

Lex Mercatoria, Schiedsgerichtsbarkeit und Transnationales Recht

Von PEER ZUMBANSEN, Frankfurt

I.	<i>Einleitung</i>	638
II.	<i>Das Mysterium Lex Mercatoria</i>	641
	1. <i>Das Recht der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit</i>	644
	2. <i>Hierarchie der Rechtsquellen in einer Heterarchischen Ordnung</i>	647
	3. <i>Schiedsrecht und Staatliches Recht</i>	650
	4. <i>Quis Judicabit? RechtsstaatsFragen an die Lex Mercatoria</i>	652
	5. <i>Gesellschaftliche Selbstregulierung und Veränderte Staatlichkeit</i>	653
	6. <i>Globale Großentwicklungen</i>	660
	7. <i>Übersetzungsfragen</i>	661
III.	<i>Die Anleitung der Theorie durch die Praxis</i>	668
	1. <i>Methodologische Befangenheiten</i>	669
	2. <i>Verrechtlichung durch Autonomisierung</i>	670
IV.	<i>Vertragsrecht als Recht der politischen Selbstgesetzgebung</i>	671
	1. <i>Transnationales Recht als autonome Rechtsordnung?</i>	673
	2. <i>Traditionalisten versus Transnationalisten</i>	676
	3. <i>Verfassung oder Konstitutionalisierung?</i>	676

I. EINLEITUNG

Vor fast vierzig Jahren kennzeichnete Clive Schmitthoff den „Wesenswandel im Rechte des Welthandels“ als eine „der bedeutsamsten Entwicklungen der Nachkriegszeit.“¹ Seitdem ist die diese Entwicklung interpretierende, rechtswissenschaftliche Literatur nicht mehr zur Ruhe gekommen. Schmitthoff formulierte eine Reihe von Fragen nach den Entwicklungsperspektiven des Rechts des Welthandels vor dem Hintergrund einer damals, 1964, schon sehr lebhaften Diskussion über die Herausforderungen eines grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs für das Privat- und Wirtschaftsrecht, für das Internationale Privatrecht und das Völkerrecht. Auch wenn jüngere Gebietsbeschreibungen einzelne andere oder erweiterte Schwerpunkte setzen,² bleibt Schmitthoffs Zugriff auf das Definitions- und Kategorisierungsproblem des internationalen Wirtschaftsrechts ein wertvoller Leitfaden für anschließende Untersuchungen auf diesem Feld. Wo der Handel zwischen „Unternehmen des Ostens und des Westens“³ für Schmitthoffs Definition des Welthandels *als Rechtsgebiet* noch eine wichtige Rolle spielte, spricht zwar heute einiges dafür, diese Perspektivnahme auf ihre Angemessenheit zur Thematisierung des Nord-Süd-Gefälles (oder, in anderen Worten, *core and periphery*)⁴ auf der einen und der Emergenz eines sich möglicherweise global entfaltenden, privaten Wirtschaftsrechts⁵ zu hinterfragen. Dennoch erscheinen viele Beobachtungen Schmitthoffs der schon damals in rasanter Geschwindigkeit auf das nationale Recht treffenden, technologischen und wirtschaftlichen Entwicklungen alles andere als überholt. Die von ihm konstatierten Fortschritte, etwa auf dem Gebiet „des internationalen Gedankenaustausches durch Rundfunk und Fernsehen“, die zu einer „noch nie dagewesenen Schrumpfung der Welt für die breiten Massen geführt“ hätten,⁶ stehen *pars pro toto* für eine heute in nicht absehbarer Entwicklung befindliche, weltumspannende Informations- und Wissensgesellschaft. Deren nur in interdisziplinärer Anlage auszumessende Auswirkungen auf nationalstaatliches Recht, Wirtschaft und Kultur sind wiederum nur Teil einer fortschreitenden Ausdifferenzierung nationaler und internationaler Gesellschaftssysteme.⁷

1 Schmitthoff, Das neue Recht des Welthandels, *RabelsZ* 28 (1964), 47-77, 47.

2 Siehe etwa *Streit/Mangels*, Privatautonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen, *ORDO* 47 (1996), 73-100; *Teubner*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 253-290.

3 Schmitthoff, a.a.O., 48.

4 Siehe etwa *Shalakany*, Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias Under the Spector of Neoliberalism, *Harvard International Law Journal* (Harv. Int'l L.J.) 41 (2001), 419-468.

5 *Teubner*, Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, in: *Weiss/Simon* (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis* (2001), 437-453.

6 Schmitthoff, a.a.O., 48.

7 Siehe etwa *Graz*, Beyond States and Markets: Comparative and Global Political Economy in the Age of Hybrids, *Review of International Political Economy* 8 (2001), 739-748, 740; *Piore/Sabel*, The Second Industrial Divide. Possibilities for Prosperity (1984); *Archibugi/Michie*, Technological globalisation and national systems of innovation: an introduction, in: *Archibugi/Michie* (Hrsg.), *Technology, Globalisation and Economic Performance* (1997), 1-23; *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche

Die Entwicklung des „Welthandelsrechts“ skizziert Schmitthoff in drei Perioden, von denen die erste bis zum Ende des Mittelalters gedauert habe und von einem universalen Gewohnheitsrecht des internationalen Kaufmannsstandes geprägt gewesen sei.⁸ Die zweite Phase habe im 18. und 19. Jahrhundert zu weitreichenden nationalstaatlichen Kodifizierungen geführt, während die dritte, „zeitgenössische“ Phase von einer Denationalisierung geprägt, mit anderen Worten von einem genuin internationalen Charakter gekennzeichnet sei.⁹ Diese historische Skizze erweist sich bei aller augenscheinlichen Grobheit als außerordentlich hilfreich zur Einordnung der gegenwärtigen Entwicklungen, mehr noch aber der sie begleitenden Interpretationen. Die erste Interpretation Schmitthoffs mündet in die Behauptung, dass es sich bei der dritten Phase der Internationalisierung keineswegs um eine Wiederkehr des mittelalterlichen Gewohnheitsrechts handle. Die sogenannte „neue lex mercatoria“ unterscheide sich vielmehr von der ersten Phase dadurch, dass das heutige Welthandelsrecht sich bewusst von den als Ausgangspunkt verstandenen Nationalstaaten autonomisiere und dadurch die beiden früheren Phasen eindeutig abschließe.¹⁰ Die internationalen Rechtsschöpfungen in Form von Staatsabkommen und Modellgesetzen auf der einen Seite und internationalen Handelsbräuchen auf der anderen bilden zusammen den Rechtskörper der neuen lex mercatoria, und diese Polarität bestimmt auch die bis heute andauernde Auseinandersetzung um ihren Rechtscharakter und ihre Bedeutung.

Im Kapitel über die „Entwicklungsmöglichkeiten eines autonomen Welthandelsrechts“ entfaltet Schmitthoff den Sternenhimmel, unter dem sich alle späteren Interpreten tummeln werden. Die Autonomisierung der lex mercatoria vom Recht der Nationalstaaten¹¹ ermögliche die Vernachlässigung der „politische[n], wirtschaftliche[n] und geschichtlich bedingte[n] Verschiedenheiten der nationalen Rechtsordnungen“.¹² In dieser Beobachtung ist, wenn auch im Kontext des Kalten Kriegs eindeutig besetzt, die friedensstiftende und systemübergreifende Tendenz der anationalen Rechtsemergenz angelegt, die nun, vierzig Jahre später, ein wesentliches Element der internationalen

Selbstorganisation (2000); *Soskice*, Globalisierung und institutionelle Divergenz: Die USA und Deutschland im Vergleich, *Geschichte und Gesellschaft* 25 (1999), 201-225; *Albert/Brock/Hessler/Menzel*, Die Neue Weltwirtschaft. Entstofflichung und Entgrenzung der Ökonomie (1999); siehe auch die Beiträge in: *Cutler/Haufler/Porter (Hrsg.)*, Private Authority and International Affairs (1999).

8 *Schmitthoff*, a.a.O., 48 f.

9 Ebda., 49.

10 *Schmitthoff*, a.a.O., 59, mit Verweis auf *Schmitthoff*, *Modern Trends in English Commercial Law*, Nachweis in N. 41. Ebda., 61: „Die neue lex mercatoria [...] nimmt die Existenz des souveränen Nationalstaates als gegeben an und betrachtet sie als Ausgangspunkt...“.

11 Siehe schon *Schmitthoff*, a.a.O., 48: „Dazu kommt noch, dass man heutzutage den Nationalstaat nicht mehr als das Maß aller Dinge ansieht...“ (wobei hier im Kontrast allerdings supranationale Gebilde wie die Vereinten Nationen und die EWG genannt werden).

12 *Schmitthoff*, a.a.O., 60.

Corporate Governance Debatte ausmacht, wo Begriffe wie Frieden und nachhaltige Entwicklung sich scheinbar problemlos an die Weiterentwicklung der corporate responsibility in Richtung einer sozialen und ökologischen Unternehmensverantwortung anfügen.¹³ Aber die Zukunft eines universalisierten Welthandelsrechts als *Weltrecht von Weltbürgern* war wegen ihrer Blindheit gegenüber ihren geschichtlichen Wurzeln schon im Moment ihrer Formulierung vergangen. Im Moment der vermeintlichen Befreiung des Privatrechts von seinen nationalstaatlichen Beschränkungen droht die Fragilität der Utopie der Privatautonomie vergessen zu werden und die Utopie verloren, weil sie nicht mehr als solche verstanden wird. Die Beobachtung Schmitthoffs und der von ihm zitierten Juristen aus Schweden und Frankreich,¹⁴ dass „das Prinzip der Parteiautonomie im internationalen Handelsrecht mehr und mehr an Bedeutung zunimmt, während es gleichzeitig in internen nationalen Rechtsordnungen an Bedeutung verloren hat, weil der Staat es in mehr oder minder weitgehendem Maße im Interesse der Allgemeinheit eingeschränkt hat“, ist bis heute folgenschwer und tonangebend für die lex mercatoria Debatte geblieben. Die hier zum Ausdruck kommende Sichtweise auf Privatautonomie blendet ihren Gegenstand – die konkrete Realität von „Vertragsfreiheit“ im Wirtschaftsverkehr und im sozialen Rechtsstaat – gänzlich aus. Das Schicksal der Parteiautonomie, des Prinzips der Vertragsfreiheit in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, deren Ausdifferenzierung im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, im Arbeits-, Miet- und Kaufrecht¹⁵ und die Konstitutionalisierung des Privatrechts nicht zuletzt durch das Bundesverfassungsgericht¹⁶ soll und kann für die Autonomisierung eines vom Nationalstaat befreiten Welthandelsrechts kein Thema sein. Vielmehr muss die Vertragsfreiheit im Rahmen eines allein der Überwindung aller Gängeleien eines vermeintlich freien, ‚reinen‘ Privatrechts verpflichteten Strebens zum polemischen Anathema geraten. Dabei ist die Naivität der Entdecker in erster Linie dem Zustand der Überwältigung geschuldet, in dem sie sich befinden, seit sie mit ihren

13 Siehe jüngst *Cornelius/Kogut*, Introduction: Corporate Governance Flows in a Global Economy, in: *Cornelius/Kogut* (Hrsg.), *Corporate Governance Flows in a Global Economy* (2003), 1-24; siehe weiter die Beiträge in: *Lazonick/O'Sullivan* (Hrsg.), *Corporate Governance and Sustainable Prosperity* (2002).

14 *Schmitthoff*, a.a.O., 69.

15 Siehe dazu *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit, in: *Badura/Scholz* (Hrsg.), FS Lerche (1993), 873-891; *ders.*, AcP 2000; *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts (1994); siehe dagegen etwa *Limbach*, Forum: Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, 10-15; *Brüggemeier*, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: Assmann, Hans-Dieter/Brüggemeier, Gert/Hart, Dieter/Joerges, Christian (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, 9-81; *Hart*, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, AG 1984, 66-80.

16 Siehe hierzu etwa *Oeter*, Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), 529-563; *Classen, Claus Dieter*, Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), 65-107; *Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171-260; *ders.*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, Jura 1997, 57-64; umfassend jüngst *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz. Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive (2001); *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001); siehe zur Handelsvertreter- und Bürgschaftsentscheidung und den zwei Ehevertragsentscheidungen des BVerfG auch *Zumbansen*, Public Values, Private Contracts and the Colliding Worlds of Family and Market, *Feminist Legal Studies* 11 (2003), 73-87.

Wissenschaften, Begriffen und Methoden in das Zeitalter des grenzüberschreitenden Informations-, Kapital-, Güter- und Dienstleistungsflusses, in die Welt des ‚Rechts offener Staaten‘ und der Herausforderung der Völkerrechts- und Friedensordnung durch das Auftreten nicht-staatlicher Akteure eingetreten sind. In dem Maße, in dem von den Kreuzrittern des neuen Welthandelsrechts zu Beginn des 21. Jahrhunderts Räume autonomen Rechts für autonome Akteure jenseits nationaler Grenzen und historisch gewachsener Rechts- und Wirtschaftskulturen gesucht werden, kommt es zur ironischen Verkettung der Emergenz transnationalen Wirtschaftsrechts mit zivilgesellschaftlichen Erosionserscheinungen der Westfälischen Völkerrechtsordnung.¹⁷ In der Einsicht in die Notwendigkeit der Entwicklung neuer, angemessener Semantiken zur Erfassung und rechtlichen Systematisierung der sich verändernden Handlungsregimes internationaler Organisationen, NGOs und Unternehmen¹⁸ richtet sich der Blick nach vorne und damit auch – ins Leere. Semantiken des Privatrechts und des öffentlichen Rechts haben in den Nationalstaaten des Kontinents die langen Auseinandersetzungen um die jeweilige Bereichsabgrenzung, um Rechte und Pflichten, um ‚neue Risiken und neue Rechte‘ in so folgenschwerer Weise geprägt, dass es schon aus diesem Hintergrund ein Wunder sein müsste, wenn mit der Ausbildung und Veränderung neuer Handlungsformen auf globaler Ebene gleichsam unmittelbar auch ein „globales“ Vokabular einer globalen Rechtswissenschaft zur Verfügung stünde.¹⁹ Vor diesem Hintergrund möchte sich der vorliegende Beitrag um ein genaueres Verständnis der *lex mercatoria* und ihrer Rolle in der Rechtswissenschaft bemühen. Die folgenden Ausführungen begründen die These, dass die viel beschworene Autonomie der *lex mercatoria* nur um den Preis des Vergessens ihrer Wurzeln im Privat- und Wirtschaftsrechtsdenken der Nationalstaaten zu haben ist.

II. DAS MYSTERIUM LEX MERCATORIA

„Perhaps (...) the three arbitrators, like hundreds of international arbitrators before them, did not realize that they were applying *lex mercatoria*. But I believe the decision

17 Siehe hierzu *Teubner*, Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, in: *Weiss/Simon (Hrsg.)*, Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis (2001), 437-453; *Zumbansen*, Die vergangene Zukunft des Völkerrechts, *Kritische Justiz [KJ]* 34 (2001), 46-68; *Zumbansen*, Spiegelungen von Staat und Gesellschaft: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte, *ARSP-Beiheft* 79, 79 (2001), 13-40.

18 Siehe etwa die Beiträge in *Chandler/Hagström/Sölvell (Hrsg.)*, The Dynamic Firm. The Role of Technology, Strategy, Organization and Regions (1998); *Archibugi/Michie (Hrsg.)*, Technology, Globalisation and Economic Performance (1997).

19 Siehe hierzu *Möllers*, Globalisierung der Jurisprudenz, in: *Anderbeiden/Huster/Kirste (Hrsg.)*, Globalisierung und Gerechtigkeit als Probleme der Steuerungsfähigkeit des Rechts, *ARSP Beiheft* 79 (2001), 41 ff. Auch die jüngste Welle der Diskussion über die Reform der Juristenausbildung gibt wenig Anlass zu entsprechenden Hoffnungen: vgl. die Nachweise in: *Zumbansen*, Das soziale Gedächtnis des Rechts, oder: Juristische Dogmatik als Standeskunst, in: *Joerges/Teubner (Hrsg.)*, Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie (2003), im Erscheinen.

was correct – legally and mercantilely – as was confirmed by its acceptance by both parties.”²⁰

Die rechtswissenschaftliche Literatur zur *lex mercatoria* ist eindrucksvolles Zeugnis anhaltenden Unbehagens. So scheint unter Praktikern und Akademikern auch nach jahrzehntelanger Forschung und Diskussion kein Konsens darüber herzustellen sein, welchen Umfang und welche Qualität das Recht der *lex mercatoria* hat und, vor allem, in welchem Verhältnis diese Rechtssätze zu den Normen der nationalstaatlichen ‚Privatrechtsgesellschaft‘²¹ stehen. Trotz der überwältigenden Menge an empirischem Material²² ist kein Ende des „Glaubenskampfs“²³ abzusehen. Dabei stehen die Verfechter eines transnationalen, autonomen Handelsrechts²⁴ den Skeptikern²⁵ gerade deswegen so unversöhnlich gegenüber, weil beide Ansichten lediglich die äußeren Spitzen von weiter gehenden Annahmen über die Normbildung und Normsetzung im internationalen Wirtschaftsverkehr sind.²⁶ Die schon am Begriff der ‚Transnationalität‘ ansetzenden Dispute²⁷ erhellen die sehr unterschiedliche Sichtweisen auf die Zukunft des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs, der hieran beteiligten Akteure, und insbesondere der Rolle, die privaten Unternehmen, internationalen Organisationen und Staaten hierbei zukommt. Weil die auf der Ebene der Nationalstaaten in den letzten drei Jahrzehnten stattgefundenen radikalen Veränderungen in den Bereichen der Produktion und des Absatzes von Handelsgütern durch Flexibilisierung, Outsourcing, Just-in-Time-

-
- 20 Andreas F. Lowenfeld, *Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View*, in: Thomas Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Rev. Ed., 1998, 71-91, 83.
- 21 Siehe zum Begriff der Privatrechtsgesellschaft vor allem Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO 17 (1966), 75-151; s.a. die bemerkenswerte Debatte zwischen *Mestmäcker*, *Günther* und *Stolleis* in: *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), 177 ff., *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), 473 ff., 500 ff.
- 22 Siehe etwa *Schanze*, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht* (1986); *Berger*, *Arbitration Interactive. A Case Study for Students and Practitioners* (2002); *Lörcher*, *Neue Verfahren der internationalen Streiterledigung in Wirtschaftssachen* (2001): siehe auch die Datenbank der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit unter <http://www.dis-arb.de>. Vgl. auch die jüngst begonnenen Zeitschriften *SchiedsVZ* und *IDR* (*International Journal of Dispute Resolution*).
- 23 *Teubner*, *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 253-290, 264; *Stein*, *Lex Mercatoria*, 5: „Befürworter wie Gegner tragen mit großer Phantasie und bedrohlich anwachsendem Variantenreichtum, aber auch mit den entsprechenden unvermeidlichen Fehlverständnissen das Ihrige dazu bei, ein breites Modellangebot der *lex mercatoria* zu etablieren oder zu bekämpfen.“ Ebd., 6: „...postmoderne[r] Ideologiestreit par excellence...“
- 24 *Stein*, *Lex Mercatoria. Realität und Theorie* (1995); *Teubner*, *Globale Bukowina*; *Berger*, *The New Law Merchant and the Global Market Place. A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, in: *Berger (Hrsg.)*, *The Practice of Transnational Law* (2001), 1-22.
- 25 Siehe nochmals *Schanze*, *Investitionsverträge*; *ders.*, *Regulation by Consensus: The Practice of International Investment Agreements*, *JITE* 144 (1988), 152-171.
- 26 Siehe K.-P. *Berger*, *Formalisierte oder schleichende Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts* (Berlin/New York: Walter de Gruyter 1996), 29 ff. m.w.N. [engl. Ausgabe: *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (1999)]; siehe auch die sehr gut gestalteten Seiten: <http://www.asser.nl/ica/indxica.htm>, <http://www.lexmercatoria.org>, and <http://www.icwbo.org>.
- 27 Siehe die weiterführenden Hinweise bei *Stein*, *Lex Mercatoria*, 2 f.

