

§ 97 Globalisierung durch die Brille der Systemtheorie

Übersicht

I.	Luhmanns Weltgesellschaft	1
II.	Eigenstrukturen der Weltgesellschaft	3
III.	Teubners Global Bukowina	4
	1. Fragmentierung des globalen Rechts	5
	2. Sektorielle Differenzierung des globalen Rechts	10
	3. Der Schauplatz der Regime-Kollisionen	14
IV.	Konstitutionalisierung	16
	1. Konstitutionalisierung des Völkerrechts	17
	2. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus	18
	3. Zur strukturellen Seite der Konstitutionalisierung:	19
	4. Zur funktionalen Seite der Konstitutionalisierung:	22
	5. Zur empirischen Seite der Konstitutionalisierung:	24
V.	Recht oder soziale Normen?	25

I. Luhmanns Weltgesellschaft

Schriften von Niklas Luhmann: Die Weltgesellschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 57, 1971, 1-35; wieder abgedruckt in: [Soziologische Aufklärung 2](#), 6. Aufl. 2009, 63 - 88; Rechtssoziologie, 2. Aufl., 1983; Das Recht der Gesellschaft (RdG), 1993, S. 555 f. und S. 571-586; Die Gesellschaft der Gesellschaft (GdG), 1973, S. 145-171.

Literatur: *Volkmar Gessner*, Global Approaches in the Sociology of Law: Problems and Challenges, Journal of Law and Society 22, 1995, 85-96; *Ralf Rogowski*, [Aufbruch in das Weltrecht](#). Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft, IABLIS Jahrbuch für europäische Prozesse 2004.

Vor allen anderen hat *Niklas Luhmann* die Vorstellung einer Weltgesellschaft in ein systemtheoretisches Konzept gefasst. Dabei knüpft er an seine Unterscheidung von kognitiven und normativen Erwartungen an und sieht die Weltgesellschaft als Wissensgesellschaft aufziehen.

»Achtet man auf die Erwartungsstrukturen, die jene universell gewordenen Interaktionsfelder der Wissenschaft und der Technik, der Wirtschaft, der öffentlichen Kommunikation von Neuigkeiten und des Reiseverkehrs orientieren, dann fällt ein deutliches Vorherrschen kognitiver, adaptiver, lernbereiter Erwartungen auf, während normative, Moral prätendierende und vorschreibende Erwartungen zurücktreten.« (2009:68)

Auf diese Basis baut *Luhmann* zwei weitreichende Hypothesen. Die erste besagt, dass auf der Ebene der Weltgesellschaft kognitive Erwartungen die normativen Erwartungen und damit das Recht verdrängen werden:

»Faßt man auf Grund solcher Überlegungen den Mut zu spekulativen Hypothesen, dann könnte unsere Feststellung, daß weltweite Interaktion primär durch kognitives Erwarten strukturiert wird, im Sinne eines ›Führungswechsels‹ zwischen beiden Erwartungstypen gedeutet ... werden.« (2009:78)

Diese erste Hypothese wird in § 96 II 2) behandelt. Die zweite Hypothese ist eher noch radikaler. Zunächst konzidiert *Luhmann* dem Recht eine »evolutionär unwahrscheinliche Hochleistung« bei der Stabilisierung hoher Kontingenz und Komplexität in sozialen Beziehungen, allerdings »in Abhängigkeit von regional konsolidierten politischen Mechanismen«. Dann folgt die gewagte These:

»Es könnte sein, dass diese eigentümliche Kombination von Recht und Politik gerade in ihrer besonderen Leistungsfähigkeit eine Fehlspezialisierung der Menschheitsentwicklung war, die sich, vorläufig jedenfalls, nicht auf das System der Weltgesellschaft übertragen lässt.« (2009:71)

»Zu den wichtigsten Indikatoren eines weltgesellschaftlichen Rechtssystems« rechnet *Luhmann* »die zunehmende Aufmerksamkeit für Menschenrechtsverletzungen.« (RdG 574) Wichtiger als ausformulierte Normen sei

»die Aufmerksamkeit auf weltweite Menschenrechtsverletzungen von eindeutiger Eklatanz ... auf das staatlich abgesicherte Verschwinden von Personen, auf Zwangsdeportationen, und Vertreibungen, auf rechtswidrige Tötung, Verhaftung, Folterung mit Wissen oder unter Schutz der staatlichen Organe.« (RdG 579)

Luhmanns Stellungnahme zum Weltrecht ist nicht ganz klar. In einem viel zitierten Aufsatz (Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung, Soziologische Aufklärung, 1995, 229-236, S. 234, der erstmals 1993 gedruckt wurde) meinte er noch, dass »die Weltrechtsordnung eher den Ordnungsformen tribaler Gesellschaften gleicht, also auf organisierte Sanktionsgewalt und auf authentische Definition der Rechtsverstöße an Hand bekannter Regeln verzichten muss«. Im gleichfalls 1993 erschienenen RdG (S. 574) heißt es dagegen, dass »die Weltgesellschaft auch ohne zentrale Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit eine Rechtsordnung hat, wird man aber kaum bestreiten können«, »zu den wichtigsten Indikatoren eines weltgesellschaftlichen Rechtssystems gehör[e] die zunehmende Aufmerksamkeit für Menschenrechtsverletzungen«. In einer Fußnote wird dazu der Vergleich mit tribalen Gesellschaften zurückgewiesen, und es werden drei Möglichkeiten eines staatenlosen Rechts angedeutet, nämlich eine »wirtschaftsbürgerliche Gesellschaft«, eine religiös und/oder ethnisch einheitliche Gesellschaft und als deren Sonderfall die »(sich auf fremde Staaten stützende)« jüdische Rechtskultur mit ihr langen Texttradition.

Am Ende macht *Luhmann* auf das Problem der Exklusion aus der Weltgesellschaft aufmerksam. Dabei geht es um den systemtheoretischen Blick auf die soziale Schichtung, insbesondere auf ihr unteres Extrem. Exklusion ist der Ausschluss von der Teilnahme an der Kommunikation der Funktionssysteme. Wer nicht dazugehört, kann an Leistungen der Funktionssysteme nicht teilnehmen, weder an der Politik noch an der Wirtschaft noch am Recht. Da es in städtischer Umgebung auch praktisch keine Möglichkeiten zu einer geldfreien Selbstversorgung mehr gibt, werden die Exkludierten in Kriminalität oder mafiöse Organisationen gedrängt (RdG 583). Die Exklusion geht quer durch alle Systeme. Wer aus dem einen herausfällt, ist in der Regel auch in den anderen abgemeldet. Eigentlich ist es die funktionale Differenzierung selbst, die Inklusion und Exklusion erzeugt. Die Funktionssysteme funktionieren nicht mit Exkludierten.

»Ob und aus welchen Anlässen der der Rechtscode benutzt wird oder nicht, richtet sich ... nach [der] Differenz ... von Inklusion und Exklusion.« (RdG 585)

Sie dient als

»Metacode, der alle anderen Codes mediatisiert. Es gibt zwar den Unterschied von Recht und Unrecht, und es gibt auch Rechtsprogramme (Gesetze), die regeln wie die Werte Recht bzw. Unrecht auf Tatbestände verteilt werden. Aber für exkludierte Bevölkerungsgruppen hat diese Frage geringe Bedeutung im Vergleich zu dem, was ihre Exklusion ihnen auferlegt. Sie werden rechtmäßig oder unrechtmäßig behandelt und verhalten sich entsprechend rechtmäßig oder unrechtmäßig je nach

Situationen und Chancen. Für die Inkludierten gilt dasselbe, und dies insbesondere für die Politiker und die Angehörigen der Bürokratie« (RdG 583).

Das Rechtssystem ist auf gesellschaftsweite Resonanz festgestellter Rechtswidrigkeit angewiesen. Die Exkludierten haben jedoch außer der Kontrolle über den eigenen Körper nichts zu verlieren (RdG 585).

Luhmanns »Recht der Gesellschaft« schließt mit dem Satz:

»Es kann daher durchaus sein, daß die gegenwärtige Prominenz des Rechtssystems und die Angewiesenheit der Gesellschaft selbst und der meisten ihrer Funktionssysteme auf ein Funktionieren des Rechtscodes nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird.«

Diese Prognose hat sich bislang nicht als zutreffend erwiesen, und es gibt auch keine Anzeichen, dass sich das in absehbarer Zukunft ändern wird.

II. Eigenstrukturen der Weltgesellschaft

Literatur: *Rudolf Stichweh*, Strukturbildung in der Weltgesellschaft: Die Eigenstrukturen der Weltgesellschaft und die Regionalkulturen der Welt, in: *Thomas Schwinn* (Hg.), Die Vielfalt und Einheit der Moderne, 2006, 239-257 ([Kurzfassung im Internet](#)).

Geht man mit *Luhmann* davon aus, dass es eine und nur eine Weltgesellschaft gibt, dann lässt sich rückwärts gewandt fragen, auf welchem Weg die wenigen großen und vielen kleinen Kulturkreise zur Weltgesellschaft zusammengewachsen sind, oder, was im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft, dann kann man nach neuartigen (emergenten) Strukturen der Weltgesellschaft suchen. *Stichweh* hat schon einmal einen Namen dafür gefunden: Eigenstrukturen der Weltgesellschaft. Er weist zunächst drei populäre Theorieangebote zurück. Es sei wenig überzeugend, den Weg zur Weltgesellschaft als »Kampf der Kulturen« (*Huntington*) zu beschreiben oder ihren Zustand als Ensemble von »multiplen Modernen« (*Eisenstadt*). Aber auch totale Konvergenz im Sinne von »MacDonaldisierung« sei nicht angesagt. *Luhmann* hatte die großen Funktionssysteme als Antreiber der Weltgesellschaft genannt, allen voran die Wirtschaft und weit hinterher das Recht. Auch *Stichweh* knüpft bei den Funktionssystemen an. Sie sind »die wichtigsten Kandidaten« für Eigenstrukturen der Weltgesellschaft. Sie bilden Kommunikationszusammenhänge, in denen man sich weltweit vergleichend beobachtet. Die Rechtsvergleichung wäre ein historisch frühes Beispiel dieses globalen Kommunikations- und Vergleichszusammenhangs. Ähnlich beobachten sich heute mehr oder weniger alle Wissenschaftsdisziplinen, medizinische Therapie und Grundschulpädagogik, Kunstbetrieb und Touristik. Die wechselseitige Beobachtung findet statt über Organisationen und Netzwerke, in epistemischen Gemeinschaften und über Weltereignisse, und last not least über den Markt. Ich füge dieser Liste noch die Berichtsforschung¹ hinzu, die explizit auf einen weltweiten Vergleich angelegt ist.

Die Globalisierung formaler Organisationen – ob IGOs oder INGOs, TNC oder Kirchen – ist ein Standardthema der Globalisierungsforschung. Organisationen werden zu Eigenstrukturen der Weltgesellschaft, indem sie drei Leistungen erbringen:

»Sie erlauben einen globalen innerorganisatorischen Transfer von Personal, der durch die an sich geltenden politischen Migrationshemmnisse überraschend wenig beeinträchtigt wird. Entsprechendes gilt für Wissen. Auch Wissen wird innerorganisatorisch – und dann weltweit – offensichtlich erheblich leichter und mit größerer Wirkungschance weitergegeben, als dies durch seinen Verkauf auf ökonomischen Märkten möglich wäre. Schließlich eignet sich die Organisation dafür, die globale

¹ *Klaus F. Röhl*, Ressort- und Berichtsforschung als Datenquelle, in: Matthias Mahlmann (Hg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit, Festschrift für Hubert Rottleuthner, 2011, S. 357-393 [<https://www.rsozblog.de/wp-content/uploads/Roehl-Ressort-und-Berichtsforschung-2011.pdf>]. Vgl. ferner die verschiedenen Einträge auf [Rsozblog.de](https://www.rsozblog.de) zur Berichtsforschung beginnend mit <https://www.rsozblog.de/berichtsforschung-als-datenquelle/>.

Vernetzung in einem weltweiten innerorganisatorischen Verbund von Filialen mit der lokalen Einbettung der jeweiligen örtlichen Niederlassung zu verbinden.« (*Stichweh*, [Kurzfassung](#) S. 3)

Gemeint sind nicht technische Netzwerke wie das Internet, sondern soziale. Ihr Witz besteht darin, dass sie zwar klein sein mögen, wenn man die Teilnehmer ansieht, die unmittelbar miteinander in Kontakt treten können. Aber es gibt immer einzelne Mitglieder, die mit ihren Außenkontakten Brücken zu anderen Netzwerken herstellen können. Das hat zur Folge, dass sich über fünf bis sechs Zwischenschritte jeder andere Knoten auf der Welt erreichen lässt (Kleine-Welt-Phänomen, o. [§ 56 I. 4](#)).

Nachdem wir das Jahrhundert der Weltkriege hinter uns haben, reichen die Weltereignisse von Weltausstellungen, Weltmeisterschaften und Olympiaden über Nobelpreise und Oscar-Verleihungen bis zu den Weltkonferenzen (Gipfelkonferenzen, Klima- oder Aids-Gipfel oder Weltwirtschaftsforum).

III. Teubners Global Bukowina

Literatur: *Marc Amstutz/Vaios Karavas*, Weltrecht: Ein Derridasches Monster, in: *Gralf-Peter Calliess* u. a. (Hg.), Festschrift für Gunther Teubner, 2009, 645–672; *Gralf-Peter Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2005; *Andreas Fischer-Lescano*, Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft, ARSP 88, 2002, 349; ders., Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, 2005; ders./*Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des Weltrechts, 2006; *Gunther Teubner*, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 15, 1996, 255-290; ders., Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne, in: *Eike Schmidt/Hans-Leo Weyers* (Hg.), *Liber Amicorum Josef Esser*, 1995, 191-214; ders., Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State, in: *Petra Dobner/Martin Loughlin* (Hg.), *The Twilight of Constitutional Law: Demise or Transmutation?*, Oxford 2010, S. 327-341; ders., Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes, in: *Klaus Günther/Stefan Kadelbach* (Hg.), *Recht ohne Staat 2010*, im Erscheinen; *Gunther Teubner/Peter Korth*, [Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft](#), in: *Matthias Kötter/Gunnar Folke Schuppert* (Hg.), *Normative Pluralität ordnen*, 2009, 137-168.

Die systemtheoretische Analyse der Rechtsglobalisierung wird heute von *Gunther Teubner* und seinen Schülern bestimmt. Sie wollen nicht akzeptieren, dass sich auf globaler Ebene wiederholen könnte, was sich in vierhundert Jahren auf der Ebene der Nationalstaaten entwickelt hat. Mit einem Aufwand, der an Theoriezauber grenzt, bemühen sie sich, die globale Sphäre als unvergleichlich darzustellen. Dazu haben sie die von *Luhmann* gelegten Grundlagen mit einer Reihe von Begriffen angereichert, die auf das Globalisierungsthema zugeschnitten sind. Zu ihrem Begriffsinventar gehören die Fragmentierung des Rechts, Rechtsregimes und Regime-Kollisionen, Eigenlogik, Polyzentrität und Heterarchie, Interlegalität² und Konstitutionalisierung.

Die folgende Darstellung stützt sich in erster Linie auf den 2006 erschienenen Band »Regime-Kollisionen« von *Fischer-Lescano* und *Teubner*. Die Seitenzahlen im laufenden Text beziehen sich auf dieses Buch. Eine kürzere Fassung der ersten Hälfte des Buchs ist im Internet verfügbar ([Fragmentierung des Weltrechts](#): Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit, in: *Mathias Albert/Rudolf Stichweh* (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit 2007*, 37-61). Ich verwende viele Zitate, weil der Sprachduktus ein Charakteristikum der rechtssoziologischen Systemtheorie bildet. Die konkretisierenden Beispiele habe ich, soweit nicht anders vermerkt, eingefügt. Die Darstellung war abgeschlossen, bevor 2012 der Band von *Gunther Teubner* »Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung« erschien und ist danach nicht mehr überarbeitet worden.

Mit *Luhmann* betonen *Fischer-Lescano* und *Teubner*, dass die Entstehung einer Weltgesellschaft weit fortgeschritten sei. Die gesellschaftlichen Teilsysteme, allen voran die Wirtschaft, haben sich zu Weltsystemen entwickelt, und sie zeigen großen Expansionsdrang.

