

Rudolf Wiethölter

Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht*

Das Thema legt die Erwartung nahe, daß ein sozialwissenschaftliches Modell (oder gar mehrere Modelle) in seinem Einfluß auf Wirtschaftsrecht rekonstruiert wird. Wer, wie ich, einem »Modell« kritischer Gesellschaftstheorie anhängt, für das es keinen unmittelbar bestimmenden Einfluß auf Entscheidungen geben kann, muß solche Erwartungen enttäuschen. Mir geht es um eine Einschätzung von Chancen für einen solchen Einfluß vor allem unter Bedingungen von Recht selbst. Im Anschluß an eine Skizze des betroffenen Problems (I) diskutiere ich den Bezug von Modell, Verrechtlichung und Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit im analytischen Rahmen von Paradigma und Sozial- und Systemintegration (II). Dann folgen (vor einer Zusammenfassung (V)) Auswirkungen auf die juristische Methode (III) und diskussionsfähige Belegbeispiele (IV).

I

Naturrecht und/oder Rechtspositivismus – diese feindlichen Brüder haben unsere rechtskulturellen Erbschaften in den letzten 200 Jahren bestimmt. Ihr – einziger? – Nachfahre scheint ein »soziologisches Naturrecht« zu werden, das – wie im Bonmot Voltaires – als Zauberwort eine ganze Schafherde zu vernichten vermag, vorausgesetzt, man fügt eine hinreichende Menge Arsen hinzu. Um im Bilde zu bleiben: diese Arsenmenge ist mein Gegenstand heute. Vom Bilde befreit: Ich möchte mich mit dem Paradoxon beschäftigen, daß sich Sozialwissenschaften wie selten zuvor mit »Recht« und daß sich Rechtswissenschaft wie selten zuvor mit der »Gesellschaft« beschäftigen und daß gleichwohl Recht und Gesellschaft davon nichts bis wenig spüren. Etwas genauer: Sozial- und Rechtswissenschaft kümmern sich – erneut, ausdrücklich und sicherlich nicht ohne Anlaß – um Rationalität(en) von Recht als Rationalität(en) von Gesellschaft, also unter dem doppelten Bezug von – in traditioneller Sprache ausgedrückt – Rechtfertigungsnormativität und Herrschaftssoziologie. Diese Bemühungen zielen auf nichts weniger als objektivierbare Kriterien der Gerechtigkeit selbst. Hand in Hand mit allen Anstrengungen gehen freilich Einsichten, daß mit wachsender Rationalität in immer kleineren und ferneren dezentralen Einheiten die Irrationalität des »Ganzen« erst recht wachse: ein historischer Fluch scheint Arbeits-, Klassen- und Systemteilungen so zu treffen, daß

* Vortrag, gehalten im Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, Dez. 1981; der am Ende erwähnte Fortsetzungsvortrag über »Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht«, ursprünglich ebenfalls in Florenz (Dez. 1982) gehalten, erscheint in Kürze in: G. Teubner (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1985; beide Vorträge finden sich auch in der Dokumentation: G. Brüggemeier, Ch. Joerges (Hrsg.), *Workshop zu Konzepten des posinterventionistischen Rechts, Materialien des Zentrums für Europäische Rechtspolitik*, 1984.

eine gesamtgesellschaftliche Synthesis, eine »vernünftige Identität für moderne Gesellschaften« nicht mehr zu greifen ist. Die Sozialtheorieangebote werden immer abstrakter, radikaler, komplexer, um dann doch nur ihrerseits dem Arbeits-, Klassen- und Systemteilungsfluch zu verfallen, gegen den sich aufzulehnen sie alle antreten. Ist es ein Wunder, daß sich Recht davon unberührt zeigen kann und doch zugleich davon ganz gefangen genommen wird? Ich halte es jedenfalls für das beherrschende Phänomen der letzten 10 bis 15 Jahre, daß sich die *Juristenarbeit* als gesellschaftlich eingerichtete und ausgeübte Praxis von allen grundsätzlicheren Herausforderungen, denen unser Rechtesystem, unsere Rechtswissenschaft und unsere Rechtsdogmatik ausgesetzt sind, nahezu unberührt gezeigt hat, daß ihr aber gleichwohl und gleichzeitig die Notwendigkeit einer Rückbezüglichkeit auf gesamtgesellschaftliche Entwicklungen immer stärker ins Bewußtsein getreten ist und daß schließlich solche Rückbezüglichkeit – wie bislang noch immer – doch nur heimlich, hinterrücks, indirekt, kurzum: in praxi selbst sich ihre Bahn schafft. Dieser Befund spricht dafür, daß Theorien weniger und anders einflußreich werden, als ihre Modelleure meinen und möchten. An solchen Herausforderungen lassen sich grob unterscheiden: politisch-soziale (inhaltliche) Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender zeitgenössischer Entwicklungsqualität, funktionalistische (systemtheoretische) Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender Gesellschaftsadäquatit, methodologische Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender wissenschaftlicher Rationalität. Alle diese Durchgänge haben zur Abwehr nach jeder Richtung geführt, nicht aber zu belangreichen Neukonstitutionen des Selbstverständnisses. Aus solcher Stabilität erschließt sich wohl die Richtigkeit der Annahme, daß Rechtsarbeit öffentliches Handeln unter – sich erst dadurch als spezifisch rechtlich kennzeichnenden – Rechtfertigungsanforderungen (Begründungsauflagen) sei, das sich aber nicht schlicht *einem* theoretischen Lager anschließen lasse.

Meine These hierzu: Es ist genau das – halb selbstverständliche, halb zweifelhafte, praktisch aber stets vorhandene, jedenfalls wirksame – spezifisch Rechtliche, das juristische Proprium, das zwar zu allen Zeiten bestimmungsbedürftig ist, das sich indessen solange selbst bestimmt, wie sich andere Bestimmungen nicht rechtfertigen, nicht verwirklichen, nicht durchsetzen lassen. Darum hat das Augenmerk des Beobachters, der immer auch Teilnehmer ist, zunächst einem zentralen Zirkel zu gelten: Wie sind eigentlich die Bedingungslose möglicher Rechtswissenschaft – als »Kritik« und »Erkenntnisfortschritt« – verteilt, nach denen »positives Recht« – und es ist wohl unser säkulares Juristenschicksal auf unabsehbare Zeit – zugleich »richtiges Recht« – und es ist wohl die dauerhafte Suche nach der Gerechtigkeit selbst, je für eine Zeit im Gedanken erfaßt – sein kann? Hier muß man riskieren, seinen Frageraßstab zu offenbaren. Ich selbst kennzeichne ihn für mich als *Selbstreflexion von Rechtswissenschaft* in einem Rahmen von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftssoziologie, Wissenschaftsgeschichte. Dieses Referenzdreieck bezieht aufeinander: die gesellschaftstheoretische Frage nach sozialem Handeln unter Berücksichtigung der Subjekt- wie Objektposition (nicht nur wissenschaftlich) Handelnder, die alle zugleich ihre Geschichte haben, die wissenschaftstheoretische Frage nach Voraussetzungen und Auswirkungen solcher – von Geschichte wie von Gesellschaft mitbestimmten – Erkenntnis- und Interpretationsarbeit und die geschichtstheoretische Frage nach dem möglichen Sinn, den möglichen Zielen, dem möglichen Fortschritt von sozialem und wissenschaftlichem Handeln. Etwas genauer läßt sich dieser Rahmen durch Hinweis auf die wichtigsten Bestandteile angeben. Bestimmte Elemente, Aufgaben und Kennzeichen arbeitsteilig betroffener Einzelwissenschaften stehen im Vordergrund: einmal ein soziales und wissenschaft-

liches Modell, an dem sich eine Tradition wissenschaftlicher Forschung orientiert, von den akzeptierten Frage- und Untersuchungszusammenhängen und Interpretationsprinzipien über die Lebensformwelten der betroffenen Professionen bis hin zur regulativen Praxis selbst, dann ein Standard von Fertigkeiten und Arbeitsrezepten als know-how im Alltag, schließlich die soziale Leistungseffizienz, das Ansehen der Betroffenen, ihr Anteil an der Verarbeitung anfallender Probleme; kurzum: das Bewußtsein, das Orientierungsverhalten und das methodologische Instrumentarium kennzeichnen ein Arbeitsgebiet.

