

Peer Zumbansen

**Die engen Wände der Internetwelt
- Autonomie und Kontrolle jenseits staatlicher
Steuerung und gesellschaftlicher
Eigenorganisation -**

A. Einleitung	2
B. Das Internet als (Selbst-)Regulierungsproblem	8
I. Verfassungsvorgaben	13
II. Wettbewerb der Rechts-Ordnungen in fragmentierten Wissensräumen	15
III. Öffentliches Recht - Privatrecht?	17
IV. Enge Wände im Internet: Hausrechtsprobleme	18
1. Hausrecht und venire contra factum proprium	19
2. Heterogene Kriterienauswahl	20
3. Chatrooms und andere öffentliche Räume	21
V. Willkürverbot und gesellschaftlicher Konstitutionalismus	26
C. Innovation	29
I. Von hierarchischer Steuerung zur Kooperation mit Netzwerken	32
II. Jenseits von gesellschaftlicher Selbstorganisation und staatlicher Steuerung	34

A. Einleitung

„It may well be that the legislators of these days do not even have a glimpse of the true social impact of global networks.”¹

Das Internet stellt seit einigen Jahren für viele das lang ersehnte Reich der Freiheit dar. Es scheint – endlich – ein Raum der Tätigkeit, des Handeltreibens, Kunstschaffens und Kommunizierens gefunden, dessen Architektur und Funktionsweise bekannten Regeln so diametral entgegengustehen scheint, dass mit einiger Euphorie das alte Steuerungs- und Regulierungsvokabular der *off-line*-Welt zur Seite gelegt wird. Stattdessen überbieten sich die Interpretationsvorschläge für eine Einordnung und adäquate Beschreibung des Internet. Während das Internet sicherlich dazu herausfordert, die bekannten Kategorien – Individuum, Gemeinschaft, Verband, Verein, Partei, Staat, Souveränität² – zu hinterfragen, um die sich ständig neu formierenden Netzwerke und Synergien³ zu erfassen, kann nicht übersehen werden, dass wir zur Identifikation von Rechten und Pflichten der handelnden Akteure auf die Prinzipien und Regeln angewiesen bleiben, die lange vor der sogenannten

¹ Engel, The Role of Law in the Governance of the Internet, in: Preprints of the Max Planck Project Group Law of Common Goods 2002/13, Bonn available at: http://www.mpp-rdg.mpg.de/pdf_dat/2002_13.pdf, 11.

² Siehe zu den sich auflösenden Bindungskräften 'geschlossener' Semantiken, vor allem ‚Souveränität‘ und ‚Staat‘, *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998; vgl. auch *Hillgruber*, Souveränität - Verteidigung eines Rechtsbegriffs, Juristenzeitung [JZ] 2002, 1072-1080; zur Herausforderung für die Dogmatik siehe etwa den erfrischenden Text von *Möllers*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, Verw. Arch. 1999, 187-207; vgl. jetzt *Vesting*, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungswissenschaft - "Verkehrsregeln" und "Verkehrsströme", in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), Methode des Verwaltungsrechts, 2003, *im Erscheinen*.

³ Grundlegend *Powell*, Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization, Research in Organizational Behavior 1990, 295-336; zum Zusammenhang zwischen Netzwerken und Rechtskulturen (*legal cultures*), siehe *Ogus*, The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization, Oxford Journal of Legal Studies 2002, 419-434, 422 ff.; für eine Analyse von Netzwerkstrukturen und die veränderte Rolle des Staates bei der Begleitung selbstregulativer Prozesse siehe *Ladeur*, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer "Logik der Netzwerke", Die Verwaltung, Beiheft 4 2001, 59-77, 62 ff., 72 ff.

Netzwerkgesellschaft entstanden sind.⁴ Regeln des Kauf- und Mietrechts, des Kartellrechts, des Verfassungsrechts (etwa auf freie Meinungsäußerung⁵ oder auf Zugang zu bestimmten ‚virtuellen‘ Einrichtungen⁶) oder Verwaltungsrechts sowie herkömmliche Zuordnungen rechtlich relevanter Handlungen zur Sphäre des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts offenbaren die Verhaftung in überlieferter und bewahrter Rechtssystematik und –semantik.

Die Suche nach Regulierungsmodellen für die Internet-Welt, die paradox genug ebenso wie die alte Welt gleichzeitig von Verrechtlichung und Steuerungsversagen geprägt ist,⁷ gestaltet sich in der alten Welt als äußerst schwierig, weil die sprichwörtliche Grenzenlosigkeit des durch das Internet verteilten Wissens und die radikal erweiterten Möglichkeiten der Zusammenführung von Interessen und Aktivitäten die bereits in der *off-line*-Welt zu beobachtenden Fragmentierungen von öffentlichen Räumen⁸ noch steigert. Deswegen spricht viel für die These, dass sich Steuerung auf die Logik der sich herausbildenden gesellschaftliche Eigenorganisationsmodelle einzulassen hat.⁹ Entsprechend wird kein adäquates Konzept von Regulierung bzw. Steuerung für das Internet gefunden werden, wenn nicht zuvor – und das

⁴ Vgl. etwa *Lehmkuhl*, The Resolution of Domain Names vs. Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2002, 61-78, der die oft im Zusammenhang mit dem Internet vertretene These der „Anarchie im Cyberspace“ mit zahlreichen Verweisen auf Regulierung und Steuerung zurückweist.

⁵ Siehe *Frydman/Rorive*, Regulating Internet Content through Intermediaries, I-bid.41-59 m.w.N.

⁶ *Ladeur*, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet. Absicherung von Kommunikationsfreiheit durch "netzwerkgerichtetes" Privatrecht, *MultiMedia und Recht [MMR]* 2001, 787-792.

⁷ Siehe nur *Lessig*, Code and other Laws of Cyberspace, 1999; Andrew Shapiro, *The Control Revolution*, 1999; ders./Varian, *Information Rules*, 1999.

⁸ Sehr erhellend *Vesting*, Die Sprengkraft des Heterogenen, *ARSP* 1995, 92-101; *Vesting*, Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten, oben Fn. 12, 352 ff.

⁹ Siehe *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *Deutsches Verwaltungsblatt [DVBl.]* 1996, 950-964; *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 1996, 235-282; *Ladeur*, Regulierung von Selbstregulierung (oben Fn. 3), 62 f.

muss richtigerweise gleichzeitig und andauernd sein – die Herausforderungen und Veränderungen der ‚herkömmlichen‘ Steuerungswelt immer auch mit reflektiert werden.¹⁰ So versagt eine einfache Übertragung oder Übersetzung herkömmlicher Steuerungsvorstellungen auf das Internet, weil sich die hier gewohnten Unterscheidungen zwischen öffentlich und privat, zwischen Staat und Markt *per se* als zu sperrig und unflexibel erweisen. Vielmehr geht es bei der Reflexion der in der alten Welt gemachten Steuerungserfahrungen um eine Ernstnahme normativer Versprechen, um das Herausarbeiten der in den Institutionen und Diskursen, in den Ruinen und Umwälzungen der alten Welt schlummernden Vermächtnisse und Erwartungen,¹¹ die nun in die Sprache und Kontexte konfligierender Geltungsansprüche in einer radikal fragmentierten und in höchstem Maße dezentralisierten Welt überführt werden müssen. Dass dies eine ernstzunehmende Herausforderung für das Verwaltungsrecht und die Verwaltungswissenschaft (als Beschreibung des Verwaltungsrechts, also von Texten, nicht aber von der Verwaltungswirklichkeit)¹² darstellt, liegt auf der Hand und wird auch allenthalben, wenn auch vor dem Hintergrund sehr unterschiedlicher Selbstbeschreibungen und

¹⁰ Siehe hier aus jüngster Zeit Vesting, *Verwaltungswissenschaft*, oben Fn. 2; vgl. bereits Grimm, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben - Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1991, 291-306; Schulte, *Wandel der Handlungsformen der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 333-348, 335 ff. vor dem Hintergrund einerseits einer sehr schlichten, ‚pragmatischen‘ Definition des Begriffs der Informationsgesellschaft (ebda., 334) und andererseits der zu ändernden zentralen Handlungsformen der Verwaltung.

¹¹ Siehe dazu besonders R. Koselleck, *Begriffs- und Sozialgeschichte*, in: ders., *Vergangene Zukunft* (1979), Frankfurt 1992, 107-129; ders., *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit* (1986), in: ders., *Zeitschichten*, Frankfurt 2000, 336-358; aus systemtheoretischer Sicht jetzt Esposito, *Soziales Vergessen. Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft*, 2002.

¹² Siehe zur Zurückweisung einer essentialistischen Sicht auf die angeblich objektive Wirklichkeit Vesting, *Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten. Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit*, AöR 1997, 337-371, 342 f.

mit divergenten Schlussfolgerungen, wahrgenommen.¹³ Bildlich gesprochen ist die Rede von einer zirkulierenden, reflektierenden und hierdurch experimentierenden und lernenden, sozialen Praxis.¹⁴ Damit ist eine rechtswissenschaftliche Selbstreflexion über ihre systeminterne Kategorienbildung¹⁵ vor dem Hintergrund sich verändernder Wissensgenerierung und Wissensbestände gemeint. Konturen einer Rechtsbeschreibung gesellschaftlicher Selbstregulierungsprozesse und staatlicher Steuerung lassen sich nur über den Umweg über eine wissenstheoretische Reflexion der eigenen Kategorien gewinnen. Dabei zeigen die zahlreichen Beispiele der Wissensbasiertheit staatlichen Handelns¹⁶ deutlich in die Richtung einer

¹³ Siehe die Beiträge in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), oben Fn. 10; vgl. bereits den Band 2 derselben Reihe: Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, darin besonders Ladeur, Risikooffenheit und Zurechnung - insbesondere im Umweltrecht, ebda., 111-137; siehe dens., *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, Berlin 1995, und zuvor *Postmoderne Rechtslehre*, Berlin 1992, 2. Aufl. 1995, 200 ff.

¹⁴ Siehe hierzu auch *Eifert*, Regulierte Selbstregulierung und lernende Verwaltung, Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates (Die Verwaltung, Beiheft 4) 2001, 137-157, 139: „Die wissensabhängigen Steuerungsprobleme bei der Vorgabenbestimmung sind eng verwandt mit jenen der Ergebniskontrolle. Der Focus verschiebt sich allerdings von der nachvollziehenden Kontrolle zur Prognose, wodurch ein gesteigertes Maß an Unsicherheit verarbeitet und teilweise ein neues Instrumentarium entwickelt werden muss.“ Diese Entwicklung lässt sich auch in Teilbereichen des Umbaus des Sozialstaates ablesen, wo eher hierarchische Ordnungsmuster durch hybride, weil staatliche Intervention und gesellschaftliche Selbstregulierung vereinende, Modelle abgelöst werden. Siehe für den Bereich der Pflegesatzvereinbarungen im Sozialhilferecht Zumbansen, Vertragsregimes im „Dritten Sektor“. Zur Verortung des Verwaltungsrechts in Zeiten veränderter Handlungsformen, in: Kötz/Schmidt/Walz u.a. (Hrsg.), *Non-Profit Yearbook 2* (2003), Köln u.a., im Erscheinen.

¹⁵ Siehe etwa das Beispiel bei *Schapp*, Einführung in das Bürgerliche Recht: Das System des bürgerlichen Rechts, JA 2003, 125-131; eingehend für das Verwaltungsrecht *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000.

