprechen, wobei sich der Begriff durch eine erhebliche Unschärfe auszeichnet und selten definiert wird. Im folgenden werden einige aktuelle Verwendungskontexte des Begriffs aufgezeigt und es wird untersucht, ob diesem gegenüber den etablierten rechtsdogmatischen Begriffen des nationalen, internationalen und supranationalen Rechts eine eigenständige Bedeutung zukommt.

1. Die klassische Begriffsdichotomie: Nationales und Internationales Recht

In der erwähnten Tradition des „rechtsphilosophischen Etatismus“ bezeichnet Recht ein territoriales Rechtssystem, in welchem jede Form von Rechtsetzung letztlich durch den nationalen Souverän legitimiert wird und Rechtsanwendung den staatlichen Gerichten obliegt. Historisch betrachtet stellt die Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols gegenüber dem kirchlichen, imperialen und lokalen Gewaltenpluralismus des Mittelalters eine zivilisatorische Errungenschaft dar, auf deren Grundlage die Errichtung des demokratischen Verfassungsstaates überhaupt erst möglich wurde. Der absolutistische Herrschaftsanspruch des Territorialstaats wendet sich freilich nicht nur nach innen, wo private Rechtsetzung nur noch aufgrund staatlicher Anerkennung und Autorisierung denkbar ist,¹²⁹ sondern auch nach außen. Sachverhalte mit Verbindung zu mehreren Staaten werden durch das internationale Recht geregelt.

Als Völkerrecht (*Public International Law* oder *Law of Nations*) werden jene Normen bezeichnet, die vornehmlich die Rechte der Nationalstaaten in ihrer Beziehung untereinander sowie sukzessive die Rechte internationaler Organisationen und erst neuerdings auch die Rechte von Individuen gegenüber dem Staat¹³⁰ – soweit völkerrechtliche Aspekte betroffen sind – regeln. Das Völkerrecht basiert auf internationalen Staatsverträgen als positivem Recht, zudem auf den ungeschriebenen Regeln des Völkergewohnheitsrechts und auf allgemeinen Rechtsprinzipien, insofern diese von den teilnehmenden Nationen allgemein als verbindlich anerkannt werden und insoweit diese sich in den Entscheidungen internationaler Tribunale niederschlagen oder (in Europa) von der herrschenden Rechtslehre anerkannt werden.¹³¹

¹²⁹ F. Kirchhof, *Private Rechtssetzung*, 1987, S. 138 ff.; Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, 1999, § 2 mit umfangreichen Nachweisen zur Lehre der staatlichen Anerkennung der Privatautonomie in der staatlichen Privatrechtsordnung.

¹³⁰ Vgl. Marauhn (Hrsg.), *Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht*, 2003; Zumbansen, *Die vergangene Zukunft des Völkerrechts*, KJ 2001, 46 ff.; Hochhuth, *Staatsräson – Geldräson – Menschenräson. Die Selbstpreisgabe des Staates, besonders im Völkerrecht, und wem sie nützt*, ARSP Beiheft Nr. 83, 2002, S. 85 ff.

¹³¹ Zu Begriff und Entwicklung des Völkerrechts vgl. Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, S. 1-7; Ipsen, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 1999, S. 1 ff.; Seidl-Hohenveldern/Stein, *Völkerrecht*, 10. Aufl. 2000, S. 1, 12 ff. (zur Abgrenzung von verwandten Begriffen).

Als Internationales Privatrecht (*Private International Law* oder treffender *Conflict of Laws*) werden demgegenüber jene – abgesehen von einigen Staatsverträgen zu dessen Harmonisierung (z.B. das EVÜ) oder zur Begründung von internationalem Einheitsrecht (z.B. das Wiener UN-Kaufrecht, „CISG“) – im wesentlichen nationalen Rechtsregeln bezeichnet, nach denen entschieden wird, welches von mehreren nationalen Privatrechten auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung findet.¹³²

Recht ist demnach entweder als nationales Recht *innerstaatliches* Recht oder als internationales Recht *zwischenstaatliches* Recht. In dieser Begriffsdichotomie wird folglich eher der politische Wettbewerb zwischen souveränen Nationalstaaten als die im Kontext der Globalisierung zunehmende gegenseitige Interdependenz betont.

2. Europarecht als supranationales Recht

Die Europäische Union ist eine durch völkervertragsrechtlichen Gründungsakt geschaffene Internationale Organisation, die sich aus dem Kreis der übrigen Internationalen Organisationen durch eine Reihe von Besonderheiten, namentlich durch unabhängige Gemeinschaftsinstitutionen, das Mehrheitsprinzip sowie den Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts, heraushebt. Auch nach Gründung der Europäischen Union ist damit aber noch kein (Bundes-) Staat im herkömmlichen völkerrechtlichen Sinne geschaffen. Zur Kennzeichnung des *überstaatlichen* Status eines Europarechts, das im Prozess der „Verwirklichung einer immer engeren Union“ (Art. 1 Abs. 2 EU) nicht mehr klassisches zwischenstaatliches Recht und noch nicht innerstaatliches Recht ist, hat sich daher der Begriff des supranationalen Rechts eingebürgert.¹³³

3. Der neue Transnationalismus: einige Bedeutungskontexte

Im Gegensatz zu „inter“ (zwischen) und „supra“ (über) ist die Präposition „trans“ relativ vieldeutig. Je nach Kontext hat sie u.a. folgende Bedeutungen: über, hinüber, darüber hinaus, jenseits, durch, hindurch, über ... hinweg etc.¹³⁴ Transnational kann als Adjektiv demnach solchen Phänomenen zugeordnet werden, die über den Nationalstaat hinaus, jenseits des Nationalstaats, über dessen Grenzen hinweg und durch Grenzen hindurch wirken. Zur Verdeutlichung ein Beispiel aus der Globalisierungsdebatte: Wurden die Global Players der Weltwirtschaft zunächst als multinationale Unternehmen bezeichnet, so setzte sich später der Begriff des transnationalen Unternehmens durch, um deren zunehmende Unabhängigkeit von den Nationalstaaten zu

¹³² Siehe *Kegel/Schurig*, IPR, S. 4-24 (zum Begriff und seiner Abgrenzung zum Völkerrecht), S. 69 ff. (zu Rechtsangleichung und Einheitsrecht); *Kroppholler*, IPR, §§ 1, 8, 9, 12.

¹³³ *Wichard*, in: C.Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 1 EGV R. 2; *C.Calliess*, ebenda, Art. 1 EUV R. 8, 19 m.w.N.

¹³⁴ Vgl. etwa die unterschiedlichen Bedeutungsgehalte in den Wörtern Transport, Transit, transalpin, transatlantisch, transkulturell, translation: Angaben im Duden - Das große Wörterbuch der deutschen Sprache sowie im Stowasser.

kennzeichnen (nicht vielstaatlich, sondern jenseits der Staaten).¹³⁵ Im Zusammenhang mit Recht können drei Bedeutungskontexte festgemacht werden.

a) Der funktionalistische Ansatz: Norm vs. Sachverhalt

Der Begriff des transnationalen Rechts wurde – soweit ersichtlich – erstmals durch den Richter am IGH Phillip C. Jessup in die juristische Diskussion eingeführt.¹³⁶ Transnationales Recht ist danach ein Sammelbegriff für all jene Normen, die Handlungen oder Ereignisse regeln, die nationale Grenzen transzendieren. Erfasst sind straf-, zivil- und öffentlich-rechtliche Aspekte, Völkerrecht und Internationales Privatrecht. Transnationale Sachverhalte involvieren zudem nicht nur Staaten, sondern auch Individuen, Unternehmen und andere Gruppen. Diese Definition stellt im wesentlichen eine Erweiterung des Begriffs des internationalen (Völker-) Rechts dar, indem aus funktionaler Perspektive alle grenzüberschreitenden Sachverhalte erfasst werden und die Bedeutung privater Akteure in einer globalisierten Welt betont wird. Eine Reihe von us-amerikanischen juristischen Zeitschriften, die sich diesem Konzept verschrieben haben, veröffentlichen dementsprechend Artikel zu allen privaten und öffentlichen Aspekten des internationalen Rechts und der Rechtsvergleichung.¹³⁷

Dieser weite, unspezifisch auf grenzüberschreitende Phänomene rekurrierende Begriff des transnationalen Rechts ist im Kontext der zunehmenden globalen Interdependenz recht populär geworden und wird auch im Zusammenhang mit der extraterritorialen Wirkung von nationalen Rechtsakten gebraucht, etwa wenn im Zuge der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Verwaltungsrecht von „transnationalen Verwaltungsakten“ gesprochen wird.¹³⁸ Er konnte sich allerdings in der juristischen Dogmatik des Völkerrechts und des internationalen Privatrechts nicht durchsetzen.¹³⁹ Der Grund hierfür liegt darin, dass es nicht das Recht ist, das im Hinblick auf seine Quellen oder seinen Geltungsanspruch transnational ist, sondern dass lediglich

¹³⁵ Während die OECD vom Multinational Enterprise spricht (vgl. die OECD Guidelines for Multinational Enterprises, erhältlich unter www.oecd.org), verwendet die UNCTAD in ihrem World Investment Report den Begriff der Transnational Corporation (TNC) (www.unctad.org); vgl. auch Heins, Der neue Transnationalismus, 2001, S. 93.

¹³⁶ Jessup, Transnational Law, 1956, S. 2 f.; dazu Slaughter, Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System, in: Dezalay/Garth (ed.), Global Prescriptions, 2002, 12 ff.

¹³⁷ Vanderbilt Journal of Transnational Law; Columbia Journal of Transnational Law; Journal of Transnational Law & Policy; Transnational Law & Contemporary Problems

¹³⁸ Vgl. etwa Ruffert, Der Transnationale Verwaltungsakt, in: Die Verwaltung Bd. 34 (2001), 453 ff. m.w.N., der darunter im wesentlichen Verwaltungsakte mit grenzüberschreitender Wirkung versteht. Ein wichtiges Beispiel ist die extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts, etwa wenn die Europäische Kommission amerikanische Unternehmenszusammenschlüsse kontrolliert, weil diese sich in der EU auswirken.

¹³⁹ Siehe Seidl-Hohenveldern/Stein, Völkerrecht, S. 14; Kegel/Schurig, IPR, S. 23; Kropholler, IPR, S. 95.

die geregelten Sachverhalte grenzüberschreitend sind.¹⁴⁰ Damit sind die erfassten Normenkomplexe aber zu vielfältig, um das Konzept für die dogmatische Diskussion anschlussfähig zu machen.

b) Der kulturkritische Ansatz: Multilateralismus vs. Unilateralismus

Eine andere Verwendung des Begriffs des transnationalen Rechts knüpft in gewisser Weise gerade an das Fehlen transnationaler Rechtsquellen an. Transnationales Recht ist danach ein Recht, das zwar globale Geltung beansprucht, aber nicht aus den globalen Rechtsquellen des völkerrechtlichen Multilateralismus legitimiert ist, sondern eher auf einer unilateralen Ausdehnung bzw. extraterritorialen Anwendung der Maßstäbe und Prinzipien der OECD-Staaten (z.B. *general principles of the laws of civilized nations*) beruht.¹⁴¹

Diese Deutung schließt an eine Beobachtung von Samuel Huntington aus dem Jahre 1973 an, wonach insbesondere us-amerikanische Organisationen und Firmen durch eine globale Ausdehnung ihres Handlungsradius westliche Kulturmaßstäbe (also auch Rechtsvorstellungen) vermittelt über die nichtstaatlichen Sphären in die Entwicklungsländer exportieren,¹⁴² und der nach dem Fall des eisernen Vorhangs seine berühmte These aufstellte, dass dieser einseitige Kulturimperialismus zu einem Kampf der Kulturen führen werde.¹⁴³ Aus dieser Sicht ist die im Rahmen der Globalisierungsdebatte anzutreffende Rede von einem sich in einer globalen Zivilgesellschaft formierenden “globalen Recht” jenseits der Nationalstaaten¹⁴⁴ zu vorschnell, worauf mit dem Begriff des transnationalen Rechts hingewiesen werden soll.

¹⁴⁰ Siehe dazu *Horn*, The Use of Transnational Law in the Contract Law of International Trade and Finance, in: *Berger* (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 67, der den Begriff des transnationalen Rechts deshalb auf transnationale Rechtsquellen beschränken will, womit nationales Recht ausgeschlossen wird, andererseits der klassische Begriff des Völkerrechts aber um privatautonom geschaffene transnationale Normen erweitert wird.

¹⁴¹ Die Frage ist dann, welche Staaten als „civilized nations“ gelten. Völkerrechtlich sind damit zwar grundsätzlich alle Mitglieder der Vereinten Nationen gemeint, die These ist aber, dass sich allgemeine Rechtsprinzipien faktisch als unilaterale Generalisierung der westlichen Rechtstradition darstellen. Für eine Verwendung des Begriffs transnationalen Rechts in diesem kulturkritischen Sinne vgl. etwa *Günther*, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: *FS Habermas*, 2001, S. 539 ff.

¹⁴² *Huntington*, *Transnational Organizations in World Politics*, 25 *World Politics* (1973) 333 ff., 344: “Transnationalism is the American mode of expansion”. Gemeint ist in Abgrenzung zum Multilateralismus der UNO einerseits und zum europäischen Kolonialismus andererseits die Fähigkeit, Entscheidungen mit Auswirkungen für andere Länder ohne deren politische Zustimmung zu treffen, aber auch ohne diese Länder politisch zu unterwerfen, also eine Art Unterwanderung im nichtstaatlichen Bereich.

¹⁴³ *Huntington*, *The Clash of Civilisations and the Remaking of World Order*, 1996; vgl. im einzelnen die Darstellung der soziologischen und politologischen Debatte bei *Heins*, *Der neue Transnationalismus* S. 18 ff.

