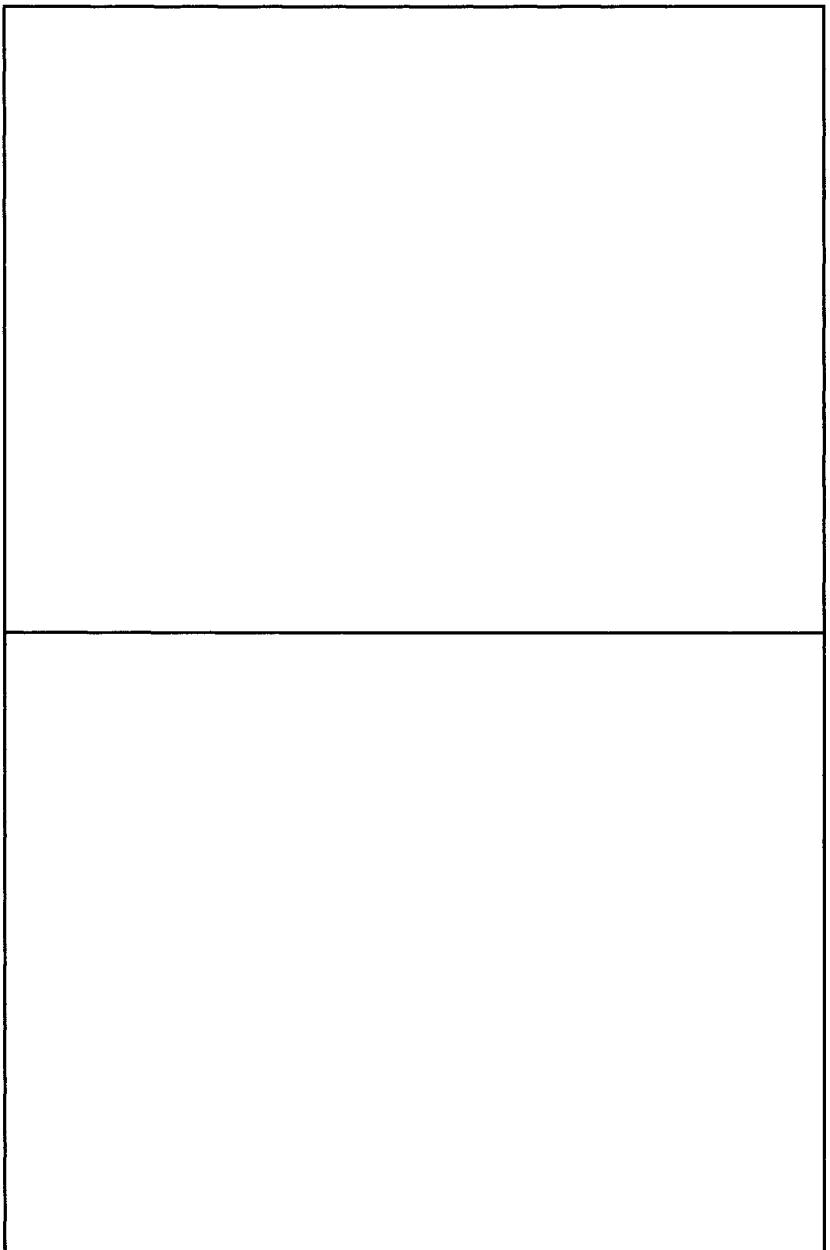


Dieter Grimm (Hrsg.)

Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts



Nomos



Dieter Grimm (Hrsg.)

unter Mitwirkung von Evelyn Hagenah

Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts / Dieter Grimm (Hrsg.) unter Mitw. von Evelyn Hagenah. – 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1990
ISBN 3-7890-2187-3
NE: Grimm, Dieter [Hrsg.]

1. Auflage 1990

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1990. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
I. Der Einfluß von Verfassungsordnungen auf die Entstehung und Entwicklung von Staatsaufgaben	9
<i>Helmut Schulze-Fielitz</i> Staatsaufgabentwicklung und Verfassung Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung der Staatsaufgaben	11
II. Rechtliche Steuerbarkeit wohlfahrtsstaatlicher Entwicklungen	49
<i>Klaus Günther</i> Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts	51
<i>Ernst-Hasso Ritter</i> Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat	69
III. Alternativen im Recht und Alternativen zum Recht	113
<i>Gunther Teubner</i> Die Episteme des Rechts Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts	115
<i>Klaus Eder</i> Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts Einige begriffliche Klärungen	155
<i>Karl-Heinz Ladeur</i> Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts Von der Schrankenziehung zur Steuerung von Beziehungsnetzen	187
<i>Gunnar Folke Schuppert</i> Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht	217
IV. Auswirkungen des Steuerungsdefizits auf die Verfassung	251
<i>Alexander v. Brünneck</i> Das Demokratieprinzip und die demokratische Legitimation der Verwaltung	253
<i>Friedhelm Hufen</i> Die Grundrechte und der Vorbehalt des Gesetzes	273
<i>Dieter Grimm</i> Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats	291
Autorenverzeichnis	307

Vorwort

Zu den Kennzeichen des Wohlfahrtsstaates gehört, daß er, anders als der Liberalismus, keine Aufgabenbegrenzung in sich trägt, sondern zur Kompensation aller erdenklichen Defizite, Benachteiligungen und Strukturmängel angehalten ist und dabei, anders als der im Prinzip ebenfalls grenzenlose Absolutismus, auf immer weniger natürliche Tätigkeitsgrenzen stößt. Der Aufgabenbestand nimmt dadurch nicht nur quantitativ zu, sondern verändert sich auch qualitativ. Die Mehrzahl der zum klassischen Aufgabenbestand der Ordnungsbewahrung und Gefahrenabwehr hinzugekommenen Aufgaben unterscheidet sich von jenen dadurch, daß sie typischerweise zukunftsbezogen und komplex sind. Im Zuge dessen macht sich eine generelle Umorientierung der Staatstätigkeit von Reaktion auf Prävention bemerkbar. Dafür ist ein anderes Instrumentarium erforderlich, als es der mit Befehl und Zwang operierende Ordnungsstaat benutzte. Die Großzahl der wohlfahrtsstaatlichen Aufgaben läßt sich nicht unter Einsatz dieser spezifisch staatlichen Mittel erfüllen, sondern muß mittels indirekt wirkender Mittel wie Motivation, Geld, Kontextänderung etc. in Angriff genommen werden. Es gehört zu den dramatischen Konsequenzen dieser Umorientierung, daß dadurch die in Jahrhunderten entwickelte rechtliche Steuerung und Kontrolle der Staatstätigkeit in Mitleidenschaft gezogen wird und nur noch im schrumpfenden Bereich der klassischen Staatstätigkeit in gewohnter Weise zum Zuge kommt.

Der vorliegende Band ist dieser Problematik und ihren Lösungsmöglichkeiten gewidmet. Dabei werden vier Fragenkreise behandelt. Als erstes geht Helmuth Schulze-Fielitz der Frage nach, ob und in welchem Maß dem Wohlfahrtsstaat, in dessen eigener Logik keine Aufgabenbegrenzung angelegt ist, von der Verfassung externe Grenzen gesetzt werden können und wie wirkungsvoll solche Normen gegebenenfalls wären. Im zweiten Teil des Bandes wird das Versagen des rechtlichen Steuerungsinstrumentariums gegenüber der wohlfahrtsstaatlichen Tätigkeit thematisiert. Klaus Günther analysiert den Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts in ihrer historischen Dimension und zeichnet dabei vor allem den Zusammenhang zwischen der Rechtsentwicklung und der Entwicklung des moralischen Bewußtseins nach. Demgegenüber behandelt Ernst-Hasso Ritter gegenwärtige Entwicklungstendenzen. Er untersucht die Möglichkeiten und Grenzen des Rechts im "kooperativen Staat" sowie die Implikationen kooperativen Staatshandelns für das Recht. In einem dritten Teil geht es um Lösungsmöglichkeiten, entweder unter Beibehaltung und Umstrukturierung oder unter Preisgabe des Rechts. Den Ausgangspunkt bildet der Beitrag von Klaus Eder, der für die Spezifizierung prozeduraler Rechtskonzepte bei begrifflicher

Klärung ansetzt. Dem folgt der Text von Karl-Heinz Ladeur, der die Prozeduralisierung des Rechts als Rechtskonzept moderner Gesellschaften expliziert, das sich auf die Bedingungen der Unsicherheit einstellt. Gunther Teubners Beitrag befaßt sich demgegenüber mit den erkenntnistheoretischen Grundlagen des "reflexiven Rechts". Wenn Gunnar Folke Schuppert abschließend nach Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht fragt, sieht er selbst keine Auswege jenseits des Rechts, sondern allenfalls solche im Recht. Der vierte Teil behandelt die Auswirkungen der geschilderten Problematik auf die Verfassung, die als zentrales Mittel zur rechtlichen Steuerung der Staatstätigkeit fungiert. Im einzelnen untersuchen Alexander von Brünneck die Auswirkungen auf das Demokratieprinzip und die demokratische Legitimation der Verwaltung, Friedhelm Hufen die Auswirkungen auf die Grundrechte und den Vorbehalt des Gesetzes und Dieter Grimm die Auswirkungen auf das Rechtsstaatsprinzip und den Rechtsschutz gegen den Staat.

Das Thema "Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts" hat sich im Laufe der Arbeit der Forschungsgruppe "Staatsaufgaben" herauskristallisiert. Die Forschungsgruppe, die sich im akademischen Jahr 1988/89 am Zentrum für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld unter Beteiligung von Juristen, Soziologen, Politologen, Verwaltungswissenschaftlern, Wirtschaftswissenschaftlern, Historikern und Philosophen aus verschiedenen Ländern zusammengefunden hatte, setzte sich mit Fragen der veränderten Staatsaufgaben in modernen Industriegesellschaften auseinander. Speziell zu dem Teilaспект der Bedeutung des Rechts für die Bestimmung und Wahrnehmung der Staatsaufgaben fand vom 20. bis 22. April 1989 am Zentrum für interdisziplinäre Forschung die Tagung "Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts" statt. Sie bildete die Grundlage für die vorliegende Veröffentlichung.

Besonderer Dank gilt dem Zentrum für interdisziplinäre Forschung, das diese Forschungsgruppe und damit auch diesen Band ermöglichte, sowie der Stiftung Volkswagenwerk, die die Arbeit der Forschungsgruppe großzügig unterstützte. Herzlicher Dank gebührt auch Frau Jegerlehner vom ZiF-Sekretariat, die die Erstellung der druckfertigen Vorlage besorgte.

Bielefeld, im August 1990

Dieter Grimm
Evelyn Hagenah

I

Der Einfluß von Verfassungsordnungen auf die Entstehung und Entwicklung von Staatsaufgaben

Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung

**Zur normativen Kraft der Verfassung für das
Wachstum und die Begrenzung von Staatsaufgaben**

I. Problemstellung

Das Thema provoziert Verlegenheiten: Schon der Begriff der Staatsaufgabe ist durchaus unklar; die Fragestellung röhrt an vorletzte, durchaus ungeklärte und hier nicht lösbarer Probleme des Staats- und Verfassungsverständnisses; und sie läßt einen breiten methodischen Spielraum zwischen einem hochabstrakten verfassungstheoretischen Zugang und konkreten verfassungsrechtlichen Interpretationen, die leicht den Anschluß an das gesellschaftstheoretische und soziale Umfeld verfassungsrechtlicher Argumentation verlieren: Die Methodenwahl präjudiziert auch hier die Antwort nach dem Einfluß der Verfassungsordnung auf die Staatsaufgaben. Der folgende Versuch, diesem Dilemma auf einer mittleren Ebene zu entkommen, erfolgt in vier Schritten: Nach einer Klärung des Begriffs der verfassungsstaatlichen Staatsaufgaben (II.) skizziere ich die neuere Verfassungsentwicklung im Lichte der Staatsaufgabenentwicklung (III.), um die normative Bedeutung der Verfassung einerseits für die Entwicklung (IV.), andererseits für die Begrenzung der Staatsaufgaben (V.) abzuschätzen.

II. Staatsaufgaben als Verfassungsaufgaben

Der Begriff der Staatsaufgaben erscheint durchaus ungeklärt (ausf. Bull 1977: 43 ff.; Krautberger 1971: 37 ff., 97 ff.; ferner Isensee 1988: Rn. 115, 132 ff.). Er nimmt Teil an der Ungeklärtheit dessen, was den Staat und sein Handeln heute (in Distanz und Nähe zur Gesellschaft) charakterisiert, zumal im heutigen Geflecht der (an dieser Stelle vernachlässigten) internationalen Beziehungen. Er läßt sich zudem sehr unterschiedlich fassen: empirisch oder normativ, verfassungsunabhängig oder verfassungsstaatsspezifisch, aus der Perspektive des Staates mit seinen besonderen Handlungsformen oder aus der Blickrichtung der Gesellschaft und der Funktionen des Staates für die Gesellschaft, juristisch-dogmatisch in einer handlungsanleitenden Perspektive oder verfassungstheoretisch i.S. einer metadogmatischen Betrachtungsweise. Der Begriff ist überdies belastet mit jenen

staats- und verfassungstheoretischen Traditionen, die sich mit Staatszielen, Staatszwecken, mit dem Gemeinwohl bzw. den öffentlichen Interessen befassen. Schließlich verbinden sich mit dem interdisziplinären Begriff der Staatsaufgaben nicht nur juristische, sondern etwa auch verwaltungs- und organisationswissenschaftliche, finanz-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche, geschichtliche, philosophische oder politische Bedeutungsgehalte von je eigenem Gewicht (Becker 1974: 755 ff.). Ich muß nachstehend verschiedentlich von Grundannahmen ausgehen, ohne sie jeweils ausführlich begründen zu können.

Der Begriff der "Staatsaufgabe" läßt nicht deutlich werden, daß die Aufgaben des Staates nach dem Typus des westlichen Verfassungsstaats von vornherein nach Maßgabe allein der Verfassung zu bestimmen sind (Häberle 1986: 600 f.). Für die Bundesrepublik ist das Grundgesetz "Grundlage des staatlichen Geschehens schlechthin" (Stern 1984: 12). Ein solches Verständnis hebt sich ebenso ab von (a) den historischen Traditionen der Staatszwecklehren und ihren Äquivalenten wie (b) von neueren Versuchen, auch unter der Geltung des Grundgesetzes den Staat als solchen zum allein maßgeblichen, dem Grundgesetz vorausliegenden Bezugspunkt des Staatsrechts zu erklären und damit der Verfassung vorzuordnen.

1. Traditionen der Staatszwecklehren

Die traditionelle Frage nach dem Zweck des Staates zielt auf dessen Rechtfertigung: Der Staatszweck soll die Staatsgewalt begründen und beschränken. Diese Denktradition (Jellinek 1914: 229, 230 ff.; Hespe 1964; Isensee 1968: 67 ff.; Herzog 1971: 107 ff.; Saladin 1973, 552 ff.; Stolleis 1974: 198 ff.; Bull 1977: 17 ff.; Link 1979: 132 ff., 1990; Maier 1980: bes. 157 ff.; Preu 1983: 102 ff., 176 ff., 196 ff., 226 ff., 276 ff.; Zippelius 1985: 109 ff.; Michel 1986: 39 ff.) fundierte in ihrer naturrechtlichen Wendung den neuzeitlichen Polizeistaat des 18. Jahrhunderts (Scheuner 1979: 467 ff.): Ziel der Tätigkeit des Staates wie des Monarchen war die Realisierung des "Gemeinwohls" (*bonum commune*). Praktisch war dessen Konkretisierung beim Landesherrn monopolisiert und konnte deshalb die Ausdehnung des staatlichen Aufgabenkreises auch zugunsten des Wohlfahrtszweckes des Staates begründen (Bull 1977: 20 ff.; Link 1979: 137 f.; Scheuner 1979: 475 ff.). Mit der Entfaltung des liberalen und rationalistischen Staatsdenkens, philosophisch mit Immanuel Kant, verfassungsgeschichtlich mit dem Verfassungsgedanken, verschob sich der Akzent der Staatszwecklehren auf die Beschränkung der Wirksamkeit des Staates und die normative Minimierung seiner Wohlfahrtszwecke (Grimm 1987: 111 ff.; Maier 1980: 203 ff.; vgl. auch Link 1979: 150 ff.), ehe im Laufe des 19. Jahrhunderts das Hegelsche Paradigma der Unterscheidung von

Staat und Gesellschaft die Staatszwecklehre ablöste. Die Kennzeichen der weiteren Entwicklung: Der Staat wurde namentlich im organistischen Staatsdenken Selbstzweck (Hespe 1964: 20 ff.; Stolleis 1974: 209 ff.; Scheuner 1979: 488); mit der Entfaltung der juristischen Methode im Staatsrecht wird die Bestimmung der Staatszwecke zu einer nur politischen, außerrechtlichen Frage erklärt (C. F. von Gerber); oder aber die Frage zielte in ergänzender sozialwissenschaftlicher Staatslehre auf relativ-konkrete Zwecke (Georg Jellinek), ehe sie dann, in kennzeichnendem terminologischen Wandel (s.a. Herzog 1971: 106), zur Frage nach den Staatsaufgaben mutierte. Die Staatszwecklehre verkümmerte in der Allgemeinen Staatslehre (als sozialwissenschaftlicher Lehre), weil der staatsrechtliche Positivismus diese Fragen methodisch aus dem Staatsrecht verbannt hat (Link 1979: 153; Starck 1984: 869 f.). Die Weimarer Kritiker des staatsrechtlichen Positivismus thematisierten die Frage der Staatszwecke allenfalls mittelbar (Hespe 1964: 76). Unter dem Grundgesetz hat vor allem Hans Peters die Staatszwecke mit Hilfe des Subsidiaritätsprinzips begründen und eingrenzen wollen (Peters 1956: Sp. 531 ff.).

Ein Rückgriff auf diese heterogene Tradition der Staatszwecklehren ist schon deshalb nur begrenzt aussichtsreich, weil die inhaltliche Bestimmung der Staatszwecke jeweils nur die gewandelten philosophischen Grundströmungen bzw. den "Zeitgeist" spiegelt. Es gibt offenbar keine Staatszwecke "an sich", sondern nur solche, die ein je konkretes Gemeinwesen in einer je konkreten Zeit einem je konkreten Staat zuweist. Die Kategorie der "Staatsaufgabe" liegt zudem logisch auf einer Ebene unterhalb abstrakter Staatszwecke oder Staatszielbestimmungen; diese werden durch Staatsaufgaben konkretisiert. Selbst wenn man unverändert "Allgemeine" Staatslehren, spezifiziert auf den Typus der westlichen Verfassungsstaaten, für erkenntnisförderlich halten sollte (krit. Häberle 1965: 382; Morlok 1988: 25 ff.), so erscheinen deren Aussagen über Staatsaufgaben regelmäßig informationsarm und von geringer Aussagekraft, etwa zum "regelungsintensiven Industriestaat" (Zippelius 1985: 333 ff.) oder zu den "Aufgaben des freiheitlichen, vielfältigen Wohlfahrtsstaates" (Fleiner-Gerster 1984: 31 ff.). Denn die Vielfalt und die Unterschiedlichkeit der Staaten und ihrer Aufgaben verdeutlichen eine Abhängigkeit von den je konkreten Verfassungsordnungen; gerade deren Unterschiede sind es, die umstritten und Anlaß der Staatsaufgabendiskussion sind - nicht aber die allgemeinen Aufgaben (wohl) jedes Staates, z.B. für ein Mindestmaß innerer Rechtssicherheit zu sorgen (vgl. Matz 1977: 86). Gleichwohl bleibt die Grundfrage nach Sinn und Grenzen verfassungsstaatlicher Tätigkeit berechtigt und ein verfassungstheoretisches und -rechtliches Desiderat: Nicht zufällig widmet sich die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer auf ihrer Jahrestagung 1989

u.a. dem Thema "Staatszwecke im Verfassungsstaat - 40 Jahre Grundgesetz" (dazu Bethge 1989; Brugger 1989; Bull 1989; Maunz 1989; Link 1990; Ress 1990).

2. Die Konstitutionalisierung des Gemeinwohls

Eine Erörterung der Staatsaufgaben im Verfassungsstaat lässt sich idealtypisch auf zwei Weisen akzentuieren. Entweder werden die verfassungsstaatlichen Aufgaben als abhängige Variable vorgegebener Staatszwecke aufgefaßt (a), oder umgekehrt erscheint die Verfassung als abschließende verbindliche Grundentscheidung über die Staatszwecke (b).

a. Vorordnung des Staates gegenüber der Verfassung?

Den ersten Ansatz hat jüngst Josef Isensee prominent ausgearbeitet (Isensee 1987: bes. Rn. 41 ff.). Der moderne Staat wird danach als logisch und historisch (für das Grundgesetz Isensee 1987: Rn. 5 ff., 119 ff. im Anschluß an BVerfGE 36, 1 [16]; Starck 1985: Rn. 28) "präkonstitutioneller Grundtypus" durch die Verfassung zwar aktualisiert, entfaltet und komplettiert; die Verfassung kann aber nur an das verfassungsvorgegebene Organisationsmodell des modernen Staates anknüpfen (Isensee 1987: Rn. 20 ff., 1988: Rn. 41 ff.), als dessen "erster, konstitutiver", allein wesensmäßiger Zweck Frieden und Sicherheit bestimmt (Isensee 1987: Rn. 63, 96) und als dessen spezifisches Instrument das Gewaltmonopol als "eine Art Blankovollmacht" zur je angemessenen Lösung der aktuellen Gemeinwohlprobleme im Sinne einer zielindifferenten Effizienz anerkannt werden (Isensee 1987: Rn. 97 f., 72; zu verfassungsstaatlichen Einschränkungen der Allzuständigkeit aber ders. 1988: Rn. 157 ff.). Die Verfassung ist auf den Staat hin entworfen und ist deshalb aus dessen "Natur der Sache" zu interpretieren (Isensee 1987: Rn. 144, 174); sie fügt ihm legitimierende Substanz in Form von Freiheit (demokratischer Rechtsstaat) und sozialer Gerechtigkeit (sozialer Rechtsstaat) als Staatszielen (nur) hinzu (Isensee 1987: Rn. 101 ff., 1988: Rn. 119), aber unter Beachtung der unverfügbareren vor(verfassungs)staatlichen Gegebenheiten, z.B. der Freiheit (Isensee 1987: Rn. 15, 91, 128), der Entscheidung der Machtfrage "zugunsten des staatlichen Systems, das über den Inhalt der Normen letztverbindlich entscheidet", wie der Pflicht zum Gehorsam (Isensee 1987: Rn. 92 ff.). Jenseits solcher abstrakten Festlegungen bleibt die Konkretisierung des Gemeinwohls, das ebenfalls zunächst Ausdruck einer vorverfassungsmäßigen Idee richtigen staatlichen Handelns ist (so Isensee 1988: Rn. 1 ff.), verfassungsrechtlich unentschieden und den Grundrechtsträgern und letztverantwortlich den staatlichen Institutionen aufgegeben (Isensee 1987: Rn. 106, 142).

Dieser Ansatz wendet sich programmatisch gegen die "staatsabgewandte Dogmatik einer selbstgenügsamen, introvertierten Verfassung" (Isensee 1987: Rn. 3). Er gewinnt seine Überzeugungskraft aus einer Sensibilität für die Zerbrechlichkeit des Verfassungsstaates als eines ungesicherten Projekts der Moderne. Sein (zu) hoher Preis liegt darin, daß die Verfassung und ihre Auslegung unter den Vorbehalt eines vorverfassungsrechtlichen Staatsbildes und seiner zum Wesen erklärten Zwecke gestellt wird. Damit wird einmal mehr (objektiv) ein Weg eröffnet, "den" Staat auch gegen die demokratische Verfassung und ihre Auslegung zu aktivieren. Dieser Einwand ist entgegen Isensee (1987: Rn. 21 f., 25) nicht begriffslogisch zu widerlegen: Danach soll zwar nicht ein apriorischer, sondern gerade ein der Demokratie gemäßer, der Verfassung korrespondierender Staatsbegriff erfragt werden. In der Durchführung dieses Programms entpuppt sich dieser "moderne Staat" indessen u.a. als Staat schlechthin (Rn. 41), als verfassungsindifferent (Rn. 91), als eine Antithese zur Idee der menschlichen Freiheit (Rn. 100), zu dessen Formen totalitäre Staaten, Despotien und Verfassungsstaaten gleichermaßen gehören (Rn. 53, 72). Die Verfassung wird nicht als alleinige konstitutive Grundlage staatlichen Handelns betrachtet (vgl. allg. krit. Rupp 1987: Rn. 17), sondern in ihrer konstitutiven Wirkung für die Begründung und Begrenzung der Staatsziele und -aufgaben halbiert und damit geschwächt. Das gilt um so mehr, als eine Grenzziehung zwischen dem Staatszweck "Frieden und Sicherheit" und den "Verfassungszwecken" unvermeidlicherweise unklar bleibt.

b. Staatsaufgaben als Verfassungsaufgaben

Der andere (idealtypische) Weg nimmt die Verfassung und ihren für den westlichen Verfassungsstaat charakteristischen Anspruch ernst, konstitutiv, umfassend und universal, Rechtsgrund und Maßstab für die staatliche Herrschaftsausübung zu sein (s. dazu Grimm 1988: 12). Auch das Grundgesetz ist in dieser Perspektive ein vollständiges Rahmenprogramm samt Verfahrensordnung zur Konkretisierung eines aufgegebenen Gemeinwohls durch Staat und Gesellschaft (s. etwa v. Arnim 1984: 127 ff.; Häberle 1978: 483, 1970: 708 ff.; krit. zur "Totalität der Verfassung" Isensee 1986: 19 ff.). Staatsaufgaben sind Verfassungsaufgaben (s.a. Grabbe 1979: 37). Das gilt freilich *nicht* in dem Sinne, daß sich jedes staatliche Handeln besonders auch im Bereich politischen Handelns auf einen bloßen "Vollzug" der Verfassung reduzieren ließe. Die auf Verfassungsebene entschiedenen Gemeinwohlkonkretisierungen sind von höchst unterschiedlichem Konkretionsgrad, in ihrer Systematik zu heterogen und in ihrer Gewichtung zueinander selber zu sehr konkretisierungsbedürftig, als daß die Verfassung ausreichend dicht determinieren und die Entscheidungsspielräume staatlichen Handelns auf wenige

Entscheidungsmöglichkeiten reduzieren könnte. Dennoch konstitutionalisiert das Grundgesetz alle maßgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien (Dreier 1986: 29 ff.; Schulze-Fielitz 1988a: 227 ff. m.Nw.; Morlok 1988: 94 ff.) und die Verfahren zu ihrer Konkretisierung - und damit auch das Gemeinwohl als Verfassungsaufgabe.

Diese zweite Position dürfte einige allgemeine Vorzüge aufweisen. Der Verfassung wird der ihr zukommende Vorrang eingeräumt. Die Gemeinwohkkonkretisierung unterliegt einer (begrenzten) rechtlichen Kontrolle und kann insoweit effektiviert werden. Die Wertgebundenheit und das immer wieder zu erneuernde Legitimationsbedürfnis des Verfassungsstaats bleiben sichtbar. Speziell unter dem Gesichtspunkt der Staatsaufgaben erscheint dieser Ansatz auch deshalb vorzugs würdig, weil diese sich unschwer als Stufen der Konkretisierung von konstitutionalisierten abstrakteren Verfassungszielen begreifen lassen (so auch Stern 1984: 18; Saladin 1973: 557; ferner Isensee 1988: Rn. 115). Staatsaufgaben sind hiernach *stets* auf letzte Grundsatzaussagen der Verfassung zurückführbar, z.B. auf das sehr weite Sozialstaatsprinzip. Vor allem wird deutlich, daß Staatsaufgaben nicht isoliert als solche, sondern wie der Staat allgemein (vgl. v. Arnim 1989: 158) nur im Zusammenhang mit gesellschaftlichen und privaten Aufgaben nach Maßgabe der Verfassung als Grundordnung für Staat *und* Gesellschaft angemessen behandelt werden können.

3. Staatsaufgaben und die Modalitäten staatlichen Handelns

Staatsaufgaben beziehen sich begrifflich *nicht nur* auf die *inhaltlichen Ziele* bzw. "Finalprogramme" einer Verfassungsordnung. Die Diskussion der Staatsaufgaben wird vielmehr kompliziert durch die Verknüpfung mit der *Art und Weise* rechtsstaatlicher Handlungs- und Organisationsformen; Isensee (1988: Rn. 118 und 154) spricht von "sekundären Staatszielen" bzw. von "instrumentalen Staatsaufgaben". Insoweit lassen sich z.B. die gesetzlich zugewiesenen *Aufgaben des Staates als Träger der Hoheitsverwaltung*, die Aufgaben von (ausgegliederten, dem Staat gegenüber rechtlich verselbständigteten) Verwaltungseinheiten (vor allem der Selbstverwaltung) und solche hoheitlichen Aufgaben unterscheiden, mit denen einzelne Private vom Staat punktuell beliehen worden sind; in allen Fällen handelt es sich um staatliche Aufgaben (grds. Peters 1965: 880; Bull 1977: 47 ff.; anders für kommunale Aufgaben Becker 1974: 776), die im Bundesstaat zudem gemäß Art. 30 GG grundsätzlich auf Zentralstaat und Gliedstaaten verteilt sind (s.a. Klein 1965: 757 f.).

Von solchen staatlichen Aufgaben sind begrifflich andere, ebenfalls öffentliche Aufgaben zu unterscheiden, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt,

die aber durch Private nach Privatrecht (oder auch nach öffentlichem Recht) erfüllt werden, möglicherweise unter Überwachung durch staatliche Behörden, nicht aber vom Staat selber (s. z.B. Kirberger 1978: 56 ff.; Schuppert 1981: 157 f.; Isensee 1988: Rn. 136 ff.). - Andere identifizieren bewußt "öffentliche" mit "staatlichen" Aufgaben (z.B. Grabbe 1979: 35 f.). Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war insoweit widersprüchlich (Krautzberger 1971: 97 ff.); das kann als Symptom für den Mangel an einer ausgebauten Staatsaufgabenlehre angesehen werden (Ossenbühl 1971: 159). Eine bestimmte verfassungstaatliche Staatsaufgabe, z.B. die Schulbildung, kann auf verschiedene Weise rechtlich unterschiedlich, aber funktional äquivalent erfüllt werden: durch den Staat selber als staatliche Aufgabe oder eben auch durch Private als nichtstaatliche Aufgabe nach Privatrecht, wenn auch unter staatlicher Aufsicht (Peters 1965: 880 f., 888 f., 890 f., 983).

Die Diskussion von Staatsaufgaben erstreckt sich auch auf die Fragen, in welchen Bereichen der Gesellschaft der Staat aus Gründen des öffentlichen Interesses Rahmenbedingungen durch Privatrecht oder durch öffentliches Recht setzen soll (Fleiner-Gerster 1984: 26 f., 32, 33), z.B. zur Kontrolle gesellschaftlicher Macht. Es geht darum, ob und wie der Staat als Gesetzgeber Verantwortung wahrnehmen soll und/oder ob und wie er statt durch direkt intervenierendes Recht durch andere Formen des Rechts oder durch andere Medien, z.B. durch Finanzierung oder Personal steuert. Das Grundgesetz setzt nicht nur Maßstäbe für die Staatlichkeit als solche, sondern für das gesamte Gemeinwesen, formuliert also für Staat *und* Gesellschaft maßgebliche Wertentscheidungen (Häberle 1978: 122 f.; v. Arnim 1984: 170 f.; Sachverständigenkommission 1983: Rn. 1 ff.). Staatsaufgaben im weiteren Sinne orientieren sich nicht an einer Dichotomie des Entweder/Oder von Staat oder Gesellschaft, Staat oder Markt, sondern werden als öffentliche Gemeinwohlaufgaben vom Staat, in rechtlich gesteuerten, differenziert abgestuften Formen staatlichen und gesellschaftlichen Zusammenwirkens in der Öffentlichkeit sowie (nur) von Privaten erfüllt (vgl. zur Trias von Staat, Öffentlichkeit und Privatheit Häberle 1970: 211 ff.; 1986: 603 f.; krit. Schuppert 1981: 92 f., 165 f.; Bull 1977: 49 f.). Der Kern der Staatsaufgaben-Diskussion liegt in den Abstufungen der öffentlich-rechtlichen Organisationsrahmen für die private Freiheitsbetätigung im öffentlichen Interesse.

Die maßgebenden Kriterien für diese juristisch geprägten Unterscheidungen sind *formal* die Nähe zu der dem Staat eigentümlichen Fähigkeit einseitig-hoheitlichen Handelns, *material* die Abgrenzung von inhaltlichen Aufgabenkreisen unter dem Gesichtspunkt, ob die spezifisch staatlich überlegene Handlungs- oder Rechtssetzungsmacht zweckmäßigerweise im öffentlichen Interesse einzusetzen ist.

Beide Kriterien erweisen sich zunehmend als unscharf, insoweit Aufgaben und Befugnisse des Staates auseinanderzudriften scheinen. Die Hoheitlichkeit staatlichen Handelns wird durch vielfältige rechtliche und informale Formen der indirekten Interventionen, der Kooperation bzw. des Zusammenwirkens mit den Gesetzesadressaten ergänzt oder abgelöst (s. zuletzt Hill 1989: 324 f.; s.a. Bulling 1989: 277 ff.; Kirchhof 1988: Rn. 157 ff., 171 ff.; Grimm 1987: 79 f.; für das politische System Lehner 1988: 260 ff. m.Nw.; Willke 1983: 128 ff.; s.a. Schulze-Fielitz 1984: 46 ff., 108 f.). Andererseits sperren sich bestimmte vom Staat zu verfolgende Aufgaben gegen einen einseitig rationalen Gestaltungsanspruch durch spezifisch rechtliche Regelungsformen (Schulze-Fielitz 1988b: 764 f.; s.a. Offe 1987: 312). Beides scheint sozialwissenschaftlich eher als Krise staatlich-hierarchischer Steuerung im Sinne einer Überlastung der Politik gedeutet zu werden (s. etwa Matz 1977: 95 ff.; Luhmann 1981: 152 ff., 123 ff.; Willke 1983: 119 ff.; v. Arnim 1987: 21; Lehner 1988: 264 f.) denn als ein bloßer Funktionswandel staatlicher Handlungsformen in Anpassung an veränderte Gesellschaftsverhältnisse. In den Diskussionen um Staatsentlastung, Entstaatlichung, Entbürokratisierung, Dezentralisation (auch: "dezentrale Kontextsteuerung"), Deregulierung, Entrechtlichung, Privatisierung, Selbststeuerung oder Subsidiarität usw. vermengen sich diese beiden Fragen von Form und Inhalt auf eine oft kaum entwirrbare Weise.

III. Zur historischen Entwicklung der Staatsaufgaben

1. Empirische Entwicklung

Staatsaufgaben werden zum Problem, weil es in freiheitlichen Staaten Grenzen ihres unregelmäßig-stetigen Wachstums geben muß. Staatsausgaben sind ein mittelbarer Indikator für das Wachstum von Staatsaufgaben. Ungeachtet von Problemen der rechnerischen Ermittlung läßt sich für alle westlichen Verfassungsstaaten seit über hundert Jahren ein tendenziell gleichartiges Wachstum des Anteils der Staatsausgaben (etwa im Sinne der gemeinsamen Haushalte der Gebietskörperschaften der Sozialversicherung) am Volkseinkommen feststellen (s. etwa Schuppert 1981: 213 ff.). Die Zahlenangaben schwanken im Detail, nicht im Grundsatz. Nach Günter Hesse (1979: 11) stieg dieser Anteil von 18,5 % (1872) auf 39,8 % (1972). Diese Entwicklung wurde zuerst (1876) beobachtet von Adolph Wagner und als "Gesetz der wachsenden Staatstätigkeit" bekannt (vgl. dazu Schuppert 1981: 221 ff.; Kohl 1985: 26 ff.). Dieses Wachstum erfolgte in "Schüben", die namentlich im Zusammenhang mit Aufrüstungsphasen, dem Ausbau der

sozialen Sicherung und der Bildungseinrichtungen sowie staatlichen Konzentrationsbemühungen aufgrund der Weltkriege sowie der Weltwirtschaftskrise 1929 stehen (Kohl 1985: 187 ff., 219 ff.; Abelshauser 1987: 15 ff.; s.a. Maier 1989: 9 f.). In den 70er Jahren dieses Jahrhunderts ist diese "Staatsquote" (zur Definition und geringen Aussagekraft Littmann 1975; Kohl 1985: 179 ff.) in der Bundesrepublik von 39,1 % (1970) auf 49,8 % (1981) gesprungen (Watrin 1984: 46); auf diesem Niveau hat sie sich eingependelt. Ähnliche Steigerungsraten (bei unterschiedlichem Ausgangsniveau) gelten für alle anderen OECD-Staaten (vgl. Röhle/Veen 1979). Stellt man auf den Staatsverbrauch in Relation zum Bruttoinlandsprodukt ab, so ist in den USA und in Großbritannien der Staatsverbrauch wesentlich höher (Krupp 1982: 17 ff.); die Entstaatlichungsdiskussion wird nicht zufällig wesentlich dort geführt. Diese Steigerungsraten gründen im Wachstum wohlfahrtsstaatlicher Zweckverfolgung, überproportional im Anstieg der Leistungen der Sozialversicherung (Sozialtransfer) sowie der Expansion des Bildungssektors. Ihnen korrespondiert ein Wachstum der im öffentlichen Sektor Beschäftigten (Watrin 1984: 46 f.; Schuppert 1981: 224 f.; Krupp 1982: 6, 15 ff.) und ein wohl generelles Wachstum der *Staatsfunktionen* bzw. des Bedarfs an staatlichen Steuerungsleistungen (s. nur Jänicke 1986: 19 ff.; Scharpf 1987: 117; Fürst 1987: 263 ff.) - vor allem im Sinne einer verstärkten Nachfrage nach staatlichen Regeln und Verrechtlichungen (regulative Leistungen), nach erhöhter Legitimation durch den politischen Willensbildungsprozeß sowie nach erhöhten staatlichen Infrastruktur- und Entsorgungsinvestitionen, um die allgemeinen volkswirtschaftlichen Produktionsbedingungen zu verbessern bzw. allgemeine Produktionsfolgen zu beseitigen.

2. Die Staatsaufgaben in der deutschen Verfassungs(text)entwicklung

a. Zur Vorgeschichte des Grundgesetzes

Diese tatsächliche Entwicklung spiegelt sich partiell auch in der Entwicklung der Texte der deutschen Verfassungen, freilich diachron, entsprechend den Zäsuren der Jahre 1871 - 1919 - 1949, und auch insoweit nicht ungebrochen. Die Staatsaufgaben in der Reichsverfassung von 1871 sind ganz geprägt von Fragen der inneren und äußeren Sicherheit (vgl. Art. 4, 33 ff., 57 ff. RV), aber auch der Sicherung und des Ausbaues der wirtschaftsrelevanten Infrastruktur (Art. 41 ff., 48 ff., 53 ff. RV). Die Weimarer Reichsverfassung nahm programmatisch und deklaratorisch zusätzlich die neuen Sozialstaatsaufgaben in ihren Kompetenzkatalog und den Katalog über Grundrechte und Grundpflichten auf (Art. 7 ff., 109 ff., bes. 151, 153 ff. WRV). Deren Auslegung durch herrschende Lehre und Rechtsprechung blieb dem klassisch-liberalen Ideal verhaftet (vgl. Huber 1981: 112 ff., 1081 ff.; Grimm

1987: 153 ff.). Zahlreiche Länderverfassungen vor 1949 knüpften an diese Tradition sozialer Versprechungen in Form von allgemeinen Aufgabennormen, Programmen zur Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialgestaltung, Schutzaufträgen und kulturellen Grundsatzvorschriften an (vgl. Sachverständigenkommission 1983: Rn. 15): Art. 1, 11 ff., 23, 86 Verf. Baden-Württemberg; Art. 3, 106, 124 ff., 128 ff., 138 ff., 153, 164 f., 166 ff., 171 Verf. Bayern; Art. 12, 14, 16, 17 19 Verf. Berlin; Art. 1, 8, 11 f., 14, 21, 25 ff., 31, 35 ff., 49, 50, 54, 56, 58, 65 Verf. Bremen; Art. 27 ff., 35, 55 ff., 59, 60, 62 Verf. Hessen; Art. 6 ff., 17 f., 24 ff. Verf. Nordrhein-Westfalen; Art. 1, 24, 27 ff., 37, 40, 51 ff., 74 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 23, 25 ff., 43 ff., 60 Verf. Saarland (abgedruckt bei Pestalozza 1988). Das Grundgesetz hat davon abweichend in seiner Gestaltung der Grundrechte zwar die klassisch-liberalen Rechtstraditionen betont, hat aber durch die gewollte Überantwortung der sozialen Ausgestaltungsaufgabe an den Gesetzgeber (Art. 20, 28, 72 ff. GG) und den Prozeß der Entwicklung zum Wohlfahrtsstaat nach Maßgabe des Sozialstaatsprinzips eine staatsaufgabenfreundliche Auslegung erfahren (Sachverständigenkommission 1983: Rn. 10 ff.).

b. Die materiellen Staatsaufgaben des Grundgesetzes

Das Grundgesetz formuliert die Frage nach Staatsaufgaben auf zwei Problemebenen: den *materiellen Aufgaben*, die sich auf die Inhalte, Gegenstände usw. des staatlichen Handelns beziehen, und den das staatliche Handeln spezifisch charakterisierenden *Formen und Mitteln* (s.u.). Die unübersehbare sachliche Vielfalt der inhaltlichen Staatsaufgaben lässt sich nur begrenzt typologisch oder sachbereichsspezifisch systematisieren (s. aber Bull 1977: 211 ff.; Saladin 1984: 118 ff.; staatsziel- bzw. staatszweckbezogen auch Hug 1954; Isensee 1988: Rn. 117 f.; Bethge 1989: 842 ff.). Sie werden im Grundgesetz primär auf den vier normtechnisch verschiedenen Ebenen der Staatszielbestimmungen, Kompetenzregeln, Grundrechte und sonstigen Handlungsaufträge, insbesondere Gesetzgebungsaufträge formuliert (Badura 1986: 200 ff.; Kirchhof 1988: Rn. 28).

