

Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft*

Gunther Teubner und Peter Korth

(In: Matthias Kötter und Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, Nomos, Baden-Baden 2009, zusammen mit Peter Korth)

I. GlobalSantaFe¹

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

Im Oktober 2001 beantragte GlobalSantaFe Corp. beim United States District Court, Eastern District of Virginia, Alexandria Division, Hangang und den für die Verwaltung der Top-Level Domain „.com“ zuständigen Domain Name Registry VeriSign mit Sitz in Dulles, Virginia, USA, zu verurteilen, den Domainnamen „globalsantafe.com“ auf sie zu übertragen. GlobalSantaFe Corp. machte geltend, dass Park ihr Unternehmenskennzeichen verletzt habe, und berief sich auf den Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA).² Am 1. April 2002 gab das Gericht dem Antrag statt.

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

GlobalSantaFe Corp. aber ließ nicht locker. Sie stellte nun vor dem U.S.-Gericht den Antrag, VeriSign zu verurteilen, den Domainnamen bis zur Übertragung auf sie zu deaktivieren. Am 5. Februar 2003 folgte das Gericht auch diesem Antrag. Da VeriSign in Virginia ansässig ist, ergebe sich seine Zuständigkeit aus dem ACPA. Der Entscheidung stehe auch nicht die „international comity“ entgegen. Im Gegenteil spreche die „Princess Lida doctrine“, nach welcher das Gericht, welches als erstes die Zuständigkeit für sich reklamiert hat, auch zur Entscheidung des Rechtsstreits berufen bleibt, als maßgebliche Regel zur Auflösung von Zuständigkeitskollisionen in sog. „in rem“ Fällen für die eigene Zuständigkeit.³

* Wir danken Andreas Fischer-Lescano für wertvolle Hinweise.

¹ 250 F. Supp. 2d 610 (E.D. Va. 2003).

² 15 U.S.C. § 1125(d).

³ Vgl. Princess Lida of Thurn and Taxis et al. v. Thompson et al., 305 U.S. 456, 59 S.Ct. 275, 83 L.Ed. 285 (1939).

II. Neem-Baum

Dem Neem-Baum (*Azadirachta indica*) werden wahre Wunder zugeschrieben. Er wird insbesondere in Indien als heilig verehrt. Extrakte seiner Blätter wirken gegen vierzehn Pilzarten, dienen der Bekämpfung von Wundbrand-Bakterien und Typhus-Erregern. Vorbeugend eingesetzt wird das Extrakt gegen virale Infektionen mit Wirkung bei Pocken, Windpocken, Hepatitis B und Herpes. Alle Teile des Baumes kommen in der ayurvedischen Medizin zur Anwendung.

Das Naturprodukt wurde zum Objekt wirtschaftlicher Interessenverwertung transnationaler Unternehmen. Das U.S.-amerikanische Unternehmen W.R. Grace & Co. erwarb in den USA und Europa eine ganze Reihe von Patenten im Zusammenhang mit der Herstellung einer stabilisierten *Azadirachta*-Lösung zur Pilzbekämpfung.⁴

Dieser Versuch der Wissensaneignung durch transnationale Unternehmen war mit erheblichem Widerstand indigener Gruppen konfrontiert. Aktivisten verschiedener NGOs legten Rechtsbehelfe gegen die Patente ein – in Europa mit Erfolg. Das vom Europäischen Patentamt (EPO) erteilte europäische Patent Nr. 0436257 wurde nach dem Einspruch durch Umweltaktivisten unter Hinweis auf die fehlende, nach Art. 52 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 1 und 2 des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ)⁵ am Maßstab des schriftlich oder mündlich überlieferten Standes der Technik zu beurteilende, Neuheit der Erfindung widerrufen.⁶

III. Zwei Arten des Rechtspluralismus

Was verbindet diese unterschiedlichen *causes célèbres*? Sie stehen exemplarisch für neuartige Kollisionslagen, für die das Recht neue Kollisionsnormen entwickeln muß.

Beide Ausgangsfälle sind kollisionsrechtlich relevant. Das ist in GlobalSantaFe auf den ersten Blick erkennbar. Hier geht es offensichtlich um die Kollision zwischen U.S.-amerikanischem und koreanischem Recht, für die die nationalen Kollisionsnormen eine Auswahlentscheidung zwischen zwei nationalen Rechtsordnungen treffen müssen – und zwar im Sinne des Gebots des internationalen Entscheidungseinklangs. Doch geht es hier nicht nur um eine Kollision nationaler Rechtsordnungen. Es stellt sich die Frage, ob angesichts des

⁴ Die Literatur zum Neem-Baum-Patent ist umfangreich; besonders instruktiv: *Shalini Randeria*, Rechtspluralismus und überlappende Souveränitäten: Globalisierung und der „listige Staat“ in Indien, *Soziale Welt* 57 (2006), S. 229, 237 ff.; *Vandana Shiva/Radha Holla-Bhar*, Piracy by Patent: The Case of the Neem Tree, in: Jerry Mander/Edward Goldsmith (Hrsg.), *The Case Against the Global Economy and For a Turn Toward the Local*, 1996, S. 146, 148 ff. Vgl. ferner: *Murray Lee Eiland*, Patenting Traditional Medicine, *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 89 (2007), S. 45; *Anja v. Hahn*, Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der public domain, 2004, S. 279 ff.

⁵ Übereinkommen über die Erteilung Europäischer Patente vom 5. Oktober 1973 in der Fassung der Akte zur Revision von Artikel 63 EPÜ vom 17. Dezember 1991 und der Beschlüsse des Verwaltungsrats der Europäischen Patentorganisation vom 21. Dezember 1978, vom 13. Dezember 1994, vom 20. Oktober 1995, vom 5. Dezember 1996, vom 10. Dezember 1998 und vom 27. Oktober 2005 sowie mit den vorläufig anwendbaren Bestimmungen der Akte zur Revision des EPÜ vom 29. November 2000.

⁶ EPO, Aufhebungsentscheidung, 13. Februar 2001, Klageschrift Nr. 90250319.2-2117, Patent-Nr. 0436257; die Beschwerde gegen diese Entscheidung wurde durch das EPO am 08. März 2005 abschlägig beschieden (Az. T 0416/01 - 3.3.2).

beide nationalen Rechtsordnungen überschreitenden Sachverhalts, angesichts seiner „Lokalisierbarkeit“ im World Wide Web, der Fall nach dem autonomen Recht des Internet, nach den Bestimmungen der von der Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) zur Regelung der Domainnamenvergabe verabschiedeten policies zu entscheiden ist. Danach gilt grundsätzlich der Prioritätsgrundsatz, der nur dann eine Ausnahme erfährt, wenn der Antragsteller bei der Registrierung des Domainnamens bösgläubig gehandelt hat.⁷ Oder sollte man den Fall gar am Maßstab eines neu zu schaffenden Mischrechts aus den beteiligten nationalen Rechtsordnungen und den ICANN-policies beurteilen?

Worin besteht die Kollisionslage im Neem-Baum-Fall? Zunächst geht es nur um Sachrecht, nämlich um die Frage, ob das europäische Patent Nr. 0436257 gemessen am EPÜ zu Recht erteilt wurde, und konkreter darum, ob die von dem Unternehmen W.R. Grace & Co. angemeldete Erfindung neuartig im Sinne des Art. 54 EPÜ gewesen ist. Aber fraglich ist, ob hier nicht eine rechtlich relevante Kollision zwischen Normen der globalisierten Moderne und habituellen Normen einer Regionalkultur besteht. Der Patentschutz schließt indigene Gruppen von einer wichtigen und bis dato für sie unentgeltlichen medizinischen Verwertung ihres Wissens um die Heilkräfte des Neem-Baum-Extrakts aus. Damit stellt sich das Problem, ob die Normen des Patentschutzes mit dem Recht indigener Gruppen auf freie Nutzung ihres traditionellen Wissens kollidieren.

Die beiden Kollisionslagen sind gemessen an der herkömmlichen Vorstellung, dass im Rechtssinne „kollisionsfähig“ nur nationale Rechtsordnungen sind, offensichtlich neuartig. Wie lassen sich ihre Besonderheiten näher fassen? Ein Aspekt von GlobalSantaFe ist, dass hier der globale Geltungsanspruch der ICANN-policies auf territorial beschränkte Rechtsvorschriften stößt. Zugleich aber scheint der Umstand relevant, dass nationale Rechtsregeln, die ihren Ursprung in politischen und daher – idealtypisch - letztlich in auf „Gemeinwohl“ gepolten Gesetzgebungsprozessen haben, auf Normen treffen, die ausschließlich an den Partikularinteressen des Internet orientiert sind. Und womöglich liegt die Neuartigkeit der Kollision im Neem-Baum-Fall gerade darin, dass die für die Funktionsfähigkeit der „Wissensökonomie“ in den modernen Gesellschaften unentbehrlichen intellectual property rights auf traditionelle Normen zum Schutz einer uralten Medizinkultur prallen.

Aber stellen die beiden Fälle überhaupt ein Problem für das Kollisionsrecht dar, das ausschließlich Konflikte zwischen *Rechtsnormen* regelt? Soziale Normen, also in spontanen Interaktionsgeflechten sich herausbildende Verhaltenserwartungen, sind im Prinzip für das Kollisionsrecht irrelevant. Sie werden rechtlich erst dann bedeutsam, wenn das Sachrecht einer der beteiligten Rechtsordnungen – und sei es auch nur implizit – sie inkorporiert, etwa indem eine Verweisungsnorm dies anordnet. ICANN-policies und Normen zum Schutz indigener Kulturen sind also nur dann kollisionsrechtlich relevant, wenn sie tatsächlich Rechtsqualität besitzen.

Schon nach dieser vorläufigen Problemskizze wird deutlich, dass die Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts und des Völkerrechts wenig geeignet sind, solche Kollisionslagen zu bewältigen. Auf ihren Bildschirmen tauchen die vom Board of Directors der unter dem California Nonprofit Public Benefit Corporation Law privatrechtlich verfassten juristischen Person ICANN

⁷ Der „bad faith“-Vorbehalt ergibt sich aus Section 4 lit a. der Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, abrufbar unter (21. April 2008): <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

verabschiedeten policies, zu deren laufender Beachtung die für die weltweite Domainnamenvergabe zuständigen und ebenfalls privatrechtlich verfassten Domain Name Registrars nach Maßgabe der Regelungen im vierten Abschnitt des Registrar Accreditation Agreement⁸ verpflichtet sind, nicht auf. Und die Befassung mit indigenen Normen hat man bislang im Wesentlichen in Westsumatra und andernorts „Feldforschung“ betreibenden Rechtsanthropologen überlassen.

Fünf Thesen sollen hier entwickelt werden:

(1) In ihren Unterschieden widerspiegeln die beiden Kollisionslagen die *doppelte Fragmentierung* der Weltgesellschaft und ihres Rechts. Doppelt ist die Fragmentierung, weil zum einen die funktionale Differenzierung der Moderne Kollisionen zwischen unterschiedlichen gesellschaftlichen Funktionssystemen und zwischen den auf sie bezogenen Rechtsnormen auslöst. Zum anderen verursachen Unterschiede gesellschaftlicher Organisationsprinzipien Kollisionen zwischen dem formalen Recht der Moderne und den gesellschaftlich eingebetteten Rechtsordnungen indigener Gesellschaften.⁹

(2) In beiden Fällen handelt es sich um echte *Rechtskollisionen* – wenn auch sehr unterschiedlicher Art. In GlobalSantaFe kollidieren nationale Rechtsordnungen mit dem transnationalen Regimerecht der *lex digitalis*. Im Neem-Baum-Fall kollidiert das internationale Recht zum Schutz des geistigen Eigentums mit Rechtsnormen indigener Kulturen.

