

Klaus Peter Berger

Rechtliche Rahmenbedingungen der Globalisierung - vom Wettbewerb der Rechtsordnungen zu „Private Governance“

Einleitung	35
1 Schaffung eines „Level Playing Fields“	36
1.1 Instrument: Vereinheitlichung rechtlicher Rahmenbedingungen	36
1.2 Regulatorische Ebenen: Privatrecht und öffentliches Marktordnungsrecht	36
1.2.1 Privatrechtsvereinheitlichung	37
1.2.2 Vereinheitlichung von Marktordnungsrecht	37
1.3 „Formulating Agencies“ als Gesetzgeber der globalisierten Wirtschaft	38
1.3.1 Regierungsorganisationen (GOs)	38
1.3.2 Nicht-Regierungsorganisationen (NGOs)	38
1.4 Regelungsansatz „Private Governance“: „Soft Law“ versus formelles Gesetzesrecht	39
1.5 Spontane Rechtsbildung durch die Akteure selbst	40
1.5.1 Pragmatische Regelbildung statt formaler Rechtsetzung	40
1.5.2 Problem „Legal Transplants“	41
2 EU-Binnenmarkt: Paradigma eines regulatorischen „Level Playing Fields“	42
2.1 Privatrecht	42
2.2 Öffentliches Marktordnungsrecht	44
Fazit	44

Einleitung

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen ist in den letzten Jahren zu einem beliebten Schlagwort geworden. Dies gilt sowohl für die Rechtswissenschaft als auch für diejenigen Vertreter der Institutionenökonomie, die sich mit der Auswirkung des Rechts auf grenzüberschreitende Transaktionen befassen (New Institutional Economics of International Transactions). Bei genauer Betrachtung geht es in beiden Disziplinen um die gleiche, zentrale Frage, nämlich die nach dem für die Weltwirtschaft „optimalen Rechtsraum“ (*Schmidtchen*). Sie betrifft Waren-, Finanz- und Kapitalmärkte gleichermaßen. Diese Märkte sind längst globalisiert. Multinationale Unternehmen (MNU) wie Siemens oder DaimlerChrysler sind schon lange nicht mehr auf einen nationalen Markt beschränkt, sondern verfolgen globale oder gar transnationale „Business Strategies“. Deutsche Unternehmen sind heute an der New York Stock Exchange (NYSE) notiert. Für deutsche Großbanken ist die globale Präsenz eine Selbstverständlichkeit. Deutsche Vermögensverwalter investieren das Geld ihrer Kunden global. Investoren aus dem arabischen Raum investieren mit großer Selbstverständlichkeit in Europa, etwa im Immobiliensektor. Investmentfonds spielen eine zentrale Rolle als Global Player im internationalen Private-Equity-Markt. Grenzüberschreitende Unternehmensübernahmen sind heute an der Tagesordnung.

Zugleich sind diese Märkte und die auf ihnen agierenden Akteure jedoch seit jeher Gegenstand umfassender und zum Teil rigider rechtlicher Regelungen. Dies beruht zum einen auf der volkswirtschaftlichen Bedeutung dieser Märkte, zum anderen auf den mit Finanzmarkt- und Kapitalmarkttransaktionen typischerweise verbundenen Risiken für den einzelnen Akteur, aber auch für das System an sich. Man denke nur an die mit Interbankengeschäften verbundene Gefahr von „Dominoeffekten“ im Fall der Insolvenz eines Kreditinstituts. Die Entwicklung dieser rechtlichen Rahmenbedingungen hinkt aber seit längerem der Globalisierung der Märkte weit hinterher. Die Territorialität des Rechts und die damit verbundenen konstitutionellen Unsicherheiten sowie die naturgemäße Langsamkeit gesetzgeberischer Prozesse stehen im Gegensatz zum transnationalen Charakter der Waren-, Kapital- und Finanzmärkte und der Dynamik ihrer Weiterentwicklung. Globalisierte Märkte können nur effizient funktionieren, wenn der freie, globale Fluss von Waren und Kapital nicht durch unterschiedliche Grundüberzeugungen über die Aufgaben des Rechts gehemmt wird. Das Ausmaß der Integration nationaler Volkswirtschaften in ein globales Weltwirtschaftssystem ist also abhängig vom Grad der Universalisierbarkeit der rechtlichen Institutionen, von denen seine Funktionsfähigkeit abhängt (*Behrends*).

