

## **Grenzüberschreitende Verrechtlichungsprozesse: Einige Überlegungen zur Konzeptualisierung**

---

OLGA ARNST

Enttäuscht von der schwindenden Omnipotenz des Nationalstaates, alle Probleme des Gemeinwesens zu bewältigen und individuelle Rechte zu schützen, richten sich die Blicke einiger hoffnungsvoll auf transnationale<sup>1</sup> gerichtliche und gerichtsähnliche Verfahren. Gerichte sollen demnach eine gerechtere Welt kraft überzeugender Argumente herbeiführen und Konflikte in der Anarchie des Überstaatlichen friedlich bewältigen. Die defizitäre demokratische Legitimation der übernationalen Ordnung soll auf diese Weise komplettiert werden. Institutionelle Entwicklungen auf der überstaatlichen Ebene seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts haben diesen Erwartungen auch eine empirische Grundlage geliefert. Demgegenüber sieht eine dem Recht gegenüber skeptische Richtung, die von seiner Leistung im Nationalstaat schon nicht überzeugt war, im Recht lediglich ein schwaches Instrument zur Weltverbesserung.<sup>2</sup> Die Pannen auf dem Weg der transnationalen Verrechtlichung dienen diesem Lager zur Veranschaulichung ihrer Überzeugung. Es ist nicht Zielsetzung dieses Beitrags eine Stellungnahme abzugeben, ob und inwieweit solche Erwartungen berechtigt sind. Vielmehr geht es mir um die Frage, wie die Prozesse zunehmender Verrechtlichung<sup>3</sup> jenseits des Nationalstaates wissenschaftlich beschrieben und analysiert werden

---

1 Vgl. zum Begriff bei Jessup 1956: 2ff.

2 Vgl. zur Wahrnehmung des Rechts in den Internationalen Beziehungen bei Koskeniemi 2000: 26ff.

3 Zu Verrechtlichungsformen jenseits des Staates vgl. Zangl/Zürn 2004: 23ff.

können. Diese Prozesse werden auch als Phänomene von Legalisierung, Juridifizierung bzw. *judicial governance* diskutiert. Dabei werden die oben skizzierten Vorverständnisse der Verrechtlichung durchaus relevant und die darauf beruhenden Konzepte nur in einer solchen Gesamtbetrachtung verständlich. Dabei greife ich drei Gruppen von Fragen auf, den man bei der Konzeptualisierung begegnet.

Erstens geht es um adäquate Vergleichsmaßstäbe für diese Prozesse. Bereits der erste Zugriff auf Prozesse grenzüberschreitender Verrechtlichung kommt nicht ohne einen intuitiven Rückgriff auf nationale Erfahrungen aus. Womit lässt sich der Rückgriff auf nationalstaatliche Entwicklungen jedoch rechtfertigen? Wie kann die Verengung der Perspektive durch den eigenen nationalstaatlichen Erfahrungs- und Erkenntnis-horizont vermieden werden? Mit anderen Worten geht es hier um die Frage nach dem Umgang mit dem sogenannten methodischen Nationalismus.

Zweitens besteht ein Bedarf an dynamischen entwicklungsoffenen Konzepten. Betrachtet man die nationalstaatliche Begrifflichkeit zum Recht und damit dahinter stehende Vorstellungen, so überrascht die statische Begriffsbildung.<sup>4</sup> Sogar die Begriffe, die zur Aufgabe haben, eine Entwicklung einzufangen, erweisen sich als statisch. Nehmen wir zum Beispiel die Lehre vom Verfassungswandel.<sup>5</sup> Auch hier geht es um die Veränderung von einem statischen Zustand A zum nächsten statischen Zustand B.<sup>6</sup> Zur statischen Begrifflichkeit können zwei Überlegungen von Nutzen sein: Zum einen basiert der Positivismus auf einem statischen Gleichgewichtsdenken (vgl. Ladeur 2000: 64). Zum anderen verführt die Begriffsbildung in Gegensätzen leicht zur Vorstellung von rechtlichen Phänomenen als etwas Feststehendem, was – wenn nicht ewig, dann zumindest seit dem glorreichen bürgerlichen Zeitalter – so und nicht anders existiert.<sup>7</sup> Es bedarf einer Ergänzung um Begrifflichkeiten, die eine ungewisse dynamische Entwicklung aufzufangen und abzubilden in der Lage sind. Mit den Begriffen der Verrechtlichung und der Konstitutionalisierung scheinen solche Begriffsangebote zur Verfügung zu stehen.

4 Vgl. allgemein zur sozialwissenschaftlichen Tendenz, Phänomene der westlichen Gesellschaften synchron zu betrachten, während Phänomene sonstiger Gesellschaften diachron betrachtet werden bei Martins 1974: 279.

5 Vgl. zum Verfassungswandel z.B. Walter 2000: 517ff. m.w.N.

6 Vgl. zum Zusammenhang der statischen Auffassung von Recht und der Metapher des Wandels in der Auslegung bei Jesteadt 2006: 33 dort Fn. 99.

7 Vgl. sogar für die Rechtsgeschichte am Beispiel des dualistischen Verhältnisses im deutschen Konstitutionalismus bei Wahl 2005: 573; für föderale Ordnungen bei Schönberger 2004: 99.

Drittens sollen Voraussetzungen der zeitlichen Perspektive als ein brauchbarer Ausgangspunkt für Entwicklungskonzepte unter die Lupe genommen werden. Für jede dynamische Betrachtung des Rechts ist die Zeitperspektive unabdingbar. Wenn transnationale Verrechtlichung die Struktur(-en) des Rechts verändert, an welcher Stelle geschieht dieser Umbruch? In der umfangreichen Literatur dazu gibt es mehrere Hypothesen. Man will die Verengung des Rechts auf das positive staatliche Recht nicht mehr gelten lassen (vgl. Teubner 2003: 13ff.).<sup>8</sup> Damit muss der Gegenstand der Prozesse neu bestimmt werden: Wenn es entstaatlichtes Recht gibt, wie soll man diese private Rechtssetzung als Praxis und damit soziale Tatsachen vom normativen Recht unterscheiden? Die zentrale Perspektive vom staatlichen Recht als Normenhierarchie, meist mit einem Verfassungsgesetz an der Spitze, weicht damit mehr und mehr einem Nebeneinander von verschiedenen horizontalen und vertikalen Entscheidungszuständigkeiten und Rechtsschichten.<sup>9</sup> Kann es sein, dass die bisherigen Merkmale des Rechts, seine Formalität und Erzwingbarkeit durch staatliche Organe neuen Formen weichen wie z.B. *softlaw* und *compliance*? Derartige Grenzverschiebungen sind im Verhältnis zwischen Recht und sozialer Wirklichkeit im Laufe der Entwicklung denkbar. Wie gelingt es diese Grenze zu stabilisieren, um die Autonomie des Rechts gegenüber der Wirklichkeit sicherzustellen?

Damit ist die Abfolge des Beitrags vorgegeben. Zunächst werden zwei Beispiele transnationaler Verrechtlichung präsentiert. Danach widme ich mich dem Gewinn und möglichen Problemen des Vergleichs zwischen nationaler und heutiger denationaler Verrechtlichung. Schließlich beschäftige ich mich mit dem Recht in zeitlicher Perspektive.

## Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entscheidet über die Verletzung von Menschenrechten durch einen Konventionsstaat nach der Maßgabe der Europäischen Menschenrechtskonvention im Rahmen des Europarats. Als Zulassungsvoraussetzung zum EGMR muss ein Beschwerdeführer – dies können auch Private sein – alle nationalen Rechtsbehelfe gegen die Rechtsverletzung ausgeschöpft haben (Art. 35 Abs. 1 EMRK). Das Gericht hat eine beträchtliche Rechtsprechung im Bereich der Menschenrechte entwickelt. Der Status der EMRK

8 Vgl. dazu nur Teubner 2003: 13ff.; zur »statistischen Tradition« bei Rechtsentstehung bei Stolleis 2004: 23f.

9 Vgl. dazu Arnst 2007 m.w.N.

als ein völkerrechtlicher Vertrag bestimmt sich aus der Perspektive des jeweiligen Konventionsstaates nach den entsprechenden nationalstaatlichen Vorschriften und ist dementsprechend uneinheitlich.<sup>10</sup>

## Untersuchungsgremium der Weltbank

Das Untersuchungsgremium ist ein ständiges Organ der Weltbank, das über die Einhaltung von internen Richtlinien und Verfahren bei finanzierten Projekten durch die Weltbank wacht. Das Organ wird auf eine Beschwerde betroffener Dritter tätig.<sup>11</sup> Die Schaffung dieses Organs wird oft als eine Pionierleistung gefeiert, als »*quasi-judicial forum in which the individual can bring its own claim*« (Bradlow/Schlemmer-Schulte 1994: 415). In der Tat bedeutet die Einrichtung des Untersuchungsgremiums einen Schritt zu einer externen Verantwortlichkeit der Weltbank, die wegen ihres Status' als eine Internationale Organisation durch Dritte weder vor internationalen noch vor nationalen Gerichten belangt werden kann. Dabei geht es hauptsächlich um Enteignungen und Umweltschäden im Zusammenhang mit von der Weltbank finanzierten Projekten. Jede Untersuchung endet mit einem Untersuchungsbericht des Gremiums, in dem auf Grundlage der festgestellten Tatsachen zu einer möglichen Verletzung von internen Richtlinien und Verfahren Stellung genommen wird. Weitere Maßnahmen gehören jedoch nicht mehr zum Kompetenzbereich des Untersuchungsgremiums.

Zeitlich ist die Zuständigkeit des Untersuchungsgremiums begrenzt. Eine seine Zuständigkeit auslösende Beschwerde soll vor einem Abschlusstermin für das jeweilige Darlehen erfolgen bzw. bevor das entsprechende Darlehen zu 95% ausgezahlt wurde (Ziff. 14c Worldbank 1993). Von einer umfassenden nachträglichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit kann damit in diesem Zusammenhang nicht die Rede sein.<sup>12</sup>

Die Letztinterpretationskompetenz für die Resolution, die das Untersuchungsgremium etabliert hat, und damit über den Umfang seiner Kompetenzen bestimmt, liegt bei den Exekutivdirektoren und nicht beim Gremium selbst (Ziff. 6 Worldbank 1999). Die Beratung des Gremiums in rechtlichen Fragen erfolgt trotz mancher kritischer Stimmen durch die Rechtsabteilung der Bank (*Office of General Council*), die ihrerseits die rechtliche Betreuung von kontrollierten Projekten vollzieht. (Schlemmer-Schulte 1998: 376f., 382f.). Die doppelte Involviertheit der Rechts-

10 Vgl. zur Übersicht bei Mückl 2005: 406ff.

11 Vgl. zur Zuständigkeit des Gremiums bei Schlemmer-Schulte 1998: 356f.

12 Vgl. zur Nichtvergleichbarkeit der Rolle des Untersuchungsgremiums mit einem Gericht bei Schlemmer-Schulte 1998: 381ff.

abteilung in die rechtliche Betreuung und anschließend in die Untersuchung von Projekten hat zur Kritik wegen eines Interessenkonflikts geführt (Bradlow 1996: 291). Die – keineswegs unparteiliche<sup>13</sup> – Gegenstimme rechtfertigt eine solche Ausgestaltung durch die entsprechende institutionelle Architektur der Bank und beruft sich auf den institutionellen Entwicklungsstand und die Anrufung des beruflichen Ethos der Rechtsabteilung (Schlemmer-Schulte 1998: 383).

## Vergleichsmaßstäbe

Die Konzeptualisierung übernationaler Verrechtlichung ist auf Vergleiche mit ähnlichen Entwicklungen angewiesen. Nationalstaatlich symbolisieren Kategorien wie »Rechtsstaat« bzw. »rule of law« einen fortgeschrittenen und mittlerweile zur Selbstverständlichkeit gewordenen Verrechtlichungsstand. Ein einfacher, jeden zeitlichen Entwicklungsstand ausblendender Vergleich zwischen dem Stand der nationalen Verrechtlichung und den überstaatlichen Entwicklungen führt zu der unbefriedigenden, aber auch zu erwartenden Aussage, dass überstaatliche Prozesse noch nicht soweit sind.<sup>14</sup> Eine andere Möglichkeit besteht darin, sich gedanklich an den Beginn von ähnlichen Entwicklungen im Nationalstaat zu begeben und dort die Vergleichsmaßstäbe für weitere Erkenntnisse zu suchen. Zu schnell wird jedoch beim letzteren Vorgehen der Vergleich mit der Prognose der übernationalen Weiterentwicklung vermischt. In beiden Fällen leidet der Vergleich an der impliziten Erwartung, die Verrechtlichung führte letztlich zu einem Welt(bundes-)staat. Viel versprechend ist dagegen ein Verständnis der ständigen potentiellen Weiterentwicklung von Recht und seines Organisationsrahmens. Damit markiert die nationalstaatliche Entwicklung die Realisierung von Möglichkeiten des Rechts innerhalb eines räumlich abgegrenzten Territoriums. Die Prozesse, die wir zur Zeit jenseits des Staates wahrnehmen, sind eine neue Entwicklung, die meist funktional nach bestimmten Sachbereichen wie Handel oder Umwelt verläuft, die aber auch allumfassende sachbereichsübergreifende Züge trägt, wie bei Menschenrechten. Damit ist gleichzeitig ein eingeschränkter Erkenntniswert von Vergleichen zum Nationalstaat verbunden.

Wie jeder Vergleich findet auch dieser Vergleich zwischen transnationalen und nationalen Entwicklungen seine Rechtfertigung in einer be-

13 Diese Ansicht wurde in einer Veröffentlichung einer Mitarbeiterin der Rechtsabteilung der Weltbank geäußert.

14 Vgl. zur Beobachtung eines ahistorischen Umgangs bei Stolleis 2004: 26f.

grenzten Zahl von potentiellen Problemkonstellationen und Problemlösungen.<sup>15</sup> Das Problem der nationalstaatlichen Blickverengung lässt sich wiederum durch den Vergleich von verschiedenen nationalstaatlichen Prozessen unter Einbeziehung des jeweiligen geschichtlichen Kontextes lösen.<sup>16</sup> Ein solches Vorgehen wird unausgesprochene Annahmen und Selbstverständlichkeiten<sup>17</sup> in der Entwicklung der Rechtsordnung in Frage stellen und einige sich als objektiv präsentierende Konzeptualisierungen und Methoden als Ergebnis von ideologisch aufgeladenen Entscheidungen erweisen.<sup>18</sup> Der nächste Schritt ist den ideologischen Gehalt vom Kern zu trennen, wenn es denn geht. Die These von der Wiederholbarkeit der Geschichte kann sich wissenschaftlich nicht halten. Jedoch beinhaltet die Vergangenheit wichtige Aufschlüsse über die Gefährdungslagen und die Grenzen der Verrechtlichung. Was rechtsgeschichtliche Erkenntnisse jedoch nicht zu liefern vermögen, sind normative Maßstäbe für heutige Prozesse.<sup>19</sup>

Schließlich setzt jeder Vergleich die Vergleichbarkeit der zu vergleichenden Gegenstände voraus. Die Frage nach der Vergleichbarkeit des Nationalstaatlichen mit dem Überstaatlichen ist nicht neu und wird gegensätzlich beantwortet.<sup>20</sup> Entscheidend ist auch, dass sich die transnationale Verrechtlichung nicht anstatt, sondern oft komplementär zu nationalstaatlichen Rechtsordnungen entwickelt und damit Impulse aufnimmt und weitergibt. Die nationalstaatlichen Verrechtlichungsprozesse dürfen jedoch nicht als einziger Vergleichsmaßstab dienen. Auch solche historischen Entwicklungen wie die Papstrevolution<sup>21</sup> sowie die Entstehung des europäischen gemeinen Rechts<sup>22</sup> können wertvolle Erkenntnisse liefern. Die Kategorie der Verrechtlichung hat somit den Vorzug, dass sie nicht nur nationalstaatliche Prozesse der Verrechtlichung in den Blick nimmt und damit eine breite Überprüfungsbasis für Hypothesen bietet.

