

Die Evolution des Rechts und die Möglichkeit eines „globalen Rechts“ jenseits des Staates – zugleich eine Kritik der „Selbstkonstitutionalisierungsthese“

The evolution of the law and the possibility of a “global law” extending beyond the sphere of the state – simultaneously, a critique of the “self-constitutionalisation” thesis

von Karl-Heinz Ladeur

translated by Alison Lewis

I. Einleitung: Ist das „globale Recht“ Recht?

Die Entwicklung eines „globalen Rechts“ jenseits des Staates stellt die Referenzen und Grenzbegriffe in Frage, mit deren Hilfe bisher eine Art „Einheit der Rechtsordnung“ konstruiert worden ist. Dies ist auch für die Rechtstheorie eine Herausforderung. Gibt es überhaupt ein „Weltrecht“, das sich nicht aus den bisher anerkannten „Rechtsquellen“ speist? Tritt die Leistung des Rechts hinter die Ordnungsleistung anderer Systeme zurück? Lässt sich gar die Behauptung aufstellen, die Fragmentierung des globalen Rechts sei ein Produkt der „Eigenrationalitätsmaximierung aus erfolgreicher Funktionsspezifizierung und Risikosteigerung aus erfolgreicher Risikoabsorption“ durch einzelne Systeme¹, insbesondere des Wirtschaftssystems, zu Lasten anderer und damit auch des Rechtssystems? Wie lässt sich ein nicht auf bestimmte „Quellen“ rückführbares Recht von anderen sozialen Normen unterscheiden, die in großer Zahl in globalen Netzwerken generiert werden? Wie lassen sich Übergangsphänomene beschreiben?

Im Folgenden sollen diese Fragen auf einer mittleren Abstraktionsebene aufgeworfen und am Beispiel von paradoxen Normbildungen in Globalisierungsprozessen untersucht werden, die zwar „jenseits

I. Introduction: Is “global law” law?

The development of a “global law” extending beyond the sphere of the state calls into question the references and limit-concepts [Grenzbegriffe] which have previously been used to construct a kind of “unity of the legal system”. A challenge also arises as far as legal theory is concerned. Does there in fact exist any “world law” whose sources are not the previously acknowledged “sources of the law”? Is the law less effective than other systems in establishing governance? Is it even possible to state that the fragmentation of global law is a product of the “maximisation of inherent rationality derived from successful function specification and risk increase derived from successful risk absorption” by individual systems¹, in particular the economic system, to the detriment of other systems including the legal system? How can a law which cannot be traced back to particular “sources” be distinguished from other social norms which are being generated in large numbers in global networks? How can transitional phenomena be described?

In the following, these questions are raised at an average level of abstraction and are investigated using the example of paradoxical norm formations in globalisation processes which are to be observed as taking

1 *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts* (2006), 33.

1 *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts* (2006), 33.

des Staates“ und diesseits internationaler Organisationen zu beobachten sind, an denen der Staat oder internationale Organisationen aber doch in neuen Formen beteiligt sind. Hier stellt sich die Frage, ob und wie weit sich ein „globales Verwaltungsrecht“² und eine rechtliche Durchlässigkeit des Mantels der Souveränität aus Forderungen internationaler Organisationen ergeben kann, deren Status und Reichweite unklar ist: Ein Beispiel dafür ist die „responsibility to protect“.³ Das erste Beispiel, die globale Normsetzung, führt auf die Frage zurück, ob in privat-öffentlichen Netzwerken der Standardisierung ein *Recht* für die Selbstorganisation ihrer Normerzeugungsprozesse als emergentes reflexives Phänomen hervorgebracht wird.⁴ Das zweite Beispiel wirft die Frage auf, ob und wie ein unscharf gefasstes „Prinzip“, das die Verantwortung des Staates für seine „eigene“ Bevölkerung über Beschlüsse internationaler Organisationen in Anschlag bringt, eine Art rechtlicher Bindung über einen Prozess der „Verstrickung“ der Nationalstaaten in rechtlich strukturierte Diskurse hervorbringen kann.

place “beyond the sphere of the state” but not within the sphere of international organisations, and in which the state or international organisations are involved, albeit in new forms. Here the question arises as to whether and to what extent any “global administrative law”² and any legal “permeability” of the cloak of sovereignty can result from claims of international organisations whose status and sphere of activity are unclear: an example of this is the “responsibility to protect”.³ The first example, the global setting of norms, leads back to the question of whether, in private-public standardisation networks, a *law* for the self-organisation of its norm-generating processes is being created as an emerging reflexive phenomenon.⁴ The second example raises the question of whether, and how, any imprecisely worded “principle” which accounts for the state’s responsibility for “its” population through resolutions taken by international organisations is able to bring about any kind of legal commitment through a process of the “involvement” of national states in legally structured discourses.

-
- 2 Vgl. nur die Darstellung von *Benedict Kingsbury/Nico Krisch/Richard B. Stewart*, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), 15.
- 3 Vgl. nur *Alex J. Bellamy*, *Global Politics and the Responsibility to Protect. From Words to Deeds*, (2010).
- 4 Vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, *Die Herausbildung des globalen Verwaltungsrechts und seine Verknüpfung mit dem innerstaatlichen Recht*, erscheint in *DÖV* 2012.

-
- 2 Cf. only the representation provided by *Benedict Kingsbury/Nico Krisch/Richard B. Stewart*, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), 15.
- 3 Cf. only *Alex J. Bellamy*, *Global Politics and the Responsibility to Protect. From Words to Deeds*, (2010).
- 4 Cf. *Karl-Heinz Ladeur*, *Die Herausbildung des globalen Verwaltungsrechts und seine Verknüpfung mit dem innerstaatlichen Recht*, appearing in *DÖV* 2012.

II. *Wie wandlungsfähig ist der Begriff des Rechts?*

A. *Die „Einheit der Rechtsordnung“ als Produkt der Umbesetzung innerhalb eines „Differenzierungsgeschehens“*

Der Begriff des Rechts ist immer noch von den Bedingungen der „Gesellschaft der Individuen“ und den für deren Ordnungsmodelle charakteristischen Grenzbegriffen geprägt, d. h. der Abschichtung von sozialen Normen und Rechtsnormen, der Unterscheidung von allgemeiner Regel und Regelanwendung, der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen „von oben“ gegen die Enttäuschung durch andere Individuen oder organisierte Akteure bei gleichzeitiger Unterstellung von allgemeinen Normalitätsstandards. Zugleich werden dabei die Spannungen innerhalb des Rechts und die Dynamik der Herstellung und Reproduktion einer Art „Einheit der Rechtsordnung“ hinter der normativen Überhöhung einer hierarchischen Stufenordnung des Rechts zum Verschwinden gebracht. Die über die distribuierte Ausübung von subjektiven Rechten generierten kollektiven transsubjektiven Effekte, die jenseits der Verfolgung individueller Interessen ein durch Dritte frei aneignungsfähiges „common knowledge“ hervorbringen, bleiben hinter der scharfen Akzentuierung der individuellen Rechte einerseits und der generellen Normen andererseits in der traditionellen Rechtskonzeption unterbelichtet oder werden als selbstverständlich vorausgesetzt. Dabei ist die Abstraktion der Rechtssubjektivität eine Konstruktionsleistung, die sich nicht von selbst versteht und nicht primär Gegenstand der Entscheidung innerhalb des Rechtssystems bleiben kann. Vielmehr setzt sie eine Fähigkeit zur Selbstabstraktion des Individuums im Verhältnis zur fraglos gestellten „Lebenswelt“ der lokalen Situationen⁵ und

II. *To what extent is the concept of the law capable of conversion?*

A. *The “unity of the legal system” as a product of rearrangement within a “differentiation event”*

The concept of the law is still characterised by the conditions of the “society of individuals” and by the characteristic limit-concepts of the organisational models of that society, i. e. the separation of social norms from legal norms, the distinction between the rule in general and the application of the rule, the stabilisation of expectations of behaviour “from above” against the disappointment of those expectations by other individuals or organised players, a simultaneous assumption being made that general standards of normality will apply. At the same time the tensions within the law and the dynamic of the creation and reproduction of a kind of “unity of the legal system” are masked by the normative excesses of a hierarchical organisation of the law. In our traditional conception of the law, the collective trans-subjective effects which are generated via the general exercise of subjective rights, and which give rise to a “common knowledge” capable of being freely appropriated by third parties beyond the pursuit of individual interests, remain overshadowed by the pronounced emphasis placed on individual rights on the one hand and by general norms on the other hand, or else they are presumed to be self-evident. At the same time the abstraction of legal subjectivity is a construct which is not self-explanatory and which cannot primarily remain a subject for decision-making within the legal system. On the contrary, it presumes a capacity for self-abstraction on the part of the individual in relation to the unquestioningly posited “life-world” of local situations⁵ and of the direct “givens” that depend upon

5 Hans Blumenberg, *Theorie der Lebenswelt* (2010), 213.

5 Hans Blumenberg, *Theorie der Lebenswelt* (2010), 213.

der davon abhängigen unmittelbaren „Gegebenheiten“ voraus, wie sie etwa nach Adam Smith im Aufbau eines „man within“ durch mittelbare Beobachtung der Welt im „Spiegel der anderen“ erfolgt.⁶

Diese Abstraktion ist nicht Gegenstand einer „Anordnung“ des Rechts: „Sei ein abstraktes Individuum!“ Vielmehr unterbricht das Recht strategisch den Prozess der Selbstreproduktion lokaler Gewohnheiten und des Anspruchs des Staates, ein überlegenes Wissen („Staatswissenschaft“) von der Entwicklung der Gesellschaft zu besitzen. Die modernen Kodifikationen Europas wie der Code Civil oder das BGB bringen für diesen Zweck eine Modernisierung des römischen Rechts in Anschlag, das reformuliert und als abstrakter Willensausdruck des Staates in Stellung gebracht wird. Die Kodifikationen sind daher selbst eher das Produkt einer Umbesetzung innerhalb eines „Differenzierungsgeschehens“, einer pluralen Ordnung des Rechts, nicht eine *creatio ex nihilo* des staatlichen Willens. Auf diesem Hintergrund muss auch das berühmte Verbot des „*déni de justice*“ wegen Unklarheit des Gesetzes im Code Civil (Art. 4) oder das dazu nur scheinbar im Widerspruch stehende Prinzip der Erforschung des Willens des Gesetzgebers bei der Interpretation des Gesetzes verstanden werden⁷: Unter der abstrakten Fixierung auf das Gesetz in beiden Versionen der Beobachtung der Anwendung des Gesetzes auf den Einzelfall verbirgt sich eine strategische Intervention in die Praxis der früheren Rechtsprechung: richterliche Praktiken, die sich auf der Grundlage des früheren vorliberalen Rechts entwickelt haben. Das abstrakte neue Recht soll auch methodisch von älteren Rechts-

that life-world, such as is envisaged by Adam Smith, for example, in the construct of a “man within” through direct observation of the world in the “mirror of others”.⁶

This abstraction is not the subject of any “instruction” contained in the law telling each of us to “be an abstract individual!”. The situation is rather that the law strategically interrupts the process whereby local customs are reproduced and the state claims to possess a superior knowledge (enshrined in “political science”) of how society develops. The modern codifications that we have in Europe, the civil codes that exist as the French “Code Civil” or the German “BGB”, for example, apply for this purpose a modernised version of Roman Law, which is reformulated and set up as an abstract expression of the will of the state. Thus the codifications themselves are to be seen more as the product of a rearrangement within a “differentiation event”, a plural ordering of the law, and not as a *creatio ex nihilo* of the will of the state. It is against this background that we must also understand the famous prohibition of the “denial of justice” by reason of lack of clarity in the law as envisaged in the Code Civil (Art. 4) or the principle (which only appears to contradict this) of trying to establish the intention behind the legislation in the context of the interpretation of the law⁷: the abstract fixation on the law in both versions of the observation of how the law is applied to the individual case conceals within it a strategic intervention in the practice of the previous case law: judicial practices which have developed on the basis of the earlier pre-liberal law. The abstract new law ought also to be disassociated from

6 Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (1759) (2007), 165ff. und passim; David D. Raphael, *The Impartial Spectator*, Adam Smith's Moral Philosophy (2009), 36ff.

7 Vgl. auch zu „Interpretationsverboten“ Regina Ogorek, *Aufklärung über Justiz* (2008), 102.

6 Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (1759/2007), 165ff. and passim; David D. Raphael, *The Impartial Spectator*, Adam Smith's Moral Philosophy (2009), 36ff.

7 Cf. also concerning “bans on interpretation”, Regina Ogorek, *Aufklärung über Justiz* (2008), 102.

schichten abgelöst werden und seine eigene Methodik entwickeln, die wiederum vom römischen Recht beeinflusst werden soll, weil es den Bruch mit der Regionalisierung und der Tradition am besten tragen kann.

B. Die strategische Neuordnung des Verhältnisses zwischen Rechts- und sozialen Normen

Der strategische dynamische Charakter des Rechtsbildungsprozesses kommt auch in der sich damit zugleich vollziehenden Umbesetzung innerhalb der kognitiven Grundlagen des Rechts zum Ausdruck: Nicht mehr das Wissen und die darin eingeschriebenen Anwendungs- und Vermutungsregeln lokaler oder funktionaler (aber ebenso geschlossener) Gemeinschaften werden durch das Recht in Bezug genommen, sondern eine allgemeine entregionalisierte, distribuierte Erfahrung. Dies gilt nicht nur für das Privatrecht, sondern auch für das öffentliche Recht: Insbesondere der preußische Staat setzt sich dafür ein, dass z. B. die regionalen Baunormen miteinander konfrontiert und in nicht-regionale Regeln des Bauens auf breiterer Wissensgrundlage verwandelt werden.⁸

Sowohl das Privatrecht als auch das öffentliche Recht benötigen jenseits der Beobachtung der „Tatsachen“ eines „Rechtsfalles“ verallgemeinerte kognitive und Vermutungsregeln, die den Rekurs auf die Wissensbestände der Gesellschaft und die darin eingetragenen Werte und Präferenzen in Bezug nehmen. Dies gilt für den Begriff der „Gefahr“ im öffentlichen Recht ebenso wie für den Begriff der „Fahrlässigkeit“ im Zivilrecht.⁹

older legal strata from the point of view of method, and should develop its own methodology which in turn should be influenced by Roman Law, because it is best able to deal with the break with regionalisation and with tradition.

B. The strategic re-ordering of the relationship between legal norms and social norms

The strategic dynamic character of the process by which law is formed is also expressed in the rearrangement that occurs simultaneously within the cognitive principles of the law: the law no longer makes reference to knowledge, and the rules of application and supposition of local or functional (but also closed) communities that are enshrined in that knowledge, but rather to a general de-regionalised “distributed” experience. This applies with regard to public law as well as private law: the Prussian state in particular is very much in favour of (for example) regional building standards being compared and contrasted with each other and being converted into non-regional rules of construction on a broader basis of knowledge.⁸

Both private law and public law need – beyond the observation of the “facts” of a “legal case” – generalised cognitive rules and presupposition rules which include recourse to society’s stocks of knowledge and the values and preferences enshrined therein in their frame of reference. This applies equally in respect of the concept of “danger” in public law and the concept of “negligence” in civil law.⁹

8 Reinhart Strecke, Anfänge und Innovation der preußischen Bauverwaltung, 2. Aufl. (2002); Rainer Wolf, Der Stand der Technik (1986).

