

# Ordnung durch Bewegung – Recht als dynamisches System

G. F. Schuppert\*

A. Ordnung durch Bewegung .....	177
B. Innovation durch und im Recht .....	183
I. Innovation durch Recht: Von der Innovationsstimulierung über die Innovationssteuerung zur „governance of innovation“ .....	183
II. Innovation im Recht: Ein gar nicht so leicht zu beschreibendes Phänomen .....	185
1. Was meint „innovatives Recht“? .....	185
2. Spezifische Innovationsoffenheit des Rechts als Voraussetzung seiner Marktfähigkeit .....	186
3. Spezifische Innovationsfähigkeit des Rechts als Voraussetzung seiner Steuerungsfähigkeit .....	188
a) Dynamik ist ansteckend oder zu den Rückwirkungen der Aufgabe Innovationssteuerung auf das steuernde Recht selbst .....	188
b) Das Beispiel der Risikosteuerung als innovativem Prozess .....	189
D. Elemente einer Eigendynamik rechtlicher Steuerung im Theorieapparat und Instrumentenkasten des Rechts ...	191
I. Beobachtungsapparate des Rechts ..	192
II. Reversibilität des Rechts .....	193
III. Lernendes Recht .....	194
IV. Kommunikatives Recht .....	195
V. Interdisziplinäre Offenheit des Rechts .....	197
E. Zum dynamischen Expansionismus des Rechts .....	197
I. Verrechtlichung aller Orten .....	198
1. Machtergreifung des Rechts als historisches Phänomen .....	198
2. Gesetzgebung als Verrechtlichungsmaschine im Dauerbetrieb .....	200
3. Verrechtlichung als Baustein von Global Governance .....	202
II. Judizialisierung allerorten .....	203
III. Konstitutionalisierung allerorten ....	204
1. Das Beispiel des grundrechtlichen Imperialismus: Grundrechte als Gestaltungsaufträge ...	205
2. Rule of Law als ein mit einem Globalisierungsgen ausgestattetes Rechtskonzept .....	206
3. Zum Imperialismus des „Global Constitutionalism“ .....	208
F. Einige bilanzierende Schlussbemerkungen .....	209

## A. Ordnung durch Bewegung

Ziel dieses Beitrages ist es, der Frage nachzugehen, inwieweit „Recht“ als dynamisches System begriffen werden kann und welche Folgen ein solches Verständnis für die Strukturen des Rechts selbst haben muss. Ausgegangen wird dabei von der Funktion des Recht, auf andere gesellschaftliche Teilsysteme ordnend einzuwirken, wie sie in der so beliebten wie zählebigen Formel von „Recht und Ordnung“<sup>1</sup> zum Ausdruck kommt. Dabei wurde und wird „Ordnung lebensweltlich häufig statisch

\* Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert ist Emeritus des Center for Global Constitutionalism des Wissenschaftszentrums Berlin für Sozialforschung und früherer Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Beitrag behandelt das Thema vornehmlich aus der Sicht des Staats- und Verwaltungsrechts; der Autor würde sich wünschen, erfülle das Thema auch aus der Perspektive des Zivilrechts eine Bearbeitung.

<sup>1</sup> Vgl. L. Raphael, Recht und Ordnung. Herrschaft durch Verwaltung im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2000, S. 154.

gedacht“,<sup>2</sup> also auch das Rechtssystem als eine Struktur verstanden, die ihrem Wesen nach zunächst einmal eher auf Kontinuität als auf Wandel gerichtet ist.

Um diesem traditionellen Verständnis ein solches von (moderinem) Recht als einem wesenhaft dynamischen System entgegenzustellen, genügt es nicht, nach einzelnen dynamischen Elementen des Rechtssystems Ausschau zu halten:<sup>3</sup> Solche Elemente lassen sich zum Beispiel im Bereich der Gesetzgebung, die vor allem damit beschäftigt ist, der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Dynamik nachzueilen oder sie im Idealfall flankierend zu begleiten, leicht finden. Wer so verfährt, riskiert jedoch, über die Binsenweisheit nicht hinauszukommen, dass jede Sozialordnung – also auch die Rechtsordnung – auf Veränderungen ihrer Umwelt reagieren muss, wenn sie für sich eine wie auch immer geartete Steuerungsleistung reklamieren will. Uns geht es vielmehr um die Frage, ob die dem Recht gemeinhin zugeschriebenen Ordnungsleistungen<sup>4</sup> nicht gerade erst dadurch erbracht werden können, dass ihm – gewissermaßen als leistungsfähiger Motor – eine *interne Dynamik*<sup>5</sup> innewohnt, die es erst rechtfertigt, von „Steuerung durch Recht“ zu sprechen<sup>6</sup> und Rechtswissenschaft (auch) als Steuerungswissenschaft zu betreiben.

Dabei kann man von der Beobachtung ausgehen, dass Ordnung und Bewegung in modernen Gesellschaften kein Gegensatzpaar darstellen, sondern dass im Gegenteil das Recht, um seine Steuerungsfunktion in dynamischen sozialen Systemen erbringen zu können, selbst offen für Information, wandelbar und innovativ sein muss. Wie es in der Selbstbeschreibung des Erfurter Forschungsprojekts „Ordnung durch Bewegung“ heißt:

„Ordnung und Bewegung bezeichnen Grundkategorien jeglicher sozialer und kultureller Wirklichkeit [...]. In aller Regel wird dabei Ordnung als dasjenige betrachtet, was in einer dynamischen Umwelt Stabilität und Regelmäßigkeit garantiert. Ordnungen, und insbesondere soziale und kulturelle Ordnungen, sind jedoch offensichtlich gezwungen, sich selbst

- 2 Diese Formulierung findet sich in einer der ersten Gedankenskizzen zum Forschungsprojekt „Ordnung durch Bewegung“ unter *Max-Weber-Kolleg für kultur- und sozialwissenschaftliche Studien, Ordnung durch Bewegung. Antragsauszug, 4.3.2016*, [https://www.uni-erfurt.de/fileadmin/public-docs/Max-Weber-Kolleg/6\\_pdfs/projekte/2015-Ordnung-durch-Bewegung.pdf](https://www.uni-erfurt.de/fileadmin/public-docs/Max-Weber-Kolleg/6_pdfs/projekte/2015-Ordnung-durch-Bewegung.pdf), S. 3.
- 3 In diese Richtung gingen unsere 1995 angestellten Überlegungen: G. F. Schuppert, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht. Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen wie in „schwierigen Zeiten“, AöR, Jg. 120, 1995, S. 32.
- 4 Näher dazu ders., Institutionen, Recht, Governance. Zur überfälligen Zusammenführung von Institutionen-, Rechts- und Governancetheorie, i. E.
- 5 Zur Unterscheidung von externer und interner Dynamik siehe die Stellungnahme des Wissenschaftsrates: Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Köln 2012: „Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, Voraussetzungen, Geltungsbedingungen und Effekte dieses zentralen gesellschaftlichen Steuerungsmediums unter den sich verändernden Bedingungen moderner Vergesellschaftung zu erforschen. Das Recht steht stets in Auseinandersetzung nicht nur mit den äußeren, sondern auch mit dem permanent durch das Rechtssystem selbst erzeugten Wandel. Es ist daher von externer wie von interner Dynamik gekennzeichnet.“
- 6 Erste Überlegungen dazu bei G. F. Schuppert, Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht, in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 218.

*,dynamisch‘ weiterzuentwickeln, d. h. auf endogene und insbesondere exogene Veränderungen (d. h. Umweltveränderungen) und Herausforderungen zu reagieren und sich entsprechend anzupassen. Deshalb dürfen Ordnung und Bewegung nicht einfach als Gegen-satzpaare gedacht werden: In vielen Zusammenhängen ermöglichen Ordnungen (zielgerichtete) Bewegungen, ebenso erneuern und verändern sich Ordnungen durch Bewegung. Ein neuer Typ von Ordnung, der sich nur dynamisch – d. h. durch Wachstum, Innovation, Beschleunigung, Expansion oder Universalisierung – zu reproduzieren vermag, wurde zuerst am Fall ‚moderner‘ westlicher Gesellschaften seit dem 18. Jahrhundert beobachtet. Der hier erkennbare Modus dynamischer Stabilisierung besteht nicht mehr nur in der (gelegentlichen) Anpassung an (kontingente und/oder exogene) Entwicklungen und auch nicht in einer Bewegung zur Verbesserung eines (stabilen) status quo, sondern in der Notwendigkeit endogener Dynamisierung zur Reproduktion und Erhaltung des status quo.“<sup>7</sup>*

Eine solche Dynamisierung widerspricht dem klassischen Bild des Rechts als eines statischen Ordnung erhaltenden und fortschreibenden Systems. Dass das Recht den Entwicklungen in der Gesellschaft, vor allem in Wirtschaft und Technik, quasi naturgegeben nur hinterherhinken könne, war und ist ein gern ausgemaltes Bild; so heißt es etwa in der Dissertation von Nils Christian Ipsen über „Private Normenordnungen als ‚Transnationales Recht‘“<sup>8</sup> dazu wie folgt: „Die Gesellschaft entwickelt sich ständig weiter. Der Staat kann dieser Entwicklung mit seiner Rechtsetzung nicht mit gleicher Geschwindigkeit folgen. So musste erst die Eisenbahn erfunden werden, bevor ein Eisenbahngesetz erlassen werden konnte. Es ist deswegen nur natürlich, dass neue gesellschaftliche oder technische Entwicklungen nicht sofort vom Staat geregelt werden, sondern zunächst ein legal lag entsteht.“<sup>9</sup> Diese Lücke können private Normenordnungen schließen; allerdings in manchen Fällen nur vorübergehend.“<sup>10</sup>

An diesem Bild ist sicherlich „etwas dran“, noch immer ist es in der Praxis häufig so, dass Veränderungen in anderen gesellschaftlichen Bereichen durch das Recht lediglich reaktiv nachvollzogen werden. Es sollte aber nicht übersehen werden, dass es auch gegenläufige Tendenzen gibt: Zum einen gibt es innerhalb des Rechtssystems Akteure, die Innovationen anregen und so für einen Wandel des Rechts aus sich selbst heraus oder zumindest im Gleichschritt mit gesellschaftlichen oder technischen Neuerungen sorgen: Zu dieser „juristischen Avantgarde“ zählt beispielsweise das Bundesverfassungsgericht, das in zahlreichen Fällen „Grundrechtsinnovationen“<sup>11</sup> kreiert hat, zum Beispiel das „Grundrecht auf Gewährleistung

7 Max-Weber-Kolleg für kultur- und sozialwissenschaftliche Studien, Ordnung, 4.3.2016 (Fn. 2), S. 6.

8 N. C. Ipsen, Private Normenordnungen als transnationales Recht?, Berlin 2009.

9 Begriff nach K. Vieweg, „Zur Einführung: Technik und Recht“, JuS 1993, S. 894 (896).

10 Ipsen, Normordnungen (Fn. 8), S. 221.

11 Siehe dazu W. Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016, § 35: Grundrechtsinnovationen im Spannungsfeld von Präventionsstaat und technologischer Entwicklung.

der Integrität und Vertraulichkeit der eigenen informationstechnischen Systeme“;<sup>12</sup> auf diese innovative Rolle des Gerichts wird noch zurückzukommen sein.

Zum zweiten lässt sich aber auch ein grundlegend anderes Bild vom dynamischen Zusammenspiel des Rechts mit anderen gesellschaftlichen Bereichen zeichnen: das des Rechts als wirtschaftliche und technische Dynamik erst freisetzende Innovationskraft.

Auch dieses Bild ist schon wiederholt und liebevoll ausgemalt worden und die dabei als Ausmaler tätigen Autoren haben sich in diesem Zusammenhang auch an innovativer Begrifflichkeit versucht: So hat etwa Claudio Franzius von einem „Technikermöglichungsrecht“ gesprochen<sup>13</sup> und Wolfgang Hoffmann-Riem von einem „Innovationsermöglichtungsrecht“,<sup>14</sup> dessen Wirkungen allerdings nur in einer entsprechenden „Ermöglichungskultur“<sup>15</sup> voll zur Entfaltung kämen. Dieser Ermöglichungsgedanke steht auch Pate bei der von Mathias Schmoekel mit einer gewissen prinzipiellen Wucht vorgetragenen These, dass die sogenannte Industrielle Revolution bei Lichte betrachtet eigentlich „Produkt einer neuen Rechtsordnung“<sup>16</sup> sei; zur Begründung seiner These vom „Recht als Grundlage der Industrialisierung“<sup>17</sup> stützt er sich auf die folgenden von ihm erhobenen Befunde:

- „Das Beispiel des *immateriellen Rechtsgüterschutzes* zeigt, wie das Recht überhaupt erst die Marktfähigkeit einer Ware gewährleisten und geradezu schaffen kann.
- Die *Produktionsbedingungen* im Hinblick auf die Arbeit werden durch Individual- und Kollektivarbeitsrecht ebenso geprägt wie durch den Standortfaktor Sozialrecht [...].
- Der Transport von Gütern wird vorgenommen innerhalb verschiedener Marktbereiche, etwa dem *Bahnsektor*, der überhaupt erst durch gesetzliche Tätigkeiten geschaffen wurde.
- *Post- und Telekommunikation* waren in Deutschland im staatlichen Monopol und nur begrenzt offen für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.

<sup>12</sup> BVerfGE 120, 274 (313 ff.); den Kontext dieser Entscheidung erläutert W. Hoffmann-Riem, Freiheitschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, *JuristenZeitung*, Jg. 69, H. 2, 2014, S. 53.

<sup>13</sup> C. Franzius, Technikermöglichungsrecht. Wechselbeziehungen zwischen Technik und Recht am Beispiel der Kommunikationstechnik, *Die Verwaltung*, Jg. 34, 2001, S. 487.

<sup>14</sup> Hoffmann-Riem, Innovation (Fn. 11), S. 29.

<sup>15</sup> Ebd., S. 30.

<sup>16</sup> M. Schmoekel, Einleitung: Die industrielle Revolution als Produkt einer neuen Rechtsordnung, in: M. Maetschke/D. von Mayenburg/M. Schmoekel (Hrsg.), *Das Recht der industriellen Revolution*, Tübingen 2013, S. 1.

<sup>17</sup> Ebd., S. 13.