(3) Bisher bieten weder die Kollisionsnormen des Völkerrechts noch die des Internationalen Privatrechts eine angemessene Lösung für die neuartigen Kollisionslagen. Sie sind auf Kollisionen zwischen nationalen Rechtsordnungen zugeschnitten und nicht auf Kollisionen nationaler Rechte mit dem Recht transnationaler Regimes oder dem Recht indigener Kulturen.

(4) Im Verhältnis zu transnationalen Regimes müssen Kollisionsnormen entwickelt werden, die deren Charakter als „self-contained regimes“ Rechnung tragen. Hier bietet sich der im Internationalen Privatrecht entwickelte *substantive law approach* als am besten geeignet an.

(5) Im Verhältnis zu indigenen Kulturen wiederum müssen Kollisionsnormen die gesellschaftliche Einbettung von deren Rechtsnormen berücksichtigen. Hierzu dürften sich am *Modell des institutionellen und prozeduralisierten Grundrechtsschutzes* ausgerichtete Kollisionsnormen eignen.

⁸ Der Mustervertrag Registrar Accreditation Agreement vom 17. Mai 2001 ist abrufbar unter (21. April 2008): <http://www.icann.org/registrars/ra-agreement-17may01.htm>.

⁹ Um Missverständnissen vorzubeugen: Die Beschreibung eines Sozialbereichs als „indigen“ bezieht sich nicht auf irgendeine nationalstaatlich verfasste Gesellschaftsformation, in unserem Beispiel etwa auf die des Staates Indien, sondern auf Segmente indigener Gesellschaftsformen. Diese existieren ohne Rücksicht auf nationalstaatliche Grenzen in fast allen Regionen der Weltgesellschaft.

IV. Kollisionen mit transnationalen Regimes: Cybersquatting

1. Rationalitätenkollisionen in der funktional ausdifferenzierten Weltgesellschaft

GlobalSantaFe steht exemplarisch für einen neuen Typus von Rechtskollisionen – für die Kollision des Rechts transnationaler Regimes mit dem Recht der Nationalstaaten. Das Recht der privaten Regulierungsinstanz des Internet ICANN kollidiert mit dem U.S.-amerikanischen bzw. dem koreanischen Recht. Das Neue an diesem Kollisionstypus ist, dass auf der einen Seite der Kollision entgegen der überkommenen Vorstellung von den möglichen Entitäten einer Rechtskollision an Stelle der „nationalen Rechtsordnung“ das „transnationale Regimerecht“ steht. Diese Kollision widerspiegelt die erste Art der Fragmentierung der Weltgesellschaft: die Fragmentierung der Weltgesellschaft in autonome globale Funktionssysteme.

Um dies genauer zu verstehen, ist von der Annahme auszugehen, dass sich das Recht, der Logik funktionaler Differenzierung folgend, global als ein einheitliches Sozialsystem jenseits nationaler Rechtssysteme etabliert hat. Ein einheitliches Weltrecht reproduziert sich durch Rechtsakte, die zwar von unterschiedlichen Programmen gesteuert, aber letztlich auf die binäre Codierung von Recht/Unrecht ausgerichtet sind. Nur gründet sich die Einheit des Weltrechts nicht mehr strukturell wie im Nationalstaat auf gerichtshierarchisch abgesicherter Konsistenz des Normengefüges, sondern bloß noch prozessual auf den Verknüpfungsmodus der Rechtsoperationen, über den auch ganz heterogene Rechtsordnungen verbindliche Rechtsgeltung transferieren.¹⁰ Auch auf der globalen Ebene wird die operative Einheit des Rechtssystems erreicht. Diese Rechtseinheit ist aber keine normative Einheit des Rechts, sondern ist durch zahlreiche fundamentale Normenwidersprüche ausgezeichnet. Im Weltrecht wird die Rechtseinheit von normativer Konsistenz auf operative „Interlegalität“ umgestellt.¹¹ Damit ist nicht nur eine statische Vielfalt gegeneinander abgegrenzter normativer Ordnungen gemeint, wie sie in der klassischen Rechtssoziologie von *Eugen Ehrlich*, *Santi Romano*, *Maurice Hauriou*, *Georges Scelle* und *Georges Gurvitch* beschrieben wurde,¹² sondern eine dynamische Vielfalt von normativen Operationen, in denen „parallele Normsysteme unterschiedlicher Herkunft sich wechselseitig anregen, gegenseitig verbinden, ineinander greifen und durchdringen, ohne zu einheitlichen Superordnungen zu

¹⁰ Zum systemtheoretischen Konzept eines Weltrechtssystems *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 571 ff.; siehe auch *Gunther Teubner*, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* (1996), S. 255; *Andreas Fischer-Lescano*, *Die Emergenz der Globalverfassung*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003), S. 717; *Anthony D'Amato*, *International Law as an Autopoietic System*, in: *Rüdiger Wolfrum/Volker Roeben* (Hrsg.), *Developments of International Law in Treaty Making*, 2005, S. 335; *Klaus A. Ziegert*, *Globalisierung des Rechts aus der Sicht der Rechtssoziologie*, in: *Rüdiger Voigt* (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts*, 2000, S. 69; *Mathias Albert*, *Zur Politik der Weltgesellschaft: Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, 2002, S. 203 ff.; *Gralf-Peter Calliess*, *Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 24 (2002), S. 185.

¹¹ *Boaventura de Sousa Santos*, *State Transformation, Legal Pluralism and Community Justice: An Introduction*, *Social and Legal Studies* 1 (1992), S. 131; *Marc Amstutz*, *Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung*, in: *Marc Amstutz* (Hrsg.), *Festschrift für Heinz Rey*, 2003, S. 161.

¹² *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, S. 81 ff.; *Santi Romano*, *L'ordinamento giuridico*, 2. Aufl. 1918, §§ 12 ff.; *Maurice E. Hauriou*, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, S. 11 ff.; *Georges Gurvitch*, *The Sociology of Law*, 1947, S. 181 ff.; *Georges Scelle*, *Précis de droit des gens*, Band 1: *Principes et systématique*, 1932, S. 6 ff.

verschmelzen, die ihre Teile absorbieren, sondern in ihrem Nebeneinander als heterarchische Gebilde dauerhaft bestehen“¹³.

Mit anderen Worten, nicht lediglich die Kollision von gewachsenen lokalen Gewohnheitsrechten mit Rechtsentscheidungen parlamentarischer Provenienz ist das Charakteristikum postmoderner Interlegalität, sondern eine neue Unübersichtlichkeit in den rechtlichen Zwischenwelten der Weltgesellschaft, die mit widersprechenden Einzelfallentscheidungen leben muss, mit kollidierenden Normanordnungen für das gleiche soziale Feld, mit Rechtsmassen, die eine „ultimate rule of recognition“ nicht hervorbringen.¹⁴ Statt Erwartungsgeneralisierung durch autoritative Letztentscheidung, Einheit des Rechtstextes und Homogenität der Erkenntnismethoden ist die postnationale Konstellation durch das Nebeneinander einer Vielzahl von strukturell geschlossenen Rechtsordnungen geprägt, die prinzipiell alle einen Geltungsvorrang in eigenen Angelegenheiten reklamieren. Weder durch einen Stufenbau des Rechts, noch durch eine oberste Grundnorm noch durch eine gemeinsame Letztreferenz werden diese heterarchischen Ordnungen zusammengehalten.

Hier ist nun eine neue Art der Binnendifferenzierung des Rechts bemerkenswert. Für Jahrhunderte war dessen Binnendifferenzierung den Vorgaben der Politik der Nationalstaaten gefolgt und hatte sich als Vielzahl nationaler Rechtsordnungen mit territorialem Geltungsanspruch verwirklicht. Auch das sich als Vertragsrecht der Nationalstaaten verstehende Völkerrecht brach letztlich nicht mit dieser Form der Differenzierung. Erst die sich im letzten Jahrhundert rasant beschleunigende Ausbreitung von internationalen Organisationen und politisch instaurierten regulatorischen Regimes,¹⁵ die sich gegenüber ihrem Ursprung in völkerrechtlichen Verträgen als eigenständige Rechtsordnungen verselbstständigten, signalisiert den Bruch: Die nationale Differenzierung des Rechts wird jetzt von einer sektoriellen Fragmentierung überlagert.

Das Auftauchen globaler Regimes bedeutet dann nicht, wie immer wieder behauptet wird, dass sich im Zuge globaler Verrechtlichungsschübe die Rechtsordnungen vereinheitlichen, harmonisieren oder dass sie wenigstens konvergieren. Das Gegenteil ist richtig. Das Recht treibt eine neue Form der Binnendifferenzierung heraus und erzeugt dabei nicht Rechtseinheit, sondern eine neuartige Fragmentierung. Die Gesellschaftsfragmentierung schlägt in der Weise auf das Recht durch, dass eine erfolgsorientierte politische Regulierung unterschiedlich strukturierter Gesellschaftsbereiche eine Parzellierung von issue-spezifischen

¹³ *Marc Amstutz*, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, 2003, S. 213.

¹⁴ *Andreas Fischer-Lescano/Ralph Christensen*, Auctoritatis interpositio. Die Dekonstruktion des Dezinonismus durch die Systemtheorie, *Der Staat* 44 (2005), S. 213.

¹⁵ Zum völkerrechtlichen Regimebegriff: *Nele Matz*, Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge: Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze, 2005, S. 358 ff.; *Christian Walter*, (Inter)national Governance in verfassungsrechtlicher Perspektive: Überlegungen zu Möglichkeiten und Grenzen der Entwicklung eines 'Internationalen Verfassungsrechts', in: Adrienne Héritier/Michael Stolleis/Fritz Scharpf (Hrsg.), *European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels*, 2004, S. 31, 38 ff.; *Christian Tietje*, *The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture*, *German Yearbook of International Law* 42 (1999), S. 26.

Politikarenen herstellt, die sich ihrerseits stark juridifizieren.¹⁶ Damit wird die traditionelle Binnendifferenzierung nach dem Prinzip der Territorialität in relativ autonome nationale Rechtsordnungen überlagert von einem sektoriellen Differenzierungsprinzip: der Differenzierung des Weltrechts nach transnational einheitlichen Rechtsregimes, die ihre Außengrenzen nicht territorial, sondern issue-spezifisch definieren und einen globalen Geltungsanspruch erheben.¹⁷ Dabei ist zu betonen, dass es nicht darum geht, die alte Differenzierung in nationale Rechtsordnungen abzulösen. Niemand behauptet, dass der Nationalstaat in Prozessen der Globalisierung abgeschafft wird. Es geht nicht um Ersetzung einer Binnendifferenzierung durch die andere, sondern um die Überlagerung zweier unterschiedlicher Prinzipien: territorial-segmentäre und thematisch-funktionale Differenzierung.¹⁸ Und diese Überlagerung erzeugt die neue Kollisionslage, die sich in GlobalSantaFe exemplarisch als Konflikt zwischen dem nationalen Recht Koreas und der USA auf der einen Seite und den Normen der Internet-Governance ICANN auf der anderen zeigt.

Doch zeigt GlobalSantaFe auch, dass es für das Verständnis der neuen Kollisionslagen nicht ausreicht, nur die globalen regulatorischen, d.h. politisch instaurierten, Regimes in den Blick zu nehmen. Damit erfasst man zwar die Überlagerung des territorial differenzierten Weltrechts mit Elementen sektorieller Differenzierung, aber doch nur insoweit, als sie von solchen Rechtsregimes induziert ist, die auf völkerrechtlicher Vereinbarung zwischen Nationalstaaten beruhen. Man muß das gleichzeitige rapide Wachstum des Rechts nicht-staatlicher privater Regimes erfassen. Diese erzeugen ein „global law without the state“¹⁹, das überhaupt erst die Multidimensionalität des globalen Rechtspluralismus begründet.²⁰

2. Rechtsqualität der ICANN-policies

Wie das Kollisionsrecht mit dem Konflikt zwischen nationalen Rechten und solchen rechtspluralistischen Normordnungen, wie sie die transnationalen Regimes darstellen, umgehen soll, ist eine weithin ungeklärte Frage.²¹ Insbesondere wird

¹⁶ Zur Juridifizierung internationaler Organisationen *Kenneth W. Abbott/Robert O. Keohane/Andrew Moravcsik/Anne-Marie Slaughter/Duncan Snidal*, *The Concept of Legalization*, International Organisation 54 (2000), S. 401.