8 Reinhart Strecke, Anfänge und Innovation der preußischen Bauverwaltung, 2nd ed. (2002); Rainer Wolf, Der Stand der Technik (1986).

Mit dem letzteren Begriff verweist das Recht zunächst auf einen „Verkehr“, d. h. eine Praxis des Verhaltens und der Erwartungen. Das Produkt dieser Koordination von Faktizität und Normativität könnte man mit *H. C. White* als „Kontroll-Regime“ bezeichnen.¹⁰ Der „Verkehr“ ist zu verstehen als ein über eine Vielzahl von Beteiligten distribuiertes „Regime“ der Erfahrung mit bestimmten Operationen, Messvorgängen, Lernprozessen, Schutzvorkehrungen etc.¹¹, in die auch eine normative Selbst- und Fremdbewertung von Verhaltensweisen als angemessen eingeschrieben ist. Nur im Grenzfall, der praktisch kaum vorkommen kann, könnte ein Gericht eine solche Praxis als normativ defizient, als dem Erforderlichkeitsmaßstab nicht genügend verwerfen. In erster Linie beobachtet das Gericht in einer solchen Konstellation die Praxis der Erfahrungsbildung und ihrer Stabilisierung in Konventionen und Verhaltensmustern.¹² In einem zweiten Schritt wird das Gericht versuchen, diese Standards zu explizieren, und eine Variationsbreite des Zulässigen im Hinblick auf einen zu bewertenden Fall bestimmen, ohne aber den Charakter der gesellschaftlichen Selbstorganisation der Ordnungsmaßstäbe in Frage zu stellen. Dieses „Zwischen“ der wechselseitigen Beobachtung, des Prozessierens von „anonymen

With the latter concept, the law first of all makes reference to a “social interaction” [Verkehr], i. e. behaviour and expectations “in practice”. The product of this coordination of facticity and normativity may be referred to as a “regime of control”, to use *H. C. White’s* term.¹⁰ The “interaction” is to be understood as a “regime” of experience, distributed over a large number of participants, relating to certain operations, measurements, learning processes, protective measures etc.¹¹, with a normative assessment of the appropriateness of modes of behaviour, both in oneself and in others, written into that experience. Only in the borderline case (which in practice can scarcely ever arise) would a court be able to condemn such a practice as normatively deficient and failing to fulfil the criterion of necessity. First of all, the court faced with such a situation observes the practice of the formation of experience and the way in which it is stabilised as conventions and models of behaviour.¹² In a second stage, the court will try to explicate these standards and to define a scope of variation as to what is permissible in regard to a case which has been submitted for assessment, without however calling into question the way in which society organises its own classification criteria. As we look at the law, this interplay of reciprocal observa-

9 *Karl-Heinz Ladeur*, Die Netzwerke des Rechts und die Evolution der „Gesellschaft der Netzwerke“, in: Michael Bommes/Veronika Tacke (Hrsg.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft* (2010), 143.

10 *Harrison C. White*, *Identity and Control. How Social Formations Emerge* (2008), 220ff.; *Dirk Baecker*, *Wirtschaftssoziologie* (2006), 128.

11 Vgl. allg. *Hans-Jörg Rheinberger*, *Iterationen* (2005).

12 Hier bleibt *Niklas Luhmanns* (Das Recht der Gesellschaft [1993], 90 f.) Konstruktion der „Tatsache“, die das Recht aus den Operationen anderer Systeme übernimmt, unscharf: Die Annahme, dass nur das „rechtsrelevante Detail interessiert“, geht an der Regelmäßigkeit der Erfahrungsbildung vorbei.

9 *Karl-Heinz Ladeur*, Die Netzwerke des Rechts und die Evolution der „Gesellschaft der Netzwerke“, in: Michael Bommes/Veronika Tacke (eds.), *Netzwerke in der funktional differenzierten Gesellschaft* (2010), 143.

10 *Harrison C. White*, *Identity and Control. How Social Formations Emerge* (2008), 220ff.; *Dirk Baecker*, *Wirtschaftssoziologie* (2006), 128.

11 Cf. generally *Hans-Jörg Rheinberger*, *Iterationen* (2005).

12 At this point *Niklas Luhmann’s* construct (Das Recht der Gesellschaft [1993], 90 f.) of the “fact” that the law takes over from the operations of other systems remains unclear: the assumption that only the “legally relevant detail is of interest” fails to take account of the rule-based nature of the formation of experience.

Konventionen¹³, Verhaltensmustern, Standardisierungen gerät in der Beobachtung des Rechts hinter dem Mythos der „Einheit der Rechtsordnung“ leicht aus dem Blick.

C. Wie ist die Evolution des normativ geschlossenen Rechtssystems vorstellbar?

Mithilfe einer genaueren Binnendifferenzierung des Rechtssystems und der Beobachtung der Kontaktstellen zu den gesellschaftlichen Wissensregeln und Handlungsmuster ließe sich auch das für die Systemtheorie immer noch nicht befriedigend gelöste Problem des Lernens (nicht nur) des Rechtssystems unter Komplexitätsbedingungen abspannen: Offensichtlich verändern sich die Regelmäßigkeiten und Muster der Reproduktion der Marktgesellschaft in der Zeit. Wie kann man sich die Evolution des Rechtssystems vorstellen, wenn dem Markt eine Turbulenzen unterliegende „dissipative Struktur“ zugeschrieben werden muss¹⁴? Evolution durch Zufallsvariation ist dafür nicht ausreichend (und riskant), strukturelle Kopplung ist als Konzept der Verknüpfung zwischen Systemen zu eng gefasst.¹⁵

tion, the processing of “anonymous conventions”¹³, models of behaviour and standardisations is easily lost to our view behind the myth of the “unity of the legal system”.

C. How is it possible to conceive of the evolution of the normatively closed legal system?

Using a more precise internal differentiation of the legal system, and observing the points of contact with society’s rules of knowledge and models of action, we can separate the problem (which has still not been satisfactorily resolved as far as the system theory is concerned) of how to learn the legal system (and other systems) under conditions of complexity: obviously the regularities and reproduction models of the market society change over the course of time. How are we to present to ourselves the evolution of the legal system, if the market has to be regarded as having a “dissipative structure” which is subject to turbulence¹⁴? Evolution through random variation is not adequate (and is fraught with risk), and structural coupling, as a concept for the interlinking of systems, is too narrowly defined.¹⁵

13 Vincent Descombes, *Le complément de sujet. Enquête sur le fait d’agir de soi-même* (2004), 442.

14 Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht. Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft* (2001), 77, 81f.; zum Begriff allgemein *Ilya Prigogine/Isabelle Stengers, Dialog mit der Natur. Neue Wege naturwissenschaftlichen Denkens* (1981).

15 Niklas Luhmann, *Geschichte als Prozess und die Theorie sozio-kultureller Evolution*, in: *Soziologische Aufklärung* 3 (1978), 178, 184; vgl. auch Amstutz, *ibid.*, 83, 111f.; zur strukturellen Kopplung Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), 862; zur Evolution des Rechts Thomas Vesting, *Rechtstheorie* (2007), 137ff.

13 Vincent Descombes, *Le complément de sujet. Enquête sur le fait d’agir de soi-même* (2004), 442.

14 Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht. Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft* (2001), 77, 81f.; concerning the concept generally, *Ilya Prigogine/Isabelle Stengers, Dialog mit der Natur. Neue Wege naturwissenschaftlichen Denkens* (1981).

15 Niklas Luhmann, *Geschichte als Prozess und die Theorie sozio-kultureller Evolution*, in: *Soziologische Aufklärung* 3 (1978), 178, 184; cf also Amstutz, *ibid.*, 83, 111f.; concerning structural coupling, Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), 862; concerning the evolution of the law, Thomas Vesting, *Rechtstheorie* (2007), 137ff.

Produktiver erscheint im Anschluss an Marc Amstutz die Suche nach „Submodellen“ innerhalb des Rechtssystems, mit deren Hilfe das Recht globale Veränderungen in seinen Systemumwelten jenseits der durch seine Rechtsprogramme („Tatbestand“) begrenzten kognitiven Offenheit für „Sachverhalte“ beobachten und durch Selbstmodellierungen verarbeiten kann. Dazu gehören nach der Terminologie von Marc Amstutz – die sich wiederum an R. Wiethölter anlehnt – ein „theoretisches“ Modell, das eher außerhalb der Rechtspraxis formuliert wird und das „Selbstverständnis (des Rechtssystems – KHL) in seinem soziohistorischen Umfeld“ variiert.¹⁶ Dazu treten ein „operatives“ Modell, das die gleiche Funktion im Hinblick auf die Gewährleistung der (strategischen) Orientierungsfähigkeit des Rechts wahrnimmt, und ein „prospektives“ Modell, das den *methodologischen* Umgang mit den Fragen, die an das Recht herangetragen werden, bestimmt.¹⁷

Die hier entwickelte These zur Herausbildung des Rechts der „Gesellschaft der Individuen“ ließe sich als eine Konkretisierung der beschriebenen Überlegungen zur Selbstmodellierung des Rechts als „Recht-in-Marktgesellschaft“ lesen¹⁸, die in einem Entsprechungsverhältnis zur Veränderung der Marktgesellschaft selbst steht. Mithilfe einer solchen Überlegung lässt sich die Binnendifferenzierung des Rechts besser auf die Beobachtung von Evolutionsprozessen in der Gesellschaft einstellen und möglicherweise auch Anschluss an die Herausbildung eines neuen „globalen Rechts“ nicht nur jenseits des Staates¹⁹, sondern vor allem jen-

It would seem to be more productive, following Marc Amstutz's lead, to look for "sub models" within the legal system, so that the law can use these to observe global changes in its system environments that extend beyond the cognitive openness to "facts" which is limited by its legal programmes (the "facts of the case"), and to deal with these changes by means of self-modelling. These models include, according to the terminology used by Marc Amstutz (which in turn is based on R. Wiethölter) a "'theoretical' model" which tends to be formulated outside of legal practice and which varies the "self-understanding (of the legal system – KHL) in its socio-historical environment".¹⁶ Also included are an "'operative' model, which performs the same function in regard to guaranteeing the (strategic) orientability of the law" and a "'prospective' model, which defines the *methodological* approach to dealing with the questions that are brought before the law"¹⁷

The thesis developed here, concerning the way the law of the "society of individuals" emerges, can be read as a distillation of the considerations that have been described concerning the self-modelling of the law as "law-in-a-market-society"¹⁸, which stands in a corresponding relationship to the changes taking place in the market society itself. On the basis of such a consideration, the internal differentiation of the law can be better adjusted to the observation of evolution processes in society, and possibly can also go hand in hand with the formation of a new "global law" extending not only beyond the sphere of the state¹⁹ but also, and

16 Amstutz, ebd., 70; Gunther Teubner, Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 13 (1984), 109, 116ff., hat früher im Anschluss an Stachowiak eine ähnliche Konstruktion favorisiert, diese aber später offenbar aufgegeben.

17 Amstutz, ebd., 70.

18 Amstutz, ebd., 71.

16 Amstutz, ibid, 70; Gunther Teubner, Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 13 (1984), 109, 116ff., has previously favoured a similar construct based on Stachowiak, but evidently has subsequently abandoned this.

17 Amstutz, ibid, 70.

18 Amstutz, ibid, 71.

seits des klassischen Selbstverständnisses der Einheit und Konsistenz des Rechts halten. Es wird dann auch Recht als emergentes Phänomen „fern vom Gleichgewicht“ denkbar²⁰, wenn die zugrundeliegenden Übergangsphänomene sich noch nicht stabilisiert haben. Die Beobachtung des Rechts kann dann mehr Heterogenität verarbeiten.

III. Die Evolution der „Netzwerke des Rechts“ in der „Gesellschaft der Netzwerke“

A. Die Steigerung der Reflexivität des Rechts

Mit einer durch das Thema erzwungenen Vereinfachung lässt sich daher zunächst annehmen, dass auch das klassische liberale Recht des Territorialstaats, der sich primär als ein nicht-traditionaler und nicht regionaler Staat konstituiert, das Produkt einer strategischen Umbesetzung innerhalb eines „Differenzierungsgeschehens“ ist, aus dem heute das „globale Recht“ durch neue Umbesetzungen hervorgebracht wird. Das Recht reproduziert sich immer in einem zerklüfteten Feld von Normen, Kollisionsregeln, Praktiken, Traditionen, Methoden, reflexiven Politiken, die Einheit immer nur als das Produkt einer prekär bleibenden Ver-Einheitlichung durch Umbesetzungen innerhalb eines heterogenen Kraftfeldes zulassen. Dass die Trajektorien, die dieses Kraftfeld ordnen, *ex post* nicht mehr ohne weiteres erkennbar sind, hängt (in der Vergangenheit) mit der Notwendigkeit zusammen, „Lebenswelten“ zu konstituieren, die ihre eigenen Regeln fraglos stellen müssen, damit praktische Probleme gelöst werden können.²¹ Das postmoderne Recht benötigt offenbar ein sehr viel höheres Reflexionsniveau, das praktische Probleme eher durch

in particular, beyond the conventional self-understanding of the law as possessing unity and consistency. It will then also be possible to conceive of law as an emerging “far from equilibrium”²⁰ phenomenon, if the underlying transitional phenomena have not yet stabilised. The observation of the law will then be able to deal with a higher level of heterogeneity.

III. The evolution of the “networks of the law” in the “society of networks”

A. The increase in the reflexivity of the law

In a simplification which is forced upon us by the subject matter, we can first of all assume therefore that the conventional liberal law of the territorial state which is primarily constituted as a non-traditional and non-regional state is also the product of a strategic rearrangement within a “differentiation event”, out of which “global law” is now being created by means of new rearrangements. The law is always reproduced within an obstacle-strewn terrain of norms, conflict-of-laws rules, practices, traditions, methods, and reflexive policies, which only permit the emergence of unity as the product of an always precarious process of unification through rearrangements within a heterogeneous force field. The fact that the trajectories that define this force field are no longer clearly identifiable *ex post* is connected (in the past) with the necessity of constituting “life-worlds” which have to posit their own rules unquestioningly so that practical problems can be resolved.²¹ Post-modern law obviously requires a very much higher level of reflection, which will keep practical problems within limits more by permitting a higher level of heterogeneity,

19 Vgl. zu dieser Figur nur *Paul Schiff Berman*, *Global Legal Pluralism* (2012), 8, 13 und *passim*.

20 *Prigogine/Stengers*, aaO (Fn. 14), 148.

21 *Blumenberg*, aaO (Fn. 5).

19 Cf. concerning this concept *Paul Schiff Berman*, *Global Legal Pluralism*, (2012), 8, 13 and *passim*.

20 *Prigogine/Stengers*, loc cit (footnote 14), 148.

21 *Blumenberg*, loc cit (footnote 5).

die Ermöglichung von mehr Heterogenität einerseits und andererseits die Ausbildung von Metaregeln für die Bewältigung von daraus entstehenden Kollisionen in Grenzen hält. Der Aufstieg der Standards ist nur ein Symptom der Auflösung der Unterscheidungen und Grenzbegriffe, auf denen das liberale Recht basiert hatte: Das Recht verhält sich in zunehmendem Maße reflexiv zu seiner kognitiven Grundlage.²² An die Stelle der spontan selbstorganisierten Erfahrung tritt die prozedural geordnete Setzung faktischer Normen, die auf die Rechtsnormen abgestimmt werden müssen.