1 Schaffung eines „Level Playing Fields“

1.1 Instrument: Vereinheitlichung rechtlicher Rahmenbedingungen

Die Territorialität des Rechts bildet die Wurzel des Wettbewerbs der Rechtsordnungen. Zugleich bildet der Gedanke der Territorialität auch die größte Gefahr für die Effizienz dieses Wettbewerbs. Dieser Wettbewerb kann zu einem Kampf um Standortvorteile im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr und damit zu einem „Race to the Bottom“ degenerieren. Der Kampf um das liberalste Gesellschaftsrecht in den USA, den der Bundesstaat Delaware letztlich gewann, hat dies ebenso gezeigt wie das Entstehen von Offshore-Finanzzentren wie der Republik Vanuatu, die sich bis vor einigen Jahren jedem Zugriff durch nationale oder transnationale Aufsichtsbehörden entziehen konnten.

Der wirtschaftlichen Globalisierung, die gerade auf die Herausbildung eines globalen Marktes statt territorial beschränkter Märkte abzielt, ist diese Entwicklung nicht dienlich. Es hat sich daher die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Wettbewerb der Rechtsordnungen durch die Schaffung eines regulatorischen „Level Playing Fields“ abgelöst werden muss. Gemeint ist damit das Idealbild eines einheitlichen rechtlichen Regelungsrahmens, der über nationale Grenzen hinweg (bzw. in allen betroffenen Rechtsordnungen gleich) gilt, den Besonderheiten der globalen Finanz- und Kapitalmärkte Rechnung trägt und den mit der Frage nach dem „Standortvorteil Recht“ zwangsläufig verbundenen Gedanken der Territorialisierung des Rechts ablöst.

Das Instrument zur Erreichung dieses Zieles ist die Rechtsvereinheitlichung, also die bewusste Schaffung einheitlicher oder zumindest harmonisierter Rechtsprinzipien. Vereinheitlichtes oder harmonisiertes Recht lässt den Standortaspekt in den Hintergrund treten. Stattdessen wird die globale, am globalen Regelungsgegenstand „Weltwirtschaft“ orientierte Ausrichtung der entsprechenden rechtlichen Regelungsinstrumentarien betont. Die Qualität des Rechts und seine „Durchlässigkeit“ für die globalen Waren-, Kapital- und Finanzströme werden damit als Wettbewerbsfaktor weitgehend eliminiert.

1.2 Regulatorische Ebenen: Privatrecht und öffentliches Marktordnungsrecht

Die Rechtsvereinheitlichung vollzieht sich heute auf unterschiedlichen Ebenen und schreitet auf diesen Ebenen mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten voran. Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang zwischen der Privatrechtsvereinheitlichung und der Vereinheitlichung des öffentlichen Marktordnungsrechts, vor allem des Aufsichtsrechts.

1.2.1 Privatrechtsvereinheitlichung

Bei der Privatrechtsvereinheitlichung geht es um die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Austauschbeziehungen der auf den globalen Märkten tätigen Akteure. Gemeint ist damit in erster Linie das Vertragsrecht. Es wird seit jeher vom Grundsatz der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Parteien geprägt. Für internationale B2B-Transaktionen wird daher seit den Sechzigerjahren des letzten Jahrhunderts die Notwendigkeit der Regelung durch nationale Gesetzgeber negiert und stattdessen die Entstehung einer transnationalen Rechtsordnung, einer neuen „Lex Mercatoria“ propagiert. Gemeint ist damit eine globale „Zivilrechtsgesellschaft“ grenzüberschreitend tätiger Kaufleute und Unternehmer, die sich ihr eigenes Recht gibt und sich weitgehend auf ihre eigenen Mechanismen der Selbstkontrollen wie Black Lists und internationale Schiedsgerichte verlässt. Die Loslösung von nationalem Recht fällt hier wegen des in fast allen Rechtsordnungen anerkannten Prinzips der Privatautonomie besonders leicht. Im B2C-Verkehr wird dieser Grundsatz allerdings durch die vielfältigen Aspekte des Verbraucher- und Anlegerschutzes überlagert. Der Gedanke der privatautonomen Gestaltungsfreiheit wird durch das Bestreben eines „Schutzes des Anlegers vor sich selbst“ verdrängt, zwingendes Ordnungsrecht tritt an die Stelle dispositiven Rechts. Die Notwendigkeit der Schaffung eines „Level Playing Fields“ ist daher in diesem Bereich besonders groß, wie die Rechtsentwicklung auf der EU-Ebene eindrucksvoll zeigt. Auf sie wird später zurückzukommen sein.