¹⁴⁴ Vgl. etwa *Teubner* (ed.), *Global Law Without a State*, 1997.

c) *Der post-etatistische Ansatz: staatliches vs. selbst geschaffenes Recht*

Demgegenüber wird der Begriff des transnationalen Rechts im Kontext des internationalen Handelsrechts in einem anderen, wesentlich spezifischeren Sinne verwendet: transnationales (Handels-) Recht bezeichnet hier eine *dritte Kategorie* von Recht jenseits der traditionellen Dichotomie von nationalem und internationalem Recht.¹⁴⁵ Gemeint ist die neue *Lex Mercatoria (New Law Merchant)* als autonomes Rechtssystem jenseits des Nationalstaats, das sich auf allgemeine Rechtsprinzipien, d.h. im Wege der funktionalen Rechtsvergleichung aus dem *Common Core* der nationalen Privatrechtssysteme abgeleitete Grundregeln (z.B. die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts oder die Lando Principles of European Contract Law)¹⁴⁶, sowie auf die Handelsbräuche und Gewohnheiten der internationalen Kaufmannschaft (z.B. standardisierte Vertragsbedingungen wie die Incoterms der ICC oder Formularverträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen)¹⁴⁷ gründet, und dessen Anwendung, Interpretation und Fortbildung in den Händen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit liegt.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, S. 40, 42f. Nicht alle Befürworter einer neuen *Lex Mercatoria* vertreten einen derart dezidiert nichtstaatlichen Begriff des transnationalen Rechts.

¹⁴⁶ Vgl. Bonell, *The UNIDROIT Principles and Transnational Law*, in: Berger (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, 23 ff., der transnationales Recht definiert als „all kinds of principles and rules of non-national or a-national character used in international business practice as an alternative to domestic law“ (S. 23); Michaels, *Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien*, *RabelsZ* 1998, 580 ff.; Berger, *Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung*, *JZ* 1999, 369 ff.; Blase, *Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts als Recht grenzüberschreitender Verträge*, 2001.

¹⁴⁷ Garro, *Rule-Setting by Private Organizations*, in: Fletcher/Mistelis/Cremona (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, 2001, S. 310 ff.

¹⁴⁸ Derains, *Transnational Law in ICC Arbitration*, in: Berger (ed.) *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 43 ff., der darlegt, unter welchen Bedingungen Schiedsgerichte nach den ICC Arbitration Rules transnationales (d.h. nicht-nationales) Recht anwenden (bzw. „schaffen“), und dass die resultierenden Schiedssprüche vollstreckbar sind. Gaillard, *Transnational Law: A legal system or a method of decision-making?*, in: Berger (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 53 ff. wendet ein, dass die Kodifizierung allgemeiner Rechtsprinzipien in den erwähnten Listen immer unvollständig bleiben muss und betont, dass die Anwendung/Findung transnationaler Regeln der *Lex Mercatoria* durch Schiedsrichter vor allem auf einer rechtsvergleichenden Methode (comparative approach) beruht, wodurch der rechtsschöpfende Charakter der Schiedsgerichtsbarkeit betont wird: „In sum ... the list approach and, even more certainly, the comparative law approach to transnational rules perform quite well as far as completeness, structured character, evolving nature or predictability standards are concerned. As a result, if not a genuine legal order, transnational rules do perform ... a function strikingly similar to that of a genuine legal system.“ (S. 65). Demgegenüber weist Juenger, *Some random remarks from overseas*, in: Berger (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 81 ff., darauf hin, dass im anglo-amerikanischen Common Law System transnationale Regeln als allgemeine Rechtsprinzipien auch von staatlichen Gerichten angewendet werden können: „American law, like a sponge, can soak up almost anything that is worthwhile ...“ (S. 87).

Diese neue Lex Mercatoria ist sicherlich das prominenteste Beispiel für ein (privat-) autonomes transnationales Rechtssystem.¹⁴⁹ Die Idee einer dritten Kategorie eines transnationalen Rechts jenseits des Nationalstaats lässt sich freilich verallgemeinern, insofern sich auf globaler Ebene die Entstehung einer Vielzahl von spontanen oder formalisierten, privaten oder hybriden transnationalen Rechtsregimes beobachten lässt.¹⁵⁰ Neben der Lex Mercatoria ist die Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) der ICANN ein gegenwärtig vieldiskutiertes Beispiel,¹⁵¹ dem Konzept transnationaler Rechtsregimes kommt im Rahmen der Debatte um eine Global Governance freilich generell eine hohe Bedeutung zu.¹⁵² Solche Rechtsregimes entwickeln sich als “functional, overlapping, and competing jurisdictions”¹⁵³ um konkrete Problemlagen in den funktional ausdifferenzierten gesellschaftlichen Teilsystemen herum, d.h. ihre Entstehung ist *punktuell, problembezogen und konfliktgetrieben*. Der resultierende transnationale Rechtspluralismus¹⁵⁴ kann als Ergebnis des normativen Vakuums verstanden werden, welches sich im klassischen System des nationalen und internationalen Rechts in der Weltgesellschaft ergibt.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Für eine empirische Studie zur praktischen Bedeutung der Lex Mercatoria vgl. *Berger et al.*, The Central enquiry on the use of transnational law in international contract law and arbitration, in: ders. (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 91 ff. mit dem Ergebnis, dass transnationales Recht im internationalen Handelsverkehr zwar genutzt wird, dass die Kenntnis von seiner Existenz und seinem Inhalt jedoch ungenügend ist (S. 112 f.) Ein ausführlicher Überblick über die Debatte der vergangenen 40 Jahre zur Lex Mercatoria findet sich bei *Berger*, *The New Law Merchant and the Global Market Place*, in: ders. (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 1 ff.; Vgl. auch *Zumbansen*, *Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts*, *RabelsZ* 2003, 637 ff.

¹⁵⁰ *Teubner*, *Privatregimes: Neospontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft*, in: FS Spiros Simitis, 2000, 437 ff.

¹⁵¹ Vgl. nur *Lehmkuhl*, *The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on the Regulation Beyond the Nation State*, *ZfRSoz* 2002, 61 ff.; *Calliess*, *Reflexive Transnational Law, The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, *ZfRSoz* 2002, 185 ff. jeweils m.w.N.

¹⁵² Vgl. etwa im Kontext von Internet Governance *Perritt*, *Cyberspace Self-Government: Town-Hall Democracy or Rediscovered Royalism*, 12 *Berkeley Tech. L. J.* (1997), S. 413 ff.; *ders.*, *The Internet is Changing the Public International Legal System*, 88 *KY L. REV.* (2000), S. 885 ff.; *Grewlich*, *Conflict and good Governance in Cyberspace, Multi-level and Multi-actor Constitutionalisation*, in: Engel/Keller (ed.), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, 2000, S. 237 ff.

¹⁵³ Zur Idee der FOCI s.o. I und *Frey/Eichenberger*, *The New Democratic Federalism for Europe*, 1999.

¹⁵⁴ *Teubner*, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in: *Teubner* (ed.), *Global Law Without a State*, 1997, 3-28; *K. v. Benda-Beckmann*, *Transnational Dimensions of Legal Pluralism*, in: Fikentscher (Hrsg.), *Begegnung und Konflikt – Eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme*, 2001, S. 33 ff.; *dies.*, *Globalization and legal pluralism*, 4 *International Law FORUM du droit international* 2002, S. 19 ff.

¹⁵⁵ *Berger*, *The New Law Merchant and the Global Market Place*, in: ders. (ed.), *The Practice of Transnational Law*, 2001, S. 14;

4. Das Tetralemma des globalen Rechts

Definitionen sind stets kontext- und zweckbezogen. Ohne den Wert der funktionalen oder kulturkritischen Verwendungsweisen des Begriffs des transnationalen Rechts generell in Zweifel zu ziehen, erscheinen diese für eine Verwendung im rechtsdogmatischen Kontext jedoch als zu unspezifisch, weil es an eindeutigen Abgrenzungskriterien gegenüber den etablierten Begriffen des nationalen, internationalen und supranationalen Rechts fehlt. Demgegenüber umschreibt der *post-etatistische* Ansatz ein Rechtsphänomen, dessen kategorialer Unterscheidungswert anhand der logischen Figur des Tetralemma erläutert werden kann. Danach können in Bezug auf jede denkbare Unterscheidung grundsätzlich vier Positionen eingenommen werden, nämlich zunächst die beiden Seiten der Unterscheidung („das Eine“, „das Andere“), sodann eine dritte Position, die die Grenze der Unterscheidung durch Kompromisse verwischt („sowohl als auch“) und schließlich eine vierte Position, die die Maßgeblichkeit der Unterscheidung in Frage stellt („weder noch“).¹⁵⁶ Im Tetralemma der klassischen Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Recht wird die dritte Position durch den Begriff des supranationalen Rechts belegt, während für einen eigenständigen Begriff transnationalen Rechts die vierte Position offen steht. Transnationales Recht ist dann weder nationales noch internationales Recht, und auch nicht ein supranationales Mittelding, sondern eine neue Kategorie jenseits des staatlichen Rechts.

Tabelle 3: Das Tetralemma des globalen Rechts

(4) Weder noch: transnational	(2) Das Andere: international
(1) Das Eine: national	(3) Beides: supranational

Für die rechtstheoretische, verfassungs- und privatrechtsdogmatische Debatte¹⁵⁷ um neue Rechtsphänomene in einer zunehmend globalisierten Welt möchte ich deshalb folgende Definition vorschlagen:

Transnationales Recht bezeichnet eine dritte Kategorie von autonomen Rechtssystemen jenseits der traditionellen Kategorien des staatlichen nationalen und internationalen Rechts. Transnationales Recht wird durch die Rechtsschöpfungskräfte einer globalen Zivilgesellschaft geschaffen und entwickelt: (1) Es ist auf (a) allgemeine Rechtsprinzipien sowie (b) deren Kondensation und

¹⁵⁶ Zur Denkfigur des Tetralemma und seiner Anwendung auf den Begriff des Rechts vgl. *Calliess*, Das Tetralemma des Rechts, *ZfRSoz* 2000, 293 ff. m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. nur die Beiträge in: *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System: Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Bd. 39, 2000; *Anderheiden/Huster/Kirste* (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, *ARSP Beiheft* 79, 2001; *Albert/Lehmkuhl* (Hrsg.), *Transnationales Recht*, *ZfRSoz Heft* 2 2002; *Witt et al.* (Hrsg.), *Die Privatisierung des Privatrechts*, *JJZ* 2002, (2003).

Konfirmation in zivilgesellschaftlicher Praxis (Übung) gegründet, (2) seine Anwendung, Interpretation und Fortbildung obliegt – jedenfalls vornehmlich – privaten Anbietern alternativer Streitschlichtungsmechanismen, und (3) sein Zwangscharakter beruht auf der rechtsförmig organisierten Anordnung und Vollziehung sozialökonomischer Sanktionen. Schließlich findet (4) eine Kodifikation transnationalen Rechts – wenn überhaupt – in Form von allgemeinen Prinzipien- und Regelkatalogen, standardisierten Vertragsformularen oder Verhaltenskodizes statt, die von privaten Normierungsinstitutionen aufgestellt werden.

IV. Die globale Zivilrechtsgesellschaft

Wenn von den Rechtsschöpfungskräften einer globalen Zivilgesellschaft die Rede ist, dann ergibt sich schnell der Verdacht, dass hinter dieser diffusen Vokabel lediglich das Demokratiedefizit einer weitgehend verselbständigten Experten- und Bürokratenherrschaft im Umfeld internationaler Organisationen verborgen werden soll.¹⁵⁸ Im folgenden wird daher etwas genauer analysiert, inwieweit zwischen den Konzepten der Global Governance, des transnationalen Rechts und der Zivilgesellschaft ein Zusammenhang besteht, der für die Frage nach einer globalen Herrschaft des Rechts produktiv genutzt werden kann.

Der Begriff „Civil Society“ hat eine alt-ehrwürdige Tradition, er weist zurück auf die „societas civilis“ und begleitet die Geschichte der politischen Philosophie seit ihren Anfängen.¹⁵⁹ In den achtziger Jahren hat er durch die Dissidentengruppen in den ost- und mitteleuropäischen Ländern eine Renaissance erfahren und ist von hier aus in den Westen reimportiert worden,¹⁶⁰ wo er in den neunziger Jahren zum Kristallisationspunkt der demokratietheoretischen Debatte wurde.¹⁶¹ Essenz aus der nahezu unüberschaubaren Vielzahl von Beiträgen: ein demokratisch und rechtsstaatlich verfasster Staat einerseits sowie eine wettbewerbsmäßig verfasste Marktwirtschaft andererseits sind notwendige, aber nicht hinreichende Bedingungen einer

¹⁵⁸ Beck (Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter, 2002) spricht in diesem Zusammenhang von „translegaler Herrschaft“ als Herrschaftsform von Staaten und Wirtschaft, die „weder illegal, noch legitim“ sei (S. 347). Eine ganz ähnliche Problemlage und Debatte besteht bezüglich der supranationalen Ebene in der Europäischen Union, die aufgrund Demokratiedefizit und Eurokratenschelte ebenfalls neue Wege sucht: vgl. *Europäische Kommission*, European Governance. A White Paper, COM(2001) 428 final; und dazu die Beiträge in: *Joerges et. al. (eds.), Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, Jean Monnet Working Paper No. 6/01; *Joerges*, Deliberative Supranationalism – A Defence, European Integration online Papers (EIoP) Vol. 5 (2001) N° 8 m.w.N.

¹⁵⁹ Zur Begriffs- und Theoriegeschichte vgl. die Beiträge in: *Michalski* (Hrsg.), Europa und die Civil Society (Castelgandolfo-Gespräche 1989), 1991.