- Die Bedingungen, unter denen *Personen- und Kapitalgesellschaften* auf dem Markt agieren können, werden durch die ihre Rechtsform begründenden Gesetze diktieren.“<sup>18</sup>

Sein engagiertes Resümee fällt denn auch eindeutig aus: Die Industrielle Revolution sei Ergebnis, nicht Voraussetzung einer grundlegenden Veränderung des damals geltenden Rechts.<sup>19</sup> Ohne dieser These weiter nachgehen zu müssen, zeigt sich hier, dass Recht auch als Innovationsförderer betrachtet werden kann, der gesellschaftliche Entwicklungen nicht nur im Nachhinein ordnend einhegt, sondern gezielt hervorbringt und steuert. Dafür ist insbesondere das den Industrialisierungsprozess besonders intensiv begleitende Eisenbahnwesen<sup>20</sup> ein gutes Beispiel; denn der Eisenbahnbau war nicht nur ein technisches Problem,<sup>21</sup> sondern auch ein Rechts- und Verwaltungsproblem<sup>22</sup> wie sich insbesondere daran zeige, dass der zügige Ausbau des Eisenbahnnetzes ohne ein zeitgemäßes Enteignungsrecht nicht zu bewerkstelligen war:

*„Schon bei der kürzeren Nürnberg-Fürther Strecke wurde ein spezielles Expropriationsgesetz schmerzlich vermisst, sodass der Mitbegründer und Nürnberger Bürgermeister, Johannes Scharrer, zu dem Ergebnis kam: ‘Die Erfahrungen, welche wir bei dieser Gelegenheit machen mussten, überzeugen uns, dass ohne zweckmäßige Expropriationsgesetze an weitere Unternehmungen dieser Art in Bayern nicht zu denken sei.’ [...] Das erste zeitgemäße Expropriationsgesetz im Gebiet des Deutschen Zollvereins wurde im Königreich Sachsen für den Bau der Leipzig-Dresdener Eisenbahn erlassen. Bereits Paragraph 1 setzt apodiktisch fest: ‘Jeder, dessen Grundeigentum ... von der Richtung der ... von Leipzig nach Dresden anzulegenden und nach Befinden bis zur Grenze zu verlängernden Eisenbahn betroffen wird, ist, soweit dazu erforderlich wird, an die Unternehmer gegen vollständige Entschädigung abzutreten verpflichtet.’“<sup>23</sup>*

Besonders kenntnisreich ist die Symbiose von Wirtschaft, Wissenschaft und Recht von Margrit Seckelmann in ihrer Studie über die Rolle des Patentrechts im Prozess der Industrialisierung beschrieben worden;<sup>24</sup> anschaulich spricht sie vom Reichspa-

18 Ebd., S. 13 f.

19 Ebd., S. 14.

20 U. Westerdiek, Aufbruch in das Industriezeitalter. Die Eisenbahn im 19. Jahrhundert, in: M. Jehle/U. Langner (Hrsg.), Zug der Zeit – Zeit der Züge. Deutsche Eisenbahn 1835–1985; das offizielle Werk zur gleichnamigen Ausstellung, Berlin 1985, S. 102; sowie R. Fremdling, Industrialisierung und Eisenbahn. Der Anstoß zur Entwicklung der deutschen Schwerindustrie, in: M. Jehle/U. Langner (Hrsg.), Zug der Zeit – Zeit der Züge. Deutsche Eisenbahn 1835–1985; das offizielle Werk zur gleichnamigen Ausstellung, Berlin 1985, S. 120.

21 M. Jehle, Eiserne Kunststraßen. Zur Vor- und Frühgeschichte der Eisenbahn, in: M. Jehle/U. Langner (Hrsg.), Zug der Zeit – Zeit der Züge. Deutsche Eisenbahn 1835–1985; das offizielle Werk zur gleichnamigen Ausstellung, Berlin 1985, S. 68.

22 T. Liebl, Anstoß zur Modernisierung. Der Eisenbahnbau als Rechts- und Verwaltungsproblem, in: M. Jehle/U. Langner (Hrsg.), Zug der Zeit – Zeit der Züge. Deutsche Eisenbahn 1835–1985; das offizielle Werk zur gleichnamigen Ausstellung, Berlin 1985, S. 94.

23 Ebd., S. 99.

24 M. Seckelmann, Industrialisierung, Internationalisierung und Patentrecht im Deutschen Reich, 1871–1914, Frankfurt am Main 2006.

tentgesetz vom 25. Mai 1877 als „*Reaktionsbeschleuniger*“ für den „technologischen Wasserfall“: „Das Reichspatentgesetz [...] stellt die notwendige Erwartungssicherheit her, welche die Industrie zur Aufwendung der riesigen Summen brauchte, die mit dem Aufbau der industriellen Forschungslabore verbunden waren. Dadurch schuf es die institutionellen Voraussetzungen für einen Wandel des Deutschen Kaiserreichs zu einer *wissensbasierten Gesellschaft* [...]. Ähnlich wie North haben auch unsere Forschungen der evolutionären Ökonomik des Rechts und insbesondere der klaren Zuschreibung von Erfindungsrechten als einer *rechtlichen „Substruktur“* der „Landschaft“<sup>25</sup> für den Prozess der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung herausgestellt. Manche Ökonomen schreiben den rechtlichen Strukturen sogar eine Art „Programmierbarkeit“ der Erfindungen zu.“<sup>26</sup>

Margrit Seckelmann geht denn auch von einer „Wechselseitigkeit der Beschleunigung der Entwicklung von Recht, Wirtschaft und Technik in der Industriellen Revolution“ aus und erläutert diese These wie folgt: „Das Verhältnis zwischen Recht und Technik sowie jenes zwischen Recht und Wirtschaft war niemals einseitig. Das Reichspatentgesetz wirkte wie ein „Reaktionsbeschleuniger“ [...]. Seine Kodifikation förderte aber nicht nur wirtschaftliche Prozesse. Von den international agierenden Verbänden angeregt, beschleunigte es auch innerhalb des Rechtssystems bestehende Diskussionen, oder es löste neue aus.“<sup>27</sup>

Es zeigt sich mithin, dass die ordnende Funktion des Rechts nicht notwendig dessen Trägheit zur Folge hat. Ordnung kann auch in der Bewegung geschaffen werden, rechtliche Innovationen können neue Ordnungen in anderen gesellschaftlichen Teilsystemen bewirken und so eine gezielte Steuerung derselben ermöglichen. Doch was zeichnet ein innovatives Recht aus?

Bevor wir uns dieser Frage zuwenden, sollten wir uns die Zeit für eine als eine Art Zwischenbilanz fungierende Kontrollfrage nehmen, nämlich die Frage, ob wir nicht in eine Falle tappen, wenn wir das Problem des Verhältnisses des Rechts zu anderen Subsystemen auf den Aspekt verkürzen, ob das Recht im Vergleich langsamer ist, genauso schnell oder sogar häufig auch die Nase vorn hat. Es könnte nämlich sein, dass wir dabei zwei mindestens genauso wichtige Fragen übersehen, nämlich einmal die Frage, ob wir nicht primär nach dem *spezifischen Einwirkungsmodus des Rechts auf andere Ordnungssysteme* Ausschau halten sollten und zum an-

25 B. Andersen, *Technological change and the evolution of corporate innovation. The structure of patenting, 1890-1990*, Cheltenham, UK/Northampton, Mass.: Edward Elgar 2001, hier Kap. 2: The „innovative and competitive landscapes“ of inventing. Die Bedeutung rechtlicher Rahmenstrukturen betont auch: G. Böhme, *Models of the Development of Science*, in: I. Rösing/D. J. de Solla Price (Hrsg.), *Science, Technology, and Society. A Cross-Disciplinary Perspective*, London/Beverly Hills, Calif.: SAGE 1977, S. 319. Zum Recht als „Sub-“ oder „Infrastruktur“ auch: D. van Laak, *Infrastrukturgeschichte, Geschichte und Gesellschaft*, Jg. 27, H. 3, 2001, S. 367 (387).

26 Seckelmann, Industrialisierung (Fn. 24), S. 15.

27 Ebd., S. 20.

deren die Frage, ob wir nicht auch über eine wie auch immer genauer zu bestimmende *Autonomie des Rechts* gegenüber anderen gesellschaftlichen Subsystemen nachdenken müssten. Auf beide Gesichtspunkte wird zum Abschluss dieses Beitrages noch zurückzukommen sein.

## B. Innovation durch und im Recht

Wie die dem Grundsatzbeitrag von Wolfgang Hoffmann-Riem über „Innovation durch Recht und im Recht“<sup>28</sup> entlehnte Überschrift signalisiert, sind auch wir der Meinung, dass es – jedenfalls auf der analytischen Ebene – notwendig ist, beide Bereiche möglichst klar zu unterscheiden. Tut man dies, so stellt man fest, dass sich der Fokus der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Thema „Innovation“ im Laufe der Zeit verschoben hat: Stand ursprünglich das Bewirken von Innovationen in anderen gesellschaftlichen Teilssystemen *durch* das Recht im Mittelpunkt, so beschäftigt man sich nun zunehmend mit der Innovation *im* Teilsystem Recht selbst.

### I. Innovation durch Recht: Von der Innovationsstimulierung über die Innovationssteuerung zur „governance of innovation“

Die – wie man sie inzwischen wohl nennen darf – klassische rechtliche Innovationsforschung verstand sich vor allem als Reaktion auf den Problemdruck moderner Industriegesellschaften:<sup>29</sup> Untersucht wurde daher primär, ob und wie Recht auf andere gesellschaftliche Teilsysteme einwirken konnte, um dort Innovationen hervorzubringen. Es ging ihr damit vordringlich um Innovation durch Recht und nicht um Innovation im Recht. Gegenstand der Innovationsforschung waren Innovationen im Recht selbst durch neue juristische Konstruktionen nur insoweit, als sie Veränderungen des jeweiligen nicht-rechtlichen Regelungsbereichs nach sich zogen.<sup>30</sup> Dementsprechend ging es schwerpunktmäßig um verschiedene Referenzbereiche der Innovationsforschung – zum Beispiel im Wissenschaftsrecht, im Telekommunikationsrecht oder im Umweltrecht – oder die Instrumente und Modi der Innovationssteuerung wie etwa durch ein innovationsfreundliches Design der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungsorganisationsrechts.<sup>31</sup> Nach unserer Wahrnehmung hat sich inzwischen – und darauf wird gleich noch zurückzukommen sein – der Schwerpunkt der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung

28 W. Hoffmann-Riem, Innovation durch Recht und im Recht, in: ders., Offene Rechtswissenschaft. Ausgewählte Schriften von Wolfgang Hoffmann-Riem mit begleitenden Analysen, Tübingen 2010, S. 180.

29 Ders., Vorüberlegungen zur rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, in: ders./J.-P. Schneider (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung. Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche, Baden-Baden 1998, S. 11 (16).

30 Ebd., S. 15.

31 Dazu G. F. Schuppert, Innovationssteuerung im Verwaltungsorganisationsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), Innovationsforschung (Fn. 29), S. 171.

deutlich verschoben, und zwar zur Innovation *im Recht*,<sup>32</sup> indem zunehmend danach gefragt wird, wie durch die Veränderung des Rechts selbst seine notwendige *Innovationsoffenheit*<sup>33</sup> gewährleistet werden kann.

Von der Beschäftigung mit den Instrumenten und Modi der Innovationssteuerung *durch Recht* ist es nur ein kurzer Weg zur „*governance of innovations*“, also der Frage danach, wie ein *Governanceregime*<sup>34</sup> beschaffen sein muss, um Innovationen den von ihnen benötigten Freiraum zu gewähren und gleichzeitig der – ein zweiter Zentralbegriff aus dem begrifflichen Füllhorn Hoffmann-Riems – staatlichen *Innovationsverantwortung* gerecht zu werden. Der Sache nach geht es um nichts anderes, wenn Arno Scherzberg in seinem weiterführenden Bericht über den Stand der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung<sup>35</sup> von „Innovationsregimen“ und innovationsadäquaten „Regelungsstrukturen“<sup>36</sup> und im Hinblick auf die notwendige Einbeziehung auch der außerrechtlichen Innovationsforschung die – wie wir es ausdrücken würden – Verwendung eines Weitwinkelobjektivs empfiehlt:

„Deren [...] forschungsleitende Begriffe sind heute das *Innovationsnetzwerk* und das *Innovationssystem*, mithin das Gesamtgefüge aller „elements and relationships which interact in the production, diffusion and use of new and economically useful knowledge“.<sup>37</sup> Während das tradierte Innovationskonzept Schumpeters wirtschaftlichen Wandel allein dem Wirtschaftssystem zuschrieb, in dem Pionierunternehmen in Reaktion auf eine veränderte Nachfrage ein Innovation generieren und dadurch einen Vorsprung gegenüber ihren Wettbewerbern erzielen, werden Innovationen heute zumeist als Produkt des – nur teilweise bewussten und koordinierten – Zusammenwirkens all jener Institutionen und Akteure verstanden, die wissenschaftlich forschen, Wissen akkumulieren und vermitteln, Arbeitskräfte ausbilden, Technologien entwickeln, innovative Produkte und Verfahren hervorbringen, Kapital zur Verfügung stellen sowie Industriepolitik und Risikosteuerung betreiben und die hierfür maßgeblichen normativen Vorgaben setzen. Innovationen vollziehen sich danach in einer kommunikationsintensiven, komplexen Interaktion diverser Akteure innerhalb und außerhalb des Wirtschaftssystems.“<sup>38</sup>

Damit beschreibt Scherzberg genau das, was Christoph Keese in eher populärwissenschaftlicher Weise als für die *Produktion von Innovationen* unverzichtbare Zutaten aufgelistet hat: Eine möglichst enge Kommunikation (häufig und am besten in der Küche), die Existenz informeller Netzwerke und ein ausreichendes Maß an

32 Vgl. dazu A. Scherzberg, Innovation und Recht: Zum Stand der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, in: W. Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft (Fn. 28), S. 275.

33 Zu den Begriffen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung und ihrem Spannungsverhältnis siehe Hoffmann-Riem, Innovation (Fn. 28), S. 184 ff..

34 Zum Begriff des *Governanceregimes* als eines aufgabenbezogenen institutionellen Arrangements siehe H.-H. Trute/D. Küblers/A. Pilniok, Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: G. F. Schuppert/M. Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, Wiesbaden 2008, S. 173.

35 Scherzberg, Innovation (Fn. 32).

36 Ebd., S. 279, 286.

37 B.-A. Lundvall (Hrsg.), National systems of innovation. Towards a theory of innovation and interactive learning, London/New York: Anthem 1992, S. 2.

38 Scherzberg, Innovation (Fn. 32), S. 278.

Wagniskapital.<sup>39</sup> Darauf, wie diese Elemente in rechtliche Strukturen übersetzt werden können, wird später noch eingegangen werden.

