

Rechtskritik durch Vertrag*

Zu den Semantiken des transnationalen Rechts

Summary

As a point of departure, central approaches of critical legal thinking find common ground in their annoyance with the law in its alliance with the state power within a political community. Compared to phenomena of transnational law based on an immediate relationship of law and social practice, they need to be newly calibrated. Critical legal thinking in the transnational constellation responds to the ongoing transformation of the legal form through semantic neologisms and thereby questions the orientating function of stable dichotomies of modern law. Its contribution is, as will be discussed in the example of transnational standard-setting, to draw on the tangled boundaries between law and social norms and the way these are reflected in contract law. Without claiming a meta-position, such critical approaches to global law aim at releasing the normative potentials of (world) society that significantly lighten up the sensors of the law towards reconstructing social conflicts.

Résumé

Les principales approches de la pensée critique du droit ont ceci de commun que le malaise qu'elles ressentent à l'égard du droit provient essentiellement du rapport étroit que ce dernier entretient avec l'autorité de l'État au sein d'une communauté politique. Celles-ci doivent donc être recalibrées face aux phénomènes de droit transnational, qui reposent sur un rapport immédiat entre le droit et la pratique sociale. La critique du droit dans la constellation transnationale répond à la métamorphose amorcée de la forme du droit par l'élaboration de nouvelles formations sémantiques et remet en question la fonction d'orientation qui revient aux dichotomies conceptuelles du droit moderne. Cet article étudie, sur l'exemple de l'élaboration de standards transnationales, les limites du droit à l'égard de la formation de normes sociales, limites qui, dans le domaine du droit, sont notamment fixées par l'institution du contrat. Sans revendiquer une quelconque position méta, cette critique du droit vise à mettre à jour les potentiels normatifs de la société (mondiale) qui affûtent considérablement la sensibilité du droit vis-à-vis de la reconstruction des conflits sociaux.

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtstheorie an der Universität zu Köln (Prof. Dr. Dan Wiersch, LL.M.).

I. Kritische Selbst- und Fremdbeobachtung des Rechts

Die in sich heterogene Tradition kritischen Rechtsdenkens hat es sich zur Aufgabe gemacht, Aporien der Funktion des Rechts in der Gesellschaft zu benennen. Sie zielt auf diejenigen blinden Flecken des Rechtsdiskurses, an denen die Systemarchitektur des Rechts plötzlich anfällig erscheint wie ein Kartenhaus, sich die richterliche Methodik als auf Sand gebaut erweist und die befriedenden Instrumente des Rechts ihrerseits Gewalt bedeuten. Ihre Analysen schaffen einen Unruhepol im Rechtsprojekt der Moderne, dessen Grundanlage im heutigen Rechtssystem der Nationalstaaten in einem Maße institutionalisiert ist,¹ dass Anzeichen für seine historisch-gesellschaftliche Bedingtheit leicht übersehen werden. Aus rechtshistorischer Sicht lenkt ein „Denken in Übergängen“, wie *Harold Berman* es in seiner Studie zu den Ursprüngen der westlichen Rechtstradition praktiziert, den Blick hingegen gerade auf seit dem Mittelalter mit dem politisch autorisierten Recht konkurrierende rechtliche Ordnungsgefüge und transnationale Vereinigungen.² Auch die Intensität der romanistischen Prägung des modernen Rechts wird angesichts von Rechtsentwicklungen der Nachkriegszeit im 20. Jahrhundert als variabel beschrieben.³ Den damit angedeuteten Zusammenhang von Rechts- und Gesellschaftsstruktur vermögen freilich nur solche Ansätze zu adressieren, die über einen gehaltvollen Begriff von „Gesellschaft“ verfügen. Wird Rechtswissenschaft ausschließlich als Normwissenschaft betrieben, die in der Tradition *Kants* auf der Idee separater Sphären des „Seins“ und des „Sollens“ beruht,⁴ fehlt es bereits an Sensoren für die evolutorische Dynamik des Rechts. Hierin sah *Hans Kelsen* gerade den Grund für die Universalisierbarkeit einer Strukturanalyse und bezeichnete eine „Theorie..., die sich das Recht als solches zum Gegenstand macht und dabei von den inhaltlichen Besonderheiten abstrahiert“ als „wahrhaft international“.⁵ Was *Kelsen* in durchaus kritischer Absicht als „anti-ideologische Tendenz“ der „Reinen Rechtslehre“ ausmachte,⁶ verleitet indes zur illusionären Annahme zeitloser Stabilität und Einheit rechtlicher Phänomene im Staat. Zwar legt *Kelsen* Wert darauf, dass der von ihm erwartete Bedeutungszuwachs des Völkerrechts zu einer „zentralisierten Weltrechtsordnung“ und die „Relativierung des Staatsbegriffs“⁷ in einem monistischen Primat des Völkerrechts abgebildet werden könne. Damit ist hingegen eine bloße Verlagerung der politischen Gesetzgebung auf die internationale Ebene gemeint, die für ein hierarchisches Modell keine Schwierigkeiten bedeutet, nicht jedoch eine dezentrale Normbildung in gesellschaftlichen Teilbereichen.

1 Vgl. *Gutmann*, Zur Institutionalisierung der Normativen Moderne, in: *Aarnio et al.* (Hrsg.), *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlin 2013, 471 ff.

2 Vgl. *Berman*, Recht und Revolution, Frankfurt a.M. 1991, 81 f.

3 Vgl. *Schiavone*, The Invention of Law in the West, Cambridge, M.A. 2012, 17 f.

4 Vgl. *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (1781/1787), B 575/A 547: „Das Sollen drückt eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung mit Gründen aus, die in der ganzen Natur sonst nicht vorkommt. Der Verstand kann von dieser nur erkennen, was da ist, oder gewesen ist, oder sein wird. Es ist unmöglich, dass etwas darin anders sein soll, als es in allen diesen Zeitverhältnissen in der Tat ist, ja das Sollen, wenn man bloß den Lauf der Natur vor Augen hat, hat ganz und gar keine Bedeutung.“

5 *Kelsen*, Vorwort, Revue Internationale de la théorie du droit 1 (1926/27), 4.

6 Ders., Reine Rechtslehre (1934), Studienausgabe, Berlin Tübingen 2008, 30.

7 Ebd., 162.

Auch die „Reine Rechtslehre“ bestimmt die Grenzen des Rechts aus dem Recht selbst heraus, knüpft hierfür aber nicht an evolutiv offene Schleifen von Systemoperationen, sondern weitgehend fixierte Ableitungszusammenhänge an. Solange alle Rechtsnormen auf invariante normative Fluchtpunkte von Grundnorm und Verfassung hinauslaufen, werden die wechselnden Sinnzusammenhänge rechtlicher Normen innerhalb einzelner Sozialsysteme verschleiert.

Gegenüber der kantischen Betrachtung isolierter Rechtsnormen hat die fru□he Rechtssoziologie den Blick auf Institutionen und normative Ordnungszusammenhänge gelenkt. Sie akzentuiert so die dynamischen Beziehungen zwischen normativen Ordnungen, ihre konflikthaften Infragestellungen wie Bekräftigungen. In Fortführung dessen erscheinen „realwissenschaftliche“ Ansätze⁸ geeignet, gerade die Vielzahl sozialer Bezüge, die sich für das Recht in der modernen Gesellschaft ergeben, in den Vordergrund zu rücken. Ihr Potential reicht über das Generieren von Entscheidungswissen für staatliche Steuerungsaufgaben durch einen Blick auf „kausale Zusammenhänge in der Wirklichkeit, deren Produkt Recht ist oder die von Recht ausgelöst werden“⁹ dann hinaus, wenn gesellschaftlichen Folgen rechtlicher Normen ihrerseits normative Relevanz beigemessen wird.

Ein blickschärfendes Instrumentarium hierfür bietet der konstruktivistische Perspektivwechsel der Systemtheorie mit der Unterscheidung zwischen Selbst- und Fremdbeobachtung des Rechtssystems.¹⁰ Aufbauend auf der Differenz von System und Umwelt zerfällt die Vorstellung einer einheitlichen Beschreibbarkeit rechtlicher Wirklichkeit in eine Pluralität standpunktspezifischer Beschreibungen. An die Stelle des weitläufigen Theoriefeldes law&society¹¹ tritt nunmehr nuancierter das Bild von „Recht-in-Gesellschaft“. Das Recht wird so inmitten anderer Sozialsysteme zu einem genuin gesellschaftlichen Phänomen, dessen Entwicklung im Gleichschritt mit dem politischen System keineswegs sachgegeben ist, sondern im Rechtstaat in der strukturellen Kopplung über die Figur der Verfassung¹² begründet liegt. Recht ist nicht länger eine im Staat gewährleistete Einheit von Sollensanordnungen, sondern wird zu einem kommunikativen Netzwerk, das rechtliche Kommunikation an vorangegangene (rechtliche) Kommunikation anschließt. Die operative Geschlossenheit sozialer Systeme anhand eines jeweils eigenen (binären) Codes führt zunächst dazu, dass Kommunikationen anderer Sozialsysteme für das Recht nicht direkt wahrnehmbar oder gar beeinflussbar sind. Wirtschaftliche Sachverhalte gestalten sich als bloßes „Rauschen“, dem das Recht nur nach Maßgabe eigener Operationen Sinn entnehmen kann, indem es Informationswerte registriert (z. B. in einer Übereinkunft zweier Personen einen Vertragsschluss ausmacht). Aus Sicht der Wirtschaft werden rechtliche Regelungen hingegen nicht als normative Anforderungen, sondern als preisbildende Faktoren wahrgenommen, die nach

⁸ Begriffsprägend *Albert*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tat-sache und die Aufgabe der Jurisprudenz, Baden-Baden 1993.

⁹ Vgl. *Eidenmüller*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53 (54).

¹⁰ Vgl. grundlegend *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1997, 866 ff.

¹¹ Gedanken zu einer kritisch-empirischen Neuausrichtung dieses Ansatzes, der als wichtiger Türöffner sozialwissenschaftlicher Methode im anglo-amerikanischen Rechtsdenken fungierte, bei *Trubek*, Back to the Future. The Short, Happy Life of the Law and Society Movement, Florida State University Law Review 18 (1990), 1 (48 ff.).

¹² Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 407 ff., 470 ff.

dem Effizienzkriterium befolgt, oder auch gebrochen werden können.¹³ Entsprechend darf das Recht nicht von der Möglichkeit direkter Steuerung wirtschaftlicher Prozesse ausgehen.

Im hiesigen Kontext bedeutet dies allgemeiner gesprochen, dass veränderte Umweltanforderungen an das Recht diesem nicht (ausschließlich) politisch vermittelt werden, sondern im Recht selbst in der voraussetzungsvollen Gestalt des Wiedereintritts der Unterscheidung in die Unterscheidung (re-entry) wahrgenommen werden können. Die Umweltbeziehungen des Rechts ermöglichen Umweltbeobachtung nur als Selbstbeobachtung. Gesellschaftlicher Wandel erfordert demnach Adaptationsleistungen des Rechts selbst, die systemintern von der Rechtstheorie als Reflexionstheorie des Rechts erfasst werden können. Als aussichtsreiche Ansatzpunkte kritischer Rechtsbetrachtung treten sodann diejenigen dogmatischen Figuren und Begriffe hervor, über die das Recht für Autonomien seiner sozialen Umwelt empfänglich gemacht werden kann und auf die Umweltbeobachtung anderer Systeme einzuwirken vermag. Ob etwa ein Unternehmen ökologische Folgen seiner Produktionsmethoden zur Kenntnis nimmt,¹⁴ kann durch rechtliche Vorgaben begünstigt oder behindert werden. In Abkehr von akteurzentrierten oder historisierenden Ansätzen wird das Recht so zunächst von der direkten Besetzung durch politische Macht, rechtsetzende Gewalten oder geschichtliche Bedingtheit gelöst,¹⁵ damit jedoch nicht von seiner Verantwortung entlastet, sondern gerade auf sich selbst gestellt. Dieser gelegentlich überhörte, kritische Unterton soziologischer Jurisprudenz stellt insbesondere das Privatrecht vor die Frage der Rechtfertigung seiner eigenen Institutionen und Grundbegriffe.¹⁶ Dies soll nicht den Blick trüben für die politischen Lenkungsentscheidungen, die im Großen in das Recht eingelassen werden, ihn aber schärfen hinsichtlich der verborgenen Agenden des Rechtsmediums selbst. Rechtskritik wird zu einer rechtsinternen Kritik, die das Recht an seiner Eignung zur Rekonstruktion sozialer Konflikte misst.