¹⁶ Vgl. *Schuppert*, Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat*, 1999, 299-329; Trute, Verwaltung und Verwaltungsrecht, oben Fn. 9; *Ladeur*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben und die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Informationsverwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 225-256, bes. 229 ff. mit Verweis auf das Polizei- und Sicherheitsrecht.

verwaltungswissenschaftlichen Modellbildung, die nicht mehr von der Gegenüberstellung institutioneller Verfasstheit staatlich behördlichen Handelns auf der einen Seite und drängender sozialer Wirklichkeit auf der anderen Seite ausgeht. Die herkömmliche Modellbildung, abgesehen davon, dass ihre bereits bei Carl Schmitt und seiner Dramatisierung des gesellschaftlichen Angriffs auf den Leviathan zu findende Legitimationsbasis der zeitgemäßen Problematisierung staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung wohl kaum mehr standhalten kann¹⁷, übersieht zudem den wissenschaftlichen Zusammenhang zwischen Eigen- und Fremdreferenz verwaltungsrechtlicher Systematik. Die verwaltungsrechtlichen Axiome sind wie die Beschreibungen der *Wirklichkeit* wissenschaftlich und damit in gleicher Weise das Ergebnis kommunikativer Sinnsetzung. Damit verbietet sich aber auch die Gegenüberstellung beziehungsweise die Trennung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswirklichkeit, soweit sie meint, dass letztere keine *Konstruktion* sei.¹⁸ In dem Maße, wie beide Sphären von derselben, wissenschaftlichen und erkenntnistheoretischen, Werte aus betrachtet werden, werden auch die Gewissheiten hinsichtlich der Konzeptualisierung der Axiome wie auch der Beschreibungsformeln für den ‚gesellschaftlichen Herausforderungsdruck‘ brüchig. Die zu Zeiten anhaltender und sich ausdifferenzierender Privatisierungen¹⁹ lieb gewonnene Kontrastierung gesellschaftlicher Selbstregulierung mit staatlicher Steuerung, oft unter inflationärer Anleihe bei konzeptuell reduktionistischen Abgrenzungen von Staat und Markt mit der entsprechenden Kontrastierung von gemeinwohlverpflichtetem öffentlichem Recht und marktgegoistischem Privatrecht²⁰, muss unter den Bedingungen

¹⁷ Siehe die Analyse bei Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht, oben Fn. 9, und jüngst Vesting, Satzungsbefugnis von Landesmedienanstalten und die Umstellung der verwaltungsrechtlichen Systembildung auf ein "Informationsverwaltungsrecht", Die Verwaltung 2002, 433-462, 452 mit Betonung der sich unter der Chiffre der ‚Parlamentarismuskritik‘ gegen die Ausweitung, aber auch schon die Anerkennung von Rechtssetzungsbefugnissen der Verwaltung wendenden Angriffe. Für eine Zurückweisung dieser sich ausschließlich auf parlamentarische, demokratische Gesetzgebung berufenden Position siehe ebda., 452 ff.

¹⁸ Vgl. Vesting, Verwaltungswissenschaft, oben Fn. 2.

¹⁹ Siehe etwa die Studie von Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen 1999; siehe zu den Herausforderungen für ein Informationsrecht in diesem Zusammenhang Ladeur, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, oben Fn. 16.

marktgoistischem Privatrecht²⁰, muss unter den Bedingungen sich immer weiter ausdifferenzierender sozialer Geltungsansprüche und gesellschaftlicher Praktiken in einen unendlichen Regress münden. Schon die Grenzziehung selbst zwischen Staat und Gesellschaft, Politik und Markt und öffentlich und privat wird selbstreflexiv und führt sich damit ad absurdum. Hierdurch eröffnen sich jedoch, und darin zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen einer solchen Kritik des Staat-Gesellschaft-Dualismus und der von Carl Schmitt und seinen Adepten²¹ propagierten politisch-theologischen Lösung, wertvolle Chancen für eine staatswissenschaftliche Analyse im engeren, eine rechtswissenschaftliche Kritik im weiteren Sinne. Denn erst vor diesem Problematisierungshintergrund vermögen die zahlreichen Fallstudien zu Grenzen und Folgen der Privatisierung ihre Geltung zu entfalten. Die stillschweigend bemühten Prämissen hinsichtlich eines *über* der Gesellschaft ruhenden Staates und seiner Differenzierung bei der oft schlicht als Delegation staatlicher Befugnisse verstandenen Privatisierungspolitik können jetzt gewinnbringend hinterfragt werden. Schließlich wird es auch unter Entfaltung dieses Problemhorizonts möglich, die inneren Verbindungen aufzuzeigen und zu untersuchen, die zwischen den Phänomenen veränderter Staatlichkeit auf nationaler Ebene und den zunehmend in den Vordergrund auch genuin völkerrechtlicher Beschreibungen tretenden Entstaatlichungen internationaler, globaler Regierung bestehen.²² In diesem

20 Siehe etwa Ronellenfitsch, Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, *DÖV* 1999, 705-711; König, Markt und Wettbewerb als Staats- und Verwaltungsprinzipien, *DVBl.* 1997, 239-248.

21 Nachweise bei Zumbansen, Carl Schmitt und die Suche nach politischer Einheit, *KJ* 1997, 63 ff.

22 Siehe *Oeter*, Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer "Verfassung der Freiheit", in: Brunkhorst/Kettner (Hrsg.), *Globalisierung und Demokratie*, 2000, 208-239; *Walter*, Constitutionalizing (Inter)national Governance - Possibilities and Limits to the Development of an International Constitutional Law, *German Yearbook of International Law* 2001, 170-201; *Teubner*, 'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society, in: *Teubner* (Hrsg.), *Global Law Without A State*, 1997, 3-28; *Teubner*, Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, in: *Weiss/Simon* (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, 2001, 437-453; *Zumbansen*, Spiegelungen von Staat und Gesellschaft: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte, *ARSP-Beiheft* 79, 2001, 13-40; *Zumbansen*, Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law, *European Law Journal* 2002, 400-432.

Licht wird der enge Zusammenhang erkennbar zwischen der Suche nach Regulierungsmodellen auf nationalstaatlicher Ebene²³ und den stark aufgefächerten Fragestellungen hinsichtlich Normsetzung und politischer Steuerung im transnationalen Bereich.²⁴

B. Das Internet als (Selbst-)Regulierungsproblem

„Cyberspace has no nature; it has no particular architecture that cannot be changed.”²⁵

Damit sollte in ausreichendem Maße der methodentheoretische Hintergrund gekennzeichnet sein, vor dem sich das Internet als (Selbst-)Regulierungsfeld darstellt. In besonderem Maße stellt sich auch im Internet die alte rechtssoziologische²⁶ Frage nach dem rechtlichen Gehalt der Regulierungsnormen. Handelt es sich bei *Codes* im Internet²⁷ um technische Einstellungen, die eine faktische Wirkung entfalten, aber keine rechtliche? Der direkte Rückgriff auf Normenhierarchie und die Suche nach dem Normgeber sind für diese Frage weniger hilfreich. Dagegen wird eine Analyse der Normen selbst und der sie begleitenden oder einbettenden Sanktionsmechanismen mehr aussagen über die Verbindlichkeit und den Rechtscharakter von Internetregulierungen. Also: weniger der Normsetzer, sondern die Norm selbst sollte im Mittelpunkt des Interesses stehen. Ähnlich

²³ Siehe nochmals Eifert, Regulierte Selbstregulierung, oben Fn. 14 m.w.N.

²⁴ Siehe den sehr erhellenden Problemüberblick bei Di Fabio, Recht offener Staaten, oben Fn. 2; vgl. auch *Menzel*, Globalisierung versus Fragmentierung, 1998, *Zürn*, Sovereignty and Law in a Denationalised World, in: Gessner/Appelbaum/Felstiner (Hrsg.), Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions, 2001, 39-71 und jüngst *Albert*, Zur Politik der Weltgesellschaft. Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung, 2002.

²⁵ *Lessig*, The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach, Harvard Law Review 1999, 501-546, 505.

²⁶ Vgl. in erster Linie *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (Unveränd. Nachdruck der ersten Aufl. 1913), 1929; aus jüngster Zeit siehe besonders die am rechtssoziologischen Institut in Oñati (Spanien) entstandenen Beiträge in *Appelbaum/Felstiner/Gessner* (Hrsg.), Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions, 2001, und *Nelken/Feest* (Hrsg.), Adapting Legal Cultures, 2001.

²⁷ Grundlegend *Lessig*, *Code*, oben Fn. 7.

des Interesses stehen. Ähnlich wie die Privatrechtstheorie schon lange nach dem öffentlichen Charakter des Privatrechts sucht, mit anderen Worten nach dem Allgemeinwohlüberschuss privatrechtlicher Bindungen²⁸, muss es einer Rechtstheorie des Internet darum gehen, öffentliche und private Gehalte der Internetregulierungen zu definieren und zu begründen. Dabei hilft ein starres Trennungsgedanken zwischen öffentlich und privat als Unterscheidungsmerkmal zwischen unterschiedlich ausgestalteten Sphären nur bedingt weiter. Während dies zweifellos schon für das Recht der *off-line*-Welt seit dem Aufstieg des Rechts- und Interventionsstaates und seiner Anschlüsse und Differenzierungen des Wohlfahrts-, Präventions-, Umwelt-, Supervisions- und Gewährleistungsstaates gilt,²⁹ ist dies in drastischer Weise auch für die Internetwelt der Fall. Angesichts des Ineinandergreifens öffentlicher und privater, ‚hybrider‘ Regulierungsmuster im Internet³⁰ scheint die Unterscheidung zu versagen, wo mit ihr auf Legeshierarchien und Ableitungszusammenhänge verwiesen werden soll.

Genauso aber, wie auch im Kontext der strukturellen Veränderungen staatlicher Aufgabenerfüllung³¹ begonnen wurde, die Unterscheidung zwischen

28 Siehe etwa *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, 1971; *Wiethölter*, Privatrechtstheorie als Gesellschaftstheorie?, in: Baur/Esser/Kübler/Steindorff (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70.Geburtstag, 1974, 645-695.

29 Zur Kategorisierung von Staatsmodellbeschreibungen: *Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der 'Informations- oder Wissensgesellschaft', in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 101-131; *Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, und *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, 2000.

30 Siehe *Farrell*, Hybrid Institutions and the Law, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2002, 25-40; vgl. auch Ladeur, Regulierung von Selbstregulierung, oben Fn. 3, 76.

31 Statt vieler die Beiträge in *Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994.

öffentlich und privat insoweit zu überdenken³², als begonnen wurde, mit weichen, offeneren Abgrenzungsmodellen zu experimentieren,³³ ist für das Internet zu fragen, ob es tatsächlich darum gehen sollte, die Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Sphäre und den mit ihr verbundenen Schutzvorstellungen und Geltungsansprüchen gänzlich von der Festplatte zu löschen. Die hier vertretene These lautet, dass ebenso wie sich diese Unterscheidung in der alten Welt bislang noch als unverzichtbar erweist, neue Freiheitsansprüche überhaupt erst zur Diskussion zu stellen,³⁴ sie als Orientierungshilfe auch in der Internetwelt einen wichtigen Beitrag leisten kann. Allerdings steht ein solches Vorhaben immer unter dem Statikverdacht, neu vordringende Geltungsansprüche, die sich einer klaren Zuordnung nach den Kategorien ‚öffentlich‘ oder ‚privat‘, Staat oder Gesellschaft, entziehen, nicht zur Kenntnis zu nehmen. Das Verfassungsrecht hat unterdes ein feines Gespür dafür entwickelt, wie dieses Dilemma wiederholt in das Prüfungsverfahren einzuführen ist, bis seine Unlösbarkeit greifbar vor Augen steht. Dass dies nicht zur Unentscheidbarkeit führen muss, hat das Bundesverfassungsgericht etwa in seiner Entscheidung zu den Zeugen Jehovas

³² Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft - Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 9-58, 38: „Die ausdifferenzierte Vielfalt öffentlicher, privater und gemischt öffentlich-privater Träger und die ausdifferenzierte Verantwortungs- und Arbeitsteilung zwischen den Akteuren in öffentlichen und privaten Sektoren, das breite und vielfältige Kooperationspektrum, die vernetzten Aufsichts- und Haftungsstrukturen sowie das Zusammenspiel unterschiedlicher Teilrechtsordnungen als wechselseitig nutzbaren Auffangordnungen verdeutlichen die Notwendigkeit, das Recht verstärkt als Mittel zum Management von Interdependenzen einzurichten.“