15 Vgl. zum diachronen Vergleich der Rechtsgeschichte bei Wieacker 1967: 427f.

16 Vgl. zur Möglichkeit einer allgemeinen Rechtstheorie ausgehend von einem Hintergrund des *common law* bei Raz 2005: 337ff.

17 Vgl. in Analogie zum vorrechtlichen Konzept der Lebenswelt als »Horizont gemeinsamer unproblematischer Überzeugungen« von Habermas 1998: 38.

18 Vgl. zum justizpolitischen Hintergrund des wissenschaftlichen Positivismus bei Wieacker 1967: 439ff.

19 Vgl. bei Wieacker 1967: 419 für die historische Rechtsschule, 427 für das Naturrecht.

20 Vgl. zur Geschichte der sog. *domestic analogy* bei Suganami 1989: 9ff.; Habermas 2004: 128ff.

21 Vgl. Berman 1983: 85ff.; Reinhard 1999: 285ff.

22 Vgl. dazu z.B. Bellomo 2005: 57ff.; Wieacker 1967: 45ff.

Die hier zugrunde gelegte evolutionäre Entwicklungsperspektive soll dabei nicht mit Evolutionstheorien des 19. Jahrhunderts gleichgesetzt werden, die einem ideologisch fundierten Fortschrittsglauben nachhingen.<sup>23</sup> Evolutionstheorien sind höchst anfällig für die Unterstellung eines Endpunkts oder eines Endziels. Überfliegt man die heutigen Visionen, so scheinen die Autoren auf eine Entwicklung zu hoffen, bei der alle transnationalen Entscheidungsverfahren zu einem bestimmten Zeitpunkt einem Gerichtsverfahren gleichen werden. Unterschiedliche Funktionen von verschiedenen Verfahrenstypen werden dabei offensichtlich ausgeblendet bzw. es wird keine Erklärung für eine Entwicklung auf gerichtsähnliche Verfahren angeboten. Eine offene Entwicklungsperspektive mit zum Teil gegensätzlichen Abläufen bietet offenbar keine griffige These, wird wohl aber eher der Wirklichkeit entsprechen.

Wendet man diese Erkenntnisse auf die Verrechtlichung im Rahmen der EMRK an, so ergibt sich folgendes skizzenhaftes Bild. Aus der Sicht des EGMR selbst stellt die EMRK ein »Verfassungsinstrument des europäischen *ordre public*« dar.<sup>24</sup> Vor dem Hintergrund der Erfahrungen des Nationalstaates erhebt diese Äußerung einen impliziten Anspruch auf den Vorrang der Europäischen Menschenrechtskonvention über die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und die Rechtsordnung der EG als eine regionale Verfassung, die institutionell abgesicherte menschenrechtliche Mindeststandards garantiert.<sup>25</sup> Als ein funktionales Äquivalent des EGMR im Nationalstaat können Verfassungsgerichte dienen, die ein Letztentscheidungsrecht im Hinblick auf die Grundrechtskataloge der jeweiligen Verfassung besitzen und damit den Vorrang der Verfassung institutionell und prozedural stützen.<sup>26</sup> Der Verfassungsvorrang als Instrument der Hierarchisierung der Rechtsordnung und Verknüpfungsstelle von Politik und Recht, die politische Entscheidungen in Rechtsform und -verfahren umleitet und mit rechtlichen Konsequenzen versieht, hat sich ebenfalls erst im Laufe der Zeit herauskristallisiert (z.B. Wahl 2003: 121). Welche Unterschiede ergeben sich jedoch aus einem jeweils unterschiedlichen Kontext der Gerichte? Welche

23 Zur Kritik von den Evolutionstheorien des 19. Jahrhunderts und der Rehabilitation der Entwicklungsperspektive in den Sozialwissenschaften bei Elias 1997: 26ff.

24 Um das Bild über die Gewährleistung von Menschenrechten in Europa zu vervollständigen, muss eine in weiten Teilen konkurrierende Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften hervorgehoben werden. Zum Verhältnis beider Gerichte zueinander vgl. Scheeck 2005: 837ff.

25 Vgl. zur Konstitutionalisierungsdiskussion im Zusammenhang mit der EMRK Walter 1999: 961ff.

26 Vgl. den Klassiker zum Vorrang der Verfassung Wahl 2003: 138ff.

Konsequenzen haben solche Unterschiede? Wie wirkt sich das Nebeneinander von nationalen (Verfassungs-)Gerichten und dem EGMR aus z.B. auf die Interpretationsmethoden und Gestaltungsspielräume anderer Organe? An dieser Stelle muss es leider bei diesen Fragen bleiben, um an anderer Stelle darauf zurückzukommen.

Die Gleichsetzung des Verfahrens des Untersuchungsgremiums der Weltbank mit einem gerichtsähnlichen Verfahren erweist sich als deutlich übereilt. Vielmehr veranlassen die Ausgestaltung des Verfahrens und die Besetzung zu weitergehenden Vergleichen mit anderen Verfahren. Dieser Vergleich kann zu einer differenzierten Neutralitätstheorie der Verfahren entwickelt werden, die die Beschreibung von Neutralitätskonzepten hinter verschiedenen Verfahrensarten und ggf. normative Bewertungsmaßstäbe liefern kann.<sup>27</sup> Eine solche Neutralitätstheorie soll den Zusammenhang zwischen Neutralität auf der einen Seite und Sachfragen und Verfahren auf der anderen Seite ausleuchten. Sie soll etwa erklären können, warum in Großbritannien die Spitze der Judikative nicht unabhängig ist und trotzdem das Rechtssystem weder als korrupt noch – angesichts der langen Bewährungsdauer – vom Zusammenbruch bedroht ist.<sup>28</sup> Die Ausgestaltung von Verfahren ist geprägt von einem Knäuel von traditionellen Gesichtspunkten Zweckmäßigkeitserwägungen und einem bestimmten Ausdifferenzierungsstand der Institutionen. Neutralität und Letztentscheidungskompetenz sind rechtlichen Entscheidungsverfahren nicht unbedingt immanent. Denn Neutralität und die Befugnis zum letzten Wort in Rechtsfragen bedeuten gleichzeitig einen Kontrollverlust von Politik und Verwaltung über das Entscheidungsergebnis und damit die Durchsetzung der Rechtsbindung ihnen gegenüber. Neutralität als persönliche und sachliche Distanz zum Problem bedeutet Entpolitisierung von Entscheidungen, Dezentralisierung von Entscheidungsinstanzen und damit die Steigerung ihrer Akzeptanz (Luhmann 1983: 64). Als ein zusätzlicher Punkt ist Folgendes anzumerken: Nimmt man die These von der Entwicklung des Rechts ernst, so ist daneben auch nach funktional adäquaten Mechanismen der Neutralität Ausschau zu halten. Denn theoretisch betrachtet stellt Unabhängigkeit von Entscheidungsverfahren kein exklusives Mittel dar, um die Herrschaft des Rechts herzustellen.<sup>29</sup>

27 Vgl. z.B. zur Neutralität eines parlamentarischen Verfahrens bei Habermas 1998: 374ff.; eine Überblick zur Entwicklung politischer Unabhängigkeit bei Entscheidungen von internationalen Streitbeilegungsgremien bei Zangl 2006: 128ff.

