

verfahren ergibt sich, daß die veränderte Klägerpopulation, die trotzdem Klage einreicht, diese hartnäckiger betreibt, der Bestandsschutzgedanke bei ihr stärker im Vordergrund steht – trotz der Abnahme der subjektiven Kündigungsgründe, die zu Recht als die konflikträchtigeren (auch auf der gerichtlichen Ebene) bezeichnet werden. Die wachsende Bedeutung der betriebsbedingten Kündigung, bei der die Chancen einer Weiterbeschäftigung besonders gering sind, läuft jedoch dem gestiegenen Weiterbeschäftigungsinteresse zuwider. Sie ebnet den Weg zum Vergleich, der, wenn auch in einem späteren Verfahrensstadium abgeschlossen, die vorherrschende Form der Verfahrensbeendigung bleibt.

Die Ergebnisse dieser exemplarischen Studie, die aufgrund ihres regionalen Bezugs den Schluß auf eine synchrone Entwicklung im Bundesgebiet nur tentativ zulassen, bestätigen einerseits die Resultate der vorausgegangenen empirischen Untersuchungen, wonach das geltende Kündigungsschutzrecht die Arbeitgeber nicht hindert, »Ausgliederungsinteressen« gegenüber randständigen Arbeitnehmern durchzusetzen. Dieser Befund läßt sich nunmehr dahingehend ergänzen, daß es sie bei verändertem Einsatz des gegebenen Kündigungsinstrumentariums auch nicht hindeutet, Teile der Stammbelegschaft nach Maßgabe ihrer aktuellen Handlungsinteressen aus dem betrieblichen Produktionsprozeß und Arbeitszusammenhang definitiv auszuschließen.

Die abnehmende Effektivität des Kündigungsschutzrechts bei zunehmender Massenarbeitslosigkeit weist noch einmal eindringlich auf die überfällige Verbesserung der Rechtsposition des arbeitgeberseitig gekündigten Arbeitnehmers hin, um die bestehende »Flexibilität« des Arbeitsverhältnisses zugunsten des abhängig Beschäftigten zu vermindern. Wenn trotz der Evidenz dieser »harten Fakten« das bestehende Kündigungsschutzrecht noch immer als zu unflexibel angeprangert und auf seine gesetzliche Einschränkung hingearbeitet wird, dann richtet sich dies keineswegs gegen einen auch nur nennenswerten Bestandsschutz im Arbeitsverhältnis. Vielmehr geht es allein darum, die einseitige Auflösungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber insgesamt zu entrechtlichen und dadurch von Begründungsanforderungen, Auswahlkriterien, Widerspruchs- und Kontrollmöglichkeiten sowie monetären Kompensationsforderungen zu entlasten. Flexibilisierung in diesem Sinne meint Vereinfachung und Verbilligung des Auflösungsverfahrens zu Lasten derjenigen, die ohnedies in die Arbeitslosigkeit abgedrängt werden.

## Karl-Heinz Ladeur Klassische Grundrechtsfunktion und »post-moderne« Grundrechtstheorie.

Eine Auseinandersetzung mit B. Schlink  
(EuGRZ 1984, S. 457 ff.)

### *1. Zur Konjunktur von Materialisierung und Formalisierung im Verfassungsrecht*

Schlinks Versuch einer Rekonstruktion der »klassischen Grundrechtsfunktion« könnte sich als Indiz einer methodologischen Wende zur Wiederbelebung von formal-konstruktiven Ansätzen in der Verfassungsrechtsdiskussion erweisen. Zwar

sind die Vertreter solcher Konzeptionen auch in den letzten Jahren nie ganz verstummt<sup>1</sup>, aber der durch den ersten politischen Machtwechsel in der Bundesrepublik seit Ende der 60er Jahre in Gang gesetzte politische Modernisierungs- und Reformprozeß hat materialisierenden, zweckorientierten »strategischen« Verfassungsinterpretationen sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung des BVerfG eine so starke Schubkraft gegeben, daß sowohl die verfassungsrechtliche Legitimation als auch die Kritik der politisch induzierten Reformen und Turbulenzen des Rechtssystems (Revision des »Alleinvertretungsanspruchs«, Reorganisation der Hochschulstruktur, Liberalisierung des Strafrechts, insbesondere des § 218 StGB, »Radikale im öffentlichen Dienst«, Schulreformen, Mitbestimmung auf Unternehmensebene etc.) sich ihre Referenzen sehr weitgehend in materiellen Zwecken und Werten gesucht haben und die formalen Verfahrensregeln der Mehrheitsentscheidung und der prinzipiellen Revidierbarkeit von einfachgesetzlichen Entscheidungen demgegenüber stärker in den Hintergrund gedrängt haben<sup>2</sup>.

Im Rückblick aus der Distanz einiger Jahre erscheint es vielleicht nicht so erstaunlich, daß ein (anfangs) stark von planerischen Allmachtvorstellungen bestimmter politischer Reformprozeß, der sich nicht mit der bloßen Legitimation einer politischen Mehrheit<sup>3</sup> begnügte, sondern eine umfassende Reform kultureller Werte einzuleiten beanspruchte, auch bei den Gegnern die Mobilisierung von Verfassungswerten provozieren mußte.