¹⁶⁰ *Arato/Cohen*, Politics and Reconstruction of the Concept of Civil Society, in: FS Habermas, 1989, 482-503; *dies.*, Civil Society and Political Theory, 1992

¹⁶¹ Vgl. *Rödel/Frankenber/Dubiel*, Die demokratische Frage, 1989; *Dahrendorf*, Der moderne soziale Konflikt, 1992; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992; *Fishkin*, Democracy and Deliberation, 1991; *Walzer*, Zivile Gesellschaft und amerikanische Demokratie, 1992; *Gerstenberg*, Bürgerrechte und deliberative Demokratie, 1997.

freiheitlichen Gesellschaft. Sie bedürfen vielmehr der Einbettung in das Fundament einer Bürger- bzw. Zivilgesellschaft – oder wie Bundeskanzler Schröder ganz unbefangen formuliert: der „zivilen Bürgergesellschaft“.¹⁶²

Drei Merkmale lassen sich festmachen:¹⁶³ *Erstens* besteht der institutionelle Kernbestand der Zivilgesellschaft in nicht-staatlichen und nicht-ökonomischen Assoziationen, deren Mitglieder auf der Basis von Freiwilligkeit und Selbstlosigkeit (also jedenfalls nicht unmittelbar zur Verfolgung wirtschaftlicher oder anderer Eigeninteressen) handeln. *Zweitens* ist die Zivilgesellschaft am Aufbau einer politischen Öffentlichkeit beteiligt, die gesellschaftliche Konflikte und Problemlagen auffängt und kommunikativ bearbeitet, um sie in die Kanäle der Willensbildung des politischen Systems einzuschleusen. *Drittens* ist die Zivilgesellschaft *rechtlich* auf die Garantie von Bürger- und Menschenrechten angewiesen, die die staatsfreien Sphären für freie Assoziation und Meinungsbildung eröffnen und sichern, und *faktisch* setzt sie die Existenz sozio-moralischer Ressourcen und Ligaturen (Stichwort: Zivilreligion) voraus, aus denen sich die Orientierung der beteiligten Akteure an Fragen des Gemeinwohls speist.

Das so umrissene Konzept erscheint jedoch insbesondere im globalen Kontext als unbefriedigend, insofern es als Demokratietheorie weitgehend (national-) staatszentriertem Denken verhaftet bleibt, während die in der Privatautonomie verankerte zivilrechtliche Kehrseite der öffentlichen Autonomie der Bürger ausgeblendet wird. Die Konzepte der politischen Öffentlichkeit, der rechtlichen (Grundrechte) und der faktischen (Ligaturen) Voraussetzungen von Zivilgesellschaft bedürfen deshalb der Revision und Erweiterung. Dies soll anhand der Begriffe Zivilautonomie, Zivilverfassung und zivile Praxis erläutert werden.

1. Zivilautonomie: jenseits von Volks- vs. Konsumentensouveränität

Weil die klassische Volkssouveränität nur die Extreme des hyperaktiven Berufspolitikers und des passiven Wahlvolks kennt, besteht die größte Bürgerbewegung im Exodus aus der politischen Arena und im Rückzug ins Private. Diesem Dilemma von Überverausgabung und Unterforderung¹⁶⁴ soll durch das Konzept der *civil society* als Handlungsraum von Handlungsräumen begegnet werden, in welchem die Frustrationsquote der Bürger durch die Ermöglichung themenspezifischen, nur episodisch verdichteten Teilzeitengagements gesenkt wird.¹⁶⁵ So notwendig und wichtig diese

¹⁶² Gerhard Schröder, Die zivile Bürgergesellschaft. Anregungen zu einer Neubestimmung der Aufgaben von Staat und Gesellschaft, in: Die neue Gesellschaft - Frankfurter Hefte 4/2000. Dieser auf den ersten Blick etwas unglückliche Pleonasmus ist keineswegs Ausdruck der Philosophie „doppelt genäht hält besser“, sondern will im Streit um die richtige Übersetzung des Begriffs „civil society“ zwischen „Bürgergesellschaft“ (Dahrendorf) und „Zivilgesellschaft“ (Frankfurter Schule) vermitteln.

¹⁶³ Vgl. etwa Honneth, Konzeptionen der „civil society“, Merkur 1992, 61 ff.; von Soosten, Civil Society, Zeitschrift für Evangelische Ethik 1993, 139 ff.

¹⁶⁴ Hirschmann, Engagement und Enttäuschung. Über das Schwanken des Bürgers zwischen Privatwohl und Gemeinwohl (1982), 1988

¹⁶⁵ Walzer, Zivile Gesellschaft und amerikanische Demokratie, 1992, S. 64 ff., 79

Prozeduralisierung der Volkssouveränität¹⁶⁶ auch ist, so sehr wird die Idee der Zivilgesellschaft dabei einseitig für eine letztlich auf die staatliche Willensbildung bezogene politische Öffentlichkeit hin vereinnahmt.

Völlig aus dem Blick gerät hingegen das Pendant zur öffentlichen Autonomie der Bürger, die in der Privatautonomie verankerte Konsumentensouveränität.¹⁶⁷ Damit ist keineswegs nur die schnöde Wahl zwischen Pepsi und Coca Cola gemeint, wie die im zivilrechtlichen Verbraucherbegriff angelegte Reduktion der Privatautonomie auf den privaten Konsumzweck nahe legt.¹⁶⁸ Vielmehr ist unter den Bedingungen von prinzipiellem Überfluss und funktionsfähigem Wettbewerb die Freiheit gemeint, ausschließlich nach selbst gesetzten Präferenzen über die Verwendung frei verfügbaren Einkommens und Vermögens zu bestimmen, und zwar jenseits der mit jeder Form von Vergesellschaftung verbundenen Restriktionen der Abstimmung und des Minderheitenschutzes. Diese Konsumentensouveränität kann in der Zivilgesellschaft in mehrfacher Weise eingesetzt werden. *Zum einen* ganz klassisch im Rahmen von ökonomischen Transaktionen des Austauschs zur indirekten Beeinflussung des Verhaltens von Unternehmen, nämlich entweder aktiv durch Kauf gemeinwohlverträglicher Güter (Umweltengel) oder Tätigung ethischer Investments (Ökofonds) oder passiv durch schlichten Konsumverzicht (Verbraucherboykott).¹⁶⁹

¹⁶⁶ *Habermas*, Volkssouveränität als Verfahren, in: ders., Faktizität und Geltung, S. 600 ff.; *Maus*, Sinn und Bedeutung von Volkssouveränität in der modernen Gesellschaft, KJ 1991, 137 ff.; *Preuß*, Revolution, Fortschritt und Verfassung, 1990

¹⁶⁷ Vgl. zu diesem aus der Wettbewerbstheorie stammenden Begriff *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Aufl., Stuttgart 1999, S. 4, 11, 28 f.; ausführlich zur Verankerung im Wirtschaftsliberalismus *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 91 ff. m.w.N. Freilich darf der Begriff der Konsumentensouveränität eben so wenig verabsolutiert werden wie der der Volkssouveränität.

¹⁶⁸ Das gilt nicht nur für die These, dass gerade die Überwindung der Mangelwirtschaft zur Notwendigkeit von Verbraucherschutz führe, weil erst in der Überflussgesellschaft die Gefahr der totalen Manipulation der Verbraucherpräferenzen und der fremdgesteuerten Bedürfnisschaffung durch tiefenpsychologisch informierte Werbestrategien entstehe (*Packard*, The Hidden Persuaders, 1957; *Galbraith*, The Affluent Society, 1958; im Anschluss daran *Simitis*, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?, 1976), sondern ganz generell, weil schon im Begriff des Verbrauchers die Beschränkung auf den privaten Konsumzweck angelegt ist, wodurch die Möglichkeit des „Erwerbs“ öffentlicher Güter und gemeinwohlorientierter Dienstleistungen systematisch ausgeblendet wird. Diese Blindheit der Verbraucherschutzphilosophie gegenüber den zivilgesellschaftlichen Dimensionen der Privatautonomie geht sogar so weit, dass in § 13 BGB der Zweck lediglich negativ definiert wird („nicht beruflich“), obwohl ganz eindeutig nur der persönliche oder familiäre Zweck („Gebrauch im Haushalt“) gemeint sein soll. Die herrschende material-sozialstaatliche Privatrechtslehre verkürzt die Privatautonomie damit von vornherein auf den Bürger als „bourgeoise“ und unterwirft dessen Handeln dem binären Code beruflich/privat, während er als „citoyen“ ausschließlich auf den Staat (Volkssouveränität) verwiesen wird: kritisch dazu *Callies*, Die Zukunft der Privatautonomie, JJZ 2000, S. 92 ff.

¹⁶⁹ Zur stark gestiegenen Bedeutung des Investments gemäß Nachhaltigkeitskriterien (neben ökologischen Standards auch Arbeitsbedingungen und Menschenrechte) vgl. *Deutscher Bundestag* (Hrsg.), Schlussbericht der Enquete-Kommission, Globalisierung der Weltwirtschaft, 2002, S. 106 ff.; auf die Macht des Konsumverzichts bei der Beeinflussung transnationaler Unternehmen setzt ganz dezidiert *Beck*, Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter, 2002, S. 347 ff. Beispiel ist etwa

Noch wichtiger erscheint aber *zum anderen* die Möglichkeit des unmittelbaren Einsatzes ökonomischer Ressourcen für gemeinnützige Zwecke in Form von Spenden und Stiftungen. Da die Herstellung öffentlicher Güter grundsätzlich eine geldwerte Dienstleistung ist, führt die Konsumentensouveränität im Wettbewerb der Wohltätigkeitsvereine zur unmittelbaren Rückbindung von Gemeinwohlproduktion an die Präferenzen der Bürger: Der reichste Mann der Welt, Bill Gates, spendiert fast sein halbes Vermögen einer Stiftung für die Weltgesundheit, deren Etat für das Jahr 2000 mit 1,54 Milliarden Dollar fast doppelt so hoch wie der Entwicklungshilfeetat der Schweiz ausfällt.¹⁷⁰ Und Ted Turner gründet 1997 mit einem Grundkapital von 1 Milliarde US-Dollar die UN-Stiftung, die u.a. im Jahr 2000 symbolisch die US-Schulden bei der UNO ausgleicht.¹⁷¹ Und dieses Phänomen ist nicht auf die Superreichen beschränkt, wie die breite und gesunde Finanzierungsgrundlage von Greenpeace als Idealtypus der zivilgesellschaftlichen Nichtregierungsorganisation (NGO) zeigt.

Freilich wird diese Form von Konsumentensouveränität als Basis von Zivilgesellschaft durch eine übermäßige Verstaatlichung von Solidarität begrenzt,¹⁷² weshalb etwa viele Deutsche bei einer Abgabenquote des Durchschnittsverdieners von über fünfzig Prozent¹⁷³ aus der Kirche als einem (seit der Trennung von Kirche und Staat) zivilgesellschaftlichen Klassiker austreten. Die Beispiele der „Mega-Charity“ stammen nicht umsonst aus den USA, in Deutschland bilden sie eher eine Ausnahme als die Regel.¹⁷⁴ Die auf dem Sozialmodell der Materialisierung des Rechts gründende sozialstaatliche Schutzpolitik misstraut der Souveränität des Bürgers.¹⁷⁵ So sagt die auf die überkommenen Feindbilder der industriellen Klassengesellschaft gestützte Verbraucherschutzpolitik (böse Unternehmer vs. dämliche Verbraucher) mehr über das Menschenbild der Sozialpolitiker aus, als dass sie etwas mit der gesellschaftlichen Realität der in der neuen Ökonomie basierten modernen Kommunikations- und Informationsgesellschaft zu tun hätte.¹⁷⁶ Wo es in Deutschland angesichts der Dominanz des Staates überhaupt der Verbände bedarf, da schafft der Staat sich diese lieber selbst und zwar möglichst ohne Einflussmöglichkeit der ungeliebten Bürger:

der Boykottaufruf von Greenpeace gegen Shell im Falle Brent Spar als globale Skandalisierungsstrategie.

¹⁷⁰ <http://www.gatesfoundation.org/AboutUs/>

¹⁷¹ Siehe www.unfoundation.org/about/aboutgift.asp; wenige Wochen nach dem 11.09.2001 haben die USA ihre Schulden selbst beglichen.

¹⁷² Zu den im Kern schon von *v.Humboldt* vorgebrachten Argumenten der neueren Sozialstaatskritik vgl. ausführlich *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 69 ff. m.w.N.; für einen empirischen Beleg für die abnehmende Bereitschaft zum freiwilligen sozialen Engagement bei zunehmenden unfreiwilligen Transferleistungen vgl. *Chan/Godby/ Mestelman/Muller*, Crowding-out voluntary contributions to public goods, 48 *Journal of Economic Behavior and Organization* (2002), 305-317.

¹⁷³ Nach Berechnung des Bundes der Steuerzahler für 2004 betragen die Steuern und Sozialabgaben 53 % des Volkseinkommens (<http://www.steuerzahler.de>).

¹⁷⁴ Weshalb etwa die Gründung der Bucerius Law School so großes Aufsehen erregte.

¹⁷⁵ Das kommt bei aller Modernisierungsrhetorik noch in der Überzeugung zum Ausdruck, dass die Zivilgesellschaft erst eines „aktivierenden Staats“ bedürfe.

¹⁷⁶ Ganz anders als *Packard* und *Galbraith* (FN 168) aus heutiger Sicht etwa *Lewis*, *The Soul of the New Consumer*, 2000.

unsterbliche, nicht staats-, sondern bürgerunabhängige Parteien über staatliche Parteienfinanzierung; Stiftungen des öffentlichen Rechts ohne Stiftungskapital, die hauptsächlich der Umgehung des Haushaltsrechts dienen, mit der eigentlichen Stiftungsidee aber nichts zu tun haben;¹⁷⁷ Verbraucherverbände ohne Mitglieder;¹⁷⁸ eine „selbstverwaltete“ Sozialversicherung, deren Bundesanstalt für Arbeit vor allem die Kassen der Fortbildungsinstitute der „Sozialpartner“ füllt, nur leider keine Arbeitsplätze vermittelt, etc.

Aus Sicht der Bürger liegt das Problem in einem Mangel an Einflussmöglichkeiten. Da der Nationalstaat in einem bestimmten Territorium per definitionem Monopolist ist, ist Bürgerbeteiligung – abgesehen von der Auswanderungsfreiheit – grundsätzlich auf die Alternative „Voice“ beschränkt, wobei die einzelne Stimme nur verschwindendes Gewicht erreicht. Schon die Alternative des Boykotts durch Wahlenthaltung ist unwirksam, weil nicht abgegebene Stimmen schlicht unberücksichtigt bleiben.¹⁷⁹ Die unter Bedingungen des Wettbewerbs gebotene Alternative „Exit“ – und zwar durch simplen Anbieterwechsel ohne gleich auswandern zu müssen – ist demgegenüber aus Sicht des einzelnen wesentlich effizienter.¹⁸⁰ Löst man den Begriff der Konsumentensouveränität aus der Verengung auf den privaten Konsumzweck, so verweist er gegenüber der Volkssouveränität schlicht auf in der Privatautonomie bevorratete Formen der gesteigerten Wahl- und Einflussmöglichkeiten. Neben die auch im zivilgesellschaftlichen Bereich der freien Assoziationen und Organisationen wirksamen Mitgliedschaftsrechte (Wahlen und Abstimmungen) treten gleichberechtigt weitere Optionen der Ausübung (Spenden, Stiftung) und Beeinflussung (Boykott, nachhaltige Investments) ökonomischer Macht.¹⁸¹

Darüber hinaus verliert der Nationalstaat im Zuge der Globalisierung der Gesellschaft zunehmend die Fähigkeit, den Anspruch auf ein territoriales Rechtsmonopol durchzusetzen. Die Staaten als Anbieter von Recht und Ordnung geraten untereinander und zunehmend auch mit nichtstaatlichen Rechtsproduzenten in einen Wettbewerb. *Regime Shifting*, *Forum Shopping* und *Choice of Law* bezeichnen jene Formen

¹⁷⁷ Vgl. die Kritik des Deutschen Kulturrates am fehlenden „Bezeichnungsschutz“ für Stiftungen unter <http://www.kulturrat.de/publik/presse23-04-02.htm>.