Rechtsverhältnisse sind in der Tat weder aus sich selbst heraus noch aus ewigen Ideen zu begreifen, sondern aus historisch-gesellschaftlichen Bedingungen. Modischer gewendet: Unsere Gesellschaften sind für die Lösung ihrer Probleme auf sich selbst, für die Orientierungen, Legitimationen und Sanktionen solcher Lösungen aber auf übergreifende, freilich wiederum selbst hervorgebrachte Bezüge verwiesen. Es geht dann im Recht um ein Verhältnis von Autonomie und Heteronomie, über das Recht aber noch seinerseits (mit) zu bestimmen hat. Reflexiv einsetzende Theorieprogramme müssen dabei stets – rekonstruktiv – Entwicklungen nachgehen, die zu Krisen geführt haben, und sich – prospektiv – auf Bedingungen möglicher Krisenüberwindungen einlassen. Das alles klingt wie ein prometheischer Griff nach einer (auch rechtlichen) Weltformel. Weltformel, weil es tatsächlich um erneuerbare Universalität der Rechtskategorie oder aber um ihre Überwindung, Aufhebung, Ersetzung geht, weil sich ferner säkulare Evolutionsprogramme nicht mehr in traditionelle Transzendenz flüchten können und weil sich schließlich Gattungsgeschichte wohl nicht länger ungestraft als »westliche« (partikulare) Kultur- und Zivilisationsentwicklung begreifen läßt. Von daher sicherlich die Vermessenheit des Griffes. Aber ihn heute nicht zu riskieren, bieße zugleich, Reflexionsprogramme, die (noch) ein Ganzes erfassen, endgültig von Wissenschaftsprogrammen, die nachvollziehbare Erklärungen unter Zustimmungzwängen ermöglichen, und von Handlungsprogrammen, die einsichtige Vorschläge (unter Freiheitsgesetzen) in Entscheidungen transformieren, abzukoppeln. Dann traten nämlich endgültig und folgenreich unsere sozialphilosophisch-kulturhistorischen und unsere industriell-technologischen Entwicklungen und Erbschaften auseinander.

II

Um das Problem aber in bearbeitbaren Portionen angehen zu können, wähle ich als kennzeichnendes Phänomen die »Verrechtlichung«, als kennzeichnende rechtsdogmatische Allzweck-Zauberwaffe den »Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit«, als Kennzeichen des wissenschaftlichen Instrumentariums den Begriff des »Modells« und wähle für den reflexiven Erörterungsbezug – als Analytik einer Maßstabsbildung – zwei Begriffe, die im Zentrum der heutigen sozialwissenschaftstheoretischen und sozialwissenschaftspolitischen Auseinandersetzungen stehen: den Begriff des *Paradigma-Wechsels* und den Begriff der *System- und Sozialintegration*.

1) a) Mit »Paradigma« läßt sich, im Anschluß an Th. Kuhn, aber ohne daß Entstehung und Verwendungszusammenhänge des Begriffes hier entfaltet zu werden brauchen, das eine jeweilige arbeitsteilige Forscher- oder auch Entscheidungsgemeinschaft beherrschende Grundmuster ihrer Theoriekonzepte, Arbeitsweisen, Wertorientierungen, Dogmatikkategorien, Problemeinschätzungen, praktischen Entscheidungsorientierungen fassen, durch welches die Arbeit selbst zugleich ermöglicht wie begrenzt wird. Die grundlegenden Überzeugungsmuster, die zu einem Paradigma gehören, sind dabei unentrinnbar eingebettet in gesellschaftliche Verhältnisse, soziale (Welt-)Anschaubungen, rivalisierende Parteinahmnen. Ein Zirkel ist

dabei, dies ist eine Trivialität, unvermeidlich und avanciert zum Hauptproblem. Gesellschaftliche Verhältnisse, über die wir etwas wissen und in denen wir etwas tun wollen, entstehen und vergehen nicht ohne unser Wissen und Tun, so wie wir nicht frei von ihnen etwas wissen und tun können. Hier sitzt die Einheit von »Theorie« und »Praxis« einer Gesellschaft (mit ihrer Geschichte, ihrer Wissenschaft, ihrer Moral und ihrer Kunst, nicht zuletzt ihrem Recht): Wissenschaftspraxis (entsprechend: Rechtspraxis) »regelt« durch institutionell-organisierte Prozesse ihre Rationalitätstheorie nicht weniger als diese Theorie jene Praxis durch Methodologie »regelt«. Statt von Paradigma ließe sich auch von »dritter Welt« oder von »Lebenswelt« sprechen. Gemeint ist immer ein Verhältnis von kultureller Reproduktion, sozialer Identifikation und professioneller Sozialisation, das uns praktisch beherrscht.

b) Das Begriffspaar *System- und Sozialintegration* (es geht auf D. Lockwood zurück) erfaßt ein – zeitlos problematisches – Verhältnis von Individuen und gesellschaftlichen Kollektiven (von »Freiheit« und »Institutionen«). Gesellschaften, die ihre sozialen Funktionsbedingungen unabhängig zu halten versuchen von den Gerechtigkeitsvorstellungen in den Köpfen und Herzen ihrer Bürgermenschen, geraten nicht weniger in Dauerkrisen (werden – nach dem neuesten Ausdruck dafür – »unregierbar«) wie Gesellschaften, die solche Vorstellungen statt gegenüber Ansprüchen von und an Wechsel durchzusetzen versuchen. Die sozialtheoretischen Auseinandersetzungen in unserer Zeit scheinen hierbei einer späten Vernunfttheorie von Handlungsphilosophien und Systemsoziologien zuzuneigen. Die Gesellschaftstheorien sind sich als Evolutionstheorien jedenfalls darin einig, daß moderne Entwicklungen an Systemteilungen, Ausgrenzungen und Differenzierungen geknüpft seien. Streitgegenstand sind das Ausmaß und die Auswirkungen solcher Differenzierungen. Die Hauptstreitlager lassen sich wohl als funktionalistische Evolutionstheorien einerseits und normativ-kritische Evolutionstheorien andererseits einteilen. Für sie kann man stellvertretend die jüngsten magna opera von N. Luhmann (Gesellschaftsstruktur und Semantik, 2 Bände, 1980, 1981; auch: Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, 1981; zunächst: Soziale Systeme, 1984) und J. Habermas (Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bände, 1981) heranziehen.

c) Es sind nun nicht so sehr Einzelheiten der Begriffsverwendungen, die uns nutzen können, sondern die Erklärungskraft im ganzen und die Orientierungschancen für die Position von »Recht«. Das Paradigmakonzept erleichtert es uns zu begreifen, daß und warum grundsätzlichere Veränderungen an außerordentlich voraussetzungsvolle Bedingungen geknüpft sind, daß und warum selbst bei sehr grundsätzlichen Veränderungen noch lange die alten Formen die neuen Inhalte verhüllen, daß und warum »Ideen« in der Tat erst dann – freilich anders, als es Marx meinte – zur »materiellen Gewalt« werden, wenn sie »die Massen ergreifen«. Die Analytik von System- und Sozialintegration erleichtert es uns zu begreifen, daß und warum sich Systemkrisen auf soziale Krisen nicht oder nur auf Umwegen über Bewußtseins-, Motivations-, Legitimationskrisen auswirken, daß und warum noch solche Vermittlungskrisen eher vom »System« als von der »Sozialität« bestimmt werden, daß und warum lebensweltlich-praktisch-moralische Anstrengungen vom jeweiligen »Zug der Zeit« eher überholt oder überfahren als befördert werden.