Verträge und Unternehmensnetzwerke²⁸ auf globaler Ebene ihre Entsprechung in einer immer weiter fortschreitenden internationalen Arbeitsteilung finden, kann aber eine Proliferation von Normen und Institutionen nicht überraschen, die von den Wirtschaftsakteuren teils in Anspruch genommen, teils selbst mit hervorgebracht wird.²⁹ Die sich in dieser Situation aufdrängende Forschungsaufgabe muss in erster Linie auf die weitere Erhellung der Hintergrundannahmen und Weltbilder zielen, die zwischen den Zeilen der reichhaltigen Literatur für und gegen die *lex mercatoria* versteckt sind. Es sind gerade diese Vorverständnisse, die auf allen Seiten des „postmodernen Ideologiestreits *par excellence*“³⁰ verantwortlich sind für die Beschreibung und Rechtskritik an der *lex mercatoria*. Nach einer sehr treffenden Charakterisierung stehen sich in dieser Auseinandersetzung „Traditionalisten“ und „Transnationalisten“ gegenüber³¹, wobei diese Kennzeichnungen keineswegs die Dimensionen der tieferliegenden Opposition erschöpfend wiedergeben können. Die Vielschichtigkeit der berührten Tatsachenebenen und der daran geknüpften Interpretationen und theoretischen Elaborationen setzen jeden Versuch, endlich klare und von allen Diskussionsbeteiligten akzeptierte Problembeschreibungen und Definitionen zu entwickeln, unweigerlich der Gefahr aus, das Thema letztendlich wieder verfehlt zu haben.³²

Der von den Transnationalisten immer wieder unterstrichene Wert der *lex mercatoria* als einer von den beteiligten Wirtschaftsakteure hervorgebrachten autonomen Rechtsordnung bestehe vor allem darin, die einzig angemessene Antwort auf einen in virtueller Geschwindigkeit ablaufenden und eine Vielzahl unterschiedlicher, privater Akteure wie Kaufleute, Banken, Industrieunternehmen, Versicherer und Anwälte involvierenden Wirtschaftsverkehr zu liefern. Die im Herzen des Prinzips der Vertragsfreiheit begründete

28 Ob es sich hierbei tatsächlich um ‘globale’ oder vielleicht doch nur um ‘regionale’, ‘eingebettete’ Netzwerke handelt, ist Gegenstand einer intensiven Auseinandersetzung; siehe etwa R. Boyer/J.R. Hollingsworth, *From National Embeddedness to Spatial and Institutional Nestedness*, in: *dies.*, (eds.), *Contemporary Capitalism. The Embeddedness of Institutions* (1996), 433-484; P.A. Hall/D. Soskice, *An Introduction to Varieties of Capitalism*, in: *dies.* (eds.), *Varieties of Capitalism* (2001) 1-68, 8; M. Wortmann, *What is new about „global“ corporations?*, WZB (*Wissenschaftszentrum*) Berlin, Discussion Paper FS I 00-102, Dezember 2000; L.W. Pauly/S. Reich, *National structures and multinational corporate behavior: enduring differences in the age of globalization*, in: *51 International Organization* 1-30 (1997)ss.

29 E.Schanze, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht* (Frankfurt: Metzner 1986); Fr. Snyder, *Global Economic Networks and Global Legal Pluralism*, EUI Working Paper Law No. 99/6; G. Teubner, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, in: *id.* (ed.), *Global Law Without a State* (Aldershot: Dartmouth 1997), 3-28; R. Whitley, *The Institutional Structuring of Business Transactions*, in: R. Appelbaum/W. Felstiner/V. Gessner (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions* (Oxford: Hart 2001), 73-99; G.-P. Calliess, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System*, in: *2 German Law Journal* No. 17 (1 November 2001), abrufbar unter: <http://www.germanlawjournal.com> (search: *lex mercatoria*), oder direkt unter http://www.germanlawjournal.com/past_issues.php?id=109.

30 *Stein*, *Lex Mercatoria*, 6.

31 *Berger*, *The New Law Merchant*, 1.

32 Siehe *Stein*, *Lex Mercatoria*, 3: „Jede Behandlung des Themas muß deshalb mit dem Einwand leben, sie beschäftigt sich mit dem falschen Thema.“

Dispositionsmacht der Akteure zur privatautonomen Ausgestaltung internationaler Infrastrukturprojekte durch Verträge („regulation by consensus“³³) ist zum einen die grenzüberschreitende Fortsetzung einer sich schon lange vollziehenden, wirkungsmächtigen Weiterentwicklung des Vertragsrechts von punktuellen Vereinbarungen hin zu vertrags- und organisationsrechtliche Elemente verbindenden Langzeitverbindungen, die die Parteien und Gerichte vor besondere Herausforderungen stellen.³⁴ Zum anderen aber ist die *Vertraglichung* der Rechtsordnung ein wesentliches Merkmal heutiger Steuerung der Gesellschaft durch Recht. Während eine intensivere Kommunikation zwischen Verwaltungswissenschaft und Privatrechtstheorie – jedenfalls hierzulande – immer noch auf sich warten lässt, ist das wissenschaftliche Schrifttum in den jeweiligen Teildisziplinen zur Ergänzung und Ersetzung von Verwaltungsakten durch Verträge, zur Gesetzes- und Verordnungsumsetzung im Wege der Verhandlung zwischen Verwaltung und Bürger und zur Risikosteuerung durch Vertrag schon nicht mehr überschaubar.³⁵

1. DAS RECHT DER INTERNATIONALEN SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

Auch das Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit³⁶ präsentiert sich in vielerlei Hinsicht als ein Mythos³⁷, als ein nicht zu leugnendes und verheißungsvolles, aber auch

33 Siehe E.Schanze, Regulation by Consensus: The Practice of International Investment Agreements, JITE 144 (1988), 152-171, 152: '(...) „legislation“ (...) is mainly carried out by consensus and formalized in extensive contracts which usually have the force of law.'

34 Siehe zur Rezeption des amerikanischen Langzeitvertragsdenkens im deutschen Recht besonders *Oechler*, Wille und Vertrauen im modernen Austauschvertrag. Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik, *RabelsZ* 60 (1996), 91-124.

35 Siehe zum Beispiel *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1996), 235-282; *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *Deutsches Verwaltungsblatt [DVBl.]* (1996), 950-964, *Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtentwicklung, *Die öffentliche Verwaltung [DÖV]* (1997), 433-442, *Freeman*, The Private Role in Public Governance, *New York University Law Review* 75 (2000), 543-675, *Brownsword*, Contract Law, Co-operation, and Good Faith: The Movement from Static to Dynamic Market Individualism, in: *Deakin/Michie (Hrsg.)*, Contracts, Co-operation, and Competition. Studies in Economics, Management and Law (1997), 255-284; *Esser*, Institutionalizing Industry: The Changing Forms for Contract, *Law and Social Inquiry* (1996), 593-629; siehe weiter die Beiträge von *Damm*, *Gerstenberg*, *Ladeur* und *Pitschas* in: *Hart (Hrsg.)*, Privatrecht im "Risikostaat" (1997); *Zumbansen*, Vertragsregimes im "Dritten Sektor", in: *Walz/Schmidt/Kötz (Hrsg.)*, Non Profit Law Yearbook (2003), im Erscheinen; ders., Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag (2000), 192 ff.

36 Siehe hierzu Dirk Lehmkuhl, Transnational Commercial Arbitration: Conflict-Resolution Denationalized or in the Shadow of Law?, Manuskript, Max-Planck Projekt-Gruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 2000, der darauf hinweist, dass das Dispute Settlement System der WTO eine Streitbeilegung nur zwischen Staaten zulässt. Während diese Einrichtung demnach *international* ausgerichtet ist, geht es im folgenden um die Kennzeichnung und nähere Betrachtung solcher grenzüberschreitenden Beziehungen, die zwischen Privatparteien bestehen und hier das Bedürfnis nach einem Streitbeilegungsmechanismus begründen; s. auch ders., Commercial Arbitration: A Case of Private Transnational Self-Governance, Manuskript, MP-PG RdG, Bonn 2000; Berger 1996, 27: „Die fehlende Einbeziehung der nationalen Gesetzgeber rüttelt an den Grundfesten rechtstheoretischer Vorstellungen des rechts als staatlich-souverän dekretierte Sozialkontrolle...“. Vgl. ebda., 35 ff. zur Begriffsverwirrung bezüglich des terminus *lex mercatoria*.

heftig bekämpftes Mysterium und Rätsel, welches – bereits dem Morgen zugehörig – doch unablässig mit Mitteln des Heute gelöst werden muss. Die unbürokratisch-effiziente Erledigung von Konflikten außerhalb eines grau in grau gehaltenen Gerichtssaales, vermeintlich ohne kostenträchtige und zeitraubende Schriftsatzschlachten, scheint ebenso für das Schiedsrecht zu sprechen wie die Tatsache, dass viele der großen Rechtskonflikte eine so große Anzahl verschiedener Parteien involvieren, dass die Konzentration des Streitgegenstands vor einem nationalen Gericht vielen international tätigen Anwälten und Unternehmen unpraktisch erscheint. Gleichzeitig verbindet sich mit dem Schiedsrecht noch die Vorstellung, hier würden, gleichsam ohne äußere Einflussnahme, alle Beteiligten befriedigende Lösungen finden können.³⁸ Damit verbunden ist die ehrfurchteinflößende Aura, die diejenigen *arbitrators* umgibt, denen die Wirtschaftstitanen mehr vertrauen als den professionellen Richtern in den Staaten dieser Welt.³⁹ Wie aber steht es um den Rechtscharakter dieses Schiedsrechts? Was bedeutet seine Praxis für das Selbstverständnis nationalstaatlicher Rechts- und Verfahrensordnungen? Wichtiger aber die Frage: was bedeutet es für die Art und Weise der Institutionalisierung eines transnationalen Rechtsschutzsystems als eines der zentralen Pfeiler der sich nicht nur jenseits nationalstaatlicher, sondern auch international und supranational verfestigenden Wirtschaftsgesellschaft?

Das hier aufgegriffene Beispiel der transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit soll es ermöglichen, Phänomene transnationaler Rechtsproduktion vor dem Hintergrund gewachsener Staats- und Rechtskulturen in zweifacher Hinsicht zu untersuchen. Zum einen geht es um die Empirie und die Beschreibung solcher Phänomene und deren Kontrastierung mit nationalstaatlich gewohnten Verfahren und Institutionen.⁴⁰ Zum anderen geht es um die Erforschung der Lernerfahrungen im Bereich von Justiz und Streitschlichtung, die wir im Rahmen unserer nationalstaatlichen Rechts-, Staats- und Gesellschaftsordnung gemacht haben und die – so die hier vertretene These - in autoritativer Weise unsere Wahrnehmung und

37 Siehe etwa *Delaume*, *The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts*, in: *Thomas E. Carbonneau (ed.)*, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Rev. Ed. (1998), 111; s.a. *Keith Hight*, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, ebda., 133.

38 *Berger* 1996, 24, sieht mit Ernst Kramer in der „Privatisierung der Rechtsbildung“ einen „Paradigmawechsel im internationalen Wirtschaftsrecht“; vgl. zu weiteren Beobachtungen dieser Privatisierungen die Nachweise bei *Berger* 1996, 25 FN. 101.

39 Eine eindrucksvolle rechtssoziologische Beschreibung dieser Kreise bieten *Dezalay/Garth*, *Dealing in Virtue*, Chicago U. Press: Chicago 1996; siehe die Kritik an *Dezalay/Garth* bei *Berger*, *The New Law Merchant* (2001), 9-11 (verzerrende Nord-Südperspektive), hierzu auch *Shalakany*, *Arbitration and the Third World: Reassessing Bias Under the Specter of Neoliberalism*, 41 *Harv. Int'l. L.J.* 419-468 (2000).

40 Siehe *Graz*, *Beyond States and Markets: Comparative and Global Political Economy in the Age of Hybrids*, *Review of International Political Economy* 8 (2001), 739-748, 743: „The theoretical underpinning of institutional analysis is indeed to embed business practice in its institutional environment; be it the market, the hierarchy of the firm, or the state.“ Vgl. hierzu weiter *Whitley*, *The social construction of economic actors: institutions and types of firm in Europe and other market economies*, in: *Whitley/Kristensen (Hrsg.)*, *The changing European firm. Limits to convergence* (1996), 39-66; *Whitley*, *The Institutional Structuring of Business Transactions*, in: *Gessner/Appelbaum/Felstiner (Hrsg.)*, *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions* (2001), 73-99.

Bewertung transnationaler Rechtsinstitutionen und –akteure prägen. Fraglich ist, ob der Nationalstaat als der einzig mögliche und vermeintlich allein erstrebenswerte Rahmen für die Konzeptualisierung von Recht und Regierung, von Autonomie und Kontrolle verstanden werden kann. Bedeutet der Aufstieg transnationaler und supranationaler Institutionen das Ende des (National-) Staates und der mit ihm assoziierten Regulierungsformen, oder müssen wir vielmehr von einer fundamentalen Veränderung der *Staatlichkeit* selber ausgehen? Ein Verständnis dieser Veränderungen⁴¹ und ihrer Auswirkungen auf das zu gewinnende Verhältnis zu der Globalisierung des Rechts bedarf der kritischen Anerkennung der historisch-politischen Erbschaften des Nationalstaats und seines Rechts. Es geht also darum, zunächst aufmerksam nach gewachsenen Strukturen zu schauen, um vor diesem Hintergrund die Forderungen zu diskutieren und zu kritisieren, die sich in normativer Hinsicht mit Blick auf die Institutionen und Akteure transnationalen Rechts stellen.⁴² Nach über zehn Jahren intensiver Forschung über das Verhältnis von ‚Staaten und Märkten‘ (*Susan Strange*) ist die anfängliche Hoffnung auf die Ersetzung ungelenker und hierarchischer Steuerung durch Nationalstaaten durch global agierende private Akteure einem sehr viel differenzierteren Bild gewichen: der Staat nimmt weiterhin eine eminent wichtige Rolle bei der Koordinierung und der Begleitung der sich zweifellos in verstärktem Maße herausbildenden neuen ‚governance‘-Formen.⁴³ So wiederholt sich hier, wie schon auf der Ebene des

41 Siehe für das Verwaltungsrecht *Möllers*, Reform des Verwaltungsrechts – Möglichkeiten und Grenzen eines wissenschaftlichen Diskurses in Deutschland, EUI Working Paper Law No. 2001/10, European University Institute, Florenz 2001.

42 Siehe zu entsprechenden Forschungen auf dem Gebiet des Europarechts etwa *Joerges*, „Good Governance“ im Europäischen Binnenmarkt: Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepten und deren Aufhebung, RSC Working Paper No. 2001/29 (Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Florence), September 2001, 3-29, 22 ff. Vgl. ebda., 5 ff. für eine *Spurensicherung* gegenüber nationalstaatlicher und insb. bundesrepublikanischer rechtswissenschaftlicher und wirtschaftspolitischer Hintergründe europäischer Integrationskonzepte. Die hier erfolgende Dechiffrierung der wirtschaftspolitischen Grundlegung der EWG ff. vermag die Frage nach der „Wirtschaftsverfassung“, *i.e.* der politischen Verfassung der Wirtschaft im Recht, ebenso wirkungsvoll neu zu stellen wie die in der Zwischenzeit etwas in den Hintergrund gerückte Kritik am „Demokratiedefizit“ der EU; vgl. auch *Joerges*, Das Recht im Prozeß der Konstitutionalisierung Europas, EUI Working Paper (Law) No. 2001/6; ders., Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts, in: *RabelsZ* 43 (1979), 6-79, 20 f., 75. Zur Bedeutung der Wirtschaftsverfassung vgl. bereits *R. Wiethölter*, Art. Bürgerliches Recht, Art. Wirtschaftsrecht, in: *A. Görlietz* (Hrsg.), Handwörterbuch zur Rechtswissenschaft, Darmstadt 1972, 47-55, 531-539; *ders.*, Franz Böhm (1895-1977), in: *B. Diestelkamp/M. Stolleis* (Hrsg.), Juristen an der Universität Frankfurt am Main, Baden-Baden 1989, 208 ff.; *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, Baden-Baden 2000, 254 ff.; *D. Wielsch*, Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft, Baden-Baden 2001, 82 ff.

43 Siehe *Thürer*, The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State, in: *Hofmann* (Hrsg.), Non-State Actors as New Subjects of International Law. International Law - From the Traditional State Order Towards the Law of the Global Community (1999), 37-58; zu Fragen der internationalen Zusammenarbeit im Bereich der Finanzpolitik siehe etwa...; zum Herausforderungsdruck auf das Völkerrecht siehe weiter *Hobe*, Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, *Archiv für Völkerrecht [AVR]* 37 (1999), 253-282.

Staates der post-industriellen Gesellschaft⁴⁴, nicht das Ende des Staates, sondern eine weitreichende und noch lange nicht erschöpfend beschriebene Veränderung der Staatlichkeit.

2. HIERARCHIE DER RECHTSQUELLEN IN EINER HETERARCHISCHEN ORDNUNG

Die Vereinbarung von Schiedsgerichtsklauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen eignet sich vor dem Hintergrund einer bemerkenswerten Strukturierung, ja Konstituierung des transnationalen Rechts durch seine privatrechtlichen Subjekte.⁴⁵ So hat eine in jüngerer Zeit vom CENTRAL (damals Münster) durchgeführte Studie gezeigt, dass diese Akteure im Falle einer Bezugnahme auf transnationales Recht in großer Zahl nacheinander an „allgemeine Rechtsgrundsätze“ (*general principles of law*), die „lex mercatoria“, die „UNIDROIT Prinzipien internationaler Wirtschaftsverträge“ und schließlich an „transnationale Rechtsprinzipien“ (*transnational principles of law*) anknüpfen.⁴⁶ Ungeachtet der Tatsache, dass die vermeintliche vertragliche Vereinbarung der lex mercatoria immer wieder Zweifel hervorruft,⁴⁷ bleibt eine starke Unsicherheit hinsichtlich der Konturen und des genauen regulativen Inhalts dieses facettenreichen Rechtskörpers vorhanden.⁴⁸ Bemerkenswert ist dabei der Riss zwischen Rechtsanwälten des Kontinents und solchen mit einem common law Hintergrund: „...this attitude reflects the deep-rooted orientation towards formal reasoning and bright-line rule in English law.“⁴⁹ Diese Zurückhaltung vieler angelsächsischer Anwälte gegenüber der als zu vage und unsicher empfundenen lex mercatoria führte denn auch zu einer deutlichen Formalisierung des internationalen Schiedsrechts in den achtziger Jahren,

44 Siehe weiterhin: *Bell*, Die postindustrielle Gesellschaft (1996).

45 Siehe etwa *Schanze*, Regulation by Consensus: The Practice of International Investment Agreements, JITE 144 (1988), 152-171, 152: „(...) ‚legislation‘ (...) is mainly carried out by consensus and formalized in extensive contracts which usually have the force of law.“; jüngst *Güntber/Randeria*, Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung (oben Fn. 17), 52 ff.; *Teubner*, Privatregimes (oben Fn. 17); *Berger*, The New Law Merchant (2001), 13: „The making of transnational law is ‚privatized‘. In this transnational context, however, ‚codification‘ does not mean production, but ‚reproduction‘ of the law. Private Working Groups, even when they are acting under the umbrella of a formulating agency, are not the lawmakers of the lex mercatoria. The new lex mercatoria is created by the parties to international commercial transactions and their arbitral tribunals.“ *Joerges*, Vorüberlegungen (oben Fn. 7), 40: „Die Rechtswissenschaft ist an diesen Entwicklungen zumeist fördernd und nur selten kritisch beteiligt.“

46 Siehe *Berger/Dubberstein/Lehmann/Petzold*, The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration, in: *Berger (ed.)*, The Practice of Transnational Law, The Hague, 2001, 91-113, 105; vgl. hierzu auch *Nottage*, in: Journal of International Arbitration (im Erscheinen).

47 *Schmitthoff*, a.a.O.

48 Ebda., 194; vgl. schon *Berger* The New Law Merchant and the Global Market Place: A 21st Century View of Transnational Commercial Law, Int. A.L.R. 2000, 91-102, 91 [jetzt auch in: *Berger (ed.)*, The Practice of Transnational Law, The Hague (Kluwer) 2001, 1-22] mit Verweis auf eine 1995 weltweit unternommene Umfrage.

