

Die neue Ökonomie als Herausforderung für ein neues öffentliches Recht (jenseits des Staates)

Thomas Vesting

I. Personale Satellitenkommunikationssysteme und die „Globalisierung“ des öffentlichen Rechts

In der neueren Diskussion über die Evolution des modernen Rechts unter den Bedingungen der „Globalisierung“ besteht ein gewisser Konsens darüber, dass sich auf transnationaler Ebene eine Bedeutungszunahme von Regeln und Normen beobachten lässt, die sich den herkömmlichen staatszentrierten Vorstellungen der Produktion (und Legitimation) von Recht nicht mehr fügen.¹ Welche Veränderungen sich hier vollziehen, lässt sich für die neue Ökonomie am Beispiel der Einführung einer neuen Generation personaler Satellitenkommunikationssysteme (S-PCS-Systeme) verdeutlichen, bei deren Entwicklung US-amerikanische Unternehmen wie Motorola und insbesondere Qualcomm, das die CDMA-Technologie beherrscht, weltweit führend sind. Bei diesen S-PCS-Systemen, die über Netzwerkformationen erdnahe Satelliten betrieben werden (Low Earth Orbit-Satelliten - LEOs), handelt es sich um eine im Verhältnis zu den bisherigen geostationären Satellitensystemen technisch weiterentwickelte und ökonomisch effizientere Systemarchitektur. S-PCS-Systeme ermöglichen z.B. im Bereich der

¹ Vgl. *Gunther Teubner*, „Global Bukowina“: Legal Pluralism in the World Society, in: Gunter Teubner (ed), *Global Law without a State*, Aldershot 1997, 3-28; *Karl Heinz Ladeur*, Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept, *European Law Journal* 3 (1997), 33-54; *Jean-Marie Guéhenno*, *The End of the Nation State*, Minneapolis, 1995; *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 571-586; für die verschiedenen Bedeutungen des Begriffs „Globalization“ vgl. z.B. *Gordon Walker/Mark Fox*, Globalization: An Analytical Framework, *Global Legal Studies Journal* 3 (1996), 375-411, 379 ff.

Mobiltelefonie die weltweite Erreichbarkeit mit ein und derselben Nummer (ohne Roaming). In ihren höheren Ausbaustufen verbinden die sog. BIG LEOs größere Leistungsfähigkeit mit höherer Flexibilität, d.h. mehr Verknüpfungs- und Kombinationsmöglichkeiten zwischen unterschiedlichen Netzen und Diensten wie z.B. Sprache/Daten, Mobilnetz/Festnetz. Langfristig sollen S-PCS-Systeme mit Hilfe sogenannter GIGA-LEOs ein hochvariables offenes System der Netz- und Diensteverknüpfung möglich machen, das das gesamte Spektrum von Telekommunikation über Internet bis zum Fernsehen einschließt²; darin und in der Offenheit der Systemarchitektur sind S-PCS-Systeme dem europäischen Universal Mobile Telecommunications System (UMTS) und den Technologien vergleichbar, die der größte japanische Mobilfunkanbieter, NTT DoCoMo, für mobilen Internetzugang schon heute einsetzt. Ob sich S-PCS-Systeme wirtschaftlich durchsetzen werden, ist wie bei allen informationstechnologischen Produkten äußerst ungewiß. Der Erfolg dieser Technologie wird aber in hohem Maße davon abhängen, wie schnell innovative Unternehmen eine entsprechend große Nachfrage erzeugen und die für die Rentabilität des Investments nötige kritische Masse erreicht werden kann. Die äußerst dynamische Technologieentwicklung verbindet sich also auch in diesem Fall mit dem für die moderne Wirtschaft typischen Primat der Zeitproblematik.

Diese Zeitproblematik hatte zunächst zur Folge, dass die US-amerikanische Federal Communications Commission (FCC), die auf dem Territorium der USA prinzipiell für die Vergabe von Sendefrequenzen zuständig ist, unter erheblichen Handlungsdruck geriet. Dieser Handlungsdruck war für die FCC schon insofern

² Im einzelnen *Martine Rothblatt*, Lex Americana: The New International Legal Regime für Low Earth Orbit Satellite Communications Systems, *Journal of Space Law* 23 (1995), 123-140; *Karl Heinz Ladeur*, Die Globalisierung der Telekommunikation und die kooperative Herausbildung einer neuen transnationalen Rechtsordnung – das Beispiel der mobilen Satellitenkommunikation, *ArchPT* 1998, 243-251; *Christian Koenig/Christopher Zeiss*, EG-Telekommunikationsrecht und Lizenzierung von satellitengestützten persönlichen Kommunikationssystemen, *EuZW* 1999, 133-139.

nicht leicht zu bewältigen, als sie Entscheidungen auf der Grundlage unvollständigen Wissens treffen mußte. Nicht nur die technologische und wirtschaftliche Entwicklung der S-PCS-Systeme ist schwer zu prognostizieren, auch an das öffentliche Frequenzmanagement werden relativ hohe Anforderungen gestellt. Die für die Technologie geeigneten Frequenzen sind momentan knapp, die zukünftige Entwicklung ist aber nur begrenzt abschätzbar, da mit fortschreitender Digitalisierung eine Mehrfachvergabe derselben Frequenz an verschiedene S-PCS-Netzbetreiber möglich erscheint.³ In diesem Fall kam erschwerend – und für unseren Zusammenhang entscheidend – hinzu, dass S-PCS-Systeme von vornherein auf globale Nutzung angelegt sind, die zuständige Internationale Telekommunikations Union (ITU) – bzw. die entscheidenden Funkverwaltungskonferenzen WCR-92 und WCR-95 – Frequenzen aber nur allgemein für die Satellitenkommunikation ausgewiesen und vergeben hatten. Die Sendefrequenzen konnten und können für S-PCS-Systeme also weltweit nur einmal vergeben werden. Das hängt, wie schon erwähnt, damit zusammen, dass die eigentliche Innovation der S-PCS-Technologie in der völligen Mobilität und weltweiten Erreichbarkeit mit relativ kleinen Empfangsgeräten besteht, eine Neuerung, die nur über eine weltweite Abstimmung der Frequenzen realisiert werden kann, da es sonst zu Interferenzen kommt. Dieser globale Koordinations- und Kooperationsbedarf ist von unterschiedlichen regionalen Regulierungsbehörden durchaus gesehen worden. Japan beispielsweise hatte 1994 gefordert, die Frequenzverteilung für S-PCS-Systeme einer neuen internationalen Regulierungsinstitution zu übertragen. Aufgrund des Vorsprungs der US-amerikanischen Unternehmen und eines daraus resultierenden und von Land zu Land sehr unterschiedlichen Handlungsdrucks scheiterte eine internationale Kooperation aber letztlich an der ablehnenden Haltung der USA (und anderer Länder). Nach Konsultationen mit der US-amerikanischen LEO-interessierten

³ *Koenig/Zeiss* (Fn. 2), 133; *Joachim Scherer*, Innovationsoffenheit der europäischen Telekommunikationsregulierung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovation und Telekommunikation*, 2000, 161-183, 165.

Industrie vergab die FCC schon 1995 die erste Lizenz für BIG LEOs an drei internationale Firmengruppen mit starker amerikanischer Dominanz, nämlich an Iridium, ein Joint Venture unter Führung von Motorola (das inzwischen Konkurs gegangen ist), Globalstark unter Führung von Qualcomm, und Odyssey unter Führung von PRW. Auch für die dritte Entwicklungsstufe, die GIGA-LEOs, hat die FCC bereits eine Lizenz für ein amerikanisches Unternehmen, nämlich Teledisec, erteilt.

Auf die Darstellung weiterer Einzelheiten kann hier verzichtet werden. Denn das Ergebnis der Lizenzierungspraxis der FCC ist eindeutig. Die FCC hat in einem technologisch und wirtschaftlich hochdynamischen Bereich, der überdies durch eine weltweite Konkurrenz zwischen Standards und unterschiedlichen Systemkonfigurationen geprägt ist, Lizenzen für die Nutzung von LEOs nach dem Motto „wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ vergeben und damit fast ausschließlich US-amerikanische Firmen begünstigt. Dabei hat die FCC die Vergabe der Frequenzen weder von einem *zwischenstaatlichen* Abkommen abhängig gemacht oder auf den Aufbau einer neuen *internationalen* Regulierungsbehörde gewartet. Sie hat *selbst* – als unabhängige Regulierungsbehörde – Entscheidungen getroffen, die transnationalen Entscheidungen gleichkamen oder durch ihre eigenständige Entscheidungspraxis doch zumindest so starke Anschlußzwänge produziert, daß z.B. die europäische Regulierung der S-PCS-Systeme die Lizenzierungsinitiative der FCC akzeptieren und diese insbesondere im Bereich der notwendigen Frequenzharmonisierung nachvollziehen mußte.⁴ Wenn dies eine der neuen Form der „spontanen“ Rechtsproduktion jenseits des Staates sein soll, besteht sie dann nicht einfach in einer faktischen Umgehung des Völkerrechts?⁵ Haben wir es nicht mit einer ökonomisch offenen Rechtsform zu tun, die

⁴ Koenig/Zeiss (Fn. 2), 133; Andreas Bartosch, Europäische Regulierung transeuropäischer Kommunikationssysteme, CR 2000, 214-220, 220.

⁵ Vgl. hierzu Koenig/Zeiss (Fn. 2), die das einseitige Vorgehen der FCC als möglichen Verstoß gegen Art. 2 des Vertrages über die Weltraumnutzung vom 27. 1. 1967 sowie

vor allem den Interessen US-amerikanischer Hochtechnologie-Unternehmen dient? Ist der Alleingang der FCC nicht gerade ein Beleg dafür, dass „Globalisierung“ wenig mehr ist als ein begriffliches Vehikel, um die Hegemonie der US-amerikanischen Business- und Rechtskultur zu festigen?⁶ US-amerikanische Unternehmen steigern mit Hilfe US-amerikanischer Regulierungsbehörden ihre weltweite Vormachtstellung und behandeln das Völkerrecht nach dem Maßstab der eigenen ökonomischen Interessen, so wie man im 19. Jahrhundert die Interpretation und Anwendung der Monroe-Doktrin ebenfalls nach eigenen und zu- meist wirtschaftlichen Interessen bestimmt hatte. Um es noch drastischer zu formulieren: Ist das Vorgehen der FCC bei der Einführung von S-PCS-Systemen nicht ein Beleg für einen neuen „Rechtsimperialismus“, für eine Form der Rechtsproduktion, die „zu einem Staat gehört, dessen imperialistische Expansion in der Expansion seiner kapitalistischen Anlage und Ausbeutungsmöglichkeiten besteht“?⁷

Angesichts der Lizenzierungspraxis der FCC fiel auch in dem hier behandelten Beispielsfall der S-PCS-Systeme das Schlagwort von der „Lex Americana“ der internationalen Satellitenkommunikation.⁸ Diese ökonomiezentrierte Perspektive, in der „Globalisierung“ und „Ökonomisierung“ mehr oder weniger gleichgesetzt werden, dürfte an den eigentlichen Veränderungen, denen Recht (und Politik) durch die neuen Informationstechnologien ausgesetzt werden, aber eher vorbeigehen. Wenn man stärker die Entwicklung der neuen Ökonomie insgesamt in den

Art. 33 der internationalen Telekommunikationskonvention vom 25.10. 1973 betrachten. Der Vertrag über die Weltraumnutzung schließt die Aneignung natürlicher Ressourcen des Weltraums unter Berufung auf die Souveränität aus.

⁶ Vgl. z.B. *Serge Sur*, *The State between Fragmentation and Globalization*, EJIL 3 (1997) 421-434; *Paul Hirst/Grahame Thompson*, *Globalization in Question*, Cambridge 1996, 187.

⁷ *Carl Schmitt*, *Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus* (1932), in: ders., *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, 1988, 162-180, 173.

⁸ *Rothblatt* (Fn. 2), 128.

Blick nimmt, dann zeigt sich, dass die Einführung neuer Informationstechnologien mehr und mehr außerhalb der tradierten Formen insbesondere des kontinentaleuropäischen Modells der staatlichen Gesetzgebung bewältigt wird. Das alte staatliche Modell war ein "Top-Down-System". Es beruhte auf der vorgängigen und abschließenden Rechtsetzung, der Erzeugung eines Sets aufeinander abgestimmter Regeln, die der Wirklichkeit vorausseilen und durch die Praxis allenfalls punktuell verändert werden. Das neue System ist ein "bottom-up-System". Es beruht auf Prozessen der flexiblen, heterarchischen, netzwerkartigen und unvollständigen Rechtsbildung, d.h. an die Stelle von nationaler oder supranationaler Gesetzgebung und an die Stelle internationaler Regierungskommen und Institutionen treten Prozesse der flexiblen, heterarchischen, netzwerkartigen Rechtsbildung, die, wenn überhaupt, nur noch weitmaschig – über sehr allgemein gehaltene Aufgabenkataloge (z.B. rasche Einführung von S-PCS-Systemen in der Europäischen Union) – mit Gesetzgebung im herkömmlichen Sinn verknüpft sind. Diese neuartigen Rechtsbildungsprozesse vollziehen sich einerseits zwischen verschiedenen öffentlichen Regulierungsagenturen (regulatory agencies) unter Einschluß parlamentarisch oder administrativ gefilterter Ausschüsse (z.B. europäischer Funkausschuß – ERC). Andererseits sind in diese Netzwerke eine Fülle von halbstaatlichen und privaten Organisationen integriert, Standardisierungsinstitutionen (z.B. ETSI⁹), transnationale Arbeitsgruppen (z.B. CEPT¹⁰) oder andere hochorganisierte industriespezifische Interessengruppen („target-groups“). Dieses Muster privat-öffentlicher Kooperation und netzwerkartige Rechtsbildung läßt sich einmal auf nationaler Ebene beobachten, z.B. in England und Deutschland bei der Einführung des digitalen Fernsehens.¹¹ Es ist nicht weniger auf europäischer Ebene verbreitet,

⁹ European Telecommunications Standards Institute.

¹⁰ Conférence Européenne des Administrations des Postes et Télécommunications.

¹¹ Vgl. zur Einführung des digitalen Fernsehens in Groß-Britannien und der Bundesrepublik Deutschland z.B. *Wolfgang Schulz*, Rechtssetzung in der "Informationsgesellschaft": Renaissance für die Gesetzgebungslehre, in: Kurt Imhof/Otfried Jarren

z.B. bei der Einführung von GSM oder UMTS.¹² Ähnliche Formen dominieren auf transnationaler Ebene aber auch in anderen informationstechnologischen Zusammenhängen, vor allem bei der Regulierung des Internets.¹³ Die Zulassungspraxis der FCC im Bereich der S-PCS-Systeme wäre von hier aus gesehen weniger ein Beispiel für einen neuen „Rechtsimperialismus“ der USA als vielmehr Ausdruck für eine neue Form der „spontanen“ transnationalen Rechtsproduktion. Ähnlich wie sich mit dem Wandlungsprozeß der Weltwirtschaft seit den dreißiger Jahren ein übernationales Privatrecht aus den Zwängen und Dysfunktionalitäten staatlicher Rechtsordnungen gelöst hat (*lex mercatoria*)¹⁴, löst sich nun auch das öffentliche Recht teilweise aus den staatszentrierten Formen des nationalen und internationalen Rechts. Es stellt seine Rechtsproduktion auf eigene Beine und transformiert diese in neue netzwerkartige Muster zwischen privaten und öffentlichen Organisationen, in Formen, in denen Regel und Regelanwendung miteinander verschleift werden und in denen aufgrund der Offenheit und Unbestimmtheit der Zukunft auch die Zeitbindung des Rechts stärker als im traditionellen liberalen Recht variiert wird.

Auch wenn man die Entwicklung neuer kooperativer, netzwerkartiger Rechtsformen jenseits des Staates – wie hier – grundsätzlich akzeptiert, wird eine

/Roger Blum (Hrsg.), Steuerungs- und Regelungsprobleme in der Informationsgesellschaft, 1999, 342-360, 352 f.; zur Einführung des digitalen Fernsehens in der Bundesrepublik Deutschland vgl. auch *Karl Heinz Ladeur*, Rechtliche Regulierung von Informationstechnologien und Standardsetzung, CR 1999, 395-404.

¹² Zur europäischen GSM-Regulierungsstrategie vgl. *Andreas Bartosch*, Europäische Regulierung transeuropäischer Kommunikationssysteme, CR 2000, 214-220, 215 f.; zur Einführung europäischer UMTS-Netzwerke *Jürgen Heilbock*, UMTS – Die dritte Mobilfunkgeneration aus rechtlicher Sicht, MMR 1999, 23–28; und zur Einführung von S-PCS in Europa *Scherer* (Fn. 3), 165. Für einen Überblick über Normierungen und Normierungsprozesse vgl. auch *Paul A. David*, The Internet and the Economics of Network Technology Evolution, in: Christoph Engel/Kenneth Kellner (eds.), Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political and Cultural Values, 2000, 39-71.

¹³ Hierzu im einzelnen *Michael Hutter*, The Commercialization of the Internet. A Progress Report, in: Engel/ Kellner (Fn. 12), 73-92.

¹⁴ Vgl. *Ursula Stein*, *Lex Mercatoria. Realität und Theorie*, 1995, 13-16, 252-259.

nüchterne Analyse nicht unterschlagen können, dass die neuen “hybriden” Regulierungsnetzwerke im Verhältnis zu den früheren Formen nur schwach strukturiert sind. Es herrscht ein Mix von unverbindlichen, semiverbindlichen und verbindlichen Aufgabenprogrammen, die in der Anwendungspraxis mit einem hohen Maß an Informalität und Intransparenz einhergehen. Dies schon deshalb, weil oft situativ ganz unterschiedliche Behörden agieren. Mit der Zunahme der handelnden Akteure wachsen die Fälle fehlender Abstimmung der Kompetenzen und Zuständigkeiten (z.B. zwischen sektoraler Regulierung und Wettbewerbsaufsicht), außerdem sind die rechtlichen Vorschriften oft nur mangelhaft harmonisiert (z.B. im Verhältnis von Telekommunikationsrecht und herkömmlichem Medienrecht). Ein weiteres Problem ist schließlich, dass die öffentlichen Akteure in diesen Beziehungsnetzwerken häufig sehr spät reagieren, dass ihr Wissen der technologischen Entwicklung nicht selten hinterherhinkt und dass Regulierungs- oder Wettbewerbsbehörden nicht selten orientierungslos handeln – und es an jeder längerfristigen Handlungsstrategie fehlt. Es gibt anscheinend ein neuartiges Wissensproblem bei der Regulierung komplexer Technologien. Müßte ein neues öffentliches Recht nicht genau hier einsetzen? Aber an welchen Aufgaben können und sollten sich öffentliche Organisationen in der neuen Ökonomie orientieren? Ließe sich darauf ein neues öffentliches Recht (jenseits des Staates) gründen?