¹⁷ *Martti Koskeniemi*, *Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, 2005, <http://www.valt.helsinki.fi/blogs/eci/PluralismHarvard.pdf>. Speziell in Bezug auf ICANN als „Global Regulatory Regime“ siehe *Dirk Lehmkuhl*, *The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 23 (2002), S. 61, 71 ff.; *Milton Mueller*, *Rooting the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, 2002, S. 211 ff.; *Christian Walter*, *Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, German Yearbook of International Law 44 (2001), S. 170, 186 f.

¹⁸ Siehe auch *Michael Stolleis*, *Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?* in: *Adrienne Héritier/Michael Stolleis/Fritz Scharpf* (Hrsg.), *European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels*, 2004, S. 17.

¹⁹ *Gunther Teubner* (Hrsg.), *Global Law Without A State*, 1997.

²⁰ Zur neueren Diskussion *Emmanuel Melissaris*, *The More the Merrier: A New Take on Legal Pluralism*, *Social & Legal Studies* 13 (2004), S. 57; *Paul Schiff Berman*, *The Globalization of Jurisdiction*, *University of Pennsylvania Law Review* 151 (2002), S. 311, 325 ff.; *Carol Weisbrod*, *Emblems of Pluralism: Cultural Differences and the State*, 2002, S. 5 f. und 68 f.; *Surya P. Sinha*, *Legal Polycentricity*, in: *Hanne Petersen/Henrik Zahle* (Hrsg.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, 1995, S. 31.

²¹ Dazu die Diskussion zwischen *Ralf Michaels*, *The Re-State-ment of Non-State-Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, *Wayne Law Review* 51 (2005), S. 1209, *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des*

kontrovers diskutiert, ob den Normen der sektoriellen Privatregimes überhaupt Rechtsqualität zukommt. Im Fall GlobalSantaFe ist fraglich, ob hier tatsächlich eine tripolare *Rechtskollision* zugrundeliegt, ob also nicht lediglich die nationalen Rechtsordnungen der USA und Koreas kollidieren, sondern darüber hinausgehend auch das transnationale Regimerecht der ICANN-policies für sich reklamieren kann, das zur Entscheidung des Falls anzuwendende Recht zu stellen. Sind die ICANN-policies also Teil einer *lex digitalis*, verstanden als eine neben die *lex mercatoria*,²² die *lex sportiva*²³ oder die *lex constructionis*²⁴ tretende autonome (Teil-)Rechtsordnung?

Entgegen anders lautenden Positionen²⁵ hängt durchaus viel davon ab, wie diese Frage beantwortet wird. Das Recht ist auf Kriterien angewiesen, anhand derer es die eigenen Systemgrenzen bestimmen kann. Nicht alle in der Gesellschaft ausgebildeten normativen Verhaltenserwartungen - etwa diejenigen der *Moral*²⁶ - können für das Rechtssystem als Rechtsnormen relevant werden, weil das Rechtssystem aufgrund der Vielzahl der kursierenden normativen Verhaltenserwartungen ansonsten seine Grenzen verlieren und in der Gesellschaft zerfließen würde. Es könnte dann seine spezifische Funktion, Konflikte gerade dadurch entscheidbar zu machen, dass es diese in eine beantwortbare *quaestio iuris* transformiert, nicht mehr erfüllen. Sollte es sich bei den ICANN-policies lediglich um soziale Normen handeln, dann läge keine echte Rechtskollision vor, die durch die Entwicklung eines neuen Kollisionsrechts aufgelöst werden müsste, das von der prinzipiellen Gleichwertigkeit der kollidierenden Rechtsordnungen auszugehen hätte.

Handelt es sich um eine „Kollision“ von Rechtsnormen mit bloßen Sozialnormen, dann beanspruchen die Rechtsnormen absoluten Vorrang. Nur bei einer entsprechenden Öffnung des Rechtssystems, etwa durch den Verweis auf die „Verkehrssitte“, finden Sozialnormen überhaupt Beachtung im Recht.²⁷ Das gilt auch im transnationalen Bereich, in dem soziale Normen über Verweisungstechniken des geltenden Rechts berücksichtigt werden. *Ralf Michaels* spricht hier von drei Techniken des Internationalen Privatrechts: incorporation, deference und delegation.²⁸ Ohne eine solche Verweisungsnorm werden Sozialnormen lediglich subkutan bei der Interpretation der Rechtsnorm berücksichtigt. Dies soll keineswegs die Stärke des Einflusses von sozialen Normen auf das Recht leugnen. Doch wenn

globalen Rechts, 2006, und *Paul Schiff Berman*, Global Legal Pluralism, Southern California Law Review 80 (2007), S. 1155.

²² Vgl. aus der mittlerweile unüberschaubaren Fülle der Literatur zur *lex mercatoria* aus jüngerer Zeit nur *Alec Stone Sweet*, The New Lex Mercatoria and transnational governance, Journal of European Public Policy 13 (2006), S. 627.

²³ Vgl. zur *lex sportiva* *Florian Becker/Dirk Lehmkuhl*, Multiple Strukturen der Regulierung: Ursachen, Konflikte und Lösungen am Fall des Leichtathleten Baumann, in: Adrienne Héritier/Michael Stolleis/Fritz Scharpf (Hrsg.), European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels, 2004, S. 225.

²⁴ Siehe hierzu allgemein *Milos Vec*, Das selbstgeschaffene Recht der Ingenieure. Internationalisierung und Dezentralisierung am Beginn der Industriegesellschaft, in: Adrienne Héritier/Michael Stolleis/Fritz Scharpf (Hrsg.), European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels, 2004, S. 93.

²⁵ Vgl. etwa *Paul Schiff Berman*, (Fn. 21), S. 1179.

²⁶ Vgl. zum Verhältnis zwischen Recht und *Moral* *Niklas Luhmann*, (Fn. 10), S. 78 f.

²⁷ Vgl. hierzu für viele *Jan Busche*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1-240, ProstG, 5. Aufl. 2006, § 157 Rn. 16.

²⁸ *Ralf Michaels* Fn. 21).

es dabei zu einem echten Konflikt zwischen Rechts- und Sozialnormen kommt, dann setzen sich die Rechtsnormen ohne weiteres gegen die Sozialnormen durch.²⁹

Kommt den ICANN-policies dagegen Rechtsnormqualität zu, dann ist ihr Regelungsanspruch mit dem der U.S.-amerikanischen und koreanischen Rechtsordnung gleichrangig. Es liegt dann eine echte Rechtskollision vor und das Kollisionsrecht muss generell von Konflikten zwischen nationalen Rechtsordnungen auf Konflikte zwischen transnationalen sektoriellen Regimes untereinander und – wie in unserem Fall - mit nationalen Rechtsordnungen umdenken. Eine solche Umstellung von Territorialität auf "funktionale Regimezugehörigkeit" bedeutet, dass die normativen Sachvorgaben nicht mehr einfach den jeweiligen territorialen Rechtsordnungen entnommen werden können.³⁰ Die Fallentscheidung wäre nicht mit einer mechanischen Subsumtion unter die Normen des jeweils zufällig adressierten Forumsstaates zu fällen, sondern zugleich abhängig von den Eigenheiten des jeweiligen Funktionalregimes.

Nach welchem Kriterium aber entscheidet das Recht darüber, ob es mit einer Rechtsnorm oder mit einer Sozialnorm zu tun hat?

Auch diese Frage ist hochkontrovers. Deutlich dürfte bereits geworden sein, dass das gesuchte Kriterium nicht in einem irgendwie gearteten Staatsbezug der Norm liegt. Man muss sich von der gängigen Annahme verabschieden, dass das globale Recht seine Geltungsbedingungen ausschließlich von staatlicher Sanktionierung bezieht, sei es durch innerstaatliche Rechtsquellen, sei es von den offiziell anerkannten Rechtsquellen des Völkerrechts.³¹ Die Gesellschaftsfragmentierung erzwingt eine Ausweitung des Rechtsbegriffs über die Rechtsquellen des nationalstaatlichen wie des internationalen Rechts hinaus. Wie *Paul Schiff Berman* formuliert, ist es eine der noch ungelösten zentralen Zukunftsaufgaben des internationalen Rechts:

„recognizing and evaluating non-state jurisdictional assertions that bind sub-, supra-, or transnational communities. Such non-state jurisdictional assertions include a wide range of entities, from official transnational and international regulatory and adjudicative bodies, to non-governmental quasi-legal tribunals, to private standard-setting or regulatory organizations.“³²

²⁹ Zum Vorrang von Rechtsnormen vor Sozialnormen vgl. BGHZ 10, 228 (232), zu § 138 Abs. 1 BGB: „Es sind (...) die besonderen Umstände des einzelnen Falles darauf zu prüfen, ob der Vertrag mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden übereinstimmt. Dabei sind vor allem die Anschauungen der in Betracht kommenden beteiligten Kreise, hier der ehrbaren Kaufmannschaft, zu berücksichtigen, wobei das Durchschnittsmaß von Redlichkeit und Anstand zugrunde zu legen ist. *Etwaige Missbräuche, die sich in bestimmten Kreisen gebildet haben, sind nicht zu beachten (...)*“ (unsere Hervorhebung). Siehe auch *Christian Armbrüster*, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1-240, ProstG, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 14.

³⁰ In diese Richtung argumentieren auch *Graeme B. Dinwoodie*, *A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms*, *University of Pennsylvania Law Review* 149 (2000), S. 469, und *Paul Schiff Berman*, (Fn. 20).

³¹ Dieser etatistischen Sicht bleibt *Dieter Reuter*, *Das selbstgeschaffene Recht des internationalen Sports im Konflikt mit dem Geltungsanspruch des nationalen Rechts*, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1996), S. 1, immer noch verhaftet, auch wenn er jedenfalls für den internationalen Bereich nach neuen rechtspluralistischen Lösungen sucht.

³² *Paul Schiff Berman*, (Fn. 20), S. 325; siehe auch *T. Alexander Aleinikoff*, *Sovereignty Studies in Constitutional Law: A Comment*, *Constitutional Commentary* 17 (2000), S. 197, 201 f.

Die „transnationalen Gemeinschaften“, also die autonomen Gesellschaftsfragmente Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie, Massenmedien, Medizin, Erziehung, Transport, entwickeln einen enormen Normenbedarf, der aber nicht von nationalstaatlichen oder zwischenstaatlichen Institutionen gedeckt wird, sondern von autonomen privaten Rechtsregimes der transnationalen Gemeinschaften selbst.