Deshalb trifft Schlinks Feststellung, »der Aufweis eines Werte-, Güter- oder Kultursystems in den Grundrechten (wolle) das jeweilige kulturelle und politische Ambiente festhalten« (S. 462), nur eine Seite eines höchst komplexen Wandlungsprozesses. Schließlich weist er selbst in einer Fußnote (Fn. 32) darauf hin, daß auch Forderungen der Studentenbewegung nach gesellschaftlicher Veränderung materiell-grundrechtlich begründet worden sind. Wenn andererseits auch das »Eingriffsabwehrdenken« nach Schlinks eigener Auffassung politisch instrumentalisierbar ist (463), ist die spezifische Differenz beider Positionen jedenfalls nicht in der größeren oder geringeren Status-quo-Orientierung zu suchen. Sie ist m. E. vielmehr bestimmt von der Zeit, die bestimmten Themen bestimmte Formulierungen ermöglicht, ohne die politischen Optionen in concreto festzulegen: Materialisierung ist ein Phänomen von Zeiten des Wandels, der Diskontinuität, Formalisierung ist dagegen typisch für Zeiten der Stabilisierung von politischen Kontinuitäten. Dies ist sicher eine Vereinfachung, weil die Vorstellungen von Wandel und Kontinuität und deren rechtlich bestimmtes Verhältnis sehr unterschiedlich sind. Aber ein grundlegender politisch-rechtlicher Wandel wird so gut wie nie ausschließlich unter Berufung auf eine formale Kompetenz der Mehrheit legitimiert. Wenn die Reformkräfte auf solche Begründungen rekurrieren, ist der Bruch mit der Kontinuität entweder zu groß, als daß er noch auf übergreifende gemeinsame Werte, Zwecke etc. bezogen werden könnte, oder im Abschwung des Wandlungsprozesses wird eine neue stationär werdende Normalität »formal« als rechtliche Referenzebene für politische Entscheidungen institutionalisiert. Damit ist schon ein Kriterium für die Beurteilung einer

<sup>1</sup> Vgl. nur E. W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff. (= ders., Staat – Gesellschaft – Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt 1976, S. 221 ff.); ders., Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: FS Scupin, 1983, S. 17 ff.; B. Schlink, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, Der Staat 1980, 73 ff.; vgl. auch meinen Aufsatz »Konsensstrategien statt Verfassungsinterpretation?«, Der Staat 1982, 391 ff.

<sup>2</sup> Vgl. dazu auch meinen Aufsatz »Vom Sinngegen zum Konsens«, in: D. Deiseroth/F. Hase/K. H. Laudeur (Hg.), Ordnungsmacht? – Zum Verhältnis von Legalität, Legitimität und Konsens, Frankfurt 1981, S. 112 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu allgemein U. K. Preuß, Politische Verantwortung und Bürgerloyalität. Von den Grenzen der Verfassung und des Gehorsams in der Demokratie, Frankfurt 1984.

Theoriesubstitution<sup>4</sup> in der Verfassungsdiskussion gefunden: Verfassungsrecht soll eine gewisse Kontinuität im Wandel ermöglichen und damit Kontingenzen ausschalten: Diese Funktion der Verfassung kann aber einmal retrospektiv auf Status-quo-Referenz eingestellt sein oder aber prospektiv auf eine erst herzustellende, allgemeine Achtung verdienende materielle Ordnung verweisen.

Dies hängt damit zusammen, daß die Verfassung eine Ebene für den Standpunkt eines gegenüber dem politischen Wandel externen Beobachters zu postulieren scheint, während in der Tat die Ebene der Beobachtung/Bewertung – da der Beobachter innerhalb des Wandlungsprozesses selbst steht – mit der beobachteten Ebene »verschleift« ist.<sup>5</sup> Die Perspektiven des Beobachters und des Beobachteten, der Verfassung, werden aufeinander projiziert. Die daraus hervorgehende Ambivalenz der »Voraussetzung« von Verfassungsinterpretationen lässt sich am Verhältnis zweier grundlegender Figuren, der von Freiheit und Gleichheit, gut belegen: Kollektivautonomie kann als Voraussetzung der formalen Freiheit, Chancengleichheit als Voraussetzung der formalen Gleichheit gelten, während sie aus anderer Perspektive Eingriff und Diskriminierung bedeuten. Damit soll nicht gesagt werden, daß verfassungsrechtliche Positionen methodisch hoffnungslos ideologieanfällig wären. Vielmehr geht es darum, durch Institutionalisierung von Lernfähigkeit die Selbstreflexionsfähigkeit des Verfassungssystems zu ermöglichen. Damit wäre Verfassung nicht mehr nur der Garant von Kontinuität im Wandel, sondern der Begriff der Kontinuität wäre selbst von den Bedingungen und Perspektiven des Wandels abhängig. Den darin liegenden Gefahren kann man gerade dann begegnen, wenn man sie zum Thema der theoretischen Reflexion macht.<sup>6</sup>