Das sind einige z.T. sehr schwierige Fragen, zu denen das vorliegende Papier erste Thesen formulieren möchte. Das Papier ist also eher als Forschungsprogramm denn als fertige Antwort gedacht. Er soll Tendenzen formulieren und die Richtung für künftige Denkbewegungen ausloten. Um die Konfusion etwas in Grenzen zu halten, habe ich mich entschieden, die Fragestellung möglichst eng an Problemen der neuen Ökonomie zu entwickeln; daneben möchte ich versuchen, die induktiv angelegten Teile meines Papiers mit einigen allgemeinen rechtstheoretischen Fragestellungen zu konfrontieren. Beide Stränge sollen so in

einen wechselseitigen Lernprozeß gebracht werden, damit einerseits vorschnelle Verallgemeinerungen isolierter Einzelphänomene vermieden werden und andererseits der Wirklichkeitstest der Theorie von einigen Fallbeispielen und nicht nur von innerer Stimmigkeit abhängig gemacht wird. Dafür scheint mir die Systemtheorie ein besonders vielversprechender Kandidat zu sein. Die neuen rechtstheoretischen Paradigmen der netzwerkartigen Systembildung, wie sie vor allem im Umkreis der systemtheoretischen Rechtstheorie entstanden sind,¹⁵ verfügen über eine innere Verwandtschaft zu den „Gesetzen“ der neuen Ökonomie; es ist jedenfalls kein Zufall, dass diese Konzepte just zu einem Zeitpunkt formuliert werden, in der die neue globale Netzwerkökonomie sich anschickt, die alte Ordnung der sozialstaatlich gehegten Industriegesellschaft abzulösen.¹⁶ Die innere Verwandtschaft zwischen Systemtheorie und globaler Netzwerkökonomie zeigt sich auch darin, dass die Systemtheorie einen begrifflichen Unterscheidungsapparat zur Verfügung stellt, mit dessen Hilfe Grenzen autonomer Systeme auch dort angegeben werden können, wo die territoriale Grenzziehung und Anbindung des Rechts nicht mehr ohne weiteres unterstellt werden kann, d.h. wo das territoriale Konzept der Rechtstheorie in ähnlicher Weise an Überzeugungskraft verliert wie das territoriale Konzept der Soziologie oder Staatstheorie. Aus dieser primär rechtstheoretischen Perspektive ergibt sich eine leichte Akzentverschiebung von Fragen des “global governance” auf Fragen der dazu notwendigen Rechtsformen; ich werde aber in einer Zwischenüberlegung (unten 3) und in den beiden letzten Abschnitten (unten 6 und 7) auch einige organisationstheoretische Konsequenzen meiner Überlegungen zu skizzieren versuchen.

¹⁵ *Luhmann* (Fn. 1); *Karl-Heinz Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie, Berlin, 1992; *Gunther Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989; vgl. auch *ders.* (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, 1988.

¹⁶ Vgl. die Anmerkungen zu dieser gegenseitigen Abhängigkeit bei *Kevin Kelly*, *New Rules for the New Economy*, New York 1998, 159; *Niklas Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Bd. 1, 1997, 31; *Ladeur* (Fn. 15), 100.

II. Zur Umstellung des Rechts auf die „Logik der Vernetzung“

1. Einleitung

Für ein neues öffentliches Recht (jenseits des Staates) kommt es in einem ersten Schritt darauf an, die Gesellschaft der Gegenwart in einer Weise zu perzipieren, die dem erreichten Grad gesellschaftlicher Komplexität angemessen ist. Dazu ist es zunächst einmal unumgänglich, ein möglichst umweltadäquates „Bild“ eben dieser modernen Gesellschaft aus der Perspektive des Rechtssystems bzw. der Rechtstheorie zu entwerfen. Das ist im Zusammenhang mit der hier aufgeworfenen Fragestellung gerade deshalb notwendig, weil das Phänomen der „Globalisierung“ noch immer zu sehr durch die Brille des Staates gesehen wird. Die Gesellschaft wird als souveräner Nationalstaat gedacht, dessen Einheit und Ordnung nicht zuletzt durch eine Überordnung des Öffentlichen (des Staates) über das Private (die liberale Gesellschaft) gesichert wird, ja in vielen Konzepten wird die Gesellschaft überhaupt erst durch oberste Verfassungsgrundsätze (Grundrechte, Rechtsstaat, Demokratie etc.) *konstituiert*. Nationalstaat, Verfassungsstaat, Rechtsstaat und moderne liberale Gesellschaft sind dann ungefähr dasselbe, dem Pluralismus der Staatenwelt entspricht so gesehen ein Pluralismus „normativ-werthaft“ definierter und territorial limitierter „Raumordnungen“. Diese Staatsfixierung führt dann in einer rechtstheoretischen Perspektive zu einer Fülle von Kurzschlüssen, vor allem dem, die Produktion und Bindungsfähigkeit des modernen liberalen Rechts a priori von staatlich erzeugten Verfahren und staatlich garantierten Sanktionsmöglichkeiten, d.h. letztlich dem Gewaltmonopol des Staates, abhängig zu machen.¹⁷

¹⁷ Als ausgezeichnetes Beispiel dieser Ansicht vgl. *Martin van Crefeld*, *Aufstieg und Untergang des Staates*, München 1999, 205; und in diesem Band.

2. Von der Standesgesellschaft zur modernen Gesellschaft

Derartige Kurzschlüsse und Mißverständnisse über die Voraussetzungen und Eigenschaften des modernen liberalen Rechts lassen sich vermeiden, wenn man die moderne Gesellschaft stärker vor dem Hintergrund ihrer historischen Entstehungsbedingungen zu begreifen versucht, insbesondere der Veränderungen, die der Bruch mit der alten hierarchischen Standesgesellschaft für die Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft mit sich gebracht hat. Dies setzt wenigstens eine Miniskizze der *Semantik* (nicht: der wirklichen Geschichte) der alteuropäischen Standesgesellschaft voraus. Sehr grob vereinfachend kann man sagen, dass die alteuropäische Standesgesellschaft dem Inhalt nach auf einer metaphysischen Grundüberzeugung beruhte. Diese metaphysische Grundüberzeugung, die zugleich die Grundannahme einer jeden Metaphysik darstellt, besagte, dass es jenseits der diesseitigen empirischen Natur eine jenseitige unveränderliche wirkliche Wirklichkeit gab, die zugleich die Quelle der normativen Prinzipien der diesseitigen Wirklichkeit bildete.¹⁸ In die Natur wurde also eine *normative* Komponente eingebaut, und von hier aus errichteten Natur *und* Gesellschaft eine dem Individuum vorgeordnete Einheit. Diese „naturale Einheit“ war wie ein Schichtenmodell über unterschiedliche Seinsebenen hierarchisch aufgebaut, verfügte über eine stationäre Verteilung von Positionen und hatte in der Autorität Gottes (oder jedenfalls: letzten transzendenten Prinzipien) ihren Stifter. Über dem Ganzen, so hat der Soziologe Ernst Troeltsch das metaphysische Weltbild der alten Standesgesellschaft zu Beginn des letzten Jahrhunderts beschrieben, erhebt sich „mit dem religiösen Zentralzweck die religiöse Autorität als die eigentliche Seele der ganzen menschlichen Gesellschaft in all ihren Stufen und Gruppen, die ... das Ganze selber in seinen Grundverhältnissen

¹⁸ *Aristoteles*, Metaphysik, 1526 a 10-23; für Einzelheiten vgl. *Panajotis Kondylis*, Die neuzeitliche Metaphysikkritik, 1990, 12-26.

leitet und bedingt, um jeden auf seine Weise und an seinem Ort an dem ewigen Zwecke seinen entsprechenden Anteil finden zu lassen“.¹⁹

Das normativ-teleologische Modell einer „naturalen Einheit“ führte in der Sphäre des Politisch-Rechtlichen schon bei Aristoteles zu der Auffassung, dass die Natur des Menschen ihrem eigentlichen Ziel nach auf das gute Leben in der politischen Gemeinschaft (*koinonía politike*) angelegt sei.²⁰ Mit dieser engen Verknüpfung von Politik und Metaphysik war zugleich festgelegt, dass die Ordnung der politisch-rechtlichen Gemeinschaft nicht durch den Menschen gemacht wurde und auch nicht durch Menschen gemacht werden konnte, weil das tugendhafte (sinnvolle) Leben in der Stadt ein Produkt der zu sich selbst strebenden oder zu sich selbst kommenden Natur war.²¹ Faktisch orientierte sich die vormoderne Gesellschaft daher an Zuständen der Vergangenheit, am Herkommen, an der Tradition der Königs- und Adelswelt, an der Welt, die so war wie sie war und immer so bleiben würde. Andere Entwicklungsmöglichkeiten waren innerhalb des vergangenheitsorientierten Weltbildes der aristotelisch-christlichen Metaphysik nicht denkbar. Das gute Leben konnte zwar verfehlt werden, das politische Handeln konnte jedoch nicht prinzipiell andere als tugendhafte Zwecke oder Interessen verfolgen, also solche, die dem Politisch-Rechtlichen als Teil der „naturalen Einheit“ der Welt vorgeordnet waren. Diesem stationären, rückwärts-

¹⁹ *Ernst Troeltsch*, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen 1 (1912), 1994, 320.

²⁰ *Aristoteles*, Politik, 1252 a. Die Ökonomie bzw. das Haus (*Oikos*) wurde dabei als vom Politischen unabhängig vorgestellt. Ökonomie wurde jedenfalls nicht, wie dann erstmals im 18. Jahrhundert, als Moralwissenschaft oder „politische Ökonomie“ gedacht, sondern genau umgekehrt als etwas Nicht-Politisches; der *Oikos* gehörte in die Welt der Notwendigkeiten, in der das *zyklisch* (nicht: abstrakt) auftauchende Knappheitsproblem bewältigt werden mußte; vgl. *Caroline Gerschlager*, Konturen der Entgrenzung, 1996, 31, 40.

²¹ Weiterführende Einzelheiten bei *Joachim Ritter*, Metaphysik und Politik, 1977, 9-179; *Manfred Riedel*, Metaphysik und Metapolitik, 1975, 11-105; vgl. auch die kurze Zusammenfassung von *Wolfgang Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, 1996, 1-18.

gewandten Charakter der traditionellen Gesellschaft entsprach Metaphysik als Form der Erkenntnis. Metaphysik war der Inbegriff für ein System von Sätzen, die auf Grund *logischer* Regeln die rational-demonstrative (widerspruchsfreie) Erfassung des Seins und seiner letzten Prinzipien ermöglichte. Sie war daher in ihrer höchsten und intensivsten Form nichts anderes als die Darstellung der Einheit von Denken (Form) und Sein (Inhalt).²² Systemtheoretisch gesprochen: Metaphysik als Erkenntnislehre bestand in der Darstellung eines „Rationalitätskontinuums“.²³ Dieses „Rationalitätskontinuums“ verband den Beobachter in einer als unveränderlich interpretierten Welt mit eben dieser Welt und machte diese damit für ein allwissendes Stiftersubjekt erreichbar.

Die moderne liberale Gesellschaft hat diese natürliche, an vorgegebenen Zuständen der Perfektion orientierte Ordnung der Tradition zertrümmert. Nicht von heute auf morgen, nicht auf einen Schlag, aber durch eine Reihe von Nadelstichen in Kombination mit zum Teil kräftigen Schlägen. Der Angriff auf das vergangenheitsfixierte aristotelisch-christliche Weltbild begann im 17. Jahrhundert, vor allem durch die neuzeitliche mathematische Naturwissenschaft. Durch das Forschungs- und Exaktheitsideal der mathematischen Naturwissenschaft, die durch Autoren wie Bacon, Descartes und Galilei propagiert wurde, wurde etwa die Vorstellung der Einheit von Denken und Sein und die damit einhergehende Selbstlegitimierung des Seins hinfällig. Diese wird im neuzeitlichen Rationalismus durch methodisches, an strikten Regeln und Regelmäßigkeiten orientiertes Arbeiten ersetzt; z.B. fordert schon Bacon hinter den Trugbildern und täuschenden Erscheinungen (Idole) nach der reinen und abstrakten Erkenntnis zu suchen²⁴, lange bevor Kant in der *Kritik der reinen Vernunft* das „Ding an sich“ entdeckt und damit die Grenzen der Leistungsfähigkeit der Metaphysik. In der Politischen Theorie werden die Konsequenzen des neuen Weltbildes dann vor

²² *Kondylis* (Fn. 18), 13.

²³ *Niklas Luhmann*, *Beobachtungen der Moderne*, 1992, 53.

²⁴ *Gerschlager* (Fn. 20) 67 f.

allem in der Sozialvertragslehre durch Autoren wie Hobbes, Locke und die Schottische Aufklärung entfaltet²⁵, indem der Raum des Politisch-Rechtlichen aus der Einheit des traditionellen metaphysischen Weltbildes gelöst und auf eine selbstbegründende Praxis umgestellt wird.²⁶ Damit hat die moderne Gesellschaft einen *Einschnitt* in die Geschichte vollzogen, der in evolutionstheoretischer Perspektive als extrem unwahrscheinlich angesehen werden muß und der sich entgegen aller liberalen und marxistischen Stadiengesetze aus keinem historischen Gesetz kausal ableiten läßt; der Übergang in die moderne Gesellschaft läßt sich allenfalls „universalhistorisch“ als Produkt einer ganz unwahrscheinlichen Gleichzeitigkeit günstiger Ausgangsbedingungen rekonstruieren.²⁷ Der Prozess der Auflösung der alten Standesgesellschaft, der universalhistorisch gesehen *nur* in England ein irreversibles Stadium erreichte, produzierte jedoch eine so ungeheure Abweichungsverstärkung, die schließlich in eine in der Geschichte beispiellose Steigerung der Eigenkomplexität und Selbstveränderungsfähigkeit der Gesellschaft mündete. Die hohe Eigenkomplexität und der schnelle Wandel der modernen Gesellschaft wurde dann nach dem Take-off der Industrialisierung, also nach 1820, allgemein sichtbar, und dieses Modell der gesellschaftlichen (Selbst-)Organisation scheint sich heute, nach dem Ende des Kommunismus, als allgemeingültige Ordnung auf der ganzen Welt durchzusetzen.²⁸

²⁵ “The skill of making, and maintaining Common-Wealths, consisteth in certain Rules, as doth Arithmetique and Geometry; not (as Tennis-play) on Practise onely”. *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Kap. 20, 107.

²⁶ Für weitere Einzelheiten vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, 2000, 21-46; vgl. auch *Wolfgang Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1996, 59-139.

²⁷ Das ist bekanntlich das große Thema von Max Weber.

²⁸ Siehe allgemein *Francis Fukuyama*, *The Great Disruption*, New York 1999.

3. Steigerung der Eigenkomplexität autonomer Systeme

Mit der Vorstellung der Steigerung von Eigenkomplexität soll hier vor allem die Erfahrung beschrieben werden, dass die moderne Gesellschaft in *sachlich-sozialer* Hinsicht eine komplexe Gesellschaft ist, die sich einer theoretischen Zentralperspektive entzieht. Das hängt zunächst damit zusammen, dass sich die moderne Gesellschaft im Zuge ihrer Evolution allmählich von den natürlich vorgegeben Zwecken löst. Die liberale Gesellschaft befreit sich aus der Bindung an den fremden Willen Gottes und steigert ihre eigene Immanenz. Sie entfernt sich einerseits vom naturalen Sein des Seienden, ihrer natürlichen „Umwelt“. In sprachtheoretischer Perspektive läßt sich dieser Sachverhalt dahingehend ausdrücken, dass sich die liberale Gesellschaft vom stabilen Sinn der Zeichen löst, und, wie schon Hobbes bemerkte, eigene künstliche Zeichen mit mehr Bedeutungsmöglichkeiten entwirft.²⁹ Mit der Ablösung der Gesellschaft von der Natur (und dem stabilen „natürlichen“ Sinn der Zeichen) geht überdies eine Differenzierung einzelner Zeichen- und Sinninformationen *in* der Gesellschaft einher, die sich im Laufe der Evolution der modernen Gesellschaft allmählich als eigenständige Kommunikationsnetzwerke stabilisieren. Die Einheit und Erreichbarkeit der alten Standesgesellschaft wird also durch die Verselbständigung von eigenständigen autonomen kommunikativen Netzwerken aufgelöst. Diese autonomen Kommunikationsnetzwerke werden in der Soziologie der Jahrhundertwende zunächst als Erscheinungen der „sachlichen Kultur“, als „elementare Formen“, „Wertsphären“ oder „Kulturprovinzen“ beschrieben; das aristotelische Weltbild – in der Sprache Max Webers – durch die Vorstellung der „inneren Eigengesetzlichkeiten der einzelnen Sphären“ der „okzidentalen Kultur“ abgelöst.³⁰ Es werden mit anderen Worten in der modernen Gesellschaft unterschiedliche *kollektive* (nicht nur: individuelle) Rationalitätssphären ausdifferenziert. Die „naturale Einheit“ der alten Standesgesellschaft, das meta-

²⁹ Thomas Hobbes, Leviathan, 1651, ch. 4, 12-17; vgl. auch *Ladueur* (Fn. 15), 24.

³⁰ Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie (1920), 1986, 541, 11.

physisch determinierte hierarchische Schichtenmodell Alteuropas, weicht einer, wie es Hermann Heller in der *Staatslehre* von 1934 ausdrückt „objektiven, nicht-psychologischen Gliederung der gesellschaftlichen Totalität“.³¹ Die neuere Systemtheorie beschreibt diesen Vorgang als Veränderung der Differenzierungsform der Gesellschaft, als Umstellung von „stratifikatorischer“ auf „funktionale Differenzierung“.³² Bei Luhmann wird die Rationalitätsproblematik der modernen Gesellschaft zwar anders als bei Max Weber nur noch differenztheoretisch reformuliert³³, die moderne Gesellschaft teilt sich aber auch hier in eine Mehrzahl autonomer „Funktionssysteme“ (Recht, Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Massenmedien etc.). Diese primären Funktionssysteme werden als operativ geschlossen gedacht und übernehmen mit Hilfe binärer Codierungen (z.B. Recht/Unrecht) und darauf eingestellter Programme (z.B. Konditionalprogramme im Rechtssystem) spezifische Funktionen und Allzuständigkeiten in der Gesellschaft. Recht und seine soziale Funktion können unter diesen Voraussetzungen nur noch durch das Rechtssystem erzeugt und gewährleistet werden, was nicht ausschliesst, sondern einschliesst, dass das Rechtssystem dabei auf Vorleistungen *anderer* autonomer Systeme wie z.B. auf Geldzahlungen aus der Wirtschaft angewiesen ist.

