

NACH DER PRIVATISIERUNG? DISKURSKONFLIKTE IM PRIVATRECHT

(erschieden in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 1998, 8-36 und in: Christian Meier-Schatz (Hg.) Die Zukunft des Rechts. Helbing & Lichtenhahn, Basel 1999, 128-161)

I. Öffentlich/Privat – eine Daueroszillation?	2
II. Zur Dekonstruktion der Unterscheidung	3
III. Alte und neue <i>mismatches</i>	8
IV. Rationalitätskollisionen	13
V. Reaktion I: Fragmentierung des Privatrechts	19
VI. Reaktion II: Hybridisierung von Privatrechtsbeziehungen	23
VII. Re-Import von Konflikten?	25

I. Öffentlich/Privat – eine Daueroszillation?

Was ist der Preis der Effizienz? Zurzeit erleben die meisten sozialstaatlich verfaßten Gesellschaften, daß wichtige öffentliche Aufgaben vom öffentlichen in den privaten Sektor verlagert werden. In einigen Ländern erfaßt die Privatisierung vorerst nur Versorgungsbetriebe, Eisenbahn, Telekommunikation, Medien, in anderen Ländern erreicht sie aber schon das Schulwesen, die Universitätsausbildung und die wissenschaftliche Forschung, ja in den insoweit fortgeschrittensten Industriegesellschaften wie etwa Großbritannien ergreift sie auch das Gesundheits- und Sozialwesen, die Altersversorgung und sie ist dort sogar bei Formen privater Rechtspflege und kommerziellen Gefängnissen angelangt.¹ Der Druck der Globalisierung und technologischer Umwälzungen vereint mit der neo-liberalen Politik sowohl konservativer als auch progressiver Regierungen erzeugt international eine geradezu überwältigende Privatisierungswelle, gegen die jeder einzelstaatliche Widerstand zwecklos erscheint. Die eigentlich interessante Frage heißt daher: Und nach der Privatisierung? Wie werden sich die Marktmechanismen auf die Gemeinwohlaspekte der ehemals öffentlichen Dienste auswirken, die in der Vergangenheit - mehr oder weniger erfolgreich - durch Grundsätze des öffentlichen Rechts, demokratische Legitimität, Grundrechte und Rechtsstaat geschützt wurden? Wenn sie nicht auf dem Altar der Markteffizienz geopfert werden sollen, dann - so heißt es heute zunehmend - wird die Privatisierung zu einem massivem Eindringen öffentlichrechtlicher Prinzipien in die privatrechtlichen Regimes führen. Im Laufe der Privatisierung wird das Privatrecht der fortgeschrittenen Industriegesellschaften für den Verlust der politischen und demokratischen Dimension den Preis bezahlen müssen, daß es öffentlichrechtliche Elemente in einem bisher unbekanntem Ausmaß in sich aufnimmt.²

Ich möchte diesen heute sich abzeichnenden Konsens grundsätzlich in Frage stellen. Ihm liegen reichlich reduktive gesellschaftstheoretische Annahmen zugrunde, die das ganze Phänomen der Privatisierung lediglich als eine weitere Phase in der historischen Daueroszillation zwischen öffentlichem und privatem Sektor erscheinen lassen. Es sieht danach so aus, als sei das Pendel von einem Extrem zum anderen ausgeschlagen: vom alten "Polizeystaat" des 18. Jahrhunderts zur liberalen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts, dann im 20. Jahrhundert zunächst zum modernen Sozialstaat und schließlich *back to the future* zu den neuen privaten globalisierten Regimes. Zwar trifft es zu, daß das Privatrecht nach der Privatisierung einem massiven Wandel unterworfen sein wird; ich möchte dazu aber zwei ganz andere Thesen auf-

¹ Privatisierung wird hier in einem weiten Sinn verstanden, insbesondere der Übergang von öffentlichem Eigentum in Privateigentum und die Einführung marktwirtschaftlicher Elemente in öffentliche Regelungsstrukturen. Eine nützliche Typologie von Privatisierungsformen findet sich für das deutsche Recht bei Schuppert, 1994: 541ff., für das englische Recht bei Freedland, 1994: 86f. Überblick über die faktischen Entwicklungen in Deutschland bei Möschel, 1997, in Großbritannien bei Prosser, 1997.

² Diese Perspektive wird gut herausgearbeitet für das common law von Taggart, 1995, im Hinblick auf neue Regulierungsformen privatisierter öffentlicher Dienste von Prosser, 1997. Für das Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht in Deutschland vgl. Skouris, 1997: 32. Zu einem neuen Konzept der wechselseitigen Auffangordnungen Hoffmann-Riem, 1996a, 1996b.

stellen:

These (1): Das entscheidende Problem ist nicht, wie das Privatrecht den Verlust der öffentlichrechtlichen Dimension kompensieren kann, sondern wie man überhaupt der reduktiven Dichotomie "öffentlich/privat" entkommen kann, und ob sich entsprechend das Privatrecht einer ganz anderen Herausforderung stellen kann: nämlich sich einer Pluralität von unterschiedlichen "privaten" Autonomien zu öffnen.

These (2): Die adäquate Reaktion auf die Privatisierung besteht nicht darin, dem Privatrecht die Standards des öffentlichen Rechts aufzuerlegen, sondern das Privatrecht selbst in ein Verfassungsrecht diverser privater Regelungssysteme umzuwandeln, was auf seine Fragmentierung und Hybridisierung in einem bisher ungekannten Ausmaße hinauslaufen wird.

II. Zur Dekonstruktion der Unterscheidung

Die Unterscheidung privat/öffentlich zu dekonstruieren, ist heute schon geradezu zum Ritual geworden, aber niemand weiß so recht, wodurch man sie eigentlich ersetzen sollte.³ Sozialwissenschaftler haben immer wieder den Fall der Mauer zwischen Staat und Gesellschaft analysiert, aber an ihrer Stelle sehen sie dann lediglich eine Politisierung der gesamten Gesellschaft.⁴ Ebenso ist die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht von Rechtswissenschaftlern immer wieder aufs Neue als nicht mehr zeitgemäß angegriffen worden, aber ersetzt werden soll sie dann nur durch die vage Annahme, daß das Privatrecht durch und durch politisch sei.⁵ Von dieser De(kon)struktion ohne Ersatzvorschlag profitiert die Ideologie der Privatisierung, präsentiert die alte Dichotomie erfolgreich als die einzige institutionelle Möglichkeit, die heute zur Verfügung steht, und feiert sich als eine effizienzsteigernde Bewegung weg von bürokratischen Hierarchien hin zu dynamischen Märkten.⁶

Tatsächlich hat die Unterscheidung öffentlich/privat trotz aller Kritik über die Jahrhunderte hinweg eine bemerkenswerte Lebensfähigkeit bewahrt.⁷ Dies hat mit ihrem chamäleonhaften Charakter zu tun, der sich in einer langen Entwicklung auch tiefgreifenden strukturellen Änderungen der Gesellschaft angepaßt hat.⁸ Sie hat ihre Erscheinungsbild vom Gegensatz Polis - Oikos der alteuropäischen Gesellschaft zum Gegensatz Staat - Gesellschaft der neuzeitlichen bürgerlichen Gesellschaft ge-

³ Wichtige Beiträge von Horwitz, 1982; Grimm, 1987. Zur neueren Diskussion kritisch Röhl, 1994: § 51.

⁴ Inzwischen locus classicus Habermas, 1962: 97ff.; zu einer differenzierteren Sicht Habermas, 1992: 435ff.

⁵ Engle, 1993; Olsen, 1993.

⁶ Hamm, 1992; Kronberger Kreis, 1993.

⁷ Zur neueren Geschichte der Unterscheidung im Recht Stolleis, 1996.

⁸ Spahn, 1980; Riedel, 1975.

wandelt und überlebt heute in der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Sektor. In der heutigen Formel sind zwei Unterscheidungen erfolgreich miteinander verschmolzen: Einerseits der Gegensatz politische versus ökonomische Rationalität, andererseits hierarchische Organisation versus marktliche Koordinierung. Offenheit, Flexibilität und Effizienz werden selbstverständlich jeweils mit dem zweiten Teil der jeweiligen Unterscheidung assoziiert.

Ich möchte vorschlagen, nicht nur die Unterscheidung von öffentlichem und privaten Sektor als eine viel zu grobe Vereinfachung der gegenwärtigen Gesellschaftsstruktur zu verwerfen, sondern ebenso alle Ideen einer Fusion privater und öffentlicher Aspekte aufzugeben. *Stattdessen sollte die einfache Dichotomie öffentlich/privat durch die anspruchsvollere Vorstellung der Polykontextualität ersetzt werden*⁹. Das bedeutet: Die Aktivitäten der gegenwärtigen Gesellschaft können nicht länger mit Hilfe einer einzigen binären Unterscheidung analysiert werden; vielmehr erfordert die heutige Fragmentierung der Gesellschaft in eine Vielzahl von sozialen Sektoren eine entsprechende Vielzahl von Perspektiven der Selbstbeschreibung. Ähnlich muß für das Recht der schlichte Dualismus Staat/Gesellschaft, der sich in der Aufteilung des Rechts in öffentliches Recht und Privatrecht widerspiegelt, durch eine Pluralität sozialer Sektoren ersetzt werden, die sich ihrerseits im Recht abbilden¹⁰. Die Aufhebung - im Hegelschen Sinne - des Gegensatzes privat/öffentlich bedeutet dann einerseits, die Trennung aufzubewahren, sofern sie als Unterschied zwischen politischer und ökonomischer Rationalität verstanden wird.¹¹ Andererseits ist aber der bloße Dualismus aufzubrechen und durch eine Pluralität sozialer Perspektiven zu ersetzen, die ihrerseits ins Recht übersetzt werden muß. Die einfache Dichotomie Privatrecht/öffentliches Recht, die in all ihren Varianten, der Interessen-, Subjektions- und Subjekttheorie, letztlich doch immer nur den Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft widerspiegelt, kann die Besonderheiten der heutigen sozialen Differenzierung nicht erfassen. Nur zwei einfache Beispiele: Ist ein Forschungsprojekt öffentlicher oder privater Natur? Ist es hinreichend, eine Arzt-Patient-Beziehung als eine ökonomische Transaktion zu rekonstruieren, die zusätzlich einigen öffentlich-rechtlichen Regulierungen unterliegt.

Weder das öffentliche Recht (als das Recht der politischen Prozesse) noch das Privatrecht (als das Recht der ökonomischen Prozesse) ist in der Lage, für die verschiedenen Kontexturen der Zivilgesellschaft adäquate rechtliche Strukturen zu entwickeln.¹² Gleichzeitig kann man aber keineswegs von einer neuen Verschmelzung

⁹ Dieses Konzept wurde von Günther, 1976 geprägt und ist zu einem der zentralen Elemente der autopoietischen Gesellschafts- und Rechtstheorie geworden, s. z. B. Luhmann, 1986; Teubner, 1996b.

¹⁰ Einen vergleichbaren Ansatz in anderen Theoriekontexten verfolgen Friedland & Alford, 1992; Santos, 1995: 416 ff.; Gerstenberg, 1997: 346; Wilhelmsson, 1998.

¹¹ In diesem Sinne verschiedener Handlungsrationaltäten versteht Hoffmann-Riem, 1996a: 268ff., den Gegensatz von öffentlichem Recht und Privatrecht, und entwickelt daraus das Verständnis wechselseitiger Auffangordnungen.

¹² Der in der heutigen Diskussion vielgebrauchte, aber äußerst unscharf verwendete Begriff der Zivilgesellschaft soll hier - im systemtheoretischen Sinne präzisiert - alle die gesellschaftlichen Kommunikationen erfassen, die nicht zum Politiksystem oder zum Wirtschaftssystem gehören. Insoweit wie bei Habermas 1992: 443ff., soll er also gesellschaftlich diffuse ("lebensweltliche") Kommunikation, aber

von Privatrecht und öffentlichem Recht entsprechend den verführerischen Parolen "Privatleben ist öffentlich" oder "Alles ist Politik" ausgehen. Vielmehr sollte man das Privatrecht von seiner engen Affinität zur gegenwärtigen Diskurspluralität her verstehen, nicht nur von seiner Nähe zur Wirtschaft, wie es heute vorwiegend gesehen wird, sondern von seiner Wahlverwandtschaft zu den verschiedensten autonomen Sektoren der Zivilgesellschaft, von den Intimbeziehungen, über Gesundheitswesen, Erziehung, Wissenschaft und Medien bis hin zu Kunst und Religion. Konsequenz dieser Affinität, die angesichts der laufenden Privatisierungsprozesse noch sehr viel relevanter wird, wäre, daß es zur zentralen Aufgabe des Privatrechts wird, die verschiedenartigen Eigenlogiken dieser Sektoren - ihre interne Rationalität ebenso wie ihre interne Normativität - in seiner Dogmatik zu reflektieren.