49 *Nottage* (oben Fn. 46), 2; siehe hierzu auch *Lovenfeld*, Lex Mercatoria (oben Fn. 20), 71 f.; siehe zur transatlantischen Verschiedenheit der Hauptinstrumente der lex mercatoria, der Verträge, John Langbein, Comparative Civil Procedure and the Style of Complex Contracts, American Journal of Comparative Law 35 (1987), 381-394.

wobei nach Meinung einiger in jüngerer Zeit eine deutliche Gegenbewegung zu verzeichnen sei.⁵⁰ Die Bedeutung des transnationalen Schiedsrechts für den Wirtschaftsverkehr⁵¹ legt zumindest nahe, sich dieser komplexen Gemengelage unterschiedlich gelagerter Rechtsquellen in methodologischer Hinsicht zu nähern. Wie Emmanuel Gaillard unlängst zur Zerschlagung des Knotens in der *lex mercatoria* Diskussion vorgeschlagen hat, sollte die Aufmerksamkeit nicht so sehr auf den *Inhalt* der *lex mercatoria* gelegt werden, sondern vielmehr auf ihre *Quellen*.⁵² Der Fokus auf die Rechtsqualität der *lex mercatoria* führt regelmäßig zu Grundsatzauseinandersetzungen über die Existenzmöglichkeit eines Rechts außerhalb der von Nationalstaaten gesetzten Normen und verstellt damit den Blick auf die tatsächlichen Normsetzungstätigkeiten, wie sie von transnationalen Akteuren vorgenommen werden. Gleichzeitig droht hier aber die Gefahr, in jeder Wirtschaftsvereinbarung „Recht“ zu erkennen und so dem Wirtschaftsverkehr eine Legitimität zuzusprechen, die ihn in der Konsequenz gegenüber jeder rechtlichen und politischen Kritik immunisieren könnte. Ob die Betonung der andersartigen, *autonomen* Rechtsordnung allerdings, wie Gaillard meint, jedoch schon deswegen abgelehnt werden kann, weil sie ordnungstheoretisch am Modell „Markt“ orientiert ist und sich dem letztlich doch zu pauschalen Vorwurf des „laissez faire-Liberalismus“ ausgesetzt sieht, muss bezweifelt werden. Denn dass die juristische Aufarbeitung des Sachverhalts eines komplexen multilateralen Konsortialvertrages internationaler Akteure mit viel feinerem rechtstatsächlichem und –dogmatischem Instrumentarium angegangen werden muss, als ein lokaler Bierlieferungsvertrag, ist – laissez faire hin, laissez faire her – die nicht zu leugnende Erfahrung der Arbitrators.⁵³ Dennoch ist Gaillard dort zuzustimmen, wo er auf die Besonderheit der die *lex mercatoria* kennzeichnenden Rechtswahl hinweist, wonach die Akteure immer wieder von verschiedenen Rechtsordnungen Elemente in ihre Vereinbarung übernehmen, ständig auf der Suche nach der angemessensten Regelung, die oft genug selbst das Ergebnis der nationalstaatsrechtlichen Adaption an diese besonderen Erfordernisse darstellt.⁵⁴

50 Nottage (oben Fn. 46), 2; Berger, *The New Law Merchant* (oben Fn. ...); ders. 1996, 111 ff.

51 Nottage (oben Fn. 46), 1, unter Verweis auf Sir Roy Goode, der in der Festschrift für Francis Reynolds (London 2000, 245) feststellt: „...the attention given to these new doctrines [of an autonomous *lex mercatoria* enforced by an anational arbitration procedure leading to a stateless award] has been in inverse proportion to their practical impact.“ Siehe aber die Beiträge in Berger (ed.), *The Practice of International Law*, deren Autoren allesamt die große Bedeutung der *lex mercatoria* unumwunden anerkennen, um vor diesem Hintergrund direkt nach angemessenen Formen ihrer Behandlung zu fragen.

52 Emmanuel Gaillard, *Transnational Law: A Legal System of a Method of Decision-Making?*, in: Berger (ed.), *The Practice of Transnational Law*, The Hague (Kluwer) 2001, 53-66, 55; ebenso Lowenfeld, *Lex Mercatoria* (oben Fn. 20), 85 f.

53 Siehe etwa Lowenfeld, *Lex Mercatoria* (oben Fn. 20), 76 ff., 80: „Note that as I (...) view it, *lex mercatoria* is not some arcane mystery, open only to anointed guardians of an ambiguous flame. It is perfectly appropriate, in my view, for counsel to submit argument to the tribunal about the content of the *lex mercatoria*, as well as about the usages of the particular trade and the circumstances on which the parties had or fairly could have relied.“ Siehe auch schon Schmitthoff, a.a.O., 70.

54 Gaillard, *Transnational Law*, 55.

2.1 Kodifikation oder Anwendung

Dahinter steht freilich die bedeutende Frage, wo die Akteure das Recht der *lex mercatoria* tatsächlich auffinden. Finden Sie es in Kompilationen („Listen“) von Normen für den transnationalen Wirtschaftsverkehr oder in einer spezifischen Art und Weise der Rechtsanwendung selber, also in seiner Methode? Während der Hinweis auf einzelne Listen die Kritik nach sich zog, dass diese angesichts der facettenreichen und höchst beweglichen Rechtspraxis der *lex mercatoria* ungenügend seien, haben gerade differenziertere und umfangreiche Listen einen regelrechten Umschwung bewirkt: nun stellt sich die Frage, ob es – etwa außerhalb der UNIDROIT-Prinzipien⁵⁵ – überhaupt noch quasi „frei schwebendes“ Recht der *lex mercatoria* geben kann.⁵⁶ Der auf Auslegung und Anwendung ausgerichtete methodenorientierte Erklärungsansatz baut dagegen auf klassische Mittel der Rechtsfindung, indem „precedent“, „interpretation“ und „commentary“ zu den zentralen Instrumenten werden.⁵⁷ Auch wenn ein eindeutiger Gewinn an Flexibilität nicht zu leugnen ist, scheint der anti-kodifikatorische Ansatz gegen die Gefahr einer letztlich nur schwer kontrollierbaren Richtermacht, die sich unter Zugriff auf „weitestmögliche“ Verbreitung eines favorisierten Rechtsatzes und unter Zurückweisung nationalstaatlicher „Idiosynkrasien“⁵⁸ zu entfalten droht, kaum gewappnet. Zwar ist es verlockend, in diesem Zusammenhang vielleicht öfter die Aussage zu hören: „Gewohnheitsrecht muss auch einmal anfangen“, ob sich aber eine solche Rechtsbegründung noch in den existierenden Rahmenbedingungen, die eben eine staatliche Korrektur des Schiedsspruches vorsehen, noch rechtfertigen läßt, ist eher zu bezweifeln.⁵⁹ Andererseits ist auch vielleicht im Recht der Listen kein Heil, sobald der hermeneutische Zirkel angesichts sich widersprechender Listen immer wieder neu beginnt.⁶⁰ Eine ständige Aktualisierung („updating“)⁶¹ beziehungsweise die „Fortbildung“ der Listen durch sogenannte „Öffnungsklauseln“ verspricht hingegen zwar eine Hereinnahme neuer Regelsätze als Ergebnis von Rechtsvergleichung und Rechtstatsachenforschung,⁶² nähert sich aber damit vielleicht dem methodenorientierten Rechtsanwendungsansatz mehr an, als systematisch eventuell gewollt ist.

55 Siehe hierzu ausführlich *Berger* 1996, 136 ff.

56 *Gaillard*, *Transnational Law*, 56.

57 In diese Richtung *Gaillard*, *Transnational Law*, 56 ff.; *Berger* 1996, 71 f., weist auf die interne Bezugnahme auf Schiedsrechtsprechung im Unterschied zum Heranziehen von Entscheidungen nationaler Gerichte hin.

58 *Gaillard*, *Transnational Law*, 57.

59 Deshalb zielt etwa das UNCITRAL Modellgesetz mit seiner Verpflichtung für die Schiedsrichter zur Anknüpfung an staatliches Recht bei Beibehaltung der Möglichkeit, sich auf die *lex mercatoria* zu beziehen, auf die Vermeidung von Willkürentscheidungen. Vgl. *Berger* 1996, 77 f.

60 Eine andere Möglichkeit ist freilich die von *Lowenfeld*, *Lex Mercatoria* (oben Fn. 20), 89, gewählte: eine quasi persönliche Liste von 10 Prinzipien, die, wegen ihrer Kürze kritisiert, die Antwort produziert, die Zehn Gebote und die Bill of Rights seien auch nicht länger.

61 *Gaillard*, *Transnational Law*, 62 f.

62 *Berger* 1996, 207 ff.

2.2 Wiederkehr von Thibaut and Savigny

Diese Auseinandersetzung wäre noch fortzusetzen. Für die aufgeworfene Frage allerdings genügt es, an dieser Stelle noch einmal darauf hinzuweisen, dass sich hier – wie unter einem Brennglas – dieselben Fragen stellen, die schon immer mit der Begründung und Legitimation von Recht verbunden waren. Dabei sieht es so aus, als sei die soeben angedeutete Diskussion über die in der Thibaut-Savigny-Kontroverse zutage getretenen Fragen noch nicht wesentlich hinaus gekommen. Jedenfalls kann der konstruierte Gegensatz zwischen Kodifikation und Methode heute nicht mehr befriedigen. Denn auch in den seither gewählten Ausweg, Kodifikation auf eine breitere, qualitativ bessere Legitimationsgrundlage zu stellen, haben wir mittlerweile viel Vertrauen verloren. Die von Jürgen Habermas entfaltete Theorie einer deliberativen Begründung demokratischer Praxis mit dem Ziel, die Interessenkonflikte einer heterogenen, pluralistischen Gesellschaft zur Zivilgesellschaft hin zu überwinden⁶³, baut ihrerseits auf die Existenz einer „Streitkultur“,⁶⁴ deren Strukturmerkmale auf der Thibaut-Savigny-Karte schon lange nicht mehr zu finden sind. In der Praxis freilich gestaltet sich dieser Rechtfertigungsdiskurs heute in autonom gestellten Normsetzungskontexten, in denen die Standards in immer weiter zu verfeinernden Erkenntnis-als-Entdeckungsverfahren experimentell entwickelt und gleichzeitig wieder hinterfragt werden.⁶⁵ „So we beat on, boats against the current, borne back ceaselessly into the past“.⁶⁶

3. SCHIEDSRECHT UND STAATLICHES RECHT

„Betrachtet man das Schiedsverfahren aus der Perspektive des Schiedsgerichts, so ist der Staat nur Beobachter.“⁶⁷ Mit Blick auf die weitreichenden Regelungsbefugnisse zur Aufnahme einer Schiedsvereinbarung in den Vertrag scheinen hier allein Privatautonomie und Selbstbestimmung im Vordergrund zu stehen. Betrachtet man die Schiedsvereinbarung als

63 Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, KJ (19) 1987, 1-16; *ders.*, Faktizität und Geltung (1992), bes. Kap. III.

64 *Wietölter*, Rechtsstaatliche Kultur und Streitkultur, in: KJ (20) 1988, 403; *Frankenberg*, Why care? - The trouble with social rights, 17 *Cardozo L. Rev.* 1365-1390 (1996).

65 Siehe hierzu *Ladewig*, Negative Freiheitsrechte, 106-110; zur Auseinandersetzung mit Habermas: *Ladewig*, Postmoderne Rechtstheorie, 9 ff.; *ders.*, Can Habermas' Discourse ethics Support a Theory of the Constitution?, EUI Working Paper, Law No. 99/4; zuletzt *Habermas*, Die Zukunft der menschlichen Natur (2001); *ders.*, Faktizität und Geltung, 483: „Am Gedanken der privaten Autonomie, der sich im Recht auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten ausdrückt, hat sich nichts geändert. Geändert haben sich die perzipierten gesellschaftlichen Kontexte, in denen die private Autonomie eines jeden gleichmäßig verwirklicht werden soll.“ Zum Konzept der Prozeduralisierung, vgl. *Wietölter*, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, Ms., Florenz 1982; auf englisch in: Gunther Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, New York 1986, 221-249; *Zumbansen*, Ordnungsmuster (oben Fn. 7), 287 ff.; zur Fortsetzung des Habermas'schen Projekts durch prozedurales Recht eingehend: *Callies*, Prozedurales Recht (1999); vgl. auch das Interview mit dem Vorsitzenden der im Mai 2000 eingesetzten Regierungskommission „Corporate Governance“, Theodor Baums, nach der Vorlage des Kommissionsberichts am 11. Juli 2001, in: 2 *German Law Journal*, Nummer 12 (15. Juli 2001), unter <http://www.germanlawjournal.com> (search: Baums).

66 *F. Scott Fitzgerald*, *The Great Gatsby* (1926), London 1950, 172.

67 *Voit*, Privatisierung der Justiz, JZ 1997, 120-125, 122.

bindende Festlegung der Parteien auf Verfahrensform und Rechtsmittel, so ist der Abschluss einer Schiedsvereinbarung aber auch mit erheblichen Regelungspflichten verbunden. Aus dieser Perspektive wird die sonst naheliegende Zuordnung des Schiedswesens zum privatautonomen Regelungsbereich bereits wieder zweifelhaft.⁶⁸ Denn die Wahl des Verfahrensrechts, der Streitbeilegungsregeln und Verfahren erscheint nun mehr als Teil aktiver Ausgestaltung des für einen bestimmten Zeitrahmen und Lebensbereich geltenden Rechtssystems. Gleichzeitig gibt es wegen der Gleichstellung des Schiedsspruchs mit einem rechtskräftigen Urteil (§ 1055 ZPO) den Weg zur Kontrolle oder Aufhebung des Spruchs durch ein staatliches Gericht (allerdings nur unter den engen Voraussetzungen des § 1059 II ZPO), und schließlich die Möglichkeit, den Spruch staatlicherseits vollstrecken zu lassen (§ 1060 f. ZPO).⁶⁹ Diese Rahmenbedingungen ändern aber nicht den privatautonomen, selbstregulativen Kern, durch den sich das Schiedsrecht mit Blick auf Regelungsdichte durch die Parteien auszeichnet. Mit der Wahl von Sach- und Prozessrecht wird eine Außerkraftsetzung staatlich gesetzten Rechts in viel weiterem Maße ermöglicht, als dies bei der in jeder anspruchsvolleren Vertragsbeziehung erlaubten Abbedingung bestimmter (Form-)vorschriften überhaupt denkbar ist.⁷⁰ Dennoch ist es angezeigt, Aussagen wie die, wonach internationale Schiedsrichter „eine echte Rechtsprechungsfunktion“ erfüllen⁷¹, vor dem Erfahrungshintergrund einer nationalstaatlich verankerten, verfassungsrechtlich gesicherten und durch Gesetzgebung und –anwendung ausdifferenzierten Rechtsordnung zu überprüfen. Dabei geht es nicht um eine vollständige Entsprechung nationalstaatlicher Rechtsdurchsetzung und transnationaler Schiedsgerichtsbarkeit, sondern allein um ein kritisches Hinterfragen der zur Anwendung kommenden Bewertungsmaßstäbe.

68 *Voit*, Privatisierung der Justiz, 122.

69 Siehe zu den Einzelheiten Berger, Entstehungsgeschichte und Leitlinien des neuen deutschen Schiedsverfahrensrechts, in: ders., (Hrsg.), Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit/The New Arbitration Law, Köln, 1 ff., 6 ff.; jüngst ders., Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis – Analyse und aktuelle Entwicklungen, RIW 2001, 7-20, 17 hinsichtlich einer vorzugsweise „vorsichtigen Entscheidungspraxis auf dem Gebiet der Schiedsverfahrensrecht“ durch die ordentlichen Gerichte: vgl., ebda., 18, „Die deutschen Gerichte haben seit der Reform ihren bereits zuvor begonnenen Kurs fortgesetzt und Aufhebungsklagen nur in Extremfällen stattgegeben.“ Dementsprechend keine „*révision au fond*“ (ebda., 19); vgl. auch R. H. Kreindler, Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht, in: Berger u.a. (Hrsg.), Kl. P. Berger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 515-535, 531 f.; H.F. Gaul, Die Rechtskraft und Aufhebbarkeit des Schiedsspruchs im Verhältnis zur Verbindlichkeit des staatlichen Richterspruchs, ebda., 285-328.

70 Vgl. die Regelung in § 1030 I ZPO, die die Anknüpfung des alten Rechts der Schiedsfähigkeit an die Vergleichsfähigkeit aufgibt, um stattdessen zwischen vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen zu unterscheiden. Siehe dazu die Kritik bei Voit, Privatisierung der Justiz, 124 f.; zur Frage des anwendbaren Kollisionsrechts: A. Juncker, Deutsche Schiedsgerichte und Internationales Privatrecht (§ 1051 ZPO), in: Festschrift Sandrock (oben Fn. 10), 443-464.

71 Berger 1996, 67; vgl. auch R. David, L'Arbitrage Dans Le Commerce International, Paris 1982, 13: „L'arbitrage doit être distingué de la justice des tribunaux. L'arbitre est une simple personne privée. Il prononce sa décision en s'appuyant sur une convention intervenue entre les intéressés; il n'impose pas en vertu d'un pouvoir à lui conféré par l'État.“

4. *QUIS JUDICABIT?* RECHTSSTAATSFRAGEN AN DIE LEX MERCATORIA

Die eingeschränkte Kontrolldichte richterlicher Überprüfung von Schiedsentscheidungen verstärkt wiederum das Schiedsrecht und verdeutlicht den Parteien ihre eigene Rolle und Gebundenheit im Verfahren.⁷² Andererseits trägt dies dem Schiedsrecht gelegentlich den Vorwurf der vermeintlichen ‘Rechtlosigkeit’ ein,⁷³ vor allem von denjenigen, die einer Herauslösung der Konfliktlösung aus gewohnten Justizformen weiterhin sehr skeptisch gegenüberstehen.⁷⁴ Hier gereichen die an anderer Stelle zu dessen Verteidigung bemühten Beschreibungen der Schiedsgerichtsbarkeit ihr zum Nachteil. In dieser mit den Kategorisierungen des nationalstaatlichen Justizsystems geführten Auseinandersetzung wird aber der Keim des qualitativ *Anderen*, die Besonderheit des grenzüberschreitenden und eben auch autonomen Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit übersehen: “By choosing the *lex mercatoria* the parties oust the technicalities of national legal systems and they avoid rules which are unfit for international contract. Thus they escape peculiar formalities, brief cut-off periods, and some of the difficulties created by domestic laws (...). [T]hose involved in the proceedings – parties, counsel and arbitrators – plead and argue on an equal footing; nobody has the advantage of having the case pleaded and decided by his own law and nobody has the handicap of seeing it governed by a foreign law.”⁷⁵

Die Frontstellung ist leicht errichtet: wo die Transnationalisten die Vorteile eines schnellen, eventuell besser vorhersehbaren und zielgerichteten Verfahrens hervorheben, werden von den Traditionalisten Einwände gegen die Intransparenz, die grundsätzliche Nichtöffentlichkeit und sprichwörtliche Privatheit von Schiedsverfahren erhoben. Die von den Transnationalisten geltend gemachten Vorzüge, nicht zuletzt das Expertenwissen des Schiedsrichters⁷⁶, werden nachvollziehbar von den gegnerischen Traditionalisten, nun zu den Hütern rechtsstaatlichen Verfahrens geworden, in ihr negatives Gegenteil verkehrt, indem nach Formalität, Öffentlichkeit und Überprüfbarkeit gefragt wird.

72 Siehe e.g. the US Supreme Court decision: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985) - <http://supct.law.cornell.edu/cgi-bin/sup-choice.cgi?473+614>.

73 Jörg Gentinetti, *Die lex fori internationaler Handelsgerichte*, Bern 1973, speaks of ‘arbitration outside law’. Siehe also McConaughay, *Northwestern L. Rev.* 1999, 453 ff., der auch von der ‘lawlessness’ des Schiedsrechts spricht (zitiert bei *Berger*, *Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis*, Fn.153); siehe auch *Lowenfeld*, *Lex Mercatoria* (*supra* note 20), 73: ‘The English view, hostile to freedom from judicial control anyhow, regards *lex mercatoria* as a slightly wicked misnomer (not to say contradiction in terms), on the ground that *lex mercatoria* is not law at all.’; siehe also Pierre Mayer ‘Reflections on the International Arbitrator’s Duty to Apply the Law (The 2000 Freshfields Lecture)’ 17(3) *Arbitration International* (2001) 235; L. Nottage, *Is (International Commercial) Arbitration ADR?*, in: *Bar News* (2002).

74 E.g. England: on this siehe *Lowenfeld*, *Lex Mercatoria* (*supra* note 20), 71 f.

75 Ole Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 *Int’l. & Comp. L.Q.* 747, 748 (1985) (zit. bei *Lowenfeld*, *Lex Mercatoria*, oben Fn. 1, 75 f.).

76 *Lehmkuhl*, *Transnational Commercial Arbitration*, 19.

5. GESELLSCHAFTLICHE SELBSTREGULIERUNG UND VERÄNDERTE STAATLICHKEIT

Betrachten wir die vorgetragenen Argumente jedoch aus einer weiteren Perspektive, so erweisen sich viele Hoffnungen der Kreuzritter auf transnationale Befreiung von Verfahrensvorschriften und Langwierigkeiten als eng mit den gegenwärtigen Veränderungen des Nationalstaats selbst verbunden. Nicht zufällig sind die letzten zwei Jahrzehnte intensiver Privatisierung von einer intensiven Untersuchungen der hierdurch veränderten Rolle des Staates begleitet worden.⁷⁷ Im öffentlichen Recht, besonders im Verwaltungsrecht,⁷⁸ aber auch im Privatrecht,⁷⁹ sind lebhafte Diskussionen um die Positionsbestimmung der eigenen Disziplin angesichts der Finanz- und Steuerungskrise des Staates einerseits und einer sich weiter ausdifferenzierenden, post-industriellen Gesellschaft andererseits zu beobachten, und die Suche nach subtilen Formen gesellschaftlicher Selbstregulierung im Verantwortungs-⁸⁰ oder Supervisionsstaat⁸¹ und nach dem hierfür angemessenen Recht⁸² steht noch am Anfang.

Vor diesem Hintergrund ist auch die angebliche Rechtlosigkeit der *lex mercatoria* einer genaueren Untersuchung zu unterziehen.⁸³ So vermutet etwa Christian Joerges⁸⁴, dass sich ein Autor wie Jörg Gentinetti – anders als etwa Heinrich Kronstein, der am Beispiel der

77 Siehe nur *Schuppert*, Rückzug des Staates?, *Die öffentliche Verwaltung [DÖV]* (1995), 761-773; *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *VVDStRL* 54 (1995), 204-239; *Schulte*, Wandel der Handlungsformen der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.)*, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (2000), 333-348.

78 *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1997), 235-282; *Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der 'Informations- oder Wissensgesellschaft', in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.)*, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (2000), 101-131.