## **II. Innovation im Recht: Ein gar nicht so leicht zu beschreibendes Phänomen**

### **1. Was meint „innovatives Recht“?**

In seinem soeben abgeschlossenen *opus magnum* zum Thema „Innovation und Recht“ hat sich Wolfgang Hoffmann-Riem auch mit Innovationen *im Recht* beschäftigt und sie wie folgt definiert:

*„Der Begriff der Innovation im Recht wird im Folgenden auf Neuerungen bezogen, die sich merklich von früheren rechtlichen Vorkehrungen unterscheiden und die im Recht nachhaltig wirksam sind. Indikatoren dafür sind etwa die Allgemeinheit ihres Geltungsspruchs, ihre inhaltliche und zeitliche Reichweite, ihre Diffusion in andere Rechtsbereiche, aber auch die Anerkennung durch andere rechtsanwendende Instanzen und im Fachdiskurs als bedeutsamer Beitrag zur Lösung von Problemen im Rahmen des Rechts. Die Neuerung kann etwa bisher nicht verfolgte rechtliche Perspektiven eröffnen oder lösungsbedürftige Probleme neu definieren/bewerten helfen. Auf besonderes politisches und wissenschaftliches Interesse dürften solche Innovationen im Recht stoßen, die auf gesellschaftlichen Wandel im weiten Sinne reagieren oder ihn gar befördern und die Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung im Verhältnis zu außerjuristischem Wandel verdeutlichen.“<sup>40</sup>*

Innovationen im Recht sind also in dieser Lesart – etwas vereinfachend zusammengefasst – geglückte rechtliche Neuerungen, die das Rechtssystem in den Stand setzen, auf gesellschaftlichen Wandel angemessen zu reagieren.

Wie man sich inhaltlich solche rechtlichen Neuerungen vorzustellen hat, erläutert Hoffmann-Riem in einem zweiten Schritt wie folgt:

*„Inhaltlich können sich Änderungen auf sämtliche Regelungsbereiche des Rechts beziehen. Eingeschlossen sind [...] Innovationen im Zuge privaten (privat autonom) entwickelten Rechts, wie etwa neue Vertragsklauseln oder Vertragstypen, ebenso gesellschaftsrechtliche Neukonstruktionen oder neuartige Inhalte allgemeiner Geschäftsbedingungen. Innovationen im Recht gehen ferner von hoheitlichen Trägern aus, etwa von Verwaltungsbehörden, Gerichten und Rechtssetzern. Sie können die verschiedenen Regelungstechniken des Rechts betreffen, etwa die Rechts-, Handlungs- und Bewirkungsformen, Regelungskonzepte und Strategien rechtlicher Konfliktbewältigung, aber auch die Methodik des Vorgehens, dies auch hinsichtlich der Art der Erfassung von Sachverhalten und Realbereichen.“<sup>41</sup>*

Nach diesen beiden Argumentationsschritten kann es nicht überraschen, wenn Hoffmann-Riem als zentralen Innovator des Rechtssystems den Gesetzgeber im Auge hat, denn es sei der *Gesetzgeber*, der in zahlreichen Regelungsbereichen – Paradebeispiele: Umweltrecht, Energierecht, Technikrecht, Kommunikationsrecht,

39 C. Keese, Silicon Valley. Was aus dem mächtigsten Tal der Welt auf uns zukommt, München 2014.

40 Hoffmann-Riem, Wolfgang, Innovation (Fn. 11).

41 Ebd., S. 539.

Datenschutzrecht – durch rechtliche Neuordnungen auf spezifische gesellschaftliche Herausforderungen reagiert habe.

Unser Verständnis von „Innovation im Recht“ geht jedoch über diese Neuordnungen hinaus: Uns geht es nicht allein um neue Regelungsregime oder neue Regelungsstrukturen – Beispiel „regulierte Selbstregulierung“<sup>42</sup> – sondern um die Frage, ob Innovation im Recht nicht bedeuten müsste, dass sich *am Verständnis und der Beschaffenheit von Recht selbst etwas ändert*, *innovatives Recht* sich also durch bestimmte Merkmale und Eigenschaften auszeichnet, die es gegenüber dem alltäglichen Rechtsverständnis als besonders hervorhebt.

Dieser Frage wollen wir jetzt in zwei Schritten nachgehen, indem wir überlegen, ob sich die Forderung nach einer gesteigerten, spezifischen Innovationsoffenheit des Rechts einmal aus dem Verständnis von Recht als marktfähiges Produkt, zum anderen aus einer steuerungswissenschaftlichen Konzeptualisierung von Recht erklären lässt.

## 2. Spezifische Innovationsoffenheit des Rechts als Voraussetzung seiner Marktfähigkeit

Mit der Frage, inwieweit es weiterführt, Recht als innovatives, marktfähiges Produkt<sup>43</sup> zu verstehen, hat sich unlängst Martin Eifert beschäftigt und sich im Ergebnis ziemlich skeptisch geäußert.<sup>44</sup> Er unterscheidet bei seinen Überlegungen zwei Typen von Märkten für Rechtsprodukte, nämlich politische und im engeren Sinne ökonomische Märkte; beide Typen folgten unterschiedlichen Funktionslogiken und seien daher klar zu unterscheiden.

Was zunächst politische Märkte angehe, so gehe es vor allem um die Konkurrenz von Lösungsansätzen, die als Ergebnis von institutionalisierten Beobachtungsprozessen<sup>45</sup> als „best practices“ empfohlen würden – Stichwort: *benchmarking* – und dann auf einen politischen Markt diffundieren; eine besondere Variante einer sol-

<sup>42</sup> Zum Konzept der regulierten Selbstregulierung mit zahlreichen Nachweisen M. Eifert, Regelungsstrategien, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Alßmann/S. Baer (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, S. 52.

<sup>43</sup> Zum „Recht als Produkt“ siehe aus der intensiven Diskussion im Privat- und Wirtschaftsrecht: H. Eidenmüller, Horst, Recht als Produkt, JuristenZeitung 2009, S. 641; E. A. O’Hara/L. E. Ribstein, The law market, Oxford/New York: Oxford University Press 2009.

<sup>44</sup> M. Eifert, Innovationen im Recht – Methodische Zugriffe, Unveröffentlichtes Manuskript.

<sup>45</sup> Siehe dazu mit Nachweisen G. F. Schuppert, Staat als Prozess. Eine staatstheoretische Skizze in sieben Aufzügen, Frankfurt/New York 2010, S. 90 f.: „Der Staat unter Beobachtung: Zur Herausbildung institutionalisierter Beobachtungsstrukturen“.

chen Diffusion rechtlicher Produkte bildeten die sogenannten *legal transplants*,<sup>46</sup> also Elemente einer Rechtsordnung, die in eine andere Rechtsordnung implantiert werden. Für das Problem „Innovation im Recht“ sei hiermit – so Eifert – nicht viel anzufangen: „In jedem Fall fokussieren alle Varianten dieser Perspektive [...] auf das relativ abgeschlossene Rechtsprodukt und seine Verbreitung. Die Diffusion liegt in der Übernahme von politischen Gestaltungsoptionen, so dass es letztlich stärker um politische Innovationsprozesse mit rechtlichen Produkten als um Innovationen im Recht als eigenem Bereich geht.“<sup>47</sup>

Anders verhalte es sich mit auf ökonomischen Märkten gehandelten Rechtsprodukten, zu denen Eifert folgendes ausführt:

*„Das ist vor allem beim privatautonom gesetzten Recht der Fall. Hier ist davon auszugehen, dass die Rechtsgestaltung in weiten Bereichen durch die Anwaltskanzleien standardisiert ist und Verträge und Vertragsklauseln als Produkte von solchen juristischen Anbietern verstanden werden können. Die Beispiele reichen von familienrechtlichen Verträgen bis zu steueroptimierenden Gesellschaftskonstruktionen. In den USA gibt es Ansätze, über ein solches Verständnis von Verträgen als Rechtsprodukten entsprechende Rechtsentwicklungen in Anlehnung an die technologiegetriebene Innovationsforschung zu untersuchen.<sup>48</sup> Erfindung und Durchsetzung am Markt folgen hier durchaus Mustern der Technikgenese und Marktdurchdringung.“<sup>49</sup>*

Da die Märkte für solche Rechtsprodukte intransparent und hoch spezialisiert seien, drängten sie sich, so Eifert, als Gegenstand einer rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung nur bedingt auf. Dennoch findet sich zu verschiedenen Märkten, auf denen Recht als Ware gehandelt wird, bereits einiges an Literatur: Wir denken hier nicht nur an Produkte von Anwaltskanzleien, sondern beispielsweise an unterschiedliche Standards wie etwa die „Standards für Fiscal Accounting“, über deren verschiedene nicht-staatliche Anbieter und ihren Konkurrenzkampf viel geforscht und geschrieben worden ist;<sup>50</sup> wir denken ferner an von staatlichen Normprodu-

46 Vgl. nur K. Kern, Die Diffusion von Politikinnovationen. Umweltpolitische Innovationen im Mehr-ebenensystem der USA, Opladen 2000; P.-O. Busch/H. Jörgens/K. Tews, The Global Diffusion of Regulatory Instruments. The Making of a New International Environmental Regime, European Integration online Papers, <http://elieop.or.at/eiop/pdf/2004-021.pdf>; K. Holzinger/C. Knill, Causes and conditions of cross-national policy convergence, Journal of European Public Policy, Jg. 12, H. 5, 2005, S. 775; K. Kern/I. Kissling-Näff/U. Landmann/C. Mauch/T. Löffelsend, Policy convergence and policy diffusion by governmental and non-governmental institutions: An international comparison of eco-labeling systems, WZB Discussion Paper, <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/48973/1/340893192.pdf>.

47 Eifert, Innovationen (Fn. 44), S. 6.

48 Vgl. nur K. E. Davis, Contracts as Technology, New York University Law Review, Jg. 88, H. 1, 2013, S. 83; R. J. Gilson/C. F. Sabel/R. E. Scott, Contract and Innovation: The Limited Role of Generalist Courts in the Evolution of Novel Contractual Forms, NYU Law Review, Jg. 88, H. 1, 2013, S. 170.

49 Eifert, Innovationen (Fn. 44); S. 4.

50 Dazu mit zahlreichen Nachweisen S. Botzem/S. Quack, Contested Rules and Shifting Boundaries: International Standard-Setting in Accounting, WZB Discussion Paper, [http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/19674/ssoar-2005-botzem\\_et\\_al-contested\\_rules\\_and\\_shifting\\_boundaries.pdf?sequence=1](http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/19674/ssoar-2005-botzem_et_al-contested_rules_and_shifting_boundaries.pdf?sequence=1).

zenten auf den Weltmarkt des Rechts angebotene Regelungsregime des Gesellschafts- oder Steuerrechts, einem Weltmarkt, auf dem insbesondere die USA als aggressive Anbieter agieren.<sup>51</sup>

Die Eigenschaft von Recht als auf Märkten handelbarem Produkt birgt ein *Innovationspotential* dergestalt, dass eine Vielzahl von konkurrierenden hoheitlichen wie privaten Anbietern rechtliche Konstruktionen entwerfen, fortentwickeln und zu etablieren versuchen. Damit wird *das Recht an die Dynamik von Märkten angekoppelt* und seine Produzenten stehen unter ständigem Innovationsdruck. Dies kann den Effekt haben, dem Recht einen *Motor interner Dynamik* zu implantieren und dadurch das Recht selbst zu einem dynamischen Produkt werden zu lassen; der Produktionsprozess von DIN- und ISO-Standards scheint uns diese These ausreichend zu belegen.<sup>52</sup>

### **3. Spezifische Innovationsfähigkeit des Rechts als Voraussetzung seiner Steuerungsfähigkeit**

Haben wir uns soeben angeschaut, wie die Marktfähigkeit von Recht eine Reihe von Anbietern aufruft, die versuchen, ihre rechtlichen Regelungsentwürfe zu etablieren und dadurch die Rechtsproduktion und -anwendung dynamisieren, so wenden wir uns nunmehr gleichsam der Nachfrageseite zu, indem wir genauer betrachten, inwieweit die Steuerungsfunktion, die Recht in den heutigen Gesellschaften zukommt, auf dieses selbst zurückwirkt. Unserer Auffassung nach bedeutet das Verständnis von Recht als Medium der Steuerung dynamischer gesellschaftlicher Prozesse,<sup>53</sup> dass auch das Recht selbst eine *dynamische Struktur* aufweisen muss, wenn es dieser Steuerungsaufgabe gewachsen sein will; dies wollen wir mit Hilfe zweier Referenzautoren – Wolfgang Hoffmann-Riem und Arno Scherzberg – etwas näher zu begründen suchen:

#### **a) Dynamik ist ansteckend oder zu den Rückwirkungen der Aufgabe Innovationssteuerung auf das steuernde Recht selbst**

Beginnen wollen wir unsere Argumentation mit der von Hoffmann-Riem angebotenen *Definition von Innovationsoffenheit des Rechts*: „Offenheit des Rechts für sozialen, kulturellen, ökonomischen, technologischen und politischen Wandel und die damit verbundenen Innovationen bedeutet einerseits, daß das Recht diesen Wandel, insbesondere die Entwicklung und Einführung neuer Produkte, Verfahren

51 Sehr anschaulich zum US-amerikanischen „legal imperialism“ T. Gemkow, Extraterritorial Law in the Era of Denationalization, Dissertation 2012.

52 Zur Verfahrenspraxis der Standardsetzung siehe mit zahlreichen Nachweisen G. F. Schuppert, Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011, S. 200 ff.

53 Siehe dazu *ders.*, Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates«, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, Baden-Baden 1998, S. 105.

und Strukturen in dem vom Recht geregelten Bereich, ermöglicht oder anregt und andererseits, *dass sich das Recht selbst verändert*, in dem [sic] es seine Strukturen und Instrumente den je konkreten Anforderungen im Realbereich der Normen anpaßt“.<sup>54</sup> Und zur Begründung fügt er hinzu: „Die Überforderung des Staates mit vielen der bisher übernommenen Aufgaben, die Unsicherheit bei Risikoabschätzungen technischer Entwicklungen und die Zunahme nicht linear-kausaler Wirkungsketten haben auch Auswirkungen auf die Steuerungsfähigkeit des Rechts, so daß auch das Recht Objekt des Modernisierungsprozesses werden muß. Die Innovation im Recht wird so zum Mittel der Innovation durch Recht“.<sup>55</sup>

Arno Scherzberg hat diese Argumentation Hoffmann-Riems aufgegriffen und plädiert dafür, dass sich die rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung verstärkt auch mit der Anregung von Innovationen im Recht selbst beschäftigt, indem sie versucht, Einsicht in veränderte Bedingungen, Strukturen und Bedarfe des Innovationssystems und seiner gesellschaftlichen Umwelt zu gewinnen und deren Rückwirkung auf das Recht zu untersuchen.<sup>56</sup> Aber Scherzberg geht noch weiter und reklamiert, dass die Innovationsoffenheit als Element des Rechtsbegriffs selbst verstanden werden müsse, und zwar gerade wegen des *Charakters des Rechts als Steuerungsmedium*:

*„Innovationsoffenheit‘ ist aber nicht nur ein möglicher, im Rahmen des Rechts verfolgter Zweck, sondern ein Element des Rechtsbegriffs selbst. Rechtsanwendung ist vor dem Hintergrund des Steuerungsauftrags des Rechts so zu konzipieren, dass sich das Recht als Instrument der Herbeiführung bestimmter Rechts- und Realfolgen auch bei einem Wandel der tatsächlichen Rahmenbedingungen des Entscheidens (oder der Erkenntnis über sie) bewährt. Die Dogmatik muss insoweit zugleich Flexibilität und Identität des Rechts gewährleisten. Dies erfordert neben einer geeigneten Methodik vor allem ein dynamisches, entwicklungsoffenes Konzept der Rechtsentwicklung.“<sup>57</sup>*

Da es uns hilfreich erscheint, diese ja noch relativ abstrakten Überlegungen auch beispielhaft verdeutlichen, haben wir nach einem geeigneten Beispiel gesucht und es im Thema der sogenannten Risikosteuerung auch gefunden.