Der entscheidende Punkt ist die gleichzeitige Ent-politisierung und Ent-ökonomisierung des Privatrechts, die Herstellung einer relativen Distanz sowohl zum öffentlichen als auch zum privaten Sektor. Es ist heute zum Gemeinplatz geworden, den Unterschied zwischen einem effizienzorientierten Privatrecht und dem regulatorischen Regime des Interventionsstaates zu betonen und die Autonomie privatautonomer Rechtssetzung gegenüber politischen Steuerungsinentionen hervorzuheben. Aber es wird weitaus seltener gesehen, daß Privatrecht nicht einfach mit der Juridifizierung der ökonomischen Sphäre gleichgesetzt werden kann. Die Kritik von Klaus Röhl bringt den Mangel an zivilgesellschaftlicher Pluralität auf den Punkt: "Das Privatrecht ist zur Domäne des Eigentums und der wirtschaftlichen Beziehungen geworden."¹³

In der Tat war es ein folgenschwerer historischer Irrweg der Privatrechtsdogmatik, das Vertragsrecht immer mehr auf ein Recht der Markttransaktionen zuzuschneiden, das Recht der privaten Verbände am Modell der Unternehmenskorporation auszurichten, das Eigentumsrecht nur als Grundlage für wirtschaftliche Dispositionen anzusehen und das Deliktsrecht als einen Komplex von marktregulierenden Regeln und Prinzipien auszuformen. Freilich war der Irrweg kaum vermeidbar, denn das Rechtssystem mußte sich der doppelten *Great Transformation* unseres Jahrhunderts anpassen, dem siegreichen Imperialismus sowohl des wirtschaftlichen als auch des politischen Systems, der die soziale Welt untereinander in exklusive Einflußsphären aufgeteilt hat. Einerseits hat das Wirtschaftssystem im Zuge seiner gesellschaftsweiten Expansion totalisierende Tendenzen entwickelt und nicht-kommerzielle soziale Beziehungen, z.B. die Beziehungen der klassischen freien Berufe zu ihren Klienten, in profitorientierte wirtschaftliche Beziehungen umgewandelt. Das Privatrecht folgte dieser Kommerzialisierung der sozialen Welt, zwar manchmal nur zögerlich, aber letztlich doch in - wie heißt es so schön unter methodisch geschulten Juristen - "denkendem Gehorsam". Auf der anderen Seite wuchs der interventionistische Sozialstaat anscheinend unaufhaltsam und zog immer mehr soziale Aktivitäten in den Sog des öffentlichen Sektors. Entsprechend überließ das Privatrecht ihre rechtliche Regulierung dem öffentlichen Recht. Die aus dieser Doppelbewegung resultierende

auch - insoweit anders als bei Habermas - alle anderen (und nicht nur die menschen-nahen) Funktionssysteme umfassen. Vgl. auch Frankenberg, 1997 mit einem zur Dichotomie öffentlich/privat orthogonalen Begriff der Zivilgesellschaft und Cohen & Arato, 1992: Kap. 3.

¹³ Röhl 1994: 434.

ausschließlich wirtschaftsorientierte Sicht des Privatrechts war denn auch der gemeinsame Nenner für die großen Ideologien, Liberalismus und Marxismus, in ihren zahllosen Variationen und Kombinationen. Für beide Ideologien ist das Privatrecht im Prinzip Recht der Wirtschaft - man denke nur an die schlagkräftigen Slogans der deutschen Debatte - "Privatrechtsgesellschaft" der Ordo-Liberalen versus "Privatrecht als Wirtschaftsrecht" der Staatsinterventionisten. Und in dieser Debatte geht es dann nur noch um die Frage, ob sich das Privatrecht primär nach Kriterien wirtschaftlicher Effizienz oder nach Grundsätzen staatlicher Wirtschaftspolitik richten sollte. *Tertium non datur*. Beide politischen Ideologien haben effektiv dazu beigetragen, privatrechtliche Institutionen so auszuformen, daß sie das Zusammenwirken des politischen und des ökonomischen Sektors befördern, dabei aber - und auf diesen Aspekt kommt es hier an - gleichzeitig die anderen Sektoren der Zivilgesellschaft vernachlässigen oder polit-ökonomisch instrumentalisieren.

Ein nicht-reduktives Konzept würde dagegen privatrechtliche Institutionen nicht nur im wirtschaftlichen Sektor, sondern in vielen sozialen Räumen ansiedeln: überall dort in der Gesellschaft, wo spontane Regelbildung stattfindet und als Quelle rechtlicher Normsetzung fungiert. Die verwirrende Vielfalt freigewählter neuer Formen der Intimbeziehungen und der zunehmende Abschluß von privaten Verträgen über Lebensgemeinschaften wären aktuelle Beispiele für ein solches Privatrecht der Zivilgesellschaft, die spontane Normbildung in Bürgerbewegungen und in gemeinnützigen privaten Organisationen ein anderes. Die traditionelle Dogmatik hat zwar zutreffend die Privatautonomie, also eine Form gesellschaftlicher Selbstregulierung, als den Kern des Privatrechts herausgestellt. Aber in ihrem obsessiven Drang zur dogmatischen Einheit des Privatrechts¹⁴ verfehlt sie den entscheidenden Punkt - den heutigen Rechtspluralismus, die diskursive Vervielfältigung der einen Privatautonomie in die vielen Privatautonomien einer extrem differenzierten Gesellschaft. Zentrale Aufgabe eines soziologisch orientierten Privatrecht dürfte es demnach sein, die eine (de facto: ökonomische) Privatautonomie des freien Individuums umzudenken in die zahlreichen Autonomien verschiedener sozialer Welten - Intimbeziehungen, Gesundheitswesen, Ausbildung, Religion, Kunst oder Medien -, für die das Privatrecht jeweils adäquate Handlungsformen bereitstellen müßte. Kern des Privatrechts ist die Juridifizierung pluraler spontaner Normbildungsprozesse in der Gesellschaft, die sich fundamental von den Verfahren politischer Regulierung durch den Staat unterscheiden. Und dies sind sowohl ökonomische wie auch nicht-ökonomische Normbildungsverfahren, die als Verträge, als Standards, als Normalisierungen, als Verhaltenscodices, als formale Organisationen oder als lose koordinierte Netzwerke institutionalisiert sind.¹⁵

Wenn es etwas gibt, was das Privatrecht von der heutigen Gesellschaftstheorie lernen könnte, dann ist es die Einsicht, daß sich soziale Autonomie, d. h. die Fähigkeit eines sozialen Systems zur Selbstregulierung, nicht auf den Marktmechanismus des ökonomischen Systems beschränkt, sondern in vielfältigen Formen auch in anderen sozialen Sinnwelten realisiert ist. Während es unter verschiedenen Sozialtheorien einen breiten Konsens hinsichtlich dieser Pluralisierung sozialer Welten gibt, sind

¹⁴ Z.B. Weinrib, 1995; Zöllner, 1996.

¹⁵ Für das Deliktsrecht, entwickelt Wilhelmsson, 1998, eine ähnliche Perspektive.

dagegen die gerade für das Privatrecht einschlägigen Fragen hochkontrovers, nämlich durch welche Merkmale die gesellschaftlichen Fragmente zu identifizieren sind, wie sich gesellschaftliche Segmente voneinander abgrenzen, wodurch ihre je spezifische Rationalität definiert ist, welche Art interner Normativität sie entwickeln, und wie sich politisch-rechtliche Institutionen gegenüber ihrer Eigenlogik responsiv verhalten können. Entsprechend stellt sich dem Privatrecht die Frage, wie es in Reaktion auf diese Diskurspluralität die verschiedenen Privatautonomien definieren und rechtlich verfassen soll.

Um den Diskussionsstand in aller Kürze zu umreißen: Einige Theorien konzentrieren sich auf die Analyse der Konflikte unterschiedlicher gesellschaftlicher Rationalitäten. Die besonders in Frankreich verbreitete Diskurstheorie (Lyotard, nicht Habermas) sieht die heutige Gesellschaft in verschiedene Typen von hermetisch geschlossenen Sprachspielen fragmentiert, die auf je unterschiedlichen Grammatiken und Lebenspraktiken aufbauend miteinander in scharfen Konflikt liegen¹⁶. Der eher nüchterne im anglo-amerikanischen Raum vertretene Neue Institutionalismus identifiziert eine Vielzahl von *governance regimes*, die spezifische Routinen und normative Muster hervorbringen und in der "politics of interinstitutional conflicts" involviert sind¹⁷. Die schwerpunktmäßig in Mitteleuropa angesiedelte Theorie autopoietischer Systeme beobachtet ihrerseits eine Vielzahl selbstorganisierender Prozesse, die jeweils systemspezifische Operationen, Codes und Programme erzeugen.¹⁸ In Auseinandersetzung mit diesen Theorien käme es im Privatrecht darauf an, die reichlich konfuse Diskussion über Sonderprivatrechte, die mit völlig falschen Fronten - Verbraucherschutz versus Privatrechtseinheit - operiert, auf die eigentlichen gesellschaftsstrukturellen Konflikte zwischen Diskursen, Institutionen und Systemen einzustellen.¹⁹

Andere Theorien wiederum konzentrieren sich auf die normativen Konsequenzen, die aus der heutigen Diskurspluralität zu ziehen sind. Die deutsche Diskurstheorie (Habermas, nicht Lyotard) analysiert eine Pluralität verschiedener Lebenswelt-Diskurse mit autonomen Logiken der Argumentation und entwickelt dazu eine normative Konzeption ihrer wechselseitigen Kompatibilisierung.²⁰ Protagonisten einer soziologischen oder juristischen Postmoderne diskutieren die Frage, wie aus einer Vielzahl von strukturellen Orten, autonomen Sitzen von Macht, Wissen und Rechtssetzung eine neue Politik des Lokalen entwickelt werden kann.²¹ Ganz ähnlich beobachtet die Theorie der deliberativen Polyarchie das Auftauchen von hybriden gemischt öffentlich-privaten Organisationen, denen sie unter geeigneten institutionellen Bedingungen innerer Demokratie ein hohes Maß an Problemlösungsfähigkeit zuspricht.²² Kommunitaristische Theorien unterscheiden ihrerseits verschiedene "Sphä-

¹⁶ Lyotard, 1987; 1994: 141ff.

¹⁷ Besonders pointiert Friedland & Alford, 1992. Vgl. auch Powell & di Maggio, 1992; Scott, 1995.

¹⁸ Luhmann, 1997: 609ff.

¹⁹ Dazu Teubner, 1996a.

²⁰ Habermas, 1992: 196ff.

²¹ Santos, 1995: 416-455; Bauman, 1993.

²² Cohen, 1996; Gerstenberg, 1997: 345f.

ren der Gerechtigkeit", die unterschiedliche moralische Vorstellungen von Gleichheit entwickeln und ziehen hieraus die normative Konsequenz, daß politisch-rechtliche Institutionen sich auf diese eher partikularen Normen stützen müssen.²³ Da das Privatrecht untrennbar mit spontaner Normproduktion verbunden ist, dürfte es eine der vorrangigen Aufgaben für die Privatrechtstheorie sein, diese Debatte für eine Neuformulierung der klassischen Privatautonomie zu verwerten und insbesondere die Theorien zu nutzen, die die Aspekte der Selbstorganisation, der autonomen Grenzziehung und der Hervorbringung genuiner Formen der Normativität innerhalb sozialer Sektoren betonen.

Vor allem aber ist die eine normative Konsequenz aus der Pluralität der Privatautonomien zu ziehen. Die bemerkenswerte Responsivität, die das Privatrecht in der Vergangenheit gegenüber der Autonomie des Wirtschaftssystems entwickelt hat, kann als das große historische Vorbild für sein Verhältnis zu den anderen Autonomiebereichen der Zivilgesellschaft dienen. Es geht besonders darum, die prekäre Balance zwischen Autonomie und Intervention, die das Privatrecht gegenüber selbstregulierenden Märkten aufrechtzuerhalten verstand, auch in anderen autonomen Sektoren der Zivilgesellschaft zu institutionalisieren. Den Respekt des Privatrechts vor dem autonomen Marktsektor auf andere zivilgesellschaftliche Autonomiebereiche auszudehnen, wäre das Programm:

"Autonomie ernstzunehmen bedeutet, sich auf die Selbstbestimmung zu verlassen und gleichzeitig auf die unvermeidliche Externalisierung (Kontrolle von außen), die nicht als Fremdbestimmung verstanden werden darf, sondern als eine mögliche Unterstützung von außen in Situationen, in denen Selbsthilfe unmöglich ist. Sie wäre vergleichbar mit therapeutischer Hilfe und mit unterstützenden Strukturen außerhalb des Rechts."²⁴

So kennzeichnet der für diese Entwicklungen wohl sensibelste Privatrechtstheoretiker Rudolf Wiethölter das schwierige Verhältnis von Recht und gesellschaftlicher Autonomie. Die offene Frage ist aber: Was sind die Bedingungen der Möglichkeit einer solchen privatrechtlichen Responsivität gegenüber einer Vielzahl gesellschaftlicher Autonomien? Unter welchen Bedingungen wird das Privatrecht eine ähnliche, aber unterschiedliche Offenheit im Hinblick auf spontane Normbildung in anderen sozialen Welten wie Erziehung, Forschung, Medien, Kunst oder Gesundheit entwickeln? Und besonders wichtig für die heutige Situation: Wie beeinflusst der gegenwärtige massive Privatisierungstrend die Bedingungen der Responsivität?