Wie an anderer Stelle ausführlich begründet besitzen die von diesen „transnationalen Gemeinschaften“ gesetzten Normen nicht schon dann Rechtsqualität, wenn sie nach dem binären Code Recht/Unrecht Verhalten beurteilen.³³ Entscheidend ist vielmehr die Institutionalisierung von Prozessen sekundärer Normierung. Erst wenn Einrichtungen geschaffen sind, die die Beobachtungen erster Ordnung nach dem Code Recht/Unrecht systematisch einer Beobachtung zweiter Ordnung nach dem Rechtscode unterziehen, darf von der Existenz eines autonomen Rechts, ob mit oder ohne Staat, gesprochen werden. Der Begriff eines transnationalen Rechts außerhalb des staatlichen Rechts wäre folgendermaßen zu definieren:

"*Transnationales Recht* bezeichnet eine dritte Kategorie von autonomen Rechtssystemen jenseits der traditionellen Kategorien des staatlichen nationalen und internationalen Rechts. Transnationales Recht wird durch die Rechtsschöpfungskräfte einer globalen Zivilgesellschaft geschaffen und entwickelt, es ist auf allgemeine Rechtsprinzipien und deren Konkretisierung in gesellschaftlicher Praxis (Übung) gegründet, seine Anwendung, Interpretation und Fortbildung obliegt – jedenfalls vornehmlich – privaten Anbietern alternativer Streitschlichtungsmechanismen, und eine Kodifikation findet – wenn überhaupt – in Form von allgemeinen Prinzipien- und Regelkatalogen, standardisierten Vertragsformularen oder Verhaltenskodizes statt, die von privaten Normierungsinstitutionen aufgestellt werden."³⁴

Nach dem Kriterium der sekundären Normierung ist der *lex digitalis* und mit ihr den ICANN-policies die Qualität genuiner Rechtsnormen zuzumessen.³⁵ Sie stützen sich auf Sekundärnormierungen für privatautonome Akte der Internet-Nutzer, auf die expliziten Regeln der Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP),³⁶ wie auch die jeweiligen Supplemental Rules der von ICANN akkreditierten

³³ Gunther Teubner, (Fn. 10); Andreas Fischer-Lescano, Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, 2005, S. 129 ff.

³⁴ Graf-Peter Calliess, Transnationales Verbrauchervertragsrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 68 (2004), S. 244, 254 f.

³⁵ Vgl. zur *lex digitalis* Henry H. Perritt, Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 15 (2000), S. 675, 691 f. Ausdrücklich ihre Rechtsqualität bejahend etwa: Graf-Peter Calliess, Globale Kommunikation - staatenloses Recht: Zur (Selbst-)Regulierung des Internet durch prozedurales Recht, in: Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste (Hrsg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, ARSP-Beiheft Nr. 79, 2001, S. 61; Gunther Teubner/Vaios Karavas, <http://www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber "Privaten" im autonomen Recht des Internet, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Karl-Heinz Ladeur (Hrsg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, S. 249, 265 ff.; Karl-Heinz Ladeur/Lars Viellechner, Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globales Privatrechtsregimes, *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), S. 42, 64.

³⁶ Siehe insbesondere Section 4 lit a. UDRP.

Dispute Resolution Providers³⁷ und zuletzt auf die Entscheidungen der Provider-Panels.

Im Fall GlobalSantaFe liegt demnach in der Tat eine tripolare Rechtskollision vor. Für die Auflösung von Kollisionslagen, an denen ein transnationales Regimerecht beteiligt ist, existieren bislang keine Kollisionsregeln. Für sie müssen neue Kollisionsregeln entwickelt werden.

3. Neue Kollisionsregeln

An welchen Prinzipien müssten sich die neu zu entwickelnden Kollisionsregeln orientieren?

Das Territorialitätsprinzip, das das U.S.-Gericht in GlobalSantaFe für maßgeblich erachtete und nach dem der Fall nach Ansicht des Gerichts deswegen nach U.S.-amerikanisches Recht zu entscheiden gewesen sei, weil der Domain Name Registry VeriSign seinen Sitz in den Vereinigten Staaten hat, ist offensichtlich wenig befriedigend. Inhaltlich überzeugt es nicht wegen des genuin aterritorialen Charakters des Internet und seiner Regeln. Praktisch überzeugt es nicht, weil die Anwendung des Territorialitätsprinzips nicht nur zu einer Rechtszersplitterung im Internet, sondern darüber hinausgehend zu widersprüchlichen Entscheidungen führt, wenn auch andere Gerichte – wie in unserem Fall das koreanische Gericht – den territorialen Schwerpunkt des Falls in ihrem Nationalstaat sehen.

Näher schon kommt man einer angemessenen Lösung, wenn man neue Kollisionsregeln in Anlehnung an die Verweisungsnormen des Internationalen Privatrechts entwickelt. Es wäre nicht danach zu fragen, auf welchem territorialen Gebiet der Schwerpunkt zu verorten ist, sondern in welcher der konkurrierenden nationalen oder funktionalen Rechtsordnungen der – aterritorial verstandene – „Sitz des Rechtsverhältnisses“ liegt. In welchem (lokalen, nationalen oder transnationalen) Rechtsregime das Rechtsverhältnis seinen Schwerpunkt hat, wäre dann die kollisionsrechtliche Frage. Diese Frage wäre nach dem Kriterium der „primary coverage“, das *Trachtman* aus der Perspektive der institutionellen Ökonomik zum Problem der Abgrenzung von überlappenden Jurisdiktionskreisen entwickelt hat, zu beantworten.³⁸ Für die Wahl der maßgeblichen nationalen oder transnationalen Rechtsordnung wäre ausschlaggebend, in welchem gesellschaftlichen Sektor das Rechtsverhältnis zu verorten ist, und der Fall wäre nach den Sachnormen der Rechtsordnung zu entscheiden, das mit diesem gesellschaftlichen Sektor strukturell am engsten verbunden ist und daher das stärkste „Interesse“ an der Fallentscheidung hat.³⁹

³⁷ Eine Liste der aktuell akkreditierten Dispute Resolution Providers ist ebenso wie die von diesen erlassenen Supplemental Rules abrufbar unter (21. April 2008): www.icann.org/udrp/approved-providers.htm.

³⁸ *Joel P. Trachtman*, Institutional Linkage: Transcending "Trade and ...", *American Journal of International Law* 96 (2002), S. 77, 90 f.

³⁹ Ähnliche Gedanken findet man im Ansatz in den von *Brainerd Currie*, dem geistigen Vater des kollisionsrechtlichen „governmental interest approach“, formulierten Regeln zur Auflösung interlokaler Kollisionen nach U.S.-amerikanisches Recht, vgl. *Brainerd Currie*, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963, S. 183 f.; *Brainerd Currie*, Comment on *Babcock v. Jackson*, *Columbia Law Review* 63 (1963), S. 1233, 1242 f.

Befindet sich die „primary coverage“ im transnationalen Regime, dann müssten auch die nationalstaatlichen Gerichte das Recht des transnationalen Regimes anwenden. Befindet sie sich in der nationalstaatlichen Rechtsordnung, dann müssten auch die Spruchkörper der transnationalen Regimes das einschlägige nationale Recht anwenden. Diese klar geschnittene Lösung mit Hilfe von Verweisungsnormen hätte den Vorteil, dass sich widersprechende Gerichtsentscheidungen in ein und demselben Rechtsstreit eher vermieden werden könnten und dass sich das Kriterium der „primary coverage“ an Sachgesichtspunkten orientiert - nicht an der Zufälligkeit des Bestehens einer wie auch immer gearteten Verbindung des Falls zu einem Territorium.

Wendet man diese Kollisionsregel auf GlobalSantaFe an, dann liegt es nahe, angesichts der unauflöselichen Transnationalität des World Wide Web die „primary coverage“ der ICANN-policies zur Domainnamenvergabe zu bejahen. Die Kollisionsnorm würde damit auf die globale *lex digitalis* verweisen, deren Normen vom nationalstaatlichen Gericht anzuwenden wären. Nach den ICANN-policies wäre zwar zunächst das Prioritätsprinzip entscheidend, wonach der Koreaner Park den Vorrang hätte. Dann müsste GlobalSantaFe Corp. entsprechend § 4 lit a. UDRP darlegen und beweisen, dass (1) eine Verwechslungsgefahr zwischen dem von Park registrierten Domainnamen und dem zu ihrem Gunsten geschützten Unternehmenskennzeichen besteht, (2) Park kein Recht zur oder kein legitimes Interesse an der Registrierung und Nutzung des Domainnamen „globalsantafe.com“ hat und (3) Park bei der Registrierung oder Nutzung des Domainnamens im Hinblick auf die beiden genannten Punkte bösgläubig gehandelt hat.

Allerdings stellt sich sofort die Frage, ob die einfache Analogie zu den Verweisungsnormen des Internationalen Privatrechts den Besonderheiten einer Kollision nationalen Rechts mit einem transnationalen Regime ausreichend gerecht wird. Unterscheiden sich nicht nationale Rechtsordnungen, mit denen es das Internationale Privatrecht zu tun hat, in wichtigen Aspekten von transnationalen Regimes, die eine komplexere Lösung verlangen?

Der wesentliche Unterschied dürfte darin liegen, dass nationale Rechtsordnungen in dem Sinne umfassende Rechtsordnungen sind, dass selbst hochspezialisierte Vorschriften in einem dichten Gewebe der nationalen Rechtsnormen eingebettet sind. Damit wird eine „innere Balance“ zwischen unterschiedlichen Normen, Rechtsprinzipien und policies, die im Nationalstaat Geltung beanspruchen, hergestellt. Demgegenüber setzen transnationale Rechtsordnungen als spezialisierte „self-contained regimes“⁴⁰ nur für den einen funktionalen Gesellschaftssektor Recht, mit dem sie strukturell verbunden sind. Ihre Rechtsnormen verfolgen einseitig die Rationalitätskriterien eines Gesellschaftssektors. Sie sind nicht wie die kontextualisierten Normen einer nationalstaatlichen Vollrechtsordnung auf das umfassende „Gemeinwohl“ einer polity ausgerichtet.

⁴⁰ Vgl. zum Begriff des „self contained regime“ etwa *Martti Koskenniemi*, Outline of the Chairman of the ILC Study Group on Fragmentation of International Law. The Function and Scope of the *lex specialis* rule and the question of 'self-contained regimes', 2003, http://www.un.org/law/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf, S. 9: „A regime is a union of rules laying down particular rights, duties and powers and rules having to do with the administration of such rules, including in particular rules for reacting to breaches. When such a regime seeks precedence in regard to the general law, we have a 'self-contained regime', a special case of *lex specialis*.“

Das zu entwickelnde Kollisionsrecht wird diesen Unterschied beachten müssen. Liegt die „primary coverage“ des zu entscheidenden Falls in einem issue-spezifischen transnationalen Regime, muss das Kollisionsrecht dafür sorgen, dass im Ausgleich für dessen „Tunnelblick“ kontextuierende Elemente eingeführt werden, die die Mitberücksichtigung konkurrierender oder gegenläufiger Prinzipien ermöglichen. Als solche kämen insbesondere in Betracht:

- Beachtung des „ordre public transnational“: Wie im Internationalen Privatrecht erfolgt eine Rechtsverweisung auch im neuen Kollisionsrecht nicht vorbehaltlos. Die Ergebnisse, die aus der Anwendung des Regimerechts zu erzielen wären, wären am Maßstab eines „ordre public transnational“ auf ihre Akzeptabilität hin zu überprüfen. Allerdings ist zu betonen, dass es sich bei diesem nicht um ein uniform und global geltendes *ius non dispositivum* handeln würde. Vielmehr liegt es so, dass in unterschiedlichen Regimekontexten eine Referenz auf je unterschiedliche Gemeinwohlformeln gepflegt wird, dass man also einen regimespezifischen „ordre public transnational“ zu berücksichtigen hätte.
- *Comitas* gegenüber anderen Globalregimes und deren Eigenrationalität: Als weiterer kontextuierender Mechanismus wäre zu fordern, dass die transnationalen Regimes bei der Entwicklung ihrer Rechtsnormen die Eigenrationalitäten anderer Regimes und deren Rechtsordnungen zwar nicht im strengen Sinne einer echten Bindung als maßgeblich beachten, diese jedoch zur Kenntnis nehmen und wohlwollend berücksichtigen.

Aber selbst beim Einbau solcher die Einseitigkeit der „self-contained-regimes“ abmildernder Mechanismen in das Kollisionsrecht bliebe die Frage, ob die Anlehnung an die Verweisungstechnik des Internationalen Privatrechts den neuen Kollisionslagen ausreichend gerecht wird. Deren Brisanz folgt ja gerade aus ihrem nicht nur „trans-nationalen“, sondern „trans-institutionellen“ Charakter, also aus dem Umstand, dass nationale Rechtsordnungen und transnationale Rechtsregimes gleichberechtigt für sich reklamieren, das für die Lösung des Falls anzuwendende Recht zu stellen. Gegenüber einem solchen gleichzeitigen und gleichrangigen Regelungsanspruch scheint die Technik des Internationalen Privatrechts, je nach Schwerpunkt auf nur eine der beteiligten Rechtsordnungen zu verweisen, zu versagen.