28 Vgl. zur rechtlichen Stellung des Lord Chancellor bei Atiyah 1988: 130ff., insbes. zu seiner institutionellen Vermittlungsrolle auf 133.

29 Vgl. Luhmann 1983: 73f.

## Recht und Zeit

Eine zeitliche Perspektive auf Verrechtlichungsprozesse anzuwenden bietet sich zu einer dynamischen Konzeptualisierung von Rechtsphänomenen an. Das Verhältnis von Recht und Zeit gehört zu den unerschöpflichen Themen.<sup>30</sup> An dieser Stelle soll versucht werden, etwas mehr Klarheit in die Begrifflichkeit zu bringen. Was verstehen wir unter der Zeit? Mit dieser Frage beschäftigt sich die nur marginal bekannte und rezipierte Abhandlung von *Norbert Elias* über die Zeit. Dort heißt es:

»Das Wort »Zeit«, so könnte man sagen, ist ein Symbol für eine Beziehung, die eine Menschengruppe, also eine Gruppe von Lebewesen mit der biologisch gegebenen Fähigkeit zur Erinnerung und zur Synthese, zwischen zwei oder mehreren Geschehensabläufen herstellt, von denen sie einen als Bezugsrahmen oder Maßstab für den oder die anderen standardisiert.« (Elias 1988: 11)

Diesen Gedanken kann man im Verhältnis von Recht und Zeit zumindest auf zweierlei Weise verstehen: Zum einen als Symbol für eine Beziehung zwischen den notwendigen Eigenschaften und Strukturelementen des Rechts eines bestimmten Rechtssystems und solchen vergangener und emergenter Rechtsordnungen. Die Zeit spielt eine unverzichtbare Perspektive, wenn es darum geht, ein Phänomen wie Recht als Einheit und im Verhältnis zu anderen Phänomenen zu verorten. Damit betrachten wir das Recht von außen. Zum anderen kann Zeit als Symbol für das Verhältnis von Rechtsnormen einer Rechtsordnung und sozialen Verhältnissen, also der Wirklichkeit verstanden werden. Hier erfolgt die Betrachtung rechtsintern, wie das Recht auf die Wirklichkeit einwirkt oder sich dieser anpasst. Die Linie zwischen diesen beiden Betrachtungsweisen verläuft nicht trennscharf. Bei beiden Perspektiven geht es um eine mehr oder weniger distanzierte Betrachtung des Verhältnisses von Recht und sozialer Wirklichkeit und eine unterschiedliche Fokussierung der Perspektive. Denn bestimmte Interaktionen zwischen Recht und Realität können dauerhafte Veränderungen in der Struktur des Rechts bewirken. Umgekehrt beeinflusst eine Veränderung in dauerhaften Strukturen das Verhältnis zwischen einer bestimmten Rechtsnorm und der Wirklichkeit.

30 Vgl. dazu bei Kirste 1998: 18ff. m.w.N.

## Recht und soziale Wirklichkeit in der Zeit: Vorbemerkungen

Beim Verhältnis von Recht und sozialer Wirklichkeit in der Zeit handelt es sich um kein einfach analytisch aufzulösendes Verhältnis.<sup>31</sup> Selten erkannt wird, dass der Begriff Wirklichkeit zuweilen selbst im doppelten Sinn gebraucht wird: normativ und faktisch.<sup>32</sup> Für eine fehlende Parallelität zwischen Recht und sozialer Wirklichkeit scheint nun ein neues »Sezier-« und Erklärungsinstrumentarium im Hysteresis-Modell zur Verfügung zu stehen. Seinem Ursprung nach diente es zur Erläuterung physikalischer Abläufe bis es in den 70er Jahren zur Analyse des Zusammenhangs zwischen Veränderungen in objektiven sozialen Verhältnissen und einem Verharren kontrafaktischer Wahrnehmungen in Bildung im Verhältnis zur beruflichen Realität genutzt wurde (Bourdieu 1987: 238). Die Anwendung des Hysteresis-Modells auf das Verhältnis von Recht und sozialer Wirklichkeit ist in zwei Richtungen denkbar: zum einen auf die Persistenz von sozialen Wahrnehmungen und Wertungen trotz der inzwischen veränderten Rechtslage und zum anderen zur Persistenz der Rechtslage trotz inzwischen veränderter sozialer Verhältnisse. Während die erste Alternative ohne dieses Erklärungsmodell seit langem zum Repertoire von (Rechts-)Soziologen gehört,<sup>33</sup> verdient die zweite Alternative eine genauere Betrachtung. Sie weist auf eine hinkende bzw. mangelnde Anpassung des Rechts, seine fehlende Progressivität hin. Beispiele für diese Intuition sind auf der internationalen Ebene mit den langwierigen Verfahren der Konsensfindung nicht schwer zu finden. Hinzu kommt, dass die Mühlen des Rechts und der gerichtlichen Verfahren allgemein als zu langsam wahrgenommen werden. Aus verschiedenen Lagern wird diese Langsamkeit missmutig beäugt. Haben wir nun endlich auch ein wissenschaftliches Konzept, um dies zu veranschaulichen und ggf. normativ zum Handeln anzuregen?

Der Ursprung des Hysteresis-Modells aus der Physik legt es nahe, über den Umgang mit den Konzepten aus Naturwissenschaften für rechtliche und allgemein soziale Phänomene und eine besondere Betrachtung des Verhältnisses zwischen Recht und sozialen Tatsachen nachzudenken. Der Einfluss von naturwissenschaftlichen Methoden und Modellen auf Recht und Gesellschaft ist keine Neuheit, versprechen sie doch eine

31 Vgl. van de Kerchove/Ost 1994: 110ff. m.w.N.

32 Vgl. für das Verfassungsrecht bei Lepsius 2005: 3.

33 Vgl. z.B. zur fortwährenden Stigmatisierung von bestimmten Gruppen wie Afro-Amerikanern in den Vereinigten Staaten und von sog. Unberührbaren in Indien trotz der Veränderung in der Gesetzgebung und Rechtsprechung bei Elias/Scotson 1993: 17.

wissenschaftlichere Betrachtung der unter den Komplexen minderer Wissenschaftlichkeit leidenden Sozial- und Rechtswissenschaften. Lehrreich ist in diesem Zusammenhang die Äußerung von Elias zu einer Pseudo-Distanzierung, wenn einfach die Methoden der Naturwissenschaften kopiert und deren Gesetzmäßigkeits-Ideale auf die Humanwissenschaften übertragen werden (vgl. Elias 2003: 133). Damit wird die Rezeption von naturwissenschaftlichen Konzepten nicht für unzulässig erklärt, sondern einer expliziten Reflexion darüber unterworfen, ob das Modell nicht lediglich der Verleihung des wissenschaftlichen Scheins eigener ideologischer Vorstellungen dient und ob die Beschreibungsverluste nicht so erheblich sind, dass von dem eigentlichen Phänomen kaum etwas übrig bleibt.