2) Mit Hilfe der beiden Maßstäbe lassen sich, so hoffe ich, die Differenzen in der Verrechtlichungsdiskussion, die praktische Entscheidungsherrschaft durch rechtliche Verhältnismäßigkeitsbestimmungen und die Selektivitäten von Modellbildungen so zu einem Thema vereinigen, daß, an repräsentativen Beispielen belegbar, die durchweg nur undeutlich und immer nur rekonstruktiv zu gewinnenden Einflüsse sozialwissenschaftlicher Modelle auf Recht deutlicher werden.

Wer heute die Erneuerbarkeit historisch-sozialphilosophischer Grundfragen anpackt, ferner die Verstärkung von Anspruchsdruck auf Theorieprogramme und die Komplexisierung von Steuerungsmodellen und dabei auch noch die Transformations-Anteile eines – sich dabei ja ebenfalls transformierenden – Rechts begreifen und mitbestimmen möchte, sucht sein Heil durchweg in einer allgemeinen *Modell-Theorie*, sodaß sich z. B. Transformationen von Sozialverhältnissen in Rechtsverhältnisse erörtern, Produktionsqualitäten von Rechtsdogmaik bestimmen lassen, selbstverständlich auch der Modellstatus beschrieben, die einzelnen Rechtszonen »modelliert« und schließlich »moderne« Gesellschaft und »modernes« Recht in Entsprechungen (Kovarianzen) gerückt werden können. Es fällt dabei auf, daß der theoretische Status von Modellen meist in einem fruchtbaren Dunkel bleibt. Immerhin ist spätestens seit den Modellierungen der Modelltheorie durch M. Weber soviel erklärt: als ausdrücklicher Doppelverzicht (in der Theorie!) auf ein realitätsspiegelndes Erkenntnisprogramm wie auf ein zukunftsbestimmendes sozialhistorisches Präskriptionsprogramm kann Modelltheorie (als, oder besser: in praxi!) beides doch zugleich sein, nämlich als ein vorbildliches Interpretations- und Reflexionsangebot aus dem Fundus souveräner Überblicke und Durchblicke. Denn Modelle sind (Welt-)Bilder, freilich nicht von der Art, in der Landschaften sich in Landkarten abbilden lassen, auch nicht von der Art, in der Propheten ihre Völker führen, sondern als gedankliche Konstruktionen und Spiele, mit deren Hilfe sich Ideen dadurch auf Interessen beziehen lassen, daß durch *Vergleiche* (mit anderen Modellen, mit vergangener Wirklichkeit, mit Möglichkeitshorizonten, mit Gegenwart als zukünftiger Vergangenheit wie als vergangener Zukunft usw.) historisches und soziales Bewußtsein nicht weniger in »Verfassung« gebracht werden als gesellschaftliche Wirklichkeit und ihre – bestimmenden wie bestimmten – Rechtsformen auch. Der Vorteil von Reflexionsprogrammen, nämlich: alles aufeinander beziehen zu können, ist selbstverständlich auch ihr Nachteil, nämlich: sie kommen immer zu spät zur (gar planmäßig angeleiteten) Eröffnung jeweiliger Zukunft. Die (jedenfalls: meine) Skepsis gilt – seit und mit M. Weber – den Programmen, die über den gesellschaftsadäquaten analytischen Technologien eine »adäquate Gesellschaft« nicht mehr zu verheißen vermögen.

j) *Verrechtlichung* ist wohl der verbreitetste Problemtopos unter Rechts- und Sozialwissenschaftlern, die sich heute mit Recht und Gesellschaft befassen. In Deutschland ist er Ende der 20er Jahre aufgekommen (O. Kirchheimer) als Begriff der Kritik: Verrechtlichung hieß damals, die Versteinerung politischer Freiheiten und sozialer Befreiungen zu kennzeichnen und zu bekämpfen, also gegen Strategien anzutreten, die im Namen jeweiliger rechtlicher Besitzstände gesellschaftliche Auseinandersetzungen zu blockieren trachteten und/oder einseitig entscheidbar zu halten. Jene – bekämpfte – Konzeption von Verrechtlichung ist mithin eine bestimmte (konservative) Materialisierung von Formalrecht und in dieser Funktion selbstverständlich auch heute noch von großer Bedeutung.

Unter Verrechtlichung werden heute oft quantitative (selbstverständlich nie ohne »Qualität«!) Probleme erörtert, nämlich die Ausdehnung von Recht auf immer mehr (und neue) Felder und die Intensivierung von Recht in bisher schon besetzten Gebieten. Diese Erscheinung soll hier nicht im Vordergrund stehen. In den Vordergrund gerückt zu werden verdienen m. E. drei unterscheidbare Verwendungsweisen und damit Problemzusammenhänge.

a) *Verrechtlichung als ambivalente Strategie*

Hier bleibt die entfaltete, ihrerseits ambivalente bürgerliche Rechtskulturentwicklung (einerseits: Recht als philosophische Richtungsbestimmung der Gesellschaft, als Verwirklichung gesetzmäßiger Freiheit; andererseits: Recht als »Vermögens«-

Sicherung im doppelten Wortsinne von »Haben« und »Können«) erhalten. Recht wird abrufbar vor allem als Verwertungs- und Schutzsanktionen. Für die erstmalige Durchsetzung von »Neukommern« ist es dagegen prinzipiell unbrauchbar. Auf diesem Zusammenhang beruhen die Ambivalenzen von – »links« wie »rechts« – ideologiekritischen und affirmativen Hoffnungen und Beschwörungen. Übliche polemische Erscheinungsformen steigern sich von »Befreiung von Recht« als »Recht« (»links« z. B. als Hoffnungen gegenüber »Kapital« oder »Politik«, »rechts« als Hoffnungen gegenüber »Staate« oder »Gewerkschaften«) bis hin zur Abstraktionsformel »keine Freiheit den Feinden der Freiheit«. So läßt sich selbstverständlich nur jeweils absichtsvolle, jedenfalls unterschiedlich erfolgreiche Verwirrung stiften. Dann mag etwa plausibel werden, daß und wie Entrechtlichungen (z. B. vertragliche Scheidungsfreiheit oder Schulkontrollrecht) eigentlich Verrechtlichung (als Freiheit im Recht!) sei oder daß und wie Verrechtlichung (z. B. gewerkschaftliche Organisationsautonomie) eigentlich Entrechtlichung (als Knebelung von Minderheiten!) sei. Eine einheitliche und verbürgte *Rechtsrationalität* ist hier jedenfalls nicht mehr zu finden. Klärungen schafft nur, wer die Form-Inhalt-Problematik des Bürgerlichen Rechts historisch-gesellschaftlich rekonstruiert und die unter Rechtsformen produzierbaren sozialen Gewährleistungen und Gewährungen gewissenhaft systematisiert.