Ähnliches gilt für die Konstruktion der Rechtssubjektivität, die nicht mehr idealtypisch durch den Aufbau des „man within“ mithilfe der Selbstbeobachtung im „Spiegel der anderen“ erfolgen kann. Stattdessen entwickelt sich auch hier eine sekundäre Reflexivität, die prozedurale Formen der Selbstbeobachtung im „Spiegel der Prozesse des Argumentierens“ innerhalb eines unpersönlichen Diskurses²³ an die Stelle primärer Beobachtung der anderen *Akteure* treten lässt. Die Koordination der Operationen der Rechtssubjekte bedarf einer prozedural reflektierten Form der Produktion, Erhaltung und Variation von Mustern rechtlichen Handelns und des „common knowledge“ innerhalb des Rechts, das für das dezentralisierte Prozessieren von Konflikt und Koordination erforderlich ist.²⁴ Das Recht muss eine abstrakter gefasste „öffentliche Logik“ als eine Reflexionsregel mit sich führen, die dazu beiträgt, den Prozess des Rechts in Gang zu halten, wenn das Recht nicht mehr die spontane Reproduktion eines „sets“ von

on the one hand, and by the formation of meta-rules to deal with the resulting conflicts on the other hand. The increase in standards is only a symptom of the way in which the distinctions and limit-concepts on which liberal law was based are dissolving: increasingly, the law is behaving in a reflexive way in regard to its cognitive basis.²² Spontaneously self-organised experience is being replaced by the procedurally ordered setting of de facto norms, which have to be harmonised with the norms of the law.

The situation is similar with regard to the construct of legal subjectivity, which is no longer possible on an “ideal type” basis through the establishment of the “man within” by self-observation in the “mirror of others”. Instead, here also we can observe the development of a secondary reflexivity, which allows procedural forms of self-observation in the “mirror of the processes of argumentation” within an impersonal discourse²³ to take the place of primary observation of the other *players*. The coordination of the operations of legal subjects requires a procedurally reflected form of the production, maintenance and variation of models of legal action and of the “common knowledge” within the law which is necessary for dealing with conflict and coordination on a decentralised basis.²⁴ The law must go hand in hand with a more abstractly defined “public logic” as a rule of reflexion, which helps to keep the process of the law in motion if the law is no longer able to assume any spontaneous reproduction of a “set” of

22 In historischer Perspektive *Milos Vec*, *Recht in der industriellen Revolution. Recht und Normierung in der industriellen Revolution* (2006).

23 Gillian K. Hadfield/Barry R. Weingast, *Endogenous Institutions. Law as a Coordinating Device*, University of Southern California Law School, *Law and Economics Working Papers Series No. 141* (2011), 3, 19.

24 Hadfield/Weingast, *ebd.*, 5, 9.

22 In a historical perspective, *Milos Vec*, *Recht in der industriellen Revolution. Recht und Normierung in der industriellen Revolution* (2006).

23 Gillian K. Hadfield/Barry R. Weingast, *Endogenous Institutions. Law as a Coordinating Device*, University of Southern California Law School, *Law and Economics Working Papers Series No. 141* (2011), 3, 19.

24 Hadfield/Weingast, *ibid.*, 5, 9.

Verhaltensmustern unterstellen kann. Sein Prozessieren ist immer stärker darauf angelegt, seine eigenen Voraussetzungen zu beobachten und zu reproduzieren und damit Normativität, rechtliche Handlungsfähigkeit und seine kognitive Infrastruktur zu verschleifen. Die zunehmende Fragmentierung der Gesellschaft wie des Rechts schlägt sich auch darin nieder, dass ein „common knowledge“ und die darauf basierende Bereitschaft zur Orientierung seines Handelns an unpersönlichen Regeln statt an idiosynkratischem Wissen sich nicht mehr ohne weiteres spontan reproduziert.²⁵

B. Die Auflösung der klassischen Grenzbe-griffe des Rechts

Das Recht der „Gesellschaft der Netzwerke“ wird von einem Aufstieg der Abwägung von Fall zu Fall bestimmt.²⁶ Das Gesetz tritt in den Hintergrund, das Verlangen nach Anerkennung von variablen Identitätsansprüchen²⁷ und das gesteigerte Bedürfnis nach „Gerechtigkeit“ führen zur Entwicklung des „Verhältnismäßigkeitsprinzips“, das sich an der Abstimmung offener Rechte und Interessen in unterschiedlichen Fallkonstellationen orientiert. Damit geht auch der Verfall der einheitsbildenden Formen der „Öffentlichkeit“ einher. Es entstehen neue „Rechte“ auf Aneignung von Versatzstücken aus dem Leben „Prominenter“ und umgekehrt auf Schutz von Prominenz als „Eigentum“.²⁸ Damit ist zunächst ein allgemeiner Rahmen gesteckt, innerhalb dessen das Recht der „Gesellschaft der Netzwerke“ sich beschreiben lässt.

behaviour models. Its procedures are increasingly geared towards observing and reproducing its own requirements and thus blending together normativity, legal capacity to act and its cognitive infrastructure. The increasing fragmentation of society and of the law is also reflected in the fact that a “common knowledge” and the willingness (based on that common knowledge) to orientate one’s actions to impersonal rules instead of idiosyncratic knowledge is no longer automatically spontaneously reproduced.²⁵

B. The breaking up of the classic limit-concepts of the law

The law of the “society of networks” is determined by a rise in consideration on a case-by-case basis.²⁶ Statutory law [das Gesetz] takes a back seat, the demand for recognition of variable identity claims²⁷ and the increased requirement for “justice” are leading to the development of the “proportionality principle”, which is based on the harmonisation of evident rights and interests in different case configurations. Also associated with this is the decline in the standardising forms of “public life”. We are witnessing the rise of new “rights” to the appropriation of aspects of the lives of “celebrities” and, conversely, to the protection of celebrity as “property”.²⁸ This provides us with an initial general framework within which the law of the “society of networks” can be described.

25 Ebd., 9.

26 Vgl. allg. Ladeur, aaO (Fn. 9).

27 Vgl. etwa BVerfGE 101, 361, 392; in kritischer Perspektive allg. Lucien Jaume, La liberté et la loi (2000), 343, 353f.

28 Vgl. allg. Karl-Heinz Ladeur, Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit (2007).

25 Ibid, 9.

26 Cf. generally Ladeur, loc cit (footnote 9).

27 Cf. for example decision of the federal constitutional court 101, 361, 392; from a critical perspective generally Lucien Jaume, La liberté et la loi (2000), 343, 353f.

28 Cf. generally Karl-Heinz Ladeur, Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit (2007).

Diese Grenzen aufhebende Funktionsvermischung ist auch für die Vertragsgestaltung in Medien- und High-Tech-Unternehmen charakteristisch: Eine eindeutige Trennung zwischen den „Stellen“ des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers ist vielfach aufgrund des Projektbezugs kaum mehr möglich. Das einzelne Projekt aggregiert bestimmte Leistungen auf der Grundlage von vagen Vereinbarungen, die erst prozesshaft konkretisiert und vor allem am Ergebnis orientiert sind.²⁹ Für die rechtliche Zuordnung des Produkts, das am Ende der Kooperation steht, gilt Ähnliches: Auch hier gibt es vielfach keine klare Vereinbarung von Regeln darüber, wer zum Beispiel Inhaber eines Patents wird oder wie die in einem gemeinsamen Wissenspool generierten Informationen genutzt werden dürfen. Die offene und flexible Orientierung an der Herstellung eines „Produkts“ strukturiert die Kooperation und kompensiert die Unsicherheit des rechtlichen Ordnungsrahmens und insbesondere die Unberechenbarkeit der Relationierungen in heterarchischen Netzwerken.³⁰ Daran lässt sich möglicherweise eine Vermutung zur Entwicklung der destruktiven Dynamik der Unsicherheit der Relationierung von Eigentümern, Managern und „Arbeitnehmern“ in Investmentbanken anschließen: Bei manchen Banken lagen die „Bonus-Zahlungen“ an die „Arbeitnehmer“

This boundary-dissolving intermingling of functions is also a characteristic feature of contractual structures in the media and high tech sectors: in many cases it is now almost impossible to achieve any clear separation between the “jobs” of the employer and the employee on the basis of the project reference. The individual project lumps together certain services on the basis of vague agreements which are only specified on a process-related basis and which are above all oriented towards the result.²⁹ Much the same applies in regard to the legal allocation of the product which is achieved at the end of the cooperation: here also, there is often no clear agreement on rules as to (for example) who will be the owner of a patent, or how the information generated in a common pool of knowledge can be used. The open and flexible orientation towards the creation of a “product” defines the structure of the cooperation and balances out the uncertainty of the legal organisational framework and – in particular – the incalculable nature of the relationships in heterarchical networks.³⁰ It might be possible to perceive a link here to the development of the destructive dynamic of uncertainty in the relationships between owners, managers and “employees” in investment banks: in some banks, the bonus payments to the employees in the years prior to the crisis were higher than the total value

29 Robert J. DeFillipi/Michael B. Arthur, Paradox in Project-Based Enterprise: the Case of Film Making, *California Management Review*, 42 (1998), 186.

30 Die dynamische, unberechenbare Seite des „Netzwerks“ wird mit Recht von Baecker, aaO (Fn. 10), 128, betont – dies kann aber nur für die neuen „postmodernen“ Netzwerke gelten; vgl. auch zur internen Veränderung von Unternehmen durch den Einsatz von Informationstechnologien *Dominique Foray*, *New Models of Innovation and the Role of Information Technology in the Knowledge Economy*, in: William H. Dutton u. a. (Hrsg.), *Transforming Enterprise. The Economic and Social Implications of Information Technology* (2004), 113.

29 Robert J. DeFillipi/Michael B. Arthur, Paradox in Project-Based Enterprise: the Case of Film Making, *California Management Review*, 42 (1998), 186.

30 The dynamic, incalculable aspect of the “network” is rightly emphasised by Baecker, loc cit (footnote 10), 128, – however this can only apply in respect of the new “postmodern” networks; cf. also concerning internal change in companies as a result of the use of information technologies *Dominique Foray*, *New Models of Innovation and the Role of Information Technology in the Knowledge Economy*, in: William H. Dutton et al. (eds.), *Transforming Enterprise. The Economic and Social Implications of Information Technology* (2004), 113.

in den Jahren vor dem Ausbruch der Krise höher als der Gesamtwert des Unternehmens im Jahre 2008. Dies ist ein Indiz dafür, dass in hochkomplexen Unternehmen die „Hierarchie der Entgelte“ nicht mehr einer Hierarchie der „gestuften“ Verantwortung innerhalb der Organisation entspricht.

Die Mobilisierung und Hybridisierung des Verhältnisses von kognitiven und normativen Komponenten des Rechts kann weltweit als das hervorstechende Merkmal des Rechts der „Gesellschaft der Netzwerke“ bezeichnet werden. Dies gilt auch im Hinblick auf die transnationale Entgrenzung des global werdenden Rechts.³¹ Während das Verhältnis von normativer Struktur und kognitiver Infrastruktur auf der Basis der distribuierten Erfahrung in der „Gesellschaft der Individuen“ relativ stabil gewesen ist, ist es in der „Gesellschaft der Organisationen“ durch das Hinzutreten des Expertenwissens und die Reflexivität der Normsetzung dynamisiert worden. Dieses Verhältnis ist in der „Gesellschaft der Netzwerke“ noch weitaus komplexer und multiformer geworden, wie die genannten Beispiele plausibel gemacht haben sollten. Vor allem der Aufstieg des Expertenwissens ist nicht unproblematisch, da dessen Rolle nur schwer kontrollierbar ist. Dazu bedarf es neuer „Kontrollregimes“³², die Metaregeln für die Beobachtung des Expertenwissens *ex ante* in prozeduralen Formen und *ex post* durch Evaluation und Nachbesserungspflichten transparenter machen könnten. Noch problematischer ist aber die zunehmende Verknüpfung von neuen Rechten auf

of the company in 2008. This is a clear sign that in highly complex companies the “hierarchy of salaries” no longer corresponds to any hierarchy of “graded” responsibility within the organisation.

The mobilisation and hybridisation of the relationship between cognitive and normative components of the law can be regarded worldwide as the most striking characteristic of the law of the “society of networks”. The same can be said in regard to the transnational dissolution of boundaries of a law which is becoming global.³¹ While the relationship between normative structure and cognitive infrastructure on the basis of general experience in the “society of individuals” has been relatively stable, it has become dynamised in the “society of organisations” by the additional factor of expert knowledge and by reflexivity in norm setting. In the “society of networks” this relationship has become vastly more complex and multiform, as the examples cited should have made clear. The increase in expert knowledge is in particular not without its problems, since it is difficult to keep a check on the role it plays. New “regimes of control”³² are needed, which could make the meta-rules for the observation of expert knowledge *ex ante* in procedural forms and *ex post* through evaluation and obligations of improvement more transparent. Even more problematic, however, is the increasing linking of new rights to “identity” of individuals who have an expert knowledge which is to a

31 Vgl. allg. nur *Fischer-Lescano/Teubner*, aaO (Fn. 1); *Schiff Berman*, aaO (Fn. 19); *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Character of Postnational Law* (2010); zu einer demokratietheoretischen Perspektive auf transnationale Netzwerke *Lars Viellechner*, *Können Netzwerke die Demokratie ersetzen? Zur Legitimation der Regelbildung im Globalisierungsprozess*, in: *Sigrid Boysen u. a. (Hrsg.), Netzwerke – Grundmodell einer neuen Ordnung?* (2007), 36.

32 *White*, aaO (Fn. 10), 220 ff.

31 Cf. generally *Fischer-Lescano/Teubner*, loc cit (footnote 1); *Schiff Berman*, loc cit (footnote 19); *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Character of Postnational Law* (2010); concerning a democracy theory perspective on transnational networks, *Lars Viellechner*, *Können Netzwerke die Demokratie ersetzen? Zur Legitimation der Regelbildung im Globalisierungsprozess*, in: *Sigrid Boysen et al. (eds.), Netzwerke – Grundmodell einer neuen Ordnung?* (2007), 36.

32 *White*, loc cit (footnote 10), 220 ff.