Die Befürworter des Hysteresis-Modells übersehen dabei einige komplexe Zusammenhänge. Das Verhältnis zwischen Recht und sozialen Gegebenheiten ist nie monokausal. Es lassen sich zwei Tendenzen nachzeichnen: Zum einen rekonstruiert das Recht erfolgreiche und akzeptierte Konventionen nach und bewahrt sie ggf. unter Zwang gegen ein abweichendes Verhalten. Damit sichert das Recht die gesellschaftliche Kontinuität ab. Zum anderen kreiert das Recht eine andere normative Wirklichkeit, die erst im Laufe der Zeit durch Rechtsinstrumentarium durchgesetzt werden soll. Das Recht führt den Bruch mit der Vergangenheit herbei und sichert den konstruierten neuen Zustand ab.<sup>34</sup> In beiden Funktionen ist eine mehr oder weniger große Distanz zur sozialen Realität entscheidend. Gerade die Autonomie des Rechts wehrt es ab, dass das Recht sich unmittelbar an jede Faktizität, die auch Verletzungen von Rechtsnormen einschließt, anpasst. Recht dient gerade als Instrument der Aufrechterhaltung von kontrafaktischen Erwartungen, als Mittel zur Sicherung des Vertrauens in ideale Zustände, die erst im Laufe der Zeit eintreten sollen. Dabei geht es im Kern um die Autonomie des Rechts gegenüber anderen Rationalitäten. Aber Autonomie bedeutet keine Unabhängigkeit von Einflüssen, sondern eine Steuerung und Auswahl nach eigenen Kriterien.<sup>35</sup> Zu den eigenen Kriterien gehören auch eigene Zeitgesetze. Ein automatischer Gleichlauf von Wirklichkeit und Recht wird das Recht aufheben und die Gesellschaft damit ein Instrument der Kontrolle über die eigenen Veränderungen verlieren.

Umgekehrt ist die Einwirkung des Rechts auf die soziale Wirklichkeit ebenso wenig linear, andernfalls wären die Sanktionen und sonstige

34 Vgl. entsprechend zu zwei divergierenden Verfassungstraditionen bei Möllers 2003: 3ff.

35 Vgl. Luhmann 1983: 69; ders. 1995: 62ff.; van de Kerchove/Ost 1994: 104, 106ff.; vgl. zu einer Position, die die Autonomie des Rechts leugnet bei Mayer 2004: 232f.

Durchsetzungsmechanismen überflüssig. Recht strukturiert soziale Verhältnisse, indem es Alternativen präsentiert und Grundwerte aufstellt (vgl. van de Kerchove/Ost 1994: 111, 114ff.). Berücksichtigt man diese Funktionsbedingungen des Rechts bei der Beurteilung des Hysteresis-Modells, so ergibt sich das folgende Fazit: dem Recht als solchem wird ein strukturelles Defizit unterstellt; und damit wird es als Ursache für nicht befriedigend wahrgenommene Umstände ausgewiesen. Dadurch wird es ein Stück delegitimiert und das eigentliche Problem damit verfehlt. Im Gegenteil lassen sich in der letzten Zeit gerade im Wege rechtlicher Verfahren Ergebnisse erzielen, die auf nationaler Ebene wegen bestimmter Mehrheitsverhältnisse undenkbar sind. Nicht zufällig erscheint das Attribut »revolutionär« und »radikal« im Zusammenhang mit der richterlichen Tätigkeit. Ganz prominent sind an dieser Stelle Judikate des Europäischen Gerichtshofes der EG und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte.<sup>36</sup> Bei Unterstellung einer generellen Rückständigkeit im Recht unterbleibt die Frage nach der Legitimation eines im Ergebnis als fortschrittlich wahrgenommenen Vorgehens in der Rechtsprechung.

## Recht in der externen Zeitperspektive

Nach der Betrachtung eines allgemeinen Verhältnisses zwischen Recht und sozialer Wirklichkeit und der Kritik am Hysteresis-Modell als einem Analyseinstrument komme ich zum speziellen Verhältnis des Rechts als Einheit zu sonstigen Regeln und Normen. Es geht mir mit anderen Worten darum, die Bedeutung von Verrechtlichung anhand der Entwicklung des Rechts im Verlaufe der Zeit zu betrachten. Konsultiert man die entsprechenden theoretischen Werke zur Entwicklung des Rechts, so findet man dort eine Narration über die Entstehung und Weiterentwicklung des Rechts in Phasen:

Im unterkomplexen Stadium ist das Recht (man kann im Grunde genommen noch nicht von Recht sprechen)<sup>37</sup> als Koordinationsmechanismus von menschlichem Verhalten noch nicht von anderen Koordinationsmechanismen wie z.B. Moral ausdifferenziert. Es weist nur materiell-rechtliche jedoch keine prozeduralen Regeln auf (Hart 2005: 91f.). Zu den Nachteilen dieses Entwicklungsstadiums gehören die Ineffizienz von Sanktionen ohne spezielle Durchsetzungs- und Vollzugsorgane so-

36 Vgl. dazu Weiler 1999: 43; am Beispiel der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des EGMR Thym 2006: 550ff.

37 Zu diesem fruchtlosen Streit um Begrifflichkeiten bei van de Kerchove/Ost 1994: 151.

wie die Unsicherheit, ob eine Regel auf den konkreten Sachverhalt tatsächlich anwendbar ist oder nicht, ohne verbindliche Verfahren und Organe zur Konkretisierung und Entwicklung von Regeln (Hart 2005: 93f.). Im komplexen Stadium kommen durch gesteigerte Komplexität der sozialen Verhältnisse zu den inhaltlichen Regeln zusätzlich Regeln darüber, wie man Rechtsregeln erkennt, wie man sie ändert und welche Konsequenzen die Nichtbefolgung von inhaltlichen Regeln nach sich zieht, hinzu. *H.L.A. Hart* bezeichnet dieses Stadium als Unterscheidung von jeweils primären und sekundären Regeln (Hart 2005: 81). In der überkomplexen Phase (die Phase des *welfare state* bzw. Sozialstaates) wird die zweite Gattung von Regeln immer komplexer und unüberschaubarer und die primären Regeln enthalten immer weniger inhaltliche Regelungen, sondern Verweise auf rechtsexterne Logiken der Wirtschaft und Technik (van de Kerchove/Ost 1994: 168).<sup>38</sup> Dieses Phasenmodell der Rechtsentwicklung ist eine bequeme Schablone, ein (rechts-)theoretischer Mythos.<sup>39</sup> Es erhebt keinen Anspruch, historisch auch zutreffend zu sein. Gleichzeitig macht es eine historisch fundierte Überprüfung dieser Annahmen in der Form einer Evolutionstheorie des Rechts anhand von historischen Rechtsquellen nicht überflüssig.

Aus der externen Perspektive betrachtet bedeutet für Einige eine zunehmende Verrechtlichung jenseits des Staates eine neue Entwicklungsstufe des Rechts im virtuellen Raum der denationalen Anarchie,<sup>40</sup> eine Zunahme des Rechts als Instrument der Konfliktlösung zum Nachteil der Diplomatie,<sup>41</sup> ein Eingeständnis von Grenzen der staatlichen Problembewältigung. Konflikte werden nicht mehr ausschließlich interessengeleitet und konsensual gelöst, sondern zunehmend in formalisierten Verfahren und anhand rechtlicher Maßstäbe durch politisch neutralisierte Organe (Zangl/Zürn 2004: 17).<sup>42</sup> Die anderen betrachten den Anspruch des Rechts viel bescheidener als ein Instrument beschränkter Reichweite unter mehreren (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 170). Unabhängig von diesen Differenzen scheinen alle darin übereinzustimmen, dass zu den langfristigen Aufgaben bei der Bewältigung von transnationalen Verrechtlichungsprozessen die Bewältigung von Kollisionen zwi-

38 Vgl. zur Anknüpfung an die gesellschaftliche Praxis bei Ladeur 2000: 88.

39 Kritisch zum Ausdifferenzierungsmodell des modernen Rechts von Habermas bei Höffe 1993: 76ff.

40 Vgl. zum Konzept der »doppelten Institutionalisierung« bei Buchanan 1967, *The Differing Realms of the Law*, in *Law and Warfare* zitiert nach van de Kerchove/Ost 1994: 151.