79 Siehe hier die Beiträge in: *Hart (Hrsg.)*, *Privatrecht im "Risikostaat"* (1997).

80 *Schuppert*, Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: *Schuppert (Hrsg.)*, *Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat* (1999), 299-329.

81 *Willke*, Supervision des Staates (1997), siehe auch *Britz*, Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, in: *VerwArch* 2000, 418-437.

82 Siehe *Teubner/Willke*, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5 (1984), 4-35; *Teubner*, Reflexives Recht, in: *ARSP* 1982, 13; *Teubner*, Recht als autopoietisches System (1989), Kap. V.

83 *Jörg Gentinetti*, *Die lex fori internationaler Handelsgerichte*, Bern 1973, spricht von der „arbitration outside law“. Siehe auch *McConaughay*, *Northwestern L. Rev.* 1999, 453 ff., der von einer „lawlessness“ der Schiedsgerichtsbarkeit spricht (zit. bei *Berger*, *Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis*, oben Fn. , 19 Fn. 153); s. auch *Lowenfeld*, *Lex Mercatoria* (oben Fn. 20), 73: „The English view, hostile to freedom from judicial control anyhow, regards *lex mercatoria* as a slightly wicked misnomer (not to say contradiction in terms), on the ground that *lex mercatoria* is not law at all.“

84 *Joerges*, Das Rechtssystem der transnationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, *ZHR* 138 (1974), 549-568, 549 f.

Schiedsgerichte das Verhältnis von Recht und wirtschaftlicher Macht zum Thema machte⁸⁵ - ausschließlich um eine möglichst umfassende und erschöpfende Darstellung des Schiedsgerichts wesens als nicht zu leugnende Erscheinung transnationalen Rechts bemühe, weitere Zusammenhänge zwischen *lex mercatoria* und der politischen Organisation eines Rechtssystems aber nicht vor Augen habe. Geninetti stelle dabei den Geltungsanspruch von Recht selbst in Frage, um sich so - freilich weiterhin im Vertrauen auf *allgemeine Rechtsätze* - auf das *proprium* und *specificum* des internationalen Wirtschaftsverkehrs einzulassen. In dem Joerges die Ansätze von Geninetti und Kronstein gegenüberstellt, öffnet er den Blick auf die grundlegenden Legitimitätsfragen, die sich im Zusammenhang mit der immer stärkeren Bedeutungszunahme transnationalen, privaten Rechts stellen.⁸⁶ Die Transnationalisierung der Rechtstheorie ist also nicht nur, aber eben auch eine ganz wesentliche Spielart einer grundsätzlichen Kritik an der Funktion des Rechts zur Ordnung der Gesellschaft.

In diesem Zusammenhang muss der Frage nachgegangen werden, ob sich in der Welt der *lex mercatoria* vergleichbare normative Fragen stellen, wie sie schon lange das Recht moderner, post-industrieller Nationalstaaten und pluralistisch ausdifferenzierter Gesellschaften kennzeichnen. Es geht also um die Erforschung des Zusammenhangs zwischen der Entwicklung des transnationalen Wirtschaftsrechts und den Veränderungen nationalstaatlichen Rechts in der Risiko- und Wissensgesellschaft.⁸⁷ Beiderseits betroffen sind drängende Fragen nach Zustandekommen, Funktionen und Geltungsbedingungen des Rechts und politischer Organisation.⁸⁸

85 H. Kronstein, *Arbitration is Power*, 38 *New York U. L. Rev.* 661-700 (1963); ders., *Business Arbitration - Instrument of Private Government*, 54 *Yale L.J.* 36 (1944), hier zitiert nach Kronstein, *Ausgewählte Schriften/Selected Essays*, Müller: Karlsruhe 1962, 37-68.

86 Dies heißt nicht, dass *merkantiles Recht* nicht auch schon vor dem Zeitalter der Globalisierung einen wichtigen Stellenwert einnahm. Zur Ersetzung des Primats der Politik durch das der Wirtschaft und die Auswirkungen auf Staatstheorie und Völkerrecht, siehe Joerges, *Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts*, in: *RabelsZ* 43 (1979), 6-79, 9 ff.; Lehmkuhl, *Transnational Commercial Arbitration* (Fn. 2), 4: „Private resolution of business conflicts has a long history.“ Lehmkuhl weist darauf hin, dass die Herausbildung der europäischen Nationalstaaten zu einer temporären Zurückdrängung dieses privaten Konfliktlösungssystems führte, was sich allerdings nach dem 2. Weltkrieg wieder änderte. Die Empirie dieser Wechselbewegungen ersetzt freilich nicht die Analyse der sie beschreibenden politischen Konzeptionen.

87 Siehe hierzu etwa M. Schmidt-Preuß *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, in: *VVDStRL* 56 (1996), Berlin, New York 1997, 160-234; zum selben Beratungsgegenstand siehe auch U. Di Fabio, ebda., 235-282; ebenso, Trute, *DVBl* 1996, 950 ff.

88 Siehe Kl. Günther/Sh. Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Werner Reimers Stiftung, Schriftenreihe: Suchprozesse für innovative Fragestellungen in der Wissenschaft, Heft Nr. 4 (2001), 85: „Studien, die sich den Interaktionen zwischen unterschiedlichen normativen Ordnungen widmen, ersetzen zunehmend die definitorischen Debatten, ob und inwieweit diese Ordnungen als „Recht“ gelten können.“; siehe zu dieser Stellungnahme zum Rechtspluralismus auch G. Teubner, *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?*, in: D. Simon/M. Weiss (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums – Liber Amicorum für Spiros Simitis*, Baden-Baden 2001, 437-453.

Indem sich in zahlreichen Sachbereichen die weltumspannende Herausbildung von Rechtsätzen und spezialisierten Verfahren und Einrichtungen ablesen läßt, deutet dies auf eine bemerkenswerte Wiederholung des Vorganges hin, der sich innerhalb nationalstaatlicher Rechtsordnungen beobachten ließ. Die Ausdifferenzierung und Fragmentierung formellen Rechts, dessen Überformung und Materialisierung durch rechtspolitische Programmatik und schließlich die sachbereichsspezifische Weiterentwicklung ständig anpassungsbedürftiger Rechtssätze spiegeln eindrucksvoll die Lernerfahrungen des Rechts wider, die sich bis in die Gegenwart fortsetzen.⁸⁹ Die *Einheit des Rechts*⁹⁰ als Hoffnungsformel kann unter diesen Bedingungen nicht mehr als angemessene Beschreibung der Rechtsordnung verstanden werden, sondern höchstens als ewig umkämpfte Abbildung eines *vergangenen* Rechtsparadigmas. Die Grenzen zwischen den als grundsätzlich voneinander geschieden gedachten Gebieten (öffentliches Recht/Privatrecht) sind seit der Geburt des Interventionsstaates vor einhundert Jahren nachhaltig in Frage gestellt worden⁹¹, und die vermehrt zu beobachtenden Mischverhältnisse auf dem Gebiet des sogenannten Dritten Sektors⁹², die gewichtigen

89 Joerges, Vorüberlegungen (oben Fn. 7); Teubner, Verrechtlichung - Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität (1984), Frankfurt 1985, 289-344, ders., Verrechtlichung - ein ultrazyklisches Geschehen: Ökologische Rekursivität im Verhältnis Recht und Gesellschaft, in: Nicolai Dose/Rüdiger Voigt/Klaus Ziegert (Hrsg.), Politische Steuerung moderner Industriegesellschaften, Diskussionspapier 11, München 1997; Kl. Günther, „Ohne weiteres und ganz automatisch“? Zur Wiederentdeckung der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 473-500; Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, Tübingen 2000; ders., Social Risks, Welfare Rights and the Paradigm of Proceduralization, EUI Working Paper Law No. 95/2; Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt 1992, 470: „Dieser *soziale Wandel des Rechts* ist zunächst als ein Prozess begriffen worden, in dessen Verlauf ein neues, auf sozialstaatliche Gerechtigkeitsvorstellungen bezogenes instrumentelles Rechtsverständnis das liberale Rechtsmodell überlagerte, verdrängte und schließlich ablöste. Die deutsche Jurisprudenz hat diesen Prozess, der die klassische Einheit und systematische Gliederung der, wie es schien, einzig rationalen Rechtsordnung auflöste, als eine *Krise des Rechts* wahrgenommen.“

90 Siehe M. Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, Berlin 1995; D. Felix, Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 1998.

91 Siehe Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953; Grimm, Zur politischen Funktion der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: W. Wilhelm (Hrsg.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt 1972, 224-242; Stolleis, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 1989, 129-147; ders., Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entwicklung des modernen Staates, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, 41-61.

92 Siehe dazu etwa G.F. Schuppert, Staat, Markt, Dritter Sektor – oder noch mehr?, in: Th. Ellwein/J.J. Hesse/R. Mayntz/F.W. Scharpf (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Band 1, Baden-Baden 1987, 47-87; ders., Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstrukturen, in: Die Verwaltung 31 (1998), 415-447; ders., Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung – Erscheinungsformen von Public Private Partnership als Herausforderung an Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, in: Dietrich Budäus/Peter Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership, Baden-Baden 1997, 93-124; G. Frankenberg, Shifting Boundaries: The Private, The Public, and the Welfare State, in: M.B. Katz/Chr. Sachße (eds.), The Mixed Economy of Social Welfare, Baden-Baden 1996, 72-94; Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz (unten Fn. 49), 240, spricht von einem „diffusen Mosaik einer mixed economy“; vgl. auch Nicholas Kaldor, Public or Private Enterprise – The Issues to be considered, in: William J.

Finanzhilfen des Staates an schwächelnde Großunternehmen oder die Einflussnahme interessierter Wirtschaftslobbyisten auf die Gesetzgebung ohne „Umweg“ über das Parlament⁹³ lassen die vermeintliche Grenze zwischen formal gesetztem „Recht“ und anders entstehenden Normen und Regeln immer fragwürdiger erscheinen. Wandert der Blick über die Staatsgrenzen, so erfasst er ähnliche Entwicklungen. Gerade die rechtssoziologische Forschungsrichtung des Rechtspluralismus hat die Schwierigkeit deutlich gemacht, das Recht transnationaler Akteure nach unserer gewohnten Manier abbilden zu können, wonach zum Recht nur das zähle, was durch eine institutionalisierte Normsetzungsinstanz hervorgebracht wurde.⁹⁴

Vor diesem Hintergrund kommt den Phänomenen unterschiedlicher transnationaler Rechts-, aber auch politischer, wirtschaftlicher und kultureller Entwicklungen besondere Bedeutung zu, vermögen diese doch ein klareres Bild der strukturellen Anforderungen und Regelungsbedürfnisse zu vermitteln, die sich mit der Internationalisierung und Globalisierung von Politik und Wirtschaft einstellen.⁹⁵ Transnationales Recht lehrt uns damit noch im Prozess seiner Entstehung etwas über seine eigene Notwendigkeit und die schwer nachvollziehbare Architektur globalen Rechts und globaler Regierung. Die sich gelegentlich findenden Beschreibungen einer ideellen Weltordnung als „Weltstaat“⁹⁶ und die in jüngerer Zeit eine Renaissance erlebenden Konzeptionen gesellschaftspolitischer „Subsidiarität“⁹⁷

Baumol (ed.), *Public and Private Enterprise in a Mixed Economy*, London/Basingstoke 1980, 1-12; Siehe umfassend: H.D.Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, Frankfurt 1980.

93 Siehe das Beispiel bei Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft* (oben Fn. 17).

94 Siehe hierzu etwa die Beiträge in Volkmar Gessner/Ali Cem Budak (eds.), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Brookfield 1998; Günther/Shalineri, *Recht, Kultur und Gesellschaft* (oben Fn. 17), 88: „...Beharren auf dem Modell einer Einheit des Rechts (...) als ‚Rechtsideologie‘ der professionalisierten Juristenstäbe.“ (mit Verweis auf Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, London 1978). Siehe bereits dies., *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Legal Field as an Appropriate Field of Study*, in: *7 Law and Society Review* 719-746 (1973); s. auch F. De Ly, *Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria*, in: *Festschrift Sandrock* (oben Fn. 10), 179-203, 190-192 mit Hinweisen auf Anfänge des Rechtspluralismus bei Santi Romano, auf die *lex mercatoria* angewendet von Francois Rigaux, Philippe Kahn und Eric Loquin.

95 Siehe etwa M. Albert u.a., *Die neue Weltwirtschaft. Entstofflichung und Entgrenzung der Ökonomie*, Frankfurt 1999; J. Neyer, *Spiel ohne Grenzen. Weltwirtschaftliche Strukturveränderungen und das Ende des sozialkompetenten Staates*, Marburg 1996; vgl. auch Ch. Sabel/M. Piore, *The Second Industrial Divide*, New York 1984; M. Best, *The New Competition*, Cambridge 1991.

96 M. Albert, *Introduction: World Society*, in: ders./L. Brock/Kl.-D. Wolf (eds.), *Civilizing World Politics. Society and Communication beyond the State*, Lanham et al. 2000, 1-17; St. Oeter, *Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer ‚Verfassung der Freiheit‘*, in: Hauke Brunkhorst und Matthias Kettner (Hrsg.), *Globalisierung und Demokratie*, Frankfurt 2000, 208-239, 209; N. Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt 2001, 220: „Will man die Funktion und Bedeutung von ‚Staaten‘ am Ende diese Jahrtausends abschätzen, empfiehlt es sich, vom Begriff der Weltgesellschaft auszugehen.“ Vgl. bereits ders., *Die Weltgesellschaft*, in: *ARSP* 57 (1971), 1 ff.; ders., *Metamorphosen des Staates*, in: N.Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik IV*, Frankfurt 1995, 101-137, 117: „Weltgesellschaftssystem“.

97 Aus der reichhaltigen, nicht primär europarechtlichen, Literatur vgl. P. Häberle, *Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre*, in: Alois Riklin/Gerard Batliner

oder der "Privatrechtsgesellschaft"⁹⁸ spiegeln die Hartnäckigkeit wider, mit der sich liebge-
wonnene Selbstbeschreibungen auch dann noch halten, wenn die Grundlagen solcher Beg-
riffsbildungen schon lange unglaubwürdig geworden sind. Gleichzeitig aber laufen entspre-
chende Theoretisierungen immer Gefahr, die gewohnten normativen Zuschreibungen poli-
tischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Ordnung fortzusetzen, beinahe gänzlich unabhän-
gig von der Existenz ihres realen Substrats.⁹⁹ Wo etwa von der Konstitutionalisierung der
weltumspannenden Marktgesellschaft gesprochen wird,¹⁰⁰ mag die Sicht auf die grenzüber-
schreitenden gesellschaftlichen Ausdifferenzierungen sozialer Funktionen in Richtung einer
"Weltgesellschaft",¹⁰¹ von (ordo-)liberalen Vorstellungen einer staatlichen Rahmenordnung
eines als gesund und zu umfassender Selbstregulierung fähig gedachten Marktes verstellt
werden. Die bereits vor dreißig Jahren von Niklas Luhmann vorgeschlagene Hinwendung
zur Weltgesellschaft hat mit diesen auf die globale Ebene übertragenen Ideologien nichts
gemein. Statt einer stillschweigenden Übertragung nationalstaatlich erlernter Politikmuster
auf die Weltebene dekonstruierte Luhmann die zentrale semantische Bedeutung des Staats-

(Hrsg.), Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium, Vaduz 1994, 267-310; erhellend: Subsidiari-
tät: Zur Karriere eines sozialpolitischen Ordnungsbegriffs, Z.f.SozReform 40 (1994), 717-738;
G.F. Schuppert, Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer
Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens, AöR 114 (1989), 127-148.

- 98 Grundlegend Fr. Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75-151;
F. Bydlinksi, Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft“, Wien, New York
1994; ders., „Privatrechtsgesellschaft“ und Rechtssystem, in: Karsten Schmidt/Eberhard Schwark
(Hrsg.), Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung: Festschrift für Peter Raisch zum 70. Ge-
burtstag, Köln 1995, 7-23; E.-J. Mestmäcker, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ih-
res Rechts, RJ 10 (1991), 177-192; siehe hierzu die Auseinandersetzung bei Günther; „Ohne weiteres
und ganz automatisch“? (oben Fn. 18); mit Blick auf die neuen Regelungsfragen und die veränderte
Natur staatlicher Aufgabenerfüllung; auch M. Stolleis, Auferstanden aus der Wende: Die bürgerliche
Gesellschaft und ihr Recht?, Rechtshistorisches Journal 11 (1992), 500-507, 506 f.; vgl. jüngst E.-J.
Mestmäcker, Die Wirtschaftsverfassung der EG zwischen Wettbewerb und Intervention, in: Bru-
ha/Hesse/Nowak (Hrsg.), Welche Verfassung für Europa?, a.a.O., 163-189.
- 99 Diese Übersetzung müsste freilich durch eine andere Übersetzungsarbeit unterbrochen werden. So
könnte ein Ausweg aus der Übertragbarkeitsfalle nationalen Rechts auf inter- und transnationale ge-
sellschaftliche Beziehungen in der Abwendung von einem normativ-handlungstheoretischen Ansatz
bestehen. Statt also die ausbleibende internationale Konsolidierung oder gar *Integration* zu beklagen,
wäre mit Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (oben Fn. 25), und Joerges, Rechtssystem (Fn. 14),
559 Fn. 54, der Fokus auf die Erwartungsräume zu richten, d.h. auf die Funktionsbereiche, in denen
es zur lernenden Ausbildung von Standards und Regeln kommen kann. Die Frage, ob sich auch auf
diese Weise die im Rahmen der Integrationshoffnungen thematisierten Identitätsbildungen denken
lassen, sagt in erster Linie etwas über den so aufgedeckten Voraussetzungsreichtum der Integrati-
onsvorstellung aus. Für einen Vorschlag der Reformulierung dieser Frage mit Hilfe von Vertrags-,
Verfassungs- und Erwartungskontextkategorien vgl. auch Zumbansen, Spiegelungen von „Staat und
Gesellschaft“, 37 ff.
- 100 Siehe etwa P. Behrens, Weltwirtschaftsverfassung, in: Jahrbuch für neue politische Ökonomie 19
(2000), 5-27; E.-U. Petersmann, Europäisches und weltweites Integrations- und Verfassungsrecht, in:
Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.), Welche Verfassung für Europa?, Baden-Baden 2001, 191-209; ders.,
The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement establishing the
World Trading System, European Journal of International Law 1996, 161 ff., 189: „constitutionaliza-
tion.“
- 101 Luhmann, Die Weltgesellschaft, ARSP 1971, 1 ff.; E.-O. Czempel, Kluge Macht. Außenpolitik für
das 21. Jahrhundert, München 1999; R. Stichweh, Die Weltgesellschaft, Frankfurt 2000; vgl. auch
Joerges, Rechtssystem (oben Fn. 14), 559, der von einem *globalen Gesellschaftssystem* spricht.

begriffs als herkömmliche und folgenschwere Zuschreibungsformel für das politische System, von dem gemeinhin der "Markt" als "Gesellschaft" unterschieden wurde, um in den "Metamorphosen des Staates" seine Ausdifferenzierung *innerhalb* des Gesellschaftssystems nachzuzeichnen.¹⁰² Es ist die Frage, ob im Rahmen einer globalen Konstitutionalisierung (des Privatrechts) die hergebrachte *Privatrechtsgesellschaft* auf dem Spiel steht, oder ob es nicht vielmehr zunächst um eine genauere Analyse der sich transnational herausbildenden Formen wirtschaftlicher, aber auch sozialer, politischer und kultureller Tätigkeit geht. Erhellend mag hier die Zweitlektüre vermeintlich erledigter Debatten über das Verhältnis von staatlicher zu privater und wirtschaftlicher Macht¹⁰³ oder über die Spannung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit¹⁰⁴ wirken ebenso wie die der Auseinandersetzungen, die im Zusammenhang von Privatisierungen und der Delegation staatlicher Handlungsbefugnisse an private Akteure mit dem Ziel einer Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft geführt werden.¹⁰⁵

Denn schließlich scheint es „um letzte Fragen des Staatsgefühls“ zu gehen.¹⁰⁶ Natürlich drängt sich eine Beschreibungsformel wie etwa die von "Staat und Gesellschaft" zur Verarbeitung der mit der Globalisierung verbundenen Regelungsverhältnisse nicht gerade auf. Einmal abgesehen davon, dass jenseits des Nationalstaates die politische Architektur auf neue Grundlagen gestellt werden soll,¹⁰⁷ ist es unmöglich, die unterschiedlichen Akteure auf der globalen Bühne und die von ihnen gesetzten Normen und Regeln eindeutig eher einer

102 *Lubmann*, *Metamorphosen des Staates* (oben Fn. 24); ders., *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München und Wien 1981.

103 Böhm, *Das Problem der privaten Macht* (1928), in: ders., *Reden und Schriften*, Karlsruhe 1960, 25-45, ders., *Privatrechtsgesellschaft* (oben Fn. 27); R. Pound, *The New Feudalism*, *American Bar Association Journal* 16 (1932), 553-558 [auch abgedruckt als *The New Feudal System*, *Commercial Law Journal* 35 (1930), 397-403]; H. Kronstein, *Arbitration* (oben Fn. 15); R. Wiethölter, *Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat*, in: Helmut Coing, Heinrich Kronstein, Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*, Festschrift für Franz Böhm zum 70. Geburtstag, 1965, 41-62; ders., *Privatrechtstheorie als Gesellschaftstheorie?*, in: F. Baur/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorff (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen*, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 645-695; Mestmäcker, *Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge*, *JZ* 1964, 441-446, ders., *Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft*, *Rechtstheorie* 20 (1989), 273-288; ders., *Wiederkehr* (oben Fn. 28); J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt 1981.