¹⁷⁸ Dass die Verbraucherverbände sich ihrer fehlenden Legitimation bewusst sind, zeigt sich schon daran, dass im Internet regelmäßig weder über Mitglieder (verwiesen wird auf andere Verbände, die selbst keine Angaben machen) noch über Finanzierung Auskunft gegeben wird: vgl. die Angaben und die links unter www.vzbv.de. Tatsächlich werden die Verbände überwiegend vom Staat finanziert.

¹⁷⁹ Die delegitimierende Wirkung von Wahlbeteiligungen zwischen 50 und 70 % ist enorm, bleibt im politischen System jedoch zwangsläufig folgenlos. Man stelle sich demgegenüber das Ausmaß und die Schnelligkeit der Reaktion eines Unternehmens auf Umsatzeinbrüche in selber Höhe vor.

¹⁸⁰ Weshalb auch die Vision von einem autonomen Cyberspace mit eigenem Cyberlaw, in welchen die Bürger nur virtuell und auf Zeit „auswandern“ können, so attraktiv ist: vgl. dazu *Post, Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, 1995 *Journal of Online Law* art. 3

¹⁸¹ Zu den Alternativen „Exit“ und „Voice“ *Hirschmann*, *Abwanderung und Widerspruch*, Stuttgart 1970; Zum Problem des mangelnden politischen Wettbewerbs mit dem Vorschlag eines neuen, kompetitiven Föderalismus *Frey/Eichenberger*, *The New Democratic Federalism for Europe*, 1999.

der Parteiautonomie, die den Bürgern der globalen Zivilgesellschaft in einem direkten (Rechtswahl) oder indirekten (Sitzverlagerung) Systemwettbewerb neuartige Einflussmöglichkeiten eröffnen. Einem pluralistisch verstandenen globalen Rechtssystem können hierdurch neue Legitimationsquellen erschlossen werden, sofern die prozeduralen Bedingungen der Freiheit in einer Zivilverfassung gewährt werden.¹⁸²

Festzuhalten ist, dass ein tragfähiges Konzept von Zivilgesellschaft jenseits von Staat und Markt nicht einseitig auf eine prozeduralistisch gewendete Re-Legitimation des politischen Systems im demokratischen Verfassungsstaat verkürzt werden darf.¹⁸³ Vielmehr ist das volle Potential einer nicht staatlich mediatisierten, unmittelbaren Beeinflussung und Inanspruchnahme auch von ökonomischer Macht durch Zivilgesellschaft zu erschließen.¹⁸⁴ Darüber hinaus sind auch weitere funktionale Teilsysteme der Weltgesellschaft jenseits von Staat und Wirtschaft mit einzu-beziehen, etwa die politisch nicht vermittelte Kopplung von Recht und Gesellschaft über Formen der Rechtswahl oder die unmittelbare Adressierung von Wissenschaft bei der Diskussion um die ethischen Grenzen der Reproduktionsmedizin, etc.¹⁸⁵

Zivilautonomie meint folglich jene Formen der Ausübung von Macht zur Beeinflussung von Gemeinwohlproduktion, die sich jenseits der traditionellen Reduktion von Volkssouveränität auf Wahlen und von Konsumentensouveränität auf eigennüt-zigen Verbrauch erschließen.

2. Zivilverfassung: jenseits von Bürgerrechte vs. Bürgerliches Recht

Der Bürger der Bürgergesellschaft bezieht diese Zivilautonomie vornehmlich aus den Quellen der Privat- und Parteiautonomie:¹⁸⁶ ganz unmittelbar aus der Vertragsfreiheit als Konsument von (auch privat produzierten) öffentlichen Gütern (i.e. im Falle der freien Rechtswahl das Gut Recht) und gemeinwohlverträglichen Verbrauchsgütern, bzw. als Zweck setzender Schenker (Spender); oder in Bezug auf

¹⁸² Zum Systemwettbewerb und der notwendigen Metaordnung s.o. I. 3. S. 19 ff.

¹⁸³ Zuweilen etwas polemisch, aber im Grundsatz sehr treffend *Ladeur*, „Deliberative Demokratie“ und „Dritter Weg“ – eine neue Sackgasse?, *Der Staat* 2002, 3 ff., 8 ff. („Die Privilegierung der öffentlichen Deliberation gegenüber der spontanen Selbstorganisation der Privatgesellschaft“). Freilich schüttet Ladeur „das Kind mit dem Bade aus“, wenn er den Begriff der Zivilgesellschaft vollends verabschiedet und auf die Böhmsche Privatrechtsgesellschaft setzt, die ihrerseits auf einer formal-wirtschaftsliberalen Verkürzung der Privatautonomie gründet: *Calliess*, *Zukunft der Privatautonomie*, JJZ 2000, S. 90 f.

¹⁸⁴ In der zivilgesellschaftlichen Praxis der NGOs ist dies ohnehin fest verankert, man denke nur an den Greenpeace Boykott gegen Shell im Falle Brent Spar, aber vor allem an die auf Druck von NGOs in direktem, nicht politisch vermittelten Kontakt mit transnationalen Firmen ausgehandelten „Codes of Conduct“ bzgl. Umwelt- und Sozialstandards in Entwicklungsländern (vgl. Heins, *Der neue Transnationalismus*, 2001; vgl. auch Enquetekommission Globalisierung (FN 169) S. 177 ff.). Diese Praxis wird in der Theorie der Zivilgesellschaft allerdings nicht abgebildet.

¹⁸⁵ Vgl. *Teubner*, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, RJ 1998, 234 ff.; am Beispiel der medizinischen Ethikkommissionen *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 224 ff.

¹⁸⁶ Ausführlich *Calliess*, *Zukunft der Privatautonomie*, JJZ 2000, 89 ff.

die zivilgesellschaftlichen Foren und Assoziationen vermittelt über die Vereinigungsfreiheit als Mitglied oder Gesellschafter, bzw. als Stifter. Nur nebenbei bemerkt sei, dass es der beschriebenen Tendenz des Misstrauens gegenüber zivilgesellschaftlicher Souveränität entspricht, wenn die Stiftungsfreiheit als Element der Privatautonomie bisher gar nicht vorkam. Erst das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 25. April 2002 beendet diesen Zustand, indem die obrigkeitstaatliche Tradition der Genehmigungspflicht und der Einschränkung der zulässigen Zwecke durch einen Rechtsanspruch auf staatliche Anerkennung einer Stiftung ersetzt wird.¹⁸⁷

Sind damit die zivilen Institutionen umrissen, in deren Rahmen sich zivilgesellschaftliches Engagement entfaltet, so ist erstaunlich, dass diesem *Zivilrecht der Zivilgesellschaft* innerhalb der demokratiethoretischen Debatte keinerlei Beachtung geschenkt wird.¹⁸⁸ Als rechtliche Voraussetzung der Zivilgesellschaft finden vielmehr ausschließlich die Grundrechte Erwähnung, wobei im Hinblick auf die politische Öffentlichkeit die so genannten politischen Grundrechte der Meinungs- und Demonstrationsfreiheit in den Vordergrund gestellt werden.¹⁸⁹ Darin kommt wiederum das staatszentrierte Verständnis zum Ausdruck, das Zivilgesellschaft vornehmlich als staatsfreies Kommunikationsforum versteht, in welchem sich die Bürger lediglich diskursiv (d.h. handlungs- und praxisentlastet) auf Gemeinwohldefinitionen und Ziele einigen, die dann zur praktischen Umsetzung vermittelt über die politische Öffentlichkeit als Anforderungen an den Staat weitergereicht werden.¹⁹⁰

Dabei gerät aus dem Blick, dass Zivilgesellschaft als „Handlungsraum von Handlungsräumen“ auf der Praxis des Selbermachens gründet, gleichsam auf eine Privatisierung von Politik gerichtet ist.¹⁹¹ „Der eine wartet dass die Zeit sich wandelt, der andere packt sie kräftig an und handelt“ (Dante Alighieri). Zur Verdeutlichung: Die Deutschen gründen eine Bürgerinitiative, veranstalten Diskussionsforen, verfassen Resolutionen, sammeln Unterschriften und demonstrieren, treten in Talkshows auf bis schließlich der Staat aus Steuermitteln etwa ein Holocaust-Mahnmal errichtet. Anschließend wird lamentiert, man habe sich die Umsetzung anders vorgestellt, der Bau werde verzögert, und vielleicht gibt es noch einen Skandal, weil in der Bauauschreibung ein völlig überteuertes Angebot gegen illegale Parteispenden zum Zuge

¹⁸⁷ *Andrick/Suerbaum*, Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, NJW 2002, 2905 ff.

¹⁸⁸ Vgl. aber *Walz*, Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen im Dritten Sektor zwischen Staat und Markt, JZ 2002, 268 ff.; sowie das Non Profit Law Yearbook 2002 der Bucerius Law School, hrsg. von Kötz et al.

¹⁸⁹ Vgl. zu einer tendenziell demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 109 ff., 134 f., 151 ff.; vgl. dagegen zur Deutung der EG-Grundfreiheiten als politische Rechte *Joerges*, Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts, in: ders./Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 183 ff., 209

¹⁹⁰ Kritisch auch zum korrespondierenden Konzept des „aktivierenden Staates“ *Ladueur*, Der Staat 2002, 3 ff.

¹⁹¹ Zur Philosophie des Selbermachens vgl. *Gross*, Selbsthilfe und Selbstverantwortung als normative Leitideen der Sozialpolitik, in: *Sachße/Engelhardt* (Hrsg.), Sicherheit und Freiheit, 1990, S. 85 ff.; Zur Privatisierung von Politik vgl. die Beispiele in *Brühl* et al. (Hrsg.), Die Privatisierung der Weltpolitik, 2001.

kommt. Die Amerikaner gründen eine Stiftung, führen eine professionelle Fund-Raising-Kampagne durch, veranstalten ein paar Gala-Diners und Benefiz-Konzerte und renovieren ihre Freiheitsstatue, ohne dass der Staat überhaupt gefragt worden wäre.

Natürlich bleibt die Erkenntnis wichtig und richtig, dass eine Zivilgesellschaft auf die Gewährleistung von Bürgerrechten angewiesen ist, die die Freiräume ausgrenzen, innerhalb derer sich bürgergesellschaftliche Initiativen entfalten und zivile Institutionen etablieren können. Auf diesen Zusammenhang zwischen negativen Freiheitsrechten und gesellschaftlicher Selbstorganisation hat Ladeur jüngst wieder hingewiesen.¹⁹² Folgt man der hier vorgeschlagenen Lesart von Zivilgesellschaft, dann treten die Grundrechte und Grundfreiheiten der Privatautonomie freilich gleichberechtigt neben die politischen Grundrechte. Darüber hinaus geht es nicht nur um die Begründung (relativ) staatsfreier Sphären, sondern es kommt auch die Angewiesenheit von Zivilgesellschaft auf (relative) Unabhängigkeit von ökonomischer Macht in den Blick. Eine Konsumentensouveränität garantierende Wirtschaftsverfassung lässt sich aber dem Grundgesetz selbst bei Rückgriff auf die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte nicht entnehmen.¹⁹³ Ansätze zu einer Positivierung mit Verfassungsrang lassen sich allenfalls in den Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags finden.¹⁹⁴

Freilich erscheint es ohnehin wenig überzeugend, die Bürgerrechte der Zivilgesellschaft positivistisch aus einer nationalstaatlichen Verfassung als „juristischem Weltenei“ (Forsthoff) herleiten zu wollen. Es ist nicht nur „gegen alle Geschichte“ – so Rudolf von Jhering – „dass der Staat das Privatrecht aus sich sollte geboren haben ...“, denn „nicht das Privatrecht ist nach publizistischen, sondern der Staat ist nach privatrechtlichen Prinzipien konstruiert.“¹⁹⁵ Die Ableitung eines „Allgemeinen Allgemeinrechts“¹⁹⁶ aus den nationalen Grundrechten begründet zudem einen performativen Selbstwiderspruch im Hinblick auf den universellen Geltungsanspruch der Menschenrechte und verliert im Kontext der Globalisierungsdebatte jede Überzeugungskraft.¹⁹⁷

Eine globale Zivilverfassung, die unsere Lernerfahrungen mit dem demokratischen Verfassungsstaat und der europäischen Wirtschaftsverfassung in sich

¹⁹² Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000.

¹⁹³ Überblick zum Stand der verfassungs- und zivilrechtsdogmatischen Diskussion bei Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001.

¹⁹⁴ Vgl. Calliess/Mahlmann, Der Staat der Zukunft, Eine Einleitung, ARSP-Beiheft Nr. 83, S. 11 ff., 21 f. m.w.N; Joerges, Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts, in: ders./Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 183 ff., der die EG-Grundfreiheiten als politische Rechte der Bürger Europas gegen diskriminierende Regulierungen durch ihren Nationalstaat interpretiert.

¹⁹⁵ Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts, Teil 1, 10. Auflage, 1968, 219. Die Philosophie der Aufklärung hat den demokratischen Rechtsstaat gleichsam nach dem Vorbild der BGB-Gesellschaft entworfen: Calliess, Privatautonomie, JJZ 2000, S. 93.

¹⁹⁶ Dazu Wiethölter, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/ Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13 ff.