»Nicht nur die Wirtschaft ..., sondern auch Wissenschaft, Kultur, Technik, Gesundheit, Militär, Transport, Tourismus, Sport, aber auch, – wenngleich mit deutlicher Verzögerung – Politik, Recht

² Der Ausdruck stammt wohl von *Boaventura de Sousa Santos*, *Toward a New Legal Common Sense*, 2. Aufl., London 2002, S. 437.

und Sozialfürsorge – sind auf je eigenen Entwicklungspfaden heute zu eigenständigen Weltsystemen geworden.« (S. 26)

Nur Politik und Recht hinken noch hinterher. Sie haben auf Weltebene nicht die Kapazität, eine gewisse Steuerung der Gesellschaft zu bewirken und für Erwartungssicherung und Konfliktregelung zu sorgen, Leistungen, auf die die anderen Teilsysteme eigentlich angewiesen sind. Daher sorgen die übrigen Systeme selbst für die Lösung, indem sie sich zur normativen Absicherung ihrer »hochgezüchteten Bereichslogiken« auf selbstgeschaffenes transnationales Recht stützen. Als These formuliert: Die voll globalisierten Teilsysteme der Gesellschaft – allen voran Wirtschaft und Wissenschaft, aber kaum weniger etwa Sport und Kunst – decken mangels eines einheitlichen Weltrechts ihren Koordinierungs- und Regelungsbedarf durch Selbstorganisation. So ist längst ein »Weltrecht ohne Staat« entstanden.

Die theoretische Gegenposition, die *Teubner* explizit oder stillschweigend immer wieder in den Blick nimmt, ist die von der Ökonomie ausgehende Institutionenanalyse (die ich selbst inzwischen der Systemtheorie vorziehe).

1. Fragmentierung des globalen Rechts

Die theoretische Analyse nimmt ihren Ausgang von dem empirischen Befund der Fragmentierung des Völkerrechts. Doch die Fragmentierung des Rechts reicht viel weiter:

»Die größte Herausforderung für das Privatrecht heute ist die extreme Fragmentierung verschiedener privater Regulierungssysteme, die in der globalen Arena existieren. *Lex mercatoria*, *lex laboris*, ja *lex sportiva internationalis* und andere Typen von gesellschaftlichen Normsystemen sind globales Recht ohne Staat. Sie sind das Produkt einer Anzahl von hochspezialisierten private governance regimes, von autonomen gesellschaftlichen und rechtlichen Ordnungen, die in relativer Distanz zum nationalstaatlichen Recht und zum Völkerrecht existieren.«³

Zur Beschreibung der Situation dient die aus der Politikwissenschaft geläufige Figur des Rechtsregimes (o. § 95 V). Transnationale oder globale Rechtsregimes sind das Vehikel der Globalisierung des Rechts.

»Das Auftauchen globaler Regimes bedeutet dann gerade nicht, wie immer wieder gerade von Juristen behauptet, dass sich im Zuge globaler Verrechtlichungsschübe die Rechtsordnungen vereinheitlichen, harmonisieren oder dass sie wenigstens konvergieren, sondern dass das Recht eine neue Form der Binnendifferenzierung heraufstreibt und dabei nicht Rechtseinheit, sondern eine neue Fragmentierung erzeugt.«⁴

Die Fragmentierung des Weltrechts resultiert daraus, dass die transnationalen Rechtsphänomene, ganz gleich, ob sie sich auf völkerrechtlicher oder auf »privater« Grundlage entwickelt haben, immer nur »issue-spezifisch« sind, das heißt sie beschränken sich auf einen Themen- oder Problemkomplex. In diesem Sinne gibt es ein Urheberrechtsregime, ein Schuldenregime, ein Menschenrechtsregime usw. Auch die verschiedene »leges« (*lex mercatoria*, *lex digitalis*, *lex sportiva*, *lex finanziaria* usw.) werden als Regimes in diesem Sinne eingeordnet. Die Globalisierung des Rechts entwickelt sich »polyzentrisch« durch eine Vielzahl von transnationalen Rechtsregimes. Das heißt, es gibt nur Insellösungen. Das wäre nicht weiter schlimm, wenn diese aufeinander abgestimmt wären. Aber genau daran fehlt es. Die transnationalen Rechtsregimes werden nicht durch das Völkerrecht koordiniert, sie fügen sich in keinen Stufenbau und werden von keiner einheitlichen Gerichtshierarchie kontrolliert. Auch das müsste für sich genommen noch kein Problem sein. Warum sollten die diversen Rechtsregimes nicht friedlich koexistieren? Weil sie von der Systemtheorie als höchst konfliktträchtig wahrgenommen werden. Dabei geht es nicht einfach um Interessen- und Machtkonflikte im weltpolitischen System. Vielmehr zeigen sich die Folgen der Systembildung auf Weltebene. Die geschlossenen

³ *Gunther Teubner*, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes, *Rechtshistorisches Journal* 17, 1998, 234-265/234.

⁴ *Fischer-Lescano/Teubner*, Fragmentierung des Weltrechts, 2007, Internetfassung S. 10.

Funktionssysteme der Weltgesellschaft zeichnen sich nämlich durch einen enormen Expansionsdrang aus.

»Durch ihre operative Schließung erzeugen die globalen Funktionssysteme eigene Freiheitsgrade für eine extreme Steigerung ihrer je eigenen Rationalität, die sie ohne Rücksicht auf ihre natürlichen und humanen Umwelten ausschöpfen. Sie tun dies, so lange es geht, also so lange ihre Umwelten dies noch tolerieren.« (S. 27)

Es wird also angenommen, dass die Funktionssysteme notwendig expansiv und damit aggressiv sind.⁵ Die Politik will alles beherrschen, die Wirtschaft alle Lebensbereiche geldwert machen und das Recht beides verrechtlichen. Der Expansionsdrang der Systeme ist die eigentliche Ursache der Probleme.

»... die fragmentierten operativ geschlossenen Funktionssysteme der Weltgesellschaft [setzen] in ihrem Expansionsdrang die eigentlichen Ursachen für die Probleme der Weltgesellschaft und sie bedienen sich zugleich des Weltrechts zur normativen Absicherung ihrer hochgezüchteten Bereichslogiken. Die Rechtsfragmentierung resultiert also letztlich aus der Eigenrationalitätsmaximierung unterschiedlicher Sozialsysteme.« (S. 28 f.)

Eigenlogik, Bereichslogik oder Eigenrationalität meinen dasselbe. Es sollen damit die Wirkungen der aus der operativen Schließung der Systeme folgenden »Autonomie« benannt werden. Eigenrationalität bezeichnet also die Mittel und Wege, auf denen die Systeme ihre jeweiligen Funktionen wahrnehmen, und dabei alle systemfremden Zumutungen an sich abprallen lassen. Das Recht etwa erfüllt die Funktion der Erwartungssicherung, indem es nur an bereits vorhandenem Rechts anknüpft, andere Sachverhalte nur als Tatbestandsmerkmale zur Kenntnis nimmt und sich gegenüber Veränderungen in seiner Umwelt wenig lernbereit zeigt.

Der Expansionsdrang der Funktionssysteme ist also konflikträchtig. Es kommt zu »Regime-Kollisionen«. Der Schauplatz dieser Konflikte wird allerdings nicht ganz klar (dazu unten unter c). Wie kann sich der Expansionsdrang der Funktionssysteme in Rechtskonflikten äußern? Das liegt daran, dass die Rechtsregimes mit ihrer je besonderen Thematik eine engere Beziehung zu einem Funktionssystem haben als die nationalen Rechtssysteme, die sich – das ist die Kehrseite ihrer Einheitlichkeit – von den anderen Funktionssystemen unabhängig gemacht haben.

»Während das Recht in zumindest einigen Nationalstaaten einen relativ hohen Grad institutioneller Isolation entwickelt hat, wird es auf der Ebene globaler Rechtsordnungen auf absehbare Zeit bei einer diffusen, doch engen Abhängigkeit von ihrem jeweiligen spezialisierten gesellschaftlichen Gebiet verbleiben, mit allen damit einhergehenden problematischen Nebenwirkungen dieser Art von »Korruption«. Solche Nebeneffekte sind etwa eine starke Abhängigkeit gegenüber Außeninteressen und eine relative Schwäche rechtsstaatlicher Garantien.«⁶

Die globalen Rechtsregimes gehören zwar auch und in erster Linie zum Weltrechtssystem. Aber sie »stehen an der Grenze des Rechts zu autonomen Gesellschaftssektoren«.⁷ Grundsätzlich besteht die Möglichkeit einer Doppelmitgliedschaft von Kommunikationen und Strukturen in zwei Systemen, das heißt der »Fähigkeit eines Systems, Operationen anderer Systeme als systemeigene Operationen zu benutzen und Strukturen anderer Systeme als systemeigene Strukturen zu rekonstruieren«.⁸ So fällt z. B. die Juristenausbildung zwar in erster Linie in das Erziehungssystem, gleichzeitig bildet sie aber auch einen Teil des Rechtssystems. Ähnlich kann man wohl davon ausgehen, dass die Rechtsregimes eine Doppelstellung im Rechtssystem und in

⁵ Selbstverständlich ist das nicht. Die Autoren berufen sich (S. 28 Fn. 14) dafür auf *Luhmann*. Die Fundstelle GdG 1997, 1088 ff. ist unergiebig. S. 802 redet *Luhmann* von den Folgeproblemen der funktionalen Differenzierung. Die sind in der Tat erheblich, begründen aber keinen Expansionsdrang.

⁶ *Teubner, Globale Bukowina*, 1996, Internetfassung S. 8.

⁷ *Fischer-Lescano/Teubner, Regimekollisionen*, 2006, 48.

⁸ *Teubner, L'ouvert s'appuie sur le fermé: Offene Fragen zur Offenheit geschlossener Systeme*, *Journal für Sozialforschung* 31, 191, 287-291/289.

einem Funktionssystem haben. Da diese Funktionssysteme stärker globalisiert sind als das relativ schwache Weltrechtssystem, können sie die Rechtsregimes an sich binden und mit ihrer nichtrechtlichen Eigenlogik imprägnieren.

Die Schwäche des globalen Rechtssystems zeigt sich darin, dass es nicht im Stande ist, die verschiedenen Rechtsregimes zu koordinieren. Die alten rechtstheoretischen Konzepte – Stufenbau des Rechts, Gerichtshierarchie, öffentlich-rechtlich und privatrechtlich, national und international, Koordination durch das Völkerrecht – funktionieren nicht. Die Rechtsregimes haben sich von unterschiedlichen Ausgangspunkten her – also polyzentrisch – entwickelt, und sie stehen ohne Hierarchie »heterarchisch« nebeneinander. Im Weltrecht wird die Koordination nur durch »Interlegalität« erreicht. Gemeint ist,

»dass parallele Normensysteme unterschiedlicher Herkunft sich wechselseitig anregen, gegenseitig verbinden, ineinandergreifen und durchdringen, ohne zu einheitlichen Superordnungen zu verschmelzen, die ihre Teile absorbieren, sondern in ihrem Nebeneinander als heterarchische Gebilde dauerhaft bestehen, kurzum, dass Rechtspluralismus Realität ist.«⁹

Oder in einer Formulierung von *Fischer-Lescano* und *Teubner*:

»Bestimmte soziale Koordinationsmechanismen nichthierarchischer Natur – wechselseitige Beobachtung, antizipatorische Anpassung, Kooperation, Vertrauen, Selbstverpflichtung, Verlässlichkeit, Verhandlungen, dauerhafter Beziehungszusammenhang – bilden die übergreifende Ordnung der Regime-Vernetzung.«¹⁰

Die »Einheit« des neuen Weltrechts ist also keine inhaltliche. Das Weltrecht bildet kein System im Sinne der Rechtsdogmatik. Sein Zusammenhang ergibt sich nur daraus, dass es den binären Code des Rechts verwendet.

»Ein einheitliches Weltrecht reproduziert sich durch die Autopoiese von Rechtsoperationen, die ... letztlich alle auf die binäre Codierung von Recht/Unrecht ausgerichtet sind. Nur gründet sich die Einheit des Weltrechts nicht mehr strukturell wie im Nationalstaat auf gerichtshierarchisch abgesicherter Konsistenz des Normgefüges, sondern bloß noch prozessual auf den Verknüpfungsmodus der Rechtsoperationen, über den auch ganz heterogene Rechtsordnungen verbindliche Rechtsgeltung transferieren.«¹¹

Eine Einheitlichkeit des Weltrechts nach dem Vorbild nationaler Rechte wäre auch gar nicht wünschenswert, denn sie würde die Artenvielfalt des Rechts einschränken:

»Eine weltweite Rechteinheit würde ... eher zu einer Bedrohung für die Rechtskultur werden. Das zentrale Problem für die Evolution des Rechts wird sein, in einem weltweit vereinheitlichten Recht noch die Existenz einer ausreichenden Varietät von Rechtsquellen sicherzustellen. Man wird eventuell sogar bewußte politische Versuche erwarten können, Rechtsvariation einzurichten, beispielsweise auf regionaler Ebene.«¹²

Der politikwissenschaftliche Regimebegriff postuliert eine *proliferation of actors*. An der Rechtsbildung beteiligt sind nicht nur Staaten und internationale Organisationen, sondern, viel mehr als beim staatlichen Recht, auch private Akteure. Hier setzt die systemtheoretische Analyse einen besonderen Akzent. Neben den aus völkerrechtlicher Vereinbarung zwischen den Nationalstaaten gewachsenen Regimes bleibe »das gleichzeitige rapide Wachstum von nicht-staatlichen Privatregimes ... völlig unterbelichtet. Diese erzeug(t)en ein »global law without a

⁹ Marc Amstutz, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Christian Joerges/Gunther Teubner, Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, 2003, 213-237/213.

¹⁰ Fragmentierung des Weltrechts, Internetfassung S. 21.

¹¹ Fischer-Lescano/Teubner, Regimekollisionen, 2006, 42.

¹² Teubner, Globale Bukowina, 1996, 8.

state«, das überhaupt erst die Multidimensionalität des globalen Rechtspluralismus« begründe.¹³

»Die »transnationalen Gemeinschaften«, also die autonomen Gesellschaftsfragmente Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie, Massenmedien, Medizin, Erziehung, Transport, entwickeln einen enormen Normenbedarf, der aber nicht von nationalstaatlichen und zwischenstaatlichen Institutionen gedeckt wird. Stattdessen befriedigen sie im unmittelbaren Durchgriff auf das Recht diesen Bedarf selbst.«¹⁴

Diese These hatte *Teubner* schon 1996 vorgebracht und dafür die inzwischen sprichwörtliche Formel von der Global Bukowina geprägt.

Art und Umfang der gesellschaftlichen Selbstregulierung sind zunächst eine empirische Frage, zu deren Beantwortung die Systemtheorie als solche wenig beiträgt. Aber es gibt viele Untersuchungen, die einzelne Phänomene beschreiben, so dass man die Existenz gesellschaftsunmittelbarer Normierung gerade auch im transnationalen Bereich nicht in Abrede stellen kann. Schwierig bleibt die Einschätzung insoweit, als kaum brauchbare Vorstellungen über die Grundgesamtheit der transnationalen Interaktionen vorhanden sind. Ferner wäre zu fragen, ob die als autonome Privatregimes in Anspruch genommenen Regelungskomplexe wie die *lex mercatoria*, die *lex digitalis* oder die *lex sportiva* wirklich so privat sind. Die Frage wurde oben bereits verneint (§ 96 IV. 3).

Wichtiger ist zunächst ein anderer Gesichtspunkt. *Fischer-Lescano* und *Teubner* betonen, dass der Rechtscharakter der Privatregimes sich nicht schon daraus ergibt, dass irgendeine gesellschaftliche Instanz Normen oder Standards produziert, die dann auch beachtet werden. Das wäre bloßes *private ordering*, dem es noch an der spezifischen Eigenrationalität des Rechts fehlte.

»Selbst die Anwendung des binären Codes Recht/Unrecht bei der Beurteilung von Verhalten ... reicht nicht aus. Entscheidend ist die Institutionalisierung von Prozessen sekundärer Normierung.« (S. 42f.)