(aa) Unter den *Staatszielbestimmungen* ragt in der Staatsaufgabendiskussion das soziale Staatsziel heraus (vgl. in diesem Sinne z.B. Bull 1977: 163 ff.; Stern 1984: 16 ff.; Badura 1986: 195 ff.; Isensee 1988: Rn. 121 ff.), weil es für das Grundgesetz normativ neuartig war und zugleich Ausdruck wie Impulsgeber für das Wachstum und die Entwicklung der Aufgaben des grundgesetzlichen Verfassungsstaates ist. Die generelle Zurückhaltung des Grundgesetztextes gegenüber nicht unmittelbar umsetzbaren, besonders auch finanziell abhängigen Aufgabenformulierungen hat zur Konzentration auf das Sozialstaatsprinzip als Anknüpfungspunkt geführt. Auch die sonstigen Staatszielbestimmungen wie z.B. das Verbot des An-

griffskrieges (Art. 26 GG) oder der innere Frieden als Staatsziel (Starck 1984: 871 ff.) oder die Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts bei der Haushaltsgestaltung (Art. 109 GG) formulieren Grundsätze für staatliches Handeln, die für künftige staatliche Aktivitäten richtungweisend wirken (s.a. Scheuner 1972: 232 ff.). Staatszielbestimmungen im Sinne der Staatsrechtslehre (begriffsprägend Ipsen 1950: 21 ff.; ausf. bilanzierend Michel 1986: 110 ff.) und konkrete Staatsaufgaben lassen sich nach unterschiedlichen Abstraktionsgraden unterscheiden; gemeinsam ist ihnen ihre Eigenart als Verfassungszielbestimmungen, die es rechtfertigt, Staatszielbestimmungen auch als Staatsaufgaben zu diskutieren.

(bb) Auch *Grundrechte* stellen den Verfassungsstaat vor die Aufgabe staatlicher Förderung (grdl. Häberle 1972: 103 ff.; s.a. Bull 1977: 157 ff.; Scheuner 1972: 228 f.; Isensee 1988: Rn. 148, 170) und setzen ihm nicht nur Grenzen. Deutlich wird das bei ausdrücklich konstitutionalisierten sozialen Grundrechten als Aufgabennormen für den Gesetzgeber. Für das Grundgesetz hat die Grundrechtsdogmatik auch für dessen liberal formulierte Freiheitsrechte objektivrechtliche "Grundrechtsaufgaben" des Verfassungsstaates erarbeitet (Häberle 1972: 104; s.a. als Zwischenbilanzen Rüfner 1981: 387 f.; Alexy 1985: 458 ff., 465 ff.; Kirchhof 1988: Rn. 35 ff.), indem sie die reale Wahrnehmbarkeit von Freiheitsrechten als Element in die grundrechtlichen Freiheitstatbestände einbezieht - Ausdruck einer wohl defizitären Sparsamkeit und eines (zu) hohen Abstraktionsgrades der sonstigen Staatsaufgabenformulierungen im Grundgesetz.

(cc) Auch zahlreiche *Kompetenzbestimmungen* der Art. 72 ff., 83 ff. GG sind weit mehr als bloß negative Abgrenzungsregeln zwischen Bundes- und Landesgesetzgebung bzw. -verwaltung. Kompetenzbestimmungen sind zwar keine Aufgaben und verpflichten nicht zu einem bestimmten Handeln (Bull 1977: 52 f., 152 ff.); sie lassen aber als Folge einer Aufgabenzuweisung implizit die konkrete Vielfalt der heute durch Gesetzgebung zu verfolgenden Staatsaufgaben erkennen und zeigen an, daß der Bund in den benannten Bereichen hinsichtlich des "Ob" legitimerweise als Staat gegenüber den Bürgern tätig werden kann und auch soll (grdl. Ehmke 1963: 90; Scheuner 1972: 234 ff.; Pestalozza 1972: 170 f.; s.a. Stern 1984: 16; Isensee 1988: Rn. 140, 147).

(dd) Als vierte (Rest-)Gruppe lassen sich ausdrückliche *Handlungsaufträge für den Staat* von sehr unterschiedlichem Gewicht ermitteln, die über das ganze Grundgesetz verteilt sind - von der Präambel mit dem Ziel der Selbstaufgabe des westdeutschen Teilstaates zugunsten eines wiedervereinigten deutschen Staates (vgl. allg. Häberle 1982: 224 ff.) über spezielle Gesetzgebungsaufträge (z.B. Art. 6 Abs. 5 GG) bis hin zu konkret erwähnten Aufgaben wie der zu einer dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht entsprechenden Haushaltswirtschaft in Art. 109

GG (Bull 1977: 149 ff.). Solche Teilaufgaben sind als Konkretisierung von abstrakter formulierbaren Staatszielbestimmungen zu begreifen; sie spiegeln in ihrer Heterogenität eine historische Kontingenz verfassungstextlicher Formulierungen von Staatsaufgaben (Herzog 1988: Rn. 36).

c. Die formell-instrumentalen Staatsaufgaben

Zu den Staatsaufgaben gehören auch die Fragen nach dem "Wie" seiner Aufgabenerfüllung. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet die Verwirklichung der inhaltlichen Staatsaufgaben allein nach Maßgabe und im Rahmen von Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG); einseitig-hoheitliches Handeln allein nach Maßgabe des Gesetzes oder durch Gesetzgebung nach Maßgabe der Verfassung sind als Ausdruck des "Monopols legitimer physischer Gewaltksamkeit" (Max Weber) ein charakteristisches Kennzeichen des Rechtsstaates.

In der juristischen Dogmatik dominiert unverändert die Vorstellung einer Hierarchie des positiven Rechts und seiner Quellen (Verfassungsgesetz, Parlamentsgesetz, Rechtsverordnung, Satzung, privatrechtliches Handeln des Staates). Die nicht nur ergänzende, sondern z.T. schlechthin konstitutive Funktion der Rechtsprechung für die Rechtskonkretisierung und die vielfältigen Erscheinungsformen der sog. "schlicht-hoheitlichen" Staats- und Verwaltungspraxis (durch Informationen, Finanzierungen u.a.) stören diese rechtsformorientierte Sichtweise, wie sich vor allem in der Frage der juristischen Methodik zeigt. Zum anderen erlauben Mischformen und Abstufungen des rechtlichen und nichtrechtlichen Handelns eines arbeitsteilig organisierten, spezialisierten und pluralistischen Staates (vgl. Schuppert 1987: 757 ff.; Bryde 1988: 182 ff.) diesem ein sehr differenziertes Sich-Einlassen auf je spezifische gesellschaftliche Lebensbereiche (ausf. Kirchhof 1988: Rn. 102 ff.). Sozialwissenschaftlich verbreitete Modellvorstellungen (etwa von einem einseitig "regulierenden" Gesetzgeber) werden der realen Vielfalt rechtsstaatlichen Wirkens nicht gerecht; auch der antithetische Begriff der "Kooperation" (vgl. dazu J.J. Hesse 1987: 68 ff., 80, 83) ist gleichermaßen viel zu grob. Es fehlt an hinreichend differenzierenden, typologisierenden Modellen der Abstufungen staatlicher Regelungsmodi über die Differenzierung nach regulierender, personeller, prozeduraler, struktureller und finanzieller Steuerung (so Schuppert 1989a: 145 m.Anm. 100) hinaus, etwa in "Verbundsystemen" (Offe 1975: 264 ff.; Fürst 1987: 265, 277), wie sie beispielhaft im Verwaltungsorganisationsrecht für verselbständigte Verwaltungseinheiten erarbeitet worden sind (Schuppert 1981: 5 ff., 72 ff., 171 ff.) und grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig sind (Schuppert 1981: 375; Bryde 1988: 186 ff.; zu punktuellen Grenzen ebd. 189 ff. sowie Haverkate 1988: 243 ff.).

Ungeachtet der "Entzauberung des Staates" (Willke: 1983) nur (!) als einer monolithischen, zentralisierten Steuerungseinheit bleibt das parlamentarische Gesetz das zentrale Steuerungsmedium (Sachverständigenkommission 1983: Rn. 35; Schulze-Fielitz 1988a: 152 f. m.Nw.), bleibt für das Grundgesetz Rechtsetzung eine maßgebliche Voraussetzung für Gleichheit gewährleistendes verfassungsstaatliches Handeln, das sich freilich nicht in Gesetzgebung erschöpft. Die als Krisenphänomene viel diskutierten Wandlungen von der einseitig-hoheitlichen Regulierung durch Recht (und seiner Ge- oder Verbote) zu jenen Formen der Kooperation, "prozeduralen Steuerung" u.ä. lassen sich auch als Wandel staatlicher Handlungsformen in Antwort auf veränderte gesellschaftliche Regelungsbedürfnisse begreifen. In bestimmten Sachbereichen (z.B. im Recht der öffentlichen Sicherheit) stehen Ge- und Verbote unverändert im Zentrum. In anderen Sachbereichen versucht der Gesetzgeber, in weicheren Formen seine Ziele zu erreichen; hier übernimmt der Gesetzgeber auch "Moderatorenfunktionen" (J.J. Hesse 1987: 80; Fürst 1987: 280; Offe 1987: 313; s.a. Schuppert 1989b: 100 ff.). Noch dort, wo der Gesetzgeber im Hinblick auf gesellschaftliche Agreements auf Handeln überhaupt verzichtet, wirkt aber allein schon die Möglichkeit seines hoheitlichen Handelns präventiv, so unzureichend ihre Realisierung auch wäre. Der Relativierung des parlamentarischen Gesetzes als direkten Steuerungsmittels korrespondiert eine gesteigerte Bedeutung des Gesetzes.

3. Entwicklung neuerer Verfassungstexte im internationalen Vergleich

Die Zurückhaltung des Grundgesetzes bei der Formulierung von Staatsaufgaben entspricht nicht den aktuellen Prozessen der Verfassungsentwicklung. Verfassungsvergleichend läßt sich beobachten, daß in neueren Verfassungstexten westlicher Verfassungsstaaten zunehmend Staatsaufgaben konkret benannt werden (vgl. Häberle 1986: 601 ff.; Stern 1984: 11). Die individuellen Grundrechte der griechischen Verfassung von 1975 (zit. nach: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1983: 360 ff.) beispielsweise werden unter Überschreitung einer rein individualistischen Orientierung im Kontext von sozialen und kulturellen Grundrechtsaufgaben des Staates formuliert. So ist dem Verfassungstext zufolge Bildung eine "Grundaufgabe des Staates" (Art. 16 Abs. 2), stehen z.B. Sport, Eigentum, Mutterschaft und Kindesalter, Obdachlose und Arbeit (u.a. durch "Sicherung der Vollbeschäftigung"), weiter die natürliche und kulturelle Umwelt unter dem besonderen Schutz des Staates (Art. 16 Abs. 9, 17 Abs. 1, 21 Abs. 1 und 24 Abs. 1 Verf. Griechenland) (dazu Iliopoulos-Strangas 1983: 410 f.).

Auch die Verfassung *Portugals* (1976/82) (zit. nach: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1983: 446 ff.) formuliert in Art. 9 ausdrücklich grundlegende Staatsziele und enthält im Grundrechtsteil (Art. 12 - 79) allenthalben nach den Freiheitsrechten einen Abschnitt über "wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und Pflichten" mit ebenso zahlreichen wie detaillierten Staatsaufgaben, von der Vollbeschäftigungspolitik (Art. 59 Abs. 3) bis zur Sportförderung (Art. 79 Abs. 2). Ähnliche Entwicklungstendenzen lassen sich für die *Schweiz*, die *Niederlande* oder für *Spanien* feststellen (vgl. Häberle 1985: 311 ff., 371 ff., 1986: 601 ff.).

In dieser Konstitutionalisierung der Staatsaufgaben sind für den vorliegenden Gedankengang folgende *Grundtendenzen bemerkenswert* (Häberle 1986: 601 ff.):

(a) Die neueren Verfassungen begnügen sich nicht mit einer "Generalvollmacht" für den Staat, sondern weisen dem Staat neuerdings immer differenzierter und konkreter Aufgaben zu. Diese beziehen sich weniger auf die für den neuzeitlichen Staat zunächst konstitutiven Aufgaben wie innere Sicherheit, äußerer Frieden u.a. als auf soziale, kulturelle und wirtschaftliche Ziele, wie sie im Zuge der Verfassungsentwicklung für den westlichen Verfassungsstaat eigentlich geworden sind. Staatsaufgaben sind verfassungsgeschichtlich variabel.

(b) Diese Verfassungstexte unterscheiden insoweit nur grob abgestuft zwischen grundlegenden, allgemeinen (z.B. Innere Sicherheit) und weniger grundlegenden, speziellen Staatsaufgaben (z.B. Sportförderung), ohne daß sie die verschiedenen Aufgaben im übrigen näher hierarchisieren. Die Formulierungen von Staatsaufgaben sind primär an der jeweiligen Sache orientiert, nicht aber an verfassungsdogmatischen Abgrenzungen etwa zu Staatszwecken, Staatszielen, Staatsstrukturentscheidungen. "Staatsaufgabe" ist eine Sammelkategorie von kontingent gewachsenen verfassungsrechtlichen Finalprogrammen für Inhalt und Regeln der Modi staatlicher Tätigkeiten.

(c) Staatsaufgaben sind nicht nur normtechnisch heterogen, teils in Präambeln, Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträgen, teils in Grundrechten, teils in Kompetenznormen formuliert; sie stehen auch sachlich oft nebeneinander, ohne daß Zielkonflikte zwischen ihnen ausdrücklich generell gelöst werden könnten.

(d) Staatsaufgaben sind in ihren konkreten Erscheinungsformen nie vollständig normiert (s.a. Kirchhof 1988: Rn. 8), schon weil die Verfassungstexte insoweit meist nur das empirische Wachstum der Staatsaufgaben nachträglich im Text spiegeln (können) und ihr Anspruch auf Dauerhaftigkeit entwicklungsoffene Texte und Strukturen fordert. Eine vollständige Normierung ist nur möglich, insoweit sich Staatsaufgaben auf abstrakte Staatszwecke (Staatszielbestimmungen) zurückführen lassen, als deren Konkretisierung sie erscheinen (s.a. Matz 1977: 83).

IV. Die normative Bedeutung der Verfassung für die Staatsaufgabenentwicklung

1. Der allgemeine normative Zusammenhang

Die Staatsaufgaben-Diskussion verläuft weitgehend unabhängig von der verfassungsrechtlichen Entwicklung. Bezugspunkte sind die Tätigkeiten, Gründe und Möglichkeiten "des" Staates, wie unklar der Begriff des Staates auch sein mag (vgl. Schuppert 1989b: 91 ff.; Hartwich 1987: 3 ff.). Vorrangig im *interdisziplinären* Gespräch scheinen soziale, politische oder ökonomische Kategorien zu sein. Dennoch bestehen Zusammenhänge zwischen Verfassungsentwicklung und Staatsaufgabenentwicklung, die mehr als nur symbolischer Art sind.

a. Impulse aufgrund der Verfassunggebung

Auf einer sehr allgemeinen, globalen Argumentationsebene ist das historische Argument verbreitet, mit der Entfaltung des demokratischen Sozialstaats wachse auch die Tendenz zur Ausweitung von Staatsaufgaben bzw. Staatsausgaben (Grimm 1987: 77 ff.; Kohl 1985: 161 ff., 225). Verfassungsrechtlich gesprochen: Die Durchsetzung des demokratischen Verfassungsstaats und damit des allgemeinen und gleichen Wahlrechts führe zum Wachstum der Staatsaufgaben (vgl. auch Grimm 1987: 77, 153). Dies lässt sich durch Theoreme über Verteilungskoalitionen stützen (Lehner 1988: 254, 257 f.).

Gleichwohl ist ein solcher Zusammenhang speziell mit der *Verfassungsentwicklung* eher locker. Dafür spricht prima facie das tendenziell gleichartige Aufgabenwachstum in *allen* westlichen Industriegesellschaften, unabhängig von der verfassungsstaatlichen Ausgestaltung; gewichtiger erscheinen demnach wirtschaftliche Erklärungsmuster (vgl. Kohl 1985: 145 ff., 170). In der deutschen Entwicklung hat das Wachstum der Staatsaufgaben lange vor der Durchsetzung des allgemeinen Wahlrechts (1919), unter den nicht-demokratischen Bedingungen der Bismarck-Ära, seine entscheidende neue Qualität gewonnen als eine Antwort auf die "soziale Frage" (Watrin 1984: 47 ff.), die zu geben dem Kaiserreich wahrscheinlich gerade wegen seiner nicht-demokratischen Strukturen möglich war (Grimm 1987: 72; Alber 1987: 107 f., 132 f.). Auch lässt sich die Entwicklung zum Sozialstaat Bismarckscher Prägung mit empirischen Gründen als Versuch "von oben" zur präventiven Abwehr der (sozial-)demokratischen (Verfassungs-)Bewegung interpretieren, die auf den Staat als "Umverteilungsagentur" zielte: Wahlrechtsentwicklung und Sozialversicherungsentwicklung erfolgten ganz unabhängig voneinander (Alber 1987: 127 ff.). Ein Prozeß der weiteren Konzentration und des

Wachstums der sozialen Staatsaufgaben lässt sich in der Weimarer Republik, auch wegen der Durchsetzung des Wahlrechts, beobachten (Abelshauser 1987: 11 ff., 15 ff.; Alber 1987: 155 ff.), aber ebenso auch nach Beseitigung der demokratischen Verfassung von 1933 feststellen, freilich aus unterschiedlichen Gründen. So unbezweifelbar daher demokratische Verfassungsentwicklung und Staatsaufgabewachstum zusammenhängen: Unmittelbare Kausalbeziehungen lassen sich hier nur auf einer Abstraktionsebene feststellen, die wohl keine konkreten Beurteilungsperspektiven für die Rechtfertigung der Staatsaufgaben heute erlaubt. Ebenso scheinen die Unterschiede zwischen Zentralstaaten und Bundesstaaten, zumal im internationalen Vergleich, keine Auswirkungen auf die Staatsquote zu haben (Kohl 1985: 222, 229).

b. Die Verfassung als Anregung und Schranke der Staatsaufgabenentwicklung

Dennoch erweist sich auf einer konkreteren Ebene die Verfassung als "Anregung und Schranke" (Rudolf Smend) für Staatsaufgaben, wenn man einmal die Änderungen des Grundgesetzes ansieht. Die *anregende* Kraft lässt sich am Beispiel der aktuellen verfassungspolitischen Debatte um eine Ergänzung des Grundgesetzes durch eine "*Umweltschutzklausel*" verdeutlichen. Eine solche Änderung würde nach verbreiteter Ansicht verfassungsrechtlich weder ein neues Staatsziel noch eine neue Staatsaufgabe verankern, sondern nur eine bestehende verdeutlichen, wie groß auch immer die derzeitige verfassungsrechtliche "Schutzlücke" sein mag (Isensee 1988: Rn. 128 ff.; Kloepfer 1988: 308 ff.; Depenheuer 1987: 814; Michel 1986: 264 ff., 299 ff., 310; Wienholtz 1984: 546 ff.). Die Befürworter einer solchen Verfassungsänderung versprechen sich von ihr deshalb primär eine anregende Kraft, die die Argumente des Umweltschutzes im öffentlichen Prozeß der Rechtsfindung verstärkt (vgl. Sachverständigenkommission 1983: Rn. 141 ff., 160 ff.; Kloepfer 1988: 315 f.); sie wissen sich zudem im Einklang mit der internationalen Verfassungs(text)entwicklung. Auch sonst lässt sich zeigen, daß Staatsaufgaben um so eher - auch mit Nachhilfe des Bundesverfassungsgerichts - staatliches Handeln erzwingen, je konkreter diese Aufgaben verfassungsrechtlich ausformuliert sind. Doch liegt gerade darin das Problem: Je mehr die Verfassung dem Staat konflikthaft zu lösende Gestaltungsaufgaben zuweist, desto schwächer wird mittelbar die normative Kraft der Verfassung (Grimm 1972: 501 ff.; s.a. Kloepfer 1988: 306).

Die *begrenzende* Kraft der Verfassung für die Staatsaufgabenentwicklung wird deutlich an jenen Verfassungsänderungen, die die verfassungsrechtlichen Grenzen für neue Aufgaben beseitigt bzw. modifiziert haben, z.B. die schrittweise Ausweitung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes oder die im Zuge der wirt-

schaftspolitischen Modernisierung 1966/67 erfolgte Anpassung von Art. 109 GG bzw. der Finanzverfassung an die damaligen wirtschaftspolitischen Optionen (vgl. Roßnagel 1981: 222 ff., 242 f., 247 ff., 258, 278). Weniger nach dem Inhalt als nach den Mitteln scheint das Grundgesetz Grenzen zu formulieren. Auch wenn die Erfolge der dadurch ermöglichten Wirtschaftspolitik heute weithin skeptisch eingeschätzt werden (Stern 1984: 18 f.) - die damalige Verfassungsänderung war eine Bekräftigung der normativen Kraft der Verfassung als Schranke (primär) für die Wahl der Mittel (Modalitäten) staatlichen Handelns. Die normative Kraft der materiellen Verfassungsaufgaben erscheint demgegenüber eher gering - warum?

2. Staatsaufgaben als Konkretisierung von Verfassungsgrundsätzen

a. Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln

Die Bestimmung der von der Verfassung ausdrücklich oder implizit vorgesehenen Staatsaufgaben ist eine Frage der Auslegung der Verfassung. Damit ist eine seit Jahrzehnten umstrittene Grundfrage der Verfassungstheorie angesprochen. Die Streitintensität gründet einerseits in der Frage nach der besonderen, gegenüber dem sonstigen Recht abgehobenen Funktion der Verfassung, andererseits im hohen Abstraktionsgrad der zentralen verfassungsrechtlichen Normen. Die neueren Arbeiten zur Methodenlehre, die Anschluß an den erreichbaren Stand der analytischen Philosophie gewonnen haben, haben auf erhöhtem Niveau zwei ältere Einsichten bekräftigt.

Erstens haben sprachlich sehr abstrakte (vage oder poröse) Verfassungsbe- griffe einen breiten, vom Wortsinn als "Grenze jeder Auslegung" her nur begrenzt eindeutig bestimmbaren Sinn (Koch/Rüßmann 1982: 188 ff., 210 ff.; s.a. Morlok 1988: 85 ff., 124 ff.), der durch (z.B. gesetzgeberische oder verfassungsgerichtliche) Entscheidungen im öffentlichen Prozeß der Verfassungsentwicklung "besetzt" werden kann.

Zweitens lassen sich unter den Rechtsnormen der Verfassung klassifikatorisch zwei Erscheinungsformen von Rechtsnormen unterscheiden: Rechtsgrundsätze (Rechtsprinzipien) und Rechtsregeln (grdl. Dworkin 1984: 54 ff.; Alexy 1979: 63 ff., 1985: 71 ff.; s. schon Esser 1974: 39 ff., 47 ff., 69 ff., 87 ff., 132 ff., 141 ff.). *Rechtsregeln* bestimmen definitiv und auch sprachlich für jedermann eindeutig, wie ein bestimmtes Rechtsproblem bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen im konkreten Fall zu entscheiden ist. Beispiele sind etwa die meisten Regeln des Staatsorganisationsrechts. *Rechtsgrundsätze* enthalten, obwohl unmittelbar gelten- des Recht, nur Tendenzaussagen, weil es eine unübersehbare Fülle denkbarer Ausnahmen im Einzelfall gibt, die sich auf dieser Abstraktionsebene nicht ab-

strakt-generell vorentscheiden lassen; sie sind in diesem Sinne nicht strikt anwendbar, sondern angesichts entgegenstehender Regeln oder Rechtsgrundsätze konfliktbereichsspezifisch konkretisierungsbedürftige Optimierungsgebote (Alexy 1979: 79 ff., 1985: 75 ff.; s.a. Koch/Rüßmann 1982: 244 ff.; krit. Penski 1989: 109 f.). - Nach anderer, funktionalistisch inspirierter Sichtweise geht es um Normen, die auf der Ebene von Werten (statt Personen, Rollen oder Programmen) formuliert sind (vgl. Morlok 1988: 113 ff., s.a. 121 ff.). Es bedarf dann auf der Ebene des konkreten Falles jeweils einer wertenden und gewichtenden Abwägung zwischen den konfigrierenden, je geschützten Rechtsgütern. Die seit langem bekannten verfassungsdogmatischen Figuren der "praktischen Konkordanz" (Konrad Hesse) oder des "schonendsten Ausgleichs" (Peter Lerche) werden so von der allgemeinen Rechtstheorie bestätigt.

Allgemein lassen sich in diesem Sinne vor allem die Grundrechte und die Staatszielbestimmungen als Rechtsgrundsätze qualifizieren. Dabei ist eine zusätzliche, freilich wohl nicht immer trennscharfe Differenzierung beachtlich: zwischen *Rechtsprinzipien*, die sich auf individuelle Rechte einzelner oder von Gruppen beziehen, und *Zielsetzungen* (Dworkin: policies), die sich auf kollektive Güter beziehen (Dworkin 1984: 145 ff.); eine ähnliche Differenzierung unterteilt die Rechtsgrundsätze in Ziel- und Verhaltensnormen: Zielnormen legen ein bestimmtes Verhalten zur Zielerreichung nicht fest; Verhaltensnormen bestimmen die Art des Verhaltens (Penski 1989: 107 f.). Ein wesentlicher Unterschied zwischen Rechtsprinzipien und Zielsetzungen besteht darin, daß Rechtsprinzipien funktionell-rechtlich gesehen für die Gerichte unmittelbar entscheidungsanleitend sind, während Zielsetzungen politischer Kompromiß- und Ausgleichsentscheidungen durch die demokratischen Institutionen bedürfen, ehe sie für den Richter unmittelbar entscheidungsanleitend sein können (Dworkin 1984: 150); diese Unterscheidung ist auch im Streit um den Charakter der Grundrechte als Teilhaberechte ein maßgeblicher Entscheidungsgesichtspunkt gewesen (Alexy 1985: 461 ff.). Ein anderer Unterschied besteht darin, daß Rechtsprinzipien für verschiedene Anwendungsfälle widerspruchsfrei angewendet werden müssen, während Zielsetzungen von Fall zu Fall unterschiedlich, ja widersprüchlich konkretisiert werden können (Dworkin 1984: 154 ff.).

Die Rechtsnormen des Grundgesetzes lassen sich also (idealtypisch) entweder als Rechtsregeln, als Rechtsprinzipien oder als Zielsetzungen interpretieren, wobei sie (realtypisch) oft einen Doppelcharakter haben (Alexy 1985: 121 ff.); gleichwohl sollen Prinzipien und Regeln klassifikatorisch qualitativ streng getrennt werden (Alexy 1985: 76 f.; s.a. Eßer 1974: 94 f.). Soweit sie Rechtsprinzipien normieren, besonders bei Grundrechten, wird die Unvermeidlichkeit von Abwägungsprozes-

sen deutlich; soweit sie Zielsetzungen formulieren, wird deutlich, daß die Anwendbarkeit von Verfassungsrecht vermittelt wird durch konkretisierendes Staatshandeln der demokratischen Institutionen.

b. Staatsaufgaben und Konkretisierung von Verfassungsgrundsätzen

Damit wird auch die verfassungsrechtliche Rolle der Staatsaufgaben deutlicher. Sowohl die Optimierungsgebote namentlich der Grundrechte als objektiver Rechtsprinzipien wie (vor allem) die sonstigen unterschiedlich abstrakten Zielsetzungen der Verfassung geben als Verfassungsgrundsätze dem Staat bestimmte Handlungsaufträge zur optimalen Konkretisierung der verfassungstextlich normierten Ziele. Genau darin liegt eine charakteristische Eigenart der final programmierten verfassungsstaatlichen *Staatsaufgaben*: Sie müssen *erst auf die Ebene konkreter, anwendbarer Regeln* und Handlungen *umgesetzt* werden - *in einem primär politisch-kompromißhaft gesteuerten Prozeß des Abwägens und Gewichtens*, dessen Entscheidungsergebnisse verfassungsrechtlich gar nicht oder allenfalls schwach determiniert sind (so auch Brugger 1989: 2428, 2431; Sachverständigenkommission 1983: Rn. 27). Weil dieser Prozeß ein *politischer* Optimierungsprozeß ist, haben die konkreten finalen Textformulierungen der einzelnen Verfassungen nur eine schwache Determinationskraft für die Entwicklung der tatsächlich wahrgenommenen Staatsaufgaben, ist die Staatsaufgabendiskussion keine spezifisch juristisch dominierte Diskussion. Die verbreitete Forderung nach neuen staatlichen Prioritätensetzungen (z.B. Stern 1984: 19) mag berechtigt sein oder nicht - sie ist nicht als verfassungsrechtlich zwingend anzusehen, sondern als ein Argument von relativem Gewicht im verfassungsrechtlich strukturierten Prozeß der Konkretisierung von Verfassungsgerechtigkeit (vgl. Schulze-Fielitz 1988a: 232). Dieser Prozeß der Bestimmung der öffentlichen Gemeinwohlaufgaben wird strukturiert durch gerechte Verfahrensregeln (auch) nach Maßgabe der Verfassung (Kirchhof 1988: Rn. 50 ff.; Kirberger 1978: 89 ff.; Krautberger 1971: 103 ff.); seine Ergebnisse müssen sich immer wieder neu an den materiellen Gerechtigkeitskriterien des Grundgesetzes bewähren (vgl. auch Fleiner-Gerster 1984: 35 ff.) und sind prinzipiell und praktisch sehr variabel. - Demgegenüber sind die *Modalitäten* staatlichen Handelns im Verfassungsrecht, die formell-instrumentalen Staatsaufgaben, durch unmittelbar anwendbare *Regeln* relativ ausführlich, eindeutig und in Art und Wirkungsintensität statisch festgelegt, etwa die Regeln des öffentlichen Dienstes, der Finanzierung, des Staatsorganisationsrechts, der Mittel staatlichen Handelns u.a.

3. Verfassungstheoretische Folgerungen

Damit lassen sich bilanzierend einige allgemeine verfassungstheoretische Folgerungen für die Frage nach der normativen Kraft der Verfassung für die Staatsaufgabenentwicklung ziehen.

(a) Auch der Verfassungsstaat der Gegenwart kann im Sinne einer latenten Allzuständigkeit *prinzipiell alle* Aufgaben übernehmen, deren Inangriffnahme durch den Staat ein Gemeinwesen für zweckmäßig hält (z.B. Ossenbühl 1971: 153 f.; Eichenberger 1977: 103 ff.; Henseler 1983: 547 ff.; Isensee 1988: Rn. 156 ff.; s.a. Schulze-Fielitz 1988a: 188 ff.). Es gehört zu dem in den Verfassungen kodifizierten und seit der Aufklärung angestrebten rationalen Gestaltungsanspruch, daß der Verfassungsstaat das zur Gemeinwohlverwirklichung Erforderliche tun kann - freilich nicht im Sinne einer allumfassenden "General- und Blankovollmacht" im Handeln (so Krüger 1966: 760 f.), sondern nur nach Maßgabe des Verfassungsrechts. Allzuständigkeit meint nicht Alleinzuständigkeit (Kirchhof 1988: Rn. 3).

(b) Die weithin verbreitete, z.T. historisch erklärbare Abschichtung etwa in primäre (notwendige, geborene, natürliche, obligatorische usw.) und sekundäre (nachrangige, fakultative usw.) Staatsaufgaben (so z.B. Eichenberger 1977: 107, 113 f.; Watrin 1984: 59 ff.; ausf. Nw. bei Bull 1977: 99 ff.; s.a. Stern 1984: 11 f., 15 ff., 23; Isensee 1988: Rn. 152 f.) ist nicht nur unergiebig, weil die Verfassung solche Unterscheidungen nicht trifft. Auch objektive Abgrenzungskriterien zwischen genuin öffentlichen und typischen privaten Aufgaben fehlen (Pappermann 1984: 104 f.; v. Arnim 1984: 471). Das Grundgesetz stellt primär die Verfahren zur situationsgerechten Konkretisierung der Staatsaufgaben nach Maßgabe und in Bindung an das Verfassungsrecht bereit, weil die Bestimmung und Gewichtung der final programmierten Staatsaufgaben im Rahmen der Verfassung je nach Lage durch den öffentlichen politischen Prozeß neu erfolgen kann und muß.

(c) Die All-Fähigkeit des Staates setzt ihn prinzipiell (wohl zunehmend) unbegrenzten Erwartungen der Gesellschaft bzw. der Bürger aus, der Staat werde neue Probleme lösen, sofern er sie nur angehe (Eichenberger 1977: 105); Staat und Verfassung gewinnen dadurch neue Funktionen von Sinnstiftung mit Breitenwirkung, die ihn zu überfordern drohen (Matz 1977: 90 ff.). Um so dringlicher stellt sich die Frage nach Grenzen staatlicher Aufgabenerfüllung.

V. Normative Kraft der Verfassung für die Begrenzung der Staatsaufgaben

1. Erscheinungsformen einer Begrenzung der Staatsaufgaben

Die Möglichkeit einer Begrenzung der Staatsaufgaben wird bezweifelt von Kritikern, die die einmal vom Staat übernommenen Aufgaben für weitgehend irreversibel halten und nur eine Aufgabenselektion oder die Änderung der Prioritäten anstreben (Eichenberger 1977: 107). In der Tat kann die Staatsaufgabendiskussion nicht den Sinn haben, eine soziale und rechtliche Verfassungsentwicklung verfassungspolitisch rückgängig zu machen, die die Maßstäbe von klassischem Liberalismus um sozialstaatliche Maßstäbe angereichert hat. Andernfalls wäre die Diskussion des Umfangs der Staatsaufgaben nichts anderes als eine Neuauflage jener altbekannten Diskussionen um Spannungen innerhalb der Verfassung, die mit Begriffspaaren wie Individualität/Sozialität, Rechtsstaat/Sozialstaat, Minimalstaat/Wohlfahrtsstaat oder auch liberale Grundrechte/soziale Grundrechte bezeichnet werden können. Die verbreitete Abschichtung von "notwendigen", sicherheitsbezogenen und nachrangigen, leistungsbezogenen Staatsaufgaben aktualisiert jene Unterscheidungen, die sich dann leicht gegeneinander ausspielen lassen. Verfassungsrechtlich geht es eher um Akzentverlagerungen innerhalb der Einheit der bestehenden Verfassung.

Die Erscheinungsformen einer Begrenzung der Staatsaufgaben werden deutlich, wenn man sich grundsätzlich *sechs Möglichkeiten der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben* verdeutlicht (Isensee 1988: Rn. 139), so sehr eine klare Abgrenzung im konkreten Einzelfall Schwierigkeiten bereiten mag: (1) Der Staat nimmt eine Aufgabe selber in unmittelbarer Staatsverwaltung wahr. (2) Der Staat gliedert verselbständigte öffentlich-rechtliche (Selbst-)Verwaltungseinheiten aus, die die Aufgaben fachlich selbstständig, u.U. unter Partizipation Privater, aber unter staatlicher Rechtsaufsicht in mittelbarer Staatsverwaltung wahrnehmen. (3) Er gliedert privatrechtliche Organisationseinheiten aus, die aber in staatlicher Trägerschaft verbleiben und öffentliche Aufgaben verwaltungsprivatrechtlich erfüllen. (4) Er überträgt oder überlässt spezielle öffentliche Aufgaben punktuell an Private (oder Kirchen) unter Verzicht auf eine eigene (öffentlicht-rechtliche oder privatrechtliche) Verwaltungsorganisation, beeinflusst insoweit aber die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben durch Finanzierungshilfen und/oder Aufsichts- oder Kontrollrechte. Dieser heterogene Bereich der "Trabanten des Verwaltungssystems" lässt sich nach dem Grad der Abhängigkeit vom Staat näher typisieren (Schuppert 1981: 168 ff.; Grabbe 1979: 41 ff.; s.a. Pappermann 1984: 105 ff.) in die Wahrnehmung

öffentlicher Aufgaben (a) durch freigemeinnützige Träger (z.B. Stiftungen, Wohlfahrtsverbände, auch: Kirchen, obwohl es sich formell um Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt), (b) durch Übertragung öffentlicher Aufgaben zur Durchführung an Private unter Beibehaltung der öffentlichen Verantwortung (z.B. Übertragung der Abfallentsorgung auf private Unternehmer), (c) durch Formen der (hoheitlichen) Beleihung oder der Inpflichtnahme Privater oder (d) der sonstigen vertraglichen Übertragung öffentlicher Aufgaben an Private (von Hilfstaatlichkeiten bis zur generellen Übertragung z.B. der Betreibung von Kultureinrichtungen). (5) Der Staat überläßt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gänzlich der Privatautonomie bzw. der Gesellschaft, stellt dieser aber privatrechtliche Rahmenbedingungen bereit, deren Beachtung er punktuell kontrolliert, und regt die private Aktivitätsentfaltung punktuell an. (6) Der Staat verzichtet auf jede Einflußnahme zugunsten der freien Aktivitäten von Privaten im öffentlichen Interesse (im Rahmen der allgemeinen Straf-, Zivil- und Verwaltungsgesetze).

In diesem Sinne zielt die Begrenzung der Staatsaufgaben im Sinne von *Staatsentlastung* auf eine Verlagerung der Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse von einer staatsnäheren auf eine staatsfernere Stufe. *Privatisierung* erfaßt alle Möglichkeiten der Verlagerung bislang staatlicher Aufgaben (Stufe 1 und 2) oder unter staatlicher Trägerschaft durch privatrechtliche Organisationsformen erfüllter Aufgaben (Stufe 3) auf Private (vgl. auch Lecheler 1980: 69; Tofaute 1984: 82 f.). *Dezentralisierung* sucht die Aufgabenerfüllung auf die untersten Einheiten der Staatsverwaltung oder auf verwaltungsprivatrechtliche Organisationsformen im Interesse von mehr Bürgernähe zu verlagern. *Entbürokratisierung* zielt demgegenüber auf die *Formen* staatlichen Handelns auf der je einzelnen Stufe: Rechtliche Regeln der Arten staatlichen Handelns sollen aufgelockert oder abgeschafft werden und durch marktwirtschaftlich bzw. betriebswirtschaftlich bewährte Steuerungstechniken ergänzt oder ersetzt werden (stärkere Beachtung von Rentabilitätskriterien, Betonung des Leistungsprinzips u.a.). *Deregulierung* überträgt jene Lockerung rechtlicher Regeln allgemeiner auf die Rahmenregeln für gesellschaftliche Autonomie, bezieht sich also nicht nur auf das öffentliche Recht.

Mit solchen Maßnahmen der Staatsentlastung, Privatisierung, Entbürokratisierung und Deregulierung sind für die verfolgten Aufgaben wie für die Betroffenen selektiv bestimmte *Vorteile und/oder soziale Belastungen* verbunden (Grabbe 1979: 103 ff.). Die Abwägungen der dabei einschlägigen Gesichtspunkte (etwa Mittelstandspolitik; Lohnniveauunterschiede; Unterschiedlichkeit von sozialen Leistungen; Haushaltsentlastungen; Leistungsverbesserungen oder Ungleichgewichte im Versorgungsniveau; haftungsrechtliche und steuerrechtliche Folgen u.a.) ist primär

eine Aufgabe der politischen Instanzen. Fraglich bleibt, ob und wie hier die Verfassung konkrete normative Wirkung entfaltet oder entfalten kann.

2. Zentrale Verfassungsmaßstäbe für die Begrenzung von Staatsaufgaben

Auf der Suche nach materiellen Verfassungsmaßstäben zur Begrenzung von Staatsaufgaben oder nach Kriterien für die Aufgabenverteilung von Staat und Gesellschaft findet man sich allerdings vor allem auf solche hochabstrakten Zielbestimmungen und Rechtsgrundsätze der Verfassung verwiesen (s. z.B. Fleiner-Gerster 1984: 35 ff.), die sich der liberal-rechtsstaatlichen Tradition verdanken. Ihre praktische Wirksamkeit für die Auswahl und Gewichtung der Staatsaufgaben ist dennoch zweifelhaft (s. etwa Eichenberger 1977: 112; Pappermann 1984: 109 ff.; Funk 1980: 454 ff., 458, 467). Hier scheinen die Antwortmöglichkeiten des Verfassungsrechts zugunsten politischer Antworten zu enden. Dies sei nachstehend an einigen zentralen materiellen Maßstäben illustriert.

a. Freiheitsgrundrechte

Eine ebenso zentrale wie selbstverständliche Beschränkung staatlicher Aktivitäten folgt aus den Freiheitsgrundrechten des einzelnen als liberalen Abwehrrechten gegen nicht vom Grundrechtsvorbehalt gedeckte oder sonst übermäßige hoheitliche Eingriffe. Maßstäblich sind die Ziele in Verfolgung von Staatsaufgaben in ihrem Verhältnis zum tatbestandlich geschützten Freiheitsbereich. Je stärker man den staatsabwehrenden Charakter der Grundrechte betont, desto eher lässt sich eine strikt liberale Sicht staatlichen Handelns begründen, die zu einem generellen Vorrang individueller Freiheitsentfaltung am Markt und in der Gesellschaft gelangt; eine solche Überdehnung widerspricht den in Grundrechtstheorie und Rechtsprechung anerkannten sozialen Dimensionen der Freiheitsgrundrechte.