104 Siehe vor allem die Beiträge in Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968; eingehend hierzu Zumbansen, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat* (oben Fn. 7), 93 ff.

105 Siehe oben, Fn. 38; vgl. weiter G.F. Schuppert, *Staatsaufsicht im Wandel*, *DÖV* 1998, 831-838; ders., *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung*, in: Christoph Gusy (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen*, Baden-Baden 1998, 72-115; siehe schon ders., *Rückzug des Staates?*, *DÖV* 1995, 761-773.

106 Großmann-Doerth, *JW* 1929, 3447, zit. bei Berger 1996, 26 Fn. 110.

107 Siehe etwa J.N. Rosenau u. E.-O. Czempel (eds.), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge 1992; Rosenau, *Along the Domestic-Foreign Frontier - Exploring Governance in a Turbulent World*, Cambridge 1997; kritisch auch zu solchen „Auswegen“ Sassen, *Globalization and Its Discontents*, New York 1998.

privaten oder einer *öffentlichen* Sphäre zuzuordnen. In dieser kategorial schwer zu fassenden Entgrenzung von Handlungsmöglichkeiten liegen eine ungeahnte Anzahl von Differenzierungs- und neuen Identifikationsmöglichkeiten.¹⁰⁸ Hier sollten uns die bisherigen Erfahrungen mit den Schwierigkeiten, das Recht ständig für neue Regelungsbedürfnisse offen zu halten, dafür sensibilisiert haben, statt auf programmgesteuerte Implementation auf *lernfähige Experimente* zu setzen.¹⁰⁹ So könnte das Recht der *lex mercatoria* begriffen werden als dezentral sich organisierendes Recht der Wirtschaft, wobei diese "Wirtschaft" nicht angemessen beschrieben werden kann durch die staatlichen wirtschaftspolitischen Setzungen "hier" und die in den Transaktionen laut werdenden Regelungsansprüche "dort". Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich beide genauso wie in den nationalstaatlichen "Privatrechtsgesellschaften" auf nicht entwirrbare Weise ineinander verschränken. Statt also die Geburt eines neuen und qualifikativ anderen Rechts zu beschwören, wäre vielmehr daran zu denken, die vielfältigen Erscheinungsformen der transnationalen Akteure und ihrer Regelungen aus der Perspektive eines ständig *lernenden, prozeduralisierten Rechts* zu beobachten, welches auf die Entfaltung von Autonomie durch Ausbildung von Teilbereichsstandards und angemessen sensiblen Kontextregelungen zu reagieren vermag.¹¹⁰

108 Siehe hierzu etwa Chr. Engel, A Constitutional Framework for Private Governance, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn 2001/4.

109 Hierzu in erster Linie Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie, Berlin 1992; ders., Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, Berlin 1995; ders., Negative Freiheitsrechte (oben Fn. 18); in diesem Sinne auch Spindler, Gerald Spindler, Market Processes, Standardization, and Tort Law, in: European Law Journal 4 (1998), 314-336, 317: „The fundamental hypothesis underlying the substitution of legal norms by private standards is that we can leave much of the juridification task to market forces as markets tend to harmonise standards in an efficient manner. The democratic control of the sovereign by parliament is replaced by markets that select efficient private standards and eliminate ‚bad‘ ones.“; siehe, ebda., 332 f. zur Konfrontation von Information und Standards der Industrie mit solchen privater Verbraucherorganisationen und Standardisierungsorganisationen mit dem Effekt der ständigen Überprüfung des vorhandenen Sachverstands. Hiermit kommt auch dem Staat (bzw. der EU) eine ganz neue Rolle zu: „[D]eregulation in favor of private governance is perfect in the sense that the state limits its activity to the setting of an indispensable framework of rules.“ (Ebda., 333)

110 Aus dieser Sicht würde es nicht mehr um die holzschnittartige Unterscheidung der *lex mercatoria* von nationalstaatlichem Recht gehen, sondern um eine bessere Kommunikation zwischen transnationalem Wirtschaftsrecht und den innerhalb des Nationalstaates entwickelten materialisierten Standards; siehe hierzu Joerges, Vorüberlegungen (oben Fn. 7), 26; zu den Grundlagen der Anknüpfung von Prozeduralisierung an Materialisierung vgl. Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, Ms., Florenz 1982; auf englisch in: Gunther Teubner (ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin, New York 1986, 221-249; ders., Proceduralization of the Category of Law, in: Joerges/Trubek (eds.), Critical Legal Thought: An American-German Debate, Baden-Baden 1989, 501-510; s. auch Teubner, Reflexives Recht, ARSP 1982, 13-59; Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie (oben Fn. 60); ders., Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft (oben Fn. 60); ders., Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation (oben Fn. 18); jüngst Günther/Randeria, Recht, Kultur und Gesellschaft (oben Fn. 17), 25 mit Verweis auf David Kennedy, New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance, in: Utah L. Rev. 545 (1997); vgl. auch R. Cooter, Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant, in: 144 Univ. Pa. L. Rev. 1643-1696 (1996).

6. GLOBALE GROßENTWICKLUNGEN

Die Bühne wird von mindestens drei Großentwicklungen auf globaler Ebene bestimmt, die - allerdings auf der Ebene des Nationalstaates – auf die Tendenzen zur Fragmentierung rechtlicher und politischer Regelungsbereiche, zur Privatisierung staatlichen oder öffentlichen Handelns und schließlich zur gesellschaftlichen Selbstorganisation treffen. Die erste Entwicklung betrifft den Souveränitätsverlust, der sich für den Nationalstaat durch seinen Eintritt in internationale Organisationen ergibt.¹¹¹ Eine weitere ist dort zu beobachten, wo sich politisches Handeln seiner staatlichen Kleider entledigt, weil sich *unterhalb* und *neben* dem formalisierten, staatlichen Handeln unterschiedlich selbst- und fremddefinierte Gesellschaftsbereiche als Dispositions- und Entscheidungskontexte herauskristallisieren, in denen von den und für die Beteiligten verbindliche Regelungen getroffen werden. Die Beispiele hierfür reichen von religiösen oder ethnisch-kulturellen Verbindungen¹¹² hin zu grenzüberschreitenden Investitions- und Konsortialverträgen.¹¹³ Schließlich ist eine Entwicklung zu beobachten, die eng mit der zuerst beschriebenen Öffnung des Nationalstaates zusammenhängt, nun aber nicht aus der Perspektive eines Einflussverlusts thematisiert wird, sondern positiv als Zeichen der Ausweitung politischer Handlungsagenden verstanden werden kann.¹¹⁴ Indem sich durch internationale Kooperation, etwa in Umwelt- und Sicherheitsfragen, nicht mehr auf nationalstaatliche Territorien begrenzt bearbeiten lassen, führt dies zu einer radikalen Erweiterung des politischen Verantwortungsbereichs.¹¹⁵ Das von inter-, trans- oder supranationalen Organisationen und Verbänden wahrzunehmende Aufgabenregime scheint das Programm der „Staatsaufgaben“¹¹⁶ in neuer Form nachzuvollziehen.¹¹⁷

111 Lehmkuhl, *Transnational Commercial Arbitration* (Fn. 2), 10; U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten* Tübingen 1998; St. Hobe, *Der kooperationsoffene Verfassungsstaat*, *Der Staat* 34 (1998), 521-546; Chr. Walter, *Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion*, *DVBl.* 2000, 1-13; I. Pernice, *Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, in: Th. Bruha/J.J. Hesse/C. Nowak (Hrsg.), *Welche Verfassung für Europa?*, Baden-Baden 2001; 19-39.

112 Siehe G. Britz, *Kulturelle Recht und Verfassung: über den rechtlichen Umgang mit kultureller Differenz*, Tübingen 2000; dies., 2001, *Der Einfluss christlicher Tradition auf die Rechtsauslegung als verfassungsrechtliches Problem?*, *JZ* 2001, 1127-1133.

113 Eingehend E. Schanze, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, Frankfurt 1986.

114 Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft* (oben Fn. 17), 85: „Notwendig wäre im Gegensatz zu der anti-staatlichen Perspektive einiger Richtungen des Rechtspluralismus eine umfassende Analyse des Rechts als politisches Phänomen und ein Verständnis des Staates als zentrales, aber auch umkämpftes Terrain. Unter den Bedingungen einer ökonomischen, politischen und rechtlichen Globalisierung müßten der Staat und das zwischenstaatliche System als Komplex sozialer Felder analysiert werden, in denen staatliche und nicht-staatliche, lokale und transnationale soziale Beziehungen miteinander interagieren und konfligieren.“

115 Siehe besonders Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, Berlin 1998; ders., *Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, *AVR* 37 (1999), 253-282; zuletzt E. Denninger, *Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa*, *JZ* 2001, 1121; Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft* (oben Fn. 17), 11.

116 Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft* (oben Fn. 17), 73 ff., etwa mit Blick auf die Ausweitung der Aufgaben, die von IWF und WHO wahrgenommen werden; grundlegend: Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994; Di Fabio, *Privatisierung und Staatsvorbehalt*, *JZ* 1999, 585-592; Günther, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts*, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, 51-68.

Das heißt aber auch, dass sich die Fragen nach Regelungskompetenzen und –grenzen und nach der Qualifizierung der Akteure weiterhin mit der gleichen Dringlichkeit stellen, die wir seit langem etwa in der Verwaltungswissenschaft und der Staatstheorie gewohnt sind.¹¹⁸

7. ÜBERSETZUNGSFRAGEN

Angesichts eines weitgehend globalisierten Wirtschaftsverkehrs und des damit entstehenden Drucks auf die Steuerungskraft nationalstaatlichen Rechts¹¹⁹ kann es natürlich nicht um eine Eins-zu-eins-Übertragung bekannter Rechtssätze auf diese Phänomene transnationaler Souveränität, Kontrolle und Regierung gehen.¹²⁰ Die Globalisierungsdebatte als Diskurs über die Legitimationsmöglichkeiten politischer Ordnung in einer Welt offener Verfassungsstaaten ist somit geeignet, uns – trotz neuer Akteure, Instrumente und Arenen – immer wieder auf Grundfragen einer verfassungsmäßigen politischen Ordnung zu stoßen.¹²¹ Zentral ist auch hier das Verhältnis zwischen Politik und Markt, zwischen Staat und Gesellschaft, auch wenn sich die neue Rechtswirklichkeit und ihre Protagonisten nicht ohne weiteres in dieser Karte verzeichnen lassen. Angesichts einer vorrangig ökonomischen Inter-

117 Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft* (oben Fn. 17), 17: „(...) Wiederentdeckung oder doch zumindest [...] Aufwertung und verstärkte[...] Legitimation staatlicher Funktionen (...)“

118 Vgl. nochmals Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft* (oben Fn. 32), 49-51, mit Hinweis auf die konstitutive Rolle des ‚Sicherheitsstaates‘ als Inhaber des Gewaltmonopols bei der Transnationalisierung der verschiedenen Funktionssysteme; zum Konzept des Sicherheits- oder ‚Schutzstaates‘ vgl. bereits H.-A. Der Schutz-Staat. Rechtssoziologische Skizzen in dunkler Zeit, Baden-Baden 1995.; ders., Der Schutz-Staat geht um, *JZ* 1991, 744-747; s. auch R.Pitschas, ‚Schutzstaat‘ oder Sicherheit als gesellschaftlicher Mehrwert? – Staatliche Integration als nationaler Wertekonflikt, in: ‚Neues Polizeirecht‘. Speyerer Arbeitshefte 121 (1999), 157-168; aus der US-amerikanischen Debatte M. Taggart (Ed.), *The Province of Administrative Law*, 1997; siehe speziell zum *Contracting State* Freeman, Symposium: *The Contracting State*, in: 28 *Fla. St. U. L. Rev.* 155 (2000), m.w.N., vgl. auch dies., *The Private Role in Public Governance*, in: 75 *N.Y.U. L. Rev.* 543 (2000).

119 D. Schmidtchen, *Territorialität des Rechts, Internationales Privatrecht und die privatutonome Regelung internationaler Sachverhalte*, in: *RabelsZ* 59 (1995), 56-112, 69, verweist auf die Angewiesenheit transnationaler Wirtschaftstransaktionen auf Eigentumsgarantien. Überhaupt kommt, wenn auch vornehmlich aus einer stark transaktionskostenorientierten Perspektive, dem nationalen Recht hier eine wesentliche Einbettungs- und Einhegungsfunktion zu; aus Sicht der Institutionenökonomie für eine stärkere Rolle der *lex mercatoria* bei der transaktionskostenreduzierenden Bereitstellung von Rahmenbedingungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs: M. Streit/A. Mangels, *Privat-autonomes Recht und grenzüberschreitende Transaktionen*, in: *ORDO* 47 (1996), 73-100, 74, 82 ff.

120 Siehe hierzu Chr. Engel, *Hybrid Governance Across National Jurisdictions as a Challenge to Constitutional Law*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe *Recht der Gemeinschaftsgüter*, Bonn, 2001/8; zum Begriff des transnationalen Rechts vgl. Ph. Jessup, *Transnational Law* (1958), der darunter alles Recht versteht, „which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.“ (Zit. bei Anne-Marie Slaughter, *Global Government Networks, Global Information Agencies, and disaggregated Democracy*, Harvard Law School Public Law, Working Paper No. 018 (2001), 4, [download über http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=283976]). Slaughter selbst bietet einen hervorragenden Überblick über die Diskussion, vgl. ebda.

121 Siehe St. Hobe, *Der kooperationsoffene Verfassungsstaat*, Berlin 1998; U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen 1998; vgl. auch das Interview mit Di Fabio in 2 *German Law Journal* Nr. 9 (1 June 2001), unter <http://www.germanlawjournal.com>

pretation der Globalisierung¹²² und der scheinbar selbstverständlichen Affirmation einer *lex mercatoria* als Ausdruck privatautonomer, marktbezogener Dispositionsmacht¹²³ ist das Fortwirken einer ganz bestimmten Privatrechtskonzeption zu beobachten. Diese Vorstellung von einem scheinbar reinen, weil nicht politisch beeinflussten Privatrecht bezieht ihr Selbstverständnis weiterhin aus einem, dem 19. Jahrhundert geschuldeten, Verständnis des Verhältnisses von unpolitischer Marktgesellschaft und einem die Rahmenbedingungen für den wirtschaftlichen Austausch bereitstellenden Staat, der als Wohlfahrtsstaat gegen Ende des 19. Jh. erst langsam zu erkennen ist, vorerst aber die Rollen des Interventions- und des Sozialstaats antreten wird.¹²⁴ In der Folge kommt es zu einer nicht mehr umkehrbaren wechselseitigen Verwicklung des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, die bislang freilich mehr Fragen aufgeworfen hat, als sich zufriedenstellende Antworten finden lassen.¹²⁵

Die mit dem Siegeszug des Positivismus am Ende des 19. Jh. zusammenhängende theoretische und methodologische Distanz der Rechtswissenschaft zu den inner- und zwischenstaatlichen Auflösungserscheinungen der liberalen Ordnung – hier: Schutzzölle, Handelsriualitäten statt "Völkerrecht", dort: Kartellwirtschaft und Interventionsstaat statt "Privatrecht" – begünstigte die Verfestigung dogmatischer Traditionen, die sich in ihrer Konzeption freilich immer weiter von der sozialen Realität entfernten.¹²⁶ Ein Völkerrecht, welches

122 Hiergegen schon Teubner, *Privatregimes* (oben Fn. 17); dazu Zumbansen, *Die vergangene Zukunft des Völkerrechts*, 66 ff.

123 Berger 1996, 67: Fast 90% aller grenzüberschreitenden Wirtschaftsverträge enthalten heute eine Schiedsklausel.

124 Vgl. M. Stolleis, *Der lange Abschied vom 19. Jahrhundert*, Berlin, New York 1997; ders., *Entstehung des Interventionsstaates* (oben Fn. 20); Joerges, *Rechtssystem* (Fn. 11), 562; zu diesem „Missverständnis bezüglich des 19. Jh. vgl. auch Brüggemeier, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein 1980, 41: „Das Paradoxon, mit dem es bürgerliches Privatrecht in Deutschland zu tun hat, ist, daß es zwar in der hier explizierten Weise den Begriff der bürgerlichen Gesellschaft voraussetzt, diesem Begriff aber nie ein reales soziales Substrat entsprochen hat.“; siehe weiter K.W.Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, Tübingen 1988; ders., *Die Leiden des Privatrechts*, Tübingen 1994; zu Nörr: Zumbansen, *Ordnungsmuster* (FN. 7), 260-7.

125 Dazu gehört aber schon das ordoliberalen Missverständnis, der Staat und seine Rechtsordnung könne allein durch „allgemeine“ Gesetze den Rahmen für einen Markt bereitstellen, der die Ordnungsleistungen hingegen selbst erbringe. Dass dies nicht erst angesichts von in Bundesministerien angeregten und abgehaltenen runden Tischen nicht der Fall ist, ist schon lange bekannt, ohne dass dies sich freilich auf die Theoriearbeit besonders ausgewirkt hätte. Vgl. aber Joerges, *Vorüberlegungen* (oben Fn. 7), 21-23; D. Hart, *Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel Wirtschaftsverfassung*, ZGR 140 (1976), 31 ff.; ders., *AK-BGB*, vor §§ 116 ff.; ders., in: AG 1984, 66 ff.; zur schwierigen Grenzbeziehung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, siehe z.B. Stolleis, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entwicklung des modernen Staates*, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 41-61; Th.Vesting, *Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht*, in: Hans Schlosser (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896 – 1996. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät Augsburg*, Heidelberg 1997, 183-202; Zumbansen, *Ordnungsmuster* (oben Fn. 7), 185 ff.

126 Joerges, *Vorüberlegungen* (oben Fn. 7), 14; zur „Verarbeitung“ der Krise des Positivismus etwa auf der Münsteraner Staatsrechtslehrtagung 1926, siehe VVDStRL ... (1926); W. März, *Der Richtungs-*

quasi vor- oder überrechtlich in erster Linie als von dem privatrechtlichen Strukturprinzip der Privatautonomie geprägt verstanden wurde, konnte wegen seiner Staatszentriertheit und der Blindheit gegenüber individuellen, privaten Wirtschaftsakteuren zu den sich internationalisierenden Wirtschaftsbeziehungen herzlich wenig sagen. Die Regulierung privater Wirtschaftsbeziehungen wurde dem jeweiligen Staat in seinem Rahmen zugedacht, das internationale Wirtschaftsrecht – als eventuelles Wirtschaftsvölkerrecht – betraf Staaten, nicht Individuen. Der Positivismus bewirkte im Völkerrecht eine einseitige Ausrichtung auf Außenpolitik, während er dem zuerst hochfliegenden IPR ein *etatistisches* Ende bereitete. Hier wurde mit seinem nationalen Entstehungsgrund sein wahrhaft internationaler Anspruch in Frage gestellt, sodass schließlich selbst die Bezeichnung des IPR als “international” unpassend erschien.¹²⁷

Vor diesem Hintergrund wurde der sozialen Realität des Privatrechts als Recht des Wirtschaftsverkehrs und seinen Akteuren wenig Aufmerksamkeit geschenkt, vielmehr wurde der freiheitliche Charakter des Privatrechts als “gegeben”, als “selbstverständlich” hingegenommen und als adäquate Beschreibung seiner Praxis (miss-)verstanden. Diese im Völkerrecht beobachtete liberale Sorglosigkeit gegenüber dem als selbstsuffizient und autonom verstandenen Einzelnen blieb theoretisch also auch innerstaatlich bestimmend, obwohl die Realität von staatlicherseits gelenkten Kartellen und Verbänden einerseits und eines zentral angelegten Sozialstaatsprogramms andererseits,¹²⁸ das Bild vom bürgerlichen Privatrecht vom autonomen Individuum schon lange hätte erschüttern müssen. Genauso wenig wie das Faktum der internationalen Wirtschaftsbeziehungen zum Anlass für eine Selbstreflexi-

und Methodenstreit der Staatsrechtslehre, oder der staatsrechtliche Positivismus, in: Knut Wolfgang Nörr/Bertram Schefold/Friedrich Tenbruck (Hrsg.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik. Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert*, Stuttgart 1994, 75-133; aus neuerer Perspektive und natürlich mit anderen Voraussetzungen Chr. Möllers, *Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?*, *VerwArch.* 99 (1999), 187-207.