Zum Rechtsregime wird *private ordering* also erst dann, wenn intern ein Art Stufenbau vorhanden ist. Der kann in einer Satzung bestehen, die den Prozess der Regelbildung ordnet, oder in der Einrichtung einer Entscheidungsinstanz, die die Regeln im Streitfall in ihrer Geltung bestätigt, und natürlich kann auch beides zusammentreffen. In der Sprache der Systemtheorie formuliert:

»Erst wenn Einrichtungen geschaffen sind, die die Beobachtung erster Ordnung nach dem Code Recht/Unrecht systematisch einer Beobachtung zweiter Ordnung nach dem Rechtscode unterziehen, darf von der Existenz eines autonomen Rechts, ob mit oder ohne Staat, gesprochen werden.« (S. 43)

Es ist wohl richtig, dass die reflexive Institutionalisierung einen Qualitätssprung ausmacht. Reflexive Mechanismen, so hatte *Luhmann*¹⁵ einst erklärt, können zu einer erheblichen Leistungssteigerung führen. Ob man daran aber die Rechtseigenschaft aufhängt, bleibt eine Definitionsfrage (unten III V).

Das Ausgangsproblem war die Fragmentierung des Weltrechts. Das Ergebnis fassen *Fischer-Lescano* und *Teubner* so zusammen:

»Erst wenn man diese verschiedenen Annahmen – polyzentrische Globalisierung, eigenständiges Weltrechtssystem, dessen sektorielle Binnendifferenzierung, Etablierung politisch-regulatorischer Regimes, Emergenz zivilgesellschaftlicher Regimes, Trennung von Zentrum und Peripherie des

¹³ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regimekollisionen, 2006, 41.

¹⁴ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regimekollisionen, 2006, 42. Bemerkenswert an diesem Zitat ist der lockere Umgang mit dem Systembegriff. Systeme sind eigentlich keine »Gemeinschaften«, und sie sind auch nicht bloß »Gesellschaftsfragmente«. Technologie und Transport gehören überall nicht in den Katalog der gesellschaftlichen Funktionssysteme. Wie könnte ihr systemeigener Code lauten? »Funktioniert/funktioniert nicht« für die Technologie und »bin dann mal weg/bin noch hier« für den Transport?

¹⁵ [Reflexive Mechanismen](#), in: Soziologische Aufklärung 1, S. 116-142.

Weltrechts, Regime-Konstitutionalisierung – nachvollzieht, gewinnt man ein ausreichendes Verständnis der Rechtsfragmentierung. Durch seinen Bezug auf gesellschaftliche Widersprüche unterscheidet es sich von der Alltagssicht der Juristen, die nur durch das Fehlen einer Gerichtshierarchie bedingte Jurisdiktionskonflikte wahrnimmt, beträchtlich. Ebenso unterscheidet es sich von einer politikzentrierten Sicht als Policy-Konflikte.« (S. 56)

Das ist also das »neue Licht«, das die Systemtheorie über dem deskriptiven Befund der Fragmentierung des Weltrechts scheitern lässt. Die Ursachen liegen so tief, nämlich im Expansionsdrang der gesellschaftlichen Funktionssysteme, dass »Hoffnung auf eine normative Rechtseinheit im Weltmaßstab ... von vornherein vergeblich« ist (S. 24).

Aber dann gibt es doch noch einen kleinen Trost, nämlich die Vernetzung der Fragmente (S. 57ff.). Überall redet man heute von Netzwerken (o. § 56). Systemtheoretisch betrachtet bedeutet Vernetzung, »dass ein organisiertes Sozialsystem seine Umwelt auf besondere Weise beobachtet« (S. 60). Eigentlich gibt es für ein autopoietisch geschlossenes System nur zwei Wege, um mit seiner Umwelt zu verkehren, nämlich über strukturelle Kopplung und über informationelle Öffnung. Die Öffnungen lassen nur »Irritationen« herein. Immerhin werden diese als »produktive Missverständnisse«¹⁶ ein wenig aufgewertet. Für die strukturelle Kopplung werden »Bindungsinstitutionen« ausgemacht, die das Recht mit Subsystemen und formalen Organisationen anderer Bereiche verknüpfen und dadurch »Responsivität« erzeugen. *Fischer-Lescano* und *Teubner* benennen dazu die vielen Kontakte oder Vernetzungen zwischen den Akteuren des Weltrechts.

Die wichtigste Vernetzung läuft über das Rechtspersonal.¹⁷ Die Verwalter des neuen Weltrechts sind als Juristen in nationalen Rechtssystemen ausgebildet. Sie halten untereinander und zu ihren Heimatstaaten Kontakt. Rechtswissenschaftler, die sich mit dem neuen Weltrecht beschäftigen, tun das in der Regel nicht kritisch, sondern weltrechtsfreundlich. Unter ihnen gibt es einen lebhaften Austausch. Viele Gerichte haben inzwischen weltweit informale Beziehungen geknüpft. Sie beobachten sich wechselseitig und pflegen persönlichen Austausch unter der normativen Prämisse, dass sie sich einer globalen Herrschaft des Rechts verpflichtet fühlen.¹⁸ Doch letztlich bleibt es bei Heterarchie, Interlegalität und »loser Kopplung«. Und das ist wohl auch realistisch.

»Die Konsequenz heißt, hochgetriebene Ansprüche an den Umgang mit der Rechtsfragmentierung deutlich herunterzuschrauben, weil jene ihren Ursprung gar nicht im Recht, sondern in den gesellschaftlichen Umwelten hat. Das Recht ist nur ein Kollisionsmanagementinstrument unter vielen. Neben den rechtlichen (normativen) stehen ökonomische (utilitaristische), wissenschaftliche (informationelle) und politische Kollisionsmechanismen bereit, die Konflikte zu bearbeiten. Wenn die Konflikte nicht zu Wissenschaft, Politik, Wirtschaft etc. abgegeben werden, wird man sich – statt über rechtsbegriffliche, normative und institutionelle Hierarchien die Einheit des internationalen Rechts herzustellen – darauf beschränken müssen, eine bloße Kompatibilität der Rechtsfragmente anzustreben. Anstelle einer illusorischen Integration der differenzierten Weltgesellschaft kann das Recht allenfalls Schadensbegrenzung leisten. Denn mit Rechtsmitteln lassen sich die Widersprüche unterschiedlicher gesellschaftlicher Rationalitäten nicht versöhnen ... Realistisch besteht nur die Chance, selbsterstörerische Tendenzen der Rationalitätskollisionen durch ihre rechtliche

¹⁶ *Teubner*, Die zwei Gesichter des Janus, 1995, 197.

¹⁷ Dazu etwa *Paul Schiff Berman*, [Judges as Cosmopolitan Transnational Actors](#), *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 12, 2004, 101-112; *Sigrid Quack*: Legal Professionals and Transnational Law-Making: A Case of Distributed Agency, *Organization* 14, 2007, 643-666; ferner oben § 96 I. 3).

¹⁸ *Anne-Marie Slaughter*, *A New World Order*, Princeton, NJ, 2004. Der Monographie von 2004 sind Aufsätze vorausgegangen, die im Internet verfügbar sind: *A Typology of Transjudicial Communication*, *University of Richmond Law Review* 29, 1994, 99-137; dies., *Judicial Globalization*, *Virginia Journal of International Law*, 40, 2000, 1103-1124; dies., *A Global Community of Courts*; *Harvard International Law Journal* 44, 2003, 191-219; sowie für die internationalen Gerichte *Michael Nummer*, *Kooperation internationaler Gerichte. Lösung zwischengerichtlicher Konflikte durch herrschaftsfreien Diskurs*, 2009. Vgl. ferner *Aura María Cárdenas Paulsen*, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 2009.

»Formalisierung« einzudämmen. ... Aber selbst in diesem Fall ist das Recht nicht als übergeordnete Koordinationsinstanz tätig; es wäre schon viel, wenn es rechtsförmige Garantien wechselseitiger Autonomie gegen totalisierende Tendenzen und einseitige Überwältigungen der Gesellschaftsfragmente liefern könnte. Und gegenüber dem Gefährdungspotential gesellschaftlicher Fragmentierung wird sich das Recht auf die begrenzte Aufgabe zurückziehen müssen, Kompensationen für wechselseitige Schädigungen und Eindämmung von Schäden für die menschlichen und natürlichen Umwelten zu leisten.«¹⁹

Die Erwartungen an das Recht sind also gering. Aber das ist keine Besonderheit des neuen Weltrechts, sondern das gilt auch für die territorialen Rechtssysteme. So bestätigt die systemtheoretische Analyse des Globalisierungsprozesses am Ende, was 100 Jahre Rechtssoziologie für die nationalen Rechte herausgefunden hatte: Sie bilden nur ein Häutchen auf der Oberfläche der Gesellschaft.

2. *Sektorielle Differenzierung des globalen Rechts*

Die systemtheoretische Analyse behauptet für das neue Weltrecht, verglichen mit den Rechten territorialer Rechtsordnungen, eine neue Qualität. Es ist eine gängige Argumentationsstrategie, die Gegenposition, von der man seine Entdeckung abheben will, kontrastreich darzustellen. Man darf deshalb kritisch fragen, ob die Unterschiede wirklich so groß sind. Der Antwort kommt man näher, wenn man den Vergleich zwischen den traditionellen territorial begrenzten Rechtssystemen und den neuartigen Rechtsphänomenen der Globalisierung konsequent in den systemtheoretischen Rahmen stellt. Dieser Rahmen wird leicht verlassen, wenn nicht zwischen dem Weltrecht im engeren Sinne und einem Weltrecht im weiteren Sinne unterschieden wird. Das Weltrecht i. e. S. besteht aus der Menge der neuartigen globalen Rechtsbildungen. Das Weltrecht i. w. S. ist alles Recht der Weltgesellschaft unter Einschluss auch der territorialen Rechte der Staaten. Das Weltrecht i. e. S. ist das neue Weltrecht. Das Weltrecht i. w. S. ist das ganze Recht der Welt.

Systemtheoretisch geht es um die Frage nach der Reichweite des Weltrechts und nach seiner Binnenstruktur. Wenn wir von einem einzigen Weltrechtssystem ausgehen, dann umfasst es nicht bloß das neue, sondern das ganze Weltrecht. Die Binnenstruktur des Weltrechtssystems kann man unter dem Gesichtspunkt seiner Einheit oder unter dem Aspekt seiner Differenzierung betrachten. Die Einheit des Systems stützt sich auf seinen Recht/Unrecht-Code. Aber zum Systemcode gehören auch Programme, die die Zuteilung der Kommunikationen zu den Codewerten steuern. Und da scheint es an einem einheitlichen Programm für das ganze Weltrecht zu mangeln.

»Die Einheit des Weltrechts [gründet sich] nicht mehr strukturell wie im Nationalstaat auf gerichtshierarchisch abgesicherter Konsistenz des Normgefüges, sondern bloß noch prozessual auf den Verknüpfungsmodus der Rechtsoperationen.« (Fischer-Lescano/Teubner 2006, 34)

Das ist freilich keine Besonderheit des neuen Weltrechts. Auch für die nationalen Rechtssysteme gilt, dass sie ihre Einheit allein aus der Verknüpfung von Rechtsoperationen beziehen, die man prozessual nennen mag oder auch nicht. Die hierarchische Ordnung dagegen betrifft nur den Innenbereich der nationalen Systeme. Im Außenverhältnis, und damit auch im Verhältnis untereinander, gibt es keine Hierarchie. Der Zusammenhang zwischen den nationalen Rechtsordnungen ist also nicht stärker als derjenige zwischen den »thematisch-funktionalen« Rechtsregimes.

Es geht auch gar nicht um die innere Ordnung der nationalen Rechtssysteme, sondern um die Frage, wie sich diese in die Weltgesellschaft einfügen. Wenn insoweit Hierarchie als Differenzierungsmodus ausscheidet, bleiben vor allem die segmentäre Differenzierung. Sie bedeutet die Gliederung in prinzipiell gleiche Teilsysteme. Die Gliederung der Welt nach dem

¹⁹ Fischer-Lescano/Teubner, Fragmentierung des Weltrechts, 2007, Internetfassung S. 23.

Prinzip der Territorialität ist daher eine segmentäre. Offen bleibt, ob es sich dabei um eine primäre Differenzierung oder um eine Zweitudifferenzierung handelt.

Die Antwort gibt *Luhmann*: »Die Weltgesellschaft ist, soweit es um Systemdifferenzierung geht, durch einen Primat funktionaler Differenzierung gekennzeichnet.« (RdG 572) Daneben besteht »die segmentäre Zweitudifferenzierung des weltpolitischen Systems in »Staaten« (RdG 582). Das bedeutet, dass die Gliederung in nationale Rechte nicht länger eine primäre segmentäre Differenzierung bildet. Nach der Entstehung der funktional differenzierten Weltgesellschaft hat die territoriale Gliederung nur noch die Bedeutung einer segmentären Zweitudifferenzierung. Die nationalen Rechtssysteme sind nur noch Subsysteme des Weltrechts.

Quer dazu liegt eine andere Zweitudifferenzierung des Weltrechtssystems, die nur das neue Weltrecht erfasst, nämlich eine sektorielle Differenzierung nach Regelungskomplexen.

»Die Gesellschaftsfragmentierung schlägt in der Weise auf das Recht durch, dass eine erfolgsorientierte politische Regulierung unterschiedlich strukturierter Gesellschaftsbereiche eine Parzellierung von issue-spezifischen policy-Arenen erfordert, die sich ihrerseits stark juridifizieren. Damit wird die traditionelle Binnendifferenzierung nach dem Prinzip der Territorialität in relativ autonome nationale Rechtsordnungen überlagert von einem sektoriellen Differenzierungsprinzip: der Differenzierung des Weltrechts nach transnational einheitlichen Rechtsregimes, die ihre Außengrenzen nicht territorial, sondern issue-spezifisch definieren und einen globalen Geltungsanspruch erheben. Dabei ist zu betonen, dass es nicht darum geht, die alte Differenzierung in nationale Rechtsordnungen abzulösen. Niemand behauptet, dass der Nationalstaat in Prozessen der Globalisierung abgeschafft wird, auch wenn dies von Sympathisanten des Nationalstaates immer wieder unterstellt wird. Es geht nicht um Ersetzung einer Binnendifferenzierung durch die andere, sondern um die Überlagerung zweier unterschiedlicher Prinzipien: territorial-segmentäre und thematisch-funktionale Differenzierung.«²⁰

Ein »sektorielles Differenzierungsprinzip« gehört nicht zum vertrauten Katalog der Differenzierungsformen der Systemtheorie.²¹ Das sehen natürlich auch *Fischer-Lescano* und *Teubner*:

»Die Trias segmentärer, hierarchischer und funktionaler Differenzierung scheint hier nicht zu funktionieren. Weder sind die globalen Rechtsregimes als gleichartige Segmente anzusehen, noch sind sie untereinander hierarchisch aufgebaut, noch folgen sie den Kategorien der gesellschaftsweiten Funktionssysteme.« (2006:37)

Dass die Sektorenbildung für transnationale Rechtsregimes nicht der Einteilung der gesellschaftsweiten Funktionssysteme folgen soll, liegt nicht auf der Hand. Immerhin sprechen *Fischer-Lescano/Teubner* von einer »thematisch-funktionalen Differenzierung« (S. 37), und die Nähe etwa der *lex mercatoria* zum Wirtschaftssystem oder der *lex sportiva* zum System des Sports ist auffällig. Die Zuordnung ist nicht immer so klar. Aber es nicht zu übersehen, dass viele Rechtsregimes enge Bindungen zu einem Funktionssystem haben. Das gilt nicht nur für die Privatregimes, sondern auch für die meisten völkerrechtlich gestützten Regelungskomplexe. Nur so lässt es sich erklären, dass sich die »Bereichslogiken« in die Rechtsregimes hinein verlängern und zu Regime-Kollisionen führen.

Warum die globalen Rechtsregimes, anders als die nationalen Rechtssysteme, nicht als gleichartige Segmente angesehen werden könnten, wird von *Fischer-Lescano* und *Teubner* nicht begründet. Es handelt sich um prinzipiell gleichartige Strukturen, und das genau ist das Kriterium für segmentäre Differenzierung. Mit der Erfindung einer neuen Differenzierungsform ist nichts gewonnen. Die sektoriell genannte Differenzierung der Rechtsregimes kann man ohne

²⁰ *Fischer-Lescano/Teubner*, Fragmentierung des Weltrechts, 2007, Internetfassung S. 10; ähnlich dies., Regime-Kollisionen, 2006, 36.

