

Karl-Heinz Ladeur

Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung: Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewißheitsbedingungen

1. *Subjektives Recht und objektives Gesetz*

Die Entstehung der modernen Konzeption des subjektiven Rechts und aller damit einhergehenden Konstruktionsprobleme hängt mit dem Zerfall transsubjektiver, insbesonderer religiöser Ordnungsstiftung zusammen, die erst den Begriff des Individuums ermöglicht hat.¹ Die traditionellen feudalen Statusverhältnisse konnten als differentielle Rechtsverhältnisse nur in einem fremden außerweltlichen Willen begründet sein. Jedes einzelne Rechtsverhältnis war unmittelbar mit der objektiven individuellen Ordnung identisch; es unterlag grundsätzlich nicht der Verfügung durch seinen Träger. Diese Grundstruktur einer nicht-individuellen Rechtsordnung schlägt sich auch im traditionellen actionenrechtlichen Denken nieder, das zwischen prozessualer Durchsetzung und materiellem durchzusetzendem Recht nicht trennt². Das moderne subjektive Recht, dessen Funktion vor allem darin besteht, die Abhängigkeit rechtlicher Verhältnisse von Entscheidungen ihrer Träger zum Ausdruck zu bringen³, brachte das Problem der Immanenz der Gesetze und Gesetzmäßigkeiten mit sich: Das universelle Gesetz war nicht mehr als außerrechtlich vorgegebene Substanz vorstellbar, sondern mußte in einem Prozeß des Transparentwerdens der Gesellschaft für sich selbst⁴ konstruiert werden.

Mit dieser Entwicklung ging eine Veränderung der einzelnen Rechtsverhältnisse einher: Das universelle Gesetz tradierte nicht mehr einen fremden Willen, sondern war gesetzt vom Eigenwillen, dessen Immanenz ein neues Begründungsproblem aufwarf. Es mußte ein höheres Maß an realem Wandel und Vielfalt der Rechtsverhältnisse und zugleich deren Ordnung durch Synthesis ermöglichen, da der Zerfall der substantiellen Einheit nicht durch die Vielfalt von unmittelbaren Evidenzerlebnissen und darauf basierenden Handlungen der Individuen abgelöst werden konnte. In philosophischer Perspektive war bei Kant die Identität des Selbstbewußtseins von einer formalen Einheit der das Selbstbewußtsein strukturierenden Synthesis abhängig⁵. Das Ich mußte sich stets auf ein ihm Anderes beziehen, und zugleich fungierte es als »internes Bezugszentrum der jeweils synthetisierten Daten«⁶. Die Synthesis wurde damit zu einer Relationierung des Vielfältigen, seiner Zusammenfügung »zu einer Erkenntnis«⁷, Subjektivität zu einer Funktion des Übergangs von einem Bewußt-

¹ M. Gauchet, *De l'avènement de l'individu à la découverte de la société*, Annales 1979, S. 454 ff.

² E. Bucher, *Für mehr Aktionendenken*, AcP 186 (1986), S. 1 ff., 7.

³ Bucher (Fn. 2).

⁴ Gauchet (Fn. 1), S. 454.

⁵ D. Sturma, *Kant über das Selbstbewußtsein*, Hildesheim 1985, S. 101.

⁶ Sturma (Fn. 5), S. 41.

⁷ I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Werke in 12 Bänden, Hg. v. W. Weischedel, Bd. III, Frankfurt 1968,

Für unseren Kontext ist die von M. Gauchet betonte Wende zum Immanentwerden der Gesellschaft, die mit der Entdeckung des Individuums einhergeht, von zentraler Bedeutung: Der von der vorgegebenen Substanz des fremden Willens emanzipierte *eigene Wille* des Individuums wird von der Vielheit »eigener« Willen abhängig und muß daher an eine zwischen diesen Willensverhältnissen wirkende objektive Gesetzmäßigkeit zurückgebunden werden, die ihrerseits die Vielheit der Willensverhältnisse aufnehmen und synthetisieren muß. Das positivistische Rechtsdenken der Jahrhundertwende versuchte diese Paradoxie in einer privatrechtlichen Variante bekanntlich im Anschluß an die Imperativentheorie zu lösen: Das subjektive Recht war danach die von der Rechtsordnung anerkannte »Willensmacht«⁹; es gewährt auf der einen Seite eine »Befugnis«¹⁰, auf der anderen Seite eine dieser korrespondierende Pflicht. Diese Integration des subjektiven Rechts in die objektive Rechtsordnung setzt eine Objektivierung und Homogenisierung der Vielfalt der Personenverhältnisse voraus. Sie erfolgt durch Abstraktion »von den individuellen Eigenschaften und Zuständen«, durch die Zuerkennung einer »gleichmäßige(n) Macht des Willens«, die die Persönlichkeit als »subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens« begründet, der »durch allgemeine Rechtsvorschrift mit der Existenz der menschlichen Person« verbunden wird. Objektives Recht und subjektives Recht treffen sich in der »Hervorhebung der Gleichheit gegenüber den individuellen Unterschieden« der Menschen und ihrer Rechtsverhältnisse¹¹.

Gerade die Betonung der Willensmacht der Person wie des Staates als des Subjekts der Rechtsordnung darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Grundlage dieser neuen Rechtsstruktur aus einem Prozeß der Auflösung der traditionellen, auf der Repräsentation eines übergeordneten fremden Willens basierenden Rechtsordnung entsteht¹². Die Unterwerfung wird ersetzt durch die Bezugnahme auf einen im Rekurs auf die Gleichheit postulierten Durchschnitt eines innerweltlichen Gattungsinteresses¹³, dessen Durchsetzung das Recht durch Stabilisierung von Erwartungen ermöglichen soll. Demgegenüber hatte das traditionelle Recht die Stellung des Individuums in einem die universelle Ordnung repräsentierenden symbolischen Ganzen verortet. Systemtheoretisch gesehen, stellt sich dieser Übergang als Ermöglichung von normativer Autonomie durch Geschlossenheit (gegenüber der Religion) bei gleichzeitiger kognitiver Öffnung für die Notwendigkeit der Abstimmung der tatbeständlichen Allgemeinbegriffe mit den individuellen Unterschieden der Bedürfnisse (Sachverhalte) dar¹⁴. Die starke Akzentuierung des Eigen-Willens der Subjekte wie des Eigen-Willens der nicht mehr als fremd (voraus-)gesetzten Rechtsordnung muß man zunächst als Unterscheidung auf dem Hintergrund der traditionellen Ordnung und der sie wiederum begründenden Unterscheidungen verstehen; die rechtlich gesetzte Regel und der sie tragende gesetzgeberische Wille bedurfte aber mehr und mehr der Abstützung durch innerweltliche (immanente) Gesetzmäßigkeiten eines

S. 134 f.; P. Kitcher, *Kant's Real Self*, in: A. W. Wood (Hg.), *Self and Nature in Kant's Philosophy*, Ithaca/London 1984, S. 113 ff.

8 Kircher (Fn. 7), S. 144.

9 B. Windscheid/Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., Frankfurt 1906, S. 156, 160.

10 Vgl. auch F. C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, S. 7.

11 G. F. Puchta, *Pandekten*, 9. Aufl., Leipzig 1863, S. 34, 37.

12 Gauchet (Fn. 1), S. 463.

13 Puehrt (Fn. 11), S. 34.

14 Vgl. zum Verhältnis von Recht und Interesse N. Luhmann, *Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 1990, S. 1 ff.

Durchschnitts der Interessen und eines darauf aufbauenden linearen Gleichgewichtsmodells. Dieser Durchschnitt der die universelle Symbolordnung verdrängenden Faktizität, die zwar durch die Willensakte der Individuen geschaffen wird, aber wegen des Zusammenspiels der vielen Individuen nicht mit ihren Absichten übereinstimmen kann, wird innerhalb des sich durch seine Dogmatik autonomisierenden Systems in der quasi-naturwissenschaftlich objektivierenden Form der *Rechtsinstitute* begründet¹⁵, deren Kern deshalb auch der willentlichen Verfügung des Gesetzgebers entzogen ist, aber dennoch unterschiedlichen normativen Variationen zugänglich ist.