„Identität“ der Individuen mit einem Expertenwissen, das von allgemeinen Wissensbeständen und Erwartungen mehr oder weniger abgekoppelt ist (soziale Hilfe, Jugendhilfe etc.).³³

C. Die Herausbildung einer relational-prozeduralen Rationalität des Rechts

Dies sind Beispiele für Rechtsbeziehungen, die sich nicht mehr nach relativ stabilen Regeln vollziehen, deren Praxis sich im „Spiegel der anderen“ beobachten und auf andere Konstellationen übertragen ließe. Vielmehr gewinnen die Prozessregeln, die Bindungen und ihre kognitiven Voraussetzungen miteinander verschleifen, gegenüber den klassischen verhaltensbezogenen Bindungen immer mehr an Bedeutung. Gesetzgebung und Rechtsprechung können nicht mehr in dem klassischen hierarchischen Verhältnis gesehen werden, das die strategische Komponente der Reproduktion des Rechts und seiner Einheit innerhalb eines komplexen „Differenzierungsgeschehens“ invisibilisiert, das vom Zusammentreffen unterschiedlicher Rationalitäten, Normen, Koordinationsmuster, Praktiken, Wissensbeständen bestimmt wird.³⁴ Die Wissensbasis wird selbst mithilfe rechtlicher Regeln stärker differenziert, reflektiert und prozeduralisiert, insbesondere über die Setzung von Standards. So wird z. B. nicht mehr nur auf die allgemeine distribuierte Erfahrung (und darauf basierte „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ oder des Bauens u. ä.) rekuriert. Stattdessen werden avanciertes, nur durch Organisation zu generierendes Wissen („Stand der Technik“) oder gar nur mithilfe der Verschleifung von Technik und Wissenschaft zu erzeugende

greater or lesser extent separate from the general body of knowledge and expectations (social services, youth welfare services etc.).³³

C. The emergence of a relational-procedural rationality of the law

These are examples of legal relationships which are no longer conducted according to relatively stable rules, such as can be observed in practice in the “mirror of others” and can be transferred to other sets of circumstances. On the contrary, the procedural rules that merge together relationships and their cognitive preconditions are becoming increasingly important by comparison with conventional behaviour-related relationships. Legislation and case law can no longer be seen in their classic hierarchical relationship, which renders invisible the strategic component of the reproduction of the law, and its unity, within a complex “differentiation event” which is defined by the coming together of different rationalities, norms, coordination models, practices and bodies of knowledge.³⁴ The knowledge base itself is becoming more strongly differentiated, reflected and proceduralised with the aid of legal rules, in particular by the setting of standards. For example, recourse is no longer only made to generally distributed experience (and the “generally recognised technical rules”, building standards and similar which are based on such experience). Instead, a distinction is made in regard to advanced knowledge which can only be generated through organisation (“state of the art” in the sense of “the latest technical standards”) or even forms of knowledge that

33 Zum Expertenwissen in der Sozialpolitik *Irène Théry*, *Le démariage, justice et vie privée* (2001); *dies.*, *La distinction de sexe. Une théorie de l'égalité* (2010).

34 Dazu allg. *Jean Clam*, *Was heißt, sich an Differenz statt an Identität zu orientieren?* (2002).

33 Concerning expert knowledge in social politics, *Irène Théry*, *Le démariage, justice et vie privée* (2001); *by the same author*, *La distinction de sexe. Une théorie de l'égalité* (2010).

34 On this point generally *Jean Clam*, *Was heißt, sich an Differenz statt an Identität zu orientieren?* (2002).

Wissensformen („Stand von Wissenschaft und Technik“ u. ä.)³⁵, Monitoringtechniken zur Beobachtung einer auf Lernen angelegten, nicht durch einfache Beobachtung zu erschließende Praxisformen unterschieden. Das Recht muss auf die Kollision unterschiedlicher Rechtsregime eingestellt werden, für die erst von Fall zu Fall Metaregeln der Kompatibilisierung entwickelt werden können, die keine substanzielle Einheit des Rechts mehr entstehen lassen – dies gilt z. B. für Fälle der Drittwirkung der Grundrechte wie etwa zwischen Wirtschaftsrecht und Kommunikationsfreiheit.³⁶ Innerhalb des Rechts selbst entstehen neue hybride Formen, die jenseits des Austauschvertrages und diesseits des Gesellschaftsrechts als Organisationsrecht z. B. „Vertragsnetzwerke“ als Zwischenfiguren zulassen.³⁷ Auch das Verhältnis von Rechtsnorm und gerichtlichem Urteil wandelt sich: Rechtsbildungen werden vielfach unter Bedingungen gesteigerter Komplexität zunächst durch die Rechtsprechung entwickelt, variiert und stabilisiert, bevor sie in Gesetzesform reformuliert werden, ohne dadurch ihre systematische Verschleifung mit einem evolvierenden Praxisfeld einzubüßen. Dies spiegelt sich darin wider, dass die Anwendung der Rechtsnorm diese nicht nur unmerklich variiert, sondern dass die Urteile stärker horizontal aufeinander bezogen werden: d. h. Urteile sind von vornherein *ex ante* auf die Fortschreibung durch nachfolgende Urteile und *ex post* auf die Beobachtung der dadurch gesetzten Anschlusszwänge und –möglichkeiten angelegt.³⁸ Gesetz und Urteile stehen eher in einer heterarchischen

can only arise as a result of an interaction between technology and science (“state of the art” in the sense of “the latest technical and scientific standards” and similar)³⁵, monitoring techniques for the observation of forms of practice which are geared towards learning and which are not accessible by simple observation. The law must be attuned to the conflict between different legal systems, for which compatibilisation meta-rules can only be developed on a case-by-case basis, which no longer allow of any substantial unity of the law – this applies, for example, in regard to cases involving the third party effect [Drittwirkung] of basic rights between, say, commercial law and freedom of communication.³⁶ Within the law itself new hybrid forms are arising which permit (for example) “contractual networks” as intermediate structures extending beyond the scope of the reciprocal agreement [Austauschvertrag] but not extending as far as company law as organisational law.³⁷ Even the relationship between legal norm and court judgement is changing: legal formations are often developed, varied and stabilised under conditions of increased complexity, initially through case law, before being reformulated in the form of statutes, without any of their systematic interaction with an evolving field of practice being lost thereby. This is reflected in the fact that not only does the application of the legal norm vary it in an imperceptible manner, but also judgements are to an increasing extent becoming horizontally related to each other: in other words, judgements are from the outset geared *ex ante* to continuation through sub-

35 Vgl. nur *Karl-Heinz Ladeur*, Mindestmengen im Risikorecht – Ziele und Anforderungen, erscheint in: *GesR* 2012.

36 *Karl-Heinz Ladeur*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit unter Bedingungen von Multimedia, in: *Festschrift für Ekkehart Stein* (2002), 67, 76

37 *Gunther Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004).

35 Cf. *Karl-Heinz Ladeur*, Mindestmengen im Risikorecht – Ziele und Anforderungen, appearing in: *GesR* 2012.

36 *Karl-Heinz Ladeur*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit unter Bedingungen von Multimedia, in: *Festschrift für Ekkehart Stein* (2002), 67, 76.

37 *Gunther Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004).

Beziehung zueinander; sie werden über ein distribuiertes Netzwerk von Entscheidungen prozessiert, das einer relational-prozeduralen Rationalität folgt. Das deduktive Verhältnis der Ableitung wird durch ein heterarchisches Verhältnis der Verweisungen zwischen Entscheidungen und anderen Rechtsoperationen in einem „Netzwerk“ abgelöst.³⁹

IV. Was bedeutet die „Entterritorialisierung“ für die Konstruktion eines „globalen Rechts“?

A. Die Bedeutung der Fragmentierung des „globalen Rechts“

Die Bedingungen der Herausbildung des globalen Rechts, das seinerseits nicht mehr in den klassischen Formen des Völkerrechts konstruiert werden kann, sind nicht nur in einem vom „staatlichen“ Recht getrennten, mit ihm kollidierenden Prozess einer als Entterritorialisierung verstandenen Globalisierung zu lokalisieren. Die Globalisierung ist eher eine der Erscheinungsformen der Entwicklung der „Gesellschaft der Netzwerke“, die sowohl innerhalb wie außerhalb des Territorialstaats Zwänge zur Erzeugung von „Ordnung fern vom Gleichgewicht“ setzt und die komplexe Architektur aus Rechtsnormen, Standards, Wissensbeständen, Koordinationsmustern, Methoden, die das Prozessieren des Rechts innerhalb eines „Differenzierungsgeschehens“ ermöglicht⁴⁰, dezentriert und neu organisiert.

sequent judgements and *ex post* to the observation of the resulting constraints on and possibilities for connection.³⁸ Statutory law and judgements are tending to exist in a heterarchical relationship to each other; they are dealt with by the courts through a general network of decisions which follows a relational-procedural rationality. The deductive relationship of the derivation is being replaced by a heterarchical relationship of the references between decisions and other legal procedures in a “network”.³⁹

IV. What is the significance of “de-territorialisation” for the structuring of a “global law”?

A. The significance of the fragmentation of “global law”

The conditions for the emergence of global law (which can no longer be structured according to the classic forms of international law) not only have to be localised in a process of globalisation (understood as de-territorialisation) which is separated from and in conflict with “national” law. Globalisation is to be seen as one of the manifestations of the development of the “society of networks”, which both within and outside of the territorial state sets constraints concerning the generation of “order far from equilibrium”, and decentralises and reorganises the complex architecture consisting of legal norms, standards, bodies of knowledge, coordination models and methods which makes it possible for the law to be implemented within a “differentiation event”⁴⁰.

38 Russell Hardin, *Indeterminacy and Society* (2005), 101; vgl. zu dieser Entwicklung allg. *Vesting*, aaO (Fn. 15), inbes. 93ff.

39 Joanne Scott/Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, *Columbia Journal of European Law* 13 (2007), 565.

38 Russell Hardin, *Indeterminacy and Society*, Princeton 2005, 101; cf. concerning this development generally, *Vesting*, loc cit (footnote 15), in particular 93ff.

39 Joanne Scott/Susan P. Sturm, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, *Columbia Journal of European Law* 13 (2007), 565.

Ein Problem der Beschreibung des neuen globalen Rechtspluralismus⁴¹ besteht darin, dass die historische Form der Verknüpfung des Rechts mit seiner insbesondere kognitiven Infrastruktur und den erfahrungsbasierten sozialen Normen, die aus der „Erfahrung“ erzeugt worden sind, wegen ihrer hohen Stabilität über Jahrzehnte (die durch die politischen und rechtlichen Umbrüche der jüngsten Zeit nicht wesentlich in Frage gestellt worden ist) mit *dem* Recht identifiziert worden ist und sich durch die Phänomene der Fragmentierung vor allem im Prozess der Globalisierung herausgefordert sieht. Dies wäre aber eine einseitige Sichtweise, die die Ursachen der Transformation des Rechts nur nach außen projiziert und die internen Prozesse der Selbsttransformation auch des „staatlichen“ Rechts vernachlässigt, die sich als Folge weiterer Umbesetzungen innerhalb des „Differenzierungsgeschehens“ beschreiben lassen und die Einheit als ein komplexer zu fassendes Produkt von „Ordnung aus Unordnung“ denken lässt⁴².

Dies erschwert eine angemessene Fortentwicklung des Rechtsbegriffs für die hier nur knapp zu beschreibende postmoderne Gesellschaft der „Gesellschaft der Netzwerke“, die durch die Dynamisierung des Wissens jenseits der Erfahrung, die zunehmende „Disaggregation“ des Staates⁴³ durch fragmentierte Handlungslogiken, die Produktion von Wissen in intra- und interorganisationalen projektbezogenen Netzwerken („joint ventures“) charakterisiert wird.

One problem of describing the new global legal pluralism⁴¹ consists in the fact that the historical form of linking the law with its markedly cognitive infrastructure and the experience-based social norms which have been generated from “experience”, has – because this form has remained largely stable over a period of decades and has not in principle been called into question by the political and legal upheavals of recent times – been identified with *the* law, and sees itself as challenged by the phenomena of fragmentation, particularly in the globalisation process. This would however be a one-sided viewpoint, which merely projects the causes of the transformation of the law outwards and which fails to address the internal processes of the self-transformation which even “national” law is undergoing, which can be described as the consequence of further rearrangements within the “differentiation event” and allows unity to be thought of as a more complex product of “order from disorder”.⁴²

This makes it more difficult to achieve any appropriate further development of the legal concept for the postmodern society (which can only briefly be described here) of the “society of networks” which is characterised by the dynamisation of knowledge extending beyond experience, the increasing “disaggregation” of the state⁴³ as a result of fragmented rationales of action, and the production of knowledge in intra-/inter-organisational project-related networks (“joint ventures”).

40 Allg. *Käte Meyer-Drawe*, Zähmung eines wilden Denkens, in: André Métraux/Bernhard Waldenfels (Hrsg.), *Leibhaftige Vernunft. Spuren von Merleau-Pontys Denken* (1986), 258, 273.

41 Vgl. nur *Schiff Berman*, aaO (Fn. 19).

42 *Henri Atlan*, *Entre le cristal et la fumée* (1979), 25.

43 *Anne-Marie Slaughter*, *A New World Order. Government Networks and the Disaggregated State* (2004), 14ff. und passim.

40 Generally, *Käte Meyer-Drawe*, Zähmung eines wilden Denkens, in: André Métraux/Bernhard Waldenfels (eds.), *Leibhaftige Vernunft. Spuren von Merleau-Pontys Denken* (1986), 258, 273.

41 Cf. *Schiff Berman*, loc cit (footnote 19).

42 *Henri Atlan*, *Entre le cristal et la fumée* (1979), 25.

43 *Anne-Marie Slaughter*, *A New World Order. Government Networks and the Disaggregated State* (2004), 14ff. and passim.

Es ist oben dargestellt worden, dass die „Einheit“ des Rechts in einer Gesellschaft, die vom paradoxen Vorrang der *Differenz* vor Einheit bestimmt wird, das Produkt eines Prozesses ist, von dessen Bedingungen sie abhängig bleibt. Es ist weiter gezeigt worden, dass die Reproduktion des modernen Rechts nicht selbst (zirkulär) aus seinen Normbeständen abgeleitet werden kann, sondern von einer strategischen Intervention in die gesamte normative, kognitive und soziale Infrastruktur abhängig ist. Dann ist es nicht so verwunderlich, dass es ein Recht geben könnte, das als ein Produkt der Emergenz globaler Prozesse der Koordination und Reproduktion von Normen jenseits der klassischen Rechtsquellen gedacht werden kann. Die oben beschriebenen „Subsysteme“ werden wiederum unter veränderten Bedingungen – entsprechend der höheren Toleranz für Ungewissheit und Heterogenität – in loser Kopplung für die Bewältigung des Problems der Erzeugung von Bindungen und Anschlusszwängen unter den durch den Prozess der Globalisierung veränderten Bedingungen in Stellung gebracht.

B. Verrechtlichung als Prozeduralisierung

Das globale Recht muss stärker prozeduralistisch gedacht werden, und zwar als ein Recht, das seine eigenen Geltungs- und Anerkennungsvoraussetzungen jenseits des Staats selbst produziert⁴⁴ – allerdings nicht in einem „luftleeren Raum“, sondern in einem fragmentierten Kontext, der durch ein ungeordnetes Zusammentreffen von nationalem, klassischem internationalem und selbstorganisiertem globalem Recht einerseits und ebenso heterogenen kognitiven Regeln andererseits charakterisiert wird. Vor diesem Hintergrund erweist sich auch der Begriff des „soft law“ als eine Ver-

It has been demonstrated above that the “unity” of the law in a society which is defined by the paradoxical supremacy of *difference* over unity is the product of a process upon the conditions of which that unity continues to be dependent. It has also been shown that the reproduction of modern law cannot itself (in a circular manner) be derived from the total number of its norms, but depends upon a strategic intervention in the entire normative, cognitive and social infrastructure. It is not so surprising, therefore, that there could exist a law that can be conceived of as a product of the emergence of global processes of the coordination and reproduction of norms beyond the sphere of the classic sources of law. The “sub systems” which have been described above will in turn, under altered conditions – in accordance with increased tolerance for uncertainty and heterogeneity – be arranged in a “loose coupling” in order to deal with the problem of generating relationships and connection constraints under conditions which have been changed as a result of the process of globalisation.

