

Gunther Teubner

Rechtsirritationen:

Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes

(erschieden in: Günter Dux und Frank Welz (Hrsg.), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, Leske und Budrich: Opladen 2001, 351-381)

I. Legal transplants: Eine irreführende Metapher

Treu und Glauben irritieren das britische Recht. Kürzlich hat die berühmt-berüchtigte europäische Richtlinie zum Verbraucherschutz das kontinentaleuropäische Prinzip der *bona fides* direkt in das britische Vertragsrecht implantiert, wo es ein beträchtliches Ausmaß an Irritationen auslöste. Nach der Richtlinie ist eine Vertragsbestimmung mißbräuchlich, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.¹ Zwar war der ansteckende Virus bereits früher in das Vertragsrecht des *common law* eingedrungen, insbesondere in den Vereinigten Staaten, wo der *Uniform Commercial Code* und das *Restatement (2d)* das Kriterium von Treu und Glauben für die Durchführung und Durchsetzung eines Vertrages eingeführt haben.² Aber traditionsbewußte britische Gerichte haben bei verschiedenen Gelegenheiten den Krankheitserreger auswärtigen Ursprungs erfolgreich bekämpft, als inherently repugnant to the adversarial position of the parties, und als unworkable in practice.³ Jetzt stehen sie jedoch vor dem Problem, wie sie mit der EG-Richtlinie umgehen sollen. Und es ist zu erwarten, daß sich das Prinzip von Treu und Glauben noch weit über den Bereich des Verbraucherschutzes hinaus ausdehnen wird.⁴

¹ Art. 3 I, *Regulation 4 of the Unfair Terms in Consumer Contracts*, SI 1994 Nr. 3159, in Umsetzung der *Richtlinie 93/13 EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen* (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft Nr. L 95 vom 21.4.1993, 29 ff.).

² *Uniform Commercial Code* 1-203; *Restatement (2d) of Contracts*, 205.

³ *Walford v Miles* [1992] 1 All England Law Reports 453, 460-461.

⁴ So erhebt Art. 1.106 der *Principles of European Contract Law* (1995) Treu und Glauben zu einem allgemeinen, nicht auf das Verbraucherrecht beschränkten Grundsatz. Auch im internationalen Wirtschaftsrecht spielt dieser Grundsatz eine zunehmende Rolle; vergleiche etwa Art. 7.1 der *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (1994) und Art. 7 Abs. 1 der *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* vom 11.4.1980. Hierzu: E.A. Farnsworth (1995), *Good faith in contract performance*; P. Schlechtriem (1997), *Good Faith in German Law and International Uniform Laws*.

Einige akademische Beobachter haben ihrer tiefen Besorgnis über diese Entwicklung Ausdruck verliehen: Good faith could well work practical mischief if ruthlessly implanted in our system of law.⁵ Andere haben Treu und Glauben als eine gesunde Injektion kommunitaristischer Prinzipien begrüßt, von der sie sich erhoffen, daß sie den Pathologien des Rechtsformalismus entgegenarbeiten und produktive Beziehungen mit anderen Komponenten des britischen Vertragsrechts eingehen wird.⁶ Die gesamte Debatte wird von der eindrucksvollen Metapher der *legal transplant* geprägt. Werden Treu und Glauben nach der Transplantation durch eine Immunreaktion des *corpus iuris britannicum* abgestoßen werden? Oder werden sie als ein erfolgreiches Transplantat funktionieren? Wird es zu einer produktiven Interaktion mit den anderen Elementen des rechtlichen Organismus kommen?

Ich möchte diese zur Zeit in Großbritannien hochaktuelle Transferproblematik dazu benutzen, um die etwas unhandliche Thematik des sozialen Wandels durch Recht so zurechtzuschneiden, daß sie einer systemtheoretisch orientierten Analyse zugänglich wird. Mein Beitrag wird auf drei Ebenen argumentieren:

1. Konkrete Ebene: Welche rechtlichen und sozialen Wandlungsprozesse lassen sich nach der Einführung von *good faith* im englischen Recht beobachten?
2. Mittlere Ebene: Wie tragfähig ist das Konzept des *legal transplant* zur Analyse solcher Wandlungsprozesse?
3. Abstrakte Ebene: Was erbringt der Begriff der Koevolution von Recht und Wirtschaft für die Problematik des Rechtswandels?

In der Tat wird heute häufig die Thematik des Rechtswandels in die unter Juristen und Soziologen kontrovers geführte Debatte übersetzt, ob und in welchem Ausmaß es möglich und sinnvoll ist, Rechtsinstitutionen von einer Rechtskultur auf die andere zu übertragen und dadurch Rechts- und Gesellschaftsänderungen auszulösen.

⁵ M. G. Bridge (1984), Does Anglo-Canadian contract law need a doctrine of good faith?, S. 385 ff.; ähnlich R. Goode (1992), *The Concept of Good Faith in English Law*. Zurückhaltend aus rechtsvergleichender Sicht: A. de Moor (1995), Common and civil law conceptions of contract and European law of contract, S. 257 ff.

⁶ R. Brownsword (1994), Two concepts of good faith, S. 197 ff.; ders. (1996), Good faith in contract revisited, S. 111 ff.

Abstoßung oder Integration? Die Metapher des *legal transplants* legt diese Dichotomie nahe. Ich halte Dichotomie und Metapher für irreführend. Rechtsirritation wird der Sache eher gerecht als Rechtstransplantation. Zwar ist der Ausdruck Transplantation insoweit sinnvoll, als er den Import/Export von Recht in organisatorischen, nicht mechanistischen Begriffen beschreibt. Rechtsinstitutionen können in der Tat nicht einfach aus einem Kontext herausgenommen und in einen anderen eingebaut werden, wie beim Transfer eines Bauteils von einer Maschine zu einer anderen.⁷ Rechtsinstitutionen sind empfindliches Gewebe, das vorsichtig verpflanzt und in seiner neuen Umgebung sorgfältig gepflegt werden muß. Aber der Begriff Transplantation erzeugt wiederum den falschen Eindruck, daß das transplantierte Material nach einer komplizierten chirurgischen Operation mit sich selbst identisch bleiben wird und im neuen Organismus die gleiche Rolle weiterspielen wird. So kommt es fast wie von selbst zu der falschen Alternative: Abstoßung oder Integration.

Wenn einer Rechtskultur, um sozialen Wandel herbeizuführen, eine fremde Norm auferlegt wird, bewirkt diese eine Irritation, eine schmerzhafte Störung des Rechtsbetriebes, die eine ganze Kette neuer und unerwarteter Ereignisse auslöst. Sie irritiert nicht nur die Alltagsroutinen des Rechtssystems, sondern auch in einem weitergreifenden Sinn -- und das ist der Kern meiner These-- die Bindungsinstitutionen, die *binding arrangements*, die das Recht mit seiner gesellschaftlichen Umwelt verknüpfen. Fremde Normen erzeugen einen *outside noise*, der wilde Turbulenzen im Zusammenspiel der Diskurse innerhalb der rechtlichen Bindungsinstitutionen auslöst und sie dazu zwingt, nicht nur ihre eigenen Normen intern zu reorganisieren, sondern auch die fremden Normen selbst von Grund auf zu rekonstruieren. Rechtsirritationen sind nicht einfach domestizierbar, sie verwandeln sich nicht von Fremdem in Vertrautes, sie passen sich nicht dem neuen kulturellen Kontext einfach an, sondern lösen eine prinzipiell nicht beherrschbare evolutionäre Dynamik aus, in der sowohl die Bedeutung der externen Norm als auch der interne Kontext grundlegend verändert wird.

⁷ O. Kahn-Freund (1978), On uses and misuses of comparative law.

Die Frage ist daher nicht, ob das eigene Recht die fremde Institution als solche integrieren oder abstoßen wird. Es geht einerseits darum, welchen Sinntransformationen die fremde Institution ausgesetzt ist, wie sie eine gänzlich neue Rolle annimmt, sobald sie erst einmal unter dem neuen Recht rekonstruiert worden ist. Andererseits erfaßt die Irritation nicht die eigene Rechtsordnung als solche, sondern die Bindungsinstitutionen des Rechts. Es handelt sich also nicht nur darum, daß die transferierte Institution aus der Perspektive des neuen Rechts rekonstruiert wird. Entscheidend ist, daß die transferierte Norm zugleich einem neuen Produktionsregime ausgesetzt ist, das die Dynamik der Rechtsrezeption maßgeblich beeinflusst.⁸

Für die abstrakte Debatte um Rechtswandel würde diese These bedeuten, daß die unterschiedlichen gesellschaftlichen Produktionsregimes ins Zentrum der Aufmerksamkeit rücken. Die eigentlichen Hindernisse eines effektiven Rechtswandels liegen dann gar nicht so sehr in den immer wieder herausgestellten Unterschieden der Rechtskulturen des *common law* und des *civil law*, sondern in den *varieties of capitalism*, in den gesellschaftlichen Umwelten des Privatrechts. Die Anforderungen der spezifischen anglo-amerikanischen Wirtschaftskultur (im Gegensatz zu einer spezifisch kontinentaleuropäischen) führen zu einer noch weit tiefgreifenderen Rekonstruktion der transferierten Institution unter den neuen Bedingungen. Deswegen werden voraussichtlich - trotz der gut gemeinten Absichten einer *Ever Closer Union* - alle Versuche, die europäischen Privatrechtsordnungen zu vereinheitlichen, zu neuen Dissonanzen führen.

⁸ Zur unterschiedlichen Rezeption von Just-in-time-Verträgen in USA und Deutschland G. Teubner (1999), Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Koevolution von Wirtschaft und Recht in den *varieties of capitalism*.

Mit dieser These kritisiere ich zugleich zwei grundlegende Annahmen, die derzeit in der Diskussion um Recht und sozialer Wandel populär sind. Die eine ist die Konvergenzthese.⁹ In der gegenwärtigen Europäisierung und Globalisierung, so erwartet man, werden die sozio-ökonomischen Strukturen der fortgeschrittenen Industriegesellschaften konvergieren. Die sozio-ökonomische Konvergenz läßt die Rechtsvereinheitlichung als vorrangiges Ziel zugleich als möglich und wünschenswert erscheinen. Die andere grundlegende Annahme ist funktionale Äquivalenz.¹⁰ Danach bauen zwar die nationalen Rechtsordnungen noch auf unterschiedlichen rechtsdogmatischen Traditionen auf, aber sie werden alle mit denselben strukturellen Problemen konfrontiert. Dementsprechend werden sie zwar unterschiedliche dogmatische Lösungen für die betreffenden Probleme finden, die aber funktional äquivalent sind und ihrerseits zu Konvergenz führen.