127 Joerges, *Vorüberlegungen* (oben Fn. 7), 16; in diesem Sinne auch die Kritik bei M. Streit/A. Mangels, *Privatautonomes Recht* (oben Fn. 40), 78 ff.; siehe auch R. Wiethölter, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht*, *Festschrift Kegel* (1977), 213-263, 215: „...IPR – national von Geblüt, international von Gemüt...“. Siehe aber zu den Wechselwirkungen zwischen dem international ausgerichteten, aber auch an einer *Staatengemeinschaft* ausgerichteten Völkerrecht und dem international hingewendeten, aber an nationalstaatliches Recht anknüpfenden IPR, die brillante Studie von Robert Wai, *Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*, *Col. J. Transnatl. L.* (2002 – im Erscheinen), Ms. S. 28: „The paramountcy of the municipal over the international in private international law influenced very much the manner in which public policy goals are advanced and argued in private international law. Public policy goals could be advanced, but they had to be argued as domestic public policy.“

128 Siehe hierzu H.Backhaus-Maul/Th.Olk, *Von Subsidiarität zu „outcontracting“: Zum Wandel der Beziehungen von Staat und Wohlfahrtsverbänden in der Sozialpolitik*, in: Wolfgang Streeck (Hrsg.), *Staat und Verbände*, PVS-Sonderheft 25, Opladen 1994, 100-135; F.Hegner, *Organisations-„Domänen“ der Wohlfahrtsverbände: Veränderungen und unscharfe Konturen*, in: *Zeitschrift für Sozialreform* 38 (1992), 165-190; H.-J.Puhle, *Vom Wohlfahrtsausschuß zum Wohlfahrtsstaat*, in: Gerhard A. Ritter (Hrsg.), *Vom Wohlfahrtsausschuß zum Wohlfahrtsstaat. Der Staat in der modernen Industriegesellschaft*, Köln 1973, 29-68.

on des Völkerrechts genommen wurde,¹²⁹ kam es zu einer grundlegenden Selbstkritik des Privatrechts angesichts der Radikalisierung des privatwirtschaftlichen Austauschverkehrs und der Publizierung des Privatrechts durch Arbeits- und Sozialrecht und die statliche Interventionspolitik. Obgleich die sozialen Grundlagen dieser Rechtsgebiete – i.e. von Privat-, Arbeits- und Sozialrecht – gleich waren, wurden die vermeintlichen Grenzen zwischen den Disziplinen nie ernsthaft in Frage gestellt.¹³⁰ Indem Arbeits- und Sozialrecht als Nothilfe für ein intakt geglaubtes Privatrecht verstanden wurde (und wird¹³¹), konnte gar nicht mehr zur Kenntnis genommen, wie weit sich der Privatrechtsgedanke des bürgerlichen Formalrechts bereits von der sozialen Realität entfernt hatte. Dem Privatrecht kam somit ein vermeintlich freiheitlicher Status der Reinheit und Unberührbarkeit zu. Aus dieser Perspektive kann freilich der Positivismus des Positivismus selbst trefflich bezweifelt werden, denn die Berufung auf seine Voraussetzungslosigkeit ist nichts anderes als eine wertorientierte Weichenstellung, deren Hauptziel jedoch in Verneinung gerade dieser Voraussetzung besteht.¹³² Parallel dazu führte der „Positivismus“ für das Völkerrecht zur ausschließlichen Konzentration auf den Staat als innerlich und äußerlich abgeschlossenes

129 R. Wiethölter, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz* (oben Fn. 49), 256 ff., stellt auch dem IPR ein schlechtes Zeugnis aus, weil es auch im Bereich des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs weiterhin an der Formalität des bürgerlichen Formalrechts orientiert sei, ohne die „wirtschaftsverfassungsrechtliche“ Dimension von Wirtschaft, politischer Steuerung und politischen Rahmenbedingungen („politischer Ökonomie“) in einer mixed economy zur Kenntnis zu nehmen, etwa hinsichtlich der schwierig einzuordnenden juristischen Qualität multinationaler Unternehmen, ebda., 258-260. Hier spricht Wiethölter, fast im Vorgriff auf die gegenwärtige Debatte um die Codices im Bereich der corporate governance, bereits von den „Verhaltenskodices der Multis“. Ob diese aber die maßgeblichen Rechtsträger, -setzer und Akteure der Marktgesellschaft sein sollen, hängt davon ab, inwiefern sich die drängenden „Gerechtigkeits“-fragen unter den neuen Bedingungen weiter stellen lassen: „Im Keim ist es die – alte wie neue – Alternative von ‚Privatrechtsgesellschaft‘ und ‚politischer Gesellschaft‘“. (ebda., 259) Im IPR des beginnenden 21. Jh. wird weiterhin die Notwendigkeit erkannt, diese neuen Rechtssetzungsakteure zur Kenntnis zu nehmen: vgl. hierzu J. Basedow, *The Effects of Globalization on Private International Law*, in: ders./T. Kono (eds.), *Legal Aspects of Globalization. Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International 2000, 1-10, 6 ff., der die Selbstbeschreibung des IPR als „private international law“ wegen der zu erwartenden Zunahme einschlägiger privater Rechtssetzung auch unterhalb der Ebene der Nationalstaaten durch die Bezeichnung des „conflict of laws“ (Kollisionsrecht) ersetzt wissen will.

130 Siehe aber R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt 1968, 168; M. Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Studien über Sinn und Funktion einer Unterscheidung, Stuttgart 1968, letztes Kapitel, wo Bullinger die (schlechten) Chancen eines „Gemeinrechts“ anspricht; ders., *Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit in Verwaltung und Wirtschaft in Europa*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 239-260; auf einer strengen Trennung bestehend hingegen M. Fuchs, *Zivilrecht und Sozialrecht*, München 1992; ders., *Sozialrecht und Zivilrecht*, VSSR 1990, 161-189 mw.N.

131 Vgl. freilich noch jüngst U. Diederichsen, *Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz*, Jura 1997, 57-64, 64, wonach die Intervention des BVerfG in das Privatrecht nur „in echten Extremfällen“ gerechtfertigt sei.

132 Hierzu Wiethölter, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz* (oben Fn. 49), 228-235, 234: „Es hilft nicht weiter, unsere Vergangenheit vor 1945 als ‚postivistisch‘ und nach 1945 als ‚nichtpositivistisch‘ zu würdigen. Einen Positivismus, der diesen Namen aus heutiger Sicht verdiente, hat es in der jüngeren Rechtsgeschichte (noch) nicht gegeben. Eine brauchbarere und zukunftssträchtigere Fragestellung ist es wohl, wie ‚positives‘ Recht als zugleich ‚richtiges‘ Recht denn zu gewährleisten sei.“

Rechtssubjekt, ohne den Versuch zu unternehmen, die diese staatlichen Autorität schon früh in Frage stellende internationale Wirtschaft seitens des Rechts zu thematisieren. Damit wurde freilich die Gelegenheit verpasst, eine grundsätzliche Herausforderung der Rechtswissenschaft durch "soziale Phänomene" – auf die die Realität regelmäßig reduziert wird – zum Anlass für theoretische und praktische Selbstkritik zu nehmen.¹³³

Die sich in den letzten Jahren aufdrängenden und sich jetzt mit drastischer Dringlichkeit stellenden Fragen der völkerrechtlichen Behandlung nicht-staatlicher Akteure¹³⁴ kann auf diese Ausgangslage zurückgeführt werden. Die Staatsgrenzen perforierende Skandalisierung von Menschenrechtsverletzungen und die darauf aufbauende oder zumindest von vielen erhoffte Universalisierung der Menschenrechte¹³⁵ wirft nur auf den ersten Blick weniger rechtstheoretische Probleme auf als ein "Recht der internationalen Wirtschaft". Denn die vermeintlich besser bekannten Menschenrechte und ihre Kodifikation in internationalen Vertragstexten¹³⁶ kann nur kurzfristig über ihre Abstraktheit gegenüber konkurrierenden Geltungsansprüchen hinwegtäuschen. So unmittelbar einleuchtend in der liberalen Theorie die Prinzipien von Menschenwürde und Privatautonomie immer schon gewesen zu sein scheinen, so weit entfernt sind wir doch von einem weltweiten Menschenrechts-Recht oder einem globalen Wirtschaftsrecht.

Was bedeutet dies für unsere Konzeptualisierung des „weichen“ Rechts transnationaler Wirtschaftsbeziehungen, seiner Regeln und Institutionen? Unter Berufung auf die dualistische Trennung von „Staat und Gesellschaft“ wird dem „bürgerlichen Privatrecht“ von Beginn an jeder Anspruch auf die Erfüllung auch *öffentlicher* Aufgaben abgesprochen,¹³⁷ im

133 Die Ersetzung des Begriffs Privatrecht durch den des *Wirtschaftsrechts* mit dem Ziel der Kennzeichnung der sich zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zeigenden Überschneidungen und Überformungen hat sich bis heute nicht wirklich durchsetzen können.

134 Vgl. hierzu D. Thüerer, The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State, in: Rainer Hofmann (ed.), Non-State Actors as New Subjects of International Law. International Law – From the Traditional State Order Towards the Law of the Global Community, Berlin 1999, 37-58.; hier auch St. Hobe, Individuals and Groups as Global Actors: The Denationalization of International Transactions, 115-135; Zumbansen, Die vergangene Zukunft des Völkerrechts (oben Fn. ...) 59 ff. m.w.N.

135 Kl. Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: Kl. Günther/L. Wingert (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas, Frankfurt 2001, 539-567, 540; ders./Randeria, Recht, Kultur und Gesellschaft (oben Fn. 17), 16 („contested universals“), 45; zu Skandalisierung vgl. auch Teubner, Privatregimes (oben Fn. 17); A. Bianchi, Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors, in: G. Teubner (ed.), Global Law without a state, Dartmouth 1997, 179-221.

136 Dies ist freilich eine ungebührliche Vereinfachung: siehe zur Komplexität der Menschenrechte etwa R. Kreide, Soziale Menschenrechte und Verpflichtungen, in: Anderheiden/Huster/Kirste (Hrsg.), Steuerungsfähigkeit des Rechts unter den Bedingungen der Globalisierung, ARSP-Beiheft 79 (2001), 121-144; s. auch die Beiträge in: Philip Alston (ed.), The EU and Human Rights, Oxford 1999.

137 Zumbansen, Ordnungsmuster (oben Fn. 7), 270 ff.

Moment seiner „Entstaatlichung“ liegt seine sprichwörtliche Privatisierung.¹³⁸ Für eine Wahrnehmung gemeinwohlverpflichteter Aufgaben innerhalb dieses Privatrechts bleibt dann freilich kein Raum mehr. Hiermit wird auch das Mißverständnis hinsichtlich des formalen Privatrechts fortgeschrieben.¹³⁹ Indem Privatrecht allein als Austauschrecht gleichberechtigter und autonomer Wirtschaftsakteure verstanden wird, drohen weder seine Überformungen durch das öffentliche Recht noch seine vielfältigen Materialisierungen und Politisierungen zur Kenntnis genommen zu werden,¹⁴⁰ und wenn, dann nur als Mißbildungen und „Verletzungen“ eines ursprünglich vermeintlich gesunden Privatrechts¹⁴¹, welches freilich in jener dort gemeinten, politische Legitimation schaffenden Form nur bei Kant existierte.¹⁴² Für die Ausbildung eines angemessen sensiblen und lernfähigen Wirtschaftsrechts, mit dem sich die drängenden Fragen des internationalen Vertragsrechts¹⁴³ und Haftungsrechts¹⁴⁴, des UNternehmensrechts¹⁴⁵ sowie solche zweifellos in das öffentliche Recht reichende Fragen nach Kooperation und Finanzierung entwicklungspolitischer Infrastruktur beantworten ließen, scheint hier bereits das Aus gekommen zu sein.¹⁴⁶ Dass sich diese Fragestellungen nicht an Grenzen zwischen Privatrecht, IPR¹⁴⁷ und Völkerrecht halten, zeigt nicht zuletzt die intensive „Trade and...“-Debatte im Kontext der WTO.¹⁴⁸ Für das IPR bedeutet die Veränderung der Vertragsagenda grenzüberschreitender Transaktionen eine radikale Erweiterung kollisions- und sachnormrechtlicher Anknüpfungspunkte. „Nicht, als Beispiele, die vertragliche Lieferung von X gegen Lieferung Y, nicht die Gründung einer juristischen Person in A oder B usw., sondern, z.B., der Aufbau von Eigenproduktionsan-

138 Joerges, Rechtssystem (Fn. 11), 562: „Die Kette der Ausblendungen beginnt mit der Vorstellung der betroffenen Probleme als ausschließlich privater Streitfragen.“ Dazu gesellt sich dann, konsequenterweise, der Ruf nach einer Weltkartellbehörde, die im Rahmen einer „Weltinnenpolitik“ den „Markt“ schützen soll. Vgl. hierzu Joerges, Vorüberlegungen (oben Fn. 7), 31.

139 Siehe nochmals Brüggemeier, Probleme, oben Fn. ; vgl. auch Wiethölter, Art. Bürgerliches Recht, in: Axel Görlitz (Hrsg.), Handlexikon der Rechtswissenschaft, Darmstadt 1972, 572f.

140 Günther, „Ohne weiteres und ganz automatisch?“ (oben Fn. 18); Habermas, Faktizität und Geltung; Zumbansen, Ordnungsmuster (FN. 7), 209 ff.

141 Vgl. nochmals Nörr, Leiden, oben FN. .

142 Siehe hierzu Maus, Freiheitsrechte und Volkssouveränität. Zu Jürgen Habermas' Rekonstruktion eines Systems der Rechte, Rechtstheorie 26 (1995), 507-562.

143 Vgl. etwa Kötz/Flessner, Europäisches Vertragsrecht (I), Tübingen 1996; O.Lando/H.Beale (eds.), The Principles of European Contract Law, Dordrecht 1995.

144 Chr. von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, München 1996; vgl. jetzt auch Jan von Hein, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Deliktsrecht, Tübingen 1999; Spindler, Market Processes (oben Fn. 4).

145 Siehe hierzu jüngst St. Rammeloo, Corporations in Private International Law, Oxford 2001.

146 Joerges, Rechtssystem (Fn. 7), 563 f.

147 Berger 1996, 9 f.: „Es ist ein Hauptanliegen der Lehre vom transnationalen Wirtschaftsrecht, die Unwägbarkeiten der nationalen Kollisionsrechte auszuschließen, indem der ‚Sprung ins Dunkle‘ der in die Krise geratenen Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts vermieden werden soll.“ (footnotes omitted); Günther/Randeria, Recht, Kultur und Gesellschaft (oben Fn. 17), 22: „Der hochgradig differenzierten und komplexen kollisionsrechtlichen Systematik [des IPR, P.Z.] steht eine extreme Zurückhaltung bei allen Fragen nach Inhalten und Legitimation gegenüber.“

148 Vgl. jüngst Petersmann, Europäisches und weltweites Integrations- und Verfassungsrecht (oben Fn. 28); siehe auch A. von Bogdandy, Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation. 1. Teil: Entkoppelung von Recht und Politik, in: 34 Kritische Justiz (2001), 264-281.

lagen in der Rechtsform X unter graduellen Umsetzungen der Kapitalbeteiligung, partieller Belieferung mit technologischem know-how, Anlernen landeseigener Führungskräfte, einzugehenden Abnahmeverpflichtungen, flankierenden Sicherheitsverträgen, staatlichen Subventionen, internationalen Abkommen – solche Serien von Programmen bestimmen eine globale *Organisation* von Zwecken und Mitteln, bei der alle betroffenen Interessen gerade ihrer prozesspolitisch, nicht inhaltsrechtlich festgelegten Vergemeinschaftung wegen je ihr *sumum* finden. Im Kern sind Transformationsprozesse von Kontrakt-Programmen zu Organisations- und Verfahrensprogrammen betroffen.¹⁴⁹ Damit findet das Vertragsrecht des IPR Anschluss an wirtschaftsrechtliche Suchbewegungen innerhalb einer durch den strukturellen Wandel von industrieller und postindustrieller Produktion veränderten Marktwirklichkeit, für die es angesichts des Verschwindens ordoliberalen Vertrauens in die staatlichen Rahmenbedingungen und die mit der Zurückdrängung des wohlfahrtsstaatlichen Gesamtwährleistungsanspruchs verbundene Erschöpfung utopischer Energien¹⁵⁰ tatsächlich immer mehr um die eigene Konstitutionalisierung geht. Die traditionelle Sicht auf das privatrechtliche, nationalstaatlich erfasste, wie des sich dieses Zugriffs oft entziehenden grenzüberschreitenden Vertragsrechts würde unter dem Stichwort der Konstitutionalisierung durch eine genauere und umfassendere Zurkenntnisnahme der Vertragswirklichkeit ersetzt. Dieser Gedanke, der unten noch einmal unter Bezugnahme auf das Begriffspaar „Konstitutionalisierung und Verfassung“ aufzunehmen ist, ist nichts anderes als die Ernstnahme der bürgerlichen und demokratischen Versprechen eines Privatrechts, welches als Formalrecht immer schon seine materialen, nicht-vertraglichen Voraussetzungen als gegeben voraussetzen musste, dies aber nur deshalb konnte, weil es sich an Idealtypen von Markt als (bürgerlicher) Gesellschaft und von Akteuren als Bürger orientierte.

Auch unabhängig von dieser, oft stillschweigenden, Inanspruchnahme einer an „Staat und Gesellschaft“ orientierten Trennungsemantik¹⁵¹ muss davon ausgegangen werden, dass wir unsere Beobachtungen der Globalisierung und der damit assoziierten Veränderungen des Rechts immer vor dem Hintergrund der besonderen Erfahrungen im Rahmen nationalstaatlichen und kontinentaleuropäischen Rechts machen. In normativer Hinsicht heißt dies, dass eine Auseinandersetzung mit spezifischen Regierungserscheinungen „jenseits des Nationalstaates“¹⁵² über die konkreten *Herausforderungen* und *Selbstbeschreibungen* der auf diesem Felde Tätigen hinausblicken muss, um sich nicht von vornherein den Weg zu einer genauen Analyse der angebotenen Ordnungsmodelle und ihrer Funktionen unter dem Gewicht der Empirie abzuschneiden.¹⁵³ Das nurmehr, hoffentlich nicht als Farce, wiederholt auftre-

149 Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz (oben Fn. 49), 260.

150 Habermas, Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien, in: Habermas, Die neue Unübersichtlichkeit, Frankfurt 1985, 141 ff.

151 Joerges, Rechtssystem (Fn. 7), 563.

152 Michael Zürn, Regieren jenseits des Nationalstaates, Frankfurt 1998.

153 Joerges, Rechtssystem (Fn. 7), 552. Gleichzeitig wäre Optimismus fehl am Platz: „Der Einwand, daß eine juristische Theorie Zusammenhänge nur verkürzt wahrnehme, braucht deren Erfolg nicht entgegenstehen.“ (Ebda., 563); ders., Vorüberlegungen (oben Fn. 7), 41: „[D]ie Theorie des transnatio-

tende Versprechen des transnationalen Rechts als des autonomen (bürgerlichen) Rechts autonomer (Welt-)Bürger verlangt nichts weniger als eine Form der eben angedeuteten Gesamtschau auf die Regelungsbedürfnisse und –bedingungen des Rechts jenseits des Nationalstaats, damit das transnationale Recht mehr sein kann als bloßes Marktrecht, gesetzt von MNCs¹⁵⁴ und ohne Mitsprache und input derjenigen, die sich im Rahmen nationalstaatlicher langwieriger Lernerfahrungen durch und mit Recht um eine Gesellschaftsverfassung bemüht haben.

III. DIE ANLEITUNG DER THEORIE DURCH DIE PRAXIS

„Die an modernen Problemen arbeitende Jurisprudenz ist offenbar genötigt, Theorien zu entwerfen, die nicht mehr - der eigenen Wissenschaftstradition entsprechend [...] - bloß den Status heuristischer Explikationen von Rechtstexten in Anspruch nehmen, sondern statt dessen in einem umfassenden Sinne soziale Realität wahrnehmen, beurteilen und regeln wollen...“¹⁵⁵

Ebenso wie demnach die eigenen Prämissen und Beobachtungsstandpunkte reflektiert werden müssen, so muss grundsätzlich zum einen nach der Funktion des transnationalen Rechts wie auch nach der Rolle seiner es tragenden Akteure gefragt werden. Ohne in ihm also unmittelbar ein bereits positives Zeichen des Fortschritts erkennen zu müssen, sollte auch hier nach Gründen und Alternativen wenigstens einmal Ausschau gehalten werden.¹⁵⁶ Auf diese Weise wäre genauer zu erkennen und zu erkunden, auf welchen Rechts- und Staatsvorstellungen die geheimnisvolle *lex mercatoria* beruht, d.h. in welchem Verhältnis sie zu den nationalstaatlichen Streitbeilegungsinstrumenten und -institutionen steht. Dies wirft natürlich angesichts der Vielfalt der Staats- und Gesellschaftsordnungen auch dort Fragen auf, wo man sie – im Zuge von Konstitutionalisierung- und Erweiterungshoffnungen – gar nicht unbedingt erwartet.¹⁵⁷ Deutlicher: die Untersuchung transnationalen Rechts ist

nenalen Rechts verengt dadurch, daß sie sich auf eine der Sichtweisen der unmittelbar Beteiligten entsprechende Problemstellung konzentriert, ihren Untersuchungsgegenstand. Gerade diejenigen Themen können nicht in ihr Blickfeld kommen, die national wie international die Transformation des Privatrechts zum Wirtschaftsrecht bestimmt haben: die Kontrolle ökonomischer Macht und die politische Steuerung der Wirtschaft.“

154 M. Lutter, Das europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 1: „Unternehmen sind die Motoren des europäischen Binnenmarkts.“; St. Rammeloo, Corporations in Private International Law (oben Fn. 67), 3: „It’s beyond dispute now that corporations have replaced states as the most important makers of waves in the world’s economy.“

155 Joerges, Rechtssystem (Fn. 14), 557 unter Verweis auf Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1972; Volkmar Gessner, Soziologische Überlegungen zu einer Theorie der angewandten Rechtsvergleichung, RabelsZ 36 (1972), 229 ff.