³³ Siehe etwa Schuppert, Staatsaufsicht, oben Fn. 16; *Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433-442; Ladeur, Regulierung von Selbstregulierung, oben Fn. 3, 76 f.: „Der Staat kann und muss unter Anerkennung des Zwangs zur Entscheidung unter Ungewissheitsbedingungen neue Methoden und Modelle der Erzeugung von Wissen konzipieren, die es erlauben, Hypothesen zu formulieren und zu erproben - oder Regulierungen stufenweise unter der Erwartung der Erzeugung neuen Wissens durch die Entscheidungsstrategie selbst zu formulieren.“

³⁴ Siehe besonders *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973; *Gusy*, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: *Gusy* (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien - Grenzen - Folgen, 1998, 330-351, 336.

eindrücklich bewiesen.³⁵ Im Rahmen einer besonderen Form der *Erinnerung* und Vergegenwärtigung von Entwicklungsstadien individueller und kollektiver Freiheiten, gerade in konkreten Kontexten von Gruppen und (deren) Tätigkeiten, erlangt das zwischen öffentlich und privat unterscheidende Denken also eine bedeutende Rolle bei der Kennzeichnung von Freiheitssphären.³⁶ Diese sind in erster Linie nicht so sehr rechtstechnisch (oder gar rechtswegorientiert) zu bestimmen, vielmehr ist der jeweilig öffentliche, private Gehalt oder eben hybride Gehalt im Wege einer ständigen Definitionserprobung zu kennzeichnen. Bezogen auf den hier primär interessierenden Bereich der Regulierung des Internet würde aus diesem *Erinnerungsansatz* folgen, sich die gewachsenen, aber immer neu herauszufordernden Rechtfertigungen etwa für die duale Rundfunkordnung vor Augen zu führen,³⁷ um aus diesem Erfahrungsschatz Denkanstöße für das Internet zu gewinnen. Zum einen würde dieses Verfahren über eher schlichte „*Staat vs. Markt*“-Modelle hinausgehen, wie sie für das Internet vorgeschlagen worden

³⁵ Siehe BVerfGE 102, 370, Urteil v. 19. Dezember 2000; dazu Zumbansen, From The Outside Looking In: The Jehova's Witnesses' Struggle for Quasi-Public Status under Germany's Incorporation Law, in: 2 German Law Journal No. 1 (15 January 2001), abrufbar unter: http://www.germanlawjournal.com/past_issues.php?id=47H.

³⁶ So könnte man auch die Suche Gunther Teubners nach Kollisionsvorschriften für Konflikte zwischen gesellschaftlichen Teilsystemen zu verstehen: siehe etwa Teubner, Ein Fall struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214ff.), Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2000, 388-404, 400; Teubner, Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, in: Pawlowski/Roellecke (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates, ARSP Beiheft 65, 1996, 199-220, 202: „[...] die Pluralisierung der Rationalitäten, der das Recht heute ausgesetzt ist, ist eine typische Erfahrung der Moderne, die im postmodernen Gestus nur neu gestylt wird.“ Ebda., 205 f.: „Nicht die klassische Kollision zwischen nationalen Rechtsordnungen oder zwischen konkurrierenden Jurisdiktionen interessiert, sondern die neuartige Situation des Rechts, zwischen kollidierenden Rationalitäten verschiedener gesellschaftlicher Teilsysteme entscheiden zu müssen.“

³⁷ Holznapel, Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, Die Verwaltung, Beiheft 4 2001, 81-100, 84: 'Verdienen' statt 'Dienen'; ebda., 90, mit Hinweis auf die im Internet aufgestellten Zugangsschranken.

sind,³⁸ und zum anderen würde die auch im Internet zu Ruhm gelangende Konzeption der 'regulierten Selbstregulierung' hermeneutisch-historisch informiert werden.

³⁸ Siehe die Nachweise zur amerikanischen Literatur bei Holznagel, Regulierte Selbstregulierung, oben Fn. 37, 82 Fn. 7, kritisch hierzu, ebda., 86 ff.

I. Verfassungsvorgaben

„Confusion and conflict over the rules for information flows run counter to an open, robust Information Society.“³⁹

Im Rahmen jeder, und damit auch einer Regulierungsdebatte über das Internet, ist zu klären, wer die Akteure sind und ob ihr Handeln einem Regulierungsanspruch unterworfen werden soll. Schlicht formuliert ist ein verfassungsrechtliches Hauptanliegen der Internetregulierung in der Realisierung größtmöglichen Schutzes (der Privatsphäre, von Minderjährigen, von Verbraucherkreisen, bestimmten Rollenträgern etc.) zu sehen. Funktional müssen sich diese Schutzansprüche allerdings in einzelnen Bereichen, etwa denen der Inhaltsregulierung (good [harmless] sites, bad [dangerous] sites), der Identifikation (who is who in the internet?) und des Eigentumsschutzes (whose text, picture, song is this once it's been placed on the net?)⁴⁰ realisieren lassen.⁴¹ Kognitiv stellt sich das Problem immer neuer Herausforderungen gewohnter Werte-canones und, damit, Bewertungsstandards, etwa für die Qualifizierung eines Produkts oder einer Internetseite als jugendgefährdend⁴², rassistisch⁴³ oder ansonsten mit der 'öffentlichen Ord-

³⁹ Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, *Texas Law Review* 1998, 553-584, 553 f.

⁴⁰ Zu den Herausforderungen für das Urheberrecht durch das Internet: *Vesting*, Subjektive Freiheitsrechte als Elemente von Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozessen in der liberalen Gesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bedeutung der Intellectual Property Rights in der neuen Netzwerkökonomie, *Die Verwaltung*, Beiheft 4 2001, 21-57.

⁴¹ Reidenberg, *Lex Informatica*, oben Fn. 41, 554, 563: „...the law always lags behind the technology.“ Mayer, *Das Internet, das Völkerrecht und die Internationalisierung des Rechts*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2002, 93-114, 105, hebt die Selektivität von Funktionsbereichen des Internet hervor, die von einem völkerrechtlichen Steuerungsanspruch wahrgenommen werden: ‚Wirtschaftsrecht‘ und ‚Sicherheitsrecht‘.

⁴² Ladeur, *Regulierung von Selbstregulierung*, oben Fn. 3, 65.

nung' nicht vereinbar. Entsprechend scheint sich ein weitergehendes Grundrechtsverständnis zu empfehlen, welches vor dem Hintergrund der älteren Diskussion um institutionelle Garantien eine 'Entkoppelung von Individual- und Funktionsgrundrechten'⁴⁴ vorantreibt, vielleicht sogar im Kontext einer radikalisierten Drittwirkungslehre gesellschaftliche Bereiche und 'Diskurse' selbst mit Grundrechtsschutz versieht.⁴⁵

Während in der *Welt* Gesetze zur Verfügung stehen, die sich an 'Identitäten' orientieren, gibt es in der *Internetwelt* nur IP-Adressen (Rechnerkennungen), die kaum die Identifikation des Nutzers erlauben.⁴⁶ Möglicherweise würde eine Verallgemeinerung/Spezifizierung von Benutzungsbedingungen von Intranet-Netzwerken zu einer höheren Feststellbarkeit der Beteiligten führen. Spezifische Browsereinstellungen für Kinder (Bsp.: 'kid mode brow-

⁴³ Siehe in diesem Zusammenhang Holznel, Regulierte Selbstregulierung, oben Fn. 37; vgl. auch die Debatte um die Verurteilung eines Australiers durch ein deutsches Gericht wegen einer Nazi-website: vgl. dazu: *Federal Court of Justice (BGH) Convicts Foreigner for Internet Posted Incitement to Racial Hatred*, in: 2 German Law Journal No. 8 (1 May 2001), abrufbar unter: http://www.germanlawjournal.com/past_issues.php?id=67.

⁴⁴ Siehe dazu Kübler, Legitimationsfragen der Medienregulierung, Archiv für Presse-recht [AfP] 2002, 277-283, 278 ff. mit erhellenden Ausführungen zur strukturellen Veränderung der Öffentlichkeit im post-liberalen Zeitalter, in dem das individuelle Recht auf freie Meinungsäußerung zu einem für die Demokratie lebenswichtigen Element wird, andererseits aber auch kollektive Interessenträger dieses Recht für sich beanspruchen, hierbei aber tendenziell in eine staatliche, 'öffentliche' Sphäre gezogen werden mit dem Ergebnis, dass sich ihre Grundrechtsbetätigung grundsätzlich an ihrem Gesellschaftszweck messen lassen muss. Etwa bei Medienunternehmen muss der Grundrechtseingriff im Hinblick auf die damit verfolgten öffentlichen Zwecke gerechtfertigt sein. (Ebda., 279)

⁴⁵ Siehe hierzu etwa Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit, Kritische Justiz [KJ] 1999, 281-294, 284 ff.; ders., Ausschluss, oben Fn. 6, 791 f.; Teubner, Nach der Privatisierung? - Diskurskonflikte im Privatrecht, in: Meier-Schatz (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts, 1998, 128-161.

⁴⁶ Die 'Selbstauskunft' bei Beantragung eines mail-account wird erfahrungsgemäß schon lange an solchen Identitäten orientiert, die für Marketingzwecke möglichst unattraktiv sind: „Angestellter, 42 J., konfessionslos, durchschnittliche Internetzeit 1 h p.d., keine Hobbies.“

sing' - KMB; ‚Platform for Internet Content Selection' - PICS⁴⁷) könnten zur Identifikation von Kindern und zur Sperrung von Seiten führen. Produkte, (Bücher, Musikstücke) könnten im Rahmen digitaler Protokolle veröffentlicht werden: damit könnten Urheberrechtsverletzungen eingeschränkt werden, indem die konkrete Benutzung nachvollziehbar und damit autorisierbar gemacht würde. Andere Möglichkeiten sind das sogenannte ‚labelling' oder die Zwischenschaltung von ‚middleware' zur Kontrolle der Weitersendung von oder des Zugriffs auf Seiten.⁴⁸ Material würde damit dem hierarchielosen, ‚googlebaren, also in der Regel frei zugänglichen ‚Markt' des Internet⁴⁹ entzogen und in eine hierarchisierte Welt von geschützten Räumen ‚privatisierten Rechts'⁵⁰ verschoben werden (*trusted systems*). Andererseits führt die Konfiguration etwa von *local area networks* (LAN) zu Kommunikationshindernissen und -chancen, die sich wegen ihrer Ausschlusswirkung für Nichtteilnehmer nicht auf eine technische Dimension beschränken.⁵¹ Wenn sich folglich der Blick auf diese Zugangsbedingungen zu Netzwerken und die für sie aufgestellten Regeln richtet, dann hängt die Rechtfertigung jeder hier ansetzenden Regulierung von der Klärung ab, welche Rechte welcher Träger eine solche Regulierung eventuell verletzen kann.⁵²

II. Wettbewerb der Rechts-Ordnungen in fragmentierten Wissensräumen

Diese Frageperspektive scheint sich ein Harmonisierungsdenken einzupassen, welches mit der These operiert, dass sich für den gesamten Raum des Internet Regeln aufstellen lassen könnten, hinter denen ein allgemein akzeptabler Re-

⁴⁷ Siehe hierzu Reidenberg, *Lex Informatica*, oben Fn. 41, 557 f.; s.a. Holznagel, *Regulierte Selbstregulierung*, oben Fn. 37, 89, 91 ff., der Kinderschutzfilterprogrammen skeptisch gegenüber steht und auf die Vorteile der bei host providers ansetzenden Selbstregulierung verweist.

⁴⁸ Reidenberg, *Lex Informatica*, oben Fn. 41, 564.

⁴⁹ Siehe etwa : „Trillions of words, billion of documents and files, tens of millions of computers, and millions of actual users scattered across the world from the Antarctic to Chisinau to Ulan Bator to many other places in between.“

⁵⁰ Lessig, *What Cyberlaw may teach*, oben Fn. 25, 528.

⁵¹ Siehe hierzu etwa , par. 22; allgemein zu Zugangsfragen, Shapiro, *Control Revolution*, oben Fn. 7.