41 Vgl. zum Unterschied zwischen diplomatischer und rechtlicher Konfliktlösung bei Zangl/Zürn 2004: 24ff.

42 Vgl. zum Unterschied zwischen Verrechtlichung und Verregelung bei Zangl/Zürn 2004: 20f.

schen mannigfaltigen funktionalen Rationalitäten und nationalen und internationalen Regelungen gehört (Zangl/Zürn 2004: 18; Fischer-Lescano/Teubner 2006: 170). Die Kollisionsauflösung als eine gewohnte Funktion des Rechts kann unter den gegenwärtigen institutionellen Bedingungen im denationalen Raum nicht mehr streng hierarchisch erfolgen. Vielmehr sind es vertikale und horizontale Koordinationsprozesse mit mehreren Stellen, die jede für sich zu einem bestimmten Umfang die Letztentscheidung beansprucht.<sup>43</sup> Das Nachdenken über die Konsequenzen für die Eigenzeitlichkeit des Rechts und der Gesellschaft dürfen dabei nicht aus dem Blick geraten.<sup>44</sup>

Die Rechtsentwicklung ist ein Evolutionsprozess ohne ein klar definiertes Ziel und ohne Garantie gegen einen Rückfall.<sup>45</sup> Dabei beinhaltet jede evolutionäre Betrachtung die Gefahr, die Gegenentwicklung als Ausnahmen zu marginalisieren (Rottleuthner 1986: 226). Deswegen muss eingestanden werden, dass neben den Verrechtlichungstendenzen auch eine gleichzeitig stattfindende eindeutige Entrechtlichung in manchen Bereichen zu diagnostizieren ist.<sup>46</sup> Neben der Entrechtlichung als Zurücknahme des Rechts als Konfliktlösungsinstrument darf gleichzeitig eine Tendenz zu einer verrechtlichten Entrechtlichung oder prozessual abgesicherten Lösung des Konflikts durch die Parteien selbst nicht verschwiegen werden (Fischer-Lescano/Teubner 2006: 150). Die Entwicklungen verlaufen nicht gleichmäßig, sondern weisen starke Asymmetrien auf: Während an einer Stelle bereits drei Modi der Gewaltausübung klar ausdifferenziert sind wie z.B. bei der EU,<sup>47</sup> weisen andere nur zaghafte Ausdifferenzierungserscheinungen wie z.B. bei der Weltbank auf. Verrechtlichung steht in einem Zusammenhang mit der sozialen Entwicklung, erst mit einem bestimmten Komplexitätsgrad von sozialen Verhältnissen und Konflikten und im Fall der Weltbank mit dem steigenden politischen Druck und Legitimationsbedarf kommt es zur Installierung von Entscheidungsverfahren, die sich am Recht orientieren.

43 Vgl. zu grenzüberschreitenden Koordinationsprozessen in der Rechtsprechung bei Arnst 2007 m.w.N.; zur schwindenden Rolle der »deduktiven Rationalität« bei Ladeur 2000: 84f.

44 Vgl. zum Zusammenhang zwischen dem hierarchischen Aufbau der Rechtsordnung und sozialer Kontinuität bei Kirste 1998: 370f.

45 Kritisch zu den Evolutionstheorien Rottleuthner 1986: 222ff.

46 Z.B. im Sicherheitsbereich bei v. Schorlemer 2004: 92ff.

47 Vgl. dazu Möllers 2005: 257ff.

## Recht in der internen Zeitperspektive

Nach der Betrachtung des Rechts als Einheit im Gegensatz zu anderen Normen und Verfahren, folgt nun die Betrachtung von verschiedenen Rechtsverfahren. Würde das Bild der statisch imaginierten Realität einer Verfassung oder eines Gesetzes zum Zeitpunkt des Inkrafttretens das vollständige Bild darstellen, würden wir durchweg von überalterten Rechtsvorschriften umgeben sein, die ihren Realitätsbezug lange eingebüßt haben. Damit dieser Zustand nicht eintritt, gibt es rechtliche Entscheidungsverfahren. Sie sind endogene Mechanismen, die eine Anpassung und Reaktion des Rechts auf die Wirklichkeit vollziehen. Dazu gehören aus nationalstaatlicher Perspektive betrachtet Gesetzgebungsverfahren, Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren. Die Existenz unterschiedlicher Verfahrensarten sichert die Reflexivität des Rechts auf soziale Verhältnisse unter den Bedingungen, die das Recht selbst bestimmt und die eigene Auswahl von Reaktionsmöglichkeiten darauf (Luhmann 1990: 208; 1983: 64).

Mit der Zunahme von Komplexität wächst der Bedarf nach standardisierten Entscheidungen. Das formale Recht hält ein Medium für solche Entscheidungsstandardisierung in Form von Rechtssätzen und Verfahren parat. Jedoch enthält ein Rechtssatz dieses Entscheidungsprogramm in einer komprimierten Form und bedarf einer Entfaltung durch den Bezug auf den tatsächlichen Kontext, den konkreten Sachverhalt. Es ist mittlerweile kein Geheimnis mehr, dass keine Entscheidungsinstanz bei abstrakt-generellen Entscheidungen, d.h. solchen, die mehrere unbestimmte Adressaten in mehreren unbestimmten Fällen erfassen sollen, alle möglichen Gestaltungen in ihren Entscheidungen im voraus prognostizieren und zum Ausdruck bringen kann. Gelöst wird dieses Problem durch den Gebrauch einer abstrakten Sprache, die eine beabsichtigte Offenheit für die Ausfüllung durch Entscheidungsinstanzen im konkreten Fall bereithält. Die abstrakte Struktur eines Rechtssatzes erlaubt es sogar Vertretern von jeweils gegensätzlichen Positionen, sich zur Begründung auf ein und dieselbe Rechtsregel zu berufen.<sup>48</sup> Paradigmatisch ist in diesem Zusammenhang die Aussage des BVerfG darüber, dass die Eigentumsfreiheit des deutschen Grundgesetzes keine Entscheidung für die (sozialistische oder kapitalistische) Wirtschaftsordnung der BRD enthält (vgl. BVerfGE 50, 290, 338). Die Neutralität von Entscheidungsverfahren zementiert diese Unterscheidung und damit auch die Autonomie des Rechts. Sie sichert auch die Autonomie des Rechts gegen die bloße Macht und damit die Herrschaft des Rechts selbst (Zangl/Zürn

48 Vgl. zum sog. »phenomenon of reversibility« bei Koskeniemi 2005: 504.

2004: 24). Die Positivität des Rechts soll Entscheidungsverfahren von der Herstellung der Akzeptanz durch Aufspüren des gesellschaftlichen Konsenses entlasten und damit eine Distanz zum Konflikt herstellen. Diese Aufgabe wird auf den Gesetzgeber übertragen.<sup>49</sup> Positivität des Rechts in Gerichtsverfahren entlastet von der Entscheidung zwischen Gut und Böse. Dies mag allgemein als Nachteil in den Augen mancher betrachtet werden. Diese Stimmen sollten jedoch bedenken, dass gerade Rechtssysteme, die sich ausschließlich moralische und damit inhaltlich »richtige« Entscheidung auf ihre Fahnen geschrieben haben, eine klare totalitäre Neigung aufweisen.<sup>50</sup>