B. Juridification as proceduralisation

Global law must increasingly be conceived of on a procedural basis, i.e. as a law which produces its own preconditions for validity and recognition, beyond the sphere of the state⁴⁴ – not in any kind of a vacuum, however, but in a fragmented context which is characterised by a random coming together of national, conventional international and self-organised global law, on the one hand, and similarly heterogeneous cognitive rules on the other hand. Against this background, even the concept of “soft law” emerges as something of a compromise, which fails to do justice to the new role

44 Charlotte Ku, *International Law, International Relations, and Global Governance* (2012), 13.

44 Charlotte Ku, *International Law, International Relations, and Global Governance* (2012), 13.

legenheitsformel, die der neuen Rolle der prozeduralen Verknüpfungen zwischen den distribuierten Komponenten des Rechts und seinen kognitiven Voraussetzungen nicht gerecht wird. Das globale Recht muss ein *projektbezogenes* gemeinsames Verständnis eher prozedural zunächst durch Begrenzung der Schwankungsbreite der Möglichkeiten vorstrukturieren, Formen und Verfahren bereitstellen, die die „patternless exercises of political power“⁴⁵ durch Stabilisierung von Referenzen kanalisieren, bestimmte Handlungen oder Rechtfertigungen (Souveränität) ausschließen.⁴⁶ Damit wird stärker als im klassischen Recht auf eine Verstärkung der Bindung in der Zukunft gesetzt. Dieser prozedurale Charakter des globalen Rechts, das seine eigenen Voraussetzungen herstellen und dabei an die unterschiedlichen Komponenten des fragmentierten Rechts anschließen muss, kann mehr oder weniger verdichtete Verknüpfungsmuster erzeugen, die über eine Vielzahl von Konstellationen und Fällen prozessiert werden und dadurch eine begrenzte Stabilisierung von Erwartungen an die Zukunft herbeiführen.⁴⁷

Das globale Verwaltungsrecht gibt dafür Beispiele, wie neue Verfahrenselemente erzeugt werden, die funktional äquivalent zu Leistungen des staatlichen Verfahrensrechts sind.⁴⁸ Ähnliches gilt für die „responsibility to protect“⁴⁹, die unter der Schwelle der Intervention präventiv und prozedural das Verlangen von Information durch internationale Organisationen oder NGOs, fact finding missions, Hilfsangebote u. ä. ermöglicht, ohne dass der Staat sich auf seine Souveränität in „inneren Angelegenheiten“ be-

played by procedural connections between the distributed components of the law and its cognitive preconditions. Global law, by contrast, must pre-structure a *project-related* common understanding on a procedural basis, initially by limiting the range of variation of the possibilities, and must provide forms and processes which channel the “patternless exercises of political power“⁴⁵ through the stabilisation of references, and must rule out certain actions or justifications (sovereignty).⁴⁶ This will ensure, to a greater extent than in conventional law, that greater emphasis will be placed in future on a strengthening of the relationship. This procedural aspect of global law – which has to produce its own preconditions and at the same time connect with the different components of fragmented law – is able to generate linking models of greater or lesser density, which are dealt with via a multiplicity of situations and cases and as a result bring about a limited stabilisation of expectations for the future.⁴⁷

Global administrative law gives examples of how new procedural elements are being generated which are functionally equivalent to what is provided in national procedural law.⁴⁸ Much the same applies in respect of the “responsibility to protect“⁴⁹, which on a non-interventional basis provides the preventive and procedural means for information to be requested by international organisations or NGOs, fact finding missions, offers of assistance and similar, without the state being able to plead its sov-

45 Hadfield/Weingast, aaO (Fn. 23), 2.

46 Ku, aaO (Fn. 44), 137.

47 Jutta Brunnée/Stephen J. Toope, *International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law*, *Columbia Journal of Transnational Law* 39 (2000), 17.

48 Ku, aaO (Fn. 44), 154.

49 Vgl. Bellamy, aaO (Fn. 4).

45 Hadfield/Weingast, loc cit (footnote 23), 2.

46 Ku, loc cit (footnote 44), 137.

47 Jutta Brunnée/Stephen J. Toope, *International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law*, *Columbia Journal of Transnational Law* 39 (2000), 17.

48 Ku, loc cit (footnote 44), 154.

49 Cf. Bellamy, loc cit (footnote 4).

rufen kann. Vielmehr eröffnet sie für die eigenen Bürger die Möglichkeit, sich gegenüber der eigenen Regierung wie gegenüber internationalen und globalen Akteuren auf das Prinzip zu berufen und in einer „self-fulfilling prophecy“ zu seiner Stabilisierung jenseits der Politik beizutragen. Politische Diskurse werden mit dem Rechtscode verknüpft, und diese Verknüpfung verhindert, dass bestimmte Konflikte als „bloß politisch“ dargestellt werden können, ohne dass sich daraus schon substanzielle Rechtspflichten ergäben. Dies führt dazu, dass Diskurse „einrasten“ müssen in den strukturierten Diskurs des Rechts als Darstellungsform.

V. Kritik der Figur der „Selbstkonstitutionalisierung“ fragmentierter Regime des „Weltrechts“

A. „Zivilgesellschaftliche Verfassungsnormen“ jenseits der staatlichen Verfassung?

Zur Konturierung der hier vertretenen Konzeption mag eine kurze Auseinandersetzung mit Gunther Teubner beitragen.⁵⁰ Er ist der Auffassung – dies lässt sich mit einer gewissen Vereinfachung zusammenfassen –, dass die gesellschaftlichen Teilsysteme durch ihre Expansion über die Grenzen des Nationalstaats hinaus die gesellschaftliche Grundlage für ein „Weltrecht“ schaffen, das jenseits der einzelnen Ausdifferenzierungen z. B. im transnationalen Handelsrecht, in „corporate governance“ Regimes, in privaten wie öffentlich-rechtlichen (und hybriden) Standards, in einem globalen Verwaltungsrecht – um nur einige Beispiele zu nennen – eine autonome „zivilgesellschaftliche“ Selbstkonstitutionalisierung jenseits des staatlichen Rechts und diesseits einer „Weltverfassung“ i. e. S. hervorbringt – nach Teubner allerdings nur

ereignty in “internal affairs”. On the contrary, this responsibility to protect opens up for the citizens themselves the possibility of pleading the principle vis-à-vis their own government and vis-à-vis international and global players, and to contribute to the stabilisation of that principle beyond the sphere of politics, in a self-fulfilling prophecy. Political discourses are becoming linked with the legal code, and this linking is making it difficult for certain conflicts to be presented as “merely political” without substantial legal duties arising as a result. This is having the result that discourses are having to “engage” in the structured discourse of the law as a representational form.

V. Critique of the “self-constitutionalisation” figure of fragmented systems of “world law”

A. “Constitutional norms of civil society” beyond the sphere of the national constitution?

It may contribute to defining the concept represented here to consider briefly the approach adopted by Gunther Teubner.⁵⁰ He takes the view (summarised here with a certain element of simplification) that society’s sub systems, through their expansion beyond the boundaries of the national state, create the societal basis for a “world law” which, operating beyond the sphere of the individual differentiations, for example in transnational commercial law, “corporate governance” regimes, in private and public law (and hybrid) standards, in a global administrative law – to name just a few examples – brings about an autonomous “civil society” self-constitutionalisation extending beyond the sphere of the national law yet not as far as a “world constitution” in the true sense of the word (although Teubner regards these as merely “constitu-

50 Gunther Teubner, Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung privater und staatlicher Codes of Conduct, in: Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), 1449.

50 Gunther Teubner, Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung privater und staatlicher Codes of Conduct, in: Festschrift für Klaus J. Hopt (2010), 1449.

„Verfassungsfragmente“. Die Konstitutionalisierung (und nicht nur Verrechtlichung) wird in der auch hier beobachteten Zunahme von reflexiven Prozessen gesehen, über die spontan erzeugte oder über „sekundäre Normen“ kontrollierte Normen an grundlegenden Anforderungen der „eigenen“ Praxis gemessen werden. Betont werden dabei neuartige Verknüpfungen zwischen der Eigenrationalität wirtschaftlicher Organisationen und deren selbstorganisierter Fremdbeobachtung durch die Verknüpfung mit nicht-ökonomischen Rationalitäten, die z. B. über Monitoring-Verfahren unter Beteiligung von NGOs institutionalisiert werden. Dies wird explizit als eine Variante der „gesellschaftlichen Konstitutionalisierung“ angesehen und als funktionales Äquivalent und damit auch als Alternative zur klassischen staatlichen Verfassung verstanden.⁵¹ Das staatliche Verfassungsrecht kann diesen Prozessen gegenüber keine Hierarchie beanspruchen, sondern beide stehen eher in einem heterarchischen Verhältnis der Verknüpfung zwischen qualitativ unterschiedlichen Netzwerken konstitutioneller Normen.⁵² Dem liegt die Annahme zugrunde, „... dass sich im Prozess der Globalisierung die Positivierung von konstitutionellen Normen vom politischen System auf unterschiedliche gesellschaftliche Sektoren verlagert, die parallel zu politischen Verfassungsnormen zivilgesellschaftliche Verfassungsnormen erzeugen“.⁵³

Auf theoretische Probleme der Beschreibung zivilrechtlicher Rechtsbildung jenseits des Staates kann im Rahmen dieses Aufsatzes nicht im Einzelnen eingegangen werden, problematisch erscheint jedoch in der hier eingenommenen Perspektive, dass die Komplexität des klassischen liberalen Rechts und der ihm zugrundeliegenden Umbesetzung

tional fragments“). This constitutionalisation (and not merely juridification) is also evident in the increase in reflexive processes which is also observed here, by which spontaneously generated norms, or norms which are controlled through "secondary norms", are measured against basic requirements of "individual" practice. The emphasis here is on new kinds of links between the intrinsic rationality of commercial organisations and the self-organised observation thereof by third parties through the connection with non-economic rationalities, which are becoming institutionalised by means of (for example) monitoring processes involving NGOs. This is explicitly regarded as a variant of "societal constitutionalisation" and is understood as a functional equivalent of, and also therefore an alternative to, the conventional national constitution.⁵¹ National constitutional law cannot lay claim to any hierarchy vis-à-vis these processes; on the contrary, both exist in a heterarchical relationship which is embodied in the link between qualitatively different networks of constitutional norms.⁵² This is based on the assumption "... that in the process of globalisation the affirmation of constitutional norms is shifted from the political system on to different sectors of society, which generate constitutional norms of civil society in parallel with political constitutional norms".⁵³

It is not possible in the present essay to consider in detail the theoretical problems of describing civil law making which takes place beyond the sphere of the state. However, one problematic aspect of the perspective adopted here seems to be that the complexity of conventional liberal law and the underlying rearrangement of the relation-

51 Teubner, ebd.

52 Teubner, ebd.

53 Teubner, ebd.

51 Teubner, ibid.

52 Teubner, ibid.

53 Teubner, ibid.

des Verhältnisses von Recht und (gesellschaftlichem) Wissen und der darauf basierenden Normen verkürzt wird, wenn die hierarchische Ordnung des staatlichen Rechts beim Wort genommen, die es stets begleitende „Unordnung“ ausgeblendet und eine Engführung mit einer ebenso hierarchischen Ordnung des globalen Rechts jenseits des Staates (innerhalb einzelner Rechtsregime) vorgenommen wird.⁵⁴ Dessen Normen (hier z. B. der „Unternehmensverfassung“) „... beziehen ihre Geltung aus einer eigenständigen Verbindung primärer und sekundärer Normen in der Welt des private ordering. Sie bilden ein nicht-staatliches geschlossenes System normativer Geltung, das selbst hierarchisch aufgebaut ist“⁵⁵.

B. Die transnationalen „Netzwerke des Rechts“

So plausibel die Annahme erscheint, dass die Entstehung von Recht nicht auf die eine privilegierte Quelle des staatlichen Willens zurückgeführt werden kann, weil damit vor allem die interne Selbstorganisation des Rechts durch eine ganze Architektur aus unterschiedlichen Regeln und Metaregeln (Verschleifung von Norm und Anwendung, Reflexionsprozeduren, methodische Prinzipien, Verknüpfung von Recht und sozialen Normen) unterbelichtet bliebe, so problematisch erscheint es, die Pluralisierung vor allem des globalen Rechts in der Vervielfältigung „rechtsetzender“ Communities (Paul Schiff Berman) abzubilden⁵⁶ und dadurch den Zusammenhang der Ordnungsbildung unter Komplexitätsbedingungen zu vernachlässigen. Die klassische auf Einheit angelegte Rechtsarchitektur löst sich nicht auf, sondern wird beweglicher. Bei Gunther Teubner beschränkt sich aber die Beobachtung der Dynamik auf die Relationen zwi-

ship of law and (society's) knowledge and the norms that are based thereon is excessively reduced if the hierarchical order of national law is taken at its word, the “disorder” that always accompanies it is ignored, and it is forced into the constriction of a similarly hierarchical order of global law beyond the sphere of the state (within individual legal systems).⁵⁴ Its norms (here, for example, the norms of “corporate governance”) “... draw their validity from an independent connection of primary and secondary norms in the world of private ordering. They form a non-national closed system of normative validity which is itself hierarchically structured”⁵⁵.