2. Das Subjekt zwischen Autonomie und Heteronomie

Die Kritik¹⁶ an der Reduktion des Rechtssubjekts und des subjektiven Rechts auf zwei Seiten eines Zurechnungsverhältnisses verfehlt die prägende Bedeutung der Entstehungsbedingungen der Subjektivität: Diese ist bestimmt als Effekt des Zerfalls religiös tradierter »transsubjektiver Strukturen«¹⁷. Das Subjekt kann nicht die vom fremden Willen geräumte Stelle einnehmen, es kann nur als »Ausgleich für den aufklärungsbedingten Gewissheitsverfall theologischer Fremdreferenzen«¹⁸ in Anschlag gebracht werden. Eine auf die Immanenz verwiesene Rechtsstruktur muß sowohl nach der Seite des Rechtssubjekts als auch nach der Seite der Rechtsordnung mangels ausreichender Orientierung an der Tradition im Interesse der Selbstenthaltung einen Spielraum von Redundanzen ausbilden¹⁹. Das Rechtssubjekt wird zum abstrakten »Effekt vielfacher Zugehörigkeit«, es faßt die »Zerstreutheit (seines) Inhalts« in der Einheit der Relationierung zusammen²⁰. Das Immanentwerden der Subjektivität und des Regeln setzenden Willens schafft nicht die Bedingungen einer Selbsttransparenz, die der Selbstgenügsamkeit des göttlichen Willens entspräche, das Subjekt wird vielmehr dezentriert, es kann nicht mehr Herr im eigenen Haus sein oder werden.

Gerade weil die Universalisierung von der vorgegebenen Repräsentation abgelöst und auf eine sprachlich vermittelte Universalität verwiesen wird²¹, wird auch das Subjekt dem nicht-identitären Spiel der Differenzen unterworfen²². Für das Rechtssubjekt läßt sich dies daran belegen, daß das subjektive Recht einerseits auf dem Willen (und nicht den stabilen tradierten Zusammenhang von Rechten und Pflichten) Bezug nimmt, andererseits das Subjekt aber seine Stellung dem objektiven Recht verdankt und damit im Zeitalter der Positivierung des Rechts stärker als veränderungsfähig erscheint. Zugleich ist die Durchsetzung des (Rechts-)Willens von der Verfügbarkeit der Ressourcen als Eigentum abhängig, das seinerseits auf den Wechsel des Rechtsträgers angelegt ist. Die über das Eigentum vermittelte Trennung der Subjekte ist paradox Voraussetzung einer von Konsensanforderungen entlasteten Form der intersubjektiven Kooperation. Deshalb sind Konzeptionen einer »Freiheit durch Geselligkeit«, die diese Trennung der Handlungssphären aufheben will, verfehlt:

¹⁵ Vgl. P. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., Tübingen 1919, Fußl. S. X.

¹⁶ U. K. Preuß, Die Internalisierung des Subjekts, Frankfurt 1979, insbes. S. 199 f.

¹⁷ B. Waldenfels, Der Stachel des Fremden, Frankfurt 1990, S. 9.

¹⁸ Vgl. N. Luhmann, Zur Funktion der »subjektiven Rechte«, in: Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt 1981, S. 160 ff.; J. Hörisch, Das doppelte Subjekt, Konkursbuch 15 (1985), S. 43 ff.

¹⁹ Hörisch: (f. 1, 18), S. 60.

²⁰ G. W. F. Hegel, Phänomenologie des Geistes, hg. v. Michel/Moldenhauer, Frankfurt 1970, S. 58 f.

²¹ G. Deleuze, Un concept philosophique, in: Cahiers Confrontation 20 (1989), S. 89 ff.

²² M. Kurthen, Indeterminiertheit, Iterabilität und Intentionalität, Z. f. allg. Wissenschaftstheorie 1989, S. 54 ff., 84.

Selbstverständlich soll die subjektive Freiheit Geselligkeit ermöglichen, aber diese erscheint nicht unmittelbar in einem identitären Raum herstellbar, sondern nur in einer differentiellen, von gemeinsamen Intentionen weitgehend unabhängigen emergenten selbstgenerierten Ordnung aus Unordnung möglich. Dies ist der Preis, der für die Immanenz der Ordnung bezahlt werden muß: Gesellschaftlicher Sinn entsteht nur noch über Differenzen, die auch das Subjekt zum Relationenbündel dezentrieren.

Damit wird zunächst eine neue Perspektive auf das Verhältnis von Rechtssubjekt und Rechtsordnung möglich: Das subjektive Recht akzentuiert die Freiheit des Rechtssubjekts zur Selbstverfügung gegenüber der traditionellen Kopplung von Rechten und Pflichten und wird dadurch zugleich auf eine paradoxe Weise der objektiven Rechtsordnung und der durch die Autonomie des Rechtssystems ermöglichten Verfügung durch den Gesetzgeber unterworfen. Auf der anderen Seite kann auch die objektive Rechtsordnung nicht mehr die Stelle des gegenüber dem Rechtssubjekt selbstgenügsamen Willens einnehmen (wie die traditionelle, religiös gestiftete Rechtsordnung). Sie muß sich des subjektiven Rechts bedienen, um die Fähigkeit zur Anpassung an die sich schneller ändernden Rechtsverhältnisse durch Ermöglichung von Variationsspielräumen zu erhalten. Die Autonomie der positiven Gesetzgebung besteht gegenüber der Tradition, im übrigen ist sie aber durch die über die Rechtsinstitute erzeugten Konsistenzanforderungen und Anschlußzwänge gebunden (wenngleich diese Bindung vor Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit ihrerseits nicht durch eine Kontrollinstanz gegenüber der politischen Intervention geschützt wird)²³.

In dieser Konstruktion schlägt sich eine Fortentwicklung nieder, die die Substanz der repräsentativen Symbolordnung in eine sprachlich explizite Ordnung überführt. Diese besteht wie eine Sprache nicht nur aus Regeln des Sprechens, sondern auch aus einer Akkumulation des (rechtlich) Gesprochenen²⁴. Das Rechtssystem kann sich auch nach der Ablösung von der Tradition nicht selbst begründen, seine durch den Bruch mit der Tradition erreichte Selbstreferenz kann sich nicht bis zur Fähigkeit zur Setzung von eigenen Metaregeln steigern. Die Formulierung von Programmen, Methoden und Theorien des Rechtssystems, d. h. seiner Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung, basiert immer auf dem Prozessieren von historischen Selektivitätsbedingungen, die Entscheidbarkeit immer nur als Entwurf, nicht als Einheit einer sich selbst präsenten Ordnungsintention zulassen²⁵. Ordnung bleibt damit letztlich im Prozeß der Wiederholung²⁶ immer wieder an die im Spiel der Anschlußmöglichkeiten eingeschriebene Unentscheidbarkeit zurückgebunden. Das Recht operiert als autonomes System mit einer Paradoxie: Es muß Objekt- und Meta-Ebene immer verschleifen. Indem es eine Entscheidung zwischen Möglichkeiten trifft, projiziert es zugleich auch den Möglichkeitsraum²⁷, innerhalb dessen die Optionen konstruiert werden. Der Prozeß des Entscheidens bleibt immer ein Prozeß des Suchens nach »passenden« Anschläßen, und das Passen läßt sich erst im nachhinein beurteilen.

23 Vgl. aber Luhmann (Fn. 18).

24 P. Ricœur, *Approches de la personne*, *Esprit* 1990, S. 115 ff.

25 Kurthen (Fn. 22), S. 68; J. P. Dupuy, *On the Supposed Closure of Normative Systems*, in: G. Teubner (Hg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin/New York 1988, S. 51 ff.

26 Vgl. auch A. Cutrofello, *Derrida's Deconstruction of the Ideology of Legitimation*, *Man and World* 1990, S. 157 ff., 158.