1.2.2 Vereinheitlichung von Marktordnungsrecht

Das Gleiche gilt für die zweite Ebene, auf der sich die Vereinheitlichung von Rechtsstrukturen und damit die Ablösung des Wettbewerbs der Rechtsordnungen vollzieht, den Bereich des öffentlichen Marktordnungsrechts. Gemeint ist damit für den Bereich der Finanz- und Kapitalmärkte vor allem das Bank-, Wertpapier- und Kapitalmarktaufsichtsrecht. Es dient seit jeher der Überwachung von Marktrisiken und damit des institutionellen Marktschutzes, der Markttransparenz und der Marktthygiene. Dieser Schutz liegt im vitalen öffentlichen Interesse der nationalen Gesetzgeber. Durch die mit der Globalisierung verbundene Öffnung der nationalen Finanz- und Kapitalmärkte ist auch die Durchlässigkeit dieser Märkte für derartige Risiken exponentiell gestiegen. Der Schutz vor solchen Risiken, die sich schnell zu Gefahren für ganze Volkswirtschaften ausweiten können, ist damit heute das Gebot der Stunde. Gerade hier ist aber die Schaffung eines globalen „Level Playing Fields“ besonders virulent. Ein „Race to the Bottom“ durch einen freien Wettbewerb der Rechtsordnungen kann sich im Hinblick auf die enormen Gefahren systemischer Risiken fatal auswirken.

1.3 „Formulating Agencies“ als Gesetzgeber der globalisierten Wirtschaft

Die Akteure, die auf transnationaler Ebene regelsetzend tätig sind, sogenannte „Formulating Agencies“, sind so vielfältig wie die Globalisierung selbst. Typologisch sind zwei Grundformen zu unterscheiden, die Regierungsorganisationen (Governmental Organizations, GOs) und die Nicht-Regierungsorganisationen (Non-Governmental Organization, NGOs).

1.3.1 Regierungsorganisationen (GOs)

Als Beispiel für die Ersten seien die Kommission für Internationales Handelsrecht der Vereinten Nationen (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) mit Sitz in Wien und das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (Institut International pour L'Unification du Droit Privé, UNIDROIT) mit Sitz in Rom genannt. Für das Bankaufsichtsrecht besonders bedeutsam ist der Ausschuss für Bankenregulierung (Basel Committee on Banking Supervision) bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) in Basel. Ihm gehören die Notenbankgouverneure und Chefs der Finanzmarktaufsichtsbehörden der sogenannten G 10-Staaten an. Der Ausschuss ist allerdings kein verfassungsmäßiges Gremium der BIZ, seine Mitglieder sind schon in ihren Heimatländern der Regierungskontrolle weitgehend entzogen und nur der Erhaltung der Stabilität des Finanzsystems verpflichtet. Auf der europäischen Ebene wurden im Bereich des Aufsichtsrechts, aber auch des Verbraucher- und Anlegerschutzes die Aktivitäten nationaler Gesetzgeber weitgehend durch die Richtlinien und Verordnungen der EU-Kommission als „supranationalem Gesetzgeber“ verdrängt.

1.3.2 Nicht-Regierungsorganisationen (NGOs)

Noch vielgestaltiger sind die NGOs, die auf den globalisierten Weltmärkten regelsetzend tätig sind. Meist handelt es sich um Organisationen, die aus Mitgliedern der entsprechenden Wirtschaftskreise gebildet wurden. Am prominentesten ist die Internationale Handelskammer (International Chamber of Commerce, ICC) mit Sitz in Paris. In ihren 16 Kommissionen erarbeiten Praktiker aus allen Bereichen der Wirtschaft Regelwerke zu so unterschiedlichen Themen wie Transportrecht, Markenpiraterie, Schiedsgerichtsbarkeit, Außenhandelsfinanzierung oder Insolvenzrecht. Daneben existiert eine Fülle von NGOs, die mit der Regelung spezifischer Wirtschaftszweige befasst ist. So gibt die in New York angesiedelte International Swap and Derivatives Association (ISDA) Musterverträge für Interbankengeschäfte mit modernen Finanzinstrumenten heraus. Die in London ansässige Loan Market Association (LMA) befasst sich mit der Herausgabe von Musterverträgen für internationale Kredit- und Konsortialkreditver-

träge. Das Comité Maritime International (CMI) mit Sitz in Antwerpen befasst sich mit der Vereinheitlichung der Regeln des Seetransportrechts. Die International Air Transport Association (IATA) mit Sitz in Montreal übernimmt diese Aufgabe für den Lufttransport. Die World Intellectual Property Organization (WIPO) mit Sitz in Genf widmet sich der grenzüberschreitenden Vereinheitlichung des Urheber- und Patentrechts.