⁹ *Locus classicus*: C. Kerr (1960), *Industrialism and Industrial Man*: Globale kulturelle Konvergenz ist die Folge der Industrialisierung. In der Rechtswissenschaft hat sich dieser Gedanke niedergeschlagen bei B. Markesinis (1994), *Learning from Europe and learning in Europe*, S. 30; G.-R. Groot (1992), *European education in the 21st century*, S. 7. Diese Autoren konstatieren eine Konvergenz von Rechtsquellen, Verfahrensarten, Gesetzgebungsstilen und Rechtsansichten; vergleiche auch R. Helmholz (1990), *Continental law and common law*, S. 1207; R. Zimmermann (1992), *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, S. 8-20.

¹⁰ In diesem Sinne etwa K. Zweigert und H. Kötz (1996), *Einführung in die Rechtsvergleichung*, § 3 II; M. Ancel (1971), *Utilité et méthodes du droit comparé*, S. 101-103; M. A. Glendon (1994), *Comparative Legal Traditions*, S. 12 f.; M. Bogdan (1994), *Comparative Law*, S. 60. Kritisch: G. Frankenberg (1985), *Critical comparisons: Re-thinking comparative law*, S. 411 ff.; J. Hill (1989), *Comparative law, law reform and legal theory*, S. 101, 106 f.; P. Legrand (1996), *European systems are not converging*, S. 52 ff.; W. Ewald (1995a), *Comparative jurisprudence I: What was it like to try a rat*. Auch Kötz selbst hat sich unlängst kritisch gegenüber einem allzu absolut gesetzten Funktionalitätsprinzip geäußert (H. Kötz (1998), *Abschied von der Rechtskreislehre?*, S. 504; dort auch eine Replik auf Legrand [a.a.O. S. 496-496]).

Ich halte beide Annahmen für fragwürdig. In der derzeitigen Diskussion um Globalisierung erscheint eher ihr Gegenteil plausibel. Als ein Ergebnis dieser Diskussion schält sich heraus, daß der Trend zur Globalisierung nicht notwendigerweise zu einer Konvergenz der gesellschaftlichen Ordnungen und einer Vereinheitlichung des Rechts führt. Vielmehr schafft die Globalisierung selbst neue Differenzen.¹¹ Diese Tendenzen führen zu einer doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft: in funktional differenzierte globale Sektoren und in eine Vielzahl globaler Kulturen. Schlimmer noch, sie führen zu einem Ausschluß ganzer Segmente der Bevölkerung von den Effekten der Modernisierung.¹² Folglich werden unterschiedliche Sektoren der globalisierten Gesellschaft nicht mit den gleichen Problemen konfrontiert, die ihre Rechtsordnungen zu lösen haben, sondern mit sehr verschiedenen. Dies führt nicht zu mehr Rechtsvereinheitlichung, sondern zu stärker fragmentierten Rechtsordnungen als einer direkten Konsequenz der Globalisierungsprozesse.

II. Jenseits von Kontext versus Autonomie

In eklatantem Gegensatz zur herrschenden Meinung haben einige Außenseiter in letzter Zeit ambitionierte theoretische Perspektiven im Hinblick auf Rechtsirritationen entwickelt, mit denen sie gleichzeitig die herrschende Meinung erheblich irritiert haben. Ich greife zwei Autoren heraus, die von gegensätzlichen Positionen her die Diskussion um den Transfer von Rechtsnormen ein gutes Stück vorangebracht haben: Pierre Legrand und Alan Watson. Zugleich möchte ich die Analysen beider Autoren dazu benutzen, eine systemtheoretische Position auszuarbeiten.

Von einem anthropologisch untermauerten kulturalistischen Standpunkt aus betont Pierre Legrand die historischen Eigenwerte verschiedener Rechtskulturen und irritiert die herrschende Meinung mit seiner provozierenden These: „European legal systems are not converging.“¹³ Selbstverständlich ließen sich Konvergenzen auf der Ebene rechtlicher

¹¹ S. P. Huntington (1993), *The clash of civilizations* übertreibt mit seinem drastischen Szenario globaler Spaltung. Realistischer ist wohl eine simultane Zunahme von Konvergenz und Divergenz als Folge der Globalisierung: J. Friedman (1990), *Being in the world: Globalisation and localisation*; M. Featherstone (1995), *Globalisation, modernity and the spatialisation of social theory*; Robertson, *Glocalisation: Time-space and homogeneity-heterogeneity*. Die entscheidende Frage ist daher, die Voraussetzungen von Konvergenz/ Divergenz zu bestimmen. Dieser Beitrag nennt die wichtigsten Voraussetzungen der Konvergenz für das Recht und die wichtigsten Voraussetzungen seiner binding arrangements (Bindungsinstitutionen) mit anderen sozialen Systemen.

¹² S. P. Sinha (1995), *Legal polycentricity*; N. Luhmann (1995), *The paradox of observing systems*; ders. (1994), *Inklusion und Exklusion*.

¹³ P. Legrand (1995a), *Comparatists-at-Law and the Contrarian Challenge*; ders. (1995b),

Normen und Institutionen beobachten; aber die Rechtskulturen, Rechtsmentalitäten und Rechtssystemen würden historisch einmalig bleiben, und die Unterschiede zwischen ihnen ließen sich nicht überbrücken:

cultures are spiritual creations of their relevant communities, and products of their unique historical experience as distilled and interpreted over centuries by their unique imagination.¹⁴

Diese fundamentalen Unterschiede existieren nicht nur zwischen weit entfernten Weltkulturen, sondern auch zwischen modernen Industriegesellschaften, und zwar in besonderem Maße zwischen der Kultur des *common law* und des *civil law*. Folglich sind juristische Transplantate unüberwindlichen Unterschieden zwischen kulturellen Organismen ausgesetzt; sie können die Operation nicht ohne Veränderungen überleben:

Comparative legal studies and commitment to theory; ders., European legal systems are not converging; ders., (1997a), Against a European civil code; ders. (1997b), The impossibility of legal transplants.

¹⁴ B. Parekh (1994) zitiert nach Legrand (1995a), S. 10.

Rather, the rule, as it finds itself technically integrated into another legal order, is invested with a culture-specific meaning at variance with the earlier one. Accordingly, a crucial element of the ruleness of the rule -- its meaning -- does not survive the journey from one legal culture to another.¹⁵

Das ist eine aufregende Perspektive, die neue Erkenntnisse von einer abenteuerlichen Reise durch die tieferen und dunkleren Gebiete der Rechtsvergleichung verspricht. Es handelt sich um eine zeitgenössische Reformulierung von Montesquieus Skepsis gegenüber dem einfachen Transfer von Rechtsinstitutionen, wenn auch mit der wichtigen Veränderung, daß der *esprit des lois* weniger Ausdruck einer spezifischen Nationalkultur, sondern einer spezifischen Rechtskultur ist. Juristische Transplantationen werden im neuen Kontext radikal neu rekonstruiert. Dies geschieht aus dem Blickwinkel der aufnehmenden Rechtskultur, die den Text des Transplantats neu liest, rekonstruiert, neu entstehen läßt: Accordingly, legal transplants are impossible.¹⁶

¹⁵ Legrand (1995a), Anm. 33; vergleiche auch ders. (1997b), S. 119.

¹⁶ Legrand (1997b), S. 114. Dieser Gedanke beruht natürlich auf der reader-response theory von Stanley Fish. Vergleiche S. Fish (1989), *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*; ders. (1994), *There's No such Thing as Free Speech*.

So vielversprechend dieser Ansatz auch ist, so ist er doch einigen schwerwiegenden Einwänden ausgesetzt. Wie will er die fatalen Folgen eines Appells an die gesellschaftliche Totalität vermeiden, bei der jedes Element des Rechts die gesamte Kultur der Gesellschaft reflektiert -- und umgekehrt? Wie soll dieser Appell an die Totalität der kulturellen Bedeutung, an die Gesamtheit der tiefen Strukturen des Rechts und der Kultur der Gesellschaft *tout court* in eine detaillierte Analyse der Interaktion zwischen Recht und Kultur übersetzt werden? Legrands bisher eher bescheidenen Anstrengungen stehen in einem etwas eigenartigen Kontrast zu den umfassenden Ansprüchen seines allgemeinen Programms.¹⁷ Zweitens, wie kann er die zahlreichen erfolgreichen institutionellen Transfers erklären, die zwischen westlichen Gesellschaften schnell und reibungslos stattgefunden haben? Und drittens, berücksichtigt sein eigener Transfer anthropologisch-kulturellen Wissens in den juristischen Diskurs, der voraussetzt, daß juristische Phänomene tief in der Kultur verankert sind, die Fragmentierung und Schließung von Diskursen, die so typisch für die moderne und die postmoderne Erfahrung sind?¹⁸ Stellt Legrands Ansatz die doppelte Fragmentierung der globalen Gesellschaft ausreichend in Rechnung, die nicht nur in dem von ihm angesprochenen Polykulturalismus resultiert, sondern zugleich in eine konfliktuelle Diskurspluralität, die er aber tendenziell vernachlässigt?¹⁹

In direktem Gegensatz zu Legrand hat der Rechtshistoriker Alan Watson einen einfachen Weg gefunden, um mit diesen drei Einwänden fertig zu werden. Er stützt seine Thesen zur Evolution des Rechts auf reichhaltiges historisches Material, das zeigt, daß der Transfer von Rechtsinstitutionen zwischen Gesellschaften einen enormen geschichtlichen Erfolg hervorgebracht hat, und zwar trotz der Tatsache, daß diese Gesellschaften eine verwirrende Vielfalt von sozio-ökonomischen Strukturen aufweisen. Er erklärt den Erfolg

¹⁷ Vergleiche etwa Legrand (1995a) und ders. (1996) für einen recht schematischen Versuch, die Unterschiede zwischen der Rechtskultur des *civil law* und des *common law* zu bestimmen. Die empirische Grundlage seiner These ist nicht besonders gut. Vergleiche Legrand (1997b), S. 118 f.