Das Recht im Nationalstaat besitzt mehrere Eigenzeitlichkeiten, die sie eigenständig verwaltet. Es kann sich dadurch im bestimmten Umfang dem Diktat der Wirklichkeit entziehen. So gibt es Vorschriften, die mit der Absicht dem Zwang der Zeit, dem automatischen Weiterlauf eine bewusste Zäsur entgegen setzen, z.B. das Prinzip der Diskontinuität von Gesetzesvorlagen im Parlament. Danach verfallen alle im Laufe der Legislaturperiode nicht beschlossenen Gesetzesvorlagen am Ende der Legislaturperiode. Dies geschieht deswegen, um dem Nachfolgeparlament in einer neuen Zusammensetzung den jeder Legislaturperiode innewohnenden Moment des demokratischen Neuanfangs zu sichern. Ein anderes Beispiel dazu ist jenes einer nationalen Verfassung, die für die Zukunft einen Entwurf für die Organisation des Staates und für das Verhältnis zwischen dem Staat und den Menschen festlegt und Verfahren zur Weiterentwicklung dieses Entwurfes schafft.<sup>51</sup>

Betrachtet man die Zeitlichkeit des nationalen Rechts dagegen als solche, d.h. synchron die zeitliche Dimension von diversen Verfahren, so kann man etwas zugespitzt folgende Abbildung bekommen. Gesetzgebungsverfahren weisen eine deutlich zukunftsorientierte Tendenz auf. Dies gilt auch für das vertraglich gesetzte Recht. Die gerichtlichen Verfahren vermitteln zwischen der Vergangenheit des Konflikts und der Zukunft der Konfliktlösung bzw. liefern ein Modell zur Lösung zukünftiger Konflikte.<sup>52</sup> Die Eigenzeitlichkeit der Rechtsprechung beschreiben van de Kerchove/Ost wie folgt:

49 Vgl. Luhmann 1983: 64.

50 Vgl. dazu Jestaedt 2006: 39, Fn. 118; Summers 1993: 139. Zum Verschmelzen der Politik, Moral und des Rechts während der NS-Zeit bei Rüthers 1997: 113 m.w.N.

51 Vgl. zur »Gründung der Freiheit« bei Arendt 2004: 184ff. am Beispiel der Französischen und Nordamerikanischen Revolution; Rubenfeld 2001: 73ff. betont dagegen den Gegenwartsmoment der Verfassungsgebung; zur Umstellung von Zeitperspektiven durch die Verfassung bei Luhmann 1990: 192f.

52 Vgl. Möllers 2005: 105 (zur Gesetzgebung), 97 (zur Rechtsprechung).

*»It may be called the time of ›alteration between advance and lag‹, to take up one of Gurvitch's categories: a time oscillating between tradition and anticipation, memory and prediction, longue durée custom and Promethean laws. One can get still closer to reality by conceiving this time in the form of a spiral: a cumulative evolution progressing without ever denying itself. We shall therefore speak of cumulative time, characterizing a kind of change within continuing of progress superimposing itself on the achievements of the past without ever substituting itself totally for them.« (van de Kerchove/Ost 1994: 165f.).*

Administrative Verfahren tendieren zur Gestaltung der Gegenwart (Möllers 2005: 114f.), die rechtswissenschaftliche Dogmatik erhebt dagegen einen zeitlosen Anspruch (van de Kerchove/Ost 1994: 164). Kombiniert man diese Modelle mit den heutigen Entwicklungen der Prozeduralisierung auf der übernationalen Ebene, so lässt sich zwar pauschal festhalten, dass sich das denationale Recht zur Zeit in der Übergangsphase von einem unterkomplexen vergangenheitsbezogenen Rechtssystem zu einem Rechtssystem komplexerer Form befindet. Wenn früher das Gewohnheitsrecht als Praxis der Staaten untereinander zu den Hauptquellen des Völkerrechts gehörte, spielen heute die konsensual gesetzten Regelungen der internationalen Verträge eine größere Rolle. Gerichtliche Verfahren konkretisieren und entwickeln das Recht der internationalen Verträge im Einzelfall weiter. Damit stellen sie ein Instrument zur Verfügung, wie das Recht auf der einen Seite stabil und vorhersehbar sein kann und damit seine Rolle als Koordinationsmechanismus erfüllt, wenn es im Verfahren angewandt wird und auf der anderen Seite den verändernden sozialen Bedingungen Rechnung trägt und damit die Fortentwicklung und die eigentliche Fortexistenz des Koordinationsmechanismus sichert. Eine pauschale Betrachtung verdeckt jedoch größere Ungleichzeitigkeiten in den einzelnen funktional abgrenzbaren Bereichen. Auch die vorgenannten Beispiele wie das Verfahren vor dem EGMR und dem Untersuchungsgremium der Weltbank veranschaulichen dies. Die neue Herausforderung des Rechts besteht in der Verwaltung verschiedener funktionaler Rationalitäten und verschiedener Entwicklungsstadien.<sup>53</sup> Die Veränderungen des Rechts in den gerichtsformigen Verfahren stehen jedoch unter dem gesteigerten Rechtfertigungsaufwand, warum das Gericht denselben Text nun anders auslegt. Dazu kommt die Frage nach der Ausstattung von Gerichten mit den notwendigen Mitteln der Prognose, um Entscheidungen für die Zukunft zu treffen. Ist das gerichtliche Verfahren mit seinen Grenzen in persönlicher und sachlicher

53 Vgl. dazu Oeter 2004: 60; zum Netzwerkkonzept in diesem Zusammenhang Arnst 2007.

Hinsicht in der Lage die Komplexität der betroffenen Interessen abzubilden und zum Ausgleich zu bringen?

## Schluss

Verrechtlichung als Kategorie ist auf Entwicklung von zu beschreibenden und analysierenden Prozessen ausgelegt. Damit korrigiert sie die azeitlich anmutenden Begriffe aus dem nationalen Recht und wird in der Zukunft das kritische Potential für Vorstellungen zum nationalen Recht entfalten. Durch ihre Weite ermöglicht sie diachrone und synchrone Vergleiche, um einige Erkenntnisse ans Licht zu fördern. Wie jede Entwicklungsperspektive muss sie sich auch das skeptische Hinterfragen einer einheitlichen Betrachtung gefallen lassen. In dieser Weite besteht gleichzeitig das Problem der Undifferenziertheit, indem sie gleichzeitig höchst heterogene Verfahren mit einschließt und damit den Wert von Erkenntnissen mindert. Damit bedarf es einer Ausdifferenzierung der theoretischen Begrifflichkeit und einer langwierigen Vergleichsarbeit an konkreten Problemstellungen.

Der Beitrag sollte ein Nachdenken über das methodische Vorgehen bei der Konzeptualisierung von überstaatlichen Verrechtlichungsprozessen anregen; damit kann dies hier jedoch nur der erste Abschnitt von einem langen Weg sein. Noch mehrere Fragen bleiben in diesem Zusammenhang vorläufig unbeantwortet: Was die eigene Zeitlichkeit von rechtlichen Verfahren angeht, ob die sich verändernden Bedingungen der Rechtssetzung- und Rechtsanwendung nicht zu einer veränderten Zeitlichkeit von Verfahren führen. Ob die Rechtsprechung unter den Bedingungen von einer fehlenden oder höchst punktuellen Programmierung seitens klassischer Rechtssetzungsinstanzen nicht eine deutlichere Ausrichtung in die Zukunft erhält und sich der Aufstellung von kontrafaktischen eigenkreierten Gerechtigkeitsmaßstäben widmet? Dies gilt auch für die Verwaltung, die zunehmend Prognoseentscheidungen unter den Bedingungen der Ungewissheit trifft. Und ob die Gesetzgebung, die sich zum größten Teil von den Erfahrungen der Gesellschaft speisen lässt, sich der Vergangenheit und Gegenwart verschreibt und zur Aufstellung von prozeduralen Regeln des fairen Umgangs berufen fühlt? Welcher Mechanismus wird die atemporale Zeit von Rechtsdogmatik annehmen, wenn man von der Annahme ihrer schwindenden Rolle ausgeht?<sup>54</sup>