Indessen lässt sich die rechtliche Begrenzung staatlichen Handelns nicht allein aus der Perspektive einer Zweierbeziehung zwischen individuellem Bürgerrecht und Staat erfassen (s. etwa Bull 1977: 7). Der Staat ordnet auch die gesellschaftlichen Beziehungen zwischen den Bürgern. Er handelt ferner wirkungsvoll auch dann, wenn er nicht in individuelle Grundrechte eingreift, z.B. durch faktisches oder fiskalisches Handeln, Planen, Unterlassen, Organisieren, so sehr solche Verhaltensweisen im Einzelfall Grundrechtseingriffe darstellen können (s. etwa BVerwGE 71, 183; Ossenbühl 1986; Schulte 1988: 516 ff.). In diesen Fällen wird der weithin anerkannte Charakter von Grundrechten als rechtsverbindlichen objektiven Wertentscheidungen und ihre institutionelle, leistungs- und verfahrensrechtliche Dimension wirksam (s. nur Häberle 1983a: 70 ff., 332 ff., 369 ff.). Diese

Grundrechtsdimensionen sind in besonderer Weise interpretations- oder ausgestaltungsbedürftig und deshalb ebenso "ideologieanfällig" wie ambivalent. Grundrechte lassen sich einerseits schnell als "Aufruf zu staatlicher Selbstbeschränkung" ausdeuten (Stern 1984: 22). Ihren objektiven Dimensionen entspringt aber der positive, staatsaufgaben-begründende Charakter im Sinne leistungsstaatlicher "Grundrechtspolitik" (Häberle 1972: 105) zur Ermöglichung von Freiheit, auch im Sinne besonderer Organisation und Verfahren für Kooperationsformen zwischen Staat und Gesellschaft; freilich darf der einzelne dadurch nicht korrumptiert werden (v. Arnim 1984: 165 ff.). Die jeweils richtigen Folgerungen aus der Mehrdimensionalität von Grundrechten lassen sich nur anhand der einzelnen Staatsaufgabe ausreichend konkretisieren; dem Katalog der Grundrechte ist keine feststehende Grenze zu entnehmen, mit deren Überschreitung der Umfang der Staatsaufgaben insgesamt verfassungswidrig würde (Funk 1980: 463).

b. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Als allgemeiner Begrenzungsmaßstab für staatliches Eingriffshandeln lässt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aktivieren, soweit er nicht bereits im Rahmen der je einzelnen Grundrechte seine spezifische Ausprägung gefunden hat. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet primär freiheitsbeschränkende Staatsaufgabenverwirklichung an die Kriterien der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Mittel zur Zielverwirklichung; eine strengere Prüfung der Frage, ob es nicht auch andere, mildere Mittel gibt, ginge zu Lasten des Einschätzungsmessens des Gesetzgebers und könnte auch das Staatsaufgabenwachstum beschränken. Sekundär lässt sich der Verhältnismäßigkeitsgedanke nicht nur für Freiheitseingriffe, sondern auch für das soziale Leistungshandeln des Staates fruchtbar machen (Stern 1984: 18; Haverkate 1983: 11 ff.; Schulze-Fielitz 1979: 80 f., 284, 389; s.a. Dechsling 1989: 88 ff.); freilich fehlt es insoweit an den klaren Konturen einer durch eine jahrzehntelange Rechtsprechung kultivierten Dogmatik. Beiden verfassungsrechtlichen Erscheinungsformen der Angemessenheitsprüfung liegt die Tendenz zugrunde, politisch-kompromißhafte Wertungsentscheidungen der demokratischen Institutionen auf die Justiz zu verlagern. Eine Aktivierung des Verhältnismäßigkeitsgedankens zur Beschränkung der Staatsaufgaben jenseits der praktisch nicht umstrittenen Evidenzfälle stößt deshalb schnell auf die Grenze des Demokratieprinzips (so sehr auch die Justiz demokratisch legitimierte Staatsgewalt sein mag).

c. Subsidiaritätsprinzip

Unter diesen Umständen scheint das Subsidiaritätsprinzip, sei es als staatsethisches Prinzip, sei es als Verfassungsprinzip, neue Kraft zu gewinnen, zumindest als "Orientierungsmaxime" (Häberle 1986: 604; ähnlich v. Arnim 1984: 474 ff.). Symptomatisch dafür ist, daß die SPD erstmals in ihrer Parteigeschichte in ihrem neuesten Entwurf eines neuen Parteiprogramms auf diesen Grundsatz Bezug nimmt, wenn auch kennzeichnenderweise mit einer Warnung vor seiner Überdehnung (in Kapitel V, Stichwort: Der demokratische Staat, zit. nach Recht und Politik 1989: 57); im repräsentativ angelegten "Handbuch des Staatsrechts" haben Josef Isensee (erneut) und ihm folgend Hans Heinrich Rupp es zu einem zentralen staatstheoretischen Bezugspunkt gemacht (Isensee 1988: Rn. 165 ff.; s. bereits ders. 1968: 289 ff., 313 ff.; zust. Rupp 1987: Rn. 51 ff.); und auch Gunnar Folke Schuppert sieht etwa in der Selbststeuerung von staatlich geförderten Selbsthilfe- gruppen eine "Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens" (1989a: 127 ff., 143, 147).

Die verfassungsrechtliche Verankerung des Subsidiaritätsprinzips ist indessen umstritten. Ein Teil der Lehre, vor allem auch im Wirkungsbereich eines katholischen Vorverständnisses und der Naturrechtsrenaissance nach 1945, sieht dieses in der Enzyklika "Quadragesimo anno" von Papst Pius XI. (1931) klassisch formulierte sozialethische Prinzip des Vorrangs der kleineren Einheiten vor den größeren, leistungsfähigeren Einheiten eines Gemeinwesens als grundgesetzlich verankert an, sei es in den Grundrechten, in Art. 28 GG oder im Bundesstaatsprinzip: Als Kompetenzregulativ soll es zur "materialen Substanz des Rechtsstaats" gehören und einen Ausgleich zwischen sozialem Staatsziel und grundrechtlichem Vorbehalt zugunsten Privater herstellen (so z.B. Isensee 1988: Rn. 168). Dabei bleibt allerdings unklar, weshalb es grundrechtlich verankert sein und zugleich doch mehr leisten soll als die verfassungsrechtliche Auslegung der Grundrechte. Die heute wohl überwiegende Auffassung - implizit auch des Bundesverfassungsgerichts - folgert demgegenüber schon aus der Widersprüchlichkeit des Grundgesetzes (Herzog 1963: 412 ff.; s.a. ders. 1987: Sp. 3566 f.), daß das Subsidiaritätsprinzip als solches im Grundgesetz keine verbindliche verfassungsrechtliche Normierung gefunden hat (ausf. Nw. bei Hendler 1984: 344; Schmidt-Jortzig 1982: 7; Bull 1977: 196). Aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes lassen sich keine Anhaltspunkte für eine generelle verfassungsrechtliche Geltung des Subsidiaritätsprinzips ermitteln (so auch Isensee 1968: 143 ff.). Wo es in der neueren Verwaltungsrechtsprechung (wie im Fall "Rastede") zu einem mehr oder weniger tragenden Argument wurde, hat es in der letztinstanzlichen Rechtsprechung keine Gefolgschaft

gefunden (vgl. einerseits OVG Lüneburg, DÖV 1980, 417 [418], andererseits BVerwGE 67, 321 und BVerfG DVBl. 1989, 300).

Aber auch ungeachtet des Fehlens einer solchen ausdrücklichen Positivierung im Grundgesetz bleibt das Subsidiaritätsprinzip ein wirkmächtiges sozialethisches Prinzip, das im Rahmen der Verfassungskonkretisierung als eines öffentlichen Prozesses Wirkung entfaltet, weil das Rechtssystem des Grundgesetzes auch gegenüber moralisch-ethischen Prinzipien offen ist (so z.B. Alexy 1985: 494). Welches ist aber die zusätzliche Leistung, die der Rückgriff auf das Subsidiaritätsprinzip erbringen soll, die nicht auch schon durch die verfassungsrechtliche Auslegung der grundrechtlichen Vorbehalte zu erzielen ist? Das Subsidiaritätsprinzip soll es ermöglichen, statt nur die Angemessenheit des Verhältnisses eines Eingriffsmittels zum staatlichen Ziel das Ziel selber und seine Verfolgung als solche kritisch zu prüfen (Isensee 1988: Rn. 171) - und damit aus der Alleinzuständigkeit des politischen Prozesses zu lösen.

Die kritische Diskussion des Subsidiaritätsprinzips ist geprägt von Argumenten, die sich meist pro *und* contra verwenden lassen; sie soll hier auf sich beruhen (s. aber Eichenberger 1977: 113; Herzog 1971: 148 ff.; Fleiner-Gerster 1984: 27, 32; Saladin 1973: 555; Bull 1977: 193; Schmidt-Jortzig 1982: 18; Grabbe 1979: 96 ff.). Einen entscheidenden Einwand gegen die Leistungskraft des Subsidiaritätsprinzips liefert indessen die (gerade auch systemtheoretisch geförderte) Einsicht in die wachsende Ausdifferenzierung einer polyzentrisch pluralisierten Gesellschaft, die dem entsprechende Binnendifferenzierung des Staates und die Vielfalt und Komplexität der Verflechtungen von staatlichen, halbstaatlichen und nichtstaatlichen Organisationen und Institutionen (s.o.). Mit dem Abbau hierarchischer Beziehungen zwischen den verschiedenen gesellschaftlichen und staatlichen Einheiten wird die Bestimmung eindeutiger Vorrangverhältnisse zwischen den verschiedenen Einheiten eines Gemeinwesens weithin unmöglich ohne zusätzliche, dem Subsidiaritätsprinzip nicht mehr zu entnehmende Kriterien der Zweckmäßigkeit oder auch der "Funktionsgerechtigkeit" (Rupp 1988: Rn. 52 a.E.). Das Subsidiaritätsprinzip wirkt als Leitlinie nur für sehr einfach strukturierte, eindeutig hierarchische Beziehungen zwischen grob schematisierten Einheiten wie etwa denen zwischen Individuum, Gesellschaft und Staat (vgl. Bull 1977: 199); bereits die Frage der Einrichtung eines gemeindlichen Kindergartens (auch: der Altersgrenze für die Kinder) lässt sich mit Hilfe dieses Prinzips ohne Zusatzkriterien nicht mehr entscheiden. Das Subsidiaritätsprinzip wird (jedenfalls mittlerweile) weder der Pluralität heutiger Gemeinwesen und der Vernetzung ihrer Einheiten gerecht, noch kann es den schwierigen, kompromißhaften Prozeß politischen Abwägens ersetzen.

Gerade der für das Subsidiaritätsprinzip oft geltend gemachte Gedanke der (gemeindlichen) Selbstverwaltung, allgemeiner: der mittelbaren Staatsverwaltung (vgl. Schmidt-Jortzig 1982: 20; Karpen 1987: 327, 524), verdeutlicht diese Grenzen. Die Funktion der Selbstverwaltung als solche ist durchaus vielschichtig. Sie kann formal ein inhaltsarmes Prinzip der Dezentralisation, ein politisches Prinzip, ein Disziplinierungsinstrument, eine Form der Betroffenenaktivierung, eine Integrationsmethode oder eine Erscheinungsform der Staatsaufgabenentlastung durch Selbstbeschränkung und Anerkennung der Selbststeuerungskraft der Selbstverwaltungseinheit sein (Schuppert 1989b: 129 ff.). Diese Vielschichtigkeit verweist auf den jeweiligen Kontext von Selbstverwaltung bzw. von Subsidiarität (Schink 1982: 82 ff., mit negativer Bilanz betr. der Steuerungskraft des Subsidiaritätsprinzips; krit. auch Papermann 1984: 110 f.) - und damit auf Umstände, für die das Subsidiaritätsprinzip keine Kriterien bereitstellt. Dann aber gilt es, die Zweckmäßigkeitsskriterien und politischen Entscheidungsgesichtspunkte offenzulegen, statt auf ein zu grob strukturiertes, daher notwendig "ideologieanfälliges", weil gegen nahezu jedes staatliche Handeln beliebig verwendbares Prinzip zurückzugreifen. Der Subsidiaritätsgedanke leistet nicht mehr, als die Grundrechtsinterpretation in der dogmatischen Differenziertheit einer jahrzehntelangen Verfassungsjudikatur ohnehin leistet (Bull 1977: 202 ff.). Eines Rückgriffs auf das Subsidiaritätsprinzip bedarf nur, wer unter Berufung auf den Staat an sich nicht die Verfassung zum allein maßgeblichen Bezugspunkt für Inhalt und Umfang von Staatsaufgaben macht.

d. Verfassungsgestaltende Grundsatzentscheidungen

Schließlich lassen sich als allgemeine Begrenzungsmaßstäbe einzelne verfassungsgestaltende Grundsatzentscheidungen aktivieren, freilich nur *punktuell* für solche Staatsaufgaben, die die Voraussetzungen des Verfassungsstaates zu zerstören drohen. Bekanntlich sind für Fragen wie Staatsverschuldung, atomare Sicherheit oder Entsorgung, Raketenstationierung, Schutz des ungeborenen Lebens oder fundamentale ökologische Entscheidungen verfassungstheoretische Grenzen aus dem Charakter der Verfassung als Generationenvertrag (Häberle 1983b: 333 ff.) bzw. verfassungsrechtliche Grenzen vor allem unter Bezugnahme auf Grenzen des Demokratie- oder Mehrheitsprinzips entwickelt worden (Püttner 1981: 11; Preuß 1984: 284 ff.; Frankenberg 1984: 274; krit. Henseler 1983: 530 ff., 552 ff.). Diese Maßstabsbildung, zu stark intensiviert, ist ambivalent: Sie aktualisiert Verfassungsrecht als Form des Minderheitenschutzes; sie droht andererseits den politischen Prozeß durch verfassungsrechtliche Argumente zu unterlaufen, die ihn nicht verändern, aber die normative Kraft der Verfassung im übrigen schwächen könnten.

3. Verfassungsrechtliche Grenzen einer Begrenzung von Staatsaufgaben

Die vorgenannten rechtsgrundsätzlichen Maßstäbe verweisen die Frage nach der Begrenzung von Staatsaufgaben (jenseits elementarer Mindestanforderungen) an den politischen Prozeß. Dieser unterliegt allgemeinen institutionellen Verfassungsgrenzen, die als Regeln normativ eindeutig sind und sich etwa aus finanzverfassungsrechtlichen (z.B. Art. 104 a GG), kompetenzrechtlichen (z.B. Art. 72 ff., 83 ff. GG), staatsorganisatorischen oder sonstigen rechtsstaatlichen Formbindungen ergeben und unabhängig vom Umfang staatlicher Aufgabenwahrnehmung gelten. So läßt sich z.B. aus dem Gebot der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch Beamte (Art. 33 Abs. 4 GG) entnehmen, daß die hoheitliche Wahrnehmung der Staatsaufgabe Sicherheit und Ordnung (im Sinne der klassischen Eingriffsverwaltung) nicht oder nur in sehr engen Grenzen privatisierungsfähig sein dürfte (Grabbe 1979: 53 f.; Pappermann 1984: 111, unter Hinweis auf Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. auch BVerfGE 73, 280 [294]; Bracher 1987: 40 ff., 115 ff.); Staatsaufgabenbegrenzung zielt primär auf den Leistungsstaat. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, daß bei Abkehr von einem rechtsstaatlichen Verwaltungsvollzug dessen Vorteile, etwa Uneigennützigkeit, Unparteilichkeit und Sachgerechtigkeit, nicht durch eine Entstaatlichung bedeutungslos würden: insoweit setzt auch das Rechtsstaatsprinzip Grenzen (Grabbe 1979: 50 ff.). Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt solche (aus dem Kommunalrecht bekannten) rechtlichen Organisationsformen, die eine Gleichbehandlung (vgl. Grabbe 1979: 70 ff.) der einzelnen Bürger durch die Privaten garantieren können.

4. Bilanz

Der hohe Abstraktionsgrad der materiellen Verfassungsprinzipien scheint nach allem für die Ableitung verfassungsrechtlich zwingender Gebote zur Begrenzung der Staatsaufgaben Skepsis zu gebieten. Kriterien wie "Freiheit" oder "Solidarität" sind im umstrittenen Grenzbereich angewiesen auf den (nicht statischen) Konsens der maßgeblichen Verfassungsinterpreten, letztlich auf die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts (Morlok 1988: 96 ff.; Häberle 1978: 155 ff., 174 f.). Der Rechtswissenschaft geht es insoweit auch nicht anders als anderen Disziplinen. Wirtschaftswissenschaftlich unterliegt das Ausmaß der optimalen Staatstätigkeit durchaus wissenschaftlichen "Konjunkturen", deren Paradigmenwechsel den politischen Veränderungen des Geistes folgen und ausweisen, daß auch insoweit das Ausmaß der Staatsaufgaben nicht rein wissenschaftlich entscheidbar ist (Gahlen 1982: 710 ff., 715; Watrin 1984: 45; G. Hesse 1979: 374 ff.). Die wirtschaftlichen Auf-

gaben des Staates, d.h. die Wirtschaft zu ordnen, Infrastruktur bereitzustellen, die Konjunkturzyklen auch im Sinne von Vollbeschäftigung zu stabilisieren, öffentliche Güter (selbst oder privat unter staatlicher Aufsicht) zu produzieren, soziale Sicherung des einzelnen und deren Finanzierung zu garantieren (Krupp 1982: 22 ff.) - all das ist nicht hinsichtlich des Ob, sondern des Ausmaßes umstritten. Auch die politikwissenschaftliche Staatsaufgabendiskussion folgt solchen wissenschaftlichen Wellenbewegungen (Lehner 1988: 251 ff.). Insoweit besteht ein breiter (ordnungspolitischer) Entscheidungsspielraum, der wissenschaftlich nur sehr begrenzt eindeutig determinierbar ist. Selbst die an sich unbestrittene Staatsaufgabe der Sorge um Recht und Sicherheit ist im Detail unterschiedlich bestimmbar (vgl. Krautzberger 1971: 50; Bracher 1987: 141 ff.). So dürfte es nicht im Grundsatz, aber gerade in den politisch umstrittenen Fällen einer Begrenzung von Staatsaufgaben an eindeutigen verfassungsrechtlichen Begrenzungsmaßstäben fehlen.

VI. Ausblick: Verfassungsgerechtigkeit und politischer Prozeß

Es ist Aufgabe aller an der Konkretisierung der Verfassungsziele orientierten Instanzen, vom Bürger bis hin zum Gesetzgeber, die Staatsaufgaben für die Zukunft mitzubestimmen. Die Konkretisierung und Bestimmung ihres Ausmaßes obliegt dem politischen Prozeß, insbesondere dem Gesetzgebungsprozeß. Die Aufgaben des Gesetzgebers setzen dort an, wo die Evidenz der Zielbestimmungen und der materialen Gerechtigkeitsprinzipien des Verfassungsrechts endet. Die Bestimmung der Staatsaufgaben nach Maßgabe der Verfassungsgerechtigkeit ist nicht nur eine Frage fundamentaler Wertvorstellungen, sondern auch eine alltägliche Frage der Feinstrukturen des Rechts unterhalb der Verfassungsebene. Der Gesetzgeber justiert die Detaillierungen der Gerechtigkeit auf einfachgesetzlicher Ebene immer wieder neu: "Der gesamte politische Tageskampf stellt sich als eine endlose Diskussion über die Gerechtigkeit dar" (Radbruch 1963: 169); das wird auch in der Bezugnahme der alltäglichen öffentlichen Auseinandersetzungen auf "Gerechtigkeit" als Topos sichtbar. In diesem Rahmen werden auch die Argumente nicht-rechtswissenschaftlicher Disziplinen relevant: Verfassungstheorie und Verfassungskonkretisierung sind Foren interdisziplinärer Zusammenarbeit bei der Diskussion um Staatsaufgaben als Erscheinungsformen der politischen Konkretisierung der Verfassungsgerechtigkeit. Theorien über die Leistungsfähigkeit von Staat und Markt nach Maßgabe der ökonomischen Theorie der Politik bzw. zum Marktversagen oder Staatsversagen (vgl. Kirchgässner/Pommerehne 1988: 243 ff.;

Lehner 1988: 254 ff., 263 m.Nw.; Watrin 1984: 54 ff.; v. Arnim 1984: 476 ff.) finden hier Berücksichtigung.

Gerade wegen des Pluralismus der politischen Auffassungen von der Ange messenheit von Staatsaufgaben und von Gerechtigkeit ist diese Aufgabe in Rück bindung an das Volk zuvörderst dem politisch-parlamentarischen Gesetzgeber übertragen; seine Mehrheitsentscheidung ist im Regelfall Gerechtigkeitskonkreti sierung. Der parlamentarischen Entscheidung geht ein Aushandlungsprozeß vor aus. Die organisatorische und rechtliche Ausgestaltung dieses Entstehungsprozes ses sucht als Ergebnis ein (relativ) gerechtes Gesetzesprodukt zu ermöglichen: In ihm ereignet sich (idealiter) Gerechtigkeit. Um so wichtiger wird es, strukturelle Ungleichgewichte im politischen Willensbildungsverfahren zu ermitteln und insti tutionelle Abwehrmaßnahmen zu ergreifen, etwa gegen die Kurzfristorientierung des politischen Prozesses, den strukturellen Vorrang von Sonderinteressen, die Parteipolitisierung des Ämterstaates oder für eine Rationalisierung des politischen Prozesses durch Disziplinierung von Parteien und Verbänden (v. Arnim 1987: 23 ff., 1984: 192 ff., 211 ff., 481 ff.; Lehner 1988: 263 f.).

Der Gesetzgeber ist von Irrtümern nicht frei. Neue Erfahrungen führen zu neu angepaßten Gesetzesregeln. Das Gesetzgebungsverfahren ist mithin ein Prozeß von trial and error und conjectures und refutations (Karl R. Popper), d.h. Aus druck relativer, prozeduraler Gerechtigkeit. Gesetzgebung ist insoweit Teil eines Transformationsprozesses der Zielbestimmungen und Rechtsprinzipien in kon krete Staatsaufgaben und ihre Erfüllung nach Maßgabe subsumtionsfähiger Re geln. Wegen des breiten Spielraums des Gesetzgebers sind verschiedene Regeln "verfassungsgerecht" möglich; in diesem Rahmen erscheinen Auseinandersetzun gen um den "richtigen" Gesetzesinhalt als verfassungspolitische Auseinanderset zungen (vgl. Vorländer 1981: 363 ff., 375 ff.). Sie bestätigen täglich neu, daß poli tische Auseinandersetzungen nicht allein von Alltagsdezisionen und Machtbedürf nissen, sondern auch von Gerechtigkeitsanforderungen in der Verfassung be stimmt werden. Darin liegt die normative Bedeutung des Grundgesetzes für die Staatsaufgabenentwicklung.

Literaturverzeichnis

Abelshauser, Werner, 1987: Die Weimarer Republik - Ein Wohlfahrtsstaat? In: Werner Abelshauser (Hrsg.), *Die Weimarer Republik als Wohlfahrtsstaat*. Stuttgart: Steiner, 9-31.

Alber, Jens, 1987: *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat*, 2. Aufl. Frankfurt: Campus.

- Alexy, Robert, 1979: Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: Werner Krawietz u.a. (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz. Berlin: Duncker & Humblot, 59-87.
- Alexy, Robert, 1985: Theorie der Grundrechte. Baden-Baden: Nomos.
- Arnim, Hans Herbert v., 1984: Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland. München: Vahlen.
- Arnim, Hans Herbert v., 1987: Staatsversagen: Schicksal oder Herausforderung? In: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 48, 17-28.
- Arnim, Hans Herbert v., 1989: Ist Staatslehre möglich? In: Juristenzeitung 44, 157-165.
- Badura, Peter, 1986: Staatsrecht. München: C.H. Beck.
- Becker, Erich, 1974: Wissenschaftliche Erörterungen der Staatsaufgaben. In: Gerhard Leibholz u.a. (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag. Tübingen: Mohr, 755-779.
- Bethge, Herbert, 1989: Staatszwecke im Verfassungsstaat - Vierzig Jahre Grundgesetz. In: Deutsches Verwaltungsblatt 104, 841-850.
- Bracher, Christian-Dietrich, 1987: Gefahrenabwehr durch Private. München: Duncker & Humblot.
- Brugger, Winfried, 1989: Staatszwecke im Verfassungsstaat. In: Neue Juristische Wochenschrift 42, 2425-2434.
- Bryde, Brun-Otto, 1988: Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 46, 181-212.
- Bull, Hans Peter, 1977: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. Kronberg: Athenäum.
- Bull, Hans Peter, 1989: Staatszwecke im Verfassungsstaat. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 8, 801-806.
- Bulling, Manfred, 1989: Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis. In: Die Öffentliche Verwaltung 42, 277-289.
- Dechsling, Rainer, 1989: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip. München: Vahlen.
- Depenheuer, Otto, 1987: Politischer Wille und Verfassungsänderung. In: Deutsches Verwaltungsblatt 102, 809-814.
- Dreier, Ralf, 1986: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Frankfurt a.M.: Metzner.
- Dworkin, Ronald, 1984: Bürgerrechte ernst genommen. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Ehmke, Horst, 1963: Prinzipien der Verfassungsinterpretation. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20, 53-102.
- Eichenberger, Kurt, 1977: Der geforderte Staat: Zur Problematik der Staatsaufgaben. In: Wilhelm Hennis u.a. (Hrsg.), Regierbarkeit, Bd. 1. Stuttgart: Klett-Cotta, 103-117.
- Esser, Josef, 1974: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen: Mohr.

- Fleiner-Gerster, Thomas, 1984: Kriterien für die Aufgabenverteilung von Staat und Gesellschaft. In: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984. München: C.H. Beck, 25-39.
- Frankenberg, Günter, 1984: Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie. In: Juristenzeitung 39, 266-275.
- Funk, Bernd-Christian, 1980: Über die Rolle der juristischen Verfassung als Freiheitsgarant. In: Erich Streissler/Christian Watrin (Hrsg.), Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen. Tübingen: Mohr, 446-472.
- Fürst, Dietrich, 1987: Die Neubelebung der Staatsdiskussion: Veränderte Anforderungen an Regierung und Verwaltung in westlichen Industriegesellschaften. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 261-284.
- Gahlen, Bernhard, 1982: Möglichkeiten und Grenzen der Staatstätigkeit. In: Gottfried Bombach u.a. (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Staatstätigkeit. Tübingen: Mohr, 710-720.
- Grabbe, Jürgen, 1979: Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben. Berlin: Duncker & Humblot.
- Grimm, Dieter, 1972: Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform. In: Archiv des öffentlichen Rechts 97, 489-537.
- Grimm, Dieter, 1987: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Grimm, Dieter, 1988: Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Häberle, Peter, 1965: Allgemeine Staatslehre, Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre? In: Zeitschrift für Politik 12, 381-395.
- Häberle, Peter, 1970: Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Bad Homburg: Athenäum.
- Häberle, Peter, 1972: Grundrechte im Leistungsstaat. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30, 43-141.
- Häberle, Peter, 1978: Verfassung als öffentlicher Prozeß. Berlin: Duncker & Humblot.
- Häberle, Peter, 1982: Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen. In: Joseph Listl/Herbert Schambeck (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung, Festschrift für Johannes Broermann. Berlin: Duncker & Humblot, 211-249.
- Häberle, Peter, 1983a: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. Karlsruhe: C.F. Müller.
- Häberle, Peter, 1983b: Zeit und Verfassungskultur. In: Anton Peisl/Armin Mohler (Hrsg.), Die Zeit. München: Oldenbourg, 289-343.
- Häberle, Peter, 1985: Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 34, 303-424.
- Häberle, Peter, 1986: Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre. In: Archiv des öffentlichen Rechts 111, 595-611.
- Hartwich, Hans-Hermann, 1987: Die Suche nach einer wirklichkeitsnahen Lehre vom Staat. In: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 46-47, 3-20.

- Haverkate, Görg, 1983: Rechtsfragen des Leistungsstaats. Tübingen: Mohr.
- Haverkate, Görg, 1988: Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 46, 217-253.
- Handler, Reinhard, 1984: Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Köln: Heymann.
- Henseler, Paul, 1983: Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen. In: Archiv des öffentlichen Rechts 108, 489-560.
- Herzog, Roman, 1963: Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung. In: Der Staat 2, 399-423.
- Herzog, Roman, 1971: Allgemeine Staatslehre. Bad Homburg: Athenäum.
- Herzog, Roman, 1987: Stichw. "Subsidiaritätsprinzip". In: Roman Herzog u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. Stuttgart: Kreuz Verlag, Sp. 3563-3571.
- Herzog, Roman, 1988: Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 83-120.
- Hespe, Klaus, 1964: Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Köln: Grote.
- Hesse, Günter, 1979: Staatsaufgaben. Baden-Baden: Nomos
- Hesse, Joachim Jens, 1987: Aufgaben einer Staatslehre heute. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 55-87.
- Hill, Hermann, 1989: Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart. In: Deutsches Verwaltungsblatt 104, 321-327.
- Huber, Ernst Rudolf, 1981: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 6: Die Weimarer Reichsverfassung. Stuttgart: Kohlhammer.
- Hug, Hans, 1954: Die Theorien vom Staatszweck. Winterthur: P.G. Keller.
- Iliopoulos-Strangas, Julia, 1983: Grundrechtsschutz in Griechenland. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 32, 395-442.
- Ipse, Hans Peter, 1950: Über das Grundgesetz. In: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 16-41.
- Isensee, Josef, 1968: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Berlin: Duncker & Humblot.
- Isensee, Josef, 1986: Die Verfassung als Vaterland. In: Armin Mohler (Hrsg.), Wirklichkeit als Tabu. München: Oldenbourg, 11-35.
- Isensee, Josef, 1987: Staat und Verfassung. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1. Heidelberg: C.F. Müller, 591-661.
- Isensee, Josef, 1988: Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 3-82.
- Jänicke, Martin, 1986: Staatsversagen. München: Piper.
- Jellinek, Georg, 1914: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Neudruck 1966. Bad Homburg: Gehlen.
- Karpen, Ulrich, 1987: Hochschulplanung und Grundgesetz. Paderborn: Schöningh.

- Kirberger, Wolfgang, 1978: Staatsentlastung durch private Verbände. Baden-Baden: Nomos.
- Kirchgässner, Gebhard und Werner W. Pommerehne, 1988: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens: Implikationen für die Beurteilung staatlichen Handelns. In: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3, 230-250.
- Kirchhof, Paul, 1988: Mittel staatlichen Handelns. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3. Heidelberg: C.F. Müller:121-209.
- Klein, Hans Hugo, 1965: Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe. In: Die Öffentliche Verwaltung 18, 755-759.
- Kloepfer, Michael, 1988: Umweltschutz und Verfassungsrecht. In: Deutsches Verwaltungsblatt 103, 305-316.
- Koch, Hans-Joachim und Helmut Rüßmann, 1982: Juristische Begründungslehre. München: C.H. Beck.
- Kohl, Jürgen, 1985: Staatsausgaben in Westeuropa. Frankfurt a.M.: Campus
- Krautberger, Michael, 1971: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private. Berlin: Duncker & Humblot.
- Krüger, Herbert, 1966: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer.
- Krupp, Hans-Joachim, 1982: Möglichkeiten und Grenzen der Staatstätigkeit. In: Gottfried Bombach u.a. (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Staatstätigkeit. Tübingen: Mohr, 1-51.
- Lecheler, Helmut, 1980: Privatisierung - ein Weg zur Neuordnung der Staatsleistungen? In: Zeitschrift für Beamtenrecht, 69-75.
- Lehner, Franz, 1988: Aufbruch statt Abbruch? In: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 3, 251-265.
- Link, Christoph, 1979: Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Wien: Böhlau.
- Link, Christoph, 1990: Staatszwecke im Verfassungsstaat. 40 Jahre Grundgesetz. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 48 (im Erscheinen).
- Littmann, Konrad, 1975: Definition und Entwicklung der Staatsquote. Göttingen: Schwartz.
- Luhmann, Niklas, 1981: Politische Theorie des Wohlfahrtsstaates. München: Olzog.
- Maier, Hans, 1980: Die ältere deutsche Staats- und Verfassungslehre, 2. Aufl. München: C.H. Beck.
- Maier, Hans, 1989: Die Deutschen und die Freiheit. In: Zeitschrift für Politik 36, 1-12.
- Matz, Ulrich, 1977: Der überforderte Staat. Zur Problematik der heute wirksamen Staatszielvorstellungen. In: Wilhelm Hennis u.a. (Hrsg.), Regierbarkeit, Bd. 1. Stuttgart: Klett-Cotta, 82-102.
- Maunz, Theodor, 1989: Staatsziele in den Verfassungen von Bund und Ländern. In: Bayerische Verwaltungsblätter 120, 545-550.
- Michel, Lutz H., 1986: Staatszwecke, Staatsziele und Grundrechtsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung der Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz. Frankfurt a.M.: Lang.

- Morlok, Martin, 1988: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? Berlin: Duncker & Humblot.
- Offe, Claus, 1975: Berufsbildungsreform. Eine Fallstudie über Reformpolitik. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Offe, Claus, 1987: Die Staatstheorie auf der Suche nach ihrem Gegenstand. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft 1. Baden-Baden: Nomos, 309-320.
- Ossenbühl, Fritz, 1971: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 29, 137-203.
- Ossenbühl, Fritz, 1986: Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen. Köln: Heymann.
- Pappermann, Ernst, 1984: Privatisierung kommunaler Aufgaben: Möglichkeiten und Grenzen. In: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984. München: C.H. Beck, 103-118.
- Penski, Ulrich, 1989: Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln. Juristenzeitung 44, 105-114.
- Pestalozza, Christian Graf von, 1972: Der Garantiegehalt der Kompetenznorm. In: Der Staat 11, 161-188.
- Pestalozza, Christian, 1988: Die Verfassungen der deutschen Bundesländer, 3. Aufl. München: Deutscher Taschenbuch Verlag.
- Peters, Hans, 1956: Stichw. "Staat". In: Staatslexikon, 6. Aufl. Freiburg: Herder, Sp. 520-539.
- Peters, Hans, 1965: Öffentliche und staatliche Aufgaben. In: Rolf Dietz/Heinz Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. 2. München: C.H. Beck, 877-895.
- Preu, Peter, 1983: Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Göttingen: Schwartz.
- Preuß, Ulrich K., 1984: Politische Verantwortung und Bürgerloyalität. Frankfurt a.M.: S. Fischer.
- Püttner, Günter, 1981: Grenzen der Staatsverschuldung. Berlin: de Gruyter.
- Radbruch, Gustav, 1963: Rechtsphilosophie, 6. Aufl. Stuttgart: Koehler. (Erstausgabe 1932).
- Ress, Georg, 1990: Staatszwecke im Verfassungsstaat. 40 Jahre Grundgesetz. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 48 (im Erscheinen).
- Roßnagel, Alexander, 1981: Die Änderungen des Grundgesetzes. Frankfurt a.M.: Fischer.
- Rüfner, Wolfgang, 1981: Grundrechtliche Leistungsansprüche. In: Wolfgang Gitter u.a. (Hrsg.), Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag. Köln: Heymann, 379-390.
- Rühle, Hans und Hans-Joachim Veen (Hrsg.), 1979: Wachsende Staatshaushalte. Stuttgart: Verlag Bonn Aktuell.
- Rupp, Hans Heinrich, 1987: Staat und Gesellschaft. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1. Heidelberg: C.F. Müller, 1187-1223.

- Sachverständigenkommission, 1983: Staatszielbestimmungen. Gesetzgebungsaufträge, Berichte der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, hrsg. vom Bundesminister des Inneren und vom Bundesminister der Justiz. Bonn.
- Saladin, Peter, 1973: Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe. In: Horst Ehmke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 541-562.
- Saladin, Peter, 1984: Verantwortung als Staatsprinzip. Bern: Haupt.
- Scharpf, Fritz W., 1987: Grenzen der institutionellen Reform. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 111-151.
- Scheuner, Ulrich, 1972: Staatszielbestimmungen. In: Ulrich Scheuner, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978. Berlin: Duncker & Humblot, 223-242.
- Scheuner, Ulrich, 1979: Die Staatszwecke und die Entwicklung der Verwaltung im deutschen Staat des 18. Jahrhunderts. In: Gerd Kleinheyer/Paul Mikat (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad. Paderborn: Schöningh, 467-489.
- Schink, Alexander, 1982: Gesetzliche Kreiszuständigkeiten und Subsidiaritätsprinzip. In: Edzard Schmidt-Jortzig/Alexander Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung. Köln: Deutscher Gemeindeverlag/Kohlhammer, 25-126.
- Schmidt-Jortzig, Edzard, 1982: Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz. In: Edzard Schmidt-Jortzig/Alexander Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung. Köln: Deutscher Gemeindeverlag/Kohlhammer, 1-24.
- Schulte, Martin, 1988: Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege. In: Deutsches Verwaltungsblatt 103, 512-520.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, 1979: Sozialplanung im Städtebaurecht. Königstein: Athenäum.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, 1984: Der informale Verfassungsstaat. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, 1988a: Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, 1988b: Grenzen rationaler Gesetzesgestaltung, insbesondere im Leistungsrecht. In: Die Öffentliche Verwaltung 41, 758-768.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1981: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch ver selbständigte Verwaltungseinheiten. Göttingen: Schwartz.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1987: Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem. In: Die Öffentliche Verwaltung 41, 757-768.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989a: Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens. In: Archiv des öffentlichen Rechts 114, 127-148.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989b: Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzäuberung des Staates oder "Bringing the state back in?" In: Der Staat 28, 91-104.
- Starck, Christian, 1984: Frieden als Staatsziel. In: Bodo Börner u.a. (Hrsg.), Einigkeit und Recht und Freiheit. Festschrift für Karl Carstens. Köln: Heymann, 867-887.
- Starck, Christian, 1985: Erläuterungen zur Präambel. In: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. München: Vahlen.

- Stern, Klaus, 1984: Staatsziele und Staatsaufgaben in verfassungsrechtlicher Sicht. In: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984. München: C.H. Beck, 5-24.
- Stolleis, Michael, 1974: Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht. Berlin: J. Schweitzer.
- Tofaute, Helmut, 1984: Verstaatlichung und Entstaatlichung von Aufgaben. In: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984. München: C.H. Beck, 81-92.
- Vorländer, Hans, 1981: Verfassung und Konsens. Berlin: Duncker & Humblot.
- Watrin, Christian, 1984: Staatsaufgaben - die ökonomische Sicht. In: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1984. München: C.H. Beck, 41-68.
- Wienholtz, Ekkehard, 1984: Arbeit, Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen. In: Archiv des öffentlichen Rechts 109, 532-554.
- Willke, Helmut, 1983: Entzauberung des Staates. Königstein: Athenäum.
- Zippelius, Reinhold, 1985: Allgemeine Staatslehre, Politikwissenschaft, 9. Aufl. München: C.H. Beck.

II

Rechtliche Steuerbarkeit wohlfahrtsstaatlicher Entwicklungen

Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts

I. Das Drei-Stadien-Modell der Rechtsentwicklung und sein normatives Defizit

Nahezu alle Versuche, die Krise des regulativen Rechts zu erklären, arbeiten mit einem Drei-Stadien-Modell, das im wesentlichen auf Max Webers Einteilung zurückgeht (Weber 1976: 503 ff.; Schluchter 1979: 122 ff.). Danach besteht das erste Stadium der Rechtsentwicklung innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft in der Ablösung von der absolutistischen Gemeinwohlorientierung durch die Beschränkung des Staates auf die einzige Aufgabe der Rechtsverwirklichung. Die Herstellung des Gemeinwohls wird der vom Staat getrennten bürgerlichen Gesellschaft überlassen, in der privatautonome Bürger ihre Interessen kalkulieren und koordinieren. Entsprechend verzichtet das Recht darauf, den einzelnen Zwecke vorzuschreiben, und beschränkt sich auf die Gewährleistung der Kompatibilität selbstbestimmter Zweckverfolgung. Das Recht ist in diesem Sinne "formal". Das zweite Stadium wird mit dem Komplexitätszuwachs der sich differenzierenden Industriegesellschaft begründet. In dem Maße, wie die bürgerliche Gesellschaft das Versprechen nicht einlösen kann, aus eigener Kraft für das Gemeinwohl zu sorgen, fällt dem Staat wiederum der Wohlfahrtszweck zu. Er selbst setzt bestimmte Zwecke und reguliert die Auswahl der Mittel. Entsprechend ist das Recht "material". Freilich unterscheidet sich die Materialisierung des formalen Rechts in zwei Hinsichten von der absolutistischen Wohlfahrtsanstalt. Zum einen muß der Wohlfahrtszweck unter den Verfahrensbedingungen eines demokratischen Rechtsstaats verwirklicht werden. Zum anderen trifft Materiales Recht auf eine bereits im wesentlichen funktional differenzierte Gesellschaft, weshalb staatliche Interventionen in zunehmendem Maße zur Ineffizienz verurteilt sind oder zur Entdifferenzierung der Teilsysteme führen oder das Rechtssystem selbst desintegrieren (Teubner 1985: 313 ff.). Außerdem bleibt das Verhältnis zu den Freiheitsrechten des ersten Stadiums, auf deren Schutz sich der Rechtsstaat beschränken sollte, störungsanfällig: Materiales Recht wird den Geruch nicht los, uno actu Freiheitsverbürgung wie Freiheitseinschränkung zu sein (Habermas 1981: 531).

Mit diesen Problemen sind die wesentlichen Krisensymptome des regulativen Rechts bezeichnet. Allen Therapievorschlägen ist die Orientierung an der Reflexivität eigen. Sie folgen mit mehr oder weniger großen Abstrichen dem Modell der indirekten Steuerung. Das Recht soll sich darauf beschränken, die Autonomie der Teilsysteme zu schützen und zu stärken, aber auch die jeweiligen Folgen des Autonomiegebrauchs für die jeweilige Systemumwelt untereinander zu koordinieren. Allerdings verbirgt sich hinter den jeweiligen Namen für die Arznei auch das Problem: Titel wie reflexives, ökologisches oder prozedurales Recht sollen das Paradox eines sich selbst beschränkenden und zugleich intervenierenden Rechts lösen. Die Aufgabe des Staates bleibt dabei eigentümlich unbestimmt: Man weiß nicht recht, ob sie bescheiden auf die Rolle eines Teilsystems unter anderen reduziert werden soll, so daß man gar nicht mehr sieht, woher das vom Staat durchzusetzende Recht seine alle Teilsysteme intern und extern koordinierende Kraft hernehmen soll - oder als eine Art unsichtbarer Leviathan, der gerade deswegen so unheimlich ist, weil er überall dort, wo er auftaucht, sogleich wieder reflexiv, dissipativ oder prozedural verschwindet und deshalb keinen Schatten mehr wirft.