## *2. Zu den historischen Möglichkeitsbedingungen der »Wertordnungs«-diskussion*

Gerade wenn man die Verschleifung der Prozeßebene (Gesetz, politisches Handeln etc.) mit der Strukturebene (Verfassung) in Rechnung stellt und den Verfassungsinterpreten als Beobachter zugleich in den Prozeß selbst involviert sieht, muß eine »Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion« problematisch erscheinen. Gewiß wird auch eine Notwendigkeit der Ermöglichung von ausreichenden Spielräumen für Sozialgestaltung gesehen, aber die Polemik gegen den Versuch, »materialisierend« Voraussetzungen der Freiheit und Gleichheit als von der Verfassung garantiert auszuweisen, verliert erheblich an Plausibilität, wenn dagegen ein Eingriffsabwehr-Konzept gesetzt wird, das von seinen historischen Voraussetzungen abgelöst worden ist und gerade dadurch Konturen eingebüßt hat. Denn das klassische Eingriffs- und Schrankendenken hat keineswegs die »gesellschaftlichen Verhältnisse, in denen das Verhalten der Bürger jeweils (!) gerinnt, zunächst einmal vorausgesetzt« und die »Veränderung des gesellschaftlichen Status quo« (Schlink, S. 463) unter Rechtfertigungzwang gestellt. Es hat vielmehr ein bestimmtes Gleichgewichtsmodell – in Übereinstimmung mit dem klassischen naturwissenschaftlichen Denken – vorausgesetzt, nämlich: eine lineare Entwicklungsphase, die – in einer reversiblen Zeit verlaufend – das Besondere unter die allgemeine Gesetzmäßigkeit

<sup>4</sup> Vgl. W. Krawietz, Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive, in: FS Scupin, 1983, S. 347 ff.

<sup>5</sup> Vgl. F. J. Varela, Not One, Not Two, in: CoEvolution Quarterly 1976 (Fall), 62 ff.; Y. Barel, La société du vide, Paris 1984; sowie D. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach. Ein endloses geflochtenes Band, Stuttgart 1985.

<sup>6</sup> Vgl. I. Prigogine, Only an Illusion, in: St. M. McMurrin (Hg.), The Tanner Lectures on Human Values, Bd. V, Salt Lake City u. a. 1984, S. 35 ff.

subsumiert.<sup>7</sup> Die Individuen und ihr Handeln waren danach eher Elemente eines parametrischen, über die Verteilung von Mitteln (Preis, Recht etc.) gesteuerten, aber nicht bewußt durch Zwecke zu verändernden Gleichgewichts. Dieses Gleichgewichtsmodell basierte darauf, daß die individuelle Handlungsrationale auf Wahrscheinlichkeitsannahmen über eine gesamtgesellschaftliche Rationalität aufgebaut werden konnte.<sup>8</sup> Darin ist auch die Trennung von Privatheit und Öffentlichkeit, und das heißt insbesondere die Trennung von Allgemeinteresse und Individualinteresse begründet. Das Definitionsmonopol des Gesetzgebers ist nicht nur Kompetenz, sondern beruht auf der Annahme der Möglichkeit einer die besonderen Individuen überwölbenden Regelhaftigkeit des gesellschaftlichen Gleichgewichts, die sich in einer spezifisch rechtlichen universellen Rationalität ausdrücken ließ. Diese Voraussetzung hat dem klassischen Eingriffsabwehrdenken eine paradigmatische, strukturbildende Kraft gegeben. Nur weil das Gleichgewichtsmodell stets impliziert war, ließen sich in der Tat Rechtfertigungskriterien für Eingriffe des Staates in Freiheiten stimmig konstruieren. Und genau diese Voraussetzung kann heute nicht mehr umstandslos behauptet werden. Damit büßt aber das Eingriffsabwehrdenken eben die behauptete »dogmatische Maßstäblichkeit und Prägnanz« ein (S. 463). Schlink begeht m. E. den gleichen Fehler wie die von ihm Kritisierten, wenn er die »gesellschaftlichen Verhältnisse, in denen das Verhalten der Bürger jeweils gerinnt, zunächst einmal vorausgesetzt« (S. 463) wissen will. Die Faktizität der geronnenen Verhältnisse ist etwas ganz anderes als das strukturbildende normative klassische Gleichgewichtsmodell des Liberalismus. In Schlinks Perspektive kann schlechthin jedes Handeln (oder Unterlassen) des Staates zum Eingriff werden, weil ihm die Orientierung an einem normativen linearen Gleichgewichtsmodell fehlt. Wenn es ihm aber darauf ankommt, Eingriffe über das Kriterium der empirischen Überprüfbarkeit von legislativen Zweck-Mittel-Relationen zu kontrollieren, so würde dadurch gerade die unstrukturierte Faktizität und nicht eine vorhandene Rechtsstruktur zur Referenzebene für das Eingriffsbewertungsverfahren gemacht, so erhielte die Konzeption eine sozial konservative Konturierung.