Eine solche Perspektive bietet sich gerade angesichts von Phänomenen an, die das (Privat-)Recht aus dem Rahmen seiner nationalstaatlich-demokratischen Positivierung und konstitutionellen Kontrolle hinaustreten und jenseits des Staates eine Zunahme transnationaler Rechts- und Regelungsstrukturen erkennen lassen. In den Grundstrukturen einer neuen „rechtlichen Unübersichtlichkeit“ spiegelt das Recht eine soziale

13 So auch die durch *Richard A. Posner* angestoßene Diskussion um einen „efficient breach of contract“, vgl. *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl., New York 2007, § 4.10 (der die ökonomische Funktion des Vertrages zugleich im Verhindern „opportunistischen“ Parteihandelns sieht). Für einen weitergehenden Begriff der „Vertragsversprechens“ plädiert *Fried*, *Contract as Promise*, Cambridge, M.A. 1990, 17 ("general obligation to keep promises, of which the obligation of contract will only be a special case – that special case in which certain promises have attained legal as well as moral force").

14 Zahlreiche Fallbeispiele bei *Dilling*, *Grenzüberschreitende Produktverantwortung*. Zum prozeduralen Recht zwischenbetrieblicher Risikobewältigung, Baden-Baden 2010.

15 Dies bemängelt etwa *Schütz*, *The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society*, in: *Teubner* (Hrsg.), *Global Law Without a State*, Dartmouth 1997, 257 (274 f.).

16 Vgl. hierzu *Welsch*, *Iustitia mediatrix. Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz*, in: *Callies et al. (Hrsg.)*, *Soziologische Jurisprudenz*, Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin 2009, 395 ff.

Konfiguration,¹⁷ die *Niklas Luhmann* 1971 seiner Zeit voraus als „Weltgesellschaft“ beschrieb.¹⁸ Transnationale Rechtsregime brechen in vielfältiger Hinsicht mit dem *concept of law* der nationalstaatlichen Rechtstradition¹⁹ und verdeutlichen damit die Zeitlichkeit eines Begriffs vom Recht. Dass die Juristen im hämischen Urteil *Kants* „noch... nach einer Definition zu ihrem Begriffe vom Recht“²⁰ suchen, lässt sich in einer produktiven Wendung gerade als Hinweis auf permanente Such- und Anpassungserfordernisse der rechtlichen Begriffsbildung verstehen. Mitunter zeichnet sich im transnationalen Recht eine neue rechtliche Entwicklungsstufe ab, deren ko-evolutionäre Dynamik das Recht stärker an das Wirtschaftssystem und weniger an die Politik koppelt. Verglichen mit dem umfassenden (sozialen) Integrationsanspruch nationalstaatlicher Politik und ihrer Institutionalisierung in der Verfassung fehlt es der Weltgesellschaft an einer (systemischen) „Eichung“.

Die Reichweite und Differenziertheit privater Regulierungsinstrumente nimmt dabei stetig und rasant zu. Ohne Übertreibung lässt sich formulieren, dass im transnationalen Recht die Weichen für die großen Verteilungs- und Zugangsfragen des 21. Jahrhunderts gestellt werden. Umso dringlicher erscheint es, rechtskritische Denktraditionen auf die Herausforderungen transnationaler Ordnungsbildung mit ihrem eigentümlichen Verhältnis privater und öffentlicher Autonomie einzustellen. Hier soll zunächst aufgezeigt werden, in welchem Maße ausgewählte rechtskritische Ansätze dem begrifflichen und konzeptuellen Horizont des Nationalstaates entstammen und daher gegenüber der Emergenz transnationaler Rechtsregimes ins Leere zu zielen drohen (II.). Anschließend werden als Ansatzpunkt einer transnationalen Rechtskritik die Grenzen des Rechts zu gesellschaftlichen Standards und Konventionen ausgemacht, die im Recht primär über die Institution des Vertrages ausgeformt werden (III.). An dieser Schnittstelle können kritische Theorien der Globalisierung und zur Eigennormativität sozialer Bewegungen in semantischen Neubildungen produktive Irritationen des Rechtssystems bewirken und einen Anschluss von Sozialtheorie an rechtsdogmatische Rekonstruktion ermöglichen.²¹

-
- 17 Den Zusammenhang zwischen der Fragmentierung des völkerrechtlichen Ordnung in autonome „Regimes“ einerseits und der globalen Sozialordnung andererseits betont auch der von *Koskenniemi* finalisierte Bericht der ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group vom 13. April 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682 („fragmentation of the international social world has attained legal significance...“).
- 18 Vgl. *Luhmann*, Die Weltgesellschaft (1971), in: Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, 5. Aufl., Wiesbaden 2005, 63 ff.
- 19 Überlegungen zur Konzeptualisierung eines transnationalen Rechtsbegriffes mit der Zielsetzung, den rechtsphilosophischen Diskurs auf die Höhe der rechtlich-empirischen Phänomene der Zeit zu bringen bei v. *Daniels*, The Concept of Law from a Transnational Perspective, Ashgate 2010 (als „critical hermeneutics“ zwischen analytischer Rechts- und kritischer Sozialtheorie).
- 20 *Kant* (Fn. 4), B 759/A 731.
- 21 Vgl. zu den Gelingensbedingungen allgemein *Teubner*, Rechtswissenschaft und –praxis im Kontext der Sozialtheorie, in: *Grundmann/Thiessen* (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie. Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und –praxis, Tübingen 2014 (i.E.).

II. Liaison dangereuse von Recht und Staat in der nationalen Konstellation

Unterschiedliche Ansätze rechtskritischen Denkens finden den geteilten Ausgangspunkt ihres Unbehagens am Recht in dessen Verknüpfung mit der Staatsgewalt innerhalb einer politischen Gemeinschaft. Gerade in der Kopplung des Rechts an das politische System über die Verfassung und die Form des Gesetzes wurde eine Anfälligkeit des Rechtsprozesses für dominierende Machteffekte diagnostiziert, die die Möglichkeit vernünftiger Rechtsbegründung grundlegend in Zweifel ziehen.

1. Die Entdifferenzierungsthese der critical legal scholars (CLS)

„It is all politics.“²² So lautet in kürzester Wendung das durchaus verdienstvolle Vermächtnis der US-amerikanischen critical legal scholars, das die Eigenheiten und die Vernünftigkeit rechtlicher Argumentation gegenüber politischer Vorfestlegung in Frage stellte. Dieses methodenpluralistische, nur unfreiwillig schulbildende Theoriefeld²³ wandte sich im Kern gegen die mit dem „mainstream legal thought“ identifizierte liberale Trennung zwischen einer privaten, von individuellen Präferenzen geprägten und einer öffentlichen, dem Gemeinwohl verpflichteten Sphäre²⁴ und daraus abgeleitet die Vorstellung eines „unpolitischen“ Privatrechts.²⁵ Der Rechtsdiskurs erscheint danach nicht als „Sonderfall“²⁶ des allgemeinen praktischen Diskurses, der gleichsam auf normative Richtigkeit zielt, dabei aber durch spezifische Argumentationsbedingungen gebunden wird (Bindung an Gesetze, Präjudizien und Dogmatik). Vielmehr weise er in seinen Begriffen und dogmatischen Figuren ein Maß an Unbestimmtheit auf, die einen jeden methodisch geschulten Juristen in die Lage versetze, aus einer Reihe möglicher Antworten auf eine Rechtsfrage diejenige als maßgeblich zu rechtfertigen, welche aus hintergründigen Motiven erwünscht ist (*indeterminacy thesis*). Duncan Kennedy formuliert pointiert bezogen auf die juristische Ausbildung, dass „teachers teach nonsense when they persuade students that legal reasoning is distinct, as a method for reaching correct results, from ethical and political discourse in general (i.e., from policy analysis). (...) There is never a ‚correct legal solution‘ that is other than the correct ethical and political solution to that legal problem.“²⁷

22 Kairys, Law and Politics, George Washington Law Review (1983/84), 243 (248). Vgl. auch Hutchinson/Monahan, Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, Stanford Law Review 36 (1984), 199 (206).

23 Vgl. überblicksartig Frankenberg, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2009, 93 ff.

24 Die Instabilitäten dieser das industrialisierte Europa des 19. Jahrhundert kennzeichnenden marktwirtschaftlichen Ordnung beschreibt Polanyi, The Great Transformation (1944), 10. Aufl., Berlin 2013, 19 ff., 270 ff.

25 Vgl. zur Fortwirkung dieses Gedankens im Internationalen Privatrecht Muir-Watt, Private International Law Beyond the Schism, Transnational Legal Theory 2 (2011), 347 (362).

26 Vgl. zur „Sonderfallthese“ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a.M. 1983, 33 f.

27 Kennedy, Legal Education as Training for Hierarchy, in: David Kairys (Hrsg.), The Politics of Law. A Progressive Critique, New York 1982, 40.

Indem sie den Umfang der Dezision im juristischen Urteil hervorstellten und den Richter zur Zentralfigur des Rechtssystems erhoben, knüpften die CLS nahtlos an die rechtsrealistischen Strömungen des frühen 20. Jahrhunderts an. Diese für das heutige amerikanische Rechtsdenken und das interdisziplinäre Ausbildungsideal weichenstelende Bewegung²⁸ verstand sich als methodische und zugleich rechtspolitische Abkehr vom *classicism*²⁹ der zweiten Hälfte des 19. und des frühen 20. Jahrhunderts, der von überhöhtem Formalismus geprägt war und in einer Reihe bedeutender Entscheidungen arbeitsrechtliche Institute eigentumsschützend zulasten gewerkschaftlicher Einflussnahme fortbildete.³⁰ Als Reaktion suchten die amerikanischen Rechtsrealisten – anders als die stärker in der praktischen Philosophie verwurzelten skandinavische Ansätze³¹ der gleichen Zeit – eine Annäherung an die empirischen Sozialwissenschaften. Recht wurde so zu einer spezifischen Form organisierten Verhaltens, die mit anderen solcher Formen in Interaktion steht. Im Recht wirken sich Macht und Ungleichheit, Wohlstand und Abhängigkeit, Inklusion und Exklusion auf ganz ähnliche Weise aus wie in anderen Normenkomplexen. Das Movens der Rechtsentwicklung wurde in der richterlichen Erfahrung und der sozialen Situierung rechtlicher Konflikte erblickt: „*The life of the law has not been logic; it has been experience.*“³² In einer der programmatischsten Schriften der *legal realists* räumt Llewellyn³³ in einem fiktiven Austausch mit dem *Dean* der *Harvard Law School* und seinerseits Wegbereiter des Rechtsrealismus, *Roscoe Pound*, mit vermeintlichen Fehlannahmen bezogen auf das methodische Instrumentarium auf und formuliert positiv zentrale Charakteristika des Ansatzes. Zwar fehlt es zeitbedingt ebenso wie in der deutschen Freirechtsschule an einer ausgearbeiteten Theorie der Gesellschaft, jedoch gelingt es den Realisten, das statische Rechtskonzept der analytischen Schule zu verflüssigen und auf eine sich wandelnde Gesellschaft einzustellen. Zur Schlüsselfigur der Rechtsentwicklung wurde der im Bewusstsein der wirklichkeitsformenden Effekte des Rechts handelnde, einfache (untergerichtliche und gar Laien-)Rich-

-
- 28 Vgl. instruktiv *Dedek*, Recht an der Universität: „Wissenschaftlichkeit“ der Juristenausbildung in Nordamerika, JZ 2009, 540 (544 ff.).
- 29 Dieser wies zwar zahlreiche Bezüge zur Historischen Rechtsschule auf, prägte aber auch und gerade das öffentliche Recht, vgl. *Kennedy*, Three Globalizations of Law and Legal Thought, in: *Trubek/Santos* (Hrsg.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge 2006, 19 (24 ff.).
- 30 Den „landmark case“ bildete *Lochner v. New York*, 195 U.S. 45 (1906), mit dem eine Arbeitszeitbegrenzung für Bäcker auf 10 Stunden pro Tag bzw. 60 Wochenarbeitsstunden als „unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract“ verworfen wurde.
- 31 Einflussreiche Proponenten insbesondere *Hägerström*, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm 1953; *Olivecrona*, *Law as Fact*, Oxford 1939 sowie *Ross*, *On Law and Justice*, New Jersey 1958. Vgl. überblicksartig *Alexander*, Comparing the Two Legal Realisms: American and Scandinavian, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002), 131 ff. sowie *Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, Wien 1978, 133 ff.
- 32 *Wendell Holmes*, *The Common Law*, New Jersey 1881, 1.
- 33 *Llewellyn*, Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, *Harvard Law Review* 44 (1931), 1222 ff.

ter,³⁴ dessen Entscheidungen jedoch durch enge begriffliche Kategoriebildung angeleitet werden sollten.