Im Lichte dieser Modellbildungen erscheinen der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts ausschließlich als Resultat des gesellschaftlichen Differenzierungsprozesses. Im dunkeln bleiben dabei der normative Gehalt des Begriffs eines demokratischen Rechtsstaats und seine Beteiligung am Wandlungs- und Krisenprozeß von Staat und Recht. Um das normative Defizit dieser Modellbildungen kenntlich zu machen, werde ich mich im folgenden darum bemühen, eine Struktur nachzukonstruieren, die das Konzept des demokratischen Rechtsstaats als Lösung eines Problems erscheinen läßt, das nicht nur mit der Differenzierung der modernen Gesellschaft, sondern auch mit der Entwicklung des moralischen Bewußtseins entstanden ist. Diese zwei Aspekte des Problems lassen sich vorläufig in der Frage zusammenfassen, die den großen Natur- und Vernunftrechtsentwürfen zugrunde gelegen hat: Wie ist soziale Ordnung unter Freien und Gleichen möglich? Ich werde zu zeigen versuchen, daß es die Idee der Reziprozität gewesen ist, die den modernen Rechtsbestimmungen zugrunde gelegen hat, und daß es verschiedene Interpretationen sowie verschiedene Institutionalisierungsformen unter Bedingungen einer ausdifferenzierten Gesellschaft sind, die zu einem Wandel der Staatsaufgaben und zur Krise des regulativen Rechts geführt haben. Dabei werde ich das Drei-Stadien-Modell nicht verlassen, sondern nur einige, d.h. vor allem die normativen Akzente versetzen und einige Gewichte versetzen.

II. Das Reziprozitätsprinzip und seine funktionalen Folgeprobleme

Mit dem neuzeitlichen Naturrecht wird die Geltung moralischer und rechtlicher Normen auf eine universalistische Grundlage gestellt. Verpflichtungen moralischer oder rechtlicher Art können nicht mehr auf einen göttlichen Heilsplan oder auf eine darin enthaltene Vorstellung von der teleologischen Natur des Menschen und seiner gesellschaftlichen Ordnung gegründet werden. An deren Stelle tritt die Voraussetzung der gleichen Freiheit eines jeden einzelnen. Statt nach einer vorgegebenen sakrosankten Ordnung sollen sich die Normen nach dem selbstbestimmten Willen richten. Jede Verpflichtung muß vor diesem Hintergrund gerechtfertigt werden können. Damit ist die Menge der zulässigen Antworten auf die Frage nach der Möglichkeit sozialer Ordnung bereits erheblich eingeschränkt: Es darf nur eine soziale Ordnung *von* Freien und Gleichen *für* Freie und Gleiche sein.

Von Hobbes bis Kant lauten die Antworten gleich: es ist das Prinzip der Reziprozität. Der Begriff der Freiheit als Selbstbestimmung des Willens wird sozial erweitert. Ego darf Alter nur ein solches Maß an Freiheitsbeschränkungen auferlegen, das er auch für sich selbst akzeptieren würde. Von jedem einzelnen wird verlangt, seinen Freiheitsgebrauch nach Maßgabe eines zumindest vorgestellten Wechsels in die Perspektive des anderen einzurichten. Dieses Prinzip der Reziprozität, das in der elementaren Form der Goldenen Regel bereits von Hobbes eingeführt wird, enthält den moralischen Kern des neuzeitlichen Natur- und Vernunftrechts (Hobbes 1984: 100, 208).¹ Mit Hilfe des Reziprozitätsprinzips scheint es möglich zu sein, die gleiche Freiheit eines jeden einzelnen denken zu können,

1 Niklas Luhmann (1981: 45 ff.) hat am Beispiel des Begriffs der subjektiven Rechte die moderne Rechtsentwicklung als Übergang von "konsolidierter Reziprozität" (S. 50) zu "bloßer Komplementarität" (S. 75) sozialen Erwartens beschrieben. In diesem von Alvin Gouldner entlehnten Gegensatzpaar wird die Bedeutung von "Reziprozität" auf ein "konkrete lokalisieretes" (S. 69) Bündel voneinander abhängiger Rechte und Pflichten eingeschränkt. Diese konkreten sittlichen Ordnungen, für die das Recht nur eine Stützfunktion hat, lassen sich in einer komplexer werdenden Gesellschaft nicht mehr halten. Diese verlangt vielmehr eine gegenseitige Variierbarkeit von Rechten, um sie für die ausdifferenzierten Funktionssysteme anschlußfähig zu machen. Rechte müssen auf die spezifischen Selektionen eines Teilsystems spezifiziert werden können und von den übrigen sozialen Erwartungen abstrahieren können. Das "Soziale", das früher in der das Recht noch überwölbenden konkreten Sittlichkeit verwurzelt war, reduziert sich dann auf "ein bloßes Miterleben der Rechtsausübung, auf ein widerstandsloses Hinnehmen des Faktums selbstbestimmten Handelns" (S. 75). Demgegenüber verweise ich einen höherstufigen Reziprozitätsbegriff. Er meint den generalisierbaren Perspektivenwechsel zwischen Alter und Ego und steht daher über der konkreten Reziprozität in einer partikularen Gemeinschaft sowie über der abstrakten Komplementarität von Egos Handeln und Alters Miterleben. Freilich wird damit die Verbindung des Reziprozitätsprinzips zum Rechtsbegriff lockerer und setzt sich Luhmanns Verdacht aus, daß "der soziale Aspekt subjektiver Rechte mit Bezug auf das Sittengesetz zu stark gemacht" würde (S. 75). Ich glaube dennoch zeigen zu können, daß es sich bei dieser lockeren Verbindung um etwas mehr als ein bloßes Übergangsphänomen handelt.

ohne der Gefahr zu erliegen, daß der Freiheitsgebrauch des einen den des anderen aufhebt und damit ein Zusammenleben unmöglich macht. Es ist so elementar, daß es zunächst als ein Prinzip der natürlichen Gerechtigkeit eingeführt wird. Erst Rousseau und dann vor allem Kant charakterisieren es als ein Prinzip der Vernunft. Was ich nicht wollen kann, das mir getan werde, das können auch alle anderen nicht wollen. In dieser einen Hinsicht ist mein Wille mit dem Willen aller gleich - und dies ist der Wille der Vernunft.

Als natürliches oder vernünftiges Prinzip wird Reziprozität von vornherein auf vereinzelte Individuen bezogen. Das Verfahren der hypothetischen Verallgemeinerung, wie es die Goldene Regel vorschreibt, bleibt in einen egozentrischen Vorstellungshorizont eingebunden und berücksichtigt nicht die Wechselseitigkeit der Perspektivenübernahme. Aus dieser individualistischen Sicht besteht denn auch in der egozentrischen Natur des einzelnen die große Gefahr für eine soziale Ordnung zwischen Freien und Gleichen. Wenn ich auch vermöge meiner Vernunft einsehen kann, daß die Befolgung des Reziprozitätsprinzips die zugleich notwendige und hinreichende Bedingung für das Zusammenbestehen meiner Freiheit mit der des anderen ist, so verleitet mich meine egoistische Natur doch immer wieder zu der Erwartung, aus der Nicht-Befolgung des Reziprozitätsprinzips Kapital zu schlagen.

Zwar läßt sich ein Verhalten, das sich nach einer nicht universalisierbaren Norm richtet, als unfrei oder, wie später bei Kant, als unmoralisch qualifizieren. Aber dieses Urteil hat nur für die Vernunft einen Sinn; gegen die egoistische Natur vermag es nichts auszurichten. Auch Kant wird an dem Problem scheitern, daß praktische Vernunft den empirischen Willen nicht motivieren kann. Gegen die Verblendung durch den unmittelbaren Vorteil und die Übermacht der Neigung kommt der rhetorische Glanz, mit dem Rousseau und Kant ihr Freiheitspathos versehen, nicht an. Erst Hegel wird diese Rhetorik denunzieren und dem moralischen Sollen seine "Ohnmacht" attestieren.

Dieses Eingeständnis taucht die Frage nach der Möglichkeit sozialer Ordnung unter Freien und Gleichen in ein anderes Licht. Der Vorteil, den ein einzelner dadurch hat, daß er sich von der Pflicht zur Befolgung des Reziprozitätsprinzips ausnimmt, hängt davon ab, daß alle anderen es ihm gegenüber befolgen. Sobald sie dies aber nicht mehr tun und aus Furcht, übervorteilt oder verletzt zu werden, nun ihrerseits die Pflicht zur Befolgung des Reziprozitätsprinzips suspendieren, verwandelt sich die soziale Ordnung in einen Zustand extremer Unsicherheit. Derjenige, der dieses Prinzip befolgt, kann niemals sicher sein, daß auch der andere es befolgen wird. Im Naturzustand gibt es nur noch die Reziprozität der Feindschaft. Aus ihr folgt der einzige Imperativ, sich mit allen Mitteln selbst zu erhalten.

Die verschiedenen Versionen des Natur- und Vernunftrechts unterscheiden sich vor allem darin, wie sie den Übergang von diesem Zustand extremer Unsicherheit zwischen rationalen Egoisten in den Zustand staatlich durchgesetzten Rechts konstruieren. Gemeinsam ist ihnen jedoch die Problemstellung, mit der das Recht eingeführt wird: Ego darf Alter zur Befolgung des Reziprozitätsprinzips zwingen. Diese Erlaubnis ist das ursprüngliche Recht. Als Zwangsbefugnis richtet sich dieses Recht nicht an die vernünftige Einsicht des anderen, sondern an dessen empirische Natur. Diese darf ich so beeinflussen, daß Alter wenigstens äußerlich das Reziprozitätsprinzip mir gegenüber befolgt. Auf seine Motive kommt es dabei nicht an, sondern nur darauf, daß er sich faktisch für die Befolgung des Prinzips entscheidet.

Das ursprüngliche Recht bezieht sich also auf rationale Egoisten, gewinnt seine Rechtfertigung aber aus einem Prinzip der Vernunft oder der natürlichen Gerechtigkeit (vgl. dazu jüngst Höffe 1987: 63 ff.). Diese moralisch-funktionale Doppelnatürlichkeit bleibt für alle Rechtsbegründungen charakteristisch. Dabei kann die Gewichtung beider Aspekte verschieden ausfallen. Für Hobbes fällt das ursprüngliche Recht mit dem Recht auf Selbsterhaltung zusammen. Soziale Ordnung wird daher schon dann möglich, wenn alle auf dieses Recht zugunsten eines Dritten verzichten. Locke sieht eher die kognitiven Probleme einer allgemeinen Zwangsbefugnis. Jeder wäre "Richter in eigener Sache" (Locke 1978: Kap. VII, 66; Kap. IX, 98), wenn er selbst entscheiden dürfte, ob die Voraussetzungen für eine Ausübung der Zwangsbefugnis in einer gegebenen Situation vorliegen. Weil dadurch aber die unparteiliche Anwendung des Prinzips der gleichen Freiheit gefährdet würde, läßt sich die Gleichheit und Freiheit jedes einzelnen nur durch eine allseitige Abtretung der Zwangsbefugnis an eine zentrale Staatsgewalt sichern.

Während Hobbes sich noch damit begnügt, daß es eine monopolisierte Gewalt gibt, die einen Zustand der Sicherheit schafft, in dem jeder furchtlos seine eigenen Selbsterhaltungsinteressen verfolgen kann, erkennen erst Locke und Montesquieu die funktionalen Folgeprobleme, die aus der Verkoppelung des Prinzips der gleichen Freiheit mit der Zwangsbefugnis resultieren. Mit der bloßen Abtretung der Zwangsbefugnis an eine Zentralgewalt, die Gesetze erläßt, anwendet und durchsetzt, ist die faktische Geltung des Reziprozitätsprinzips noch nicht gewährleistet. Es besteht die Gefahr der funktionalen Verselbständigung des Systems, das über den Einsatz von externen Medien wie Zwang und Gewalt verfügt, gegenüber seiner ursprünglichen Aufgabe, das Prinzip der gleichen Freiheit zu gewährleisten. In der traditionellen Terminologie Montesquieus wird dies als Gefahr des Machtmissbrauchs thematisiert. Um dieser Gefahr zu begegnen, bedarf es einer reflexiven Einhegung des Gewaltmonopols, durch die es dem Rechtszweck untergeord-

net werden kann. Auf der einen Seite muß sichergestellt sein, daß das Reziprozitätsprinzip faktisch befolgt wird. Auf der anderen Seite darf es aber nichts anderes als das Reziprozitätsprinzip sein, zu dessen allseitiger Durchsetzung der Staat verhilft. Zu diesem Zweck konzipieren Locke und Montesquieu das Modell des gewaltenteilenden Rechtsstaats. Dieses Modell sieht einen Gesetzgeber vor, der für alle unparteilich festlegt, in welchen Fällen eine Freiheitsverletzung vorliegt, eine Justiz, die unparteilich nach dem Gesetz entscheidet, ob im Einzelfall eine Verletzung vorliegt, und ein Gewaltmonopol, das keine anderen Maßnahmen ergreifen darf als solche, die zur unnachsichtigen Durchsetzung der Urteile und Gesetze erforderlich sind.

Die Aufgabe des Staates wird in diesem Modell auf zwei Stufen bestimmt: Zuerst muß das strategische Handlungspotential von einzelnen oder Gruppen so weit eingeschränkt werden dürfen, daß keiner mehr Freiheit als die anderen genießt. Dieser Gefahr begegnet das mit Zwangsausübung kombinierte Recht jedes einzelnen und seine Delegation an ein staatliches Gewaltmonopol. Die zweite Gefahr besteht in der Machtausübung durch die Regierung. Politische Freiheit sei nämlich "nur unter maßvollen Regierungen" anzutreffen (Montesquieu 1967: IX. Buch, Kap. 4, 211). Das richtige Maß im Machtgebrauch vermag aber nicht durch Einsicht oder gar, wie es wohl der aristotelischen Tradition entsprochen hätte, durch den guten Charakter der Herrschenden gewonnen zu werden. Montesquieu beruft sich auf die Erfahrung, daß der Trieb zum Mißbrauch bei allen Menschen durchbricht, die einmal im Besitz der Macht sind. Macht kann daher nur durch Macht kontrolliert werden. "Damit die Macht nicht mißbraucht werden kann, ist es nötig, durch die Anordnung der Dinge zu bewirken, daß die Macht die Macht bremse." (Montesquieu 1967: IX. Buch, Kap. 4, 211) Die drei Arten von Befugnissen des Staates, Gesetzgebung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung, müssen institutionell und folglich auch personell voneinander getrennt werden.

Montesquieu und Locke stand freilich noch der konsolidierte Territorialstaat vor Augen, der nach langwierigen inneren Auseinandersetzungen die Gewalt im politischen System monopolisiert hatte. Im Glanz dieser Machtfülle vermochte er Gesetze zu geben, die Zwangsgewalt zu ihrer Ausführung einzusetzen und über ihre Anwendung im Einzelfall zu entscheiden. Mit der Konsolidierung territorial-staatlicher Macht wuchs der Bereich des politisch disponiblen bürokratisch-administrativen Rechts in erheblichem Ausmaß an, so daß der Staat schließlich als Garant von Sicherheit und Wohlfahrt erschien (Ogorek 1986: 14 ff.). Diese Konzentration staatlicher Gewalt mußte aus mehreren Gründen als bedenklich erscheinen.

Das Recht war damit zum Instrument der Politik geworden. Demgegenüber verloren das traditionelle Gewohnheitsrecht und das heilige Naturrecht ihre Bedeutung als unhintergehbarer und unverfügbarer Instanzen, mit denen sich die Gefahr des Machtmisbrauchs wie schlecht auch immer noch eindämmen ließ. Folglich mußte auch die überkommene Rechtfertigung des Richterkönigtums versagen, nur diejenigen Gesetze zu deklarieren und anzuwenden, die ohnehin schon durch unvordenkliche Überlieferung und gottgewollte Ordnung vorgegeben seien (Ogorek 1986: 15, 22). Um der Gefahr einer unsteuerbaren Machtfülle zu begegnen, mußte die Einheit des absolutistischen Staates in ihre einzelnen Funktionen auseinandergebrochen werden, damit diese sich wechselseitig fördern und hemmen konnten. Das Recht wird politisch disponibel, doch schreibt es der Politik zugleich die Verfahrensbedingungen vor, unter denen sie über das Recht disponieren darf. Die Rechtsanwendung wird durch kontingente Entscheidungen des politischen Gesetzgebers konditional programmiert, doch entscheidet das Rechtssystem nach eigenen Kriterien, ob die Bedingungen für die Ausführung des Programms vorliegen. Das politisch-administrative System stellt dem Recht das Machtmedium zur Verfügung, aber eben nur nach Maßgabe der konditional programmierten Entscheidung. Das politisch disponibile Gesetz schützt vor richterlicher Willkür, die Unabhängigkeit des Richters vor politischem Machtmisbrauch.

Aus dieser Perspektive wird die allgemeine Durchsetzung des Prinzips gleicher Freiheit indes nur via negativa garantiert. Die Freiheit verlangt einerseits nach der Macht, ihrem Gegenteil. Wenn aber die Macht ihrerseits nicht durch die Freiheit, sondern nur durch sich selbst vor Mißbrauch zum Nachteil der Freiheit bewahrt werden kann, verlangt die Freiheit nach einem Mechanismus der internen Machthemmung. Die Idee gleicher Freiheit ist also auf eine Zwangsgewalt angewiesen, die aufgrund ihrer inneren Beschaffenheit nichts anderes tun kann, als unparteilich Gesetze zu erlassen, anzuwenden und durchzusetzen.

Erst Kant und Rousseau gehen über dieses Modell einer internen Machthemmung hinaus und erweitern die wenigen Andeutungen Lockes und Montesquieus über einen parlamentarischen Gesetzgeber zur Idee einer demokratischen Republik. In parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren kommt die Selbstbestimmung der Gesellschaft als vernünftige kollektive Willensbildung ihrer gleichen und freien Mitglieder zum Ausdruck. Erst damit wird das Machtmedium auch im positiven Sinne dem Prinzip gleicher Freiheit unterworfen. Vermittels des allgemeinen Gesetzes wirkt die Gesellschaft positiv auf sich selbst ein, wie der einzelne sich selbst das Gesetz nach dem Vorbild einer allgemeinen Gesetzgebung vorschreibt. Dabei soll die Form des Gesetzes als eine abstrakte und generelle zugleich dessen Legitimität verbürgen. Mit der sachlichen Abstraktion von den konkreten Um-

ständen der Situation und mit der sozialen Generalisierung des Kreises der Betroffenen sollte die "Wahrheit", die in der Natur der Sache selbst und in den Interessen der Betroffenen steckt, im Gesetz verkörpert werden (Hofmann 1987: 34 ff.). Anwendung und Durchsetzung des Gesetzes konnten darauf beschränkt werden, diesen Willen in den Einzelfall zu transferieren.

Die Beschränkung des Rechts auf diejenigen Regeln, die gleiche Freiheit gewährleisten, und die Beschränkung der Staatsaufgabe auf die unnachsichtige Durchsetzung dieser Regeln hatte freilich noch eine weitere Funktion. Die territorialstaatliche Machtvollkommenheit des Absolutismus hatte ihre Rechtfertigung noch darin gefunden, daß sie allein der Erzeugung, Förderung und Sicherung des Gemeinwohls diente. Nach diesem Zweck richtete sich die Gewährung und Versorgung von Freiheitsrechten oder Privilegien. Nicht immer jedoch ließ sich nachvollziehen, geschweige denn kontrollieren, ob die staatswirtschaftlichen Maßnahmen tatsächlich dem allgemeinen Besten förderlich waren. In der Regel beschnitten sie die private ökonomische Entscheidungsfreiheit und damit nach liberaler Auffassung die zugleich effiziente und gerechte Verteilung von Gütern nach dem "natürlichen" Gesetz von Angebot und Nachfrage. Die gesellschaftlichen Funktionen der Mehrung und gerechten Verteilung des Wohlstands ließen sich nach dieser Auffassung von den freien Rechtssubjekten selbst effizienter wahrnehmen, während die absolutistische Fürsorge die zum allgemeinen Wohl führende Privatinitiative zu ersticken drohte (Grimm 1987a; 1987b). Die Umsetzung dieser Einsicht hätte aber zur Folge gehabt, daß der Staat von seiner Zwangsgewalt nur zu dem Zweck Gebrauch hätte machen dürfen, die gleiche Freiheit aller einzelnen Rechtsgenossen zu sichern. Auf diese Weise erbringt das Rechtssystem Leistungen für das sich ausdifferenzierende ökonomische System. Es sichert diejenigen Freiheitsspielräume, über die jeder einzelne verfügen können muß, um durch eine freie Entfaltung seiner Kräfte im Wettbewerb mit anderen zum optimalen allgemeinen Wohl und damit zu sozialer Gerechtigkeit beizutragen. Der geschützte Freiheitsspielraum ist das "Vermögen" im emphatischen Sinne (Wiethölter 1972). Dies ließ sich am ehesten dadurch erreichen, daß man dem Staat die gesetzgeberische Dispositionsbefugnis über Eingriffe in Freiheit und Eigentum nahm, auf einen parlamentarischen Gesetzgeber übertrug und ihm nur in den übrigen, nach den konkreten Umständen entscheidungsbedürftigen Bereichen einen Entscheidungsspielraum überließ. Die Differenzierung zwischen einer politischen Gesetzgebung, einer gesetzesgebundenen Rechtsprechung und einem auf die Verwirklichung des Rechtszwecks beschränkten staatlichen Gewaltmonopol läßt sich als Antwort auf die Frage verstehen, wie ein reziproker Freiheitsgebrauch unter gleichen Staatsbürgern möglich ist.

Dieses Modell eines gewaltenteilenden parlamentarischen Rechtsstaates genügte aber nur für die Institutionalisierung eines individualistisch interpretierten Reziprozitätsprinzips. In ihm sind alle Elemente des von Weber beschriebenen Formalrechts versammelt: Das Recht hat die Freiheit und Gleichheit aller einzelnen in ihrem Verhältnis zueinander und im Verhältnis zum Staat zu garantieren und nichts anderes sonst. Die beliebige Wahl der Zwecke steht unter der einzigen Einschränkung, daß die gleiche Freiheit anderer respektiert wird. Diese Befugnis zur Einschränkung wird in allgemeinen Gesetzen formuliert. Kollektive Güter sind nur in dem Umfang politisch thematisierbar und rechtsförmig durchsetzbar, wie dies für die Gewährleistung allgemeiner Rechtssicherheit erforderlich ist. Damit ist die Aufgabe der positiven Herstellung von gesellschaftlicher Reziprozität auf die private Vernunft der Individuen übertragen. Indem sich das Recht auf die negative Ausgrenzung von Störungen beschränkt, lässt es sich von einem positiven Zusammenhang mit den Prinzipien der Reziprozität entkoppeln. Die moralische Begründung des Rechts, an der das Vernunftrecht noch interessiert war, wird zu einer Gewissensangelegenheit des einzelnen. Durch diese Entkoppelung vom Sozialen wird das Recht zum vollständig positivierten, autonomen Recht.

III. Von der Programmierung durch Gesetze zur Selbstprogrammierung

Freilich mutet dieses Modell aus heutiger Sicht etwas naiv an, da es sich in zu großer Nähe zu dem Vorbild einer über sich selbst bestimmenden Person befindet. Es übersieht auf der einen Seite die Eigenkomplexität derjenigen Institutionen, mit denen die Gesellschaft als ganze auf sich selbst einwirken soll, indem sie einen vernünftigen politischen Willen in der Form eines allgemeinen Gesetzes symbolisiert, das authentisch angewendet und unnachsichtig durchgesetzt wird. Dies wurde den Zeitgenossen schon bei der Frage nach der richtigen Methode der Rechtsanwendung deutlich. Auch das bürokratisch-administrative System ließ sich nicht auf einen verlängerten Arm des Gesetzes reduzieren. Auf der anderen Seite übersieht es die Eigenkomplexität des ökonomischen Systems, dessen Operationen sich immer weniger nach Maßstäben eines von außen herangetragenen kollektiven Wohls beurteilen und steuern lassen. An beiden Systemen, dem politisch-administrativen und dem ökonomischen, wird sich die Idee des demokratischen Rechtsstaats als Institutionalisierung des Reziprozitätsprinzips abzuarbeiten haben.

Es sind denn auch vor allem ökonomische, technische und soziokulturelle Differenzierungs- und Rationalisierungsprozesse, welche die sozialen Folgekosten

einer allgemeinen und gleichen individuellen Freiheit in selbstzerstörerische Höhen treiben. Damit tritt zumindest neben, wenn nicht sogar über das Prinzip des Freiheitsschutzes die Aufgabe, Folgeprobleme des gesellschaftlichen Differenzierungsprozesses zu bewältigen. Dazu wird den institutionalisierten Medien, vermöge deren die Gesellschaft auf sich selbst einwirken sollte, eine zusätzliche Leistung abverlangt. Vor allem vom administrativen System wird erwartet, daß es auf wechselnde und unvorhersehbare Lagen flexibel reagiert. Je mehr die Definition dieser Situationen aber durch die Operationen ausdifferenzierter gesellschaftlicher Teilsysteme bestimmt ist, desto weniger läßt sich behaupten, daß staatliche Interventionen nichts anderes als einen kollektiven Willen verwirklichen, der sich in einem allgemeinen Gesetz verkörpert hat. Die Vorstellung der Gesellschaft als eines kollektiven Körpers zerfällt.

Welche Gewalt unter welchen Voraussetzungen in welchem Umfang und mit welcher Art von Maßnahmen eintritt, richtet sich nicht mehr allein nach den Bedingungen, die sich aus dem Transfer eines kollektiv gebildeten Willens ergeben, sondern mindestens ebenso sehr nach der funktionalen Spezifikation und "Zuständigkeit" der Teilsysteme. Diese hochspezialisierten Teilsysteme lassen sich weder der Gesellschaft oder dem Staat noch einer der klassischen Staatsgewalten eindeutig zuordnen. Damit hat sich Lockes und Montesquieus Problem, wie die funktionalen Folgen eines Freiheitsschutzes durch zentralisierten Machtgebrauch zu bewältigen sind, verschoben. Es entsteht das für moderne Wohlfahrtsstaaten charakteristische Steuerungsdilemma: "Zum Problem aber wird die Eigenschaft spezialisierter Teilsysteme, hohe Sensibilität für die eigenen Angelegenheiten mit weitgehender Indifferenz für alle übrigen zu kombinieren. Die steigenden externen Kosten dieser unvermeidlichen Reduktion erfordern eine Institution, die die fehlende Aufmerksamkeit der autonomen Subsysteme für ihre Umwelt kompensiert." (Grimm 1987b: 83; siehe auch Luhmann 1981: 80) Die Koordination und Integration ausdifferenzierter Problemlösungskompetenzen wird damit zu dem Meta-Problem, welches das Verhältnis von Politik und Recht in den modernen Wohlfahrtsstaaten determiniert. An die Stelle einer "gesetzesprogrammierten Selbsteinwirkung" der Gesellschaft tritt zunehmend ein selbstprogrammiertes Operieren der verschiedenen Teilsysteme, die sich an den Imperativen der Selbstreproduktion orientieren (Habermas 1989: 472).

Aus dieser Sicht bleibt allerdings unerklärlich, wie es überhaupt dazu kommen konnte, daß die fehlende Problemlösungskapazität des liberalen Rechtsstaats und seines formalen Rechts auch normativ relevant werden konnte. Es scheint so zu sein, als ob ein normatives, am Prinzip gleicher Freiheit orientiertes Denken von einem sachbezogenen, an der Erhaltung und Verbesserung funktionstüchtiger In-

stitutionen der "Industriegesellschaft" orientierten Denken abgelöst worden und beide in ein "Spannungsverhältnis" getreten seien. Max Weber, der an der begrifflichen Entgegensetzung von formalem und materialem Recht maßgeblichen Anteil hatte, sah gleichwohl sehr genau die normative Genese derjenigen Veränderungen im Verhältnis von Recht und Politik, denen er selbst den Namen "Materialisierung" gegeben hat. Es würden "mit dem Erwachen moderner Klassenprobleme materiale Anforderungen" an das Recht herangetragen, die "ein soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate" verlangen (Weber 1976: 507). Sein Wertskeptizismus hinderte ihn freilich daran, die normativen und evaluativen Stellungnahmen, die in den sozialen Kämpfen seiner Zeit artikuliert und an Politik und Recht adressiert wurden, auf die gleichen Prinzipien zu beziehen, von denen her auch die nunmehr bedrohten Institutionen der legal-bürokratischen Herrschaft und des bürgerlichen Formalrechts ihre einzige Legitimation empfangen hatten. Darin unterschied er sich nicht von seinen Gegnern, die in allen Rechtsgebieten die Berücksichtigung des "Zwecks im Recht" propagierten. An Iherings legendenbildender Stilisierung des jähnen Wechsels von der Begriffs- zur Interessenjurisprudenz lässt sich nachvollziehen, daß die rechtsimmanente Entdeckung der "außervertraglichen Voraussetzungen" des Formalrechts einem radikalen Wertskeptizismus und einem soziologischen Realismus zu verdanken war. Aus dieser Perspektive zerfiel mit der Entdeckung der sozialen Voraussetzungen und Folgen nicht nur der Anspruch des formalrechtlichen Paradigmas, für alle Einzelfälle eine Lösung zu finden, die die Freiheitssphären einzelner kompatibel hält. Vielmehr wurde dem Recht überhaupt sein Anspruch auf Rationalität bestritten. Es erschien nur noch als kompromißhafter Ausdruck von Interessenkämpfen, hinter denen sich letztlich irrationale Wertentscheidungen verbargen.

Treibt man den intern-normativen Aspekt der Materialisierung über den soziologisch aufgeklärten Wertskeptizismus hinaus, wird deutlich, daß es nichts anderes als das Prinzip der Reziprozität war, aus dem die soziologischen Einsichten ihre normative Kraft schöpften. Nur wenn man diesen Bezug berücksichtigt, wird verständlich, warum die soziale Frage überhaupt eine "politisch-verfassungsrechtliche Relevanz" (Grimm 1987c: 158) erhalten konnte. Man mag bezweifeln, ob "materiale Werte" einen solchen Wandel rational begründen können, und noch viel mehr, ob mit dieser Behauptung die tatsächliche Motivlage der beteiligten politischen Gruppen richtig wiedergegeben ist (wenn man etwa an die Motive Bismarcks für die Sozialversicherung denkt (vgl. dazu Hentschel 1983: 11 ff.). Auch darf nicht übersehen werden, daß es nur in seltenen Fällen das Medium parlamentarischer Verfahren, vielfach aber soziale Kämpfe in einer polizeistaatlich kontrollierten Öffentlichkeit waren, in denen diese Aspekte zur Geltung gebracht wurden.

Die Materialisierung mußte jedoch unabhängig davon einen internen Aspekt aufweisen, der den sozialen Problemen erst ihre normative Relevanz gab. Das entscheidende normative Argument war die Einsicht, daß individuelle Freiheit auf materiellen und soziokulturellen Voraussetzungen beruht, die infolge der gegebenen ökonomischen und gesellschaftlichen Struktur ungleich verteilt sind. Wie die Freiheit des einzelnen durch formal rechtswidrige private oder öffentliche Zwangsausübung bedroht ist, so auch durch die vorhandene materielle Ungleichheit. Das Prinzip der Reziprozität wird nicht nur durch rechtswidrige Eingriffe, sondern auch durch verweigerte Leistungen verletzt. Es ist aus dieser Sicht nicht die Idee der allgemeinen und gleichen Freiheit selbst, sondern nur deren individualistische Interpretation, wie sie dem liberalen Modell zugrunde lag, die sich nicht länger aufrechterhalten läßt.

Diese normativen Züge des materialisierten Rechts treten dann deutlicher hervor, wenn man die Plätze der großen Schaukämpfe verläßt und versucht, die Materialisierung als einen hypothetischen Argumentationsprozeß zu rekonstruieren. Dann erscheint das formalrechtliche Paradigma als ein Versuch, Kollisionen zwischen Freiheit und sozialer Solidarität auf eine besitzindividualistische Weise zu lösen. Wenn dagegen soziale Folgen eingeklagt werden, handelt es sich keineswegs um neue Prinzipien, die im Machtkampf gegen individualistische Werte durchgesetzt werden müssen und nur in dilatorischen Formelkompromissen der Verfassung, Gesetzgebung und Rechtsprechung ihren vorläufigen Ausdruck finden. Vielmehr wird nur die bis dahin akzeptierte Interpretation derjenigen Prinzipien, die das moderne Recht immer schon bestimmt hatten, angegriffen. Die Veränderung gegenüber dem formalrechtlichen Paradigma besteht nicht darin, daß "soziale Solidarität" als Gegen-Prinzip zu "individualistischer Gerechtigkeit", "Vertrauenschutz" als Gegen-Prinzip zur "Vertragsfreiheit" usw. neu entdeckt oder geschaffen würden. Vielmehr erweist sich die das formalrechtliche Paradigma bestimmende Annahme, daß nur individualistische Gerechtigkeit soziale Solidarität verbürge, nur die Vertragsfreiheit einen wirksamen und gerechten Vertrauenschutz gewährleiste, als unhaltbar. Daß vermehrt positive Pflichten zu einer Leistung neben negativen Rechten zur Abwehr eines Eingriffs treten, impliziert daher keinen grundlegenden Wandel in der Idee eines durch das Prinzip der Reziprozität moralisch begründeten Rechts (Günther 1989: 181 f.).

Diese Feststellung gilt indes für die institutionellen Formen, in denen das derart erweiterte Reziprozitätsprinzip realisiert wird, nicht in gleichem Maße. Vielmehr erzeugt die normativ-interne Materialisierung nun ihrerseits neue funktionale Folgeprobleme in den am Materialisierungsprozeß beteiligten Teilsystemen. Dies gilt sowohl für das Recht als Handlungssystem wie auch für das politisch-ad-

ministrative System. Wie normativer Anspruch und nicht intendierte Problemproduktion ineinander greifen, läßt sich an Häberles Charakterisierung der "Grundrechte im Leistungsstaat" deutlich machen: "Die sog. sozialen Grundrechte sind nur eine notdürftige Antwort auf eine mehr oder minder unsoziale Wirklichkeit; sie suchen die 'soziale Frage' grundrechtlich zu lösen. Tatsächlich ist die Differenz zwischen klassischen und sog. sozialen Grundrechten lediglich gradueller Art. Diese sind auf die Effektivierung jener angelegt und umgekehrt." (Häberle 1972: 90 f.)

In diesem wechselseitigen Effektivierungsverhältnis liegt das Strukturproblem. Es läßt die Zweck-Mittel-Relation und folglich die Frage nach der Wirksamkeit von Maßnahmen sowie die Abwägung kollidierender Zwecke zum Bestandteil der grundrechtlichen Qualität werden. Die entsprechenden einfachgesetzlichen Regelungen operieren mit Zielbestimmungen. Es werden Zustände ausgezeichnet, die es zu erreichen, zu vermeiden oder zu bewahren gilt. Auch auf dieser Ebene stellen sich die entsprechenden Probleme: die Konkurrenz verschiedener Ziele, die Abhängigkeit der Zielerreichung von den Umständen der Situation und den verfügbaren Mitteln. Die Institutionen der Gesetzgebung, -anwendung und -durchsetzung werden damit abhängig von dem erforderlichen Situationswissen und der Prognostizierbarkeit externer Folgen. Während die Materialisierung aus der internen Perspektive zu einer zunehmenden Berücksichtigung der Kontextbedingungen nötigt, unter denen ein individueller Freiheitsgebrauch gewährleistet werden kann, erscheint es aus der Beobachterperspektive als ein Normensystem, das immer häufiger zu staatlichen Interventionen ermächtigt, politische Zielsetzungen berücksichtigt und kollidierende Interessen gegeneinander abwägt.

Auch die teleologische Uminterpretation von Rechtsnormen läßt sich unter diesem doppelten Aspekt verstehen. Zum einen ist sie der Versuch, diejenigen Zustände und ihre normative Bewertung in das Recht und seine Anwendung einzubeziehen, unter denen es faktisch durchgesetzt wird. Dazu mußten die formal-rechtlichen Abstraktionen von den besonderen Umständen des Einzelfalls rückgängig gemacht werden. Dies führt zum anderen dazu, daß die auf eine kollektive Zielsetzung bezogenen Gesetze als Mittel zur Zielverwirklichung betrachtet werden. Sie erstrecken sich nicht mehr auf den Schutz von Rechten, sondern umgreifen auch die verschiedenen Güter, die kontingenterweise mit bestimmten Rechten verknüpft sind. Die Rechtssicherheit wird zur "Rechtsgütersicherheit" (Denninger 1988: 1). Der Fortschritt, den die Erweiterung des Anwendungskontextes gegenüber der positivistisch-formalrechtlichen Privilegierung der Gesetzesform in normativer Hinsicht bedeutet, droht in eine kriterienlose Kompatibilisierung von Wertkomplexen umzuschlagen.

Die Aufgabe, einzelne "Rechtsgüter" zu schützen, privilegiert außerdem das politisch-administrative System. Es muß durch präventive Maßnahmen unerwünschte Gefährdungssituationen vermeiden und darf die dazu erforderlichen Mittel in einer verhältnismäßigen Weise einsetzen. Der Mitteleinsatz läßt sich nur noch so rechtfertigen, daß er der verhältnismäßigen Verwirklichung abgewogener Werte in einer besonderen Situation dient. Die Behörden sind ermächtigt, in der Ausübung ihres Ermessens die entscheidungsrelevanten Tatbestände angesichts der Situation zu ergänzen oder sogar erst zu bilden (Koch/Rüßmann 1982: 85 ff., 236 ff.). Der vorgegebene gesetzliche Rahmen oder der Ermessenzweck repräsentieren nicht mehr die Idee eines allgemeinen Gesetzes.

Wenn das grundrechtlich geforderte "Effektuierungsverhältnis" zwischen den klassischen und den sozialen Grundrechten in den ursprünglich zur Verfügung stehenden Formen nicht effizient zustande gebracht werden kann - d.h. weder durch privatrechtliche Vertragsbeziehungen noch auf dem Wege einer allgemeinen Gesetzgebung durch eine parlamentarisch repräsentierte Öffentlichkeit und ihren authentischen Transfer in den einzelnen Konfliktfall - liegt es nahe, ihn von staatlichen Interventionen zu erwarten. Die interne Materialisierung treibt also jene externen institutionellen Effekte hervor, die zwar auf die lösungsbedürftigen Probleme der Folgenbeseitigung und der Umverteilung von Lebenschancen spezialisiert sind, aber aus der Sicht der Demokratietheorie zu einer Marginalisierung des politischen Gesetzgebers und aus der Sicht des Gewaltenteilungsmodells zu einem unzulässigen Vorrang des bürokratisch-administrativen Systems und zu einer nicht mehr als Rechtsfortbildung charakterisierbaren Zunahme justitieller Politik führen. Damit sind auch jene negativen Freiheiten bedroht, zu deren wirksamem Schutz Demokratie und Gewaltenteilung eingerichtet worden waren.

Die wechselseitige Effektuierung negativer und sozialer Grundrechte bedeutet potentiell eine Konkurrenz zwischen negativer Freiheit und kollektiven Pflichten, die in die Sprache der Werte und Güter übersetzt wird. Der einzelne wird immer häufiger mit einem System von Pflichttatbeständen konfrontiert, das ihm die Berücksichtigung sozialer Folgen gebietet - bis in die Kerngebiete des Privatrechts hinein mit einer bezeichnenden Angleichung von Vertrags- und Deliktsrecht (Köndgen 1981; Brüggemeier 1982). Dies kann so weit gehen, daß Rechte überhaupt nur noch zugewiesen werden, um bestimmte Ziele zu erreichen oder zu vermeiden. Legislative, Exekutive und Judikative vernetzen sich zu einer politischen Verwaltung kollektiver Güter. "Im Gegensatz zu formaler Freiheit läßt sich materielle Freiheit indessen durch Verfassungsnormen allein nicht herstellen. Materielle Freiheit verwirklicht sich nicht durch staatliche Abstinenz, sondern durch staatliche Aktivität. Die Grundrechte können dafür Gesetzgebung und Verwaltung

das Ziel vorgeben und die Richtung weisen, bleiben aber auf deren Vermittlung angewiesen. Sie wirken nur mittelbar. Was zur Freiheitsförderung zu unternehmen ist, läßt sich auch nicht mit der gleichen Präzision in Rechtsnormen einfangen wie dasjenige, was der Staat im Freiheitsinteresse zu unterlassen hat. Positive Freiheitsförderung ist vielmehr situations- und mittelabhängig." (Grimm 1987c: 159)

Wenn die Struktur des regulativen Rechts es auf der einen Seite ausschließt, daß sich ein homogener kollektiver Wille wie noch bei der gesetzlichen Beschränkung von Eingriffen in Leben, Freiheit und Eigentum unmittelbar bis in den Einzelfall transferiert, wächst auf der anderen Seite den Institutionen des politisch-administrativen und des Rechtssystems eine Eigenmacht zu, die sich bis zur unabhängigen, nur noch an der jeweiligen Systemumwelt orientierten Selbstprogrammierung steigern kann.