III. Alte und neue *mismatches*

Die Privatisierungswelle selbst erscheint in einem ganz anderen Licht, wenn man die einfache Dichotomie privat/öffentlich zugunsten einer anspruchsvolleren Polykontextualität der Gesellschaft aufgibt, wenn man erkennt, daß sich die eine Privatauto-

²³ Walzer, 1992; Selznick, 1992: 229ff.

²⁴ Wiethölter, 1988: 27f.

nomie des freien Individuums in die vielen Privatautonomien spontaner Normformationen auflöst. Dann heißt Privatisierung gar nicht mehr, wie es normalerweise verstanden wird, die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Handeln neuzudefinieren, sondern heißt jetzt: die Autonomie gesellschaftlicher Teilbereiche dadurch zu verändern, daß ihre Mechanismen struktureller Koppelung mit anderen sozialen Systemen ausgewechselt werden. Es handelt sich dann nicht mehr einfach um einen Prozeß, in dem genuin politische Aktivitäten, die auf das öffentliche Interesse gerichtet waren, in gewinnorientierte wirtschaftliche Markttransaktionen verwandelt werden. Vielmehr verändern durch die Privatisierung autonome soziale Aktivitäten, wie z.B. Forschung, Erziehung oder das Gesundheitswesen, die ihre je eigenen Prinzipien der Rationalität und der Normativität aufweisen, ihr institutionelles Regime.²⁵ Anstelle einer zweipoligen Beziehung zwischen Wirtschaft und Politik hat man sich die Privatisierung als eine Dreiecksbeziehung zwischen diesen beiden und dem je betroffenen sozialen Aktivitätssektor vorzustellen. Dann wird unmittelbar einsichtig, daß die Privatisierung in der Tat zu einer eindrucksvollen Freisetzung all derer Energien führt, die durch das alte öffentliche Regime blockiert worden waren. Gleichzeitig aber werden neue Blockaden sichtbar, die durch das neue Regime ausgelöst werden. Ein altes *mismatch*, ein altes Mißverhältnis zwischen Aktivität und Regime, wird durch ein neues *mismatch* ersetzt.

Wie sehen die alten und die neuen *mismatches* genauer aus? Vor der Privatisierung waren in den sozialstaatlich organisierten Gesellschaften die verschiedensten autonomen sozialen Sektoren in öffentlich-rechtlichen Regimes verfaßt. Die extrem weite Begrifflichkeit des "Politischen", des "Öffentlichen" und der "Verwaltung" war in der Lage, relativ disparate Handlungslogiken und Rationalitätsmuster abzudecken. Dies bedeutete aber gerade nicht, daß diese autonomen sozialen Sektoren voll durchpolitisiert gewesen wären, mit anderen Worten, daß sich ihre Eigenrationalität in schiere Machtlogik verwandelt hätte und sie zu einem integralen Bestandteil des politischen Systems geworden wären. Dies traf allenfalls für faschistische und realsozialistische Systeme zu, die versucht hatten, verschiedene Sektoren der Gesellschaft total zu politisieren. Liberal-kapitalistische Systeme benutzten dagegen eine andere Technik, den öffentlichen Sektor in die Zivilgesellschaft auszudehnen. Der moderne Sozialstaat vermied es sorgfältig, die Autonomie der verschiedenen sozialen Rationalitäten zu zerstören, im Gegenteil, er respektierte sie, brachte sie aber zugleich in Abhängigkeit dadurch, daß er sie in eine Beziehung enger struktureller Kopplung zum politisch-administrativen System manövrierte. Dies bedeutete in der Sache, daß sie ihre Kontakte zu gesellschaftlichen Umwelten im Prinzip nur über politische Kanäle herstellen konnten, ohne daß sie aber dabei ihre operationale Autonomie verloren hätten. Nur ihre externen Kontakte wurden so reguliert, daß die Politik die Hauptquelle ihrer Umweltirritationen bildete, während der Einfluß anderer Bereiche der Gesellschaft durch den politischen Prozeß reduziert, gefiltert, mediatisiert und kontrolliert wurde. Im Wohlfahrtsstaat wurden also soziale Probleme primär in politische Themen übersetzt und erst in dieser politisierten Form den Diensten des Sozialstaates zur Lösung vorgesetzt.

In dieser Situation enger strukturellen Kopplung änderte aber das politische System

²⁵ Vgl. Friedland & Alford, 1992: 256.

des Sozialstaates zugleich selbst seinen Charakter. Es reagierte auf die immense Diversität der sozialstaatlichen Aktivitäten, indem es sich nach dem Muster Zentrum/Peripherie intern differenzierte.²⁶ An seiner Peripherie erzeugte es besondere relative autonome Teilgebiete der Verwaltung und fachlich spezialisierte Instanzen, die eine gewisse Isolierung vom Einfluß des politischen Zentrums genossen. Das Verwaltungsrecht entwickelte Rechtsformen und dogmatische Theorien der öffentlich-rechtlich organisierten Selbstverwaltung, die den Eigenlogiken verschiedener Bereiche Rechnung trugen und das öffentliche Recht entsprechend umformten.²⁷

Dauerproblem dieser engen Koppelung war jedoch ein strukturelles Mißverhältnis, ein *mismatch* zwischen sozialen Aktivitäten und ihrem politisch-administrativen Regime²⁸. Besonders Ökonomen haben sich um Analyse und Kritik dieser kostenträchtigen *mismatches* verdient gemacht. Im Laufe der Deregulierungsdebatte machten sie immer wieder deutlich, wie wenig die politische Steuerung durch *command and control* der Eigenlogik des sozialen Handelns angemessen war und welche immensen Kosten durch einen solchen *mismatch* von sozialer Aktivität und Steuerungsinstrument verursacht wurden.²⁹ Auf ähnliche Reibungsverluste zwischen sozialer Aktivität und Organisationsform in allen möglichen Kontexten immer wieder hingewiesen zu haben, ist ein Verdienst der Transaktionskostenökonomik.³⁰ Die hohen Reibungskosten, die der Einfluß der Politik (im engen Sinn des parteipolitischen Machtspiels) auf die Integrität der "öffentlichen Dienste" verursachte, war entsprechend eines der stärksten Motive für ihre Privatisierung, ebenso wie die Kosten politischer Einmischung in die Eigengesetzlichkeiten von Forschung, Ausbildung, Gesundheit. Die Kritik an wirtschaftlicher Ineffizienz und professioneller Inkompetenz, die aus der Leitung durch starre hierarchische Bürokratien resultierten, deutete in die gleiche Richtung. Strukturell war es die Eigenselektivität des politisch-administrativen Prozesses, die die Kontakte der sozialstaatlichen Dienste zum Rest der Gesellschaft filterte, und die sie zwar hochsensibel für Einflüsse aus der Politik, aber relativ indifferent gegenüber anderen Bereichen der Gesellschaft machte. Privatisierung bedeutet demnach nicht nur die berühmte Entfesselung der Marktkräfte, sondern zugleich auch die Freisetzung professioneller Energien in verschiedenen Autonomiebereichen, die vorher durch den politisch-administrativen Prozeß blockiert worden waren.

Nach der Privatisierung sind in der Tat - das sollten gerade die Gebildeten unter ihren Verächtern zugestehen³¹ - die internen Dynamiken von Forschung, Erziehung, Gesundheit und Kunst von ihrer engen strukturellen Koppelung an Parteipolitik und

²⁶ Dazu Habermas, 1992: 429ff.; aus der Sicht des Verfassungsrechts Vesting, 1997: 42ff.

²⁷ Dazu Stolleis, 1994: 227ff., 258.

²⁸ Siehe die Analyse der Defizite nationalisierter Industrien in Großbritannien in National Economic Development Office (1976). Eine vergleichende Untersuchung bei Boardman & Vining, 1989. Auf diesen Defiziten beruht die Überzeugungskraft rechtspolitischer Argumente für Privatisierung, Möschel, 1993, 1997.

²⁹ Zu dieser Debatte Mitnick, 1980; Wilson, 1980; Breyer, 1982.

³⁰ Besonders Williamson, 1985, 1991, 1996.

³¹ Eine realistische Einschätzung der Chancen privatisierter Medien findet sich, bei prinzipieller Skepsis, bei Vesting, 1997: 319.

administrative Bürokratien befreit. Typischerweise bilden sie nun aber im Laufe der Privatisierung nicht eigenständige autonome Regimes heraus. Vielmehr wird ihre enge strukturelle Kopplung an das Politiksystem jetzt durch eine ähnlich enge Kopplung an das Wirtschaftssystem ersetzt. Wiederum wird dabei der Kernbereich ihrer operationalen Autonomie nicht zerstört. Aber ihre Kontakte zum Rest der Gesellschaft werden nun durch den Markt kanalisiert. Ihre neuen institutionellen Regimes sind jetzt Wirtschaftsunternehmen, die vom Gewinnprinzip gesteuert werden und dem wirtschaftlichen Wettbewerb ausgesetzt sind.

Und hier liegt die ironische Pointe! Waren die Privatisierer einst ausgezogen, um ineffiziente *mismatches* zu beseitigen, so erzeugen sie nun ihrerseits neue *mismatches* von Aktivität und Regime. Zwar setzt das Marktregime eine ganze Reihe von sozio-kulturellen Aktivitäten frei, die früher innerhalb des administrativ-hierarchischen Regimes blockiert waren, aber nun tendiert es seinerseits langfristig dazu, fatale *mismatches* mit all jenen sozio-kulturellen Aktivitäten zu erzeugen, die wirtschaftlich nicht lebensfähig sind.

Freilich wird dies nicht ohne inneren Widerstand geschehen, der von der inneren Dynamik der privatisierten öffentlichen Aktivitäten selber ausgeht. Langfristig wird sich so die Frage stellen, wie rechtspolitisch auf das neue Mißverhältnis zu reagieren ist. Solche institutionellen Reaktionen auf die neuen Regime-Aktivität-Konflikte können in fünf verschiedenen Richtungen gesucht werden:

(1) In welchem Ausmaß wird sich das Marktregime selbst verändern und wirtschaftlich eigentlich nicht lebensfähige Aktivitäten innerhalb privatisierter Organisationen "tolerieren"? Historische Erfahrungen mit privaten Universitäten, privaten wissenschaftlichen Stiftungen und privaten Kunstinstitutionen zeigen, daß unter bestimmten Bedingungen der Markt durchaus in der Lage ist, erfolgreiche Handlungsformen zu entwickeln - Langfristorientierung an Aktivitätskontinuität im Gegensatz zu kurzfristiger Ertragsorientierung, Freiräume kultureller Autonomie innerhalb von wirtschaftlich effizienten Organisationen, Quersubventionierung nicht-profitabler Aktivitäten -, die sich mit einer gewissen Flexibilität an außerökonomische Rationalitäten anpassen können.

(2) In welchem Ausmaß wird der *non-profit-sector* wachsen und gesellschaftliche Aktivitäten mit nicht-politischem und nicht-wirtschaftlichem Charakter übernehmen und auf Dauer kultivieren (karitative Einrichtungen, gemeinnützige Organisationen, Spenden, freiwillige Verbände, Freizeitaktivitäten)?

(3) In welchem Ausmaß wird das politische System die Kontrolle über privatisierte Aktivitäten behalten oder wiedergewinnen, und so deren Autonomie gegenüber der Logik des Marktes schützen/verstärken (traditionelle Staatsverwaltung, neue Regulierungsinstanzen, "Quangos")?

(4) In welchem Ausmaß wird die Wirtschaft selbst ein eigenständiges Politiksystem herausbilden, das lokale öffentliche Güter produziert (Wirtschaftsverbände, informelle Netzwerke, professionelle Vereinigungen)?

(5) In welchem Ausmaß werden schließlich gemischte Regimes entstehen, die die

öffentlich/private Trennlinie überwinden und Koordinationsformen entwickeln, in denen politische und ökonomische Rationalitäten, Hierarchien und Märkte kombiniert sind?

Welche dieser Optionen letztlich realisiert wird, hängt unter Bedingungen der "varieties of capitalism" wesentlich davon ab, welches Produktionsregime in welchem nationalen und regionalen Kontext institutionalisiert ist.³² In allen diesen Optionen hätte das Privatrecht eine zwar begrenzte, aber jeweils neuartige Rolle zu spielen. Weder könnte es zu einer rein wirtschaftlich verstandenen Privatautonomie zurückkehren, noch könnte es einfach die *Policy*-orientierung der institutionalisierten Politik fortsetzen. Vielmehr müßten sich die eigenständigen Regelungsaktivitäten des Privatrechts auf gerade die Probleme konzentrieren, die von den neuen *mismatches*, den Mißverhältnissen zwischen der internen Logik der ehemaligen öffentlichen Dienste und ihrem neuen ökonomischen Regime herrühren.