### b) Das Beispiel der Risikosteuerung als innovativem Prozess

Es entspricht inzwischen allgemeiner Auffassung, dass die Entwicklung von der erfahrungsbezogenen Gefahrenabwehr zur ungewissheitsorientierten Risikosteuerung<sup>58</sup> vom Recht als Steuerungsmedium verlangen muss, seine eigenen Grenzen und Risiken zu reflektieren; dies ist der Sinn der Redeweise von der reflexiven Risikosteuerung. Wird aber – so folgert Arno Scherzberg – „das Recht reflexiv, wird

54 Hoffmann-Riem, Innovation (Fn. 28), S. 184.

55 Ebd., S. 187 f.

56 Scherzberg, Innovation (Fn. 32), S. 294.

57 Ebd., S. 295.

58 Grundlegend dazu U. K. Preuß, Risikovorsorge als Staatsaufgabe. Die epistemologischen Voraussetzungen von Sicherheit, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Frankfurt am Main 1996, S. 523.

die es begleitende Rechtswissenschaft zur Steuerungswissenschaft“.<sup>59</sup> Dementsprechend rücken die problemangemessenen Steuerungsmodi in den Mittelpunkt des Interesses; geht es aber um innovationstaugliche Steuerungsinstrumente, scheidet der „command and control“-Ansatz jedenfalls aus; an seine Stelle habe nach Scherzberg eine Steuerungsform zu treten, bei der das Recht keine starren Vorgaben macht, sondern für Veränderungen im jeweiligen Regulierungsbereich offen bleibt und sich ständig aktualisiert. Was damit gemeint ist, lässt sich am Beispiel des vom Bundesverfassungsgericht so genannten „*dynamischen Grundrechtsschutzes*“ erklären:

In der sogenannten Kalkar-Entscheidung<sup>60</sup> hatte das Bundesverfassungsgericht die Rechtsfrage zu entscheiden, ob es Aufgabe des Gesetzgebers ist, die Voraussetzungen für die Genehmigung von Atomkraftwerken selbst detailliert auszubuchstabieren oder ob es genügt, wenn er in § 7 Abs. 1 und 2 des Atomgesetzes verlangt, dass die Genehmigung nur erteilt werden darf, wenn die nach dem „jeweiligen Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Gefahrenvorsorge“ gewährleistet ist. Das Gericht vertrat letztere Auffassung, weil durch diese Regelungstechnik das Recht sozusagen automatisch zum Trittbrettfahrer der dynamischen Entwicklungen in Wirtschaft und Technik würde: „Nur eine laufende Anpassung der für eine Risikobeurteilung maßgeblichen Umstände an den jeweils neuesten Erkenntnisstand vermag hier dem Grundsatz einer bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge zu genügen. Diese Beurteilung in die Hand der Exekutive zu geben, deren rechtliche Handlungsformen sie für die erforderliche Anpassung sehr viel besser ausrüsten als den Gesetzgeber, dient auch insoweit einer *Dynamisierung des Rechtsgüterschutzes*.“<sup>61</sup>

Ergebnis einer solchen reflexiven Risikosteuerung ist ein Steuerungsmodus, den wir gerne als „Governance by and as Communication“<sup>62</sup> bezeichnen: „Deshalb kann rechtliche Risikosteuerung nicht nach dem Modell der „vis absoluta“ als einseitige, womöglich deterministische Fremdbestimmung eines Steuerungsobjekts konzipiert werden, sondern ist auf Kommunikation umzustellen. Sie ist nicht zwangsweise Durchsetzung einer eigenen, sondern kommunikative Einwirkung auf fremde Rationalität, die sich über die wechselseitige Abgabe und Verarbeitung von Informationen über Realbedingungen und Verhaltenserwartungen zwischen den am Steuerungsprozess Beteiligten vollzieht.“<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Scherzberg, Arno, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, *VVDStRL*, Jg. 63, 2004, S. 214 (225).

<sup>60</sup> BVerfGE 49, 89 – Kalkar.

<sup>61</sup> Ebd., S. 140.

<sup>62</sup> G. F. Schuppert, Governance by Communication, *Forum Wohnen und Stadtentwicklung*, Jg. 5, 2015, S. 132.

<sup>63</sup> Scherzberg, Risikosteuerung (Fn. 59), S. 226.

Insoweit müsse Risikosteuerung selbst als *kommunikationsbasierter innovativer Prozess* verstanden werden:

*„Risikosteuerung ist deshalb so auszustalten, dass sie neues Wissen generiert und sich Regulierung und technischer Innovationsprozess damit wechselseitig stärken. Das Recht markiert dabei die grundlegenden Sicherheitserwartungen der Gesellschaft und macht so negative ökologische Konsequenzen erst als solche erkennbar. Es definiert damit langfristige Bedingungen und Ziele, unter denen im Innovationsprozess gelernt werden kann.“*

Deren Umsetzung gelingt freilich ohne retardierende Elemente nur, wenn sich das Recht im konkreten Regulierungsprozess des jeweiligen Standes von Wissenschaft und Technik versichert, dessen Weiterentwicklung fördert und seine Ergebnisse integriert. Dazu bedarf es eines funktionierenden informationellen Netzwerks von Rechtssetzung und Rechtsanwendung, Forschung, Technik und Industrie. Die Konzepte und Steuerungsimpulse der konkreten Risikoreduktion sind aus dieser Interaktion und damit aus einer kooperativen und prozeduralen Grundstruktur heraus zu entwickeln. Die Unsicherheit über das Ausmaß notwendiger Prävention und das Risiko der Fehlsteuerung werden damit schrittweise gemindert. Das gelingt insbesondere durch eine Privilegierung von Versuchsanlagen, die Abstufung der Zulassungsanforderungen nach Maßgabe des Risikowissens und die Verknüpfung von Zulassung und Risikobegleitforschung. In dieser Wechselwirkung von Innovation und Intervention wird rechtliche Steuerung selbst innovativ.“<sup>64</sup>

Nachdem wir jetzt eine gewisse Vorstellung davon haben, was „Innovation im Recht“ bedeuten könnte, gilt es im nachfolgenden Schritt zu überlegen, ob sich im Theorieapparat und im Instrumentenkasten des Rechts bestimmte Elemente identifizieren lassen, mit deren Hilfe eine Eigendynamik rechtlicher Steuerung gewährleistet oder zumindest befördert werden könnte.

#### **D. Elemente einer Eigendynamik rechtlicher Steuerung im Theorieapparat und Instrumentenkasten des Rechts**

Man trifft immer wieder einmal auf Sätze, die ebenso bündig wie richtig sind; zu ihnen gehört der folgende, von Claudio Franzius erhobene Befund: „Das Steuerungsparadigma ist konsequenzenreich“.<sup>65</sup> Die Erfüllung seiner Steuerungsfunktion stellt bestimmte Ansprüche an das Recht, die hier stichpunktartig genannt werden sollen:

- (1) *Steuerung ist problemlösungsorientiert.* Steuerung meint die Beeinflussung bestimmter gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Prozesse zur Erreichung bestimmter Steuerungsziele, ist also problemlösungsorientiert. Entsprechend haben auch das Recht und die Wissenschaft vom Recht problemlösungsorientiert zu sein. Die Rechtswissenschaft muss ihren Gegenstand daher über die textorientierte Interpre-

64 Ebd., S. 234 f.

65 C. Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: W. Hoffmann-Riem et al., Grundlagen (Fn. 42), 4.

tation von Rechtnormen und Dogmatikbildung hinaus erweitern und *problemlösungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft* werden.<sup>66</sup>

(2) *Steuerung ist wirkungsorientiert.* Wenn Steuerung auf die Erreichung bestimmter Steuerungszwecke zielt, dann ist die zentrale Frage unausweichlich, ob und wie diese *Steuerungswirkungen* erreicht werden können: Die Qualität einer rechtlichen Regelung bemisst sich daher maßgeblich anhand der durch sie in anderen gesellschaftlichen Teilsystemen ausgelösten oder mitverantworteten Folgen. Folgenberücksichtigung und -evaluation wird damit zum maßgeblichen Kriterium der Beurteilung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung.<sup>67</sup>

(3) *Steuerung ist wissensorientiert.* Das gesellschaftliche Verhältnisse und Abläufe steuernde Recht muss, um die bezeichneten Folgen auch zu bewirken, auf empirisches Wissen zugreifen. Um dieses *Regelungswissen* zu bilden, muss die Rechtswissenschaft sich auch des wissenschaftlichen Sachverständes anderer Disziplinen bedienen.<sup>68</sup>

Wenn wir diese Konsequenzen des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes vor Augen haben, erschließt sich ohne weiteres, warum die folgenden fünf Elemente einer Eigendynamik rechtlicher Steuerung eigentlich unvermeidlich sind; da sie sich auch in der Rechtspraxis schon vielfach verwirklicht finden, scheint uns der steuerungswissenschaftliche Ansatz jenseits aller akademischen Debatten längst auch die Rechtswirklichkeit zu prägen. Aber nun zu den fünf Elementen selbst, die wir hier allerdings nur mit wenigen Stichworten benennen können.

### I. Beobachtungsapparate des Rechts

Mit diesem von uns bei Dan Wiersch gefundenen Begriff<sup>69</sup> wird das Phänomen bezeichnet, dass dem Rechtssystem eine Reihe von *Selbstbeobachtungspflichten* geläufig sind, ein Befund, zu dem es bei Claudio Franzius wie folgt heißt: „Recht muss es um eine Systematisierung der Beobachtung gehen, wobei die Ausgestaltung der *Beobachtungspflichten des Gesetzgebers*<sup>70</sup> umso wichtiger erscheint, je unabweisbarer staatliche Regelungen und Entscheidungen unter Rückgriff auf ‚fremdes‘ Sachverständigenwissen getroffen werden.“<sup>71</sup>

66 Vgl. W. Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit der Verwaltung, in: W. Hoffmann-Riem et al., Grundlagen (Fn. 42), 10, Rn. 13.

67 Vgl. ebd.

68 Zum Verständnis von Rechtswissenschaft (auch) als Regelungswissenschaft siehe Schuppert, Governance (Fn. 52).

69 D. Wiersch, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Jg. 213, H. 5, 2013, S. 718 (727).

70 Als eigenständige Rechtspflicht entwickelt in BVerfGE 88, 203 ff. – Schwangerschaftsabbruch II.

71 Franzius, Modalitäten (Fn. 65), Rn. 90.

Konsequenz dieser *Verpflichtung des Rechts zur Beobachtung seiner Wirkungen* sind etwa die in zahlreichen Gesetzen vorgesehenen *Berichtspflichten*<sup>72</sup> und *Evaluationsklauseln*,<sup>73</sup> aber auch die allerorten propagierte,<sup>74</sup> unseres Erachtens aber weitgehend überschätzte *Gesetzesfolgenabschätzung*, die nach unserer Wahrnehmung allenfalls als retrospektive Wirkungsforschung, nicht aber als eine echte prospektive Folgenabschätzung funktioniert.

Spätestens mit der Auferlegung von Selbstbeobachtungspflichten wird das Recht notwendig *reflexiv*, eine Konsequenz, die – wie wir bereits gesehen haben – gerade angesichts der zunehmenden Notwendigkeit der *Bewältigung von Ungewissheit* unhintergehbar ist; bei Arno Scherzberg findet sich dieser Sachverhalt in überzeugender Weise wie folgt beschrieben:

„Unter Ungewissheitsbedingungen nimmt regelmäßig die Bestimmtheit normativer Vorgaben ab und steigen die Entscheidungsspielräume der das Recht implementierenden Verwaltung. Um deren Entscheidungsprozesse zu modellieren, lässt sich nicht auf das tradierte, an Deduktion und Subsumtion orientierte Konzept administrativer Rechtsanwendung anknüpfen. Bei der Orientierung am Recht geht es dann nicht um die einmalige Erkenntnis und richtige Durchführung vorfindlicher Normbefehle, sondern um die beständige Konstruktion und Operabilisierung von Rechtsgehalten, deren fortlaufenden Abgleich mit der von der Verwaltung beobachteten sozialen Wirklichkeit und ihrer Veränderung und deren Anpassung an Erkenntnisse über die Wirkungen des vorangehenden Entscheidens. [...] Gerade im dynamischen Feld von Innovationen kann eine optimale Verwirklichung der Ziele des Rechts nur ‚in der Zeit‘ gelingen. Deshalb muss das Innovationsrecht die Verhaltensmuster der beteiligten Akteure, des Innovators wie der ihn begleitenden Verwaltung, am Ziel der Wissensgenerierung und des Lernens aus Erfahrung ausrichten. Dem entspricht eine weitgehende Prozeduralisierung, Flexibilisierung und Temporalisierung des Rechts und seiner Implementation – und damit eine Abkehr von der Status-quo-Orientierung eines überwiegend konditional programmierten und am Ideal der Erwartungssicherheit orientierten Rechts.“<sup>75</sup>

## II. Reversibilität des Rechts

Auch an dieser Stelle scheint uns ein weiterer bündiger und richtiger Satz von Claudio Franzius als Einleitung geeignet zu sein, wobei wir lediglich das Wort „Verwaltungsrecht“ durch das Wort „Recht“ ersetzt haben: „Das Recht muss zu Erfüllung seiner Steuerungsfunktion revisibel gedacht werden.“;<sup>76</sup> auch seiner erläuternden Begründung schließen wir uns gerne an:

„Für Entscheidungen unter Ungewissheit ist der ‚Anspruch auf Dauer‘ aufzugeben. Notwendig ist eine Offenheit für Revision und Anpassung, die es ermöglicht, einmal getroffe-

72 Ausführlich C. Maiwald, Berichtspflichten gegenüber dem Deutschen Bundestag, Frankfurt am Main/New York 1993.

73 Siehe dazu A. Höland, Zum Stand der Gesetzevaluation in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift für Gesetzgebung (1994), S. 372.

74 Umfassend dazu C. Böhret, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA). Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Baden-Baden 2001.