Diese Entwicklung ist schon während der Diskussion über theoretische Modelle der Durchsetzung von politischen Entscheidungen beobachtet worden, die aus der Sozialstaats- und Planungsdiskussion hervorgegangen sind. Fritz Scharpf hatte das Verhältnis von Freiheit und Funktionalität schon zu Beginn formuliert: "Wenn es heute eine vordringliche Aufgabe der Demokratietheorie gibt, dann ist dies die theoretische Reflexion des Leistungs- und Planungsstaates unter dem doppelten Maßstab der technologischen und der politisch-demokratischen Rationalität." (Scharpf 1970: 27 f.) Hier wurde bereits das Problem thematisiert, daß Demokratie und Rechtsstaat sich an den funktionalen Imperativen abarbeiten müssen, die durch die Realisierung ihres eigenen normativen Projekts hervorgetrieben werden. Für den weiteren Verlauf der Diskussion ist allerdings charakteristisch, daß die kategoriale Verschiedenheit beider Maßstäbe nicht entfaltet, sondern empiristisch umgedeutet wurde. Legitime politische Meinungs- und Willensbildung sowie effiziente Durchsetzung wurden als zwei gleichartige Bedingungen der Möglichkeit erfolgreicher gesellschaftlicher Strukturveränderung durch politische Planung modelliert. "Planung kann darum Konflikt-Konsensprozesse nicht in ihrer Funktion ersetzen, sondern bleibt von ihnen abhängig und beeinflußt sie zugleich in vielfältiger Weise." (Scharpf 1973: 58) Erste umfassendere politische Reformversuche und die sie begleitenden Schwierigkeiten und Hindernisse haben einen Wechsel von der Perspektive des Planungsprogramme formulierenden Gesetzgebers zur Perspektive der Implementationsagenturen und der Adressaten motiviert. Die Abhängigkeit des erfolgreichen Vollzugs und der wirksamen Durchsetzung politischer Programme von den jeweiligen Vollzugsträgern und den Adressaten ließ es so scheinen, als ob das, was sich ex post als ein politisches Programm aus teils unbestimmten, teils widersprüchlichen politischen Zielsetzungen rekonstruieren läßt, erst in der Implementationsphase formuliert würde. Damit wäre

das, was eigentlich Ergebnis demokratischer Willensbildung sein sollte, von vornherein auf die internen Koordinationsprozesse der Vollzugsträger und deren Abstimmung mit den jeweiligen Motivlagen bestimmter Adressatenkreise verlagert (Ritter 1979). Die Steuerung der organisierten Akteure, die von der Setzung unbestimmter Programmziele bis zur Übernahme konkretisierter Entscheidungsprämissen in die je eigene Handlungsmotivation an einem policy-Zyklus beteiligt sind, wird zur eigentlichen Aufgabe politischer Zielsetzung. "Allgemein ist das mechanistische Modell von Normsetzung und Durchsetzung abgelöst worden durch ein Modell, das von den Handlungsmotivationen und Strategien der in einem komplexen Makrosystem verbundenen Akteuren ausgeht." (Mayntz 1980: 14)

Die Preisgabe des Transfermodells hat aber zur Folge, daß die faktische Legitimation zu einer Ressource des sich selbst programmierenden politischen Systems wird. Sie erscheint als die vom soziokulturellen System dem politischen System zur Verfügung gestellte Adressatenloyalität und folglich aus steuerungstheoretischer Perspektive als eine Variable des Steuerungsprozesses. Als solche ist sie entweder Restriktion oder Ressource neben anderen Faktoren in der Umwelt wie die Ökonomie oder die internen Differenzierungen des politisch-administrativen Systems selbst. Sie fällt damit unter die zu bewältigende Komplexität gesellschaftlicher Probleme. Das impliziert einen Wandel in der Modellkonstruktion von der Handlungs- zur Systemtheorie: "Die Implementationsforschung gibt damit nicht nur die isolierte Gesetzgeberperspektive auf, sondern muß sich konsequenterweise von jeder spezifischen Aktor-Perspektive, auch der isolierten Adressatenperspektive lösen... Ein einheitlicher Bezugspunkt ist erst wieder auf der übergeordneten Systemebene zu finden." (Mayntz 1980: 14)

Nach diesem Modell programmiert sich das politisch-administrative System selbst, indem es sich nach eigenen Kriterien mit seinen Umweltsystemen abstimmt. Damit scheint ein normativer Bezugspunkt im Sinne des Prinzips der Reziprozität endgültig überflüssig zu sein.

IV. Die "demokratische Frage"

Indessen bleibt nach wie vor ungeklärt, woher das Recht die Maßstäbe für eine Steuerung beziehen soll, die sich auf die Ermöglichung von Selbststeuerung beschränkt. Es ist klar geworden, daß das Reziprozitätsprinzip in seinen formal- und materialrechtlichen Interpretationen dazu nicht ausreicht. Auf der einen Seite steht das individualistisch interpretierte negative Reziprozitätsprinzip, das sich mit der Idee einer unmittelbaren Selbsteinwirkung der Gesellschaft kombinieren läßt,

auf der anderen eine positive Reziprozität der Berücksichtigung sozialer Folgen, deren Unbestimmtheit und Komplexität sich aber von einem einheitlichen kollektiven Willen nicht mehr überwölben läßt. Die vom liberalen Individualismus offen-gelassene Lücke wird von diffusen Gütern und Werten ausgefüllt, als deren Garant ein interventionistischer Präventionsstaat auftritt.

Möglicherweise trifft diese Deutung aber nicht vollständig zu. Die Entgegensetzung von negativen Rechten und positiven, an Werten und Gütern orientierten Pflichten übersieht, daß sich das Verhältnis von Form und Inhalt, Freiheit und Solidarität nicht zugunsten einer Seite auflösen läßt. Das Reziprozitätsprinzip bedürfte dann einer dritten Interpretationstufe, auf der es als ein diskursives Prinzip zur Geltung gebracht wird. Das würde nicht bedeuten, daß alle Institutionen sich in Diskurse oder konkrete Gemeinschaften auflösen. Auch ein diskursives Reziprozitätsprinzip bleibt auf Medien der Bewirkung und Durchsetzung von Entscheidungen angewiesen. Es besteht auch kein Anlaß, den Komplexitätszuwachs des Rechts im Namen eines Neoliberalismus zurückzunehmen. Wichtig wäre aber, daß die verfestigten und gegenüber gesellschaftlicher Kommunikation verselbständigteten Interpretationen und Wissensbestände, mit denen ausdifferenzierte Subsysteme sich selbst beschreiben und mit denen sie ihre Operationen programmieren, von außen destabilisiert werden können. Möglicherweise liegt dann in einer gestärkten, nicht-institutionalisierten demokratischen Öffentlichkeit ein Ausweg aus der Krise des regulativen Rechts.

Literaturverzeichnis

- Brüggemeier, Gert, 1982: Vertrag - Quasi-Vertrag - Sonder-Delikt - Delikt. Ansätze zu einer Neustrukturierung des zivilen Haftungsrechts. In: Aktiengesellschaft 10, 268-278.
- Denninger, Erhard, 1988: Der Präventions-Staat. In: Kritische Justiz 21, 1-15.
- Grimm, Dieter, 1987a: Bürgerlichkeit im Recht. In: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 11-49.
- Grimm, Dieter, 1987b: Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition. In: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 53-83.
- Grimm, Dieter, 1987c: Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat. In: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 138-161.
- Günther, Klaus, 1989: Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation. In: Rechtstheorie 20, 163-190.
- Habermas, Jürgen, 1981: Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

- Habermas, Jürgen, 1989: Volkssouveränität als Verfahren. Ein normativer Begriff von Öffentlichkeit. In: Merkur 43, 465-477.
- Häberle, Peter, 1972: Grundrechte im Leistungsstaat. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30, 43-141.
- Hentschel, Volker, 1983: Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1880-1980. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hobbes, Thomas, 1984: Leviathan, hrsg. v. Iring Fettscher. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. (Erstausgabe 1651).
- Höffe, Otfried, 1987: Politische Gerechtigkeit. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hofmann, Hasso, 1987: Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes. In: Christian Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes. Göttingen: Vandenhoeck, 9-48.
- Koch, Hans-Joachim/Helmut Rüßmann, 1982: Juristische Begründungslehre. München: C.H. Beck 1982.
- Köndgen, Johannes, 1981: Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln. Tübingen: Mohr.
- Locke, John, 1978: Über die Regierung (The Second Treatise of Government). Stuttgart: Reclam. (Erstausgabe 1689).
- Luhmann, Niklas, 1981: Subjektive Rechte. In: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Mayntz, Renate, 1980: Einleitung. In: dies. (Hrsg.), Implementation politischer Programme. Königstein: Athenäum, 1-19.
- Montesquieu, Charles, 1967: Vom Geist der Gesetze. Stuttgart: Reclam. (Erstausgabe 1748).
- Ogorek, Regina, 1986: Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert. Frankfurt a.M.: Klostermann.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1979: Der kooperative Staat. In: Archiv des öffentlichen Rechts 104, 389-413.
- Scharpf, Fritz W., 1970: Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung. Konstanz: Universitätsverlag.
- Scharpf, Fritz W., 1973: Planung als politischer Prozeß. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Schluchter, Wolfgang, 1979: Die Entwicklung des okzidentalnen Rationalismus. Tübingen: Mohr.
- Teubner, Gunther, 1985: Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. In: Friedrich Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Weber, Max, 1976: Wirtschaft und Gesellschaft, hrsg. v. Johannes Winckelmann, 5.Aufl. Tübingen: Mohr.
- Wiethölter, Rudolf, 1972: Stichw. "Bürgerliches Recht". In: Axel Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft. München: Ehrenwirth, 47-55.

Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat

Der moderne Sozialstaat verfügt über zwei große Steuerungsmedien: Geld und Recht. Beide sind ins Gerede geraten. Soll sich doch die vielzitierte Krise des Wohlfahrtsstaats vor allem an zwei Erscheinungen festmachen lassen: materiell daran, daß sich der Wohlfahrtsstaat durch die Inflation der Leistungsansprüche seiner eigenen ökonomischen Grundlagen beraubt. Und formal daran, daß er durch die Inflation der Regelungsansprüche sich im Netz der eigenen Rechtsvorschriften verstrickt. Vor diesem Szenario der "Unregierbarkeit" verwundert es nicht, wenn Staatsversagen, Steuerungsversagen und Rechtsversagen in einem Atemzug genannt werden. Gilt es also "Abschied" (vgl. Voigt 1983a) zu nehmen vom Steuerungsmedium Recht, oder muß man es zumindest als "antiquiert" (vgl. R. Wolf 1987) in die steuerungsmethodische Rumpelkammer stecken? Hat sich die Festlegung auf normative, politisch-rechtliche Mechanismen als "Fehlpezialisierung der Menschheitsentwicklung" (Luhmann 1983: 339) entpuppt, oder beklagten wir bloß einen "Illusionsverlust" (Lenk 1983: 97), was die Steuerungskraft des Rechts angeht?

I. Das rechtsstaatliche Steuerungsmodell in einem veränderten Umfeld

Die Frage nach den Steuerungsqualitäten bezieht sich im wesentlichen auf eine Funktion und damit auf einen bestimmten Teil des gesamten Normenbestandes. Gemeint ist die Gruppe der Steuerungsnormen (vgl. Voigt 1983b: 24), die mit Geboten, Verboten, Genehmigungsvorbehalten oder Strafandrohungen eine gezielte Wirkung bei den Adressaten auslösen wollen. Diese Steuerungsnormen bilden den größten Teil des materiellen Verwaltungsrechts; sie sind die eigentlichen Instrumente einer regulativen Politik, und an ihnen entzündet sich auch die Diskussion über die Krise des regulativen Rechts (vgl. Mayntz 1979).

1. Zu den Prämissen des rechtsstaatlichen Steuerungsmodells

Rechtsstaat heißt Einsatz von Staatsmacht in den Formen des Rechts. Der Rechtsstaat wird charakterisiert durch die Herrschaft der Gesetze und durch die Bindung der Verwaltung an den Willen der Gesetze. Mit dem einseitig-hoheitlichen Instrument des Gesetzes und durch die gesetzesakzessorischen Mittel hoheitlicher Verwaltung steuert der Staat das Verhalten der Bürger.

Dieses rechtsstaatliche Steuerungsmodell lebt von bestimmten Annahmen (vgl. Ritter 1979: 390 f.):

- Die erste Annahme besteht darin, daß der Staat auf ein relativ einfach strukturiertes gesellschaftliches Umfeld trifft und demgemäß sich auf wenige, gut definierbare Aufgaben beschränken kann. Denn nur wenn die Komplexität der Umwelt reduziert und auf eine überschaubare Anzahl allgemein geltender Tatbestände abstrahiert werden kann, können die Staatsaufgaben überhaupt in die Form des abstrakt-allgemeinen Gesetzes gekleidet werden.
- Die zweite Annahme besteht darin, daß die angestrebten Steuerungseffekte im wesentlichen über geradlinige, einfach gebaute Wirkungsketten verlaufen. Denn der Einsatz der einseitig-hoheitlichen Machtmittel muß bestimmt sein und direkt auf die Adressaten zielen.
- Die dritte Annahme besteht darin, daß im gesellschaftlichen Umfeld konstante Verhältnisse herrschen. Denn die für den Einsatz hoheitlicher Machtmittel erforderliche Kraftentfaltung kann ohne Autoritätsverschleiß nur erbracht werden, wenn sie zu dauerhaften und tendenziell unverbrüchlichen Regelungen führt.
- Die vierte Annahme besteht darin, daß der Staat über alle erheblichen Informationen verfügt. Denn die einseitig-hoheitlichen Machtmittel müssen, da sie vom Adressaten Gehorsam verlangen und somit die Informationsbeschaffung nicht an die Reaktion der Betroffenen koppeln können, zumindest die Vermutung der Richtigkeit für sich haben. Diese Vermutung wiederum ist nur zu rechtfertigen, wenn der Einsatz der Machtmittel auf der Basis aller relevanten Informationen erfolgt.
- Die fünfte Annahme besteht darin, daß die angestrebten Ziele erreicht werden können, ohne von den Adressaten eigene Initiativen und Identifizierung mit den Zielen zu verlangen. Die einseitig-hoheitlichen Machtmittel nehmen auf die Motivlage der Adressaten keine Rücksicht; sie sind im Gegenteil begrifflich darauf angelegt, Widerstand zu brechen.
- Die sechste Annahme schließlich besteht darin, daß jedes hoheitliche Instrument seinen ordnungsgemäßen Platz in einer zentral ausgerichteten Pyramide

von Normen und Rechtsakten hat. Denn die Anwendung von Staatsmacht ist abhängig von der klaren Alternative des 'richtig' oder 'falsch', des 'rechtmäßig' oder 'rechtswidrig'. Dieser binäre Code lässt sich nur begründen auf der Basis innerer Widerspruchsfreiheit oder, anders formuliert, auf der Basis der Einheit der Rechtsanwendung und der Einheit der Verwaltung.

2. *Veränderte Anforderungen in der modernen Industriegesellschaft*

Die sehr einfach konstruierten Beziehungen zwischen Staat und gesellschaftlichem Umfeld sind in der Realität der modernen Industriegesellschaft schon längst ad absurdum geführt worden. In einer spannungsgeladenen und zunehmend komplexer werdenden Welt fordern die Menschen von der staatlichen Gemeinschaft ein Mehr an Stabilisierung und Perspektiven. Daraus ergeben sich steigende Anforderungen an die gemeinschaftliche Problemlösungskapazität und letztlich ein Zuwachs an Staatsaufgaben.

Die erhöhten Steuerungsanforderungen ihrerseits treffen wiederum auf ein immer komplexer werdendes Umfeld. Komplexität bedeutet in dem Zusammenhang:

- eine Vielzahl von Faktoren, die das Leben des einzelnen oder gesellschaftliche Vorgänge beeinflussen und damit zugleich eine Vielzahl von Variablen für jede Steuerung bilden;
- ein dichtes Geflecht von Wechselwirkungen zwischen diesen Faktoren;
- eine Unübersichtlichkeit der Zusammenhänge in dem Geflecht, die nicht nur quantitativ durch die Zahl der Verknüpfungen bestimmt wird, sondern auch durch weit gespannte räumliche und zeitliche Dimensionen (z.B. generationen- und weltumspannende ökologische Auswirkungen).

Im gesellschaftlichen Umfeld herrschen darüber hinaus keine konstanten Verhältnisse, sondern ein sich exponentiell beschleunigendes Entwicklungstempo, insbesondere auf ökonomisch-technischem und wissenschaftlichem Gebiet. Was heute noch gilt, ist morgen überholt. Der rasante Zuwachs an Kenntnissen verändert sowohl die Informationslage wie die Werthaltungen der Menschen. Diesem Entwicklungstempo muß sich das Recht anpassen. Die daraus folgende "Dynamisierung" des Rechts ist besonders auffällig im Umwelt- und Technikbereich (Ritter 1987b: 932 ff.).

Das rasante Entwicklungstempo und die labil gewordenen, sich ebenfalls rasch verändernden Wertvorstellungen in der Gesellschaft machen es zunehmend schwerer, durch abstrakt-allgemeine Tatbestandsbeschreibungen die Vielfalt der Lebensvorgänge zu erfassen. Auch darauf muß sich das Recht einstellen. Es muß

flexibel und situationsbezogen reagieren können. Das Recht und seine Anwendungen werden "situativ" (vgl. auch Brohm 1989: 223 ff.).

In diesem hochkomplexen Handlungsumfeld lassen sich aus der steuerungspolitischen Sicht des Staates lineare und einfach strukturierte Kausalketten kaum noch ausmachen. Damit kann auch das Recht nicht mehr auf den direkten Zugriff bauen, sondern muß differenzierte Strategien wählen und vernetzte Ansätze berücksichtigen. Verwaltung geschieht zunehmend durch "mittelbares Einwirken" (Kirchhof 1977); Rechtssetzung richtet sich überwiegend nicht mehr an die zu Begünstigenden, sondern an leistungsvermittelnde Dritte mit der Folge, daß die wohlfahrtsstaatlichen Abläufe mehrstufig werden (vgl. Kaufmann 1988: 68).

Im unübersichtlichen Regelungsumfeld sind dementsprechend auch stringente Folgenabschätzungen nur noch beschränkt möglich. Das gilt sowohl für die Rückrechnung von Folgen im Sinne der Zuteilung von Verantwortung wie für die Vorausberechnung von Folgen im Sinne einer zielgerichteten Beherrschbarkeit (Böhret 1989). Das Recht muß daher mit Zufall, Spontaneität und Unberechenbarkeit umgehen. Es muß akzeptieren, daß Entscheidungen in Unkenntnis möglicher Folgen getroffen werden (Grimmer 1988: 146).

Das Rechtssystem kann zudem nicht mehr davon ausgehen, daß Normsetzung wie Normumsetzung auf der Basis allen relevanten Wissens erfolgen. Das Wissen ist über viele Expertensysteme verstreut. Es ist zum Teil nicht oder nur unter Werteinbußen aus den Expertensystemen herauszuholen. Das gilt namentlich wieder für den Bereich der technischen Sicherheit (vgl. Simrock 1988: 75, 81; Bulling 1989: 288). Und je tiefer das Recht in den Bereich wissenschaftlich-technischer Entwicklung vordringen will, desto eher ist es mit Unkenntnis und Ungewißheit konfrontiert. Die Grenzen des Rechts sind die Grenzen des bewußt Erfahrbaren und seiner sprachlichen Ausdrucksfähigkeit (vgl. Grimmer 1988: 158).

Die Komplexität des Umfeldes wirkt auf die staatliche Organisation selbst zurück. Die Einheit der Staatswillensbildung und die Einheit der Verwaltung erweisen sich zunehmend als Fiktionen. Der Prozeß der Ausdifferenzierung der staatlichen Organe und der Segmentierung der staatlichen Gewalt schreitet fort. Wir beobachten eine zunehmende Verselbständigung von Verwaltungseinheiten (Hood/Schuppert 1988). Damit bildet sich immer stärker ein polyzentrisches System der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung (vgl. auch Brohm 1989: 227 ff.).

Dieses polyzentrische System greift inzwischen weit über den staatlichen Bereich hinaus, indem es die eigentlichen Rechtsadressaten - nämlich Bürger, Unternehmen oder gesellschaftliche Organisationen - in seinen Dienst stellt. Die Gründe dafür liegen in den Informationszulieferungen, auf die der Staat angewiesen ist. Sie liegen in den Bewertungs- und Beurteilungsschwächen, die die staatli-

chen Organe bei Risikoabschätzungen, bei der Bestimmung des Standes der Technik, aber auch bei ethischen Bewertungen - man denke an die "Ethikkommission" in der Medizin oder bei der Genehmigung von Tierversuchen - nur mit Rückgriff auf gesellschaftliche Kräfte ausgleichen können. Und sie liegen in der Tatsache, daß die staatlichen Organe mangels intellektueller, personeller und finanzieller Ressourcen an die Grenzen staatlicher Steuerung und Kontrolle stoßen. Dies mündet letztlich, wie im Sozialrecht, in den Verweis auf gesellschaftliche Selbsthilfeinrichtungen (vgl. Reichard 1988: 367) oder, wie im Umweltrecht, in den Auftrag an die Rechtsadressaten zur "Eigenüberwachung". Wobei Eigenüberwachung rechtlich gesehen Selbstkontrolle in Ersetzung staatlicher Fremdkontrolle heißt (Steiner 1987: 1134).

II. Rechtsgewinnung und Rechtsanwendung im kooperativen Staat

Die Veränderungen des realen Umfeldes führen zu weitreichenden Konsequenzen für das Staatsbild. Sie signalisieren den Weg von der regulativen Steuerung zur partnerschaftlichen Übereinkunft, von der zentralen Weisung zur dezentralen Koordination, von der Normsetzung zur Überzeugung, vom Einsatz hoheitlicher Machtmittel zum multilateralen Prozeß der Zusammenarbeit. Sie führen zum Bild vom kooperativen Staat (vgl. Ritter 1979; Hesse 1987: 86 ff.; Hartwich 1987: 14 ff.).

1. Kooperative Strukturen im Rechtssystem

Schon seit längerem ist bekannt, daß sich in der Rechtspraxis eine Vielzahl kooperativer Strukturen findet. Solche kooperativen Strukturen durchziehen fast alle Gebiete des öffentlichen Rechts, in denen der Staat gesellschaftliche Vorgänge steuern will: vom Wirtschaftsrecht (Becker 1985; Bauer 1987; Baudenbacher 1988) über das Leistungsrecht im Sozial- und Gesundheitsbereich (Simons 1985; Schulte 1988; Kaufmann 1988; Schenke 1989) über das Recht der Stadterneuerung (Bussfeld 1990; Offele 1990) und der regionalen Entwicklungspolitik bis zum Umweltrecht (Bohne 1984; Schulte 1988; Arnold 1989; Bulling 1989), das das "Kooperationsprinzip" als eines seiner grundlegenden Gestaltungsprinzipien ausdrücklich anerkennt (näheres bei Rengeling 1989; Lübbe-Wolff 1989). Wir finden im übrigen Kooperationstatbestände in der Finanz- und Steuerverwaltung (Bundesfinanzhof, BStB1. II 1985: 354 ff.) ebenso wie bei der Strafverfolgung (Schünemann 1989; Gatzweiler 1989). Und selbst für das Sicherheitsrecht kann

der Satz, der Staat paktiere nicht, nicht mehr ohne weiteres gelten, wie die Beispiele "Hamburger Hafenstraße" und "Celler Loch" lehren.

a. Kooperationsformen bei Rechtsanwendung und Rechtserzeugung

Aus dem Blickwinkel der Rechtsanwendung sind vor allem die Erscheinungen des sogenannten "informalen Verwaltungshandels" beschrieben worden. Dazu gehören etwa: Branchenabkommen, Sanierungsabrede, gentlemen's agreement, moral suasion, Informationsaustausch, Vorverhandlung, Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen. Der Begriff "informal" soll dabei rechtlich nicht geregelte Handlungen erfassen, die der Staat anstelle von rechtlich normierten Handlungen oder Rechtsfolgeentscheidungen wählt. Sie können etwa als "normvollziehende Kooperation" auf der Rechtsfolgeseite auftreten oder als "normvertretende Kooperation" zur Vermeidung von förmlichen Rechtssetzungsakten getroffen werden (in Anlehnung an Bohne 1984: 344 f.; Rengeling 1989: 207). Ein Beispiel für die letztgenannte Möglichkeit bietet § 14 Abs. 2 Abfallgesetz, der den Erlaß einer Rechtsverordnung über Vermeidung und Verringerung von Verpackungsabfall vom Scheitern "freiwilliger" Bemühungen der Industrie und des Handels abhängig macht.

Aus dem Blickwinkel der Rechtserzeugung sind kooperative Verhaltensweisen ebenfalls bekannt. Hier ist zunächst auf das Aushandeln von Gesetzentwürfen oder auf konzertierte Aktionen im Vorfeld von Normierungen hinzuweisen, die als moderne Stufe organisierter Interessenvermittlung unter dem Stichwort "Korporatismus" in die Diskussion gekommen sind (vgl. z.B. v. Alemann/Heinze 1979; Lehmbruch 1987: 20 ff.). Es handelt sich hierbei um "normvorbereitende Kooperation". Eines der eindrucksvollsten und am besten belegten (vgl. statt vieler Streckel 1973) Beispiele dürfte immer noch das Gesetz zur Anpassung und Gesundung des deutschen Steinkohlenbergbaus und der deutschen Steinkohlenbergbaugebiete von 1968 sein, das nicht nur selbst das Ergebnis intensiver Aushandlungsprozesse war, sondern auch in ein dichtes Netzwerk von Verträgen und Abmachungen eingebettet ist (vgl. statt vieler Möbitz 1972), ohne dessen profunde Kenntnis und Berücksichtigung keine Gesetzesanwendung auskommt.

Den klassischen Fall einer "normensetzenden Kooperation" bildet das Tarifvertragsrecht, auch wenn die Rechte des Staates lediglich auf die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 Tarifvertragsgesetz) beschränkt sind. Tradition haben ebenfalls die durch Kooperativorgane (wie Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen) erlassenen Richtlinien zur ärztlichen Versorgung der Sozialversicherten, die der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung lediglich innerhalb einer bestimmten Frist beanstanden kann (§§ 91 ff. Sozialgesetzbuch V - SGB -). In dem Zusammenhang sind ferner zu erwähnen die zahlreichen Schutzstandards im

Umwelt- und Technikrecht, die entweder als staatliche Regelungen unter "Anhörung der beteiligten Kreise" (§ 51 Bundes-Immissionsschutzgesetz) ergehen oder als private Standardsetzungen (VDI-Richtlinien, DIN-Normen) durch staatliche Organe rezipiert werden.

b. Bindungswille und Rechtsgehalt

Im Hinblick auf die rechtliche Faßbarkeit der Kooperationsergebnisse lassen sich grob drei Schichten unterscheiden. Zur ersten Schicht sind etwa allgemeine Arrangements, gentlemen's agreements und konzertierte Aktionen zu zählen. Solche Kooperationen laufen zwar nicht gänzlich außerhalb des Rechts; denn jedenfalls die öffentlich-rechtlichen Partner haben die allgemeine Kompetenzordnung sowie allgemeine juristische Restriktionen - wie die verfassungsmäßig verbürgten Grundrechte - zu beachten. Die erzielten Ergebnisse sind jedoch ohne rechtliche Substanz. Sie sind oft bewußt unscharf gehalten, nirgendwo präzise fixiert und zielen mehr auf eine Gleichgestimmtheit der Wert- und Handlungsvorstellungen. Die faktischen Bindungswirkungen bewegen sich in den Bereichen von Moral und diffusen Loyalitätsbeziehungen. Diese Schicht ist keineswegs für nur eine Staats Ebene spezifisch. Wir finden Beispiele sowohl für die Ebene des Bundes (konzertierte Aktionen), für die Ebene der Landesregierungen (Ruhrgewerkskonferenzen in Nordrhein-Westfalen), für die mittlere Ebene (regionale Wirtschaftskonferenzen, Arbeitsmarktkonferenzen oder Gesundheitskonferenzen) und ebenfalls bei den unteren Durchführungsinstanzen.

Die zweite Schicht betrifft hauptsächlich große Genehmigungsvorhaben, Entwicklungsprojekte oder flächenhafte Stadterneuerungen. Hier geht es um ein stabiles Netzwerk langfristiger Beziehungen; es geht um die Verfestigung der Abstimmungsprozesse, um den Ausgleich unterschiedlicher Interessen und um die Akzeptanz der angestrebten Ergebnisse. Solche Beziehungen sind oft handfest genug, um den Boden für ein rechtlich faßbares Dauerbeziehung abzugeben, das zwar nicht auf einen synallagmatischen Austausch gerichtet ist und in dem folglich keine primären Leistungspflichten geschuldet werden, wohl aber bei besonderen Umständen sekundäre Sorgfaltspflichten begründet sein können. Gewisse Parallelen zu den Rechtsbeziehungen aus "laufendem Geschäftskontakt" des bürgerlichen Rechts (Larenz 1987: 104 ff.) bieten sich an.

Die dritte Schicht bilden die konkreten Abmachungen. Diese können durchaus das Gewand traditioneller Rechtsformen wie Vertrag (Erschließungsverträge im Baurecht) oder mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt (Subventionsvergaben) tragen. Sie sind jedoch ebenso als unvollständige Verträge (sanktionslose Verträge) oder als Vereinbarungen ohne rechtliche Bindung denkbar. Im letzteren

Fall handelt es sich dann freilich um ausdrücklich fixierte Verabredungen, die eine Reihe von juristisch faßbaren Nebenpflichten in bezug auf gegenseitige Information und Konsultation, auf Schadensminderung gegenüber dem Partner und gegebenenfalls sogar auf eine Haftungsmitübernahme auslösen können. Auch solche konkreten Beziehungen sind keineswegs ebenenspezifisch und nicht nur im Einzelverhältnis zwischen Behörde und Bürger angesiedelt. Man denke in dem Zusammenhang etwa an das unter Mitwirkung der Bundesregierung abgeschlossene Vertragswerk zur Sanierung des Steinkohlenbergbaus oder an den "Wyhl-Vertrag" zwischen der Landesregierung Baden-Württemberg, dem Kraftwerksunternehmen und den badisch-elsässischen Bürgerinitiativen. Oder man vergegenwärtige sich die Gesamtverträge bzw. Rahmenverträge zwischen den Verbänden der Krankenkassen, den kassenärztlichen Vereinigungen und sonstigen Spitzenverbänden im Gesundheitsbereich, die das Leistungsverhältnis der Sozialversicherten näher bestimmen.

c. Kooperativ geprägte Organisationen

Die vorangegangenen Ausführungen haben bereits deutlich gemacht, wie vielfältig und dicht das kooperative Geflecht zwischen Staat und Gesellschaft geknüpft ist. Relativ selten handelt es sich dabei um klar identifizierbare, zweiseitige Austauschbeziehungen. Viel öfter hingegen sind entsprechend der ausdifferenzierten Staatsorganisation und der vielschichtigen Gesellschaftsstruktur polygonale Verhältnisse mit mehreren Teilnehmern, unterschiedlichen Beteiligungsintensitäten und verschieden gearteten, oft nur mittelbaren Interessenbefriedigungen anzutreffen. Dieses Geflecht lässt sich juristisch kaum mit Kategorien des Vertragsrechts, sondern allenfalls mit der Begrifflichkeit des Organisationsrechts angemessen erfassen. Und in der Tat gibt es eine Unzahl von institutionellen Verknüpfungen, die im kooperativen Geflecht Knotenpunkte anzeigen, für eine Verfestigung von Zusammenarbeit sorgen, Teilnehmer benennen und die beteiligten Interessen jedenfalls in generalisierter Weise transparent machen.

Eine systematische Darstellung der kooperativ geprägten Organisationsformen zwischen Staat und Gesellschaft kann hier nicht versucht werden; sie ist auch erst in Teilbereichen und ansatzweise geleistet (grundlegend immer noch Schuppert 1981). Es genügen einige beispielhafte Hinweise, um das Gemeinte zu veranschaulichen: Beratungsgremien für den Verwaltungsvollzug (Landschaftsbeiräte, Jagdbeiräte); Beratungsgremien für Normsetzungen, übergeordnete Planungen oder politische Entscheidungen (konzertierte Aktionen, Sachverständigenräte, Landesplanungsbeiräte); Mitentscheidungsgremien im Verwaltungsvollzug (Elternvertretungen im Schulrecht, Jugendwohlfahrtsausschuß); pluralistisch besetzte

Entscheidungsgremien bei Rechtssetzungen oder staatlichen Planungen (Bundes- und Landesausschüsse nach dem Sozialgesetzbuch, Bezirksplanungsrat Nordrhein-Westfalen); Zweckverbände zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben im öffentlichen Interesse (Wasser- und Bodenverbände, Altlastensanierungsverband, Erdölbevorratungsverband); gesetzlich statuierte Solidarorganisationen (Sozialversicherungsträger); öffentlich-rechtliche Organisationen der Interessenrepräsentation (Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern); mit Hoheitsaufgaben beliehene Privatrechtsträger (Technische Überwachungsvereine); privatrechtlich betriebene Unternehmen der öffentlichen Hand zur Daseinsvorsorge (Stadtwerke, Verkehrsbetriebe); Brückenköpfe öffentlichen Interesses in privaten Unternehmen (Umweltbeauftragte); gemeinwirtschaftliche Unternehmen (Wohnungsbaugeossenschaft, Entwicklungsagentur Emscher-Lippe, kommunale Wirtschaftsförderungsgesellschaften); Einrichtungen zum Wissenstransfer (Technologiezentren); Organisationen im Sozialbereich (Verbände der freien Wohlfahrtspflege, kirchliche oder gewerkschaftliche Hilfswerke); lokale Selbsthilfeeinrichtungen (Arbeitsloseninitiativen, Gesundheitsläden, Rehabilitierungsgruppen, alternative Betriebe).

Zwischen Staat und Gesellschaft spannt sich damit ein breiter Bogen von Verbundorganisationen. Zum Teil werden gesellschaftliche Interessen unmittelbar an den Staatsapparat angekoppelt; zum Teil sind Verwaltungseinrichtungen verselbständigt; zum Teil werden private Einrichtungen als öffentliche Aufgabenträger in Dienst genommen (para-government organizations); teilweise handelt es sich um soziale Bewegungen in einem bewußt so verstandenen staatsfernen Raum. Angesichts dieser Spannbreite verwundert es nicht, wenn die Frage nach der Steuerung durch Recht sehr differenziert beantwortet werden muß. Nur in bestimmten Bereichen finden wir öffentlich-rechtliche Organisationsakte durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes. Überall dort, wo Grundrechte tangiert sind (Zwangsmitgliedschaften), wo Entscheidungsbefugnisse zugesprochen werden und verbindliche Auswirkungen über den Kreis der Beteiligten hinausreichen, wo öffentliche Gelder verwaltet werden, ist ein präziser öffentlich-rechtlicher Status zwingend. Allerdings gibt es auch im öffentlich-rechtlichen Sektor lockere Formen der Zusammenarbeit (kommunalrechtliche Arbeitsgemeinschaften) und spontane Organisationsformen (Regionalkonferenzen in Nordrhein-Westfalen) ohne feste Rechtsform. Eine große Zahl der kooperativen Organisationen bedient sich der variantenreichen Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts. Aktiengesellschaft und GmbH, Genossenschaft und eingetragener Verein sind dabei noch relativ konturenscharfe Rechtsinstitute. Doch je stärker Gruppierungen ein "alternatives"

Selbstverständnis entwickeln, desto offener sind die Organisationsformen und desto schneller verliert sich die Spur im Informellen.

Daraus ergibt sich eine paradoxe Situation. Einerseits sollen die kooperativ geprägten Organisationen die Steuerungsfähigkeiten nicht zuletzt auch mit den Mitteln des Rechts erhöhen, andererseits zeigt schon ein flüchtiger Blick in die Praxis, daß die Fülle der rechtlichen Organisationsmodi zu neuen Unübersichtlichkeiten und mithin zu neuen Steuerungsproblemen führt. Die traditionellen Rechtsinstrumente der Organisationsvorgaben, der Handlungsvorgaben und der Aufsichtsrechte greifen nur teilweise und unvollständig. Eher greifen schon finanzielle Dotationsen und personelle Beteiligungen. Folgerichtig werden denn auch meistens außerrechtliche Möglichkeiten genannt, wenn nach den Steuerungsmechanismen gefragt wird: so z.B. Benutzerpartizipation, Marktmechanismus, Arrangements zwischen den Beteiligten, wechselseitige Konkurrenz zwischen rivalisierenden Organisationen, Bewertung durch anerkannte Fachleute (vgl. Hood/Schuppert 1988: 361 ff.) oder betriebswirtschaftliche Instrumente (Reichard 1990). Insgesamt ist festzustellen, daß die Steuerung nur beschränkt über harte organisationsrechtliche Strukturen funktioniert, sondern eher über persönliche Beziehungen, Geld und auf anderen informellen Wegen läuft.

2. Vorzüge und Nachteile kooperativen Staatshandelns

Der Siegeszug kooperativer Verhaltensmuster in der Staatspraxis deutet darauf hin, daß sich auf diese Weise eine Reihe von Vorteilen erreichen lassen, die mit einseitig hoheitlichem Handeln nicht oder nicht so erreicht werden. Dazu gehören in erster Linie (vgl. auch Eberle 1984: 45 ff.; Baudenbacher 1986: 303 f.; Bauer 1987: 250 ff.; Rengeling 1989: 71; Bulling 1989: 288):

- Bessere Kalkulierbarkeit des Verhaltens der jeweils anderen Beteiligten oder, andersherum gesagt: Reduzierung der Ungewißheit im Hinblick auf die Erreichbarkeit kompatibler Ziele und zumindest annäherungsweise Lösung bei sonst blockierten Entscheidungssituationen (prisoner's dilemma).
- Erleichterung von positiver Koordination, indem eine gemeinsame Interessenbasis gefunden wird, auf die hin jeder Beteiligte seine Handlungen orientieren kann (vgl. auch Schuppert 1987: 765).
- Erhöhung der Investitionssicherheit im Hinblick auf den Ausgang staatlicher Zulassungsverfahren und damit zugleich Erhöhung der Rechtssicherheit.
- Zeitgewinn bei der Abwicklung von komplexen Verfahren durch frühzeitige Einbindung der Beteiligten und Ausräumung von Bedenken und Hindernissen.

- Auflockerung der rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen an das Verwaltungshandeln und damit Erleichterung in der Darlegungslast für den Einsatz bestimmter Mittel. Wie überhaupt die der Verwaltung rechtlich gezogenen Grenzen im kooperativen Zusammenwirken des Gebens und Nehmens "ausgedehnt werden", weil und soweit Verwaltung auf den Grundrechtsgebrauch des Bürgers reagiert (vgl. Maurer 1989: 805).
- Überwindung von Grenzen der sachlichen Kompetenz und der räumlichen Zuständigkeit. Das gilt auch für nationale Grenzen, wie die Kooperationsformen der "Euregio" zeigen.
- Höhere Flexibilität insbesondere durch den Einsatz indirekter Beeinflussungsmechanismen.
- Pufferbildung und höhere Elastizität bei der Bewältigung unbeabsichtigter und unerwünschter Nebenfolgen.
- Erreichbarkeit von Steuerungszielen, die - weil über das gesetzlich Gebotene hinausgehend - durch einseitiges Handeln nicht erreicht werden können (wichtig insbesondere für viele Absprachen im Umweltbereich).
- Mobilisierung von Ressourcen über eine wechselseitige Hilforientierung (Solidarität), die so weder vom "Staat" einseitig hätte angeordnet werden können, noch vom "Markt" erbracht worden wäre.
- Mobilisierung, Akzeptanz und zusätzlicher Gewinn von "funktionaler" Legitimität (vgl. Ritter 1979: 411, 1987a: 343).
- Mobilisierung von Sachverstand und Gewinnung von Informationen, die nur von den Beteiligten selbst eingebracht und eingearbeitet werden können.

Mit dem kooperativen Staatshandeln sind andererseits eine Reihe von Gefahren und Problemen verbunden, die teilweise die Kehrseite der Vorteile durch Kooperation bilden (vgl. auch Hoffmann-Riem 1982: 203 ff.; Baudenbacher 1986: 304; Bauer 1987: 254 ff.; Rengeling 1989: 70):

- Selektivität der Interessenberücksichtigung, da Sonderinteressen schlagkräftiger zu organisieren sind als Allgemeininteressen, Gegenwartsinteressen wirksamer als Zukunftsinteressen, wirtschaftliche Interessen leichter als ideelle Interessen (v. Arnim 1986: 59).
- Ungleichgewichtigkeit von staatlicher Leistung und privater Gegenleistung, so weit der Staat institutionelle Konzessionen im Austausch gegen kurzfristige ökonomische Vorteile bietet (vgl. Scharpf 1988: 71).
- Unterlaufen oder Relativieren normativer Vorgaben mit der Folge eines Autoritätsverlustes des gesetzten Rechts.

- Gefährdung der Verfahrenschancengleichheit und der Verfahrensteilhabe Dritter.
- Erschwerung von Kontrolle und effektivem Rechtsschutz insbesondere auch dadurch, daß die komplexen Kooperationsvorgänge sich nicht mehr aktenmäßig darstellen und nachvollziehen lassen.
- Einigung auf den jeweils kleinsten gemeinsamen Nenner und damit Gefahr eines Immobilismus in Situationen, in denen an sich weitreichende und belastende Entscheidungen notwendig wären.
- Verfahrensverschleppung durch immer neue Verhandlungsrunden (vgl. auch Lübbe-Wolff 1989: 302) oder, positiv gewendet: Konsensbildung braucht Zeit.
- Engpaßsituationen im politisch-administrativen System, soweit die nach wie vor vorhandenen hierarchischen Organisationsstrukturen den "Flaschenhals" für die Teilnahme an kooperativen Prozessen bilden.