Ob die a-zentrischen und dynamischen Beziehungsnetzwerke der modernen Gesellschaft mit der Formel der „funktionalen Differenzierung“ wirklich erfasst sind, kann und soll hier nicht entschieden werden. Man kann den Übergang von der traditionellen zur modernen Gesellschaft aber durchaus mit Luhmann als Auflösung des alteuropäischen „Rationalitätskontinuums“ beschreiben.³⁴ Der Begriff *der* Rationalität wird in der modernen Gesellschaft vor allem dadurch prekär,

³¹ *Hermann Heller*, *Staatslehre* (1934), in: Martin Drath u.a. (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, 1971, 195-204, 196.

³² *Niklas Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Bd. 2, 1997, 707-776, 709.

³³ *Luhmann* (Fn. 16), 171-189.

³⁴ *Luhmann* (Fn. 23), 51-91.

dass die geschlossene, „holistische“ Konzeption des aristotelisch-christlichen Weltbildes hier durch eine Pluralität von Systemrationalitäten und Selbstbeschreibungen abgelöst wird. Dafür sorgen nicht zuletzt wissenschaftliche Reflexionstheorien, die sich nach der Erfindung des Buchdrucks mehr und mehr entlang der spezifischen Sinnorientierungen der autonomen Systeme herausbilden. Das geschieht z.B. durch die Entstehung von neuen theoretischen Beschreibungen im Rechtssystem, etwa durch den Rechtspositivismus, der die Ablösung des Naturrechts dadurch vorantreibt, dass er die mittelalterliche Vorstellung des alten guten Rechts durch die Figur der gewillkürten Setzung von Recht ersetzt. Die Annahme, Recht werde durch Bezugnahme auf (geheiligte) Autorität gefunden, wird jetzt durch die Vorstellung des Erfindens von Recht und die darin angelegte Möglichkeit der Veränderung von Regeln substituiert.³⁵

4. Der Übergangscharakter des Neuen

Ein weiteres Charakteristikum der modernen Gesellschaft, das mit der Vorstellung gesteigerter Eigenkomplexität eng verbunden ist, liegt in der dynamischen Stabilität der autonomen Systeme und der fluiden Beziehungen, die diese Systeme untereinander eingehen. Die moderne Gesellschaft zerstört das alte „Rationalitätskontinuum“ auch insoweit, als es Kontinuum ist. Die Abkehr von der Kontinuität (und Autorität) der Tradition manifestiert sich vor allem in einer neuen Zeitbegrifflichkeit, mit deren Implementation die Orientierungsgrundlagen der Gesellschaft von Erfahrung (Vergangenheit) auf Erwartung (Zukunft) umgestellt werden. Dass die Herkunft der Dinge seit dem 17. Jahrhundert immer weniger Halt bietet, lässt sich u.a. daran ablesen, dass das Neue und die an das Neue geknüpften supplementären Begriffe wie Genie, Kreativität, Innovation, Erfinden usw. allmählich positiv bewertet werden. Schon im 18. Jahrhundert kann z.B. die (messianische) Idee einer neuen politisch-sozialen

³⁵ Vgl. *Luhmann* (Fn. 1), 507-529.

Ordnung bewußt gegen die Tradition gewendet werden; das geschieht dann vor allem in der Französischen Revolution. Damit läßt sich die moderne Gesellschaft zugleich auf das Unbekanntsein der Zukunft ein. Die Zukunft wird jetzt nicht mehr als bloße Wiederholung des Vergangenen (oder als Verfall) erlebt und erfahren, sondern als Horizont ungewisser Möglichkeiten, der zugleich Chancen wie Gefährdungen eröffnet. Diese Ungewißheit in der Zeitdimension ist es vor allem, die Konzepte „begrenzter“ und „prozeduraler Rationalität“ plausibel machen.³⁶

Die Präponderanz einer sich beschleunigenden, schnellen, ja rasanten Zeit ist inzwischen tief in der modernen Gesellschaft verankert. Das hat seine Ursache nicht zuletzt darin, dass der Zwang, Neues produzieren zu müssen, nach dem Ende der großen Erzählungen der Aufklärung, der Romantik, des Marxismus, des Faschismus, des Futurismus etc. nicht mehr einfach in die Zukunft verschoben werden kann.³⁷ Vor allem die Wirtschaft sieht sich heute dem permanenten „Übergangscharakter des Neuen“ ausgesetzt.³⁸ Das zeigt sich etwa in dem unaufhörlichen Bedarf der Wirtschaft, altes durch frisches Geld zu ersetzen. Die für die moderne Gesellschaft typische Zeitproblematik zeigt sich ferner in der extremen Verkürzung von Produktzyklen gerade in der neuen Ökonomie (Prozessoren, Chips etc.). Sie zeigt sich aber auch in den Massenmedien. Die Massenmedien müssen Aufmerksamkeit unter der Bedingung eines beständig mitlaufenden Informationsüberschusses binden, und diese Aufmerksamkeitsbindung funktioniert nur durch die beständige Produktion *neuer* Informationen, *neuer* Nachrichten, *neuer* Sportereignisse und *neuer* Filme. Ein anderes Beispiel wäre die Mode, die ebenfalls einem beständigen Innovationszwang unterliegt.

³⁶ *Herbert Simon*, From substantive to procedural rationality, in: S.J. Latsis (ed.), *Method and Appraisal in Economics*, Cambridge 1976, 129, 131.

³⁷ *Boris Groys*, Über das Neue, 1992, 11.

³⁸ *Gerschlager* (Fn. 20), 111; zu den Konsequenzen dieser Zukunftsorientierung vgl. *Groys* (Fn. 36) – (Kultur); *Luhmann* (Fn. 16), 997 – 1016 (Gesellschaft und Semantik).

Kurzum: Der Übergangscharakter des Neuen ist inzwischen zum Lebensmodus geworden. Er setzt nicht zuletzt die Individuen unter einen beständigen Änderungsdruck, mit dem sie ihre Originalität und Einzigartigkeit immer wieder aufs Neue beweisen müssen.³⁹ Das Neue ist damit zu einem unaufhörlichen Dauerereignis, zur „ewigen Gegenwart“ der modernen Kultur geworden. Mit der Umstellung auf Zukunftsorientierung wird also ein abstrakter (nicht mehr: raum- und erfahrungsbezogener) Zeithorizont dominant⁴⁰, der die Gegenwart punktualisiert, d.h die Kohärenz des Gegebenen in eine permanente Abfolge neuer aber ihrerseits flüchtiger Ereignisse auflöst.

5. Zwischenergebnis: Vom Subjekt zum Netzwerk

Ein neues öffentliches Recht (jenseits des Staates) muss nach diesem ersten (abstrakten) Überlegungen davon ausgehen, dass mit dem Übergang in die moderne Gesellschaft ein von den „natürlichen Lebensräumen“ der Menschen losgelöstes Netzwerk autonomer „Kulturprovinzen“ entstanden ist; eine immaterielle Welt von Relationen und Verknüpfungen, deren innere Eigengesetzlichkeiten über je spezifische Selektionsmuster produziert und reproduziert werden. An der Produktion und Reproduktion dieser emergenten Ebene des Kollektiven sind die Menschen in ihren jeweiligen sozialen Rollen z.B. als Rechtsprofessor, Automechaniker, Konsument, Internet-User oder Wahlbürger kommunikativ beteiligt, aber die Menschen sind auch als „Volk“ nicht die „Ursache“ des kommunikativ erzeugten Sinns der Gesellschaft. Eine Rechtstheorie, die mit derartigen Vereinfachungen starten würde, wird schon dadurch widerlegt, dass die Diversität und Eigenkomplexität der kommunikativen Netzwerke der Gesellschaft, ihrer „Sprachspiele“ und spezifischen Wissensbestände,

³⁹ Vgl. Gilles Lipovetsky, *L'ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris 1983.

⁴⁰ Manuel Castells, *The Rise of the Network Society*, Vol. 1, Oxford, 1996, 429-468, 465, spricht von einer „timeless time“; vgl. auch Marc Augé, *Orte und Nicht-Orte*, 1994.

so zugenommen hat, dass sie für *einen* Beobachter gar nicht mehr zugänglich sind. Die kollektiven Phänomenbereiche, die vor allem aus der Ausdifferenzierung autonomer Funktionssysteme wie Politik, Recht, Wirtschaft, Massenmedien etc. hervorgehen, produzieren vielmehr eine Drift, die auf eine Auflösung sämtlicher traditionellen Vorstellungen der Einheit der Gesellschaft, des Staates, der Nation, der Demokratie, des Volkes etc. sowie der damit verbundenen Subjekttheorien und hierarchischen Abschichtungen hinausläuft. *Das* ist gemeint, wenn vom Ende des (souveränen) Subjekts die Rede ist. Jean-Marie Guéhenno hat zweifellos recht: „Nichts liegt unserer Epoche ferner als die Vorstellung eines Personensubjekts, das selbständig existieren könnte – außerhalb des Beziehungsgeflechts, in dem es seinen Platz einnimmt und durch das es allein definiert wird.“⁴¹

An die Stelle der alten stabilen Personensubjekte (Staat, Volk, Organisation, Individuum) tritt eine in sich vernetzte Mehrheit von Regeln und Regelmäßigkeiten, ein kollektives „transsubjektives“ Sinngeschehen, in dem es kein Zentrum mehr gibt (wie auch im religiösen Weltbild Alteuropas) und an dessen Fortschreibung die Menschen lediglich beteiligt sind. Damit wird auch die Vorstellung eines stabilen „Subjekts“ oder „Objekts“, das als unabhängig von den kommunikativen Netzwerken und ihren fluiden dynamischen Beziehungen untereinander gedacht werden könnte, hinfällig. Das bedeutet für die hier aufgeworfenen Fragestellung vor allem, dass es heute nicht mehr darum gehen kann, nach *einem* neuen stabilen „Personensubjekt“ wie den Weltstaat oder die Welt-demokratie zu suchen.⁴² Künftig wird es vielmehr auf ein neues „netzwerkartiges“ Denken in Relationen und Verknüpfungen ankommen, auf ein rechtstheoretisches Denken, das von einer Mehrzahl von Rechtssubjekten ausgeht, das aber auch die Differenzen und Grenzen zwischen ihnen nicht als stabil unter-

⁴¹ Guéhenno (Fn. 1), 33.

⁴² Einen Versuch in diese Richtung unternimmt z.B. *Otfried Höffe*, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999.

stellt, sondern sich darauf konzentriert, wie Unterscheidungen und Grenzen immer wieder „unterwandert, dekonstruiert, ununterscheidbar gemacht“ werden.⁴³ Es geht also um eine Rechtstheorie, die mit einer Mehrzahl von fluiden Unterscheidungen und Verknüpfungen rechnet. Die Rechtstheorie kann nicht mehr auf stabile Rechtssubjekte, hierarchische Absichtungen und fixe Beziehungen referieren, sondern muss sich stärker für die Offenheit und schnelle Selbstveränderungsfähigkeit von autonomen Systemen, Organisationen und Individuen sensibilisieren. Die „Subjekte“ der Produktion von rechtlichen Regeln müssen wie die „Objekte“ der Zuschreibung rechtlicher Geltungs- und Bindungsansprüche als dynamische Beziehungsnetzwerke von Netzwerken konzipiert werden.

Die Umstellung der Rechtstheorie auf netzwerkartige, dynamische Stabilität bedeutet auch, dass es künftig nicht genügen wird, das öffentliche Recht für Flexibilität und Innovationsfähigkeit zu öffnen. Das bleibt selbstverständlich eine wichtige Aufgabe des öffentlichen Rechts, aber aus *rechtstheoretischer* Perspektive wird es künftig erst einmal darauf ankommen, die Ordnungsfunktion des liberalen Rechts und seine Eigenständigkeit vor dem Hintergrund *neuer* Erfahrungen besser als bisher zu verstehen. Dass die Ordnungsfunktion des liberalen Rechts mit den weit verbreiteten Vorstellungen von „Kontinuitäts-sicherung“, „Vertrauensschutz“ und „Erwartungssicherung“ wohl nur unzureichend erfasst ist⁴⁴, ergibt sich nach dieser Skizze schon daraus, dass es unter den Bedingungen gesteigerter gesellschaftlicher Komplexität und schneller Selbstveränderungsfähigkeit nicht vorstellbar erscheint, dass sich das moderne

⁴³ Boris Groys, *Unter Verdacht. Eine Phänomänologie der Medien*, 2000, 14.

⁴⁴ Vgl. Reiner Schmidt, *Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, *Verwaltungsarchiv* 91 (2000), 149-168, 155; zur Erwartungssicherung als Bindung von *künftiger* Ungewißheit vgl. Luhmann (Fn. 1).

Recht weiterhin an stabilen *Zuständen* orientiert.⁴⁵ Bevor wir auf diese Thematik näher eingehen, seien zunächst die staats- und politiktheoretischen Konsequenzen eines solchen Ansatzes mit Blick auf die derzeitige Globalisierungsdiskussion etwas näher skizziert.

III. Folgen für die Globalisierungsdiskussion

In der derzeitigen Globalisierungsdiskussion wird die „neue Weltordnung“ noch sehr stark als Phänomen wahrgenommen, das die Souveränität der Nationalstaaten und die territoriale Abgeschlossenheit ihrer Rechtsordnungen aushebelt (und dadurch insbesondere die relativ hohen sozialen Standards der kontinentalen westeuropäischen Regionalgesellschaften unterläuft).⁴⁶ Wenn man die moderne liberale Gesellschaft aber wie hier als a-zentrisches und dynamisches Beziehungsnetzwerk gleichgeordneter autonomer Systeme konstruiert, dann erscheint diese Sichtweise zumindest teilweise revisionsbedürftig. Hinter der Annahme einer „territorialen Abgeschlossenheit“ der Rechtsordnung verbirgt sich ja nichts anderes als die Vorstellung einer *staatlichen* Rechtsordnung, hinter der wiederum die Gleichsetzung von Nationalstaat und moderner Gesellschaft steht.⁴⁷ Die oben skizzierten Überlegungen sprechen jedoch dafür, die moderne Gesellschaft eher als kommunikativ vernetzten Weltzusammenhang zu denken, als Zusammenhang, der in einem rein formalen Sinne durchaus als „Weltgesell-

⁴⁵ James R. Buchanan, Individual Right, Emergent Social States, and Behavioral Feasibility, *Rationality and Society* 7 (1995), 141 ff.

⁴⁶ Mit unterschiedlichen Akzenten *Serge Sur*, The State between Fragmentation and Globalization, *EJIL* 3 (1997), 421-434; *Hirst/Thompson* (Fn. 6), 170-194; *Saskia Sassen*, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York 1996, 1-30; *Jürgen Habermas*, Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung, in: Ulrich Beck (Hrsg.), *Politik der Globalisierung*, 1998, 67-84; und den Überblick bei *Phillip Alston*, The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization, *EJIL* 8 (1997), 435-448.

⁴⁷ Dies ist z.B. der Ansatz in *Anthony Giddens*, *The Consequences of Modernity*, 1990; ähnlich *Ulrich Beck*, Wie wird Demokratie im Zeitalter der Globalisierung möglich?, in: ders. (Hrsg.), *Politik der Globalisierung*, 1998, 7-66.

schaft“ oder „weltweites Kommunikationssystem“ beschrieben werden kann.⁴⁸ Eine solche Sprachregelung erscheint insbesondere dann produktiv, wenn dabei nicht so sehr die Einheit *der* „Weltgesellschaft“ akzentuiert wird, sondern mehr die „heterarchische, konnexionistische, netzwerkartige Verknüpfung von Kommunikationen auf der Ebene von Organisationen und Professionen“.⁴⁹ „Globalisierung“ ist dann kein prinzipiell neues Phänomen, sondern Produkt einer Steigerung und Intensivierung der weltweiten Verflechtungen von Kommunikationssystemen. Derartige Verflechtungen haben die liberale Gesellschaft von Anfang an begleitet und werden heute vor allem durch die globale informationsökonomische Entwicklung weitergetrieben.⁵⁰

Wenn man die hier skizzierte Perspektive einer a-zentrischen Gesellschaft akzeptiert, muss auch die Autonomie der primären sozialen (Funktions-)Systeme unabhängig von raumzeitlichen Grenzen gefaßt werden. Das dürfte für die Wirtschaft oder die Massenmedien heute relativ plausibel sein. Es gilt dann aber auch für das politische System (und das Rechtssystem). Eine derartige Begriffsstrategie liefe gegenüber dem herrschenden Alltagsbewußtsein zwar auf eine deutliche Akzentverschiebung hinaus, sie wäre aber keine Abkehr von der liberalen Tradition. Immerhin hat das bürgerliche Denken schon früh erkannt und darauf insistiert, dass die Verallgemeinerung des kommunikativen Zusammenhangs der Menschen ein Effekt der sich in ungehinderter Wirksamkeit befindlichen liberalen Gesellschaft ist. Man denke nur an Adam Smith und seine Beobachtungen über die Folgen des freien Welthandels im letzten Drittel des 18.

⁴⁸ *Niklas Luhmann*, Der Staat des politischen Systems, in: Ulrich Beck (Hrsg.), Perspektiven der Weltgesellschaft, 1998, 345-380, 373 f.

⁴⁹ *Luhmann*, ebd., 375.

⁵⁰ Vgl. *Castells* (Fn. 39), 66-151; *Paul Krugman*, The Self-Organizing Economy, Malden 1998; *Lawrence Friedman*, Frontiers: National and Transnational Order, in diesem Band. *Jonathan Perraton*, *David Goldbealt*, *David Held*, *Anthony McGreen*, Die Globalisierung der Wirtschaft, in: Beck (Fn. 47); *Ulrich Menzel*, Globalisierung versus Fragmentierung 1998.