⁵² Vgl. Holznagel, *Regulierte Selbstregulierung*, oben Fn. 37, 90: „Eine Demokratie kann es sich nicht leisten, dass die Gesellschaft in Informationsbesitzer und -habenichtse zerfällt.“

gel-, Werte- und Prinzipienkanon definiert werden kann. Das Internet scheint sich jedoch einem solchen Denken zu verweigern. Die bisherigen Steuerungserfahrungen sprechen eher für eine dezentral funktionierende Selbstregulierung, die durch wenige zentralisierte Stellen (ICANN, ITU, WTO, WIPO etc.⁵³) nur sehr bedingt diszipliniert werden kann. Deshalb bietet sich eine Perspektive an, aus der sich die verstreuten *local regulators* als dezentralisierte Regulierungsinstanzen darstellen, die hinsichtlich der von ihnen aufgestellten Zugangsbedingungen untereinander in einem Regulierungswettbewerb stehen. Eine solche Idee, wie sie etwa in den U.S.A. auf dem Gebiet des Unternehmensrechts vorherrscht⁵⁴ und zunehmend in unterschiedlichen Bereichen auf E.U. Ebene diskutiert wird, baut jedoch regelmäßig auf stillschweigenden Annahmen hinsichtlich eines perfekten Wettbewerbs auf. Aufgrund der mitgliedstaatlich weiterhin fest verankerten, unterschiedlichen Regelungssysteme gerade in den Bereichen, in denen das europäische Harmonisierungsprogramm zu ermüden droht, tritt das Nichtvorliegen perfekter Wettbewerbsbedingungen verstärkt in den Vordergrund, und dementsprechend werden hier zunehmend *flexible* Rechtssetzungsverfahren zur Überwindung von Harmonisierungsschranken angedacht.⁵⁵ Aber auch in der Internetwelt hauptsächlich dezentraler Selbstregulierung ist der Euphorie für einen regulativen Wettbewerb mit Skepsis zu begegnen, weil der Staat immer wieder Möglichkeiten hat, in diesen Wettbewerb steuernd einzugreifen,⁵⁶ auch wenn dem wieder in Maßen *Exit-* (Ausweich) Optionen von Internetbenutzern gegenüberstehen.⁵⁷ Angesichts eines nur sehr bedingt erreichten Schutzniveaus in den oben genannten Bereichen gar eine Harmonisierung des Regelungsregimes für das Internet zu verlangen, läuft

⁵³ Hierzu siehe etwa Mayer, Internet und Völkerrecht, oben Fn. 41, 96 ff.

⁵⁴ Siehe umfassend jüngst *Romano*, The Need for Competition in International Securities Regulation, *Theoretical Inquiries in Law* 2001, 387; vgl. Hierzu

⁵⁵ Siehe hierzu mit weiteren Nachweisen: *Deakin*, Regulatory Competition versus Reflexive Harmonisation in European Company Law, in: Esty/Geradin (Hrsg.), *Regulatory Competition and Economic Integration. Comparative Perspectives*, 2001, 190-217; .

⁵⁶ In diesem Sinne Post, Anarchy in Cyberspace, oben Fn. 51, par. 28-29.

⁵⁷ Post, Anarchy in Cyberspace, oben Fn. 51, par. 29. In diese Richtung auch Lessig, What Cyberlaw may teach, oben Fn. 25.

jedoch weiterhin Gefahr, die dezentrale, aus Technik und sozialer Praxis erwachsende Normenwelt des Internet zu verfehlen.⁵⁸

III. Öffentliches Recht - Privatrecht?

Die eingangs gestellte Frage bleibt: handelt es sich bei den von nur schwer zu regulierenden, dezentralen Selbstregulierern aufgestellten Normen um Rechtssätze, und wären diese eher dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen? Als Verfassungsfrage formuliert lautet sie: ersetzen diese Code-Architekturen öffentliche Werte (*public values*), wo sie private zu respektieren bemüht sind? Mit Joel Reidenberg gefragt: ist die *lex informatica* Recht, welches lediglich aus einem anderen, neuartigen Normsetzungsverfahren hervorgeht? Gilt die aus der Privatrechtstheorie bekannte Alternative: Vertrag oder Gesetz? Können Verträge (etwa zur Benutzung eines Netzwerks) allgemeinverbindliche Gesetze ersetzen? Lawrence Lessig ist skeptisch und hebt die trügerische Ähnlichkeit zwischen Code und Vertrag hervor, denn zum einen sei der Codearchitekt nicht unbedingt geneigt, den Inhalt an Sanktionsmöglichkeiten auszurichten, und zum anderen fehle dem Code die Allgemeinverbindlichkeit.⁵⁹ Damit fehle dem Code der Allgemeinwohlüberschuss, der in Verträgen zu finden sei, deren Durchsetzung sich vor Gericht erstreiten lasse.⁶⁰ Der Code ist für Lessig 'privatisiertes Recht' und damit nicht als ‚Recht‘ anzusehen.⁶¹ Lessigs Qualifizierung von Code, Verträgen und Gesetzen bleibt allerdings dort unklar, wo es darum ginge, die genuin *innovative* Qualität *der* Regeln zu definieren, die aus technologischen Möglichkeiten erwachsen, die aber allein aufgrund ihrer Ubiquität überall Zugangsbedingungen für virtuelle Räume enthalten und damit faktisch zu Rechtsbeschränkungen führen. Damit erscheint Lessigs Forderung nach einer verfassungsrechtlichen Disziplinierung des Netzwerktreibens im Kern eigenartig unbestimmt. Wo von Verfassung gesprochen wird, ohne aber nach den Möglichkeitsbedingungen selbst einer Verfassung digitaler Normen zu su-

⁵⁸ Reidenberg, *Lex Informatica*, oben Fn. 41, 572.

⁵⁹ Lessig, *What Cyberlaw may teach*, oben Fn. 25.

⁶⁰ Lessig, *What Cyberlaw may teach*, oben Fn. 25, 528.

⁶¹ Lessig, *What Cyberlaw may teach*, oben Fn. 25, 530: „The structures in the code (...) are a private version of contract law.“ Siehe hierzu auch die Skizze zur Genese der Selbstregulierung des Internet bei Holznapel, *Regulierte Selbstregulierung*, oben Fn. 37, 87 f.

chen, droht die dringend notwendige Analyse des Rechts des Codes entgegen der Proklamation Lessigs doch wenig Ergebnisse zu zeitigen. Eindeutig auf den Schultern Reidenbergs stehend, scheint Lessig die richtigen Bereiche vor Augen zu haben, aber seine Fragen verfehlen das Ziel. Dies bleibt auch dann der Fall, wenn er richtig beobachtet, dass die *hegemoniale* Ausstrahlung des Code auf das Recht erheblich und gefährlich bleibt. „Law [...] is vulnerable to the competing sovereignty of code.”⁶²

IV. Enge Wände im Internet: Hausrechtsprobleme

Die weiterhin bestehende Problematik nicht gelingender Übertragung von *off-line*-Welt-Erfahrungssätzen auf Rechtskonflikte im Netz lässt sich zum Beispiel anhand der schwierigen Rechtsprechung zum sogenannten ‚virtuellen Hausrecht‘ verdeutlichen. Die Entscheidung des *Landgerichts* Bonn aus dem Jahre 1999 sowie ihre wesentliche Bestätigung durch das *Oberlandesgericht* Köln im folgenden Jahr ist bislang das geltende Recht,⁶³ aber ein genauerer Blick in die Entscheidungsgründe erweist sich alles andere als zufriedenstellend. Bereits die Entscheidung des Landgerichts eignete sich trefflich zur Verwendung in einem Seminar in Rechtstheorie und Falllösungsmethodik, die eigenwillige Bildung von Obersätzen durch das Gericht und die anschließende Subsumtion würde schon einem Studienanfänger nicht zum Ruhm gereichen. Das Dilemma zwischen *on-* und *off-line*-Welt und den jeweils anzuwendenden Normen ist mit den Händen zu greifen. Wo das Gericht meint, die Anspruchsgrundlage nicht mehr eigens auf ihre Einschlägigkeit überprüfen zu müssen, sondern den Anwendungsbereich dieser ihr letztlich allein von der Verfügungsklägerin vorgeschlagenen Anspruchsgrundlage vielmehr gleich mit bestimmten Einschränkungen zu limitieren, kann dies kaum als dogmatisch befriedigend angesehen werden. Gleichzeitig, und dies ist im folgenden aufzuzeigen, ist diese Rechtsprechung

⁶² Lessig, What Cyberlaw may teach, oben Fn. 25, 535. Mayer, Internet und Völkerrecht, oben Fn. 41, 109, ist optimistisch: „Law trumps over Code.“

⁶³ Siehe LG Bonn, Urt. v. 16. November 1999, 10 O 457/99, abgedruckt in MMR 2000, 109-111; dazu Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6; OLG Köln, Beschl. v. 25. August 2000, 19 U 2/00, rk., abgedruckt in MMR 2001, 52; zur wirksamen Durchsetzung eines ‚virtuellen Hausrechts‘ vgl. Wolfgang C. Leonti, Virtuelles Hausrecht, ITRB 2001, 299-300.

wegweisend und vielversprechend für die Behandlung zukünftiger, ähnlich gelagerter Fälle.

1. Hausrecht und *venire contra factum proprium*

Das sogenannte ‘virtuelle Hausrecht’, auf welches sich die Kl. beruft, gerät dem Gericht somit zum Maßstab, mit dem - ab nun in freiem Fall - die jeweiligen Sachverhaltskomponenten einer rechtlichen Qualifikation zugeführt werden. Die Schaltstelle ist prekär: „Sie [die Verf.-Kl., PZ] beruft sich auf ihr ‘virtuelles Hausrecht’, so dass es nahe liegend ist, die Regelungen über das Eigentum jedenfalls entsprechend anzuwenden.“⁶⁴ Aha. Dass dies keineswegs eine befriedigende Rechtfertigung für einen Analogieschluss darstellt, scheint das Gericht nicht sonderlich zu irritieren, muss es aber auch nicht, weil es im Folgenden weder zur analogen oder direkten Anwendung besondere Aussagen macht. Vielmehr lehnt das Gericht einen Abwehrenspruch nach § 1004 BGB (analog?) mit der Begründung ab, dass die Verf.-Kl. nicht dargelegt habe, der Verf.-Bekl. habe die chatware rechtswidrig benutzt.

Weil ein Vertrag zwischen den Parteien wohl auszuschließen ist,⁶⁵ konzentrierte sich die Prüfung zunächst auf das Hausrecht im Sinne des § 1004 I BGB. Und weil in der Eröffnung des Chatrooms eine grundsätzliche Einwilligung des Betreibers zur Benutzung seines Dienstes zu sehen ist, verlagerte sich die Prüfung nun auf eine eventuelle Duldungspflicht der Verf.-Kl. im Sinne des § 1004 II BGB⁶⁶ beziehungsweise - aus der Sicht des Bekl. - auf die eventuelle Einschlägigkeit des Verbots widersprüchlichen Verhaltens im Sinne von § 242 BGB.⁶⁷ An dieser Stelle muss das Gericht prüfen, ob der Ausschluss des Bekl. aus dem Chatroom in diesem Sinne ‘willkürlich’ erfolgte. Das Gericht schwankt hierbei zwischen den nicht als ‘verbindlich’ angesehenen, von der Kl. aufgestellten ‘Benimmregeln’ und den nicht näher ausgewiesenen, vielmehr als ‘üblich’ verstandenen Standards bei Chatterverhalten. Während sich diese Unterscheidung vielleicht auch zeitlich auf-

⁶⁴ LG Bonn, a.a.O., 110.

⁶⁵ Ein solcher bestünde wohl nur dann, wenn der Betreiber auch der Service-Provider für den Bekl. wäre: vgl. Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6, 788.

⁶⁶ Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6.