b) Verrechtlichung im Rahmen von »soziologischen«, das Recht also einbeziehenden, aber übergreifenden Gesellschaftstheorien des Typs *Systemtheorie* (personalisierbar in Deutschland durch N. Luhmann). Dann geht es um Funktionsbedingungen von Recht, die meist als Systemleistungen auf Systematisierungen von Entscheidungsgewinn begrenzt werden. N. Luhmann etwa hält Fragen (und Antworten) wie nach einer Natur des Rechts und des Menschen, nach Rechtesquellen, nach Prinzipien von Gerechtigkeit usw. für hoffnungs- und zukunftslos »alteuropäisch« und programmiert bündig: Alle Rechtstheorie werde heute vor die Frage geführt, ob sie Recht unabhängig von den alteuropäischen Vorgaben als ein selbstreferentielles und sich selbst reproduzierendes Verhältnis formulieren könne. Die Verheißen und Zumutungen eines solchen System-Programms lassen sich erst genauer ausmachen, wenn man es insgesamt hinter sich gebracht hat und erkennt: die vollständige Neubestimmung von Gesellschafts- und Rechtsrationalität als spezifischer *Systemrationalität* (mit vielen unabsehbar modernen und erfolgreichen Umstellungen) entläßt den Menschen (als Individuum wie als Bürger) aus dem Zentrum der Gesellschaftstheorie, findet statt dessen in »Administration« und »Ökonomie« ihre Zentren und gesteht – überzeugend – »positivem Recht« unbegrenzte Verwendungs- und Steigerungsfunktionen zu (ganz anders als z. B. linke oder linksliberale Systemtheorielager, welche Rationalität und Produktivität von Recht für erschöpft, nicht vergrößerbar und nicht selbstüberschreitungsfähig halten).

c) Verrechtlichung im Rahmen historisch-genetischer *Rekonstruktionen gesellschaftlicher Entwicklungs- als Lernniveaus* (personalisierbar in Deutschland durch J. Habermas). Dann geht es um die Transformationen von Geschichtsphilosophie in (kritische) Gesellschaftstheorie, welche Recht wie Gesellschaft auf die Einsehbarkeit und Überwindbarkeit (Vermeidbarkeit) »pathologischer« Entwicklungen durch davon Betroffene und daran Beteiligte hin begreifen wollen.

d) Meine Parteinahme ist es, mit Jürgen Habermas, daß die Moderne ein unvollendetes Projekt sei, daß eine in religiösen und metaphysischen »Weltbildern« ausgedrückte substantielle Vernunft zwar seit langem auseinander getreten sei in Momente von (objektivierender) Wissenschaft, von (universalistischer) Moral und (formalem) Recht, von (autonomer) Kunst, daß aber das Projekt der Moderne die Anstrengung gewesen sei und bleibe, diese Verselbständigung in ihrem histori-

schen Recht ernst zu nehmen und weiterzuentwickeln, aber ihre stets erneuerungsbedürftige und erneuerungsfähige Verbindung gleichwohl und gleichzeitig für die Lebenswelt-Praxis als eine vernünftige Gestaltung von Lebensverhältnissen zu nutzen.

4) Vielleicht ist in Umrissen deutlich geworden, daß und wie die Theorielager gerade in der Art ihrer Modellbildungen sowohl die System- und Sozialintegrierten wie auch den Paradigma-Wechsel wie schließlich auch noch die Beteiligung und Betroffenheit der Menschen (als Individuen wie als Bürger) zum Behandlungsobjekt und zur Darstellungssubjektivität verbinden (modellieren) müssen.

5) Der *Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit* stellt – im Maße seiner Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit (Proportionalität) als Obergrundsatz – das praktisch entscheidende Verbindungsstück zwischen (auch lautlosen) Gesellschaftstheorien und Rechtsentscheidungen dar, indem er sich zugleich – entsprechend der Paradigma- und der System- und Sozialintegrations-Analytik – historisch-sozialen Transformationen wie auch zeitgenössischen Funktionsweisen wie nicht zuletzt Modellmustern und Modellbauern »öffnet«.

Der Grundsatz ist uralt, von hehrer Abkunft aus der Gerechtigkeitstugend selbst, diese – neben Tapferkeit, Klugheit und Besonnenheit – als Haupttugend unter den klassischen philosophischen Kardinaltugenden zu erinnern, später mit den christlichen Tugenden von Glaube, Hoffnung, Liebe und noch später mit den bürgerlichen Revolutionsversprechen von Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit (Sicherheit, Solidarität) zu verschmelzen. Er ist als *iustitia distributiva* und als *iustitia commutativa* gewiß in Wechselfälle verstrickt, gewinnt aber mit dem neuzeitlichen bürgerlichen Rechtsstaat die klarsten Linien: Die *ausgleichende Gerechtigkeit* erschöpft sich im Rechtsprinzip der kontraktuellen Parität, die eben als gewährleistete und gewährleistende Vertragsgerechtigkeit eine allgemeine Rechtfertigung der – im buchstäblichen Sinne – inhaltlichen Gleich-Gültigkeit formaler Rechtsbestimmtheit (als *Freiheit unter Gesetzen!*) übernimmt; die *austeilende Gerechtigkeit* erschöpft sich im verfassungsgesetzlichen (Wohl-)Vorbehalt zugunsten allgemeiner Freiheit und zulasten partikularen Freiheitsmißbrauches und ist in dieser Funktion an *Gleichheit vor Gesetzen* geknüpft. Dieses philosophische Rechtssystem als Stiftungsidee der bürgerlichen Gesellschaft ist die »Verhältnismäßigkeit« selbst. Eingriffe sind rechtsverhältnismäßig, wenn, weil und insoweit sie geeignet und erforderlich werden, durch allgemeines Gesetz und für alle gleich die Freiheit in Grenzen zu halten.

Wie sehr sich hier alles geändert hat, ist bekannt und steht nicht im einzelnen zur Debatte. Recht soll heute zugleich freie Zweckverfolgung (unter kontrollierbaren Mittleinsätzen) ermöglichen und darin seine Zweckmäßigkeit erweisen wie auch seinerseits eine gesellschaftlich zweckmäßige Einrichtung sein. Recht wird mithin zum Produzenten wie auch Produkt von Gesellschaft. Darin erschließt sich die doppelte Umkonstruktion (Transformation) von Recht, einmal gegenüber der philosophischen Begründungsidee der bürgerlichen rechtstaatlichen Gesellschaft (die Gesellschaft ist danach am Maßstab von Recht zu verwirklichen!) wie gegenüber der antibürgerlichen Bewegung (Recht ist »Überbau« einer als Widerspruchsverhältnis von Produktivkraftständen und Produktionsverhältnissen zu begreifenden »Basis« und im Wege der revolutionären gesellschaftlichen Sprengung zu beseitigen und bis dahin lediglich auszunutzen). Mit dieser doppelten Umkonstruktion, so scheint es, wird kein »Modell« fertig. Systemtheoretische Modelle können die Menschen nicht (jedenfalls nicht schnell und wirksam genug) von ihrem Rechtsglauben, die Juristen nicht von ihrer Arbeit, die Institutionen nicht von ihrer dysfunktionalen Anlage usw. »befreien«. Kritische Gesellschaftstheorien können nicht revolutionieren und wollen nicht konstruktiv-affirmativ sein. Die eher »inner-

rechtlichen« Rechts-Modelle taumeln zwischen Beschwörungen ihrer Umwelten und Verheißenungen ihrer Eigenwelten.