Jahrhunderts⁵¹; oder an Hegel, der ein paar Jahrzehnte später darauf hingewiesen hat, dass für die moderne Industrie nicht die Erde, der feste Grund und Boden das belebende Element ist, sondern das Meer, also das Fließende, das keine Grenzen kennt.⁵² Und von Carl Schmitt wissen wir, dass Nationalökonomien (nicht aber: Juristen) bereits um 1900 in aller Klarheit die umfassende De-Territorialisierung erörtert haben, die mit dem Aufstieg der Industriegesellschaft des 19. Jahrhunderts einherging. Zumindest die Vorstellung einer „kommerziellen Globalität“, d.h. die liberalen Ideen von freiem Welthandel und freiem Weltmarkt, war dem europäischen Denken seit dem Cobden Vertrag von 1860 selbstverständlich.⁵³

Der souveräne Nationalstaat im Sinne einer territorial abgegrenzten und kulturell (sprachlich, religiös, kulturell etc.) von anderen Nationalstaaten unterschiedenen politischen Einheit müsste dann als eine historisch spezifische Form der regionalen politischen Differenzierung dieses kommunikativ vernetzten Weltzusammenhangs qualifiziert werden. *Diese* Form der regionalen Differenzierung der Politik löst sich heute auf. Der souveräne Nationalstaat und das auf ihn zugeschnittene „internationale System“ erweisen sich in zunehmendem Maße als unzureichende Antworten, um die gesteigerte Eigenkomplexität und schnelle Selbstveränderungsfähigkeit der liberalen Gesellschaft zu bewältigen. Das gilt besonders für den Staat des kontinentaleuropäischen Entwicklungspfads. Immer hat sich der kontinentaleuropäische Staat als die Seite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft gesehen, die die Unterscheidung eher zu treffen als zu

⁵¹ *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), 1961, Bd. 2, 141.

⁵² *G.W.F Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), 1970, § 247.

⁵³ *Carl Schmitt*, *Der Nomos der Erde* (1950), 1974, 208. Auch die Kritik des bürgerlichen Denkens hat die in der „bürgerlichen Gesellschaft“ angelegte Tendenz, über sich selbst hinausgetrieben zu werden, früh gesehen. Für Marx war die Tendenz, den Weltmarkt zu schaffen, bekanntlich „unmittelbar im Begriff des Kapitals gegeben.“ In der neueren politik- und sozialwissenschaftlichen Literatur läuft diese Einsicht unter dem Stichwort der „Pax Britannica“ vgl. *Hirst/Thompson* (Fn. 6), 18-50.

respektieren hat. Der europäische kontinentale Staat ist kein „trust“, keine Einrichtung der Gesellschaft, die Aufgaben und Grenzen dieser Institution bestimmt, so wie z.B. die politische Gesellschaft die Aufgaben und Grenzen der Regierung bei John Locke festlegt.⁵⁴ Der Nationalstaat des Kontinents ist von seinem Selbstverständnis her gesehen dagegen immer konstitutive Bedingung und Hintergrundgarant aller sozialen Ordnung gewesen. Das gilt sowohl in der auf Hegel zurückgehenden staatsfixierten als auch in der auf Rousseau zurückgehenden volksfixierten Variante. In dieser Perspektive erscheint der kontinentaleuropäische Staat als dasjenige Subjekt der Geschichte, das die Einheit der Interessenvielfalt der *société civile* auf einer Ebene höherer Allgemeinheit garantiert⁵⁵; ein Theoriemuster, auf das man noch heute in den Sozial- und Politikwissenschaften trifft⁵⁶, das aber vor allem in der deutschen „Staatsrechtslehre“ weit verbreitet ist, und zwar selbst bei solchen Autoren, die sich bewußt von der etatistischen Tradition des „Staatsrechts“ distanzieren.⁵⁷ Von hier aus wurden und konnten öffentliche Interessen als stabile, der Sozialordnung vorgegebene Interessen qualifiziert werden, als „Gemeinwohl“, das in der Gesellschaft nicht zuletzt mit Hilfe des *Staatsrechts*, der Gesetzgebung und einer stark von Juristen geprägten Verwaltung implementiert wurde. Diese Lösung und die mit ihr verbundenen alteuropäischen Präentionen sind jedoch seit langem unhaltbar geworden.⁵⁸ Aber das, was Carl Schmitt bereits in den sechziger Jahren

⁵⁴ *John Locke*, *Two Treatises on Government*, 1698, ch. VII, §§ 77-94, 89, 90.

⁵⁵ Für die Lage in Frankreich vgl. nur *Francois Furet*, *Der revolutionäre Katechismus*, in: E. Schmitt (Hrsg.), *Die französische Revolution*, 1976, 46-88, 64; *Marcel Gauchet*, *Die Erklärung der Menschenrechte. Die Debatte um die bürgerlichen Freiheiten*, 1991.

⁵⁶ Als *Beispiel* für diese Ansicht vgl. *Beck* (Fn. 45) 7-66, 31; *Helmut Willke*, *Supervision des Staates*, 1997, 9.

⁵⁷ *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1995, 3-13.

⁵⁸ *Luhmann* (Fn. 46), 371; vgl. auch *Thomas Vesting*, *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, 1990, 95-170.

als das Ende der „Epoche der Staatlichkeit“ diagnostiziert hat⁵⁹, und dass, was in neuerer Zeit unter der Überschrift „Ende des Nationalstaates“ läuft⁶⁰, wäre dann nicht nur, aber vor allem und in erster Linie das Ende des kontinental-europäischen Staatsmodells.

Von hier aus ließe sich die These entfalten, dass Staatlichkeit und repräsentative Demokratie nicht mit dem kontinentaleuropäischen Entwicklungspfad des Staates bzw. – in der Sprache Max Webers – nicht mit dem „Anstaltsstaat“ identisch sind. Der Staat wäre dann fähig, die Erosion des „Anstaltsstaates“ zu überdauern.⁶¹ Verknüpft man diesen Gedanken mit der in der anglo-amerikanischen Tradition stärker als in Kontinentaleuropa ausgeprägten Unterscheidung von Regierung (government) und Staat (state), müßte sich auch das kontinentaleuropäische öffentliche Recht künftig stärker an Vorstellungen des „public government“ orientieren, also an einem Begriff, der von vornherein mehr als der Staatsbegriff auf die Selbstbezeichnung des politischen Systems zugeschnitten ist. Staatlichkeit im Sinne von „public government“ wäre dann auch unter Bedingungen denkbar, in der sich die Einheit von „Raumordnung“ und „politischer Ordnung“ unter dem Druck der informationstechnologischen Entwicklung auflöst. Diese und ähnliche Vorstellungen gehen durchaus in die richtige Richtung, man muss dabei aber berücksichtigen, dass die zunehmende Verbindung der Staaten untereinander die Staaten selbst verändert. Und noch mehr: Verknüpft man die Herausbildung supranationaler und internationaler Organisationen (EU, WTO, UNO) und die Bedeutungszunahme mehr oder

⁵⁹ *Carl Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (1932), Berlin 1979, 10; *Ernst Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, 11-20; *Stefan Breuer*, *Der Staat. Entstehung, Typen, Organisationsstadien*, 1998, 298 f. weist mit recht darauf hin, dass der Begriff des „modernen Staates“ für Carl Schmitt genaugenommen eine *contradictio in adiecto* sein musste.

⁶⁰ *Guéhenno* (Fn. 1), 1-34; *Martin van Creveld*, *Aufstieg und Untergang des Staates*, 1999, 371-463; *Kenichi Ohmae*, *The End of Nation State: the Rise of Regional Economies*, London, 1995.

⁶¹ In diese Richtung *Breuer* (Fn. 59), 299.

weniger autonomer öffentlicher Regulierungsorganisationen (z.B. FCC, EU-Kommission) mit der Zunahme der Bedeutung von Kooperationsbeziehungen dieser Behörden mit privaten und semi-privaten Organisationen – eine Entwicklung, die, wie wir schon gesehen haben, gerade im Kontext der Neuen Ökonomie zu beobachten ist – spricht manches dafür, dass wir Zeugen der Heraufkunft einer „neuen Weltordnung“ jenseits aller Traditionen sind. Wir hätten also eine neue politische und soziale Welt vor uns, die weder bei Hobbes, noch bei Locke, Montesquieu oder Max Weber kategorial erfasst ist.

In dieser „neuen Weltordnung“ wird der Nationalstaat nicht verschwinden. Er wird für das „internationale System“ (und das internationale Recht) schon deshalb auf absehbare Zeit unentbehrlich bleiben, weil der Staat eine Form der organisierten Kommunikationsfähigkeit zur Verfügung stellt, die wiederum für andere Staaten relativ leicht zugänglich ist.⁶² Aber die Vorstellung einer *internationalen* politischen Ordnung dürfte den Blick auf das Neue der „neuen Weltordnung“ mehr verstellen als eröffnen. Die Souveränität der Nationalstaaten wird weiter in Richtung auf Verantwortung für Teilausschnitte regionaler Raumordnungen driften wie z.B. der Regulierung des Staatsangehörigkeitsrechts und seiner Ausnahmen, während die Abhängigkeit der Nationalstaaten von supranationalen, internationalen und transnationalen politischen Netzwerken, in Luhmanns Terminologie: dem „politischen System der Weltgesellschaft“, zunehmen wird.⁶³ Jenseits der Ebene internationaler Netzwerke, zu denen auch informelle Beziehungen zwischen nationalen Parlamenten, Regierungsorganisationen und Gerichten zu zählen sind⁶⁴, wird vor allem eine prinzipiell pluralistische Ordnung sich überlappender Regulierungsnetzwerke an Bedeutung

⁶² Argumente für diese These sammelt z.B. *Michael Reisman*, *Designing and Managing the Future of the State*, EJIL 8 (1997), 409-420.

⁶³ *Luhmann* (Fn. 46), 351 f.

⁶⁴ *Anne-Marie Slaughter*, *International Law in a World of Liberal States*, EJIL 6 (1995), 503-538, 522 ff.

gewinnen, für die sich in der politik- und sozialwissenschaftlichen Literatur der Begriff des „global governance“ bzw. der „global public private governance“ durchzusetzen scheint.⁶⁵

Der Begriff der „global public private governance“ wird oft als unscharf charakterisiert. Das mag zutreffend sein, aber dieser Begriff bringt doch richtigerweise zum Ausdruck, dass die „neue Weltordnung“ der „Logik der Vernetzung“ folgt, d.h. einer Logik, in der Ordnung unter der Bedingung der Auflösung ehemals stabiler Grenzen (privat/öffentlich; staatlich/nicht staatlich etc.) generiert werden muss. Die neuen Regulierungsnetzwerke werden auf zeitabhängiger Stabilität beruhen, sie werden nicht mehr territorial, sondern *funktional* orientiert sein und größtenteils aus einer Kooperation mit Privaten hervorgehen. Insgesamt dürfte daraus ein a-zentrisches Gebilde von großer Beweglichkeit und ausfransenden Rändern hervorgehen, ein „Netzwerk von Netzwerken“, in der sich öffentliche und private, nationale, transnationale, supranationale und internationale Komponenten mal mehr, mal weniger überschneiden.⁶⁶ Jean-Marie Guéhenno hat mit Blick auf die Ausbildung derartiger Strukturen das Bild von „Netz-Verbunden“ benutzt, die ineinander hängen wie die olympischen Ringe.⁶⁷ Dieses Bild trifft die künftige „neue Weltordnung“ ganz gut, nur dürfen die Ringe und ihre Verbindungen selbst nicht als stabil gedacht werden. Die Zukunft wird eher wie eine moderne Computeranimation daherkommen, als ein auf „Iteration“ angelegtes Beziehungsnetzwerk von Netzwerken, in dem Ordnung nicht einfach durch Unordnung ersetzt wird, aber in dem doch mit einer größeren Variation von Figurkombinationen gerechnet werden muss. Genau darauf müsste z.B. auch der Begriff der Demokratie ein-

⁶⁵ Für einen Überblick vgl. die Aufsätze in Jan Kooiman (Hrsg.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, London 1993; und *Raimo Värynen, Globalization and Global Governance*, Lanham 1999.

⁶⁶ Für eine solche Perspektive optiert *Ladueur* (Fn. 1), 33-54.

⁶⁷ *Guéhenno* (Fn. 1), 56.

gestellt werden⁶⁸, anstatt einfach die traditionelle, an den Staat und einen einheitlichen Willen gekoppelte Demokratievorstellung auf die globale (oder europäische) Ebene zu projizieren.

IV. Zur Ordnungsfunktion des (öffentlichen) Rechts

1. Zur weiteren Entkopplung von Recht und Politik

Auch für die Rechtstheorie wird es künftig von entscheidender Bedeutung sein, die neuen Ordnungsmuster, die sich erst in Umrissen abzeichnen, nicht mit den institutionellen Arrangements der Vergangenheit gleichzusetzen. So wird die informationsökonomische Entwicklung z.B. kaum in ein „neues Mittelalter“ führen.⁶⁹ Zwar können staatlich legitimierte Organisationen künftig kein *Monopol* der Rechtsproduktion mehr für sich beanspruchen – und darin mag man eine Parallele zum Mittelalter sehen –, aber in den neuen funktionalen Regulierungsnetzwerken kann von der Vorrangigkeit *eines* politischen Willens gegenüber *anderen* autonomen Systemen der Gesellschaft nicht die Rede sein. Und auch Recht und Politik werden nicht wieder zusammenwachsen. Es ist vielmehr wahrscheinlich, dass beide Systeme, die gerade in der kontinental-europäischen Tradition eng miteinander verknüpft waren, sich künftig noch stärker voneinander lösen werden. Dieser Trend zur „Selbststeuerung“ des Rechtssystems wird das Verhältnis von Regulierung und Selbstregulierung, von staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstorganisation weiter zu Lasten der nationalen Gesetzgebungsorgane und der sie begleitenden Praxisformen (staatliche Gerichtsbarkeit, Universitätsdogmatik, Zeitschriftenkultur etc.) verschieben – und damit auch zu Lasten des traditionellen öffentlichen Rechts. Aber so wie die Relativierung der Bedeutung des Nationalstaates die Konsequenz einer voll entfalteten liberalen Gesellschaft ist, so bedeutet auch die

⁶⁸ Dazu *Karl-Heinz Ladeur* in diesem Band.

⁶⁹ Vgl. z.B. *Hedley Bull*, *The Anarchical Society*, London, 1977, 264.

Zunahme von Selbstorganisation und Selbstregulierung weder eine Abkehr von der liberalen Rechtstradition noch ein Ende des öffentlichen Rechts. Karl Heinz Ladeur hat kürzlich zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass sowohl die Kodifikation des Gesetzes als auch die richterliche Entscheidung oder die Dogmatik für das liberale Recht schon immer eine eher abstützende *sekundäre* Funktion hatten; deren Bedeutung konnte in der Vergangenheit deshalb überschätzt werden, weil die Herausbildung des Rechts der Nationalstaaten im 19. Jahrhundert stark durch die antithetische Fixierung auf lokale Rechte und Gewohnheiten bestimmt war.⁷⁰ Die Vielfalt und Unübersichtlichkeit der lokalen Rechte sollte der Einheit eines nationalen Rechtssystems und seiner Gesetze weichen, d.h. das „Rechtssystem“ des Nationalstaates wurde nach dem Vorbild der Mechanik modelliert. Ordnung und Rationalität bedeuteten hier: Berechenbarkeit und systematische Geschlossenheit.

2. Zur „Selbststeuerung“ des Rechts

Was mit dem damit angedeuteten Trend zur „Selbststeuerung“ des modernen Rechts gemeint ist, läßt sich mit systemtheoretischen Mittel weiter präzisieren. Entgegen einer noch heute weit verbreiteten Vorstellung, derzufolge das Recht aus einer mehr oder weniger geordneten Menge von Normen besteht, die als Resultate der nationalen Gesetzgebungsorgane und ggf. der „lückenfüllenden“ Arbeit der Gerichte vorgegeben sind, müßte künftig die *netzwerkartige* Geschlossenheit des Rechtssystems in den Vordergrund gestellt werden. Damit ist gemeint, dass das Rechtssystem aus der laufenden Benutzung von Rechtskommunikation hervorgeht, die ihrerseits an einen vorhandenen Bestand von Rechtskommunikation (und ihnen entsprechende Praxisformen) anknüpfen. Das Rechtssystem produziert und reproduziert also einen rekursiven Zusammenhang

⁷⁰ *Karl-Heinz Ladeur*, Der „Eigenwert“ des Rechts – die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), *Die Zukunft des Rechts*, Basel 1999, 31-56, 43.

von faktisch vollzogenen Operationen. Das Recht „ist nicht hierarchisch von oben, sondern jeweils heterarchisch, also kollateral, also in nachbarschaftlichen Vernetzungen determiniert“.⁷¹ Schöpft man diese netzwerkartige Vorstellung voll aus, verdankt das moderne Recht seine Einheit keinem der Wirklichkeit voraus-eilendem „System“, das unabhängig von seiner praktischen Anwendung gedacht werden könnte. Die Einheit und Autonomie des Rechtssystems realisiert sich ausschließlich in und durch faktisch vollzogene Operationen, also in disziplinierten Rückgriffen und Vorgriffen auf vergangene und folgende Zustände des Systems, z.B. durch einen Vertragsschluß, eine Gerichtsentscheidung oder den Erlass eines Gesetzes. Damit ist das Rechtssystem vor allem an die Rechtszustände der Gegenwart gebunden, die es in die Zukunft fortschreibt oder, bei entsprechenden negativen praktischen Erfahrungen, zu variieren oder abzuändern sucht.

Für unseren Zusammenhang bedeutet das vor allem, dass das Rechtssystem zur Erhaltung seiner eigenen Autonomie nicht auf territoriale Grenzen angewiesen ist. Als sinnverarbeitendes Kommunikationssystem erzeugt das Recht seine Grenze und Autonomie vielmehr selbst. Dazu hat das Rechtssystem besondere Selektionsmechanismen ausgebildet, und diese ermöglichen eine Grenzziehung ohne staatliches Gewaltmonopol; auch deshalb ist das moderne Recht für Luhmann nicht als nationales, sondern „weltweites Funktionssystem“ etabliert.⁷² Die mit dieser Annahme und letztlich mit dem Theorem der „funktionalen Differenzierung“ verbundenen Fragen und Probleme können hier nicht im einzelnen behandelt werden. Es sei aber wenigstens kurz darauf hingewiesen, dass die Vermutung Günter Teubners, die Entstehung eines neuen Weltrechts belege vor allem den mit dem „linguistic turn“ einhergehenden Übergang von Funktion zu Differenz, und dies mit größter Bedeutung „für die Identifikation des spezi-

⁷¹ *Luhmann* (Fn. 1), 144.