Es wäre irreführend, solche *mismatches* zwischen sozialen Handlungslogiken mit dem Phänomen des Marktversagens zu identifizieren, wenn man Marktversagen als ein Abweichen von den Bedingungen eines idealen Marktes (keine Transaktionskosten, vollständige Information, freier Zugang und Abgang, volle Internalisierung von Kosten und Nutzen) versteht, die pareto-effiziente Ergebnisse hervorbringen. Denn selbst ein idealer Markt würde *mismatches* im Hinblick auf die privatisierten öffentlichen Dienste erzeugen. Entsprechend wäre ein rechtsökonomischer Ansatz, der die Rolle des Rechts dahin definiert, einen effizient arbeitenden Markt zu imitieren, gegenüber solchen *mismatches* blind³³. Aber ebenso irreführend wäre es, die alten öffentlich-rechtlichen Standards der sozialstaatlichen Dienste als Maßstab zu verwenden. Denn dies bedeutete eine ebenso illegitime Privilegierung der institutionalisierten Politik und ihrer idiosynkratischen Wahrnehmung gesellschaftlicher Konflikte.

In der neueren Diskussion ist es allgemein üblich geworden, zwischen ökonomischer und sozialer Regulierung zu unterscheiden, oder eine Typologie verschiedener Rationalitäten der Regulierung zu entwickeln - etwa: Regulierung von Monopolen, Regulierung von Wettbewerbsmärkten, soziale Regulierung³⁴. Aber selbst diese Formeln stehen immer noch im Banne der Unterscheidung privat/öffentlich. Sie unterstellen implizit eine zentralisierte politische Definition der einschlägigen *mismatches*. Und auch die heute gängige Unterscheidung zwischen allokativer und distributiver Politik wird der entscheidenden multidimensionalen Perspektive gerade nicht gerecht³⁵. Die Unterscheidung wirtschaftliche/soziale Regulierung scheint nur eine moderne Reformulierung der alten Trennung öffentlich/privat zu sein, nun aber aus der Perspektive von *regulatory agencies*. Die Vielzahl sozialer Sektoren und ihrer jeweiligen idiosynkratischen Perspektiven erscheinen darin entweder nur in ihrer ökonomischen oder in ihrer politischen Übersetzung. Es ist bezeichnend, daß soziale Regulierung ihrerseits in Regierungsprogramme und Verbraucherschutzregeln unterteilt

³² Dazu Hall & Soskice, 1998; in rechtsvergleichender Sicht Teubner, 1998a.

³³ Z. B. die ausschließlich ökonomische Orientierung der Privatisierung bei Littlechild, 1984; 1986.

³⁴ Prosser, 1997: 5f.

³⁵ Hier liegt, trotz aller Verdienste, die Krux des nicht-ökonomischen Regulierungsverständnisses, Stewart, 1988; Sunstein, 1990.

wird, wobei es sich hier um nichts anderes als das Wiederauftauchen der Unterscheidung privat/öffentlich in neuer Verkleidung handelt (man beachte die Veränderung des Gegensatzpaares: an die Stelle von Regierung/Bürger tritt Regierung/Verbraucher).

Stattdessen sind die Kriterien - um die berühmte Formel von Michael Walzer aufzunehmen - in den verschiedenen "Sphären der Gerechtigkeit" selbst zu entwickeln. An den besagten strukturellen Orten selbst, inmitten der Pluralität sozialer Systeme werden interne Kontroversen und externe Konflikte ausgetragen, die letztlich um die Definition ihrer sozialen Identität kreisen. Es geht also um eine dezentrale Reflexionspolitik innerhalb verschiedener sozialer Welten, im Gegensatz zu ihrer gesamtgesellschaftlichen Definition an einem privilegierten Ort des Politischen.³⁶ Für diese Konflikte innerhalb von zivilgesellschaftlichen Diskursen und zwischen ihnen, insbesondere für die Konflikte zwischen sozialen Aktivitäten und ihrem neuen ökonomischen Regime, wird das Privatrecht ein großes Maß an Responsivität entwickeln müssen, sowohl im materiellen Recht als auch im Verfahrensrecht. Freilich können die Kriterien nicht einfach von vorwegdefinierten Rationalitätsprinzipien in den sozialen Subsystemen abgeleitet und ins Privatrecht inkorporiert werden. Vielmehr entstehen diese erst im Laufe einer konflikthaften Auseinandersetzung zwischen verschiedenen sozialen Akteuren, und Aufgabe des Privatrechts wird es sein, mit spezifisch juridischer Rationalität³⁷ zu diesem Reflexionsprozeß, in dem neue Kriterien für den Konflikt zwischen sozialen Aktivitäten und ökonomischem Regime formuliert werden, einen zwar begrenzten, aber nicht unwesentlichen Beitrag zu leisten.

IV. Rationalitätskollisionen

Das Mißverhältnis zwischen öffentlichen Diensten und ihrem ökonomischen Regime wird freilich im Gesundheitssektor anders aussehen als im Erziehungssystem, in der Forschung anders als im Medienbereich. Es gibt keine allgemeine Regel, nach der die Logik wirtschaftlichen Handelns notwendig der internen Logik anderer soziokultureller Aktivitäten widerspricht. Allerdings lassen sich einige typische Problemlagen ausmachen, die die neue strukturelle Kopplung der öffentlichen Dienste an die Ökonomie mit sich bringt.³⁸ Welches sind die neuen strukturellen Konflikte, die vom Privatrecht nach der Privatisierung entschieden werden müssen? Welcher Art sind die interdiskursiven Spannungen, auf deren Grundlage soziale Konflikte entstehen, für die das Privatrecht eine Lösung finden muß, selbst wenn es dafür seine eigenen grundlegenden Strukturen ändern müßte?

Es geht nicht darum - um dies erneut zu betonen - Konflikte zwischen der politischen

³⁶ Einen ähnlichen Ansatz vertreten, unter dem Titel des Kommunitarismus, Walzer, 1992; Selznick, 1992: 291-345; unter interinstitutionelle Konflikte, Friedland & Alford, 1992: 256ff; unter deliberative polyarchy, Cohen, 1996; Gerstenberg, 1997; unter postmodernes Recht Wilhelmsson, 1998.

³⁷ Dazu Schelsky, 1980: 36, der besonders das rechtssoziologische Kriterium der Drei-Ämter-Struktur betont.

³⁸ Zur Kollision sozialer Systeme allgemein Luhmann, 1997: 1087.

Rationalität der guten alten öffentlichen Dienste und der wirtschaftlichen Rationalität ihrer zynischen privatisierten Nachfolger zu identifizieren, sondern darum, die Problembereiche ausfindig zu machen, in denen die Logik des Marktes mit fundamentalen Prinzipien der beteiligten sozialen Systeme kollidiert. Einige der hervorstechendsten Konflikte werde ich etwas ausführlicher behandeln, sofern sie von Interesse für das Privatrecht sind, einige andere dagegen nur eher am Rande erwähnen.

(1) *Strukturelle Korruption*: In den dunklen Winkeln einiger der international prestigereichsten privaten Universitäten treiben sich sogenannte *pink students* oder gar *super-pink students* herum (= Kinder von Alumni und von großzügigen Spendern, die im Vergleich zu ihren Eltern eine etwas geringere Begabung aufweisen, warum wohl *pink...?*). An manchen Universitäten dürfen sie bis zu fünfzehn (!) Prozent der verfügbaren Studienplätze beanspruchen³⁹. Dies ist nur eines der krassesten Beispiele struktureller Korruption in privatisierten öffentlichen Diensten. Strukturell, denn es liegt keine persönliche Korruption der beteiligten Universitätsbürokraten oder der akademischen *selectors* vor; sie werden selbstverständlich nur von Motiven eines institutionellen Patriotismus getrieben. In dieser Situation werden die wissenschaftlich-pädagogischen Standards der Universität, der Grundsatz der Gleichheit der Zulassung, die Chancengleichheit im Berufsleben und das Leistungsprinzip von dem legitimen Anliegen der großzügigen Spender, den *splendor familiae* zu perpetuieren, strukturell korrumpiert, und von dem ebenso legitimen Anliegen effizienzbewußter Universitätsverwaltungen, solch günstige Gelegenheiten kostengünstig auszunutzen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang eine bemerkenswerte Zurückhaltung der Gerichte feststellbar, die nicht in die inneren Angelegenheiten privater Universitäten eingreifen wollen. Warum nicht? Weil diese privater Natur sind⁴⁰. Das Beispiel zeigt überdeutlich, wie unangemessen es ist, hier mit der Unterscheidung privat/öffentlich zu arbeiten. Fundamentalprinzipien des Erziehungssystems stehen orthogonal zur Unterscheidung privat/öffentlich. Und das Privatrecht kann sich, wenn die Prozeßwelle einmal anrollt, Problemen der strukturellen Korruption nicht mit dem Hinweis auf deren privaten Charakter entziehen. Es muß solche Konflikte lösen, ohne jedoch zugleich unmittelbar auf öffentlich-rechtliche Prinzipien zurückgreifen zu können, da die neuen ökonomischen *mismatches* sich von den alten politischen deutlich unterscheiden. Und diese Konflikte sind auch nicht so ganz einfach lösbar, wie es uns in der Arroganz mitteleuropäisch-sozialstaatlicher Spitzenuniversitäten erscheinen mag; denn unter dem neuen Regime heißt es, pädagogische Prinzipien der Gleichbehandlung gegen die Vorzüge einer Quersubventionierung mittelloser Studenten durch *pink money* auch rechtlich sorgfältig abzuwägen.

Ähnliche Konflikte tauchen in den frisch privatisierten Medien auf, wo das Profitmotiv journalistische Integrität strukturell zu korrumpieren droht. Wie erinnerlich war in der guten alten Zeit, als Radio und Fernsehen noch öffentlich-rechtliche Monopole waren, eine vergleichbare strukturelle Korruption endemisch, als nämlich die Parteipoli-

³⁹ Gossip (1998): passim.

⁴⁰ In den USA läßt sich aber ein Trend hin zu verstärkten richterlichen Eingriffen in private Universitäten feststellen, so z. B. in *Greene v Howard University*, 271 F. Supp. 609 (1967) und *Harvey v Palmer College of Chiropractic*, 363 N.W.2d 443. Zur britischen Diskussion über richterliche Eingriffe in private Organisationen siehe Black, 1996; Swann, 1997.

tik mit ihrer Überwachung unter dem schützenden Mantel pluralistischer Repräsentation verborgen war. Ähnlich ist ja wohl auch die *mad cow*-Saga ein Paradigma für eine innovative öffentlich-private Partnerschaft zum Zwecke struktureller Korruption naturwissenschaftlicher Forschung geworden. Die selektive Finanzierung von Forschungsvorhaben, der Einfluß von Unternehmen und Lobby-Aktivitäten auf Forschungsprioritäten, die Kündigungspraktiken öffentlicher Stellen als Dienstherrn unbequemer Wissenschaftler und, *last not least*, die konsensfördernde "Comitologie" der EU wurden durchweg erfolgreich eingesetzt, um Forschung zu blockieren oder wenigstens zu manipulieren und die Integrität des wissenschaftlichen Verfahrens zu kompromittieren.

Doch ist es ein ermutigendes Zeichen, daß sich gegenüber der strukturellen Korruption als Folge der Privatisierung ein modernes öffentliches Moralbewußtsein mit den autonomie-verstärkenden Tendenzen des Privatrechts zu treffen scheint. Denn zu den nahezu unbestrittenen Forderungen des zeitgenössischen moralischen Konsenses gehört es, daß jedenfalls der Kernbereich der inneren Rationalität eines autonomen sozialen Sektors wie Forschung, Gesundheit oder Erziehung nicht durch ökonomische Rationalität ersetzt werden darf. Dies wird nicht nur als Frage soziotechnischer Steuerung, sondern als ein moralisches Problem angesehen:

"...denn jetzt werden Code-Sabotierungen zum moralischen Problem - etwa die Korruption in der Politik und im Recht oder das Doping im Sport oder das Kaufen von Liebe oder die Mogelei mit Daten der empirischen Forschung."⁴¹

So lehrt die heutige Wirtschaftsethik, daß wirtschaftliches Handeln die Integrität der Methoden der Forschung, der Erziehung, der medizinischen Behandlung und anderer autonomer Wissensgebiete zu respektieren hat, wenn nicht langfristige Interessen um kurzfristiger Vorteile wegen geopfert werden sollen.⁴² Die Systemsoziologie empfiehlt dem Wirtschaftssystem, daß es sich besser von den spezifischen Eigenlogiken der unterschiedlichen sozialen Systeme fernhalten sollte, und nicht den Versuchungen seiner dezentralisierten Entscheidungsstruktur erliegen sollte: nämlich sich Vorteile durch partikuläre deals zu schaffen⁴³. Und die Institutionensoziologie drängt darauf, daß die wirtschaftliches Handeln beschränkt werden muß, daß sein Einfluß auf verschiedene Institutionen so kanalisiert werden muß, daß diese die Verantwortung für ihre Handlungsfolgen auch real übernehmen können⁴⁴.

Diese Ethik der Grenzen trifft mit dem typischen Grundanliegen privatrechtlicher Institutionen zusammen: chinesische Mauern zwischen verschiedenen Handlungsräumen wie im Recht des Eigentums zu errichten, inkompatible Rollenkombinationen zu verhindern wie im Vertragsrecht, Räume für autonome Entscheidungsprozesse zu installieren wie im Gesellschaftsrecht. Diese genuin privatrechtliche Methode, Grenzen zwischen verschiedenen Handlungsräumen zu errichten und zu schützen,

⁴¹ Luhmann, 1997: 1043.