27 O. Godard, *Environnement, modes de coordination et systèmes de légitimité*, *Rev. Econ.* 1990, S. 215 ff., 228.

Das Verhältnis von subjektivem Recht und objektiver Rechtsordnung ist als differenzielles an die Dynamik der sich selbst modifizierenden Gesellschaft gebunden – dies ist aber nicht gleichbedeutend mit der Freiheit des Entwurfs beliebiger Möglichkeiten. Die Entwürfe sind nicht das Produkt der Selbsttransparenz des Bewußtseins, sondern sie bleiben gebunden an »Fertigkeiten«, die die »Herstellung, Beurteilung und Revisionen bestimmter materieller Bilder und Beschreibungen« ermöglichen²⁸. Die weltimmanente gewordene Autonomie des Rechtssystems bleibt an die »eigenen« institutionellen Erfahrungen gebunden. Das Subjekt bleibt ein »semantischer Stellvertreter«²⁹ der ganzen Person, eine Stelle von Zurechnungen, deren Möglichkeitsbedingungen von den Spielregeln des Systems abhängig sind. Wenn man diese beiden Seiten des subjektiven Rechts trennt und Kooperation über die »sie umgreifende Sozialität« zwischen den Subjekten unmittelbar ermöglichen will³⁰, so hat man damit zugleich den Anfang einer ihre von Unterscheidungen abhängigen Zerstörung der Selbstbeschreibungsfähigkeit gelegt; die sich beständig selbst exkulpierende Dauerabweichung der Wirklichkeit von den guten Absichten einer Bürokratie treibt dann in den permanent werdenden Ausnahmezustand des Zirkels der immer neue Eingriffe fordernden Eingriffe. Die Paradoxie der notwendigen Verschleifung von Regel und Meta-Regel wird damit ignoriert: Die Meta-Regel ist nicht selbst wie eine Regel verfügbar, sondern bleibt an den Prozeß der Selbständerung der Regel gebunden.

Im Rechtssystem ist die Rückwirkung der mit Hilfe des subjektiven Rechts ausgeführten Spielzüge auf die rechtlichen Spielregeln selbst in einem langen Prozeß des Methodenwandels verarbeitet worden. Dem kann hier nicht im einzelnen nachgegangen werden. In der Entwicklung des subjektiven Rechts hat sich dies fast unmerklich mit der Umstellung des Bezugs von der »Willensmacht« auf das »Interesse« als Gegenstand der objektiv-rechtlichen Anerkennung vollzogen. Das subjektive Recht als »rechtlich geschütztes Interesse«³¹ hat sich schon von dem allein rechtlich zirkulär beschreibbaren Verweisungszusammenhang einer Willensbeziehung zwischen Rechtssubjekt und Staatssubjekt abgelöst und sich auf die Mitberücksichtigung von nicht mehr allein durch universelle Regeln zu steuernden oder begrenzenden entwicklungsoffenen Situationen eingelassen. Damit wird im Kern ein heterarchisches Moment der multiplen strategischen, von Kräfteverhältnissen abhängigen Rechtsbildung akzeptiert³², das die Grenze zwischen Gesetzgebung und ihrer Überschreitung verwischt. Das Interesse als Gegenstand des subjektiven Rechts läßt neue Differenzierungen der Rechtsverhältnisse zwischen den Rechtssubjekten und der Rechtssubjektivität selbst zu, die innerhalb der vom Gesetz zugelassenen Schwankungsbreite nicht mehr als bloß vom Willen der Subjekte abhängige Kontingenzen und damit als »Gesetzesanwendung« oder als Resultat rechtlich anerkannter Willensmacht beschreibbar sind. Diese Entwicklung hat ihre Parallele in der Wende der Philosophie von der auf die Universalität der Vernunft bezogenen Subjektivität zur Interpersonalität konkreter Individuen.

²⁸ N. Goodman/C. Z. Elgin, *Revisionen. Philosophie und andere Künste*, Frankfurt 1989, S. 123; vgl. auch E. v. Glaserfeld, *Cognition, Construction of Knowledge, and Teaching*, *Synthese* 80 (1989), S. 121 ff., 122.

²⁹ J. Markowitz, »Seele« in der Defensive. Anmerkungen zum Problem der Partizipation, *Kulturrevolution* Nr. 19 (1988), 38 ff.; G. Teubner, *Unternehmenskorporatismus*, *KritV* 1987, S. 61 ff.

³⁰ Vgl. Preuß (Fn. 16), S. 199 ff., 203.

³¹ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III. Teil, 1. Abt., (1865), Basel 1954, S. 339.

³² R. Schürmann, *Legislation – Transgression: Strategies and Counter-Strategies in the Transcendental Justification of Norms*, *Man and World* 1984, S. 361 ff., 378.

Insbesondere die wachsende Fähigkeit einzelner Großsubjekte (juristischer Personen) zur strategisch abgestimmten Ausübung subjektiver Rechte gegenüber oder mit einer Vielzahl anderer Subjekte (Konzernbildung, kollektives Arbeitsrecht, Parteien etc.) zwingt zu der Überlegung, diese strategische Abstimmung ihrerseits durch neue Gegenrechte zu kompensieren und damit die formal gleichen Rechte durch statio-näre situative Spezifizierungen für bestimmte Rechtsverhältnisse sekundär zu modellieren: Wiederherstellung von Gleichheit durch Chancengleichheit oder Grup-penparität, von Freiheit durch materielle (Gruppen-)Autonomie. Damit wird auch das Gleichgewichtsmodell, in dem das Verhältnis von Vielheit und Einheit der Rechtsentwicklung im Rechtssystem selbst beschrieben wird, erheblich komple-xer.

4. Insbesondere: Subjektive Rechte und Komplexität

Auch im öffentlichen Recht, vor allem mit der Bindung des Staates durch die Grund-rechte, hat sich eine Veränderung der subjektiven öffentlichen Rechte durch die zunehmende Ablösung von den bipolaren Willensbeziehungen und den Übergang zur Anerkennung des rechtlich geschützten *Interesses* vollzogen³³. Mehr und mehr hat sich gezeigt, daß im öffentlichen Recht die Inanspruchnahme der Kompetenz zur Selbstdefinition des Allgemeininteresses durch den allgemeinen Willen in der Form des Eingriffsverwaltungsaktes oder rechtsbeschränkender Normen an Grenzen stößt.

In neuerer Zeit läßt sich diese situative Orientierung auch des subjektiven Rechts in paradigmatischer Weise an Phänomenen der Vernetzung der Ausübung von Rechten beobachten. Bei planungsrechtlicher Verfügung über komplexe Beziehungsgeflechte, die durch Zuordnung, Änderung, Verbindung, Verhinderung von Nutzungsmög-lichkeiten (und nicht nur Rechten!) und die dadurch entstehenden horizontalen Vernetzungseffekte ein multipolares Rechtsverhältnis schaffen, tritt das Problem der subjektiv-rechtlichen Dimensionierung der Kontrolle des Abwägungsprozesses und seines Ergebnisses auf: Rechte werden nicht mehr nur durch allgemeines, auf Vollzug angelegtes Gesetz bestimmt oder beschränkt, sondern auch durch die planerischen faktischen und rechtlichen Veränderungen des Verhältnisses zwischen den Rechten, die aher durch prozedurale Anforderungen an die Einbeziehung von Belangen in den Entscheidungsprozeß wie durch materielle Handlungsermächtigungen spezifiziert werden können. Aufgrund des Gefährdungspotentials neuer komplexer Technolo-gien entstehen über die Grenzen des traditionellen Gefahrenabwehrrechts hinaus-weisende Anforderungen an die rechtliche Begrenzung von Risiken, die auch auf der Ebene der Gesetzgebung (nicht nur der Verwaltung) über ein grundrechtliches Dreiecksverhältnis zwischen Grundrechtseingriff und Eingriffsabwehr sowie (insbeson-dere) faktische Ermöglichung einer Gesundheitsgefährdung der Ausübung des Rechts auf Leben und Gesundheit über grundrechtliche Schutzpflichten gesteuert werden³⁴. (Dies gilt vor allem für »Hochtechnologien«, für deren Schädlichkeit keine allgemein verfügbaren Indikatoren existieren, wie etwa die nukleare Strahlenbelas-tung).

³³ O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), S. 36 ff., 72 ff.; ders., Re-flexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für G. Jellinek, 1955, S. 257 ff.; vgl. dazu Scherzberg (Fn. 43), S. 129, 131.

³⁴ Vgl. G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987.

Damit im Zusammenhang steht die Erweiterung des Gesetzesvorbehalts auf alle für die *Ausübung* von Grundrechten (ebenfalls im Verhältnis zum Staat) »wesentlichen« Fragen³⁵; der Gesetzesvorbehalt hat sich damit vom Eingriffskriterium abgelöst. Auch im Bereich der staatlichen Leistungen stellt sich das Problem, wie weit gesetzlich geschaffene Ansprüche grundrechtlich verstärkt werden oder ob und wie weit auch unabhängig vom Gesetz und über seine Grenzen hinaus bestimmte Freiheitsrechte auch eine Leistungskomponente³⁶ enthalten: Dies hat das BVerfG z. B. für die Privatschulfreiheit³⁷ angenommen, allerdings nur soweit die Existenz des Instituts »Privatschule« auf dem Spiel steht. In einer anderen Variante der Erweiterung der Grundrechtsfunktionen hat die Rechtsprechung des BVerfG Abwehrrechten eine verfahrensrechtliche Dimension abgewonnen³⁸. Dies gilt insbesondere für das Recht auf Leben und das Grundrecht auf Eigentum. Schon in einer früheren Phase der Neuinterpretation der Presse- und Rundfunkfreiheit hat das BVerfG den objektivrechtlichen »institutionellen« Gehalt dieser Grundrechte an die Notwendigkeit einer gesetzlich zu schaffenden »positiven Ordnung« von kultureller Vielfalt festgelegt³⁹.