²¹ *Luhmann* (Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 613) nennt vier solcher Formen: (1) Segmentäre Differenzierung; (2) Differenzierung nach Zentrum und Peripherie, (3) Stratifikatorische Differenzierung, (4) funktionale Differenzierung.

weiteres als eine segmentäre einordnen. Und zwar handelt es sich auch insoweit um eine Zweiftdifferenzierung. Denn die Regimes sind ihrerseits Subsysteme des Weltrechts: Die Regimes werden als Systeme behandelt: Sie verfügen intern über die Autonomie begründende Reflexivität ihrer Rechtsbildungsprozesse. Ihnen wird eine Eigenlogik zugeschrieben und sie gehen strukturelle Kopplungen ein. Man könnte allenfalls fragen, welchem Code die Rechtsregimes gehorchen, dem allgemeinen Rechtscode oder einem regimespezifischen? Zieht man hier wieder die Parallele zu den nationalen Rechtssystemen, ist die Antwort klar. So wie die territorial begrenzten Rechtssysteme nicht über einen territorial geprägten, sondern nur über den allgemeinen Rechtscode verfügen, beziehen die transnationalen Rechtsregimes ihre Systemidentität nicht aus einem themenspezifischen, sondern nur aus dem allgemeinen Rechtscode. Wie sich daneben die Bindung zwischen den Rechtsregimes und ihren Muttersystemen systemtheoretisch konstruieren lässt, steht auf einem anderen Blatt.

Wenn von autonomen Subsystemen der Gesellschaft die Rede ist, sind meistens die großen Funktionssysteme der Gesamtgesellschaft, also heute, der Weltgesellschaft, gemeint. Als Subsysteme werden aber auch Elemente angesprochen, mit denen eine sekundäre Differenzierung dieser Funktionssysteme beschrieben wird wie im politischen System (nach *Luhmann*) Politik i. e. S., Verwaltung und Publikum oder im Rechtssystem Justiz, Anwaltschaft und Rechtswissenschaft. Eigentlich müsste man von Subsubsystemen oder Subsystemen 2. Ordnung sprechen.

Bunt ist die Welt der Subsysteme wegen ihrer Diversität: *die* Wirtschaft oder *das* Recht, Staaten oder Verträge, Gerichte oder Unternehmen, politische Parteien oder Familien und vieles andere mehr werden als Subsysteme in Anspruch genommen. Die Buntheit resultiert zum ersten daraus, dass sich die Subsysteme auf verschiedenen Ebenen tummeln. Sie ist zum Zweiten das Resultat unterschiedlicher Differenzierungsprinzipien. Subsysteme können sowohl aus segmentärer wie aus funktionaler Differenzierung entstehen. Und zum dritten: Als Systemtypen kommen Funktionssysteme, Interaktionssysteme und Organisationssysteme in Betracht. .

Abstrakt fällt es nicht schwer, Subsysteme zu definieren. Es handelt sich, wie bei allen sozialen Systemen, um eine spezifische Verknüpfung von sozialen Strukturen, die soziale Ereignisse autonom, das heißt entsprechend ihren eigenen Regeln interpretiert und bearbeitet. Über einen eigenen Systemcode verfügen Subsysteme zweiter und niedrigerer Ordnung nicht. Sie nutzen den Systemcode des übergeordneten Funktionssystems, haben für dessen Zuteilung aber ihr eigenes Programm. Strukturen und Ereignisse können gleichzeitig mehreren Systemen angehören.

Konkret bleibt oft unklar, ob Systeme oder soziale Elemente ohne Systemeigenschaft gemeint sind. Wenn Elemente der Funktionssysteme benannt werden, ist die Rede von sozialen Bereichen, Organisationen, Institutionen, Netzwerken, Projekten, Diskursen, Regimes und anderen mehr. Wenn immer ein Element in systemtheoretischem Zusammenhang als autonom bezeichnet wird, dann ist vermutlich ein echtes System gemeint. Das gleiche gilt, wenn dem Element strukturelle Kopplungen zugeschrieben werden. Deshalb kann man davon ausgehen, dass die globalen Rechtsregimes, die von *Fischer-Lescano* und *Teubner* behandelt werden, Systemeigenschaft haben. Selbstverständlich ist das nicht; den Produktionsregimes hat *Teubner* die Systemeigenschaft abgesprochen.²²

Der Schubladendenker fragt sich, ob die Welt der Subsysteme irgendwie geordnet ist. Man könnte an eine pyramidenförmige Ordnung mit der Weltgesellschaft an der Spitze denken. Sie »zerfiele« dann in zwölf oder mehr Funktionssysteme (Subsysteme 1. Ordnung). Jedes Funktionssystem wiederum gliederte sich kaskadenförmig in Subsysteme 2., 3. ... n. Ordnung. Solchen Modellen begegnet man in betriebswirtschaftlich orientierten Organisationsanalysen. Die Antwort auf die Ausgangsfrage ist dennoch negativ: Die Subsysteme entwickeln sich »polyzentrisch« und »heterarchisch«.

Der Schubladendenker fragt weiter: Subsysteme sind Elemente eines Systems. Aber sind alle Elemente des Systems Subsysteme oder jedenfalls Elemente von Subsystemen? Oder umgekehrt: Gibt es in der Gesellschaft systemfreie (soziale) Elemente? Hier fällt die Antwort schwer.

Es ist offensichtlich, dass die globalen Rechtsregimes untereinander nicht hierarchisch verknüpft sind. Daraus folgt indessen nicht, dass sie nicht intern hierarchisch strukturiert wären. Zum politikwissenschaftlichen Regimebegriff gehört die *proliferation of tribunals*: Ein Regime geht typisch mit ausformulierten Regeln und Verfahren einher. Oft gehört zu den Verfahren auch eine gerichtsähnliche Instanz. Tatsächlich ergibt auch die systemtheoretische Detailanalyse der diversen Rechtsregimes, dass diese intern hierarchisch aufgebaut sind. Daraus wird sogar ein besonderes Thema, nämlich die Selbstkonstitutionalisierung der Rechtsregimes. Ein hierarchischer Aufbau im engeren Sinne wäre nicht einmal notwendig, wenn nur eine einzige Letztentscheidungsinstanz besteht, wie es bei den privaten Regimes der Fall ist, wenn die

²² Eigensinnige Produktionsregimes, Soziale Systeme 5, 1999, 7-26, Internetfassung S. 2.

Normierungen nur eine Schiedsgerichtsklausel enthalten.²³ Daher spricht die Existenz von 125 gerichtsähnlichen Entscheidungsinstanzen für das neue Weltrecht ebenso wenig gegen die Einheit des Weltrechtssystems wie die Existenz von 196 Staaten mit eigenen Rechtssystemen.

Es bleibt die Frage, wie diese Rechtsregimes koordiniert sind, wenn nicht hierarchisch. Die Antwort von *Fischer-Lescano* und *Teubner* heißt: Heterarchisch durch Interlegalität. Aber im Grunde ist die Frage falsch gestellt, jedenfalls, wenn man die territoriale und die sektorielle Differenzierung parallel betrachtet. Dann wäre die Analogie zur nationalstaatlichen Hierarchie innerhalb der einzelnen Regimes zu suchen. Die Koordination zwischen den transnationalen Rechtsregimes liegt dann auf der gleichen Ebene wie diejenige zwischen den nationalen Rechtssystemen. Daher passt die Antwort »heterarchisch durch Interlegalität« auf beide.

Die Parallelisierung von transnationalen Rechtsregimes und territorialen Rechtssystemen lässt sich weiterführen. Der sachliche Beitrag der Systemtheorie zur Beobachtung der Globalisierung des Rechts liegt darin, dass die Fragmentierung des Rechts aus dem Gegeneinander der gesellschaftlichen Funktionssysteme erklärt wird. Aber das ist im Vergleich mit den territorialen Rechtssystemen keine Besonderheit. Die Funktionssysteme nehmen auf territoriale Grenzen keine Rücksicht, und so leiden die nationalen oder territorialen Rechte unter deren »Expansionsdrang« und ihren konkurrierenden »Eigenrationalitäten« nicht weniger als die transnationalen Rechtsregimes. Tatsächlich hatte *Teubner* auch innerhalb der nationalen Rechtssysteme eine der Fragmentierung des globalen Rechts entsprechende »Polykontextualität« ausgemacht.

»Der Ultrazyklus zwischen dem Recht und den gesellschaftlichen Teilsystemen »führt dazu, daß das Recht sich immer stärker pluralisiert und fragmentiert, weil es sich in gesellschaftliche Abhängigkeiten begibt, seine dogmatische und konzeptuelle Einheit zugunsten einer ›postmodernen‹ Vielheit der Rechtsdiskurse aufgibt.«²⁴

Wenn die nationalen Rechte die Folgeprobleme besser im Griff haben, so liegt das weniger an ihrer hierarchischen Binnenstruktur, sondern eher an ihrer Allzuständigkeit, daran, dass sie, anders als die transnationalen Rechtsregimes, nicht thematisch begrenzt sind.

Das Auftauchen autonomer Privatregimes, so erfahren wir, führe zum »Zusammenbruch der klassischen Rechtsnormenhierarchien« (*Fischer-Lescano/Teubner* 2006:48). Das ist eine rhetorische Dramatisierung. Im Weltrecht hat es bisher keine »klassische Rechtsnormenhierarchie« gegeben, die zusammenbrechen könnte, und die Hierarchien der nationalen Rechte werden durch das neue Weltrecht nicht unmittelbar tangiert. Aber natürlich kann man fragen, wie die Funktion der Hierarchie im Weltrecht ausgefüllt wird.

»Was aber tritt an die Stelle einer Rechtsnormenhierarchie? – die Differenz Zentrum /Peripherie. Während im Zentrum des Rechts die Gerichte stehen, setzt sich die Peripherie autonomer Rechtsregimes aus politischen, ökonomischen, organisationalen religiösen Normierungskomplexen zusammen, die an der Grenze des Rechts zu autonomen Gesellschaftssektoren stehen, dennoch aber integraler Bestandteil des Rechtssystems selbst sind. Wieder ist es die Fragmentierung der Weltgesellschaft, die neue Bruchlinien, nun zwischen dem Rechtszentrum, der Rechtsperipherie und den gesellschaftlichen Umwelten des Rechts erzeugt. An den Kontaktstellen der Rechtsperipherie zu den autonomen Gesellschaftssektoren formieren sich plurale Rechtsbildungsmechanismen: standardisierte Verträge, Vereinbarungen professioneller Verbände, Routinen formaler Organisation, technische und wissenschaftliche Standardisierungen, habituelle Normalisierungen, informelle Konsense von NGOs, Medien und gesellschaftlichen Öffentlichkeiten.« (S. 48)

Die Differenzierung zwischen Zentrum und Peripherie bezieht sich nicht auf die Beziehung von Elementen eines Systems untereinander, sondern auf deren Stellung im System. Gerichte haben eine zentrale Stellung im Rechtssystem ähnlich wie Krankenhäuser im Gesundheitssystem

²³ *Teubner* beschreibt etwa die innere Struktur der Codes of Conduct transnationaler Unternehmen als hierarchisch (Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 14).

²⁴ Verrechtlichung – ein ultrazyklisches Geschehen, 1997; 25.

oder Universitäten im Wissenschaftssystem. Im Weltrecht, so verstehe ich das letzte Zitat, rücken die Gerichte aus dem Zentrum des Systems an die Peripherie. Welche Gerichte, die nationalen Gerichte oder die Entscheidungsinstanzen der transnationalen Rechtsregimes? Eigentlich können nur die letzteren gemeint sein, denn die nationalen Gerichte sind definitionsgemäß weit von den »pluralen Rechtsbildungsmechanismen« des transnationalen Rechts entfernt, gehören sie doch einer anderen Systemkategorie an. So verstanden ist die Aussage nicht besonders aufregend. Dass es auf der globalen Ebene an einer übergreifenden Gerichtshierarchie fehlt, wird niemand in Abrede stellen. Allerdings ist der Kontrast zur territorialen Ebene nicht so stark, wie er rhetorisch aufgebaut worden ist. Auch im Nationalstaat gibt es all die Phänomene, die *Fischer-Lescano* und *Teubner* »an den Kontaktstellen der Rechtsperipherie« ausgemacht haben, wenn auch vielleicht nicht in der gleichen Intensität.

Richtig und wichtig ist an der systemtheoretischen Konzeption die Beobachtung, dass transnationales Recht sich weitgehend themenspezifisch entwickelt hat. Aber eine besondere Kollisionsanfälligkeit des neuen Weltrechts folgt allein daraus nicht. Die Kollisionsneigung soll vielmehr aus der Nähe der transnationalen Rechtsregimes zu den gesellschaftlichen Funktionssystemen resultieren. Die Tatsache solcher Affinität muss man wohl akzeptieren. Doch wo sind die Konflikte?

3. Der Schauplatz der Regime-Kollisionen

Die von den Funktionssystemen der Gesellschaft geprägten Konfliktlagen spiegeln sich im Rechtssystem als »Regime-Kollisionen«. Wo konkret kommen die Konflikte an die Oberfläche? Wo werden sie ausgetragen? *Fischer-Lescano* und *Teubner* (2006) geben im zweiten Teil ihres Buches sechs Beispiele, die sie ausführlich und anschaulich darstellen. Das geschieht allerdings nicht mit dem Ziel einer soziologischen Analyse, sondern um (normative) Vorschläge für ein Kollisionsrecht zu machen, dass den Anforderungen des Weltrechtssystems Rechnung trägt. Vom Inhalt her sind diese Vorschläge beachtlich. An wen sie sich richten und wie sie sich durchsetzen sollen, bleibt dagegen vage:

»Die verbindliche Letztentscheidung wird ersetzt durch die Vielheit von Beobachtungspositionen in der Gesellschaft, die sich wechselseitig rekonstruieren, aneinander anschließen, beeinflussen, beschränken, kontrollieren, zu Neuerungen provozieren, aber eben nicht gemeinsam kollektive Entscheidungen über substantielle Normen fällen.« (S. 66)

Man fragt sich, ob der (system-)theoretische Aufwand dafür notwendig war. Immerhin verhilft er dazu, die auftretenden Kollisionslagen aus drei verschiedenen Perspektiven (»Lesarten«) zu betrachten. Die erste Perspektive ist die juristische, die zweite die politische und die dritte betrifft den »Rationalitätenkonflikt«. Zu kurz kommt dabei, obwohl immer wieder erwähnt, der gesellschaftliche Druck durch die Akteure der Zivilgesellschaft und die Medien. Zu kurz kommt aber auch die »Eigenrationalität« der Nationalstaaten.

Der äußere Schauplatz der Konflikte zeigt sich aus der juristischen oder der politischen Perspektive. Rechtssoziologie setzt am besten bei der juristischen Perspektive an. Sonst läuft sie Gefahr, zur Politikwissenschaft zu werden.

Die Rede von den »Regime-Kollisionen« ist insofern irreführend, als die vielen transnationalen Rechtsregimes nur selten untereinander in Konflikt geraten. Beispiele für Kollisionen zwischen Privatregimes untereinander sind nicht zu finden. Die Privatregimes geraten am ehesten mit nationalen Rechten in Konflikt. Aus einer Pressemeldung vom 18. 2. 2008:

»Der Weltfußballverband Fifa hat Spanien mit dem Ausschluss von der Europameisterschaft und der Champions League gedroht. Wenn die Madrider Regierung ihre Einflussnahme auf den Fußball nicht stoppe, werde der spanische Verband RFEF aus dem Weltverband ausgeschlossen, sagte Fifa-Präsident Joseph Blatter in der spanischen Hauptstadt. Dies hätte zur Folge, dass Spanien nicht an

der EM in Österreich und der Schweiz teilnehmen könnte und die spanischen Vereine aus der Champions League und dem Uefa-Pokal ausgeschlossen würden.

Der Anlass der Drohung Blatters ist eine Anordnung der spanischen Regierung, wonach alle Sportverbände, die sich nicht für die Olympischen Spiele in Peking qualifiziert haben, vor dem Sommer eine neue Führung wählen sollen. Dies gilt auch für den Fußballverband. Die Fifa könne notfalls innerhalb von sechs Stunden den Ausschluss Spaniens beschließen, warnte Blatter. »Wir haben da mehr Macht als die Vereinten Nationen.«

Der wichtigste Austragungsort sind nach wie vor die Gerichte der territorialen Rechtssysteme, zu denen inzwischen auch die EU zählt. Wenn es hart auf hart geht, müssen sich die Privatregimes dem offiziellen Recht beugen. So hat der Europäische Gerichtshof durch sein Bosman-Urteil²⁵ das Transfersystem des Profifußballs und sog. Ausländerklauseln wegen Unvereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsgrundrecht gekippt. Bemerkenswert ist daran, dass der Konflikt nicht auf die »Eigenlogik« des Sportsystems zurückgeht, sondern erst die Ökonomisierung des Sportbetriebs Kollisionen mit Grundrechten und auch mit dem Wettbewerbsrecht auslöst.