Hierin zeigt sich der im Vergleich zu den CLS harmonischere Grundakkord des Rechtsrealismus. Zwar sollte der Bezugsrahmen des Rechtsdiskurses zurechtgerückt werden, zugleich blieb das Zutrauen in die integrative Kraft des Rechtsmediums unverkennbar: „*Justice is not merely fair play between individuals, as our legal philosophy would have it – it is fair play between social classes.*“³⁵ Während den *legal realists* jedoch die öffentliche Sphäre der Politik noch als dasjenige Forum galt, welches privatrechtliche Regelungen zu legitimieren habe und die Vertragsfreiheit als öffentlich delegierte Macht erachtet wurde,³⁶ begegnen die CLS der politischen Vermittlung zwischen individuellen Interessen mit größerer Skepsis. Unter dem Eindruck totalitärer Erfahrung erschien eine stärker moderierende Rolle des Staates zwischen widerstreitenden Privatinteressen auf Grundlage eines materialisierten Gemeinwohlbegriffs als zu riskant.³⁷

Letztlich verleitete der Rechtsskeptizismus der CLS dazu, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Die *critique of rights* beruht auf einer Überakzentuierung des normalisierenden, vermachten Gesichts des Rechts zulasten der sozial emanzipatorischen Gehalte. So wurde die Gelegenheit ausgelassen, aufbauend auf Entscheidungen zugunsten von Bürgerbewegungen und Minoritäten wie etwa *Brown v. Board of Education*³⁸ oder *Roe v. Wade*³⁹ subjektive Rechte konstruktiv weiterzudenken als Gewähr einer Freiheit unter (Begründungs-)Auflagen unter pluralistischen Bedingungen. An die Stelle eines feinfühligen Sensoriums zum „Recht-Fertigungsschutz für Freiheits-Funktionen“⁴⁰ trat eine kontroverse Kritik des ambivalenten Charakters von Rechten als instabil und unbestimmt im Fall von Rechtekollisionen.⁴¹

34 Vgl. *Llewellyn* (Fn. 33), 1249 („’Law’ without effect approaches zero in its meaning. To be ignorant of its effect is to be ignorant of its meaning. To know its effect without study of the persons whom it affects is impossible. Here the antecedents of court action touch its results.“).

35 *Pound*, Law in Books and Law in Action (1910), abgedruckt in: *Fisher/Horwitz/Reed* (Hrsg.), American Legal Realism, Oxford 1993, 44.

36 Vgl. etwa *Cohen*, The Basis of Contract, Harvard Law Review 46 (1933), 553 (576), der aus der Nähe des Vertragsrechts zu Erwägungen der public policy folgert, dass „the law of contract may be viewed as a subsidiary branch of public law, as a body of rules according to which the sovereign power of the state will be exercised as between the parties to a more or less voluntary transaction.“.

37 Vgl. *Horwitz*, The History of the Public/Private Distinction, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1423 (1427).

38 347 U.S. 483 (1954).

39 410 U.S. 113 (1973).

40 Vgl. hierzu wie zum Konzept von „Freiheit unter Auflagen“ *Wiethöfer*, Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, in: *Teubner* (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Baden-Baden 1995, 89 (119 f.).

41 Vgl. *Tushnet*, An Essay on Rights, Texas Law Review 62 (1984), 1363 (1363 f.). Dass das allerorts im Rechtssystem und zunehmend auch auf internationaler Ebene etablierte Abwägungsparadigma den eigenen Ansprüchen nicht entsprechen kann und zukunftsgerichtete Aspekte strukturell unterbeleuchtet, bildet dabei bis heute ein weitgehend ungelöstes Problem, vgl. etwa *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2004, *passim*.

Bezogen auf die nationale Konstellation fanden die CLS gemessen an ihrem Scharfsinn wenig Widerhall. Die Entdifferenzierungsthese negiert die Normativität und Eigengesetzlichkeit des Rechts, ohne hierfür eine Alternative zu formulieren. Wenn sich Recht in der Repräsentation von Machtverhältnissen erschöpft, scheint die Forderung nach einer lernenden Anpassung des Rechts an seine spezifische Funktion kaum erfüllbar. Das Recht galt den CLS als in einem Maße vom politischen System vereinnahmt, dass es bereits eine liberale, staatsgerichtete Funktion nicht erfüllen konnte. Durch die Vorstellung einer vollständigen Politisierung sozialer Konflikte ließ es sich für Vertreter der *critique of rights* erst recht nicht mobilisieren gegenüber horizontalen Freiheitsgefährdungen in einer polyzentrischen Gesellschaft. Hinter der resignativen Rechtskritik tritt eine Etatismuskritik hervor, die zugleich das staatliche Recht absolut setzt.

Auf diese Weise verspielen die CLS eine Grundeinsicht der Freirechtsschule⁴² und von Teilen des Rechtsrealismus,⁴³ die auf eine Pluralität gesellschaftlicher, normativer Ordnungen hingewiesen hatten und diese gerade in Konkurrenz zur staatlichen Rechtsordnung dachten. Eine Ausnahme bildet *Robert Cover*, der in seiner Analyse von *Bob Jones University v. United States*⁴⁴ Rechtsbildung dezidiert in dezentrale gesellschaftliche Praktiken verlagert, die sich durch Sprache, Mythen und Kultur zu einem „nomos“ verdichten.⁴⁵ Den Fall einer protestantischen Privathochschule, die sich zur Zulassungsverweigerung von Afroamerikanern auf die Bibel beruft, rekonstruiert *Cover* als Kollision der normativen Selbstbindung der Religionsgemeinschaft einerseits und des staatlichen Rechts andererseits. Im Angesicht konkurrierender *nomoi* wird das Richteramt, das soziatalen Rechtsauffassungen die Durchsetzung versagen muss, „jurispathisch“. Diese Jurispathie kann wiederum ins Produktive gewendet werden durch „hermeneutics of resistance or of withdrawal“⁴⁶ gegenüber dem staatlichen Recht, welche den Rechtssinn gesellschaftlicher Gruppierungen unter dauerhaften Bewährungsdruck setzen und einen schlichten „triumph of hierarchical order over meaning“⁴⁷ verhindern. Das Recht nimmt bei *Cover* die Herausforderung pluralistischer Rechtsdeutungen an und beansprucht, *selbst* das Forum gesellschaftlicher Auseinandersetzung zu stellen. Diese von dem Ausgangsprogramm der CLS etwas distanzierte Perspektive ist zugleich Ansätzen wesentlich näher, die diesseits des *Atlantiks* (und vornehmlich zwischen

42 Vgl. als Pioniertext *Ehrlich*, Grundlegung zur Soziologie des Rechts, Berlin 1913. Dazu jüngst *Röhl/Maschura*, 100 Jahre Rechtssoziologie: Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus heute, JZ 2013, 1117 ff.

43 Vgl. aus dem Kreis der „ersten Generation“ bereits *Llewellyn*, The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence, Norman 1941 und *Cohen*, Indian Rights and the Federal Courts, Minnesota Law Review 24 (1940), 145 ff. sowie später *Galanter*, Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law, Journal of Legal Pluralism 19 (1981), 1 ff.

44 461 U.S. 574 (1983).

45 Vgl. *Cover*, The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, Harvard Law Review 97 (1983), 4 ff. („Once understood in the context of the narratives that give it a meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live.“).

46 *Cover* (Fn. 45), 53.

47 *Cover* (Fn. 45), 58. Vgl. auch 43 („the position that only the state creates law... confuses the status of interpretation with the status of political domination“).

Main und Weser) als „politische Rechtstheorie“⁴⁸ betrieben werden. Deren „ideologiekritische(r) und konstruktive(r) Doppelansatz“⁴⁹ hat zunächst sein Augenmerk auf normative und steuerungstheoretische Fragen eines Zivilrechts des Wohlfahrtsstaates gerichtet, dabei aber Elemente eines „Rechts-Verfassungsrechts“⁵⁰ als intern demokatisiertes (Kollisions-)Privatrecht entwickelt, das seinen ganzen Reiz gegenüber einer zurückgenommenen politischen Autorität jenseits des Staates entfalten kann. Darauf wird zurückzukommen sein.

2. Benjamins „schicksalhafte“ Gewalt im Recht

Auch durch eine der Grundparadoxien des Rechts, derjenigen des Verhältnisses zur Gewalt, schimmert in der Beschreibung *Walter Benjamins*⁵¹ die Abhängigkeit des Rechts von staatlichen Durchsetzungsressourcen hindurch. Zeitgeschichtlich ist seine Studie als Versuch zu begreifen, eine stützende Rechtsform der Revolutionen des frühen 20. Jahrhunderts zu ersinnen; sie markiert damit ein Denken am historischen Scheidepunkt, das „etwas Morschес im Recht“⁵² findet. Während der Rechtsprozess einerseits Gewalt diszipliniert und sich gerade als ihr Gegenteil legitimiert, übt Recht andererseits in der Gestalt rechtlichen Entscheidens selbst Gewalt aus und gibt Anlass zu einer Kritik des Rechts. Naturrecht und Positivismus teilen dabei den Versuch, die Gewalt des Rechts als Mittel durch die Gerechtigkeit seiner Zwecke zu rechtfertigen. Diese wechselseitige Legitimierung von berechtigten Mitteln und gerechten Zwecken hängt jedoch in der Luft: „Wenn das positive Recht blind ist für die Unbedingtheit der Zwecke, so das Naturrecht für die Bedingtheit der Mittel.“⁵³ Die suggerierte Möglichkeit einer Aufspaltung des Rechts in von einer äußeren Warte der Gerechtigkeit gegebene Zwecke und seine daran („verhältnismäßig“) ausgerichteten Mittel übersieht dabei, wie Gewalt im Recht selbst Raum greift und sich zum Zweck aufschwingt. Der „unvereinbare Widerstreit“ von Zwecken und Mitteln röhrt von der Doppelfunktion der zunächst rechtsetzenden Gewalt, die sich in dieser ersten Funktion nicht erschöpft, „nicht abdankt“, sondern verselbständigt die Selbsterhaltung des Rechts als neuen, geheimen Zweck absichert.⁵⁴ Die durch das Recht gebändigte Gewalt kehrt somit stets und gar verstärkt in

48 Von einem ungemein produktiven Dialog im Jahr 1986, der beide Ansätze mit den entstehenden wohlfahrtsstaatlichen Rechtskonzepten konfrontierten, zeugen die Beiträge in *Joerges/Trubek* (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989.

49 *Joerges*, Politische Rechtstheorie – Impulse und Suchbewegungen, *Kritische Justiz* 1989, 184 (187).

50 Vgl. *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: *Joerges/Teubner* (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003, 13 („Rechtsverfassungsrecht ist „Prozeduralisierung“, „Rechtfertigung“, ein Produktionsprinzip für „positives als richtiges Recht“... immer „gerichtet auf mitgeführte Vermeidungen vor allem von „Eigen-(Rechts-)Versagen.““).

51 *Benjamin*, Zur Kritik der Gewalt (1921), in: *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a.M. 1965, 29 ff.

52 *Benjamin* (Fn. 51), 43.

53 *Benjamin* (Fn. 51), 32.

54 *Benjamin* (Fn. 51), 57. Vgl. auch *Menke*, Recht und Gewalt, Berlin 2011, 53.

das Recht zurück. Ihre Energie gilt der Herrschaft über die Grenzziehung gegenüber dem Unrecht und dem Außerrechtlichen als dem Anderen des Rechts. Mit bemerkenswerter Nähe zum Autopoiesis-Konzept⁵⁵ wird das Recht als sich selbst reproduzierender „Verfallskreislauf“ gedacht.⁵⁶ Diese Vereinnahmung des Rechts um seiner selbst Willen bezeichnet die „mythische, schicksalhafte“ Gewalt, welche die eigentlichen Rechtszwecke übersteigt und in eine prinzipiell endlose Spirale der Selbstbezüglichkeit mündet. Das Infragestellen der Vollstreckung des Rechts, etwa der Todesstrafe oder einer polizeilichen Anordnung, zielt damit zugleich auf das Fundament der rechtlichen Ordnung im Ganzen.