In der Tat ist es so, dass unter modernen Bedingungen in vielen Lebensbereichen mehrfache und teilweise widersprüchliche Verhaltensanforderungen aus ganz unterschiedlichen Rechtsordnungen gleichzeitig gelten. Dann erscheint es aber wenig sachgerecht, diese Lage einseitig zugunsten einer der Rechtsordnungen aufzulösen. Anstatt einer künstlich wirkenden Separierung der Rechtsordnungen ist nach einer Lösung zu suchen, deren Ziel der Ausgleich, der Kompromiss, die Synthese zwischen den aufeinander treffenden Regimes ist.

Es liegt nahe, sich hierbei an dem für das U.S.-amerikanische internationale Privatrecht bzw. interlokale Kollisionsrecht einflussreich insbesondere von *Arthur Taylor von Mehren* entwickelten *substantive law approach* zu orientieren.⁴¹ Für die

⁴¹ Vgl. *Arthur Taylor von Mehren*, Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology, *Harvard Law Review* 88 (1974), S. 347, 356 f.; *Arthur Taylor von Mehren*, Choice of Law and the Problem of Justice, *Law and Contemporary Problems* 41 (1977), S. 27, 38 f. Vgl. aus jüngerer Zeit zum substantive law approach auch *Luther L.*

Lösung des Falls wäre dann eine eigenständige Sachnorm zu entwickeln, die Elemente aus allen aufeinander treffenden Rechtsordnungen reflektiert.⁴² Auch dem deutschen internationalen Privatrecht ist die Bildung spezieller Sachnormen im Rahmen der materiellrechtlichen Lösung des „Angleichungs-“ bzw. „Anpassungsproblems“ - trotz der Unterschiede, die zu dem hier vorgeschlagenen *substantive law approach* bestehen⁴³ - keineswegs fremd.⁴⁴

Der große Vorteil dieses Ansatzes gegenüber der Verweisungstechnik des klassischen Internationalen Privatrechts besteht darin, dass er den „Tunnelblick“ der „self-contained-regimes“ kompensiert und zugleich der unauflösbaren Trans-Institutionalität der Kollisionslage Rechnung trägt.⁴⁵

Im Rechtsstreit GlobalSantaFe wäre danach eine Norm zu bilden, die Regelungsgedanken aus dem U.S.-amerikanischen Recht, dem koreanischen Recht und den ICANN-policies aufnimmt. Sie dürfte im Ergebnis weitestgehend der genannten Norm der *lex digitalis* entsprechen. Die Entscheidung würde gegen den Cybersquatter ausfallen.

V. Kollisionen zwischen gesellschaftlichen Organisationsprinzipien: Biopiraterie

1. Funktionale Differenzierung v. segmentäre/stratifikatorische Differenzierung

Im Neem-Baum-Fall stellt sich die Kollisionsfrage anders.⁴⁶ Zunächst sind auch hier Regime-Kollisionen am Werke, denen gesellschaftliche Systemkonflikte zugrunde liegen.⁴⁷ Sie äußern sich in den vielfältigen Versuchen, das Problem der Begründung exklusiver Nutzungsrechte an traditionellen Wissensbeständen auf globaler Ebene

McDougal III, "Private" International Law: *Ius Gentium Versus Choice of Law Rules or Approaches*, *American Journal of Comparative Law* 38 (1990), S. 521, 536 f. Siehe auch *Friedrich K. Juenger*, *Choice of Law and Multistate Justice*, 1993, S. 236 f.

⁴² Für internationale Sachverhalte, die das Recht des Geistigen Eigentums betreffen, spricht sich ähnlich auch *Graeme B. Dinwoodie*, (Fn. 30.), S. 543 f., für einen *substantive law approach* aus. Vgl. zum *substantive law approach* als Methode zur Bewältigung von Kollisionslagen auch *Paul Schiff Berman*, (Fn. 21), S. 1218.

⁴³ Die Unterschiede bestehen darin, dass – erstens – das „Angleichungs-“ bzw. „Anpassungsproblem“ nur im Fall des Normenwiderspruchs (Normenhäufung oder Normenmangel) entsteht und – zweitens – dass sich die bei der materiellrechtlichen Lösung des Problems zu entwickelnde Sachnorm primär an der kollisionsrechtlich berufenen Rechtsordnung orientiert, also keine Mischung aus den Regelungsgedanken aller beteiligten Rechtsordnungen darstellt.

⁴⁴ Vgl. zur „Angleichung“ bzw. „Anpassung“ *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl. 2004, S: 357 ff.; *Jan Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl. 2006, S. 234 ff. Siehe auch *Ernst Steindorff*, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, 1958, S. 17 f. und 26 ff.

⁴⁵ Einen parallelen Ansatz verfolgen für die Normkollisionen europäischen Mehrebenenkontext *Marc Amstutz*, (Fn. 13), S. 216 f.; *Christian Joerges*, *The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective*, *European Law Journal* 3 (1997), S. 378; *Christian Joerges/Christine Godt*, *Free Trade: The Erosion of National, and the Birth of Transnational Governance*, *European Review* 13 (2005), S. 93.

⁴⁶ Detaillierte Ausarbeitung der Kollisionsprobleme und ihrer Lösungsalternativen *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, *Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?* in: Christoph Beat Graber/Mira Burri-Nenova (Hrsg.), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: Legal Protection in a Digital Environment*, 2008, (im Erscheinen).

⁴⁷ Vgl. *Saskia Sassen*, *Territory-Authority-Rights - From Medieval to Global Assemblages*, 2006.

zu regulieren.⁴⁸ Auch hier kollidieren Teilrationalitäten der Weltgesellschaft miteinander: Leitprinzipien der Ökonomie, der Wissenschaft, der Medizin, der Kultur und der Religion streiten um den Zugriff auf traditionelles Wissen und um dessen Beschränkung. In grober Vereinfachung: Es konfliktieren wirtschaftliche, wissenschaftliche und medizinische Verwertungsinteressen mit den Forderungen nach Integrität und Diversität von Kulturen, Religionen und Lebenswelten, und auf diese Konflikte reagieren verschiedene Regulierungsprojekte höchst unterschiedlich.

Eine solche Sicht qualifiziert traditionelles Wissen zunächst zu Recht als ein Problem der Rationalitätenkollisionen innerhalb der Moderne. Doch muss man hier einen beträchtlichen Schritt über den bisherigen Diskussionsstand in Sachen Rechtsfragmentierung hinausgehen. Rationalitätenkollision wird nur der einfachen, nicht aber der *doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft* gerecht. Sie macht zwar deutlich, wie die Bestände traditionellen Wissens divergierenden Anforderungen innerhalb der weltweiten funktionalen Differenzierung ausgesetzt sind, aber sie verfehlt die zweite Fragmentierung: den kulturellen Polyzentrismus der globalen Kommunikation, das Gegeneinander unterschiedlicher Regionalkulturen.⁴⁹ Der Konflikt ist aus dieser doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft entstanden – der Fragmentierung der Funktionssysteme einerseits und der Fragmentierung der Regionalkulturen andererseits.⁵⁰ Erst mit dieser Verortung des Konflikts lassen sich für die Suche nach konfliktadäquaten Rechtsnormen Richtungsangaben machen.

Entscheidend dafür ist der Unterschied zwischen globalen und regionalkulturellen Differenzierungsprinzipien der Gesellschaft: funktionale Differenzierung der „modernen“ Wissensbestände versus gesellschaftliche Einbettung „traditionellen“ Wissens. Dieser Unterschied gibt den Konflikten um traditionelles Wissen ihren Eigensinn. Nicht die moderne Gesellschaft als solche, als kapitalistische Gesellschaft, als Organisationsgesellschaft oder als Wissensgesellschaft, sondern je einzelne aus ihrer Binnendifferenzierung entstandene hochspezialisierte Aktionszentren - Funktionssysteme, formale Organisationen, Netzwerke, epistemic communities – sind jedes für sich auf eine andere spezifische Weise an der Desintegration der Wissensproduktion in den Regionalkulturen beteiligt. Wenn diese auf jeweils nur eine Funktion spezialisierten Institutionen der Moderne auf multifunktionale Strukturen in segmentären oder stratifizierten Sozialbereichen stoßen, dann können sie gar nicht anders, als deren traditionelle Wissensgenerierung aus ihrer gesellschaftlichen Einbettung herauszureißen und in ihren je eigenen Prozessen zu transformieren.

⁴⁸ Vgl. etwa Art. 8(j) und Art. 10(c) der Convention on Biological Diversity, abrufbar unter (21. April 2008): <http://www.cbd.int/convention/convention.shtml>. Siehe auch Ziffer 19 der Doha Ministerial Declaration vom 14. November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, abrufbar unter (21. April 2008): http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm. Vgl. ferner die vom *WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* erarbeiteten und diskutierten Entwürfe für Bestimmungen zum Schutz von traditional knowledge, WIPO Publication WIPO/GRTKF/INF/1, abrufbar unter (21. April 2008): http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/consultations/draft_provisions/pdf/draft-provisions-booklet.pdf.

⁴⁹ Siehe *Surya P. Sinha*, (Fn. 20).

⁵⁰ Vgl. *Rudolf Stichweh*, Strukturbildung in der Weltgesellschaft – Die Eigenstrukturen der Weltgesellschaft und die Regionalkulturen der Welt, in: Thomas Schwinn (Hrsg.), *Die Vielfalt und Einheit der Moderne. Kultur- und strukturvergleichende Analysen*, 2006, S. 239.

„To divorce ‚science‘ from ‚religion‘ and to tear away the ‚cosmological‘ or spiritual gloss from an allegedly ‚practical‘ core will undermine many forms of traditional knowledge.“⁵¹

Hochspezialisierte „self-contained“ Systeme der Moderne verwerten „ganzheitliche“ traditionelle Kulturzusammenhänge für ihre spezialisierten Ziele, indem sie diese aus dem Reproduktionszusammenhang des traditionellen Wissens lösen, auf den es aber für seine Weiterentwicklung angewiesen ist. Kurz: Die Multidirektionalität traditioneller Institutionen wird von der Unidirektionalität der modernen Hyperstrukturen unterminiert.

Es geht darum, dass die Eigenrationalitätsmaximierungen von Hyperstrukturen der Weltgesellschaft – von Funktionssystemen, formalen Organisationen, Netzwerken und von epistemic communities - in ihren gesteigerten Informationsbedürfnissen Wissensbestände der Regionalkulturen aus ihren Lebenszusammenhängen reißen und unaufhaltsam in ihren Sog ziehen. Besonders deutlich wird dies daran, wie die Eigenrationalität der globalisierten Wissenschaft mit traditionellem Wissen umgeht.⁵² Die wissenschaftlich legitime Forderung, dass Wissen in den „public domain“ gehöre, muss zwangsläufig Strukturen des kommunalen Eigentums am Wissen in Regionalkulturen zerstören; das Prinzip allgemeiner Zugänglichkeit des Wissens verletzt religiös motivierte Geheimnissphären; wissenschaftlich spezialisierte Methoden der kontrollierten Überprüfbarkeit verlangen, die Abhängigkeit von Religion, Kultur und Lebenswelt zu beseitigen, die aber überlebenswichtig ist.