75 Scherzberg, Innovation (Fn. 32), S. 285.

76 Franzius, Modalitäten (Fn. 65), Rn. 93.

*ne Entscheidungen zu korrigieren. Zulassungen für bestimmte Technologien, deren Risiken inzwischen erkannt oder nicht mehr hingenommen werden, müssen rückholbar sein. Solche Rückholoptionen gewinnen gerade in Umwelt- und Technikrecht an Bedeutung. Im Bedürfnis nach Reversibilität kommen wachsende Zweifel an der Idee der endgültigen und sämtliche Ermittlungen abschließenden Zulassungsentscheidung zum Ausdruck. Über die grundsätzliche Revidierbarkeit und den Druck zur permanenten Wissensgenerierung sollen Reaktionsmöglichkeiten auf veränderte Verhältnisse und Kenntnisse erhalten bleiben.“<sup>77</sup>*

In diesem Zusammenhang sollte auch ein kurzer Blick auf den Zeithorizont moderner Rechtsproduktion geworfen werden. Damit meinen wir weniger den Befund, dass die sogenannte Maßnahmengesetzgebung eine Art der Gesetzgebung ist, die unter permanentem Zeitdruck steht,<sup>78</sup> sondern die Beobachtung, dass politische Steuerung – und damit auch die Steuerung wirtschaftlicher und sozialer Prozesse durch Recht – zunehmend als ein zeitlich befristetes Unterfangen gedacht wird. Dies spiegelt sich etwa in der Vorstellung zeitlich befristeter Gesetze – sogenannte *sunset legislation* – wieder, vor allem aber in der zeitlichen „Vertaktung“ des politischen Prozesses, der durch eine Abfolge von Wahlperioden und insbesondere durch den Grundsatz der Diskontinuität<sup>79</sup> gekennzeichnet ist: Das Mandat zur Steuerung durch das Gesetz ist stets ein zeitlich befristetes Mandat und der jeweils neu gewählte Bundestag ist nicht die Fortsetzung des vorherigen Bundestages, sondern ein „neuer“ Bundestag, von anderer Zusammensetzung, neuer politischer Ausrichtung und – im Idealfall – noch unverbrauchtem Gestaltungswillen. Dass hierzu auch die Rückholbarkeit von Recht gehört, belegen für den Fall des US-amerikanischen Parlaments eindrucksvoll die Ankündigungen der Republikaner, dass sie im Falle eines Wahlsieges viele Gesetze aus der Zeit der Obama-Regierung wieder rückgängig machen würden.

### III. Lernendes Recht

Auch hier könnte man mit einem Satz beginnen, der in der Diktion von Claudio Franzius wie folgt lauten würde: „Recht muss zur Erfüllung seiner Steuerungsfunktion als lernendes Recht gedacht werden.“ Auch dieser Satz wäre nicht nur zutreffend, sondern als Befund geradezu überfällig, wenn man bedenkt, was hier bisher schon über die imperative Reflexivität, Kommunikation und (Regelungs-)Wissen gesagt worden ist; wir überlassen es Claudio Franzius, die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu formulieren:

*„Lernen lässt sich als reflexiv organisierte Veränderung von Wissensbeständen in der Zeit verstehen, was etwa durch Monitoring, Evaluation oder Berichtspflichten geschehen kann.“*

77 Ebd., Rn. 95.

78 Ausführlich dazu H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung. Bes. d. 9. Dt. Bundestages (1980 – 1983), Berlin 1988, S. 393; siehe auch Schuppert, Governance (Fn. 52), S. 34 f.

79 U. Scheuner, Vom Nutzen der Diskontinuität zwischen Legislaturperioden, DÖV, 1965, S. 510.

Im Kern folgt das Plädoyer für ein Lernen im Recht der Einsicht in die Vorläufigkeit und Begrenztheit des Wissens. Recht ist einer verbreiteten Auffassung zufolge auf Kommunikation umzustellen und hat die Organisation des Wissenserwerbs zu gestalten. Jenseits der konsentierten Forderung nach der Schaffung lernfähiger Strukturen bleibt aber zu fragen, wie das historisch gewachsene Verwaltungsrecht eben diese Lernfähigkeit erlangen kann [...]. Lernendes Recht orientiert sich nicht mehr vorrangig an Gefahren für Rechtsgüter, sondern an der Gefahr, diese Gefahren nicht zu erkennen und muss daher seine Erkenntnisgrundlagen fortlaufend aktualisieren. Steuern kann das Recht nur, wenn hinreichend bekannt ist, wie das Recht seine Steuerungswirkungen unter sich verändernden Rahmenbedingungen erzielt. Der Erwerb des nötigen Steuerungswissens impliziert eine Lernnotwendigkeit.“<sup>80</sup>

#### IV. Kommunikatives Recht

Schon seit längerem sind wir der Auffassung, dass nicht nur die Rechtserzeugung,<sup>81</sup> sondern auch die Rechtsanwendung<sup>82</sup> und die Rechtsdurchsetzung<sup>83</sup> kommunikationsintensive Vorgänge darstellen und dass das Recht zumindest auch als eine auf Kommunikation angelegte und durch Kommunikation geprägte Sozialordnung gedacht werden muss. Angesichts dessen kann es nicht überraschen, wenn in der gegenwärtig intensiv erlebten „*Informationsgesellschaft*“ die Kommunikationsdimension von Recht einen signifikanten Bedeutungszuwachs erfährt; dies ist die zentrale These von Thomas Vesting, der in seinem Beitrag über „Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung“<sup>84</sup> so etwas wie einen „*communicative turn*“ der Verwaltungsrechtswissenschaft propagiert; wenn wir in der nachfolgenden Passage gedanklich den Begriff „Verwaltungsrecht“ durch den Begriff „Recht“ bei der Lektüre ersetzen, lautet seine auf diese Weise generalisierte Botschaft wie folgt:

„Die thematische Perspektive des Informationsverwaltungsrechts darf daher nicht zu eng gefasst werden. Informationsverarbeitung verweist auf eine neue Grundlegung des Verwaltungsrechts. Begriffe wie ‚Information‘, ‚Kommunikation‘ und ‚Wissen‘ müssen zu Grundkategorien einer erneuerten Verwaltungsrechtswissenschaft werden. Sie sind auf der gleichen Ebene angesiedelt wie etwa der Begriff der ‚Handlung‘ oder ‚Entscheidung‘ im überkommenen Verwaltungsrecht. Der grundlegende Charakter solcher Begriffe wie ‚Information‘, ‚Kommunikation‘ und ‚Wissen‘ zwingt deshalb dazu, ein ‚umfassendes rechtliches Informationskonzept‘ zu entwickeln und traditionelle verwaltungsrechtliche Begriffe wie ‚Handlung‘ oder ‚Entscheidung‘ mit informationstheoretischen Begrifflichkeiten anzureichern und ggf. umzustellen. Mit ‚Umstellung‘ ist dabei gemeint, Verknüpfungen und gegenseitige Abhängigkeiten, z. B. zwischen Verarbeitung von Information und Wissen und

80 Franzius, Modalitäten (Fn. 65), Rn. 98 f.

81 Näher dazu G. F. Schuppert, The World of Rules. Eine etwas andere Vermessung der Welt, 2016, S. 67 ff.

82 Erhellend dazu P. Cancik, Preußische Wirtschaftsverwaltung im frühen 19. Jahrhundert – Ein Beispiel für „kommunikative Verwaltung?“, in: P. Collin (Hrsg.), Eine intelligente Maschine? Handlungsorientierungen moderner Verwaltung (19./20. Jh.), Baden-Baden 2009, S. 265.

83 Zum informalen, das heißt kommunikativen Verwaltungshandeln in Gesetzesvollzug siehe E. Bobne, Informales Verwaltungshandeln, in: O. Kimminich (Hrsg.), Handwörterbuch des Umweltrechts, 2., überarb. Aufl., Berlin u. a. 1994, S. 1046.

84 In: Hoffmann-Riem et al., Grundlagen (Fn. 42), § 20.

*Verwaltungsentscheidung, aufzuzeigen und von hier aus eine ‚immanente Umformung und veränderte Zuordnung der überkommenen Systemteile‘ vorzunehmen.“<sup>85</sup>*

Weil Kommunikations- und Informationsverarbeitungsprozesse wie auch immer strukturiert sein müssen, führt der Bedeutungsgewinn der Kommunikationsdimension des Rechts zugleich zu einem *Bedeutungsgewinn von Verfahrens- und Organisationsrecht*; für das von ihm behandelte – wir lesen wieder – (Verwaltungs-)Recht führt Thomas Vesting zunächst zum Verfahrensaspekt Folgendes aus:

*„Im Informationsverwaltungsrecht gewinnen [...] die kognitiven (wissensbezogenen) Komponenten der verwaltungsinternen Informationsverarbeitung gegenüber rein normativen Strukturen an Relevanz. Lag die Aufmerksamkeit des überkommenen Verwaltungsrechts im Bereich der Sicherung der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns und hier insbesondere bei der juristischen Konturierung der Handlungsformen (Verwaltungsakt), verschiebt sie sich in einem Informationsverwaltungsrecht auf die informationellen (und wissensbezogenen) Grundlagen des Verwaltungshandelns, die die sachverhaltsbezogene und die regelbezogene Ebene [...] für einander durchlässig machen. Daher kommt gerade dem Verfahren und dem Verfahrensrecht eine so große Bedeutung zu: In informations-theoretischer Perspektive ist das Verfahren normativer Träger der Prozesse der Informations- und Wissensgenerierung und damit konstitutiver Bestandteil der Entscheidung, nicht aber bloßes Hilfsmittel der Produktion materieller Richtigkeitsgewähr.“<sup>86</sup>*

Was die organisatorische und organisationsrechtliche Komponente angeht, so heißt es dazu bei ihm wie folgt:

*„Die Verwaltung wird immer, wenn sie rechts- und damit sprachabhängig operiert, in das transsubjektive Geschehen der Kommunikation hineingezogen. Und zwar in doppelter Weise: Zum einen ist die administrative Handlungspraxis sprachabhängig, zum anderen ist die Verwaltungsorganisation selbst nichts anderes als ein Netzwerk von Kommunikationen, d. h. alle verwaltungsbezogenen Operationen, auch die der Rezeption und Produktion von Recht, sind solche der Verarbeitung von Information und Wissen. Da die Verwaltung also nur kommunikativ handeln kann und nur in der Kommunikation zur ‚Einheit‘ findet, kann sie die Grenzen und damit den Bestand ihrer selbst auch nur im Medium der Kommunikation reproduzieren. Die Verwaltung übernimmt ihre Informationen also nicht einfach aus der Umwelt, sondern remodelliert sie und stellt sie darin selbst her; würde sie anders agieren und Informationen durchweg aus ihrer Umwelt adaptieren, würde das Kommunikationsnetzwerk der Verwaltung sofort diffundieren und damit in sich zusammenbrechen.“<sup>87</sup>*

Jetzt gilt es noch den letzten Punkt unserer Liste abzuhandeln, bevor wir uns zum Abschluss dieses Beitrages der offenbar unaufhaltsamen Expansion des Rechts zuwenden.

85 T. Vesting, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: Hoffmann-Riem, Grundlagen (Fn. 42), § 20, S. 5.

86 Ebd., S. 7.

87 Ebd., S. 18 f.

## V. Interdisziplinäre Offenheit des Rechts

Das Steuerungsparadigma ist nicht nur – wie Franzius zu Recht anmerkte – konsequenzenreich, sondern erschwert auch „*disziplinäre Ignoranz*“.<sup>88</sup> Diese Aussage ließe sich noch weiter zuspielen: Unserer Auffassung nach geht es bei einer steuerungswissenschaftlichen Konzeptualisierung von Recht nicht mehr nur um die Rezeption sozialwissenschaftlicher Impulse oder das Aufstoßen der Fenster des Rechtshauses, um multidisziplinäre Frischluft zu genießen, sondern um eine im Steuerungsparadigma selbst angelegte Grenzverwischung zwischen Rechts- und Sozialwissenschaft: Das Verhältnis der Rechtswissenschaft zu den Sozialwissenschaften kann nun nicht mehr ein solches sein, nach welchem für die Rechtswissenschaft von den Sozialwissenschaften lediglich *Impulse* für die eigene Forschung ausgehen oder einzelne sozialwissenschaftliche Erkenntnisse importiert und nach der eigenen Funktionslogik verarbeitet werden. Stattdessen muss es Anliegen der Rechtswissenschaft sein, ihre *disziplinäre Entgrenzung* zu forcieren und ihre Öffnung für sozialwissenschaftliche Erkenntnisse und Methoden zum Dauerprogramm zu erheben – wie dies beispielsweise mit der methodischen Neuausrichtung der Verwaltungsrechtslehre als „*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*“ geschehen ist.<sup>89</sup>

Kommen wir nun aber von der dynamischen Entgrenzung zur dynamischen Expansion des Rechts.

## E. Zum dynamischen Expansionismus des Rechts

Wenn wir uns für einen Moment an den Beginn dieser kleinen Abhandlung erinnern, so war dort von in der mit der Idee der dynamischen Stabilisierung verbundenen Steigerungslogik die Rede, die sich in expansiven Bewegungen widerspiegeln, sei es in Form von Wachstum, Innovation, Beschleunigung oder Universalisierung; da von Innovation und Dynamik schon ausführlich die Rede war, liegt die

<sup>88</sup> Begriff bei R. Czada, Disziplinäre Identität als Voraussetzung interdisziplinärer Verständigung, in: K. Bizer/M. Führ/C. Hüttig (Hrsg.), *Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, Tübingen 2002, S. 23.

<sup>89</sup> Vgl. G. F. Schuppert, Die Verwaltungswissenschaft als Impulsgeberin der Verwaltungsrechtsreform«, in: W. Hoffmann-Riem, *Offene Rechtswissenschaft* (Fn. 28), S. 1141 (1049): „Diese mit der ‚Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft‘ proklamierte Neuausrichtung der Verwaltungsrechtslehre ist vor allem eine *methodische Neuausrichtung*, deren spezifische Wucht sich gerade darin zeigt, dass der herkömmlichen Demarkationslinie zwischen Verwaltungswissenschaft und Verwaltungsrechtswissenschaft nunmehr der Boden entzogen worden ist: wenn beide – Verwaltungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft – nunmehr dieselbe Sprache sprechen – zwar nicht wie die ebenfalls nicht mehr trennbaren Teildisziplinen von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht die ‚language of constitutionalism‘, sondern die steuerungswissenschaftlichen Codebegriffe in etwas unterschiedlichen semantischen Einbettungen als ‚lingua franca‘ fungieren – gibt es keine klare Trennlinie mehr zwischen dem, was man ‚früher‘ als Verwaltungswissenschaft bzw. als Verwaltungsrechtswissenschaft zu bezeichnen gewohnt war. Die Konsequenzen dieser *grenzverwischenden Dynamik* der Neuausrichtung der Verwaltungsrechtswissenschaft im Sinne einer Steuerungswissenschaft scheinen uns noch lange nicht ausgelotet, ja überhaupt noch gar nicht in das allgemeine Bewusstsein der ‚Zunft‘ des Öffentlichen Rechts gedrunken zu sein“.