5. Exkurs: Habermas und das »prozeduralistische Rechtsparadigma«

Den verschiedenen Varianten des modernen politisch-rechtlichen Denkens lag der zwiespältige Versuch zugrunde, die Auflösung der religiös gestifteten Einheit der Welt durch eine Lockerung des Verhältnisses von Naturrecht und staatlich expliziertem Recht abzupuffern. Sie konnten aber trotz aller Unterschiede eine Übereinstimmung, eine vorfindliche Bindung, unterstellen, die nicht selbst der politischen Gründung bedurfte. Dies erlaubte erst die Formulierung von Vertragstheorien, die eine Gemeinschaft legitimieren sollten, die sie je schon voraussetzen mußten. Daraus ergibt sich zugleich die selbst aporetisch bleibende Möglichkeit, die Gesetzgebung durch Rekurs auf ein unverfügbares Naturrecht zu begrenzen. Dies gilt sowohl für Locke⁴⁰ als auch für Hobbes, dessen Intention nicht einfach auf die Sicherung der Souveränität, sondern die Institutionalisierung des Monarchen als des Garanten der *Schriftlichkeit*⁴¹ eines Rechts zielt, das in der Gewohnheit und im Glauben allein keinen Halt mehr finden konnte – auch wenn der Grund des Rechts nach wie vor im Naturrecht gesucht wurde.

Dieses Problem der Erhaltung der Einheit des Normenbestandes einer unter Veränderungsdruck geratenden Gesellschaft wird bei Habermas reduziert auf ein Rechtfertigungsproblem⁴² und damit um seine praktische Dimension verkürzt. Habermas verfehlt in seiner Interpretation der Hobbesschen Variante der Vertragstheorie ebenso wie der Kantschen die Voraussetzung des Naturrechts bzw. einer transzendentalen Freiheit, der gegenüber der Gesellschaftsvertrag nur sekundär ist (ähnliches gilt aber auch für Locke). Insbesondere die Interpretation der Hobbesschen Vertragstheorie als gerichtet auf die »Aufrechterhaltung eines von allen Beteiligten

³⁵ Vgl. nur BVerfGE 51, 268 ff.; 57, 182; 68, 128; 67, 172; 77, 231; 80, 11.

³⁶ BVerfGE 33, 303 (NC).

³⁷ BVerfGE 75, 40, 67 (Privatschule).

³⁸ Vgl. nur BVerfGE 53, 30.

³⁹ BVerfGE 57, 295, 319 ff., 323 ff.; 73, 118 ff.

⁴⁰ Vgl. J. F. Spitz, *Concept de souveraineté et politique placée sous le signe de la loi de nature dans le «Second Traité du Gouvernement Civil» de Locke*, Philosophie Nr. 37 (1993), S. 39 ff.

⁴¹ Y. Ch. Zarka, *Loi naturelle et loi civile: de la parole à l'écriture*, Philosophie Nr. 23 (1989), S. 37 ff.

⁴² J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M. 1992, S. 127 (auch die folgenden Seitenangaben beziehen sich auf dieses Buch, soweit keine andere Quelle genannt wird).

bevorzugten Systems des geordneten Egoismus« (119) ist eine völlig ahistorische Konstruktion, die nur erklärbar ist aus dem Bedürfnis, »für die eigene Theorie der Generierung praktische(r) Orientierungen ... aus Argumentationen, d. h. aus den Reflexionsformen kommunikativen Handelns« (127) eine kontrastbildende Projektionsfläche zu konstruieren.

Auch die auf 7 Seiten entfaltete Geschichte der deutschen Zivilrechtsdogmatik (112 ff.), die alle begrifflichen Differenzierungen souverän einebnen, wird nur zusammengehalten durch die These, daß die »idealistischen Anfänge wie die positivistischen Ausläufer der deutschen Zivilrechtsdogmatik« die »intersubjektive Struktur von Anerkennungsverhältnissen« verkenne, »die der Rechtsordnung als solcher zu grunde liegt« (117).

Dieser Vorwurf läßt sich leicht gegen seinen Urheber umkehren: Habermas nimmt das Dilemma nicht ernst, das mit dem Verlust der Einheit eines unverfügablen »Anfangs« der Gesellschaftsordnung (in der Transzendenz, im Naturrecht, in einer historischen Gemeinschaft, einem bestimmten Moralsystem etc.) einhergeht. Die Behauptung der »Gleichursprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie« (135), der subjektiven Rechte und des objektiven Rechts, reformuliert nur ein Problem, das nicht begrifflich ausgearbeitet wird: »Die praxisbezogene Nötigung des Einzelnen durch die Sozietät ist jedenfalls nicht Gegenstand der Diskursethik, die eher eine Art von Selbstverpflichtung im Kommerzium mit anderen Gliedern der Sozietät im Auge hat«. Habermas sucht in einer auf Selbstaufklärung festgelegten Sprache einen prozeduralen Ersatz für eben den aufgebrauchten Vorrat an substantieller Rationalität älterer vertragstheoretischer Konstruktionen und leitet daraus aber nichtsdestoweniger *inhaltliche* Verbindlichkeiten für die Rechtskommunikation ab. Eben dies ist aber ein Münchhausen-Dilemma: »Den Intentionen der Diskursethiker zum Trotz gibt es keine Möglichkeit, die Notwendigkeit von Moralverhalten argumentativ darzutun und allgemein einsehbar zu beweisen«⁴³. Wenn die vorfindliche Übereinstimmung einmal entfallen ist, sind wir auch an der Sprache immer nur als fragmentierte Wesen beteiligt. Wie daraus ein »Konsens« im emphatischen Sinne entstehen soll, bedürfte einer genaueren Erklärung. Als kritische Theorie kann ein kontraktualistisches Modell eine begrenzte Bedeutung erhalten, wenn man es neben dem Operieren mit praktischen Politik- und Rechtsmodellen zu Kontrollzwecken mitlaufen läßt, um das Problem der Inklusion aller Bürger in die Gesellschaft wachzuhalten. Als umfassende Rechtstheorie ist es aber nicht geeignet, weil es durch die Rekonstruktion eines Kantianismus ohne transzendentales Subjekt⁴⁴ an dessen Stelle eine sprachliche Intersubjektivität rücken läßt, die ihrerseits immer schon von transsubjektiven Vermächtungen und rhetorischen Umbesetzungen durchzogen wird⁴⁵.

Das »wirkliche Problem« entsteht wohl eher durch den Verdacht, daß die in der klassischen Theorie im Unendlichen verankerte Vernunft im unendlichen Spiel der Sprache keinen Halt mehr findet, weil die neuere »Zivilisation ... ob ihrer Größe, Kompliziertheit und Spezialisiertheit offensichtlich nicht mehr von einem menschlichen Bewußtsein kontrolliert werden kann.«⁴⁶ All dies hat nichts mit der Unterordnung der Individuen unter »Systemimperative« zu tun, deren Einheit ihrerseits alles andere als festgefügt ist, sondern mit der Einsicht, daß das konkrete individuelle

43 H. Krämer, *Integrative Ethik*, Frankfurt/M. 1992, S. 36.

44 B. Groys, *Über das Neue. Versuch einer Kulturokonomie*, München/Wien 1992, S. 157.

45 Vgl. auch die Kritik von A. Touraine, *Critique de la modernité*, Paris 1992, S. 392 f., der sich gegen die Überschätzung der Leistungsfähigkeit der argumentativen Rationalität wendet, aber am Subjekt als Quelle der Kreativität gegen Systemzwänge festhält.