Wenngleich Benjamins Diagnose zunächst die Rechtsideen von Naturrecht und Positivismus gleichermaßen betrifft, bietet ihm der Positivismus die weitaus größere Angriffsfläche. Gerade die positivistische Institutionalisierung der staatlichen Rechtsordnung hält den Kreislauf aufrecht, der die Rechtserhaltung zur Rechtsetzung werden lässt. Ihn zu durchbrechen, verlange eine „Entsetzung des Rechts samt der Gewalten, auf die es angewiesen ist wie sie (die Gewalten) auf jenes (das Recht), zuletzt also der Staatsgewalt“.⁵⁷ Mit der Rechtsgewalt bewährt sich die Staatsgewalt, auch die Gewalt des Vertrages⁵⁸ beruht auf der Möglichkeit der Durchsetzung im Vollstreckungswege. Fataler als die staatliche Vollstreckbarkeit ist jedoch die durch die staatliche Rechtsordnung vorgeprägte Beziehung zur (normativen) Umwelt des Rechts. Indem das im Nationalstaat positiviert Recht seine eigene Erzeugung regelt, beansprucht es, seine Grenzen zum Nicht-Recht (und damit insbesondere zu sozialen Normordnungen) durch die Verfahren des politischen Systems selbst zu ziehen. Dieser Mechanismus, der sich in anderer Theoriesprache auch als dunkle Seite der Autopoiesis bezeichnen ließe, weist dem Recht einen Status als rigoroser „Grenzwächter“ in eigener Sache zu, den Benjamin aufbrechen will.⁵⁹ „Entsetzung“ des Rechts meint damit keine „Absetzung“ des rechtlichen Wesenskerns wie bei den CLS oder seine „Suspendierung“ zugunsten staatlicher Entscheidungsfreiheit wie bei Carl Schmitt,⁶⁰ sondern eine Umpolung des Rechts auf einen Vollzugsmodus, der das Recht von der historischen Imprägnierung durch grundlose Gewalt befreit. Dies kann wiederum nur durch Gewalt erfolgen, die den Kreislauf durchbricht, indem sie aus ihm heraustritt und ihn für das Recht beobachtbar macht. Dass ein Gewalttypus, welcher nicht zum Zweck des Rechts umschlägt, von Benjamin als „revolutionär“, „waltend“ und „göttlich“ bezeichnet wird, darf nicht als

55 Vgl. grundlegend Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a.M. 1989, 21 ff. sowie Luhmann (Fn. 12), 38 ff.

56 Vgl. Lindemann, „Ein Wort gegen das Recht“, Kritische Justiz 2010, 113 (116).

57 Benjamin (Fn. 51), 64 (Herv. hinzugefügt).

58 Vgl. Benjamin (Fn. 51), 45 („... dass eine völlig gewaltlose Beilegung von Konflikten niemals auf einen Rechtsvertrag hinauslaufen kann. Dieser nämlich führt, wie sehr er auch friedlich von den Vertragsschließenden eingegangen sein mag, doch zuletzt auf mögliche Gewalt. Denn er verleiht jedem Teil das Recht, gegen den andern Gewalt in irgendeiner Art in Anspruch zu nehmen, falls dieser vertragsbrüchig werden sollte“). In ähnlicher Diktion formuliert Derrida, Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“, Frankfurt a.M. 1996, 97 („Jeder Rechtsvertrag gründet auf Gewalt. Es gibt keinen Vertrag, für den Gewalt nicht Ursprung und Ausgang wäre.“).

59 Vgl. im Sinne dieser Deutung Menke, (Fn. 54), 65 ff.

60 Vgl. grundlegend zur Figur des „Ausnahmezustands“ Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1922), 8. Aufl., Berlin 2004, 13 ff.

Plädoyer für eine Rückkehr zu naturrechtlichen Vorstellungen göttlicher Offenbarung begriffen werden. Diesen Gewalten ist eine Selbstbeschränkung möglich, da sie ausreichende Orientierung aus sich selbst heraus aufbringen können und zur Rechtserhaltung mit gewisser Distanz stehen. „Göttliche“ Gewalt ist – aus Sicht *Benjamins* vor der Folie der jüdischen Rechtstradition gelesen – gerade gewaltlos, textuell und diskursiv an der Kraft des Arguments orientiert.⁶¹ Wenngleich das Politische an der Parodoxie des Rechts großen Anteil hat, ist die „geschichtsphilosophische Rechtsbetrachtung“ keine Suche nach einem Fixpunkt jenseits des Rechts. *Benjamin* beschwört keine Transzendenzformel für ein unhinterehrbar fremddeterminiertes Recht. Die eingeforderte Orientierung an „Gerechtigkeit“ ist zwar nicht auf Ebene der Rechtsanwendung möglich – „le droit n'est pas la justice.“⁶² Die Weichen sind vielmehr auf der zweiten Ebene (der Rechtstheorie, –methodik und -begriffsbildung) zu stellen mit dem Ziel, den Widerstreit zwischen schicksalhafter und gerechter Gewalt im *Recht* auszuhalten und auszutragen. Dies setzt einen reflexiven Prozess der Abbildung des Außen im Innen voraus,⁶³ der die Grenze zu anderen sozialen Ordnungen nicht aufgibt, sondern produktiv entfaltet. *Benjamins* Beispiele gewaltfreier Konfliktlösung verweisen auf nur lose rechtlich verfasste Ordnungen mit selbstregulativem Kern (Schiedsgerichtsbarkeit, Diplomatie). Das Gewaltparadox des Rechts führt damit unmittelbar in einen Typus selbstreflexiven Rechts, das nicht „bloß im Unterschied (zum Nichtrechtlichen steht), sondern es vollzieht seinen Unterschied vom Nichtrechtlichen als seine eigene Operation der Unterscheidung.... Es enthält in sich sein Anderes.“⁶⁴

Auch bei *Benjamin* bilden Recht und Staat insofern eine *liaison fatale*, als die Prozeduren des politischen Systems vom Recht eine letztlich dysfunktionale,⁶⁵ permanente Selbstbewährung verlangen (als „Rechts-Durchsetzung“). Es entsteht eine Dauerschleife, die jedoch nicht vom Recht ausgelöst wird, sondern durch die Politik angestoßen und aufrechterhalten wird. Anders als die CLS endet *Benjamin* nicht rechtsskeptisch bei der Verwischung der Grenzen des Rechtsmediums, sondern steht für ein anspruchsvoll moderiertes „Grenzregime“, das Engführungen und einseitigen Vereinnahmungen des Rechts zuvorkommt.

61 Vgl. zur Methodik der jüdischen Rechtstradition jüngst die Beiträge in *Ladeur/Augsberg* (Hrsg.), Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie, Tübingen 2013.

62 Im französischen Original *Derrida*, Force de loi. Le „fondement mystique de l'autorité“, Cardozo Law Review 11 (1990), 919 (946).

63 Vgl. *Gehring*, Force and „Mystical Foundation“ of Law, German Law Journal 6 (2005), 151 (158 f.) sowie zur Denkfigur bei *Foucault*, *Derrida* und *Lloydard* dies., Innen des Außen – Außen des Innen, Paderborn 1994.

64 *Menke*, (Fn. 54), 69 (Herv. i. Original).

65 Eine solche Dysfunktionalität hat *Hannah Arendt* auch für die Menschenrechte herausgearbeitet und die Friktionen zwischen einer territorialstaatlichen Organisation des politischen („westfälischen“) Systems und dem universalistischen Anspruch der Menschenrechte als deren strukturelle Schwäche beschrieben. Da im System der Nationalstaaten Gesetzeskraft nur innerhalb der staatlichen politischen Gemeinschaft existiert, sind Menschenrechte unabdingbar mit dem Bürgerstatus verbunden. Vgl. *Arendt*, Die Aporien der Menschenrechte, in: dies., Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, Frankfurt a.M. 1955, 434 ff.

III. Liaisons ingénieuses von Recht und Gesellschaft in der transnationalen Konstellation?

Globalisierung hat nicht nur Sozialbeziehungen beschleunigt, vervielfältigt und über Grenzen hinaus verlängert, sondern auch die Prozesse der Rechtsbildung in einem Maße pluralisiert und verändert, das es erforderlich macht, rechtskritisches Denken aufs Neue zu kalibrieren.

1. Transnationales Recht zwischen Neuartigkeit und Pfadabhängigkeit

„The globalization of critique is the critique of globalization.“⁶⁶ Duncan Kennedy hat früh auf globale Konjunkturen bestimmter rechtswissenschaftlicher Denkschulen hingewiesen. Eine globale Rechtskritik, so legt er nahe, muss sich gerade auf grenzüberschreitende Ordnungsmuster, ihre spezifischen Eigendynamiken und hintergrundigen Entstehungsbedingungen einlassen. Einer nüchternen funktionalen Betrachtung offenbart sich dann zunächst, in welchem Maße die mehr und mehr zu einem eigenständigen gerechtigkeitsphilosophischen Diskurs⁶⁷ zusammenwachsenden globalen Fragen der politischen Ökonomie, der Weltarmut und -ungleichheit, der Migrationsströme und des Zugangs zu Ressourcen vom Recht nicht nur (reakтив) reguliert, sondern von Grund auf mitgeformt werden. Fragen der Ausgestaltung von corporate governance sind untrennbar mit Faktoren etwa des Arbeits-, Steuer- und Freihandelsrechts verwoben, welche die Rahmenbedingungen der politischen Ökonomie und damit des transnationalen Unternehmenshandelns bilden.⁶⁸ Das Recht bleibt nicht – wie es die marxistische Tradition nahelegt – dem Kapital als materialer Grundlage der Gesellschaft untergeordnet, sondern steht zu den Entstehungs- und Zuweisungsbedingungen von Kapital (bzw. der Struktur der globalen politischen Ökonomie) im Wechselverhältnis. Diese Dialektik besteht auch im Verhältnis nationaler und überstaatlicher Regulierung. Insofern zeichnet der „global governance gap“ das trügerische Bild einer vollends neuen Rechtsarena, deren Regelungen wie in einem „transnationalen Urzustand“ nach rationalem Design festgelegt werden könnten. Diese Vorstellung ist insofern zu korrigieren, als auch die transnationale Konstellation durch vielseitige Pfadabhängigkeiten in Bezug auf die im Nationalstaat und dessen Rechtsverfassung erreichte Vergesellschaftung gekennzeichnet ist.

Ob gerade aus dem Rückgriff auf nationalstaatlich verwurzelte Rechtskonzepte produktive Lernerfahrungen für die Analyse transnationaler Rechtsstrukturen gewonnen werden können oder das hergebrachte Instrumentarium angesichts gewandelter Phänomene zunehmend ungelenk erscheint, zählt zu den zentralen Spannungsfeldern der ge-

66 Kennedy, Globalisation of Critical Discourses on Law, in: de Burca et al. (Hrsg.), Critical Perspectives on Global Governance. Liber Amicorum Trubek, Oxford 2014, 4.

67 Vgl. überblicksartig die Beiträge in Pogge/Moellendorf (Hrsg.), Classics of Global Justice, Berlin 2006 sowie Broszies/Hahn (Hrsg.), Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus, Frankfurt a.M. 2010.

68 Vgl. nachdrücklich insbesondere zu den Weichenstellungen durch das Völkerrecht Kennedy, Law and the Political Economy of the World, Leiden Journal of International Law 26 (2013), 7 ff.

genwärtigen Debatte. Bis weit in das 20. Jahrhundert hinein galt in der Rechtswissenschaft die Annahme, anhand der Kategorien des innerstaatlichen (nationalen) und des zwischenstaatlichen (internationalen bzw. „Völker“-)Rechts die Gesamtheit der Rechtsphänomene erfassen zu können. Die Zentralstellung der Konzepte von Territorialität und Souveränität⁶⁹ verfestigte einen auch in anderen Sozialwissenschaften verzeichneten „methodologischen Nationalismus“.⁷⁰ Dass damit längst in Gang gesetzte, real beobachtbare Normbildungsprozesse jenseits des Staates gerade die Rechtswissenschaft vor neuartige Herausforderungen stellen, wurde erst spät und zunächst vereinzelt erkannt, als zwischen globalisierten Sozialbereichen und weiterhin territorialem Zuschnitt rechtlicher Regelungssphären systematische Bruchlinien auftraten. Ausgehend von einem mehrdimensionalen Begriff der „Globalisierung“ wurde offenkundig, dass sich keineswegs nur Wirtschaftsbeziehungen, sondern gleichfalls informatorische, ökologische, kulturelle, sportliche, wissenschaftliche, usw. Prozesse von nationalen Grenzziehungen lösen und einen Normbedarf entwickeln, der vom staatlichen Recht nicht länger gedeckt werden konnte.⁷¹ Diese Entwicklung auf den Begriff des „transnationalen Rechts“ zu bringen, war seit dessen Einführung durch *Philipp Jessup*⁷² 1956 als Versuch zu verstehen, ein Denken in gefestigten Leitunterscheidungen herauszufordern: *tertium datur!* Gar noch stärker tritt dieses Anliegen im Terminus des „globalen Rechts“⁷³ hervor, der staatliche Bezüge noch entschiedener abstreift und die abgrenzende Referenz auf die Nation durch einen positiven Verweis auf den prinzipiell weltweiten Regellungsraum ersetzt (ohne dabei Wechselwirkungen mit lokalen, regionalen und nationalen Normebenen auszuschließen).