2. Grundrechte als Modell für Rechtskollisionsnormen

Diesen Konflikten werden die herkömmlichen Kollisionsnormen, wie sie zwischen „Western und Non-Western Law“⁵³ entwickelt wurden, nicht gerecht. Kollisionsnormen, die auf den Konflikt gesellschaftlicher Konstitutionsprinzipien zugeschnitten sind, müssen so angelegt sein, dass sie den Hyperstrukturen der Weltgesellschaft in ihrer Expansion in regionalkulturelle Bereiche Grenzen setzen, so dass sie mit der Integrität traditionellen Wissens am ehesten kompatibel sind. Man muss bei den einzelnen expansiven Institutionen der Moderne selbst ansetzen und ihnen mit äußerem Druck Selbstbeschränkungen abverlangen. Die Formel heißt: extern erzwungene Selbstbeschränkungen gegenüber destruktiven Expansionen unifunktionaler Interventionen in gesellschaftlich eingebettete Wissensbestände. Die Hyperstrukturen der globalisierten Moderne müssen dazu gezwungen werden, regionalkulturelle Unverfügbarkeiten zu respektieren.⁵⁴

⁵¹ *Rosemary J. Coombe*, Protecting Cultural Industries to Promote Cultural Diversity: Dilemmas for International Policy-Making Posed by the Recognition of Traditional Knowledge, in: Keith Maskus/Jerome Reichman (Hrsg.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, 2005, S. 559, 606.

⁵² Vgl. etwa Art. 1.1. und 12.3 des International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, abrufbar unter (21. April 2008): <http://www.fao.org/AG/cgrfa/itpgr.htm>. Zur Kritik an wohlmeinenden Projekten, traditionelles Wissen über eine „global database“ zu schützen, sie damit aber zugleich dem Zugriff moderner Wissenschaft zu unterwerfen, *Erica-Irene Daes*, *Intellectual Property and Indigenous Peoples*, *American Society of International Law Proceedings* 95 (2001), S. 143, 144 f.

⁵³ *Roeland Duco Kollelijn*, *Conflicts of Western and Non-Western Law*, *International Law Quarterly* 4 (1951), S. 307.

⁵⁴ Zu den Schwierigkeiten, traditionelle Selbstverständnisse in modernen Kategorien, besonders in Rechtskategorien zu fassen, *Rosemary J. Coombe*, (Fn. 51), S. 611 ff.

Als kategorial geeignet für diese Kollision von gesellschaftlichen Konstitutionsprinzipien – funktionale Differenzierung v. segmentäre/stratifikatorische Differenzierung - dürfte sich die von *Niklas Luhmann* entwickelte soziologische Theorie der Grundrechte erweisen, weil sie in anderen Kontexten die Aufmerksamkeit darauf gelenkt hat, dass destruktive Aspekte der funktionalen Differenzierung durch soziale Gegenbewegungen mehr oder weniger erfolgreich konterkariert worden sind. Und zwar dadurch, dass die Gegenbewegungen expansiven Sozialsystemen Kollisionsnormen abnötigten, die sie zur Selbstbeschränkung ihres Geltungsanspruches zwangen. Allerdings muss sich die Grundrechtstheorie auf die ganz anders gelagerten Konflikte zwischen funktional differenzierter Globalität und in Regionalkulturen eingebettetem Wissen einstellen.

Soziologisch gesehen sind Grundrechte nicht, wie Juristen es meist sehen, mit Gerichtsschutz ausgestattete Individualrechte gegen staatliche Macht, sondern soziale Gegeninstitutionen innerhalb einzelner Subsysteme, die deren Expansion von innen her beschränken. In systemtheoretischer Sicht erschöpft sich die Rolle der Grundrechte nicht darin, individuelle Rechtspositionen zu schützen, sondern sie besteht zugleich darin, die Autonomie sozialer Sphären gegen Überwältigungstendenzen abzusichern.⁵⁵ Historisch entstanden Grundrechte im Gegenzug zu der für moderne Gesellschaften typischen Emergenz autonomer Handlungssphären, vor allem gegenüber der Matrix der autonomisierten Politik. Sobald im politischen System expansionistische Tendenzen aufkamen, die die Integrität anderer autonomer Gesellschaftsbereiche bedrohten, kam es zu turbulenten gesellschaftlichen Konflikten. Die in diesen Konflikten erkämpften Positionen wurden als Grundrechte formuliert und als soziale Gegeninstitutionen innerhalb der Politik institutionalisiert. Solche Expansionstendenzen manifestieren sich in historisch sehr unterschiedlichen Konstellationen, früher hauptsächlich in der Politik, heute eher in der Wirtschaft, in der Wissenschaft, der Technologie und anderen gesellschaftlichen Sektoren.

Solche am Modell des institutionellen Grundrechtsschutzes orientierte Kollisionsnormen unterscheiden sich von den Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts und des Völkerrechts strukturell dadurch, daß sie nicht die Kollision nationalstaatlicher Rechtsordnungen regeln, sondern Kollisionen gesellschaftlicher Teilbereiche. Zunächst ging es um die Kollision der Politik mit gesellschaftlichen Autonomiebereichen, dann um die Kollision der Autonomiebereiche untereinander, in unserem Zusammenhang schließlich um die Kollision von gesellschaftlichen Konstitutionsprinzipien. Mit Hilfe von Grundrechtsgarantien die Autonomie von Handlungssphären als Gegenbewegung gegen Überwältigungstendenzen zu garantieren, ist der generelle Reaktionsmechanismus, der sowohl in der herkömmlichen vertikalen Dimension politischer Grundrechte als auch in der heute aktuellen horizontalen Dimension der „Drittwirkung der Grundrechte“, in ihrer Wirkung gegenüber anderen expansiven Subsystemen, am Werke ist. War es die zentrale

⁵⁵ Zum systemtheoretischen Ansatz der Grundrechte als Institution, *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965. Dazu *Gert Verschraegen*, Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory, *Journal of Law and Society* 29 (2002), S. 258. Zu seiner Ausarbeitung in verschiedenen gesellschaftlichen Kontexten *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, *Der Staat* 45 (2006), S. 161; *Karl-Heinz Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, *Kritische Justiz* 32 (1999), S. 281; *Christoph Graber/Gunther Teubner*, Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere, *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), S. 61.

Aufgabe politischer Grundrechte, die Autonomie anderer Handlungssphären gerade vor ihrer politischen Instrumentalisierung zu bewahren, so ist es zur zentralen Aufgabe „gesellschaftlicher Grundrechte“ geworden, gegenüber der Matrix des dominanten gesellschaftlichen Rationalisierungstrends die Artikulationschancen sog. nicht-rationaler Handlungslogiken zu sichern.⁵⁶

Exemplarisch läßt sich an der Problematik der Biopiraterie zeigen, dass sich heute ähnliche Expansionstendenzen einzelner spezialisierter Subsysteme auch anderswo, nämlich an der problematischen Grenze zwischen globalisierter Moderne und traditionellen Regionalkulturen, manifestieren. In der Tat geht es hier primär um ein Problem der horizontalen Wirkung der Grundrechte:

„In the fields of cultural protection and biopiracy, however, the key actors are not states but private entities, such as universities, museums, and business corporations.“⁵⁷

Dies macht eine weitere Generalisierung der Grundrechtstheorie erforderlich, nun aber in eine andere Richtung. Wenn die Matrix der funktionalen Differenzierung nicht nur die Integrität von Autonomiebereichen innerhalb der Moderne bedroht, sondern auch die Integrität traditionellen Wissens in den Regionalkulturen, dann entspräche es der geschilderten institutionellen Logik, zu erwarten und normativ zu postulieren, dass externe Konflikte, Proteste, organisierter Widerstand und Sozialbewegungen die Hyperstrukturen der Moderne dazu zwingen, Grundrechte als interne Selbstbeschränkungen ihres Expansionsdranges zu institutionalisieren. Und es ist institutionelle Fantasie gefordert, wenn die erzwungene Selbstbeschränkung von Funktionssystemen, formalen Organisationen, Netzwerken und epistemic communities in wirksame policies und Rechtsnormen umgesetzt werden soll.

Das führt dazu, dass ein Kollisionsrecht, das im Rahmen einer doppelt modifizierten Theorie der Grundrechte entwickelt wird, auf die Entwicklung von hybriden Rechtsformen innerhalb des modernen Rechts abzielen muss. Es würde einen eigenartigen Kompromiss zwischen regionalkulturellen Selbstverständnissen und Rechtsschutzmechanismen der Moderne darstellen. Der Kompromiss muß einen Weg finden zwischen der Sensibilität moderner Institutionen für regionalkulturelle Eigenheiten und der Operativität des modernen Rechts, da allein in der Sprache des modernen Rechts der Schutz regionalkultureller Eigenheiten wirksam erfolgen kann.

3. Re-entry des Fremden im Eigenen

Das würde bedeuten, dass die Institutionen der Moderne mit Hilfe von Kollisionsnormen dazu veranlasst werden müssten, die normativen Belange indigener Kulturen innerhalb des modernen Rechts zu rekonstruieren. Heißt das dann, Schutz für traditionelles Wissen dadurch zu ermöglichen, dass das moderne Recht mit Hilfe von Kollisionsnormen weitgehend auf „customary law“ verweist? So wird es in der Tat von ethnologisch gebildeten Rechtspolitikern gefordert.⁵⁸ Aber

⁵⁶ Weiterführende Analysen: *Gralf-Peter Calliess*, (Fn. 10); *Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, 2007; *Karl-Heinz Ladeur/Lars Viellechner*, (Fn. 35).

⁵⁷ *Erica-Irene Daes*, (Fn. 52), S. 148.

⁵⁸ *Erica-Irene Daes*, (Fn. 52); *Anthony Taubman*, Saving the Village: Conserving Jurisprudential Diversity in the International Protection of Traditional Knowledge, in: Keith Maskus/Jerome Reichman

gerade dies stellt den Versuch, das Verhältnis von globaler Moderne und regionaler Kulturen als Grundrechtsfrage zu formulieren, vor das fundamentale Problem, ob überhaupt das Fremde im Eigenen authentisch rekonstruiert werden kann.

Wenn man die Institutionen der Moderne daran hindern soll, ihre Expansion voranzutreiben, dann gibt es keinen anderen Weg, als das Fremde in der eigenen Begrifflichkeit zu rekonstruieren, damit interne Schranken an geeigneter Stelle überhaupt errichtet werden können. Andernfalls gleiten externe Proteste und Widerstände im Namen der Regionalkulturen an ihnen wirkungslos ab. Aber es gibt – und darauf kommt es an – mehr oder weniger responsive, mehr oder weniger umweltsensible Arten dieser Rekonstruktion – die aber immer "Konstruktion" bleibt, denn "in Wahrheit" gibt es das „indigenous law“ als ein Formalrecht, wie man es im modernen Sinne rekonstruieren müsste, überhaupt nicht. Es ist ein schieres Konstrukt seiner modernen Erfinder. Das moderne Recht klaubt sich aus den faktischen Handlungsabläufen, Gebräuchen und kulturellen Normierungen der Regionalkulturen ihm genehme Elemente zu einer Collage zusammen, die es dann als „customary law“, d.h. als von der Regionalkultur selbstgeschaffene normative Eigentumspositionen und Handlungspflichten, ausgibt. Diese Lektüre des modernen Rechts beruht auf einem einzigen großen Missverständnis – einem unter Umständen kreativen Missverständnis. Es ist aber nur dann kreativ, wenn es nicht eine reine Erfindung von etwas Neuem ins Blaue hinein produziert, sondern wenn es fremdes kulturelles Material aufspürt und transformiert. Wie sagt der portugiesische Rechtssoziologe *Boaventura de Sousa Santos*, der eine postmoderne Theorie des Rechtspluralismus aufführen will? – "Law. A Map of Misreading".⁵⁹

Wenn das Kollisionsrecht der globalen Moderne auf das „customary law“ indigener Kulturen zu verweisen beansprucht, missversteht es systematisch Kommunikationen der Regionalkultur als formale Rechtsakte, die Rechtsnormen schaffen, ja muss sie missverstehen, wenn sie als Schranken wirksam werden sollen. Wohlgedenkt nicht nur als Rechtsakte, über die das Recht mit Hilfe anderweitig produzierter Normen urteilt, sondern als Rechtsakte, die selbst Normen produzieren. Über diese Realfiktion schafft sich das moderne Kollisionsrecht selbst im Institut des „indigenous law“ einen neuen Rechtsproduktionsmechanismus, der mit Verboten und anderen Rechtssanktionen den Expansionstendenzen der Moderne entgegenwirken kann. Hier stecken die Chancen, wie ein globaler Grundrechtsschutz für indigene Kulturen Responsivität entwickeln kann. Aussichtsreich erscheint der Versuch, deren Selbstverständnis soweit wie möglich zu eruieren, um davon ausgehende gezielte Handlungsbeschränkungen in der jeweiligen Sprache der fragmentierten Regimes der Moderne zu rekonstruieren. Das Selbstverständnis der Träger des traditionellen Wissens – „the principle of indigenous self-determination“ – sollte das normative Gravitationszentrum darstellen.⁶⁰ Dann geht es nicht nur um den Schutz des traditionellen Wissens in abstracto, sondern um den Schutz der kulturellen Zusammenhänge, in denen das Wissen produziert wird.