Ein Beispiel, in dem ein Nationalstaat, unterstützt von gesellschaftlichen Gruppen sich im Interesse des Gesundheitssystems gegen das Wirtschaftssystem stark gemacht hat, bildet der Fall *Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer*.

Die weltweite Aids-Epidemie traf in den 1990er Jahren besonders die Entwicklungsländer, weil sie keine wirksame Prävention organisieren konnten und die von den großen Pharmakonzernen angebotenen Medikamente für die Erkrankten unerschwinglich waren.²⁶ In *Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer* machten die Kläger geltend, dass die Beklagten die Preise übermäßig hoch angesetzt hätten, so dass den Kranken der Zugang zu diesen Medikamenten verschlossen sei. Gefordert wurde ein Verbot überhöhter Preise, die Feststellung, dass alle Kranken, die wegen der hohen Preise keine Medikamente erhalten konnten, Schadensersatzansprüche hätten, und die Festsetzung einer Strafe gegen die Unternehmen. Am Ende einigten sich die Parteien über die Erteilung einer Produktionslizenz an südafrikanische Unternehmen.

Häufig wählen zivilgesellschaftliche Gruppen nationale Gerichte, um das Wirtschaftssystem zurückzudrängen, und nicht selten sind sie dabei erfolgreich, so auch im *Neem-Baum Fall*.

Ein Netzwerk von NGOs aus Indien, Europa und Nordamerika klagte erfolgreich gegen den amerikanischen Chemiekonzern W. R. Grace und das US-Landwirtschaftsministerium wegen »Biopiraterie«. Das Patent des Schädlingsbekämpfungsmittels aus dem Öl von Samen des indischen Neem-Baums wurde schließlich durch das Europäische Patentamt in München wegen fehlender Neuheit widerrufen. Das allerdings nicht, weil ein aus Indien als Zeuge herbeigerufener Bauer das Gericht davon überzeugt hätte, dass das patentierte Verfahren zum traditionellen Wissen seiner Landsleute gehörte, und auch nicht, weil dem Chemiekonzern »Biopiraterie« und »intellektueller Kolonialismus« vorgeworfen wurde. Das Gericht stützte sich vielmehr auf die Aussage eines indischen Fabrikanten, dessen Firma seit 1995 dasselbe Produkt in einem ähnlichen Verfahren in Indien herstellte.²⁷

Wenn der weltweite Patentschutz angestammte Kulturtechniken in die Illegalität abdrängt, ist der »Rationalitätenkonflikt« nicht so einfach zu erkennen. Daher haben *Teubner* und *Korth* noch eine extrasystemische zweite Fragmentierung des Weltrechts eingeführt, nämlich diejenige »zwischen dem formalen Recht der Moderne und den gesellschaftlich eingebetteten Rechtsordnungen indigener Gesellschaften«.

Konflikte entstehen auch zwischen den völkerrechtlich installierten Regimes auf der einen Seite und Staaten oder – in dem folgenden Beispiel – der EU auf der anderen.

1998 entschied das WTO-Berufungsgremium über die Klage der USA gegen das EU-Importverbot für hormonbehandelte Rindfleischprodukte und setzte der EU ein als Ultimatum, um seine Märkte für hormonbehandeltes Fleisch zu öffnen. Gegen diesen Schiedsspruch protestierten eine Reihe von NGOs (die Nord-Süd-politische Initiative, Germanwatch, das Agrarbündnis, ein Zusammenschluss von 20 Organisationen aus

²⁵ EUGH Urteil vom 15. 12. 1995 – RS. C-415/93, NJW 1996, 505.

²⁶ *Belinda Beresford, The Price of Life. Hazel Tau and Others vs GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim: A Report on the Excessive Pricing Complaint to South's Africa's Competition Commission, 2003.*

²⁷ *Shalini Randeria, Transnationalisierung des Rechts.* Zur Rolle zivilgesellschaftlicher Akteure, WZB-Mitteilungen Heft 101, September 2003, 19-22.

Landwirtschaft, Umwelt-, Natur- und Tierschutz sowie Verbraucher- und Entwicklungspolitik, und das Forum Umwelt & Entwicklung, die Arbeitsplattform von über 40 deutschen Verbänden und Organisationen aus den Bereichen Umwelt und Entwicklung). Sie wiesen auf den dringenden Reformbedarf der WTO hin und forderten die EU-Kommission und den EU-Agrarministerrat auf, das Importverbot auf keinen Fall aufzuheben. Stattdessen solle die EU notfalls Ausgleichszahlungen an die USA in Kauf nehmen und auf eine Reform der WTO-Verträge drängen. Tatsächlich ist die EU dem Schiedsspruch der WTO nicht nachgekommen und wird daher seitdem von den USA legal mit Handelssanktionen belegt. Nunmehr behauptet die EU, mit einer neuen Richtlinie über das Verbot der Verwendung bestimmter Stoffe mit hormonaler bzw. thyreostatischer Wirkung in der tierischen Erzeugung sowohl die Risikobewertung als auch die wissenschaftlichen Nachweise erbracht zu haben, so dass die Strafzölle von den USA und Kanada aufgehoben werden müssten, was wiederum von den USA und Kanada bestritten wird. Die EU hat daher ihrerseits eine Überprüfung ihrer Richtlinie durch die WTO beantragt.

Eine Konfliktlage dieser Art behandeln *Fischer-Lescano* und *Teubner* mit dem Streit, den 1997 ein neues Patentgesetz in Brasilien auslöste, indem es die Produktion von Nachahmermedikamenten (sog. Generika) erlaubte unter der Voraussetzung, dass die Gesundheit der Bevölkerung durch eine Epidemie bedroht und die Preise der Medikamente auf dem Weltmarkt zu hoch seien. Juristisch beteiligt waren hier amerikanische Pharmakonzerne als Patentinhaber und die USA, die sich völkerrechtlich auf das Patentrechtsregime der WTO berief. Auf dieser völkerrechtlichen Ebene wurde der Streit am Ende durch Ausnahme- und Auslegungsregeln zum TRIPS-Abkommen beigelegt, die Entwicklungsländern in größerem Umfang gestatten, Zwangslizenzen anzuordnen und Generika in Entwicklungsländer ohne eigene Produktionsstätten zu exportieren. Auch hier fällt es nicht schwer, Wirtschaft und Gesundheit als »konfligierende Rationalitäten« zu identifizieren. *Fischer-Lescano* und *Teubner* fassen ihre Analyse zusammen:

»Insgesamt zeigen die Maßnahmen, dass das wirtschaftlich geprägte WTO-Regime über die Integration eines gesundheitsbezogenen Prinzips einer Limitierung der eigenen Logik intern zu reformulieren beginnt. Dies stellt einen Kompatibilisierungsmodus dar, der es dem Entscheidungssystem erlaubt, innerhalb der eigenen wirtschaftsrationalen Perspektive eine responsive Außenbeziehung aufzubauen und externe Rationalitäten als Rahmenbedingungen der eigenen Logik zu rekonstruieren. Über einen solchen Re-entry kollidierenden Rechts ins eigene Recht können Systemkollisionen in die quaestio juris übersetzt werden ...« (2006:86)

Das ist eine elaborierte Beschreibung der Vorgänge, die die eigentlich interessante Frage ausspart: Warum ist hier der Einbau von Gemeinwohlüberlegungen gelungen, die an vielen Stellen des neuen Weltrechts so sehr vermisst werden? Die Richtung, in der die Antwort zu suchen ist, soll die Figur der Konstitutionalisierung weisen.

IV. Konstitutionalisierung

Literatur: *Andreas Fischer-Lescano*, Globalverfassung, Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, 2005; ders., Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte, Zeitschrift für Rechtssoziologie 23, 2002, 217-249; *Dieter Grimm*, Gesellschaftlicher Konstitutionalismus: Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?, in: *Matthias Herdegen* u. a. (Hg.), Staatsrecht und Politik, Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, 2009, 67-81; *Anne Peters*, Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse, Zeitschrift für öffentliches Recht, 2010, 3-63; *Gunther Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 63, 2003, 1-28; ders., Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung »privater« und »staatlicher« Corporate Codes of Conduct, in: *Stefan Grundmann* u. a., Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus Hopt, 2010, 1449-1470; ders., [Verfassungen ohne Staat?](#) Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes, in: *Klaus Günther/Stefan Kadelbach* (Hg.), Recht ohne Staat 2011.

Juristisch redet man von der Konstitutionalisierung der Rechtsordnung im Hinblick auf den Vorrang der Verfassung gegenüber allem einfachen Recht, der sich insbesondere in der Drittwirkung der Grundrechte äußert.²⁸ Dabei bleibt die Verfassung im Staat. Inzwischen gibt es eine breite Diskussion über Idee, Möglichkeit und Realität einer vom Nationalstaat abgelösten

²⁸ *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 413 ff.

Konstitutionalisierung. Voraussetzung wäre eine Globalverfassung. Moderne Staatsverfassungen haben sich, beginnend mit der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung und der französischen Revolution zur äußeren Befestigung der Souveränität und zur inneren Abwehr absolutistischer Macht herausgebildet. Ihr Rezept war und ist die Festschreibung von Menschen- und Bürgerrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Unter dem Titel eines transnationalen Konstitutionalismus wird heute die »Neue Verfassungsfrage« gestellt, die Frage, ob und wie die Weltgesellschaft sich selbst mit rechtlichen Mitteln Zügel anlegen kann, die vor Menschenrechtsverletzungen im weitesten Sinne schützen.

Wogegen die Globalverfassung schützen soll, ist eigentlich am wenigstens umstritten. Menschenrechte sind im globalen Kontext in die dritte Dimension gewachsen und stehen hier für alle wichtigen Aspekte des Gemeinwohls. Da es die Globalverfassung mehr Wunsch als Wirklichkeit ist, kann man alles Gute und Schöne auf die Wunschliste schreiben.

Seit 2012 erscheint im Verlag Cambridge University Press eine neue Zeitschrift mit dem Titel »Global Constitutionalism«. Auf der Homepage heißt es:

»Constitutionalism is understood here not as the study of a legal document, but as a reference frame for interdisciplinary research with a particular focus. Constitutionalism in a wide sense is associated with the study of the constitutive elements of legal and political practice that are central for the assessment of its legality or legitimacy. Constitutionalism does not presuppose the existence of a written constitution. It merely presupposes the interplay between social and institutional practices in which claims to legality and, therefore, legitimate authority, and democracy are central. Constitutionalism analyses the role of fundamental norms, the type of actors, and the institutions and procedures through which legal and political decisions are made. In a more narrow modern sense constitutionalism focuses on the basic ideas relating to justice (such as human rights), procedural fairness and participation (e.g. democracy) and the rule of law as they relate to institutional practices and policies in and beyond the state.«

Problematisch ist der Status der Konstitutionalisierung: Handelt es sich um ein Projekt des Völkerrechts, um eine autonome gesellschaftliche Entwicklung oder um eine gesellschaftliche Utopie im Sinne des kosmopolitischen Projekts? Das kosmopolitische Projekt verlangt – selbstverständlich – nach einer Globalverfassung, gehört aber wohl in den Bereich der Utopie. Der Konstitutionalismus nimmt jedoch für sich in Anspruch, dass er mehr vorzuzeigen hat.

1. Konstitutionalisierung des Völkerrechts

Relativ deutlich zeichnet sich der Konstitutionalismus als Projekt des Völkerrechts ab. Dort geht es bei der Konstitutionalisierung darum, durch rechtsstaatsanaloge Strukturen staatsgleiche Legitimität zu schaffen. Bei *Anne Peters* (S. 12) ist zu lesen:

»Somit ist globales Verfassungsrecht eine Untermenge von internationalen Regeln und Prinzipien, die so wichtig sind, dass sie die Bezeichnung »konstitutionell« oder verfassungsartig verdienen.«

Das Ziel besteht letztlich darin, eine Hierarchie von Völkerrechtsnormen zu gewinnen, die es gestattet »einfaches« Völkerrecht und nationales Recht an übergeordneten Grundsätzen zu messen. Der aktuelle Bestand des Völkerrechts gibt dafür einiges her. Die Grundprobleme des Völkerrechts bleiben aber auch hier bestehen, nämlich seine Fragmentierung und seine Durchsetzungsschwäche.

Dabei ist auf die Wortwahl zu achten. Eine Globalverfassung, die diesen Namen verdient, ist nicht in Sicht. Daher redet man von nicht von Konstitution, sondern (nur) von Konstitutionalismus als einem Suchvorgang und von Konstitutionalisierung als dem Prozess, in dem sich eine Globalverfassung herausbilden könnte. zwar nunmehr nicht bloß beschreibend, sondern kritisch. Schon dagegen werden Bedenken erhoben, weil dieser Begriff durch »Errungenschaften« der klassischen Staatsverfassungen ausgefüllt werde, die im Weltrecht nirgends anzutreffen seien (*Grimm; von Bogdandy/Sergio Dellavalle*). Gegen die Verwendung der prozesshaften Ableitungen »Konstitutionalismus« und »Konstitutionalisierung« kann sich aber wohl nicht mehr wehren. Anders liegt es mit der Verwendung des Verfassungsbegriffs, mit dem unlösbar die Konnotation der Staatsverfassung einhergeht, die nicht nur Verwirrung stiftet, sondern auch einen ungerechtfertigten Legitimationstransfer bewirkt.²⁹ Peters will dessen Verwendung durch

²⁹ Insofern kritisch auch *Armin von Bogdandy/Sergio Dellavalle*, Die Lex mercatoria der Systemtheorie, in: *Gralf-Peter Callies* u. a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz*, Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin 2009, S.

Hinweis auf *Alfred Verdross* und sein Buch »Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung« (1923) rechtfertigen. Aber die naturrechtlich gefärbte Geltungstheorie von *Verdross*, der eine völkerrechtliche Grundnorm postulierte, hat sich nicht durchgesetzt, und deshalb ist auch die Rede von einer Völkerrechtsverfassung nicht gerechtfertigt.

Anders liegen die Dinge für die Europäische Union. Europa ist vor und außerhalb der allgemeinen Globalisierung zu einem supranationalen Gebilde geworden, das sich einem föderalen Staat jedenfalls soweit angenähert hat, dass man hier die Verfassungsfrage aufwerfen mag. So hat *Ingolf Pernice* in Anlehnung an den von *Habermas* geprägten Begriff der »postnationalen Konstellation«³⁰ für das zusammenwachsende Europa eine »postnationale Verfassungstheorie« vorgeschlagen.

Was Konstitutionalisierung des Völkerrechts erscheint, ist zu einem erheblichen, ja zu einem größeren Teil eine Metakonstitutionalisierung der Staatsverfassungen. So ist die Menschenrechtsscharta der UNO in erster Linie ein Aufruf an die Staaten, mit ihren Mitteln für die Gewährleistung der Menschenrechte zu sorgen. Das geschieht im Großen und Ganzen jedenfalls so wirkungsvoll, dass rhetorischer Widerstand zur Ausnahme geworden ist. Nur selten noch wenden Kritiker ein, hier gehe es um die Universalisierung westlicher Wert- und Rechtsvorstellungen.

Man sollte erwarten, dass das Völkerrecht auch oder gar in erster Linie die internationalen Beziehungen und die Operation der IGOs im Sinne einer Konstitutionalisierung ordnet. Bislang sind insoweit aber noch viele Staatsverfassungen und – im folgenden Beispiel – die Rechtsgrundlagen Europas – überlegen.