Das von Schlink kritisierte »Wertedenken«<sup>9</sup> knüpft demgegenüber in der Tat nicht an die bloße Faktizität der Verhältnisse an; auf der anderen Seite postuliert es keineswegs eine nicht begründbare »umgreifende interindividuelle Präferenzordnung«. Das schließt nicht aus, daß einige von Schlinks Argumenten gegen die Bezugnahme auf eine »Werte- und Güterordnung« durchaus plausibel sind. Aber gerade Häberles programmatischer Aufsatz über die »offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretanten«<sup>10</sup> läßt deutlich erkennen, daß es dem Autor – und dies gilt auch für das Bundesverfassungsgericht – keineswegs um die Behauptung einer allgemeinen »Werte- und Güterordnung« geht, sondern daß eine *situativ-strategische*, durch das Selbstverständnis der an den gesellschaftlichen Prozessen beteiligten Gruppen und Individuen mitbestimmte Kompatibilisierung von Geltungsansprüchen in der Zeit angestrebt wird. Das heißt, das BVerfG soll als ein »gesellschaftliches Gericht« gruppenspezifisch konkretisierte Wertungen abgleichen, aufeinander abstimmen, unter Berücksichtigung der Folgen ihrer Durchsetzung hemmen, verstärken etc. Das entscheidende Moment liegt in der Konkretisierung von Bewertungen durch Gruppen und Organisationen. Daran kann und muß die Kritik ansetzen, aber

<sup>7</sup> Vgl. R. Passet, La thermodynamique d'un monde vivant, in: *Futuribles* 1980 (Dezember), 3 ff., 6.

<sup>8</sup> Vgl. L. Scialla, Il concetto di identità in sociologia, in: *Complessità sociale e identità*, Mailand 1983, S. 101 ff.

<sup>9</sup> Vgl. P. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl., Karlsruhe/Heidelberg 1972.

<sup>10</sup> Vgl. P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretanten, JZ 1975, 294 ff.

diesem Konzept liegt durchaus seinerseits ein bestimmtes Gleichgewichtsmodell zugrunde, aus dem seine Wertungen Konturen gewinnen. Das gilt auch für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Es geht in der kritischen Phase der Modernisierung und Pluralisierung des politischen Systems seit dem Ende der 60er Jahre um die Erhaltung von Kontinuität unter gewandelten gesellschaftlichen Bedingungen, nämlich in einer Gesellschaft, die die Orientierung, die sie im unflexibel gewordenen Gleichgewichtsmodell der »Gesellschaft der Individuen« nicht mehr finden kann, in einem flexiblen Modell des Gleichgewichts einer »Gesellschaft der Organisationen« sucht.<sup>11</sup> Das heißt, dieses Modell reflektiert, daß die Definition eines öffentlichen Interesses nicht mehr das Monopol des Staates sein kann, nachdem die Trennung von individuellen und allgemeinen Interessen ihre Grundlage weitgehend verloren hat. Nicht ohne Grund werden die Gruppen und ihre strategischen Positionen in den Prozeß der Konsensbildung integriert, und dies wirkt sich auf die Interpretation der Verfassung aus: Kontinuität durch »Konsensmanagement«. Böckenfördes an anderer Stelle<sup>12</sup> geübte Kritik an Häberles Verfassungskonzeption läuft denn auch konsequent darauf hinaus, einerseits den Verfassungsdiskurs wieder stärker auf die Profession der Staatsrechtler/Verfassungsrichter zu konzentrieren und andererseits das personelle Substrat nicht in den unterschiedlich aggregierten Gruppen und Organisationen, sondern im *Bürger* zu suchen.

Bei aller Kritik, die an Häberles Konzept zu üben wäre, es reflektiert – allerdings nicht in einer ausgearbeiteten Form –, daß das klassische lineare Modell der Gesetzgebung und Verfassung, das in Übereinstimmung mit den Newton'schen (naturwissenschaftlichen) Konstruktionen der Gesetzmäßigkeit stand, nicht mehr aufrechthalten ist: Es basierte auf der irreversiblen, nicht-kreativen Zeit der unendlichen Wiederholung des Gesetzes, während neuere Modelle der »Ordnung durch Schwankungen«, des »Order from noise«, von der Selbstransformation eines Prozesses durch seine »Anwendungen« ausgehen.<sup>13</sup> Das Rechtssystem »prozessiert« ein bestimmtes Modell über einen längeren Zeitraum und ermöglicht Individuen, ihre Erwartungen reflexiv darauf einzustellen, und das heißt zugleich, seine Wirkungsbedingungen zu beeinflussen, z. B. indem die Konkurrenz auf dem Markt (Vertragsfreiheit) durch Vertrag beschränkt oder durch Organisation überdeterminiert wird. Es entsteht eine Überlappung mehrerer dynamischer Prozesse, das Recht der Gesellschaft der Individuen wird durch neuere strategische Rechtsformen der »Gesellschaft der Organisationen« verändert. Dieser neue Rechtstyp eröffnet neue Möglichkeitsräume, in denen Spielzüge nicht nur Regeln anwenden, sondern sie kooperativ im Spiel selbst variieren. Das bedeutet u. a., daß Verfassungsrechtswissenschaft vom Mythos der Einheit der Verfassung abgehen muß.

Es gibt aber durchaus Handlungsbereiche, in denen in der Tat auch heute auf dem Eingriffsabwehrdenken der klassischen Zeit insistiert werden kann und muß. Dort wo z. B. im Bereich der individuellen Kommunikationsfreiheit (Meinungs-, Kunstfreiheit etc.) inhaltliche Richtigkeitsansprüche durch den Staat erhoben werden, ist für Abwägungen kein Raum, weil die Prüfung und Bewertung von Meinungen über die Grenzen des »allgemeinen Gesetzes« hinaus nicht staatlichen Bewertungen

<sup>11</sup> Vgl. K. H. Ladeur, in: F. Hase/ders., Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System, Frankfurt/New York 1980, S. 189 ff.

<sup>12</sup> Vgl. »Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft«, in: FS Scupin (z. 80. Geb.), 1983, S. 317 ff.