133

In solcher Lage ist der praktische Siegeszug des Verhältnismäßigkeits-Rechtsgrundsatzes wohl keine Überraschung. Ähnlich wie Sozialmodelle Abbild- und Vorbildfunktionen zugleich leugnen und übernehmen, so kann dieser (Ober-)Grundsatz allen Sozialmodellen dienen und braucht sich doch keinem zu beugen, eine – nicht geheimnisvolle, aber schwerlich überwindbare, lautlose – Feudalitätsbeziehung von Gesellschaft und Recht durch Investitur (Entscheidungslegitimation und Sanktionspotential) gegen Kommendation (gesellschaftliche Zweckverwirklichungen durch Recht); traditioneller: »Denkender Gehorsam« aller Juristen! Freilich ist das Dilemma nicht wegzudiskutieren. Der Grundsatz hat sich selbst (genauer natürlich: ihn haben denkend gehorsame Juristen im Dienst der Gesellschaft) umgestellt von Freiheits-Kausalität auf Zweckmäßigkeit/Nützlichkeit-Funktionalität, indem ein drittes Kernelement, das freilich sein innerstes Element von Beginn an gewesen ist, die Hauptleistungen übernommen hat: neben Eignung und Erforderlichkeit jene Angemessenheit, Proportionalität (es gibt weitere Umschreibungen wie Übermaßverbot usw.), die alt-klassisch als »suum cuique« oder als »aptum«, modernklassisch als »proprietas« und zeitgenössisch als »positive und richtige« (soziale und rechtliche) Verhältnisbestimmung im Wege einer Entscheidungs-Rechtfertigung in nicht mehr konsentierten, selbstverständlichen, problemlosen, einvernehmlichen, buchstäblich verträglichen Rechtssituationen auftaucht. Dazu einige nähere Bestimmungen.

a) Die neuzeitliche Kausalitäts-Rationalität hat mit der Verknüpfbarkeit von Ursache-Wirkung, Grund-Folge, Mittel(Wege)-Zwecke (Ziele) kraft ihrer (natur- und technikwissenschaftlichen) Gesetzes-Kategorie präzisierbare Prognosen und Technologien ermöglicht. Prognosen und Technologien im nichtnaturwissenschaftlichen Bereich stellen sich als Strategiepotentiale dar. Das fehlende – normative, sozial-historische – Wissenschaftsglied (die Gesetzes-Kategorie, die Kausalität selbst) ist – nach Erschöpfung der idealistischen Philosophie – im Wege von Anpassungen der Kausalitätskonzeption schließlich im »Wert«-Begriff (für die einen als Realabstraktion, für die anderen als Ideal- oder Realtypik usw.) gefunden worden. K. Marx hielt die logische Grundkategorie Arbeit und die historische Grundkategorie Klassenkampf für Realabstraktionen. Max Weber wollte mit der Grundkategorie »Idealtypus« die Kulturwissenschaften gegenüber den Naturwissenschaften retten, und zwar gleichermaßen am politischen Positivismus wie am historischen Materialismus vorbei. Und doch haben beide lediglich (selektive) Modelle gebildet. Sie haben Sätze gebildet, die weder rein und voll deskriptiv-empirisch sind, weil keine vollen Widerlegungschancen bestehen, die aber auch nicht rein und voll normativ sind, weil sie Behauptungen über gegebene Situationen bleiben, die vielmehr mit dem Anspruch auftreten, als *Angebot* einer objektiv möglichen und deshalb richtigen Interpretation (insoweit »Wissenschaft«) und einer entsprechend möglichen (und deshalb richtigen) Handlungsweise (insoweit Politik) zu gelten. Dabei ist es unvermeidlich, ja geradezu das Ziel, daß die vollzogenen Detaileinschätzungen den Vor-Entwurf des *Ganzen* (für das Ganze) beglaubigen, der seinerseits also nie ganz widerlegbar ist, weil er – als Richtlinie für Bestätigungen (d. h. Nichtwiderlegung) – die Ordnung des Daten-(Beobachtungs-, Fall-)Materials gerade mitlenkt. Die Differenz (bei sog. nicht-nomologischen Hypothesen) von Erklärungen, Prognosen einerseits und Trend-, Tendenzeinschätzungen, Modellbildungen, Planprogrammen, Zielprojektionen andererseits wird mithin praktisch aufgehoben, weil stets normative Entscheidungen (Verbote für Widersprechendes) unter Unsicherheitsbedingungen betroffen sind, sodaß die Differenz von Sein und Sollen übertundet

(hintergangen) wird. Praxis also wird die Instanz von (theoretischer) Bewährung, weil Gegenstand der Theorie hier nie das allgemein Wiederholbare (ein »Gesetz«!) ist, sondern je die Eigenartigkeit eines Falles (der Aufgabe!) im »Lichte« des Richtlinienprogrammes. Die Nähe solcher »Wissenschaft« zur »Jurisprudenz« springt ins Auge.

b) Sozialwissenschaftliche Modelle, die willensvermittelte Kausalität, also absichtsvolles Handeln auf Zielpräferenzen – und umgekehrt – beziehen, ermöglichen es zugleich, die Wertauszeichnungen von Zielen auf die Wertverwirklichungstauglichkeit der Mittel rückzubeziehen (und umgekehrt). Der klassischen Umschreibung, daß der Zweck die Mittel heilige, folgt die zeitgenössische Umschreibung, daß, wer die Zwecke für wertvoll, jedenfalls für erstrebensfrei halte, die Mittel für zulässig erklären müsse, mit deren Einsatz sie (die Zwecke) zu verwirklichen seien. Das führt rechtlich in ganz erhebliche Schwierigkeiten. Die klassisch-rechtsstaatliche Freiheit war die Freiheit der Zwecke (Inhalte) und die Rechtskontrolle verbotener (Verwirklichungs-)Mittel. Inzwischen plagen uns die randomness of ends, die Verwischungen von Mitteln und Zwecken, die Probleme, welche mit Folgen menschlichen Tuns als nicht zugleich Folgen menschlicher Absichten (solche Folgen sind nicht vermeidbar, nicht planbar, nicht verbietbar) zu tun haben, kurzum: die Konflikträchtigkeit »freiheitlicher«, wenn auch rechtlich gebundener Zweckverfolgungen nötigt seit langem zur rechtlichen, weil zur gesellschaftlichen Zweck-Kontrolle. Also braucht man Maßstäbe, um Zwecke zu messen (zu würdigen) im Blick auf unverhältnismäßige Opfer, die mit dem Einsatz geeigneter und erforderlicher Mittel verbunden sind, und um Mittel zu messen (zu würdigen) im Blick auf dadurch angerichtete (anrichtbare) Folgen, Nebenfolgen von Folgen, Folgen von Folgen usw. Diese Arbeit ist »rechtlich« (im Sinne traditioneller Maßstäbe und Instrumentarien jedenfalls) nicht zu leisten. Sie ist nicht Anwendung von berechenbaren Verbots-Konditionen, sondern angemessene (proportionale!) Abrechnung (und Rückmeldung!) situativer Anrichtungen im Lichte allgemeiner Richtlinienprogramme. Hier offenbart sich eine – nicht referenzfreie, aber referenzdiffuse – »relationale« (= verhältnismäßige!) Verwaltung allgemeiner Rechtsvorbehalte im Namen von subjektiv-individueller wie von allgemeiner Freiheit, von Nützlichkeit für das Ganze wie für Teile usw., genauer: ein allgemeiner gesellschaftlicher Rechtsvorbehalt, der im Wege der abrufbaren »Positivität von Recht« wie der berufbaren »Richtigkeit von Recht« nichts weniger als eine allgemeine *legale Opportunität* von – alten und neuen – Maßnahmen in Situationen zu legitimieren scheint. Soziologisches Naturrecht in being? Die Herrschaft über den Ausnahmezustand? Jedenfalls und zumindest: Transformation von delegierter Ermächtigung zu freiheitlichem Handeln in (Rechts-)Grenzen in delegierte Ermächtigung, das freiheitliche Handeln selbst zu bestimmen. In einer früheren Formel: selbstgerechtes Kollisionsrecht!