(Hrsg.), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*, 2005, S. 521; *Rosemary. J. Coombe*, (Fn. 51).

⁵⁹ *Boaventura de Sousa Santos*, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, 2003, S. 417 ff.

⁶⁰ *Rosemary. J. Coombe*, (Fn. 51); *Anthony Taubmann*, (Fn. 58), S. 46; *Erica-Irene Daes*, (Fn. 52), S. 146.

4. Rekurs auf „customary law“

Statt global-substantieller Herangehensweise erscheint es darum sachgerechter, im Rahmen eines Kollisions-Approachs an bestehende kulturelle Praktiken anzuknüpfen und anzuerkennen,

„that traditional knowledge must be acquired and used in conformity with the customary laws of the peoples concerned“.⁶¹

Im Rahmen des UN-Menschenrechtssystems gelten die Art. 19 und 27 des International Covenant on Civil Political Rights. Weiter formuliert der 17. General Comment des Committee on Economic, Social and Cultural Rights zu Art. 15 Abs. 1(c) des International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights:

„With regard to the right to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of indigenous peoples, States parties should adopt measures to ensure the effective protection of the interests of indigenous peoples relating to their productions, which are often expressions of their cultural heritage and traditional knowledge. In adopting measures to protect scientific, literary and artistic productions of indigenous peoples, States parties should take into account their preferences. Such protection might include the adoption of measures to recognize, register and protect the individual or collective authorship of indigenous peoples under national intellectual property rights regimes and should prevent the unauthorized use of scientific, literary and artistic productions of indigenous peoples by third parties. In implementing these protection measures, States parties should respect the principle of free, prior and informed consent of the indigenous authors concerned and the oral or other customary forms of transmission of scientific, literary or artistic production; where appropriate, they should provide for the collective administration by indigenous peoples of the benefits derived from their productions.“⁶²

Demnach bedarf es der Entwicklung eines Kollisionsrechts zwischen modernem formalen Recht und holistischen kulturellen Praktiken in traditionellen Gesellschaftssegmenten. Die herkömmlichen Vorschläge für ein solches Kollisionsrecht verlangen an dieser Stelle den Rückgriff auf „the acquisition and use of indigenous people’s heritage according to the customary laws of the indigenous people concerned“.⁶³ Der unmittelbare Rückgriff auf diese Gewohnheitsrechte ist indes, wie gezeigt, unmöglich, weil die Bezugnahme auf lokales Gewohnheitsrecht die holistisch organisierten Gesellschaftsformationen bereits mit der Brille funktionaler Differenzierung betrachtet und funktional codiert, was ganzheitlich nicht-

⁶¹ *Four Directions Council, Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity: Contribution of the Four Directions Council. Submission to the Secretariat for the Convention on Biological Diversity, 1996.*

⁶² *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 17: The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author (art. 15 (1) (c)), E/C.12/GC/17, 12. Januar 2006; zu Traditional Cultural Expression, siehe insbesondere Abschnitt 32.*

⁶³ *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, World Intellectual Property Organization, Composite Study on the Protection of Traditional Knowledge, WIPO/GRTKF/IC/5/8, 28. April 2003, Rn. 105, abrufbar unter (21. April 2008): http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_8.pdf.*

differenziert ist. Kollisionsrecht in diesem Sinne setzt den modernen Gegenpart eines autonomen Rechts voraus. Da es diesem in den genannten Formationen ermangelt, bedarf es der skizzierten Methode des „produktiven Missverständnisses“: Die modernen, transnationalen Institutionen werden Verweisungsnormen und zugleich „sachrechtliche“ Normierungen der Selbstbeschränkung zu entwickeln haben. Diese Doppelung von Rekurs auf das Fremde und Beschränkung des Eigenen macht den prinzipiellen Unterschied zur Verweisungstechnik des Internationalen Privatrechts aus.

Folgt man einer solchen institutionellen Sichtweise, dann wird zugleich deutlich, dass es nicht ausreichend ist, wie die Verweisungstechnik des Internationalen Privatrechts nahe legt, auf das indigene Recht zu verweisen und traditionelles Wissen als bloßen Wissensbestand zu schützen, wie es in manchen Vorschlägen zur digitalen Auswertung, Dokumentierung und Sicherung traditioneller Wissenskomplexe gefordert wird.⁶⁴ Das dient zwar ihrer besseren Verwertung durch die moderne Wirtschaft und Wissenschaft. Es mag auch dazu verhelfen, moderne Patentierungen zu verhindern, da durch die Digitalisierung das Merkmal der „Neuheit“ effektiv entfällt. Aber es verfehlt die Bedingungen der Wissensproduktion. Denn Bestand und Entwicklung dieses Wissens hängt wesentlich vom Kontext der Wissenserzeugung ab, also der Erhaltung der Rahmenbedingungen der lokalen Kultur. An dieser Stelle bricht der Konflikt zwischen dem hochspezialisierten Wissensbegriff der Moderne und dem holistischen traditionellen Wissen erneut auf. Ebenso der Konflikt zwischen dem formalen Recht der Moderne und dem gesellschaftlich eingebetteten Recht der Regionalkulturen. Kann das moderne Recht diesem Konflikt gerecht werden? „Globalize diversity holistically“ – so lautet eine paradoxe Antwort.⁶⁵ In der Sache bedeutet dies, nicht einfach die Resultate, sondern den gesamten Prozess der Wissensproduktion in den Grundrechtsschutz einzubeziehen. Verlangt ist hier Grundrechtsschutz nicht nur des traditionellen Wissens, sondern der Einbettung dieses Wissens selbst.⁶⁶

5. Prozeduralisierte Kollisionsnormen

Damit wird zugleich deutlich, dass eine solche Autonomiekonzeption nicht lediglich darauf zielen kann, über den Schutz von traditionellem Wissen Kulturreserve in ihrem jetzigen Bestand zu erhalten. Eine Politik des Artenschutzes wäre unzureichend, da sie bloß auf Strukturautonomie und nicht auf Prozessautonomie zielt. Ein Grundrechtsschutz müsste vielmehr so angelegt sein, dass er den Rahmen schafft, eine eigenständige Entwicklung indigener Kulturen in Auseinandersetzung mit der Moderne dadurch zu ermöglichen, dass er die spezifischen Invasionen der Moderne beschränkt und als Kompensation Ressourcentransfers an indigene Gesellschaftssegmente anordnet. Für die Realisierung dieses Anliegens gibt es eine Reihe sinnvoller Ansätze, an die das Kollisionsrecht zum Schutz des traditionellen Wissens anknüpfen kann und die erste Anhaltspunkte für die weitere Ausgestaltung des globalen Grundrechtsschutzes liefern.

Das gilt zunächst für die Zuschreibung kommunal-kollektiver Rechte. Wer ist Träger solcher prozeduralisierter Kollisionsrechte? Als Diskursrechte dienen diese Rechte transsubjektiven Zielen. Bei der Identifizierung des geschützten Personenkreises

⁶⁴ Berechtigte Kritik bei *Erica-Irene Daes*, (Fn. 52).

⁶⁵ *Anthony Taubman*, (Fn. 58), S. 525.

⁶⁶ *Anthony Taubman*, (Fn. 58), S. 540.

geht es nicht um eine Rechtsträgerschaft im ontologischen Sinn, sondern um die Frage: Wem ist die rechtliche Durchsetzung der Diskursrechte anzuvertrauen? Dazu bedarf es nicht notwendig eines personifizierten Kollektivs. Vielmehr kann auf eine ganze Reihe von Techniken der Zuschreibung zu Rechtspersonen zurückgegriffen werden, mit Hilfe derer die Rechte implementiert werden können. Das ist nicht nur wichtig für die Rechte selbst, sondern auch für das prozessuale Standing. So hat bspw. das australische Gericht im Fall *Onus v. Alcoa of Australia Ltd.* festgestellt, dass

„the members of the [Gournditichjmara] community are the guardians of the relics according to their laws and customs and they use the relics. I agree [...] that in these circumstances the applicants have a special interest in the preservation of these relics, sufficient to support locus standi.“⁶⁷

Hierbei ist eine weite Fassung des Gemeinschaftsbegriffs notwendig, die die Kontingenzen der Bildung solch epistemischer Gruppen reflektiert,⁶⁸ zugleich aber ermöglicht, den Schutz der Diskursrechte und den Kreis der Verpflichteten im Recht der Moderne effektiv zu fassen. Ein unter anderem zur Umsetzung der Convention on Biological Diversity (CBD) erlassenes brasilianisches Gesetz beschreibt in Art. 7 Abs. 3 die lokale Gemeinschaft bspw. als

„human group, including descendants of Quilombo communities, differentiated by its cultural conditions, which is, traditionally, organized along successive generations and with its own customs, and preserves its social and economic institutions.“⁶⁹

Die Partizipation dieser Gruppen an der Zugangsentscheidung zum traditionellen Wissen zu ermöglichen, ist die zentrale Herausforderung der Kompatibilisierung der Rechtsmassen. Sofern Autoren diese Herausforderung als Desiderat der Bürokratisierung des traditionellen Wissens kritisieren,⁷⁰ bleibt ihnen verborgen, dass die Einbeziehung der Logik der *altera pars* eine wechselseitige Bewegung sein muss. Darauf zu verzichten, hieße im Ergebnis, die monodirektionale Usurpation der Weltgesellschaft fatalistisch zu akzeptieren, anstelle der Konstitutionalisierung eine globale Deregulierung einzufordern, und es hieße auch, die vielfältigen Rechtsverpflichtungen zu verkennen, die insbesondere zur Beachtung der Konzepte „prior informed consent“ (PIC) und „benefit sharing“ drängen.⁷¹ Die nähere

⁶⁷ *Onus v. Alcoa of Australia Ltd.*, C.L.R. 27 (1981), 149, Mason, J.

⁶⁸ *Benedict Anderson*, *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*, 1991.

⁶⁹ PROVISIONAL ACT NO 2,186-16, 23. August 2001, Übersetzung abrufbar unter (21. April 2008): <https://www.biodiv.org/doc/measures/abs/msr-abs-br-en.pdf>.

⁷⁰ *Hanns Ullrich*, *Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics?*, 2005, <http://ssrn.com/paper=838107>.

⁷¹ Vgl. auch die Forderung in Ziff. 2.5. der *Commission on Human Rights, Sub-Commission of Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Working Group on Indigenous Populations*, *The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*, Whakatane, 12.-18. June 1993, Aotearoa, New Zealand, abrufbar unter (21. April 2008): http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/creative_heritage/docs/mataatua.pdf: “Develop in full co-operation with indigenous peoples an additional cultural and intellectual property rights regime incorporating the following: collective (as well as individual) ownership and origin, retroactive coverage of historical as well as contemporary works, protection against debasement of culturally significant

Ausgestaltung beider Mechanismen ist die Möglichkeitsbedingung für den wirksamen Schutz des traditionellen Wissens.