⁶⁷ Vgl. LG Bonn, a.a.O., 110.

drängen könnte in dem Sinne, dass die Benimmregeln den Zugang zu dem Chatroom betreffen, die 'üblichen' Standards dagegen die Bewertung des tatsächlichen Chatroomverhaltens erlauben sollen⁶⁸, stellt das Gericht bei der Würdigung des Parteivortrags fest, dass es noch nicht erwiesen sei, dass sich das Verhalten des Bekl. außerhalb des 'üblichen Chatterverhaltens *und damit* von der erteilten generellen Nutzungsbefugnis nicht mehr umfasst wäre'.⁶⁹ Auch im folgenden verwendet das Gericht einen äußerst beweglichen Bewertungsmaßstab, mit dessen Hilfe der Parteivortrag der Verf.-Kl. als Betreiberin des Chatrooms regelmäßig als nicht ausreichend erachtet wird, eine Duldungspflicht gegenüber dem Bekl. zu verneinen. Daran ist zu recht kritisiert worden, dass weder die zielstrebige Heranziehung von § 242 BGB im Rahmen einer Willkürkontrolle noch schließlich die Qualifikation des Ausschlusses des Bekl. als willkürlich tatsächlich überzeugen können.⁷⁰ Denn seine Einschätzung, wonach der Ausschluss des Bekl., der sich erwiesenermaßen in gesteigertem Maße abfällig gegenüber anderen Teilnehmern benommen hatte, treuwidrig war, muss das Gericht am Ende allein darauf stützen, dass eventuell überhaupt ein rauher Ton in dem Chatroom vorgeherrscht habe. So jedenfalls bleibt die Konstruktion wenig überzeugend, mit der die Kammer eine mögliche gleichheitswidrige Handlung darin erkennen will, dass die Kl. den Bekl. ausschliessen wolle, nicht aber auch andere Teilnehmer, die sich Wortgefechte geliefert haben sollen. Diese Bewertung steht auf tönernen Füßen, als das Gericht sich nicht weiter um eine Begründung für diese vorgebliche Pflicht des Chatroombetreibers zur Gleichbehandlung bemüht.

2. *Heterogene Kriterienauswahl*

Betrachtet man aber die Beweglichkeit des Bewertungsmaßstabs aus einer anderen Perspektive, so erscheint sie als notwendige Begleiterscheinung eines Rechtsverständnisses, welches in erster Linie auf die Selbstorganisation

⁶⁸ Siehe Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6, 789.

⁶⁹ LG Bonn, a.a.O., 110; Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6, 789, der an dieser Stelle das Gericht dafür kritisiert, die Unterscheidung nicht konsequent durchgehalten zu haben.

⁷⁰ Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6, 789.

der Beteiligten abstellt.⁷¹ Anstelle eines zu rigiden Treuwidrigkeitsmaßstabs als Schnittstelle zwischen erlaubtem und verbotenem Handeln könnte es hier vielmehr um die Ernstnahme der Willenserklärungen der Beteiligten, der von ihnen gewählten Verfahren und ihrer zeitlichen Streckung gehen. So würde § 242 BGB nicht mehr darstellen als die Einstiegsstelle für eine prozedurale Konfliktlösung, mit anderen Worten eine „Chiffre für die Kombination einer *ex-ante* regelorientierten und einer *ex-post* von den Teilnehmern selbst organisierten Bindung des Anbieters“.⁷² Die Nachricht des Gerichts an die Beteiligten hat in der Tat nichts mit inhaltlichen Kriterien im Rahmen von § 242 BGB zu tun, sondern ist vielmehr Ergebnis der schlaun und einfühlsamen Einsicht des Gerichts in die oben gekennzeichnete dilemmatische Situation ‚neuer‘ Freiheitsräume und ‚alter‘ Schutzansprüche.

3. *Chatrooms und andere öffentliche Räume*

Ein weiterer Aspekt der Entscheidung des LG Bonn macht die Verlegenheit des Versuchs besonders deutlich, sich möglichst kontextnah auf den speziellen, virtuellen Sachverhalt einzulassen, andererseits aber keine anderen Normen zur Verfügung zu haben als jene, bei denen schon der BGH in den beiden Taschenkontrollfällen⁷³ Probleme mit ihrer Einschlägigkeit hatte. Im Ergebnis ähnlich wie der BGH, ohne sich in besonderem Maße auf bestimmte Normen, besonders solche des Hausrechts etc., zu stützen, die Frage der Zulässigkeit des Hausverbots des Supermarkts gegenüber einer die Taschenabgabe und -kontrolle verweigernden Kundin mit einem Umkehrschluss von der Rechtsbeeinträchtigung der Kundin durch die Taschenkontrolle diskutierte, verfährt auch das Landgericht. Die Bonner Kammer geht ersichtlich davon aus, dass es sich bei diesem und dem von ihr zu entscheidenden Fall eines Ausschlusses von einem Chatroom um unmittelbar vergleichbare Sachverhaltskonstellation handelt. Aus Sicht der Kammer spricht hierfür die Öffnung eines Raums für die Öffentlichkeit bei gleichzeitigem Verbotsvorbehalt im Falle einer von einem Besucher (Kun-

⁷¹ Siehe hierzu Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6, 789 ff.

⁷² Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6, 790. Siehe auch Ladeur, Regulierung von Selbstregulierung, oben Fn. 3, 67: Erhaltung von „Innovationsoffenheit von Selbstregulierung durch Prozeduralisierung“.

⁷³ BGHZ 124, 39; 133, 184.

den) verursachten, andauernden Betriebsstörung.⁷⁴ Andererseits gibt sich das Gericht nicht die Mühe zu untersuchen, ob die von ihm zur Kenntnis genommenen ‘Benimmregeln’ des Chatroom-Betreibers vielleicht wie die in dem zweiten BGH-Fall im Zentrum stehenden AGB-Regeln zu behandeln sind.⁷⁵ Stattdessen stellt das Gericht lapidar fest, dass es ‘nicht ersichtlich’ sei, ‘dass darin Bestimmungen enthalten seien, die eine Nutzung verbindlich regeln.’⁷⁶ Der BGH hingegen setzte sich in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1996 ausführlich mit der Rechtsnatur der am Geschäftseingang aufgehängten Hinweise zur Taschenabgabe und zur „andererseits“ und „gegebenenfalls“ durchzuführenden Taschenkontrolle auseinander, wobei er sich bemerkens-, von der Bonner Kammer sogar unbemerktweise, von seiner Rechtsprechung in BGHZ 124, 39 distanzierte, die entsprechende Hinweise nicht regelmäßig als AGB eingestuft wissen wollte.⁷⁷ Im Rahmen der AGB-Prüfung konnte der BGH sehr viel genauer die rechtlichen Rahmenbedingungen eines Geschäftszutritts der Kunden zum Supermarkt rechtlich qualifizieren, als dies vergleichsweise der Bonner Kammer gelingen will. Während der BGH durch die Qualifizierung der für alle Besucher geltenden Hinweise als AGB einen Maßstab gewinnt, anhand dessen überprüft werden kann, welche Rechtsbeschränkungen Vertragsbestandteil werden, wenn der Kunde den Laden betritt und nicht widerspricht, fällt diese Definitionsarbeit bei der Bonner Kammer dem verwirrenden *online*-Welt-Vokabular zum Opfer. Die sogenannte ‘Chatiquette’, also die den Chatroombesuchern eingeblendete Liste von Benutzungsbedingungen, soll aus Sicht des Gerichts nicht verbindlich sein: dies könnte aber zur Folge haben, dass auch kein Maßstab zur Verfügung steht, an dem sich die zentrale Prüfung des Willkürverstoßes durch den Chatroom-Betreiber noch orientieren könnte. Wie schon gesagt, wählt das Gericht eine Mischung von eventuell zugangsregelnden Benimmregeln und mehr oder weniger als in diesen Kreisen üblich ausgewiesenen Standards. Völlig anders in der Sache entscheiden freilich die Untergerichte im Chatroomfall und der BGH in den Taschenkontrollfällen nicht: denn in beiden (allen drei) Fällen stützen sich die Richter auf eine in erster Linie negative Argumentation von der Verletzungsperspektive des Be-

⁷⁴ LG Bonn, a.a.O., 110.

⁷⁵ Vgl. BGHZ 133, 184 ff.

⁷⁶ LG Bonn, a.a.O., 110.

⁷⁷ Vgl. BGHZ 133, 184, 187.

nutzers (des Kunden) her und lassen die Ermächtigungsgrundlagen für ein Hausverbot oder eine Taschenkontrolle beziehungsweise eine Anspruchsgrundlage für einen Abwehranspruch nicht ausreichen, wenn er zu pauschal die Benutzungsfreiheit (Chatroom) oder den Zugang (Supermarkt) einschränkt. In beiden Konstellationen verlangt das Gericht zutreffend nach einer besonderen Rechtfertigung in Form eines herausragenden Grunds zur wirksamen Verhängung eines Hausverbots.

Die beratende Praxis nimmt diese Rechtsprechung unmittelbar auf und versteht sie in erster Linie als Hinweis darauf, mit welchen Benutzungsbedingungen ein Chatroom sicherheitshalber betrieben werden kann.⁷⁸ Dies geschieht freilich in gewisser Verkennung oder in Unkenntnis der Folgeentscheidung des OLG Köln, welche nach einvernehmlicher Streitbeilegung durch die Parteien freilich zwar nur noch über die Kosten zu entscheiden hatte, in diesem Rahmen aber dennoch deutlich machte, dass es im konkreten Falle entscheidend auf die Beweismittel dafür ankäme, dass es zu einem Betriebsfrieden, zu Störungen durch vom Betreiber unbedingt zu unterbindenden Beleidigungen durch den Bekl. etc. gekommen sei. Vor dem Hintergrund einer nicht eindeutigen Beweislage beurteilte das OLG den Ausgang des Falles als ‘völlig offen’ und teilte entsprechend die Kosten.⁷⁹ Andererseits setzt die rechtskräftige Entscheidung des OLG insofern Maßstäbe für spätere Streitigkeiten, als sie in schlichter Weiterdeutung der Vorinstanz anerkennt, dass dem Verf.-Kl. ‘grundsätzlich ein „virtuelles Hausrecht“‘ zustehe,⁸⁰ wovon in der Entscheidung des LG Bonn schlechterdings nicht die Rede sein kann. Oder doch? Ist aus der Verlegenheit der Landgerichtskammer, die Anspruchsgrundlage positiv zu benennen, eine Tugend geboren worden? Die Fragwürdigkeit der Begründung der Bonner Entscheidung im einzelnen, darunter besonders hervorzuheben die nicht näher untersuchte Anspruchsgrundlage, die unterlassene Frage nach der Übertragbarkeit von § 1004 BGB auf diesen Sachverhalt, die die zielstrebige

⁷⁸ Siehe z. B. [Hhttp://www.akademie.de/websiteaufbau/tipps_tricks/content_vermarktung/content/virtuelles_hausrecht.html](http://www.akademie.de/websiteaufbau/tipps_tricks/content_vermarktung/content/virtuelles_hausrecht.html); siehe auch die entsprechende Rezeption bei den auf Internetrecht spezialisierten Anwälten (alle durch Eingabe des Suchbegriffs „virtuelles Hausrecht“ unter google.de zu finden).

⁷⁹ Siehe OLG Köln, a.a.O., 52.

⁸⁰ Ebda.

Schaffung einer Vergleichsebene zwischen herkömmlichen Hausrechten⁸¹ und einem virtuellen Hausrecht voraussetzt, weiter die kaum begründete Heranziehung des Willkürverbots im Rahmen des § 242 BGB und schließlich die frei schwebende Diskussion (und Ablehnung) der von der Kl. vorgebrachten Betriebsstörung durch den Bekl.) ist bereits sehr treffend angegriffen worden,⁸² sodass hier noch besonders auf weitere Anschlussfragen eingegangen werden kann.