Frage nahe, ob die Begriffe *Wachstum, Expansion und Universalisierung* als Beschreibung auf die Entwicklung des Rechts passen; dies tun sie – wie jetzt zu zeigen sein wird – in der Tat. Bei unseren diesbezüglichen Überlegungen geht es nun nicht – wie im ersten Teil dieses Beitrages – um die aus dem Steuerungsanspruch des Rechts notwendig folgende Dynamik des Teilsystems „Recht“, sondern um den im Rechtssystem selbst angelegten Expansionsdrang, der gerade in Prozessen der Modernisierung und Globalisierung immer deutlicher hervortritt.<sup>90</sup> Schon in unseren Überlegungen zur Globalisierungsgeschichte als Kommunikationsgeschichte hatten wir insbesondere beim Menschenrechtsdiskurs, aber auch dem Rule-of-law-Diskurs jeweils ein „Globalisierungen“ identifiziert,<sup>91</sup> das diesen universale Geltung beanspruchenden Rechtskonzepten innewohnt; daran soll hier angeknüpft und von einem „Expansionsgen“ gesprochen werden, dass sich vor allem in offenbar schwer zu bremsenden Verrechtlichungsprozessen und Verrechtlichungsschüben<sup>92</sup> manifestiert, die sich nicht auf den nationalstaatlichen Bereich beschränken, sondern vor allem im transnationalen Raum beobachtbar sind – wobei Verrechtlichung dort häufig als Instrument der Konfliktbewältigung auftritt. Dies alles gilt es jetzt etwas genauer in Augenschein zu nehmen.

## I. Verrechtlichung aller Orten

### 1. Machtergreifung des Rechts als historisches Phänomen

Was mit dieser Überschrift gemeint ist, ist die rechtshistorisch gut belegbare „Landnahme“ des Rechts auf Kosten von Moral und Politik, wie sie in der nachstehenden Illustration Uwe Wesels sehr deutlich zum Ausdruck kommt:<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Zur Moderne und Modernisierung siehe S. N. Eisenstadt, Die Vielfalt der Moderne, Weilerswist 2000; instruktiv T. Schwinn, Multiple Modernities: Konkurrierende Thesen und offene Fragen. Ein Literaturbericht in konstruktiver Absicht, Zeitschrift für Soziologie, Jg. 38, 2009, S. 454.

<sup>91</sup> G. F. Schuppert, *Wege in die moderne Welt. Globalisierung von Staatlichkeit als Kommunikationsgeschichte*, Frankfurt/New York 2015, S. 209 ff.

<sup>92</sup> Beispiel für solche Verrechtlichungsschübe sind etwa die durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angestoßene Verrechtlichung der sogenannten „Besonderen Gewaltverhältnisse“ oder der mit der Einführung der mittelalterlichen Inquisition verbundene Verrechtlichungsschub, der den Anstoß zur Entwicklung eines als Vorbild für den staatlichen Bereich wirkenden Prozessrechts geführt hat (vgl. dazu G. Schwerhoff, *Die Inquisition. Ketzerverfolgung in Mittelalter und Neuzeit*, Sonderausg., München 2008).

<sup>93</sup> U. Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, München 1997, S. 48.

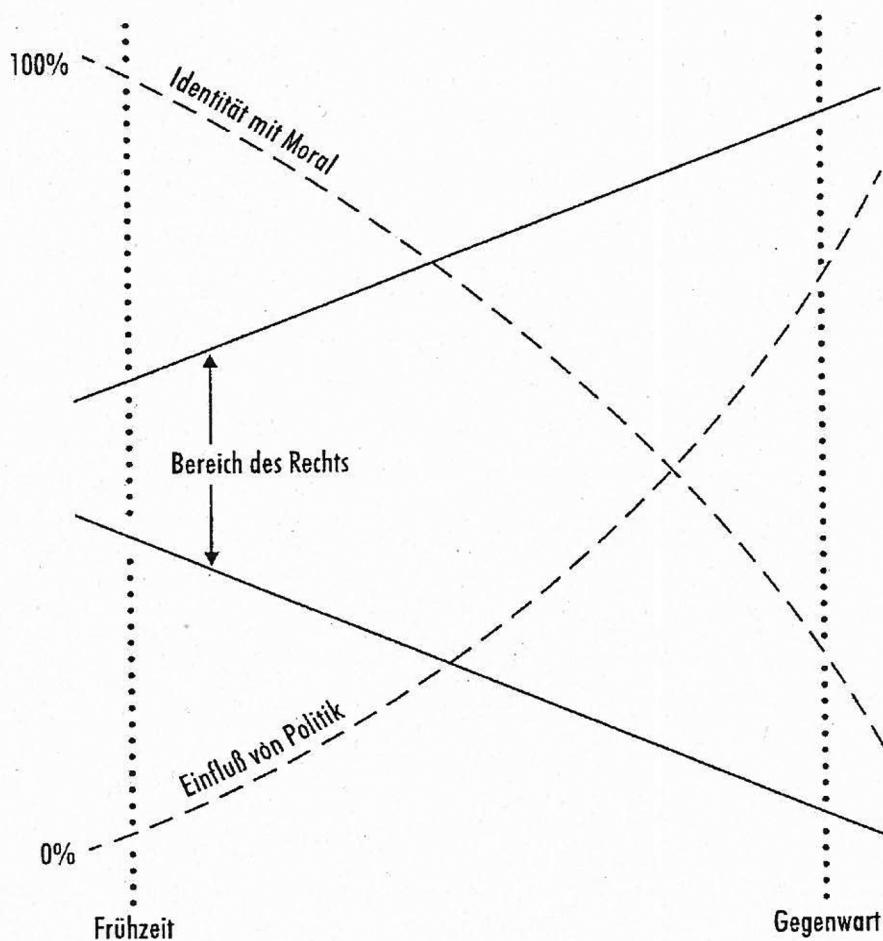


Abbildung 4: Die allgemeine Entwicklung von Recht

Voraussetzung dieser Landnahme war ein geändertes Rechtsverständnis,<sup>94</sup> ein qualitativer Sprung, den Peter Badura knapp und zutreffend wie folgt auf den Punkt gebracht hat: „Im Mittelalter ist Recht – von religiösem Gebot, Sittlichkeit und Sitte nicht klar geschieden – das überkommene, gute und alte Recht, das der Idee nach unverändert ist [...]. Nunmehr ist Recht etwas Gesetztes und aus dem Willen des Souveräns Entspringendes.“<sup>95</sup> Ist aber Recht als gesetztes Recht jederzeit ver-

94 Ebd.: „Wenn man es historisch sieht, dann muß man eben sagen, daß Recht im Laufe der Entwicklung seinen Charakter verändert. In vorstaatlichen Gesellschaften hat es nur Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion. Mit der Entstehung des Staates erhält es auch Herrschaftsfunktion.“

95 P. Badura, Recht, Theorie des Rechts, Rechtsphilosophie, in: ders./E. Deutsch/C. Roxin (Hrsg.), Recht. Fischer-Lexikon, Neubearbeitung, Frankfurt am Main 1971, S. 118 (121).

änderbar, wird es seit der Geburt der Neuzeit und – wie man hinzufügen darf – in der Gegenwart mehr denn je zum *dynamischen Instrument der Sozialgestaltung*; in der Einleitung des Fischer-Lexikons „Recht“ heißt es dazu in dem Vorwort der juristischen Herausgeber mit einem gewissen Grundton der Genugtuung wie folgt:

*„Die Rechtsordnung ist das Rückgrat unserer Gesellschaft. Die Mechanismen sozialer Steuerung und Kontrolle, die unsere hochindustrialisierte Zivilisation funktionsfähig halten, treten uns heute, nachdem Moral, Sitte und Konvention in der Unverbindlichkeit des Privaten wirkungslos geworden sind, allesamt in den Formen des Rechtes entgegen. Die Paragraphen, die einem alten kulturkritischen Klischee zufolge staubige Lebensferne symbolisieren sollen, lenken in Wahrheit als bindende Verhaltensregeln das Dasein des einzelnen wie der Gesamtheit wirkungsmächtiger denn je. Das wird auch in Zukunft so sein. Denn alle neuen Erkenntnisse der empirischen Sozialwissenschaften und alle politischen Forderungen, die unsere Gesellschaft den sich rasch wandelnden Lebensbedingungen anpassen wollen, können nur durch ihre Umsetzung in Rechtsnormen sozialgestaltende Macht gewinnen.“<sup>96</sup>*

Es erscheint uns reizvoll, diesem nun schon mehr als vierzig Jahre alten Zitat die nachfolgende, dem schon erwähnten Forschungsprojekt „Ordnung durch Bewegung“ entnommene Passage hinzuzufügen, in der ganz selbstverständlich – wenn auch erst am Schluss – auch das Recht in Bezug genommen wird, und zwar in Gestalt der Gesetzgebung, die man sich offenbar als auf Expansion getrimmte Verrechtlichungsmaschine vorzustellen hat:

*„Die Steigerungslogik kapitalistischer Wirtschaftssysteme steht unseres Erachtens außer Frage – [...]. Wie aber verhält es sich mit anderen Ordnungssphären, beispielsweise der Wissenschaft? Inwiefern trifft es zu, dass sich, systemtheoretisch gesprochen, auch das Wissenschaftssystem dadurch auszeichnet, dass es kein schatzförmiges Wissen weiterzugeben trachtet, sondern die Wissensbasis beständig erweitern und die Fragestellungen immer wieder erneuern muss? [...] Wie verhält es sich in der Politik? Lassen sich moderne repräsentative Demokratien [...], als Formen dynamischer Stabilisierung im definierten Sinne beschreiben? Was bedeutet der Umstand, dass Gesetzgebung zu einer etablierten Dauer-aufgabe geworden ist, die sich unter zunehmenden Zeitdruck vollzieht [...], für das Verständnis des politischen Ordnungscharakters? Wie verhält es sich mit den Sphären Kunst, Kultur, Recht und insbesondere Religion?“<sup>97</sup>*

## 2. Gesetzgebung als Verrechtlichungsmaschine im Dauerbetrieb

Es gehörte lange Zeit zum Standardrepertoire der Demokratiekritik, sich über die sogenannte „Normenflut“ zu beklagen, so als handelte es sich um eine Art Naturkatastrophe wie steigende Pegelstände nach ergiebigen Regenfällen; selten war und ist eine Metapher irreführender als diese, denn die nicht abreissen wollende Gesetzesproduktion hat eine Reihe von angebbaren Ursachen, die zusammengenommen so etwas wie eine permanente Dynamik des Rechtssystems und insbesondere der Produktion von Recht bewirken; unter diesen Ursachen wären etwa – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die folgenden zu nennen:

96 Badura et al., Recht (Fn. 95), S. 8.

97 Max-Weber-Kolleg für kultur- und sozialwissenschaftliche Studien, Ordnung (Fn. 2).

- Die erste hier zu nennende Ursache hat mit dem Wandel der Leitbilder von Staatlichkeit zu tun; dies mag am Beispiel des Gewährleistungsstaates erläutert werden. Das oft – auch von uns – ausgemalte Bild des Gewährleistungsstaates<sup>98</sup> meint einen Staat, der uns in seinem harten Kern als Regulierungsstaat<sup>99</sup> gegenübertritt, als ein Staat, der immer weniger Aufgaben unmittelbar selbst erfüllt, aber in der Verantwortung für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung bleibt, indem er die nicht-staatliche Aufgabenerfüllung regulierend begleitet und überwacht: Jede Privatisierung etwa führt – wie das englische Beispiel zeigt – zur Errichtung einer entsprechenden Regulierungsagentur, zur Kreierung von – so der verwaltungswissenschaftliche Jargon – „regulatory watchdogs“.<sup>100</sup>
- Eine zweite Ursache besteht in den unzähligen Regulierungswünschen, die von politischen Parteien und Interessenverbänden an den Gesetzgeber herangetragen werden, um die Interessen ihrer jeweiligen Klientel zu befriedigen. Zurecht hat Klaus von Beyme Gesetzgebung als netzwerkartige Entscheidungsstruktur beschrieben,<sup>101</sup> an der unendlich viele Akteure beteiligt sind und denen es teilweise es sogar gelingt, ihre Vertreter als temporäre Mitarbeiter der gesetzesvorbereitenden Ministerialverwaltung einzuschleusen.
- Eine dritte Ursache besteht in den Regulierungsansinnen, die von externen Akteuren an den Gesetzgeber herangetragen werden, sei es, dass das Bundesverfassungsgericht eine gesetzliche Regelung anmahnt, sei es, dass die Konstruktion des Mehrebenensystems der EU zur Folge hat, dass in dichter Folge EU-Vorgaben umgesetzt werden müssen; all dies ist bekannt und muss hier nicht vertieft werden.

Insgesamt wird man festhalten können, dass die Gesetzgebungsmaßinerie im Regelfall auf Hochtouren läuft. Ein Befund, der nicht verwundern kann, ist doch das Gesetz nach wie vor das zentrale Steuerungsinstrument des demokratischen Rechtsstaats.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Siehe dazu die Beiträge in: G. F. Schuppert, (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat. Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Baden-Baden 2005.

<sup>99</sup> Vgl. dazu die Beiträge in S. Empter, *Auf dem Weg zu moderner Regulierung. Eine kritische Bestandsaufnahme*, Gütersloh 2005; vgl. auch N. Gunningham/P. N. Grabosky/D. Sinclair, *Smart Regulation. Designing Environmental Policy*, Oxford/New York: Clarendon 1998.

<sup>100</sup> Mehr dazu bei K. Sontheimer, /G. F. Schuppert, *Rückzug des Staates? Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung* ein Cappenberg Gespräch, veranstaltet am 4. Mai 1995 in Erfurt, Köln 1996; G. F. Schuppert, *Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat*, in: K. König/A. Benz (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung. Bahn, Post und Telekommunikation, Rundfunk*, Baden-Baden 1997, S. 539.

<sup>101</sup> K. von Beyme, *Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum*, Opladen 1997.

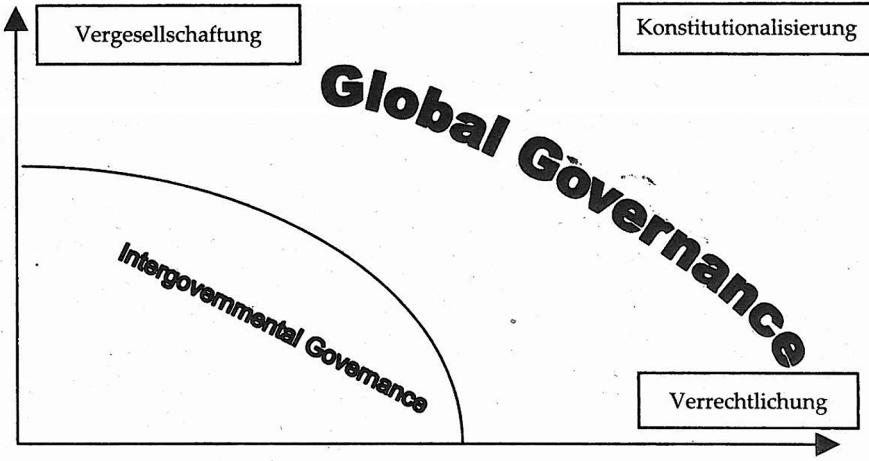
<sup>102</sup> Siehe dazu die Beiträge in G. F. Schuppert (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates. Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck*, Baden-Baden 1998.