⁴² Etwa Steinmann & Löhr, 1991.

⁴³ Luhmann, 1965: 115.

⁴⁴ Selznick, 1992: 289ff.

kann auch gegen die neue strukturelle Korruption in den Medien, in der Forschung und auf dem Gesundheitssektor mit einer gewissen Erfolgsaussicht eingesetzt werden.

(2) *Soziale Exklusion*: Bereits heute kann man britischen Zeitungsberichten entnehmen, wie als Folge der rabiaten Privatisierungseingriffe im Gesundheitssektor, in öffentlichen Versorgungsbetrieben und im Telekommunikationsbereich Arme, Behinderte oder Obdachlose diskriminiert oder gar vom Zugang ausgeschlossen werden. Grundsätzlich baut zwar das Wirtschaftssystem selbst auf dem Prinzip der universellen Inklusion auf, nicht anders als die genannten sozialen Systeme selbst. Jedes Mitglied der Gesellschaft hat Zugang zu ihren Aktivitäten, und zwar nach Maßgabe der systemeigenen Bedingungen, aber die jeweiligen Bedingungen des universellen Zugangs stehen in scharfem Konflikt zueinander. Unter dem alten öffentlichen Regime konnte der Zugang zum politischen System über das allgemeine Wahlrecht als relativ verlässlicher Maßstab für den Zugang zu den Wohltaten der öffentlichen Dienste dienen, wenn man auch nicht aus den Augen verlieren sollte, in welchem Ausmaß Diskriminierungen aus rein politischen Gründen - Zugehörigkeit zu Wähler- und Interessengruppen - eine dominierende Rolle gespielt haben. Das neue Regime diskriminiert hingegen nach Kaufkraft, wodurch einer der markantesten *mismatches* zu Ansprüchen auf universellen Zugang zum Gesundheitssystem, zu sozialer Sicherheit und zur Telekommunikation entsteht.

Voraussehbare juristische Reaktion auf diese Konflikte unterschiedlicher Zugangsbedingungen ist es, dem neuen Regime durch zwingende Normen aufzuerlegen, ihre Dienste nicht nach ökonomischen, sondern nach deren systemeigenen Kriterien allgemein zugänglich zu halten.⁴⁵ Gegen die Logik des Marktes und im Widerspruch zum Rechtsgrundsatz der Vertragsfreiheit muß, wie es im neuen EU-Regime der Telekommunikation normiert wird, im Zentrum des Privatrechtsregimes der

"Zugang zu einem definierten Minimum an Dienstleistungen von spezifischer Qualität, für alle Nutzer zu einem erschwinglichen Preis, aufbauend auf den Prinzipien der Allgemeinheit, Gleichheit und Kontinuität"⁴⁶

garantiert werden.

Dies sollte wiederum nicht als politischer Interventionismus, als Eindringen der politischen in die ökonomische Rationalität verstanden werden. Vielmehr ist es die interne Rationalität des beteiligten Sektors - Gesundheit, Telekommunikation, soziale Dienste - dessen Inklusionsprinzip sich im Konflikt mit dem des Marktes befindet und so dem Privatrecht die Aufgabe stellt, gleichzeitig kontradiktorischen Handlungslogiken gerecht zu werden. Das Privatrecht muß wirtschaftlichen Transaktionen Fundamentalnormen anderer Sozialsysteme aufoktroieren. Es bedient sich dazu alter und neuer Rechtsformen: altbekannter wie des Kontrahierungszwanges, der richterlichen Kontrolle allgemeiner Vertragsbedingungen, und innovativer, wie der

⁴⁵ Heute hauptsächlich im Kommunikationsbereich diskutiert, Mueller, 1993; Sauter, 1996.

⁴⁶ COM (94) 440 und COM (94) 682.

angemessenen Verteilung von Quersubventionen für nicht-profitable Aktivitäten zwischen Konkurrenten, Verwaltung privater Mittel durch nicht-gewinnorientierte Organisationen, Auferlegung von nicht-wirtschaftlichen und nicht-politischen soziokulturellen Standards auf gewinnorientierte Unternehmen. Wie die neuen Regelungen der Telekommunikation zeigen, muß es entgegen Marktlogik und Vertragsfreiheit Systeme privater Besteuerung und Kostensubventionierung errichten, um finanzielle Ressourcen für das spezielle Zugangsprinzip des betreffenden sozialen Sektors zu erschließen.⁴⁷ In Zukunft wird die institutionelle Phantasie des Privatrechts immer wieder neu gefordert sein, wenn es darum geht, die innere Verfassung profitorientierter öffentlicher Dienste als universelle Leistungsinstitutionen auszuformen und interpretierend weiterzuentwickeln.

(3) *Kontraktualisierung und Externalitäten*: Im Zuge der Privatisierung werden multilaterale öffentliche Dienste in private Vertragsregimes verwandelt, mit der Folge, daß ein forciertes Bilateralismus komplexe soziale Strukturen zerschneidet. Ein umfangreiches Projekt im Gesundheitssektor etwa, das die Kooperation verschiedener medizinischer, sozialer, organisatorischer, wissenschaftlicher, finanzieller und politischer Fähigkeiten erfordert, wird durch eine Kombination von bilateralen Verträgen und Unterverträgen verschiedener öffentlicher und privater Organisationen organisiert. Das von den Gerichten angewendete Vertragsrecht wird der Logik der Marktverträge folgen und dazu neigen, Konflikte durch juristische Isolierung jedes Einzelvertrages zu bewältigen. Es folgt damit der ökonomischen Wirklichkeitskonstruktion, die die komplexe Einheit eines gesellschaftlichen Projektes in eine Vielzahl bilateraler ökonomischer Transaktionen übersetzt, und damit die Allokation dieses Projekts zu verschiedenen Märkten bewerkstelligt. Eine solche Konstruktion des Projekts kann nicht mehr berücksichtigen, daß die isolierten bilateralen Transaktionen eigentlich inkompatibel mit der Netzwerkstruktur der interdependenten sozialen, technischen und politischen Beziehungen sind. Die neue ökonomische Analyse des Rechts verstärkt noch diese Abhängigkeit des Rechts. Ihre Kriterien - allokativer Effizienz und Reduzierung von Transaktionskosten - übersetzen die ganze produktive Welt der Projekte in die Sprache wirtschaftlicher Kosten und Nutzen von isolierten Transaktionen, und erklärt zudem diese Übersetzung als für das Recht verbindlich.⁴⁸

Der englische Privatrechtstheoretiker Hugh Collins hat diese Verzerrung sozialer Beziehungen durch ihre ökonomische Kontraktualisierung systematisch in vier Kategorien analysiert: 1. Bilateralisierung; 2. Selektive Leistungskriterien; 3. Neue Machtverhältnisse; 4. Externalisierung negativer Effekte.⁴⁹ Darüberhinaus ist es eine noch offene Frage, inwieweit die Kontraktualisierung der öffentlichen Dienste auch die Qualität ihrer Gerichtskontrolle negativ beeinflusst, besonders wenn es um die Interessen von Dritten geht, die nicht unmittelbar in die bilaterale Vertragsbeziehung einbezogen sind. Denn Privatisierung führt zwangsläufig das Prinzip der Relativität des Schuldverhältnisses in komplexe multilaterale Sozialbeziehungen ein mit der Folge,

⁴⁷ Dazu Hoffmann-Riem & Vesting, 1995.

⁴⁸ Easterbrook & Fischel, 1989, etwa sehen sogar das integrierte Unternehmen nur als "*corporate contract*", indem sie die reduktive ökonomische Sicht als eines bloßen Bündels von Einzelverträgen für das Recht verbindlich machen, und zerschneiden damit die internen Interdependenzverhältnisse.

⁴⁹ Collins, 1997: 76f.

daß Gerichte diese nur noch als eine Mehrzahl nicht rechtlich aufeinander bezogener bilateraler Beziehungen interpretieren dürfen. Privatisierung steigert also insofern die Gefahr des "dogmatischen Purismus" im Recht der Schuldverhältnisse, der "einheitliches soziales Geschehen rechtlich in verselbständigte Teile zerlegt, die nicht mehr aufeinander bezogen sind."⁵⁰

Der Oxforder Privatrechtler Mark Freedland hat diese Problematik auf den Punkt gebracht:

"Government by contract may involve a comparable network of contracts, so that there can be an interlocking of service procurement contracts on the one hand, and consumer or customer contracts with the service provider on the other. In such arrangements, the doctrine of privity of contract ensures that the consumer has no direct contractual relation with the service procurer. It would not be wholly surprising to find, by extension of this reasoning, there were many situations in which the citizen as consumer had no sufficient interest to seek judicial review of the actions or policies of the government department which had procured the service in question."⁵¹

Im besten Falle wird dies den Druck auf die Privatrechtsdogmatik erhöhen, die sich bisher schroff gegenüber innovativen Vorstößen verwahrt hat, den Netzwerkcharakter von komplexen Vertragsbündeln auch als Rechtskonstruktion zu akzeptieren.⁵² Der Konflikt zwischen sozialem Netzwerk und ökonomischer Bilateralität wird auf Dauer das Privatrecht dazu zwingen, die Interdependenz der Beziehungen als vertragliche Drittwirkungen effektiv einzubeziehen, auch wenn dies dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse widerspricht und auf Kosten von allokativer Effizienz und Transaktionersparnissen geht.

(4) *Grenzen der Monetarisierung*: Die Privatisierung entfacht einen alten Konflikt neu, den Streit über die Grenzen der Käuflichkeit. Historisch hatte die Entwicklung des Protestantismus und der Ausbruch von Religionskriegen sehr viel mit der Ausdehnung des monetären Mechanismus in traditionell sakrale Bereiche zu tun. Wie erinnerlich hatte Martin Luther heftig gegen die Kommerzialisierung des persönlichen Heils und der Kirchenämter protestiert. Und es war ein wichtiges historisches Ereignis, daß beide als *res extra commercium* definiert wurden. Heute, wenn uns die Schocknachricht erreicht, daß ein gewisser Dr. Seed - *nomen est omen* - dabei ist, das Klonen von Menschen zu privatisieren, ist es hauptsächlich die Privatisierung des Gesundheitssektors und die Kommerzialisierung biomedizinischer Forschung, die den alten Konflikt neu aufflammen lassen. Und ein Großteil dieser Konflikte werden wiederum in privaten Rechtsstreitigkeiten ausgefochten werden, wobei die Gerichte sich darauf einrichten müssen, die Grenzen der Kommerzialisierung auch oh-

⁵⁰ Gernhuber, 1989: 462.

⁵¹ Freedland, 1994: 100.

⁵² Zum Netzvertrag als Rechtskonstrukt Möschel, 1986; Joerges, 1991; Flechsig, 1996; für das common law Adams & Brownsword, 1990; Deakin, Lane & Wilkinson, 1994.

ne politische Vorgaben anhand von privatrechtlichen Generalklauseln zu ziehen.⁵³

(5) *Dumbing down*: Ehrwürdige britische Institutionen, insbesondere in Kunst und Kultur, aber auch in den Medien und den Universitäten, haben im Zuge der Privatisierung besorgniserregende Einbußen an professioneller Qualität erlitten, die sich auf den Einfluß von Marktmechanismen zurückführen lassen.⁵⁴ Höchst kontrovers ist etwa die Frage, ob sich Qualitätseinbußen der weltberühmten BBC auf die Konkurrenz des Pressezaren Murdochs BskyB zurückführen lassen. Der ungestörte Hörgenuß klassischer Musik im traditionsreichen Sender BBC 3 wird von der Konkurrenz des kommerziellen Senders Classics FM unmittelbar beeinträchtigt. *Dumbing down* im Entdeckungsverfahren Wettbewerb!

Eine institutionelle Phantasie, die hier Korrektive einführt, müßte ihre Hoffnungen vorrangig auf Standardisierungen und *auditing practices* setzen, die ihre Kriterien nicht unmittelbar vom Markt abhängig machen, auf die Kultivierung von professioneller und kultureller Reputation, die sich dann auch indirekt am Markt durchsetzt und die im Wege von Verweisungsnormen auch im Privatrecht inkorporiert wird.⁵⁵ Weitergehende Rechtsgarantien wären auf die Institutionalisierung eines Rechts auf Diversität⁵⁶ und auf die Pluralisierung der Finanzierungsquellen gerichtet, die eine gewisse Autonomie der Standards schaffen würde.⁵⁷

(6) *Perverse Selektivität*: Das vermehrte Auftauchen der Spezies "fat cats" in den privatisierten Versorgungsmonopolen Englands ist nur einer von vielen Indikatoren für die Neigung des neuen Regimes zu perverser Selektivität: Kleine Unterschiede schaffen große Ungleichheiten. Diese Ungleichheiten sind nicht nur Stein des Anstoßes für die populäre *envy culture*, sie stehen auch - was für die Betonung des meritokratischen Charakter des neuen Regimes wichtig ist - zur Wahrnehmung der eigentlichen Leistungsunterschiede in verschiedenen Sektoren der öffentlichen Dienste im Widerspruch.