Von großer Bedeutung im Zusammenhang der von uns oben gestellten Frage nach der Übertragbarkeit von Rechtskategorien der *off-line*-Welt auf das Internet ist sicherlich die in der Bonner Entscheidung am Ende diskutierte Frage der Zugangsproblematik aus Sicht der IP-Adresse oder der Verwendung eines nick-names. Das Gericht hebt hier sehr zutreffend auf die Besonderheiten der beschränkten Identifikationsmöglichkeiten im Internet ab, die regelmäßig nur durch die Rechnerkennung gegeben sind, gerade wenn auch - wie im hier vorliegenden Fall - eine über die Wahl eines Benutzer- und Spitznamens hinausgehende Selbstauskunft nicht verlangt wird. Daraus folgt das Gericht, insofern konsequent, dass die Nutzung des Chatroomangebots von einem anderen Rechner aus oder unter Verwendung eines anderen Spitznamens nicht ohne weiteres nicht umfasst sei, wie dies von der Kl. vorgetragen wurde. Das Gericht stellt fest, dass sich das im Internet verkörperte 'weltumspannende Computernetz' gerade dadurch auszeichne, dass sich Benutzer von jedem Rechner aus unter Angabe eines beliebigen Spitznamens einwählen könnten. Dem Gericht muss die 'Eigenheit' seiner Betrachtung greifbar vor Augen gestanden haben, denn es geht offenkundig nicht auf das konkrete Fallproblem ein. Dieses bestand doch zweifellos nicht darin, dass der Benutzer sich zwar, ganz im Sinne der vom Gericht hervorgehobenen „Eigenheiten des weltumspannenden Computernetzes“, einen nickname und ein Passwort gewählt hatte, sondern dass er dies *zweimal* tat. Die entscheidende Frage muss für das Gericht ebenso deutlich

81 Vgl. etwa den von der Kammer zitierten Fall BGH NJW 1994, 188 („TOOM“-Markt), freilich auch in BGHZ 124, 39; hierzu die Anmerkungen von *Graf von Westphalen*, Taschenkontrolle im Supermarkt und Hausverbot, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, 367-368 (nicht von der Kammer zitiert); *Christensen*, Taschenkontrolle im Supermarkt und Hausverbot - BGHZ 124, 39, Juristische Schulung (JuS) 1996, 873-878; siehe weiter die Folgeentscheidung des BGH (von der Kammer nicht herangezogen): BGHZ 133, 184.

82 Siehe Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6.

auf der Hand gelegen haben wie für einen Taxifahrer, der wegen verspäteter Abholung eines Fahrgasts von der Zentrale für Funkaufträge gesperrt wird, sich aber im Großbetrieb einen anderen Wagen im Austausch nimmt und sich mit dessen Kennung einige Zeit später wieder an der Fahrtenvermittlung beteiligt. Das Gericht will dies aber deshalb nicht so sehen, weil es der Meinung ist, dass es die Sache des 'Hausherren' sei, die ansonsten gegen ihn arbeitenden Gesetze des Internet, sich beliebig viele nicknames und Passwörter zu wählen, außer Kraft zu setzen. Das Gericht ist - nun in der neuen Argumentationswelt des Internet - geradezu stoisch unbeeindruckt von der offenkundigen Dreistigkeit des Bekl., der aus der Sicht des Gerichts nur die Regeln anwendet, zu denen die Kl. den Betrieb aufgenommen hat, ohne sich gegen diesen (mißbräuchlichen) Gebrauch im vorhinein geschützt zu haben. Im Ergebnis stellt sich die Entscheidung also, wenn auch dogmatisch alles andere als befriedigend, so doch als einigermaßen sensibel für die Selbstregulierungsbedingungen entsprechend gelagerter Zugangsbedingungen für virtuelle Räume im Internet dar. Einzig schmerzlich ist daran die offenkundige Kluft zwischen einer dogmatisch überzeugenden Lösung einerseits und der sich hier abzeichnenden Einsicht in die Notwendigkeit neuer Begründungen für eine Welt von „Namen und Nummern.“⁸³ Was folgt aus dieser Entscheidung? Beide Instanzen scheinen zu sagen, dass es möglich sei für den virtuellen Hausherrn, Regeln zu schaffen, die einen entsprechenden Mißbrauch seitens der Benutzer ausschließen können. Zwei Probleme: zum einen droht einer entsprechenden Benutzungsregelung das Schicksal der AGB im Supermarktfall (sie sind ungültig, soweit sie ungerechtfertigterweise pauschal, d.h. ohne konkreten Nachweis einer Störung, die Freiheit der Kun-

⁸³ Siehe Dietrich Becker, Von Namen und Nummern: Über Kollisionen unverträglicher Rechtsmassen im Internet, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrsg), Rechtsverfassungsrecht (Baden-Baden 2003, i.E.); siehe auch *Teubner*, Zur Eigenständigkeit des Rechts in der Weltgesellschaft: Eine Problemskizze, in: Schweizer/Burkert/Grasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, 2002, 145-151, 151: „Gerade das Defizit des Rechts, Sozialkonflikte als solche in ihren Ursachen, Erscheinungsweisen und Wirkungen angemessen zu verstehen, eröffnet die Chance einer Aussenirritation. Die verfahrensmäßige und begriffliche Verfremdung eines Sozialkonflikts durch seine Juridifizierung ist unter bestimmten Bedingungen geeignet, Prozesse gesellschaftlicher Selbstorganisation zu provozieren.“ Zu diesem Verfremdungseffekt juristischer Intervention siehe *Teubner/Zumbansen*, Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2000, 189-215.

den einschränken, damit sind sie aber auch nicht mehr als AGB möglich), und zum anderen werden Internetbenutzer einen Chatroom ablehnen, der die 'Eigenheiten' der Internetwelt, keine über die IP-Kennung hinausgehende Identifizierung erlauben, zu verletzen geeignet ist. Mit anderen Worten: die dogmatisch unbefriedigende Lösung des Gerichts gerät zum kaltschnäuzigen Hinweis an die betreffenden Hausherren, dass ihnen auch bei Zugrundelegung umfassender Benutzungsbedingungen die Durchsetzung des Hausrechts trotzdem weiterhin nur dann gestattet sein wird, wenn es zu einer erheblichen Betriebsstörung gekommen ist. Und für diese Lösung brauchte schon der BGH keine starke Rückbindung an das BGB.

V. Willkürverbot und gesellschaftlicher Konstitutionalismus

Wie ist hier weiter zu denken? Wie oben bereits angedeutet, ist die Lösung nicht in immer weiter verfeinerten Kriterienbestimmungen innerhalb von Treuwidrigkeits- oder anderen Maßstäben zu suchen. Nimmt man die Vernetzung von Kommunikationsteilnehmern in einem virtuellen Raum ernst, so muss man diese Teilnehmer auch als Autoren der hier Anwendung findenden Regeln ernst nehmen. So ist ein pauschaler Hinweis auf die eventuelle Gleichheitswidrigkeit des Ausschlusses eines Teilnehmers im Gegensatz zu anderen nicht hilfreich.⁸⁴ Denn dies hängt nicht nur davon ab, ob einer oder mehrere ausgeschlossen werden, sondern kann richtigerweise nur aus einer kontextuellen Würdigung des Kommunikationsraums und der in ihm geltenden und von den Teilnehmern angewendeten Regeln gewonnen werden.⁸⁵ Folglich kann der Bewertungsmaßstab auch nicht über inhaltliche Kriterien des § 242 BGB definiert werden. Schon in der LG Entscheidung, besonders aber in der des OLG im folgenden Jahr wird deutlich, dass es trotz der deutlichen Bezugnahme auf den Grundsatz des *venire contra factum proprium* auf Beweislastverteilung ankommt. Die deutlichen Hinweise des Senats auf die auf beiden Seiten nicht zufriedenstellend erfolgte Beweisführung spiegeln in

⁸⁴ Ladeur, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen, oben Fn. 6, 789.

⁸⁵ Siehe in diesem Zusammenhang Ladeur, Regulierung von Selbstregulierung, oben Fn. 3, 62 ff., 63: „In Zukunft wird das Wissen und das Handlungspotential nicht mehr an stabile Handlungseinheiten, Individuen oder Unternehmen, gebunden sein, sondern über ein situatives Netzwerk von insbesondere interorganisationellen Beziehungen zwischen Akteuren distribuiert sein, die nur problembezogene Beschreibungen zulassen.“

bemerkenswerter Weise wider, dass das Gericht den Parteien ein Mandat zur Regelaufstellung erteilt beziehungsweise dieses anerkennt und konsequent die Parteien in ihrem Verhalten daran mißt. Steuerung beziehungsweise richterliche Intervention wäre auch in diesem Bereich dann weniger Inhaltskontrolle, als vielmehr - lernende⁸⁶ - Struktursteuerung.⁸⁷ Aufgrund der nicht eindeutigen Einschlägigkeit bestimmter Anspruchsgrundlagen für einen nur schwer als öffentlich oder privat zu qualifizierenden Raum müssen die Maßstäbe aus der Eigenart der betroffenen, gesellschaftlichen Aktivität selbst gewonnen werden. Im Fall des Chatrooms hieße das zum Beispiel, die Offen- beziehungsweise Geschlossenheit des Kommunikations- und Interaktionsraums seitens des Gastgebers wie auch der Benutzer transparent zu machen. Die eventuellen Ausschlusskriterien sowie weiter zu formulierenden Zulassungsschranken wären erst aus einer Strukturierung der volatilen, wechselnden Zusammensetzung der Kommunikationsgemeinschaft selbst zu gewinnen. Diese könnte im Zweifel nie mehr sein als eine unregelmäßig und ohne Verpflichtung zu dauerhafter Teilnahme aufeinander treffende Gruppe von Kommunikationsteilnehmern, die sich einer stabilisierenden Inpflichtnahme, etwa unter der Chiffre der Mitgliedschaft, regelmäßig entziehen würde. Erst bei einem Perspektivenwechsel weg von der Qualifikation des Raums von seiten desjenigen, der ihn einem Publikum eröffnet, wie dies für das Recht der öffentlichen Sachen wie auch für die benannte zivilrechtliche Hausrechtsproblematik kennzeichnend ist, hin zur Perspektive der an der Kommunikation teilnehmenden *Chatter* eröffnen sich Möglichkeiten einer angemessenen Kriterienauswahl und Maßstabserprobung. Bei aller Schwierigkeit der Bestimmung der Gruppenzugehörigkeit, der Gruppenqualität und ihrer Eigenart ergeben sich doch aus der Sichtweise auf die Teilnehmereigenschaften, ihre Zusammensetzung und ihr Kommunikationsverhalten Grundlagen für die Bewertung der sich hier spontan kristallisierenden Ordnung. Das Recht, welches hier Grenzen zwischen Teilnahmeberechtigung und Ausschlusszwang zu ziehen hat, kann richtigerweise nicht mehr bei der Qualität eines Raums ansetzen, wenn dieser einem derart weit gewidmeten

⁸⁶ Vgl. Ladeur, Regulierung von Selbstregulierung, oben Fn. 3, 67: „(...) Lernen kann seinerseits nicht als spontanes Phänomen der Selbstorganisation unterstellt werden, es muss und kann auch systematisch in Regelungsstrategien eingebaut werden, die Ungewißheit durch Modellbildung und deren Verknüpfung mit Suchverfahren zum Zwecke der Erzeugung neuen Wissens binden.“

⁸⁷ Siehe Kübler, Legitimationsfragen der Medienregulierung, oben Fn. 44, 279 f.

Zweck dient, wie dies bei der Eröffnung eines Kommunikationsraums der Fall ist. Ob es sich um ein öffentliches beziehungsweise privates Forum handelt, ist nicht unter Rückgriff auf erlernte Vorurteile hinsichtlich einer demokratischen Willensbildung zu klären, denn die Erscheinungsformen gesellschaftlich relevanter Kommunikationen unterliegen auch schon ohne das Internet einem ständigen Prozess der Ausdifferenzierung. Die Perspektive des Rechts, die aufgrund bestimmter Ziele und Widmungen auf Zulassung und Zugang abstellt, verstellt womöglich den Blick auf andere, noch nicht verfestigte Formen gesellschaftlicher Kommunikation. Diese Kommunikation mehr als den Raum gilt es aber seitens des Rechts zu schützen. Zulassung unter Kontrolle, Freiheit unter Auflagen heißen die Zauberformeln⁸⁸, die das Unmögliche möglich und erträglich machen sollen. Demokratische Theorie, vor dem Hintergrund institutioneller Lernerfahrungen und räumlicher Beschränkungen, und eingedenk der andauernden Anerkennungskämpfe⁸⁹ und der Fragilitäten des Öffentlichen.⁹⁰ Dieser Perspektivenwechsel erschließt auch eine verfassungsrechtliche Dimension, indem die Verfassung gewissermaßen auf die Ebene gesellschaftlicher Kommunikation⁹¹ geholt wird. Es ist diese Sicht, die den Blick freigibt auf die Gemeinwohlpotenzen gesellschaftlicher

88 Siehe *Wiethölter*, Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, Kritische Justiz 1988, 403-409; *Wiethölter*, Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, 89-120.