### 3. Verrechtlichung als Baustein von Global Governance

Auch hier kann die Erhebung des Befundes relativ kurz ausfallen; in dem Beitrag von Bernhard Zangl und Michael Zürn mit dem anschaulichen Titel „Make Law, Not War“<sup>103</sup> heißt es zur Verrechtlichung als Baustein von „global governance“ wie folgt:

„Durch die Entwicklung in Richtung auf Global Governance wird das intergouvernementale Regieren [...] transformiert. Global Governance zeichnet sich dadurch aus, dass die Regierungen das Regieren nicht mehr vollständig kontrollieren. Zum einen findet eine Vergesellschaftung des Regierens jenseits des Staates statt. Demnach wird internationales Regieren nicht mehr allein als Sache der Regierungen angesehen. Vielmehr sind gesellschaftliche Gruppen vermehrt am Regieren jenseits des Staates beteiligt oder nehmen dieses Regieren sogar selbst vor.<sup>104</sup> Dementsprechend sind es nicht mehr nur die von den Regierungen vertretenen nationalen Interessen, sondern vermehrt auch andere gesellschaftliche Interessen, die in das Regieren eingebracht werden können. Zum anderen zeichnet sich eine Verrechtlichung des Regierens jenseits des Staates ab. Der Streit über unterschiedliche Regelanwendungen und Regelauslegungen erfolgt nicht mehr ausschließlich in an Interesse und Konsens orientierten politischen Verhandlungsprozessen, sondern wird immer mehr durch ein an Recht orientiertes juristisches Argumentieren geprägt. Dafür sorgen nicht zuletzt supranationale, quasi-gerichtliche Organe, die von den Staaten partiell unabhängig das Regieren beeinflussen können.“<sup>105</sup>

Diese Prozesse der Vergesellschaftung und Verrechtlichung werden von Zürn und Zangl auch grafisch veranschaulicht<sup>106</sup>



<sup>103</sup> M. Zürn/B. Zangl, Make Law, Not War: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance, in: M. Zürn/B. Zangl (Hrsg.), Verrechtlichung – Baustein für Global Governance?, Bonn 2004, S. 12.

<sup>104</sup> A. C. Cutler, J.V. Haufner/T. Porter, Private Authority and International Affairs (SUNY Series in Global Politics), 1999.

<sup>105</sup> Zürn/Zangl, Make Law (Fn. 103), S. 16 f.

<sup>106</sup> Ebd., S. 17 f.

und anschließend wie folgt kommentiert:

„Global Governance zu Ende gedacht beinhaltet, dass sich darüber hinaus übergeordnete Regeln herausbilden, die bestimmen, wie mit den zunehmend auftretenden Regekkollisionen zwischen Regelungen aus unterschiedlichen Problemfeldern (Umwelt und Handel) sowie auf unterschiedlichen Ebenen (national und international) umzugehen ist, ohne die Konsistenz der betreffenden Regelsysteme zu unterminieren. Dort, wo sich derartige Regeln – gewissermaßen Kollisionsregeln – bilden, die ihrerseits an allgemein und öffentlich konsentierte Grundwerte angebunden sind, kann von einer Konstitutionalisierung der internationalen Beziehungen gesprochen werden.<sup>107</sup> Und just diese Konstitutionalisierung kann – neben Verrechtlichung und Vergesellschaftung – als weiterer und womöglich entscheidender Schritt in Richtung von Global Governance angesehen werden. Die Konstitutionalisierung fügt gleichsam Vergesellschaftung und Verrechtlichung zusammen.“<sup>108</sup>

## II. Judizialisierung allerorten

Ein für unseren Diskussionszusammenhang besonders interessantes Forschungsprojekt innerhalb des Bremer Sonderforschungsbereichs „Wandel von Staatlichkeit“ bestand in der näheren Befassung mit der „Judizialisierung der internationalen Streitbeilegung“; aus diesem Forschungsprojekt, das man als einen Anwendungsfall des weiter gefassten Themas „Verrechtlichung von internationalen Konflikten“ verstehen kann, sind zwei Publikationen hervorgegangen, auf die es hier einen kurzen Blick zu werfen gilt.

In dem ersten Band mit dem Titel *Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit*<sup>109</sup> geht es um die theoretische und vor allem auch empirische Fundierung der These, dass wir es vor dem Hintergrund des Wandels von Staatlichkeit mit einer Ergänzung der bisher national gedachten und praktizierten Rechtsstaatlichkeit um die internationale Ebene zu tun haben:

„Insbesondere die so genannte Judizialisierung internationaler Streitbeilegungsverfahren – deren Vergerichtlichung also – ist als ein [...] Anzeichen für eine die nationale Rechtsstaatlichkeit ergänzende internationale Rechtsstaatlichkeit zu sehen. Da das Gerichtswesen national das institutionelle Rückgrat des Rechtsstaates ist, mag die vermehrte Begründung internationaler Gerichtsinstanzen entsprechend auf eine in der entstehenden postnationalen Konstellation institutionell zunehmend gesicherte internationale Rechtsstaatlichkeit verweisen. So ersetzte in der WTO ein gerichtsähnliches das diplomatische Streitbeilegungsverfahren des GATT. Es kann internationale Handelsstreitigkeiten entscheiden und gegebenenfalls Handelssanktionen genehmigen. Im Rahmen der UNO entstand der Internationale Strafgerichtshof zur Verurteilung von Kriegsverbrechern. Viele internationale Umweltabkommen führen gerichtsähnliche Streitbeilegungsverfahren ein, die Verstöße gegen geltende Umweltvereinbarungen feststellen und etwaige Sanktionsmaßnahmen beschließen können. Ein Internationaler Seegerichtshof wurde ins Leben gerufen, der Rechtsstreitigkeiten im internationalen Seerecht schlichten kann. Der Europäische Ge-

107 J. A. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: K. Dicke (Hrsg.), Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System. Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen, Heidelberg 2000, S. 427.

108 Zürn/Zangl, *Make Law* (Fn. 103), S. 17 f.

109 B. Zangl, *Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit. Streitbeilegung in GATT und WTO*, Frankfurt/Main/New York 2006.

*richtshof der EU sowie der Europäische Menschenrechtsgerichtshof des Europarats ermöglichen es, Rechtsstreitigkeiten in Europa verbindlich zu entscheiden.“<sup>110</sup>*

Der zweite Band mit dem jeden Juristen erfreuenden Titel *Auf dem Weg zu internationaler Rechtsherrschaft?*<sup>111</sup> spinnt zwar das Thema „Judizialisierung“ weiter fort, greift aber weiter aus, indem es diese Vergerichtlichung internationaler Streitbeilegung in den größeren Kontext der zunehmenden Bedeutung rechtlicher Argumente in den Diskursen internationaler Politik und insbesondere der Debatte über „Globale Konstitutionalisierung“ stellt; dazu heißt es in dem Einleitungsbeitrag Bernhard Zangls in programmatischer Art und Weise wie folgt:

*„Die mit der Vergesellschaftung, aber auch der Verrechtlichung einhergehenden Veränderungen des Regierens wurden in der Debatte über Global Governance vortrefflich ausgearbeitet [...]. Allerdings hat die Global Governance Debatte weitgehend übersehen [...], dass sich damit international ein grundlegender Verfassungswandel vollzieht. [...] Das Regieren jenseits des Staates wird heute nämlich durch übergeordnete Verfassungsprinzipien zunehmend dazu angehalten, die davon betroffenen gesellschaftlichen Gruppierungen an der internationalen Regelsetzung zu beteiligen (Vergesellschaftung) und bei der Regelauslegung auf internationale Gerichte zu setzen (Verrechtlichung). Dariüber hinaus ist das internationale Regieren zunehmend auf den Schutz grundlegender Menschenrechte verpflichtet [...]. In diesem Sinne haben wir es also mit einem Konstitutionalisierungsprozess zu tun, aufgrund dessen das Regieren jenseits des Staates sich an solchermaßen normativ anspruchsvollen übergeordneten Verfassungsprinzipien messen lassen muss [...]. Dabei meint Konstitutionalisierung nicht nur – noch nicht einmal vornehmlich – die Entwicklung einer beliebigen Verfassung, welche das Regieren durch übergeordnete Verfassungsprinzipien zugleich ermöglicht und beschränkt und somit konstituiert. Konstitutionalisierung meint vielmehr die sukzessive Entwicklung hin zu einer ‚guten‘ Verfassung, die das Regieren auf normativ anspruchsvolle Verfassungsprinzipien wie insbesondere die demokratische Selbstgesetzgebung, die gerichtlich gesicherte Rechtsherrschaft und die Menschenrechte festlegt [...].“<sup>112</sup>*

Damit sind wir schon bei unserem nächsten wichtigen Stichwort angelangt.

### III. Konstitutionalisierung allerorten

Dieses für unseren Beitrag zentrale Thema gilt es in dreierlei Hinsicht zu entfalten, nämlich als nationale Konstitutionalisierung<sup>113</sup> durch einen grundrechtlichen Imperialismus, als globale Diffusion des Universalität beanspruchenden Konzepts der „Rule of Law“ sowie – last but not least – als „Global Constitutionalism“.

<sup>110</sup> Ebd., S. 11f.

<sup>111</sup> B. Zangl, *Auf dem Weg zu internationaler Rechtsherrschaft? Streitbeilegung zwischen Politik und Recht*, Frankfurt am Main 2009.

<sup>112</sup> Ebd., S. 17f.

<sup>113</sup> Dazu G. F. Schuppert/C. Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des ‚einfachen‘ Rechts*, Baden-Baden 2000.

## 1. Das Beispiel des grundrechtlichen Imperialismus: Grundrechte als Gestaltungsaufträge

Grundrechte sind – darüber dürfte in der neueren Grundrechtstheorie weitgehend Einigkeit bestehen – nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem Staat, sondern bilden eine Werteordnung, welche durch den Staat auch aktiv gestaltend umgesetzt werden muss. Sie sind dabei *ausgestaltungsbedürftig*,<sup>114</sup> das heißt, die sprachlich sehr allgemein gehaltenen Garantien müssen durch konkretere einfachrechtliche Regelungen in ihrem Inhalt und ihrer Reichweite näher bestimmt werden. Diese ausgestaltende Konkretisierung obliegt zuvörderst dem staatlichen Gesetzgeber, dem dabei vielfach und in durchaus fühlbarer Weise die Hand durch das Bundesverfassungsgericht geführt wird.<sup>115</sup> Die Grundrechte mutieren auf diese Weise – und dies ist der hier interessierende Punkt – zu Ausgestaltungsaufträgen und damit – wie man es nennen könnte – zu einem Dynamisierungsauftrag an das Recht. Diese sich als Konsequenz aus der objektiv-rechtlichen Interpretation der Grundrechte<sup>116</sup> ergebende dynamische Komponente des Grundrechtschutzes<sup>117</sup> ist in besonders überzeugender Weise von Dan Wielsch herausgearbeitet worden, der dazu Folgendes angemerkt hat:

*„Das Versprechen der gleichen Freiheit geht von der Privatrechtsverfassung und dem Privatrecht über auf die demokratische Verfassung und die Grundrechte [...]. Die Grundrechte übernehmen eine gesellschaftsverfassende Funktion, können dabei aber auf der Ordnungsfunktion der sozialen Institutionen und des Privatrechts aufbauen.“*

*Vorausgesetzt werden muss bei alledem, dass die Grundrechte – neben dem politischen System – auch die Gesellschaft selbst binden. Hierfür wiederum reicht ihre dogmatische Interpretation allein als Eingriffserbote, die Unterlassungsansprüche gegen den Staat gewähren, nicht aus. Vielmehr müssen sie gesellschaftsverändernde Wirkung entfalten können. Das gelingt, wenn sie als Rechtsgestaltungsgebote aufgefasst werden, die von den staatlichen Gewalten (Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichte) im jeweils spezifischen Funktions- und Kompetenzrahmen umgesetzt werden. Die entscheidende Weichenstellung erfolgt dadurch, dass die Verfassungsrechtsprechung die Grundrechte auch als objektive Grundsatznormen qualifiziert, die Wertentscheidungen für alle Bereiche des einfachen Rechts enthalten. Über die Interpretation von Einzelgrundrechten als objektivrechtliche wertentscheidende Grundsatznormen hinaus wird [...] dem Grundrechtsabschnitt insgesamt der Charakter als objektive Wertordnung und Wertsystem beigegeben.“<sup>118</sup>*

<sup>114</sup> Siehe dazu W. Hoffmann-Riem, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: W. Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft (Fn. 28), S. 408; sowie C. Bumke, Grundrechte. Theorie – Praxis – Dogmatik, in: W. Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft (Fn. 28), S. 436.

<sup>115</sup> Zur Vorreiterrolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Fortentwicklung der Grundrechtstheorie und der daraus folgenden Inpflichtnahme des Gesetzgebers – zum Beispiel durch die „Erfindung“ der grundrechtlichen Schutzpflichten – siehe mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung C. Bumke/A. Vosskuhle, Casebook Verfassungsrecht, Neuauflg. des bis zur 5. Aufl. im Verlag Beck erschienenen Titels, Tübingen 2013.

<sup>116</sup> Die entscheidende Weichenstellung wird durch das sogenannte Lüth-Urteil markiert, BVerfGE 7, 198 (204 f.).

<sup>117</sup> Wielsch, Grundrechte (Fn. 69), S. 719, spricht insoweit von der „gesellschaftlichen Veränderungsfunktion der Grundrechte“.

<sup>118</sup> Ebd., S. 731 f.