In dem vor dem EUGH verhandelten *Fall Kadi und Al Barakaat* ging es um völkerrechtlich angeordnete Sanktionen zur Bekämpfung des Terrorismus: Resolutionen des Sicherheitsrats verpflichteten alle Mitgliedstaaten der UNO, Gelder und andere Vermögenswerte einzufrieren, die unmittelbar oder mittelbar von Personen oder Organisationen kontrolliert werden, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk oder den Taliban in Verbindung stehen. Um diese Resolutionen in der EU umzusetzen, erließ der Rat eine Verordnung, mit der das Einfrieren der Gelder und anderen Vermögenswerte von Personen und Organisationen angeordnet wurde, deren Namen in einer Liste im Anhang dieser Verordnung aufgeführt waren. Yassin Abdullah Kadi mit Wohnsitz in Saudi-Arabien wurde vom Sanktionsausschuss des Sicherheitsrats der UNO als mit Osama bin Laden und dem Al-Qaida-Netzwerk in Verbindung stehende Person benannt. Daher wurde sein Name am 2001 in die in der Unionsverordnung enthaltene Liste aufgenommen. 2005 entschied die 1. Instanz des EUGH zunächst, dass die europäischen Verordnungen zur Umsetzung der Maßnahmen des UNO-Sicherheitsrats im Wesentlichen nicht justiziabel seien. Diese Entscheidung hob der EUG 2008 auf, weil die Unionsgerichte eine grundsätzlich umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Union gewährleisten müssten, und zwar auch solcher Handlungen, mit denen Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen umgesetzt werden. Daher entschied er, dass die Verpflichtungen aus einer internationalen Übereinkunft nicht den Grundsatz beeinträchtigen dürfen, dass bei den Handlungen der Union die Grundrechte beachtet werden müssen. Infolgedessen erklärte er die Verordnung, mit der der Name Kadis in die fragliche Liste aufgenommen worden war, für nichtig, weil diese Verordnung mehrere Grundrechte verletzte, die Kadi nach dem Unionsrecht zustehen (Verteidigungsrechte, Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz). Kadi waren nämlich keine der ihm zur Last gelegten Umstände, nicht einmal die Gründe für seine Aufnahme in die Liste, mitgeteilt worden. Das Gericht hielt allerdings die verhängten Sperrmaßnahmen vorläufig aufrecht, um damit Kadi rechtliches Gehör gegeben werden könne. Das daraufhin von der Kommission gewährte Gehör hielt das Gericht jedoch nicht für ausreichend, so dass es die erneute Aufnahme Kadi in die Liste 2010 für definitiv nichtig erklärte. Die dagegen von der Kommission und einigen Mitgliedsstaaten eingelegte Berufung wurde 2013 zurückgewiesen (Verbundene Rechtssachen C-584/10 P, C-593/10 P und C-595/10 P; zur Diskussion z. B. *Gráinne de Búrca*, *The EU, the European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, *Harvard International Law Review* 51, 2010, 1-49; *N. Türküler Isiksel*, *Fundamental Rights in the EU After Kadi and Al Barakaat*, *European Law Journal* 16, 2010, 551-577).

2. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus

In vielen Texten *Teubners* und seiner Schule ist von Konstitutionalisierung, Selbstkonstitutionalisierung, Zivilverfassungen oder von »Verfassung ohne Staat« die Rede. Dahinter steckt

695-715/714; *Dieter Grimm*, Gesellschaftlicher Konstitutionalismus: Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?, in: *Matthias Herdegen* u. a. (Hg.), *Staatsrecht und Politik*, Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 67-81.

³⁰ *Ingolf Pernice*, [Europäisches und nationales Verfassungsrecht](#), Vortrag, 2004.

die These von der Ablösung staatszentrierter Verfassungen durch die Konstitutionalisierung einer Vielheit von autonomen weltgesellschaftlichen Teilsystemen. Sie knüpft an die Redeweise des Völkerrechts und der Politikwissenschaft an, wenn dort von der Konstitutionalisierung globaler Rechtsphänomene gesprochen wird. Teubner (2003) bezieht sich zusätzlich auf den amerikanischen Soziologen David Sciulli, der ein Konzept eines »societal constitutionalism« entwickelt hatte. Der Vorgang, der von der Systemtheorie als Selbskonstitutionalisierung beschrieben wird, hat eine strukturelle, eine funktionale und eine empirische Seite. Unter dem Gesichtspunkt der Strukturbildung werden als »verfassungstypische Merkmale« doppelte Reflexivität und »binäre Metacodierung« verlangt. Als verfassungstypische Funktionen einer Selbskonstitutionalisierung werden Autonomiebildung und Selbstbeschränkung gegen sozialschädliche Tendenzen genannt.³¹ Empirisch werden »Lernpressionen« angeführt, die die Selbstkonstitutionalisierung vorantreiben.

3. Zur strukturellen Seite der Konstitutionalisierung:

Strukturell ist Selbskonstitutionalisierung mehr als Verrechtlichung.³² Unterschieden werden drei Stufen der Rechtsbildung:³³

- Bloße Regelbildung für Verhalten und/oder Konfliktregelung (*private ordering*).
- Systembildung durch doppelte Reflexivität oder Hyperzyklus: Es gibt sekundäre Normen, welche die Identifizierung sowie Kompetenz und Verfahren zum Erlass von primären Normen regeln.³⁴
- Konstitutionalisierung durch strukturelle Verknüpfung verschiedener Systeme und binäre Meta-Codierung.

Der Umschlag von bloßer Regelbildung (*private ordering*) zum Recht erfolgt mit dem Vorgang, den Teubner früher³⁵ als Hyperzyklus vorstellt hatte. In neueren Veröffentlichungen spricht er schlichter von sekundärer Normierung. Gemeint ist, dass ein sozialer Bereich nicht bloß über Regeln zur Verhaltenssteuerung verfügt, sondern Kriterien entwickelt, nach denen intern entschieden wird, welche Regeln zum System gehören und welche nicht. Wenn dann der Systemcode der Recht/Unrecht-Code ist, handelt es sich eben um Recht.

Gelegentlich entsteht der Eindruck, Konstitutionalisierung werde mit dem Überschreiten dieser Schwelle der Verrechtlichung (= operative Schließung des Systems) gleichgesetzt. Dann wäre der Konstitutionalisierungsbegriff eigentlich überflüssig.

»Die Politik, die Wirtschaft, die Wissenschaft, die Massenmedien konstituieren sich als autonome Sozialsysteme unter anderem dadurch, dass sie sich eine Verfassung geben. Verfassungsprozesse sind ein Fall der »doppelten Schließung« im Sinne von Heinz von Foerster. Sie werden dadurch ausgelöst, dass Sozialsysteme über ihre operative Schließung erster Ordnung hinaus eine Schließung zweiter Ordnung entwickeln, indem sie ihre Operationen reflexiv auf ihre Operationen anwenden. Wissenschaft gewinnt ihre Autonomie erst dann, wenn es gelingt, über die am Wahrheitscode orientierten Erkenntnisoperationen eine zweite Erkenntnisebene einzuziehen, auf der die Erkenntnisoperationen erster Ordnung ihrerseits mit methodischen und erkenntnistheoretischen Operationen auf ihren Wahrheitswert geprüft werden. Die Politik wird dann zu einer autonomen Machtsphäre der Gesellschaft, wenn sie Machtprozesse mit Hilfe von Machtprozessen dirigiert und

³¹ Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 7.

³² »Meine These ist: In diesem Zusammenspiel verwirklichen sich nicht nur Tendenzen einer Juridifizierung, sondern einer Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen.« (Teubner, Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 3).

³³ Zuletzt in Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, S. 7f.

³⁴ Für die Unterscheidung von primären und sekundären Regeln verweist Teubner immer wieder auf Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, Oxford: Clarendon, 77 ff.

³⁵ Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese, in: Hans Haferkamp/Michael Schmid (Hg.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, 1987, 89-128; *Recht als autopoietisches System*, 1989, 36 ff; *Verrechtlichung - ein ultrazyklisches Geschehen*, 1997.

über Festlegung von Wahlverfahren, Organisationsweisen, Kompetenzen, Gewaltenteilung und Grundrechten eine doppelte Schließung der Machtprozesse herstellt.«³⁶

Doch wenn man weiterliest, bleibt kein Zweifel, dass nicht jedes autonome Sozialsystem über eine »Verfassung« verfügt, sondern dass Konstitutionalisierung zusätzlich einen »Ultrazyklus« voraussetzt, das heißt eine strukturelle Kopplung zwischen zwei Systemen mit einem binären Meta-Code.

»Auf der Meta-Ebene fungiert der Verfassungscode, denn er unterwirft Entscheidungen, die bereits unter der binären Recht/Unrecht-Codierung gefällt wurden, einer zusätzlichen Prüfung, nämlich ob sie sozialverfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Hier entsteht also die für alle Verfassungen – für politische Staatsverfassungen, für Sozialverfassungen oder für Organisationsverfassungen – typische Hierarchie zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht, »the law of the laws«. Dem Rechtscode (rechtmäßig/rechtswidrig) wird der Verfassungscode des jeweiligen Sozialbereichs (verfassungsmäßig/verfassungswidrig) übergeordnet. ... Dieser gewiss nicht einfach gebaute Zusammenhang von struktureller Kopplung und ihrer hybriden Meta-Codierung ... «³⁷

In der Tat, dieser Zusammenhang ist nicht einfach gebaut.

Von *Luhmann* wissen wir: Die strukturelle Kopplung zwischen Recht und Politik wird durch die Verfassung hergestellt (GdG 1997:782f.).³⁸ Aus dem Ultrazyklus der strukturellen Kopplung entwickelt sich ein »Meta-Code«, der sich dem binären Code der Funktionssysteme überordnet, ohne sie zu einem System höherer Ordnung zusammenzufügen. Der Meta-Code für das Systempaar Politik und Recht lautet verfassungsmäßig/verfassungswidrig.

Folgt man der Konstruktion *Teubners*, so stellt sich die Frage, welche Systeme und auf welcher Ebene die Systeme verkoppelt werden sollen. Es geht kaum um die Kopplung von Recht und Politik.

»Autokonstitutionelle Regimes zeichnen sich dadurch aus, dass sie reflexive Prozesse des Rechts mit reflexiven Prozessen anderer Sozialbereiche, also gerade nicht nur der Politik, verknüpfen.« (S. 54)

Das politische System ist eher noch weniger globalisiert als das Rechtssystem. Beide leiden auf globaler Ebene wechselseitig kaum unter ihrem Expansionsdrang. In erster Linie geht es darum, dem Expansionsdrang des Wirtschaftssystems Einhalt zu bieten.

Im Verhältnis zwischen Recht und Wirtschaft hatte *Luhmann* die strukturelle Kopplung nicht in einer Verfassung, sondern in den Institutionen »Eigentum« und »Vertrag« verortet.³⁹ Die Wirtschaft kann kein Recht setzen. Aber sie kann Verträge schließen und Eigentum schaffen und darüber verfügen, und das Rechtssystem muss diese Operationen als solche akzeptieren. Umgekehrt kann das Recht auf die Wirtschaft Einfluss nehmen, indem es Vertrag und Eigentum nach seinen Maßstäben inhaltlich definiert. Bei *Luhmann* blieb der Meta-Code für die strukturelle Kopplung von Recht und Wirtschaft offen. *Teubner* führt als Kopplungsstrukturen zusätzlich Wettbewerb und Geldwährung ein.⁴⁰ Daneben kennt er auf Subsystemebene weitere Kopplungen. Für alle soll derselbe Meta-Code gelten:

»Die Differenz verfassungsmäßig/verfassungswidrig entwickelt sich zu einem binären Meta-Code innerhalb der strukturellen Kopplung zwischen Wirtschaft und Recht, der sich sowohl dem Rechtscode als auch dem Wirtschaftscod überordnet.«⁴¹

Für die Verkopplung der territorialen Rechte mit der Wirtschaft wäre dieser Code plausibel, denn über die Drittwirkung der Grundrechte wird auch die Wirtschaft indirekt mit den politischen

³⁶ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 20.

³⁷ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 26.

³⁸ *Luhmann*, GdG, 1997, 452 ff.

³⁹ *Luhmann*, RdG, 1993, 452 ff.

⁴⁰ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 24.

⁴¹ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 3.

Grundentscheidungen der Verfassung verkoppelt. Aber das neue Weltrecht, das dem Weltwirtschaftssystem gegenübersteht, verfügt nicht über den Rückhalt einer Verfassung, mit der es Vertrag und Eigentum, Wettbewerb und Geldwährung und weiteren Kopplungen auf globaler Ebene einen sozialverträglichen Inhalt geben könnte. Damit fehlt dem Meta-Code die »Programmierung«, ohne die mit ihm nicht viel anzufangen ist.

Fraglich ist weiter, auf welcher Ebene die Verkopplung der Systeme stattfindet. Der folgende Text deutet in Richtung auf die Verkopplung der gesellschaftlichen Funktionssysteme als solcher, im konkreten Fall von Recht und Wirtschaft:

»... der Endpunkt einer Konstitutionalisierung – sei es in der Politik, sei es in der Wirtschaft, sei es in anderen Sozialbereichen – ist erst dann erreicht, wenn sich ein eigenständiger Verfassungs-Code, eine binäre Meta-Codierung, und zwar innerhalb der strukturellen Kopplung von Recht und betroffenem Sozialsystem, herausbildet, und wenn sich die internen Prozesse der gekoppelten Systeme daran orientieren.«⁴²

Eine Verkopplung der (Welt-)Funktionssysteme liefe auf eine einheitliche Weltverfassung hinaus. Die Weltgesellschaft, der eine eigene »Gesamtrationalität« zugeschrieben wird⁴³, soll sich selbst eine Verfassung geben.

»Wenn es richtig ist, dass die Abwehr von drei Kollisionsgefahren im Zentrum steht – Selbstdestruktion des Systems, Umweltschädigung im weitesten Sinne (Gefährdung der Integrität der sozialen, humanen und natürlichen Umwelten), Gefährdung der Weltgesellschaft – dann ist die zweite Option vorzuziehen. Dies ist die Botschaft eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus. Eine globale Verfassungsordnung steht vor der Aufgabe: Wie kann externer Druck auf die Teilsysteme so massiv erzeugt werden, dass in ihren internen Prozessen Selbstbeschränkungen ihrer Handlungsoptionen wirksam werden?«⁴⁴

Der Gedanke an eine Weltverfassung wäre, wenn man an die Analogie zur Staatsverfassung denkt, konsequent. Aber er passt nicht zu den zentralen Aussagen der systemtheoretischen Analyse, nach denen das neue Weltrecht polyzentrisch und heterarchisch strukturiert ist. Eine Globalverfassung ist allenfalls der »Endpunkt einer Konstitutionalisierung«. Zunächst muss man die Kandidaten für eine Konstitutionalisierung auf der Ebene der Subsysteme suchen.

Fischer-Lescano und *Teubner* werden bei den transnationalen Rechtsregimes fündig. Diese verfügen über strukturelle Kopplungen zu anderen »autonomen Sozialbereichen«.⁴⁵ Allerdings lassen sich diese Kopplungen nicht so plakativ benennen wie für die territorial begrenzten Rechtssysteme. Ja, eigentlich werden sie überhaupt nicht benannt, sondern vorausgesetzt und behauptet. Es bleibt offen, wo konkret der Widerpart der Kopplung zu suchen ist. Handelt es sich um ein Funktionssystem als Ganzes oder um ein Subsystem? Offen ist ferner, welche Struktur die Kopplung bewirkt. Schließlich fehlen Angaben zu dem »Programm«, nämlich den Regeln, die darüber entscheiden, wie die Code-Werte zugeteilt werden, was also verfassungsmäßig oder verfassungswidrig ist.

Das jüngste Objekt der Konstitutionalisierung sind transnationale Unternehmen (Transnational Corporations = TNCs) mit ihren Corporate Codes of Conduct (nicht zu verwechseln mit binären Systemcodes). Auch sie bilden »buchstäblich Verfassungen ohne Staat«.⁴⁶

Die Corporate Codes of Conduct werden von *Teubner* auch als Unternehmensverfassungen bezeichnet. Hier ist der Gebrauch des Verfassungsbegriffs doppelt verfehlt, nicht nur wegen der tendenziösen Konnotation zur

⁴² *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 26.

⁴³ *Teubner*, Globale Zivilverfassungen, 2003, Internetfassung S. 7.

⁴⁴ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 7, 9.

⁴⁵ *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, 53 ff.; für die lex mercatoria schon *Teubner*, Globale Bukowina, 1996, Internetfassung S. 23.

⁴⁶ Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 9.

Staatsverfassung, sondern auch deshalb, weil die Unternehmensverfassung als Terminus des Gesellschaftsrechts nicht mit einem Corporate Code of Conduct deckungsgleich ist.

TNC sind Organisationen, die man gleichzeitig als Rechtsgebilde und als Wirtschaftsunternehmen betrachten kann. So betrachtet gehören sie als Subsysteme sowohl dem Rechtssystem als auch dem Wirtschaftssystem an. *Teubners* These besagt, dass der Code of Corporate Conduct die strukturelle Kopplung zwischen dem Unternehmen als Teil des Rechtssystems und dem Unternehmen als Teil des Wirtschaftssystems herstellt. Bei den TNC wird klarer, wer mit wem wodurch verkoppelt ist, nämlich die TNC als Wirtschaftsunternehmen über ihre Codes of Conduct mit dem offiziellen Recht, und zwar hier speziell mit den Richtlinien für die Unternehmensverantwortung, wie sie von UNO, ILO und OECD vorgehalten werden.