1.4 Regelungsansatz „Private Governance“: „Soft Law“ versus formelles Gesetzesrecht

Die vorangegangenen Überlegungen haben bereits angedeutet, dass heute der Wettbewerb der Rechtsordnungen durch einen neuen Wettbewerb um den richtigen und praxisnächsten Regelungsansatz für die Erfassung der Rechtsprobleme der internationalen Wirtschaft abgelöst wird. Der klassische Weg über das Aushandeln von bilateralen Abkommen, multilateralen Konventionen oder Modellgesetzen auf dafür eigens einberufenen, häufig Jahre oder gar Jahrzehnte tagenden Regierungskonferenzen hat sich als zu schwerfällig und praxisfern erwiesen. Die Praxisferne wird vor allem durch den kleinsten gemeinsamen Nenner bewirkt, der häufig als Ergebnis eines politischen Kompromisses am Ende einer solchen Konferenz übrig bleibt. Dieser politische Kompromiss führt dazu, dass im Text einer Konvention eine Fülle von Vorbehaltsklauseln zu finden ist. Sie ermöglichen den nationalen Gesetzgebern, den betreffenden Konventionstext nur mit Einschränkungen oder Modifikationen in Kraft zu setzen. Das Ziel der grenzüberschreitenden Vereinheitlichung des Rechts wird damit in Frage gestellt, bevor dieser Prozess überhaupt begonnen hat.

Die Wirtschaftspraxis geht daher bei der Rechtsetzung seit Langem andere Wege. Sie vermeidet die mit derartiger internationaler Regelsetzung verbundenen Kosten-, Zeit- und Effizienzverluste. Dies ist auch Reaktion auf die zunehmende Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, denen der Gesetzgeber, gleich ob national oder international, nicht mehr Herr werden kann. Als Reaktion auf dieses Versagen der staatlichen und überstaatlichen Institutionen der Rechtsetzung bevorzugt die internationale Wirtschaft daher seit Langem den Weg der Vereinheitlichung des Rechts über sogenanntes „Soft Law“. Hierbei handelt es sich um Regelwerke, die von der Praxis für die Praxis entworfen wurden. Ihnen kommt keine Gesetzeskraft zu. Ihre Sachnähe und wirtschaftliche Vernünftigkeit führt aber zur Akzeptanz dieser Regelwerke durch die Kaufleute „vor Ort“. Plakativ wird von Rechtsetzung „Bottom up“ (durch die Praxis) statt „Top down“ (durch nationale oder supranationale Gesetzgeber) gesprochen. Die vielfältigen Regelwerke der ICC, wie etwa die INCOTERMS oder die ICC Customs and Practices for Documentary Credits (UCP) bilden prägnante und zugleich weltweit akzeptierte Beispiele für diese informelle Regelungstechnik. Die Wirtschaftspraxis befasst sich nicht mit der dogmatischen Frage nach ihrer Rechtsnatur. Sie befolgt diese Regelwerke vielmehr „wie ein Gesetz“, weil diese Regelwerke existieren und mit weltweitem Sachverstand entwickelt wurden. Die Bindungswirkung des formalen Gesetzes wird ersetzt durch die regulatorische Macht des Faktischen.