V. Reaktion I: Fragmentierung des Privatrechts

Lassen sich bereits heute strukturelle Muster ausmachen, nach denen sich das Privatrecht nach der Privatisierung ausformen wird? Die Rechtsentwicklung wird im hohen Maße davon abhängen, in welcher Richtung sich der Privatisierungsprozeß selbst fortsetzt; da dies aber noch offen ist, muß man in Alternativen denken. Wie sehen mögliche Szenarios einer Reaktion des Privatrechts auf die strukturellen Konf-

⁵³ Zum Gebrauch privatrechtlicher Formen für öffentliche Zwecke, neuerdings Hoffmann-Riem, 1996a; im common law vgl. Wightman, 1998.

⁵⁴ Dazu neuerdings Hogan, 1997.

⁵⁵ Zu den soziologischen Aspekten der Entwicklung einer "audit society", Power, 1997.

⁵⁶ Stewart, 1983: 1568.

⁵⁷ Zum Argument der Pluralisierung der Finanzquellen siehe etwa Kealy, 1997 für die Wissenschaft und Graber, 1994: 227ff. für die Kunst, Vesting, 1997:321ff. für die Medien.

likte, auf die besagten *mismatches* zwischen Aktivität und Regime aus? Ich möchte im Prinzip zwei verschiedene Szenarios unterscheiden: Fragmentierung und Hybridisierung.

Benutzt man die in der Organisationssoziologie gebräuchliche Unterscheidung von enger und loser Kopplung,⁵⁸ so lassen sich die neuen Privatrechtsnormen zur Intensität der strukturellen Kopplung öffentliche Dienste/Wirtschaft in Beziehung setzen. Ihr künftige Ausgestaltung hängt davon ab, ob der Privatisierungsprozeß letztlich zu einer engen oder zu einer losen Kopplung der Dienste mit Marktprozessen führen wird. Fragmentierung bezeichnet dann die Reaktion auf eine Vielzahl von sozialen Autonomiebereichen, soweit diese mit wirtschaftlichen Prozessen nur lose gekoppelt sind. Hybridisierung hingegen bezeichnet die Reaktion auf ihre enge Kopplung mit der Wirtschaft. Ironischerweise ist es in beiden Szenarios der Prozeß der Privatisierung selbst, der die Hoffnungen der Rechtswissenschaft auf eine neue Einheit des Privatrechts unter dem Regime des Marktes frustriert. Gerade die Privatisierung treibt das Privatrecht in immer höhere Grade der Differenzierung, in denen spezialisierte Sonderprivatrechte spezifische Rationalitäten der gesellschaftlichen Umwelt verkörpern.

Freilich handelt es sich bei der Fragmentierung des Privatrechts um einen langfristigen historischen Prozeß, der viele Erscheinungsformen angenommen hat und der sich auf viele Ursachen zurückführen läßt.⁵⁹ Viele Sonderprivatrechte, zum Beispiel Arbeitsrecht, Verbraucherschutzrecht, Urheberrecht, Umweltrecht haben mit dem Phänomen der Privatisierung unmittelbar nichts zu tun. Und es ist ziemlich unklar, welche Ursachenbündel dieser vielfachen Fragmentierung zugrundeliegen: die Dominanz bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, die Entstehung bestimmter Berufszweige, die Bedeutung und Dringlichkeit einer Politikarena, der Druck sozialer Probleme, die inneren Notwendigkeiten der Rechtsdogmatik oder die Einrichtung einer besonderen Gerichtsbarkeit. Allerdings gibt es ein Kriterium für die uns interessierende Fragmentierung des Privatrechts in extern induzierte Autonomiebereiche und das ist die spontane Normproduktion in einem sozialen Bereich, sofern sie vom Recht zugleich als Rechtsquelle genutzt wird. Die "private" Autonomie eines sozialen Systems zeigt sich darin, daß eine Maschinerie der Normproduktion existiert - Konsensmechanismen, formale Organisation, Standardisierung - , die als eigenständige Rechtsquelle eines Sonderprivatrechts fungiert.

Paradigmatisch sind gewisse Entwicklungen im neuen Recht der Intimbeziehungen.⁶⁰ Die dramatischen Veränderungen, denen das traditionelle Familienrecht zur Zeit unterworfen ist, können zu einem hohen Grad auf eine eigenartige Privatisierung des Privatlebens zurückgeführt werden. Zunehmend insistieren die Leute auf der autonomen Wahl einer verwirrenden Vielzahl von persönlichen Beziehungen und idiosynkratischen Lebensstilen außerhalb der traditionellen Formen des Familien-

⁵⁸ Weick, 1976; Perrow, 1988.

⁵⁹ Dazu Wieacker, 1967: 543; Joerges, 1987; Zöllner, 1996.

⁶⁰ Zur soziologischen Analyse der Entwicklungen Allert, 1998.

rechts: auf nicht formalisierten Partnerschaften, gleichgeschlechtlichen Beziehungen, lose organisierten Formen des Zusammenlebens, Gruppenleben, neuen Formen der Kindererziehung, vergrößerten Familien. Auf diese radikale Kontraktualisierung des Familienrechts reagiert der Staat, indem er sich Schritt für Schritt und durchaus zögernd von dem Monopol der heterosexuellen Ehe und anderen staatlichen Regulierungen des Privatlebens zurückzieht und sich zunehmend darauf beschränkt, nur einen Rahmen für die autonome Selbstregulierung des Privatlebens zu setzen und für Konfliktfälle Kriseninterventionen bereitzustellen. Wir haben hier ein exemplarisches Beispiel, wie sich das Recht auf eine Privatautonomie verläßt, die nicht auf wirtschaftlichen Transaktionen unter Wettbewerbsbedingungen aufbaut, sondern auf langfristiger persönlich-intimer Beziehung, die sich recht prekär durch die Instabilitäten gegenseitiger Zuneigung stabilisiert. Die spezifische Rationalität des Intimlebens, auf die das Recht reagiert, ist weder als die alte ökonomische Subsistenz (Rolle des oikos), noch ist sie politisch (die Familie als kleinste Einheit der Gesellschaft oder Objekt einer Bevölkerungspolitik) definiert, sondern sie verschafft einen einzigartigen Freiraum in der gegenwärtigen Sozialwelt, in dem die ganze Persönlichkeit mit allen ihren Rollen aspekten legitimen Ausdruck finden kann. Die Regeln und Prinzipien des neuen Familienrechts reagieren nahezu ausschließlich auf diese extravagante Rationalität des Privatlebens und seiner spontanen Normbildung, auf die "Vorstellung einer auf Liebesheirat gegründeten und trotzdem haltbaren, persönlich-intim verbundenen Lebensgemeinschaft, in der das Individuum für seine konkrete Eigenart Verständnis findet."⁶¹

Können wir parallele Entwicklungen der Privatisierung in anderen sozialen Subsystemen mit eigenständiger hochentwickelter Rationalität erwarten? Gibt es eine Zukunft für ein in diesem Sinne "privates", also gesellschaftlich autonomes, Bildungsrecht, Forschungsrecht, Gesundheitsrecht, Kunstrecht, das deren jeweilige genuine Rationalität widerspiegelt - in relativer Distanz sowohl zur politischen als auch zur ökonomischen Rationalität? Kann man ein Recht der *private governance regimes* konzipieren, die in der Sicht der deliberativen Polyarchie beschrieben werden als

"... functionally specified 'problem solving-units. These units are neither conventionally public since they operate independently from state command and control, nor conventionally private because they do exercise a problem-solving function and have reflexive capacities concerning the interests of society as a whole".⁶²

Auch wenn dies vielleicht überoptimistische Erwartungen sind, so verfügt doch

in der Tat jedes dieser Gebiete über extensive Mechanismen der spontanen Normbildung, die eine der Markttransaktion durchaus vergleichbare konstitutive Rolle spielen. Wenn zum Beispiel die Vertragspraxis privater Universitäten und anderer Bildungsinstitutionen einer ständigen richterlichen Kontrolle unterworfen ist, dann weist das künftige Recht des Ausbildungsvertrages ganz enorme Unterschiede zum klassischen Vertragsrecht auf. Die Vertragsfreiheit der Ausbildungsinstitution hin-

⁶¹ Luhmann, 1997: 980.

⁶² Gerstenberg, 1997: 352

sichtlich der Auswahl der Auszubildenden ist scharf begrenzt durch pädagogische Grundsätze, durch meritorische Prinzipien akademischer Leistung und durch einen strikten Gleichbehandlungsgrundsatz, dem voraussichtlich unsere *pink students* zum Opfer fallen werden. Für die Ausgestaltung privatuniversitärer Binnenverhältnisse gibt es weite pädagogische Beurteilungsspielräume, wobei aber richterlich überprüft wird, ob bei der Ausübung des Ermessens tatsächlich erzieherische Prinzipien für die Entscheidung bestimmend war. Die Wahlfreiheit der Eltern, Schüler und Lehrer wird in einem Verfahren rechtlich definiert, in dem pädagogische Prinzipien dominieren.⁶³ Philip Selznick beschreibt die aus ihrer normativen Binnenlogik folgenden Rechtsprinzipien privat(isiert)er Erziehungsinstitutionen:

"to take into account of public concerns, including, among much else, the quality of basic education, teacher preparation, equality of opportunity, racial integration, care for the handicapped, education for civic responsibility."⁶⁴

Allerdings wird letztlich die Richtung, die der Privatisierungsprozeß selbst nimmt, darüber entscheiden, in welchem Ausmaß neue Sonderprivatrechte, neue autonome Privatrechtsfragmente entstehen werden. Wie gesagt, die offene Frage ist, ob er in einer engen oder losen Koppelung mit Marktprozessen resultiert und in welchen Proportionen. Denn in der Tat gibt es schon heute eine Fülle unterschiedlicher Privatisierungsformen.⁶⁵ Die Kopplung ist nur lose, wenn einige der früheren öffentlichen Dienste im *non-profit-sector* reorganisiert werden, in gemeinnützigen Einrichtungen, Stiftungen und ehrenamtlichen Organisationen. Je mehr die Privatisierung zu ihrer Organisation im nicht-gewinnorientierten Sektor führt, um so mehr wird eine Fragmentierung des Privatrechts in autonome Gebiete die Folge sein.

Das Privatrecht ist aber in diesem Zusammenhang nicht nur die abhängige Variable. Entscheidend ist auch, inwieweit das Recht selbst konzeptuell auf die *opportunity structures* der Privatisierung vorbereitet ist: Verfügt das Vertragsrecht und das Deliktsrecht, das Gesellschaftsrecht und das Sachenrecht über hinreichend ausgearbeitete Rechtsformen, die dem dritten Sektor Gelegenheit bieten, autonome Rationalitäten auch rechtlich zu institutionalisieren? Je mehr Regimes für nicht-gewinnorientierte Organisation der früheren öffentlichen Dienste das Privatrecht anbietet, um so größer ist die Chance, daß politischer Druck die strukturellen Spannungen zwischen ihrer inneren Rationalität und der ökonomischen Rationalität benutzt, sie in den dritten Sektor zu verlagern.

⁶³ Eine konsequent kontextabhängige Konkretisierung von due process findet sich bei Winston, 1975; Selznick, 1992: 516f.

⁶⁴ Selznick, 1992: 517.

⁶⁵ Stark, 1997.

VI. Reaktion II: Hybridisierung von Privatrechtsbeziehungen

Jedoch für viele, wenn nicht für die meisten öffentlichen Dienste bringt die real existierende Privatisierung eine enge strukturelle Koppelung mit der Wirtschaft mit sich. Wie reagiert das Privatrecht, wenn soziale Dienste ihre Prozesse spontaner Normerzeugung vollständig "kommerzialisiert" haben, wenn ihre besonderen Konsensmechanismen als kommerzielle Verträge ausgeformt sind, wenn sich ihre Dienstleistungsinstitutionen in gewinnorientierte Wirtschaftsunternehmen und ihre Standardisierungsverfahren in Marktstandards verwandeln?

In einer derartigen Situation nehmen die Gerichte die privatisierten Dienste nur in einer äußerst begrenzten Perspektive wahr. Denn durch die Vertragsoptik können sie die Informationen über die Dienste automatisch und fast ausschließlich als ökonomische Kosten-Nutzen-Kalküle sehen. In Zivilrechtsprozessen verwirklicht sich eine eigenartige Asymmetrie in der strukturellen Kopplung zwischen dem Recht, der Wirtschaft und dem beteiligten sozialen System. Die Situation stellt nahezu eine Wiederholung der früheren dominanten Stellung der institutionalisierten Politik in den alten öffentlichen Diensten dar. Jedes Element der Dienstbeziehung, ob in Forschung, Ausbildung, Technologie, Kunst oder Medizin, wird zuerst in ökonomische Kalküle, allokativen Effizienz, Transaktionskosten übersetzt und dann, nach der Übersetzung, dem Recht zur Konfliktbewältigung präsentiert. Dies bedeutet für private Rechtsstreitigkeiten eine drastische Reduktion sozialer Beziehungen, da die Information über das beteiligte soziale System durch seine Rekonstruktion in Kostenkalkülen unvermeidlicherweise gefiltert, kanalisiert, wenn nicht verfälscht wird.