<sup>13</sup> Vgl. J. Lesourne, La notion de système et les sciences sociales, in: *Futuribles* No. 23 (1979), 37 ff., 45; H. v. Foerster, On Cybernetics of Cybernetics and Social Theory, in: G. Roth/H. Schwegler (Hg.), Self-organizing Systems, Frankfurt/New York 1981, S. 102 ff.; I. Prigogine, Vom Sein zum Werden, München 1979.

unterliegen kann. Hier läßt sich in der Tat mit dem von Schlink formulierten Kriterium der Geeignetheit und Notwendigkeit eines Eingriffs operieren.

### *3. Grundrechte und neue Regulierungsformen*

Anders ist ein Bereich zu bewerten, in dem Freiheit stärker durch positive Organisation von Freiheit und Gleichheit einen artifiziellen Charakter angenommen hat und damit Bestandteil einer »zweiten Wirklichkeit« geworden ist, in der es auch als Idealtypus, als Paradigma nicht mehr die ewige Wiederholung der individuellen Freiheitsausübung unter allgemeinen Gesetzen gibt. Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG sind etwa die Rundfunkorganisation, Mitbestimmung in Hochschulen und Unternehmen, die Schulorganisation und die Regulierung von Großtechnologien. Hier kann das empirisch orientierte Geeignetheits- und Erforderlichkeitskriterium nur eine untergeordnete Rolle spielen. Dessen Tauglichkeit setzte nämlich ein bestimmtes Verhältnis von Wissen/Gewißheit und Norm voraus: Der »Eingriff« bedeutete immer die Korrektur eines Zustandes, für dessen Diagnose das lineare Gleichgewichtsmodell als normativer Bezugspunkt diente. Nur vor dem Hintergrund relativ sicherer Wahrscheinlichkeitsannahmen waren und sind hier »bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit« (460, Fn. 19) konstruierbar und kontrollierbar. In der artifiziellen »zweiten Wirklichkeit« ist diese Orientierung jedoch nur sehr begrenzt möglich. Damit hat das – logisch durchaus stimmige – Eingriffsabwehrdenken weitgehend seine Grundlage verloren. In ihr ist die einfache Referenz der normativen Prüfung auf ein empirisch gesichertes Wissen nicht mehr gewährleistet. Für Handeln unter komplexen Bedingungen ist kein anwendbares, vorfindliches Modell mehr zu postulieren. Norm und Faktizität durchdringen einander. Handeln unter komplexen, ungewissen Bedingungen kann man aber nicht einfach dadurch strukturieren, daß dem Gesetzgeber die Kompetenz zur Vornahme von Wertungen überlassen wird.

Das Mehrheitsprinzip hat in der klassischen liberalen Epoche einerseits einen relativ großen Bereich des nicht von den Geltungsansprüchen des Allgemeininteresses zu tangierenden Privaten vorausgesetzt, andererseits – und damit im Zusammenhang stehend – unterstellte es die prinzipielle Reversibilität von Entscheidungen. Vor dem Hintergrund des Paradigmas der Gesellschaft der Individuen war die Gesetzgebungstechnik primär am Ziel der Verhaltenssteuerung orientiert. Auch wenn die Fiktion der prinzipiellen Reversibilität nicht mit der Wirklichkeit historischer Prozesse ineins gesetzt werden darf, so hat das Modell der Reversibilität im Kontext eines relativ langsamem Prozesses des gesellschaftlichen Wandels eine gewisse Plausibilität erhalten. Komplexe Handlungskonstellationen der Gegenwart sind jedoch weniger durch Verhaltensstandards (Ge- oder Verbote), sondern nur durch strukturelle Entscheidungen über die Verteilung von Handlungsressourcen in organisationalen Handlungsräumen zu steuern, eine Problematik, die jedenfalls das Problem der Reversibilität wegen des weiterreichenden Zeithorizonts explizit aufwerfen muß. Der Rhythmus des gesellschaftlichen Wandels hat sich erheblich beschleunigt und zugleich immer mehr Möglichkeiten und mehr Interdependenzen geschaffen. Deshalb ist es auch in vielen Handlungsbereichen unausbleiblich, daß das Gemeinwohl/Allgemeininteresse nicht mehr nur durch das generalisierende Verfahren der Parlamentswahl aggregiert, sondern auch durch Kooperation der Gruppen situativ-strategisch und prozeßhaft definiert wird.

Das BVerfG hat auf diese neue Konstellation immerhin teilweise mit der Entwicklung neuer Kontrollformen reagiert, die – auch wenn sie nicht über alle Kritik

erhaben sind – eine sicher entwicklungsbedürftige Sensibilisierung dafür entwickeln, daß für neue komplexe Regelungstypen auch neue Evaluationsformen erforderlich sind, deren Funktion jedenfalls nicht vom klassischen Eingriffsabwehrdenken erfüllt werden kann: Zu nennen sind hier insbesondere die Veränderung des Gesetzesvorbehals (»Wesentlichkeitstheorie«), die Pflicht zur legislativen Kontrolle eines durch die Gesetzgebung eingeleiteten organisationalen Veränderungsprozesses (Unternehmensmitbestimmung), die Erweiterung der Verfahrenskomponente der Grundrechte. Dieser Prozeß ist nicht frei von Widersprüchen und Rückfällen in das Konzept der Monopolisierung materieller Richtigkeitsansprüche beim Gericht selbst (Hochschulmitbestimmung, das Oberstufenumurteil des Hess. StGH).<sup>14</sup> Aber eine Rückkehr zum Eingriffsabwehrdenken eröffnet jedenfalls für den Bereich komplexen Handelns unter Ungewißheitsbedingungen keine Entwicklungsperspektive, vielmehr wären gerade neue Formen des Operierens mit Ungewißheit zu entwickeln.