Beide Begriffe bezeichnen keinen abschließend erfassbaren Normenkorpus, sondern geben Wesensmerkmale von Normen, normsetzenden Instanzen und Verfahren an, die

- 69 Zum brüchig gewordenen Konzept der Souveränität, das durch die Diffusion von Staatlichkeit und das Aufbrechen der Integrationsfunktion des Politischen gleichermaßen unter Druck geraten ist vgl. *Koskeniemi*, Vocabularies of Sovereignty – Powers of a Paradox, in: *Kalmo/Skinner* (Hrsg.), Sovereignty in Fragments, Cambridge 2010, 222 ff. (231ff.). Eine fortwirksame demokratische Schlüsselfunktion betont *Grimm*, Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs, Berlin 2009, 123.
- 70 Vgl. jüngst *Michaels*, Globalization and Law: Law Beyond the State, in: *Banakar/Trevors* (Hrsg.), Law and Social Theory, Oxford 2013, 287 (282 ff.). Für die Soziologie vgl. *Beck/Grande*, Jenseits des methodologischen Nationalismus. Außereuropäische und europäische Variationen der Zweiten Moderne, Soziale Welt 61 (2010), 187 ff.
- 71 Grundlegend *Teubner*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, RJ, 255 ff. sowie ders., Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft, in: *Simon/Weiss* (Hrsg.), Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis, Baden-Baden 2000, 437 ff.
- 72 Vgl. *Jessup*, Transnational Law, Yale 1956, 2 (mit dem Begriffsverständnis von „transnational law“ als „all law 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“). Vgl. auch *Zumbansen*, Transnational Law, Evolving, in: *Smits* (Hrsg.), Encyclopedia of Comparative Law, 2. Aufl., Cheltenham 2012, 898 ff.
- 73 Früh verwendet von *Teubner* (Fn. 15), inzwischen auch verbreitet im Umfeld des von *David Kennedy* geleiteten Institute for Global Law and Policy der Harvard Law School, etwa *Xifaras*, Après les Théories Générales de l’État: le Droit Global?, Jus politicum 8 (2012), 1 ff. sowie bei der Brussels School of Jurisprudence, vgl. *Frydman*, Comment penser le droit global, in: *Chérot/Frydman* (Hrsg.), La science du droit dans la globalisation, Brüssel 2012, 17 ff.

auch methodisch einen eigenständigen Zugang erfordern.⁷⁴ Erst einer dezentrierten juristischen Methode werden die pluralistischen, von öffentlichen, privaten oder hybriden Akteuren oftmals informell und experimentell entwickelten Normen sichtbar, welche die staatliche Regelungshoheit nachhaltig in Frage stellen. Kritische Theorien transnationalen Rechts sind in einem ersten Schritt angehalten, durch eine sozialwissenschaftliche Öffnung den Perspektivwechsel von „government to governance“⁷⁵ insofern nachzuvollziehen, als die vielfältigen praktischen und institutionellen Aspekte eines Interaktions- und Kommunikationsfeldes überhaupt empirisch beobachtbar gemacht und als normativ für das Recht relevant erkannt werden. Das Fallstudium des transnationalen Rechts muss per definitionem den Kontext des einschlägigen Sozialbereichs ergründen und zu *law in action* vorstoßen. Darüber kann die positivistische Blickverengung überwunden werden, die den Lebenssachverhalt nach Maßgabe des Rasters des anwendbaren Gesetzes konstruiert.⁷⁶

Allein die Aufmerksamkeit, die empirisch den Normbildungsprozessen „in the shadow of the law“ geschenkt wird, setzt – gepaart mit einer gewissen Faszination für das Neue – die Analytiker des transnationalen Rechts bisweilen dem Verdacht aus, dem eigenen Gegenstand apologetisch und mit „breathless enthusiasm“⁷⁷ gegenüberzustehen. Eine nennenswerte Zahl von Qualifikationsarbeiten beschränkt sich auf einen bloß deskriptiven Zugang.⁷⁸ Den drängenden Fragen der Legitimität globaler Governance fernab des klassischen Völkerrechts bereits dadurch auszuweichen, dass Normen jenseits des vertrauten nationalstaatlich-demokratischen Verfahrens vollends aus dem Gegenstandsbereich des Rechts(wissenschaftlers) ausgeblendet werden, greift dabei offensichtlich zu kurz. Gleichzeitig darf nicht übersehen werden, dass ein rechtsrealistischer Perspektivwechsel gerade angesichts der Heterogenität existierender Strukturen globaler Governance seinerseits zu Auslassungen führt. Wenn darunter verstanden wird, hinter der Fassade formaler Rationalität des Rechts dessen Zwecke in den Blick zu nehmen und an ethischen Imperativen zu messen, entsteht – vergleichbar mit der Formalismuskritik der critical legal studies – eine Leerstelle. Derartige einheitlich-abstrakte Maßstäbe, wie sie nach Maßgabe einer Universalvernunft auch jenseits des Staates entwickelt werden, erweisen sich jenseits eines menschenrechtlichen Kernbereichs als nicht tragfähig.⁷⁹ Wie lässt sich die normative Agenda eines Ansatzes begründen, der

⁷⁴ Erhellend zum Verständnis transnationalen Rechts als Methode, nicht als Rechtsgebiet vgl. *Calliess/Zumbansen*, Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law, Oxford 2012, 96 ff.

⁷⁵ Vgl. statt aller *Rosenau*, Governance, order and change in world politics, in: ders./*Czempiel* (Hrsg.), Governance without Government, Cambridge 1992, 1 ff.

⁷⁶ Vgl. *Wiethöfer*, Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik, Sonderdruck, Studium Generale der Johannes Gutenberg Universität Mainz, Mainz 1973, 67 f.

⁷⁷ So die Kritik bei *Douglas-Scott*, Law After Modernity, Oxford 2013, 146.

⁷⁸ Umso mehr stechen dann diejenigen Arbeiten heraus, die am Beispiel relevanter case studies über Theorien „mittlerer Reichweite“ hinausgehen und dabei unaufgeregt mit den auftretenden klassischen Fragen der Rechtstheorie umgehen, so jüngst *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, Weilerswist 2013.

⁷⁹ Vgl. *Günther*, Normativer Rechtspluralismus – Eine Kritik, Normative Orders Working Paper 3/2014, 6.

die hegemonischen Tendenzen globaler Funktionssysteme ernst nimmt.⁸⁰ Insofern sind funktionalistische und empirische Elemente um eine normative Theorie zu ergänzen, die den Primat der Selbstregulierung in der transnationalen Sphäre aufgreift und darüber hinaus Anschluss an Theorien globaler Gerechtigkeit sucht.⁸¹ In der Völkerrechtswissenschaft wird ein solches normatives Programm derzeit unter dem Begriff der „internationalen öffentlichen Gewalt“⁸² entwickelt mit der Zielsetzung, durch (Rück-)Bindung von Legitimität an Legalität einen öffentlich-rechtlichen Analyserahmen für die vielschichtigen Phänomene globaler Governance zu gewinnen. Die Fragestellungen weisen damit ebenso wie der Sachbereich im weiteren Sinne große Nähe zu Theorien transnationalen Rechts privatrechtlicher Provenienz auf. Im jeweils für relevant erachteten Ausschnitt globaler Regelungsstrukturen schimmern die privat- bzw. öffentlich-rechtlichen Grundkategorien deutlich hindurch.⁸³ Während von völkerrechtlicher Warte das Kriterium öffentlicher Kompetenzverleihung den Blick von funktionsäquivalenten privaten und hybriden Institutionen lenkt, haben im Rahmen der Theorien der *private governance regimes* die Schnittstellen zu öffentlicher Regulierung bislang eine untergeordnete Rolle gespielt. Beide Zugänge werden durch die zunehmende Verschränkung von Regulierungsaktivitäten privater und öffentlicher Akteure jedenfalls verstärkt zu rechtfertigen sein.

2. Ambivalenzen privater Macht

Transnationales Recht ist gekennzeichnet durch eine neuartige Immediatbeziehung von Recht und gesellschaftlicher Praxis. Das Zentrum der Rechtsetzung verlagert sich von den staatlichen Parlamenten unmittelbar an die Schnittstellen zu globalisierten Sozialbereichen mit je eigenen Handlungsrationalitäten. Da die ordnungssuchenden sozialen Systeme im Weltmaßstab aufseiten der institutionalisierten Politik kein Pendant finden, bedienen sie sich derjenigen grundlegenden Rechtsfiguren, die auch jenseits des Staates und seiner Gerichtsbarkeit in einem etablierten Bestand an Rechtsprinzipien Halt finden, um anlass- und problembezogene Ordnungsvorstellungen zu stabilisieren. Im Vertrag – wenn seine Gründungsparadoxie umspielt wird – und im Eigentum – wenn es aus der staatlichen Einrichtung gelöst wird – bieten sich dem transnationalen Recht zwei Institutionen an, die jedenfalls ohne Referenz auf den Staat auskommen können. Die funktional an staatliche Rechtsstrukturen angelehnte Konstruktion komplexerer privater (Vertrags-)Regelwerke mit Blick auf Hierarchie, Gewaltteilung und Streitent-

80 Vgl. nur Koskeniemi, Global Governance and Public International Law, *Kritische Justiz* 37 (2004), 241 (249 f.).

81 Vgl. für eine solche Annäherung unter dem Begriff der „social justice“ Hugh Collins, Cosmopolitanism and Transnational Private Law, *European Review of Contract Law* 2012, 311 (324) (transnationales Handelsrecht „has yet to escape its sectoral origins and form normative links with the other dimensions of a morally coherent normative order“).

82 Vgl. v. Bogdandy/Dann/Goldmann, Völkerrecht als öffentliches Recht. Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance, *Der Staat* 49 (2010), 23 ff. Dazu Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, Tübingen 2012, 67 ff.

83 Den Versuch eines Brückenschlags im Sinne Jessups unternimmt Vielechner (Fn. 78).

scheidung untermauern dies.⁸⁴ Die privaten Ordnungsmuster des transnationalen Rechts bauen im Kern auf Vertragsrecht.⁸⁵ Beispiele bieten die Standardsetzung durch Expertengremien ebenso wie Verhaltenskodizes oder Organisationsrecht in multinationalen Unternehmensstrukturen. Am neuen Paradigma der „governance by contract“⁸⁶ muss auch eine globale Rechtskritik ansetzen.