89 Siehe hierzu die prägnante Auseinandersetzung mit Habermas bei *Wingert*, Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung - Der Prozeß des Rechts in den Satzungen der Macht, in: Brandt/Sturm (Hrsg.), Klassische Werke der Philosophie. Von Aristoteles bis Habermas, 2002, 345-378.

90 Siehe zu den hier einschlägigen Theorien demokratischer Deliberation in öffentlichen-privaten, also hybriden Foren, *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, 1996; Sabel/Cohen, in: European Law Journal 1997; *Gerstenberg*, Law's Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel, European Law Journal 1997, 343-358; vgl. auch *Bohman*, The Coming of Age of Deliberative Democracy, Journal of Political Philosophy 1998, 400-425.

91 Ganz ausdrücklich bei *Frankenberg*, *Verfassung der Republik*, oben Fn. 90.

Selbstregulierung, die jenseits der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht eine verfassungsrechtliche Dimension eröffnet.⁹²

C. Innovation

„Innovation ist eine kreative Handlung, in der neue Kombinationen von Methoden und Maschinen situativ geschaffen werden und gleichzeitig alle bisher produzierten Werte, bestens funktionierende Fabrikanlagen wie höchst entwickelte Fähigkeiten der Arbeitskräfte, radikal entwertet werden.“⁹³

Die diesseits einer solchen Konstitutionalisierungsperspektive auf gesellschaftliche Kommunikationspraktiken augenscheinlich gewordene Diskrepanz zwischen einem Fundus an Rechtsregeln und einer sich der Subsumtion hartnäckig widersetzenden sozialen Wirklichkeit stellt sich in besonderer Weise als wissenstheoretisches Problem dar. Mit der hiermit verbundenen Beobachtungsperspektive stellt sich die Gewachsenheit des Normenmaterials und der Regulierungssystematik als ein sich intern weiter ausdifferenzierendes und affirmierendes System dar, welches neben der Binnendifferenzierung auch Kollisionsregeln für die Rezeption und Integration externer Regeln ausbildet.⁹⁴ Die systeminterne Kollision von Pfadabhängigkeit und Innovation bietet sich an zur Abbildung der Entwicklungsdynamiken

⁹² Vgl. zum Beispiel der gerichtlichen Behandlung von Selbstregulierungseinheiten (self-regulatory associations) *Black*, *Constitutionalising Self-Regulation*, *Modern Law Review* 1996, 24, 24: „Such pre-occupations obscure the main issue: what should be the response of law when faced with where are in effect mini-systems of collective government? It is a question of how to constitutionalise self-regulation.“

⁹³ *Rammert*, *Innovation im Netz. Neue Zeiten für technische Innovationen: heterogen verteilt und interaktiv vernetzt*, *Soziale Welt* 1997, 397-416, 397.

⁹⁴ Siehe statt vieler Luhmann, *Recht als soziales System*, *Rechtstheorie* 1999, 1-15; Teubner, *Altera Pars Audiatur*, oben Fn. 47.

bei systeminternen Umgängen mit neuen Informationen.⁹⁵ Dabei kann Rechtstheorie die Schaltstellen kennzeichnen, an denen es zu Verlegenheiten oder Stillständen der Regelanwendung kommt, weil die interne Differenzierung des Rechtssystems wegen verstärkter Irritationen unregelmäßig wird. Dies ist in besonderem Maße auf die rasant verlaufende Ausdifferenzierung der post-indusriellen Wissensökonomie zurückzuführen. Hier ist Innovation gekennzeichnet durch technische Pionierarbeit, deren Kristallisierung in Form einer auf sie folgenden und auch manchmal ablösenden, 'organisierten Innovation' aber gleichzeitig zur erhöhten Innovationsschwelle für Nachfolger wie auch zur extremen Störanfälligkeit des erreichten und eingerichteten Standards selbst durch kleine Innovationen wird. Je rascher die dezentral vorangetriebenen technischen Entwicklungen und Innovationen einen *overspill* an Schubkraft, Destruktion und Irritation mit sich bringen, desto schwerfälliger gestaltet sich die 'gesamte konzertierte Innovation', „weil in einem heterogen verteilten System der Innovation die Koordinations- und Synchronisationsprobleme [...] anwachsen“⁹⁶ und „Grenzen zwischen Grundlagenforschung, angewandter Forschung und Technologie (...) verwischen.“ Gleichzeitig verflüssigen sich mit der gewachsenen, schnelleren Vermarktung von Innovationen und noch nicht klar definierten, postfordistischen Produktionsweise einer vernetzten Wirtschaft,⁹⁷ die die traditionelle Unternehmenssemantik zugunsten flexibler und profitabler Allianzen verlässt, auch die ethischen Standards: angesichts einer rasanten technischen Innovationsabfolge, vorangetrieben gleichermaßen von staatlichen, universitären Forschungseinrichtungen wie von privatwirtschaftlichen, (ebenso) weltweit konkurrierenden Unternehmen⁹⁸ ist die noch vor einigen Jahren gebräuchliche Kennzeichnung der sich vermeintlich regelmäßig feindlich gegenüberstehenden Ingenieure/Technokraten auf der einen und der Vorreiter

⁹⁵ Siehe etwa Schulte, Wandel der Handlungsformen der Verwaltung, oben Fn. 10, 343 f., der freilich auf die ‚mangelnde Methodenkompatibilität‘ zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften aufmerksam macht.

⁹⁶ Rammert, Innovation im Netz, oben Fn. 93, 409.

⁹⁷ Siehe dazu besonders *Piore/Sabel*, *The Second Industrial Divide. Possibilities for Prosperity*, 1984; siehe auch die Beiträge in: *Amin (Hrsg.)*, *Post-Fordism. A Reader*, 1994.

⁹⁸ Siehe hierzu etwa *Best*, *The New Competition. Institutions of Industrial Restructuring*, 1990; *Best*, *The New Competitive Advantage: the renewal of American industry*, 2001.

ökologischen Denkens auf der anderen Seite nicht mehr hilfreich zur Identifikation treibender gesellschaftlicher Kräfte.

In dem Maße, wie Innovationsblockaden und -fragilitäten durch Verfestigung und Institutionalisierung zutage treten und wiederum neue Innovationsschübe freisetzen, zeichnet sich bereits ein anderes ideelles und institutionelles Bezugssystem ab.⁹⁹ „Gefragt ist also ein neues Innovationsregime, das der Herausforderung der reflexiven Innovation gewachsen scheint und einen Koordinationsmechanismus kennt, der *Vielfältigkeit* und *Ambivalenz* toleriert, *rekursives Lernen* besser begünstigt und *Zeitdifferenzen* zuläßt.“¹⁰⁰ Die im Horizont der Moderne entstehende Fortschrittsidee wird nun auf ihre Grundlagen hinterfragt, und die unter dem Stichwort der ‘reflexiven Modernisierung’¹⁰¹ geführte Diskussion läßt sich als Reflex und Reaktion auf diese Entwicklung darstellen.¹⁰² Während der fortschritts- und rationalitätsorientierte Modernitätsglaube zur historistischen Narration verkümmert,¹⁰³ gegen die sich die ‘Zweite Moderne’ als mehr als nur eine weitere Erzählung abzugrenzen versucht,¹⁰⁴ geraten auch die korporativen Akteure in Bewegung, die als Organisationen der Marktgesellschaft oder staatlich geförderte Forschungsinstitutionen bislang den Fortschritt sicherten. Während sich der Spitzenreiter in Software Innovation, *Microsoft Inc.*, gegen den Vorwurf wehren muss, unüberwindbare Marktzugangsschranken für andere, eventuell ebenso innovative Produzenten errichtet zu haben, kommt es zu einer immensen Ausweitung organisierter Forschung, wie sie sich etwa in der

99 Rammert, Innovation im Netz, oben Fn. 93, 406. Vgl in diesem Zusammenhang die Beiträge in *Amin (Hrsg.)*, Post-Fordism. A Reader, 1994, und ebenso *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000. Zur Konkurrenzsituation in Wirtschaft und Wissenschaft, vgl. statt vieler Stichweh, in: *Soziale Systeme* 1998.

100 Rammert, Innovation im Netz, oben Fn. 93, 409 (Hervorhebungen P.Z.). Siehe auch *Ladeur*, Regulierung von Selbstregulierung, oben Fn., 67, für den Vorschlag, ‘Regulierungsstrategien zeitlich zu differenzieren und auf die Erzeugung neuen Wissens für spätere Regulierungsstufen zu warten.’

101 *Beck/Giddens/Lash*, Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse, 1999.

102 Vgl. ebda., 398.

103 *Luhmann*, Ideengeschichte in soziologischer Perspektive, in: *Matthes (Hrsg.)*, Lebenswelt und soziale Probleme. Verhandlungen des deutschen Soziologentages zu Bremen 1980, 1981, 49-61, 50: „Der Historismus hat bewußt gemacht, daß man immer nur die Geschichte der Gegenwart schreiben kann.“

104 Siehe hierzu *Beck/Giddens/Lash*, Reflexive Modernisierung, oben Fn. 101.

Neugründung von Max-Planck-Instituten widerspiegelt.¹⁰⁵ Im Zuge einer immer schneller werdenden Innovationsfolge dezentraler wirtschaftlicher oder sonst privater Akteure auf globaler Ebene (*open source*; software oder *off-line*-Produktentwicklung) wird die institutionelle Einhegung von Innovationsverläufen zunehmend erschwert.

I. *Von hierarchischer Steuerung zur Kooperation mit Netzwerken*

„...the efficiency of markets is determined, not by planning and deliberation, but by structure.“¹⁰⁶

„Aber Organisationen versagen, wenn Unterschiede aufrechterhalten und Zeithorizonte offengehalten werden sollen.“¹⁰⁷

„Lex informatica intrinsically links rule-making capabilities well suited for the Information Society with substantive information policy choices.“¹⁰⁸

Während das Verhältnis zwischen Recht und Markt allenthalben als Steuerungsproblem und Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft qualifiziert wird, folgt aus der Betonung der fragmentierten Wissensproduktion ein Perspektivenwechsel. Hierarchie erscheint in der Folge nur noch als

¹⁰⁵ Rammert, Innovation im Netz, oben Fn. 93, 398, spricht von einer ‚Innovation der Innovation‘. Gerade aber die Institutsgründung beziehungsweise -zulassung durch die Max-Planck-Gesellschaft präsentiert sich wiederum als eine wissenschaftsinstitutionelle Praxis, die wahrscheinlich in vergleichbar starkem Maße durch Innovation und Pfadabhängigkeit gekennzeichnet ist.

¹⁰⁶ Cooter, Against Legal Centrism. Review of Robert C. Ellickson, Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes, California Law Review 1993, 417-429, 428.

¹⁰⁷ Rammert, Innovation im Netz, oben Fn. 93, 410.

¹⁰⁸ Reidenberg, Lex Informatica, oben Fn. 41, 555.