#### *4. Funktion von Verfassungsdiskursen – Unterbrechung der Selbstverstärkung des politischen Prozesses*

Die neue Funktion der *Erhaltung* statt der Reduktion von Ungewißheit durch gerichtliche Kontrolle konnte in der Vergangenheit möglicherweise deshalb nicht sichtbar werden, weil – und dies gilt auch für die Verfassungsrechtswissenschaft – die »Gesellschaft der Organisationen« mit einem gewissen Erfolg ein zwar komplexeres, aber doch linear bleibendes Gleichgewichtsmodell reproduziert hat (durch Austragung von Verteilungskonflikten auf der Basis eines durch Kooperation zu erhaltenden »Konsenses«). Das reale Funktionieren des »Konsensmanagements« hat lange Zeit die theoretische Reflexion über dessen voraussetzungsvollen Charakter verhindert. Die Krise des Sozialstaats, die Umweltbelastung und vor allem der Umbruch zu einer Informationsgesellschaft erlauben erst die wissenschaftliche Selbstreflexion auf die Funktionsbedingungen des Rechts der Gesellschaft der Individuen durch das situativ-strategische Abwägungsrecht der »Gesellschaft der Organisationen«.

Die Verfassungsrechtswissenschaft steht m. E. vor der Aufgabe, Lernfähigkeit für eine dritte Veränderungsphase des Verfassungsrechts im Übergang zu einer sich neu herausbildenden Gesellschaftsformation *ex ante* zu entwickeln. Dies ist notwendig und möglich, weil – wie nie zuvor, anders als im Prozeß der krisenhaften Herausbildung des Sozialstaats – die Perspektive eines grundlegenden gesellschaftlichen Wandels durch die Produktion neuer Möglichkeiten (und Gefahren) sichtbar wird, die gekennzeichnet ist durch die Entwertung des traditionellen Wissens und die Entwicklung einer Gesellschaft, die im Modus des Möglichen mit Heterogenität, Pluralität von Lebensstilen, Werten, Bedürfnissen etc. operieren muß und sich nicht mehr an linearen Entwicklungsmodellen einer homogenen Wirklichkeit orientieren kann.

In der Diskussion um Formalisierung und Materialisierung der Verfassungsinterpretation ist mit Recht auch ein funktionaler Gesichtspunkt, nämlich die Frage nach der kompetenziellen Legitimation von Gerichten zur authentischen Interpretation von Zwecken und Zielen unter dem Aspekt ihrer verfassungsrechtlichen Legitimation geltend gemacht worden. Dabei darf aber nicht außer Acht bleiben, daß die Funktion von Verfassungsrecht über die institutionelle Festlegung der Entschei-

<sup>14</sup> Vgl. HessStGH, RdJB 1982, 245 ff.

dungskompetenz eines Verfassungsgerichts hinaus nicht zuletzt auch darin besteht, neben dem politischen Diskurs ein zweites öffentliches Diskursmedium zur Reflexion struktureller Entwicklungsbedingungen eines gesellschaftlichen Systems in einer weiterreichenden Zeitperspektive zu ermöglichen. Dieses Medium bildet sozusagen ein Widerlager des politischen Diskurses: Verfassungsrecht muß die politische Tendenz zur Selbstverstärkung der jeweils (in einem kurzen Zeithorizont) etablierten Werte unterbrechen und Irreversibilitäten vermindern helfen. Dies gilt vor allem für die politischen Kommunikationsrechte: Gesellschaftliche Entwicklung wird stets ein Spannungsverhältnis zwischen realisierten, realisierbaren und virtuellen Möglichkeiten (wie sie etwa von Minderheiten gelebt und artikuliert werden) enthalten, dessen produktive Kraft im Medium des Verfassungsrechts erhalten werden muß. Diese Strukturorientierung des Verfassungsrechts verbietet es in der Tat, unstrukturierte Faktizität in verfassungsrechtliche »Werte« zu übersetzen, aber Strukturen werden nicht nur durch »eingreifendes« Staatshandeln geschaffen, sondern auch durch den Gebrauch von Freiheit, der zur Ablagerung von Institutionen führt (Presse, Wissenschaft, Rundfunk etc.) und damit für künftigen Freiheitsgebrauch Anschlußzwänge schafft. Das Verfassungsrecht der Gesellschaft der Organisationen ist möglicherweise zu sehr an dem strategischen Ziel der Erhaltung des Gleichgewichts durch »globale Optimierung« im Rahmen eines selbst stabil bleibenden Strukturmodells orientiert gewesen. Verfassungsrecht müßte sich demgegenüber stärker als Medium eines »Dialogs« zwischen Struktur und experimentierenden »fluktuierenden« Prozessen begreifen. Die Kategorie der Eingriffsabwehr kann der organisationalen und prozeduralen Dimension, die damit ins Zentrum gerückt ist, nicht gerecht werden. Eingriffsabwehr hat als eine vom Trennungsdenken bestimmte Kategorie stets ein stabiles Entsprechungsverhältnis von privaten (besonderen) und öffentlichen (allgemeinen) Interessen vorausgesetzt.