156 Joerges, Rechtssystem (Fn. 14), 567 mit Hinweis auf Mentschikoff, Commercial Arbitration, 61 Col. L. Rev. 846 (1961); ders., Vorüberlegungen (oben Fn. 7), 76: „Die Produktion solcher Alternativen steht durchaus zur Disposition.“

157 Vgl. etwa Stolleis, The Influence of the „*ius commune*“ in Germany in the Early Modern Period on the Rise of the Modern State, in: *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 11 (2000), 275-285, „In Europe the state takes a hundred forms.“ Vgl. zu Bedingungen einer europäischen Verfassung, eb-

nicht zu trennen von Fragen nach Bedingungen und Möglichkeit eines Regierens jenseits des Nationalstaates.¹⁵⁸

Die Ausweitung des im Wirtschaftsverkehr vorrangigen Privatrechts über nationalstaatliche Grenzen kann zum Verlust seiner materiell- und verfahrensrechtlichen, letztlich verfassungsrechtlichen Einbettung führen, die noch solange gegeben ist, solange privatrechtliche Rechtsstreitigkeiten vor ein nationales Gericht gelangen und nationales Recht Anwendung findet.¹⁵⁹ Die gesicherten Institutionen etwa von Vertrag und Eigentum sind in dem Moment, in welchem sie einem transnationalen Wirtschaftsgeschäft zugrunde gelegt werden, einem hohen Risiko ausgesetzt. Diesem Risiko zu begegnen, hierin liegt die vorrangige Bedeutung des Schiedsrechts und der Schiedsgerichtsbarkeit.¹⁶⁰

1. METHODOLOGISCHE BEFANGENHEITEN

Dafür ist aber zunächst sein Verhältnis zum internationalen Privatrecht zu klären. In methodologischer Hinsicht scheint der Unterschied hinreichend deutlich, weil es dem IPR von seiner Anlage her um die Rückführung eines Rechtskonfliktes in eine nationale Rechtsordnung gehen muss, während das transnationale Wirtschaftsrecht das Recht jenseits staatlicher Grenzen situierter Wirtschaftssachverhalte sein will.¹⁶¹ Ein paradoxes Problem des IPR liegt somit vor allem in seiner qualifizierenden Anknüpfung an nationalstaatliches Recht, welches es im Fall eines Rechtskonfliktes allerdings auszugleichen, nicht aber zu einer neuen Gesamtwertung *aufzuheben* versucht. Die sich abzeichnende Unangemessenheit dieses kollisionsrechtlichen Zugriffs zeigt sich etwa bei komplexen Verträgen, bei denen die Festlegung ihres vermeintlichen „center of gravity“ gerade ihrer Eigenart als komplexer Vertragsbeziehung entgegenstehen würde.¹⁶² Gravierend bleibt dann überhaupt die Außerachtlassung der Spezifität des internationalen Kontexts innerhalb der nationalen Rechtsordnungen wie auch vielleicht des Sinns und Zwecks des IPR selbst¹⁶³, wobei dies

da., 283 f.; siehe jüngst die Beiträge in 2 German Law Journal Nr. 14 u. 15 (1. /15. September 2001), <http://www.germanlawjournal.com>, und in: Christian Joerges/Yves Meny/Joseph H.H. Weiler (eds.), What Kind of Constitution for What Kind of Polity?: Responses to Fischer (2000), <http://www.iue.it/RSC/symposium> oder <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/symp.html>.

158 Insbesondere M.Zürn, *Regieren jenseits des Nationalstaates*, Frankfurt 1998; Joerges, *Rechtssystem* (Fn. 14), a.a.O., in diesem Sinne auch Lehmkuhl, *Transnational Commercial Arbitration* (Fn. 2), 2.

159 Vgl. zur Aufhebung von Schiedsurteilen etwa BGHZ 96, 40.

160 Lehmkuhl, *Transnational Commercial Arbitration* (Fn. 2), 6.

161 Lehmkuhl, *Transnational Commercial Arbitration* (Fn. 2), 15 f., 19; Gaillard, *Transnational Law* (oben Fn. 73), 54; Lowenfeld, *Lex Mercatoria* (oben Fn. 1), 85; Es kann daher nicht wundern, dass sich die Anknüpfung an das IPR in den international zu beobachtenden Kodifizierungen des Schiedsrechts der letzten Jahre immer weiter verliert. So gibt es im Schiedsrecht Frankreichs, der Schweiz und den Niederlanden keine Bezugnahme mehr auf Kollisionsrecht, vielmehr ist die Rechtswahl in die Hände des Schiedstribunals gelegt. Für das deutsche Schiedsrecht gilt nach der grundlegenden Reform des 10. Buchs der ZPO im Jahre 1998 im wesentlichen dasselbe.

162 Berger 1996, 10 f.

163 Berger 1996, 16.

die Frage nach einer genaueren Bestimmung der „Spezifität des internationalen Kontexts“ noch unbeantwortet läßt.¹⁶⁴ Gerade darum muss es aber einer theoretischen Bestimmung des transnationalen Rechts gehen. Dass die Definitionsprobleme allerdings schon am Anfang, nämlich bei dem Begriff des Transnationalen selbst, anfangen, ist allenthalben zu erkennen. So stehen die Untersuchungen über das praktische und theoretische Ausmaß der Globalisierung und der Transnationalisierung, berücksichtigt man einmal die Schwerfälligkeit bei der Entfaltung interdisziplinärer „research agendas“, noch ganz am Anfang.¹⁶⁵

2. VERRECHTLICHUNG DURCH AUTONOMISIERUNG

Indem die justizielle Kontrolle von Tribunalsentscheidungen eingeschränkt wird, kommt diesen eine Selbständigkeit zu, die die Verbindlichkeit der Entscheidungen für die Parteien unterstreicht und gleichzeitig das System des Schiedsrechts positiv bestätigt und von innen festigt.¹⁶⁶ Damit handelt sich dieses Recht aber auch wieder die Etikette des „Rechtslosen“ ein,¹⁶⁷ jedenfalls aus solchen Rechtskreisen, welche einer Herauslösung „richterlicher“ Konfliktlösungen aus einem ordentlichen Instanzenzug grundsätzlich ablehnend gegenüber stehen.¹⁶⁸ Und an dieser Stelle drohen die beschworenen Vorteile des Schiedsrechts in ihr Gegenteil umzukippen. „By choosing the *lex mercatoria* the parties oust the technicalities of national legal systems and they avoid rules which are unfit for international contract. Thus they escape peculiar formalities, brief cut-off periods, and some of the difficulties created by domestic laws (...). [T]hose involved in the proceedings – parties, counsel and arbitrators – plead and argue on an equal footing; nobody has the advantage of having the case pleaded and decided by his own law and nobody has the handicap of seeing it governed by a foreign law.”¹⁶⁹

164 Siehe etwa ICC Award No. 8385, Clunet 1997, 1061, 1066: „The application of international principles [of commercial law] offers many advantages. (...) They take into account the needs of international [commercial] relations and allow a fruitful exchange between legal systems which are frequently linked in an exaggerated manner to conceptual distinctions on one side and those who seek fair and pragmatic solutions for individual cases on the other. It is thus an ideal opportunity to apply [in this arbitration] what is more and more called the *lex mercatoria*.” (Zitiert bei Berger, *The New Law Merchant*, a.a.O., 2 – Übersetzung: Berger)

165 Siehe jetzt die Beiträge von Osterhammel, Spiliotis und Wirz in *Geschichte und Gesellschaft* 27 (2001), Heft 3, 464 ff. Der Beitrag von Jürgen Osterhammel ist ein überzeugendes Plädoyer für eine sensible, kontextbezogene, „systemtheoretisch“ informierte Analyse gesellschaftlicher Verfestigungen außerhalb, vor allem aber *jenseits* des nationalstaatlichen Definitionsrahmens. Damit ist der Beitrag eine grossartige tour d’horizon der bisherigen shortcomings beim Umgang mit dem Phänomen des Transnationalismus.

166 Siehe etwa die Entscheidung des U.S. Supreme Court: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985) - <http://supct.law.cornell.edu/cgi-bin/sup-choice.cgi?473+614>

167 Siehe Lehmkuhl, *Transnational Commercial Arbitration* (Fn. 2), 18, der von einer „atmosphere of lawlessness“ spricht. Vgl. dazu bereits oben, Fn. , die Bemerkung Gentinettas über „arbitration outside law“.

168 So zum Beispiel England: vgl. hierzu Lowenfeld, *Lex Mercatoria* (oben Fn. 1), 71 f.

169 Ole Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 *Int'l. & Comp. L.Q.* 747, 748 (1985) (zit. bei Lowenfeld, *Lex Mercatoria*, oben Fn. 1, 75 f.).

Verfahrenskürze, Vertraulichkeit, Zielgerichtetheit und das Spezialwissen des angerufenen Schiedsrichters¹⁷⁰ - diese Elemente erwecken aus der Perspektive eines rechtsstaatlichen Verfahrensrechts den Eindruck von fehlender Berücksichtigung von Verfahrensgrundsätzen wie Formalisiertheit, Öffentlichkeit und Kontrollierbarkeit. Stellt man wieder die Verbindung her zu dem Erfahrungsbestand nationalstaatlicher politischer und rechtlicher Systeme unter dem Druck der Erosionen herkömmlicher Formen der Staatlichkeit¹⁷¹, so ist zu fragen, ob sich in der Autonomisierung des Schiedsrechts diese Entstaatlichung widerspiegelt. Hier sind besonders zwei Ansichten von Bedeutung.¹⁷² Die eine bezieht sich auf die Entfaltung nationaler Wettbewerbsstaaten, die sich dadurch auszeichnen, dass sie mitsamt ihren Institutionen in einen Re- und Deregulierungswettkampf eintreten mit dem Ziel, Standortvorteile zu erlangen. Eine andere Ansicht geht weiterhin von der starken, wenn auch qualitativ veränderten Präsenz des Staates aus. „Bringing the State back in“, so heißt schon lange die Beschreibungsformel für die Abbildung der dialektischen Bewegung, in der sich der Wohlfahrtsstaat auf das Setzen von Rahmenbedingungen zurückzieht, um Kontextautonomie¹⁷³ zunächst zu ermöglichen und zu fördern, um aber andererseits durch detaillierte Nachkontrolle nachzusteuern.¹⁷⁴ Der internationale Wettbewerb um die beste Schiedsordnung könnte so zweifache Auswirkungen haben. Zum einen kann es zu einer Renationalisierung und Relokalisierung des Rechtskonflikts kommen. Zum anderen aber muss sich zeigen, ob – im Gegenteil – die Selbstregelungsbedürfnisse des transnationalen Rechts am Ende nicht stark genug sind, um die konkurrierenden, nationalstaatlichen Anpassungsbemühungen um das beste Schiedsrechtsordnung im Sinne der *lex mercatoria* und ihrer Akteure zu beeinflussen.

IV. VERTRAGSRECHT ALS RECHT DER POLITISCHEN SELBSTGESETZGEBUNG

Zwischen Völkerrecht und nationalstaatlichem Wirtschaftsrecht ist eine sehr rege private Rechtsproduktion zu beobachten,¹⁷⁵ die besondere Aufmerksamkeit verdient. Globale Verträge machen das Unmögliche möglich: sie schaffen sich selbst ihre nicht-vertraglichen

170 Lehmkühl, *Transnational Commercial Arbitration* (Fn. 2), 19.

171 Vgl. oben Fn. 21-25 und begleitender Text.

172 Lehmkühl, *Transnational Commercial Arbitration* (Fn. 2), 20 ff.

173 Siehe hierzu vor allem G. Teubner/H. Willke, *Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5 (1984), 4-35.

174 Siehe hierzu aus jüngster Zeit G. Britz, *Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts*, in: *VerwArch* 2000, 418-437.

175 Hierzu jüngst Engel, *Hybrid Governance* (oben Fn. 71); vgl. auch F. De Ly, *Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria*, in: *Festschrift Sandrock* (oben Fn. 10), 179-203, 181 ff. mit einer konzisen Einführung in die Schulenburgbildung zu Beginn der *lex mercatoria* Debatte (zwischen Schmitthoff – Komplementierung u. Ergänzung inter- u. nationalen Rechts durch selbst gesetztes Recht - und Goldman – autonomes transnationales Wirtschaftsrecht); vgl. Cl. Schmitthoff, *Das neue Recht des Welthandels*, in: *RabelsZ* 28 (1964), 47-77; B. Goldman, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, in: *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel 1993, 241-255; H.-J. Mertens, *A self-applying system beyond national law?*, in: G. Teubner (Ed.), *Global Law Without A State*, Dartmouth 1997, 31-43; F. Juenger, *American conflicts scholarship and the new law merchant*, in: *28 Vand. J. Transnat. L.* 487-501 (1995).

Voraussetzungen. Dies tun sie, indem sie hierarchisieren, temporalisieren und externalisieren.¹⁷⁶ Die Hierarchisierung erfolgt durch den Vertrag und im Vertrag, indem der Vertrag selbst der Festlegung des auf ihn anzuwendenden Rechts dient. Ein Zugriff auf „Außenrecht“ scheint nicht mehr nötig zu sein.¹⁷⁷ Dann muss das Recht des Vertrages zweierlei enthalten, was man auf den ersten Blick allerdings trennen möchte. Zum einen regelt der Vertrag eine Vereinbarung der Primärpflichten, zum anderen aber müsste er nach dieser Vorstellung auch das Recht der Sekundärpflichten und der Leistungsstörungen enthalten. Seine Regelungsweite ist aus dieser Perspektive enorm. Die herkömmliche Abwehrreaktion bestünde darin, diese jurisgenerative Vertragspraxis wegen vermeintlicher Unzulänglichkeit anzuzweifeln. Wie sollten die Vertragspartner nicht nur an Regelungen denken, die für einen von beiden Seiten zu benennenden und als solche erkennbaren Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Anwendung finden sollten? Würde dies nicht voraussetzen, dass ein ähnlicher Erfahrungshintergrund hinsichtlich der Grundlagen und Grenzen dieses Rechtsinstitutes vorhanden sein muss, um an eine solche Möglichkeit überhaupt nur denken zu wollen? Diese Frage ist hingegen damit zu beantworten, dass es nicht mehr nur um den einzelnen Vertrag geht oder um ein komplexes, multipolares Vertragsgeflecht und die darin enthaltenen Regeln. Vielmehr bringt das transnational praktizierte Vertragsrecht ständig Normen hervor, welche sich in den Schiedssprüchen der Tribunale und in den Listen der Organisationen als „sekundäres Recht“ ablagern. Somit ist das Vertragsrecht in einer andauernden reflexiven Beziehung zu seinen bisherigen Rechtssetzungsleistungen.

Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf eine weitere Funktion transnationaler Verträge, die von ihnen geleistete Temporalisierung. Diese scheint auf den ersten Blick bereits aus den mittlerweile als etabliert zu betrachtenden Langzeit- und Relationalverträgen vertraut zu sein.¹⁷⁸ Doch besteht hier ein bedeutender Unterschied. Innerhalb eines Relationalvertrages geht es um den „shift from discrete to relational“, also um die Perspektivverschiebung einer punktuellen, kontraktuellen Austauschbeziehung hin zu einem flexiblen, „weichen“, auch „informellen“ Arrangement, in dem die von den Vertragspartnern gewünsch-

176 G. Teubner, *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), 253-290, 274 ff.

177 Siehe hierzu Collins, Hugh Collins, *Regulating Contracts*, Oxford/New York 1999, 142 f.; St. Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *American Sociological Review* 55 (1963); E. Schanze, *Investitionsverträge* (oben Fn. 113), 169-172.

178 I. Macneil, *Relational Contract: What we do and what we do not know*, 1985 *Wisconsin Law Review* 483-525; ders., *Oxford Journal of Legal Studies* (2001); Macaulay, *Non-contractual Relations* (oben Fn. 116); E. Schanze, *Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation*, in: Christian Joerges (ed.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden 1991, 67-103; ders., *Symbiotic Arrangements*, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 3, Basingstoke 1998, 554-559; vgl. hierzu auch Joerges, *Vorüberlegungen* (oben Fn. 7), 70 f.; Collins, *Regulating Contracts* (oben Fn. 120), 140 ff.; J. Oechsler, *Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag. Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik*, *RabelsZ* 60 (1996), 91-124; Zumbansen, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat* (FN. 7), 207 ff. m.w.N.

ten und in Anspruch genommenen Möglichkeiten zur "Vertragsanpassung" geeignet sind, die Grenzen zwischen Vertrag und Gesellschaft, zwischen Austausch und Kooperation bis zur Unkenntlichkeit verschwinden zu lassen. Eine dauerhafte Vertragsbeziehung entfaltet aus ihrer Exekution und Verwirklichung heraus quasi-gesellschaftliche Qualitäten und eröffnet somit einen mehr oder weniger flexiblen Rahmen zur Vertragsanpassung und -gestaltung *in der Zeit*. Während sich die rechtstheoretischen Erklärungsansätze dieser Phänomene auf "Informalität", "Nicht-Vertrag" und "Vertrauen" konzentrieren,¹⁷⁹ zielt der hier gemeinte Temporalisierungsgedanke weiter. Ein common law des Vertragsrechts ist in der Entstehung. Indem ein Vertrag auf Verträge der Vergangenheit, aber auch auf zukünftige Verträge als Konfliktlösungsmöglichkeiten verweist, einschließlich der verfügbaren und miteinander konkurrierenden AGB und der Entscheidungen der Schiedsgerichte, ist der einzelne Vertrag nicht nur ein Baustein des transnationalen Rechts, sondern bildet dieses sich in ihm ab.¹⁸⁰

Die dritte Funktion der Verträge, die Externalisierung, schließlich vollzieht sich durch die vertragliche Grundlegung und Bestätigung der Instanz, die über die Durchführung des Vertrages wacht. Das hierfür angerufene Schiedsgericht wird zuerst durch den Vertrag autorisiert.¹⁸¹ Diese Selbstreflexivität führt zu einem Auseinandertreten einer „offiziellen“ und einer „nicht-offiziellen“ Version des globalen Rechts, denn durch die schiedsgerichtliche, *offizielle* Kontrolle wird das privatautonom gesetzte Recht *inoffiziell*. Das Schiedsrecht und die *private Gesetzgebung* (AGB)¹⁸² bilden gemeinsam ein Entscheidungssystem, in dem sich die vom Vertrag bekannte Hierarchisierung zu wiederholen beginnt.¹⁸³ Die Frage ist, anhand welcher Standards diese Entwicklungen zu qualifizieren sind.

1. TRANSNATIONALES RECHT ALS AUTONOME RECHTSORDNUNG?

Dem Verteidigungskampf der *lex mercatoria* ist bislang viel Aufmerksamkeit gewidmet worden.¹⁸⁴ In ihrer Eigenart als „natürlicher Gerichtsbarkeit der internationalen Wirtschaft“¹⁸⁵ ist die Schiedsgerichtsbarkeit als institutionelle Kristallisierung des transnationalen Wirtschaftsrechts den gleichen Angriffen ausgesetzt. Das ganze Repertoire, bestehend aus Rechtsquellen und Verfahrensprinzipien, läßt sich hingegen ebenso „leicht“ mobilisie-

179 Siehe aus jüngerer Zeit die Beiträge in: S. Deakin/J. Michie (eds.), *Contracts, Co-operation, and Competition*, Oxford, New York 1997.

180 Vgl. auch Lowenfeld, *Lex Mercatoria* (oben Fn. 1), 90.

181 Teubner, *Globale Bukowina* (Fn. 119), 276.

182 Siehe hierzu M. Roth, *Einbeziehung privat gesetzten Rechts in internationale Verträge – Lex Mercatoria, UNIDROIT und Lando Principles als Geschäftsbedingungen im internationalen Handel* (Vortrag auf dem Bielefelder Workshop)

183 Teubner, *Globale Bukowina* (Fn. 119), 277; Ursula Stein, *Lex Mercatoria, Illusion und Wirklichkeit*, Frankfurt 1995, 164 ff.

184 Siehe umfassend Berger 1996, 85 ff.; Teubner, *Globale Bukowina* (oben Fn. 119), 264, spricht von einem „regelrechten Glaubenskampf“.