Besonders drastisch zeigt sich dieser Trend zur „Private Governance“ auch bei den vielfältigen Verhaltenskodizes („Codes of Conduct“, „Codes of Best Practice“, „Wohlverhaltensregeln“), die heute sowohl von Unternehmen als auch von internationalen „Formulating Agencies“ für ganz unterschiedliche Bereiche erlassen werden. Meist geht es dabei um Themen von besonderer sozial- oder umweltpolitischer Bedeutung. Zu nennen sind hier zum Beispiel „The Equator Principles, An Industry Approach for Financial Institutions in Determining, Assessing and Managing Environmental & Social Risk in Project Financing“, der „Electronic Industry Code of Conduct (EICC)“ sowie die „OECD Leitsätze für multinationale Unternehmen“. In diesen Verhaltenskodizes ist meist ausdrücklich festgelegt, dass es sich um rechtlich nicht bindende Instrumente handelt. Trotz dieser ausdrücklichen Unverbindlichkeitsvorbehalte werden die in derartigen Verhaltenskodizes niedergelegten Prinzipien befolgt und die in ihnen enthaltenen „weichen“ Obliegenheiten, etwa durch Bezugnahmen in Kredit-, Arbeits- oder Zuliefererverträgen, in „harte“ vertragliche Pflichten transformiert. Ein ähnliches Phänomen ist im Bereich der Corporate-Governance-Diskussion zu beobachten. So verweist heute § 161 Aktiengesetz, also ein formales deutsches Gesetz, auf den deutschen Corporate Governance Kodex als ein „Soft-Law“-Instrument. Gerade diese Transformationsprozesse von ursprünglich nicht bindenden Selbstverpflichtungen, Obliegenheiten oder Wohlverhaltensregeln zu vertraglich oder gar gesetzlich anerkannten Rechtspflichten zeigt sehr deutlich, dass der Gedanke des „Soft Law“ die Entwicklung der Zivilgesellschaft auf dem Gebiet der globalisierten Weltwirtschaft, also der Privatisierung der Recht- und Regelsetzung im Sinne eines „Rule-Making in the Shadow of the Law“, am besten widerspiegelt.

1.5 Spontane Rechtsbildung durch die Akteure selbst

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen und mit ihm die nationalen Gesetzgeber werden aber nicht nur durch derartige formalisierte Verfahren der Rechtsvereinheitlichung verdrängt, bei denen die entsprechenden Regeln gleichsam „am grünen Tisch“ verhandelt und verabschiedet werden. Zunehmend schafft sich die internationale Wirtschaftspraxis auch ihr eigenes Recht.

1.5.1 Pragmatische Regelbildung statt formaler Rechtsetzung

Diese Rechtsetzungs- und Rechtsbildungsprozesse vollziehen sich etwa durch die „spontane“, gleichförmige Verwendung von Vertragsmustern, Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder einzelnen Vertragsklauseln, durch die grenzüberschreitende, meist auf bestimmte Branchen begrenzte Akzeptanz von Handelsbräuchen und durch die Herausbildung einer einheitlichen und praxisnahen Rechtsprechung durch inter-

ationale, von den Parteien gewählte und mit Fachwissen ausgestattete Schiedsgerichte. Mit der Verdrängung der nationalen Gesetzgeber auf der Ebene der Regelsetzung geht dann auf der Ebene der Streitentscheidung eine Verdrängung nationaler Gerichte einher. Die Fortentwicklung des Rechts wird damit nicht nur entnationalisiert, sondern auch entformalisiert.

Diese Entwicklung weg vom Gesetzesrecht und hin zum Praxisrecht vollzieht sich informell und „schleichend“ durch die Wirtschaftspraxis selbst. Der damit zwangsläufig einhergehende Verlust an Rechtssicherheit wird durch das größere Maß an Praxisnähe und Anpassungsflexibilität kompensiert (*Köndgen*).

Die klassische, am positivistischen Rechtsverständnis orientierte Rechtsquellenlehre, die stets in der traditionellen Trichotomie von nationalem Recht einschließlich Gewohnheitsrecht, Internationalem Privatrecht und Völkerrecht verhaftet war, beginnt erst langsam, sich mit diesen neuen Rechtsetzungsphänomenen und dem damit verbundenen „Abschied vom westfälischen System der Staatlichkeit“ des Rechts, also dem Abschied vom Rechtsetzungsmonopol des Staates, zu befassen. Häufig werden diese Phänomene, von *Teubner* zutreffend als „Global Law Without a State“ charakterisiert, als rein soziologische Erscheinungen abgetan, weil angeblich die Grenze zwischen Recht und Gesellschaft in unzulässiger Weise verwischt würde. Auch die Rechtsquellenlehre kann sich aber den Realitäten einer fortschreitenden Globalisierung der Wirtschaft nicht verschließen. Von einigen wird daher die klassische Rechtsquellenlehre fortgeschrieben und in der Verwendung und Akzeptanz gleichförmiger, von der internationalen Wirtschaftspraxis erzeugter und anerkannter Rechtsstrukturen das Heranwachsen einer neuen transnationalen Rechtsordnung, der oben bereits erwähnten neuen „Lex Mercatoria“, gesehen.