Erinnerungsbegriff, weil er seine leitende, unterscheidende Funktion dort verloren hat, wo der Gewährleistungs- und Supervisionsstaat mit sehr beschränktem Wissen und unter strategischem Druck in gesellschaftliche Beziehungsnetzwerke eingreift.¹⁰⁹ „[D]ie Strategie der Regulierung von Selbstregulierung in interorganisationellen Netzwerken muss ihrerseits differenziert werden, und diese Differenzierung selbst ist abhängig von den unterschiedlichen Mustern der Bildung interorganisationeller Netzwerke, innerhalb derer Wissen sowie Anschlusszwänge und -möglichkeiten für öffentliche wie private Entscheider erzeugt werden.“¹¹⁰ So transformiert sich hierarchische Steuerung auf das Beobachten privater Wissenserzeugung, auf das Vorfinden von ‘Organisations- und Netzwerkvertrauen’ und hofft auf ausreichende Einsicht in gesellschaftliche Funktionen und Praktiken.¹¹¹ Der Zeithorizont ist dabei dilemmatisch gleichzeitig offen wie auch geschlossen. Er ist offen, weil es in der Risikogesellschaft immer schwieriger geworden ist, adäquate Folgenberücksichtigungen zu leisten, und geschlossen, weil auch punktuelle Interventionen schwere Auswirkungen auf die zukünftige Eigenorganisation von Marktkräften haben können.¹¹² Polyrhythmische Vernetzung scheint eine passendere Beschreibung zu sein als polyphone Harmonisierung.¹¹³

109 Vgl. Ladeur, Regulierung von Selbstregulierung, Fn. 3, 63, 66: „Es wäre überraschend, wenn die zunehmende Fragmentierung der Handlungsfelder durch die Höherlegung des Abstraktionsniveaus wiederum in einem einheitlichen Entscheidungsschema und durch Formulierung einer stabilen Rolle für öffentliche Entscheider, etwa durch die Umstellung des Regulierungsstaates auf die Funktion des ‘Gewährleistungsstaates’ bewältigt werden könnte.“

110 Ebda.

111 Reidenberg, Lex Informatica, oben Fn. 41, 579: „Effective channeling of Lex Informatica requires a shift in the focus of government action away from direct regulation and toward indirect influence.“

112 Vgl. zum Beispiel der Abfallentsorgung Ladeur, Regulierung von Selbstregulierung, oben Fn. 3, 60 f.

113 Rammert, Innovation im Netz, oben Fn. 93, 412: „Innovation nach Schumpeter verlangt also eine größere Heterogenität der Beteiligten, eine intensivere Rückkopplung mit vielfältigen Kontexten und auch eine größere Reflexivität der Akteure.“

II. *Jenseits von gesellschaftlicher Selbstorganisation und staatlicher Steuerung*

„Self-regulation, like state-regulation, depends on architectures of control. Without these architectures, neither form of regulation is possible.“¹¹⁴

Jeder Steuerungsansatz muss Ziele, Mittel, Akteure und Adressaten benennen. Die oft diskutierte Alternative zwischen gesellschaftlicher Selbstorganisation und politischer Steuerung¹¹⁵ erhellt vor allem die gewohnten Rückgriffe auf bestimmte Verfahren der Legitimation und der Kontrolle, andererseits aber auch die Beschränkungen der an Staat und Gesellschaft ausgerichteten Zuordnung von Kompetenzen und Freiheiten zu öffentlichen oder privaten Räumen.¹¹⁶ Gleichwohl bergen die radikale Abkehr von solchem ‚Raumdenken‘ oder vage Spekulationen über Chancen und Gefahren eines gänzlich von der ‚*off-line*‘- Welt getrennt gedachten Internet die Gefahr, sich der Lernerfahrungen zu begeben, die im Rahmen dieser Abgrenzungskämpfe um den formalen und materiellen Rechtsstaat, den Wohlfahrts-, Gewährleistungs- und Supervisionsstaat und die Qualität von Grundrechten geführt wurden und weiterhin geführt werden.¹¹⁷ Die Paradoxie dieser Lernerfahrungen besteht - ähnlich wie in der gegenwärtigen

¹¹⁴ Lessig, What Cyberlaw may teach, oben Fn. 25, 519.

¹¹⁵ Siehe etwa Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht, oben Fn. 9; auch Trute, Verwaltung und Verwaltungsrecht, oben Fn. 9; Hoffmann-Riem, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, *DÖV* 1997, 433 ff.

¹¹⁶ Zumbansen, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat*, oben Fn. 29, 301 ff.

¹¹⁷ Vgl. besonders Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991; Hoffmann-Riem, Das Grundgesetz - zukunftsfähig?, Deutsches Verwaltungsblatt [DVBl.] 1999, 657-667; Trute, Verwaltung und Verwaltungsrecht, oben Fn. ; Günther, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 51-68.

Entwicklung des Völkerrechts¹¹⁸ - darin, dass sich angesichts der Erscheinungsformen transnationaler, weltumgreifender Kommunikationen und des Bedeutungszuwachses politischer, nicht-staatlicher, nicht-gouvernementaler Akteure ein Rückgriff auf bewährte Muster der ‚Regierung‘ zu verbieten scheint, während andererseits nur eben dieser möglich ist, weil andere, bereits umfassend verallgemeinerbare Erfahrungen noch weitgehend fehlen.

So wie das ‚informelle Verwaltungshandeln‘ seine Zeit brauchte, um den Weg in die Standardlehrbücher eröffnet zu bekommen (nota bene: nicht selbstständig zu finden),¹¹⁹ geht es um eine ständige Blickerweiterung der Steuerungswissenschaften zur Wahrnehmung wachsender Herausforderungen und Lernmöglichkeiten.¹²⁰ Eine Suche nach Regierungsorten im Internet eröffnet einen für viele geradezu überwältigenden Raum, bevölkert von bislang den Meisten unbekanntem Akteuren.¹²¹ Ohne ständige Vergleiche zwischen diesen ‚governance‘-Erscheinungen und herkömmlichen Regierungserfahrungen im Nationalstaat und in internationalen, völkerrechtlichen Organisationen würden dem Beobachter im Zweifel der besondere, hybride

¹¹⁸ Siehe etwa *Fischer-Lescano*, Globalverfassung, Verfassung der Weltgesellschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [ARSP] 2002, 349-378; s.a. *Zumbansen*, Die vergangene Zukunft des Völkerrechts, Kritische Justiz [KJ] 2001, 46-68; zum Zusammenhang von Völkerrecht und Internet, siehe Mayer, Internet und Völkerrecht, oben Fn. 41; *Perritt*, The Internet is changing the Public International Legal System, Kentucky Law Review 2000, 885-955, der die These vertritt, dass sich das Völkerrecht unter dem Druck des Internet und der in ihm zutage tretenden Konflikte nicht-staatlichen Akteuren zunehmend - und grundsätzlich - öffnet, siehe ebda., 893-894, 899: „Empowering Advocates“.

¹¹⁹ Vgl. Ladeur, Regulierung von Selbstregulierung, oben Fn. 3, 64; Hartmut Maurer, Verwaltungsrecht, 12. Aufl., München 2000.

¹²⁰ Reidenberg, Lex Informatica, oben Fn. 41, 584: „In essence, the dynamics of Lex Informatica change the types of activities in which government should be engaged.“

¹²¹ Siehe etwa <http://www.icann.org> oder <http://www.isoc.org>.

Charakter der Regelungssysteme im und für das Internet entgehen.¹²² Diese Form transnationaler Regierungsform ergibt sich in vielen Fällen aus dem Ineinandergreifen öffentlich gesetzter Rahmenbedingungen und privater Regelungssetzungen. Die Governanceforschung der letzten Jahre geht in diesem Zusammenhang berechtigterweise dazu über, die Perspektive auf mögliche Delegitimationseffekte intergouvernementaler Politik gegenüber der Mitwirkung nationalstaatlicher Zivilgesellschaften um die dringend notwendige Untersuchung anderer Regierungsstrukturen zu erweitern. Diese sind gekennzeichnet durch die starke Rolle ‚privater‘, jedenfalls nicht-staatlicher Akteure in der Schaffung grenzüberschreitender Normsetzung.¹²³ Angesichts des starken semantischen Drucks eines aus unserer nationalstaatlichen Erfahrung herrührenden, zweipoligen Denkens über Staat und Gesellschaft als maßgebende Einheiten für öffentliches und privates Handeln¹²⁴ spricht viel für ein genaues Hinsehen. Die die Diskussion der letzten

¹²² Perritt, Internet, oben Fn. 118, 931; Mayer, Internet und Völkerrecht, oben Fn. 41, 109: „Internetrecht erscheint aber zu einem großen Teil als ein Querschnittsrechtsgebiet, das eine Vielzahl von Regelungszusammenhängen berührt.“ Siehe auch Farrell, Hybrid Institutions, oben Fn. 30, der das enge Ineinandergreifen von ‚public oversight‘ und ‚private enforcement‘ untersucht. Ein anderes, aktuelles Beispiel öffentlicher Einrichtung eines privaten Distributionsmechanismus‘ ist die im Sommer 2000 gegründete Stiftung ‚Erinnerung, Verantwortung, Zukunft‘ für die Entschädigung ehemaliger Zwangsarbeiter des Dritten Reichs, siehe hierzu z.B. Adler/Zumbansen, The Forgetfulness of Noblesse: A Critique of the German Foundation Law Compensating Slave and Forced Laborers of the Third Reich, Harvard Journal on Legislation [und in: P.Zumbansen (Hrsg.), Zwangsarbeit im Dritten Reich: Erinnerung und Verantwortung, Baden-Baden 2002, 333ff.] 2002, 1-61.

¹²³ Vgl. etwa , der die Abgrenzung dieser Tätigkeiten von solchen privater Unternehmen und Verbände im Rahmen etwa der *lex mercatoria* sucht (ebda.); siehe zur *lex mercatoria* aus jüngerer Zeit die Beiträge in Berger (Hrsg.), The Practice of Transnational Law, 2001; sehr einflussreich war die Studie von Dezalay/Garth, Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes, Law & Society Review 1995, 27-64.

¹²⁴ Siehe aus jüngerer Zeit Böckenförde, Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung, E.-W.Böckenförde, Staat Nation Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Suhrkamp: Frankfurt 1999, 103-126; Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht, oben Fn. 9; Möllers, Staat als Argument, 2000; Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat, oben Fn. 29.

Jahre beherrschende Rede vom Rückzug des Staates hat sich, unter mehr oder weniger gut informierter Berufung auf Privatisierungs- und Deregulierungsentwicklungen, in der Sogkraft der Globalisierungsdebatte allerdings elegant in die Weltgesellschaft gerettet. In der teilweise anzutreffenden Euphorie über *governance without government* und eine weltweite Bürgergesellschaft werden die kritischen Stellungnahmen zum plakativ verkündeten Ende des Staates, wie sie etwa die verwaltungswissenschaftliche Debatte auf nationalstaatlicher Ebene hervorgebracht hat, nur unzureichend zur Kenntnis genommen.¹²⁵ Damit droht jedoch der ansonsten berechtigte Blick auf Weltgesellschaft als Schlüsselbegriff für transnationale Regierung (mit oder ohne ‚Politik‘)¹²⁶ die Sicht auf Vorbestimmtheiten zu verstellen, die sich schon auf nationalstaatlicher Ebene für einen nicht nur in negativer Abgrenzung vom Staat zu gewinnenden Begriff von Gesellschaft als tragisch erwiesen haben.¹²⁷

Statt die transnationalen Rechtsformen, die die Internetregulierung kennzeichnen, also als klare Ergebnisse eines Endes des Staates zu interpretieren, erweist sich eine andere Perspektive als viel erhellender: danach geht es nicht um ein diametrales, sondern reziprokes Verhältnis der wechselseitigen Ergänzung öffentlicher und privater Regulierung im Kontext einer vernetzten grenzüberschreitenden Zusammenarbeit staatlicher und privater Akteure.¹²⁸

¹²⁵ Vgl. z. B. Gusy, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, oben Fn. 34; Schuppert, Staatsaufsicht, oben Fn. 16; Schuppert, Rückzug des Staates?, Die öffentliche Verwaltung [DÖV] 1995, 761-773; Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, 1999, 13-45; kritisch gegenüber einer zu stark am ‚Staat‘ orientierten Konzeption der Verantwortungsteilung: Vesting, Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Schlosser (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät Augsburg, 1997, 183-202.

¹²⁶ Umfassend dazu aus politologischer und soziologischer Sicht Albert, Zur Politik der Weltgesellschaft, oben Fn. 24; Brunkhorst, Solidarität, 2002; Stichweh, Die Weltgesellschaft. Soziologische Analysen, 2000; aus juristischer, rechtssoziologischer Sicht Teubner, Global Bukowina, oben Fn. 22.

¹²⁷ Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., *Die postnationale Konstellation*, 1998, 91-169, 91-94.

¹²⁸ Farrell, Hybrid Institutions, oben Fn. 30, 26 ff.