46 Groys (Fn. 44), S. 156.

Denken auch durch seine Pluralisierung im intersubjektiven Prozeß des Argumentierens keinen Zugang zur Wahrheit mehr finden kann. Das Individuum muß keineswegs abgeschrieben werden, aber die einzige Realität, der notwendige »Rest« an Transzendenz, die ihm noch bleibt, ist die Innovation um der Innovation willen, das Prozessieren von Möglichkeiten, die in einem kollektiven, nicht von Intentionen geprägten Prozeß erzeugt werden⁴⁷. Dies mag zunächst provozierend wirken, aber ist der Gedanke nicht jedenfalls attraktiver als der illusionäre Rekurs auf eine externe Position von Intellektuellen, deren Selbstaufklärung für den Diskurs aller Bürger modellbildend sein soll? Die Diskursethik knüpft an die Ansprüche der Aufklärungsmoral durch Reformulierung höchster Werte und Normen an, aber diese sind als »Supernormen« ohnehin Bestandteil der gesamten gegenwärtigen liberalen Kultur. Eine solche »Übtermoral« bedarf der historischen Konkretisierung, zu der auch Habermas' neues Werk wenig beiträgt.

6. Das subjektive Recht als Instrument der Erhaltung gesellschaftlicher Lernfähigkeit

In einer Zwischenüberlegung ist zunächst die für die hier entwickelte Konzeption tragende Annahme wieder aufzunehmen, daß die Ablösung der traditionellen (Rechts-)Ordnung durch fremden Willen nicht den Platz für eine Ordnung durch den eigenen Willen freigemacht hat, sie setzt vielmehr eine Bewegung des Immanentwerdens der Ordnungsbildung durch auf Selbständerung angelegte, nicht von den »Spielern« beherrschte Regeln in Gang. Regeln werden dem Prozeß ihrer eigenen Anwendung abgewonnen und durch Anwendung in der Zeit immer wieder einem Prozeß der Revision und Variation unterworfen. Auf dem Hintergrund dieser These läßt sich die Funktion des subjektiven Rechts in einer kognitivistischen Perspektive im Anschluß an Hayek⁴⁸ dahin spezifizieren, daß es ein Spiel von Differenzen ermöglicht, über das disperses, über eine Vielzahl von Individuen verteiltes Wissen zur Bildung von Erwartungen unter Ungewißheitsbedingungen benutzt werden kann. Dieses Wissen kann nicht auf die Objektivität einer Wirklichkeit referieren, sondern operiert mit »Störungen« (Perturbationen)⁴⁹, die verbunden sind mit einer Folgewartung und die in einem Beziehungsgeflecht von Möglichkeiten eine Resonanz erzeugen, die wiederum eine Spezifizierung neuer Erwartungen erlaubt. Über ein solches, auf der Basis von subjektiven Rechten fungierendes Ordnungsmodell werden Differenzen (und nicht eine vorgegebene Identität) für die Generierung von »zwischen« den Individuen erzeugtem, aber nirgends zentral und dauerhaft verfügbarem Wissen genutzt.

Dem liegt die Annahme zugrunde, daß über differenzierte Erwartungen Ordnung aus Unordnung generiert werden kann und nicht eine allgemeine Unsicherheit eintritt. Rechtliche Regeln haben deshalb eher den Charakter von »Modellen« mit einer kognitiven Funktion, die vor einem Operieren mit Differenzen basiert⁵⁰, nämlich der Entlastung von Motivsuche insbesondere bei der Eingehung von vertraglichen Be-

⁴⁷ Ex discursu lux? – Die intersubjektive Rationalität stellt sich als kollektive Variante jenes Rousseauschen mythischen Gesetzgebers dar, dessen »große Seele«, die über den Leidenschaften stand und Gerechtigkeit stiften sollte, nur die Rousseaus selbst sein konnte (vgl. M. Serres, *Le Parasite*, Paris 1980, S. 161; J. Stobinski, *La transparence et l'obstacle*, Paris 1971, S. 338)!

⁴⁸ F. A. v. Hayek, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 1, 2. Aufl., Landsberg 1986, S. 27 ff.

⁴⁹ V. Glaserfeld (Fn. 28).

⁵⁰ O. Favereau, *Marchés internes, marchés externes*, Rev. Econ. 1989, S. 273, 292.

ziehungen. Die Unvollständigkeit der auf der Anerkennung subjektiv-rechtlicher »Willensmacht« basierenden Rechtsordnung ist nicht das Problem, sondern die Lösung⁵¹. Die größere Variation der Möglichkeiten soll dennoch einen Ruhepunkt ermöglichen, in dem die wechselseitige Kompensation der Fluktuationen ein lineares Gleichgewicht erhält.

In einem solchen Modell lässt sich auch das Verhältnis von Staats- und individuellem Rechtssubjekt der ersten liberalen Phase des modernen Rechts genauer beschreiben. Die subjektiven Rechte der Individuen bleiben primär vom bürgerlichen Recht (der Beziehungen zwischen den Individuen) bestimmt. Die natürliche Handlungsfreiheit schirmt dieses Spiel gegen den Staat und dessen »eigenen«, nicht vom Spiel der Differenzen, sondern durch Organisation bestimmten Willen ab. Nur für die Wahl der Repräsentanten dieses Willens schafft der Staat spezifische subjektive öffentliche Rechte. Das Verhältnis von Staat und Individuum wird durch das Gesetz bestimmt, das seinerseits auf bestimmten nicht-rechtlichen explizierten Voraussetzungen basiert, den durch die privaten und staatlichen »besonderen Gewaltverhältnisse« generierten Individuationsprozessen, die die abstrakte Rechtspersönlichkeit des »allgemeinen Rechtsverhältnisses« erst ermöglicht. Die Entwicklung zum subjektiven Recht als »rechtlich geschütztem Interesse« ist sowohl im Zivil- als auch im öffentlichen Recht zunächst davon bestimmt, daß mehr und mehr die Organisation zum vorherrschenden Träger der subjektiven Rechte wird und damit die Entscheidungen unter Bedingungen eines zwischen einer Vielzahl von Individuen distribuierten Wissens teilweise überformt wird durch eine andere Variante des durch Organisation generierten Wissens⁵². Die in der »Gesellschaft der Individuen« vernachlässigte Funktion der Organisation hat die Anpassung an und die Verarbeitung von dispersen in Entscheidungen spontan zu aggregierenden Wissens für die Produktion unterbrochen⁵³ und ermöglicht die Entwicklung eines eigenständigen, auf die Produktion und nicht den Austausch bezogenen Wissenstyps. Das technische und organisationale Wissen, vor allem die Technisierung und Verwissenschaftlichung der (Massen-)Produktion einschließlich der Standardisierung des für die Produktionsschritte erforderlichen professionellen Wissens hat eine andere Zeitdimension eingeführt und zugleich den Grund gelegt für die zunehmende Ersetzung der materiellen Ressourcen durch Wissen als Produktionsfaktor⁵⁴. Insbesondere die Unternehmensstruktur wandelt sich von der stationären technischen Kombination vorfindlicher Produktionsmittel zur internen, auf Selbstbeobachtung und Selbstdächerung angelegten Umwelt, deren Rückkopplung an die externe Umwelt des Marktes und seine andersartige Wissensstruktur zum Problem wird (Gefahr der Verselbständigung der Unternehmen). Andererseits wird damit zugleich die Möglichkeit für eine sekundäre strategische Modellierung auch des auf den Markt zerstreuten Wissens geschaffen; über Marken, Marketing etc. werden Formen der Erwartungsbildung eingeführt, die die Positivierung und Stabilisierung des produktionsbezogenen Wissens auch mit Ziel der Standardisierung von Marktwissen (Bedürfnisse, Auswahlkriterien etc.) auf den Markt zurück zu übertragen suchen. Umgekehrt ist der Kapitalmarkt eine der Formen der Rückkopplung zwischen der verselbständigt Produktionslogik und dem Markt als Aggregat des über die Vielzahl der Subjekte distribuierten Wissens.

51 Favreau (Fn. 50), S. 295.

52 L. Thévenot, Equilibre et rationalité dans un univers complexe, *Rev. Econ.* 1989, S. 141, 150; Favreau (Fn. 50), S. 310.

53 A. Orléan, in: P. Cohendet/P. Llerena (Hg.), *Flexibilité, information et décision*, Paris 1989, S. 219.

54 O. Favreau, Valeur d'option et flexibilité: de la rationalité substantielle à la rationalité procédurale in: Cohendet/Llerena (Hg.) (Fn. 53), S. 121 ff., 167.