Diese dezentrale Herausbildung anationaler Rechtsstrukturen steht in einem engen Zusammenhang mit der formalen Rechtsvereinheitlichung durch internationale „Formulating Agencies“. Das Bindeglied zwischen beiden Entwicklungen ist das Postulat der Subsidiarität. Die formale, zentralisierte Rechtsvereinheitlichung sollte überall dort unterbleiben, wo dezentrale Regelbildung durch die am Wirtschaftsverkehr Beteiligten zu befriedigenden und von der Praxis akzeptierten Resultaten führt (*Schmidtchen*).

1.5.2 Problem „Legal Transplants“

Noch ist diese neue Rechtsordnung allerdings unvollkommen und lückenhaft. Sie bedarf daher unter Umständen der Ergänzung durch das nationale Recht. In diesen Fällen kommt es zum Konflikt zwischen nationaler Rechtsordnung und internationaler, meist durch das Common Law geprägter, Vertragspraxis. Begriffe wie „Netting“, „Securitization“, „Equity Commitment“, „Clawback“, „Cap“, „Mezzanine Finance“, „Junk Bond“, „Material Adverse Change (MAC)“, „Default“ und „Cross Default“, „Market Flex“, „Representation & Warranties“, „Best Efforts“ oder „Ordinary Course of Business“ gehören zur Standardterminologie der internationalen Vertragspraxis. Dem deutschen Recht sind diese Begriffe dagegen fremd. Hier treffen globalisierte Ver-

tragspraxis und Territorialität des Rechts in scheinbar besonders krasser Weise aufeinander. In diesem Kontext muss dann stets die Frage beantwortet werden, ob und wie sich diese fremden Rechtsinstitute, von *Alan Watson* plastisch als „Legal Transplants“ bezeichnet, in das deutsche Recht einpassen lassen. Häufig zeigt sich aber, dass hierfür nicht das deutsche Recht neu erfunden werden muss, sondern dass sich diese Instrumente häufig mit den klassischen Methoden und Instrumentarien des deutschen Rechts zutreffend erfassen lassen.

2 EU-Binnenmarkt: Paradigma eines regulatorischen „Level Playing Fields“

Die Regulierung des EU-Binnenmarktes steht paradigmatisch für diesen auf der Ebene der Weltwirtschaft zu beobachtenden Abschied vom Wettbewerb der Rechtsordnungen. Wie in einem Brennglas vollziehen sich hier Prozesse der Rechtsharmonisierung und -vereinheitlichung mit dem Ziel, ein regulatorisches „Level Playing Field“ als Grundvoraussetzung eines integrierten europäischen Binnenmarktes zu schaffen. Wie auf der globalen Ebene schreiten aber auch hier die Prozesse auf der Ebene des Privatrechts und des Marktordnungsrechts mit unterschiedlicher Intensität und Fokussierung voran.

2.1 Privatrecht

Bis vor einem Jahrzehnt stand das Privatrecht nicht im Mittelpunkt der Bemühungen der EU-Kommission zur Schaffung eines harmonisierten Rechtsrahmens für den EU-Binnenmarkt. Lange Zeit herrschte der Glaube vor, man könne dies allein durch Harmonisierung des öffentlichen Marktrechts bewerkstelligen. Es blieb daher zunächst bei pointillistischer Harmonisierung einzelner Spezialgebiete, insbesondere des Gesellschafts-, Verbraucher- und Anlegerschutzrechts. Schon die Harmonisierung des Verbraucherschutzrechts hat aber gezeigt, dass die Erreichung dieses Ziels nicht ohne umfassende Eingriffe in das nationale Vertragsrecht der Mitgliedsstaaten erreicht werden kann. Zugleich setzte sich die Erkenntnis durch, dass ein integrierter Binnenmarkt nicht ohne Vereinheitlichung des für Austauschbeziehungen relevanten rechtlichen Rahmens, also insbesondere des Vertragsrechts, geschaffen werden kann. Das Europäische Parlament hat daher seit 1998 in zwei offiziellen Resolutionen die Schaffung eines einheitlichen Europäischen Zivilgesetzbuches angemahnt. Im Jahr 2006 hat das Europäische Parlament in einer weiteren Entschließung bekräftigt, dass „ein einheitlicher Binnenmarkt ohne weitere Schritte hin zu einer Harmonisierung des Zivilrechts nicht vollständig funktionsfähig ist“ und zugleich die EU-Kommission aufgefordert, die bisherigen Arbeitsergebnisse der privaten Forschergruppen zur Erarbeitung eines Euro-