---

54 Zum Abschied von der Dogmatik etwa bei Schlink 2007: 157ff.

## Literatur

- Arendt, Hannah (2004): Über die Revolution, 4. Aufl., München: Piper.
- Arnst, Olga (2007): »Instrumente der Rechtsprechungskoordination als judikative Netzwerke?«. In: Tobias Herbst/Matthias Kötter u.a. (Hg.), Netzwerke, Baden-Baden: Nomos (im Erscheinen).
- Atiyah, Patrick S. (1988): »Judicial-Legislative Relations in England«. In: Robert A. Katzmann (Hg.), Judges and legislators: toward institutional comity, Washington: The Brookings Institution, S. 129-161.
- Beatty, David M. (2005): The Ultimate Rule of Law, Oxford: Oxford University Press.
- Bellomo, Manilio (2005): Europäische Rechtseinheit, München: C. H. Beck.
- Berman, Herold J. (1983): Law and Revolution, Bd. 1, Cambridge: Harvard University Press.
- Bourdieu, Pierre (1987): Die feinen Unterschiede, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Bradlow, Daniel D. (1996): »A Test Case for the World Bank«. American University Journal of International Law and Policy 11, S. 247ff.
- Bradlow, Daniel D./Schlemmer-Schulte, Sabine (1994): »The World Bank's New Inspection Panel: A Constructive Step in the Transformation of the International Legal Order«. Heidelberg Journal of Law, S. 392-415.
- Bülck, Hartwig (1964): »Föderalismus als internationales Ordnungsprinzip«. VVDStRL 21, S. 1-60.
- Elias, Norbert (2003): Engagement und Distanzierung. Bd. 8, Gesammelte Schriften, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Ders. (1997): Über den Prozeß der Zivilisation. Bd. I, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Ders./Scotson, John L. (1993): Etablierte und Außenseiter. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Ders. (1988): Über die Zeit. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner Gunther (2006): Regime-Kollisionen, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (2004): »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«. In: ders. (Hg.), Der gespaltene Westen, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 113-193.
- Ders. (1998): Faktizität und Geltung, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Hart, Herbert L. A. (2005): The Concept of Law, New Delhi: Oxford University Press.
- Höffe, Ottfried (1993): »Eine Konversion der kritischen Theorie?«. Rechtshistorisches Journal 12, S. 70-88.
- Jessup, Philip C. (1956): Transnational Law, New Haven: Yale University Press.
- Jestaedt, Mathias (2006): Das mag in der Theorie richtig sein..., Tübingen: Mohr Siebeck.

- Kerchove van de, Michel/Ost, François (1994): *Legal system between order and disorder*, Oxford: Oxford University Press.
- Kirste, Stephan (1998): *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Koskenniemi, Martti (2005): *From Apology to Utopia*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ders. (2000): »Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the Image of Law in International Relations«. In: Michael Byers (Hg.), *The role of law in international politics*, Oxford: Oxford University Press, S. 17-34.
- Ladeur, Karl-Heinz (2000): »Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels«. *RabelsZ* 64, S. 60ff.
- Lepsius, Oliver (2005): »Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?«. *JZ* 60, S. 1-52.
- Luhmann, Niklas (1983): *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Ders. (1990): »Verfassung als evolutionäre Errungenschaft«. *Rechtshistorisches Journal* 9, S. 176-220.
- Ders. (1995): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Martins, Herminio (1974): »Time and theory in sociology«. In: John Rex (Hg.), *Approaches to sociology*, London et al.: Routledge & Kegan Paul, S. 246-294.
- Mayer, Peter (2004): »Verantwortungsethische Grenzen der Verrechtlichung? Zur realistischen Kritik des Legalismus in den Internationalen Beziehungen«. In: Bernhard Zangl/Michael Zürn (Hg.), *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance?* Bonn: Dietz, S. 220-238.
- Möllers, Christoph (2005): *Gewaltengliederung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ders. (2003): *Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung - Konstitutionalisierung*. In: Armin von Bogdandy (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin: Springer, S. 1-57.
- Mückl, Stefan (2005): »Kooperation oder Konfrontation – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte«. *Der Staat* 44, S. 403-431.
- Oeter, Stefan (2004): »Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung: Was das Recht jenseits des Nationalstaates leisten kann«. In: Bernhard Zangl/Michael Zürn (Hg.) (2004), *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance?* Bonn: Dietz, S. 46-73.
- Raz, Joseph (2005): »Can There Be a Theory of Law?«. In: Martin P. Golding/William A. Edmundson (Hg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden: Blackwell Publishing, S. 324-342.
- Reinhard, Wolfgang (1999): *Geschichte der Staatsgewalt*, München: C.H. Beck.
- Rottleuthner, Hubert (1986): »Theories of Legal Evolution: Between Empiricism and Philosophy of History«. *Rechtstheorie* 9, S. 217-230.

- Rüthers, Bernd (1997): Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller.
- Rubinfeld, Jed (2001): Freedom and time, New Haven: Yale University Press.
- Scheeck, Laurent (2005): »The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights«. ZaöRV 65, S. 837-885.
- Schlemmer-Schulte, Sabine (1998): »The World Bank's Experience with its Inspection Panel«. ZaöRV 58, S. 353-388.
- Schlink, Bernhard (2007): »Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel«. JZ 62, S. 157-162.
- Schönberger, Christoph (2004): »Die Europäische Union als Bund«. AöR 129, S. 81-120.
- Schorlemer von, Sabine (2004): »Verrechtlichung *contra* Entrechtlichung: die internationalen Sicherheitsbeziehungen«. In: Bernhard Zangl/Michael Zürn (Hg.) (2004), Verrechtlichung – Baustein für Global Governance? Bonn: Dietz, S. 76-97.
- Stolleis, Michael (2004): »Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?«. In: Adrienne Héritier/Michael Stolleis/Fritz Scharpf (Hg.), European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels, Baden-Baden: Nomos, S. 17-30.
- Suganami, Hidemi (1989): The domestic analogy and world order proposals, Cambridge: Cambridge University Press.
- Summers, Robert S. (1993): »A Formal Theory of the Rule of Law«. Ratio juris 6, S. 127-142.
- Teubner, Gunther (2003): »Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie«. ZaöRV 63, S. 1-28.
- Thym, Daniel (2006): »Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts«. EuGRZ 33, S. 541-554.
- Wahl, Rainer (2005): »Der Konstitutionalismus als Bewegungsgeschichte«. Der Staat 44, S. 571-594.
- Ders. (2003): »Der Vorrang der Verfassung«. In: ders. (Hg.), Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 121-160.
- Ders. (2003): »Internationalisierung des Staates«. In: ders. (Hg.), Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 17-52.
- Walter, Christian (2000): »Hüter oder Wandler der Verfassung?«. AöR 125, S. 517-550.
- Ders. (1999): »Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß«. ZaöRV 26, S. 961-983.
- Weiler, Joseph H. H. (1999): »The transformation of Europe«. In: ders. (Hg.), The Constitution of Europe, Cambridge: Cambridge University Press, S. 10-96.
- Wieacker, Franz (1967): Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Zangl, Bernhard (2006): »Das Entstehen internationaler Rechtsstaatlichkeit?«. In: Stephan Leibfried/Michael Zürn (Hg.), Transformation des Staates? Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 123-150.

Ders./Zürn, Michael (2004): »Make Law, Not War«. In: dies. (Hg.), Verrechtlichung – Baustein für Global Governance? Bonn: Dietz, S. 12-45.

## **Zitierte Rechtsnormen**

Resolution No. IBRD 93-10 und No. IDA 93-6 v. 22.9.1993: <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/ResolutionMarch2005.pdf>. (Worldbank 1993).

Clarification of the Board's Second Review of the Inspection Panel v. 20.4.1999: <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/1999ClarificationoftheBoard.pdf>. (Worldbank 1999)