¹⁹⁷ Vgl. Fischer-Lescano, Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft, ARSP 2002, 349 ff.; siehe auch Fries, The Legal Environment of Civil Society, in: Anheier/ Glasius/Kaldor (eds.), Global Civil Society 2003, Global Civil Society Yearbook, Oxford UP 2003, 221, 224 f.

aufnimmt, deren konkrete Institutionalisierungen aber zugleich transzendiert, kann nur auf eine post-etatistische Verfassungstheorie gegründet werden.¹⁹⁸ Auf transnationaler Ebene wird dabei besonders deutlich, dass die in den Kräften der spontanen Ordnungsbildung (Vertragsfreiheit) und der zivilgesellschaftlichen Selbstorganisation (Vereinigungsfreiheit) verankerte Zivilautonomie jeder Form ihrer Institutionalisierung in der öffentlichen Verfassung eines Gemeinwesens (Staat) voraus liegt.¹⁹⁹ Zivilverfassungen weisen deshalb eine hybride Doppelnatur auf, zwischen *innerer Spontanverfassung* transnational-autonomer Kommunikations- und Handlungssphären und deren Einbettung in ein komplexes Mehrebenensystem (nationaler, supra- und internationaler) *äußerer öffentlicher Verfassungen*, die in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis der „Zulassung von/Einlassung auf Autonomien unter vorbehaltenen Kontrollen“ stehen, welches als Anerkennung und Gewährleistung von „Freiheit unter Auflagen“ umschrieben werden kann.²⁰⁰

Zivilverfassungen entstehen nicht in einem spektakulären Akt der Revolution und sind auch nicht in einer Gründungsurkunde positiviert, sondern entwickeln sich in einem Prozess der *schleichenden Konstitutionalisierung* hoch spezialisierter Zivilregimes, die zur Governance funktional ausdifferenzierter Teilbereiche in der Weltgesellschaft beitragen.²⁰¹ Der Gehalt solcher Zivilverfassungen besteht aus prozeduralen und materialen allgemeinen Rechtsprinzipien, die im Wege der Generalisierung und Dekontextualisierung aus den überlieferten Modellen nationalstaatlicher politischer Verfassungen einerseits sowie nationaler und supranationaler Wirtschaftsverfassungen andererseits gewonnen werden können (Lernerfahrungen), jedoch für den Bereich transnationaler Zivilregimes einer je funktionsspezifischen Rekontextualisierung bedürfen.²⁰²

¹⁹⁸ Ausführlich *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, ZaöRV 63 (2003) 1 ff.

¹⁹⁹ So kann nationalstaatliches Recht nur etwas verfassen, was bereits vorhanden ist. Besonders deutlich wird dies am Beispiel transnationaler Vereine: während etwa Industrie- und Handelskammern oder Ärztekammern auf Landesebene als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind, treten deren nationale Interessenvertretungen bereits als privatrechtliche Vereine auf (z.B. „Bundesärztekammer e.V.“). Auf globaler Ebene sind die International Chamber of Commerce (ICC) oder der Weltärztebund ebenfalls privatrechtlich verfasst, wobei die formale Anbindung an ein nationales Privatrechtssystem eher als zufällig erscheint, jedenfalls nicht konstitutiv sein kann. Denn die ICC mit Sitz in Paris oder die Internationale Vereinigung für Rechtsphilosophie (IVR) mit Sitz in Mannheim würden als transnationale Rechtssubjekte offensichtlich nicht aufhören zu existieren, würden sie nach nationalem Vereinsrecht z.B. aufgelöst oder verboten werden. Zur transnationalen Rechtsnatur der Suez-Kanal-Gesellschaft schon Goldman (1956), zit. nach *Berger*, The New Law Merchant and the Global Market Place, in: ders. (ed.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 1 ff., 6.

²⁰⁰ Zu diesen Formulierungen des „Rechtsrätsels“ positives als richtiges Recht (i.e. prozedurales Recht) *Wiethölter*, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers, KritV 1988, 1 ff.; *ders.*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/ Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13 ff.

²⁰¹ *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, ZaöRV 63 (2003) 1 ff.

²⁰² Zu Abstraktion und Reinstitutionalisierung von Prinzipien des Rechtsstaats im Anschluss an Ingeborg Maus *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 117 ff. m.w.N.; *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, ZaöRV 63 (2003) 1, 13 ff., spricht von Generalisierung und Respezifikation.

So erhält etwa der Gleichheitssatz je kontextspezifische Ausformungen: Neben die traditionellen Bedeutungen der formalen Gleichheit in der Rechtsanwendung und der materiellen Rechtsetzungsgleichheit können z.B. an Marktbeherrscher gerichtete Diskriminierungsverbote und daraus folgende Kontrahierungszwänge und Zugangsansprüche zu wesentlichen Leistungen treten,²⁰³ die sich gerade nicht als unilaterale Ausdehnung der Maßstäbe der politischen Verfassung auf andere gesellschaftliche Sphären (i.e. Drittwirkung von Grundrechten) ergeben, sondern den universellen Gleichheitssatz der Eigengesetzlichkeit des regulierten Bereichs folgend neu konstituieren und reproduzieren: in Art. 82 EG-Vertrag etwa als Wirtschaftsverfassungsrecht für den Wettbewerb zwischen Unternehmen; in den transnationalen Rechtsregimes Lex Mercatoria oder ICANN UDRP als „fundamental principle of civilized nations“, das im Namen einer „truly international public policy“ durchzusetzen ist; *nicht* aber als unmittelbarer oder mittelbarer Ausfluss von Art. 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland.²⁰⁴

Zivilverfassung meint eine nicht durch nationalstaatliche Politik mediatisierte Form der unmittelbaren strukturellen Kopplung von Recht und Zivilgesellschaft jenseits der traditionellen Dichotomie von „Verfassung“ (Recht und Politik) und „Eigentum/Vertrag“ (Recht und Wirtschaft).²⁰⁵ Zivilverfassungsrecht ist auf den Ausschluss struktureller Korruption (z.B. gekauftes oder auf nackter Macht beruhendes Recht)²⁰⁶ durch selektive Gestaltung der wechselseitigen Einflüsse zwischen Recht und Zivilgesellschaft gerichtet. Mangels eines revolutionären Aktes der Verfassungsgebung obliegt es vornehmlich der Rechtsprechung, im Prozess der Ausübung vorbehaltener Kontrollen von *Freiheit* (als Autonomie als Selbstgesetzgebung)²⁰⁷ zivilisierende *Auflagen*, i.e. Prinzipien der legitimen gesell-

²⁰³ Vgl. im Überblick Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 34 R. 29 ff.; ausführlich Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999; Säcker/Calliess, Billing und Inkasso fremder Telekommunikationsdienstleistungen, Zur Auslegung von § 33 TKG und § 15 TKV, Kommunikation & Recht 1999, S. 337 ff. (Teil 2).

²⁰⁴ Ausführlich am Beispiel der Meinungsfreiheit im Internet Teubner/Karavas, <http://www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber „Privaten“ im autonomen Recht des Internet? in: Ladeur (Hrsg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, S. 249 ff., 270-272; zum Willkürverbot in Internet-Chatrooms siehe Zumbansen, Die engen Wände der Internetwelt, ebenda, S. 273, 287 ff.

²⁰⁵ Zu den traditionellen strukturellen Kopplungen zwischen Recht und Gesellschaft vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Kap. 10, S. 451 ff.

²⁰⁶ Zu diesem spezifischen Verständnis von Rechtstaatlichkeit Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 445, 453 („Recht darf also nicht zu den käuflichen Waren oder Dienstleistungen des Wirtschaftssystems gehören“), 470 f. (zum Ausschluss von privater Pressionsmacht, Terror und Korruption als Form der wechselseitigen Beeinflussung von Politik und Recht durch das Institut der Verfassung). Zu einem entsprechenden Verständnis von Gerechtigkeit vgl. Walzer, Sphären der Gerechtigkeit, 1992.

²⁰⁷ „... Freiheit und eigene Gesetzgebung des Willens sind beides Autonomie, mithin wechselbegriffe ...“: Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, W. Weischedel Bd. IV, S. 86; dazu ausführlich Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 31 ff., 112; ders., Zur Zukunft der Privatautonomie, JJZ 1999, 85 ff.

schaftlichen Fertigung von Recht (Foren, Maßstäbe, Verfahren)²⁰⁸ zu kondensieren. Das Wort Kondensation steht dabei als Metapher für einen Prozess, in welchem etwas (Wasser = Recht), das bereits vorhanden, aber unsichtbar ist (Dampf = allgemeine Rechtsprinzipien), im Wege der sachlichen, zeitlichen und sozialen Konkretisierung in eine kontextspezifische Form (Tropfen = ratio decidendi) gebracht wird.

3. *Zivile Praxis: jenseits von Gemeinwohl vs. Eigennutz*

Schließlich erscheinen die faktischen Verwirklichungsbedingungen von Zivilgesellschaft als völlig überspannt, insofern zur Zivilgesellschaft nur solche Assoziationen gerechnet werden, in denen sich Bürger auf der Basis von Freiwilligkeit ausschließlich dem Gemeinwohl widmen. Selbst wenn man sich über die sozialpsychologischen Bedenken gegen ein Konzept rein selbstlosen Handelns hinwegsetzt, so bliebe eine darauf gestützte Zivilgesellschaft viel zu fragil, um die im Hinblick auf eine Staatsentlastung in sie gesetzten hohen Erwartungen nachhaltig zu erfüllen. Die Rede von diffusen sozio-moralischen Ressourcen und Ligaturen sowie die Beschwörung einer nirgendwo festzumachenden Zivilreligion belegen dies.

Ursache für dieses Problem ist ein Konstruktionsfehler in der zugrunde liegenden Gesellschaftstheorie. So unterscheidet etwa Habermas zunächst zwischen „guter“, weil rationale Gesellschaftsintegration durch kommunikatives Handeln ermöglichender Lebenswelt und „bösen“, weil auf rein strategischem Handeln basierten Systemen, später zwischen den „guten“, weil für lebensweltliche Botschaften durchlässigen Handlungssystemen Recht und Politik und den „bösen“, weil gegenüber lebensweltlichen Botschaften taubblinden Funktionssystemen Wirtschaft und Verwaltung.²⁰⁹ Selbst kritische Gesellschaftstheorien, die in postmodernem Gewande auftreten, beharren geradezu verzweifelt auf einer strikt binären Codierung von Recht/Macht/Wissen in emanzipatorische (i.e. Marxismus, Feminismus, etc.) und entfremdende (i.e. Industrie, Militär, Bürokratie etc.) Erscheinungsformen.²¹⁰ Auf der Grundlage eines derart glasklaren Weltbildes lassen sich dann die Spuren der Zivilgesellschaft in der gesellschaftlichen Wirklichkeit nur mehr schwer entdecken.²¹¹

Dieser Hegelschen Tradition, die ausschließlich den Staat (oder hier: die vermittelt über eine politische Öffentlichkeit auf das politische System einwirkende Zivil-

²⁰⁸ Dazu *Wiethölter*, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, *KritV* 1988, 1 ff., 22, 27; *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 202 ff.

²⁰⁹ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde., 1981; ders., Faktizität und Geltung, S. 77 f., 100 f., 150; Darstellung und Kritik bei *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 153 ff., 164 ff.

²¹⁰ Vgl. etwa *Sousa Santos*, Toward a New Legal Common Sense, 2002 sowie *Hardt/Negri*, Empire, Die neue Weltordnung, 2002 als Beiträge, die ersichtlich mit der Aufrechterhaltung eines kritischen Impetus von Gesellschaftstheorie ringen, obwohl sie sich selbst in postmoderner Manier den „kapitalistischen Schweinehund“ hinweg dekonstruiert haben. Solche Ansätze bleiben wenig überzeugend, so lange sie nicht die Voraussetzungen ihrer eigenen Kritik als „gewalttätig unterscheidende“ Biopolitik reflektieren.

²¹¹ Kritisch auch *Ladueur*, Negative Freiheitsrechte, 2000, S. 137 ff.

gesellschaft) als Sphäre des universellen Altruismus, die Privatgesellschaft (Markt) aber als Sphäre des universellen Egoismus begreift, steht in der Tradition von Adam Smith's „invisible hand“ die ordo-liberale These gegenüber, dass sich das Allgemeinwohl rein systemisch, hinter dem Rücken der handelnden Akteure einer „Privatrechtsgesellschaft“ verwirklicht, wenn der Staat seine Bürger im Rahmen der Privatrechtsordnung ihren Eigennutz maximieren lässt.²¹² Eine prozeduralisierte Variante dieser Hayekschen spontanen Ordnungsbildung hat Ladeur vorgelegt, der auf einen durch negative Freiheitsrechte gesicherten, offenen Lernprozess in der Privatgesellschaft setzt.²¹³

Das Projekt Zivilgesellschaft ist freilich darauf gerichtet, die lähmende Dichotomie von öffentlich/privat, Staat/Markt, Allgemeinwohl/Eigennutz durch Querdenken in den Positionen „sowohl-als-auch“ und „weder-noch“ kreativ aufzulösen.²¹⁴ Während letztere Position Zivilgesellschaft mit einen „dritten Sektor“ jenseits von Staat und Markt identifiziert,²¹⁵ setzt die erstgenannte Position auf die Entwicklung versteckter Kompromisse, die im Phänomen der „autonomen Wahrnehmung von Eigen-Interessen zugleich als/für Allgemein-(Fremd-)Interesse“²¹⁶ gefunden werden. Auf der Grundlage der Einsicht, dass es eine übergeordnete, objektive Außenperspektive auf das Gemeinwohl nicht gibt, vielmehr jede denkbare Aussage von einer ursprünglich willkürlichen Leitunterscheidung ausgehen muss, die ihren eigenen blinden Fleck nicht reflektieren kann und anderen möglichen Leitunterscheidungen dadurch notwendig Unrecht tut (i.e. die Tragik der gewalttätigen Entscheidung),²¹⁷ geht es dann um die Bestimmung von Möglichkeitsbedingungen und Grenzen der partikularen Universalisierung, also um die Produktion von Allgemeinwohl aus einer unhintergebar von kommunikationssystemischen und diskurs-spezifischen Vorverständnissen und Vorurteilen geprägten Perspektive. Allgemeinwohl ist damit gar nicht anders vorstellbar, als in Form von „*bias, dressed in universalist principles*“.²¹⁸

²¹² Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75 ff.