Über den PIC⁷² ist zu gewährleisten, dass die kommunalen Gruppen an den für sie relevanten Entscheidungsprozessen Beteiligung finden⁷³ und gegebenenfalls das Recht haben, den Zugang zu verweigern.⁷⁴ Eine Formulierung, die dieses Regelungsziel zu implementieren sucht, findet sich in Art. 5 der „African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources“:

“1) Any access to biological resources, knowledge and or technologies of local communities shall be subject to the written prior informed consent of: (i) the National Competent Authority; as well as that of (ii) the concerned local communities, ensuring that women are also involved in decision making.

(2) Any access carried out without the prior informed consent of the State and the concerned local community or communities shall be deemed to be invalid and shall be subject to the penalties provided in this legislation or any other legislation that deals with access to biological resources.

(3) The National Competent Authority shall consult with the local community or communities in order to ascertain that its/their consent is sought and granted. Any access granted without consultation with the concerned community or communities shall be deemed to be invalid and in violation of the principle and requirement for prior informed consent as required under this Article.”⁷⁵

Die hier angesprochenen Rechtsfolgen bei der Nutzung des traditionellen Wissens trotz fehlender Zustimmung können vielfältiger Natur sein. So ist es nicht einsehbar, wenn der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission vom 26. April 2006 über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, der die RL 2004/48/EG zu verschärfen sucht,⁷⁶ sich auf Produktpiraterie beschränkt und die Fragen der Biopiraterie ausblendet. Insbesondere bei der Frage der Einholung des PIC und der im Unterlassungsfall anzuwendenden Sekundärhaftung in Form von Pönalisierungs- oder Restitutionspflichten ist der Hinweis auf das Zustandekommen des Konsenses nach den Gepflogenheiten der jeweiligen

items, cooperative rather than competitive framework, first beneficiaries to be the direct descendants of the traditional guardians of that knowledge, multi-generational coverage span.”

⁷² Guter Text hierzu: *Marc-Antoine Camp*, Wer darf das Lied singen? Musikethnologische Anmerkungen zum rechtlichen Status traditioneller Musikkulturen, sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 9 (2005), S. 307, abrufbar unter (21. April 2008): <http://musicandcopyright.beyondthecommons.com/Camp2005Deutsch.pdf>.

⁷³ *Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Working Group on Indigenous Populations*, 22. Sitzung, 19. -13. Juli 2004, S. 5: “Free, prior and informed consent recognizes indigenous peoples’ inherent and prior rights to their lands and resources and respects their legitimate authority to require that third parties enter into an equal and respectful relationship with them, based on the principle of informed consent.”

⁷⁴ Details bei *Ulrich Brand/Christoph Görg*, Postfordistische Naturverhältnisse. Konflikte um genetische Ressourcen und die Internationalisierung des Staates, 2003, S. 75 ff.

⁷⁵ *OAU MODEL LAW*, Rights of Communities, Farmers, Breeders, and Access to Biological Resources, Algerien 2000, abrufbar unter (21. April 2008): http://www.wipo.int/tk/en/laws/pdf/oau_modellaw.pdf.

⁷⁶ KOM(2006) 168 endgültig, 26. April 2006.

epistemischen Gemeinschaft bedeutsam.⁷⁷ Um die vorherige Konsensgewährung und effektive Nutzenallokation sicherstellen zu können, ist die Herkunftszertifizierung von entscheidender Bedeutung.⁷⁸ Denn die Pflicht, die Herkunft des Wissens offenzulegen, „disclosure of origin“, bezweckt nicht nur, sicherzustellen, „dass nur wirkliche Neuerfindungen patentiert werden“⁷⁹, sondern eröffnet Kommunikationsadressen zur Kontrolle der statuierten Verfahrensrechte.

Sofern die Gewinnteilungsnormen den indigenen Gruppen eine ökonomische Mitverwertung des traditionellen Wissens gegenüber dem Nutznießer sicherstellen sollen, scheinen Verträge über die Verwertung am wenigsten geeignet. Denn das bedeutete den Schutz von kultureller Autonomie gerade durch eine Integration in westliche Tauschökonomie unter Zerstörung der kulturell-religiösen Gehalte. Vom interkulturellen Standpunkt aus bietet sich daher eher eine Fondslösung an, die angesichts der Implementationsprobleme der anderen Normierungen womöglich auch die aussichtsreichste Lösung darstellt. Die Diffusität der monetären Kompensation dieses Mechanismus könnte insofern einen Ausgleich für die mangelnde Steuerung der hochspezialisierten Intrusionen darstellen. Maßgebliche Unterstützung hat dieser Regelungsansatz zuletzt im Anschluss an die Agenda 21 der UNCED⁸⁰ auf dem Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung in Südafrika im September 2002 erhalten. Dort erging der Aufruf „to negotiate within the framework of the Convention on Biological Diversity, bearing in mind the Bonn Guidelines, an international regime to promote and safeguard the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources“.⁸¹ Dieser Forderung nachkommend, hat mittlerweile die achte Vertragsstaatenkonferenz der CBD im Jahr 2006 in Curitiba nach umfangreichen Verhandlungen in Decision VIII/4 die diesbezüglichen Bemühungen vorläufig systematisiert.⁸² Das scheint zumindest für die Kompatibilisierung der genannten widerstreitenden Logiken ein vielversprechender Ansatz, sofern er in der Etablierung eines internationalen Regimes mündet, der in wirksamer Form den Gedanken von PIC und „benefit sharing“ ermöglicht.

VI. Ergebnisse

Die vorangegangenen Überlegungen haben zu folgenden Ergebnissen geführt:

⁷⁷ So verweisen liability regime regelmäßig zugleich auf customary law, vgl. *Tracy Lewis/J. H. Reichman*, Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries: A Law and Economics Primer, 2004, <http://www.earthinstitute.columbia.edu/cgsd/documents/lewisreichman.pdf>; *Carlos Correa*, Protection and Promotion of Traditional Medicine: Implications for Public Health in Development Countries, 2002..

⁷⁸ Siehe zuletzt *CBD*, Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance, 20. Februar 2007, UNEP/CBD/WG-ABS/5/2.

⁷⁹ *Gregor Kaiser*, Biopiraterie: Der neue Kolonialismus, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 51 (2006), S. 1172, 1175.

⁸⁰ *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 3.-14. Juni 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I), abrufbar unter (21. April 2008): <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>.

⁸¹ *UN*, Report of the World Summit on Sustainable Development, New York 2002, A/CONF.199/20, Ziff. 44 (o).

⁸² *Achte Vertragsstaatenkonferenz CBD*, Entscheidung VIII/4, Access and Benefit Sharing, abrufbar unter (21. April 2008): <http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-08&id=11016&lg=0>.

1. In der Kollision nationalen Rechts mit dem Recht transnationaler Regimes und mit Normen indigener Kulturen muß die Frage entschieden werden, ob es sich um eine Kollision mit genuinen Rechtsnormen oder mit sozialen Normen handelt. Entgegen anderen rechtspluralistischen Positionen ist es wichtig, nicht einfach jeglichen sozialen Normen Rechtsqualität zuzumessen. Kollidiert eine Rechtsnorm mit einer Sozialnorm, dann gilt eine „asymmetrische Kollisionsregel“: Die Rechtsnorm hat absoluten Vorrang.

Im Fall einer echten Rechtsnormenkollision hingegen muss das Kollisionsrecht von der prinzipiellen Gleichwertigkeit der kollidierenden Einheiten ausgehen. In beiden Fällen, Cybersquatting und Biopiraterie, liegt eine Kollision genuiner Rechtsnormen vor. Cybersquatting steht exemplarisch für die Kollision nationaler Rechtsordnungen mit transnationalen privaten Regimes. In Fällen der Biopiraterie kollidieren nationale bzw. völkerrechtliche Normen des geistigen Eigentums mit realfiktiven indigenen Rechtsnormen zum Schutz traditionellen Wissens.

2. Trotz ihrer Gleichwertigkeit als Recht weisen die drei kollidierenden Rechtsordnungen - transnationales Regimerecht, nationales Recht und indigenes Rechts kollisionsrechtlich relevante Unterschiede auf. Zunächst unterscheiden sich die Rechtsordnungen in den Grenzen ihres Anwendungsbereichs (globale, nationale, lokale Geltung). Entscheidend aber sind die Unterschiede ihrer gesamtgesellschaftlichen Einbettung. Bei der Entwicklung von Kollisionsnormen sind diese Unterschiede zu berücksichtigen:
 - Im Fall des transnationalen Regimerechts ist die gesamtgesellschaftliche Einbettung der Rechtsnormen am geringsten. Transnationale Regimes entwickeln ihr eigenes autonomes Recht. In Kopplung an nur einen funktionalen Sektor der Weltgesellschaft treten sie als „self-contained regimes“ auf, deren hochspezifizierte Normen ausschließlich die Eigenrationalität des einen gesellschaftlichen Sektors widerspiegeln. Transnationales Regimerecht agiert ohne Rückhalt in gesamtgesellschaftlichen, d.h. in auf „Gemeinwohl“ ausgerichteten, Prozessen.
 - Nationales Recht ist zwar auch autonomes positiviertes Recht und nicht mehr in gesellschaftliche Kontexte eingebettet. Aber im Gegensatz zum Recht transnationaler Regimes verfügt nationales Recht in dem Sinne über eine „innere Kontextuierung“, dass seine Rechtsnormen, so speziell sie im Einzelfall auch sein mögen, immer schon im Zusammenspiel mit anderen Normen dieser Rechtsordnung stehen. Die Normen nationalen Rechts stehen in einer Beziehung der ständigen gegenseitigen (Selbst-)Beschränkung.
 - Indigenes Recht schließlich ist im Gegensatz zum formal-autonomen nationalen und transnationalen Recht gesamtgesellschaftlich eingebettet. Der Grund hierfür liegt darin, dass die in traditionellen Kulturen vorherrschenden gesellschaftlichen Organisationsprinzipien der segmentären/stratifizierten Differenzierung im schroffen Gegensatz zur funktionalen Differenzierung stehen. Ihre Rechtsnormen sind genetisch und strukturell untrennbar mit religiösen, politischen, wirtschaftlichen und auf traditionelles Wissen bezogenen Interaktionssystemen verflochten.

3. Aus diesen Unterschieden ergeben sich Konsequenzen dafür, wie Kollisionslagen aufzulösen sind. Beansprucht ein transnationales Rechtsregime das anzuwendende Recht zu stellen, muss das Kollisionsrecht dafür sorgen, dass der Tunnelblick des „self contained regime“ erweitert und es für gegenläufige Prinzipien geöffnet wird. Aufgrund des nicht nur transnationalen, sondern auch trans-institutionellen Charakters der Kollisionslagen ist die Verweisungstechnik des Internationalen Privatrechts nur in Ausnahmefällen die geeignete Methode. Im Regelfall dürfte der *substantive law approach* am ehesten geeignet sein, denn dieser greift jeweils Elemente aus allen kollidierenden Rechtsordnungen auf und reflektiert diese in Gestalt einer neuen Sachnorm. Das führt in dem Sinne zu einem hybriden Recht, als die neue Sachnorm aus Sicht des entscheidenden Spruchkörpers fremde Elemente in das eigene Recht aufnimmt, gleichzeitig aber dessen Autonomie unberührt lässt.

4. Ist die Kollisionslage hingegen durch den Regelungsanspruch einer indigener Rechtsordnung charakterisiert, ist sie nach dem *Modell des institutionellen und prozeduralisierten Grundrechtsschutzes* aufzulösen. Es sind den Rechtsnormen der Moderne Selbstbeschränkungen aufzuerlegen. Im Interesse einer (pfadabhängigen) Weiterentwicklung der indigenen Kultur ist diese am Grundrechtsschutz orientierte Kollisionsmethode jedoch nicht statisch-absolut, sondern prozedural-dynamisch auszugestalten.