Eine Umgestaltung des Privatrechts, die auf solche Optikverzerrungen reagiert, bedeutet, die strukturellen Koppelungen der privatisierten öffentlichen Dienste zu ihren nicht-ökonomischen Umwelten zu restrukturieren. Die Privatrechtsdogmatik muß die privatisierten öffentlichen Dienste in ihrer hybriden Natur voll erfassen. Sie sind Hybride nicht im heute üblichen Sinn einer Mischung von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Regimen⁶⁶, oder von politischen und ökonomischen Aspekten. Der Gedanke der Polykontextualität führt hier zu einem anderen Begriff der Hybridität. Privatisierte öffentliche Dienste haben eine Doppelmitgliedschaft in den gesellschaftlichen Sektoren, sie sind gleichermaßen Bestandteil zweier sozialer Systeme, des ökonomischen Systems und desjenigen sozialen Systems, in dem sie ihre Funktion erfüllen. Das Privatrecht muß entsprechend das Monopol der Ökonomie auf enge strukturelle Kopplung brechen und seinerseits eine enge strukturelle Koppelung mit dem beteiligten sozialen System herstellen. Praktisch bedeutet dies, daß das Recht die nicht-ökonomischen Aspekte gegenüber der *self-enforcing* Logik der ökonomischen Kalkulation stärkt, indem es sie mit normativer Verbindlichkeit ausstattet.

Die Quellen des Privatrechts können dann nicht mehr ausschließlich in der privatau-

⁶⁶ Black, 1998, definiert die Hybridität selbstregulierender Einheiten unter Rückgriff auf die Begriffe öffentlich/privat, deutet aber Zweifel hinsichtlich der Tauglichkeit dieser Unterscheidung an: "...vielleicht sollten wir eher den Typ der Funktion, die ausgeübt wird, als Ausgangspunkt nehmen, und uns fragen, welche Pflichten und Verantwortlichkeiten die Ausübung dieser Funktion begleiten sollten, und wem sie geschuldet werden sollten, welchen Grad von Autonomie diejenige, die sie ausüben, haben sollten, und welches Maß an gerichtlicher Kontrolle notwendig ist..."

tonomen Normierung der Markttransaktion gesucht werden, sondern in zwei parallelen und häufig einander widersprechenden Verfahren spontaner Normerzeugung. Die rechtlich verbindlichen Regeln eines Vertrages bauen auf zwei gleichermaßen wirksamen Mechanismen sozialer Selbstregulierung auf: 1. einer ökonomischen Transaktion und 2. einer produktiven Vereinbarung im betroffenen gesellschaftlichen Sektor.⁶⁷ Das Vertragsrecht rekonstruiert den Vertrag dann nicht nur als ein unternehmerisches Projekt, als eine gewinnorientierte monetäre Transaktion unter mehr oder weniger freien Wettbewerbsbedingungen, die ökonomische Erwartungen auf beiden Seiten hervorrufen. Von gleicher Bedeutung ist seine rechtliche Rekonstruktion als ein "produktives" Projekt in einer der vielen sozialen Welten, so in Dienstleistungen, Technik, Wissenschaft, Medizin, Journalismus, Sport, Tourismus, Ausbildung, Kunst, die alle je normative Erwartungen eigener Art erzeugen. Der Ausgleich dieser Normkollisionen bleibt nicht automatisch der Kosten-Nutzen-Sprache der monetären Transaktion überlassen, sondern wird zu einer Frage des Vertragsrechts. Hier gewinnt dann die Juristenformel des "Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Gesetzesrechts" eine ganz andere Bedeutung.⁶⁸ Nicht nur Interessenausgleichsgerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien ist gemeint, sondern Diskursgerechtigkeit: die Vertragstypen des dispositiven Gesetzesrecht sind darauf einzustellen, der inneren Normativität des beteiligten Sozialsystems gerecht zu werden. Wahrscheinlich wäre es ein Euphemismus, hier vom bloßen Ausbalancieren zweier unterschiedlicher Rationalitäten zu sprechen. Im Hinblick auf die durchsetzungskräftige Dynamik wirtschaftlicher Kalkulation bedeutet dies, daß das Privatrecht sich auf die Seite der betroffenen sozialen Rationalität stellt und der wirtschaftlichen Handlung deren Standards aufzwingt. In diesem Zusammenhang kann ich auf das Konzept der Diskursrechte lediglich hinweisen, das als rechtliche Grundlage dienen würde⁶⁹. Es handelt sich - in Weiterentwicklung systemtheoretischer Konzeptionen der politischen Grundrechte - um impersonale Rechte autonomer Kommunikationssphären, die sich auf Verfassungsrecht gründen und sich horizontal gegen das Eindringen von sozialen Systemen mit hegemonialen Tendenzen in diese Kommunikationssphären richten.

Alles in allem würde das Privatrecht die ökonomische Rekonstruktion sozialer Beziehungen nicht einfach zum Nennwert akzeptieren, sondern sie als genuin hybride Beziehungen wahrnehmen. Dies verändert die beiden wichtigsten Methoden der Rechtssetzung im Privatrecht: seine Irritation durch externe Ereignisse und seine Simulation von gesellschaftlichen Prozessen.

Die Irritationen des Privatrechts, also seine Störungen durch Umweltereignisse, die neue Normierungen auslösen, sind dann nicht mehr ausschließlich durch Marktbeobachtungen gefiltert, sondern durch die direkte rechtliche Rekonstruktion der eigentlichen Standards und konsensuellen Ereignisse im betreffenden sozialen Sektor. Als Simulationen im Privatrecht diene nicht nur der heute anerkannte Markttest als

⁶⁷ Dazu näher, Teubner, 1998b.

⁶⁸ Dazu Esser & Schmidt, 1995: § 10 II.

⁶⁹ Für eine Vertiefung Graber, 1994; Graber & Teubner, 1997; Teubner, 1998b. Der Gedanke unpersönlicher Diskursrechte, die gegenüber expandierenden Sozialsystemen Wirkung entfalten, entwickelt die systemtheoretisch konzipierte Grundrechtsbeziehung (Luhmann, 1965; Willke, 1975) als generalisierten Intersystemkonflikt weiter.

Imitation der Ergebnisse, die wahrscheinlich ein effizienter Markt hervorbringen würde, sondern ein sozialer Diskurstest, der darauf abzielte, welche konkreten Standards entstehen, wenn ein mikropolitische Prozeß in einer der vielen beteiligten "Sphären der Gerechtigkeit" zustande käme.

Standardisierung von Verhaltenspflichten ist dann nicht mehr nur ein Verfahren, in dem das Privatrecht nach der berühmten Learned-Hand-Formel dem rechnerischen Vergleich zwischen den wirtschaftlichen Kosten der Prävention und den zu erwartenden Kosten des Schadensfalles, multipliziert mit dessen prozentualer Wahrscheinlichkeit, folgt. Stattdessen ist sie dann als ein Verfahren institutionalisiert, in dem das Recht zugleich die Entstehung professioneller Standards entsprechend der Handlungslogik des betroffenen öffentlichen Dienstes rekonstruiert.

In vergleichbarer Weise würde das Verbandsrecht private Organisationen nicht nur in ökonomischen Begriffen wahrnehmen, der Binnenordnung einiger Korrekturen im Sinne politischer Intervention bedarf, sondern würde *ab initio* die Anforderungen zweier verschiedener sozialer Systeme kombinieren. Die Rolle des Privatrechts wäre es dann, etwa im Bildungssektor, im Gesundheitswesen, im Medienbereich, Sphären professioneller Autonomie innerhalb dieser Organisationen zu garantieren und gegen ein direktes Eindringen des Marktes abzuschirmen.

Worin besteht der Unterschied zum modernen sozialstaatlichen Privatrecht, dem Recht der "mixed economies", dessen Ziel es ist, Marktversagen durch politische Intervention zu korrigieren - mittels zwingender Verbraucherschutznormen, über die privatrechtlichen Generalklauseln der "guten Sitten" und von "Treu und Glauben"? Der Unterschied ist zweifach. Erstens handelt es sich nicht mehr nur um die mehr oder weniger marginale Post-hoc-Korrektur einer von Natur aus ökonomischen Transaktion. Stattdessen wird der Vertrag von vornherein als durch zwei gleichwertige soziale Dynamiken konstituiert angesehen, und die Aufgabe des Rechts ist nicht eine gelegentliche Randkorrektur, sondern ein durchgängiger Ausgleich von Diskurskollisionen. Zweitens werden die nicht-ökonomischen Aspekte der Privatrechtsbeziehung nicht länger über durch den politischen Prozeß gefiltert und verzerrt und in dieser verzerrten Form in Recht umgesetzt. Vielmehr reagierte das Privatrecht unmittelbar auf die spontane Normproduktion des beteiligten sozialen Sektors.⁷⁰

VII. Re-Import von Konflikten?

Woher aber läßt sich die soziale Dynamik erwarten, die das Privatrecht so stark irritiert, daß es sich dermaßen weitreichenden strukturellen Veränderungen unterzieht? In einem beträchtlichen Ausmaß ist es der Privatisierungsprozeß selbst, der seine eigenen perversen Effekte im Sinne von *self-defeating tendencies*⁷¹ hervorruft. Wenn es zutrifft, daß die bisherige Expansion des Sozialstaates den Markt von politischen Konflikten freigehalten und sie mehr oder minder erfolgreich durch das politisch-

⁷⁰ Teubner, 1992.

⁷¹ Boudon, 1977.

administrative System absorbiert hat,⁷² dann darf man erwarten, daß die Privatisierung diesen Prozeß umkehrt und die sozialstaatlich domestizierten Konflikte in die ökonomische Arena re-importiert.⁷³ So paradox es klingt, aber nach der Privatisierung nehmen die politischen Konflikte über öffentliche Dienste tatsächlich zu. Ein Beobachter des britischen Privatisierungsprozesses faßt dieses Phänomen wie folgt zusammen:

"...die Strukturen, die während der Verstaatlichung entwickelt worden waren, hatten es nie notwendig gemacht, die Probleme widersprüchlicher regulatorischer Prinzipien zu lösen, aber die Privatisierung und die Schaffung neuer Regulierungsinstanzen haben diese Frage erst ans Tageslicht gebracht."⁷⁴

Die Privatisierung selbst erzeugt neue Spannungen, die - unter anderen - auch die Zivilgerichtsbarkeit als Schauplatz ihrer Konfliktbewältigung finden.⁷⁵ Massive politische Konflikte, die früher im Rahmen öffentlich-rechtlicher Regimes ausgetragen worden sind, verschwinden nach der Privatisierung nicht einfach durch eine Geste der *invisible hand*. Nach der Übernahme durch den Markt tauchen diese Konfliktpotentiale in neuen Formen wieder auf, und die neuen *private governments* sind gezwungen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Sie können nicht allein durch die Marktmechanismen bewältigt werden. Die privatisierten öffentlichen Dienste werden ihrerseits in eine neue Politisierung getrieben. Und diese Repolitisierung beschränkt sich nicht notwendig auf die Einrichtung öffentlich-rechtlicher Kontrollinstanzen, sondern bringen gleichzeitig eine Politisierung der *private governance* selber mit sich.

Die Ursachen dieser Diskurskonflikte finden sich in den privatisierten öffentlichen Diensten selbst, die die strukturellen Spannungen zwischen ihrer eigenen Rationalität und dem neuen Regime aushalten müssen, und dies nicht nur auf Seiten der Kunden, sondern auch der Funktionsträger. Hier ist der Reibungswiderstand sozialer Praktiken gegen ihr neues Regime die Ursache für alle möglichen neuen quasipolitischen Konflikte, die jetzt aber nicht mehr aus den privaten Sphären externalisiert werden. Ein Anzeichen für diese Entwicklung ist die Intensität der rechtsförmigen Auseinandersetzungen zwischen *regulatory agencies*, Verbrauchergruppen, regulierten Unternehmen und ihren Anteilseignern, die sich derzeit in Großbritannien als Folge intensiver Privatisierungen beobachten lassen.⁷⁶ Ein anderes Anzeichen ist das Ausmaß, in dem Formen des Bürgerprotests zunehmend wirtschaftliche anstelle von politischen Institutionen als Zielscheibe ihrer Angriffe wählen. Dazu gehört auch die seltsame Allianz zwischen Protestbewegungen und den Massenmedien, die im Namen der gesellschaftlichen Moral die weitgehenden Privatisierungsfolgen kritisieren, sofern sie ihre Integrität kompromittiert. Für das Privatrecht aber ist entschei-

⁷² Habermas, 1973.

⁷³ So auch Hoffmann-Riem, 1996a: 266; Benz, 1994: 45.

⁷⁴ Prosser, 1997: 3.

⁷⁵ Wilhelmsson, 1998, entwickelt dieses Argument speziell für das Deliktsrecht.