¹⁸ J.-F. Lyotard (1989), *Der Widerstreit* spricht von einer hermetischen Geschlossenheit der Diskurse; N. Luhmann (1995) sieht in der globalen Gesellschaft eine doppelte Fragmentierung: Kultureller Polyzentrismus und funktionale Differenzierung; J. Habermas (1992), *Faktizität und Geltung* beschreibt in der Lebenswelt eine Vielzahl von Diskursen.

¹⁹ Legrand erklärt nicht, warum er von nahezu unüberwindbaren Gräben zwischen den Rechtskulturen ausgeht, zugleich jedoch ähnliche Gräben zwischen den Rechtskulturen einerseits, politischer, wirtschaftlicher, akademischer und künstlerischer Kultur andererseits vernachlässigt (Legrand [1995a]). Insbesondere mit Hinblick auf postmoderne Theorien, die die Fragmentierung unterschiedlicher Diskurse betonen (Jean-Francois Lyotard) ist diese Ansicht kaum zu halten.

dieser Transplantationen mit der hochentwickelten Autonomie der modernen Rechtsprofession.²⁰ Er konfrontiert die Rechtsvergleicher mit der These, daß die Konvergenz sozio-ökonomischer Strukturen ebenso wie die funktionale Äquivalenz tatsächlich überhaupt keine Rolle spielen. Gleiches gilt -- dies ist seine Botschaft an die Kulturalisten -- für die Gesamtheit der Kultur einer Gesellschaft.

²⁰ A. Watson (1985), *The Evolution of Law*; ders. (1987), *Evolution of Law: Continued*; ders. (1993), *Legal Transplants*; ders. (1996), *Aspects of reception of law*.

Diese Thesen beruhen auf drei Hintergrundannahmen, die gerade von systemtheoretischen Prämissen her nähere Betrachtung verdienen. Erstens nimmt Watson an, die Rechtsvergleichung habe es heute mit einem anderen Gegenstand zu tun: nicht mehr verschiedene nationale Rechtsordnungen, sondern die Beziehungen zwischen verschiedenen Rechtssystemen.²¹ Meiner Ansicht nach spiegelt diese Annahme zutreffend eine größere historische Verschiebung in der Beziehung zwischen Nationen und ihren Rechtsordnungen wider und ist geeignet, übersteigerte kulturalistische Ansprüche zu reduzieren. Montesquieu konnte in seinem *Esprit des Lois* noch annehmen, daß die Gesetze Ausdruck des Geists der Nationen sind, daß sie in die geographischen Besonderheiten, Gebräuchen und politischen Vorstellungen eingebunden sind und von diesen nicht getrennt werden können. Daher war der Transfer kulturell tief verwurzelter Gesetze von einer Nation zur anderen ein *grand hasard*. Heute ist die Situation infolge langfristiger Prozesse der Differenzierung und Globalisierung tatsächlich anders. Die primäre Einheit ist nicht mehr die Nation, die ihren einzigartigen Geist im Recht als einem Kulturphänomen ausdrückt, das von anderen Nationen nicht geteilt werden kann. Vielmehr sind die nationalen Rechtsordnungen -- vergleichbar den nationalen Ökonomien -- von ihrer ursprünglichen umfassenden Einbettung in die Kultur einer Gesellschaft gelöst worden. Globalisierungsprozesse haben inzwischen ein gegenüber seinen gesellschaftlichen Grundlagen verselbständigtes weltweites Netzwerk rechtlicher Kommunikationen geschaffen. In diesem Weltrechtssystem sind die Rechtsordnungen der Nationalstaaten nur mehr regionale Bestandteile, die in enger Kommunikation untereinander stehen.²² Der Transfer von Rechtsinstitutionen ist daher nicht mehr eine Frage der Beziehung zwischen nationalen Gesellschaften, bei der die übertragene Institution die gesamte Last ihrer Ursprungskultur mit sich trägt. Es handelt sich vielmehr um kommunikative Direktkontakte innerhalb eines globalen rechtlichen Diskurses, was den häufigen und relativ problemlosen Transfer von Rechtsinstitutionen von einer Rechtsordnung zur anderen ermöglicht.

Allerdings sind ihre Bindungen an das Leben der Nationen deswegen nicht verschwunden. Sie existieren nach wie vor, aber in einer anderen Form. Gerade die Systemtheorie betont gegenüber Watsons engagierter Polemik gegen Abbildtheorien von Recht und Gesellschaft, daß man trotz aller Differenzierungen, aller Autonomie und aller operativer Schließung des Rechts aufmerksam beobachten sollte, was mit den kulturellen Bindungen des Rechts geschieht, wenn es aus seinem nationalen Kontext herausgelöst wird.

²¹ Watson (1993), S. 1-21.

²² Zur Diskussion über Globalisierung und Recht und zur Entstehung eines Weltrechtssystems vergleiche W. Twining (1996), *Globalisation and legal theory*; G. Teupner (1997), *Global Law Without A State*; K. Röhl und S. Magen (1996), *Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung*; N. Luhmann (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, S. 571ff.

Zweitens identifiziert Watson rechtliche Transfers als die Hauptquelle von Veränderungen des Rechts.²³ Das Recht ziehe es vor, Normen und Prinzipien fremder Rechtsordnungen zu imitieren und zu übernehmen, anstatt direkt auf externe Anstöße von der Gesellschaft zu reagieren. Watson führt dies auf die Besonderheiten der juristischen Profession zurück, deren Angehörige mit Präzedenzfällen und Autoritäten argumentieren müssen. Sie ziehen es vor, ihre Lösungen von juristischen Traditionen abzuleiten, und verabscheuen eine *creatio ex nihilo*. Wiederum hat Watsons Argument einiges für sich. Allerdings dürften die Idiosynkrasien der Profession ein eher zweitrangiges Phänomen zu sein. Vielmehr baut die innere Logik des juristischen Diskurses auf normativer Selbstreferenz und Rekursivität, die eine Präferenz für interne Transfers innerhalb des globalen rechtlichen Systems gegenüber der schwierigen unmittelbaren Ableitung von Rechtsregeln aus sozialen Problemen institutionalisieren. Aber wiederum sollte diese Vorliebe des Rechtsdiskurses für seine eigenen Erzeugnisse nicht von der Tatsache ablenken, daß im Fall von Rechtstransfers üblicherweise das Recht auf externen sozialen Druck reagiert, der dann in einen Rekurs auf fremde Rechtsregeln umgesetzt wird. Wenn man die Dynamik juristischer Transfers verstehen will, dann darf man diese externen Einflüsse von Kultur und Gesellschaft nicht außer acht lassen.

²³ Watson (1993), S. 19, 95.

Drittens nimmt Watson sein historisches Material dafür in Anspruch, daß die Evolution des Rechts, die dazu neigt, die Technik der Rechtsleihe zu nutzen, eher isoliert von ihrer sozialen Umwelt stattfindet. Daher lasse sie sich ohne Rekurs auf soziale, politische oder ökonomische Faktoren erklären.²⁴ Mit dem reichen Material, das er seinen Studien zur Privatrechtsgeschichte entnimmt, erzielt er auch hier wieder Punkte gegenüber Kontextualisten und Kulturalisten, die das Recht schlicht als Widerspiegelung von Gesellschaft und Kultur sehen. Seine Ergebnisse stehen auch durchaus im Einklang mit neueren systemsoziologischen Theorien der kulturellen Evolution, die einen einzigen großen historischen Trajektorie für die Gesamtgesellschaft ablehnen, sondern stattdessen verschiedene evolutionäre Pfade für die verschiedenen Sektoren der Gesellschaft, darunter auch das Recht, annehmen. Tatsächlich scheinen Rechtstransfers eine der stärksten Antriebskräfte für eine spezifische Evolution des Rechts zu sein, da sie eine enorme Variationsvielfalt im Recht schaffen.

²⁴ A. Watson (1981), *The Making of Civil Law*, S. 38.

Allerdings hat auch hier Watson seine Hausaufgaben noch nicht erledigt. Bei seiner Polemik gegen den Kontextualismus vereinfacht er zu sehr, um die eher indirekten, subtileren Wahlverwandtschaften zwischen Recht und Gesellschaft wahrnehmen zu können.²⁵ Er unternimmt dazu nur einen einzigen Versuch, wenn er die juristische professionelle Elite als den Übersetzungsmechanismus zwischen allgemeiner Kultur und Rechtskultur beschreibt. Aber hier analysiert er nur ein Oberflächenphänomen, statt die Verflechtungen zwischen den Tiefenstrukturen verschiedener Diskurse zu untersuchen.²⁶ Wie kann er offensichtliche Gegenbeispiele politisch verursachter Rechtsänderungen in seinen Ansatz integrieren, z. B. die politische Umwälzung des amerikanischen öffentlichen Rechts während der Revolution, wie sie Ewald analysiert hat?²⁷ Watson ist zu sehr auf die sterile Alternative von kultureller Abhängigkeit versus Isolation des Rechts, auf die Alternative von Kontext versus Autonomie, fixiert -- eine Beschränkung, die er freilich mit seinen kontextualistischen Widersachern teilt.²⁸ Die gesamte Debatte, so scheint es mir, bedarf dringend der konzeptuellen Verfeinerung, die es ermöglicht, institutionellen Transfer in anderen Begriffen als der simplen Alternative Kontext versus Autonomie zu analysieren. Mit etwas Glück wird diese Verfeinerung nicht in der abgestandenen Formel von der relativen Autonomie rechtlicher Transfers enden ...

III. Bindungsinstitutionen in einer fragmentierten Gesellschaft

Das Patt zwischen Kontext und Autonomie läßt sich überwinden, wenn man, wie Otto Kahn-Freund vor zwanzig Jahren vorschlug, zwei Typen institutionellen Transfers unterscheidet.²⁹ Sein Vorschlag ging dahin, zwischen Rechtsinstitutionen zu unterscheiden, die kulturell tief verwurzelt sind, und solchen, die von Gesellschaft und Kultur relativ isoliert sind. Rechtsinstitutionen sind entlang eines Spektrums angeordnet, in dem ihre gesellschaftliche Bindung von mechanisch bis organisch reicht. Im ersten Fall ist der Transfer relativ einfach,

²⁵ In diese Richtung mit Nachdruck W. Ewald (1994), *The American revolution and the evolution of law*; ders. (1995b), *Comparative jurisprudence II: The logic of legal transplants*, in einer ausführlichen Auseinandersetzung mit Alan Watsons Werk.

²⁶ Watson (1985), Kapitel 5; ders. (1987), S. 568 ff.