### *5. Zukunftsperspektive: Das Recht einer »experimentellen Gesellschaft«*

Das Recht der »Gesellschaft der Individuen« war auf einem einheitlichen linearen »Projekt«<sup>15</sup> aufgebaut: Der Durchsetzung des »verallgemeinerten Anderen«, der Ablösung begrenzter lokaler, Faktizität und Norm integrierender Gewohnheiten durch die universelle Spiegelung der Bedürfnisse und Handlungsmöglichkeiten im verinnerlichten und homogenisierenden Blick des »man within« (A. Smith), eine Abstraktion, auf die auch die Freiheits- und Gleichheitsrechte bezogen sind. Das Recht der »Gesellschaft der Organisationen« war und ist begründet in der organisationalen Rekonstruktion realer »Voraussetzungen« von sozialer Homogenität durch die Verankerung von Freiheit und Gleichheit in der Chancengleichheit und der Kollektivautonomie.

Ein neues Rechtsparadigma, dessen strukturbildende Leistung Voraussetzung für die Entwicklung von Bereichsdogmatiken ist, müßte darin bestehen, rechtliche Entwicklungsmöglichkeiten für eine experimentelle Gesellschaft der variablen, flexiblen Interaktionsnetzwerke zu konstruieren. Die Homogenität des linearen Projekts und die davon abhängigen zentralen Verteilmedien, an denen auch die Gesellschaft der Organisationen durch Konsensmanagement und kontraktuelle Praktiken von Großorganisationen festhält, müßte abgelöst werden durch die Perspektive der Ermöglichung von mehr Pluralität und Heterogenität, von unterschiedlichen Normensystemen, die nicht auf einen zentralen Konsens zu orientieren sind, sondern

<sup>15</sup> Vgl. P. Costa, Il progetto giuridico, Turin 1974, S. 212, 239, 261.

nur noch mit dem Ziel der strategischen Kompatibilisierung, der Erhaltung von wechselseitiger Durchlässigkeit, Alternativenreichtum, Innovationsfähigkeit für die Zukunft zu steuern wäre.<sup>16</sup> Eine nach einem einheitlichen Strukturprinzip konstruierte Entwicklungsrichtung der Gesellschaft dürfte durch die Ausschöpfung der Möglichkeiten des sozialstaatlichen Projekts nicht mehr über ausreichend komplexe Integrations- und Steuerungsmedien verfügen. Das gleiche dürfte für die Rückkehr zum Markt als dem primären Steuerungsmedium gelten. Eine neue Perspektive könnte in der Kombination der bisher einander ausschließenden Systembaumittel »lokale, plurale Normbildung« und »homogenisierender Universalismus« andererseits gefunden werden: Die Autonomie des Gesellschaftlichen könnte auf einer neuen Ebene dadurch wiederhergestellt werden, daß der Staat nicht mehr ein einheitliches Projekt »Fortschritt« verwaltet und reguliert, sondern die Sicherung von Kontextbedingungen einer experimentellen Gesellschaft herbeiführt.<sup>17</sup> Die Perspektive wäre die Wiederherstellung von gesellschaftlicher Autonomie, die Rückverlagerung von Entscheidungs- und Lernprozessen in die Gesellschaft, aber unter der Voraussetzung, daß auch Selbstorganisation als Selbststeuerung durch zentrale Medien, und das heißt auch durch Recht, ermöglicht werden muß. Ein darauf eingestelltes (Grund-)Rechtskonzept wäre insofern »inpersonal«, als es den »Anfang« der Rechte in der Person oder der Quasi-Person der Organisationen umzustellen hätte auf die Notwendigkeit der Verknüpfung von selbstverwalteten Relationsnetzen.

Dies gilt z. B. für das Umweltrecht, wo statt trügerischer wissenschaftlicher Sicherheit vielmehr die offene Evaluation von Risiken möglicher Entwicklungsszenarien unter besonderer Beachtung von Optionswerten (Offenhaltung von Alternativen, Zeitgewinn etc.) anzustreben wäre. Da der Fortschritt nicht mehr selbstverständlich ist, entstehen neue (Be-)Wertungsprobleme. Dies führt zur Notwendigkeit der prozeduralen Inklusion der Betroffenen (Partizipation) in Entscheidungsverfahren und der Internalisierung von bisher durch Spezialisierung und Ausdifferenzierung getrennten Aspekten. Ein anderes Beispiel für Selbstblockaden des bisherigen Rechtssystems wäre das rigide hierarchische Verhältnis von Sozialrecht als »Ausnahmerecht« zum Marktrecht als »Regelrecht«, ein Verhältnis, das angesichts eines hohen Sockels von Arbeitslosen und umfassender Prozesse der technologisch induzierten Veränderung der Arbeitsstruktur nicht aufrechtzuerhalten ist und durch Ermöglichung von *alternativen* (d. h. gleichberechtigten) Arbeits- und Lebensformen (Selbstorganisation, Selbsthilfe etc.) flexibilisiert werden muß. Könnte es nicht unter den Bedingungen des technologischen Wandels ein neues Verständnis des Rechts auf Arbeit geben, das bei Versagen des formalen Arbeitsmarktes auf die Ermöglichung von Selbsthilfe, Selbstorganisation als *einer* alternativen Möglichkeit der Subsistenzsicherung durch staatliche Finanzierung gerichtet wäre? Gerade an dieser Problematik zeigt sich, daß Freiheit auch durch staatliche Untätigkeit bedroht, andererseits aber durch Abstützung von selbst-organisierten Beziehungsnetzwerken ermöglicht werden kann. Es ist sehr fraglich, ob man auf der einen Seite