B. The transnational “networks of the law”

However plausible it may appear to assume that the origin of law cannot be traced back to any privileged source of national will, because the internal self-organisation of the law in particular would thereby remain overshadowed by an entire architecture consisting of different rules and meta-rules (the blending together of norm and application, reflexion procedures, methodical principles, linking of law and social norms), it is nevertheless surely problematic to illustrate the pluralisation of (in particular) global law in the reproduction of “legislative” communities (Paul Schiff Berman)⁵⁶ and as a result to neglect the connection of the formation of order under conditions of complexity. The conventional legal architecture, which is geared to unity, is not dissolved, but becomes more mobile. For Gunther Teubner, however, observation of the dynamic is restricted to the relations between the individual “fragments of the

54 Teubner, ebd.

55 Teubner, ebd.; auch ders., Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung (2012), 129f.

54 Teubner, ibid.

55 Teubner, ibid.; also, by the same author, Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung (2012), 129f.

sehen den einzelnen „Verfassungsfragmenten“. Dass diese selbst nicht geschlossen sind, sondern von einer Dynamik aus überlappenden Normen und Praktiken unterschiedlicher Provenienz bestimmt werden, wird dabei vernachlässigt. Der *Prozess* der Transnationalisierung des Rechts lässt mehr Heterogenität zu, er erlaubt Experimente, er lockert die Verknüpfungsregeln zwischen sozialen und rechtlichen Normen, er differenziert Methoden für unterschiedliche Kontexte aus, er benötigt Kollisionsregeln, lässt die Umkehrung des Verhältnisses von Regel und Anwendung zu und begnügt sich mit nur partieller Verrechtlichung durch ergebnisoffene Vorgabe von Prozeduren. Er kann auch mit Normen operieren, deren Rechtscharakter ganz oder vorübergehend offen bleiben und sich verändern kann oder die nur an Kontaktstellen mit dem staatlichen Recht rechtlich relevant werden, z. B. wenn ein Verstoß gegen soziale Regeln den rechtlichen Vorwurf der Fahrlässigkeit im Hinblick auf eine Vertragsverletzung begründet. Wichtig erscheint es aber, die damit verbundene Transformation nicht zu überspielen und Normativität zu differenzieren. Der „gesellschaftliche Konstitutionalismus“ ist deshalb begrifflich viel rigider als dies von Konzeptionen behauptet werden kann, die eine klare Unterscheidung zwischen Innen und Außen im globalen Recht in mehrfacher Hinsicht für unmöglich halten. So ist – von anderen Bedenken abgesehen – selbst für das transnationale „Unternehmensrecht“ die „Ansteckung“ durch außerhalb erzeugte Muster von Codes of Conduct, von politischem Druck, völker-

constitution“. The fact that these are not themselves closed, but are defined by a dynamic consisting of overlapping norms and practices of varying provenance, is ignored. The *process* of the transnationalisation of the law permits a greater level of heterogeneity, it permits experimentation, it relaxes the rules of connection between social and legal norms, it differentiates between methods for different contexts, it requires rules to deal with conflict of laws, it allows the relationship between rule and application to be reversed, and is satisfied with only partial juridification through the defining of procedures without any preconception as to the result. It can also operate with norms whose legal character can – either wholly or on a temporary basis – remain open to change, or which only become legally relevant at points of contact with the national law, for example if a violation against social rules justifies the legal charge of negligence in regard to a breach of contract. However, it is surely important not to overplay the associated transformation and to differentiate normativity. The “constitutionalism of society” is therefore conceptually much more rigid than can be said of concepts which in many respects regard a clear distinction between “internal” and “external” in global law as impossible. Thus – leaving other considerations aside – even for transnational “company law” the “contamination” by externally generated models of Codes of Conduct, political pressure, international law obligations, and transnational effects of national and regional regulation is almost impossible to distinguish from the

56 So explizit *Schiff Berman*, aaO (Fn. 19); bei *Gunther Teubner* und *Andreas Fischer-Lescano* wird etwas missverständlich auf die „Zivilgesellschaft“ rekurriert. Jedenfalls Teubner versteht die „Zivilgesellschaft“ nicht als „Akteur“, sondern als zusammengesetzt aus den Kommunikationen, die nicht zum Wirtschafts- oder zum politischen System gehören, *ders.*, Nach der Privatisierung?, *ZfRSoz* 1998, 8, 11.

56 This point is made explicitly by *Schiff Berman*, loc cit (footnote 19); in *Gunther Teubner* and *Andreas Fischer-Lescano*, the expression “civil society” is used, somewhat ambiguously. In any event Teubner understands “civil society” not as a “player” but as a composite of the communications that do not belong to the economic or the political system, *by the same author*, Nach der Privatisierung?, *ZfRSoz* 1998, 8, 11.

rechtlicher Bindung und transnationaler Effekte nationaler und regionaler Regulierung von der Schließung einer „Binnenverfassung“⁵⁷ kaum zu unterscheiden. Auch der Unternehmenspraxis dürfte im Übrigen überhaupt die Vorstellung, dass hier Recht gesetzt wird oder gar Grundrechte (mit Drittwirkung?) „durch ihre Entscheidungspraxis“ hervorgebracht werden⁵⁸, verständlicherweise fremd sein.⁵⁹

Das „Recht der Netzwerke“⁶⁰ ist azentrisch, es bildet eine Mehrzahl von Knoten aus, an denen Relationen geordnet werden, aber es bildet auch eine potentielle Relationierung *aller* Knoten aus, die in den „Netzwerken des Rechts“ aufeinander beziehbar bleiben. Das zeigt sich z. B. auch am Transfer von Methoden oder Figuren aus einem in einen anderen Knoten oder an der latenten Konstitutionalisierung (im Hinblick auf die staatliche Verfassung) fast aller normativer Fragen, die zunächst nur eine kleine Com-

closing down of an “internal constitution”⁵⁷. In addition the very idea that legislation is being drawn up here, or indeed that basic rights (with “Drittwirkung”?) are being created “through its decision-making practice”⁵⁸, would probably be understandably alien to corporate practice also.⁵⁹

The “law of the networks”⁶⁰ is acentric, it constitutes a multiplicity of nodes upon which relationships are arranged, but it also forms a potential relationisation of *all* nodes that can be related to each other in the “networks of the law”. This is evident, for example, in the transfer of methods or figures from one node to another, or in the latent constitutionalisation (in regard to the national constitution) of almost all normative issues which at first appear to affect only a small community, and only on a de facto

57 Teubner, aaO (Fn. 55), 85; vgl. demgegenüber zu dem für das globale Recht typischen „Zusammenspiel“ von (auch) staatlichem Recht, sozialen Normen und unterschiedlichen „Beteiligten“ Olaf Dilling, *From Compliance to Rulemaking: How Global Corporate Norms Emerge From Interplay With State and Stakeholders*, German Law Journal 13 (2012), 381, 393: Die nationale oder EU-Einfuhrkontrolle oder die Haftungsregeln des IPR haben einen starken transnationalen Effekt auf die Selbstregulierung.

58 Teubner, ebd., 195; dies kann auch nicht auf die Praxis der Schiedsgerichte zurückgeführt werden, die kein eigenes Regime bilden.

59 Vgl. z. B. Markus Kitzmueller/Jay Shimshack, *Economic Perspectives on Corporate Social Responsibility*, Journal of Economic Perspectives 50 (2012), 51, 69; Pietra Rivoli/Sandra Waddock, „First They Ignore You ...“: The Time-Context Dynamic of Corporate Responsibility, California Management Review 53 (2011), 87, 101, wo die Komplexität der „new normalized practice“ (für nationale Unternehmen) betont und vom Recht als (von außen) intervenierender Variable innerhalb eines Prozesses ausgegangen wird. Für transnationale Unternehmen scheint nichts anderes zu gelten; Dilling, aaO (Fn. 57), 403.

60 Ladeur, aaO (Fn. 9).

57 Teubner, loc cit (footnote 55), 85; cf. by way of contrast concerning the “interplay” (typical for global law) between (also) national law, social norms and different “parties concerned”, Olaf Dilling, *From Compliance to Rulemaking: How Global Corporate Norms Emerge From Interplay With State and Stakeholders*, German Law Journal 13 (2012), 381, 393: national and EU import controls and the liability rules of international private law have a strong transnational effect on self-regulation.

58 Teubner, ibid, 195; this also cannot be attributed to the practice of the arbitral courts, which do not form any separate system.

59 Cf. for example Markus Kitzmueller/Jay Shimshack, *Economic Perspectives on Corporate Social Responsibility*, Journal of Economic Perspectives 50 (2012), 51, 69; Pietra Rivoli/Sandra Waddock, „First They Ignore You...“: The Time-Context Dynamic of Corporate Responsibility, California Management Review 53 (2011), 87, 101, where the complexity of the “new normalized practice” (for national companies) is emphasised and the law is assumed to act as an intervening (from the outside) variable within a process. The same appears to apply with regard to transnational companies; Dilling, loc cit (footnote 57), 403.

60 Ladeur, loc cit (footnote 9).

munity und nur faktisch zu betreffen scheint. Dies gilt auch über die Grenze des staatlichen Territoriums hinaus.⁶¹ Der Schutz der Persönlichkeit oder der Menschenwürde ist ein solcher Kontaktbegriff, der alle möglichen sozialen Kommunikationen zu einer Rechtsfrage machen kann. Man könnte von einem horizontalen Transfer von Bindungen und Anschlusszwängen sprechen, die innerhalb der Netzwerke in neue auf Selbstreproduktion angelegte Muster proliferiert werden. Dies ist *ex ante* schwer kalkulierbar, aber das auf hierarchische Reproduktion angelegte rechtliche „Geltungssymbol“ verwandelt sich in einer heterarchischen „Ordnung fern vom Gleichgewicht“ in eine Pluralität von Verknüpfungsmustern, die über Fälle rechtliche, insbesondere diskursive Relationierungen und damit immer neue Anschlusszwänge und –möglichkeiten prozessieren, die zugleich andere ausschließen oder unter höheren Begründungszwang stellen.

C. Das „Weltrecht“ als Zweitgründung des Rechts

Die Generierung von strukturierten Diskursen, die dogmatisch stabilisiert und institutionell kontrolliert werden können, scheint die Eigenart des Rechts in transnationalen Netzwerken auszumachen. Das Geltungssymbol des Rechts, das durch die hierarchische Architektur des staatlichen Rechts der „Gesellschaft der Individuen“ geprägt worden ist, wird in den postmodernen heterarchischen überlappenden „Netzwerken des Rechts“ remodelliert. Es wird u. a. als Bezugsrahmen für die weiterhin notwendige Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht gebraucht – nicht im Sinne des Rechtscodes (der Unterscheidung von Recht/Unrecht), sondern der Selbstkontrolle, die über Programme ausdifferenziert wird

basis. However, this also applies beyond the boundary of the territory of the state.⁶¹ The protection of personality and the protection of human dignity is one such contact concept which can turn all possible social communications into a question of law. It is possible to speak of a horizontal transfer of relationships and connection constraints which are proliferated within the networks into new models which are geared to self-reproduction. This is *ex ante* difficult to calculate, but the legal “validity symbol” which is geared to hierarchical reproduction is transformed, in a heterarchical “order far from equilibrium”, into a plurality of linking models which, by means of cases, deal with legal and in particular discursive interrelations (and thus ever new constraints and possibilities for connection), which at the same time exclude others or place them under an increased obligation to justify themselves.

C. “World law” as a second basis of the law

The generation of structured discourses, which can be stabilised in terms of dogma and controlled by means of institutions, seems to represent the particular characteristic of the law in transnational networks. The symbol of validity of the law, characterised by the hierarchical architecture of the national law of the “society of individuals”, is being remodelled in the post-modern heterarchical overlapping “networks of the law”. It is being used, *inter alia*, as a reference framework for the distinction (which continues to be necessary) between law and non-law – not in the sense of the “code of right” (the distinction between right and wrong), but in the sense of the self-monitoring which is fully differentiated by means of

61 Karl-Heinz Ladeur/Lars Viellechner, Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte, Archiv des Völkerrechts 46 (2008), 42.

61 Karl-Heinz Ladeur/Lars Viellechner, Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte, Archiv des Völkerrechts 46 (2008), 42.

und die Selbstbeobachtung der Operationen des Rechts im Anschluss an andere Operationen ermöglicht. In dieser Hinsicht erlaubt das postmoderne Recht mehr Reflexivität, d. h. angesichts der Vielzahl der möglichen Kandidaten für den „Rechtswert“ von Operationen stellt sich häufiger die strategisch zu beantwortende Frage, ob eine Norm als Recht behandelt werden soll – mit der Folge, dass eine „Verstrickung“ der darauf gestützten Operationen in rechtliche Konstruktionsmuster erfolgt.

Am Beispiel des von Gunther Teubner⁶² sog. Unternehmensrechts (Codes of corporate Governance) lässt sich demonstrieren, dass es durchaus zweifelhaft erscheint, dass ein Regelwerk entweder intern durch Selbstbeobachtung der Akteure oder extern durch Zuschreibung als Recht behandelt werden sollte. Vor allem aber kann dies nicht durch eine „Unternehmensverfassung“ in der „Weltgesellschaft“ mit Wirkung für das staatliche Verfassungsrecht (das auf der gleichen Ebene lokalisiert wird) statuiert werden. Die Hartschen „sekundären Normen“ können auf der Grundlage der Selbstbeobachtung der Emergenz „primärer Normen“ in „gesellschaftlichen Sektoren“ außerhalb des politischen Systems nicht im Wege der „Selbstkonstitutionalisierung“⁶³ über die Grenzen von Recht und Nicht-Recht verfügen. Dies wäre eine zirkelhafte Argumentation: Auch soziale (nicht-rechtliche) Normen können durch eine „Verfassung“ stabil gestellt und gesichert werden. Dass dadurch aber *Recht* entsteht, ist eine ganz andere Frage, die nur im Rekurs auf funktionale Äquivalenzen des „Rechts der Netzwerke“ zum hierarchischen Recht beantwortet werden kann. Gunther Teubners Theorie des transnationalen Rechts läuft in Übereinstimmung mit ähnlichen Konstruktionen des „Rechtspluralismus“ – wie erwähnt – darauf hinaus, eine Pluralität

programmes and which makes the self-observation of the operations of the law in connection with other operations possible. In this regard postmodern law permits greater reflexivity, i. e. in light of the multiplicity of possible candidates for the “legal value” of operations, the question (which requires a strategic answer) as to whether a norm should be treated as law arises more frequently – and in consequence the operations based thereon become “entangled” in legal construct models.

On the basis of the example of what Gunther Teubner⁶² refers to as “Unternehmensrecht” (codes of corporate governance), it is clear that it seems extremely doubtful that any set of regulations ought to be treated as law, either internally by self-observation on the part of the players or externally by attribution. Above all, however, this cannot be laid down by a “corporate constitution” in “world society” with effect for the national constitutional law (which is localised at the same level). Hart’s “secondary norms” cannot, on the basis of the self-observation of the emergence of “primary norms” in “sectors of society” outside the political system, dispose of the boundaries between law and non-law by way of “self-constitutionalisation”⁶³. This would be a circular argument: even social (non legal) norms can be firmly established and secured by means of a “constitution”. Whether *law* arises as a result is however quite a different question, which can only be answered by recourse to functional equivalences of the “law of networks” to hierarchical law. In accordance with similar constructs of “legal pluralism”, Gunther Teubner’s theory of transnational law – as we have said – amounts to constructing a plurality of deterritorialised “transnational

62 Teubner, aaO (Fn. 50).

63 Teubner, aaO (Fn.50).

62 Teubner, loc cit (footnote 50).

63 Teubner, loc cit (footnote 50).

von deterritorialisierten „transnational einheitliche(n) Rechtsregimes“⁶⁴ nach dem Modell des Staates zu konstruieren und die nicht hintergehbare – wenn auch variable – Vorstellung „einer Art“ Einheit des Rechts über „Kollisionsregeln“ herzustellen.⁶⁵ Die Annahme, dass die „Differenzierung des Weltrechts nach transnational einheitlichen Rechtsregimes“ erfolge, „die ihre Außengrenzen nicht territorial, sondern *issue*-spezifisch definieren und einen globalen Geltungsanspruch erheben“⁶⁶, ist schon für das Zivilrecht kaum plausibel, da die Regimes sich nicht völlig vom territorial radizierten Recht emanzipieren können – und sei es für die Vollstreckung von Schiedsurteilen. Noch viel weniger ist aber die These nachvollziehbar, dass die „neuartige Binnendifferenzierung des Weltrechts in deterritorialisierte Regimes ... als systeminterne Wiederholung der Differenz von Rechtssystem und seinen gesellschaftlichen Umweltsystemen verstanden werden kann“.⁶⁷ Wie wird dies konstruiert? Die alles andere als plausible These ist wohl so zu interpretieren, dass das „Weltrecht“ nicht etwa ein Produkt neuer Binnendifferenzierungen innerhalb des Rechtssystems sei, sondern dass der „Urknall“ der Selbsterzeugung des Rechts durch System/Umwelt-Unterscheidung sich innerhalb des Rechtssystems durch die Gründung einer Art von „Recht zweiter Ordnung“ wiederholt, das seine eigenen Formen und Binnendifferenzierungen ausbildet.⁶⁸ Nur so ist auch die sonst schwer nachvollziehbare Annahme zu erklären, dass die „Selbstkonstitutionalisierung“ innerhalb des Weltrechts gleichrangig neben dem staatsbasierten Verfassungsrecht stehen soll.

unified legal systems“⁶⁴ on the basis of the model of the state, and creating the non circumventable (although also variable) concept of “a kind of” unity of the law through “conflict-of-laws rules”.⁶⁵ The assumption that there is a “differentiation of world law according to transnationally unified law systems”, and that these law systems “define their external boundaries not on a territorial basis but on an *issue*-specific basis, and claim global validity”⁶⁶ is scarcely plausible even for civil law, since the systems cannot be completely emancipated from territorially established law – even for the enforcement of arbitral judgements. Even harder to follow, however, is the thesis that the “new kind of internal differentiation of world law into deterritorialised systems ... can be understood as a system-internal repetition of the difference between a legal system and its social environment systems”.⁶⁷ How is it possible to construe this? This utterly implausible thesis is surely to be interpreted as stating that “world law” is not some product of new internal differentiations within the legal system, but rather that the “big bang” of the self-generation of the law through a system/environment distinction is being repeated within the legal system through the formation of a kind of “second order law”, which is developing its own forms and internal differentiations.⁶⁸ Only thus is it possible to explain the assumption (which is otherwise difficult to follow) that the “self-constitutionalisation” within world law is supposed to have the same status as state-based constitutional law.