²⁷ Ewald (1994) stützt sich auf historische Untersuchungen des rechtlichen Wandels während der Amerikanischen Revolution, die im wesentlichen Watsons Befund für das Gebiet des Privatrecht erhärten, jedoch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts diesem genau widersprechen. Auch J.F.W. Allison (1996), *A Continental Distinction in the Common Law* stellt Watsons empirische Grundlagen in Frage.

²⁸ R. Abel (1982), *Law as lag: Inertia as a social theory of law*, S. 785 ff.

²⁹ Kahn-Freund (1978), S. 298 f.

im zweiten Fall sehr schwierig, wenn nicht ausgeschlossen. Gleichzeitig veränderte Kahn-Freund die Bedeutung des Organischen, indem er statt auf die traditionell umfassende soziale Verwurzelung des Rechts auf eine selektive Konnektivität zwischen Recht und Gesellschaft abstellte. Rechtsinstitute sind nicht länger vollständig in das Netz von Gesellschaft und Kultur verwoben, sondern ihre primäre Abhängigkeit besteht im Verhältnis zur Politik. Institutionelle Transfers des organischen Typs hängen folglich hauptsächlich von ihrer Verzahnung mit den spezifischen Machtstrukturen der beteiligten Gesellschaften ab.³⁰

³⁰ ¹⁵ A.a.O., S. 303 ff.

Ich möchte auf diesen Unterscheidungen -- mechanisch/organisch und umfassend/selektiv -- aufbauen, allerdings nicht ohne sie in einem gewissen Ausmaß abzuwandeln. Sie bieten tatsächlich das *missing link* in Watsons Darstellung autonomer Transplantate und ihres gesellschaftlichen Substrats und ermöglichen es, Legrands Kulturalismus unter Berücksichtigung systemtheoretischen Einsichten zu reformulieren. Sie versuchen zu erfassen, was aus den sozialen Bindungen des Rechts in der großen historischen Transformation von Einbettung zur Autonomie geworden ist -- etwas, was ich die *binding arrangements* des autonomen Rechts nennen möchte.³¹ Montesquieus Vision einer Totalität von Recht und nationaler Kultur wird dem formalisierten, technisierten und professionalisierten Recht unserer Zeit, das im Zuge der Positivierung operationale Geschlossenheit erlangt hat, nicht mehr gerecht. Aber wie es bei Ausschließungen so üblich ist, pflegt das Ausgeschlossene durch die Hintertür wieder hereinzukommen. Die alten Verbindungen des Rechts tauchen im neuen Gewande auf, in denen sie kaum wiederzuerkennen sind.

Ich möchte vier Thesen aufstellen, wie die neuen gesellschaftlichen Bindungen des Rechts aussehen, und diese im weiteren Verlauf des Artikels ausarbeiten:

- (1) Die Bindungen des gegenwärtigen Rechts an die Gesellschaft sind nicht mehr umfassend, sondern im hohen Ausmaß selektiv; sie reichen von loser bis zu enger Kopplung.
- (2) Sie bestehen nicht zur Gesamtgesellschaft, sondern bilden sich an diversen Fragmenten der Gesellschaft aus.
- (3) Während früher das Recht mit der Gesellschaft durch seine Identität mit ihr verbunden war, werden Bindungen heute über Differenzen hergestellt.
- (4) Sie entwickeln sich nicht mehr in einer einzigen gesamtgesellschaftlichen Evolution, sondern in der konfliktreichen Interrelation zweier oder mehrerer autonomer Evolutionspfade.

Was bedeuten diese vier Eigenschaften der neuen sozialen Bindungen des Rechts für den Transfer von Rechtsinstitutionen? Für unsere konkretere Frage: Wie wird der Transfer der kontinentalen Institution von Treu und Glauben ins britische Recht durch diese selektiven Bindungen beeinflusst?

IV. Enge und lose Kopplungen

³¹ Zu diesem Begriff G. Teubner (1995), Die Zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne.

Die neuen Bindungen sind im hohen Ausmaß selektiv. Da die moderne juristische Regelerzeugung von der kulturellen Normproduktion institutionell getrennt ist, stehen weite Bereiche des Rechts lediglich in einem lockeren, nicht-systematischen Kontakt zu sozialen Prozessen. Sie werden nur auf der ad-hoc-Basis von Rechtsfällen mit sozialen Konflikten konfrontiert. Sie rekonstruieren diese Konflikte intern als Fälle, indem sie sie über die Reformulierung präexistenter Regeln entscheiden. Andererseits gibt es im Gegensatz zu diesen Räumen loser Kopplung Bereiche, in denen juristische und soziale Prozesse eng gekoppelt sind. Hier werden Rechtsregeln in ultrazyklischen Prozessen zwischen dem Recht und anderen sozialen Diskursen produziert, die sie eng miteinander verbinden, ohne dabei aber ihre Autonomie und gegenseitige Geschlossenheit aufzugeben.³²

³² Für eine Analyse von ultrazyklischen Prozessen in Recht und Gesellschaft siehe G. Teubner (1991), Steuerung durch plurales Recht. Oder Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft Steuerung durch plurales Recht. Oder Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft .

Verschiedene formale Organisationen und Standardisierungsverfahren wirken ebenso wie Bezugnahmen des Rechts auf soziale Normen als außerrechtliche regelerzeugende Mechanismen. Sie werden von der inneren Logik eines spezialisierten Bereichs der Gesellschaft angetrieben und konkurrieren mit dem Gesetzgebungsapparat und dem Vertragsmechanismus.³³ Diese Unterscheidung zwischen loser und enger Kopplung hat Folgen für den institutionellen Transfer von einer Rechtsordnung zu einer anderen. Kahn-Freunds Vorschlag, daß der institutionelle Transfer einen organischen oder einen mechanischen Typus aufweisen kann, scheint im Licht dieser Unterscheidung sinnvoll zu sein. Während in lose gekoppelten Rechtsgebieten ein Transfer vergleichsweise einfach zu bewerkstelligen ist, ist der Widerstand gegenüber Veränderungen hoch, wenn das Recht in enger Kopplung durch *binding arrangements* mit anderen sozialen Prozessen steht.

³³ I.-J. Sand (1995), From the distinction between public law and private law to legal categories of social and institutional differentiation in a pluralistic legal context, S. 85 ff.; G. Teubner (1991), S. 134 ff.

Man sollte allerdings berücksichtigen, daß auch in den Bereichen loser Kopplung, in denen der institutionelle Transfer leichter zu bewerkstelligen ist, er sich nicht so mechanisch durchführen läßt, wie Kahn-Freund meinte. William Ewald hat bei seiner differenzierten Kritik sowohl des rechtlichen Kontextualismus als auch des rechtlichen Autonomismus überzeugend gegen einen rein mechanischen Transfer argumentiert. Selbst dort, wo das Recht eher technischer Natur ist, isoliert vom sozialen Kontext, ist der rechtliche Transfer nicht glatt und ruhig, sondern muß an die Tiefenstrukturen des neuen Rechts, an dessen Konstruktionen der sozialen Welt, die einmalig für die unterschiedlichen Rechtskulturen sind, assimiliert werden.³⁴ Hier, im Unterschied der rechtlichen *épistèmes*, in den unterschiedlichen Stilen des juristischen Argumentierens, in den Arten der Interpretation, in den Sichtweisen der sozialen Welt finden Legrands kulturalistische Ideen ihr legitimes Anwendungsfeld, insbesondere unter gegenwärtigen Bedingungen. Nach dem förmlichen Transfer sieht die Norm als Text möglicherweise unverändert aus, hat sich aber tatsächlich mit ihrer Einpassung in das neue Netzwerk juristischer Distinktionen verändert. In einer solchen Situation ist der Transfer den Unterschieden der Episodenverknüpfungen ausgesetzt, die an der Wurzel unterschiedlicher juristischer Weltkonstruktionen liegen.³⁵ Rechtskulturen unterscheiden sich insbesondere darin, wie sie ihre episodenhaften Konfliktlösungen untereinander verbinden. An dieser Stelle hat die große historische Trennung zwischen den Kulturen des *common law* und des *civil law* immer noch eine bedeutende Rolle zu spielen.

Um zu unserem Beispiel zurückzukehren: Das berühmte Prinzip von Treu und Glauben ist sicher eine typische Erscheinung der kontinental-europäischen Rechtskultur. Kontinental-europäische Juristen wenden eine solche Generalklausel auf ganz spezifische Weise an; einerseits abstrakt, ergebnisoffen, prinzipienorientiert, andererseits im hohen Maße systematisierend und dogmatisierend. Dies steht im deutlichen Gegensatz zu dem mehr regelorientierten, technischen, konkreten, aber nur locker systematisierenden britischen Stil der juristischen Argumentation, insbesondere im Bereich der Gesetzesauslegung. Bedeutet also die Aufnahme einer solchen weiten Generalklausel in ein britisches Gesetz, daß von den britischen Juristen nunmehr erwartet wird, daß sie diese Generalklausel auf kontinental-europäische Weise konkretisieren? Werden britische Richter ihre Entscheidungen jetzt von diesem abstrakten und vagen Prinzip ableiten, indem sie sich über unterschiedliche und sorgfältig abgegrenzte Stufen der Konkretisierung vom Abstrakten zum Konkreten bewegen? Werden sie Treu und Glauben in einer Reihe von wohldefinierten, abstrakten dogmatischen Konstrukten reformulieren, in ein System konditionaler Programme übersetzen, die aus englischer Sicht obskuren Methoden der teleologischen Argumentation anwenden, und sich in pseudo-historischer Interpretation der Gesetzgebungsmaterialien ergehen, weil nun einmal Treu und Glauben in die EG-Richtlinie aufgenommen worden ist? Nach den Eindrücken, die ich vom britischen Vertragsrecht gewonnen habe wird Treu und Glauben nicht auf diese Art und Weise transplantiert

³⁴ Ewald (1995a), S. 1943 ff. Für eine jüngere vergleichende Untersuchung der Tiefenstruktur von *common law* und *civil law* siehe T. Murphy (1997), *The Oldest Social Science?*, S. 81-126.

³⁵ Siehe G. Teubner (1987), Episodenverknüpfung sowie ders. (1988), Die Episteme des Rechts.

werden. Aber das Prinzip wird die britische Rechtskultur dennoch erheblich irritieren. Unter dem permanenten Lärm der Kontinentaleuropäer unterzieht sich diese Rechtskultur tatsächlich derzeit erheblichen Veränderungen und entwickelt eine neue Ordnung einer prinzipien-orientierten Gesetzesauslegung, die allerdings bemerkenswerte Unterschiede zu seinem kontinentaleuropäischen Gegenstück aufweist. Neue Dissonanzen aus der Harmonisierung!