185 Berger 1996, 83.

ren wie widerlegen. Richtet man aber seine Aufmerksamkeit auf die Frage, wovon die *lex mercatoria* im besten Sinne autonom, unabhängig sein soll, so hieße dies, noch früher anzusetzen. Anstatt also historisch gewachsene, dogmatisch und institutionell verfestigte Strukturen mit Theorie und Praxis des transnationalen Wirtschaftsrechts zu vergleichen, wäre nach Funktion und Wert des Rechts selbst für die gesellschaftliche Selbstorganisation zu fragen. Die daraus folgende Frage nach dem Verhältnis zwischen Legalität und Legitimität zielt auf die Rekonstruktion der Entstehungsbedingungen verbindlicher Rechtsnormen und der Rahmenbedingungen, in denen ihnen Geltung zukommt. Aus dieser Perspektive scheint es freilich selbstverständlich, sich um ein besseres Verständnis für die Vielfalt der Interaktions- und Kommunikationsstrukturen zu bemühen, weil nur so eine angemessene Beschreibung des Rechts *in der* Gesellschaft zu erhoffen ist. Aus dieser Perspektive erscheint auch das formalisierte, nationalstaatlich erprobte Rechtssystem nicht mehr als allumfassend und autonom gegenüber anderen gesellschaftlichen Normenkomplexen.¹⁸⁶ So ist die Auseinandersetzung um die *lex mercatoria* nicht lediglich die Erweiterung dessen, was wir gemeinhin als Recht anzuerkennen gewohnt sind. Vielmehr geht es um die soziale Funktion des Rechts vor dem Hintergrund einer sich weiter ausdifferenzierenden Staaten- und Gesellschaftswelt.¹⁸⁷ In diesem Sinne ist auch der Eindruck mehr als zutreffend, dass es um letzte Fragen des Staatsgefühls geht,¹⁸⁸ nur mit dem Unterschied, dass sich der Fragenkatalog über den Begriffshorizont des „Staates“ hinaus erheblich erweitert hat. Fragen, die vor dem Hintergrund eines meist nicht näher definierten, sondern lediglich mit der Konnotation des Staates gekennzeichneten Rahmens gestellt werden, sind mit dem am Staat orientierten Begriffsinstrumentarium aber weder angemessen zu verstehen noch zu beantworten. Ob sich deshalb aber eine Rekonstruktion der Legitimitätsprobleme besser unter dem semantischen Dach der „Gesellschaft“ empfiehlt, ob als Markt-, Zivil- oder Privatrechtsgesellschaft, muss bezweifelt werden. Nicht nur würde unser Gebrauch des Gesellschaftsbegriffs wahrscheinlich in dem staatsorientierten Ideenzusammenhang verbleiben, der unser Verständnis von „Gesellschaft“ geprägt hat,¹⁸⁹ sondern auch die Hinwendung „zum anderen Pol“ würde letztendlich nichts anderes als die Fortschreibung dieser zweipoligen Strukturbeschreibung bedeuten. Die Herausforderung einer an Legitimitätsfragen einer ausdifferenzierten, pluralistischen Gesellschaft interessierten Rechtstheorie besteht gerade darin, solche Prägungen zur Kenntnis zu nehmen, dies aber mit genauem Blick auf die zutage tretenden Zuordnungs- und Regelungsprobleme. Dass wir von (hilfsweise herangezogenen) Problemkennzeichnungen wie Markt- oder Politikversagen nicht durch eine Hinwendung zum „Regieren jenseits des Nationalstaates“ (M. Zürn) wegkommen,

186 Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität (oben Fn. 54), 553; Teubner, Globale Bukowina (oben Fn. 119); vgl. bereits S. Falk Moore, Law and Social Change: The semi-Autonomous Field as an appropriate Subject of Study, in: Law & Society Review 1972/73, 719-746.

187 In diesem Sinne Joerges, Vorüberlegungen (oben Fn. 7), 8.

188 Siehe oben Fn. 35.

189 Siehe Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: Die postnationale Konstellation, Frankfurt 1998, 91-169, 91-93.

erscheint daher als unausweichliche Konsequenz. Der „apolitische Ursprung und Charakter“ der *lex mercatoria* kann ihre Repolitisierung nicht verhindern.¹⁹⁰ Zu stark sind die Kräfte, die von einem internationalen, wirtschaftspolitischen Wettbewerb ausgehen, als dass dies ohne Folgen für das transnationale, private Wirtschaftsrecht bleiben könnte.¹⁹¹ Für den andauernden und sich immer wieder radikalierenden Nord-Süd-Konflikt, der nur unzureichend mit dem Stichwort der „neuen ökonomischen Weltordnung“ benannt werden kann, gilt dasselbe.¹⁹²

Im Wege der privaten, kontraktuellen Rechtssetzung scheint es, als konstituierte und *konstitutionalisierte* sich das globale Vertragsrecht quasi naturwüchsig. Verfassungsinterpreten haben hier eine schwere Aufgabe vor sich. Denn dieses Recht ist extrem beweglich, dezentral verfestigt und in seinem Geltungsanspruch noch seinem Schöpfer - dem Souverän - so nah, dass jede auch nur vorsichtig teleologische Interpretation mit den Launen und Widrigkeiten eines sich ständig verändernden, *weichen* Rechtskörpers in Konflikt gerät.¹⁹³ Aber auch hier, in einem Klima zahlreicher, verfassungsgebender Versammlungen erfahren eingerichtete und ausgeübte transnationale Wirtschaftspraktiken eine Verrechtlichung. Die umfassende, selbstregulative Organisation in der Gewaltenteilungstrias aus „private legislature, government and judiciary“ wird sich nur zu schnell an das Erwachsensein gewöhnen. Die Regelungsansprüche und Repräsentationsbedürfnisse wirtschaftlicher, kultureller und politischer Systeme – staatlicher und nicht-staatlicher Art - werden die Stabilität des sich herausbildenden, entgrenzten Rechtssystems immer stärker auf die Probe stellen, und mit jedem Schritt in die Verrechtlichung wird der Ruf nach Vervollkommung derselben lauter werden. In diesem Sinne bedeutet Repolitisierung eine Inanspruchnahme von außen, gleichzeitig aber geht es darum, die selbstgenerative Legitimationsbasis mit Blick darauf zu erhalten, dass das Recht weiterhin in erster Linie von den beteiligten Wirtschaftsakteuren selbst gesetzt wird. Hier ist die *lex mercatoria* also ein gleichzeitig autonomes und gefährdetes Recht. Ob sich der Autonomisierungsprozess, angetrieben durch gegenwärtige Tendenzen der Entstaatlichung, letztendlich behaupten wird, ist die Frage.

190 G.Teubner, Globale Bukowina (oben Fn. 119), 282 f.

191 Ein Beispiel hierfür ist der Wettbewerb um eine den Finanzgeschäften angemessene nationale Insolvenzordnung (Netting-Klauseln), vgl. hierzu Günther/Randeria, Recht, Kultur und Gesellschaft (oben Fn. 17), 55-59. Dies ist Ausdruck einer deutlichen Beeinflussung nationaler Gesetzgebungsverfahren durch unternehmerischen Druck, wofür Saskia Sassen den Begriff des „economic citizenship“ verwendet (vgl. ebda., 57); vgl. auch das Beispiel der neuen Gesellschaftsrechtsgesetzgebung Russlands, ein Prozeß, in dem unterschiedliche, ausländische Vorstellungen miteinander konkurrierten: E. Schanze, Legislating for System Change: The Russian Company Acts of 1995 and 1998, in: JITE 156 (2000), 19-29, 22.

192 Teubner, Globale Bukowina (oben Fn. 119), ebda.; vgl. Dezalay/Garth, Dealing in Virtue (oben Fn. 6); Shalakany, Arbitration and the Third World (oben Fn. 6).

193 Insofern ließe sich die Perspektive der ökonomischen Analyse auf diese „dezentrale“ Rechtsgewinnung erheblich erweitern. Vgl. zur ÖAR die Ausführungen bei Berger 1996, 25 f. Siehe auch die Kritik an der einseitig ökonomistischen Interpretation der *lex mercatoria* bei Teubner, Privatregimes (oben Fn. 17).

2. TRADITIONALISTEN VERSUS TRANSNATIONALISTEN

„...[M]an hat zwar Vertrauen in die Praxis, kontrolliert sie aber anhand der eigenen fundamentalen Rechtsüberzeugungen.“¹⁹⁴

Ist die Diskussion um die *lex mercatoria* vor diesem Hintergrund wirklich zu leidenschaftlich?¹⁹⁵ Ein folgenreiches Mißverständnis droht dort, wo man im transnationalen Recht ein wesentliches *Minus* gegenüber staatlichem Recht vermutet. Aus der Sicht der *lex mercatoria* verfehlt diese Sichtweise von vornherein ihre besondere Natur. So ist dieses Minus auch nur schwer zu thematisieren. Abgesehen von den gängigen Vorwürfen in Hinsicht auf Quellen und Verfahren muss es für die *lex mercatoria* nicht um die Kodifikation solcher politischen Programmsätze gehen, die aus den mit der Erweiterung vom Rechtsstaat zum Sozial- und Wohlfahrtsstaat einhergehenden Materialisierungserfahrungen gewonnen wurden, weil gerade diese Erfahrungen in der Mehrzahl neue und erweiterte Auslegungsperspektiven eröffnet haben, nicht aber unbedingt in Kodifikationen mündeten. Ausnahmen wie das AGBG bestätigen die Regel. Der Vorwurf des Minus könnte aber in einer anderen Weise ernstgenommen werden. Mit Blick auf die Lernerfahrungen mit dem Recht des Nationalstaates könnte es um ihre Fruchtbarmachung für eine *Fortbildung* des transnationalen Rechts gehen. Dieses Recht, in erster und bestimmender Hinsicht das Recht der beteiligten Wirtschaftsakteure, wird über kurz oder lang ähnlichen Fragestellungen ausgesetzt sein, welche die Fortentwicklung etwa unseres nationalstaatlichen Rechts und Rechtsbewußtseins vorangetrieben haben. Die *lex mercatoria* ist also – ebenso wie das „bürgerliche Formrecht“ – durch Repolitisierungen in ihrer vermeintlichen Autonomie „gefährdet“. Hierin liegt aber gerade ihre Chance. Die politische Herausforderung dieses autonom vorgestellten Rechts darf für eine sich selbst im Recht organisierende Gesellschaft nicht verstanden werden als Überformung und Hegemonisierung ehemals freier Akteure und ihrer Institutionen, sondern als Vergesellschaftung des Rechts in einem umfassenden Sinne. Keine Diskussion der *lex mercatoria* also ohne Einbeziehung von Fragen der internationalen Wirtschaftspolitik, der internationalen Beziehungen und der vielfältigen Formen transnationaler gesellschaftlicher Selbstorganisation.

3. VERFASSUNG ODER KONSTITUTIONALISIERUNG?

„International arbitrators do seek to achieve just results within a legal framework, and that framework is by definition wider than the frontiers of any state.“¹⁹⁶

194 Schödermeier, Sonderprivatrecht für internationale Wirtschaftsverträge, Köln 1989, 198, zit. bei Berger 1996, 24.

195 Berger 1996, 29: „Es ist ein Grundübel der Diskussion um die Lehre von der *lex mercatoria*, daß sie vielfach (zu) leidenschaftlich geführt wird.“

196 Lowenfeld, *Lex Mercatoria* (oben Fn. 1), 91.

Die Herausforderung einer praxisgeleiteten Theoriearbeit an dem Phänomen transnationalen Rechts besteht demnach in erster Linie in der Aufklärung dieser Praxis.¹⁹⁷ Wertvolle Vorteile für diese Arbeit ergeben sich, bei aller Schwierigkeit des Unterfangens, bereits dadurch, sich den unmittelbaren Griff nach der (Welt-)Verfassung zu versagen, um stattdessen – einstweilen oder grundsätzlich - nach Elementen der Verfassungsbildung im Sinne einer Konstitutionalisierung zu suchen.¹⁹⁸ Dafür sind verschiedene Möglichkeiten des Herangehens denkbar.¹⁹⁹ Die Suche nach Ablagerungen von Verfassungsrecht in unterschiedlichen Teilgebieten „einfachen“ Rechts²⁰⁰ erhellt gleichsam die vielen Berührungspunkte und, mehr noch, Verschränkungen verfassungsrechtlicher Grundorientierungen und Standards mit einfachrechtlichen Normen und Instituten und verweist dabei freilich auf die immer wieder neu zu leistende Begründung beider Ebenen. So zielt der unlängst unternommene Vorstoß in Richtung einer rechtstheoretischen Systematisierung tragender Eigenschaften internationalen Rechts²⁰¹ nicht nur auf die zutage getretenen Legitimationsschwierigkeiten eines staatszentrierten Völkerrechts im Zeitalter zunehmender Aktivitäten nicht-staatlicher Organisationen.²⁰² Der Vorschlag, unter dem Leitbegriff der „Legalization“ drei Charakteristiken internationaler Rechtsinstitutionen zu kennzeichnen – obligation, precision, delegation – setzt bereits vorher an. Die genannten Eigenschaften sollen dazu dienen, dem internationalen Recht gerade dort feste Konturen zu verleihen, wo es sich wegen des Fehlens seiner Durchsetzungskraft immer wieder dem Urteil der Bedeutungslosigkeit ausgesetzt sieht.²⁰³ Ergänzte man solche Erkenntnisverfahren um Perspektiven auf

197 In diesem Sinne sehr früh R. Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, Festschrift Kegel (1977), 213-263; Joerges, Vorüberlegungen (oben Fn. 7).

198 Vgl. hierzu Schanze, Entwicklung von Institutionen, in: Chr.Meier-Schatz (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts. Forschungsgespräch der Rechtswissenschaftlichen Abteilung anlässlich des 100-Jahr-Jubiläums der Universität St.Gallen im Juni 1998, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Beiheft 28, Basel u.a. 1998, 195-206, 203 ff., siehe bereits ders., Investitionsverträge (oben Fn. 113), 185-187 („Lehre der Gestaltungselemente“).

199 Für das Völkerrecht vgl. J.A. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 39 (1999), 427-448; Chr. Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, Vortrag bei dem Symposium „Grenz-überschreitende Konstitutionalisierungsprozesse“ aus Anlaß des 65. Geburtstags von Prof. Dr. Dres. h.c. J.A. Frowein, *ZaöRV* 59 (2000), 961-983; Matthias Ruffert, Zuständigkeitsgrenzen internationaler Organisationen im institutionellen Rahmen der internationalen Gemeinschaft, *Archiv des Völkerrechts* (AVR) 38, 129-168, 133 ff.

200 Siehe hierzu G.F. Schuppert/Chr. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, Baden-Baden 2000.

201 Siehe J. Goldstein/M. Kahler/R. Keohane/A.-M. Slaughter, Introduction: Legalization and World Politics, in: *International Organization* (IO) 54 (2000), 385-399; Kenneth W. Abbott/Robert O.Keohane/Andrew Moravcsik/Anne-Marie Slaughter/Duncan Snidal, The Concept of Legalization, ebda., 401-419.

202 Vgl. die Nachweise bei Zumbansen, Die vergangene Zukunft des Völkerrechts.

203 Abbott et al., The Concept of Legalization (oben Fn. 139), 402: „Our conception of legalization creates common ground for political scientists and lawyers by moving away from a narrow view of law as requiring enforcement by a coercive sovereign. (...) [T]he forms of legalization we observe at the turn of the millenium are flourishing in the absence of centralized coercion.“ Die drei genannten

das wegen seiner vermeintlichen Privatheit von Völkerrechtlern und IB-Experten vernachlässigte transnationale Wirtschaftsrecht, so wäre ein erster Schritt in Richtung eines besseren Verständnisses von Recht und Gesellschaft getan. Zwischen den Polen Verfassung und Konstitutionalisierung wäre also ein Kurzschluss herbeizuführen, indem der Prozesscharakter jeder Verfassung unter Ungewissheitsbedingungen unterstrichen wird. So würde auf der einen Seite der Blick auf das Verfassungsdokument um die Perspektive seines ständigen rechtlichen, politischen, sozialen Interpretationsbedarfs erweitert, ohne dass dies als ein Makel der Verfassung zu begreifen wäre.²⁰⁴ Auf der anderen Seite aber würde Konstitutionalisierung nicht mehr lediglich als die derzeit in der WTO-Diskussion sehr populäre Ergänzung eines formalrechtlichen Rechtsstaatsbegriffs mit *human rights* und *environmental protection concerns* verstanden werden. Vielmehr müsste der Prozesscharakter der Verfassung als Herausforderung an eine politische Praxis ernstgenommen werden, die vor dem Hintergrund der Lernerfahrungen erschöpfter Gerechtigkeitsvorstellungen²⁰⁵ einerseits und der institutionellen Ausdifferenzierungen der verschiedenen Staatsmodelle andererseits weiterhin von den Teilnehmern akzeptierte, wenn auch nicht immer wahrgenommene, Möglichkeiten zur Konfliktaustragung zur Verfügung stellt.²⁰⁶

Charakteristiken orientieren sich an den von H.L.A.Hart (The Concept of Law – 1961) herausgearbeiteten Kriterien seiner „secondary rules“: recognition, change, adjudication; vgl. Abbott et al., op.cit., 403 f.

204 Siehe hierzu etwa die Ausführungen von R. Koselleck, Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, in: Gegenstand und Begriff der Verfassungsgeschichtsschreibung (Redaktion: Helmut Quaritsch), Berlin 1983, 7-21.

205 Engel, Hybrid Governance (oben Fn. 71), 3: „The constitution assumes that this governance authority has struck the right balance between competing constitutional concerns.“

206 Vgl. hierzu Habermas, Faktizität und Geltung, 477.

Skizze zu:
**LEX MERCATORIA, SCHIEDSGERICHTSBARKEIT
 UND TRANSNATIONALES RECHT**

I. EMERGENZ

Set of Critiques:

Nicht öffentlich,
 „diskret“
 Ökonomisch, am Parteiinteresse
 orientiert
 Hohe Rechts-
 akzeptanz

„UNBÜROKRATISCH“

„SCHNELL“

„EFFIZIENT“

Continental lawyers: pro

Formalisierte/„schleichende“
 Kodifikation („Lando“; „U-
 NIDROIT“ etc.)

>>> Formalisierung (80er),
 Vermischung (90er- Heute)

Set of Critiques:

Verfahren, Regeln, Partizipation

Oberflächlich, Billigkeitsjurispru-
 denz

Rechtsweg, Judicial Review

Common lawyers: skeptical

Keine Anwendung privat gesetz-
 ten Rechts durch staatliche Ge-
 richte

II. HINTERGRUND

GLOBALISIERUNG

Recht wird auch von Privatakteu-
 ren geschaffen

“Eigenart transnationalen Wirt-
 schaftsverkehrs”

„Transnationalisten“

WELT DER NATIONALSTAATEN

Recht ist Sache des (National-)
 Staates

Blinde Flecken zwischen Völker-
 recht und Internationalem Privat-
 recht

„Traditionalisten“

III. LERN-ERFAHRUNGEN

Strukturwandel in der Globalisie-
 rung

Antiquiertheit des IPR
 Antiquiertheit des Völkerrechts

Antiquiertheit des „Staates“

Internationalisierung der Hand-
 lungssagenden

Strukturwandel in den National-
 staaten

Rechtsstaat – Sozialstaat
 Wohlfahrtsstaat – zu lösende
 Probleme des Interventionsstaa-
 tes werden unter der Ägide des
 Wohlfahrtsstaates lösbar

Privatisierungen

Deregulierungen

Kommissionsarbeit

		(Bsp. Regierungskommission Corporate Governance 2000- 2001, ff.)
„Regierung“ (Zürn/Neyer)		„Aufsicht“ (Schuppert)
Globalisierung	IV. EXPERIMENTIEREN	Welt der Nationalstaaten
Rechtsetzung durch Vertrag		Vertrag <i>v.</i> Organisation
Temporalisierung		Leasing, Franchise, Relationalverträge, Unterneh- mensverträge
Hierarchisierung		Rechtsfähigkeiten Strukturelle Ungleichgewichte (BVerfGE 81, 242; 89, 214 & 6.2.2001, NJW 2001, 957)
Externalisierung		Gewaltenteilung Gesellschaftstheorie
Verselbständigungen Versachlichungen (Verwal- tung/„governance“ in der Privat- rechts-gesellschaft)		Von der „technischen (und sozia- len) Realisation“ (Forsthoff) zur „deliberativen Demokratie“ Formal, material, prozedural (Verrechtlichungen)
Autonomisierungen v. schlei- chende Kofikation (K.-P.Berger)		Spannung zwischen staatlicher Steuerung u. gesellschaftlicher Selbstregulierung, aber... hier wiederholt sich die Trennung von Staat und Gesellschaft...
Kein Staat, statt dessen...		
„Gemeinschaft“ (International Community – Friedmann, Pau- lus)		„Gesellschaft“ wird nur durch Subtraktion vom Staat gewonnen (Habermas)
„Gesellschaft“ (Luhmann, Stich- weh, Albert)		(Sprachlosigkeit)
Weltgesellschaft als Inbegriff der gesellschaftlichen Funktionen Selbstregulierung als Alternati- venschöpfung Politisierung als Gefährdung		Konstitutionalisierung des Privat- rechts v. „Verantwortungstei- lung“ Kontextautonomie
Weltweites Integrations- und Verfassungsrecht (Petersmann) Rechtspluralismus		Lernendes, prozeduralisiertes Recht
	V. ERINNERN	
Governance without Government		Staat und Gesellschaft