⁷² *Luhmann*, ebd., 573. Der wichtigste Indikator für diese weltweite Vernetzung des Rechtssystems ist nach Luhmann die Idee der Menschenrechte.

fisch Rechtlichen“ des neuen Weltrechts⁷³, so nicht haltbar sein dürfte. Wie immer man zu Luhmanns m.E. sehr rigider Bestimmung der Ordnungsfunktion des liberalen Rechts stehen mag, klar ist, dass auch die *neuen* Rechtsphänomene nicht allein durch einen Rekurs auf die Recht-/Unrecht Unterscheidung als „rechtliche Phänomene konstituiert werden“.⁷⁴ Die binäre Codierung ist zweifellos ein wichtiges Selektionskriterium für den Aufbau von Eigenkomplexität im Rechtssystem, aber erst die Recht/Unrecht Unterscheidung *und* die *soziale* Funktionsorientierung des Recht bewirken, „daß die rechtsspezifischen Operationen sich deutlich von anderen Kommunikationen unterscheiden lassen und dadurch, mit nur marginalen Randunschärfen sich aus sich selbst heraus reproduzieren können.“⁷⁵

Auf die Orientierungsleistung einer gesellschaftlichen Funktionsbestimmung des Rechts kann also auch dann nicht verzichtet werden, wenn man die heterarchische, kollaterale, nachbarschaftliche Selbstvernetzung des Rechts betont. Das gilt auch für eine dieser Entwicklung angemessenen Theorie des Rechts. Die bisherigen Selbstbeschreibungen des Rechts waren sicher zu stark auf die Einheit des (nationalen) Rechtssystems fixiert, aber auch eine Theorie des neuen Rechtspluralismus wird nicht auf eine gesellschaftliche Funktionsbestimmung verzichten können. Die Rechtstheorie muß die Grenzen des Rechtssystems auch in Zukunft einigermaßen identifizieren können; sie muß zumindest ein Begriffs- und Beobachtungsmanagement etablieren, das verlässliche Aussagen über die Stabilität des Rechtssystems machen kann. Das ist auch für ein neues öffentliches Recht jenseits des Staates von großer Bedeutung. Das öffentliche Recht hat sich immer durch ganz bestimmte öffentliche Interessen legitimiert. Die Bandbreite der „Staatszwecke“ ist allerdings schon mit dem Aufstieg des Wohlfahrtsstaates mehr oder weniger konturenlos geworden. Ein neues

⁷³ Teubner (Fn. 1), 14.

⁷⁴ Teubner, ebd.

⁷⁵ Luhmann (Fn. 1), 60 f.

öffentliches Recht jenseits des Staates müsste deshalb versuchen, von vornherein eine Selbstlimitation seines Aufgabenkataloges mitzureflektieren, wenn es die ohnehin problematische Entwicklung sich ständig ausweitender Staatstätigkeit nicht noch weiter forcieren will.

3. Das öffentliche Recht in einer Ordnung verteilter Entscheidungsrechte

Da der Zwang, ständig Neues zu produzieren, tief in die Selbstbeschreibungen der autonomen Systeme der modernen Gesellschaft eingelassen ist, erscheint es auch aus der Perspektive einer Theorie der Zeit der modernen Gesellschaft fraglich, ob die Ordnungsfunktion des liberalen Rechts mit der Formel der „Erwartungssicherung“, d.h. der kontrafaktischen Stabilisierung normativer Erwartungen, hinreichend bestimmt ist.⁷⁶ Natürlich läßt sich gar nicht bezweifeln, dass insbesondere das Strafrecht die zeitliche Bindung von Erwartungen gegenüber möglichen Selbstrevisionen des Rechts sichern muss. Aber man muss doch für das moderne Recht insgesamt in Rechnung stellen, dass dieses – im Gegensatz zum alten guten Recht des Mittelalters – nicht mehr an der Erhaltung einer von Gott gegebenen Seinsordnung orientiert ist, d.h. nicht der Stabilisierung von *Zuständen* dient. Vielmehr eröffnet die moderne Gesellschaft beständig neue Möglichkeiten, die legitimerweise ohne Rücksicht auf die Tradition realisiert werden können. Auf diese dynamische Selbstmodifikation des Gegebenen kann das Recht jedoch nicht einfach mit der Erwartung reagieren, „daß normatives Erwarten normativ erwartet wird“.⁷⁷ Es muss vielmehr – wie z.B. im Haftungsrecht – Mechanismen seiner eigenen Beurteilungsveränderung von Sachlagen in die normative Struktur selbst einbauen. Der Einwand gegen die Engführung der Rechtsfunktion auf Erwartungssicherung muss an dieser Stelle etwas abstrakt

⁷⁶ Luhmann, ebd., 124-164.

⁷⁷ Luhmann, ebd., 144

und knapp bleiben⁷⁸, er legt aber die Vermutung nahe, dass das moderne Recht Erwartungen immer nur *begrenzt* stabil halten kann. Das ganze Problem des Begriffs der „Erwartungssicherung“ liegt eben in dem Maß der dabei unterstellten „Sicherheit“.

Auch die Funktion des öffentlichen Rechts dürfte in der Vorstellung der „Erwartungssicherung“ nicht aufgehen. Das wird deutlich, wenn man die Theorie des Gesellschaftsvertrages und den damit einhergehenden Bedeutungszuwachs von Grundrechten von vornherein in den Rechtsbegriff einbezieht. Dies muß nicht zuletzt deshalb betont werden, weil die Bedeutung der liberalen Sozialphilosophie für das moderne Recht bei Luhmann stark vernachlässigt wird. Dagegen hat Max Weber in seiner Rechtssoziologie zu Recht herausgestellt, dass der Übergang zum modernen Recht – in Webers Begriffen: zum formal rationalen Recht – ohne die Freisetzung der Individuen aus allen überlieferten Banden der alten Standesgesellschaft nicht möglich gewesen wäre.⁷⁹ Das liberale Recht kann also nicht ohne garantierte subjektive Rechte, die der Willkür des Monarchen entzogen sind, gedacht werden. Der Bruch, der mit dem modernen Recht einhergeht, wird allerdings auch von Weber nur schwach akzentuiert. So sieht Weber z.B. die Funktion der Grundrechte darin, einen Bereich des rechtlich erlaubten Verhaltens vor bestimmten Arten von Störungen durch Dritte, insbesondere gegen Störungen durch den Staatsapparat zu schützen.⁸⁰ Diese, auch heute noch weit verbreitete Vorstellung der Grundrechte als Abwehrrechte ist schon deshalb wenig überzeugend, weil die verschiedenen Kommunikationsnetzwerke der modernen Gesellschaft ihre Autonomie gerade in Form von Grundrechten realisieren. Die moderne Wissenschaft erzeugt beständig *neues* Wissen und nimmt dafür Wissenschaftsfreiheit in Anspruch. Die Eigentumsfrei-

⁷⁸ Für nähere Einzelheiten vgl. *Ladewig* (Fn. 68), 31-56.

⁷⁹ *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), 1980, 383; vgl. auch *Stefan Breuer*, *Bürokratie und Charisma*, 1994, 12-16.

⁸⁰ *Weber* (Fn. 77), 398.

heit, um ein anderes Beispiel zu nennen, dient ebenfalls dazu, produktiv mit Eigentum umzugehen, d.h. *neues* Eigentum zu erzeugen und damit in der Zukunft Anschlußmöglichkeiten zu erweitern – und nicht nur mit einer im Eigentum besessenen Sache in gewissen Grenzen nach Belieben handeln zu können, wie z.B. Max Weber annimmt. Je komplexer der Koordinations- und Kooperationsbedarf wird, der aus diesem produktiven Umgang mit Grundrechten resultiert, um so mehr kommen Formen der Selbstorganisation und Selbstregulierung zur Geltung. Die Funktion dieser Formen wird ebenfalls zu eng interpretiert, wenn darin lediglich eine vom Staat ausgehende schematisch begrenzte Autonomie durch Rechtsgeschäfte gesehen wird. Vielmehr handelt es sich um einen Prozeß der „Dezentralisation der Rechtsschöpfung“⁸¹. Diese Dezentralisation der Rechtsproduktion läßt eine Hierarchisierung des Öffentlichen über das Private nicht mehr zu. Sie deutet vielmehr auf Grenzziehung *und* Vernetzung, d.h. auf eine produktiv koordinierende und kooperative Beziehung des Öffentlichen mit dem Privaten.

Vor dem Hintergrund dieser (noch etwas provisorischen) Überlegungen kann man die Ordnungsfunktion des öffentlichen Rechts etwas genauer bestimmen. Das öffentliche Recht hat nicht nur die Funktion, die Berechenbarkeit staatlichen Handelns im allgemeinen und der Rechtspflege im besonderen zu gewährleisten. Seine Schutzfunktion ist also keineswegs nur gegen das politische System gerichtet. Seine Funktion wird aber auch dann verfehlt, wenn man es vom Privatrecht löst und auf den Aufbau einer stabilen Grenze zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten reduziert. Das öffentliche Recht hat vielmehr die Funktion, die Produktivität der a-zentrischen und dynamischen Beziehungsnetzwerke der modernen Gesellschaft zu fördern. Es dient mit anderen Worten der Erhaltung der Selbstkoordination und Selbstproduktion rechtlicher Bindungen *zwischen* Organisationen und Individuen. Die Ordnungsfunktion des öffentlichen Rechts

⁸¹ Weber, ebd., 439 f.

ist also eher auf einer Ebene zweiter Ordnung angesiedelt. Da öffentlich-rechtliche Bindungen heute vor allem unter der Bedingung verteilter subjektiver Entscheidungsrechte, d.h. unter der Bedingung der Bedeutungszunahme von Selbstorganisation und Selbstregulierung erzeugt werden, bestünde die Funktion des öffentlichen Rechts darin, an diese Formen der Selbstorganisation und Selbstregulierung anzuknüpfen und deren *produktive* Koordination und Kooperation zu fördern. Das bedeutet zugleich, dass öffentliche Organisationen auch in Zukunft weiterhin an der Produktion rechtlicher Bindungen beteiligt sein können und sollten.

Das gilt jedenfalls für die Beteiligung des öffentlichen Rechts an der informationstechnologischen und informationsökonomischen Entwicklung. Diese Beteiligung dürfte schon deshalb unumgänglich sein, weil die Entwicklung zur „Wissensgesellschaft“ mit großen Ungewißheiten einhergeht. Insofern muss auch ein neues öffentliche Recht zum Aufbau und zur Sicherung von Vertrauen in sozialen und vor allem wirtschaftlichen Beziehungen beitragen.⁸² Da die Bewältigung des Unbekanntseins der Zukunft in der „Wissensgesellschaft“ aber kein harmonischer, auf Perfektion angelegter teleologischer Prozess ist, wie noch in der vom fremden Willen Gottes (und seiner Stellvertreter) Gesellschaft der Tradition, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die ständige Suche nach dem Neuen Selbstblockierungseffekte und unproduktive Pfadabhängigkeiten erzeugt. Die Aufgabe des öffentlichen Rechts muss dann vor allem darin bestehen, die innovationsgetriebene Selbstmodifikation einer a-zentrischen Gesellschaft auf einer Ebene „zweiter Ordnung“ zu beobachten. Es müsste darum gehen, die verschiedenen, ihrerseits jeweils begrenzten Rationalitäten der autonomen Systeme der modernen Gesellschaft - und der ihnen verpflichteten Organisationen – zu beobachten und durch öffentliches Recht gegebenenfalls Grenzen zu ziehen, aber auch Lern- und Entwicklungsmechanismen bereitzustellen. Dabei kann es in

⁸² Luhmann (Fn. 1), 132.

einer offenen Gesellschaft selbstverständlich immer nur kooperative und provisorische Lösungen geben. Im Gegenzug hätte sich aber das Zivilrecht darauf einzustellen, seine Autonomie nicht absolut zu setzen, sondern sich selbst als Moment eines kollektiven Beziehungsnetzwerks zu begreifen, als Effekt der Einräumung und Zubilligung verteilter Entscheidungsrechte, die ihrerseits produktiv, nicht aber beliebig genutzt werden dürfen, wie sich für die neue Ökonomie am Beispiel des Patent- und Urheberrechts genauer zeigen ließe.⁸³

V. Zur Bedeutung von Konventionen für das (öffentliche) Recht

1. Zum Status von Konventionen

Wenn man die bisherigen Überlegungen und Schritte akzeptiert, erscheint auch die Bedeutung von Konventionen für das öffentliche Recht in einem neuen Licht: Das öffentliche Recht wäre nicht so sehr als „Instrument“ der (staatlich-politischen) „Intervention“ in andere autonome Systeme der Gesellschaft zu modellieren, sondern eher als Mittel der Stabilisierung und Förderung von Prozessen der gesellschaftlichen Selbstorganisation und Selbstregulierung. Der kontinentaleuropäische Entwicklungspfad des Rechtsdenkens hat das Moment der „souveränen Entscheidung“ und das damit verbundene Entscheidungsmonopol des Staates für die rechtliche Regel- und Ordnungsbildung immer stark betont. Das zeigt sich im Kern schon in der Kantischen Unterscheidung von Legalität (Gesetzmäßigkeit) und Moralität (Sittlichkeit), insofern das öffentliche Recht dort unmittelbar an einen „öffentlichen gesetzlichen äußeren Zwang“ angeschlossen wird.⁸⁴ Dieses Moment tritt dann z.B. noch deutlicher in Kelsens

⁸³ Vgl. *The Economist* 355 (April 8 th – 14 th 2000), 85-89; vgl. ferner *M.A. Heller/R.S. Eisenberg*, Can Patents Deter Innovation, *Science* 280 (1988), 280 ff.; *S.A. Cohen*, To Innovate or not to Innovate, That is the Question, *Michigan Telecommunications Law Review* 5 (1999), 1 ff.; *P. Samuelson/R. Davis*, *The Digital Dilemma*, Washington 2000.

⁸⁴ *Immanuel Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), AB 15, A 163, 164.

Reduktion der Rechtsordnung auf eine „normative Zwangsordnung“ hervor.⁸⁵ Es handelt sich also um eine Entwicklungslinie, in der die Bindungsfähigkeit von Regeln letztlich von staatlichen Normerzeugungs- und Normdurchsetzungsmomenten abhängig gemacht wird. Gegenüber dieser Tradition wäre dagegen in der hier eingenommenen Perspektive darauf zu verweisen, dass die Funktionsfähigkeit des liberalen Rechts primär von einer funktionierenden sozialen Infrastruktur von Konventionen, Gewohnheiten („Sitte“), Standards etc. lebt und schon immer gelebt hat. Rechtliche Regel- und Ordnungsbildung ist von praktischer, d.h. an Erfahrung geknüpfter Handlungsregeln abhängig, die sich in Beziehungsnetzwerken zwischen Individuen und Organisationen evolutionär herausbilden.⁸⁶

Mit der Bildung derartiger Regeln geht die Produktion „gemeinsamer Anschauungen“ und „gemeinsamen Wissens“ einher. Mit „gemeinsamen Anschauungen“ und „gemeinsamen Wissen“ soll hier allerdings nicht auf universalistische Moralgesetze im Sinne Kants (oder im Sinne der Diskurstheorie von Jürgen Habermas) referiert werden. Das „gemeinsame Wissen“, das durch Konventionen erzeugt wird, muss eher als „lokales“ oder „ökologisches Wissen“ interpretiert werden. Es variiert von Ort zu Ort, ist an konkrete Praxisformen und Sachzusammenhänge geknüpft und unterliegt wie diese der beständigen Veränderung. Es geht zwar – aus der Perspektive des Rechtssystems – um einen vorfindlichen Erfahrungsrahmen, aber um einen „Rahmen“, der selbst nur als flexibles, sich selbst veränderndes Netzwerk von Wissensbeständen gedacht werden kann, die in der Gesellschaft zerstreut sind.⁸⁷ Zu solchen Konventionen,

⁸⁵ *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, 31-59, 45.

⁸⁶ Nähere Einzelheiten z.B. bei *Robert Sugden*, *Spontaneous Order*, *Journal of Economic Perspectives* 3 (1989), 85-97; *Ladeur* (Fn. 26), 72-80; *James C. Scott*, *Seeing like a state*, New Haven 1998, 309-341..

⁸⁷ *Steve Fleetwood*, *Order without equilibrium: a critical realist interpretation of Hayek's notion of spontaneous order*, *Cambridge Journal of Economics* 20 (1996), 729-747; *Karl-Heinz Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, 1995, 22-68.

die zunächst unterhalb der Ebene der rechtlichen Fixierung ausgebildet sein müssen (bevor sie dann in das Rechtssystem inkorporiert werden können), gehören im Bereich des Privatrechts etwa die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ oder die „Üblichkeiten“ unter Kaufleuten (z.B. kaufmännisches Bestätigungsschreiben). Im Verfassungsrecht könnte man an die Vorstrukturierungsleistungen von Parteien oder Massenmedien bei der Produktion eines „gemeinsamen Willens“ denken. Im Verwaltungsrecht wäre auf den Gefahrenbegriff im Polizeirecht hinzuweisen. Auch hier war und ist die Zurechnung von Schäden an einen Verursacher immer von Konventionen und „kanonisierten Beispielen“ abhängig gewesen.⁸⁸ Das Zusammenspiel von Konvention und Recht kann hier nicht näher untersucht werden, aber die hier nur knapp skizzierten Interdependenzen wären ein Hinweis darauf, dass die Geltungs- und Bindungsfähigkeit des liberalen Rechts viel stärker von Selbstproduktions- und Selbstorganisationsprozessen abhängig ist, als es insbesondere in der kontinentaleuropäischen Tradition des „Staats-Rechts“ wahrgenommen wird. Die Funktionsfähigkeit des Rechtssystem beruht primär auf dieser distribuierten Form „gemeinsamen Wissens“ durch das Regeln und Konventionen erzeugt werden und ist erst sekundär auf eine Abstützung durch Gesetzgebung, Gewaltmonopol und staatliche Verwaltung angewiesen.