päischen Vertragsrechts und des Netzes zum gemeinsamen Referenzrahmen für ein gemeinsames Schuld- und Sachenrecht (GRR-Netz, „Common Frame of Reference“; dazu gehören die „Study Group on a European Civil Code“, die „Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)“, die französische „Association Henri Capitant“, die „Common Core (Trento-Gruppe)“ und einige andere Forschergruppen) für eine Überarbeitung des gemeinsamen Besitzstandes im Bereich des Verbraucherschutzes und für die Entwicklung eines gemeinschaftlichen Zivilrechts zu nutzen. Nach dem Willen der EU-Kommission sollen diese Arbeiten in die Ausarbeitung eines Modellgesetzes zum Europäischen Zivilrecht münden, dessen gegenständliche Reichweite und normative Relevanz erst in den nächsten Jahren näher präzisiert werden soll. Begleitet werden diese privaten Arbeiten durch Diskussionen mit einem Stakeholder-Netzwerk, in dem über 160 Praktiker zusammengeschlossen sind. Vertreter aller dieser Bereiche treffen sich regelmäßig im „European Law Discussion Forum“, um den Beratungs- und Arbeitsprozess weiter zu optimieren.

Von entscheidender Bedeutung für diesen Rechtsbildungsprozess hin zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch ist die Tatsache, dass die EU dieses Ziel nicht auf dem schwerfälligen und politisch mühsamen Weg der formellen Richtlinien- oder Verordnungsgesetzgebung durchzusetzen sucht. Vielmehr bildet auch hier der pragmatische Gedanke der informellen, dezentralen und privatisierten Rechtsbildung die Basis dieses Projekts. Von 1982 bis 2001 hat die „Commission of European Contract Law“ unter Führung des dänischen Rechtsprofessors *Ole Lando* die „Principles of European Contract Law (PECL)“ entwickelt. Es handelt sich dabei nach dem Vorbild der amerikanischen „Restaments of the Law“ um eine auf der Basis eines Rechtsvergleichs aller europäischen Rechtsordnungen ermittelte Zusammenstellung von Rechtsprinzipien zu einer Vielzahl von Bereichen des Vertragsrechts. Die in den PECL enthaltenen Rechtsregeln und -prinzipien lesen sich zwar wie ein Gesetz. Die PECL sind aber Ergebnis einer privaten Arbeitsgruppe aus Wissenschaftlern und Praktikern. Eine unmittelbare Bindungswirkung kommt ihnen nicht zu. Es handelt sich um „Soft Law“. Eine ähnliche Entwicklung vollzog sich fast zeitgleich auf globaler Ebene. Unter der Ägide der UNIDROIT verfasste eine private Arbeitsgruppe die „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)“. Sie wurden 1994 erstmals veröffentlicht. Nicht zuletzt wegen ihrer großen Akzeptanz in der internationalen Vertrags- und Schiedsgerichtspraxis erschienen sie im Jahr 2004 in einer zweiten, erweiterten Auflage. Für beide Instrumente wird die Umwandlung von „Soft“ in „Hard Law“ und damit letztlich die Umkehrung des Prozesses hin zu einem System der „Private Governance“ diskutiert: für die PECL im Zusammenhang mit dem Europäischen Zivilgesetzbuch, für die UPICC als Vorbild eines „World Code“ für die Weltwirtschaft.

Angesichts dieses Erfolges der „Private Governance“ in der EU überrascht es nicht, dass sich derartige private und halbprivate Verfahren der Regelbildung innerhalb der EU immer weiter ausbreiten. Dieses Phänomen ist auch in Bereichen zu beobachten, die bisher der formalen Rechtsetzung durch Richtlinien und Verordnungen vorbehalten waren. Dies gilt etwa für das Komitologie-Verfahren und den vierstufigen „Lamfalussy-Prozess“ als Ergebnis des Schlussberichts des Ausschusses der Weisen über die Reglementierung der europäischen Finanzmärkte von 2001.