c) Es lohnt sich deshalb, der Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, bei der ja stets und unentzerrbar »Recht« und »Nichtrecht« zu »Recht« verknüpft werden, nachzuspüren. Jedenfalls ist der Grundsatz ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Objekt für solche Rekonstruktionsansätze, welche gesellschaftliche »Normativität« (als Rechtsrationalität) auf gesellschaftliche Herrschaftsverhältnisse (als sozialrationalisierungsbedürftig) beziehen.

d) Es ist wohl auch schon deutlich geworden, daß sich im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die »Proportionalität« – in ihrer Funktion, vermittelte Opfer im Verhältnis zu bezwecktem Gewinn zu würdigen – leicht und endlos in andere Sprachspiele übersetzen läßt: Aufwand – Ertrag, Kosten – Nutzen, O-Summen-Spiel – Optimum, Bedürfnis – Befriedigung, Anspruchsgesellschaft – Versorgungsstaat, Mehr-

heit – Minderheit, machbar – nicht machtbar, Sachzwang – Prioritäten. Das rechtliche Einfallsstor für soziale (sozialwissenschaftliche) »Rechnungen« als Gesellschaftsverhältnisbestimmung steht weit offen.

e) Nicht zu übersehen ist schließlich, daß in fast allen wichtigen höchstrichterlichen Entscheidungen der »wirtschaftlich vernünftige Mann (Bürger)« auftaucht, jene normative Konfiguration – gleichsam der ideelle Gesamtgeschäftsführer unsichtbarer Hände –, welche schon immer den rechten Pfad der Tugend, die richtige Zweck-Mittel-Abwägung, kurzum: das Maß und die Mitte, also die *proprietas* selbst zu symbolisieren hatte.

Jedenfalls trifft die Rechtsanwendungsarbeit Vorfugsentscheidungen über kollidierende »Interessen« kraft einer Kollisionsnorm (genauer: Kollisionsregel), die fortentwickelt, interpretiert und angewendet wird. Solche Arbeit trifft damit »das Richtige« (genauer: ein mögliches Richtiges), indem sie es verwirklicht. Will man die Zaubereien dieses »positiven« Rechts als »richtigen« Rechts aufspüren, muß man an Entscheidungen die zugrundeliegende Kollisionsregel rekonstruieren. Auf sie stößt man meist, indem man in Entscheidungen die – ausdrücklich oder verborgen – zugrundegelegte »Sache« freilegt. In der Sache als Inhalt und in der Kollisionsregel als Form konstituiert sich die Rechts- als Gesellschaftsrationalität.

III

Auswirkungen auf die juristische Methode (genauer: auf eine theoretisch immer nur rekonstruierbare Einheit von Rechtsdogmatik und juristischer Methode als Juristenpraxis selbst) liegen auf der Hand.

a) Die klassische bürgerlich-rechtliche Methode bestand – im Kontext von allgemeinen Gesetzen und gleichen Freiheiten (darin wurzelte die Berechenbarkeit falschen, weil an verbotenen Mittelverwendungen identifizierbaren Handelns) – in der Rechtsform-Kontrolle, ausgelöst durch Störungsfälle (Haupterscheinungen: vertragliche Versprechensverletzungen und deliktische Güterschädigungen). Heutige juristische Methode hätte sich zunächst die Ausmaße veränderter Anforderungen vor Augen zu halten. Ich stilisiere sie (für das Zivilrecht im weiteren Sinne, also unter Einschluß von Arbeits- und Wirtschaftsrecht) knapp:

a) Durchgehende Transformationen von Kausalität (juristisch etwa: adäquate Kausalität, soziale Adäquanz usw.) zu Verhältnismäßigkeits-Bestimmungen, d. h. »Funktionalitäten« im Sinne objektiver Möglichkeiten, die systembegrenzt in der Rechtswelt die bisher konstitutiven subjektiven Möglichkeiten (Leben aus subjektiven Rechten) ablösen, ergänzen, überholen. Das bedeutet vor allem, gesamtgesellschaftliche Voraussetzungen für die Entfaltungen privater Autonomie, von Märkten, von Plänen usw. in den Vordergrund zu rücken.

b) Normzweck-Strategien künden durchgehende Abhängigkeiten juristischer Strategien von außerjuristischen, sozialen Systemreferenzen an. Das bedeutet vor allem, methodentheoretisch die Abhängigkeiten der Rechtssatz-Produktionen von den vorausgesetzten Sozialtheorien in den Vordergrund zu rücken.

c) Folgenreflexion beansprucht, Zukunftsorientierung (Planung) in die von Haus aus gerade folgen-entlastete Rechtswelt einzubeziehen. Zweckprogramme anstelle von Konditionalprogrammen sind ein Stichwort für diese außerordentlich umstrittene Tendenz. Das bedeutet vor allem, Entscheidungsarbeit auf Vernetzungen von Auswirkungen zu beziehen. Es kann bedeuten, daß die Rechtsarbeit als isolierte Einzelfallarbeit stärker in den Hintergrund tritt.

d) Legitimation durch Verfahren ist ein – wiederum umstrittenes, aber nicht erfolgloses – Schlagwort, unter dem der Rückzug juristischer Entscheidungsprogramme

aus der normativen (Gerechtigkeit als Ideal) in eine Wirkungs-Perspektive (erfolgreiche Sozialhilfe als gesellschaftliche Teilleistung) proklamiert wird. Das bedeutet vor allem zu fragen, ob wir das nicht schon längst, aber vielleicht gerade nicht »erfolgreich« tun.