3. Voraussetzungen kooperativen Staatshandelns

Kooperationsvorgänge hängen von bestimmten Bedingungen ab, die im gesellschaftlichen Umfeld und im Rechtssystem erfüllt sein müssen. Die wichtigsten Voraussetzungen sind:

- Vorhandensein von geeigneten Partnern. Pendant des kooperativen Staates ist die aggregierte, gruppenhaft organisierte, polyzentrische Gesellschaft mit Großunternehmen, Wirtschaftsvereinigungen, sozialen Verbänden und Bürgerinitiativen. Der kooperative Staat lebt unter der Prämisse der dezentralen Konzentration. Denn einerseits setzt Zusammenarbeit eine organisatorische Differenzierung und die Existenz dezentraler Entscheidungsträger voraus; andererseits müssen die Kooperationsteilnehmer in ihrer Zahl begrenzt und als Partner stark genug sein, um Steuerungsimpulse umsetzen und weitergeben zu können (vgl. Ritter 1979: 405 f.).
- Mindestmaß an Interessenübereinstimmung. Die potentiellen Partner müssen gegenseitig "sprachfähig" sein; zwischen ihnen muß ein Minimalkonsens herrschen. Das begrenzt selbstverständlich die Reichweite möglicher Kooperationen, weil eklatante wirtschaftliche Nachteile oder Wettbewerbsverzerrungen nicht in Kauf genommen, grundsätzliche ideologische Positionen nicht freiwillig geräumt werden.
- Verändertes Selbstverständnis. Sowohl die "staatliche" Seite wie die "gesellschaftliche" Seite müssen ihr Rollenverhalten ändern. Gefordert sind auf der Verwaltungsseite mehr Eigeninitiative und Kontaktbereitschaft sowie die Fähigkeit, Entwicklungsprozesse zu stimulieren und zwischen unterschiedlichen

Interessen zu vermitteln; die Verwaltung muß sich für gesellschaftliche Bedürfnisse und Entwicklungen öffnen. Auf der anderen Seite muß die Bereitschaft bestehen, auch gesamtgesellschaftliche Ziele in die eigenen Zielvorstellungen einzubringen; Unternehmen müssen z.B. ein Bewußtsein für die Region entwickeln, in der sie tätig sind (Beispiel: Initiativkreis Ruhrgebiet). Allgemeiner ausgedrückt: Die Individuen wie die gesellschaftlichen Gruppen müssen "reflexiv" handeln, indem sie bei der Formulierung ihrer Interessen stets auch die Interessen der anderen wie der künftigen Generationen berücksichtigen (vgl. auch Preuß 1989: 9).

- Tauschfähige Leistungen (vgl. auch Voigt 1986: 20). Die von den Partnern angebotenen oder erwarteten Leistungen müssen geeignet sein, in den kooperativen Prozeß eingebracht zu werden. Dafür ist erstens unumgänglich, daß sich die gesellschaftlichen Interessen überhaupt durch die potentiellen Kooperationspartner artikulieren lassen. Zum zweiten ist erforderlich, daß unter Gemeinwohlaspekten die Leistungen nicht ungleichwertig sind (z.B. kurzfristige ökonomische Vorteile gegen Hinnahme nachhaltiger ökologischer Schädigungen). Unter diesem Gesichtspunkt ist besonders zu prüfen, welche "Gegenleistungen" die öffentliche Hand anbieten darf.
- Verhandlungsspielräume. Das betrifft nicht nur, aber in erster Linie die staatlichen Partner. Die Verwaltung besitzt keine Privatautonomie und folglich keine "Vertragsfreiheit". Sie kann nur soweit handeln, als gesetzliche Zwecke nicht verletzt werden oder ihr Ermessen und Gestaltungsfreiheit eingeräumt worden sind (Maurer 1989: 805). Freilich dürfte eine differenzierte Gesetzestypen- und Ermessenslehre zeigen, daß die administrativen Verhandlungsspielräume so eng gar nicht geschnitten sind (dazu Brohm 1989: 229 f.).
- Erwartungssicherheit (Hoffmann-Riem 1982: 203). Wenn trotz fehlender rechtlicher Sanktionen es zwischen den Partnern zu einer verlässlichen Orientierung kommen soll, setzt dies ein stabiles Vertrauensverhältnis voraus (vgl. Dose 1987: 123). Dieses Vertrauensverhältnis ist sowohl abhängig von den jeweils agierenden Personen wie vom "politisch-kulturellen Beziehungsgeflecht" (Lompe 1986: 285), in das die Individuen oder Organisationen eingebettet sind. Insgesamt sind "Loyalität" und "Vertrauen" die wichtigsten Ressourcen im kooperativen Staat; denn der kooperative Staat setzt einen Modus der Interessenbefriedigung voraus, der auf Verhaltensreziprozität und wechselseitigem Vertrauen beruht (vgl. auch Preuß 1989: 10).
- Öffentliches Klima. Die öffentliche Meinung kann ein kooperatives Verhalten nachdrücklich unterstützen. Die Sorge vor einer negativen Reaktion der Medien kann den Selbstbindungswillen ebenso stimulieren, wie andererseits die öffent-

liche Meinung Druck auf das Zustandekommen von Vereinbarungen ausüben kann (Verhaltenskodex der chemischen Industrie nach Sandoz). Einige Rechtsverfahren bauen geradezu auf den öffentlichen Druck als "weichem" Sanktionsmittel; das dürfte z.B. für das Ergebnis der Umweltverträglichkeitsprüfung gelten, das nach dem Gesetzeswortlaut bei der nachfolgenden Entscheidung lediglich "zu berücksichtigen" (§ 12 Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung) und nicht im Rechtssinne strikt "zu beachten" ist.

- Mechanismen der indirekten Transmission. Verwalten durch "mittelbares Einwirken" und über mehrstufige Abläufe ist darauf angewiesen, daß Steuerungsimpulse transportiert werden. Dies kann in vielfältiger Weise geschehen (vgl. Ritter 1979: 403 ff.): durch wirtschaftliche Verflechtungen, durch induktive Abstimmungsmechanismen zwischen Groß- und Kleinbetrieben sowie zwischen Hauptproduzenten und Zulieferern, durch Solidarnormen bei einer Verbundzugehörigkeit oder durch eine ständische "Ethik der Profession" (vgl. Voelzkow/Hilbert/Heinze 1987: 91).
- Rechtlicher Flankenschutz (Bulling 1989: 289). Einseitige Rechtssetzungs- oder Rechtsanwendungsakte des Staates bleiben auch im kooperativen Beziehungsgeflecht bis zu einem gewissen Grade notwendig. Sie dienen etwa zur Abschirmung gegenüber Außenseitern (free-rider-problem), zur Korrektur, falls die Kooperation "schiefläuft", oder als "Knüppel aus dem Sack", wenn die Kooperationswilligkeit erlahmt.

4. *Veränderungen im Recht*

Die Funktionsweisen des kooperativen Staates relativieren die Bedeutung des (einseitig) gesetzten Rechts. Gesetz und gesetzesakzessorische Verwaltung werden zum Teil zu sekundären und subsidiären Steuerungsinstrumenten. Sie bleiben aber notwendig, um die unerlässlichen Ordnungs- und Verfahrensrahmen zu schaffen, um als letztes Druckmittel bei mangelnder Kooperationsbereitschaft zu dienen, um Außenseiter einzubinden und um überall dort einzugreifen, wo Kooperation wegen der Vielzahl der zu Beteiligenden unzweckmäßig wäre (Ritter 1979: 410).

Insgesamt ist eine Abschwächung der Wirkungskraft des Rechts zu beobachten, die man zusammenfassend in sieben Trends beschreiben kann:

- Vom hierarchischen Recht zum zweiseitig oder mehrseitig vereinbarten Recht. Dies ist der Kern der Rechtsstruktur im kooperativen Staat.
- Vom hoheitlichen Rechtsvollzug zu Überzeugungs- und Überredungsstrategien. Auch dort, wo das einseitig gesetzte Recht dem Anschein nach weiter dominiert, wird seine Umsetzung nicht mehr durch Machteinsatz erzwungen, son-

dern weitgehend "erhandelt". So wird beispielsweise geschätzt, daß achtzig bis neunzig Prozent der Verwirklichung von Regionalplanungen auf Überzeugung und auf Überredung beruhen und lediglich ein gewisser Rest über juristische Sanktionen "erstritten" wird (vgl. Rat von Sachverständigen zu Umweltfragen 1987, Nr. 2158).

- Von der Rechtsbindung zur nichtrechtlichen, sozialnormativen Bindung. Hierunter fallen die oben skizzierten Erscheinungen des "informellen Verwaltungshandelns", wobei klargestellt werden sollte, daß es durchaus auch einseitiges, informelles Verwaltungshandeln gibt (z.B. Information, Warnung, Empfehlung). Doch auch solche, für sich betrachtet einseitige Verwaltungshandlungen sind zumeist im Kontext umfassender Kooperationsbeziehungen verortet. Verwiesen sei etwa auf die gemeinsamen Empfehlungen der Institutionen im Gesundheitswesen (SGB V).
- Vom "starren" Recht zum "weichen" Recht. Das rigide, gesetzte Recht mit vollem Sanktionsmechanismus wird zurückgedrängt durch Gewohnheitsrecht (vgl. auch Schulze-Fielitz 1984: 124 ff.; Eder 1986: 28), sanktionsloses Recht und "Naturalobligationen". Strikte Verbote und Gebote werden ersetzt durch Abwägungsregeln und Vorrangbedingungen (vgl. auch Alexy 1987: 414). Allerdings sind in einigen Rechtsgebieten die Beobachtungen widersprüchlich. So wird z.B. für das Umwelt-Völkerrecht sowohl die Erstarkung des hard law (Lang 1984) wie das Vordringen des soft law (Ehricke 1989) behauptet.
- Von der rechtlichen Vollsteuerung zur rechtlichen Teilsteuierung. Die volle regulative Steuerung mit direktem Zugriff, die über die Kette: sanktionsbewehrte Zielsetzung - Vollzugsakt - Kontrolle läuft, wird immer mehr ersetzt durch Rechtsformen, die nur noch Rahmenbedingungen festlegen und Anreize zu einem bestimmten Verhalten auslösen wollen. Hierzu gehören etwa die rechtlich abgesicherten marktwirtschaftlichen Instrumente in der Umweltpolitik, die Einrichtung eines Betriebsbeauftragten für Umweltschutz oder die zahlreichen, rechtlich verfaßten Gemeinschaftsunternehmen der public-private partnership.
- Vom dauerhaften Recht zum Recht auf Zeit (R. Wolf 1987: 387). Damit sind gemeint die angesichts der raschen Situationsänderungen erforderlichen Befristungen von Rechtsakten bis hin zu den diskutierten "experimentellen" Rechtssetzungen (vgl. Mader 1988).
- Von der perfekten Rechtsanwendung zur imperfekten Rechtsanwendung. Ein typisches Beispiel ist die Praxis der "vorläufigen Bebauungspläne", die über § 33 Baugesetzbuch eine sehr flexible Art der Stadtentwicklung ermöglichen (vgl. Offele 1990). Ebenfalls hierzu gehört die Neigung, über Vorbescheide,

"Vorabzustimmungen", Teilgenehmigungen oder "vorläufige" Verwaltungsakte bereits den gewollten Rechtszustand zu steuern.

Unter den Anforderungen eines kooperativen Staatshandelns wandelt sich das Recht. Dies wird man zur Kenntnis nehmen müssen. Aber man sollte sich dabei nicht auf die simplifizierende Alternative: Recht oder Nicht-Recht abdrängen lassen. Das kooperative Beziehungsgeflecht steht nicht zur Gänze außerhalb des Rechts. Zwar versagt die traditionelle Rechtsformenlehre bei der Erfassung mehrseitiger, informeller Beziehungen (Bauer 1987: 258; Schulte 1988: 513). Aber eine dauerhafte Kooperationsbeziehung kann auch vom Recht nicht ignoriert werden. Hier dürfte es weiterhelfen, als übergreifende Hülle für dauerhafte Kooperationsbeziehungen ein "Dauerrechtsverhältnis" dogmatisch anzuerkennen (vgl. auch Hill 1989: 352). Insofern ist die Gewerbeaufsicht über einen Großbetrieb der Chemie, bei dem praktisch zu jeder Zeit irgendein Änderungsgenehmigungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz läuft, in der Tat auch rechtsdogmatisch anders zu behandeln als die ordnungsbehördliche Aufsicht, die mit der Erteilung einer Schankerlaubnis verbunden ist. Angesichts des prozeduralen Charakters der Kooperationsbeziehungen lassen sich allgemeine Aussagen über Rechte und Pflichten, die aus diesem Dauerrechtsverhältnis begründet sein können, nur sehr schwer machen. Immerhin wäre ein dogmatischer Ansatz für die Entwicklung von Sorgfalts-, Schutz- oder sonstigen Nebenpflichten gewonnen (vgl. auch: Bauer 1987: 265; Schulte 1988: 540), so daß es der Krücke der Amtspflichtverletzungen aus Kooperationsbeziehungen (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 21.04.1983, Umwelt- und Planungsrecht 1983: 298) nicht länger bedarf.

Auch der kooperative Staat, das sei zur Klarstellung noch einmal wiederholt, kann auf Machtanwendung nicht verzichten. Deshalb haben auch die traditionellen hoheitlichen Handlungsformen hier einen Platz. Aber ihre Inhalte werden weitgehend bestimmt durch die zugrunde liegenden Kooperationsvorgänge; informelle Verhandlungssysteme ermöglichen oftmals überhaupt erst die Anwendung formalen Rechts (Voigt 1986: 22). Mit Hilfe der einseitig-hoheitlichen Rechtsinstrumente wird gewissermaßen als "Erfüllungsgeschäft" realisiert, was in kooperativ gestalteten "Kausalgeschäften" zuvor abgestimmt und vereinbart war (Ritter 1979: 409 ff.). So betrachtet, markieren einseitig-hoheitliche Rechtsakte lediglich die Spitze eines Eisberges, dessen größerer Teil unter dem Wasserspiegel der herkömmlichen Rechtsdogmatik liegt.

III. Konsequenzen für Rechtstheorie und Rechtspolitik?

Das hier gezeichnete Bild des Steuermittels Recht im kooperativen Staat ist das Ergebnis einer Beobachtung der Verfassungs- und Verwaltungsrealität. Auch wenn die Konturen noch unscharf sind und eine breite Diskussion erst vor kurzem eingesetzt hat, so wird man doch zu fragen haben, welche Folgen sich daraus für Rechtstheorie und Rechtspolitik ergeben. Sind wir auf dem Weg zu einem "alternativen Recht"?

1. Zur Theorie des reflexiven Rechts und des medialen Rechts

Die Einsicht, daß die Steuerung hochkomplexer Gesellschaften nicht mehr über schlichte Zweck-Mittel-Kausalketten ablaufen kann, sondern relational im Sinne der wechselseitigen Beeinflussung der jeweiligen Elemente wirken muß, hat zu einer Reihe von theoretischen Konstruktionsversuchen geführt. Als gravierendstes Defizit des "alten" regulativen Rechts wird angesehen, daß "dieses Recht politische Systemrationalität anderen Sozialsystemen oktroyieren und dort Systemzustände dominieren will" (Görlitz 1989: 26). Daraus resultiert die Suche nach einem "post-interventionistischen Recht", das kausale Vernetzung und strukturelle Vielfalt in Rechnung stellen soll.

Ein derartiges Modell ist das des reflexiven Rechts (vgl. Teubner 1982; Willke 1983: 62 ff.). Das reflexive Recht ist die juristische Umsetzungsform "reflexiver Steuerung", die im wesentlichen auf der Lernfähigkeit und Selbstreflexion innerhalb der gesellschaftlichen Teilsysteme beruht. Das reflexive Recht gewinnt Gestalt als "Relationierungsprogramm". Relationierungsprogramme unterscheiden sich von den traditionellen Konditional- und Finalprogrammen durch eine Mehrzahl von zwecksetzenden Instanzen, durch eine Vielzahl von Steuerungsmedien, durch verschiedene Verhandlungsebenen sowie durch unterschiedliche Zeit- und Werthonizonte. Relationierungsprogramme entstehen in der Prozeßform "soziater Verhandlungssysteme". Relationierungsprogramme sind nicht auf Intervention, sondern auf Kompensation gerichtet. Damit ist gemeint, daß die Steuerung anderer Sozialsysteme lediglich indirekt über Selbstregulierung und eigenes Lernen erfolgt und daß das Recht bloße Verfahrens- und Organisationsprämissen für diese internen Reflexionsabläufe setzt, sich aber jeder inhaltlichen, materiellen Vorgabe enthält (Teubner 1982: 25; Willke 1987: 24).

Das Modell des reflexiven Rechts ist wesentlich mitbestimmt von naturwissenschaftlichen Theorien über die Evolution des Lebendigen als Ergebnis eines umfassenden Selbstorganisationsprozesses der Materie, die unter dem Begriff

"Autopoiesis" zusammengefaßt werden (vgl. dazu Teubner 1988; Druwe 1989). Die Kritik dagegen mit dem Hinweis, daß Recht aus dem Blickwinkel anderer Sozialsysteme stets allopoietisch und mithin fremderzeugt sei, ist der Ausgangspunkt für das Modell des medialen Rechts (vgl. zum Ganzen Görlitz 1989: 28 ff.). Weil fremderzeugt, wirkt das Recht auf andere Systeme "störend". Wie solche Störungen abgearbeitet werden, hängt von der Struktur des jeweiligen Sozialsystems ab.

Als Voraussetzung einer "konsensuellen Interaktion mit der Umwelt" gilt die "strukturelle Komplementarität" zwischen System und Umwelt. Der medialen Steuerung geht es darum, Zustandsveränderungen in der systemspezifischen Umwelt zu induzieren und damit Zustandsveränderungen im System selbst auszulösen. Infolgedessen hat auch mediales Recht solche Zustandsveränderungen zu induzieren, "wobei die jeweiligen system- und umweltkonstitutiven Interaktionsnetzwerke wirkungsbedingend sind". Damit soll das Recht zwar eine neue Qualität, doch nicht unbedingt neue Formen erhalten. Auch die Induktion verwirklicht sich in den verfügbaren Rechtsformen, "z.B. prozedural als Stabilitätspakt, repressiv als Emissionsverbot oder privilegierend als Forschungsförderung" (Görlitz 1989: 29).

Beide Modelle befinden sich zur Zeit noch in der Entwicklung und sind Gegenstand variantenreicher Forschungsansätze. Dazu kann an dieser Stelle nicht Stellung genommen werden (kritisch Rehbinder 1988). Immerhin ist festzuhalten, daß sich die Modelle bisher nur auf der Ebene von Makrosystemen bewegen, insoweit sie nämlich die Wirkung *des* Rechtssystems auf *das* ökonomische System, auf *das* Wissenschaftssystem oder auf *das* Sozialsystem zum Gegenstand haben (vgl. z.B. Willke 1987: 25; Görlitz 1989: 30 f.). Auf diese Weise sind die für die Steuerung durch Recht konstitutiven Verhältnisse innerhalb des dezentral organisierten politisch-administrativen Systems gänzlich ausgeblendet. Den alternativen Rechtstheorien fehlt das institutionenbezogene Fundament einer adäquaten Organisationstheorie. Da die Modelle weder ein Kollektivsubjekt kennen noch Aussagen zu den korporativen Akteuren machen, können sie auch die entscheidende Frage: wer steuert? und: wer wird gesteuert? nicht beantworten. Sie reduzieren das Verhältnis sozialer Systeme auf bloße Kommunikation und berauben es damit seines realen Substrats und aller faktischen Antriebskräfte (zutreffend Mayntz 1987: 102; Scharpf 1989: 12). Dies ist besonders fatal im Hinblick auf die tatsächlichen Kooperationsvorgänge, die nur auf der Basis von Vertrauen und personellen Beziehungen laufen können. Kurz gesagt, um rechtspolitische Konsequenzen zu ziehen, brauchte man ein Mehr an realer Sozial- und Organisationsforschung und ein Weniger an hohen Theorien (ebenso Friedmann 1989: 164).

2. Rechtsstaatlich gebotene Formalisierungen

Da uns die Rechtstheorie bislang mit praktikablen Handlungsvorschlägen im Stich läßt, gilt es, nach einem pragmatischen Ansatz Ausschau zu halten. Dieser pragmatische Ansatz muß in den Grundsatzentscheidungen der Verfassung liegen. Es wäre eine gefährliche Illusion, zu meinen, der kooperative Staat habe lediglich Arbeitsstil und Ablaufmodalitäten gewechselt, bleibe im übrigen aber in seinen vertrauten Strukturen erhalten. Kooperationsvorgänge vollziehen sich nicht in einem Raum rechtlicher Schwerelosigkeit. Sie müssen sich vielmehr den Geboten des Rechtsstaates stellen. Gerade weil eine prozedurale und kondominiale Steuerung keineswegs total und auch in Teilstücken nur schwer zu verrechtlichen ist, darf man das Rechtsstaatsgebot als Formenelement der Steuerung nicht einfach über Bord kippen, schon deshalb nicht, weil an die Rechtsfähigkeit auch Legitimations- und Kontrolltatbestände anknüpfen. Folglich geht es darum, das notwendige und mögliche Maß der Rechtsfähigkeit zu bestimmen. Es geht darum, für die "sozialen Verhandlungssysteme" das Rechtsgerüst zu schaffen, ohne das die staatliche Steuerung sonst in Beliebigkeit verfallen würde.

Verrechtlichung setzt immer eine Formalisierung voraus. Wo also muß mit rechtlicher Qualität formalisiert werden? Inhaltliche Eckpunkte für erforderliche Formalisierungen sind (vgl. zum Ganzen Ritter 1987a: 340 ff.):

- Organisation und Konstitution der Akteure. Die an den Kooperationsvorgängen Beteiligten brauchen ein Mindestmaß an juristischer Subjektqualität. Dazu bedarf es rechtlicher Organisationsakte, die sowohl den genuinen staatlichen Bereich betreffen (z.B. die vielen Beiräte), im Zwischenbereich zwischen Staat und Gesellschaft angesiedelt sind (z.B. Organe der wirtschaftlichen Selbstverwaltung oder regionalpolitische "Entwicklungsagenturen") oder tief in die Bezirke gesellschaftlicher Selbstorganisation hineinreichen (z.B. Sanierungsbüros, Stadtteilläden, Bürgerforen).
- Kompetenzen. Das betrifft u.a. den Zugang zu und die Zuständigkeit für Entscheidungen, die Handlungsfähigkeit, die Reichweite von Willenserklärungen, die Zurechenbarkeit von Entscheidungen und Handlungen. Um Kompetenzzuweisungen im weiteren Sinne geht es auch, wenn privatrechtliche Gebilde zur Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse befähigt werden (z.B. die Anerkennung der Naturschutzverbände nach § 29 Bundesnaturschutzgesetz; die Klagebefugnis für Verbrauchervereinigungen nach § 13 Abs. 2 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Deutschen Institut für Normung aus dem Jahre 1975).

- **Ziele und Vorgaben.** Im positiven Sinne sind damit auch inhaltliche Richtungsangaben gemeint, die auf kooperative Weise realisiert werden sollen (vgl. z.B. die Ziele der Bundesregierung zur Vermeidung, Verringerung oder Verwertung von Abfällen aus Verpackungen für Getränke, Bundesanzeiger 1989: 2237). Im negativen Sinne handelt es sich vornehmlich um die Markierung äußerster Grenzen (Grenzwerte im Umweltrecht), um die Errichtung von Tabuzonen (Embryonenschutz, Genmanipulation), und generell gesprochen um die Entscheidung über die Zumutbarkeit von Risiken, insoweit solche Risikoabschätzungen nicht ausgehandelt, sondern nur gesetzt werden können (vgl. Luhmann 1986: 137).
- **Abwägungsgesichtspunkte und Entscheidungskriterien.** Hier kommt es darauf an, die zu berücksichtigenden Belange festzulegen und Abwägungsregeln vorzugeben. Dazu gehört etwa die Entscheidung für den Vorrang des Umweltschutzes bei bestimmten Nutzungskonflikten (vgl. § 2 Abs. 5 des Landesentwicklungsprogrammgesetzes Nordrhein-Westfalen).
- **Zulässigkeit der Mittel.** Mittel sind nicht beliebig einsetzbar, sondern haben einen Wert an sich. Sie können unerwünschte und nicht hinnehmbare Nebenfolgen auslösen. Bei einem Einsatz der Mittel geht es demnach auch um Schutz- und Vetopositionen für Betroffene (z.B. Datenschutz).
- **Haftung beim Abirren von Entscheidungsfolgen oder beim Eingriff in schutzwürdige Rechte.** Das betrifft die Verantwortlichkeit für Entscheidungen und Handlungen. Dabei treten wegen der Schwierigkeiten individueller Zurechnungen zunehmend kollektive Haftungsformen in den Vordergrund (vgl. z.B. die Diskussion über Haftungsfonds im Umweltrecht, Ritter 1987b: 934 ff.).
- **Verbindlichmachung.** Damit sind Fragen der Berechenbarkeit und der Handlungssicherheit gemeint; ebenso die Frage der Einbindung von Außenseitern. Auch die Befristung als temporäre Verbindlichmachung gehört in diesen Zusammenhang.
- **Verfahren.** Hier geht es um die Chance zur Lernfähigkeit, um Möglichkeiten zur Rückkoppelung und Revision, um die Lösung des Konfliktes zwischen Berechenbarkeit und Flexibilität und nicht zuletzt um die Einbringung abweichen- der Positionen durch Dritte.
- **Transparenzregeln.** Damit Kooperation sich eben nicht in der "Dunkelkammer des Rechts" abspielt, braucht es ein Mindestmaß an Offenlegung der Fakten und Vorgänge. In dem Zusammenhang sind sowohl die Öffentlichkeitsregelung bei bestimmten Verfahren (neuerdings für das Umweltrecht wichtig die Umweltverträglichkeitsprüfung) wie eine breitere Information (vgl. z.B. Vorschlag der EG-Kommission über eine Richtlinie zur Umweltinformation) gemeint.

Diese Punkte sind nicht als Gesetzgebungsprogramm zu verstehen. Denn die rechtlichen Formalisierungen müssen zwar in ihrer Grundstruktur auf Gesetzen beruhen; für ihre Einzelausgestaltung steht jedoch die ganze Palette des Rechts zur Verfügung, einschließlich der Instrumente kooperativer Rechtserzeugung und auch des Privatrechts. Insofern geht es um nicht mehr und nicht weniger als um eine Suchliste, die rechtspolitisch und verwaltungspolitisch abzuarbeiten ist, um das gebotene Mindestmaß an verbindlichen und nachvollziehbaren Strukturen im kooperativen Beziehungsgeflecht zu gewährleisten.

IV. Rechtliche Ausprägung kooperativer Strategien in ausgewählten Politikfeldern

Es darf vermutet werden, daß die kooperativen Strukturen in den verschiedenen Politikfeldern je unterschiedlich entwickelt sind und daß die Anforderungen an ihre rechtliche Ausgestaltung je nach Materie differieren. Um das zu verdeutlichen, sollen nachfolgend vier Politikfelder skizziert werden mit dem Ziel, erste Hinweise auf künftige rechtspolitische und verwaltungspolitische Aufgabenstellungen zu geben.

1. Regionale Wirtschaftspolitik

Der weltweit ablaufende ökonomische Strukturwandel setzt alle Industriestaaten unter Handlungzwang. Sie stehen vor der Aufgabe, den strukturellen Wandel in Wirtschaft und Technik so zu bewältigen, daß die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und Produkten erhalten bleibt, daß die mit den Strukturveränderungen verbundenen arbeitsmarktpolitischen Probleme sozialverträglich zu lösen sind und daß die umweltpolitischen Erfordernisse berücksichtigt werden. Daraus resultiert die Forderung nach einer aktiven Strukturpolitik (vgl. Hesse/Schlieper 1988: 578). Neben die auf bestimmte Branchen (Bergbau, Stahl, Textil, Schiffbau) bezogene sektorale Strukturpolitik trat hierbei von Anfang an eine auf bestimmte benachteiligte Gebiete gerichtete regionale Wirtschaftspolitik.

Eine einheitliche Rechtsgrundlage für die regionale Wirtschaftspolitik wurde 1969 durch die Bund-Länder-Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur", ein Beispiel für Politikverflechtung im kooperativen Föderalismus, geschaffen. Die Instrumente der Gemeinschaftsaufgabe bestehen im wesentlichen aus einer direkten Wirtschaftsförderung durch Investitionshilfen und aus Hilfen für die Verbesserung der Infrastrukturausstattung. Schon bald zeigte

sich allerdings, daß Kapitalhilfe allein zur Lösung der Strukturprobleme nicht ausreicht und daß eine gute Infrastruktur fast überall im Bundesgebiet vorhanden ist. Folgerichtig gerieten weitere, für die Regionalentwicklung bedeutsame Faktoren in den Blick (vgl. Hesse/Schlieper 1988: 582 ff.), nämlich die Faktoren Arbeit (Ausbildung und Qualifikation), Boden (aufbereitete und gut angebundene Industrie- und Gewerbegebiete), Umwelt sowie Wissenschaft und Technologieentwicklung. So entstanden integrierte Regionalprogramme, als deren bekanntestes Beispiel das 1979 aufgelegte Aktionsprogramm Ruhr erwähnt werden soll, das 80 Einzelmaßnahmen in sieben Programmberächen bündelte.

Diese Programme waren gewiß nicht ohne Erfolg, litten im Ergebnis jedoch darunter, daß sie gewissermaßen als von "oben aufgesetzte" Planungen erschienen. Immer stärker wurde daher für die regionale Entwicklungspolitik eine neue Perspektive der "Regionalisierung der Regionalpolitik" (statt vieler Bundesforschungsanstalt für Landeskunde und Raumordnung 1980) und der Aktivierung der "endogenen Kräfte" (statt vieler Bundesforschungsanstalt für Landeskunde und Raumordnung 1984; Hahne/Hardtke 1984) diskutiert, zumal umfassende staatliche Programmansätze bei den enger werdenden öffentlichen Haushalten ohnehin schlecht durchzuhalten waren. Die neue Perspektive ging dahin, die Initiativen von unten stärker zu nutzen, regionseigene Begabungen zu mobilisieren, das Verantwortungsbewußtsein für die Region zu stärken, spezifische Entwicklungsgpässe abzubauen und Zukunftsinitiativen zu unterstützen.

Die neue Perspektive brachte zwangsläufig eine Prozeßorientierung der regionalen Strukturpolitik mit sich, die wie von selbst in kooperative Strategien einmündete. So ist für Hessen auf die "Nordhessenrunde" und "Mittelhessenrunde" hinzuweisen (vgl. F. Wolf 1987) und für Niedersachsen auf die "Ostfrieslandkonferenzen". In Nordrhein-Westfalen bildeten sich sogenannte Regionalkonferenzen: seit 1987 zunächst im Rahmen der "Zukunftsinitiative Montanregionen", die ab 1990 in die "Zukunftsinitiative der Regionen des Landes Nordrhein-Westfalen" übergeht. Beteiligt an den Konferenzen sind die "regional verantwortlichen Kräfte in Wirtschaft, Wissenschaft, Gewerkschaft, Kammern und Politik"; die Moderation liegt bei den staatlichen Mittelinstanzen (Regierungspräsidenten). Inhaltlich beziehen sich die Initiativen auf fünf Aktionsfelder:

- Innovations- und Technologieförderung,
- Förderung der Qualifikation der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen,
- Sicherung und Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze,
- Ausbau und Modernisierung der Infrastruktur,
- Verbesserung der Umwelt- und Energiesituation.

Eine Reihe von Handlungskonzepten ist bereits gemeinsam erarbeitet worden. Soweit die im Konsens gefundenen Maßnahmen einer finanziellen Unterstützung bedürfen, werden sie durch die Regierungspräsidenten gebündelt, an die Landesregierung weitergegeben und im Rahmen der allgemeinen Förderprogramme befriedigt (vgl. zum Ganzen Minister für Wirtschaft NRW 1990). Darüber hinaus haben sich in den Regionen selbst kooperative Formen für die Umsetzung der Maßnahmen herausgebildet (Gemeinschaftsprojekte, Entwicklungsgesellschaften), die im Stile einer public-private partnership staatliche, kommunale und private Interessen verbinden (vgl. auch Tank 1988).

Das in Nordrhein-Westfalen inzwischen eingespielte Verfahren hat einen hohen Grad von regionaler Gemeinsamkeit erzeugt. Verfahren und Organisationsform sind flexibel geblieben; trotz eines beständigen institutionellen Gerüstes von Konferenzen mit periodisch tagenden Arbeitskreisen ist keine zusätzliche Verwaltungsebene geschaffen worden. Gleichwohl hat das Verfahren nicht nur Zustimmung gefunden (Kommission Montanregionen 1989: 371 f.), sondern auch von der Opposition im Landtag den Vorwurf erfahren, daß die kooperativen Verhandlungsprozesse zum Teil an bestehenden staatlichen und kommunalen Organisationen vorbeigelaufen seien und somit verfassungsrechtliche Verantwortlichkeiten ausgehebelt hätten (Debatte vom 24.08.1989, Plenarprotokoll 10/116, 10514 ff.).

Fazit: Die regionale Wirtschaftspolitik scheint einer der Bereiche zu sein, wo sich kooperative Strukturen auch ohne eingehende rechtliche Regelungen am besten entfalten können. Regionale Strukturpolitik ist eine Politik auf einer Meso-Ebene. Einzelschicksale sind nicht direkt betroffen. Der Politikbereich kann durch aggregierte Akteure gestaltet werden, die zugleich potent genug sind, einen angemessenen Interessenausgleich aus eigenen Kräften zustande zu bringen. Der Selbstorganisationsgrad der kooperativen Prozesse kann mithin hoch sein. Der Staat hat freilich seine Rechtsinstrumente einzusetzen, um zu verhindern, daß verfassungsmäßig vorgesehene politische Willensbildungsprozesse unterlaufen werden (Beteiligung von Bezirksplanungsräten und kommunalen Parlamenten). Und er hat seine rechtliche Verpflichtung zum regionalen Ausgleich innerhalb des Landes, zur Gleichwertigkeit der Lebens- und Arbeitsbedingungen im ganzen Land zu beachten; das bedeutet, daß er Schwerpunkte zu bestimmen und im Rahmen des Möglichen gleichwertige Standards z.B. der Wohnungsversorgung, der Gesundheitsversorgung oder der Bildungsmöglichkeiten durchzusetzen hat.

2. Stadterneuerung

In der Stadterneuerungspolitik hat sich mit dem Wandel der Aufgabenstellung allmählich ein reichhaltiges Arsenal an Kooperationsformen herausgebildet, die auch teilweise eine rechtliche Ausprägung erfahren haben. Die stürmischen Jahre des Wiederaufbaus waren zunächst gekennzeichnet von dem Bemühen, Arbeitsplätze, Wohnungen, Versorgungseinrichtungen, öffentliche Infrastruktur so viel und so schnell als möglich zu bauen. Das öffentliche Bauplanungsrecht brauchte daher kaum mehr zu sein als ein geregeltes Verfahren zur Kanalisierung der gleichsam urwüchsigen Expansionskräfte; flankierend mußte durch die Wohnungsbaugesetze die Schaffung von Wohnraum angeregt und unterstützt werden.

Als Ende der 60er Jahre die Aufbauphase zu Ende ging, war indessen offenkundig geworden, daß viele Städte nach wie vor unter gravierenden Funktionschwächen litten. Die Periode des Stadtneubaues schwenkte über in eine Periode des Stadtumbaus oder der Stadsanierungen. Dazu wurde 1971 mit dem Städtebauförderungsgesetz ein besonderes rechtliches Instrumentarium geschaffen, das erstmals mit den Bestimmungen über die Durchführung von Entwicklungs- und Städtebaumaßnahmen mittels außerhalb der eigentlichen Kommunalverwaltung stehender öffentlicher oder privater Träger detaillierte Kooperationsbestimmungen brachte. Da mit dem Stadtumbau stärker in bestehende Besitzstände und soziale Zusammenhänge eingegriffen werden mußte, war auch eine stärkere Einbeziehung der Betroffenen in die Planungs- und Durchführungsmaßnahmen geboten. Dies geschah zunächst mit der Sozialplanung nach dem Städtebauförderungsgesetz und wurde später mit der Novelle des Bundesbaugesetzes von 1976 allgemein auf eine erweiterte Planungsbeteiligung ausgedehnt.

Die großzügigen Stadsanierungen, die im Abriß ganzer Stadtteile und im Durchschlagen opulenter Verkehrsschneisen gipfelten, erwiesen sich mit dem nachlassenden wirtschaftlichen Wachstum und den veränderten demographischen Rahmenbedingungen gegen Ende der 70er Jahre immer mehr als fragwürdig. In vielen Sektoren zeigten sich Sättigungserscheinungen, die Grenzen der Belastbarkeit von Umwelt und Raum waren fast überall erreicht, die Bau- und Siedlungstätigkeit ging spürbar zurück. Städtebaulicher Verfall und soziale Erosion waren aber nicht gestoppt, sondern lokalisierten sich nunmehr zwischen den aufwendig sanierten Stadtmittelpunkten einerseits und den Neubauvierteln an der Peripherie andererseits. Damit mußte sich eine Umorientierung von der Abrißsanierung zur kleinteiligen, behutsamen Stadterneuerung vollziehen.

Anders als die Stadsanierung konnte sich diese erhaltende Stadterneuerung nicht mehr auf zentrale Vereinbarungen mit potentiellen Großinvestoren stützen

oder das städtebauliche Geschehen gleichsam durch Generalvollmacht Sanierungsträgern überantworten. Die Sozialstruktur der Stadterneuerungsgebiete erforderte einen anderen, einen individuelleren Verwaltungsstil. Kleineigentum, überalterte Eigentümerstrukturen, einkommensschwache Mieter, Klein- und Mittelbetriebe mit schmaler Eigenkapitalbasis und traditionellen Technologien erzeugen hier ein Klima von Immobilismus und Resignation, das nur durch geduldige Informations- und Überzeugungsarbeit, durch das Wecken von Eigeninitiative und das Abstützen von Selbsthilfe aufgebrochen werden kann. Das zwingt Kommunalpolitik und Kommunalverwaltung zu einem veränderten Arbeitsstil, zu kooperativen Beziehungen, zu Betreuungsmaßnahmen, zu mobilen Leistungsangeboten, zu flexiblen Institutionalisierungen außerhalb des etablierten Behördenapparats (vgl. Ritter 1989: 466). Insgesamt muß die Verwaltung auch nach außen "managementfähig" werden (vgl. Barnes/Campbell 1988; Lutze/Heuer 1988).

Grob zusammenfassend, kann man für die Stadterneuerungspolitik drei Kooperationsbereiche unterscheiden:

- Der erste Bereich erfaßt die Städteplanung. Obwohl das Baugesetzbuch mit dem Flächennutzungsplan und dem Bebauungsplan nur zwei Planungstypen formalisiert, hat sich in der Praxis daneben und dazwischen eine bunte Reihe formloser räumlicher Entwicklungspläne (Stadtentwicklungsprogramme, Stadtteil-Entwicklungspläne, Gebietstypenpläne u.a.) und sachlicher Entwicklungspläne (Verkehrspläne, Wohnraumfeldprogramme, Pläne für die soziale Infrastruktur, Grünpläne u.a.) herausgebildet (vgl. Ritter 1984: 907). Diese informellen Planungstypen sind Voraussetzung wie Ergebnis kooperativer Prozesse der Stadterneuerung; sie sollen betroffene Bürger wie potentielle Investoren in die Erneuerungsprozesse einbinden. Die formellen Planungstypen und das mit ihnen institutionalisierte Bürgerbeteiligungsverfahren haben seinerzeit die Partizipationsdebatte mit ausgelöst und so auf Verfassungs- und Verwaltungspolitik in der Bundesrepublik Deutschland ausgesprochen befriedend gewirkt. Bürgerbeteiligung über Partizipation ist ein für die Willensbildung und das Demokratieverständnis wichtiger Aspekt der Kooperation.
- Der zweite Kooperationsbereich betrifft die städtebaulichen Großprojekte. Schon seit langem haben sich die Städte zur Lösung ihrer Wohnungsprobleme eigener oder fremder Unternehmen (z.B. Wohnungsbaugesellschaften) bedient. Heute gibt es praktisch kein kommunales Großprojekt mehr, das nicht in enger Zusammenarbeit mit privaten Investoren, Umweltverbänden, Bürgerinitiativen und staatlichen Behörden "durchgezogen" wird (vgl. z.B. Sieverts 1989, Offele 1990). Der Gedanke der public-private partnership (vgl. Colman 1989) ist in diesem Bereich mit vielen gemischten Organisationen besonders verbreitet.

- In einem dritten Bereich der Kooperation lassen sich die kleinteiligen Stadtneuerungsmaßnahmen zusammenfassen. Hier spielen die vielfältigen Beratungs- und Betreuungsorganisationen, die Bürgerforen und Stadtteilläden eine besondere Rolle (vgl. Hatzfeld/Junker 1989). Wegen der sozialen Schwäche der Betroffenen sind dabei rechtlich ausgebildete Kooperationsformen zur Be standssicherung, die von Bürgschaftsbedingungen über Wohnungsbindungen bis hin zu neuen genossenschaftlichen Wohnformen reichen können, unverzichtbar (vgl. Bärsch/Cremer/Novy 1989).

Insgesamt wird man sagen können, daß schon ausweislich des Baugesetzbuches der Städtebau eine Verwaltungsaufgabe ist, die im hohen Maße eine Verlagerung der Durchführung öffentlicher Aufgaben auf Private kennt. Das geschieht in vielen Fällen durch Verträge, wobei in der Praxis oftmals nicht der Vertrag das hoheitliche Instrumentarium erweitert, sondern umgekehrt das hoheitlich einseitige Verwaltungshandeln subsidiär hinter vertragliche Lösungen zurücktritt. Die kooperative Aufgabenwahrnehmung zwischen Staat und Bürgern ist im Städtebaurecht vielfach zur vorzugswürdigen Alternative gegenüber dem Verwaltungshandeln mit den Mitteln von Befehl und Zwang geworden (vgl. zum Ganzen Krebs 1989: 974).