2.2 Öffentliches Marktordnungsrecht

Die zentrale Rolle, die das europäische öffentliche Marktordnungsrecht bei der Schaffung eines „Level Playing Fields“ spielt, wird durch das in den Artikeln 81 ff. des EU-Vertrages und in einer Reihe von Verordnungen verankerte EU-Kartellrecht und das Aufsichtsrecht deutlich. Während im Kartellrecht der Gedanke der Dezentralisierung bereits Einzug gehalten hat, ist im Bereich des Aufsichtsrechts und hier vor allem im Bereich des Bankaufsichtsrechts das umgekehrte Phänomen zu beobachten. Zentralisierung und Formalisierung der Rechtsetzung sind hier das Gebot der Stunde. „Gesetzgeber“ ist dabei nicht die EU-Kommission bzw. das Europa-Parlament, sondern der bereits erwähnte Ausschuss für Bankenregulierung bei der BIZ in Basel. Die im Ausschuss entwickelten, außerordentlich komplexen und umfangreichen neuen Eigenkapitalstandards für Banken („Basel II“) wurden, ähnlich wie ihre Vorgänger „Basel I“ in den Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts, sowohl im EU-Parlament als auch im deutschen Bundestag ohne lange Diskussionen „durchgewinkt“ und in Richtlinien- bzw. Gesetzesform gegossen. Die Änderungen, die an Basel II auf EU-Ebene vorgenommen wurden, erfolgten nicht durch das EU-Parlament, sondern vorab durch das (private) „Committee of European Banking Supervisors (CEBS)“. Letztendlich wird also der Inhalt des deutschen und europäischen Bankaufsichtsrechts durch demokratisch nicht legitimierte Gremien determiniert. Die jüngst vom ehemaligen Bundespräsidenten *Roman Herzog* aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts betonten Demokratiedefizite des europäischen Rechtsetzungsprozesses zeigen sich hier in besonderer Schärfe.

Auch die Umsetzung der „Markets in Financial Instruments Directive (MiFID)“ und ihrer Durchführungsrichtlinien und -verordnungen, die als neues Grundgesetz des europäischen Finanzmarktrechts die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie von 1993 ablöst, zeigt die Problematik der Schaffung eines „Level Playing Fields“ durch öffentliches Marktrecht. Die durch die MiFID enorm gestiegenen Compliance-Anforderungen und die dadurch verursachten Kosten für die Finanzinstitute zeugen von einem Maß an Überregulierung, das mit dem Regelungsziel der Schaffung eines integrierten und effizienten EU-Finanzmarktes kaum zu vereinbaren ist. Es stellt sich die Frage, ob der Preis für die Schaffung und Sicherung des „Level Playing Fields“ in der EU nicht zu hoch geworden ist.

Fazit

Die Globalisierung der Wirtschaft wird nirgends sinnbildlicher als im Internet, ohne das die globalisierte Wirtschaft nicht denkbar wäre. Der „Cyberspace“ macht zugleich deutlich, worum es heute in der Weltwirtschaft geht: weg von der Territorialisierung und hin zur Entnationalisierung, ja Virtualisierung grenzüberschreitender Austauschbeziehungen. Für die Rechtsbildung erwachsen aus dieser nicht mehr umkehrbaren

Entwicklung neue Herausforderungen. Dabei zeigt sich, dass der Gedanke des „Level Playing Fields“ den richtigen Weg weist. Zur Erreichung dieses Ziels haben sich Instrumente der „Private Governance“ als flexibler, praxisnäher und damit effizienter erwiesen als der klassische Weg der nationalen und internationalen Gesetzgebung. Trotz September 11 oder der großen Wirtschaftsskandale um Enron, Worldcom und Parmalat ist der Ansatz der „Private Governance“ weiter auf dem Vormarsch. Er wird auch in der Zukunft die Fortentwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Weltwirtschaft bestimmen. Die Erfahrungen in der EU zeigen aber auch, dass die Schaffung eines „Level Playing Fields“ nicht bedeutet, dass Einheitlichkeit rechtlicher Rahmenbedingungen um ihrer selbst willen und um jeden Preis anzustreben ist. Der für die Weltwirtschaft optimale Rechtsraum verlangt vielmehr nach einer sorgfältigen Balance zwischen Regulierung und Freiheit zur wirtschaftlichen Entfaltung.