Unter den gegenwärtigen Bedingungen ist es nicht vorstellbar, daß das britische Prinzip von good faith identisch mit dem deutschen Prinzip von Treu und Glauben sein wird, das unter besonderen historischen und kulturellen Umständen entwickelt worden ist. Treu und Glauben war das revolutionierende Instrument, durch das das formalistische BGB materialisiert und den Konvulsionen der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts angepaßt wurde.³⁶ In dieser Zeit entwickelte die deutsche Rechtskultur eine intime symbiotische Beziehung zwischen den neuen Möglichkeiten, die die nationale Verfassung und das BGB der Rechtsprechung eröffnet hatten, und den traditionellen Autoritäten der Pandektenwissenschaft.³⁷ Resultat dieses einmaligen Typs der Episodenverknüpfung war, daß das extrem ambivalente und ergebnisoffene Prinzip von Treu und Glauben, das ursprünglich nur auf einer ad-hoc-Basis die Starrheit des formalen Rechts flexibel ausgleichen sollte, tatsächlich in einem unglaublichen Ausmaß zu konzeptueller Systematisierung und abstrakter Dogmatisierung getrieben wurde.³⁸

³⁶ Für eine hervorragende Darstellung der Materialisierung des Privatrechts und der Rolle von Treu und Glauben vergleiche F. Wieacker (1967), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, §§ 27-30.

³⁷ Ewald (1986), S. 2087.

³⁸ ²⁰ Vergleiche etwa die kritische Bestandsaufnahme von Roth (1994), Kommentierung des § 242.

Es ist durchaus möglich, daß in Großbritannien Treu und Glauben (gemeinsam mit anderen kontinental-europäischen Generalklauseln wie Verhältnismäßigkeit oder legitime Erwartungen) tiefe und langfristige Veränderungen weg von einem hochformalisierten, regelorientierten Entscheidungsprozeß hin zu einer freieren, prinzipienorientierten richterlichen Argumentationsweise auslösen.³⁹ Aber die Bewegung wird wahrscheinlich einen anderen Weg als den der Dogmatisierung deutschen Stils einschlagen. Unter Berücksichtigung der spezifisch britischen Methode der Episodenverknüpfung wird Treu und Glauben sich mehr in Formen richterlichen Aktivismus entwickeln, wie dies in anderen Ländern des *common law* geschehen ist, bei denen eine streng an den Fakten orientierte hochdetaillierte Fallanalyse mit nur locker verknüpften Argumenten aus allgemeinen Prinzipien und politischen Programmatscheidungen [*policies*] kombiniert wird. Englische Juristen werden den Rückgriff auf ausgearbeitete Begriffsstrukturen, dogmatische Konstruktionen, rechtliche Theorien und konzeptuelle Systematisierungen vermeiden, die dem deutschen Recht auch im Zeitalter des Rechtsprechungspositivismus so sehr am Herzen liegen. Das vorhersehbare Ergebnis wird eine Lehre von Treu und Glauben sein, die in ihrem Charakter sehr viel mehr situationsbezogen ist.⁴⁰ English courts will inevitably prefer to imply more precise terms governing particular aspects of the business relation.⁴¹ Sie werden nicht abstrakt-generelle Konditionalprogramme und exakt umschriebene dogmatische Figuren auf der Grundlage von Treu und Glauben entwickeln, sondern verschiedene faktische Situationen des Vertrages unterscheiden und herausarbeiten.⁴²

Some of this is trade usage in the narrow sense, some of it regards practices common in the situation; some of it concerns the usual players in the situation beyond the particular pair of contracting parties; and some of it connects the particular transaction-type with other institutions, or with other already-applicable rules.⁴³

Auf der Grundlage solcher Informationen wird das englische Recht auf einer analogischen Basis neue Normen entwickeln, die aus einer sorgfältigen Analyse der betreffenden faktischen Situationen herrühren. Es werden Prinzipien auftreten, die nicht in strikt konzeptualisierte und systematisierte Theorien übersetzt werden, sondern die als locker

³⁹ Siehe J. Levitsky (1994), *The europeanization of the British legal style*, S. 368-378.

⁴⁰ Für ein derartiges situationsbezogenes Verständnis von Treu und Glauben vergleiche T. Rakoff (1995), *The implied terms of contracts: Of default rules and situation sense*, S. 201 ff.

⁴¹ Collins (1997), *The Law of Contract*, S. 271.

⁴² Etwa *Liverpool City Council v. Irwin* [1997] *Appeal Cases*, S. 239; *Shell UK v. Lostock Garage Ltd.* [1976] 1 *Weekly Law Report*, S. 1187, 1196 f.

⁴³ Rakoff (1995), S. 221.

organisierte ad-hoc Argumente erscheinen, die ihre politisch-ethische Herkunft nicht verleugnen.

V. Die Bindung des Rechts an soziale Fragmente

In dieser Weise werden Tiefenstrukturen der Rechtskultur wird bei jedem Typ des institutionellen Transfers wirken, gleichgültig, ob es sich nun um einen mechanischen oder organischen Transfer im Sinne Kahn-Freunds handelt, oder ob er in einer Situation enger oder loser Kopplung in Erscheinung tritt. Bei enger Kopplung werden allerdings zusätzliche Schwierigkeiten auftreten. Transfers werden nicht nur mit den Idiosynkrasien der neuen Rechtskultur konfrontiert, ihnen wird auch Widerstand von außerhalb des Rechts entgegengesetzt. Um die Quellen dieses Widerstandes zu erkennen, muß man zunächst sehen, daß das Recht heute auf die Gesellschaft nur als eine fragmentierte Vielzahl von Diskursen trifft.

Der zeitgenössische juristische Diskurs ist nicht mehr ein Ausdruck von Kultur und Gesellschaft *tout court*, vielmehr bindet er sich eng nur an einzelne Bereiche, nur bei besonderen Gelegenheiten und nur an unterschiedliche Fragmenten der Gesellschaft.⁴⁴ Die heutige Gesellschaft stellt sich dem Recht nicht mehr als mystische Union von Volk, Sprache, Kultur und Gesellschaft dar, als Volksgeist im Sinne von Savigny und Herder, sondern als eine zersplitterte Vielzahl sozialer Systeme, die dementsprechend nur diskrete Verbindungen mit diesen Fragmenten erlaubt. Kahn-Freund äußerte einen ähnlichen Gedanken, indem er behauptete, daß von den vielen sozialen Faktoren, die Montesquieu für den *esprit des lois* verantwortlich gemacht hatte, heute nur noch einige zählen. Er wählte den politischen Diskurs als die primäre Verbindung des Rechts zur Gesellschaft.⁴⁵

Dies ist eine wichtige Erkenntnis, die allerdings weil zeitgebunden modifiziert werden muß. Kahn-Freund stellte seine Thesen in den frühen Siebziger auf, und die Betonung der politischen Bindungen des Rechts reflektiert die überragende Bedeutung politischer Konflikte im Zeitalter des kalten Krieges, das allgegenwärtige Erbe der europäischen totalitären Herrschaftssysteme, die fixe Idee, daß politischen Institutionen die fast ausschließliche Darstellung der relevanten politischen Konflikte zukomme, und die seinerzeitigen hohen Erwartungen, die an politische Planung und Steuerung gerichtet wurden. Aus der ernüchterten Perspektive der Neunziger scheint dies die Bedeutung des politischen Systems auf Kosten anderer sozialer Systeme überzubewerten. Die Unterschiede zwischen anderen Subsysteme haben keineswegs ihre Bedeutung durch Prozesse sozio-ökonomischer Konvergenz verloren, die lediglich Unterschiede in der institutionalisierten Politik übrigließen, wie Kahn-Freund angenommen hatte. Im Gegenteil, während politisch ein liberaler Konstitutionalismus inzwischen die global dominierende Norm geworden ist, haben die Unterschiede im Hinblick auf andere gesellschaftliche Teilsysteme an Bedeutung gewonnen. Dies gilt insbesondere für die verschiedenen Typen ökonomischer Regimes unter dem siegreichen globalen Kapitalismus.

⁴⁴ Ausführlich hierzu Teubner(1995).

⁴⁵ Kahn-Freund (1978), S. 303 ff.

Dies hat Folgen für den institutionellen Transfer. Zwar sind einige Rechtsinstitutionen so eng an die politische Kultur der Gesellschaft gekoppelt, daß ihr Transfer in eine andere Gesellschaft tiefgreifende Änderungen des politischen Systems dieser Gesellschaft erfordern würde, wenn sie in der neuen Umgebung zufriedenstellend arbeiten sollen. Aus diesem Grund war Kahn-Freund sehr kritisch gegenüber dem Import des kollektiven Arbeitsrechts der USA nach Großbritannien. Er bezeichnete dies als einen (politisch motivierten) Mißbrauch der Rechtsvergleichung.⁴⁶ Aber es gibt andere Rechtsinstitutionen - insbesondere im Privatrecht -- deren Bindungen an die Politik eher locker sind, während sie gleichzeitig mit wirtschaftlichen Prozessen eng verflochten sind. Wieder andere sind eng gekoppelt an Technik, Gesundheit, Wissenschaft oder Kultur. Diese engen Bindungen an verschiedene soziale Welten sind die Ursache dafür, daß Rechtsinstitutionen auf verschiedenen Wegen dem Transfer Widerstand entgegensetzen. Der soziale Diskurs, mit dem sie eng verknüpft sind, reagiert nicht auf Signale rechtlicher Veränderungen. Er gehorcht einer anderen internen Logik und reagiert nur auf Signale einer politischen, ökonomischen, technischen oder kulturellen Veränderung. Ein Transfer ist effektiv ausgeschlossen, solange es keine gleichzeitige und komplementäre Veränderung in dem anderen sozialen Bereich gibt.