## 2. Rule of Law als ein mit einem Globalisierungsgen ausgestattetes Rechtskonzept

Ein gutes Beispiel für eine dem Recht innwohnende Expansionstendenz ist auch die immer noch andauernden weltweiten Diffusion rechtsstaatlicher Prinzipien. Dieser Diffusionsprozess ist deswegen so interessant, weil er einmal von mächtigen Fürsprechern getragen wird – was zu der Redeweise von der „rule of law promotion industry“<sup>119</sup> geführt hat – und zum anderen, weil sich an ihm zeigen lässt, wie das Recht in Gestalt der Rule-of-Law-Prinzipien in nahezu allen Bereichen der internationalen Politik eine inzwischen zentrale Rolle spielt; angesichts der Intensität dieser Diffusionsprozesse ist es nur konsequent, wenn das von Michael Zürn et al. herausgegebene Buch über die Rolle der „Rule of Law“ im Bereich von „International and Transnational Governance“ unter dem Titel „Rule of Law Dynamics“ firmiert.<sup>120</sup>

Dass diese Überschrift zutreffend gewählt ist, lässt sich sehr schön dadurch belegen, dass man innerhalb des Expansionsprozesses der „Rule of Law“ die folgenden *vier Verbreitungswellen* unterscheiden kann:

1) Die erste Welle kann man als *Welle der Entwicklungspolitik* bezeichnen; bei ihrer Identifizierung berufen wir uns auf Franz Nuscheler, der unter der Überschrift „Die schrittweise Universalisierung eines normativen Leitbildes“ unter anderem die Leitlinien des deutschen Ministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit (BMZ) zitiert, die ihrerseits auf die Vorgaben des Development Assistance Committee der OECD (DAC) beruhten und aus folgenden Richtlinien bestanden:

- „Förderung von Rechtsstaatlichkeit und Good Governance;
- Förderung der Demokratisierung und Verbesserung der Menschenrechtslage;
- Partizipation der Bevölkerung an politischen Entscheidungsprozessen;
- Drängen auf eine stärkere ‚Entwicklungsorientierung‘ der Eliten durch Korruptionsbekämpfung und Verringerung der Rüstungsausgaben;
- Unterstützung von marktwirtschaftlichen Reformen.“<sup>121</sup>

2) Der Beginn einer zweiten Welle von „rule of law promotion“ lässt sich exakt bestimmen: Es ist der 11. September 2001, dessen Ereignisse die Koalition der Rechtsstaatsförderer um den Personenkreis der Sicherheitsexperten bereicherte, da diese – wohl zu Recht – von einem Zusammenhang von Rechtsstaatlichkeit und verminderter Terrorgefahr ausgingen und ausgehen; bei Jane Stromsetz et al. heißt es dazu wie folgt: „Increasingly, international and national security experts also want to promote the rule of law, seeing it as key aspect of preventing terrorism.

<sup>119</sup> Siehe dazu den Beitrag von T. Carothers, Promoting the rule of law abroad. The problem of knowledge, Washington D. C.: Carnegie Endowment for International Peace 2003.

<sup>120</sup> M. Zürn/A. Nollkaemper/R. Peerenboom, Rule of Law Dynamics. In an Era of International and Transnational Governance, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

<sup>121</sup> F. Nuscheler, Good Governance. Ein universelles Leitbild von Staatlichkeit und Entwicklung?, IN-EF-Report, <http://inef.uni-due.de/page/documents/Report96.pdf>, S. 17.

Especially since September 11, 2001, military and intelligence analysts have drawn attention to the ways in which the absence of the rule of law can lead to instability and violence and create fertile recruiting grounds for terrorist organisations. The logic here is straight forward: although the roots of terrorism are complex, misery and repression create fertile ground for terrorist recruiters. If the rule of law is necessary to economic growth and to eliminating egregious human rights abuses, then by extension the rule of law plays a key role in eliminating the conditions that give rise to violence and terror.”<sup>122</sup>

Damit war der Dreibund von Weltbank, Menschenrechtsorganisationen und Sicherheitsexperten komplett.

3) Die dritte Welle kann als *Welle der Mitgliedschafts- und Nachbarschaftspolitik* bezeichnet werden. Damit ist gemeint, dass seit Ende des kalten Krieges Internationale Organisationen und Staaten Programme entwickelten, um „Gutes Regieren“ in ihren Mitgliedsstaaten und in benachbarten Drittländern zu fördern. Eine besondere Rolle als Vermittler zwischen nationalen und globalen Institutionen spielen dabei die verschiedenen Regionalorganisationen, die dabei – wie Tanja Börzel et al. herausgearbeitet haben<sup>123</sup> – als „transfer agents“ fungieren.

4) Die vierte, nach unserer Wahrnehmung noch anhaltende Welle kann man als *Institutionalismus-Welle* bezeichnen, da es in ihr vor allem um „good institutions“ als Voraussetzung „guten Regierens“ geht. Während es in der Diskussion über „Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit“<sup>124</sup> und über den Wiederaufbau von „post conflict areas“ um die zentrale Bedeutung von Politiken des „institution building“ ging,<sup>125</sup> sind wir gegenwärtig Zeuge einer Literaturwelle, die – gespeist aus den Einsichten der jüngeren Institutionenökonomik – den Erfolg von staatlichen Gemeinschaften durch die Qualität ihrer Institutionen erklärt und – vice versa – den Misserfolg von Gesellschaften durch ihre mangelhafte institutionelle Infrastruktur,<sup>126</sup> wobei die Autoren – und dies ist der interessante Punkt – darin übereinstimmen, dass das Rezept „good institutions“ hauptsächlich aus der Zutat der Rule-of-Law-Prinzipien besteht.

122 J. E. Stromseth, /D. Wippman/R. Brooks, Can might make rights? Building the rule of law after military interventions, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2006, S. 59 f.

123 T. A. Börzel/V. van Huellen/M. Lohaus, Governance transfer by regional organizations. Following a global script?, Berlin 2013.

124 Vgl. dazu die Beiträge in: T. Risse, /U. Lehmkuhl (Hrsg.), Regieren ohne Staat? Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit, Baden-Baden 2007.

125 Stromseth et al., Can might make rights? (Fn. 122).

126 N. Ferguson, Der Niedergang des Westens. Wie Institutionen verfallen und Ökonomien sterben, Berlin 2013; D. Acemoglu/J. A. Robinson, Warum Nationen scheitern. Die Ursprünge von Macht, Wohlstand und Armut, Frankfurt am Main 2013; D. C. North, /J. J. Wallis/B. R. Weingast, Gewalt und Gesellschaftsordnungen. Eine Neudeutung der Staats- und Wirtschaftsgeschichte, Tübingen 2011.

### 3. Zum Imperialismus des „Global Constitutionalism“

In der Debatte über Modelle globaler Ordnung<sup>127</sup> nimmt das Konzept des „Global Constitutionalism“<sup>128</sup> einen durchaus prominenten Platz ein, und zwar nicht etwa wegen eines utopischen Rufens nach einer allumfassenden Weltverfassung; und auch nicht – wie Anne Peters meint<sup>129</sup> – als „compensatory constitutionalism“, der die mangelnde Reichweite nationalstaatlicher Verfassungen kompensieren soll, sondern als ein „global legal script“ in Diskursen zur Rechtfertigung politischer Herrschaft, wo und in welchem Gewand auch immer sie auftritt. Diese globale Geltung beanspruchende Botschaft ist von Mattias Kumm et al. im Editorial zum dritten Erscheinungsjahr der Zeitschrift „Global Constitutionalism“ in entschlossener Klarheit in zwei Schritten herausgearbeitet worden; im ersten Schritt geht es um die „Global Constitutional Trinity“, bestehend aus „human rights, democracy and the rule of law“:

*„The publication record over the first couple of years also reflects the fact that constitutive and fundamental norms that implicate questions of legitimate authority generally include a commitment to human rights, democracy and the rule of law. The commitment to human rights, democracy and the rule of law – the Trinitarian mantra of the constitutionalist faith – is part of the deep grammar of the modern constitutionalist tradition. It provides an abstract template of principles in light of which concrete arrangements are negotiated and policies are forged in contemporary constitutionalist settings. Within this constitutionalist framework, wherever political and legal authority is constituted or exercised, it can be criticized or justified with reference to these concepts.“<sup>130</sup>*

Bei Licht besehen besteht – wie in dem zitierten zweiten Schritt ausgeführt wird – der Kern des Konzepts des „Global Constitutionalism“ in einer *globalen Sprache*, in der Diskurse zur Rechtfertigung oder Begrenzung politischer Herrschaft zu führen sind; mit der Bekundung dieses universalen Anspruchs soll unser Beitrag denn auch seinen Abschluss finden:

*„The ‚legitimatory trinity‘ as a central feature of a modern constitutional discourse came into the world with the French and American Revolutions, and was internally connected to ideas of individual and collective self-government at the time. It went through various challenges and permutations before it re-emerged after World War II to become a globally hegemonic discourse since the 1990s, both in and beyond the state. There is no liberal constitution enacted after 1990 that does not pledge allegiance to the trinity in some way. The European Union asserts that these are its foundational values, the Council of Europe has embraced it, the UN claims to be committed to it and various General Assembly Resolutions have endorsed it. In global public discourse this is the language most likely to be*

127 Weiterführend dazu M. Zürn, Vier Modelle einer globalen Ordnung in kosmopolitischer Absicht, Politische Vierteljahresschrift, Jg. 52, 2011, S. 78.

128 D. S. Law/M. Versteeg, The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism, California Law Review, Jg. 99, H. 5, 2011, S. 1163; C. E. J. Schwöbel, The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers, *German Law Journal*, Jg. 13, H. 1, 2011, S. 1.

129 A. Peters, Global Constitutionalism, in: M. T. Gibbons (Hrsg.), *The Encyclopedia of Political Thought*, London 2015, S. 1484.

130 M. Kumm/A. F. Lang jr./J. Tully/A. Wiener, How large is the world of global constitutionalism?, *Global Constitutionalism*, Jg. 3, H. 1, 2014, S. 1.

*used and most likely to be effective when either contesting or resisting authority or using it to justify the imposition of restrictions on others.”<sup>131</sup>*

## F. Einige bilanzierende Schlussbemerkungen

Die Frage, ob und in welchem Umfang Recht als ein dynamisches System verstanden werden kann, verweist auf die Funktion von Recht im Ensemble der gesellschaftlichen Teilsysteme von Politik, Wirtschaft, Wissenschaft und Religion – um nur die wichtigsten zu nennen. Verglichen etwa mit der atemberaubenden Dynamik der Teilsysteme Wirtschaft/Technik und Wissenschaft, die wohl in der Tat unter dem Gesetz der „dynamischen Stabilisierung“ leben, ist das Recht sicherlich nicht mit gleicher Intensität den Imperativen von Wachstum und Beschleunigung unterworfen, obwohl wir glauben, dass der Eingangssatz von Julian Krüpers Beitrag über die Verfassung der Berliner Republik: „Der Puls des Verfassungsrechts schlägt langsam“,<sup>132</sup> angesichts der nahezu pausenlosen Grundrechtsinnovationen seitens des Bundesverfassungsgerichts<sup>133</sup> die Sache auch nicht ganz treffen dürfte. Wie dem auch sei, es war jedenfalls – um dies klarzustellen – keineswegs unsere Absicht, dem Recht ein superschnittiges, dynamisches Design zu verpassen und mit den Teilsystemen von Wirtschaft/Technik und Wissenschaft auf eine Stufe zu stellen.

Gleichwohl möchten wir das Recht als ein dynamisches System bezeichnen, und zwar nicht nur wegen seiner unvermeidlichen Reaktionen auf die zum Teil dramatischen Veränderungen in eben diesen genannten Teilsystemen, sondern wegen der dem Recht innewohnenden Eigendynamik, die sich aus der genuinen Funktion des Rechts ergibt, auf die anderen Teilsysteme steuernd einzuwirken. Wenn an der Rede vom Recht als dem zentralen Steuerungsinstrument moderner Gesellschaften – wovon wir überzeugt sind – etwas dran ist<sup>134</sup> und die Rechtswissenschaft schon allein deshalb als Steuerungswissenschaft verstanden werden muss, dann können sich Recht und Rechtswissenschaft von den Entwicklungen der anderen Teilsysteme nicht abkoppeln; wenn das Recht dieser seiner Steuerungsfunktion – die im Ensemble der Teilsysteme so etwas wie eine *Querschnittsaufgabe* erfüllt – gerecht werden will, dann liegt die Bestimmung des eigenen Entwicklungstempos nicht mehr allein in der Hand des Rechtssystems selbst: der Rhythmus ist im Grunde – und zwar in beträchtlichem Umfang – vorgegeben.

131 Ebd., S. 4.

132 J. Krüper, Die Verfassung der Berliner Republik. Verfassungsrecht und Verfassungsrechtswissenschaft in zeitgeschichtlicher Perspektive, Max Planck Institute for European Legal History research paper series, Nr. 2015-08 (2015), S. 1.

133 Materialreich dazu G. Hornung, Grundrechtsinnovationen, Tübingen 2015.

134 A. Benz/N. Dose (Hrsg.), Governance. Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung, 2. Aufl., Wiesbaden 2010.

Damit ist nicht gesagt, dass das Rechtssystem bar jeder Autonomie<sup>135</sup> dazu verdammt wäre, den Entwicklungen in den anderen Teilsystemen – um mit einem Filmtitel zu sprechen – „À bout de souffle“ hinterher zu eilen. Dass dies keineswegs so ist, liegt an den *Besonderheiten rechtlicher Steuerung* in hochdifferenzier-ten Gesellschaften. Wie wir schon wiederholt dargelegt haben, funktioniert Steue- rung durch Recht im modernen Staat – heiße dieser „kooperativer Staat“, Gewähr- leistungsstaat oder wie auch immer – vor allem als *Struktursteuerung*,<sup>136</sup> das heißt durch die Bereitstellung von Regelungsstrukturen und Regelungsregimen, in denen sich die anderen Teilsysteme – ihrer jeweiligen Eigenlogik folgend – entfalten kön- nen, zugleich aber an das Gesamtsystem rückgebunden bleiben. In dieser Art von Steuerung, die man auch als institutionelle Steuerung bezeichnen könnte,<sup>137</sup> be- wahrt sich das Rechtssystem eine für seine Autonomie unverzichtbare Distanz zum jeweiligen Regelungsfeld und den dortigen Akteuren.

Wenn es sich aber so verhält, dass dem Recht eine zentrale Steuerungsaufgabe zu- kommt, die es erforderlich macht, selbst als ein dynamisches System zu agieren, dann ist es – so haben wir selbst aus diesem Beitrag gelernt – auch erforderlich, dass das Recht selbst ein Selbstverständnis von sich – und die dazu passenden Instru- mente – entwickelt, die es in autonomiefördernder Weise in den Stand setzen, eine eigene, *rechtssystemspezifische innere Dynamik* hervorzubringen. Dazu gehört die Fähigkeit, die eigenen Steuerungsleistungen kritisch zu reflektieren – Selbtkri- tik des Rechts<sup>138</sup> –, die Notwendigkeit, Beobachtungsapparate zu installieren und sich als ein lernendes und kommunizierendes System zu verstehen. Wenn dies alles gewährleistet ist, spricht nichts dagegen, das Recht als ein dynamisches System zu bezeichnen.

135 Siehe dazu J. Rückert, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988.

136 Nunmehr ausführlich dazu Schuppert, Institutionen (Fn. 4).

137 Vgl. dazu die Überlegungen bei W. Jamm, Nunmehr alles Governance oder was? Über die Bedeu- tung von Verwaltungen, Institutionen und Institutionentheorie, in: A. Voßkuhle/C. Bumke/F. Meinel (Hrsg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Berlin 2013, S. 93.

138 Begriff bei Wielisch, Grundrechte (Fn. 69), S. 735.