Fazit: Das Politikfeld Stadterneuerung hat es zu tun mit der Verteilung von knappem Raum, mit der Bewahrung sozialer Strukturen, mit der Erhaltung historischer Stadtgestalt und mit der Verbesserung der ökologischen Bedingungen in den Siedlungsgebieten. Das Politikfeld Stadterneuerung kann daher nur zum Teil den "freien" Kräften des Marktes überantwortet werden; Staat und kommunale Selbstverwaltung dürfen sich aus dem Politikfeld nicht zurückziehen, sondern müssen es mit den Mitteln des Rechts gestalten. Das gilt insbesondere auch für die Kooperationsbeziehungen. Stadterneuerung ist eine komplexe Materie; demgemäß kann das Städtebaurecht nicht simpel sein. Die relativ hohe Regelungsdichte erklärt sich nicht zuletzt daraus, daß im Hinblick auf die differenzierten Situationen auch differenzierte Instrumente bereitstehen müssen. Die jeweils Beteiligten haben dann zu entscheiden, welche Instrumente angemessen sind und eingesetzt werden sollen. Planungsverfahren prägen nicht nur im Ergebnis die zukünftige funktionale Qualität der Städte, sie sind nicht minder wichtig zur Erzeugung von Legitimation. Das gilt auch für die Vielzahl der informellen Planungen, die jedenfalls in die Gesamtprozesse kommunaler Willensbildung nachvollziehbar eingeordnet sein müssen. Eine Reduzierung oder zeitlich befristete Aussetzung von planungsrechtlichen Anforderungen, wie sie derzeit als angeblich probates Mittel zur Beseitigung der Wohnungsnot diskutiert wird (vgl. Entwurf eines Wohnungsbau-Erliechterungsgesetzes vom November 1989, Bundestagsdrucksache 11/5972),

wäre im Hinblick auf die mittelfristig zu erwartenden städtebaulichen Probleme kontraproduktiv. Je mehr die Bürgerbeteiligung freilich in den Bereich der Selbsthilfe übergeht, desto weniger regelbar und regelungsbedürftig ist sie. Es geht dann vor allem darum, geeignete Rechtskonstruktionen für Selbsthilfeprojekte zur Verfügung zu stellen und im übrigen effektive Schutzvorschriften zugunsten der sozial schwachen Bevölkerungsschichten zu schaffen. Daß bei allen Kooperationsprojekten klare Aufsichts- und Kontrollregelungen vorhanden sein und eingesetzt werden müssen (Fall: Neue Heimat), versteht sich von selbst.

3. Soziale Sicherung

Das Politikfeld soziale Sicherung ist traditionell auf Kooperationsstrukturen aufgebaut; seine rechtliche Ordnung ist die einer "solidarischen Kooperation" (vgl. Simons 1985: 69). Das soziale Leistungsrecht verwirklicht sich wesentlich in juristisch erzwungenen Solidaritätsformen. Beispielhaft dafür ist das Sozialversicherungsrecht. Über den normalen Risikoausgleich beim Eintritt von Notlagen hinaus will es einen sozialen Ausgleich, d.h. eine Umverteilung zwischen sozial stärkeren und sozial schwächeren Gruppen ermöglichen. Die Sozialversicherungsträger sind nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung aufgebaut. Bei jedem Versicherungsträger müssen Vertreterversammlung und Vorstand gebildet werden, die grundsätzlich von Versicherten und Arbeitgebern paritätisch besetzt sind. Daß diese Selbstverwaltung im Bewußtsein der Versicherten nicht gerade verankert ist und daß ihr Partizipationswert deshalb bezweifelt werden kann, mag an dieser Stelle nur erwähnt werden.

Die Tatsache, daß im Sozialrecht die staatliche Rechtssetzung sich überwiegend nicht an die Begünstigten selbst wendet, sondern an dritte Leistungsträger, macht zugleich die Steuerungsproblematik aus (vgl. Kaufmann 1988: 68 ff.). Die Sozialrechtsordnung hat sich dafür entschieden, die Steuerungsprobleme im Wege der Kooperation zu lösen. Die Leistungsträger, ihre Verbände und die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vereinigungen sind verpflichtet, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenzuarbeiten (§ 86 SGB X). Das führt zu einem ausgefeilten System kooperativer Rechtserzeugung, aus dem der Staat sich weitgehend zurückgezogen hat. Einige Beispiele aus dem V. Buch des Sozialgesetzbuches, wie es durch das Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen von 1988 zusammengefaßt worden ist, mögen dies veranschaulichen: Gesamtverträge zwischen kassenärztlichen Vereinigungen und Verbänden der Krankenkassen über die kassenärztliche Versorgung; gemeinsame Empfehlungen der Verbände der Krankenkassen, der Ersatzkassen und der kassenärztlichen Vereinigungen über die ange-

messene Gesamtvergütung für ärztliche Leistungen; vereinbarte Bewertungsmaßstäbe für ärztliche und zahnärztliche Leistungen; durch kooperative Organe erlassene Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten; Rahmenverträge zwischen Spaltenverbänden der Krankenkassen, Spaltenorganisationen der Apotheker bzw. Spaltenverbänden der pharmazeutischen Industrie über die Arzneimittelversorgung; durch kooperative Organe erlassene Richtlinien auf Landesebene für Bedarfspläne zur Sicherstellung der kassenärztlichen Versorgung.

Eine kooperative Struktur gibt es auch für die Bereiche der Sozialhilfe und der Jugendhilfe. Hier sind es namentlich die freien Wohlfahrtsverbände (z.B. Diakonisches Werk, Deutscher Caritasverband, Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband, Arbeiterwohlfahrt und Deutsches Rotes Kreuz), die in einer Position zwischen dem staatlichen Sektor und dem privaten Sektor sozialpflegerische Funktionen erfüllen. Hier verpflichtet das Recht nicht nur zur Zusammenarbeit der öffentlichen Leistungsträger mit den freien Trägern, sondern ordnet im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips an, daß die öffentlichen Träger der Sozialhilfe eigene Einrichtungen nicht schaffen sollen, soweit geeignete Einrichtungen der Träger der freien Wohlfahrtspflege vorhanden sind oder geschaffen werden können.

Vor diesem Hintergrund ist die Stellung der Begünstigten zu sehen. Obwohl die Leistungen überwiegend mediatisiert angeboten werden, ist die Stellung des Begünstigten jedoch rechtlich ausgebaut. Für die Bundesrepublik Deutschland ist es unter der Geltung des Sozialstaatsgebotes unbestritten, daß der einzelne nicht das Objekt obrigkeitlicher Fürsorge sein darf, sondern selbst Inhaber sozialer Rechte sein soll. Dies setzt die Gewährung subjektiver Anspruchsgrundlagen voraus (vgl. Wertenbruch 1974: 29 f.).

Die Anerkennung eines subjektiven Rechtsanspruches auf Sozialleistungen wiederum war eine wichtige Voraussetzung für die Entwicklung von der einseitigen Leistungszuweisung zur kooperativen Ausgestaltung der sozialen Leistungsgewährung (vgl. Simons 1985: 95 ff.). Diese auf Mitwirkung und Mitbestimmung des Leistungsadressaten über die Leistungserbringung gerichtete Entwicklung zeigt sich insbesondere bei Sach- und Dienstleistungen. Sie ist insofern ein Ausdruck der allgemeinen Erfahrung, daß staatliche Leistungsangebote, sollen sie differenziert auf die Situation des einzelnen eingehen, nicht abstrakt verordnet, sondern nur durch konkrete Beteiligung der Leistungsempfänger zielgerichtet umgesetzt werden können.

Zwischen den individuellen Leistungsempfänger einerseits und den etablierten Verbänden oder öffentlichen Leistungsträger andererseits hat sich seit Mitte der 70er Jahre ein informelles Hilfssystem auf lokaler Ebene geschoben (vgl. Blessing

1987: 195 ff.). Die Mehrzahl dieser Selbsthilfegruppen steht zwar außerhalb bzw. neben den etablierten Organisationen, aber eine Reihe von ihnen hat durchaus Beziehungen zum professionellen System (vgl. von Hauff 1989: 212 ff.). Zwischen den etablierten Wohlfahrtsorganisationen, den Kommunen und den Klientengruppen entstehen zunehmend Verbundsysteme, die Beziehungen vernetzen sich (vgl. Blessing 1987: 303 ff.).

Fazit: Ungeachtet der ausgeprägten kooperativen Struktur nimmt das staatlich gesetzte Recht nach wie vor eine Schlüsselstellung im Politikfeld der sozialen Sicherung ein. Der Staat ist der Garant für die Funktionsfähigkeit des Systems, und er muß daher reagieren, wenn mit der Krise der Arbeitsgesellschaft auch die klassischen sozialen Sicherungssysteme an ihre Grenzen stoßen, wenn neue Technologien im industriellen Sektor wie im Dienstleistungssektor menschliche Arbeitskraft zunehmend ersetzen, wenn diese Entwicklung nicht mehr durch Expansion in anderen Wirtschaftsbereichen aufgefangen werden kann und wenn sich die demographische Altersstruktur der Bevölkerung umkehrt. Die Deckungsfrage in der Rentenversicherung und die Kostenfrage in der Krankenversicherung bedürfen also beispielsweise grundsätzlicher Entscheidungen des Gesetzgebers. Soziale Sicherheit ist ohne Rechtssicherheit nicht denkbar. Das staatlich gesetzte Recht hat demnach für die Mindestanforderungen an eine soziale Verteilungsgerechtigkeit zu sorgen und die Grundentscheidungen über die notwendigen Verfahren zu treffen. Daß in einigen Bereichen, wie für die Regelung der Pflegeverhältnisse oder der Sozialarbeit, ein "Nachholbedarf an Verrechtlichung" besteht, ist schon vor längerem angemerkt worden (vgl. Zacher 1985: 68). Die Schwäche des Rechts und seine Leistungsgrenzen liegen darin, daß es eine Affinität zu Organisationsstrukturen und abstrakt formulierbaren Leistungen hat, aber interpersonelle Kommunikation und individuelle Zuwendung nicht zu statuieren vermag (vgl. Kaufmann 1988: 83). Insofern kann auch die Selbsthilfe nicht mittels des Rechts zu einem stabilen, planbaren Politikbereich ausstaffiert werden. Allerdings können auch soziale Genossenschaften und Selbsthilfegruppen nicht ohne Recht gedeihen, sondern nur mit einem "richtigen" Recht (Zacher 1985: 71).

4. Umweltschutz

Sauberes Wasser, reine Luft, schöne Landschaft und ausreichender Lebensraum für Pflanzen und Tiere sind zwar einerseits öffentliche Güter, andererseits jedoch nicht unbeschränkt verfügbar, ja im Gegenteil ausgesprochen knapp und kostbar. Die Nutzung dieser natürlichen Lebensgrundlagen kann daher grundsätzlich nicht über freie Zugänge zum Markt gesteuert werden, sondern bedarf einer Regulie-

rung. Die Regulierung wurde von Anfang an als Aufgabe des Staates angesehen: Umweltschutz als Staatsaufgabe (vgl. Hoppe 1980; Rauschning 1980).

Historisch hat sich das Umweltrecht auf der Linie des Polizeirechts entwickelt. Gebot und Verbot, Genehmigungsvorbehalt und Aufsicht sind seine Ordnungsinstrumente. Obgleich das Umweltrecht bis heute in seiner Masse ein Ordnungsrecht geblieben ist, gibt es doch im beachtlichen Umfang kooperative Strukturen. Neben dem Verursacherprinzip und dem Vorsorgeprinzip steht in der Trias der umweltpolitischen Prinzipien das Kooperationsprinzip. Das Kooperationsprinzip wird als Leitbild für die Ausgestaltung der umweltpolitischen Entscheidungsprozesse verstanden. Es ist ein politisches Verfahrensprinzip, das auf die Mitverantwortlichkeit und Mitwirkung der Betroffenen abstellt und auf eine möglichst einvernehmliche Verwirklichung umweltpolitischer Ziele gerichtet ist (vgl. Ritter 1987b: 936 m.w.N.).

Rechtliche Ausprägungen des Kooperationsprinzips sind namentlich (nach Hoppe/Beckmann 1989: 85 ff.; Kloepfer 1989a: 92 ff.):

- Die rechtliche Beteiligung der Betroffenen in Planungs-, Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren;
- die Anhörung beteiligter Kreise vor dem Erlass von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften;
- die Bildung sachverständiger Beratungsgremien (Rat von Sachverständigen für Umweltfragen; Reaktorsicherheitskommission; Strahlenschutzkommission);
- die Beteiligung privater Organisationen bei staatlichen Kontrollaufgaben (z.B. Gutachtentätigkeit der Technischen Überwachungsvereine in atom- und immisionsschutzrechtlichen Verfahren);
- die Aufstellung technischer Regeln durch privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierte Fachausschüsse (DIN; VDI; Kerntechnischer Ausschuß);
- die gesetzlich vorgesehene Selbstüberwachung in Unternehmen durch Umweltschutzbeauftragte für Gewässerschutz, Immissionsschutz, Strahlenschutz oder Abfall;
- die Mitwirkung von Verbänden bei der Vorbereitung von Verordnungen, verbindlichen Programmen oder Plänen (z.B. § 29 Bundesnaturschutzgesetz);
- die gesetzlich erzwungene Bildung von Wasserverbänden oder Altlastensanierungsverbänden mit Selbstverwaltung.

Darüber hinaus finden wir eine Fülle von nicht rechtlich statuierten Kooperationsweisen (statt vieler: Bohne 1984; Lübbe-Wolff 1989). Hierzu gehören insbesondere die informellen Arrangements beim Vollzug von Umweltgesetzen, von denen bereits mehrfach die Rede war, sowie die Selbstbeschränkungsabreden der

Industrie oder die Branchenabkommen zur "übergesetzlichen" Erfüllung von Umweltschutzmaßnahmen (z.B. Emissionsminderungspläne für die Energieversorgungsunternehmen in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg).

Angesichts der realen Umweltsituation und der immer noch drohenden Gefahren für die natürlichen Lebensgrundlagen vermag es nicht zu überraschen, daß die Diskussion über die Effektivität des geltenden Umweltrechts akut ist und seine mögliche Fortentwicklung prinzipiell erörtert wird (vgl. z.B. Ritter 1987b; Krusche 1988; Winter 1988). Vier Fragenbereiche ragen dabei heraus:

- Wie können die Risiken der wissenschaftlich-technischen Entwicklung minimiert werden? Die rechtspolitische Bedeutung dieser Fragestellung liegt in der Tatsache, daß eine systematische Risikobewertung geordnete Verfahren voraussetzt, in denen die Risikofaktoren zusammengetragen und bewertet werden und in denen über die Höhe des zumutbaren Risikos entschieden wird. Derartige Verfahren kommen ohne den externen Sachverständigen, die potentiell Umweltgüter in Anspruch nehmen, nicht aus und geraten damit in den Widerstreit antagonistischer Interessen. Daraus ergeben sich Anforderungen an die Pluralität und Legitimität der Sachverständigengremien sowie an die Transparenz der Bewertungsverfahren, die vom Umweltrecht derzeit keineswegs abgedeckt werden.
- Wie kann die Verantwortlichkeit für entstandene oder drohende Umweltschäden griffiger gemacht werden? Die rechtspolitische Bedeutung dieser Fragestellung röhrt aus dem Umstand her, daß zivilrechtliche Haftungsansprüche wie öffentlich-rechtliche Abwehransprüche infolge der komplexen ökologischen Wirkungszusammenhänge unter Begründungsdefiziten bei der Feststellung von Kausalität, Zurechenbarkeit und Verschulden leiden (Nachweise bei Ritter 1987b: 934 ff.). Sehr verkürzt kann das geltende Rechtsschutzsystem insgesamt auf die Formel gebracht werden: "einklagbare Individualrisiken - nicht einklagbare Kollektivrisiken". Das umweltpolitische Kardinalproblem liegt also in der juristischen Bewältigung der Kollektivrisiken (vgl. auch Frank 1989; R. Wolf 1989) durch neue Formen solidarischer Haftung.
- Wie ist zu gewährleisten, daß die natürlichen Lebensgrundlagen umfassend und für die nachfolgende Generation gesichert werden? Die rechtspolitische Bedeutung dieser Fragestellung ergibt sich daraus, daß das politisch-administrative Entscheidungssystem auf die Erfolgsorientierung innerhalb von Legislaturperioden zugeschnitten ist und daß kooperative Verhandlungssysteme erfahrungsgemäß langfristige Aspekte ausblenden. Das hat zu Überlegungen darüber geführt, wie die Anthropozentrik des geltenden Umweltrechts aufgehoben oder gemildert werden kann, wie Tiere und Pflanzen aus der bloßen Objektstellung

im Recht herausgeholt werden können und wie eine juristische Anerkennung von "Rechten zukünftiger Generationen" gestaltet werden könnte (vgl. statt vieler Saladin 1989).

- Wie können Umweltschutzziele möglichst wirksam in den Motivationsvorgängen aller Individuen und Gruppen verankert werden, die Umweltgüter in Anspruch nehmen? Die rechtspolitische Bedeutung dieser Fragestellung folgt aus der Einsicht, daß die Kontrollressourcen des Staates eng begrenzt und im Wettkampf mit dem permanenten Strom der wissenschaftlich-technischen Innovationen hoffnungslos unterlegen sind. Das Augenmerk richtet sich deshalb auf Möglichkeiten, in den gewerblichen Unternehmen selbst Strategien umweltorientierter Betriebsführung und Produktentwicklung einzuführen (vgl. Steger 1988) oder Marktmechanismen stärker für den Umweltschutz zu nutzen (vgl. statt vieler die Beiträge bei Donner 1989). Will man aber die Umweltgüter in den ökonomischen Entscheidungsprozeß einbeziehen, muß ihnen durch rechtliche Setzung ein "Marktwert" zugeordnet werden, müssen die Voraussetzungen für das Wirksamwerden von Marktmechanismen durch Rechtsakte künstlich geschaffen werden.

Fazit: Der Staat kann sich aus der Verantwortlichkeit für das Politikfeld Umwelt nicht zurückziehen. Sein wesentliches Gestaltungsinstrument ist das Recht. Die vor uns liegende Phase der Umweltgesetzgebung wird, abgesehen vom dringenden Nachholbedarf in noch offen gebliebenen Bereichen, eine Periode grundlegender Überprüfungen und Neubewertungen sein müssen. Kooperative Strukturen werden dabei eine steigende Rolle spielen, aber es wird sich überwiegend um eine rechtlich verordnete Solidarität handeln. "Freiwillige" Kooperationen sind gewiß auch in Zukunft unentbehrlich, bleiben jedoch insgesamt subsidiär. Daraus folgt zugleich, daß der Schwerpunkt des Umweltrechts wie bisher im öffentlichen Recht liegen wird und daß vom Privatrecht auch bei aller noch möglichen Verbesserung nicht der entscheidende Beitrag zum Umweltschutz zu erwarten ist (vgl. statt vieler Gerlach 1989: bes. 378 f.).

V. Neue Funktionsbeschreibungen für Recht und Staat?

Als Ergebnis der bisherigen Überlegungen wird man festhalten können, daß dem Steuerungsmedium Recht keineswegs der Abschied zu geben ist. Die Grenzen der Steuerungsfähigkeit des Rechts, die Chancen seiner Erweiterung in die kooperative Dimension sind noch nicht bis zum letzten ausgelotet (vgl. auch Pitschas 1989: 790). Allerdings haben wir uns mit einem Wandel der Steuerungsmodi im mo-

dernen Staat vertraut zu machen, der zugleich zu veränderten Funktionsmodi des Rechts führt.

1. Probleme rechtsstaatlicher Formenstrenge

Unter dem Rechtsstaatsgebot und vor dem Hintergrund der obrigkeitlich bestimmten deutschen Verwaltungstradition scheint manchem das Instrument der Absprachen und kooperativen Abstimmungen von vornherein "verdächtig" (vgl. Püttner 1989: 140). Die "Schwäche des Rechtsstaates bei informellem Handeln" (Sendler 1989: 486) ist offenkundig, und man wird dem kaum entgegenhalten können, daß es bisher keine Gerichtsentscheidungen gegeben habe, in denen informelle Handlungsformen beanstandet worden wären (so aber Bullinger 1989: 278), denn die wenigen Judikate, die dazu überhaupt vorliegen, haben bisher nicht ohne Geschick alle rechtsstaatlichen Klippen argumentativ umschiffen können (vgl. z.B. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 05.12.1986, BVerwGE 75, 214 [230 ff.]; Verwaltungsgerichtshof Mannheim, Urteil vom 15.12.1987, NVwZ-Rechtsprechungsreport 1989: 59 ff.).

Die Schwäche des Rechtsstaats dokumentiert sich zuvörderst als Schwäche des Gesetzes, ist aber keine Schwäche des Rechtssystems insgesamt. Mittelbares Verwalten ist "gesetzesfernes" Verwalten (Kirchhof 1977: 50 f., 437). Therapievorschläge müßten deshalb zunächst bei der Gesetzgebung selbst ansetzen. Eine heilende Wirkung kann im gewissen Umfang schon durch systematische Rechtsvereinfachung erreicht werden, soweit Rechtsvereinfachung an materiellen Zielen orientiert - über die man politisch streiten kann - und nicht als Selbstzweck geübt wird. Trotz vieler berechtigter Kritik im einzelnen haben die Kodifikationen des Sozialgesetzbuches oder des Baugesetzbuches in diese Richtung gewirkt; von der angestrebten Kodifikation des Umweltrechts könnte man immerhin die Beseitigung von rechtssystematischen Widersprüchen und eine Harmonisierung der Rechtsinstrumente erwarten. Des weiteren wäre zu fragen, ob durch eine variatenreichere, rechtsfolgendifferenzierte Formentypik des Gesetzes nicht auch der materielle Anwendungsspielraum und die Steuerungsfähigkeit erhöht werden können (Überlegungen in diese Richtung bei Kloepfer 1989b: 203 und bei Brohm 1989: 229 ff.). Auch die Flexibilisierungsreserve des Privatrechts könnte sich gerade im kooperativen Staat als wertvoll erweisen, ohne daß man nun sogleich die "Wiederkehr des Zivilrechts als Staatsrecht" (Leisner 1987: 96) feiern müßte.

Gleichwohl wird die Schwäche des Gesetzes im kooperativen Staat nicht grundsätzlich aufgehoben werden können. Die Masse des einseitig steuernden Rechts bilden eben nicht Gesetze und aufgrund von Gesetzen erlassene Rechts-

verordnungen, sondern die Erlasse und Rundverfügungen der Exekutive. Diese verwaltungsinterne Rechtserzeugung wird zwar dogmatisch nach wie vor als reines Binnenrecht charakterisiert, greift aber in ihrer faktischen Bedeutung - auch ohne die Hilfskonstruktion über die Selbstbindung der Verwaltung - steuernd in den Außenbereich über. Dieses Recht bestimmt de facto in reichem Maße die kooperativen Strukturen und nimmt inhaltlich kooperative Impulse auf. Seine Funktionen sind vielfältig. Es schafft

- Geschäftsgrundlagen für Kooperationen, indem der kooperierende Partner sich auf das zu erwartende staatliche Handeln einstellen kann;
- Interpretationsgrundlagen für die Anwendung von Gesetzen;
- praktische Handreichungen (Arbeitshilfen) durch Erfahrungsaustausch über Vorzüge und Schwächen bestimmter Problemlösungen;
- Grundlagen für die Verfahren der Zusammenarbeit zwischen verschiedenen öffentlichen Stellen oder zwischen öffentlichen Stellen und privaten sowie
- die Fixierung von ausgehandelten Kompromissen.

Neben den herkömmlichen Formen des administrativ erzeugten Rechtes, die ja auch durch bestimmte Publizitätsanforderungen (Ministerialblätter, Amtsblätter) gekennzeichnet sind, treten neue Spielarten. Hingewiesen sei in dem Zusammenhang auf "Leitlinien" oder "Leitentscheidungen", die selbst keine Regelung treffen wollen, sondern sich als strategische Orientierungshilfen verstehen. Genannt seien: die "Leitlinien zur Umweltvorsorge" der Bundesregierung von 1986, das "Gesamtkonzept zur Nordwanderung des Steinkohlenbergbaus an der Ruhr" der Landesregierung Nordrhein-Westfalen von 1986 oder die "Leitentscheidungen zur künftigen Braunkohlepolitik" der Landesregierung Nordrhein-Westfalen von 1987. Von zunehmender Bedeutung dürften auch außerrechtliche Bewertungen durch Gutachten erlangen, die in rechtlichen Verfahren erzeugt werden (Umweltverträglichkeitsprüfung, Raumordnungsverfahren) und deren faktische Wirkung sich aus der geordneten Zusammenführung von Sachverständigenurteilen ergibt, deren Widerlegung kaum noch möglich erscheint.

Die Schwäche des Rechtsstaatsprinzips gegenüber kooperativem Handeln ist manifest in der Aufweichung der Formenstrenge etablierter Rechtskategorien. Sie ist aber nicht minder optisch verursacht, indem sich der dogmatische Blickwinkel auf ein bestimmtes Endprodukt des Rechtserzeugungsprozesses, nämlich auf den einseitig-hoheitlichen Rechtsakt verengt hatte. Demgegenüber lenkt die Existenz des kooperativen Staates das Augenmerk auf den Prozeß der Rechtserzeugung selbst und auf die veränderten Funktionsweisen von Recht. Das Recht statuiert nicht mehr selbstgewiß "das Richtige", sondern es strukturiert einen sich allmählich

verdichtenden Entscheidungsprozeß, der im Hinblick auf die beteiligten Interessen zu einem befriedigenden Ende gebracht werden soll. Die Aufgabe besteht also darin, den Rechtsstaat nicht mehr in erster Linie von der formalen Rationalität des Entscheidungsproduktes her zu denken, sondern von der prozeduralen Rationalität des Entscheidungsweges.

Das könnte freilich nicht ohne Folgen z.B. für die justizförmigen Garantien bleiben, die mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden sind. Daher sei abschließend wenigstens noch darauf aufmerksam gemacht, daß die Einbuße an rechtsstaatlicher Formenstrenge direkt und indirekt Folgen für die Funktionsfähigkeit gerichtlicher Kontrolle hat: direkt durch den Verlust an handfesten richterlichen Beurteilungsmaßstäben, indirekt durch die immer größer werdende "Konkurrenz" von Schiedsstellen und Schlichtungsorganen (vgl. z.B. die Schiedsstellen im Buch SGB X, die Schiedsabrede im Grundvertrag zur Bildung der Ruhrkohle AG oder im DIN-Vertrag 1975). Die letztgenannte Entwicklung ist deshalb beachtenswert, weil die Funktion der Schiedsstellen nicht in einer rechtsstaatlich motivierten Kontrolle, sondern in der Streitschlichtung und damit in der Herbeiführung eines materiellen Interessenausgleichs liegt. Der zunehmend diskutierte Einsatz von sogenannten Konfliktmittlern (vgl. Holznagel 1989) gehört in denselben Zusammenhang.

2. Probleme demokratischer Legitimation

Der rechtsstaatliche Aspekt der Gesetzesschwäche begründet zugleich den demokratischen Aspekt der Parlamentsschwäche; denn das Gesetz ist die wesentlichste Ausdrucksform für den Willen des demokratischen Repräsentativorgans Parlament. Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes sind dabei nicht nur als rechtsstaatliche Sicherung zum Schutz von Freiheit und Eigentum gedacht, sondern drücken die Prärogative des Parlaments bei der staatlichen Willensbildung aus. Wenn nun die Rechtsordnung selbst eine gesellschaftliche Steuerung durch Recht mittels der kooperativen Subsysteme zuläßt, produziert das Gesetz seine eigene Subsidiarität als zentrale und maßgebliche Willensäußerung. Daraus ergibt sich die Frage nach den Rückwirkungen auf die demokratische Verfassungskonzeption (vgl. auch Blanke 1986: 412 ff.).

Ein Lösungsansatz kann darin liegen, den Parlamentsvorbehalt stärker herauszustellen (vgl. Kloepfer 1989b: 191), der mit dem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt begriffsnotwendig verbunden ist. In der parlamentarischen Praxis hat sich nämlich eine Fülle von Entscheidungsmöglichkeiten und Einflußnahmen jenseits des formalen Gesetzgebungsverfahrens herausgebildet. Dazu gehören etwa

Zustimmungserfordernisse bei Rechtsverordnungen, Haushaltssperren, Entschließungen durch schlichte Parlamentsbeschlüsse (vgl. Kloepfer 1989b: 212). Hinzu kommen nicht zu unterschätzende kooperative und informelle Möglichkeiten wie die Einflußnahme auf die Gestaltung des verwaltungsinternen Rechts durch Ausschußberatung oder die personelle Mitwirkung von Abgeordneten in gemischten Gremien (vgl. Ritter 1980: 431 f.; auch Schulze-Fielitz 1984: 53 ff.; Mössle 1986: 163 ff.). Ein noch nicht aufgearbeitetes Kapitel in dem Zusammenhang ist die föderalstaatliche Arbeitsteilung der demokratischen Repräsentationsorgane zwischen Bundestag, Landtagen und kommunaler Ebene einschließlich der parlamentsähnlichen Gremien kommunaler Beteiligung an höherstufigen Entscheidungsprozessen (für die nordrhein-westfälischen Bezirksplanungsräte vgl. z.B. Benz 1983). Eine differenzierte und nach vorn gerichtete Analyse insbesondere der Länderparlamente dürfte hier noch einige Legitimierungsreserven zum Vorschein bringen (vgl. auch Ritter 1980: 424 ff.).

Dessenungeachtet wird man nach ergänzenden Legitimationsprozessen Ausschau halten müssen, und die können sich gerade aus den Kooperationsvorgängen selbst ergeben (dazu näher Ritter 1987a: 341 ff.). Verfassungstheoretisch bedeutet dies, daß neben die individuelle Wahlentscheidung gleicher Aktiv-Bürger als allgemeine Quelle verfassungsrechtlicher Legitimation eine besondere, sozio-ökonomische Quelle "funktionaler Legitimation" tritt, die auf der Mitgliedschaft in Kooperativorganisationen oder auf dem Zutritt zu Kooperationsprozessen beruht. Daraus ergibt sich wiederum eine Reihe von Fragen nach der verfassungsrechtlich gebotenen Mindestqualität an demokratischen Anforderungen, denen solche kooperative Willensbildungsstrukturen zu genügen haben. Die oft beschworene "Legitimation durch Verfahren" allein dürfte als Antwort nicht ausreichen. Vermutlich ist es unumgänglich, die alte, inzwischen etwas unmodern gewordene Debatte um die "Demokratisierung gesellschaftlicher Teilbereiche" wieder aufzunehmen (Blanke 1986: 422; vgl. auch Ritter 1980: 398 ff.).

Die Möglichkeiten zusätzlicher, funktionaler Legitimation durch Kooperationsprozesse sind noch aus einem anderen Grund bedeutsam. In einem höchst komplexen Lebensumfeld, bei einem kompliziert gewordenen Vorschriftengeflecht kann die Rechtsordnung nicht mehr von vornherein ein generalisiertes Vertrauen in ihre Regelungen unterstellen. Die Befolgung der Rechtsregeln und damit die Steuerungswirkung von Recht beruht mithin weniger auf abstrakt geschuldetem Rechtsgehorsam als vielmehr auf konkreter Akzeptanz, die durch Beteiligungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten an der jeweiligen Lösung erzeugt wird. Dementsprechend verändert das Recht selbst seinen Charakter. Waren früher im Rechtsbegriff Machtanwendung und hoheitliche Vollstreckung gleich mitgedacht, so muß

heute das Recht zu seiner Umsetzung mit auf Information, auf Überzeugung, in bestimmten Fällen sogar auf personifizierte Vertrauensbeziehungen bauen können. Auch das ist eine Veränderung der Funktionsmodi von Recht.

3. Zum Wandel der staatlichen Steuerungsfunktion

Die kooperative Verflechtung von Staat und Gesellschaft steht diametral gegen die immer "noch bestimmende zentralistische Staatstheorie, die nur eine einheitsstaatliche Demokratiekonzeption, nur einheitliche Rechtserzeugungsformen und nur einheitliche Legitimationsquellen kennt" (Brohm 1984: 12). Die Realität der kooperativen Prozesse hat diesem Staatsmodell sein Substrat entzogen: Der Staat und seine Verwaltung sind keine monolithische Einheit, sondern ein polyzentrisch handelnder Akteur; das Recht kann nicht mehr als zentral ausgerichtete Pyramide von Normen und Rechtsakten verstanden werden; in der Verbundproduktion von öffentlichen Aufgaben ist der Staat nicht länger alleinige und zentrale Steuerungsstelle, sondern "Mitspieler in einem Netz von Handelnden" (Fürst 1987: 266).

Diese Erkenntnis muß selbstverständlich Rückwirkungen haben auf die Beschreibung der Staatsfunktionen, bedeutet aber nicht, daß jede Steuerung durch den Staat unmöglich geworden sei (so im Ergebnis Luhmann 1989) oder daß es überhaupt "keine prinzipiell übergeordneten, dominanten oder steuernden Teile innerhalb des systemischen Kreislaufs" (Willke 1987: 13) mehr geben könne. Staatliche Politik ist vielmehr (mit Hesse 1987) als eine Führungsaufgabe zu verstehen, der vier strategische Funktionen zuzuordnen sind:

- "eine Orientierungsfunktion zur Bestimmung und Definition von Problemen" (Hesse 1987: 71);
- "eine Organisationsfunktion, die sicherstellen muß, daß alle wichtigen Handlungsträger für ein Politikfeld mobilisiert und zu gemeinsamer Handlung zusammengeführt werden" (Hesse 1987: 71);
- "eine Vermittlungsfunktion, die zur Aufgabe hat, Konsens und Akzeptanz für gemeinsame Handlungswege zu schaffen und die verschiedenen Handlungsträger zu motivieren" (Hesse 1987: 71);
- und darüber hinaus eine Funktion der Letztentscheidung, wenn kooperative Prozesse versagen und die Rationalität des Gesamtsystems nicht mehr durch Abstimmung der Rationalitäten der Subsysteme zu gewinnen ist.

Literaturverzeichnis

- Aleemann, Ulrich v./Rolf G. Heinze (Hrsg.), 1979: Verbände und Staat. Vom Pluralismus zum Korporatismus. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Alexy, Robert, 1987: Rechtssystem und praktische Vernunft. In: Rechtstheorie 18, 405-419.
- Arnim, Hans Herbert v., 1986: Steuerung durch Recht. In: Hans Herbert v. Arnim (Hrsg.), Probleme der staatlichen Steuerung und Fehlsteuerung in der Bundesrepublik Deutschland. Berlin: Duncker & Humblot, 405-419.
- Arnold, Peter, 1989: Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart. In: Verwaltungsarchiv 80, 125-142.
- Bärsch, Jürgen/Cornelia Cremer/Klaus Novy, 1989: Neue Wohnprojekte, alte Genossenschaften. Darmstadt: Verlag für wissenschaftliche Publikationen.
- Barnes, Ian/Jim Campbell, 1988: From Planners to Entrepreneurs: The Privatization of Local Economic Assistance? In: Public Policy and Administration (Aberdeen) Nr. 3, 24-28.
- Baudenbacher, Carl, 1986: Verfahren als Alternative zur Verrechtlichung im Wirtschaftsrecht? In: Zeitschrift für Rechtspolitik 19, 301-305.
- Bauer, Hartmut, 1987: Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht. In: Verwaltungsarchiv 78, 241-268.
- Becker, Jürgen, 1985: Informelles Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung. In: Die Öffentliche Verwaltung 38, 1003-1011.
- Benz, Arthur, 1983: Parlamentarische Formen in der Regionalplanung. Eine politik- und verwaltungswissenschaftliche Untersuchung der politischen Vertretungsgremien in der Regionalplanung. Münster: Institut für Siedlungs- und Wohnungswesen (Selbstverlag).
- Blanke, Thomas, 1986: Autonomie und Demokratie. Die Krise der Integrationskraft des Rechts und die Wiederbelebung der Demokratiediskussion. In: Kritische Justiz 19, 406-422.
- Böhret, Carl, 1989: Neuartige Folgen - eine "andere" Verwaltung? Wie könnte das politisch-administrative System besser mit den gesellschaftlich produzierten Folgen umgehen? In: Verwaltungsarchiv 80, 13-43.
- Bohne, Eberhard, 1984: Informelles Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes. In: Verwaltungsarchiv 75, 343-373.
- Brohm, Winfried, 1984: Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Neue Juristische Wochenschrift 37, 8-14.
- Brohm, Winfried, 1989: Alternative Steuerungsmöglichkeiten als "bessere" Gesetzgebung? In: Hermann Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung. Berlin: Duncker & Humblot, 217-232.
- Bulling, Manfred, 1989: Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis. In: Die Öffentliche Verwaltung 42, 277-289.
- Bundesforschungsanstalt für Landeskunde und Raumordnung (Hrsg.), 1980: Regionalismus und Regionalpolitik. In: Informationen zur Raumentwicklung, Nr. 5.

- Bundesforschungsanstalt für Landeskunde und Raumordnung (Hrsg.), 1980: Endogene Entwicklungsstrategien? In: Informationen zur Raumentwicklung, Nr. 1/2.
- Bussfeld, Klaus, 1990: *Informales Verwaltungshandeln - Chancen und Gefahren*. In: Hermann Hill (Hrsg.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*. Berlin: Duncker & Humblot (im Erscheinen).
- Colman, William G., 1989: *State and Local Government and Public-Private Partnerships. A Policy Issues Handbook*. Westport (USA): Greenwood.
- Donner, Hartwig u.a. (Hrsg.), 1989: *Umweltschutz zwischen Staat und Markt*. Baden-Baden: Nomos.
- Dose, Nicolai, 1987: Muster von Verhandlungsprozessen mit Ordnungsverwaltung. In: Adrienne Windhoff-Héritier (Hrsg.), *Verwaltung und ihre Umwelt*, Festschrift für Thomas Ellwein. Opladen: Westdeutscher Verlag, 111-131.
- Druwe, Ulrich, 1989: Rekonstruktion der "Theorie der Autopoiese" als Gesellschafts- und Steuerungsmodell. In: Axel Görlitz (Hrsg.), *Politische Steuerung sozialer Systeme*. Pfaffenweiler: Centaurus, 35-58.
- Eberle, Carl-Eugen, 1984: Arrangements im Verwaltungsverfahren. In: *Die Verwaltung* 17, 440-464.
- Eder, Klaus, 1986: Prozedurale Rationalität - Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 7, 1-30.
- Ehricke, Ulrich, 1989: "Soft law" - Aspekte einer neuen Rechtsquelle. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 42, 1906-1908.
- Frank, Jürgen, 1989: Kollektive oder individuelle Steuerung der Umwelt? In: *Kritische Justiz* 22, 36-55.
- Friedman, Lawrence M., 1989: *The Limits of Law: A Critique and a Proposal*. In: Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Limits of Legal Regulation - Grenzen rechtlicher Steuerung*. Pfaffenweiler: Centaurus, 151-172.
- Fürst, Dietrich, 1987: Die Neubelebung der Staatsdiskussion: Veränderte Anforderungen an Regierung und Verwaltung in westlichen Industriegesellschaften. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 261-284.
- Gatzweiler, Norbert, 1989: Die Verständigung im Strafprozeß - Standortbestimmung eines Strafverteidigers. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 42, 1903-1906.
- Gerlach, Johann, W., 1989: *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Görlitz, Axel, 1983, Zur Transformation des Rechts durch Vernetzung. In: Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 9. Opladen: Westdeutscher Verlag, 77-87.
- Görlitz, Axel, 1989; Mediales Recht als politisches Steuerungskonzept. In: Axel Görlitz (Hrsg.), *Politische Steuerung sozialer Systeme*. Pfaffenweiler: Centaurus, 13-34.
- Grimmer, Klaus, 1988: Technik und Recht - ein politisches Steuerungsdilemma. In: Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Rechtspolitologische Forschungskonzepte*, *Jahreschrift für Rechtspolitologie*. Pfaffenweiler: Centaurus, 144-166.
- Hahne, Ulf/Stefan Hartke, 1984; Endogene Entwicklung. Theoretische Begründung und Strategiediskussion. Hannover: Akademie für Raumforschung und Landesplanung, Arbeitsmaterialien Nr. 76.

- Hartwich, Hans-Hermann, 1987: Die Suche nach einer wirklichkeitsnahen Lehre vom Staat. In: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, Heft B 46-47/87, 3-20.
- Hatzfeld, Ulrich/Rolf Junker (Hrsg.), 1989: Stadtteilbüros. Neue Formen bürgerlicher Planung bei der Stadterneuerung. Dortmund: Vertrieb für Bau- und Planungsliteratur.
- Hauff, Michael v., 1989: Neue Sozialhilfebewegung und staatliche Sozialpolitik. Wiesbaden: Deutscher Universitätsverlag.
- Hesse, Joachim Jens, 1987: Aufgaben einer Staatslehre heute. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 55-87.
- Hesse, Joachim Jens/Andreas Schlieper, 1988: Ökonomischer Strukturwandel und Regionalpolitik im internationalen Vergleich. In: Joachim Jens Hesse (Hrsg.), Die Erneuerung alter Industrieregionen. Baden-Baden: Nomos, 577-597.
- Hill, Hermann, 1989: Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart. In: Deutsches Verwaltungsblatt 104, 321-327.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, 1982: Selbstbindungen der Verwaltung. In: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 40. Berlin: de Gruyter, 187-239.
- Holznagel, Bernd, 1989: Der Einsatz von Konfliktmittlern, Schiedsrichtern und Verfahrenswaltern im amerikanischen Umweltrecht. In: Die Verwaltung 22, 421-444.
- Hood, Christopher/Gunnar Folke Schuppert, 1988: Verselbständigte Verwaltungseinheiten in Westeuropa. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Para-Government Organizations (PGOs). Baden-Baden: Nomos.
- Hoppe, Werner, 1980: Staatsaufgabe Umweltschutz. In: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 38, 211-317.
- Hoppe, Werner/Martin Beckmann, 1989: Umweltrecht. München: C.H. Beck.
- Kaufmann, Franz-Xaver, 1988: Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht. In: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13. Opladen: Westdeutscher Verlag, 65-108.
- Kirchhof, Paul, 1977: Verwalten durch "mittelbares" Einwirken. Köln: Heymann.
- Kloepfer, Michael, 1989a: Umweltrecht. München: C.H. Beck.
- Kloepfer, Michael, 1989b: Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts? In: Hermann Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung. Berlin: Duncker & Humblot, 187-215.
- Kommission Montanregionen, 1989: Bericht der Kommission Montanregionen des Landes Nordrhein-Westfalen. Düsseldorf: Minister für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie NRW.
- Krusche, Matthias, 1988: Umweltrecht. Neues Denken - neue Perspektiven. Stuttgart: Kohlhammer.
- Lang, Winfried, 1984: Die Verrechtlichung des internationalen Umweltschutzes. In: Archiv des Völkerrechts 22, 283-305.
- Larenz, Karl, 1987: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. München: C.H. Beck.