⁷⁶ Prosser, 1997: 3f.

dend, daß seine begrifflich-dogmatischen Strukturen auf solche Konflikte vorbereitet sind. Nicht weniger wichtig aber ist das Verfahrensrecht, das durch Regelungen der Aktivlegitimation, der kollektiven Vertretung in Verbandsklagen, durch geeignete Formen der Repräsentation von betroffenen Drittinteressendazu beitragen kann, das Privatrecht auf die neuen Diskurskollisionen vorzubereiten, die durch die Privatisierung verursacht werden.⁷⁷

⁷⁷ Zur *public interest litigation* Micklitz & Reich, 1996.

LITERATUR

ADAMS, John N. & BROWNSWORD, Roger (1990): Privity and the Concept of a Network Contract, 10 *Legal Studies* 12-37.

ALLERT, Tilman (1998): *Die Familie: Fallstudien zur Unverwüstlichkeit einer Lebensform*. Berlin: de Gruyter.

BAUMAN, Zygmunt (1993): *Postmodern Ethics*. London: Blackwells.

BENZ, Arthur (1994): *Kooperative Verwaltung*. Baden-Baden: Nomos.

BLACK, Julia (1996): Constitutionalising Self-Regulation, 59 *Modern Law Review* 24-55.

BLACK, Julia (1998): Reviewing Regulatory Rules, in J. Black, P. Muchlinski und P. Walker (Hg.), *Commercial Regulation and Judicial Review*. Oxford: Hart.

BOARDMAN, Anthony E. & VINING, Aidan R. (1989): Ownership and Performance in Competitive Environments: A Comparison of the Performance of Private, Mixed and State-Owned Enterprises, 3 *Journal of Law and Economics* 21-33.

BOUDON, Raymond (1977): *Effets pervers et ordre social*. Paris: Presse Universitaire Francaise.

BREYER, Stephen G. (1982): *Regulation and Its Reform*. Cambridge: Harvard University Press.

COHEN, Jean & ARATO, Andrew (1992): *Civil Society and Political Theory*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

COHEN, Joshua (1996): Procedure and Substance in Deliberative Democracy, in S. Benhabib (Hg.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press.

COLLINS, Hugh (1997): The Sanctimony of Contract, in Richard Rawlings (Hg.), *Law, Society and Economy: Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science 1895-1995*. Oxford: Clarendon, 63-89.

DEAKIN, Simon, LANE, Christel & WILKINSON, Frank (1994): 'Trust' or Law? Towards an Integrated Theory of Contractual Relations between Firms, 21 *Journal of Law and Society* 329-349.

EASTERBROOK, Frank H. & FISCHER, Daniel (1989): The Corporate Contract, 89 Columbia Law Review 1416-1448.

ENGLE, Karen (1993): After the Collapse of the Public/Private Distinction, in D.G. Dallmeyer (Hg.), *Reconceiving Reality: Women and International Law*. Washington.

ESSER, Josef & SCHMIDT, Eike (1991): *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller.

FLECHSIG, Norbert (1996): Haftung von Online-Diensteanbietern im Internet, *Archiv für Presserecht* 333-346.

FRANKENBERG, Günter (1997): *Die Verfassung der Republik: Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.

FREEDLAND, Mark (1994): Government by Contract and Public Law, 76 *Public Law* 86-104.

FRIEDLAND, Roger & ALFORD, Robert (1992): Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions, in W. Powell and P. DiMaggio (Hg.), *The New Institutionalism*. Chicago: University of Chicago Press, 232-263.

GERNHUBER, Joachim (1989): *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Tübingen: Mohr & Siebeck.

GERSTENBERG, Oliver (1997): *Bürgerrecht und deliberative Demokratie: Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp.

GRABER, Christoph (1994): *Zwischen Geist und Geld: Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht*. Baden-Baden: Nomos.

GRIMM, Dieter (1987): Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit: Eine vergleichende Skizze. Frankfurt: Suhrkamp.

GÜNTHER, Gotthard (1976): Life as Poly-Contextuality, in G. Günther (Hg.), *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*. Hamburg: Meiner. 283-306.

HAAR, Charles M. & FESSLER, Daniel W. (1986): *The Wrong Side of the Tracks: A Revolutionary Rediscovery of the Common Law Tradition of Fairness in the Struggle Against Inequality*. New York: Simon & Schuster.

HABERMAS, Jürgen (1962): Strukturwandel der Öffentlichkeit. Neuwied: Luchterhand (5. Aufl. 1996. Frankfurt: Suhrkamp).

HABERMAS, Jürgen (1992): Faktizität und Geltung. Frankfurt: Suhrkamp.

HALL, Peter & SOSKICE, David (1998): Varieties of Capitalism: The Challenges Facing Contemporary Political Economies.

HAMM, Walter (1992): Privatisierung - ein Schlüsselproble freiheitlicher Ordnungen, 43 ORDO 139-156.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (1996a): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen - Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in W. Hoffmann-Riem & E. Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen. Baden-Baden: Nomos, 261-336.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (1996b): Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, in W. Hoffmann-Riem & J.-P. Schneider (Hg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht. Baden-Baden: Nomos, 9-30.

HOFFMANN-RIEM Wolfgang & VESTING, Thomas (1995): Perspektiven der Informationsgesellschaft. Baden-Baden : Nomos.

HOGAN, James (1997): Publish and Be Damned! Independent Producers and Democratic Accountability, Working Paper 14/97 LSE Department of Sociology, London.

HORWITZ, Morton J. (1982): The History of the Public/Private Distinction, 130 University of Pennsylvania Law Review 1423.

IMMENGA, Ulrich (1995): Privatisierung im Zielkonflikt: Ein Vergleich der Konzeptionen, in K.F.Kreuzer (Hg.), Privatisierung von Unternehmen. Baden-Baden: Nomos. 964.

JOERGES, Christian (1987): Die Überarbeitung des BGB-Schuldrechts, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts, 20 Kritische Justiz 166-182.

JOERGES, Christian (1991): Status and Contract in Franchising Law, in C. Joerges (Hg.), Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States. Baden-Baden: Nomos. 11-66.

KEALY, Terence (1997): It's Us Against Them, May 1 Guardian 7.

KRONBERGER KREIS (1993): Privatisierung auch im Westen. Bad Homburg.

LITTLECHILD, Stephen C. (1984): Regulation of British Telecommunications' Profitability. London: Department of Trade and Industry.

LITTLECHILD, Stephen C. (1986): Economic Regulation of Privatised Water Authorities. London: Department of Environment.

LUHMANN, Niklas (1965): Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie. Berlin: Duncker & Humblot.

LUHMANN, Niklas (1986): Die Codierung des Rechtssystems, 17 Rechtstheorie 171-203.

LUHMANN, Niklas (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt: Suhrkamp.

LYOTARD, Jean-Francois (1987): Der Widerstreit. 2.Aufl. 1989. München: Fink.

LYOTARD, Jean-Francois (1994): Die Analytik des Erhabenen: Kant-Lektionen. Fink: München.

MICKLITZ, Hans-W. & Norbert REICH (1996): Public Interest Litigation Before European Courts. Baden-Baden: Nomos.

MITNICK, Barry (1980): The Political Economy of Regulation: Creating, Designing and Removing Regulatory Forms. New York: Columbia University Press.

MÖSCHEL, Wernhard (1986): Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, 186 Archiv für die civilistische Praxis 211-236.

MÖSCHEL, Wernhard (1993): Privatisierung als ordnungspolitische Aufgabe, in H. Lange, K. W. Körr, H.P. Westermann (Hg.), Festschrift für Joachim Gernhuber. Tübingen: Mohr, 905-918.

MÖSCHEL, Wernhard (1997): Notwendigkeiten und Potentiale der Aufgabenprivatisierung, in J. Kruse, K. Stockmann, L.Vollmer (Hg.), Festschrift für Ingo Schmidt. Baden-Baden: Nomos, 351-362.

NATIONAL ECONOMIC DEVELOPMENT OFFICE (1976): A Study of UK Nationalised Industries. HMSO: London 1976.

OLSEN, Francis (1993): Constitutional Law: Feminist Critique of the Public/Private Distinction, 10 Constitutional Commentary 319.

PERROW, Charles (1988): Normale Katastrophen: Die unvermeidlichen Risiken der Großtechnik. Frankfurt: Campus.

POWELL, Walter W. & DI MAGGIO, Paul J. (Hg.) (1992): The New Institutionalism in Organizational Analysis. Chicago: University of Chicago Press.

POWER, Michael (1997): The Audit Society: Rituals of Verification. Oxford: Oxford University Press.

PROSSER, Tony (1997): Law and the Regulatory Process. Oxford: Clarendon.

RIEDEL, Manfred (1975): Gesellschaft, bürgerliche, 2 Geschichtliche Grundbegriffe 719-800.

RÖHL, Klaus F. (1994): Allgemeine Rechtslehre. Köln: Heymanns.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1995): Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition. New York: Routledge.

SAUTER, Wolf (1996): Universal Service Obligations and the Emergence of Citizens' Rights in European Telecommunications Liberalisation, 7 Utilities Law Review 104.

SCHELKY, Helmut (1980): Die juristische Rationalität, in H. Schelsky (Hg.), Die Soziologen und das Recht. Opladen: Westdeutscher Verlag. 34-76.

SCHUPPERT, Gunnar F. (1994): Die Privatisierungsdiskussion in der deutschen Staatsrechtslehre, StwStp 541.

SELZNICK, Philip (1992): The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community. Berkeley: University of California Press.

SKOURIS, Wassilios (1997): Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht: Dargestellt für das öffentliche Auftragswesen und die Privatisierung, Working Paper: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn

SPAHN, Peter (1980): Oikos und Polis: Beobachtungen zum Prozeß der Polisbildung bei Hesiod, Solon und Aischylos, 231 Historische Zeitschrift

529-564.

STARK, Agneta (1997): Privatisation in a Gender and Economic Perspective, Paper at the Conference "From Dissonance to Sense", Porvoo, Finland, 28-31 August 1997.

STEINMANN, Horst & LÖHR, Albert (1991): Unternehmensethik. 2.Aufl. Stuttgart: Poeschel.

STEWART, Richard (1983): Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values, 92 Yale Law Journal 1537-1590.

STEWART, Richard B. (1988): Regulation and the Crisis of Legalization in the United States, in T. Daintith (Hg.), Law as Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Perspectives. Berlin: de Gruyter, 97-136.

STOLLEIS, Michael (1996): Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in W. Hoffmann-Riem und E. Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen. Baden-Baden: Nomos, 41-62.

SUNSTEIN, Cass R. (1990): Paradoxes of the Regulatory State, 57 University of Chicago Law Review 407-441.

SWANN, Stephen (1997): Private into Public Law: Fiduciary Power and Judicial Review," Paper at the Conference "From Dissonance to Sense, Porvoo, Finland, 28-31 August 1997.

TAGGART, Michael (1995): Public Utilities and Public Law, in P. Joseph (Hg.), Essays on the Constitution. Wellington: Brooker's, 214-264.

TEUBNER, Gunther (1990): 'Verbund', 'Verband' oder 'Verkehr? Zur Außenhaftung von Franchising-Systemen, 154 Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 295-324.

TEUBNER, Gunther (1992): Ist das Recht auf Konsens angewiesen?, in H.-J. Giegel (Hg.), Kommunikation und Konsens. Frankfurt: Suhrkamp, 197-211.

TEUBNER, Gunther (1996a): Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision unterschiedlicher Universalitätsansprüche, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 199-220.

TEUBNER, Gunther (1996b): Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts, 2 Soziale Systeme 229-255.

TEUBNER, Gunther (1998a): Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Produces New Divergences, 61 *Modern Law Review* 11-32.

TEUBNER, Gunther (1998b): *Vertragswelten: Die Fragmentierung von private governance regimes*, London LSE: Manuskript.

VESTING, Thomas (1997): *Prozedurales Rundfunkrecht: Grundlagen - Elemente - Perspektiven*. Baden-Baden: Nomos.

WALZER, Michael (1992): *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*. Frankfurt: Suhrkamp.

WEICK, Karl E. (1976): Educational Organizations as Loosely Coupled Systems, 21 *Administrative Science Quarterly* 1-19.

WEINRIB, Ernest J. (1995): *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

WIEACKER, Franz (1967): *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht.

WIETHÖLTER, Rudolf (1988): Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers, 3 *Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1-28.

WIGHTMAN, John (1998): *Private Law and Public Interest*, Paper at the Conference "From Dissonance to Sense", Porvoo, Finland, 28-31 August 1997.

WILHELMSSON, Thomas (1998): *Small Stories on Morality Through Liability*, "Paper at the Conference "From Dissonance to Sense", Porvoo, Finland, 28-31 August 1997.

WILLIAMSON, Oliver (1985): *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press.

WILLIAMSON, Oliver E. (1991): Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, 36 *Administrative Science Quarterly* 269-296.

WILLIAMSON, Oliver (1996): *The Mechanisms of Governance*. Oxford: Oxford University Press.

WILLKE, Helmut (1975): Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie. Berlin: Duncker und Humblot.

WILSON, James Q. (1980): The Politics of Regulation. New York: Basic Books.

WINSTON, Kenneth (1975): Self-Incrimination in Context: Establishing Procedural Protections in Juvenile and College Disciplinary Proceedings, 48 Southern California Law Review 813.

ZÖLLNER, Wolfgang (1996): Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat. Köln: Schmidt.