²¹³ Zur spontanen Ordnungsbildung in Anknüpfung an Hayek Ladeur, Negative Freiheitsrechte, S. 21 ff., 112 ff. m.w.N.

²¹⁴ Vgl. zum Querdenken im Tetralemma Kibéd, Ganz im Gegenteil ..., Querdenken als Quelle der Veränderung, 1996, S. 41; Simon, Meine Psychose, mein Fahrrad und ich: Zur Selbstorganisation der Verrücktheit, 1997, S. 174 f.

²¹⁵ Vgl. dazu Schuppert, Markt, Staat, Dritter Sektor – oder noch mehr?, in: Ellwein (Hrsg.) Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft Bd. 3 (1989), S. 47 ff.

²¹⁶ Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, KritV 1988, 1 ff., 22; Teubner, Recht als autopoietisches System, S. 117 ff.; Willke, Ironie des Staates, S. 198 ff., 306 ff., 357 ff.

²¹⁷ Vgl. etwa Derrida, Gesetzeskraft, 1990; dazu Teubner, Der Umgang mit den Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 25 ff.

²¹⁸ Während das Zitat im Umfeld der *Critical Legal Studies* noch heute tendenziell als Vorwurf gebraucht wird: vgl. etwa Koskenniemi/ Leino, Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, 15 Leiden Journal of International Law (2002) 553 ff., 577.

Die Entfaltung der Paradoxie „Unparteiliche Parteilichkeit (auch als parteiliche Unparteilichkeit identifizierbar)“²¹⁹ scheint weniger durch sich selbst als „kritisch“ bezeichnende Gesellschaftstheorien als auf der Grundlage eines neutralen Begriffs sozialer Systeme möglich zu sein, der den im Hinblick auf Emanzipation/Entfremdung inhärent zweiseitigen Charakter sämtlicher Systeme betont.²²⁰ Wenn man mit Luhmann strikt zwischen Bewusstsein und Kommunikation unterscheidet und deshalb das Individuum radikal außerhalb des sozialen Systems Gesellschaft verortet, dann ergeben sich ungeahnte Handlungsspielräume in den gesellschaftlichen Funktionssystemen.²²¹ Weil nicht Menschen, sondern nur Kommunikationen unmittelbar systemischen Zwängen unterliegen, und weil Kommunikationen sich dem Code eines bestimmten Subsystems selbst zuordnen (oder eben nicht), bleibt dem Individuum jene Freiheit der ethisch motivierten Wahl, die in der oben beschriebenen Zivilautonomie angelegt ist. So wie das politische System den Bürger als *citoyen* nicht in die Rolle des passiven Wahlbürgers zwingt, so kann auch das Wirtschaftssystem den Bürger als *bourgeois* nicht auf den privaten Konsumzweck reduzieren. Sinn der politischen Grundrechte sowie der Grundfreiheiten der Privatautonomie als Bestandteile einer Zivilverfassung ist es gerade, den Menschen durch subjektive Rechte gegenüber einseitig systemischen Reduktionen auszuzeichnen.

Zur „autonomen Wahrnehmung von Eigen-Interessen zugleich als/für Allgemein-(Fremd-)Interesse“ (i.e. die zugleich sichtbare und unsichtbare Hand der Zivilgesellschaft) drei Beispiele, belegt an Phänomenen der Privatisierung des Rechts: *Erstens* kann die Produktion von Allgemeinwohl Gegenstand eines privaten Unternehmens sein, wenn und soweit für das entsprechende öffentliche Gut genügend Nachfrage am Markt besteht. Gewaltfreie Konfliktlösung ist eine zentrale öffentliche Aufgabe, die traditionell vom staatlichen Gerichtssystem erfüllt wird.²²² Mit zunehmendem Erfolg haben sich in diesem Bereich allerdings auch private Dienstleister etabliert, die alternative Streitschlichtungsverfahren von der Schiedsgerichtsbarkeit bis hin zur Mediation anbieten.²²³ *Zweitens* kann schlicht Interessenidentität bestehen, d.h. die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen setzt die Verwirklichung von Allgemein-

²¹⁹ *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, 2003, S. 13 ff., 18

²²⁰ Dazu *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 165 ff.

²²¹ *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984, S. 286 ff., 289 und öfters.

²²² Diese Staatsaufgabe ergibt sich unmittelbar aus dem staatlichen Gewaltmonopol, weil die diesem korrespondierende Friedenspflicht der Bürger entfällt, wenn der Staat nicht effektive Mechanismen der Streitbeilegung zur Verfügung stellt: vgl. *Christian Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 88 ff.; *Joerges*, The bright and the dark side of the consumer's access to justice in the EU, (2001) Global Jurist Topics: Vol. 1: No. 2, Article 1, mit folgendem Zitat aus Kleist's Michael Kohlhaas: "Verstoßen (aus der Gemeinschaft) nenne ich den, dem der Schutz der Gesetze versagt ist! Denn dieses Schutzes, zum Gedeihen meines friedlichen Gewerbes, bedarf ich; ... und wer mir ihn versagt, der stößt mich zu den Wilden der Einöde hinaus; er gibt mir, ... die Keule, die mich selbst schützt, in die Hand".

²²³ Vgl. nur *Redfern/Hunter*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3. Aufl., 1999; *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2001; *Perritt*, Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for new forms of ADR, 15 Ohio State Journal on Dispute Resolution (2000), 675 ff.

wohlinteressen voraus. So werden gegenwärtig von der Industrie Verfahren des Daten-, Jugend-, und Verbraucherschutzes im Internet entwickelt, weil ein „sicheres und sauberes“ Internet Voraussetzung für den Erfolg von E-Commerce ist.²²⁴ *Drittens* kann ein Allgemeinwohlinteresse gleichsam als Parasit im Huckepack der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen mitverwirklicht werden. Die Emergenz eines transnationalen Handelsrechts (*Lex Mercatoria*) stellt sich etwa als gemeinnütziges Abfallprodukt der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit dar. Private Schiedsinstitutionen agieren hier in einer Doppelrolle als *Merchants of Law* (Dispute Resolution Service Provider) und *Moral Entrepreneurs* (Produzenten von Rechtssicherheit).²²⁵

Wer diese These von den trotz aller systemischen Zwänge bestehenden individuellen Handlungsspielräumen mit vollzieht, dem eröffnen sich plötzlich die vollen Potentiale einer Zivilgesellschaft, die nicht im transzendentalen Jenseits unrealistischer Anforderungen an die Selbstlosigkeit der Bürger der Bürgergesellschaft verharret. Verantwortung für das Allgemeinwohl kann dann in jeder alltäglichen Rolle als Unternehmer, Arbeitnehmer, Verbraucher, Familienmitglied, Bürokrat, Wissenschaftler, Manager, Richter etc. im Rahmen der systemischen *constraints* wahrgenommen werden, die das jeweilige Rollenskript dem Akteur belässt. Beispielfähig lassen sich diese Schranken mit Wiethölter für die Rolle des Richters als „... die Positivität von Recht (als in Grenzen veränderliche Verfügbarkeit über Spielregelverfahren der Verarbeitung von Problemstoff durch Juristen) und die Professionalisierung von Juristen (als soziale Rekrutierung, [aus-] bildungspolitische Sozialisation und berufliche Praxis der [Interpretations-] Produzenten von „Recht“), die Freiheit aber wie folgt auf den Begriff bringen: „denkend gehorchen heißt, sich dem Gehorsam entziehen, gehorsam denken heißt, sich einem Denk-Paradigma zu fügen.“²²⁶ *Zivile Praxis* ist folglich überall angelegt, wo eine Zivilverfassung Zivilautonomie gewährleistet.

4. Zivilgesellschaft jenseits des Nationalstaats

Die in den Begriffen Zivilautonomie, Zivilverfassung und zivile Praxis entfaltete post-etatistische Lesart von Zivilgesellschaft erhält ihre volle Durchschlagskraft erst im Kontext von Global Governance.²²⁷ Denn eine globale Zivilgesellschaft kann sich

²²⁴ Pichler, Trust and Reliance – Enforcement and Compliance: Enhancing Consumer Confidence in the Electronic Marketplace, JSM Thesis, May 2000; Waltermann/Machill, (Hrsg.), Protecting our Children on the Internet, 2000.

²²⁵ Dezalay/Garth, Dealing in Virtue, London 1996; Teubner, „Global Bukowina“: Legal Pluralism in the World Society, in ders. (Hrsg.), Global Law Without a State, 1997, S. 3 ff.

²²⁶ Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, in: FS Kegel, 1977, S. 213 ff., 235

²²⁷ Zur Verknüpfung der Ideen von Global Governance und Globaler Zivilgesellschaft vgl. Desai/Redfern (Eds.), Global Governance: Ethics and Economics of the World Order, London 1995; Jayasuriya, Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance, in: Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 6 No. 2 (1999) p. 425;

nicht an der aus dem nationalen Kontext bekannten Metapher von der „Belagerung“ des organisatorisch-professionellen Kerns demokratischer Politik²²⁸ ausrichten, weil es einen Weltstaat als politisches Zentrum, um welches sich die Zivilgesellschaft als Peripherie anordnen könnte, nicht gibt. Damit trägt auch das von Habermas für den nationalen Verfassungsstaat insinuierte „Schleusenmodell“ der Legitimation, nach dem die kommunikative Macht der Zivilgesellschaft der rechtsstaatlichen Filterung im Durchgang durch den institutionalisierten Kernbereich deliberativer Politik bedarf,²²⁹ auf globaler Ebene nicht weit. Wenn Global Governance auf Co-Regulierung im Zusammenwirken von Internationalen Organisationen, Wirtschaft und globaler Zivilgesellschaft setzt, so müssen für den direkten Kontakt zwischen sich - mangels institutionalisierter Verfahren wie Wahlen etc. - weitgehend selbst legitimierenden Akteuren erst neuartige Verfahren erprobt werden, die den Legitimationsprinzipien deliberativer Politik in den andersartigen institutionellen Arrangements von Global Governance eine rechtsherrschaftliche (*rule of law*, nicht rechtsstaatliche) Form geben, die strukturelle Korruption im oben beschriebenen Sinne ausschließt.

a) Handlungsformen und Akteure der globalen Zivilgesellschaft

Den institutionellen Kern der globalen Zivilgesellschaft bilden lockere Assoziationen und Netzwerke wie die Globalisierungsgegner Attac,²³⁰ das Weltsozialforum²³¹ oder Menschenrechtsbewegungen wie die argentinischen Madres im Falle der Desaparecidos²³² sowie transnationale not-for-profit-NGOs wie Amnesty International, WWF, Greenpeace, Human Rights Watch etc., aber auch Berufsverbände wie der Weltärztebund, Interessenverbände wie Consumers International, oder Wirtschaftsverbände und Initiativen wie die International Chamber of Commerce oder das World Economic Forum.²³³ Der Einfluss der erstgenannten Gruppen stützt

Yamamoto/Ashizawa (Eds.), *Governance and Civil Society in a Global Age*, 2001; Zinnbauer, *Internet, Civil Society and Global Governance*, 7 *Information & Security* (2001), 45 ff.

²²⁸ Dazu Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 370 ff.

²²⁹ *Ders.*, a.a.O., S. 374, 430 ff.

²³⁰ Die „Internationale Initiative zur demokratischen Kontrolle der Finanzmärkte und Institutionen“ Attac ist ein Netzwerk ohne hierarchische Strukturen oder eine geographische Zentrale mit dem Ziel, auf internationaler Ebene alle Beiträge seiner Mitstreiter, die sich mit den Zielsetzungen identifizieren, zu verstärken, zu koordinieren und zu vernetzen: www.attac.org/indexde/index.html

²³¹ Das *World Social Forum* ist keine Organisation, sondern "... an open meeting place for reflective thinking, democratic debate of ideas, formulation of proposals, free exchange of experiences and inter-linking for effective action, by groups and movements of civil society that are opposed to neo-liberalism and to domination of the world by capital and any form of imperialism, and are committed to building a society centred on the human person": WSF Charter of Principles, <http://www.wsfindia.org/charter.php>.

²³² Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft*, ARSP 2002, 349 ff.

²³³ Freilich ist auch im Kontext der globalen Zivilgesellschaft umstritten, ob wirtschaftsnahe Interessenverbände zur „Civil Society“ oder zur „Industry“ gehören. Vgl. dazu *Anheier/Glasius/Kaldor*, *Introducing Global Civil Society*, in: dies. (eds.), *Global Civil Society 2001*, *Global Civil Society Yearbook*, Oxford UP 2001, ch. 1. Auf die genaue begriffliche Abgrenzung

sich vornehmlich auf deren Fähigkeit zur Skandalisierung von Problemen und zur Mobilisierung von Weltöffentlichkeit, während sich die sog. Interessenverbände durch ihre Nähe zum operativen Geschäft in den Teilsystemen Gesundheit, Wirtschaft etc. eher auf die Ressourcen Expertenwissen und Selbstregulierungsfähigkeit stützen.