Die Problematik privater Ordnungsbildung erhält im transnationalen Recht eine andere Stoßrichtung als die vermeintlich eng verwandte Diskussion um Räume der Selbstregulierung im Nationalstaat. Während bei letzterer Überlegungen zur verfassungsmäßigen Zulässigkeit angesichts eines staatlichen „Rechtsetzungsmonopols“ im Vordergrund standen⁸⁷ und nach der Eignung des Privatrechts zur Sozialgestaltung⁸⁸ gefragt wurde, private Regulierung also gegenüber anderen Regelungsebenen rechtfertigungsbedürftig erschien, sind regulatorische Alternativen jenseits des Staates oftmals selbst erst im Entstehungsprozess. In diesen Fällen kann nicht auf eine umfassende Auffangfunktion des Politischen gebaut werden, der gegenüber sich *private ordering* zu bewähren hat. Transnationales Recht bricht aus dem einenden verfassungsrechtlichen Rahmen aus und legt dabei Risse in der Vorstellung eines staatlichen Gewaltmonopols offen, die sich auch im nationalstaatlichen Konstitutionalismus abzeichnen. Die im Erbe des politischen Liberalismus stehende Übersetzung individueller Willensmacht in Rechtsmacht durch die Figur des subjektiven Rechts verbürgt die Leitidee gleicher Freiheit aller Rechtsgenossen. Das Denken des normativen Individualismus⁸⁹ erachtet es gerade als Ausdruck seiner Konsequenz, nicht sogleich nach realen privaten Machtverhältnissen zu differenzieren.⁹⁰

-
- 84 So werden die International Financial Reporting Standards (IFRS) etwa durch ein in der Satzung des International Accounting Standards Board vorgesehenes Interpretations Committee in einer Weise ausgelegt, die sich von der Bindungswirkung obergerichtlicher Rechtsprechung nur wenig unterscheidet. Vgl. allgemein zum Einheitsstreben unter den Rechnungslegungsstandards *Luttermann*, Europäische Gesellschaften zwischen Weltmonopol (IFRS/XBRL) und Freiheitsverfassung, JZ 2011, 965ff. Streitschlichtungsverfahren werden inzwischen auch bei privaten Zertifizierungsstellen wie dem *Forest Stewardship Council* eingerichtet, vgl. *Marx, Legitimacy, Institutional Design, and Dispute Settlement: The Case of Eco-Certification Systems*, Globalizations 11 (2014), 401 ff.
- 85 Vgl. zum Verhältnis privater und öffentlicher Regulierung im internationalen Wirtschaftsverkehr jüngst umfassend *Basedow, The Law of Open Societies. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Nijhoff 2013.
- 86 Vgl. *Zumbansen, The Law of Society: Governance through contract*, Indiana Journal of Global Legal Studies 14 (2007), 191 ff.
- 87 Vgl. die frühe Arbeit von *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, Berlin 1987, 107 ff. (der entsprechend eine Erstreckung der Grundrechtsbindung auf private Normsetzer zurückweist, vgl. 516 ff.). Den dogmatischen Folgefragen für das Privatrecht stellt sich grundlegend *Bachmann*, Private Ordnung, Tübingen 2006, 227 ff.
- 88 Hierzu aus Perspektive der regulatory choice *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., Tübingen 2005, 273 ff.
- 89 Vgl. die Überblicksdarstellung bei *v. der Pfordten*, Normativer Individualismus und das Recht, JZ 2005, 1069 ff.
- 90 Vor diesem Hintergrund erschließt sich die Kontroverse um den Bürgschaftsbeschluss aus BVerfGE 89, 214 (233) mit der Feststellung, die „Vertragsfreiheit (können) nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs“ dienen.

Phänomene aggregierter, privater Macht kennzeichnen heute jedoch längst nicht nur den Wirtschaftsverkehr. Im Zuge der Privatisierung zentraler Infrastrukturen ist eine wohlfahrtsstaatliche Gewährleistungsverantwortung längst nicht mehr exklusiv beim Staat anzusiedeln. Vielmehr nehmen die Fälle zu, in denen die Ausübung (grundrechtlicher) Freiheiten privater Akteure von bestimmten Zugangsgewährungen durch andere Private abhängig ist (etwa zu bestimmten Mediendiensten zum Zwecke der Wahrnehmung von Kommunikationsfreiheiten). Ein „Recht, Rechte zu haben“, welches *Hannah Arendt* als vorstaatliches, universales Weltbürgerrecht auf Aufnahme in die politische Gemeinschaft konzipierte,⁹¹ lässt sich heute als umfassendes Recht auf Zugang zu verschiedenen sozialen Systemen verstehen, die unabhängig von einander über die Handlungsmöglichkeiten des Einzelnen entscheiden. Das Anliegen *Arendts*, gegenüber *Kants* Begriff von Freiheit als einzig „angeborenem Recht“ auf die realen Bedingungen der Freiheitsausübung zu blicken, würde damit zeitgemäß aktualisiert. Parallelen ergeben sich insofern zu *Luhmanns* These, nach der unter Bedingungen gravierender sozialer Ungleichheit im Weltmaßstab die „Differenz von Inklusion und Exklusion als eine Art Metacode dient, der alle anderen Codes mediatisiert.“⁹²

Welche Bedeutung diese Differenz tatsächlich erlangt, hängt jedenfalls auch von der Rechtsverfassung transnationaler privater Macht ab. Das Verhältnis von transnationaler Privatrecht und Demokratie muss als weitgehend ungeklärt gelten.⁹³ Im demokratischen Rechtsstaat werden auch eigennützige politische Ansinnen diskursiv vermittelt und müssen sich, um zum Gesetz als allgemeiner Maxime werden zu können, in einem permanenten Verfahren zur Neujustizierung des Begriffs des Gemeinwohls bewähren. Jenseits des Staates fehlen einheitliche Verfahren zum Ausgleich pluralistischer Interessen und es sind Zweifel angebracht, ob eine gehaltvolle materiale Ausgestaltung des Begriffs des Gemeinwohls im Wege globalen Konsenses überhaupt erreicht werden kann.⁹⁴ Gegenüber sozialen Rationalitäten, die in hohem Maße auf ihre eigene Bewährung ausgerichtet und Umweltanforderungen gegenüber weitgehend indifferent sind, wurde in der nationalen Konstellation auf die Integrationsleistung des Staates gesetzt.⁹⁵ Auch gegenüber selbstregulierenden Sozialbereichen wurden unter dem Stichwort der „regulierten Selbstregulierung“⁹⁶ Rahmenvorgaben und Verfahrensregeln getroffen, die Gewähr für einen gerechten Interessenausgleich tragen sollten. Diese staatliche Koordinierung selbstregulativer Prozesse ist aus unterschiedlichen Theorierich-

91 Vgl. *Arendt* (Fn. 65), 444 („Recht, Rechte zu haben“ zielt auf ein „Beziehungssystem,... in dem man auf Grund von Handlungen und Meinungen beurteilt wird“).

92 Vgl. *Luhmann* (Fn. 12), 583.

93 Das auch im Nationalstaat spannungsreiche Verhältnis wird nachgezeichnet bei *Kübler*, Privatrecht und Demokratie, in: *Bauer* et al. (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, 697.

94 Zu einem Lösungsversuch mittels prozeduraler Abstraktion vgl. *Scott*, Reflexive Governance, Regulation and Meta-Regulation, in: *de Schutter/Lenoble* (Hrsg.), Reflexive Governance, Oxford 2010.

95 Vgl. *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, in: Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991, 412.

96 Vgl. zum Begriff *Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, Baden-Baden 1996, 9 ff.

tungen als „prozedurales“ Rechtsparadigma beschrieben worden,⁹⁷ das den Anspruch erhebt, der Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie gerecht zu werden. Das von *Wieacker*⁹⁸ geprägte Denken in „Sozialmodellen“ als denjenigen hintergründigen Gesellschaftsbildern des Juristen, die auf die „Interdependenz zwischen dem Geist einer Rechtsordnung und der Struktur ihrer Gesellschaft“⁹⁹ verweisen, kann auch für das transnationale Recht fruchtbar gemacht werden. Als dessen besondere Aufgabe tritt dann hervor, die Moderation zwischen verschiedenen Autonomien – privater und öffentlicher aber auch personalen und sozialen – über die Anreicherung der eigenen, privatrechtlichen Formen zu leisten. Sozialmodelle verpflichten das Recht darauf, sich sowohl seines Fremdbildes (der Gesellschaft) als auch seines Selbstbildes (innerhalb der Gesellschaft) zu versichern. Will das transnationale Privatrecht dem Anspruch einer transnationalen Gesellschaftsverfassung begegnen, die nicht einseitig zugunsten der privaten Autonomie einer „Privatrechtsgesellschaft“¹⁰⁰ ausgestaltet wird und damit Errungenschaften der Konstitutionalisierung des Privatrechts vergibt, muss es äquivalente Garantien der Ausübung öffentlicher Autonomie entwickeln. Die in den Grundrechten verankerte Pflicht des Rechts zur Berücksichtigung pluraler, betroffener Autonomien¹⁰¹ gilt es, gerade im selbst-geschaffenen, mono-funktional ausgerichteten Recht einzelner Sozialbereiche zu kompensieren. Damit muss in ausdrücklicher Überwindung des klassischen Unterscheidungsmerkmals von Privatrecht und öffentlichem Recht gerade die öffentliche Funktion des Privatrechts fortentwickelt werden, die in der Nachfolge *Kants* aus den privatrechtlichen Institutionen weitgehend ausgelagert wurde.¹⁰² Während *Kant* noch das öffentliche Recht als dem Privatrecht inhaltsgleiche Absicherung des Naturzustandes ansah, wird bei *Hegel* der Antagonismus von Privatrecht und

97 Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M. 1992, 468 ff. (insb. 496 ff.); *Wiethöltter*, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht (1982), in: *Amstutz/Zumbansen* (Hrsg.), Recht in Recht-Fertigungen. Ausgewählte Schriften von *Wiethöltter*, Berlin 2014, 423 ff.

98 Vgl. *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1952.

99 *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M. 1974, 45.

100 Vgl. *Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 71 ff.; *Mestmaäcker*, Die Wiederkehr der bu^ßrgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 177 ff. sowie die Diskussion bei *Vesting*, Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: *Schlosser* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996, Heidelberg 1997, 183 ff.

101 Vgl. *Wielisch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013), 718 (736 ff., 750 ff.).

102 Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten [Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre] (1797), in: Werke (hrsgg. v. *Weischedel*), Bd. 4, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, 3. Aufl., Darmstadt 1971, §§ 41-42 („Aus dem Privatrecht im natürlichen Zustande geht nun das Postulat des öffentlichen Rechts hervor.“). Zu dieser auch innerhalb des Privatrechts existierenden Problematik am Beispiel der Trennung von Arbeit(srecht) und Unternehmen(srecht) vgl. *Wiethöltter*, Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht? Bemerkungen zu Grundlagenveränderungen in der Privatrechtstheorie, Anales de la Cátedra Francisco Suarez 22 (1982/83), 125 (insb. 132 ff.).

öffentlichen Recht auf Grundlage der Leitunterscheidung von Staat und Gesellschaft zugespitzt.¹⁰³

In dieser Suche nach „Maßstäben, Foren und Verfahren“¹⁰⁴ zur internen Politisierung der Sozialbereiche, die einem Kernbestand selbstgeschaffener Regeln folgen, erweist sich die vermeintliche Nähe systemtheoretisch gestützter Ansätze zur ordoliberalen Agenda¹⁰⁵ als trügerisch. Sie teilen mit ihr zwar die Skepsis gegenüber Ansätzen einer materialen Fixierung des Rechts, durch die dem Recht (und den subjektiven Rechten) eine verbindliche Zweckrichtung auferlegt wird, die ihrerseits gegenüber konkurrierenden Zweckprogrammen ins Verhältnis gesetzt werden muss. Beansprucht eine Theorie, zu den realgesellschaftlichen Grundwidersprüchen der Weltgesellschaft überhaupt durchzudringen, so lassen sich diese nicht in Werthierarchien auflösen. Die kollisionsrechtliche Entscheidung kann durch eine sozialstaatliche Materialisierung nicht umgangen werden. Aus dieser Einsicht folgt jedoch anders als im Ordoliberalismus nicht die Inthronisierung des Marktmechanismus als vorrangigem Ordnungsmuster. Vielmehr resultiert aus der Einsicht in die unerfüllten Versprechen der Sozialstaatlichkeit eine rekonstruktive Suchbewegung, wie gesellschaftliche Balance mit dezentraler Ordnungsbildung aufrechterhalten werden kann – in den Augen *Duncan Kennedys* durchaus ein „linkes“ Vorhaben.¹⁰⁶ Darüber lassen sich Kollisionsregeln unter Berücksichtigung der Eigennormativität der Umwelt des Rechts anzureichern: „Im ‚kollisionsrechtlichen‘ Einbau von Recht/. Nichtrecht in das Recht lässt sich ‚Nichtrecht‘ kürzer z.B. als ‚Politik‘ lesen (so will ‚Politische Rechtstheorie‘ gelesen werden)“.¹⁰⁷ Nur über diesen Umweg, der die Rationalität des Rechts im *Weber'schen* Sinne¹⁰⁸ als solche aufrechterhält, lässt sich „das Drängen nach einer Art judizieller Nächstenliebe sublimieren“.¹⁰⁹

Damit ist eine Entbindung der normativen Potentiale in der Gesellschaft verbunden, die mit anti-hegemonialer Tendenz innerhalb der Systeme selbstreflexive Prozesse in Gang setzen und Verantwortlichkeiten für externe Effekte anlegen können. Dogmatisch wird etwa ein Umdenken der Vertragskategorie von einer bipolaren Bindung hin zu einer privaten Rechtsordnung mit zahlreichen, teils divergierenden Sozialbeziehungen erforderlich. Wie muss ein Vertragsrecht beschaffen sein, dass dem Anspruch eines transnationalen Steuerungs- und Ordnungsrecht gerecht wird? Den Vertragsschluss formal an ein „meeting of minds“ zu knüpfen, abstrahiert von den jeweils eingenommen-

103 Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), Berlin 2013, § 261. Dazu mit Blick auf das Selbstverständnis des modernen Privatrechtsdenkens jüngst *Auer*, Privatrechtsdiskurs der Moderne, Tübingen 2014, 45 ff.