Dieses neue organisationale und produktive Wissen ist auch die Grundlage für die Übernahme neuer »sozialer« Staatsaufgaben: die wenn auch beschränkte Fähigkeit der Unternehmen zur Selbststabilisierung durch Organisation und durch Generierung produktionsorientierten Wissens (und des damit erweiterten Zeithorizonts) ist auch Voraussetzung für statistische Prognosen, ohne die der allmähliche Aufbau öffentlich-rechtlicher Versicherungen⁵⁵ und die Anfänge einer staatlichen Industriepolitik unmöglich gewesen wären. Zugleich schlägt sich die neue Pluralisierung des Wissens auch innerhalb der staatlichen Organisation selbst in der Form einer Ergänzung der universalistischen Formen des Entscheidens durch fragmentierte, auf Kooperation, Vorklärung, Aushandeln eingestellte Teilorganisationen und Verfahren nieder, die der Bildung von gesellschaftlichen *Konventionen* dienen⁵⁶, über die flexibel kognitive und normative Koordinationszwänge strategisch integriert werden; dafür werden insbesondere Parteien und Interessenverbände in einzelnen bargaining-Arenen benutzt. Durch solche Konventionen, über die Wissensmodelle konstruiert bzw. ausgehandelt werden, wird auch eine staatlich formale Autorität abgestützt, die ihrerseits auf ein stabiles universelles Ordnungswissen nicht mehr zurückgreifen kann. Politische Organisation dient dann auch dem Aufbau und der Flexibilisierung von neuen Formen der Gedächtnisbildung⁵⁷, die deshalb erforderlich sind, weil der traditionelle homogene Raum des Öffentlichen, in dem das Allgemeininteresse und das dazu erforderliche Wissen vorformuliert wird, ebenfalls von strategisch operierenden Organisationen durchsetzt wird. Damit entsteht zugleich eine zunehmende Artifizialisierung des Wissens, die ein Problem der Abstimmung der beiden Wissensformen und vor allem der Beobachtung ihrer Verlässlichkeit schafft. Die Organisation kann das spontan verfügbare Wissen und insbesondere die vom Markt ausgehenden Signale zeitweise außer Kraft setzen, dabei aber zugleich ihre eigene Anpassungsfähigkeit dadurch einbüßen, daß der verlängerte Erwartungshorizont Anpassungs- und Veränderungszwänge lockert oder scheinbar ganz aufhebt.

In einem Zwischenschritt lassen sich diese Überlegungen über die Spezifizierung der Stellung sozialer Rechte fruchtbar machen: Diese Rechte einschließlich der Koalitionsfreiheit müssen auf dem Hintergrund des unaufhebbaren Konfliktverhältnisses zwischen organisational-produktiven und dem auf dem Markt distribuierten Wissen neu justiert werden. Sie basieren auf der Möglichkeit einer gewissen Standardisierung und Stabilisierung von nicht mehr nur individuell bleibenden Erwartungen durch Organisation, ohne daß dadurch aber der paradoxe Charakter des über den Markt zerstreuten, auf spontane Selbständerung angelegten Wissens unter Ungewissheitsbedingungen aufgehoben werden könnte. Ihre normative Ausgestaltung wie faktische Ausübung darf nicht zur Unterbrechung dieses Konfliktverhältnisses unterschiedlicher Typen gesellschaftlicher Wissensbestände führen. Eine verbreitete andere Lesart, die etwa die Koalitionsfreiheit als Recht auf »Gegenmacht« der Schwächeren ansähe, würde letztlich wiederum den schon bei der Konstruktion der individuellen subjektiven Rechte kritisierten Fehler verfallen, (kollektive) Freiheit als Medium des Selbsttransparentwerdens der von Menschen geschaffenen (aber nicht nach ihren Intentionen erschaffenen) Welt zu begreifen. Soziale Rechte können nicht als Rechte zur Lernverweigerung verstanden werden, weil damit zugleich die Grenze des provisorischen Handelns unter Ungewissheitsbedingungen ignoriert würde. Ge-

⁵⁵ F. Ewald, *L'Etat providence*, Paris 1986.

⁵⁶ A. Orléan, *Pour une approche cognitive des conventions*, *Rev. Econ.* 1989, S. 241, 267 ff.

⁵⁷ Vgl. zur Organisation als Gedächtnis eines Systems D. Baecker, *Das Gedächtnis der Wirtschaft*, in: Ders., u. a. (Hg.), *Theorie als Passion*, FS Luhmann, Frankfurt 1987, S. 519 ff.

rade dieser Effekt tritt aber dann ein, wenn Anpassungsleistungen zum Gegenstand von Gruppenverhandlungen werden – und auf unbeteiligte Dritte abgewälzt werden. Auch die staatliche Garantie bzw. die organisierte Ausübung von sozialen Rechten bleibt an das komplexe Zusammenspiel der unterschiedlichen Wissensformen und der darüber erhaltenen (und begrenzten!) Möglichkeiten gesellschaftlicher Selbstbeobachtung gebunden und können nicht normativ »selbstbestimmt« werden. Andererseits ist darauf zu insistieren, daß auch die Organisation eben einen anderen Rationalitätstypus entstehen läßt, der nicht einfach als Abweichung vom individualistischen Paradigma des Entscheidens auf der Grundlage von über Individuen zerstreutem Wissen betrachtet werden kann. Die einheitliche Wirklichkeit ist längst in unterschiedliche Möglichkeitsräume zerfallen, die unterschiedliche Wissensmodelle erzeugen wie voraussetzen.

7. Neue Grundrechtsfunktionen in komplexen Handlungsfeldern

Es könnte durchaus in der Logik einer mehr und mehr auf die Ressource »Information«/Wissen angelegten »Gesellschaft der Organisationen« liegen, Rechte auf (Weiter-)Bildung mit einer stärkeren verfassungsrechtlichen Stellung auszugestalten, da der Staat zwar keine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit gewähren kann, aber doch die Bedingungen der gesellschaftlichen Wissensgenerierung verbessern kann und muß. Das subjektive Recht auf Freiheit der Entscheidung unter Bedingungen des über eine Vielzahl von Individuen zerstreuten Wissens könnte ergänzt werden durch ein Recht auf Beteiligung an produktionsbezogenem, durch Organisation generiertem Wissen. Und staatliche Politik hätte sich stärker an der Erhaltung der Flexibilität und Erneuerungsfähigkeit von Organisationen zu orientieren. Hier wäre insbesondere an die Erweiterung des Zeithorizonts von Unternehmen durch gesellschaftsrechtliche Reformen zu denken (Begünstigung des Umweltmanagements, Stärkung längerfristiger Interessen durch Stimmrechtserweiterung etc.).

Festzuhalten bleibt aber, daß auch die dem Einbau sozialer Rechte in unterschiedlichen Formen zugrundeliegende Ordnungsvorstellung auf der Erhaltung eines linearen Gleichgewichts basiert. Die Garantie individueller subjektiver Rechte ermöglicht die Entscheidungsbildung auf der Basis des distribuierten Wissens, das aber kontinuierlich an Ungewißheit und deshalb auf Erprobung von »passenden« Interaktionen in einem Feld pluraler Möglichkeiten zurückgebunden bleibt; soziale Rechte müssen nach einer kognitivistischen Logik an eine neue Selbstbeschreibung der Gesellschaft und die dabei verwendete Pluralität von Produktions- und Marktwissen zurückgekoppelt werden. Selektive Formen der Konventionalisierung und Abstimmung von Erwartungen beruhen auf der organisierten Beobachtung bestimmter Variablen. Es wird damit ein gemeinsames Wissen (»common knowledge«) vorausgesetzt, das in bestimmten Grenzen gegen die Schwankungen der Erwartungsbildung auf dem Markt immunisiert wird. Auch diese Erwartungen beruhen auf dem Mechanismus der Selbstreferenz, sie operieren mit dem strategischen Versuch einer paradoxen, sich selbst erfüllenden Prophezeiung. Unter Ungewißheitsbedingungen bleibt aber nicht nur das »Passen« solcher Konventionen problematisch, eine Konvention versucht nicht nur, zwischen mehreren Optionen eine koordinierte Wahl zu treffen, sondern einen Optionenraum zu entwerfen, ohne aber über alle Variablen verfügen zu können. Eine falsche individuelle Erwartung wird etwa durch Preisverfall sanktioniert, eine Konvention, die einem Tarifvertrag zugrundeliegt, kann eine solche Kompensation verhindern, da sie die Handlungsmöglichkeiten einer Vielzahl

Beteiligter beschränkt, sie kann aber nicht verhindern, daß die Konvention an anderer Stelle durch Verfügung über andere Variable wieder kompensiert wird, ohne daß der Zusammenhang leicht zu erkennen ist. Dies gilt etwa für inflationäre Entwicklungen, die auf den Versuch hinauslaufen, durch die von der Regel (Preisbildung) zugelassenen Optionen zugleich eine Meta-Regel der Verteilung zwischen Gruppen zu verändern. Solche Meta-Regeln unterliegen aber nicht dem kontrollierten Zugriff, und der Versuch eines solchen Zugriffs führt nur zu emergenten perversen Effekten.