Jenseits des zähen und ineffektiven Multilateralismus völkerrechtlicher Staatsverträge hat sich dabei ein diskursives Politikmodell mit verteilten Rollen herausprozesziert. Auf themenspezifischen internationalen Konferenzen, häufig unter dem Dach oder der Beteiligung von internationalen Organisationen wie der UNO oder der OECD organisiert, werden Regulierungsoptionen unter Beteiligung von Regierungsvertretern, Interessenvertretern, Wirtschaftsverbänden und zivilgesellschaftlichen Akteuren diskutiert und Politikziele in Form von *Guidelines* formuliert. Im Wege der freiwilligen Selbstverpflichtung versprechen Regierungen und Wirtschaftsvertreter dann bestimmte Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele zu ergreifen, wobei in starkem Maße auf Selbstregulierung und *Private Ordering* gesetzt wird, während den Regierungen die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für die Selbstregulierung obliegt.²³⁴

Den zivilgesellschaftlichen Assoziationen und Netzwerken, die *nicht* über die Ressourcen der Selbstregulierungsfähigkeit verfügen, sondern sich eher inhaltlich an der Formulierung von Politiken beteiligen, kommt dabei eine wichtige legitimierende Funktion zu, insofern sie die Privatisierung der Weltpolitik zwischen den mächtigen Bürokratien und Verbänden öffentlich kontrollieren. Im Wege der Skandalisierung nehmen sie Einfluss auf das globale Agenda-Setting, als Teilnehmer internationaler Konferenzen sind diese Gruppen an der Formulierung von Weltpolitik beteiligt, oder, soweit bestimmte Gruppen ihre Anliegen auf den internationalen Konferenzen nicht repräsentiert sehen, mobilisieren sie die Weltöffentlichkeit und konstituieren Gegenpolitiken. Schließlich haben sie Anteil an der Kontrolle der Einhaltung der so begründeten Selbstverpflichtungen.²³⁵

Festzuhalten bleibt aber, dass diese Gruppen die Zivilgesellschaft nicht allein ausmachen. Wenn Wirtschaftsführer auf dem World Economic Forum über Umweltschutz, Welternährung oder Technologiepolitik rasonieren, wenn transnationale Unternehmen *Codes of Conduct* zu allen möglichen Politikzielen, vom Umweltschutz

kommt es indes gar nicht an, da im Kontext der „hybrid cross-border governance“ ohnehin nicht klar zwischen Staat und Gesellschaft unterschieden werden kann. Entscheidend ist vielmehr, dass Vereinigungen wie der „Global Business Dialogue on E-Commerce“ (www.gbde.org) eine für moralische und ethisch-politische Argumente offene Diskussionsplattform bieten und zugleich den Zugriff auf wirtschaftliche Selbstregulierungsressourcen eröffnen. Sie bilden gleichsam den Transmissionsriemen, über den „ohnmächtige“ (i.e. nur mit der Kraft des besseren Arguments ausgestattete) zivilgesellschaftliche Botschaften unmittelbar (d.h. ohne staatliche Vermittlung) mit wirtschaftlicher Macht verkoppelt werden.

²³⁴ Vgl. z.B. OECD, Co-operative Approaches to regulation. Public Management occasional Papers No. 18, 1997; Ähnlich jetzt das „White Paper on European Governance“ COM(2001) 428 final; siehe dazu die Beiträge in Joerges et. al. (Eds.), Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance, Jean Monnet Working Paper No. 6/01.

²³⁵ Beck, Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter, 2002, S. 348 ff.

über Sozialstandards bis hin zum Verbraucherschutz, formulieren und implementieren,²³⁶ dann ist diese *not-for-profit-action* gerade nicht Wirtschaft, sondern zivilgesellschaftliches Engagement in den Spielräumen, die das Wirtschaftssystem hierzu lässt. Und gleiches gilt für die Selbstreflexion anderer Funktionssysteme auf ihre gesellschaftliche Umweltverträglichkeit, etwa wenn Wissenschaftler und Ärzte sich weltweit auf ethische Prinzipien einigen und diese über Ethikkommissionen implementieren.²³⁷ Weil globale Politik in Abwesenheit eines Weltstaates überhaupt nur durch Rückgriff auf die Ressourcen gesellschaftlicher Selbstregulierung möglich erscheint, können sich die zivilgesellschaftlichen Botschaften auch nicht vornehmlich an das politische System adressieren. Alternative Gegenpolitiken richten sich deshalb unvermittelt an Entscheidungsträger in Wirtschaft, Wissenschaft und anderen Systemen.²³⁸

Im Ergebnis erscheint die Rede von Global Governance durch Co-Regulierung zwischen „State, Industry, and Civil Society“ als nur bedingt aussagekräftig. Denn im Gegensatz zum nationalstaatlichen Modell des Zusammenwirkens einer demokratisch legitimierten Regierung mit demokratisch verfassten Verbänden an einem „runden Tisch“ lassen sich die Spieler auf globaler Ebene kaum zutreffend unter die traditionellen Kategorien fassen. Unter der Bezeichnung „State“ treten Mitarbeiter internationaler Organisationen auf, die sich aus dem völkerrechtlichen Korsett von Arbeitsaufträgen und Finanzierung durch die Nationalstaaten emanzipieren, als „Industry“ firmieren nicht mächtige Bürokratien wie BDI und DIHK, sondern sich als Weltbürger verstehende Manager, die sich von der Bindung an den Willen ihrer Shareholder distanzierend in Diskussionsforen und Initiativen zusammen finden. Obwohl also Akteure aus dem Umfeld von Staat und Wirtschaft mit den klassischen zivilgesellschaftlichen Akteuren zusammenwirken, werden weder Nationalstaaten noch Firmen wirklich „repräsentiert“. Global Governance ist vielmehr ein Prozess, in dem die globale Zivilgesellschaft in mehrfacher Hinsicht auf sich selbst einwirkt: zunächst in den öffentlichen Diskussionen um die Formulierung von Politiken und Gegenpolitiken, sodann bei der Implementierung dieser Ziele durch das selbst geschaffene (Zivil-) Recht der Zivilgesellschaft.

b) Innovation und Legitimation: Internetgovernance als Blaupause

Wenn Global Governance weder durch direkte noch durch repräsentative Elemente demokratischer Legitimation gekennzeichnet ist, kann man sich eine globale Rechtsherrschaft dann überhaupt als legitim vorstellen? *Good Governance* setzt hier vor allem auf Transparenz,²³⁹ d.h. einen teilnehmeroffenen, deliberativen Prozess

²³⁶ Dazu am Beispiel der Biodiversität und Biotechnologie ausführlich *Heins*, *Der neue Transnationalismus*, 2001, S. 183 ff., 355 ff.

²³⁷ Vgl. dazu ausführlich *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 224-261.

²³⁸ So versteht sich das Weltsozialforum nicht als zivilgesellschaftliche „Belagerung“ von Weltpolitik in Form etwa des G-8-Treffens, sondern als Alternative zum Weltwirtschaftsforum.

²³⁹ Dazu *Kokott*, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, *VVDStRL* 2003, 7, 31 ff.

der Rechtsbegründung sowie einen konsensbasierten und lernoffenen Implementationsprozess, insgesamt also auf die legitimierende Kraft kommunikativer Vernunft (*moral suasion*). In Auseinandersetzung mit und in Abgrenzung zu den klassischen Formen politischer Allgemeinwohlproduktion sowie wirtschaftlicher Mehrwerterschöpfung produziert die globale *Zivilrechtsgesellschaft* dabei beständig Rechtsinnovationen, die hier am Beispiel der *Internetgovernance* erläutert werden sollen, weil die globale Zivilgesellschaft in besonderem Maße von den neuartigen Möglichkeiten der Kommunikation und Vernetzung über das Internet profitiert.²⁴⁰ Innovative Formen der Internetgovernance können daher als Blaupause für neue Legitimationsverfahren im heterarchischen Umfeld einer Global Governance ohne Weltstaat dienen.²⁴¹

aa) *Rough Consensus and Running Code*

"We reject kings, presidents and voting. We believe in *rough consensus* and *running code*."²⁴² Für seine Interoperabilität als Netz von Netzen bedarf das Internet globaler technischer Standards, für deren Entwicklung in den 1970er Jahren ein kalifornischer Universitätsassistent zuständig war. Um die Qualität der Standards und die Abnahmemotivation der weltweit verstreuten Netzwerkadministratoren für diese Standards zu gewährleisten, entwickelte dieser das *Request for Comments* (RFC) Verfahren. Zur Lösung eines bestimmten Problems wird ein Arbeitsgruppenleiter ernannt, der ein RFC ins Netz stellt. Jedermann kann sich online an der Diskussion um Lösungen beteiligen, wobei faktisch vornehmlich die interessierten Experten aus den betroffenen Kreisen teilhaben. Standards sollen grundsätzlich nicht nach dem Mehrheitsprinzip, sondern im Wege der deliberativen Überzeugung im Konsens festgelegt werden. Um jedoch zu verhindern, dass sich die Diskussion in unvereinbaren Alternativen festfährt oder immer wieder von vorne beginnt, kann der Gruppenleiter einen *rough consensus* zu Zwischen- oder Endergebnissen feststellen. Dieser ungefähre Konsens hat zwei Implikationen: auf der sozialen Ebene kann er eine Beinahe-Einstimmigkeit der Teilnehmer i.S.e. ganz herrschenden Meinung, auf

²⁴⁰ Kahler, *Information Networks and Global Politics*, in: Engel/Keller (eds.), *Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political, and Cultural Values*, 2000, S. 141, 149 ff. m.w.N.

²⁴¹ Vgl. dazu Abramson, *Democracy and Global Communication*, in: Engel/Keller (eds.), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, 2000, S. 119 ff.; Trute, *The Impact of Global Networks on Political Institutions and Democracy*, ebenda S. 131 ff.; Tranvik/Thompson/Selle, *Doing Technology (and Democracy) the Pack-Donkey's Way: The Technomorphic Approach to ICT Policy*, ebenda, S. 155 ff.; vgl. auch Bernstorff, *Democratic Global Internet Regulation? Governance Networks, International Law and the Shadow of Hegemony*, *European Law Journal* (2003) 511 ff.

²⁴² David Clark (MIT): hierzu und zum folgenden Reagle, *Why the Internet is Good, Community governance that works well*, 1999; Mayer, *Selbstregulierung im Internet: Institutionen und Verfahren zur Setzung technischer Standards*, K&R 2000, 13 ff.; Hutter, *Global Regulation of the Internet Domain Name System: Five Lessons from the ICANN Case*, in: Ladeur (Hrsg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, 2003, S. 39 ff.

der Sachebene einen gemeinsamen Nenner i.S.e. „common core“ bezeichnen, der im weiteren Diskussionsverlauf nicht mehr in Frage gestellt werden soll. Wenn in der Arbeitsgruppe eine Einigung auf einen neuen Standard herbeigeführt wurde, beginnt die Implementationsphase, wobei *running code* wiederum zwei Bedeutungen hat: Zunächst wird die Praxistauglichkeit des neuen Standards in kleinem Kreise erprobt, bevor er weltweit zur Übernahme empfohlen wird. Sodann steht es der Internet Community frei, diese Empfehlung zu übernehmen oder eben nicht. Erst wenn sich der Standard auf so breiter Basis durchgesetzt hat, dass seine Nichtbeachtung zum Verlust der Interoperabilität führen würde, ist ein Netzwerkadministrator in seiner Entscheidung nicht mehr frei.

Dieses Verfahren ist nicht nur für technische Standards geeignet, sondern kann auch auf soziale Normen übertragen werden. *Rough consensus* steht dann für ein im diskurstheoretischen Sinne deliberatives, i.e. am Modell der wissenschaftlichen Wahrheitsfindung orientiertes Verfahren der Produktion von Normprojektionen auf der Angebotsseite der „norm entrepreneurs“, *running code* bezeichnet an den Konsens der Betroffenen auf der Nachfrageseite gebundene Anerkennung und Durchsetzung, und das heißt gleichzeitig Produktion der Norm im – freilich durch Netzwerkeffekte gekennzeichneten – Ordnungswettbewerb.²⁴³ Beide Elemente finden sich sowohl in der Produktion von völkerrechtlichem Soft-Law, etwa wenn UNCITRAL²⁴⁴ den Nationalstaaten ein Modellgesetz zur Internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit zur Übernahme empfiehlt,²⁴⁵ als auch bei der Ausarbeitung von Privatkodifikationen wie den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, die den Parteien grenzüberschreitender Verträge zur Rechtswahl empfohlen werden.²⁴⁶ Jenseits eines bloß an *consuetudo* und *opinio necessitatis* gebundenen Gewohnheitsrechts und eines in formalen Gesetzgebungsverfahren per Mehrheitsbeschluss gesetzten staatlichen Rechts scheint sich hier eine andere Form legitimer Recht-Fertigung zu etablieren, die an die prinzipiell-systematische, wissenschaftliche Rechtsbildung nach historischer Methode des 19. Jahrhunderts erinnert, welche im Angesicht einer der heutigen globalen Situation vergleichbaren „pluralistisch schwierigen realen Rechtsquellenlage im Deutschen Bund“ für alle kultivierten Völker geltende allgemeine Rechtsprinzipien als konkretes Naturrecht (natürliches Gewohnheitsrecht, lebendiges Recht) bestimmte, das etwa im allgemeinen Handelsrecht als „von selbst“ entstehendes Recht aus der wirtschaftlichen Natur der Sache erschlossen wurde.²⁴⁷

²⁴³ Zu dem ökonomischen Wettbewerbsmodell sozialer Normierung *Aviram*, A Network Effects Analysis of Private Ordering, Berkeley Olin Program in Law & Economics, Working Paper 2003/80.

²⁴⁴ United Nations Commission on International Trade Law: www.uncitral.org

²⁴⁵ Dazu *Sanders*, The Harmonising Influence of the Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, in: Understanding Transnational Commercial Arbitration, 2000, 43, 48 ff.

²⁴⁶ Dazu *Bonell*, The UNIDROIT Principles and Transnational Law, in: Berger (ed.), The Practice of Transnational Law, 2001, S. 23 ff.

²⁴⁷ Siehe dazu ausführlich *Rückert*, Handelsrechtsbildung und Modernisierung des Handelsrechts durch Wissenschaft zwischen ca. 1800 und 1900, ZHR Beiheft Bd. 66, 1993, S.19, 42-48. Zu den Parallelen zum Normen produzierenden, auf wissenschaftliche Autorität gestützten juristischen

bb) Reflexive Ratings und deliberative Demokratie

Das *zweite Beispiel* betrifft die Frage, wie man ein Online-Diskussionsforum mit sehr vielen Teilnehmern, von denen einige substantielle Beiträge einbringen, andere aber eher passiv teilhaben, im Sinne einer „deliberative opinion-poll“ gestalten kann.²⁴⁸ Das Verbraucherportal Epinions.com hat für Konsumgüter ein reflexives Bewertungssystem entwickelt, bei dem die primären Testberichte der Teilnehmer (Review) von den Lesern sekundär im Hinblick auf deren Nützlichkeit hin bewertet werden (Rating), so dass auf eine Suchanfrage hin die nützlichsten Bewertungen zuerst angezeigt werden (Ranking). Ratings können anonym oder personalisiert erfolgen, wobei auch Bewerter als Personen geratet werden mit der Folge, dass deren Bewertungen ein höheres Gewicht eingeräumt wird. Über eine Nutzerregistrierung, detaillierte Regelwerke sowie die Intransparenz der Bewertungssoftware sollen Manipulationen erschwert werden.²⁴⁹ Reflexive Bewertungssysteme haben im E-Commerce inzwischen eine weite Verbreitung gefunden, sie funktionieren jedoch nur auf hoch frequentierten Seiten zuverlässig.