<sup>16</sup> Vgl. G. Wersig, Die Kommunikative Revolution, Opladen 1985, S. 187; A. Wellmer, Dialektik von Moderne und Post-Moderne, Frankfurt 1985, S. 109.

<sup>17</sup> Vgl. nur G. Teubner, Reflexives Recht, ARSP 1982, 13 ff.; ders., Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Zacher/Simitis/Kübler/Hopt/Teubner, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1985, S. 289 ff.; meinen Aufsatz »Abwägung – ein neues Rechtsparadigma?«, ARSP 1983, 463 ff.; gegen das Konzept von D. Suhr, Freiheit durch Geselligkeit, EuGRZ 1984, 529 ff., ist einzuwenden, daß das Verhältnis von Inklusion (»Geselligkeit«, Vergesellschaftung von Zwecken durch Organisation) und Exklusion (Eingriffsabwehr, mittelbare Vergesellschaftung durch Verteilung von Mitteln, Entlastung von Verantwortung für Zwecke und Folgen) im Grundrechtsdenken historisch nicht spezifiziert wird und deshalb unterbestimmt bleibt.

jeden Eingriff im klassischen Sinne zu einem Verfassungsproblem machen kann, während auf der anderen Seite Probleme der Erhaltung von Beziehungsnetzwerken (dies gilt auch für Beziehungen in der und mit der natürlichen Umwelt) allein Gegenstand des politischen Diskurses sein können.

Es sei nochmals angemerkt, daß die Ebenen der liberalen und der sozialstaatlichen Modellierung des Rechtssystems nicht verschwinden. Entscheidend für die neue Phase der Rechtsentwicklung ist aber, daß auf dieser Ebene infolge des Prozesses der Selbsttransformation der Gesellschaft und des Rechtssystems nicht mehr allein die primäre (einheitliche) Sphäre der Individuen oder die sekundären (einheitsbildenden) Konsensprozesse der Organisationen, sondern die Pluralität der Vernetzungsmöglichkeiten strukturbildend ist. Plakativ gesagt: Nachdem die Perspektive zunächst vom Individuum, dann von der Organisation bestimmt war, ist sie jetzt orientiert an Relationen und Netzwerken. Die Grundrechtsfunktion wäre in dieser Perspektive bestimmt durch neue Formen der Teilhabe und Partizipation an und in Verfahren, die der Ermöglichung, Konkretisierung und Kompatibilisierung von Rechten an Beziehungen dienen.

Ein solches Modell bedarf sicherlich noch der Verfeinerung und Spezifizierung für die einzelnen Grundrechte. Auszugehen ist dabei aber von der Einsicht, daß eine allgemeine Grundrechtstheorie nicht mehr möglich ist, sondern auf den hier genannten Ebenen je spezifische Fragestellungen zu entfalten sind.

## Hartmut Bäumer Vom Luftschutzgesetz über die Notstandsgesetze zum Zivilschutzgesetz\*

### *I. Zur Ambivalenz von Zivilschutz und Zivilverteidigung*

»Zivilschutz«, so heißt es in § 1 des Entwurfes eines Zivilschutzgesetzes, »ist die humanitäre Aufgabe, die Bevölkerung vor den besonderen Gefahren eines Verteidigungsfalles zu schützen, die unmittelbaren Auswirkungen von Feindseligkeiten zu überwinden und die für das Überleben der Bevölkerung notwendigen Voraussetzungen zu schaffen.«<sup>1</sup>

Auf den ersten Blick scheint hier eine notwendige Schutzmaßnahme endlich angepackt zu werden. Der Schutz der Zivilbevölkerung ist im Unterschied zu der militärischen Aufrüstung Jahrzehntelang vernachlässigt, finanziell und ideell stiefmütterlich behandelt worden, mit der Folge, daß in den meisten industrialisierten Ländern, beispielsweise auch in der UDSSR, für die Bevölkerung bessere Schutzmaßnahmen im Kriegsfall geschaffen wurden als in der Bundesrepublik Deutschland. So oder ähnlich lauten die landläufigen Meinungen über den Zivilschutz in

\* Bei dem folgenden Text handelt es sich um ein überarbeitetes Referat, das der Verfasser anlässlich des 2. Forums »Richter und Staatsanwalt für den Frieden« am 26. November 1985 in Kassel gehalten hat. Bei der Überarbeitung hat Günter Frankenberg wichtige Hinweise gegeben.

<sup>1</sup> Referententwurf eines Zivilschutzgesetzes (ZVGE), Stand 14. 11. 1984, abgedruckt in: Manfred Peters, Robert Pfeiffer (Hrsg.), *Zivilschutzgesetz*, Köln 1985.