Deshalb wird vor allem in den letzten Jahren die Notwendigkeit interorganisationaler Absprachen betont, die die Folgewirkungen von kollektiven Konventionen über einzelne Variablen (z. B. Löhne) auf andere mit zu berücksichtigen suchen. In der hier vertretenen Konzeption wäre dies als ein komplexeres, mehr Selbstbeobachtung und Selbstrevision ermöglichtes kognitives Modell zu charakterisieren.

Mit Hilfe des hier skizzierten kognitivistischen, die gesellschaftliche Selbstbeobachtungs- und Selbstmodifikationsfähigkeit akzentuierenden Ansatzes lässt sich ein drittes Paradigma der neueren (Grund-)Rechtsentwicklung unterscheiden, für das vor allem die Entstehung von Schutzpflichten, Grundrechten als Organisations- und Verfahrensrechten, die Erweiterung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts und die Grundrechtsrelevanz faktischer Beeinträchtigung der Ausführungsbedingungen von Grundrechten charakteristisch sind. Diese Überlegung lässt sich dahin spezifizieren, daß das dem ersten und zweiten Paradigma zugrunde liegende Gleichgewichtsmodell durch die Schaffung kollektiver Rechte nur komplexer geworden ist, sich aber mehr und mehr angesichts neuer nicht intendierter, potentiell irreversibler Vernetzungsprozesse zwischen staatlichem und privatem Handeln als unzulänglich herausstellt.

Dies lässt sich für das öffentliche Recht auch am Beispiel der »Schutzpflichten« demonstrieren: Ihre Hauptfunktion besteht u. E. darin, den Gesetzgeber zur Beobachtung von Belastungen zu verpflichten, gegen die sich der einzelne mit Hilfe des nach einfachen Zurechenbarkeitsgesichtspunkten operierenden Zivilrechts nicht effektiv wehren kann. Die *Information* über die Belastungen und die normativen Regeln der Zurechnung verstehen sich nicht mehr von selbst, sondern bedürfen einer Vorstrukturierung durch Verfahren. Ähnliches gilt z. B. für die faktische »Grundrechtsberührungen«, die zwar vom Staat ausgehen, aber Rechte Dritter nicht explizit beschneiden, sondern »nur« die Bedingungen ihrer Ausübung determinieren können. Der hier zu beobachtende Auffassungswandel ist darauf zurückzuführen, daß in bestimmten Bereichen, dies gilt auch für die Schule, nicht mehr vorfindliche, gesellschaftliche Ausführungsbedingungen implizit bleibende »Werte« in Bezug genommen werden können, sondern zum Gegenstand der expliziten Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung der Gesellschaft insbesondere im politischen System werden (Erziehungsziele, Schulformen etc.)⁵⁸.

Der Staat wird selbst zum Urheber gesellschaftlicher Veränderungsprozesse und fungiert nicht mehr nur als »Ordnungshüter«. Dies gilt für die Bildung wie für die technologische Entwicklung. Die Grundrechte bilden hier ein Medium der Konventions- und Konsensbildung, in die vor allem die Wissenschaft (Pädagogik, technisch-wissenschaftliche Verfahren etc.) einbezogen werden.

Schutzpflichten⁵⁹ und die Erweiterung der Lehre vom Gesetzesvorbehalt laufen im Kern – in einer kognitivistischen Perspektive gesehen – auf eine Pflicht des Staates als

⁵⁸ Vgl. etwa zum Schulecht K. H. Ladeur, Elternrecht, kulturstaatliches Vielfaltgebot und gesetzliche Regelung der Schulschließung, DÖV 1990, S. 945.

⁵⁹ Vgl. dazu auch E. W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 1990, S. 1 ff.

Gesetzgeber wie als Verwaltung hinaus, mehr Risikowissen zu generieren bzw. mehr Selbstbeobachtungs- und Selbstrevisionsfähigkeit für Handeln unter Ungewissheitsbedingungen bereitzuhalten. Objektiv-rechtliche Schutzpflichten können sich nicht einfach als um Staatsaufgaben erweiterte Kompetenzbestimmungen verstanden werden, die an die subjektiv-rechtliche Seite der Grundrechte zurückgebunden werden. Vielmehr wird der Staat vor allem zur Generierung von Information/Wissen gezwungen, das den Grundrechtsträgern nicht zur Verfügung steht, ihnen aber vielfach erst die Wahrnehmung ihrer subjektiven Rechte möglich macht. Daran wird zugleich sichtbar, daß Wissen vielfach weder als Erfahrung allgemein verfügbar ist noch spontan durch Aggregation von dispersem, über eine Vielzahl von Individuen zerstreuten Wissen für punktuelle Entscheidungen gewonnen werden kann. Durch fragmentierte plurale öffentliche Organisation der Wissenserzeugung werden zugleich auch unterschiedliche Richtigkeitsstandards miterzeugt, die über staatliche Such- und Abstimmungsprozesse erst wieder in Konventionen kompromißhaft ausgeglichen werden müssen. Auch dies ist eine neue Variante des selbstreferentiell gewordenen gesellschaftlichen Selbstbeobachtungs- und Selbstkonstruktionsprozesses⁶⁰, in dem die Trennung von staatlich universeller Regelsetzung und -kontrolle sowie der individuellen Sammlung von dispersem Wissen für das Entscheiden unter Unentscheidbarkeitsbedingungen in einen kooperativen Prozeß der Abstimmung überführt wird, der normative und kognitive Aspekte der Konventionsbildung zusammenfaßt. Die über universelle Normen intendierte dauerhafte Stabilisierung von Erwartungen wird mehr und mehr abgelöst durch die strategische Integration von normativen und kognitiven Momenten in der Form der Abstimmung von Erwartungen durch kollektiv-organisational gebildete Konventionen.

In den die gegenwärtige Rechtsentwicklung prägenden mehrpoligen Beziehungsgeflochtenen wird die Trennung von Regel und Regelanwendung, von Tatbestand und einzelinem Sachverhalt mehr und mehr durch komplexe Modellkonstruktion in Verfahren abgelöst. Das konstruktive prozeßhafte Moment ist schon auf der Ebene der Gesetzgebung anzusiedeln: Der Gesetzgeber kann vielfach nur unvollständige Entscheidungen auf unvollständiger Wissensgrundlage treffen und verweist ihre Konkretisierung an das Verwaltungsverfahren. Verfahrensrechte sind deshalb wichtige Vorgaben für die Konstruktion von Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen und bei einer vorauszusetzenden Vielfalt von Richtigkeitsstandards. Das Moment der Selbstkonstruktion und des Selbstentwurfs einer Gesellschaft hat durch den neuen Typus von durch Organisation und die Vielfalt der »Versionen der Welterzeugung«⁶¹ eine neue Komplexität angenommen, die nur durch Prozeduralisierung, d. h. durch selbstreflexive Ermöglichung der Konstruktion und Revision eines Optionsraums unter Ungewissheitsbedingungen, also durch Lernfähigkeit verarbeitet werden kann⁶². Dadurch – und nicht nur durch »Beteiligung« – unterscheidet sich eine prozedurale von einer substantiellen Rationalität, die nach der besten oder einer brauchbaren Entscheidung innerhalb eines relativ stabilen Möglichkeitsspektrums sucht. Verfahren, die das Entscheiden unter Ungewissheitsbedingungen berücksichtigen, nehmen das selbstreferentielle Moment der sich selbst erfüllenden Prognose, des Lernens durch Auslösen von »Störungen«, wie es für die individuelle Entscheidung auf dem Markt charakteristisch ist, auf einem komplexeren Niveau, in einem Modell des Lernens zweiter Ordnung wieder auf.

⁶⁰ Vgl. M. Serres, *Le contrat naturel*, Paris 1990, S. 41.