Wenn man diese Überlegungen etwas anders wendet, muss auch die herkömmliche Rechtsquellenlehre modifiziert werden. Die Theorie der Rechtsquellen ersetzt die Abhängigkeit des liberalen Rechts von Erfahrung, Praxis und sozialen Konventionen zugunsten einer politischen Konstitution des Rechts aus dem „Nichts“ – und suggeriert damit einen „Anfang“ des Rechts, der durch einen „Souverän“ beliebig instrumentalisiert werden könnte. Die Bindungsfähigkeit des liberalen Rechts ist aber gerade in den globalen informationsökonomischen Zusammenhängen von Selbstorganisationsprozessen abhängig. Wie unser Ein-

⁸⁸ *Ladueur*, ebd., 11-15.

gangsbeispiel der S-PCS Systeme gezeigt hat, geht das öffentliche Recht hier mit einer „Logik der Vernetzung“ einher, in der Normen aus kooperativen Beziehungen zwischen Privatunternehmen und Verwaltungsbeamten generiert werden. Infolgedessen verstellt eine an den Staat und seine Organe geknüpfte Rechtsquellenlehre den Blick auf die Zunahme der Bedeutung „spontaner Rechtsbildung“.⁸⁹ Aus der hier eingenommenen Perspektive folgt aber auch, dass die Erhaltung der Produktivität dieses *vorfindlichen* Rahmens eine der zentralen Aufgaben eines neuen öffentlichen Rechts (jenseits des Staates) werden muss. Der Staat kann diesen „Rahmen“ nicht selbst erzeugen, er muss seine Entwicklung aber beobachten und ggf. institutionell abstützen. Dies gilt gerade dann, wenn die „Spontaneität“ der Konventionsbildung nicht mehr das Produkt lebensweltlicher Gewohnheiten (Sitte) und allgemein geteilter Werte ist, sondern selbst zum Gegenstand einer „heterarchische(n), konnexionistische(n), netzwerkartige(n) Verknüpfung von Kommunikationen auf der Ebene von Organisationen und Professionen“ wird.⁹⁰

2. Zur Bedeutung technischer Standards

Dieser Gedanke ist auch für die Einschätzung der Ordnungsfunktion des öffentlichen Rechts in der neuen Ökonomie von großer Bedeutung. Er ist insbesondere wichtig, um eine produktive Sicht auf technische Standards entwickeln zu können. Technische Standards sind, wie in der Einleitung schon erwähnt, zentral für die neue Ökonomie z.B. im Bereich des Mobilfunks (GSM/UMTS), bei der technischen Verknüpfung von Fest- und Mobilnetzen (WAP) oder bei der Konzeption der Internet-Protokolle (TCP/IT).⁹¹ Technische

⁸⁹ Vgl. dazu nur *Gunther Teubner*, *Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society?*, in diesem Band.

⁹⁰ *Luhmann* (Fn. 46), 375.

⁹¹ Vgl. den Überblick bei *David* (Fn. 12), 39-71; and *Carl Shapiro/Hal R. Varian*, *Information Rules*, Boston 1999, 261-296, 305-309; *Kelly* (Fn. 16), 71-73.

Standards, die eine Art von sozialen Konventionen sind⁹², determinieren nicht nur die jeweilige technische Codierung, sondern legen darüber hinaus die Architektur der Systeme fest, einschließlich der Möglichkeiten der Verknüpfung von Komponenten, Ebenen und Leistungen. Das gilt gerade in der Netzwerkökonomie, ja mit einer gewissen Vereinfachung kann man sagen, dass technische Standards letztlich über die „Verfassung“ der neuen Online-Welten entscheiden, insbesondere darüber, ob im Cyberspace offene oder geschlossene Systeme verwendet werden.⁹³ Auch an dieser Stelle müssen weitere Vertiefungen einer späteren Ausarbeitung überlassen bleiben, aber ein neues öffentliches Recht (jenseits des Staates) hätte darauf zu insistieren, dass die Verfahren der Erzeugung technischer Standards in und für die neuen Netzarchitekturen Teil des (öffentlichen) Rechts werden müssen. Die neue Ökonomie ist Ausdruck des oben angedeuteten Wandels in der Erzeugung sozialer Konventionen, die jetzt nicht mehr aus sozialen Gewohnheiten hervorgehen, sondern aufgrund der für die Industrie zu bewältigenden Ungewißheit zum Gegenstand expliziter Aushandlungsprozesse gemacht werden. Deshalb müssen die Verfahren, in denen gemeinsame technische Standards gebildet werden, selbst zum Gegenstand strategischer rechtlicher Beobachtung und ggf. rechtlichen Entscheidens werden. Dies müßte auch zur Folge haben, den normativen, ja rechtlichen Charakter von technischen Standards zu akzeptieren.

Diese Forderung ist inzwischen wiederholt erhoben worden.⁹⁴ Freilich wird in der Literatur genauso oft eingewandt, dass das Recht ein Instrument zur Regulierung *sozialer* Beziehungen sei und deshalb nicht auf technische Artefakte

⁹² Zu Natur und Funktion technischer Standards und ihrer Parallelen zu Normen des sozialen Verhaltens vgl. *David* (Fn. 12), 45-50.

⁹³ Im einzelnen vgl. *Lawrence Lessig*, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York 1999, 100-108; vgl. auch den Überblick zur Entwicklung in *ders.*, *Law of Cyberspace*, *Havard Law Review* 112 (1999), 1575-1704, 1634-ff.

⁹⁴ Vgl. z.B. *Ladeur* (Fn. 11), 398; *Lessig* (Fn. 93) 6, 63-108 (“Code is law”); vgl. allgemeiner *Joerges/Ladeur/Voß* (Hrsg.), *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, 1997.

übertragen werden könne. Manche sehen in der Bedeutungszunahme von technischen Standards und insbesondere in der Bedeutungszunahme von Computerprogrammen sogar ein Indiz für die Auflösung *normativer* Strukturen, also ein Moment des Abbaus oder der Schrumpfung normativer Ordnung. Jean-Marie Guéhenno hat diese Vermutung dahingehend zugespitzt, dass das Recht entlang der neuen Regulierungsnetzwerke in einen rein ökonomischen Faktor der Reduktion von Ungewißheit transformiert werde. Das ehemals an die staatliche Souveränität gebundene Recht werde zur bloßen „Verfahrensweise“ herabgestuft, ein Mittel zur Senkung der Geschäftskosten, während die Politik ihre moralische und philosophische Grundlage verliere. Die Frage nach der Legitimität der Politik werde dann ebenso unpassend wie das Nachdenken über die „Rechtmäßigkeit“ oder „Unrechtmäßigkeit“ eines Computerprogramms. „Das sanfte Brummen der gesellschaftlichen Maschinerie genügt sich selbst.“⁹⁵

Diese These trifft insofern einen wichtigen Punkt, als sich über die Legitimität eines Computerprogramms tatsächlich nur schwer urteilen läßt. Das gilt aber nur dann, wenn man Recht und Politik in der Tradition des kontinentalen Verfassungsstaates zu einer Einheit zusammenzieht. Öffnet man seine Begriffe dagegen für die oben skizzierten Veränderungen der Rechts- und Ordnungsbildung, wie sie offensichtlich gerade mit der neuen Ökonomie einhergehen, so ist die Zunahme der Bedeutung von technischen Standards lediglich ein Indiz *dafür*, dass der vorfindliche Rahmen von Konventionen, den das liberale Recht voraussetzt, noch mehr als bisher seine vor-moderne Fundierung verliert. Die traditionale Fundierung von Konventionen entsprang den Erfahrungen der Menschen, dem praktischen Wissen, und vor allem ihren Gewohnheiten, Bräuchen und Traditionen, der „spontanen“ normativen Ordnung ihrer zwischenmenschlichen Beziehungen. Diese traditionellen Lebenswelten werden jetzt noch mehr durch artifizielle, technisch konstruierte Welten ersetzt, z.B.

⁹⁵ Guéhenno (Fn. 1), 58; ähnlich Willke (Fn. 54).

durch den Cyberspace, dessen Architektur durch abstraktes (mathematisches) Wissen erzeugt wird und der selbst eine Realisierung raumzeitlicher Autonomie darstellt. Dies führt dazu, dass sich die Verfahren der Konventionsbildung ändern, die jetzt ein Produkt von Unternehmen und privat-öffentlichen Verfahren werden. Deshalb wäre es ganz falsch, die Frage, ob technische Standards und Computerprogramme Recht sind, über vorab feststehende normtypische Merkmale entscheiden zu wollen. Weiterführender ist vielmehr der Hinweis von Lawrence Lessig, dass uns das Internet dazu zwingt, die traditionellen Vorstellungen von Normen zu hinterfragen.⁹⁶ Lessig verbindet mit diesem zutreffenden Hinweis jedoch eine im Ergebnis eher traditionelle Vorstellung von öffentlichem Recht. Für ihn ist Regulierung ungefähr dasselbe wie staatliche Regulierung, während es in der hier eingenommenen Perspektive gerade darauf ankäme, den Rechtsbegriff selbst für neuen Formen der strategischen Konventionsbildung zu öffnen und damit auch für die Formen der Selbstorganisation und Selbstregulierung rund um das Internet. Daraus läßt sich auch die Einstufung von Standards und Codes als Recht begründen. Gerade weil die Entwicklung der neuen Informationstechnologien so schnell voranschreitet und ein hochspezialisiertes Wissen erfordert, das nicht im Staat erzeugt und verwaltet werden kann, muss ein neues öffentliches Recht nach funktionalen Äquivalenten der Regel- und Ordnungsbildung suchen. Ein solches Äquivalent wird hier einerseits in der Anerkennung des neuen Rechtspluralismus gesehen. Andererseits müßte eine solche Erweiterung von Rechtssetzungsbefugnissen einschließen, dass die Prozessen der Selbstorganisation und Selbstregulierung, wie sie z.B. im Rahmen der Domainvergabe ablaufen (ICANN), durch öffentliche Institutionen auf die Einhaltung bestimmter Standards (z.B. Fairness) beobachtet werden. Diese Beobachtung zweiter Ordnung wäre selbst am Gesichtspunkt der Erhaltung der Variabilität und Varietät von Verknüpfungen und Verknüpfungsmöglichkeiten zu orientieren, d.h. der Erhaltung einer Pluralität von Entwicklungspfaden.

⁹⁶ Lessig (Fn. 93), 6.

Das bedeutet zugleich, dass die Produktion technischer Standards ggf. zum Gegenstand neuer kooperativer Beziehungen zwischen Staat und Wirtschaft gemacht werden müssen. Bevor wir darauf näher eingehen, soll im nächsten Abschnitt kurz der Begriff der „neuen Ökonomie“ skizziert werden.

VI. Die neue Ökonomie und die Notwendigkeit neuer Regulierungsnetzwerke jenseits der Wettbewerbsaufsicht

1. Die neue Ökonomie als akademische Disziplin

Die neue Ökonomie, die als akademische Disziplin auch unter Titeln wie „Informationsökonomie“, „Netzwerkökonomie“ oder „Internet-Ökonomie“ betrieben wird⁹⁷, richtet ihre Aufmerksamkeit vor allem auf Märkte von Produkten und Dienstleistungen mit hohen Wissens- und Informationsanteilen wie z.B. Computer, Telefonsysteme, Handys, Filme, Fernsehsendungen, Musiktitel, Webseiten, Bücher usw. Der Begriff „neue Ökonomie“ hat sicher etwas von einem Markeneffekt und mag an so schwer greifbare Vorstellungen wie „Zweite Moderne“, „New Labour“ oder „Dritter Weg“ erinnern. Aber selbst wenn man akzeptiert, dass die neue Ökonomie in den alten Netzwerkökonomien (Eisenbahn, Energieversorgung) Vorläufer hatte, so läßt sich doch nicht bestreiten, dass die neue Ökonomie gegenüber der industriellen Massenproduktion einige Besonderheiten und Abweichungen aufweist. Wenn die Begriffe „neue Ökonomie“, „Netzwerkökonomie“ und „Informationsökonomie“ hier übernommen werden, so geht es also nicht um die Erzeugung von Aufmerksamkeit im Wissenschaftssystem, sondern darum, diese Besonderheiten zu akzentuieren und darauf, dass das, was heute als „Globalisierung“ beschrieben wird, ganz maßgeblich auf Innovationen in der Informationsökonomie zurückgeht.

⁹⁷ Vgl. z.B. *Shapiro/Varian* (Fn. 89); *Kelly* (Fn. 16); *Nicholas Economides*, *The Economics of Networks*, *International Journal of Industrial Organizations* 14 (March 1996), 673 ff.; *Axel Zerdick u.a.*, *Die Internet-Ökonomie*, 1999; vgl. auch *Castells* (Fn. 39).

Zu den Besonderheiten der neuen Ökonomie gehört, dass sie wie keine andere Ökonomie zuvor durch immaterielle Produkte und nicht mehr durch fruchtbares Land, Rohstoffe, Energiequellen oder ähnliches angetrieben wird. Ihre „Basis-elemente“ sind Information und Wissen, und das macht die neue Ökonomie von spezifischen raumzeitlichen Bedingungen in hohem Maße unabhängig. Hinzu kommt, dass die Produkte (und Dienstleistungen) der neuen Ökonomie fast ausschließlich über reale und virtuelle Netzwerke produziert und distribuiert werden. Damit verändern sich zugleich die Eigenschaften der zu einem Netzwerk verbundenen Elemente. Aus der „economies of scale“ wird eine „economics of networks“⁹⁸, in der der Wert eines Informationsgutes in den Hintergrund tritt, die reale oder virtuelle Verbindung der einzelnen Elemente zu einem Netzwerk dagegen in den Vordergrund. Nach einer in der ökonomischen Literatur häufig zitierten Formel von Katz und Shapiro beziehen sich Netzwerkeffekte auf Güter, bei denen der Konsument einen um so höheren Nutzen erreicht, je mehr andere Konsumenten das gleiche Gut einsetzen.⁹⁹ Sieht man es stärker vom Netzwerk her, hängt der Wert eines Netzwerks von der Anzahl der *anderen* Nutzer ab, die *bereits* mit dem Netz verbunden sind.¹⁰⁰ Das gilt im Bereich der realen Netzwerke z.B. für das Telefonnetz: Der Wert der Netzleistung steigt mit der Zahl seiner jeweiligen Nutzer explosionsartig. Je mehr Sender/Empfänger an das jeweilige Netzwerk angeschlossen sind, um so mehr Kombinations- und Relationierungsmöglichkeiten hält es für jeden einzelnen Nutzer bereit. Im Bereich der virtuellen Netzwerke erzeugen Betriebssysteme und Anwendungsprogramme für Personalcomputer den gleichen Effekt: Je höher der Ver-

⁹⁸ *Shapiro/Varian*, (Fn. 89), 173.

⁹⁹ *Michael L. Katz/Carl Shapiro*, Network Externalities, Competition, and Compatibility, *American Economic Review* 75 (1985), 424-440, 424.

¹⁰⁰ Vgl. nur *Shapiro/Varian* (Fn. 89), 174: „the value of connecting to a network depends on the number of *other* people already connected to it“; S. 182: „the more people using the network, the more valuable it is to each one of them.“

breitungsgrad bestimmter Programme, desto größer ist der Nutzen des Programms für den einzelnen Nutzer.

Eine Folge dieses Vorrangs der Relationen vor den Elementen selbst ist, dass der Gesamtwert eines Netzes exponentiell mit der Anzahl der Nutzer wächst. „A tenfold increase in the size of the network leads to a hundredfold increase in its value.“¹⁰¹ Informationsökonomische Märkte werden mit anderen Worten durch positive Rückkopplungsschleifen determiniert und unterliegen dem Gesetz „steigender Erträge“ (increasing returns).¹⁰² Ähnliches lässt sich in dieser Form und in diesem Umfang auf traditionellen Märkten der Massengüterproduktion nicht beobachten. Zwar sind steigende Erträge in Form von Skalenerträgen (economies of scale) auch aus herkömmlichen Märkten der Massengüterproduktion bekannt, wie z.B. der Automobilindustrie („Fordismus“). Die Skalenerträge, die hier durch effizientere Produktionsmethoden und höhere Produktionszahlen gegenüber Klein- und Nischenanbietern erzielt werden, verlaufen aber linear und stoßen zumeist an organisatorische Grenzen, in denen das Management ein weiteres Wachstum des Unternehmens auch durch veränderte Unternehmenskonzepte nicht mehr bewältigen kann. Dagegen kennt die neue Ökonomie keine derartig produktionsbezogenen Grenzen. Das hängt vor allem damit zusammen, dass Informationsgüter eine untypische Produktions- und Kostenstruktur aufweisen, die aus der Eigentümlichkeit resultiert, dass sich Informationsgüter beim Konsum nicht oder so gut wie überhaupt nicht verbrauchen. Bestimmte Informationsgüter wie z.B. Softwareprodukte können sogar beliebig häufig und von beliebig vielen genutzt werden (non-rivalry) und weisen,

¹⁰¹ *Shapiro/Varian* (Fn. 89), 184; vgl. auch *Kelly* (Fn. 16), 24 („Metcalfe's Law“); und *W. Brian Arthur*, *Competing Technologies, Increasing returns, and Lock-In By Historical Events*, *The Economic Journal* 99 (1989), 116-131.

¹⁰² Vgl. *W. Brian Arthur*, *Increasing Returns and the New World of Business*, *Harvard Business Review* 74 (1996), 100-109; *Shapiro/Varian* (Fn. 89), 173-225 ff.; *Kelly* (Fn. 16), 23-38; *Jörn Kruse*, *Märkte für Rundfunkprogramme*, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.) *Offene Rundfunkordnung*, 1988, 275308, 279 insbesondere zu TV-Software.

sofern sie einmal allgemein zugänglich sind, auch die zweite typische Eigenschaft eines „öffentlichen Guts“ auf, nämlich unberechtigte Dritte von der Nutzung nicht ausschließen zu können (non-excludability).¹⁰³ Diese untypische Produktions- und Kostenstruktur variiert zwar von Markt zu Markt, aber mit der notwendigen Ungenauigkeit von Verallgemeinerungen kann man doch sagen, dass Informationsgüter durch hohe Fixkosten und geringe variable Kosten bzw. unendlich fallende Durchschnittskosten gekennzeichnet sind. Besonders hoch ist die Differenz von First-Copy-Costs und Grenzkosten wiederum auf den Softwaremärkten. Das Unikat des Netscape Navigators beispielsweise verschluckte rund 30 Millionen US-Dollar Entwicklungskosten, während die zweite Kopie nur noch einen US-Dollar gekostet hat.¹⁰⁴

Die positiven Rückkopplungsschleifen der neuen Ökonomie führen zu extrem dynamischen Märkten, die von der Tendenz zur Bildung *temporärer* Monopole bestimmt werden. An die Stelle der relativ stabilen oligopolistischen Märkte der Massengüterproduktion treten Märkte, die aufgrund von Netzwerkeffekten zu extremen Lösungen tendieren, bis hin zur wirtschaftlichen Vernichtung sämtlicher Konkurrenten. In der Netzwerkökonomie besteht eine Entwicklungsdynamik, die das Teilnetz mit dem größten Erfolg selbst extrem weiter verstärkt, mit der Folge, dass das größere Netzwerk mit seinen erweiterten Verknüpfungsmöglichkeiten eine Tendenz zur Monopolbildung erzeugt. Ein solcher Effekt tritt z.B. ein, wenn ein Softwarehersteller einmal geschriebene Programmelemente in anderen Programmelementen einsetzt und eine starke Marktstellung in einem Marktsegment, das durch Netzwerkeffekte geprägt ist, dazu nutzt, auch andere Marktsegmente zu besetzen („Crossover“), um schließlich mehr und mehr Fäden und Knoten eines Netzwerks an die eigene Unternehmenstechnologie und -kultur zu knüpfen („Leveraging“). Es ist in der Neuen Ökonomie jedenfalls eher un-

¹⁰³ Hutter (Fn. 13), 76. Das Internet selbst wird von Hutter als „constrained“ bzw. „impeded“ öffentliche Ware interpretiert.