64 *Fischer-Lescano/Teubner*, aaO (Fn. 1), 36.

65 *Ebd.*, 53.

66 *Ebd.*, 36.

67 *Ebd.*, 40.

68 *Ebd.*, 40; vgl. auch *Teubner*, aaO (Fn. 55), 6f.

64 *Fischer-Lescano/Teubner*, loc cit (footnote 1), 36.

65 *Ibid.*, 53.

66 *Ibid.*, 36.

67 *Ibid.*, 40.

68 *Ibid.*, 40; cf. also *Teubner*, loc cit (footnote 55), 6f.

Ähnlich argumentiert auch Andreas Fischer-Lescano, der „normatives Erwarten“ nicht nur in „politischer Rechtsetzung“ begründet sieht⁶⁹, sondern auch „im Bereich der Menschenrechte speziell im System der Massenmedien“, die ein Forum für die „colère publique“ werden.⁷⁰ Der Monopolanspruch des „etatistischen Völkerrechts“ muss für den „generischen Rechtspluralismus im postmodernen *ius gentium*“ geöffnet werden. Die „hier generierten normativen Erwartungen sind Recht unabhängig davon, ob das Völkerrecht dies zur Kenntnis nimmt“. Es liegt „am Rechtssystem selbst, ein angemessenes Verhältnis zu beiden Systemen zu entwickeln, und auch die Rechtssetzungsqualitäten der Zivilgesellschaft in sein Programm aufzunehmen“.⁷¹

D. Die „Selbstkonstitutionalisierungsthese“ und das Problem der Beteiligung des Staates an der globalen Normbildung

Die Problematik dieser „Selbstkonstitutionalisierungsthese“ lässt sich jenseits des Zivilrechts an Phänomenen des globalen Verwaltungsrechts oder der Konstitutionalisierungsprozesse zeigen, die die Grenze der Souveränität der Staaten durchlässig machen und Verpflichtungen für Staatsorgane erzeugen. Die Besonderheit insbesondere des globalen Verwaltungsrechts, das Verfahren und Prinzipien vor allem für die transnationalen öffentlichen und privat-öffentlichen Standardisierungsprozesse er-

A similar argument is presented by Andreas Fischer-Lescano, who sees “normative expectation” as being grounded not only in “political law-making”⁶⁹, but also “in the sphere of human rights, specifically in the system of the mass media”, which are becoming a forum for “colère publique”.⁷⁰ The monopoly to which “statist international law” lays claim must be opened up for the “generic pluralism of the law in the post-modern *ius gentium*”. The “normative expectations which are being generated here are law, irrespective of whether international law acknowledges this to be so”. It is “for the legal system itself to develop an appropriate relationship to both systems, and also to absorb the law-making qualities of civil society into its programme”.⁷¹

D. The “self-constitutionalisation thesis” and the problem of the participation of the state in the formation of global norms

The problematic nature of this “self-constitutionalisation thesis” can be seen beyond the sphere of civil law in phenomena of global administrative law or of constitutionalisation processes which open up the boundary formed by the sovereignty of states and give rise to obligations for government bodies. The special feature of global administrative law in particular (which generates processes and principles particularly for transnational public and private-public standardisation processes) consists in the fact

69 Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte* (2005), 261.

70 Auch Teubner, aaO (Fn. 55), 189, 193f.

71 Fischer-Lescano, aaO (Fn. 69), 262; der Rekurs auf die „colère publique“ bei Emile Durkheim erscheint problematisch, da er ein basales Einverständnis einer Gesellschaft beschwört, das gerade unter den Bedingungen der Postmoderne nicht mehr vorausgesetzt werden kann (vgl. De la division du travail social [1998], 71: „colère publique“ ist „celle de tout le monde, sans être celle de personne en particulier“); zustimmend aber auch Teubner, aaO (Fn. 55), 193.

69 Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte* (2005), 261.

70 Auch Teubner, loc cit (footnote 55), 189, 193f.

71 Fischer-Lescano, loc cit (footnote 69), 262; der recourse to “colère publique” in Emile Durkheim appears problematic, since he affirms a basal understanding of a society which can no longer be assumed, particularly in the conditions of the postmodern era (cf. De la division du travail social [1998], 71: “colère publique” is “celle de tout le monde, sans être celle de personne en particulier”); Teubner however is in agreement, loc cit (footnote 55), 193.

zeugt, besteht darin, dass jedenfalls administrative *staatliche* Akteure an seiner Formulierung beteiligt sind, die sich nicht von den Bindungen des staatlichen Rechts emanzipieren können.⁷² Andererseits kann – nicht zuletzt deshalb – auch keine Rede davon sein, dass auf der globalen Ebene die normative Steuerung durch das Recht von einer kognitiven Steuerung abgelöst worden wäre. So aber Niklas Luhmann, der davon ausgeht, „dass auf der Ebene der sich konsolidierenden Weltgesellschaft nicht mehr Normen (in Gestalt von Werten, Vorschriften, Zwecken) die Vorauswahl des Erkennenden steuern, sondern daß umgekehrt das Problem lernender Anpassung den strukturellen Primat gewinnt und die strukturellen Bedingungen der Lernfähigkeit aller Teilsysteme abgestützt werden müssen“⁷³.

Es erscheint gewagt, davon auszugehen, dass das Weltrecht „sich seine Fundamente selbst geschaffen hat“ und auch zivilgesellschaftliche Gruppen dann das „Geltungssymbol transferieren können, wenn sie den Grad der *colère publique mondiale* erreichen“.⁷⁴ Dies erscheint m. E. nicht kompatibel auch mit einem postmodernen Verständnis eines globalen Rechtspluralismus, der gerade in gravierenden Konflikten keinen Konsens voraussetzen kann – geschweige den eine weltweite *colère publique*. Dies gilt umso mehr, als die Fragmentierung des Weltrechts auch ihren Niederschlag in den kognitiven Schwierigkeiten findet, die z. B. durch schwierige Missionen des „fact fin-

that administrative *governmental* players are always involved in its formulation, and they cannot free themselves from the constraints of national law.⁷² On the other hand there also cannot (at least partly for that reason) be any suggestion that at the global level normative control by the law has become separated from any cognitive control. Yet this is the view adopted by Niklas Luhmann, who assumes “that at the level of world society in the process of consolidation, it is no longer norms (in the form of values, regulations, purposes) that control the pre-selection by the adjudicator; on the contrary, the problem of learning adjustment acquires structural primacy and the structural conditions of the learning capability of all part systems must be supported”⁷³.

It seems to go too far to assume that world law “has created its own foundations” and that groups within civil society also “can then transfer the symbol of validity if they attain the level of *colère publique mondiale*”.⁷⁴ In my opinion this does not seem to be compatible even with a postmodern understanding of a global legal pluralism which precisely in serious conflict situations cannot presume the existence of a consensus, even less of any worldwide *colère publique*. This is even more true by reason of the fact that the fragmentation of world law is also reflected in the cognitive difficulties which – for example through serious “fact finding” missions – can be partially overcome. By con-

72 Deshalb erscheint es auch kaum angemessen, auch für das globale Verwaltungsrecht (!) von der These auszugehen, wie es *Gunther Teubner* offenbar für angebracht hält, von einer „Binnenverfassung der Regulierungsinstanzen“ auszugehen, *ders.*, aaO (Fn. 55), 85. Auch hier wird jenseits des problematischen Gebrauchs des Verfassungsbegriffs überhaupt der „fluide“ Charakter des globalen Verwaltungsrechts „in being“ vernachlässigt.

73 *Niklas Luhmann*, *Die Weltgesellschaft*, in: *Soziologische Aufklärung* Band 2 (1975), 51, 63.

74 *Fischer-Lescano*, aaO (Fn. 69), 271.

72 For this reason it also seems hardly appropriate, as *Gunther Teubner* evidently considers expedient, to assume the thesis for global administrative law also (!) that an “internal constitution of regulatory bodies” exists, *same author*, loc cit (footnote 55), 85. Here also, over and above the problematic use of the “constitutional” concept itself, the “fluid” nature of global administrative law “in being” is ignored.

73 *Niklas Luhmann*, *Die Weltgesellschaft*, in: *Soziologische Aufklärung* Vol 2 (1975), 51, 63.

74 *Fischer-Lescano*, loc cit (footnote 69), 271.

ding“ partiell bewältigt werden. Sinnvoller erschiene es demgegenüber, verschiedene Grade, Formen und Prozesse der Generierung von rechtsspezifischer Bindung in den globalen „Netzwerken des Rechts“ zu unterscheiden. Andererseits ist aber gerade die grundsätzliche Annahme, dass nicht nur die Fragmentierung der sich selbst konstituierenden Teilsysteme der globalen „Zivilgesellschaft“ nicht hintergebar, sondern Ausdruck einer Wendung gegen eine schon im Nationalstaat angelegte Unterdrückung der gesellschaftlichen Selbstkonstitutionalisierung sei, in beiden Richtungen – sowohl für das globale als auch für das staatliche Recht – viel zu allgemein gefasst: Dass man auf der globalen Ebene überhaupt von einer Verfassung im klassischen Rechtssinne oder innerhalb des staatlichen Rechtssystems von der Unterdrückung der Selbstkonstitutionalisierung gesellschaftlicher Teilsysteme sprechen kann⁷⁵, ist zweifelhaft. Warum sollte im Übrigen die Selbstkonstitutionalisierung in der globalen „Zivilgesellschaft“ eher gelingen als im Bereich der staatlich verfassten Gesellschaften, wo sie eigentlich den Kern einer kollektiven transsubjektiven Dimension der Grundrechte bilden soll?

trast, it would appear more meaningful to distinguish between various levels, forms and processes of the generation of legally specific commitments in the global “networks of the law”. On the other hand, however, it is precisely the basic assumption – that not only is the fragmentation of the self-constitutionalising part systems of global “civil society” not circumventable, it is also the expression of a movement against the suppression of society’s self-constitutionalisation which is already inherent in the national state – that is far too generally conceived, in both directions (in regard to global as well as national law): it is doubtful whether it is at all possible at the global level to speak of a constitution in the conventional legal sense, or within the national legal system to speak of the suppression of the self-constitutionalisation of part systems of society⁷⁵. Besides, why should self-constitutionalisation in the global “civil society” succeed more than in the sphere of nationally constituted societies, where it is actually supposed to form the core of a collective trans-subjective dimension of basic rights?

75 Vgl. zu einer Konzeption der Kooperation von staatlich-gerichtlicher Definition der Schranken der Meinungsfreiheit und der gesellschaftlichen Selbstdefinition ihres Gegenstandes *Karl-Heinz Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie (1999), 281; theoretisch *ders.*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation (2000).

75 Cf. concerning a conception of the cooperation of national court definition of the limits of freedom of expression and society’s self-definition of its object, *Karl-Heinz Ladeur*, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie (1999), 281; *by the same author*, seen from a theoretical perspective, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation* (2000).

VI. Lose Kopplung innerhalb der Netzwerke des „globalen Rechts“

A. Globales Recht als „fuzzy set“ von Normen

Diehl/Ku⁷⁶ haben mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass der Anschluss von Theorien über die Rechtsbildung in der postmodernen globalen Gesellschaft an Harts Unterscheidung von Normen erster und zweiter Ordnung problematisch ist, weil sie von der auch bei H. L. A. Hart zu beobachtenden Vorstellung eines stabilen Verhältnisses der beiden Normtypen bestimmt ist: „Sekundäre Normen“ haben bei Hart auch in der zeitlichen Dimension den Charakter der nachfolgenden bestätigenden, kontrollierenden, variierenden Norm gegenüber den primären Normen und ordnen sich damit in eine Hierarchie ein, die etwa bei Gunther Teubner den Verfassungscharakter der reflektierenden sekundären Normen ausmacht.

Demgegenüber erscheint es im Anschluss an Diehl/Ku⁷⁷ sinnvoller, das globale Recht eher als einen „fuzzy set“ von Normen mit in jeder Richtung unscharfen Grenzen zu verstehen. Deshalb ist z. B. davon auszugehen, dass die Unterscheidung und Verknüpfung von sozialen und Rechtsnormen im globalen Recht weniger wohlgeordnet ist als im nationalen Recht. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass es nicht einfach um die stabile, letztlich durch materielles Recht geordnete Verknüpfung von kognitiven und Rechtsnormen geht. Vielmehr muss man anerkennen, dass die „communities of practice“, in denen Lernen operationalisiert wird, nicht nur „Wissen“ erzeugen, sondern Bindungen, Beglaubigungen, Vertrauen, ohne die Wissen nicht anschlussfähig ist.⁷⁸ Das Recht benötigt für die Rezeption komplexerer Formen des Wis-

VI. Loose coupling within the networks of “global law”

A. Global law as a “fuzzy set” of norms

Diehl/Ku⁷⁶ have rightly pointed out that the connection between theories concerning the formation of law in postmodern global society and Hart’s distinction between first and second order norms is problematic, because it is defined by the concept (also to be observed in H. L. A. Hart) of a stable relationship between the two norm types: for Hart, “secondary norms” have – in the time dimension also – the character of the subsequent confirming, controlling, varying norm vis-à-vis primary norms, and thus take their place in a hierarchy which for Gunther Teubner, for example, makes up the constitutional character of the reflecting secondary norms.