⁶¹ N. Goodman, *Weisen der Welterzeugung*, Frankfurt 1984.

⁶² Favereau (Fn. 50).

Die Funktion der subjektiv-rechtlichen Komponente der Grundrechte unter Bedingungen gesteigerter Komplexität und Ungewißheit des Handelns ist – in einer kognitivistischen Perspektive – einzustellen auf die Erhaltung von Vielfalt⁶³ des politischen, künstlerischen, wissenschaftlich-technischen Wissens und, vor allem im Bereich von Umwelt-, Technik- und Planungsverfahren, auf die komplexitätsangemessene Strukturierung von Entscheidungsprozessen. Individuelle Rechte sind an diesem Kontext eher Rechte auf Mit-Konstruktion (nicht Mit-Entscheidung) von auf Lernfähigkeit und Selbstrevision angelegten Umweltmodellen, die für das Entscheiden unter Ungewißheitsbedingungen sensibilisiert sind. Diese Annahme bedarf sicher noch der Spezifizierung für einzelne dogmatische Fragestellungen, sie bietet aber den Vorteil der Möglichkeit einer Anknüpfung an das beschriebene Verhältnis von subjektivem Recht und staatlicher Rechtsordnung und seiner Remodellierung in einem nicht-linearen, auf Selbständerung angelegten Ungleichgewichtsmodell: Das Individuum erzeugt nicht mehr allein die Fluktuationen des Möglichen in einem auf Ordnung durch Gleichgewicht festgelegten Modell, es hat das Recht, insbesondere in komplexen, unter staatlicher Verantwortung durchgeführten administrativen Entscheidungsverfahren kooperativ und konfliktorisch an der Generierung von mehr Möglichkeiten mitzuwirken. (Probleme des subjektiven Rechtsschutzes sollen hier nicht behandelt werden).

Dies ist die Konsequenz einer zunehmenden Artifizialisierung gesellschaftlicher Wissensbestände. Diese Annahme findet ihr Pendant in einer sich unter den Bedingungen der Entwicklung der Informationstechnologien ausbreitenden Tendenz zur Bildung flexibler, auf Selbstmodifikation in der Zeit angelegter Organisationsformen, die den Trend zur Großorganisation unterbricht. Diese war für das zweite Modell charakteristisch. Die Suche nach der richtigen oder besseren Entscheidung wird ersetzt durch die Tendenz zur Erhaltung von Diversität und Pluralität von Entwicklungsmöglichkeiten. Durch die bewußte Zufuhr von Unordnung (Chaos), den Einbau von Heterogenität muß die Kontinuität von Sichtweisen, Entscheidungsverfahren und Organisationen⁶⁴ unterbrochen werden. Aber ebenso wie unter der Geltung des einen Gleichgewichtsmodells erster Ordnung sind die subjektiven Rechte nicht auf die Selbstkonstruktion einer »vollen« Identität angelegt, sie eröffnen die Möglichkeit zum Operieren mit Differenzen innerhalb eines Spiels, dessen Regeln von den Subjekten selbst nicht beherrscht werden⁶⁵. Paradoxe Weise sind die subjektiven Rechte – darauf ist zu insistieren – gerade das Produkt des Zerfalls einer mit sich selbst identischen Ordnung, der zur Bildung artifizierter und fragmentierter, nur über Differenzen konstruierter (Um-)Weltmodellen geführt hat.

Das stabile Verhältnis zwischen subjektivem Recht und objektiver, an einem linearen Gleichgewichtsmodell orientierter Rechtsordnung wird in komplexen Handlungsfeldern zwangsläufig von einem Ungleichgewichtsverhältnis⁶⁶ abgelöst, in das das subjektive Recht ein Moment der Heterogenität einführt und damit die über Systeme und kollektive Akteure (Organisationen) generierten Wissens- und Wertbestände sowie die darauf basierenden Modellentwürfe mit größerem alternativem Reichtum »impft«. Die neue Funktion des subjektiven Rechts ermöglicht ein Moment der

⁶³ Vgl. auch R. Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als soziale Normen, *Der Staat* 1990, S. 49 ff.

⁶⁴ Vgl. I. Nonaka, Creating Organizational Order out of Chaos, *Cal. Man. Rev.* 1988, H. 1, S. 57 ff.

⁶⁵ Waldenfels (Fn. 17), S. 9.

⁶⁶ Vgl. auch P. M. Allen, Dynamic Models of Evolving Systems, in: *System Dynamics Rev.* 1988, S. 109, 128 f.

Unruhe, das der Paradoxie einer Ordnung entspricht, die nur aus der Änderung wieder neue Stabilität gewinnen kann. Daraus ergibt sich ein anderes Verhältnis zwischen subjektivem Recht und Rechtsordnung: Beide können nicht mehr durch stabile Kriterien dauerhaft voneinander getrennt werden (nach dem Muster des Verhältnisses von öffentlichen und privaten Interessen). Es ist ein Verhältnis, das Wandel auf Dauer stellt und ihn gerade deshalb nicht in einer materiellen objektiven Rechtsprechung stabilisieren kann.

Davon muß auch das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgeber bestimmt sein, das stets vom Verhältnis zwischen objektivem Recht und subjektivem Recht her untersucht worden ist: Die Funktion der Rechtsprechung⁶⁷ kann nicht darin bestehen, emanzipiert vom Modell der Regelanwendung »gerechte« Entscheidungen zu fällen und subjektive Rechte zu erweitern. Die Rechtsprechung muß sich vielmehr auf eine neue heterarchische prozedurale Rationalität der variablen Vernetzung und Relationierung von Möglichkeiten in Modellen einstellen, die auf Erprobung und Lernfähigkeit angelegt sind, ihre Entscheidungen müssen sich insbesondere selbst in ein neues nicht-lineares Ungleichgewichtsmodell einordnen lassen. D. h. die Selbstbeschreibung, die vor allem die Methoden der Interpretation und Konkretisierung des Rechts steuern, müssen auf das Entscheiden unter Ungewißheitsbedingungen eingestellt werden. Auch die Rechtsprechungstätigkeit ist dann eher in einem Prozeß der Bildung und Erhaltung von Anschlußmöglichkeiten für Entscheidungen zu verorten⁶⁸. Luhmanns Festlegung eines interessenorientierten Rechts auf Autonomie durch Selbstreferenz auf *eigene Begriffe*⁶⁹ erscheint zu vage. Neue Verkettungsmöglichkeiten und -regeln eines situativ gewordenen Rechts wären genauer zu spezifizieren.

Es besteht kein Anlaß, auf das subjektive Recht zu verzichten, im Gegenteil: Die darüber konstituierte Ordnung des Rechts als Spiel von Differenzen erlaubt die Erneuerung der Selbstbeschreibung des Rechtssystems unter Bedingungen gesteigerter Komplexität. In einer differentiellen, kognitivistischen Perspektive übernimmt das subjektive Recht die Funktion, einer auf dem Zwang zur Selbstmodifikation basierenden Gesellschaft ständig neue Diversität und Pluralität der Möglichkeiten zuzuführen und dadurch in einem auf Selbstkonstruktion und Selbstbeobachtung angelegten Rechtsmodell Flexibilität durch Pluralisierung der Beobachterstellen zu erhalten. Auch in einem von Ungleichgewicht und Ungewißheitsbedingungen beherrschten Rechtssystem, das von sich beschleunigenden Prozessen der Selbständerung charakterisiert wird, kann das subjektive Recht eine neue Funktion der Erhaltung von Diversität und Pluralität übernehmen, eine Funktion, die die dem ersten und zweiten Modell entsprechenden Funktionen nicht ablöst, sondern ergänzt. Zugleich lassen sich in der hier eingenommenen kognitivistischen Perspektive auch diese dem ersten und zweiten Modell entsprechende Funktionen neu arrangieren⁷⁰ und an die Notwendigkeit der Informationsgewinnung zurückbinden.

⁶⁷ Vgl. R. Dworkin, *Law as Interpretation*, *Critical Inquiry* 1982, S. 179.

⁶⁸ Vgl. Dworkin (Fn. 67), S. 193.

⁶⁹ Luhmann (Fn. 14), S. 12.

⁷⁰ Vgl. zur Neukonstruktion R. Frey, *Vom Subjekt zur Selbstreferenz*, Berlin 1989, insbes. S. 21; vgl. auch H. Willke, *Die Entzauberung des Staats*, Frankfurt/M. 1991, S. 346 ff.