104 Vgl. *Wiethölter*, Sanierungskonkurs der Juristenausbildung, *KritV* 1986, 21 (23).

105 Vgl. *Günther*, Ohne weiteres und ganz automatisch? Zur Wiederentdeckung der „Privatrechtsgesellschaft“, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), 473 (496).

106 *Kennedy* (Fn. 29), S. 12 („New Governance... is left... because it arises at the moment of disillusion with the European „hard law“ social democratic project“).

107 *Wiethölter* (Fn. 50), 18.

108 Vgl. *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 5. Aufl. Tübingen 1972, 441 ff.

109 Vgl. zu diesem Verständnis der „Aufgabe kritischen Rechtsdenkens... heute“ *Everson*, Vom effet utile zum effet néolibéral in: *Joerges/Pinkel* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?, ZERP-Diskussionspapier 1/2011, Bremen, 43 (58 f.) („Recht sorgt nicht selbst für radikale Änderungen. Es muss zutiefst konservativ bleiben, um das Versprechen sozial-radikaler Responsivität einlösen zu können.“).

nen sozialen Rollen der Vertragspartner als „Sozialpersonen“, den jeweiligen Lebensverhältnissen, Beziehungs- und Machtgefügen, in dem der Vertrag entsteht. Als rechtlich gefestigte, soziale *Relation* verstanden, können sich Verträge gegenüber diesen Rollen jedoch nicht verschließen, sondern nehmen im Gegenteil auf sie Bezug. Die Herausforderung besteht dann darin, Umweltverantwortlichkeiten anzulegen, ohne die spezifische Rationalität des Vertrages¹¹⁰ zu zerstören. Ein plastisches Beispiel liefert die (punktuelle) Herausbildung zwingender Normen eines transnationalen *ordre public* vor internationalen Schiedsgerichten.¹¹¹ Damit wird deutlich, dass sich die gegenwärtigen Verheißen des Vertrages als flexibles und universelles Ordnungsmuster nicht ohne Anpassungen der Vertragskategorie selbst erfüllen werden. Während das Vertragsrecht bislang Antworten auf Probleme der Relativität und der gestörten Vertragsparität finden musste, zeichnet sich nunmehr als neue Herausforderung die längerfristige Verfassung privater Machtverhältnisse ab.¹¹² Über Verträge werden Kontrollbefugnisse erteilt, Hierarchien etabliert und im Wege der Selbstbindung Verhaltensmuster in hohem Maße diszipliniert. Angesichts dieser Verinnerlichung von Verhaltensanforderungen¹¹³ scheinen die Grenzen zwischen Autonomie und Heteronomie zu verschwimmen und (auch) der Vertrag verliert (endgültig) seine Unschuld.

Eine solche Verknüpfung systemtheoretischer Analyse der Weltgesellschaft mit einem normativen Projekt wird als „Kritische Systemtheorie“¹¹⁴ inzwischen dezidiert in der Tradition kritischer Gesellschaftstheorien angesiedelt. Dahinter verbirgt sich jeweils eine immanente, nicht *am*, sondern *im* Recht und den jeweiligen Sozialbereichen vorgebrachte Kritik. Nur eine innerhalb der Systeme gestiftete Kritik kommt umhin, sich eine Metaposition anzumaßen, die in einer pluralistischen Gesellschaft nicht zu rechtfertigen wäre: „Es gibt kein Außen mehr“.¹¹⁵ Jenseits der Frage der Normativität sozialer Bewegungen geht es dabei darum, die zunehmend gerade in Gestalt vertraglicher Konstruktionen artikulierte Kritik an der staatlichen und völkerrechtlichen Rechtsordnung zur Entfaltung zu bringen.

110 Vgl. Luhmann, (Fn. 12), 459 („Verträge stabilisieren auf Zeit eine spezifische Differenz unter Indifferenz gegen alles andere, inklusive die Betroffenheit von am Vertrag nicht beteiligten Personen und Geschäften.“).

111 Vgl. die Analysen von Renner, Zwingendes transnationales Recht, Baden-Baden 2010, 91 ff. zu Verfahren nach Regeln der ICC, ICSID und ICANN.

112 Vgl. Supiot, La contractualisation de la société, in: Michaud (Hrsg.), Qu'est-ce que l'humain?, Travaux de l'Université de tous les savoirs, Bd. 2, Paris 2000, 157 ff. Zum Anpassungsbedarf der Vertragskategorie für die kooperierende Verwaltung vgl. Abegg, Vom Contrat Social zum Gesellschaftsvertragsrecht, Ancilla Iuris 2008, 1 ff.

113 In einem übergreifenden Sinne als Machtypus des Spätkapitalismus charakterisiert von Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernementalität, Frankfurt a.M. 2006.

114 Vgl. Fischer-Lescano, Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie, in: Amstutz/Fischer-Lescano (Hrsg.), Kritische Systemtheorie, Bielefeld 2013, 13 ff.

115 Vgl. Negri/Hardt, Empire. Die neue Weltordnung, Frankfurt a.M. 2002, 198 sowie dazu Sonja Buckel, Empire oder Rechtspluralismus. Recht im Globalisierungsdiskurs, Kritische Justiz 36 (2003), 177 ff. (181).

3. Transnationale Standardsetzung in den Diskurskollisionen des Rechts

Im transnationalen Recht offenbart sich die „widersprüchliche Grundstruktur des Rechts“¹¹⁶ insofern, als sich sowohl das Risiko einer Verfestigung des status quo wie die Möglichkeiten einer rechtskreativen Anprangerung desselben erhöhen. Über das aus dem nationalen Rahmen bekannte Instrument der „strategic litigation“ bestimmte Anliegen sozialer Bewegungen in das Recht zu übersetzen, also Innovationsdruck gegenüber dem politischen System durch gezieltes Herbeiführen einer Leitentscheidung zu erzeugen,¹¹⁷ erweist sich im Transnationalen angesichts fragmentierter Gerichtsbarkeiten als weniger effektiv. Private Akteure, NGOs¹¹⁸ und Bewegungen können vielmehr das „Faktum“ des transnationalen Rechtspluralismus dazu nutzen, auf „jurisgenerative“ Weise eigene *Gegenordnungen* globaler Gerechtigkeit zur (Rechts-)Wahl zu stellen. Damit daraus ein Beitrag zu einer „nachholenden Sozialisierung“¹¹⁹ des transnationalen Rechts erwachsen kann, muss dieser Pluralismus rechtsmethodisch aufrechterhalten werden.

Anders als bei *Durkheim*, der intermediäre Organisationen als Quelle dezentraler, organischer Binnen-Solidarität sah, die darüber zu einem essentiellen Bindeglied zwischen Staat und Individuum avancierten,¹²⁰ schaffen Intermediäre nun Normen, die einzelne Rechtsregimes gegenüber den Anforderungen einer polyzentrischen Weltgesellschaft responsiv machen sollen. Im Urheberrecht etwa wurde den als unzeitgemäß empfundenen und zu stark wirtschaftlicher Logik dienenden Schranken des nationalen und internationalen Urheberrechts mit „Creative Commons“ ein privatvertragliches Lizenzmodell gegenübergestellt.¹²¹ Durch entsprechende Lizenzierung können Werkshöpfer ihre Vorstellungen eines internetgerechten Urheberrechts dezidiert im Rückgriff auf die Rechtsform verfolgen und so der privaten Ordnung in einem besonderen „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ Rückhalt gewähren. Trägerschaft einer gemeinnützigen Organisation, aufwändige multi-stakeholder-Prozesse, gesellschaftliche Breitenwirkung durch eine Bewegung digitaler Allmende¹²² – je umfassender die Legiti-

116 Sonja Buckel, Zwischen Schutz und Maskerade – Kritik(en) des Rechts, in: *Demirovi* (Hrsg.), Kritik und Materialität, Münster 2008, 110 (123).

117 Eindrucksvoll das Beispiel der Zulassung gleichgeschlechtlicher Ehe in den USA, zuletzt *United States vs. Windsor*, 570 U.S. 12 (2013).

118 Günther/Randeria, Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozess der Globalisierung, Schriftenreihe der Werner Reimers Konferenzen, Heft 4, Bad Homburg 2001, 34 (35).

119 Fischer-Lescano/Möller, Der Kampf um globale soziale Rechte, Bonn 2013, 31.

120 Vgl. *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung (1930), Frankfurt a.M. 1992, 45 f. („Damit die Anomie ihr Ende findet, muss also eine Gruppe existieren oder sich bilden, in der sich das Regelsystem herausbilden kann, das augenblicklich fehlt. Weder die politische Gemeinschaft in ihrer Gesamtheit noch der Staat können diese Funktion erfüllen.“).

121 Vgl. zur dominanten Kommerzialisierung von Immaterialgüterrechten innerhalb des WTO-Systems durch TRIPS *Wielisch*, Private Governance of Knowledge: Societally-Crafted Intellectual Property Regimes, Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), 907 ff. (910 ff.) sowie zu Creative Commons im Überblick *Rosenkranz*, Open Contents, Tübingen 2011, 25 ff.

122 Vgl. zur Rolle sozialer Bewegungen und epistemischer Gemeinschaften *Dobusch/Quack*, Framing standards, mobilizing users: Copyright versus fair use in transnational regulation, Review of International Political Economy 2012, 1 ff.

mitätsgewähr des privaten Normsetzungsprozesses, desto stärker die Position gegenüber dem staatlichen Rechtsregime.

Den Grundbaustein hierfür bildet transnationale Standardsetzung. Als gesetzesergänzender und teils –vertretender Normtypus sind Standards seit langem aus der Wirtschaftspraxis bekannt und werden dort zumeist mit der Reduktion von Transaktionskosten in Verbindung gebracht.¹²³ Oftmals beruhen sie auf Handelsbräuchen, die unter dem Eindruck der Rationalisierung wirtschaftlicher Strukturen und dem steigenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit im modernen Wirtschaftsverkehr als zu unbestimmt galten und daher kodifiziert wurden.¹²⁴ Auch das staatliche Recht ist mit dem Rückgriff auf Standards als Transmissionsriemen zwischen wissenschaftlicher Expertise und Normierung gerade im Technik- und Risikorecht vertraut.¹²⁵ Zum inzwischen äußerst vielfältigen Feld transnationaler Standards zählen insbesondere solche Normen, die auf spezifische Regulierungsbedürfnisse und Risikolagen globalisierter Wirtschafts- und Sozialbeziehungen reagieren. Besonders prominente Beispiele entstammen dem Finanz- und Unternehmensrecht,¹²⁶ dem Produktsicherheitsrecht¹²⁷ sowie dem Arbeitsrecht.¹²⁸ Der rasante Aufstieg von „compliance“ als Rechtsgebiet zeugt von einem Interesse vieler Wirtschaftsakteure, Regelkonformität über den Pflichtenkanon des staatlichen Rechts hinaus unter Beweis zu stellen. Die entsprechenden gesellschaftlichen Forderungen nach Transparenz treffen nach der Politik auch zunehmend Wirtschaft, Medizin, Sport und Kultur, sodass bereits von einer „audit society“¹²⁹ die Rede ist. Allgemein gesprochen ist dabei eine Proliferation von Standards privater, hybrider und öffentlicher Autoren zu verzeichnen, die eine eigenständige Betrachtung als „standards law“¹³⁰ mehr und mehr nahelegt.

Ob private Standards für Sozialordnungen jenseits des Staates eine konstitutionelle Funktion annehmen und damit als „constitution of private governance“¹³¹ fungieren können, hängt von ihrer Ausgestaltung ebenso wie von ihrer Rezeption im Recht ab.

123 Vgl. bereits Isaacs, The Standardizing of Contracts, Yale Law Journal 27 (1917), 34 ff. sowie für den deutschen Rechtskreis die wirkmächtige Untersuchung von Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935.

124 Vgl. Basedow, Handelsbräuche und AGB-Gesetz. Spontane Regelbildung im Zeitalter kodifizierter Usancen, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 150 (1986), 469 (482 f.).