Aus der Perspektive der Gesetzgebung sind reflexive Bewertungssysteme interessant, weil sie die Vorteile verschiedener traditioneller Bürgerbeteiligungsverfahren miteinander verbinden: empirische Meinungsumfragen, Volksentscheide, etc. sind zwar repräsentativ, aber aufgrund vorgegebener Alternativen und mangels Diskussion nicht deliberativ; Experten- und Bürgeranhörungen sind aufgrund ihres offenen Diskurscharakters zwar deliberativ, aber nicht repräsentativ. Wenn die Europäische Kommission im Rahmen der Initiative zu „Good Governance in Europe“ ihre Grünbücher und sämtliche Stellungnahmen dazu im Internet veröffentlicht,²⁵⁰ dann verzweifelt der Beobachter schlicht an der Menge an unstrukturierter Information, so dass er sich auf die Zusammenfassung der Ergebnisse im Nachfolgedokument der Kommission verlassen muss. Während die häufig alles entscheidende Macht der Analyse und Synthese der Stellungnahmen (i.e. die Feststellung des *rough consensus*) damit bei der Kommission verbleibt, würden reflexive Bewertungssysteme diese Macht in die subjektlosen Foren der zivilgesellschaftlichen Internetkommunikation verweisen. Auch private Gesetzgeber wie die Lando-Kommission könnten die bisher nur auf wissenschaftliche Autorität gestützte Legitimation der Feststellung des „Common Core“ (i.e. der *rough consensus* der nationalstaatlichen Pri-

Diskurs um „transnational soft-law“ vgl. *Dezalay/Garth*, Legitimizing the New Legal Orthodoxy, in: dies. (eds.), *Global Prescriptions*, 2002, S. 306, 316 f.

²⁴⁸ Zu den Versuchen der Demokratietheorie, neue Formen der deliberativen Bürgerbeteiligung wie etwa „Planungszelle“ oder „Citizens Juries“ zu entwickeln vgl. *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 221 ff. m.w.N.

²⁴⁹ Siehe dazu http://www.epinions.com/help/faq/?show=faq_rating

²⁵⁰ Europäische Kommission, Towards a reinforced culture of consultation and dialogue - Proposal for general principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission, COM(2002) 277 final v. 5.6.2002

vatrechtsordnungen) durch eine teilweise Verlagerung des rechtsvergleichenden wissenschaftlichen Diskurses in strukturierte Internetforen ergänzen.

cc) Global Creative Commons: Open Source and General Public License

Das *dritte Beispiel* betrifft die Frage, wie die dezentrale Produktion von öffentlichen Gütern in den weit verzweigten Netzwerken zivilgesellschaftlicher Internetkommunikation rechtlich organisiert und strukturiert werden kann, und wie sich die private Aneignung des kooperativ geschaffenen Mehrwerts verhindern lässt. Linux ist ein Betriebssystem für Computer, welches ursprünglich von Linus Torvalds mit Hilfe von Programmierern weltweit unter der *GNU General Public License* entwickelt wurde.²⁵¹ Der Quellcode der Software ist frei verfügbar, so dass jedermann die Software verändern kann. Nach den Lizenzbedingungen darf er Linux und daran vorgenommene Änderungen jedoch nur unter denselben Bedingungen kopieren und weiterverbreiten, so dass die Software auch mit ihren Weiterentwicklungen frei veränderbar und kopierbar bleibt. Auch Software-Patente auf Weiterentwicklungen dürfen nur unter der Bedingung registriert werden, dass das Patent zur freien Nutzung lizenziert wird.²⁵² Die juristische Innovation dieser Konstruktion liegt darin, dass Urheber- und Patentrechte nicht zur privaten Aneignung des Mehrwerts geistigen Eigentums, sondern über die Ausgestaltung der Lizenzbedingungen gerade umgekehrt zur rechtlichen Absicherung und Strukturierung der von der Zivilgesellschaft geschaffenen *global commons*, also zur Überwindung des sog. *anticommons dilemma* genutzt werden.²⁵³ Diese Idee hat vor allem die Open Source und Free Software Bewegung im Kampf gegen den Goliath Microsoft beflügelt, kann aber auf alle Bereiche der geistigen Produktion in einer vernetzten Wissensgesellschaft von der Musik bis zur Wissenschaft übertragen werden.²⁵⁴

Die umgekehrte Nutzung von Urheberrechten (*some rights reserved*) kann auch für die Strukturierung transnationaler zivilgesellschaftlicher Netzwerke der Rechtsfertigung von Bedeutung sein. Wenn Rechtssicherheit auf globalen Märkten ein öffentliches Gut ist, das eine möglichst weite Verbreitung des in Privatkodifikationen, Präjudizien und rechtswissenschaftlichen Texten enthaltenen Wissens über transnationales Handelsrecht voraussetzt (*the jurisprudence of lex mercatoria as a global common*), dann muss dieses Wissen vor einer die Autopoiesis des globalen

²⁵¹ *Torvalds/Diamond*, Just for Fun: The Story of an Accidental Revolutionary, 2001

²⁵² Der Text der Lizenz findet sich unter <http://www.linux.org/info/gnu.html>

²⁵³ Zu dieser Problematik vgl. *Vanneste/Van Hiel/Parisi/Depoorter*, From 'Tragedy' to 'Disaster': Welfare Effects of Commons and Anticommons Dilemmas (May 2004).

²⁵⁴ Vgl. dazu <http://creativecommons.org/learn/legal/>: "The "tragedy of the commons" is the familiar notion that widespread public use of a commons leads to its inevitable depletion. But some resources, once created, cannot be depleted. In the words of Thomas Jefferson, "He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine receives light without darkening me." An idea is not diminished when more people use it. Creative Commons aspires to cultivate a commons in which people can feel free to reuse not only ideas, but also words, images, and music without asking permission."

Rechtsdiskurses behindernden Privatisierung geschützt werden.²⁵⁵ Da Privatkodifikationen im Gegensatz zu staatlichen Gesetzestexten urheberrechtlich geschützt sind, könnten diese mit einer Lizenzbedingung versehen werden, die die Verwendung der Prinzipien durch Vertragsparteien und Schiedsgerichte an die Bedingung knüpft, dass die *ratio decidendi* solcher Schiedssprüche der Öffentlichkeit frei verfügbar gemacht wird.²⁵⁶

V. Eine pluralistische (Welt-) Herrschaft der Rechte

Die Ausgangsfrage nach einem Weltrecht ohne Weltstaat kann nunmehr wie folgt beantwortet werden: Der Durchgang durch die gesamten Staatswissenschaften hat gezeigt, dass in den nicht territorial, sondern funktional ausdifferenzierten Bereichen der Weltgesellschaft *Governance-Strukturen* beobachtet werden können, die sich in verschiedenen Bereichen zu *themenspezifischen Regimes* mit *funktional* umgrenzten *Jurisdiktionen* verdichten. Solche Governance Regimes entziehen sich zunehmend der Dichotomie öffentlich/privat: *Public International Regimes* verselbständigen sich gegenüber den Nationalstaaten durch unmittelbaren Zugriff auf strategische (Geld/Macht) und kommunikative (Legitimation) Ressourcen in Wirtschaft und Zivilgesellschaft; *Private Transnational Regimes* wie die Handelsschiedsgerichtsbarkeit verselbständigen sich gegenüber den Vertragsparteien, insofern deren private Konflikte für die Produktion des öffentlichen Guts Rechtssicherheit (*Lex Mercatoria*) benutzt werden. *Hybrid Global Regimes* wie die ICANN UDRP werden im Wege der Co-Regulierung zwischen Staaten, Wirtschaft und Zivilgesellschaft errichtet.

In diesen Governance Regimes wird nicht nur Herrschaft ausgeübt, sondern soweit diese über unabhängige Streitschlichtungsorgane verfügen, die anhand des Rechtscodes verbindliche Entscheidungen treffen und dadurch Normen kondensieren und bestätigen, nehmen sie am globalen Rechtsdiskurs (i.e. das Weltkommunikationssystem Recht) teil. Sie erfüllen die gesellschaftliche Funktion von Recht. Hält man am etatistischen Rechtsbegriff fest und spricht diesen Ordnungen den Rechtscharakter ab, so sieht man sich in einer globalisierten Welt nicht nur einem erschreckenden Mangel an Recht gegenüber, sondern begibt sich auch der Chance, die hybriden Zivilregimes durch Zivilverfassungsrecht zu konstitutionalisieren. Im Interesse der Fortschreibung der aufklärerischen Idee einer legitimen Herrschaft des Rechts erscheint es deshalb als theoriestrategisch sinnvoll und geboten, die auf globaler Ebene zu beobachtende Entstehung von hybriden Ordnungen als Privatisierung von Recht anzuerkennen, um auf dessen Zivilisierung hinzuwirken.

²⁵⁵ Die Transnational Law Database (www.tldb.de), die sämtliche Quellen der *Lex Mercatoria* im Internet frei verfügbar machen will, hat etwa das Problem, dass bereits veröffentlichte wissenschaftliche Beiträge und Schiedssprüche urheberrechtlich geschützt sind und von Verlagen entgeltlich vermarktet werden (z.B. www.kluwerarbitration.com).

²⁵⁶ Ausführlich Calliess, *Reflexive Transnational Law*, ZfRSoz 2002, 185, 211 f.

Globale Zivilregimes legitimieren sich dabei aus einer komplexen Verschränkung von *Faktizität und Geltung*: Dort, wo in der durch zunehmende Vernetzung in transnationalen Handlungssphären gekennzeichneten Weltgesellschaft ein Bedarf nach Rechtssicherheit und Gerechtigkeit besteht, welches im anarchischen System des klassischen Völkerrechts von den Nationalstaaten nicht befriedigt wird, füllen sie das normative Vakuum durch Produktion von *Running Code*. Legitim ist die zivile Rechtsproduktion aus dieser Sicht zunächst, weil und soweit sie einen effektiven Beitrag zur Lösung von globalen Regulierungsproblemen liefert, d.h. weil sie das „Chaos (des westfälischen Systems) in (funktionierende) Ordnung bringt.“ Legitim ist zivile Rechtsproduktion aber auch deshalb, weil sie sich nicht wie der absolutistische Souverän des Nationalstaats auf ein Gewaltmonopol stützt, sondern in mehrfacher Weise auf *Rough Consensus* setzt und angewiesen ist. Bei der Normproduktion gehen Zivilregimes sowohl in materieller (Allgemeine Rechtsprinzipien als *Common Core* der Rechtsordnungen *fast aller* Nationen) als auch in prozeduraler (Beinahe Einstimmigkeit in offen-partizipativen Konsultationsprozessen) Hinsicht gegenüber dem Mehrheitsprinzip demokratischer Abstimmungen von einem Mehr an Konsens aus. Wegen ihres gegenüber staatlichem Recht sanfteren Zwangscharakters sind Zivilregimes schließlich auch im Bereich der Vollstreckung auf einen breiten sozialen Konsens angewiesen, weil Sie zu ihrer faktischen Wirksamkeit der sozialen Netzwerkeffekte bedürfen.

Zivilregimes sind typischerweise *self-contained*, insofern sie ihren Geltungsanspruch nicht nach dem Vorbild von Kelsens hierarchischer Stufenbaulehre des (Völker-) Rechts aus einer obersten UNO-Weltstaats-Grundnorm ableiten. Es handelt sich vielmehr um je operativ geschlossene autopoietische Rechtssysteme, die nationalstaatliches oder internationales Recht *systemintern* nicht als unmittelbar geltendes, höherrangiges Recht anerkennen, sich aber auch nicht eines *systemexternen* Geltungsvorrangs berühen. Ein nach dem Vorbild nationalstaatlicher Rechtssysteme hierarchisch aus einer Grundnorm ableitbares Weltrecht gibt es deshalb nicht. Zu beobachten ist vielmehr eine Vielheit nebeneinander operierender, sich aufgrund der nicht territorial, sondern funktional bestimmten Grenzen häufig überlappender Rechtsordnungen. Das wechselseitige Verhältnis dieser Ordnungen zueinander ist teils durch Ignoranz, teils durch Kooperation und Vernetzung, zuweilen aber auch durch Konkurrenz im Sinne von Substitution und Verdrängung geprägt. Die resultierenden Regime-Konflikte können besser in den international privatrechtlichen Bildern der Kollision, der freundlichen Zulassung und der wechselseitigen Anerkennung unter Vorbehalt des *Ordre Public*, als in den föderal staatsrechtlichen Kategorien der Solidarität (Stufenordnung, Bundestreue, *lex superior*-Regel, etc.) und Subsidiarität (Kompetenzabgrenzung in Mehrebenensystemen) beschrieben werden. Ausgeschlossen ist jedenfalls eine Kompetenzabgrenzung mit Ausschließlichkeitsanspruch: das Weltrechtssystem kennt weder ein territoriales noch ein funktionales Recht-Fertigungs-Monopol, so dass man von einem evolutorischen Ordnungswettbewerb im Sinne von Hayek sprechen könnte. Zwecks deutlicherer konzeptioneller Abgrenzung nicht nur vom Ordnungsmuster *Staat* (Hierarchie), sondern auch vom Ordnungsmuster *Markt* (Wettbewerb) erscheint die Rede

von *Vernetzung* (Kompatibilisierung als Aufrechterhaltung produktiver Widersprüche) in einem funktionalen Rechtspluralismus hingegen noch besser geeignet. *Globales Recht* kann man sich dann als heterarchisches Netzwerk von öffentlichen, privaten und hybriden Rechtsregimes vorstellen, welches auf die Verbindung der Vorteile kooperativer mit den Vorteilen kompetitiver Ordnungsmuster gerichtet ist (*co-opetition*).²⁵⁷

²⁵⁷ Zur Vernetzung als Institutionalisierung von Widersprüchen ausführlich *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, S. 79 ff.; siehe auch *Teubner/Fischer-Lescano*, Regime-Konflikte, 2005 (i.E.).