¹⁰⁴ Für das Beispiel des Netscape Navigator vgl. Kelly (Fn. 16), 58.

wahrscheinlich, dass in einem Marktsegment mehrere große Anbieter überleben können. Wahrscheinlicher ist dagegen, dass der Markt ab einem bestimmten Punkt umkippt und noch der letzte Konkurrent verschwindet, wenn er die kritische Masse nicht mehr erreicht; dieses Phänomen wird in der einschlägigen Literatur unter Rückgriff auf die Erfahrungen der Filmindustrie als der „winner-take-all-market“-Effekt beschrieben.¹⁰⁵ Der wirtschaftliche Erfolg eines Produkts wird also ab einem bestimmten Zeitpunkt der Marktentwicklung von seiner Popularität bestimmt; und zwar gerade weil der Wert eines Produkts erst über die Möglichkeiten generiert wird, die ein reales oder virtuelles Netzwerk auch im Verhältnis zu seinen Relationierungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten mit anderen Netzwerken zur Verfügung stellt.

In dieser Hinsicht produziert und reproduziert die neue Ökonomie eine neuartige, kulturökonomische Wertquelle, die jenseits der unmittelbar der Ware selbst anhaftenden Eigenschaften angesiedelt ist. Dieses Phänomen, bei dem die schiere Masse in gewisser Weise die Knappheit als ökonomische Wertquelle zu verdrängen scheint, führt wiederum zu nur schwer reversiblen Abhängigkeiten von technologischen Entwicklungspfaden (path dependence). Der explosionsartige kollektive Wertzuwachs, den z.B. eine bestimmte Software ab einem bestimmten Grad ihrer Verbreitung erfährt, muss daher nicht unbedingt das Resultat ihrer im Verhältnis zu anderen Optionen technologischen Überlegenheit sein. Das ist unter den oligopolistischen Bedingungen in der industriellen Produktion wiederum nicht in vergleichbarer Weise der Fall: Hier führt die Konkurrenz in der Regel dazu, dass Produkte und Produktlinien kontinuierlich verbessert und dem jeweiligen Stand der Technik angepaßt werden, während die Monopolstellung oder herausragende Marktstellung in der Netzwerkökonomie durchaus Resultat eines überproportionalen Vorteils sein kann, den sich der „first mover“ aufgrund von Zufällen oder einer Verkettung von Zufällen sichern konnte. Die

¹⁰⁵ Vgl. z.B. *Shapiro/Varian* (Fn. 89), 177.

Märkte der neuen Ökonomie sind mit anderen Worten durch ein anhaltendes Ungleichgewicht gekennzeichnet, in denen zunächst unbedeutende historische Ereignisse eine Abweichungsverstärkung produzieren können, die die gesamte technologische Entwicklung beeinflusst und aus der am Ende nur ein Unternehmen als Sieger hervorgeht.¹⁰⁶ Diese sukzessive Ausweitung der Dominanz eines Unternehmens ist auch insofern höchst problematisch, als in der Informationsökonomie Produkte nicht von Standards getrennt werden können und diese wiederum nicht von darauf basierenden Technologien. Der Sieger verdrängt also nicht nur alle anderen Unternehmen, sondern in der Regel auch alle anderen Standards und Technologien. Die technologische und ökonomische Entwicklung wird dann von einer einzigen Quelle der Innovation abhängig.

2. Grenzen der Wettbewerbskontrolle

Schon diese wenigen Bemerkungen über die besonderen marktwirtschaftlichen Bedingungen der neuen Ökonomie zeigen, dass diese eine Reihe neuartiger Gefahren und Risiken der Selbstblockierung von Technologie- und Marktentwicklungen erzeugt. Diese Gefahren und Risiken lassen das insbesondere in der US-amerikanischen ökonomischen Literatur z.T. verbreitete Vertrauen in die unbegrenzte „natürliche“ Selbsterneuerungsfähigkeit des Marktes eher als problematisch erscheinen.¹⁰⁷ Zwar ist die Einschätzung künftiger Technologie- und Marktentwicklungen in der hier eingenommenen Perspektive eine unternehmerische Entscheidung, und es spricht nichts dafür, dass öffentliche Regulierer bessere Kenntnisse als die beteiligten Unternehmen über die Zukunft der Informationsökonomie sammeln könnten. Aber auf der anderen Seite muß eine juristische Betrachtung doch auch in Rechnung stellen, dass das „zerstreute Wissen“, das über den Markt erzeugt wird, unter den spezifischen Bedingungen

¹⁰⁶ Das betont insbesondere *Arthur* (Fn. 101), 116-131.; vgl. auch *W. Brian Arthur* (Hrsg.), *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*, Michigan 1994.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. *Shapiro/Varian* (Fn. 89), 297-318, 314.

hoher Komplexität und Dynamik ebenfalls nur ein begrenztes und vorläufiges Wissen sein kann. Über die distribuierte Ordnung von Entscheidungsrechten der einzelnen Unternehmen kann diese Komplexität und die mit ihr einhergehende Ungewissheit nur sehr partiell bewältigt werden. Die Generierung von Informationen durch den Markt wird insbesondere dann prekär, wenn sich jenseits bereits etablierter Technologiepfade und jenseits des Gleichgewichts funktionierender Märkte ein schneller Prozess des grundlegenden Wandels von Technologiepfaden *und* Märkten vollzieht, ein Prozess, in dem es um eine Veränderung der Entwicklungsmöglichkeiten bzw. der „Optionenräume“ selbst geht, d.h. der Parameter, die die noch zu konstituierenden Märkte erst strukturieren.

Diese Überlegung läßt die These zu, dass die produktive Selbstentfaltung der dynamischen Märkte der neuen Ökonomie keineswegs unterstellt werden kann. Es bedarf vielmehr der abstützenden öffentlichen Beobachtung und ggf. nationalen oder transnationalen Regulierung dieser Entwicklung. Spätestens an dieser Stelle trifft man jedoch auf das Problem, dass die meisten nationalen Rechtsordnungen seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts zwar Beobachtungs- und Regulierungsbehörden für reale Netzwerke entwickelt haben (Eisenbahn, Energieversorgung, Telefon und Post), virtuelle Netzwerke jedoch nur sehr punktuell oder gar nicht reguliert werden. Diese Leerstelle wird momentan durch das Wettbewerbsrecht ausgefüllt. Die Wettbewerbskontrolle durch Kartellrecht reagiert jedoch lediglich – von Ausnahmen abgesehen – situativ und ex post auf bestimmte Marktkonstellationen und fragt ausschließlich oder doch in erster Linie nach der Effizienz und Funktionsfähigkeit von Märkten.¹⁰⁸ Es fragt situativ nach den Konsequenzen eines schon gegebenen Monopols für den Wettbewerb und legt dabei ein allgemeines Verständnis zu Grunde, das von den jeweiligen Waren und Leistungen abstrahiert; also z.B. auch die besondere Kostenstruktur von Informationsgütern unberücksichtigt läßt.

¹⁰⁸ Vgl. nur *Ulrich M. Gassner*, Grundzüge des Kartellrechts, 1999, 4 f., 8 ff.

Hinzu kommt, dass das Wettbewerbsrecht die Zulässigkeit von Monopolen primär im Hinblick auf die Konsequenzen nationaler Märkte beobachtet und in einer Fülle von Varianten und unterschiedlichen Argumentationsmustern zu einer „volkswirtschaftlichen“ Rechtfertigung von Monopolstellungen neigt.

Entscheidend für die Grenze des Kartellrechts ist allerdings, dass Vorstellungen von einem funktionierenden Markt in der neuen Ökonomie nur noch sehr begrenzt als Ausgangspunkt einer rechtlichen Beurteilung fungieren können. Einmal unterliegen informationsökonomische Märkte einer völlig anderen Zeitökonomie als die traditionell oligopolistischen Märkte der Massengüterproduktion; die Feststellung einer Monopolstellung ist dementsprechend problematisch. Und zum anderen modifiziert der ständige Wandel der Informationstechnologien dauernd den Raum der Möglichkeiten, den „Optionenraum“, innerhalb dessen neue Märkte entstehen und verschwinden. Die neue Ökonomie ist – jedenfalls zur Zeit – eher durch Zyklen technologischer Innovationen, vorübergehender Stabilisierung von Technologiepfaden und Märkten sowie anschließender Auflösung und Rekombination von Technologiepfaden und Märkten gekennzeichnet. Ein solches Geschehen läßt sich nur in einem Ungleichgewichtsmodell abbilden.¹⁰⁹ Es liegt jedenfalls jenseits herkömmlicher stabiler Marktmodelle und kann daher schwerlich auf der Grundlage eines Wettbewerbsrechts bewältigt werden, das auf einem solchen Gleichgewichtsmodell aufbaut. Das gilt auch in institutioneller Hinsicht. Eine Wettbewerbsaufsicht, die von Fall zu Fall entscheidet, wird durch diese Dynamik sehr schnell an Grenzen geführt, entweder weil sich ein Bezugsrahmen für die Normalität eines Marktes nicht oder nur sehr schwer bestimmen läßt. Sie dürfte ferner durch Wissensprobleme überfordert werden, wenn sie nicht ihrerseits eine spezialisierte Kompetenz zur längerfristigen systematischen Beobachtung der Entwicklung der neuen Ökonomie ausbildet. Dann muß sie aber ähnlich wie ein spezialisierter

¹⁰⁹ Kelly (Fn. 16), 38.

öffentlicher Regulierer agieren, was zugleich eine Abkehr vom bisherigen Konzept der nachträglichen situativen Wettbewerbsaufsicht wäre.¹¹⁰

3. Microsoft als Beispiel

Die Grenzen der herkömmlichen Wettbewerbsaufsicht lassen sich an den Praktiken von Microsoft belegen. Im Microsoft-Fall gilt es vor allem die Frage zu entscheiden, ob es wettbewerbsrechtlich zulässig sein kann, dass Microsoft das Windows-Betriebssystem mit dem eigenen Browser (Explorer) verknüpft und diese Verknüpfung gegenüber konkurrierenden Unternehmen (Netscape) schützt. Dabei geht es nur vordergründig um das Verhalten auf *einem* Markt. Hinter dem Konflikt steht vielmehr die Konkurrenz zweier ganz unterschiedlicher technologischer Entwicklungspfade: Microsoft verfolgt eine Strategie der vertikalen Integration, um Kunden an sich zu binden. Dies wirft zunächst die Frage auf, ob es sich nicht ohnehin um *ein* einzelnes Produkt handelt bzw. bei welcher Art der Verknüpfung von Betriebssystem und Browser eine Kombination mehrerer Produkte vorliegt. Dies ist aus Sicht des Kartellrechts auch insofern nicht einfach zu beantworten, als die Integration des Browsers in die Plattform ökonomisch durchaus effizient ist und keineswegs ausschließt, dass andere Wettbewerber ihre eigenen Anwenderprogramme für die Windows-Plattform schreiben. Die Folge ist allerdings, dass Microsoft dabei eine privilegierte Stellung u.a. deshalb hat, weil das Unternehmen immer selbst zuerst von den Veränderungen des Betriebssystems erfährt und seine Programme darauf einstellen kann. Demgegenüber verfolgt Netscape als Konkurrent eine Strategie der Durchsetzung eines offenen Standards (mit der JAVA-Sprache): Das Programm basiert auf einem Schichtenmodell von Protokollen und Programmen, innerhalb dessen ein Betriebssystem wie Windows an Bedeutung verlieren

¹¹⁰ Im Einzelnen *Karl-Heinz Ladeur*, Innovation der Telekommunikation durch Regulierung, in: Hoffmann-Riem (Fn. 3), 57-76.

würde.¹¹¹ Ein weiteres Problem ist die Beschleunigung der Zeit: Die Märkte der neuen Ökonomie können sich so schnell verändern, dass es nicht nachvollziehbar erscheint, ein Kartellverfahren mit weitreichenden Folgen auf eine Momentaufnahme zu gründen, wenn ein Monopolist schon im nächsten Moment seine marktbeherrschende Stellung durch den Erfolg einer neuen Technologieoption eingebüßt haben könnte.¹¹²

Der Microsoft-Konflikt zeigt, dass das Wettbewerbsrecht kaum geeignet erscheint, über die Produktivität technologischer Pfadabhängigkeiten zu entscheiden. In extrem dynamischen Märkten könne solche Pfadabhängigkeiten mit den Instrumenten des Kartellrechts jedenfalls erst sehr spät beobachtet werden und auch dann nur, wenn das Wettbewerbsrecht um eine Reihe von Zusatzannahmen angereichert wird, die dann unter der Hand als „Wettbewerbsverstöße“ ausgegeben werden müssen. Netzwerkeffekte können aber die Anreize zu Innovationen verhindern. Es kann sogar dazu kommen, dass sich aufgrund einer Verkettung von Zufällen inferiore Technologien durchsetzen, nicht die beste aller Alternativen zum Standard und die Offenheit technologischer Anschluss- und Kombinationsmöglichkeiten verspielt wird. Dafür gab es schon in der Vergangenheit eine Reihe von Beispielen, auf die in der einschlägigen ökonomischen Literatur vielfach hingewiesen worden ist.¹¹³ Auch heute gibt es nicht wenige, die die Betriebs- und Anwendungsprogramme von Microsoft für eine z.B. im Verhältnis zu Linux inferiore Technologie halten.¹¹⁴ Diese Auffassung mag man akzeptieren oder nicht, aber die Gefahr, dass über den „winner-take-all-market“ Effekt unproduktive technologische Pfadabhängigkeiten verfestigt werden, wird sich kaum leugnen lassen. Auch der Microsoft-Fall soll hier nicht

¹¹¹ *Shapiro/Varian* (Fn. 89), 148.

¹¹² Ausführlich *Shapiro/Varian*, ebd., 309 f., 323 f.

¹¹³ Beispiele bei *Arthur* (Fn. 99), 116-131, 126; *ders.* (Hrsg.) (Fn. 106); *Shapiro/Varian* (Fn. 89), 206-223.

¹¹⁴ *Lawrence Lessig*, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York 1999, 105.

als Blankettvollmacht für Regulierung herangezogen werden, zumal es in der Vergangenheit durchaus üblich war, dass öffentliche Regulierer selbst die Durchsetzung unproduktiver Entwicklungspfade vorangetrieben haben, um „heimischen“ Unternehmen Wettbewerbsvorteile in den globalen informationsökonomischen Märkten zu verschaffen¹¹⁵; als Beispiel mag das von der EG-Kommission geförderte (analoge) HDTV genügen. Aber unter dem Strich bleibt doch, dass die Erhaltung der Selbsterneuerungsfähigkeit dynamischer Märkte weder durch ein unbegrenztes Vertrauen in den Markt noch durch ein übermäßiges Vertrauen in die Wissensverarbeitung öffentlicher Regulierungsinstanzen gewährleistet werden kann.

VII. Aufgaben des öffentlichen Rechts in der neuen Ökonomie

1. Grundsätze

Der zweite und vierte Abschnitt dieser Untersuchung haben gezeigt, dass die Funktion eines liberalen öffentlichen Rechts nicht auf den Aufbau einer stabilen Grenze zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten reduziert werden darf. Das öffentliche Recht hat nicht nur die Aufgabe, die Berechenbarkeit staatlichen Handelns im allgemeinen und der Rechtspflege im besonderen zu gewährleisten. Es dient vor allem der Ermöglichung und Förderung der *produktiven* Koordination und Kooperation von verteilten Entscheidungsrechten in einer azentrischen Gesellschaft.¹¹⁶ Die ständige Suche nach dem Neuen führt unter den Bedingungen der zukunftsorientierten modernen („kapitalistischen“) Gesellschaft zu einer Zunahme der Gewichts von Prozessen der Selbstorganisation, und darin ist vor allem ein Bedeutungszuwachs von (staatsfernen) Formen der Regel- und Ordnungsbildung (Konventionen, Standards etc.) angelegt. Zugleich produziert

¹¹⁵ Einzelheiten bei *Paul Krugmann*, *Increasing Returns and the Theory of international Trade*, in: Truman F. Bewley (ed.), *Advances in Economic Theory*, Cambridge 1987, 301-329.

¹¹⁶ Zu Einzelheiten vgl. *Ladueur* (Fn. 26), 67-80.

die neue Ökonomie neuartige Probleme der Pfadabhängigkeit von Markt- und Technologieentwicklungen, die sich ggf. zur Blockierung ganzer Technologiepfade verdichten können. Die Unbestimmtheit der Zukunft eröffnet der neuen Ökonomie also zweifellos neue Chancen, sie schließt neue Gefahren und Risiken aber ebensowenig aus.

Diese Ambivalenz darf in der liberalen Gesellschaft nicht einseitig zu Lasten der Offenheit der Zukunft abgespannt werden. Die Aufgabe eines neuen öffentlichen Rechts könnte vielmehr darin gesehen werden, die Ungewißheit der Zukunft in praxisgerechten Rechtsformen haltbar zu machen. Zugespitzt und vereinfacht kann man formulieren, dass sich eine liberale Gesellschaft nicht darauf einlassen kann, die Zukunft mit allgemeiner Verbindlichkeit von einem Zentrum aus zu planen oder zu „steuern“; sie kann aber auch nicht auf bloße Evolution vertrauen. Das öffentliche Recht müsste vielmehr darauf angelegt werden, die verschiedenen, aber ihrerseits jeweils begrenzten Rationalitäten der autonomen Systeme der modernen Gesellschaft in neuen, auf Kooperation angelegten Regulierungsnetzwerken möglichst produktiv miteinander zu verknüpfen. Es wäre insbesondere notwendig, einen fruchtbaren „Widerstreit“ von Öffentlichem und Privatem auch in neuen institutionellen Formen zu ermöglichen. In diesem auf Dauer gestellten „Widerstreit“ hätte sich das öffentliche Recht stärker als bislang auf die „perversen“ Effekte einzustellen, die es durch „Intervention“ in selbstregulative privatautonom geknüpfte Netzwerke erzeugt, aber im Gegenzug hätte sich auch das Privatrecht als Moment eines komplexen kollektiven Relationierungsnetzwerks zu begreifen (und nicht als autonome Insel an sich gegebener privater Entscheidungsrechte). Es käme jedenfalls darauf an, stärker provisorische Lösungen und Experimente zu akzeptieren, „die pragmatische Verständigung über eine im Prozeß ihres Ausprobierens und Lernens abhängige, beste Praxis“.¹¹⁷

¹¹⁷ *Ladueur* (Fn. 26), 6.