Das Prinzip von Treu und Glauben bietet ein hervorragendes Beispiel für diese selektive und fragmentierte Konnektivität. Während das Vertragsrecht allgemein als aus principles of voluntarism superimposed on underlying social patterns and statuses⁴⁷ bestehend adäquat beschrieben werden kann, stellte Treu und Glauben schon immer das Element im Vertragsrecht dar, das das Recht direkt mit sozialen Verhaltensmustern verband. Im Lauf der Zeit hat diese Bezugnahme verschiedene Formen angenommen, entsprechend den verschiedenen Formen sozialer Organisation. Historisch war *bona fides* die Bezugnahme des Vertragsrechts auf die soziale Moral.⁴⁸ Immer wenn die Anwendung der strikt formalen Vertragsnormen zu moralisch inakzeptablen Resultaten führte, wurde die *bona fides* eingesetzt, um den Formalismus der Vertragsrechtslehre mit einer substantiellen sozialen Moral zu korrigieren. Verträge wurden nach Treu und Glauben erfüllt, wenn die Beteiligten sich entsprechend den anerkannten Standards moralischen Handelns verhielten.

⁴⁶ A.a.O., S. 316 ff.; davon ist die Frage zu unterscheiden, ob dieses überhaupt jemals richtig zu funktionieren bestimmt war.

⁴⁷ Rakoff (1995), S. 221.

⁴⁸ ²³Wieacker (1967), § 25 III 3; Esser (1990), *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, S. 151-152.

Unter gegenwärtigen Bedingungen moralischer Pluralisierung und sozialer Fragmentierung kann Treu und Glauben diese Rolle nicht mehr spielen. Es gab Versuche, diese historischen Veränderungen zu berücksichtigen und den Rekurs auf die Moral durch den Rekurs auf den Zweck der betreffenden Rechtsinstitutionen zu ersetzen. Ein Vertrag wird nach Treu und Glauben erfüllt, wenn sich die Beteiligten an der Zielsetzung der Normen orientieren, an dem telos ihrer Rechte, an der *idée directrice* der betroffenen Institution, an Elementen des *ordre public*, an den Werten des Verfassungsrechts innerhalb ihrer privaten Vereinbarungen.⁴⁹ Dieses neue zielorientierte Verständnis von Treu und Glauben, das in diesem Jahrhundert weite Gefolgschaft gefunden hat, insbesondere in der Diskussion über institutionellen *abus des droits*, spiegelt tatsächlich die eher selektive Natur der sozialen Bindungen des Rechts wieder. Es konzentrierte sie auf die Ziele der institutionalisierten Politik. Damit privilegierte es allerdings politischen Bindungen des Rechts und vernachlässigte die Bindungen an andere Diskurse.

Förmliche vertragliche Verpflichtungen sind nicht nur an policy orientiert und den *ordre public* der institutionalisierten Politik gebunden, sie sind ebenso realen Anforderungen anderer sozialer Institutionen ausgesetzt. Märkte und Organisationen, professionelle Verbände, der Gesundheitssektor, der Bereich der sozialen Sicherheit, Familie, Kultur, Religion - sie alle erlegen der privaten vertraglichen Beziehung bestimmte Anforderungen auf. Der Rückgriff auf Treu und Glauben in einer solchen Situation bedeutet, sichtbar zu machen, wie vertragliche Erwartungen von einer Vielzahl von nicht-vertraglichen sozialen Erwartungen abhängen, unter anderem (aber nicht ausschließlich) von politischen Erwartungen, und ihren Rekonstruktion im Vertrag. Man kann nicht auf unbegrenzter Priorität des individuellen Konsenses zwischen den Vertragsparteien bestehen, ob man sich nun mit Fragen des individuellen Gewissens, strengen religiösen Geboten, politischen Freiheiten, regulatorischer Politik oder ökonomischen Institutionen befaßt. Treu und Glauben ergänzt vertragliche Pflichten mit sozialen Erwartungen, die von diesen verschiedenen Feldern herrühren. Infolge ihres hohen Grades an Unbestimmtheit ist die Generalklausel von Treu und Glauben besonders geeignet, Verträge selektiv mit ihrer instabilen sozialen Umgebung, in der sich die Anforderungen ständig verschieben und einander widersprechen, zu verbinden.⁵⁰

Es ist diese selektive und zersplitterte Verbindung von Treu und Glauben zu unterschiedlichen sozialen Umwelten, die für die neu entstehenden Dissonanzen im europäischen Konzert verantwortlich sein wird. Wenn Treu und Glauben durch europäisches Recht vom Kontinent ins britische Recht transferiert wird, und wenn das Prinzip auch im neuen Kontext seine Rolle der Verbindung der Verträge mit einer Vielzahl von unterschiedlichen Diskursen spielen soll, dann wird es Resultate hervorbringen, die

⁴⁹ Für eine grundlegende Neudefinition von Treu und Glauben aus einer derartigen policy-orientierten Sicht vergleiche: J. Esser und E. Schmidt (1992), *Schuldrecht* Band 1: *Allgemeiner Teil*, Teilband 1: *Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen*, § 1 II, § 2 II, § 4 IV.

⁵⁰ Für eine Neubestimmung von Treu und Glauben heute vergleiche G. Teubner (1989), *Recht als autopoietisches System*, Kapitel 6 IV-V; ders. (1980), Kommentierung des § 242.

sich sehr von denen in kontinental-europäischen Rechtsordnungen unterscheiden. Treu und Glauben wird in rechtlicher Form größere Unterschiede der beteiligten nationalen Kulturen reproduzieren, und es wird dies paradoxerweise tun, gerade weil es das Recht vereinheitlichen soll.

VI. Divergierende Produktionsregimes

Hier werden wir mit ziemlich überraschenden Resultaten der vergleichenden politischen Ökonomie konfrontiert, die die oben erwähnten Annahmen der herrschenden Meinung in der Rechtsvergleichung bezüglich Konvergenz und funktionaler Äquivalenz in Frage stellen.⁵¹ Entgegen allen Erwartungen, daß die Globalisierung der Märkte und die Computerisierung der Wirtschaft zu einer Konvergenz der ökonomischen Bedingungen und einer funktionalen Äquivalenz der Rechtsnormen in Reaktion auf die identischen Problemstellungen führen würden, hat sich das Gegenteil als zutreffend herausgestellt. Entgegen allem Gerede vom regulatorischen Wettbewerb, der angeblich alle institutionellen Unterschiede einebnen würde, sind die ökonomischen Bedingungen des fortgeschrittenen Kapitalismus nicht konvergiert. Stattdessen sind neue Unterschiede entstanden, selbst bei den Versuchen zur Vereinheitlichung im europäischen Gemeinsamen Markt. Trotz der Liberalisierung der Weltmärkte und der Errichtung des Gemeinsamen Marktes ist das Resultat der letzten dreißig Jahre die Entstehung von mehr als einer Form des fortgeschrittenen Kapitalismus. Die Unterschiede zwischen Produktionsregimes scheinen zugenommen zu haben.⁵²

Produktionsregimes sind der institutionelle Rahmen für ökonomisches Handeln. Sie organisieren die Produktion durch Märkte und marktbezogene Institutionen, und legen den Rahmen der Anreize und Beschränkungen oder der Spielregeln durch eine Reihe von marktbezogenen Institutionen fest, in die das ökonomische Handeln eingebettet ist.⁵³ Sie formen eine stabile Anordnung von Institutionen -- ein ineinander verzahntes System aus

⁵¹ M. Porter (1990), *The Competitive Advantage of Nations*; M. Albert (1993), *Capitalism Against Capitalism*; R. Nelsen (1995), *Co-evolution of Industry Structure, Technology and Supporting Institutions, and the Making of Comparative Advantage*; D. Soskice (1997), *Divergent production regimes: Coordinated and uncoordinated market economies in the 1980s and 1990s*; C. Crouch und W. Streeck (1995), *Modern Capitalism or Modern Capitalisms*.

⁵² Soskice (1997).

⁵³ J. R. Hollingsworth (1993), *Comparing Capitalist Economies*; Aoki (1994), *The Japanese firm as a system of attributes: A survey and research agenda*; Soskice (1997).

finanziellen Arrangements, Unternehmensleitung, kollektiven Arbeitsbeziehungen, Ausbildung und Erziehung, und Beziehungen zwischen den Unternehmen, einschließlich Verträge, Netzwerke, Technik, Standardisierung und Streitschlichtung. Innerhalb dieser stabilen Anordnungen interagieren die Institutionen so, daß sie spezifische Resultate erzielen, die im Wettbewerb institutionelle Vorteile verschaffen.⁵⁴ Varianten des Kapitalismus sind das Ergebnis dieser verzahnten Systeme ökonomischer Institutionen.⁵⁵ Diese Anordnungen können sich von Land zu Land stark unterscheiden, selbst im europäischen Kontext. Wie zu erwarten ist, besteht der größte Unterschied zwischen kontinental-europäischen Produktionsregimes (hauptsächlich Deutschland, Schweden, Norwegen, Schweiz, Österreich) und ihren angelsächsischen Gegenstücken (Großbritannien, USA, Irland, Kanada, Australien, Neuseeland). Diese Anordnung der ökonomischen Institutionen ist die Stelle, an der das Privatrecht ins Spiel kommt. Hier spielt das Prinzip von Treu und Glauben die Rolle des entscheidenden *binding arrangement* zwischen den Regeln des Privatrechts und den ökonomischen Produktionsregimes.

⁵⁴ Porter (1990).

⁵⁵ P. Hall (1997), The political economy of Europe in an era of interdependence.

Wenn wir uns dem deutschen Kontext zuwenden, wo Treu und Glauben eine wichtige Antriebskraft des Vertragsrechts gebildet hat, finden wir, daß die Entwicklung dieses Rechtsprinzips eng mit spezifischen Produktionsregimes verbunden sind -- dem rheinischen Kapitalismus.⁵⁶ Hier sind die rechtlichen Anforderungen an die Erfüllung eines Vertrages nach Treu und Glauben tief beeinflußt worden von einer ökonomischen Kultur, die am besten als verbandskoordinierte Marktwirtschaft charakterisiert wird.⁵⁷ Ökonomisches Handeln wird eng koordiniert durch Wirtschaftsverbände und informelle geschäftliche Netzwerke. Wie verschiedene Studien zur vergleichenden politischen Ökonomie mit zahlreichen Details gezeigt haben, werden sie durch langfristige kooperative Beziehungen zwischen den Unternehmen auf dem Markt, zwischen Unternehmen und den Beschäftigten, zwischen Unternehmen und ihren Eigentümern und den Finanziers geprägt.⁵⁸

Diese Bedingungen räumen den Beschäftigten beträchtliche Autonomie innerhalb der Hierarchie ein, den Zulieferern und dem Vertrieb innerhalb langfristiger kooperativer Netzwerke. Dies schafft Möglichkeiten für Produktionsarten, die zu langfristiger Zusammenarbeit neigen, erzeugt aber gleichzeitig beträchtliche Risiken, die typisch für große Autonomie und im besonderen Maße vertrauensabhängige Beziehungen sind. Es ist anfällig sowohl für kollektive Störungen als auch den *moral hazard*, der hohe Überwachungskosten mit sich bringt.⁵⁹ Allgemein kann gesagt werden, daß diese Produktionsregimes durch ein System des Privatrechts erleichtert und unterstützt wurden, in dem die Gerichte insbesondere das Prinzip von Treu und Glauben nutzten, um rechtlich auf die Risiken und Chancen zu reagieren, die die Mischung von Autonomie und Vertrauen unter den besonderen Produktionsregimes schufen.