Doch mit dem einfachen Ulrazyklus ist es nicht getan. Er wird zusätzlich noch durch eine »ulrazyklische Verknüpfung privater und staatlicher Codes« getoppt. Spätestens hier fällt es schwer, den systemtheoretischen Begriffsfaden festzuhalten, zumal wieder neue Begriffe eingeführt werden, die nicht zum geläufigen Bestand der systemtheoretischen Terminologie gehören: Rechtsräume, Systeme, die im strengen Sinne keine sind, strukturelle Schließungen.

»Es entstehen zwei unabhängige Rechtsräume, ein autonomes privat geordnetes zwingendes Binnenrecht der Unternehmen und ein staatlich geregeltes Ensemble normativer Verhaltensempfehlungen. Die genauere Bestimmung dieser wechselseitig geschlossenen Rechtsräume ist nicht einfach. Jedenfalls handelt es sich nicht um Systeme im strengen Sinne, die sich durch operative Schließung bilden. Ihre Schließung beruht gerade nicht auf der Unterschiedlichkeit ihrer Operationen, denn beide Code-Ordnungen werden durch Rechtsoperationen gebildet. Vielmehr entsteht ihre wechselseitige strukturelle Schließung durch strikte Geltungsbeschränkung auf den jeweiligen Bereich und durch ihre unterschiedliche Qualität als zwingende Normierung und bloße normative Empfehlung.«⁴⁷

Dann folgt ein Sprung von den Rechtsräumen zu »geschlossenen Netzwerken«. Das eine Netzwerk ist der »Rechtsraum« mit den privaten Codes of Conduct, das andere der »Rechtsraum« der völkerrechtlich basierten Codes. Um ein Netzwerk handelt es sich im ersteren Fall, weil die privaten Codes of Conduct nicht nur für ein Einzelunternehmen formuliert werden, sondern weil sie darüber hinaus für ganze Konzerne mit ihren Auslandsniederlassungen und schließlich für Zulieferunternehmen und Absatzketten gelten; im anderen Fall, weil es zwischen den Empfehlungen für Corporate Codes von ILO, UNO, OECD und EU Querverbindungen gibt. Am Ende sind es diese Netzwerke, die strukturell verkoppelt sind (S. 17).

4. Zur funktionalen Seite der Konstitutionalisierung:

Strukturelle Kopplungen haben die »paradoxe« Funktion, die Teilsysteme der Gesellschaft zu verknüpfen und sie dabei gleichzeitig auf Abstand zu halten.

»Politische Verfassungen haben in systemtheoretischer Sicht die konstitutive Funktion, die in der Neuzeit gewonnene Autonomie der Politik gegenüber »fremden« religiösen, ökonomischen, militärischen Machtquellen dadurch abzustützen, dass sie das der Politik »eigene« Machtmedium formalisieren.«⁴⁸

Eine »Verfassung« stützt die Autonomie des Systems gegenüber anderen Systemen, und zwar – paradoxerweise Weise, möchte man sagen – dadurch, dass mit ihr das System seinen eigenen Expansionsdrang bremst. Die Verfassung des Staates ist fungiert als strukturelle Kopplung zwischen Politik und Recht. Zentrale Bestandteile der Verfassung sind Grundrechte und Gewaltenteilung. Grundrechte markieren und stützen die soziale Differenzierung, die sich in den Gesellschaften der westlichen Welt herausgebildet hat. Gewaltenteilung sorgt dafür, dass das Rechtssystem tut, was die Politik verlangt, allerdings nur, soweit das Verlangen

⁴⁷ Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 15 f.

⁴⁸ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 17.

»verfassungsgemäß« in Gesetzesform geäußert wird. Umgekehrt kann sich die Politik nur noch in eben dieser Form in das Recht einmischen. Mit der Staatsverfassung legt die Staatsgewalt sich selbst Zügel an. Als strukturelle Kopplung von Recht und Politik erzeugt die Verfassung einen Meta-Code, der die Systemcodes überlagert, und zwar den Code verfassungsmäßig/verfassungswidrig. So wirkt die Verfassung als Selbstbeschränkung der Politik.⁴⁹

Die Analogie legt nahe, dass auch transnationale Rechtsregimes sich durch eine »Verfassung« selbst beschränken könnten.

Über diese Analogie werden die neuen transnationalen Rechtsregime als »globale Zivilverfassungen« in den Adelsstand des Verfassungsrechts erhoben: Die privaten Rechtsregimes verfügen über strukturelle Kopplungen zu anderen Systemen. Die strukturelle Kopplung des Rechts mit der Politik heißt Verfassung. Also verfügen die Regimes über eine Verfassung, wenn es ihnen gelingt, sich mit anderen Systemen strukturell zu verkoppeln. Und so werden aus autonomen Privatregimes Verfassungen. Sicher kann man den Verfassungsbegriff so definieren, dass auch die Satzung eines Kaninchenzüchtervereins darunterfällt. Aber das ist höchst unweckmäßig. Die Auszeichnung als »globale« Zivilverfassungen bringt noch eine weitere irreführende Konnotation mit sich. Jedenfalls im Kontext einer Überschrift lässt sie eher an die sachliche als an die räumliche Reichweite denken.

Der Gedanke der Selbstbeschränkung ist interessant, weil damit eine Einfallstelle für die Gemeinwohlorientierung von transnationalen Rechtsregimes benannt wird, die herkömmlich mit der »öffentlichen« Seite des Rechts in Verbindung gebracht wird. Nach dem Vorbild der Staatsverfassungen soll das neue Weltrecht sich mit den anderen Teilsystemen der Gesellschaft in einer Weise verkoppeln, die deren Expansionsdrang Zügel anlegt.

»Der Witz der Meta-Codierung aber liegt nun darin, dass sie nicht nur dem Rechtscode übergeordnet ist, sondern zugleich dem Wirtschaftscodex, dass sie also alle ökonomisch binär codierten Operationen der Unternehmung der Reflexion aussetzt, ob sie den Grundsätzen einer öffentlichen Verantwortung der Unternehmung entsprechen oder nicht.«⁵⁰

Die Idee ist einleuchtend. Aber vielleicht ist sie zu schön, um wahr zu sein. Woher kommt die Zuversicht, dass die Selbstkonstitutionalisierung auch zu einer sozialverträglichen Selbstbeschränkung führt? »Theoretisch« gibt es dafür keine andere Begründung als die Analogie zur Staatsverfassung. Die Ausdifferenzierung der Gesellschaft in Funktionssysteme und die Ausbildung struktureller Kopplungen sind evolutionäre Prozesse. *Luhmann* verwies auf die politische Situation im letzten Drittel des 18. Jahrhundert, in dem in den USA die explizit ausformulierte Staatsverfassung erfunden wurde. Der dafür nötige »Druck« resultierte aus zwei sozialen historischen Entwicklungen. Die feudalistischen Verhältnisse in Europa hatten sich wirtschaftlich überlebt und die Kolonien in der neuen Welt wollten vom Mutterland politisch unabhängig werden. Die Folgerung liegt nahe, dass sich mit dem aktuellen Evolutionsschub der weltweiten Ausbreitung der Funktionssysteme auch neue strukturelle Kopplungen aufbauen, die einen wechselseitigen Verkehr über die Systemgrenzen hinweg ermöglichen, ohne die Grenzen einzureißen. Aber was sich am Ausgang des 18. Jahrhunderts ereignete, war geprägt durch eine konkrete historische Situation, das Ergebnis deshalb kontingent, das heißt es hätte unter anderen Umständen anders ausfallen können. Tatsächlich gab und gibt es Staatsverfassungen, die das Verhältnis zwischen Recht und Politik weniger freundlich gestalten. In vielen Staaten ist zu beobachten, dass auch autoritäre oder diktatorische Regime die Grenzen zwischen Politik und Recht nicht ganz abschaffen, sondern mindestens äußerlich auf demokratischen Wahlen und rechtliche Formen sogar gesteigerten Wert legen.⁵¹ Deshalb kann Theorie nicht versprechen, dass eine Konstitutionalisierung immer die erhofften positiven Wirkungen hat. Die Evolution schlägt

⁴⁹ *Luhmann* RdG 446, 468 ff.

⁵⁰ Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 10 f. Unerklärt bleibt, wieso auch diese Verfassungen miteinander in Konflikt geraten. (Vgl. *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006, 26: »In der Fragmentierung des globalen Rechts wirken genuine Verfassungskonflikte, die letztlich über autonome Rechtsregimes vermittelt auf in der Weltgesellschaft institutionalisierte Rationalitätenkollisionen zurückzuführen sind.«)

⁵¹ *Jean Comaroff/John Lionel Comaroff*, Law and Disorder in the Postcolony: An Introduction, in: dies. (Hg.) Law and Disorder in the Postcolony, Chicago 2006, 1–56.

nicht unbedingt den Kurs ein, den ihre Theoretiker sich wünschen. Man muss auch bösartige strukturelle Kopplungen für möglich halten. Wenn im Völkerrecht von Konstitutionalisierung die Rede ist, geht es um den Einbau von Rechtsstaats-, Menschenrechts- und Demokratieelementen, von denen man sich eine staatsanaloge Legitimation des betreffenden Rechtsregimes erhofft. Wie dieser Effekt durch »strukturelle Kopplungen« erzeugt werden könnte, bleibt unklar.

5. Zur empirischen Seite der Konstitutionalisierung:

Die Systemtheorie nimmt immer wieder für sich in Anspruch, mit ihren Konzeptualisierungen einen radikalen Blickwechsel herbeizuführen. Durch einen Blickwechsel lässt sich auch die Konstitutionalisierungshypothese der Systemtheorie fruchtbar machen, indem man fragt, wo tatsächlich Gemeinwohlvorstellungen in das neue Weltrecht eindringen und wie die Türöffner beschaffen sind. Dazu gibt es von *Teubner* und seiner Schule interessante Hinweise. Sie bestätigen *Luhmanns* Andeutung, dass eine Rechtswirkungsforschung möglich sei, »ohne einen Gedanken an ›Autopoiesis‹ zu verschwenden«⁵².

»Eine globale Verfassungsordnung steht vor der Aufgabe: Wie kann externer Druck auf die Teilsysteme so massiv erzeugt werden, dass in ihren internen Prozessen Selbstbeschränkungen ihrer Handlungsoptionen wirksam werden?«⁵³

Gemeint ist wohl nicht, dass eine schon vorhandene Verfassungsordnung Druck erzeugen soll, sondern dass externer Druck den Prozess der Konstitutionalisierung vorantreibt. Nun endlich ist man bei Fragen angelangt, die sich empirisch beantworten lassen: Woher kommt »externer Druck« auf die Teilsysteme? Wo reagiert das neue Weltrecht »responsiv« durch den Einbau gemeinwohlorientierter Normen?

Vor der Empirie liegt aber noch eine Hürde, nämlich die Frage, wie der Druck »theoretisch« Eingang in die Systeme finden kann, denn die Systeme haben mit ihrer Umwelt keinen Kontakt. Sie können nur – bevorzugt – die eigenen und – eigentlich nur als Irritationen – die Kommunikationen anderer Systeme, etwa von Wissenschaft oder Medien – zu Kenntnis nehmen. Die ökologische Umwelt, also Mensch und Natur, und ihre Probleme spiegeln sich in den Kommunikationen der Wissenschaft und der Massenmedien. Als Filter und Verstärker spielt die Zivilgesellschaft eine so große Rolle, dass man sich fragt, welchen Platz sie im Gebäude der Systemtheorie einnimmt.

Bei *Fischer-Lescano/Teubner*⁵⁴ ist von einer »zivilgesellschaftlichen Konstitutionalisierung von autonomen Regimes« die Rede. Sollten die privaten Rechts-Regimes selbst Teil der Zivilgesellschaft sein? Das entspricht kaum der üblichen Verwendung des Begriffs, denn die verlangt eine primäre Gemeinwohlorientierung. Auch wenn »Politik, Recht und Zivilgesellschaft« gelegentlich⁵⁵ in einem Atemzug genannt werden oder gar von den »vielen Autonomien der Zivilgesellschaft« die Rede ist⁵⁶, so kämen doch nur Laien auf die Idee, die Zivilgesellschaft ihrerseits als Funktionssystem der Gesamtgesellschaft einzuordnen. In einer Fußnote⁵⁷ präzisiert *Teubner* den »vielgebrauchten, aber äußerst unscharf verwendeten Begriff ... im systemtheoretischen Sinne«. Dieser deckt »alle die gesellschaftlichen Kommunikationen ..., die nicht zum Politiksystem oder zum Wirtschaftssystem gehören. Insoweit wie bei Habermas ... soll er also gesellschaftlich diffuse (lebensweltliche) Kommunikation, aber auch – insoweit anders als bei Habermas – alle anderen (und nicht nur die menschen-nahen) Funktionssysteme umfassen.« Das ist so scharf nun auch wieder nicht.

Hier soll es genügen, auf die kognitive Offenheit der Systeme zu verweisen. Die Wirtschaft ist »Lernpressionen« ausgesetzt. Dabei handelt es sich um kognitive Änderungen verbunden mit

⁵² *Niklas Luhmann*, Steuerung durch Recht?, Zeitschrift für Rechtssoziologie 11, 1990, 137-160/144.

⁵³ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 9.

⁵⁴ Regime-Kollisionen, 2006, 55; ähnlich S. 56.

⁵⁵ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat, 2010, Internetfassung S. 11.

⁵⁶ *Teubner*, Vertragswelten, 1998, Internetfassung S. 35.

⁵⁷ *Teubner*, Nach der Privatisierung?, Zeitschrift für Rechtssoziologie 19, 1998, 8-36, Fußnote 12 auf S. 11.

darauf gerichtetem Zwang.⁵⁸ *Teubner* bezieht sich dazu auf *Luhmanns* These vom Primat kognitiver Strukturen in der Weltgesellschaft. Eigentlich braucht es diesen Umweg gar nicht, denn das operativ geschlossene Wirtschaftssystem ist per definitionem kognitiv offen, auch für das Soft Law der Codes des offiziellen Weltrechts. Interessanter sind daher die Pressionen.

Die TNC und transnationalen Rechtsregimes, insbesondere, wenn sie privater Genese sind, werden ihre systemdienlichen Regelungen kaum aus Menschenfreundlichkeit oder sozialer Verantwortung am Gemeinwohl ausrichten, sondern sie reagieren nur auf äußeren Druck. Das ist keine Besonderheit der globalen Rechtsbildung. Auch dem staatlichen Recht geht es regelmäßig so, dass die Adressaten ihm nicht immer aus Überzeugung folgen. Der Druck stammt nur zum kleineren Teil von den Nationalstaaten und den internationalen Organisationen, viel stärker von Protestbewegungen, NGOs, Gewerkschaften und der öffentlichen Meinung. Den Ausschlag gäben oft »ökonomische Sanktionen« wie das Kaufverhalten des Verbraucherpublikums und das Investitionsverhalten bestimmter Anlegergruppen.⁵⁹

Die Wirtschaft qua »Eigenrationalität« reagiert auf externen Druck, wenn der ihre internen Operationen stört, wenn er die Absatzmöglichkeiten einschränkt oder die Wettbewerbssituation verändert. Voraussetzungen sind breitenwirksame Kampagnen, die die ökologische Qualität bestimmter Produkte anprangern, sei es, dass Herstellung oder Konsum umweltschädlich sind, sei es, dass Produktion, etwa wegen Kinderarbeit, als sozial unverträglich dargestellt werden kann. Die Wettbewerbssituation verändert sich, wenn es gelingt, Produkte als umweltfreundlich und sozialverträglich auszuzeichnen. Dazu dienen Umwelt- und Ökolabel oder neue Vertriebswege (»Fair Trade«). Das geht so weit, dass die Wirtschaft bei der Vermarktung ihrer Produkte auf einen neuen ökologisch orientierten Lebensstil setzen kann (LoHaS –Lifestyle of Health and Sustainability). Das alles gehört inzwischen zum Zeitungsleserwissen. Vor allem aber, es ereignet sich ohne direkte Hilfe des Rechtssystems.