125 Vgl. Röthel, Techniksteuernde Grenzwerte – Gewöhnungseffekte und Zukunftsaufgaben, JZ 2013, 1136 ff.

126 Zahlreiche Beispiele jüngst bei Miller, The Law of Governance, Risk Management and Compliance, New York 2014.

127 Vgl. etwa zur Nahrungsmittelsicherheit van der Meulen, The Anatomy of Private Food Law, in: ders. (Hrsg.), Private Food Law, Wageningen 2011.

128 Vgl. Locke, The Promise and Limits of Private Power, Cambridge 2013 sowie mit dogmatischen Anschlüssen Glinski, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, Baden-Baden 2011.

129 So Power, The Audit Society. Rituals of Verification, Oxford 1997.

130 Vgl. Schepel, The Constitution of Private Governance, Oxford 2005, 7. Vgl. für einen Eindruck der Vielfalt der Sachbereiche, in denen privaten und hybriden Standards eine prägende Rolle zukommt, die Beiträge in Peters et al. (Hrsg.), Non-state actors as standard-setters, Cambridge 2009 sowie bei Marx et al. (Hrsg.), Private Standards and Global Governance. Economic, Legal and Political Perspectives, Cheltenham 2012.

131 Vgl. Schepel, (Fn. 130).

Aus institutionenökonomischer Sicht ist bereits auf den Beitrag (nicht-proprietary) transnationaler privater Standards zu globalen Gemeingütern verwiesen worden.¹³² Aus Sicht institutioneller Ansätze in der Rechtssoziologie ist das Privatrecht vor die Aufgabe gestellt, der Funktion von Selbstverpflichtungen durch Standardisierung und Zertifizierung sowie den damit geschürten Erwartungen gerecht zu werden. Das Recht muss neue soziale Handlungsformen damit nicht anstandslos ermöglichen, wohl aber eine begründete Entscheidung darüber treffen, ob diejenigen Rechtsregeln, an denen sich die innere Funktionslogik sozialer Institutionen bricht, aufrechtzuerhalten sind.¹³³ Dies gilt insbesondere dann, wenn sich in diesen Institutionen neue Kollisionsregeln für Regime- und Diskurs-Konflikte¹³⁴ herausbilden, die bei entsprechendem Design das Potential besitzen können, dem Recht eine unparteiliche Entscheidung über globale Strukturkonflikte zu ermöglichen.

Aufgrund ihrer auf Vertrag beruhenden Funktionsweise bietet sich hierfür das Beispiel privater Zertifizierungsmechanismen für soziale, ökologische und nachhaltige Warenabsatzketten an. Während konventionellen Rechtsinstrumenten mit der geografischen Beschränkung nationalen Rechts und dem schwerfälligen Konsensprinzip des Völkerrechts hierbei strukturelle Grenzen gesetzt scheinen, erlauben es private Zertifizierungen dem Verbraucher, eine normative Präferenz für ein bestimmtes Leitbild sozialer Produktionsstandards auszudrücken.

Im Fall der *Fairtrade Labelling Organization* (FLO) werden unter Einbeziehung von Produzenten, Händlern, NGOs und Experten ein sog. „generischer Standard“ mit Kriterien bezüglich Mindestpreisen, Prämien, Umweltschutz, Energieverbrauch und Marktzugangsbedingungen sowie weitere produktsspezifische Standards aufgestellt.¹³⁵ Im Sinne einer Meta-Regulierung („Standardisierung der Standardisierung“) folgt dieser Prozess seinerseits dem Standard der Dachorganisation der *International Social and Environmental Accreditation and Labelling* (ISEAL). Zusätzlich zu regelmäßigen Aktualisierungen der Standards tritt eine eigene complaints-procedure, über die auf Schwächen der Standards aufmerksam gemacht werden kann.

Die Grundstruktur bildet dabei der Vertrag zwischen Zertifizierer und Produzent, der entlang der Lieferkette durch Bezugnahmen in Handelsverträgen, Verhaltenskodizes

¹³² Vgl. *Cafaggi*, Transnational Private Regulation and the Production of Global Public Goods and Private ‚Bads‘, *European Journal of International Law* 23 (2012), 695 (701 ff.).

¹³³ Vgl. *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Tübinger Juristenfakultät (Hrsg.), *Summum Ius, Summa Inuria*, Tübingen 1963, 145 ff. (147) („Die Rechtsordnung, die das Zusammenleben in der Rechtsgemeinschaft zu regeln hat, schließt sich weitgehend an den im sozialen Leben vorgefundenen Bestand solcher Institutionen an, spiegelt sie wieder und befestigt oder verändert sie durch ihre Normen, schafft auch neue Beziehungsformen, wo sich ein Bedürfnis dafür zeigt und durchsetzt, und entwickelt Verhaltensregeln für typisch wiederkehrende Situationen.“).

¹³⁴ Vgl. *Teubner*, Altera Pars Audiatur. Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, ARSP-Beilage 65 (1996), 199 ff. sowie in dezidiert globaler Perspektive *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt a.M. 2006, 7 ff.

¹³⁵ Zu Organisation und Funktionsweise vgl. die Beiträge in *Macdonald/Marshall* (Hrsg.), *Fair Trade, Corporate Accountability and Beyond*, Surrey 2010.

und anderen Zertifizierungen ein komplexes Vertragsnetzwerk bildet.¹³⁶ Erforderlich wird so eine Betrachtungsweise, die *global value chains* als Referenzrahmen¹³⁷ wählt und sich auf deren spezifische Macht- und Interessensstruktur zwischen einer Vielzahl von – nicht zuletzt staatlichen – Akteuren einlässt.

Darin zeichnet sich eine bemerkenswerte Verrechtlichung von Instrumenten der corporate social responsibility¹³⁸ ab, der gegenüber die am interventionistischen Recht des Wohlfahrtsstaates geübt Kritik einer „Kolonialisierung der Lebenswelt“¹³⁹ jedoch nicht verfängt. Die rechtlich eingefassten privaten Standards werden nicht übergriffig gegenüber der Integrität anderer Sozialbereiche, sondern stellen gerade Schnittstellen-Instrumente dar, mit denen globale Produktionsregimes ihre Umwelteffekte reflektieren und anpassen können. Damit lassen sich Bezüge zur „limitativen Verfassungsfunktion“ eines transnationalen gesellschaftlichen Konstitutionalismus¹⁴⁰ ziehen. Auf ihre Verfassungsqualität hin überprüft, offenbaren Zertifizierungen durchaus auch menschenrechtliche Schutzgehalte:¹⁴¹ „privatisiert“, in Umgehung der Drittwerkungsdebatte, durch Vertrag.

4. Semantiken des transnationalen Rechts

Niklas Luhmann sprach mit Blick auf die sich verdichtende Weltgesellschaft von der „offensichtlichen Nichtjuridizierbarkeit der großen Probleme unseres Zeitalters“.¹⁴² Es ist deutlich geworden, dass zwar angesichts zahlreicher alternativer Konfliktlösungsmechanismen kein Führungsanspruch des Rechts als Regel- und Handlungssystem erhoben werden kann. Dennoch hat sich seine Skepsis hinsichtlich der Bedeutung normativer Erwartungsbildung im Weltmaßstab als überspitzt erwiesen. Vielmehr zeichnet sich ein Wandel der Rechtsform ab, der zu einer angemessenen Kategorienbildung im Recht herausfordert. Der Beitrag kritischer Rechtstheorien des transnationalen Rechts besteht dann gerade darin, notwendige semantische Neubildungen anzustoßen und zu

136 Vgl. *Cafaggi/Iamiceli*, Supply chains, contractual governance and certification regimes, European Journal of Law and Economics 37 (2014), 131 ff.

137 Vgl. dazu insbesondere die Arbeiten von *Gereffi*, Global value chains in a post-Washington Consensus world, Review of International Political Economy 21 (2014), 9 ff. sowie ders./*Humphrey/Sturgeon*, The Governance of Global Value Chains, Review of International Political Economy 12 (2005), 78 ff.

138 Als Konzept freilich seinerseits Gegenstand großer Kontroverse, vgl. nur *Sternberg*, How Serious is CSR?, in: *Crouch/Maclean* (Hrsg.), The Responsible Corporation in a Global Economy, Oxford 2011, 29 ff.

139 Vgl. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns (1981), 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2011, Bd. 2, 522 ff.

140 Vgl. zum Konzept *Teubner*, Verfassungsfragmente, Berlin 2012, 11 ff., 120 ff. sowie die Beiträge der Sonderausgabe des Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), Heft 2.

141 Explizit gar bei den von *John Ruggie* entwickelten „UN Guiding Principles on Business and Human Rights“, vgl. dazu jüngst *Ruggie*, Global Governance and „New Governance Theory“, Global Governance 20 (2014), 5 ff.

142 Rechtssoziologie (1983), 4. Aufl. 2008, 338.

begleiten. Den zentralen Ansatzpunkt bieten hierfür die Leitunterscheidungen¹⁴³ des Rechts.

Beobachtung und Beschreibung setzen erkenntnistheoretisch das Treffen einer Unterscheidung voraus. „Draw a distinction!“ steht am Beginn der Erschließung eines jeden Gegenstandes.¹⁴⁴ Im Recht ergibt sich über diese Differenzierungen nach Gelungskriterien, Rechtsgebieten, Vertragstypen, sozialen Rollenzuschreibungen etc. ein Raster, anhand dessen sich die für das Recht relevanten Normen und die Art ihrer Behandlung im Recht bestimmen lassen. Welche Unterscheidungen besondere Bedeutung erlangen, ist daher keineswegs beliebig, sondern maßgebend dafür, wie das Recht einen sozialen Konflikt beobachten und als *questio iuris* reformulieren kann. Erforderlich sind insofern „gerechte“ Differenzierungen, die es erlauben, den hintergründigen sozialen Sachverhalt adäquat komplex zu erfassen.¹⁴⁵ Das bereits im staatlichen Recht von kritischer Warte herausgeforderte Denken in stabilen Grenzbegriffen und binären Unterscheidungen ist darauf festgelegt, gegenüber Akzentverschiebungen der Rechtsform im Transnationalen unsensibel zu bleiben. Die im Recht verwendeten Dichotomien spiegeln dabei überwiegend Grundfiguren der Moderne wieder: Staat./.Gesellschaft, öffentlich./.privat, Recht./.Politik, Vertrag./.Gesetz, Gesetz./.Verfassung, Markt./.Hierarchie, soziale Norm./.Rechtsnorm, normative Erwartung./.kognitive Erwartung, Einheit./.Pluralität, Autonomie./.Zwang. Die positiv strukturbildende Kraft dieser Unterscheidungen darf nicht unterschätzt werden. Allerdings hat sich gezeigt, dass gängige transnationale Ordnungsmuster danach unzureichend beschrieben und gegenüber einem zum Normaltypus der Rechtsnorm erklärten Modell marginalisiert werden. Deutlich wird dies an der Semantik von soft law./.hard law, von der ein besonders starker normalisierender Effekt ausgeht.¹⁴⁶ Dass soft law darüber stets als das „Andere“ begriffen wurde, ohne zu einer eigenständigen, positiven Beschreibung zu gelangen, mag dazu beigetragen haben, dass diese Normenkategorie weiterhin sowohl von konservativ-legalistischer als auch von progressiver Seite aus Kritik erfährt. Stellvertretend für transnationale Rechtsregimes betont das Beispiel privater Standards die Nähe zwischen rechtlicher und gesellschaftlicher Normbildung und lässt damit die Suche nach Semantiken, mithilfe derer klassische Dichotomien als solche thematisiert werden können,¹⁴⁷ zur Zukunftsaufgabe einer transnationalen Rechtskritik werden, die dafür bei ihren Vorläufern hilfreiche Anhaltspunkte finden kann.

143 Zur Motivation der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien vgl. Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP-Beifeft 25 (1985), 13.

144 Spencer-Brown, Laws of Form, New York 1979, 3. Vgl. auch Luhmann, (Fn. 12), 26.

145 Zum Verständnis von Gerechtigkeit als „Kontingenzformel“, die eine „adäquate Komplexität des konsistenten Entscheidens“ verlangt, vgl. Luhmann (Fn. 12), 218, 225 ff.

146 Ausdrücklich etwa bei Abbott/Snidal, Hard and Soft Law in International Governance, International Organization 54 (2000), 421 (422) („We use the shorthand term soft law to distinguish this broad class of deviations from hard law.“).

147 Dies erlaubt etwa der „universale Code der Legalität“, vgl. Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: Wingert/Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Frankfurt a.M. 2001, 539 ff.