⁵⁶ Siehe W. Streeck (1995), German capitalism: Does it exist? Can it survive?.

⁵⁷ D. Soskice (1996), German technology policy: Innovation and national institutional frameworks.

⁵⁸ Vergleiche insbesondere die empirischen Untersuchungen von unterschiedlichen ökonomischen Institutionen in P. Hall und D. Soskice (im Druck), *Varieties of Capitalism: The Challenges Facing Contemporary Political Economies*.

⁵⁹ Soskice (1996).

Die folgenden Charakteristika der deutschen Produktionsregimes finden ihre strukturellen Entsprechungen in einer ausgedehnten Reihe von Verpflichtungen, die von den Gerichten auf der Grundlage von Treu und Glauben entwickelt worden sind.⁶⁰

- 1) Die deutsche Unternehmenskultur [*corporate governance*] und die Finanzierung der Unternehmen neigen dazu, die langfristige Finanzierung der Unternehmen zu begünstigen. Das Privatrecht unterstützt dies durch auf Treu und Glauben aufbauende Verpflichtungen, die jeweils den beteiligten Anteilseignern, Unternehmen und Banken obliegen. Unter dem Schirm von Treu und Glauben unterliegen nicht nur die Partner einer wirtschaftlichen Vereinigung einer allgemeinen Treuepflicht; das deutsche Recht erkennt eine weitreichende Verpflichtung der Anteilseigner und der anderen am Unternehmen beteiligten Kreise an, das Unternehmensinteresse (im Gegensatz zu ihren Einzelinteressen) aktiv zu fördern.⁶¹ Ein ausgedehntes System von Informationspflichten ist in der Beziehung zwischen Bank und Unternehmen entwickelt worden.

- 2) Die kollektiven Arbeitsbeziehungen im Unternehmen und in der Industrie sind hochkooperative Beziehungen, bei denen die Gewerkschaften eine wichtige Rolle spielen. Als eine Begleiterscheinung der großen Autonomie der Beschäftigten hat die Rechtsprechung ausgedehnte Treupflichten gegenüber der Organisation entwickelt, die die Risiken von *moral hazard* mildert, die ihrer autonomen Position inhärent sind. Im Gegenzug räumt ihnen das Recht eine geschützte Stellung im Unternehmen ein. Es gibt ebenso ausgedehnte Fürsorgepflichten der Unternehmensführung gegenüber den Arbeitnehmern.⁶²

⁶⁰ Die Ausführungen beruhen auf Soskice (1996, 1997) und ergänzen seine Analyse im Hinblick auf die Anforderungen des Privatrechts.

⁶¹ Hierzu G. Teubner (1994), *Company interest: The public interest of the enterprise in itself*.

⁶² Vergleiche etwa W. Zöllner und K.-G. Loritz (1992), *Arbeitsrecht*, S. 12-17.

- 3) Die Beziehungen zwischen den Unternehmen neigen dazu, sich zu kooperativen Netzwerken mit relationalen, langfristigen Verträgen zu entwickeln, sowohl horizontal innerhalb eines Marktes, als auch vertikal zwischen Zulieferern, Produzenten und Vertreibern. Auf die Generalklausel von Treu und Glauben gestützt, hat die Rechtsprechung Kooperationspflichten entwickelt, die auf den gemeinsamen Vertragszweck hin ausgerichtet sind. In relationalen Verträgen hat sie die allgemeine Regel entwickelt, daß *ex lege* die Vertragsbedingungen neu auszuhandeln sind, wenn eine neue Situation entsteht. Eine der wichtigsten richterlichen Neuerungen war die Wiedereinführung der alten *clausula rebus sic stantibus*, die das BGB abgeschafft hatte. Richter nehmen sich die Freiheit, im Fall unerwarteter Entwicklungen Vertragsbedingungen neu zu schreiben.⁶³
- 4) Wirtschaftsverbände und große Unternehmen koordinieren Märkte über die Entwicklung technischer Standards, allgemeiner Geschäftsbedingungen und Streitschlichtungsverfahren. Zur Unterstützung dieser Selbstkoordinierung der Industrie hat die Rechtsprechung multilaterale Unternehmensbeziehungen weit über den Wortlaut bilateraler Verträge hinaus anerkannt und rekonstruiert.⁶⁴ Ihr wichtigster Beitrag zur Marktkoordinierung durch Vereinigungen war allerdings die Anerkennung allgemeiner Geschäftsbedingungen als verbindlich und ihre Regulierung unter Berücksichtigung bestimmter Interessen, insbesondere der des Verbrauchers.⁶⁵

⁶³ Für einen Überblick siehe Schlechtriem (1997), S. 9ff.

⁶⁴ Vergleiche die ausführliche Darstellung von J. Gernhuber (1989), *Das Schuldverhältnis*.

⁶⁵ ²⁹Vergleiche U. Stein (1991), AGB-Gesetz, Einl. 3-8; H. Kötz (1993), AGB-Gesetz, Einl. 5-10.

- 5) Wirtschaftsverbände handeln technische und geschäftliche Standards mit der Regierung aus. Andere nicht-ökonomische Interessengruppen, wie Verbraucherverbände und ökologische Bewegungen, bevorzugen eine neokorporatistische Kultur, die ökonomische Transaktionen mit der Außenwelt vermittelt, unter Berücksichtigung politischer, sozialer und ökologischer Gesichtspunkte. Die Rechtsprechung kann auf diesem Komplex eines ausgehandelten *ordre public* aufbauen und auf dieser Grundlage Standards von Treu und Glauben rekonstruieren, um exzessive ökonomische Transaktionen zu parieren.⁶⁶

Eine Verpflanzung dieses lebendigen Rechts auf britischen Boden würde dort in Ermangelung einer entsprechenden ökonomischen Kultur schlicht keine Wurzeln schlagen. Die britische ökonomische Kultur bildet gemeinsam mit den USA, Irland, Kanada und Neuseeland eine Gruppe relativ unregulierter liberaler Marktwirtschaften. Im Gegensatz zu den kontinental-europäischen verbandskooordinierten Märkten sind die Wirtschaftsorganisationen eher schwach und spielen nur eine begrenzte Rolle bei der Koordinierung des institutionellen Rahmens.⁶⁷ Stattdessen findet einerseits ein ziemlich uneingeschränktes Zusammenspiel von Marktkräften einerseits und externer Regulierung durch die Regierung andererseits statt. Die Regierung, Regulierungsbehörden, quasi-öffentliche Körperschaften und das Rechtssystem spielen die wichtigste Rolle bei der Regelsetzung, wobei die Regeln typischerweise wenig Ermessensspielräume lassen. Wie würden auf Treu und Glauben basierende Pflichten zur Kooperation, Information, Vertragsanpassung zu Produktionsregimes passen, die durch die folgenden Züge charakterisiert werden?⁶⁸

- 1) Finanzierungssysteme, die den Unternehmen relativ kurzfristige Zeithorizonte auferlegen, gleichzeitig aber hohe Risiken mittragen.
- 2) Ein kollektives Arbeitsrecht in einem deregulierten Arbeitsmarkt, das kaum eine effektive Vertretung der Arbeitnehmerinteressen in den Unternehmen ermöglicht -- daher schwache Gewerkschaften, die aber die einheitliche Führung durch das Spitzenmanagement erleichtern.
- 3) Ein System der Beziehungen zwischen den Unternehmen, das hohe Wettbewerbsanforderungen stellt und damit die Kooperationsmöglichkeiten der Unternehmen begrenzt.⁶⁹
- 4) Die Koordination zwischen dem ökonomischen Sektor und anderen Bereichen der Gesellschaft wird entweder den Marktkräften überlassen oder ausschließlich der

⁶⁶ Vergleiche Teubner (1980).

⁶⁷ Soskice (1997); Hall (1997).

⁶⁸ Zum folgenden vergleiche D. Soskice (1991), *The institutional infrastructure for international competitiveness: A comparative analysis of the UK and Germany*; Soskice (1997).

⁶⁹ Soskice (1997).

staatlichen Regulierung überwiesen, im Gegensatz zu dem neo-korporativen Stil der Vermittlung, der typisch für kontinental-europäische Produktionsregimes ist.

VII. Ko-evolutionäre Entwicklungen

Hier müssen wir eine weitere Komplikation berücksichtigen: die janusköpfige Natur der *binding arrangements* des Rechts. Die ökonomischen Spielregeln sind nicht identisch mit rechtlichen Regeln; ökonomische Institutionen unterscheiden sich von Rechtsinstitutionen. Eine ökonomische Transaktion muß von einem rechtlich wirksamen Vertrag unterschieden werden, selbst wenn beide gleichzeitig abgeschlossen werden. Im Kern besteht der Unterschied darin, daß ökonomische Institutionen strukturell aus Beschränkungen und Anreizen bestehen, die Kosten-Nutzen-Berechnungen ökonomischer Akteure beeinflussen, während Rechtsinstitutionen Komplexe rechtlich wirksamer Regeln sind, die Konfliktlösungen strukturieren. Obwohl sie strukturell eng gekoppelt sind, lassen sich ökonomische und juristische Institutionen nicht nur analytisch, sondern auch empirisch unterscheiden.⁷⁰

Strukturelle Kopplung schafft keine neue Identität, sondern verbindet über eine Unterscheidung -- über die Unterscheidung, die das Recht von dem Diskurs unterscheidet, an den es gebunden ist. *Binding arrangements* schaffen keine neue Einheit von Recht und Gesellschaft, keine vereinheitlichten sozio-juristischen Operationen oder gemeinsame sozio-juristische Strukturen. Während ihre Ereignisse simultan ablaufen, bleiben sie unterscheidbare Teile ihres spezifischen Diskurses, mit einer eigenen Vergangenheit und einer eigenen Zukunft. Die einzige Bedingung für ihre Synchronisierung ist, daß sie kompatibel zueinander sind. *Binding arrangements* sind janusköpfig, sie haben ein juristisches und ein soziales Gesicht. Unglücklicherweise neigen die beiden Gesichter des Janus dazu, ihre Ansichten in unterschiedliche Richtungen zu ändern.