- 2) Die zeitgenössische juristische Methode hat sich aus ihrer Not in eine selbstgerechte Verfahrenstugend geflüchtet. Sie »praktiziert« eine allgemeine »Logik des Besonderen«. Das bedeutet vor allem: nicht (mehr) Tatsachen-*Ermittlungen* unter präzisierbaren Norm-Hypothesen (und das war traditionell immer: Freiheitsausübung unter allgemeinen und formalen Verbotsspielregeln) regeln die Rechtsanwendung, sondern *Bestimmungen* jeweiliger Einheiten »normativen« und »sozialen« Problemmaterials unter Rechtsgrundsatz-Perspektiven, letztere ihrerseits gewonnen im Blick auf »System«-Bedingungen, vor allem des Rechts-, noch mehr des Justizsystems. Insgesamt drückt sich darin – auch methodisch – zwar ein radikaler Wechsel von der bürgerlich-rechtlichen zur sozialverfassungsrechtlichen Maßstabsorientierung aus. Indessen wird die »Sache« – eine Menge von normativen Richtlinien und sozialen Verhältnissen – damit natürlich nicht getroffen. Wie sehr Methodologie, überdies unausweichlich verbunden mit Verfahren für und als Strategien, an den inhaltstheoretischen Rückbezug verwiesen ist, sei kurz erwähnt. Methodologisch ist es wohl streitfrei, daß sich im sog. Syllogismus-Modell in einer tautologischen Transformation, also in der Konkretisierung von Normen im Blick auf Sachverhalte und in der Abstrahierung von Sachverhalten im Blick auf Normen, die identische Arbeitsleistung von Subsumtion, Interpretation und Applikation selbst erschließt. Hier sind die bestimmende und reflektierende Urteilkraft am Werke. Vorausgesetzt ist dabei stets eine Spaltung von »juristischer« und »sozialer« Subsumtion (Interpretation, Applikation), auf der allererst die Möglichkeit beruht, Recht als Recht in Form von Tatbeständen bestimmbar zu machen und dadurch vom sonstigen Sozialfeld überhaupt zu trennen. So (kantianisch!) denkt und arbeitet heute freilich wohl niemand mehr. Ich lasse auch außer Betracht, in welche Ausmaße professioneller Schizophrenie wir dann stoßen, weil entweder der Jurist die für seine Arbeit vorausgesetzten sozialen, also die nicht juristischen Fragestellungen im Wege von Übersetzungen selbst formulieren müßte, was er weder kann noch darf, oder entsprechende Nichtjuristen die juristischen Fragestellungen mit zu übernehmen hätten, was sie ebenfalls weder können noch dürfen. Das Problem ist als sog. Sachverständigen-Elend schon lange und gut, freilich nicht systematisch genug bekannt. Mir geht es hier nur um eine präzisere Kennzeichnung des Problems. Es wurzelt in der traditionellen Vorstellung, daß bei unterschiedlicher (»pluralistischer«) Werturteilsbildung in allen Sozialproblemberichen eine *einheitliche* (gar »richtige«) (Wert-)Urteilsbildung im spezifischen Rechtsproblemberich möglich sei. Erst diese Spaltung rechtfertigt es nämlich, alle kontroverse Urteilsbildung im Sozialbereich zu Sachverhalts-(»Tatsachen«-)Elementen nicht kontroverser Urteilsbildung im Rechtsbereich zu stilisieren. Inhaltlich setzt dieses Modell voraus, daß es so etwas wie einen festen Kernbestand von Recht – als *Form* sozialen *Stoffes* – überhaupt gibt. Dieser Zusammenhang ist im Kern die Frage nach »Formalität«, »Materialität«, »Funktionalität«, »Prozeduralität«, »Relationität«, die Formeln lassen sich vermehren, von Recht. Es geht auch hier um den selektiven Zugriff auf sozialen Stoff in Form von Recht. Allgemeiner gewendet: keine Theorie, kein Modell ohne solche Selektionen. Selektivität konstituiert die wissenschaftliche Arbeitsweise. Ihre Selektions-Ergebnisse bilden unsere Theorie und Modelle.
- 3) Die juristische Methode pendelt seit langem zwischen Rationalitäten eines Regel-Ausnahme-Denkens und eines Interessen-Abwägungs-Denkens. Indessen ist ersteres nur zu gewährleisten, wenn man präzise Vor-Auszeichnungen von Rechtsgütern

verletzungsfolgen als ein unverzichtbares Konditionalprogramm hat (dann lässt sich auch z. B. der Verhältnismäßigkeitsmaßstab wenigstens als Verhältnisbestimmung von – z. B. bisher ausnahmslos – geschütztem Recht X zur – z. B. nunmehr noch nicht, fast doch schon, in Ansätzen jedenfalls in *casu* gerechtfertigten – Verletzungaktivität Y einsetzen). Und letzteres ist mit juristischen Mitteln schlechterdings nicht zu leisten, weil man ein Forum braucht, vor dem nach verbindlichen Kollisionsregeln der Interessen-Konflikt (als Rechts-Streit) verhandelt werden kann. Beides ist bei gesellschaftlich (nicht »rechtlich«) bestimmten Konflikten erst einmal und dann immer aufs Neue herzustellen, aber nicht mehr vorauszusezen. An genau solchen Schwierigkeiten setzen z. B. Systemtheorien – in Ablösung von Handlungstheorien – an. Freilich bleibt dann von klassischer Rechts- als Freiheitsrationalität wenig übrig.

IV

Verba docent exempla trahunt. Beispiele verführen aber auch. Ich wähle drei Muster aus, die für ein weit zu verstehendes Feld von Wirtschaftsrecht Exemplarität beanspruchen können. Sie sollen hier als Anregungen für die Diskussion und die eigenen Arbeitsinteressen dienen.

1) Zusätzlich und vorab ein Muster ausdrücklicher Transformationsleistungen. Es hat keine Nachfolger gefunden und gilt durchweg und in allen Lagern als abschreckendes Beispiel.

RGZ 106, 272–277 (6. 2. 1923): Der städtische Straßenbahnbetrieb in Kiel fiel vorübergehend wegen Stromunterbrechung aus. Das Kraftwerk war von streikenden, im Metallarbeiterverband organisierten Arbeitern stillgelegt worden. Fahrer, Schaffner und Kontrolleure der Straßenbahn, im Transportarbeiterverband organisiert, hatten nicht gestreikt, ihre Arbeit zur Verfügung gehalten und verlangten Lohnzahlung.

Das Reichsgericht hat eine – mustergültig anmutende rechts- und sozialwissenschaftliche – Transformations-(Übersetzungs-)Leistung vorgelegt, die ich knapp rekonstruiere.

a) Ebene des geltenden Rechts: Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften über Leistungsstörungen handele es sich um Gläubigerverzug oder Gefahrtragung durch den Gläubiger (§ 615 BGB); danach erhielten die Arbeiter trotz Nichtarbeit ihren Lohn.

b) »Man muß aber, um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgehen, muß vielmehr die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen, wie sie sich seitdem entwickelt ... haben«. Dann folgt eine soziale Subsumtion: Es gebe zwei Gruppen der Gesellschaft, Unternehmertum und Arbeiterschaft. Arbeiter seien Mitglied einerseits der Arbeiterschaft, andererseits – kraft Arbeitsvertrags – der Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft (von Unternehmer und Arbeiterschaft). Versage die letztere Gemeinschaft aus Gründen, die nicht vom Unternehmer ausgingen (so in *casu*!), müßten Arbeiter die Lohnverweigerung hinnehmen.

c) Erneute (zweite) Ebene des Rechts: »Dieses aus den sozialen Verhältnissen gewonnene Ergebnis lässt sich aber auch ohne Schwierigkeiten den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs einfügen«. Das Reichsgericht wendet dann § 323 BGB an (bei unmöglichkeit der Leistung entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung!). Die Arbeiter haben keinen Lohnanspruch.

Als »Sache« fungieren in dieser Entscheidung soziale Klassen (Unternehmertum

und Arbeiterschaft) und soziale Gemeinschaften (die Betriebsgemeinschaft), als Kollisionsregel fungiert die erzwungene Solidarität.