By contrast, following on from Diehl/Ku⁷⁷ it appears more meaningful to see global law more in terms of a “fuzzy set” of norms whose boundaries are blurred in all directions. It should therefore be assumed, for example, that the distinction between and linking together of social and legal norms are less well ordered in global law than in national law. This is not least connected with the fact that what is under consideration here is not simply the stable linking together (as ultimately established by substantive law) of cognitive and legal norms. On the contrary, we must recognise that the “communities of practice” in which learning is operationalised generate not only “knowledge”, but also commitments, attestations, and trust, without which knowledge is incapable of being connected to anything.⁷⁸ In order to be able to receive more

76 Paul F. Diehl/Charlotte Ku, *The Dynamics of International Law* (2010), 67.

77 Ebd., 52.

78 Brunnée/Toope, aaO (Fn. 47).

76 Paul F. Diehl/Charlotte Ku, *The Dynamics of International Law* (2010), 67.

77 Ibid., 52.

78 Brunnée/Toope, loc cit (footnote 47).

sens, die nicht über gesetzliche „Tatbestände“ gefiltert werden können, insbesondere sozialer Normen, seinerseits prozedurale Metaregeln des „management of rules“: Kollisionsregeln für die Unterscheidung von rechtlichen und sozialen Normen, hybride rechtliche Verfahren der Erzeugung sozialer Normen, Brückenbegriffe für die Anchlüsse an das Recht, Kompetenzen für die Entscheidung auf der Grundlage von Teilwissen, Argumentations- und Vermutungsregeln *ex ante*, Evaluationsregeln für die Anwendungsfolgen *ex post*, um nur einige zu nennen.

Diese Regelarchitektur kann in transnationalen Prozessen nicht vorausgesetzt werden, aber das Recht kann die Kopplung zwischen den Regeln unterschiedlicher Provenienz lockern und einzelne seiner Formen der Binnendifferenzierung mit Priorität ausstatten. So kann es seine Verfahrensregeln als Teil seines „operativen Systems“ von Erwartungen an die Reproduktion der materiellen Einheit des Rechts entkoppeln und – wie gezeigt – strategisch für die Anschlussfähigkeit von Diskursen bereithalten. Diese bleibt unsicher, weil zugleich die materiellen Rechtsnormen, die auf z. B. in Standards aggregiertes Wissen verweisen, auf der transnationalen Ebene (noch) nicht zustande kommen, während die Standards selbst an die staatliche Ebene weiter gereicht werden. Das Recht fungiert dann eher als „operatives System“⁷⁹, das nicht auf eine klare Rollentrennung (primäre/sekundäre Normen) zielt, sondern eher strategisch innerhalb des Netzwerks der unterschiedlichen Komponenten von faktischen und rechtlichen Normen mit einem begrenzten variablen Ziel der Relationierung in Mustern und der Verdichtung von „Knoten“ eingesetzt wird, die einen Kippunkt bilden, an dem soziale Normen partiell mithilfe rechtlicher Prozeduren einen emergenten Effekt der Rechtsbindung erzeugen sol-

complex forms of knowledge which cannot be filtered through legal “facts”, the law needs in particular social norms, and in turn procedural meta-rules for the “management of rules”: conflict-of-laws rules for distinguishing between legal and social norms, hybrid legal processes for the generation of social norms, bridging concepts for forming connections to the law, competencies for decision-making on the basis of partial knowledge, rules of argumentation and rules of supposition *ex ante*, and evaluation rules for the consequences of application *ex post*, to name just a few.

This architecture of rules cannot be presumed to exist in transnational processes, but the law can “loosen the coupling” between rules of different provenance and give priority to some of its forms of internal differentiation. Thus it can detach its procedural rules as part of its “operative system” from expectations regarding the reproduction of the substantive unity of the law and – as has been shown – strategically hold these in readiness for the connection capability of discourses. This remains insecure, because at the same time the substantive legal norms which refer to accumulated knowledge in (for example) standards are not (yet) being agreed at transnational level, while the standards themselves are being passed on to governmental level. The law then functions more as an “operative system”⁷⁹, which does not aim for any clear separation of roles (primary/secondary norms), but instead is used strategically within the network of the different components of de facto and legal norms with a limited variable aim of “relating” in models and the consolidation of “nodes” which form a tipping point on which social norms - partially with the aid of legal procedures - are intended to generate an emerging effect of legal commitment. (This conceptualisation does not entirely correspond to the “sub models” distinction

79 Diehl/Ku, aaO (Fn. 76), 137, 152.

79 Diehl/Ku, loc cit (footnote 76), 137, 152.

len. (Diese Begriffsbildung entspricht nicht ganz der Unterscheidung der „Submodelle“ bei Marc Amstutz, weil es hier eher darum geht, nur einzelne Leistungen des Rechtssystems in einen Prozess einzutragen, der unvollständig verrechtlicht ist.) Diese Aufgabe können prozedurale Normen übernehmen, die neue Prinzipien entwickeln, z. B. das des „rough consensus“⁸⁰, der eine größere Mehrheit als die einfache Mehrheit der Stimmen verlangt, aber zugleich auch keine Übereinstimmung in allen Einzelheiten und eine aktive Beteiligung an Diskussionsprozessen von Opponenten voraussetzt, die sonst ihre Rechte auf Berücksichtigung „verschweigen“.

B. Zur komplexeren Fassung der „Selbstmodellierung“ des Rechts unter Bedingungen der Globalisierung

Wenn man wieder einen Bogen zu den Ausgangsüberlegungen zurückschlägt, lässt sich die These aufstellen, dass die neue „Ordnung fern vom Gleichgewicht“ innerhalb des globalen Rechts davon bestimmt ist, dass die einzelnen Komponenten des Rechts innerhalb des fragmentierten „Weltrechts“ jedenfalls in der Gegenwart nur lose gekoppelt sein können und nicht in eine einheitliche Strategie der Neuordnung einer Weltgesellschaft integriert werden können. Zugleich sind darin Öffnungen und Anschlusszwänge für ein nationales Recht angelegt, das auf die Kompatibilisierung von globalem Verwaltungsrecht und Elementen globaler Konstitutionalisierung mit der innerstaatlichen Verfassung eingestellt ist. Das gilt z. B. für die Vergabe von Mandaten zur Kooperation in transnationalen Netzwerken oder die Bereitschaft zur Information über „interne“ Verwaltungsverfahren gegenüber globalen privaten und öffentlichen Akteuren. D. h. die Herausbildung globaler Netzwerke des Rechts impliziert

as envisaged by Marc Amstutz, because what is being considered here is more the incorporation of just a few individual performance aspects of the legal system into a process which is not completely juridified.) This function can be fulfilled by procedural norms which develop new principles, for example that of the “rough consensus”⁸⁰, which requires a greater majority than the simple majority of votes, but at the same time also does not require any agreement on all details, but rather that there will be active participation in discussion processes by opponents who otherwise would “remain silent” concerning their rights to be taken into consideration.

B. Concerning a more complex version of the “self-modelling” of the law under conditions of globalisation

If we look back again to our initial considerations, the thesis emerges that the new “order far from equilibrium” within global law is defined by the fact that the individual components of the law within the fragmented “world law” can only be loosely coupled together, at least at the present time, and cannot be integrated into a uniform strategy for the reordering of a world society. At the same time openings and connection constraints are provided for a national law which is geared to a compatibilisation of global administrative law and elements of global constitutionalisation with the national constitution. This applies, for example, with regard to the allocation of mandates for cooperation in transnational networks, or with regard to the willingness to provide information concerning “internal” administration processes to global private and public players. This means that the development of global networks of the law implies different forms of consolidation and coordination; however, this is not entirely unusual, if we

80 Gralf-Peter Calliess/Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law* (2010).

80 Gralf-Peter Calliess/Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law* (2010).

unterschiedliche Formen der Verdichtung und Koordination; dies ist aber nicht völlig ungewöhnlich, wenn man die Evolution des Rechts als einen Prozess ständiger Umbesetzungen innerhalb eines aus heterogenen Bestandteilen bestehenden „Differenzierungsgeschehens“ beobachtet. In einer stärker auf Heterarchie eingestellten Ordnung können unterschiedliche Komponenten der Ordnungsbildung auseinandertreten und neue Metaregeln der Koordination in einem experimentellen Verfahren hervorbringen.

Jedenfalls erscheint es produktiver, bei der Beschreibung des emergenten „globalen Rechts“ jenseits des Staates und diesseits des klassischen Völkerrechts zunächst die Bedingungen der Verknüpfung des „territorialisierten“ Rechts mit dem Wandel der sozialen Regeln und Wissenssysteme zu akzentuieren, die seine Einheit nur als „Ordnung fern vom Gleichgewicht“ erscheinen lassen. Deren Selbsttransformation unter den Bedingungen der Postmoderne ist als ein Prozess der Umbesetzung innerhalb eines „Differenzierungsgeschehens“ zu beschreiben, der sich zunächst innerhalb des territorialisierten Rechts vollzieht und seine Fortsetzung im Prozess der Globalisierung findet. Das postmoderne „staatliche“ Recht der „Gesellschaft der Netzwerke“ unterscheidet sich nicht so grundsätzlich von dem fragmentierten globalen Recht jenseits des Staates. Ausgehend von dieser Annahme erscheint es besser vorstellbar, dass auf der einen Seite in einer ganz von Heterarchie und Ungleichzeitigkeit geprägten Ordnung des globalen Rechts neue, auf das Operieren mit Unvollständigkeit angelegte, insbesondere prozedurale reflexive, z. T. auch strategisch dimensionierte Rechtsformen generiert werden, während zugleich die experimentelle, auf Irritation von Selbstregulierung zielende transnationale Kooperation mit dem sich ebenfalls verändernden staatlichen Recht (vor allem im Bereich des

observe the evolution of the law as a process of constant rearrangement within a “differentiation event” consisting of heterogeneous constituent parts. In an order which is more geared to heterarchy, different components within the order forming process can move apart, and can give rise to new meta-rules of coordination in an experimental process.

In any event it seems more productive, in the context of describing the emerging “global law” that extends beyond the sphere of the state but not as far as that of conventional international law, to accentuate first of all the conditions under which “territorial” law is linked with the transformation of social rules and knowledge systems, i.e. the conditions which allow the unity of “global law” to appear only as “order far from equilibrium”. Their self-transformation in the conditions of the postmodern era is to be described as a process of rearrangement within a “differentiation event”, which initially occurs within territorialised law and is then continued in the process of globalisation. The postmodern “national” law of the “society of networks” is not fundamentally so very different from the fragmented global law that exists beyond the sphere of the state. Starting from this assumption, it seems easier to envisage that on the one hand, in a global law order which is entirely characterised by heterarchy and asynchrony, new legal forms are being generated which are geared to operating with incompleteness and which are in particular procedural-reflexive and to some extent also strategically dimensioned, while at the same time the experimental transnational cooperation with national law (which is also changing), which is aimed at the stimulus of self-regulation, cannot be separated from global law

globalen Verwaltungsrechts oder der Konstitutionalisierung neuer prozeduraler Zwänge zur Durchlässigkeit der Souveränität) vom globalen Recht nicht zu trennen ist.

Die – hier notwendigerweise nur in vereinfachter Form wiedergegebene – Theorie des „Weltrechts“ bei Fischer-Lescano und Teubner erscheint auch ungeachtet theoretischer Einwände gegen die Konstruktion überkomplex, ohne dass dies durch zusätzliche Erkenntnisgewinne kompensiert würde. Demgegenüber kann das hier skizzierte Konzept einer Rechtsevolution, das dem Rechtssystem jenseits der bisher diskutierten Öffnungs- und Kopplungsmechanismen eine höhere Fähigkeit zur Selbstmodellierung mithilfe von „Submodellen“ zuschreibt, nicht nur die Transformationsprozesse des Rechts in der territorialisierten, sondern auch in der deterritorialisierten und fragmentierten Ordnung des Rechts genauer erfassen. Sie kann eine Fragmentierung nicht nur einzelner „Rechtsregime“ in der Sachdimension beobachten, sondern vor allem die Fragmentierung des Rechts in der Zeitdimension als Prozess – und damit die Ungleichzeitigkeit der Effekte der einzelnen „Submodelle“ – abbilden. So lassen sich die Antworten auf die Herausforderung des Rechts durch die Internetkommunikation nicht nur (vielleicht nicht einmal primär) in der Beobachtung der Globalisierung finden. Erforderlich ist vielmehr auch eine Umstellung von der um die Massenmedien zentrierten sozialen Normbildung auf die heterarchischen Prozesse der Emergenz sozialer Normen und deren Koordination mit der Rechtsbildung. Dies führt aber nicht zum Verschwinden der älteren Normschichten, sondern löst neue Kollisionen und damit Koordinationsbedürfnisse aus.

Die kritisierte Lesart des „Weltrechts“ tendiert m. E. dazu, gerade eine besondere Leistung des Rechts zu vernachlässigen, die darin besteht, nicht „patternless“ zu sein und einen bestimmten unpersönlichen „fall-

(particularly in the sphere of global administrative law or the constitutionalisation of new procedural constraints aimed at making sovereignty more “permeable”).

The theory of “world law” as envisaged by Fischer-Lescano and Teubner, which is of necessity only reproduced here in simplified form, appears excessively complex (even disregarding theoretical objections to the structure) without any balancing effect being provided through additional gains in knowledge. By contrast, the concept of an evolution of the law as outlined here, which attributes to the legal system a higher capacity for self-modelling with the aid of “sub-models”, extending beyond the opening and coupling mechanisms as previously discussed, is capable of a more precise conception of the transformation processes of the law not only in the territorialised but also in its deterritorialised and fragmented order. Not only can it observe a fragmentation of individual “legal systems” in the factual dimension, but also, in particular, it can illustrate the fragmentation of the law in the time dimension as a process – and thus the asynchrony of the effects of the individual “sub-models”. Thus the answers to the challenge posed to the law by Internet communication are to be found not only (and perhaps not even primarily) in the observation of globalisation. On the contrary it is also necessary for there to be a conversion from social norm formation, which is centred around the mass media, to the heterarchical processes of the emergence of social norms and the coordination of these norms with the formation of law. This does not however lead to the disappearance of older layers of norms, but gives rise to new conflicts and therefore further need for coordination.

In my opinion the “world law” reading for which I have offered a critique here tends to neglect a particular feature of the law which consists in its not being “patternless” and in its establishing a defined impersonal

übergreifenden“ Verknüpfungsmodus für das Prozessieren von Operationen, ein „management of rules“ und ein Netzwerk von Anschlusszwängen und -möglichkeiten zur Bindung von Ungewissheit auch über die Grenzen des territorial radizierten Rechts hinaus zu etablieren.⁸¹ Die postulierte Schließung „selbstkonstitutionalisierter“ transnationaler Regimes verstellt den Zugang zur heterarchischen prozeduralen Rationalität überlappender Netzwerke des Rechts (und anderer Normen).

mode of connection “applicable to all cases” for the processing of operations, a “management of rules” and a network of connection constraints and possibilities for controlling uncertainty that extends even beyond the boundaries of territorially established law.⁸¹ The postulated closing down of “self-constitutionalised” transnational systems blocks access to the heterarchical procedural rationality of overlapping networks of the law (and of other norms).

81 *Dilling*, aaO (Fn. 57), 409, 412, 417; vgl. auch die Beiträge in ders./Martin Herberg/Gerd Winter (Hrsg.), *Transnational Administrative Rule-Making: Performance, Legal Effects, and Legitimacy* (2011); *Schiff Berman*, aaO (Fn. 19), 10, zur Bedeutung von Verfahren für die Abstimmung zwischen überlappenden Regeln.

81 *Dilling*, loc cit (footnote 57), 409, 412, 417; cf. also the contributions in same author/Martin Herberg/Gerd Winter (eds.), *Transnational Administrative Rule-Making: Performance, Legal Effects, and Legitimacy* (2011); *Schiff Berman*, loc cit (footnote 19), 10, concerning the significance of methods for harmonisation between overlapping rules.