Wenn jetzt in einem Fall des rechtlichen Transfers die rechtliche Seite der Beziehung geändert wird, kann die Kompatibilität der verschiedenen Einheiten nicht länger vorausgesetzt werden; sie müßte in dem neuen Kontext in einem schwierigen und zeitaufwendigen Prozeß neu geschaffen werden. Das würde eine doppelte Transformation erfordern, eine Änderung auf beiden Seiten der Unterscheidung der transferierten Institution, nicht nur die Rekontextualisierung ihrer juristischen Seite in dem neuen Netzwerk juristischer Unterscheidungen, sondern auch die Rekontextualisierung der sozialen Seite in dem anderen Diskurs. Die Richtung, in der sich die andere Seite verändern wird, läßt sich nicht einseitig determinieren. Die Beziehung der beiden Seiten läßt sich nicht als institutionelle Identität beschreiben. Es ist ebenso falsch, sie als kausale Abhängigkeit zwischen einer unabhängigen und einer abhängigen Variablen zu beschreiben, oder gar als Beziehung zwischen ökonomischer Basis und rechtlichem Überbau. Es handelt sich

⁷⁰ Hierzu im einzelnen Teubner (1995).

vielmehr um einen symbolischen Raum der Kompatibilität verschiedener Bedeutungen, der verschiedene mögliche Aktualisierungen zuläßt.

Ein *binding arrangement*, das das Recht an einen sozialen Diskurs bindet, verfolgt nicht eine einzige historische Entwicklungslinie, sondern entsteht auf zwei getrennten und qualitativ unterschiedlichen evolutionären Bahnen der beiden Seiten, die durch Ko-Evolution wieder miteinander verbunden sind. Die rechtliche Seite folgt der evolutionären Logik des Rechts, während die soziale Seite einer anderen Logik der Entwicklung gehorcht. Ihre Veränderungen interagieren aber insoweit, als sie infolge ihrer engen strukturellen Kopplung sich ständig gegenseitig stören und Veränderungen auf der anderen Seite hervorrufen.⁷¹

Jetzt wird es klar, warum die transferierte Norm nur als eine Irritation, nie als Transplantation fungieren kann, wenn der Transfer von Rechtsnormen ein *binding arrangement* zwischen dem Recht und einem anderen sozialen Diskurs ändern soll. Er irritiert einen ko-evolutionären Prozeß getrennter Entwicklungslinien. Auf der rechtlichen Seite der verbindenden Institution wird die Norm in dem neuen Netzwerk rechtlicher Unterscheidungen rekontextualisiert werden und wird möglicherweise noch als die ursprüngliche Norm erkennbar sein, auch wenn sich die Auslegung geändert hat. Auf der sozialen Seite wird etwas ganz anderes geschehen. Der rechtliche Impuls, wenn er überhaupt erkannt wird, wird in dem anderen sozialen System Störungen hervorrufen und dort einige Veränderungen auslösen, die der internen Logik dieser Bedeutungswelt gehorchen. Er wird in der anderen Sprache des beteiligten sozialen Systems rekonstruiert werden, in dessen Codes und Programmen reformuliert werden, die zu einer neuen Abfolge von Ereignissen führen. Diese sozialen Änderungen werden ihrerseits als Irritation auf die rechtliche Seite der Institution zurückwirken und so eine zirkuläre ko-evolutionäre Dynamik erzeugen, die erst dann zu einem vorläufigen Gleichgewicht kommt, wenn sowohl der rechtliche als auch der soziale Diskurs relativ stabile Eigenwerte in ihrer jeweiligen Sphäre entwickelt haben. Dies zeigt, wie unwahrscheinlich es ist, daß eine Rechtsnorm erfolgreich in ein *binding arrangement* eines anderen rechtlichen Kontexts transplantiert wird. Wenn sie nicht von vornherein zurückgewiesen wird, zerstört sie entweder das *binding arrangement* oder sie wird eine Dynamik wechselseitiger Irritationen auslösen, die dessen Identität grundlegend ändern.

Und Treu und Glauben? -- Das Prinzip wird nicht einmal eine Irritation für die britischen Produktionsregimes darstellen, wenn es sich als ein Bündel von Rechtspflichten zu obligatorischer Kooperation präsentiert, die den Vertragsparteien auferlegt werden. Die britische Umgebung reagierte mit kühler Indifferenz. Das Prinzip wird aber -- und das ist meine abschließende These -- eine starke Irritation der marktorientierten britischen Produktionsregimes dann hervorrufen, wenn der neue Kontext Treu und Glauben aus einer

71 Dazu im einzelnen Teubner (1999). Zum koevolutionären Zusammenhang von Rechtsinstitutionen und Produktionsregimes vgl. auch Nelson (1995).

fazilitativen Regel zu einer prohibitiven Regel transformiert. Anstatt Autonomie, Vertrauen und Kooperation zu fördern, wäre ihr Effekt, gewisse Exzesse der ökonomischen Aktion zu verhindern. Treu und Glauben würde eine quasi-konstitutionelle Beschränkung zweier zentraler Elemente des Produktionsregimes werden: eine Beschränkung starker Hierarchien privater Herrschaft, und eine Beschränkung gewisser expansiver Tendenzen kompetitiver Prozesse.

Die kontinental-europäischen Produktionsregimes, denen Treu und Glauben entsprach, wurden, wie gesagt, durch ein hohes Maß an Autonomie und Vertrauen innerhalb des Marktes und der Organisationen charakterisiert. Sie brachten spezifische Risiken und Gefahren mit sich, die durch ein ausgefeiltes System rechtlicher Kooperationspflichten gemildert wurden. Die Risiken und Gefahren der britischen Produktionsregimes sind nicht Folgen eines hohen Maßes von Autonomie und Vertrauen, sondern eher des Gegenteils. Diese Produktionsregimes werden bestimmt durch die Risiken eines finanziellen Fordismus, bei dem eine standardisierte *low-cost*-Produktion detaillierte Arbeitsbestimmungen und häufigen Personalwechsel erfordert, durch die Gefahren von Projektorganisationen, die komplexe Aufgaben mittels einer starken Prärogative des Managements angehen, durch die steile Hierarchie innerhalb der ökonomischen Organisation, und asymmetrische Beziehungen zwischen mächtigen Unternehmen und ihren abhängigen Satelliten.⁷² Die Rolle des Prinzips von Treu und Glauben kann nicht darin bestehen, diese straff koordinierten Organisationen in kooperative Vereinbarungen umzuwandeln.⁷³ Die Aufgabe des Vertragsrechts wäre es vielmehr, quasi-konstitutionelle Rechte zu definieren und sie gegen Übergriffe privater Herrschaft zu verteidigen, bestimmte Normen zu schaffen, die quasi-administrativem Ermessen eindeutig definierte rechtliche Grenzen setzen.⁷⁴ Das Prinzip von Treu und Glauben müsste zu rechtlichen Beschränkungen willkürlicher Entscheidungen privater Herrschaft entwickelt werden. Im Gegensatz zur Aktivierung der kommunitarischen Traditionen von Pflichten zur vertrauensvollen Kooperation müsste die Rechtsprechung die Tradition der Grundrechte aktivieren, die historisch gegen die staatliche Autorität schützten, und sie im Kontext des Privatrechts durchsetzen.

⁷² Hierzu Soskice (1996).

⁷³ Produktionsregimes können nicht einfach durch politisches Handeln verändert werden. Darüber hinaus findet sich dort eine immanente Asymmetrie. Während es vergleichsweise einfach ist, von einem verbandsorientierten Regime zu einem marktorientierten Regime überzugehen, und zwar schlicht durch die Demontage der entsprechenden Strukturen, ist es sehr viel schwieriger und erfordert auch einen sehr viel höheren Aufwand an Zeit und Energie, von einem marktorientierten Regime zu einem verbandsorientierten überzugehen. Vergleiche Soskice (1996).

⁷⁴ Die sogenannte "Ausstrahlung" oder "Drittwirkung" der Grundrechte. Grundlegend *Bundesverfassungsgericht*, Urteil vom 15.1.1958, in: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 7, S. 198,204 ff.; zum Stand der Diskussion vergleiche etwa H. Dreier (1996), Vorbemerkung vor Art. 1 GG, Randnummer 57 ff. Für eine soziologische Untersuchung vergleiche P. Selznick (1969), *Law, Society and Industrial Justice*, Kapitel 7; zu den Grundrechten als rechtlichen Schranken von privater Herrschaft Collins (1992), *Justice in Dismissal*. Eine vergleichende Untersuchung der Drittwirkung der Grundrechte aus jüngerer Zeit ist Clapham (1996), *Human Rights in the Private Sphere*. Vergleiche auch C. Graber und G. Teubner (1998), Art and money: Constitutional rights in the private sphere.

Um unsere abstrakteren Überlegungen zusammenzufassen: Versuche des institutionellen Transfers scheinen eine doppelte Irritation in dem neuen Kontext hervorzurufen. Sie irritieren die binding arrangements des Rechts mit der Gesellschaft. Fremde Normen sind Reizstoffe nicht nur im Hinblick auf den rechtlichen Diskurs ihrer neuen Umgebung, sondern auch in Beziehung auf die sozialen Diskurse, mit denen das Recht, unter bestimmten Umständen, eng gekoppelt ist. Als rechtliche Irritationen zwingen sie die spezifische episteme des Rechts zu einer Rekonstruktion in dem Netzwerk seiner Unterscheidungen. Als soziale Irritationen provozieren sie den sozialen Diskurs, mit dem das Recht eng verbunden ist, zu einer eigenen Rekonstruktion. So lösen sie zwei verschiedene Ereignisseries aus, deren Interaktion zu einer evolutionären Dynamik führt, die möglicherweise ein neues Gleichgewicht der Eigenwerte des beteiligten Diskurses erreicht. Das Ergebnis eines derart komplexen und turbulenten Prozesses ist selten die Konvergenz der beteiligten Rechtsordnungen, sondern eher die Schaffung neuer Spaltungen in der Beziehung von operational geschlossenen sozialen Diskursen.