Kurzkommentar: Bis heute lassen sich deshalb im Betriebsrisikorecht sowohl die Gemeinschaftsideologie (bei Betriebseinbußen Lastenverteilung auf beide Gruppen!) wie die Klassenideologie (je nach Sphären-Betroffenheit Verteilung auf eine von beiden Gruppen!) als rechtsdogmatische und rechtssystematische Ansätze nutzen.

2) Im Recht der Preiskontrolle geht es um Mißbrauch von Marktmacht. Die Kriterien dafür werden durch *Vergleiche* historisch (= frühere Preispolitik) und räumlich (= Preispolitik z. B. im Ausland) bestimmt. Der Bundesgerichtshof hat in einer Serie von Entscheidungen das Dilemma entdeckt und »aufgehoben«: Kein Vergleich ohne Zu- und Abrechnung bei den jeweils verglichenen Posten, aber eben diese Veränderungen zerstören die Vergleichbarkeit. Fazit: Keine Preiskontrolle.

In dieser Rechtsprechung (unter indirektem Einfluß von der physiktheoretischen Unschärferelation bis zur wettbewerbstheoretischen Unternehmerposition!) fungiert als »Sache« die Unmöglichkeit von Wettbewerbs-Bestimmungen; als Kollisionsregel fungiert eine sozialwissenschaftlich-historische Gesetzeshypothese von selbstlaufenden Entwicklungen (pattern predictions!).

Kurzkommentar: Wettbewerbsfreiheit (als Recht) ist danach schutzbedürftig und schutzfähig nur noch gegen Wettbewerbsverzerrungen durch »Politik-Systeme«, nicht aber im »Ökonomie-System«.

3) Der Springer-Konzern ist ein bedeutsames Medienimperium. Ein bekannter Journalist (Günter Wallraff) setzt über einen längeren Zeitraum unter falschem Namen die teilnehmende Beobachtung als Redakteur durch und publiziert anschließend sein Erleben, seine Erfahrungen, seine Einschätzungen. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 80, 25–43; 20. 1. 1981) rechtfertigt im Kern sein Tun (kraft des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes!) als angemessene Aufdeckung von Pressemißständen um der Pressefreiheit willen.

In solcher Rechtsprechung fungiert als »Sache« die richtige Presse und das wahre Meinungsurteil; als Kollisionsregel fungiert die durch Erfolg geheiligte Sozialagenturmaßung. *Kurzkommentar:* Wenn und weil Rechtsbrüche durch beliebige Erfolgskrönung ihre Heiligung finden, ist Hochverrat in der Tat auch positivrechtlich eine Frage des Datums.

4) Gewerkschaften haben, wie andere Verbände auch, aus unterschiedlichen Gründen Schwierigkeiten mit Mitgliedern. Das deutsche Interessenvertretungssystem ist für Arbeiter dualistisch organisiert: Zentrale Industriegewerkschaften und dezentrale Betriebsräte. Für Betriebsratswahlen gilt – wie für alle Wahlen – Wahlfreiheit (mit Sanktionen gegen Freiheitsverletzung). Sind nun gewerkschaftliche Verbote für Gewerkschaftsmitglieder, auf anderen als gewerkschaftlichen Betriebsratswahllisten zu kandidieren, Verletzung von Wahlfreiheit oder Verwirklichung von Verbandsfreiheit? Die höchste Rechtsprechung hat durchgehend zugunsten der (vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz her präferierten) betrieblichen Wahlfreiheit entschieden.

Als »Sache« fungiert hier das pflichtgemäße innerbetriebliche Wohl von Arbeitnehmern und Betrieb, als Kollisionsregel fungiert eine Eindeutigkeitsdoktrin der Güterverletzung (in casu: Gewerkschaften verletzten eindeutig betriebliche Wahlfreiheiten, Gewerkschaftskandidaten auf nichtgewerkschaftlichen Listen verletzten nicht eindeutig die gewerkschaftliche Verbandsfreiheit).

Kurzkommentar: Korporatismus-Analytiker untersuchen den Tripartismus von »Politik« (Staat), »Ökonomie« (Unternehmern) und »Arbeit« (Gewerkschaften) als Ermöglichung oder aber als Gefährdung gesellschaftlicher Stabilität. Kritiker mei-

nen, Gewerkschaften seien zu schwach für ein gelingendes Korporatismus-Projekt, weil Staat und Unternehmer weniger auf Gewerkschaften als auf Betriebsbasen angewiesen seien. Folgentreflexion (nicht durch die, sondern auf die skizzierte einschlägige Rechtsprechung): Cui bono?

139

V

Im Rechtsübergrundsatz der Verhältnismäßigkeit habe ich das einflußreichste Transformationsinstrumentarium für die Osmose, für Übersetzungen, für Kovarianzen von Recht und Gesellschaft zu bestimmen versucht, als oberstes und allgemeinstes Produktionsprinzip einer – freilich lautlosen und durchweg unausweislichen – Recht-Fertigung von Kollisionsregeln für die Entscheidung über rivalisierende Rechte, Interessen, Bedürfnisse. Rechtsverhältnisse sind in der Tat (in Deutschland seit Savignys Tagen!) weder reine Objekte von Wertungen noch reine Wertungen von Objekten, sondern immer schon vorvermittelte allgemeine Entscheidung über die Zu-Ordnungen von Sachverhalten an ein bestimmtes Recht im Wege der Anknüpfung, als Qualifikation der Rechts-Antworten auf Sozial-Fragen. Rechtsverhältnisse setzen nicht (schon) bestimmte Rechtssätze voraus, sondern sind (produzieren) diese Rechtssätze (korrekter natürlich: Juristen gelten als ermächtigt zu solcher Produktion). In den verdeckten Anwendungsprämissen der Qualifikationstheorie selbst, also in der Verwendungsweise des Verhältnismäßigkeitsgrund-satzes steckt ein komplettes gesellschaftstheoretisches Programm (sub verbo Proportionalität, Gerechtigkeit oder ähnlich). Denn die Qualifikationstheorie (nicht die Norm) bestimmt über die Auswahl von Gegenstandsbereichen, und sie ist ihrerseits bestimmt (nicht von Normen, sondern) von der Auswahl unter obersten Wertungs-Alternativen; erklärungs- (und rechtfertigungs-)bedürftig sind mithin die Vermittlungs-Bestimmungen (Verknüpfung) von Gegenständen des (z. B. Wirtschafts-) Rechts und einer von inhaltlicher Theorie (Gesellschaftszwecke, Systemleistungen, auf die Umschreibungen kommt es hier nicht an) angeleiteten Methodologie (Verhältnismäßigkeits-Qualifikationen als Theorie von/für/in Praxis selbst). An dieser kritischen Arbeit fehlt es aber. Ob und wie sie zu leisten wäre, läßt sich mit Mitteln des Rechts, der Rechtswissenschaft und Juristen nicht beantworten. Ich möchte meinen Beitrag dazu im Rahmen der Diskussion über Materialisierungen und Prozeduralisierungen leisten. Als These hier deshalb nur: Erst von den jeweils sich durchsetzenden, verwirklichenden gesamtgesellschaftlichen »Projekten« hängt es – rekonstruierbar! – ab, wie sich »Kritik« und »Konstruktionen« auf das Recht hin und von dem Recht her zueinander verhalten können. Betroffen ist stets die Recht-Fertigung von Kollisionsregeln um einer »Sache« willen.