Das muß auch und gerade für die Ordnungsfunktion des öffentlichen Rechts in der neuen Netzwerkökonomie gelten. Auch hier spricht so wenig für ein unbegrenztes Vertrauen in den Staat wie für ein unbegrenztes Vertrauen in die naturwüchsige Selbsterneuerungsfähigkeit der Märkte und Technologien. Vielmehr wird es in Zukunft darum gehen müssen, ein intelligentes Zusammenwirken von Markt, Wettbewerb, autonomer Regelbildung, Selbstregulierung und öffentlicher Regulierung zu ermöglichen und in funktionalen Regulierungsnetzwerken zusammenzuziehen. Ebenso wie das Recht in der Vergangenheit mit unterschiedlichen rechtlichen Instrumenten wie z.B. mit Eigentumsrechten, Patentrechten, Urheberrechten, Gesellschaftsrecht und Kartellrecht in der Automobilindustrie versucht hat, Voraussetzungen für Formen der marktwirtschaftlichen Selbstorganisationen bereitzustellen, muss das öffentliche Recht künftig einen produktiven Beitrag zur Entwicklung der neuen Ökonomie mit gegebenenfalls neuen Rechtsformen und neuen Inhalten leisten. Die moderne Gesellschaft ist zur Sicherstellung ihrer eigenen Innovationsfähigkeit zwangsläufig auf die Erhaltung überschießender Möglichkeiten des Wissens angewiesen. Und so wie sich die Koordination von Öffentlichem und Privaten „an der Erhaltung der gesellschaftlichen Ideenpopulationen“ zu orientieren hätte¹¹⁸, so läge die wichtigste Aufgabe eines neuen öffentlichen Rechts (jenseits des Staates) in der Erhaltung eines solchen Wissensüberschusses, d.h. in der Erhaltung der Verschiedenartigkeit und Veränderlichkeit der Verknüpfungen und Verknüpfungsmöglichkeiten der realen und virtuellen Netzwerke der neuen Ökonomie. Der inhaltliche Fluchtpunkt, die „Meta-Regel“ für ein öffentliches Recht der dynamischen Märkte der Informationsökonomie wäre mit anderen Worten die Sicherstellung der Variabilität der Netzwerke, die Gewährleistung ihrer Offenheit, Produktivität und Weiterentwicklungsfähigkeit.¹¹⁹

¹¹⁸ *Ladueur*, ebd.

¹¹⁹ Vgl. allgemein *Ladueur* (Fn. 15), 176-213, 207.

2. Ausdifferenzierung und Konkretisierung des Konzepts

Diese zugegebenermaßen abstrakte Beschreibung hat einmal eine technologische Komponente. Mit Blick auf die Tendenz zur technologischen Konvergenz von Telekommunikation, Computerindustrie und Mediensektor (eine Entwicklung, die uns auch am Beispiel der S-PCS-Systeme begegnet ist)¹²⁰, könnte und sollte die spezifische Aufgabe des öffentlichen Rechts darin bestehen, die Variabilität der Verknüpfungen und Verknüpfungsmöglichkeiten zwischen unterschiedlichen Technologien (Satellit, Festnetz, Terrestrik etc.) zu erhalten und sogar zu steigern. So könnte das öffentliche Recht dazu beitragen, die Entwicklungsoffenheit und Erneuerungsfähigkeit, insbesondere die Zufuhr neuen Wissens, in der sich (vertikal und horizontal) vernetzenden Informationsökonomie zu schützen. Dies könnte in einzelnen Bereichen ggf. mit der positiven Pflicht verbunden werden, die Offenheit und Flexibilität einzelner Technologiepfade zu steigern, d.h. es könnte im Interesse des Schutzes der produktiven Funktionen des Wettbewerbs daran gedacht werden, auch die Suche nach den besten Technologien als solche zum Gegenstand einer öffentlich-rechtlichen Gewährleistung zu machen.¹²¹ Dazu muss insbesondere die Offenheit, Kompatibilität, Anschluß- und Weiterentwicklungsfähigkeit von zentralen Schnittstellen und Knoten (z.B. Portale, Navigationssysteme, digitales Bitratenmanagement etc.) genauer als bisher durch öffentliches Recht beobachtet und ggf. gefördert werden. So besteht z.B. eine der zentralen technologiestrategischen Fragestellungen bei der Einführung des digitalen Fernsehens in Deutschland darin, ob man mit der sogenannten Set-Top-Box eine zumindest optionale Computer- und Internetkompatibilität erreichen will - oder ob die Orientierung an der technologischen Optimierung der Auswahl von Fernsehprogrammen (sowie einiger Zusatzan-

¹²⁰ Zur Technologiekonvergenz vgl. z.B. *Ono/Aoki*, *Convergence and New Regulatory Frameworks*, *Telecommunications Policy* 1998, 817 ff.

¹²¹ *Ladueur* (Fn. 108), 57-76.

gebote) vorzuziehen ist. Die Kirch-Gruppe, die in Deutschland in diesem Markt führend ist, hat lange Zeit die zweite Alternative, also die Fernsehtechnologie, favorisiert. Dagegen spricht in der hier eingenommenen Perspektive alles für die erste Alternative. Die Multimedia-Lösung hält mehr Optionen offen und ist insgesamt stärker auf Innovationsfähigkeit eingestellt. Sie ist die Alternative, die auf eine langfristig nicht auszuschließende *technologische* Konvergenz von Computer und Fernsehen mit Lern- und Weiterentwicklungsfähigkeit antwortet und deshalb vorzugswürdig ist.¹²²

Faßt man diese technologische Komponente etwas enger und bezieht sie auf das Internet und die virtuellen Netzwerke der Computerindustrie (Betriebsprogramme, Anwenderprogramme, Schnittstellen) könnte und sollte die zentrale Aufgabe eines neuen öffentlichen Rechts darin bestehen, die Offenheit von Protokollen und Programmen zu schützen und den Alternativenreichtum innerhalb der Entwicklungsmöglichkeiten des Internets und der Computerprogramme zu steigern. Auch im Konflikt um Microsoft geht es ja nicht so sehr um die üblichen Schäden und Gefahren, die Monopole in der Vergangenheit produziert haben, wie z.B. hohe Preise, schlechter Service, keine Abstimmung mit Kundenpräferenzen usw. Das Kernproblem des Microsoft-Konflikts besteht m. E. darin, dass hier ein großer Teil der Technologieentwicklung von nur einer Quelle der Innovation abhängig gemacht wird; und das spricht gegen Microsoft. Umgekehrt erscheint das Vorgehen der FCC in dem eingangs geschilderten Beispiel der S-PCS-Systeme gerade deshalb als rechtlich vernünftig, weil hier im Bereich der Übertragungstechnologien ein weiterer relativ eigenständiger Technologiepfad ermöglicht werden soll, der zur Steigerung von Verknüpfungen und Verknüpfungsmöglichkeiten beiträgt.

¹²² Für Einzelheiten vgl. Thomas *Vesting*, Fortbestand des dualen Systems?, Kommunikation und Recht, 2000, 161-170, 164 f.

Die Erhaltung der Verschiedenartigkeit und Veränderlichkeit von Verknüpfungen und Verknüpfungsmöglichkeiten kann und darf allerdings nicht auf technologische Aspekte beschränkt werden. Einmal können technologische, ökonomische und kulturökonomische Sachverhalte in der neuen Ökonomie ohnehin nicht scharf voneinander getrennt werden. Zum anderen lassen sich die durch Netzwerkeffekte erzeugten Gefahren eines Variabilität reduzierenden Einrastens in starren Entwicklungspfaden auch auf der Ebene der Medieninhalte beobachten. Das zeigt etwa der Hollywood-Film.¹²³ Im großen Hollywood-Film führt die Möglichkeit, gesteigerte Erträge zu realisieren, zur Produktion von Blockbustern. Dabei wird das Investitionsrisiko (das letztlich nicht ganz auszuschalten ist) über eine flexible Kombination von unterschiedlichen Strategien gebunden wie z.B. Eingrenzung von Genremustern, Eingrenzung der Möglichkeiten der Kombination solcher Muster, Plotorientierung, breites Opening und Aufbau von Informationskaskaden, Einsatz von Superstars etc.¹²⁴ Dadurch kann eine unaufhörliche Aufmerksamkeitskompression unter den Bedingungen einer Überfülle von Informationen quer durch alle Medien erzeugt werden¹²⁵, die das „Hollywood-System“ im Ergebnis auf unablässige Hitproduktion und die Vernichtung der nationalen und internationalen Konkurrenz programmiert („the-winner-takes-it-all“). Gerade der globale Erfolg Hollywoods, der sich auch darin niederschlägt, dass die europäische Filmindustrie das erfolgreiche Muster mehr und mehr kopiert, läuft letztlich darauf hinaus, den Pool von Stoffen, Formen und Experimenten zu reduzieren, d.h. die Zufuhr des Neuen erheblich zu erschweren und teilweise sogar unmöglich zu machen. Das Hollywood-System verbraucht

¹²³ Ein weiteres Beispiel wäre Fernsehen. Vgl. z.B. *Cass R. Sunstein*, Television and the Public Interest, *California Law Review* 88 (March 2000), 499-564, 515.

¹²⁴ Für Einzelheiten vgl. z.B. *David Prindle*, Risky Business: The Political Economy of Hollywood, 1993, 18-34 (on risk reduction and hit producing); *Arthur de Vany W. David Walls*, Bose-Einstein Dynamics and Adaptive Contracting in the Motion Picture Industry, *The Economic Journal* 1996, 1493-1514 (on informational cascades); *Sherwin Rosen*, The Economics of Superstars, *The American Economic Review* 71 (1981), 845-858. Vgl. auch den Beitrag von *Lawrence Friedman* in diesem Buch.

¹²⁵ Vgl. allgemein *Georg Franck*, *Ökonomie der Aufmerksamkeit*, 1998.

damit seine eigenen kulturellen Rohstoffe. Es gefährdet die Vorräte an vorübergehend ausgeschalteten Possibilitäten („Ideen“), die für die Erhaltung seiner eigenen Weiterentwicklungsmöglichkeiten unabdingbar sind; indem z.B. jene außerhalb Amerikas existierenden Milieu- und Talentreservoirs ausgetrocknet werden, die die US-amerikanische Filmwirtschaft bislang am Leben erhalten haben, ja die in der Vergangenheit Ursachen der ungeheuren Produktivität Hollywoods waren. Auch im Fall des Hollywood-Films muß man gerade dann, wenn man die Entwicklung des Blockbuster-Kinos grundsätzlich akzeptiert, darüber nachdenken, wie die Offenheit und Entwicklungsfähigkeit der Filmindustrie künftig geschützt werden kann, zumal wir erst am Anfang einer Entwicklung stehen, die sich durch die abzeichnende Integration von Film- und Fernseh- und Computerindustrie noch weiter verstärken wird.¹²⁶

3. Institutionelle Aspekte

Bei einer institutionellen Umsetzung dieser Überlegungen müßte der Akzent auf die Bewältigung der neuartigen Wissens- und Orientierungsprobleme öffentlicher Institutionen gelegt werden. Dazu muß die Ordnungsleistung des öffentlichen Rechts zunächst stärker aus der Perspektive eines Beobachters zweiter Ordnung konstruiert werden.¹²⁷ Damit ist die Perspektive eines Beobachters gemeint, der die Wissensverarbeitung anderer Organisationen beobachtet und sich dieses Wissen anderer (privater und öffentlicher) Organisationen für die eigene Strategiebildung und Entscheidungsfindung zunutze macht. Innerhalb dieser nachbarschaftlich angelegten privat-öffentlichen Netzwerke müßten vor allem

¹²⁶ See *Neil Weinstock Netanel*, *Cyberspace Self-Governance: A skeptical View from Liberal Democratic Theory*, *California Law Review* Vol. 88 (2000), pp. 395 – 498, 442.

¹²⁷ Zum Begriff der Kybernetik (und Beobachtung) zweiter Ordnung vgl. allgemein *Heinz von Foerster*, *Observing Systems*, Seaside CA 1981. Die Konsequenzen dieses Begriffs für die Politik werden z.B. dargestellt von *Niklas Luhmann*, *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, 287-298.

Verfahren zur Erstellung von Regeln entworfen werden, Regeln, mit deren Hilfe die Produktion von Entscheidungen in öffentlichen Organisationen an das Wissen der zu regulierenden Industrie laufend rückgekoppelt werden können. Es käme vor allem darauf an, offene lernfähige Formen und Netzwerke zu entwickeln, die sehr viel mehr als die traditionelle öffentliche Verwaltung auf die Erzeugung von Wissen durch Kooperation sowie auf das Experimentieren mit Hypothesen eingestellt sind. Wenn man die Implementation öffentlicher Aufgaben von vornherein als abhängig von der Dynamik der Technologie- und Marktentwicklung begreift, muss das nicht unbedingt auf eine „Anmaßung von Wissen“ (im Sinne von v. Hayek) hinauslaufen. Gerade wenn man nach Lösungen sucht, die auf eine Kooperation und Abstimmung mit Privaten angelegt sind, ergeben sich neue Möglichkeiten und Chancen, öffentliche Aufgaben jenseits der klassischen Ziele der Kompensation von „Marktversagen“ zu realisieren. Die Rechtswissenschaft hätte also gerade neue komplexitätsadäquate Formen der Selbstbeschreibung der Informations- und Netzwerkökonomie zu entwerfen, Formen, in denen die dynamische Entwicklung komplexer Systeme und die daraus resultierenden Selbstorganisationsprobleme durch einen beständigen Wissens- und Erfahrungsaustausch zwischen öffentlichen und privaten Organisationen beobachtet, stabilisiert und gefördert werden könnten („Verantwortungsteilung“).

VIII. Zur globalen Verknüpfung „hybrider“ Regulierungsnetzwerke

Der hier nur knapp skizzierte Übergang vom Nationalstaat zu transnationalen Regulierungsnetzwerken, die von vornherein auf privat-öffentliche Kooperation angelegt sind, ist auch ein Versuch sich aus dem gängigen Entweder/Oder der derzeitigen Globalisierungsdiskussion zu lösen: Die hier verfolgte Perspektive richtet sich einmal gegen solche Beschreibungen, die „Globalisierung“ als Epiphänomen abtun, allenfalls eine Internationalisierung der Wirtschaft einräumen

und die Zukunft weiterhin auf dem Rücken nationalstaatlicher Institutionen bewältigen wollen.¹²⁸ Zum anderen richtet sich die „postmoderne“ Idee überlappender funktionaler Regulierungsnetzwerke gegen solche Auffassungen, die die Verdichtung der weltgesellschaftlichen Kommunikation als ausschließlich wirtschaftliche Globalisierung beschreiben, um sodann eine Globalisierung des Politik, der Demokratie, des Rechtsstaates etc. einfordern. Während die zuerst genannte Variante Lösungen innerhalb des herkömmlichen Modell des „Rechtsstaates“ sucht¹²⁹, befürwortet die andere eine Höherlegung des administrativen Steuerungsniveaus, einen „steuernden Superstaat“ oder doch zumindest den massiven Ausbau internationaler Organisationen („transgouvernementalism“).¹³⁰ Dagegen kommt es in der hier entwickelten Perspektive eher darauf an, sich zunächst einmal stärker auf die sich ausbildenden Prozesse der Selbstproduktion transnationalen Rechts einzulassen und diese Entwicklung durch neue kooperative „hybride“ Regulierungsnetzwerke zu begleiten.

Die Entwicklung der neuen Netzwerkökonomie zeigt also auch, dass das öffentliche Recht künftig Anschlüsse an die Prozesse der Selbstorganisation suchen muss, die sich entlang der technologischen Entwicklungspfade der modernen Gesellschaft ausbilden. Ein neues öffentliches Recht (jenseits des Staates) hätte den sich abzeichnenden Trend der Auflösung der staatlichen Souveränität in funktionsorientierte Strukturen ebenso zu akzeptieren wie die damit einhergehende stärkere Dezentralisation der Rechtsproduktion. Die alte Vorstellung, dass jede normative Ordnung eine Raumordnung ist, muß durch die Vorstellung eines Rechtspluralismus für überlappende Regulierungsnetzwerke („global governance networks“) abgelöst werden. Es muss also einerseits darum

¹²⁸ Vgl. z.B. *Hirst/Thompson* (Fn. 6).

¹²⁹ Ebd.

¹³⁰ Vgl. z.B. *Michael Reisman*, *Designing and Managing the Future of the State*, EJIL 8 (1997), 409-420; irgendwie dazwischen die Ansicht von *David Held*, *Democracy and the Global Order*, Stanford 1995, 226-238, 279, der sich für eine „weltoffene Demokratie“ mit neuen Steuerungsstrukturen ausspricht.

gehen, in den fortgeschrittenen wirtschaftlichen Regionen der Welt die vorhandenen Regulierungsagenturen zu verbessern, andererseits ihre Leistungsfähigkeit durch eine bessere transnationale Koordination zu steigern. Koordination heißt aber nicht Integration. Der Akzent muß gerade umgekehrt darauf gelegt werden, die Arbeitseffizienz regionaler Regulierer durch die Konstruktion überlappender Zuständigkeiten zu verbessern. Es ist also sowohl auf nationaler wie auf europäischer wie auf transnationaler Ebene sinnvoll, destabilisierende Unschärfen zu akzeptieren und solche Unschärfen auch bewußt in Regulierungen und Institutionen einzubauen. Dadurch könnte ein weltweiter Wettbewerb zwischen öffentlichen Institutionen um die beste Praxis angeregt werden¹³¹ – z.B. zwischen der Regulierungsbehörde für Telekommunikation in Deutschland, der EG-Kommission, der FCC und der WTO. Sofern aber eine dieser Regulierungsbehörden einen Prozeß einleitet oder begleitet, der transnationale Effekte hat, müssen diese Entscheidungen mit wechselseitigen Abstimmungs- und Koordinationspflichten verknüpft werden. Wenn man den Bogen von hier aus nochmals zu unserem Eingangsbeispiel zurückschlägt, dann ist das Vorgehen der FCC im Fall der S-PCS-Systeme durchaus zu akzeptieren. Es ist aber zu fordern, dass die FCC ihre Entscheidungspraxis künftig weltweit transparent macht, andere Regionen über zukünftige Pläne informiert und die eigene Praxis mit den Planungen anderer Regionen besser abstimmt.

¹³¹ Eine Kurzfassung dieses Begriffs gibt *Lüder Gerken*, *Competition among Institutions*, London 1995, 1-31.