»Die Wirtschaft dagegen benötigt zur ihrer Selbstkonstituierung massiver Subventionierung durch das Recht, wenn auch nicht in dem umfassenden Maße wie die Politik.«⁶⁰

Rechtlicher Druck auf die globalen Funktionssysteme kommt in erster Linie nicht aus dem neuen Weltrecht, sondern aus den territorialen Rechtssystemen. Da die transnationalen Akteure immer noch eine territoriale Basis haben müssen, können sie von den territorialen Rechtssystemen etwa auf dem Umweg über Strafverfahren oder Menschenrechtsklagen zur Verantwortung gezogen werden. Organisationen der Zivilgesellschaft sorgen dafür, dass dabei auch Weltgemeinwohlgesichtspunkte zum Tragen kommen. Eine Reihe von NGOs hat sich auf den Bereich Legal Advice spezialisiert⁶¹ und benutzt die nationalen Gerichte als Hebel. Einen globalen Charakter erhalten die Fälle durch die internationale Vernetzung der NGOs, durch ausländische Finanzierung, durch die Berufung auf internationales Recht, vor allem auf Menschenrechtskonventionen, und natürlich dann, wenn sie sich gegen transnational tätige Akteure richten.

V. Recht oder soziale Normen?

Die systemtheoretische Beobachtung der globalen Rechtsbildung in den Arbeiten *Teubners* leidet darunter, dass sie Begriffe, die in der Rechtstheorie geläufig, sind und dort eine normative Prägung haben, auch bei der soziologischen Analyse verwendet, wo sie nur als empirische

⁵⁸ Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 19.

⁵⁹ Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 20 f.

⁶⁰ *Teubner*, Verfassungen ohne Staat?, 2010, Internetfassung S. 24.

⁶¹ Über die Legal Resources Foundation in Zambia *Beatrix Waldenhof*, [Die Rolle der NGOs als Teil der Zivilgesellschaft](#) im demokratischen Transitions- und Konsolidierungsprozess Zambias, Bochum sozialwissenschaftliche Dissertation, 2003. 271ff.

Verwendung finden dürfen, und dabei nicht immer klarstellt, wie sie denn nun gemeint sind. Solche Begriffe sind etwa Geltung, Gewohnheitsrecht, Interlegalität, Verfassung und nicht zuletzt der Rechtsbegriff.

Teubner-Schule legt größten Wert auf die These, dass es sich bei den transnationalen Rechtsregimes, die ihre Geltung nicht aus völkerrechtlichen Verträgen herleiten können, dennoch um geltendes Recht im wahren Sinne des Wortes handelt. Aus juristischer Sicht besitzt ein privater Vertrag keine Geltung aus sich, sondern nur dank staatlichen Rechts.⁶² Diese Geltungsbegründung ist nach *Teubners* Lehre von der Selbstvalidierung der *lex mercatoria* obsolet. Die *lex mercatoria* ist danach ein »rechtloser« Vertrag.

»Die *lex mercatoria* beansprucht Geltung jenseits der Nationalstaaten und sogar jenseits der internationalen Beziehungen. Wie kann gültiges Recht sich »spontan« auf trans-nationaler Ebene herausbilden ohne die Autorität des Staates, ohne seine Sanktionskraft, ohne seine politische Kontrolle und ohne die Legitimität eines demokratischen Prozesses? Wo ist die Grundnorm auf globaler Ebene?«⁶³

Die Antwort auf diese Frage lautet:

»Globales Wirtschaftsrecht ist paradox konstituiert. Es gründet seine Geltung auf dem Paradox der Selbstvalidierung des Vertrags. Wenn es gelingt, dieses Paradox der vertraglichen Selbstbezüglichkeit zu »entfalten«, kann ein globales Wirtschaftsrecht erfolgreich in Gang gesetzt werden.«⁶⁴

Wie das »Paradox des Vertrages« durch »Hierarchisierung«, »Temporalisierung« und »Externalisierung« entfaltet wird, wird als Paradestück der Systemtheorie im Vertragskapitel dargestellt. An dieser Stelle ist nur noch einmal zu betonen, dass aus soziologischer Sicht selbstverständlich kein staatliches Recht erforderlich ist, damit Verträge funktionieren, dass die Institutionalisierung von vertraglicher Verbindlichkeit ohne Staat auf faktische Grenzen stößt und dass das staatliche Recht, wenn und soweit es Verträge stützt, keine externe »Grundnorm« bemüht, sondern nur eine besondere Form der Institutionalisierung darstellt.

Die Suche nach einer staatsunabhängigen Grundnorm ist deshalb ein Scheingefecht.

»Die *lex mercatoria*«, so lesen wir bei *Teubner*⁶⁵ »hat oberhalb ihrer vertragsrechtlichen Normen eine Schicht von konstitutionellen Normen herausgebildet, die Eigentum, Vertragsfreiheit, Wettbewerb und Menschenrechte als transnational public policy weltweit positivieren.« Gemeint sind anscheinend die Handelsrechtsregimes des offiziellen Völkerrechts, die in den vorausgehenden Sätzen aufgezählt werden. Wie die *lex mercatoria* diese »herausgebildet« hat, ist nicht erkennbar.

Richtig und wichtig bleibt das systemtheoretische Credo, wonach die reflexive Organisation eines Normenkomplexes einen Qualitätssprung bedeutet. Es spricht deshalb nichts dagegen, die Rechtsqualität an dem Vorhandensein eines Hyperzyklus festzumachen, also daran, dass der Regelkomplex, wie er sich herausgebildet hat, Regeln über Regeln und möglichst auch eine gerichtsförmige Entscheidungsinstanz aufweist. Das ist die Position des (soziologischen) Rechtspluralismus (o. § 45). Dabei ist aber immer wieder zu betonen, dass es bei der Benennung als Recht um eine Definitionsfrage geht, die sich nicht wissenschaftlich begründen, sondern nur nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten entscheiden lässt. Nachdem die Globalisierung weit gediehen ist, kann es zweckmäßig sein, von einem etatistischen auf einen pluralistischen Rechtsbegriff überzugehen. Und auch die Merkmale, von denen die Systemtheorie die Qualifikation eines Normenkomplexes als Recht abhängig macht, nämlich neben seiner Funktion als Erwartungssicherung und Konfliktlösung die Emergenz einer gewissen Eigenrationalität

⁶² Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, 238, 431 ff.

⁶³ Gunther Teubner, Globale Bukowina, Internetfassung S. 11.

⁶⁴ Ebenda S. 17.

⁶⁵ Selbst-Konstitutionalisierung, 2010, 5.

durch die Installation eines Hyperzyklus, sind relevant.⁶⁶ Der einzige Punkt, um den man streiten muss, ist derjenige der »Geltung«. Auch in der Rechtstheorie hat es sich herumgesprochen: Rechtsgeltung ist nicht Absolutes, sondern sie besteht immer nur relativ in dem System, indem sich der Geltungsanspruch entwickelt hat und durchgesetzt wird. In diesem Sinne verfügt jedes Rechtsregime über »Geltung«, aber doch eben nur, soweit es reicht. Die Reichweite bestimmt sich nicht nach dem Geltungsanspruch, sondern danach, wieweit dieser Anspruch anerkannt wird oder wie er mangels Anerkennung tatsächlich durchgesetzt werden kann. Der dogmatische Rechtspluralismus behauptet jedoch darüber hinaus, dass die systemrelative Geltung auch von anderen Systemen anerkannt werden müsse. Zwitterige Formulierungen, die eine absolute Geltung nahelegen, verdecken den Umschlag von der Analyse zur Wertung.

»Nur gründet sich die Einheit des Weltrechts nicht mehr strukturell wie im Nationalstaat auf gerichtshierarchisch abgesicherter Konsistenz des Normengefüges, sondern bloß noch prozessual auf den Verknüpfungsmodus der Rechtsoperationen, über den auch ganz heterogene Rechtsordnungen verbindliche Rechtsgeltung transferieren.« (Teubner S. 5)

Mehrdeutig ist die »Einheit des Weltrecht«. Es könnte sich einmal um die bloße Zugehörigkeit zum Weltrechtssystem handeln in dem gleichen Sinne wie auch nationale Rechte zum Weltrecht gehören. Man kann die »Einheit des Weltrechts« aber auch so verstehen, dass es sozusagen über eine einheitliche Geltungswahrung verfügt. Darauf deutet das »transferieren« am Ende hin. Wenn nur die regimieinterne Weitergabe der Rechtsqualität gemeint wäre, brauchte man diesen Transfer, weil selbstverständlich, nicht zu betonen. Ein anderes Beispiel:

»Nach dem Kriterium der sekundären Normierung ist der *lex digitalis* und mit ihr den ICANN-policies die Qualität genuiner Rechtsnormen zuzumessen.«⁶⁷

»Genuin« muss etwas Besonderes sein, nicht bloß regimieinterne Geltung bei denen, die die *lex digitalis* handhaben. In diesem Sinne verstehe ich auch die Formulierung von den »transnational einheitlichen Rechtsregimes, die ... einen globalen Geltungsanspruch erheben« (Fischer-Lescano/Teubner 2006, S. 36).

Der Geltungsbegriff wird juristisch relevant in den Vorschlägen, mit denen Teubner und seine Schüler die »Interlegalität« durch ein neues Kollisionsrecht einfangen wollen. Das Internationale Privatrecht (IPR) ist bekanntlich staatliches Recht, das die Frage regelt, welches Recht die Gerichte bei Fällen mit Auslandsberührung anwenden sollen. Das IPR verfährt nicht, wie Laien vielleicht erwarten, nach dem Motto, dass die nationalen Gerichte stets nur einheimisches Recht anzuwenden haben. Mehr oder weniger halten sich alle Staaten an das Prinzip, dass dasjenige Recht angewendet werden soll, das die am ehesten sachgerechte Lösung bietet. Für die meisten Fallkonstellationen wird allerdings direkt und verbindlich auf eines der in Betracht kommenden Rechte verwiesen. Wenn es um Grundstücke von Ausländern geht, verweist das IPR stets auf das einheimische Recht. Wenn Eheleute, die im Ausland leben, sich dort scheiden lassen wollen, soll regelmäßig ihr Heimatrecht maßgeblich sein. In manchen Fällen bleibt es aber auch den Gerichten überlassen, das Recht auszuwählen, das die beste Lösung garantiert. Wenn auch das nicht zum Ergebnis führt, steht es den Gerichten frei, eine sachgerechte Lösung zu erfinden. So jedenfalls die Theorie. In der Praxis verfahren die Gerichte in Kollisionsfällen imperialistisch, das heißt sie tendieren dazu, das ihnen vertraute eigene Recht anzuwenden. Dieses Prinzip wäre – theoretisch – sicher auch zur Auflösung transnationaler Kollisionsfälle geeignet.

⁶⁶ Neuerdings spricht Teubner vom Kriterium der sekundären Normierung: Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft, in: Matthias Kötter/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Normative Pluralität ordnen, Baden-Baden 2009, S. 137-168, hier zitiert nach der [Internetfassung](#), S. 10.

⁶⁷ Teubner/Korth, Zwei Arten des Rechtspluralismus, Internetfassung S. 10. Ähnlich in: Selbst-Konstituierung, 2010, 4, 9.

Die Sache kommt zum Schwur im Fall *GlobalSantaFe*, wie er von *Teubner* und *Korth* behandelt wird:

»Im September 2001 gaben die Unternehmen Global Marine Inc. und Santa Fe International Corp. ihren Zusammenschluss bekannt. Das fusionierte Unternehmen werde unter dem Namen »GlobalSantaFe Corp.« firmieren. Unmittelbar nach dieser Bekanntmachung ließ der koreanische Staatsbürger Park für sich beim Domain Name Registrar Hangang mit Sitz in Korea den Domainnamen »globalsantafe.com« registrieren. Die Webseite wurde von Park nicht aktiv genutzt. Man konnte auf ihr lediglich den Hinweis »under construction« lesen.

Im Oktober 2001 beantragte GlobalSantaFe Corp. beim United States District Court, Eastern District of Virginia, Alexandria Division, Hangang und den für die Verwaltung der Top-Level Domain ».com« zuständigen Domain Name Registry VeriSign mit Sitz in Dulles, Virginia, USA, zu verurteilen, den Domainnamen »globalsantafe.com« auf sie zu übertragen. GlobalSantaFe Corp. machte geltend, dass Park ihr Unternehmenskennzeichen verletzt habe, und berief sich auf den Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA). Am 1. April 2002 gab das Gericht dem Antrag statt.

Daraufhin beantragte Park am 9. April 2002 beim Bezirksgericht Seoul, es Hangang zu untersagen, der Entscheidung des U.S.-amerikanischen Gerichts Folge zu leisten und den Domainnamen auf GlobalSantaFe Corp. zu übertragen. Mit dem Argument, das U.S.-amerikanische Gericht sei nicht zuständig gewesen, entschied das Bezirksgericht Seoul im September 2002 antragsgemäß. Hangang weigerte sich jedoch den Domainnamen auf GlobalSantaFe Corp. zu übertragen.«

Auf den ersten Blick streiten hier in einem Fall mit transnationaler Dimension zwei nationale Gerichte um ihre Zuständigkeit, und es gibt keine übergeordnete Instanz, die verbindlich entscheiden könnte. »Gewinner« wäre dann am Ende das Gericht, in dessen Jurisdiktion die Möglichkeit zur Vollstreckung besteht. Damit zeigt das Beispiel zunächst, dass es auch im Verhältnis zwischen nationalen Gerichten so etwas wie »Interlegalität« geben kann. Nach den Prinzipien des IPR sollten die Gerichte eine sachgerechte Lösung finden, die zwischen den beteiligten nationalen Rechtsordnungen vermittelt. Aber zwingen kann sie dazu niemand. *Teubner* und *Korth* empfehlen nun den Gerichten, bei der Suche nach einer Lösung nicht bloß von den nationalen Rechten auszugehen, sondern das Rechtsregime der ICANN als gleichberechtigte dritte Rechtsordnung zu berücksichtigen, weil dieses Regime Rechtsqualität habe und nicht bloß als soziale Ordnung anzusehen sei. Der Vorschlag ist erstaunlich, gerade weil er aus dem systemtheoretischen Lager kommt, das immer wieder betont, alle Aussagen seien vom Standpunkt des Beobachters abhängig. »Beobachtet« man den Beispielsfall vom Standpunkt der nationalen Gerichte, dann »gilt« für sie jeweils nur das eigene nationale Recht. Streng genommen ist auch das nationale Recht des jeweils anderen Gerichts für sie nur eine soziale Norm, erst recht natürlich das Regelwerk der ICANN. Anders für den rechtssoziologischen Beobachter, der von seiner Rechtsdefinition ausgeht, nach der alle sozialen Ordnungen, die dem Kriterium der sekundären Normierung entsprechen, als Recht anzusehen sind. Dabei gibt es fraglos Abstufungen nach der thematischen und räumlichen Reichweite und nach der Durchsetzungskraft des Rechtsregimes. Aber davon soll definitionsgemäß die Rechtsqualität nicht abhängen. *Teubner* und *Korth* verlangen jedoch, dass dieser rechtssoziologische Rechtsbegriff von allen Rechtsregimes gleichermaßen übernommen wird mit der Folge, dass sie sich alle wechselseitig anerkennen und im Kollisionsfall nach dem Vorbild des IPR nach einer sachgerechten Lösung suchen. Das ist rechtspolitisch ein bedenkenswerter Vorschlag. Aber er verlässt den Bereich der Rechtssoziologie. Es handelt sich um einen normativen oder dogmatischen Rechtspluralismus, und zwar auch im Selbstverständnis seiner Protagonisten.⁶⁸

Man kann wohl fragen, ob der dogmatische Rechtspluralismus einen praktischen Unterschied macht. Mag es sich aus ihrer Sicht auch nur um »soziale Regeln« handeln, so können

⁶⁸ *Andreas Fischer-Lescano*, [Globaler Rechtspluralismus](#), Aus Politik und Zeitgeschichte 2010, Nr. 34-35.

die Gerichte, wenn ihnen im Kollisionsfall die Suche nach einer sachgerechten Lösung aufgetragen ist, auch auf private Regelwerke zurückgreifen. Umgekehrt konzedieren auch *Teubner* und *Korth*, dass nationales Recht und transnationales Regimerecht »trotz ihrer Gleichwertigkeit als Recht« kollisionsrechtlich relevante Unterschiede aufweisen, insbesondere, weil dem Regimerecht wegen seiner engeren Bindung an ein gesellschaftliches Funktionssystem die Gemeinwohlorientierung fehlen kann. Der Unterschied ist eher ein »symbolischer«. Aber deshalb ist er nicht bedeutungslos, denn der Rechtsbegriff, der sich letztlich jeder abschließenden Definition entzieht, hat eine enorme Strahlkraft.

[Stand der Bearbeitung 2012]