- Lehmbruch, Gerhard, 1987: Administrative Interessenvermittlung. In: Adrienne Windhoff-Héritier (Hrsg.), Verwaltung und ihre Umwelt. Festschrift für Thomas Ellwein. Opladen: Westdeutscher Verlag, 11-43.
- Leisner, Walter, 1987: Staatsrenaissance. Die Wiederkehr der "guten Staatsformen". Berlin: Duncker & Humblot.
- Lenk, Klaus, 1983: Funktionsverlust des Rechts in der öffentlichen Verwaltung? In: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung. Jahrbuch für Rechtsssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 9. Opladen: Westdeutscher Verlag, 38-101.
- Lompe, Klaus, 1986: Das Ende des Neokorporatismus? Konfliktlösungsmuster unter der sozial-liberalen und der konservativ-liberalen Koalition im Vergleich. In: Gewerkschaftliche Monatshefte 37, 280-295.
- Lübbecke-Wolff, Gertrude, 1989: Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht - Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits? In: Natur und Recht 11, 295-302.
- Luhmann, Niklas, 1983: Rechtsssoziologie, 2. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas, 1986: Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen? Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas, 1989: Politische Steuerung: Ein Diskussionsbeitrag. In: Politische Vierteljahresschrift 30, 4-9.
- Lutze, Armin/Bernd Heuer, 1988: Stadtentwicklung als unternehmerische Herausforderung und Aufgabe. In: Der Städtebau 41, 799-801.
- Mader, Lucius, 1988: Experimentelle Gesetzgebung. In: Dieter Grimm/Werner Maihofer, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtsssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Maurer, Hartmut, 1989: Der Verwaltungsvertrag - Probleme und Möglichkeiten. In: Deutsches Verwaltungsbllatt 104, 798-807.
- Mayntz, Renate, 1979: Regulative Politik in der Krise? In: Joachim Matthes (Hrsg.), Sozialer Wandel in Westeuropa. Verhandlungen des 19. Deutschen Soziologentages. Frankfurt a.M.: Campus, 55-81.
- Mayntz, Renate, 1987: Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme - Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 89-110.
- Minister für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie des Landes Nordrhein-Westfalen, 1990: Zukunftsinitiative für die Regionen Nordrhein-Westfalens, Zwischenbericht. Düsseldorf, Landtagsvorlage 10/2605.
- Möbitz, Hartmut, 1972: Die rechtliche Stellung des Bundes im Vertragswerk zur Neuordnung des Ruhrbergbaus, Köln: Heymann.
- Mössle, Wilhelm, 1986: Regierungsfunktionen des Parlaments. München: C.H. Beck.
- Offe, Josef, 1990: Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen im Städtebau. In: Hermann Hill (Hrsg.), Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen. Berlin: Duncker & Humblot (im Erscheinen).

- Pitschas, Rainer, 1989: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 42, 785-800.
- Preuß, Ulrich K., 1989: Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie. In: *Kritische Justiz* 22, 1-12.
- Püttner, Günter, 1989: Der Rechtsstaat und seine offenen Probleme. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 42, 137-142.
- Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, 1987: Umweltgutachten 1987. *Bundestags-Drucksache 11/1568*. Bonn.
- Rauschning, Dietrich, 1980: Staatsaufgabe Umweltschutz. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer* 38, 167-205.
- Rehbinder, Eckard, 1988: Reflexives Recht und Praxis. Der Betriebsbeauftragte für Umweltschutz als Beispiel. In: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 13. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Reichard, Christoph, 1988: Der Dritte Sektor - Entstehung, Funktion und Problematik von "Nonprofit"-Organisationen aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 41, 363-370.
- Reichard, Christoph, 1990: Verselbständigte Verwaltungseinheiten im Vergleich. In: *Die Verwaltung* (im Erscheinen).
- Rengeling, Hans-Werner, 1989: Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht. Köln: Heymann.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1979: Der kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 104, 389-413.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1980: Theorie und Praxis parlamentarischer Planungsbeteiligung. In: *Der Staat* 19, 413-443.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1984: Problemfelder einer neuen Baugesetzgebung. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 37, 905-918.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1987a: Staatliche Steuerung bei vermindertem Rationalitätsanspruch? Zur Praxis der politischen Planung in der Bundesrepublik Deutschland. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 321-352.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1987b: Umweltpolitik und Rechtsentwicklung. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 6, 929-938.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1989: Stadtökologie. In: Joachim Jens Hesse (Hrsg.), *Kommunalwissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 447-481.
- Saladin, Peter, 1989: Probleme des langfristigen Umweltschutzes. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 4, 27-55.
- Scharpf, Fritz W., 1988: Verhandlungssysteme, Verteilungskonflikte und Pathologien der politischen Steuerung. In: Manfred G. Schmidt (Hrsg.), *Staatstätigkeit - International und historisch vergleichende Analysen. Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 19*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 61-87.
- Scharpf, Fritz W., 1989: Politische Steuerung und politische Institutionen. In: *Politische Vierteljahresschrift* 30, 10-21.
- Schünemann, Bernd, 1989: Die Verständigung im Strafprozeß - Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung. In: *Neue Juristische Wochenschrift* 42, 1895-1903.

- Schulte, Martin, 1988: *Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege*. In: *Deutsches Verwaltungsblatt* 103, 512-520.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, 1984: *Der informale Verfassungsstaat - Aktuelle Beobachtungen des Verfassungsebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1981: *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch ver selbständigte Verwaltungseinheiten*. Göttingen: Schwartz.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1987: *Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 40, 757-768.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989: *Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens*. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 114, 127-148.
- Sendler, Horst, 1989: *40 Jahre Rechtsstaat des Grundgesetzes: Mehr Schatten als Licht?* In: *Die Öffentliche Verwaltung* 42, 482-491.
- Sieverts, Thomas, 1989: *Großprojekte der Infrastruktur als Schubkräfte komplexer Stadtentwicklung - Erfahrungen mit innovativer Stadtplanung*. In: Joachim Jens Hesse (Hrsg.), *Kommunalwissenschaften in der Bundesrepublik Deutschland*. Baden-Baden: Nomos, 333-355.
- Simmrock, Karl Hans, 1988: *Kontrolle und Verordnungen aus der Sicht der Chemietechnik*. In: Christoph Zöpel (Hrsg.), *Technikkontrolle in der Risikogesellschaft*. Bonn: Neue Gesellschaft, 75-83.
- Simons, Thomas, 1985: *Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Steger, Ulrich, 1988: *Umweltmanagement. Erfahrungen und Instrumente einer umweltorientierten Unternehmensstrategie*. Frankfurt a.M.: Frankfurter Allgemeine Zeitung.
- Steiner, Udo, 1987: *Technische Kontrolle im privaten Bereich - insbesondere Eigenüberwachung und Betriebsbeauftragte*. In: *Deutsches Verwaltungsblatt* 102, 1133-1142.
- Streckel, Siegmar, 1973: *Die Ruhrkohle AG. Entstehungsgeschichte und Zulässigkeit*. Frankfurt a.M.: Athenäum.
- Tank, Hannes, 1989: "Public-Private Partnership" - Eine Hilfe bei der Bewältigung von Problemen und bei der Erschließung des Entwicklungspotentials im Ruhrgebiet. Bonn: Forschungsinstitut der Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Teubner, Gunther, 1982: *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68, 13-59.
- Teubner, Gunther (Hrsg.), 1982: *Autopoietic Law. A new approach to law and society*. Berlin: de Gruyter.
- Voelzkow, Helmut/Josef Hilbert/Rolf G. Heinze, 1987: "Regierung durch Verbände" - am Beispiel der umweltschutzbezogenen Techniksteuerung. In: *Politische Vierteljahrsschrift* 28, 80-100.
- Voigt, Rüdiger (Hrsg.), 1983a: *Abschied vom Recht?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Voigt, Rüdiger, 1983b: *Regulatives Recht im Wohlfahrtsstaat*. In: Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Abschied vom Recht?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 19-49.
- Voigt, Rüdiger, 1986: *Grenzen rechtlicher Steuerung. Zur Brauchbarkeit des Rechts als Steuerungsinstrument*. In: Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Recht als Instrument der Politik*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 14-34.

- Wertenbruch, Wilhelm, 1974: *Sozialverfassung - Sozialverwaltung*. Frankfurt a.M.: Athenäum.
- Willke, Helmut, 1983: *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer soziatalen Steuerungstheorie*. Königstein: Athenäum.
- Willke, Helmut, 1987: Kontextsteuerung durch Recht? Zur Steuerungsfunktion des Rechts in polyzentrischer Gesellschaft. In: Manfred Glagow/Helmut Willke (Hrsg.), *Dezentrale Gesellschaftssteuerung - Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft*. Pfaffenweiler: Centaurus, 3-26.
- Winter, Gerd, 1988: Perspektiven des Umweltrechts. In: Deutsches Verwaltungsblatt 103, 659-665.
- Wolf, Folkwin, 1987: Wirtschaftsschwache Gebiete - Politik der offenen Hand oder Strategie der staatlich gestützten regionalen Eigenentwicklung. In: Hessische Städte- und Gemeindezeitung, 242-250.
- Wolf, Rainer, 1987: Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft. In: Leviathan 15, 357-391.
- Wolf, Rainer, 1989: Ökologische Risiken und politische Kosten der Wohlfahrtsökonomie. In: Kritische Justiz 22, 55-60.
- Zacher, Hans F., 1985: Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts. In: Friedrich Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

III

Alternativen im Recht und Alternativen zum Recht

Die Episteme des Rechts

Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts¹

I. Fragwürdiges an "Steuerung durch Recht"

"Indessen gibt es eine Stärkung und tiefe Beruhigung, wenn man bedenkt, daß der Mensch lediglich eine junge Erfindung ist, eine Gestalt, die noch nicht zwei Jahrhunderte zählt, eine einfache Falte in unserem Wissen, und daß er verschwinden wird, sobald unser Wissen eine neue Form gefunden haben wird" (Foucault 1974: 26 f.).

Michel Foucaults Provokationen irritieren nicht nur Juristen, sondern speziell auch jene Rechtssoziologen und Rechtsökonomien, die die heute vorherrschenden Vorstellungen von Gesellschaftssteuerung durch Recht auf realistischen und individualistischen Grundlagen entwickelt haben. Die neuen Sozialwissenschaften im Recht, "law and economics" und "law and society", können mit der konstruktivistischen Auflösung der sozialen Realität und der dekonstruktivistischen Entthronung des Subjektes im Gefolge des Poststrukturalismus wenig anfangen. Denn modernes Steuerungsdenken braucht "Akteure". Steuerung geht nicht ohne Steuerungssubjekte, seien es Individuen, seien es Kollektivakteure, mit Intentionen, Zielen und Strategien; ebensowenig funktioniert Steuerung ohne menschliche Steuerungsobjekte, deren Motive und Verhaltensweisen es zu beeinflussen und deren Widerstand es zu überwinden gilt. Und Steuerung durch Recht braucht "Realität". Das Recht muß die soziale Wirklichkeit tatsächlich beeinflussen können, und es bedarf des adäquaten Wissens über Kausalzusammenhänge in der Steuerungswirklichkeit, als dessen Produzenten eben jene Rechtssoziologen und Rechtsökonomien mit ihren Modellen der Effizienz des Rechts und der Wirksamkeitsforschung des Rechts bereitstehen.

Will man Alternativen zu solchen Vorstellungen über Steuerung durch Recht aufbauen, dann genügt es nicht, eine "reflexive" Selbstbeschränkung des Rechts im Hinblick auf überzogene Steuerungsansprüche zu empfehlen, indem man auf offenkundige Fälle des Steuerungsversagens hinweist. Denn das halbleere Glas könnte ja auch halbvoll sein (Rottlenthner 1989: 273). Und dies ist eine Frage, die

nur empirisch entschieden werden kann, bei der jedoch wie üblich die Forschung erst noch am Anfang steht. Statt nun deren Ergebnisse abzuwarten, erscheint es aussichtsreicher, bei den erkenntnistheoretischen Voraussetzungen der Steuerung durch Recht - Realismus und Individualismus - selbst einzusetzen und hierzu Alternativen zu entwickeln. Unter dem enormen Einfluß der Gründungsväter des methodologischen Individualismus (Hayek 1948, 1973 und Popper 1979) haben die auch im Rechtsdenken dominierenden ökonomischen und soziologischen Theorien die quasi-natürliche soziale Realität des individuellen menschlichen Akteurs als unumstößlichen Glaubenssatz akzeptiert. Dies gilt besonders für Theorien der "microfoundations" (Weintraub 1979; Nelson 1984) und für rational-actor-Theorien (Elster 1983, 1985), nach denen jedes kollektive Phänomen auf intentionale Handlungen menschlicher Individuen zurückgeführt werden muß. Ganz analog verlangte der soziologische Behaviorismus die Reduktion sozialer Makrophänomene auf Charakteristika von Individuen (Homans 1961). Aber auch für soziologische Theorien des Rechts in der Tradition Max Webers fungiert die Wirklichkeit des handelnden Individuums als eine fundamentale Annahme. "After all, the actions of individuals form society" (Aubert 1980: 119). Auch selbst solche Sozialtheoretiker, die strukturalistischen und systemischen Ansätzen folgen, fühlen sich veranlaßt, diesen eine gehörige Dosis Individualismus zu injizieren (z.B. Crozier/Friedberg 1977; Giddens 1987: 98 ff.; für das Rechtssystem Febbrajo 1985: 136; Kerchove/Ost 1988: 157 ff.; Ost 1988: 87). Und für den epidemischen Charakter des Individuum-als-Realität-Syndroms ist es bezeichnend, daß sogar Vertreter von critical legal studies, die gerade von Foucaults Ideen zutiefst beeinflußt sind und seine Politbotschaft enthusiastisch übernehmen, sich schlicht weigern, auch die erkenntnistheoretischen Lasten mitzuerwerben.² So offenbart Duncan Kennedy in einer neueren Studie zur Unbestimmtheit des Rechts (1986: 518) einen hochindividualistischen bias für das reflektierende Rechtssubjekt und eine großzügige Vernachlässigung kommunikativer Aspekte des Rechts. Er konzentriert sich mehr oder weniger ausschließlich auf die Reflexionen des einzelnen Richters und seine Strategieüberlegungen und ist von einer eigentlichen Diskursanalyse genauso weit entfernt wie seine "liberalen" Gegner. Bei Robert Gordon (1984: 117 ff.) findet sich das Motiv für diese Haltung. Gordon weist ausdrücklich die antiindividualistischen Tendenzen des Poststrukturalismus zurück, weil sie die humanistischen Absichten einer kritischen Rechtstheorie durchkreuzten.

Von solchen Reifizierungen einer "metafisica quotidiana", wie Pizzorno polemisch die im heutigen rechtssoziologischen und rechtsökonomischen Steuerungsdenken weit verbreiteten Positionen des erkenntnistheoretischen Realismus und des methodologischen Individualismus genannt hat, versucht sich "reflexives

Recht" freizuhalten. Antirealismus heißt jedoch nicht zugleich Rückkehr zu Positionen des erkenntnistheoretischen Idealismus. Ebensowenig ist Antiindividualismus mit methodologischem Holismus oder Kollektivismus gleichzusetzen. Es geht nicht um eine Erneuerung der alten Dichotomien Realismus/Idealismus und Individualismus/Kollektivismus, welche die rechtstheoretische Debatte in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts dominierten. Weder Kelsen noch Duguit stehen auf der rechtstheoretischen Agenda. Vielmehr stellt sich auch der heutigen Rechtssoziologie die doppelte Aufgabe: die Ablösung des erkenntnistheoretischen Realismus durch einen neuen sozialen Konstruktivismus und die Absetzung der rationalen Akteure des methodologischen Individualismus durch Sozialkonstrukte wie Diskurs, soziale Selbstreflexion und Selbstorganisation.

Nach einer Diskussion der sozialtheoretischen Grundlagen einer solchen Umstellung (II. - V.) soll es im folgenden darum gehen, das Konzept des reflexiven Rechts in seinen erkenntnistheoretischen Grundlagen zu diskutieren (VI. und VII.). Unter Gesichtspunkten der Rechtssteuerung ist daran besonders das Verhältnis von Rechtswissen und gesellschaftlichem Wissen interessant. Die Vorstellung, daß Rechtssoziologie und Rechtsökonomik dem Recht ihr Steuerungswissen ohne weiteres zur Verfügung stellen können, wird sich als unhaltbar erweisen (VIII.). Vielmehr wird es auch hier auf eine "Prozeduralisierung" ankommen, auf die Verfahren der Verknüpfung gesellschaftlicher und rechtlicher Wissensproduktion (IX.).

Die konstruktivistische Sicht, die dem Ganzen zugrunde liegt, schließt die naive Wirklichkeitsannahme aus, daß menschliche Akteure die Basiselemente der Gesellschaft darstellen. Hieraus ergeben sich die drei folgenden Thesen:

1. Für einen sozialen Konstruktivismus macht die Frage, die heutigen Vorstellungen der Steuerung durch Recht zugrunde liegt, keinen Sinn: ob die Realitätsannahmen des Rechts mit einer sozialen Realität "out there" korrespondieren. Vielmehr ist der Rechtsdiskurs das epistemische Subjekt, das seine Wirklichkeit überhaupt erst autonom konstruiert.
2. Es ist verfehlt, das Recht als Produkt intentional handelnder Subjekte zu begreifen, mit dem das Verhalten anderer intentional handelnder Subjekte beeinflußt werden soll. Im Gegenteil, das Recht als kommunikativer Prozeß produziert erst die Subjekte des Rechts als semantische Artefakte.
3. Die moderne Gesellschaft ist in unterschiedliche Episteme fragmentiert, die einander nicht unmittelbar zugänglich sind, sondern nur miteinander interferieren. Damit sitzt der moderne Rechtsdiskurs in einer "epistemischen Falle". In der Situation gleichzeitiger Abhängigkeit und Unabhängigkeit von anderen sozialen

Diskursen ist das moderne Recht gezwungen, ständig zwischen Positionen der kognitiven Autonomie und Heteronomie zu oszillieren, ohne daß es je einen stabilen Ruhepunkt findet.

II. Diskurs und Autopoiesis

Gewiß ist nach Berger und Luckmann (1972) "Soziale Konstruktion der Wirklichkeit" heute zur gängigen Münze in der Soziologie geworden (z. B. Bloor 1976; Latour/Woolgar 1979; Knorr-Cetina 1984; Gilbert/Mulkay 1984; Collins 1985; Fuller 1988). Jedoch zeigen die drei Thesen, daß sich ein Verständnis des sozialen Konstruktivismus entwickeln läßt, das über die übliche Vorstellung ein gutes Stück hinausgeht, wonach soziale Institutionen, wissenschaftliche communities und Laboratoriumskulturen das Wahrnehmen und Denken individueller Akteure sozial überformen. Eine soziale Epistemologie hat durchaus mehr zu sagen, als daß für die Manipulation des Wissens die "Interessen sozialer Agenten" verantwortlich sind (Barnes 1974). Jedenfalls in den Denktraditionen des Poststrukturalismus, der kritischen Theorie und der Theorie der Autopoiese, die wir im folgenden auf ihre Relevanz für eine konstruktivistische Erkenntnistheorie des Rechts durchmustern werden, hat das "Soziale" für die Wissensproduktion eine sehr viel radikalere Bedeutung angenommen. Diese Radikalität hat wichtige Konsequenzen für einen juristischen Konstruktivismus, der hier in Umrissen vorgestellt werden soll. Was bedeutet genau die vieldeutige Aussage, daß das Recht eine autonome Realität "konstituiert"? Was ist gemeint, wenn das Individuum als ein bloßes Konstrukt der Gesellschaft und des Rechts bezeichnet wird? Und kann man in einem nicht-metaphorischen Sinne davon sprechen, daß das Recht "erkennt"?

Die Zählebigkeit des Syndroms von Realismus/Individualismus im zeitgenössischen Rechtsdenken hat ja auch weniger mit dessen innerer Stärke zu tun als mit einem Mangel an glaubwürdigen Alternativen. Die traditionellen Alternativen, erkenntnistheoretischer Idealismus und methodologischer Kollektivismus, gelten als wenig attraktiv - und das zu Recht! Aber sind denn tatsächlich nur solche Alternativen verfügbar, die so tun, "as if these impersonal structures had a life of their own and human beings were enslaved to the needs of that life cycle, building or demolishing as the World Spirit might dictate" (Gordon 1984: 117)? Wie ich im folgenden diskutieren will, gibt es durchaus attraktive Alternativen zur vorherrschenden individualistischen und realistischen Denkweise. Aus den diffusen und breiten Zeitströmungen, die unter den Vorzeichen "sozialer Konstruktivismus" und "Dezentrierung des Subjekts" laufen, möchte ich drei eher deutlich konturierte

Theorien herausheben, nämlich die kritische Theorie von Jürgen Habermas, den Poststrukturalismus von Michel Foucault und die Autopoiese-Theorie von Niklas Luhmann, und daran zu demonstrieren suchen, was ein tieferes Verständnis des sozialen Konstruktivismus für das Recht bedeutet.³

Selbdritt ist ihnen gemeinsam, daß sie das autonome erkennende Subjekt seiner einzigartigen Position entheben und in diese nicht etwa über-individuelle Einheiten einsetzen, sondern kommunikative Prozesse. In diesem Sinne sind sie alle drei Vertreter einer sozialen Erkenntnistheorie. Deutliche Unterschiede bestehen jedoch in der jeweiligen Identifizierung des neuen Wissensproduzenten. Habermas lehnt Korrespondenztheorien der Wahrheit zugunsten von Konsenstheorien ab und setzt "Intersubjektivität" an die Stelle des erkennenden Subjektes. Foucault und Luhmann sind deutlich radikaler in ihrer Entzauberung des menschlichen Subjekts. Für Foucault ist das Subjekt nichts anderes als eine ephemerale Konstruktion einer historisch kontingennten Macht/Diskurs-Konstellation, welche die "epistème" einer historischen Epoche diktieren. Luhmann schließlich vollzieht eine vollständige Trennung psychischer Prozesse von sozialen Prozessen und sieht die menschliche Person in sozialen Prozessen nur als kommunikatives Konstrukt, als ein Produkt der Selbstbeobachtung der sozialen Autopoiese: Die neuen erkennenden Subjekte sind autopietische soziale Systeme.

III. Jürgen Habermas: Intersubjektivität und Konsens

Will man zu einer Erkenntnistheorie des Rechts gelangen, die diesen Namen wirklich verdient, dann sind drei wichtige Umorientierungen in "law and society" notwendig: erstens von Realismus zu Konstruktivismus, zweitens von individueller zu sozialer Konstruktion der Wirklichkeit und drittens von Recht als Regelsystem zu Recht als epistemischem Subjekt. Während die erste Umorientierung zu gewissen Modifizierungen Kantischer Positionen führt, eröffnen die anderen beiden neue Perspektiven für die Sozialtheorie und die Rechtstheorie. Denn die zweite Veränderung zielt auf die sozialen Grundlagen des Erkennens sehr viel radikaler, als es bisher die Wissenssoziologie getan hat. Und die dritte Veränderung schreibt diskursiven Rechtspraktiken selbst die Produktion einer autonomen Wirklichkeit zu.

In dieser Neuorientierung von sozialer und rechtlicher Kognition spielt Habermas' Theorie der kommunikativen Rationalität (Habermas 1968, 1971, 1973, 1976, 1981, 1987, 1988) eine wichtige Rolle. Sein Schlüsselkonzept des rationalen Diskurses betont die entscheidende Rolle von Verfahren sowohl in empiri-

rischen als auch in normativen Erkenntnisprozessen. Gleichzeitig führt die Universalpragmatik Habermas' die soziale Dimension systematisch in Moralerkenntnis und Rechtserkenntnis ein und überwindet so eine vorwiegend subjektbezogene Erkenntnistheorie.

Habermas weist traditionelle Korrespondenztheorien der Wahrheit zurück (von Aristoteles bis Tarski), wonach Aussagen dann wahr sind, wenn sie einer äußeren Realität entsprechen. Statt dessen plädiert er für eine Konsenstheorie der Wahrheit, die den potentiellen Konsens aller Diskursteilnehmer zum Wahrheitskriterium erklärt (Habermas 1971: 123, 1973b: 211). Dies macht es freilich notwendig, ein unabhängiges Kriterium zu identifizieren, das in der Lage ist, wahren von falschem Konsens zu unterscheiden. Nach einem Durchgang durch eine ganze Reihe verschiedener Kriterien findet Habermas dieses Kriterium schließlich in der Voraussetzung einer "idealen Sprechsituation", die ihrerseits durch bestimmte formale und prozedurale Kriterien charakterisiert ist (Habermas 1981: Kap. 3).

Gerade diese Prozeduralisierung des Wahrheitskriteriums hat Habermas' Diskurstheorie für das Recht so wichtig gemacht (z.B. Alexy 1978: 219 ff.; Günther 1988). Denn dadurch werden praktisch-normative Diskurse in der Politik, in der Moral und im Recht dem theoretisch-empirischen Wissenschaftsdiskurs unmittelbar vergleichbar: Ihre Geltungsansprüche sind von der Korrektheit der sie erzeugenden Verfahren abhängig (Habermas 1981: Kap. 3). Gleichzeitig ermöglicht dies, die Modernität des Rechts neu zu formulieren. Max Webers These der Materialisierung des formalen Rechtes wird durch die These einer Prozeduralisierung des Rechts überboten (Habermas 1981: 522 ff., 1987: 1; Wiethölter 1985, 1986; Günther 1988; Frey 1989: 55 ff.; Joerges 1989; Ladeur 1989a; Preuß 1989).

Ein weiterer wichtiger Beitrag von Habermas zur juristischen Erkenntnistheorie besteht darin, die soziale Dimension in empirischen und normativen Erkenntnisprozessen deutlich zu machen. Epistemische Autorität rechnet Habermas nicht länger dem autonomen Subjekt zu, sondern der kommunikativen Gemeinschaft (Habermas 1983: 26; 1988: 63 ff., 80). Während die traditionelle Erkenntnistheorie Prozesse des Erkennens ausschließlich im Bewußtsein des (empirischen oder transzentalen) Subjektes lokalisiert, hält Habermas dagegen, daß Erkennen prinzipiell ein kommunikativer Prozeß ist. "Intersubjektivität" entthront das Kantische erkennende Subjekt. Der authentische Konsens der kommunikativen Gemeinschaft und nicht das Bewußtsein des autonomen Subjektes bestimmt, was in kognitiven und normativen Fragen Wahrheit ist. Kants berühmte Frage nach den "Bedingungen der Möglichkeit der Erkenntnis" wird damit vom Bewußtsein auf Kommunikation umdirigiert. Und selbst der Transzendentalismus wird sozialisiert: Das neue *Apriori* ist die ideale Sprechsituation, die "immer schon" in der Möglich-

keit von Kommunikation vorausgesetzt ist (Habermas 1971: 136, 1981: Kap. 3, 1983: 53).

Jedoch das große Problem dieser Theorie liegt gerade im "Apriori der Kommunikationsgemeinschaft" (Apel 1973, 1988; Böhler 1985). Denn mit Hilfe der Apriorisierung gewisser Merkmale der Kommunikation versucht Habermas, fundamentalen Schwierigkeiten zu entgehen, die in seiner Hierarchie diskursiver Rechtfertigungen angelegt sind. Habermas' Theorie ist im Kern eine Selbstanwendung diskursiver Praktiken auf diskursive Praktiken: Die Verfahren des Diskurses können nur durch einen Diskurs gerechtfertigt werden, dessen Verfahren wiederum nur in einem Diskurs gerechtfertigt werden können ... Damit aber verfängt er sich in den Paradoxien der Selbstreferenz (dazu allgemein Wormell 1958; Quine 1976; Krippendorff 1984; Barwise/Etchemendy 1987). Und um infiniten Regreß oder Zirkularität zu vermeiden⁴, nimmt Habermas zu einem kommunikativen Transzentalismus Zuflucht.

Mit einer solchen transzendentalen Fundierung des rationalen Diskurses hängen die Zweideutigkeiten der Intersubjektivität eng zusammen, die das andere große ungelöste Problem in Habermas' kommunikativer Erkenntnistheorie darstellt. Was ist gemeint: die Elemente der Intersubjektivität oder die Beziehung als solche? Bewußtsein oder Kommunikation? Psychische oder soziale Prozesse? Habermas' epistemisches Subjekt oszilliert zwischen diesen beiden Positionen, ohne je seine Identität in einer der beiden Welten zu finden (zur Kontroverse Intersubjektivität versus Kommunikation vgl. Habermas 1985: Kap. 12, 1988: 95 ff; Luhmann 1986d: 41 ff.). Es scheint, als ob Habermas auch hier wiederum versucht, den Paradoxien der Selbstreferenz im Diskurs zu entgehen - diesmal, indem er die Systemreferenz wechselt. Wenn Diskurs nur rekursiv auf Diskurs gegründet werden kann, muß er dann nicht wenigstens letztlich auf menschliches Bewußtsein gegründet werden?

IV. Michel Foucault: Discours und épistème

Foucaults Ideen zu Diskurs und Macht können durchaus als eine (antizipierte) Radikalisierung von Habermas' Erkenntnistheorie gelesen werden. In der Tat attackiert Foucault ganz direkt die Positionen, die wir gerade als die ungelösten Hauptprobleme in Habermas' Version angesprochen haben: die Fundierung des Diskurses in einem kommunikativen Apriori und die Zweideutigkeiten der Intersubjektivität. Foucaults wichtigster Beitrag zu einer sozialen Epistemologie ist es, das Kernkonzept des Diskurses von jeglicher transzentalen, aber auch jeder

psychischen Fundierung zu befreien. Natürlich bewahrt das auch ihn nicht vor den Fallstricken der Selbstreferenz. Foucaults Fluchtversuch ist gleichzeitig das berühmteste und das schwächste Manöver seiner Theorie: das Ausweichen in die Omnipräsenz der Macht.

Foucaults Ausgangspunkt ist radikal konstruktivistisch: Realität ist der Erkenntnis nicht äußerlich, sondern Erkenntnis "konstituiert" ihre eigene Realität. Er setzt sich jedoch in deutlichen Gegensatz zur klassischen Tradition, weil er es ablehnt, das Bewußtsein des Subjekts als realitätskonstituierend anzunehmen. Er setzt sich aber auch in Gegensatz zu Habermas, für den Intersubjektivität, das kommunikative Resultat der Interaktion menschlicher Akteure, diese Stelle einnimmt. Für Foucault wird Realität vom "discours" konstituiert - von einer anonymen, unpersönlichen, absichtslosen Verkettung von linguistischen Ereignissen (Foucault 1981: Kap. 2). Damit bezieht Foucault keine strukturalistische Position (vgl. Dreyfus/Rabinow 1982: 44 ff.). Discours ist für Foucault ein sehr viel reicheres Phänomen als die abstrakten Zeichenordnungen des Strukturalismus. Discours ist soziale Praxis, nicht bloß soziale Struktur; er ist "parole", nicht "langue". Basiselemente des Diskurses sind nicht bloße Zeichen, sondern "énoncés", also sozialer Gebrauch von Sprache, der erst die Wirklichkeit konstruiert. Die Aufgabe einer Diskursanalyse besteht nicht darin, daß man Diskurse als Gruppen von Zeichen behandelt (Bedeutungselemente, die auf Inhalte oder Repräsentationen Bezug nehmen), sondern als Praktiken, die das Objekt, von dem sie sprechen, systematisch erst formen (Foucault 1981: 49f.). Diskurs ist also beides zugleich, Ereignis und Struktur, "sowohl ein sich über Zeit und Raum erstreckender Strom sprachlicher Ereignisse als auch eine hochselektive Organisationsform sprachlicher Ereignisse" (Honneth 1985: 164).

Die soziale Praxis des Diskurses diktieren nun die "epistème" einer bestimmten historischen Epoche, die die Bedingungen der Möglichkeit der Erkenntnis überhaupt erst definiert, nicht in einer atemporalen, universalen, globalen Weise, sondern zeitlich, konkret, lokal (Foucault 1974: Kap. 2, 3, 7 für die Wissenschaftsdisziplinen, 1976 für das Recht).

Eine solchermaßen radikalisierte soziale Erkenntnistheorie hat keinen Platz für individuelles Bewußtsein und die intentionalen Handlungen menschlicher Subjekte, und sie bedarf keiner apriorischen Fundierung. Das menschliche Subjekt ist nicht mehr der Ursprung des Diskurses. Im Gegenteil produziert der Diskurs erst das menschliche Subjekt als semantisches Artefakt (Foucault 1974: Kap. 9). Gleichzeitig sind Diskursformationen historisch kontingent ohne jegliche apriorische Begründung. Jede Gesellschaft hat ihre eigene Wahrheitsordnung, ihre eigene Wahrheitspolitik.

Nun entspräche es diesem Denken, daß die Diskursformationen selbst, jene hochautonomen sozialen Praktiken, die Kriterien ihrer eigenen Transformation bestimmten. Dreyfus und Rabinow zum Beispiel sehen diese Selbstreferenz des Diskurses als eine notwendige Bedingung für dessen strukturellen Wandel: "(Since) he (Foucault) is committed to the view that discursive practices are autonomous and determine their own context... he must locate the productive power revealed by discursive practices in the regularities of these same practices. The result is the strange notion of regularities which regulate themselves" (Dreyfus/ Rabinow 1982: 84). Foucault jedoch hütet sich sehr davor, auf die Paradoxien der Selbstreferenz hereinzufallen. Er schrekt vor solchen Konsequenzen seiner eigenen Konstruktion zurück und führt statt dessen den Machtbegriff ein, um damit selbstreferentielle Beziehungen zu externalisieren. In seinem späteren Denken gibt er die Idee des autonomen Diskurses als des neuen epistemischen Subjektes ganz auf und zieht sich auf die Allgegenwart der Macht als einer (nun doch!) quasi-transzendentalen Fundierung diskursiver Praktiken zurück (zur Kritik vgl. Honneth 1985: 168 ff. und - ohne den Tu-quoque-Einwand zu berücksichtigen - auch Habermas 1985, Kap. 10).

V. Niklas Luhmann: Konstruktivismus und Autopoiese

Es scheint, als seien die Paradoxien der Selbstreferenz das Haupthindernis für die Entwicklung einer authentischen sozialen Epistemologie. Habermas und Foucault haben beide wichtige Beiträge für eine solche geleistet, aber die radikalen Konsequenzen ihrer Ideen scheinen von selbstreferentiellen Strukturen blockiert (Zirkularität, Tautologie, infiniter Regreß, Paradox). Habermas: Wie kann rationaler Diskurs gerechtfertigt werden, wenn nicht durch einen rationalen Diskurs? Foucault: Wie können jene Diskursformationen, die die epistème einer ganzen historischen Epoche bestimmen, verändert werden, wenn nicht von jenen Diskursformationen selbst? Natürlich sind beide Autoren sich bewußt, daß solche Fragen zu Paradoxien führen, aber sie suchen, mit allen Mitteln das Paradox selbst zu vermeiden. Am Ende freilich können sie beide den Paradoxien der Selbstreferenz nicht entgehen. Unvermeidlich tauchen sie am Ausgang ihrer Fluchtwege wieder auf. Wenn Habermas die transzendentale Fundierung der Kommunikation in der Unterscheidung zwischen der idealen Sprechsituation und der realen Sprechsituation findet, ist dann diese Unterscheidung selbst empirisch oder transzental? Oder wenn Habermas letztlich doch das Subjekt dem Diskurs zugrunde legt, wie kann er dann den klassischen Paradoxien des selbstreflektierenden Subjektes ent-

kommen? Wenn schließlich Foucault die Fundamente der Diskurse in allgegenwärtigen Machtkonstellationen findet, kann er dann den selbstreferentiellen Paradoxien der Macht ausweichen?

Im Unterschied zu beiden Ansätzen geht die Theorie der Autopoiese (Maturana 1982; von Förster 1985b; Luhmann 1984b) die Paradoxien der Selbstreferenz unmittelbar an. Die Lösung heißt: Versuche nicht, Paradoxien zu vermeiden, sondern nutze sie produktiv! Wenn soziale Diskurse autopoietische Systeme sind, also Systeme, die rekursiv ihre eigenen Elemente aus dem Netzwerk ihrer Elemente produzieren, dann sind sie mit Notwendigkeit auf jenen Paradoxien der Selbstreferenz gegründet, die Habermas und Foucault verzweifelt zu vermeiden suchen (Luhmann 1986a: 172, 1986e: 129, 1988b: 153). Als autopoietische Systeme können soziale Diskurse ihre Rechtfertigung nur in ihrer eigenen Zirkularität finden. Sie können nur selbstregulierende Regelmäßigkeiten produzieren, die ihre eigene Transformation regulieren. Das Paradox der Selbstreferenz ist dann nicht ein Fehler in unserer intellektuellen Rekonstruktion des Diskurses, den wir unter allen Umständen zu vermeiden haben, sondern seine eigentliche Realität, die wir auf gar keinen Fall vermeiden können. Und die rekursive Anwendung von Operationen auf die Ergebnisse der gleichen Operationen führt nicht mit eherner Notwendigkeit in die Blockaden des Paradoxes oder in Willkür und Beliebigkeit, sondern unter bestimmten Bedingungen in das Auftreten von "Eigenwerten" (Förster 1985a: 36, 1985b). Durch ständiges rekursives "computation of computation" lernen soziale Diskurse "blind" jene Operationsmodi, die sich im Umgang mit ihrer Umwelt, zu der sie keinen direkten Zugang haben, bewähren (für eine Aufhellung dieser etwas dunklen Bemerkungen vgl. Teubner 1989b: 16 ff.).

Erkenntnistheoretische Konsequenz ist ein radikaler Konstruktivismus (Piaget 1963; Glaserfeld 1975, 1981, 1985, 1987; Maturana 1982; Förster 1985b; Luhmann 1984b: 647 ff.; Roth 1984, 1987; Arbib/Hesse 1986; Schmidt 1987; Krohn/Küppers 1989: 46 ff.). Jegliche Erkenntnis - sei sie nun psychische oder soziale, sei sie wissenschaftliche, politische, moralische oder rechtliche Erkenntnis - ist eine rein interne Konstruktion der Außenwelt; Kognition hat keinerlei Zugang zur Wirklichkeit "out there". Jegliche kognitive Aktivität - handele es sich um Theoriearbeit oder um empirische Forschung - ist interne Konstruktion des erkennenden Prozesses, und jedes Prüfungsverfahren, auch wenn es vorgibt, die Gültigkeit interner Konstruktionen an der realen Außenwelt zu testen, ist nur ein interner Vergleich unterschiedlich konditionierter Weltkonstruktionen. In dieser radikalisierten Version eines sozialen Konstruktivismus gibt es wiederum keinen Platz für das Denken des menschlichen Subjektes als Grundlage der Kognition (zur Beziehung zwischen sozialer und psychischer Kognition vgl. Luhmann 1984a: 1, 1985: 402, 1986c:

313). Soziale Autopoiese beruht ausschließlich auf Kommunikation - definiert als die Synthese aus Äußerung, Information und Verstehen -, die rekursiv Kommunikation produziert (Luhmann 1984b: 193 ff., 1986a: 172 ff.).

Soziale Konstruktion der Wirklichkeit ist scharf zu trennen von psychischer Konstruktion der Wirklichkeit. An dieser Stelle liegt der wichtige Unterschied zu Habermas, der in dem zweideutigen Begriff der Intersubjektivität Kommunikation und Bewußtsein zusammenzieht. Zugleich liegt hier der Unterschied zu Foucault, für den das Subjekt nichts als eine historisch kontingente Konstruktion wechselseitiger Diskurs/Macht-Konstellationen darstellt. Denn in der Theorie der Autopoiese formen psychische Prozesse ein eigenständiges reproduktives Netzwerk - psychische Autopoiese -, das nur ihnen selbst zugänglich ist und jeglicher Kommunikation unzugänglich bleibt. Kommunikative Prozesse wiederum formen ein eigenständiges selbstreproduktives Netzwerk - soziale Autopoiese - das nur ihnen selbst zugänglich ist und jeglichen psychischen Prozessen unzugänglich bleibt. Gewiß tauchen menschliche Individuen in dieser Welt der Kommunikation auf, aber eben nur als kommunikative Konstrukte, als semantische Artefakte, die keine Entsprechung zum Bewußtsein haben, keine Entsprechung zu den autopoietischen Prozessen in der psychischen Welt (Luhmann 1984b: 158 ff., 1986c: 313 ff.). Psychische und soziale Prozesse koexistieren also, sie sind "gekoppelt" durch Synchronisation und Koevolution, aber es gibt keine Überlappung ihrer Operationen. Wir stehen vor einer Symmetrie der Wirklichkeitskonstruktionen: psychische Prozesse produzieren mentale Konstrukte der Gesellschaft, und soziale Prozesse produzieren kommunikative Konstrukte der Psyche.

In diesen beiden Aspekten - Radikalisierung des Konstruktivismus und De-Individualisierung des Diskurses - geht Luhmann deutlich über Habermas und Foucault hinaus. Es gibt jedoch noch einen dritten Aspekt in Luhmanns Autopoietik, der sich ebenso deutlich von der Diskursanalyse in ihrer Frankfurter oder Pariser Fassung unterscheidet - und das ist ein Begriff von Modernität als ein unversöhnbarer Konflikt von verschiedenen Epistemen (Luhmann 1988a: 335 ff.). Während Foucault Geschichte als Abfolge von inkommensurablen Diskursformationen darstellt, die für eine gewisse historische Epoche eine paradigmatische Episteme diktionieren, und entsprechend Modernität als das gesellschaftsweite Regime einer "subjektivistischen" Episteme, die der Kantischen Revolution folgt, beschreibt, sieht Luhmann Modernität gerade nicht als epistemische Einheit, sondern als eine Fragmentierung der Gesellschaft in eine Vielheit von autonomen Diskursen, als eine Vervielfältigung der Episteme in der Gesellschaft. Im krassen Unterschied zu Foucault ist das Kennzeichen moderner Gesellschaft gerade der Verlust eines einigenden Erkenntnismodus. Die Gesellschaft ist fragmentiert in eine Vielheit ge-

schlossener kommunikativer Netzwerke. Jedes Netzwerk konstruiert seine eigene Realität, die im Prinzip mit den Wirklichkeitskonstruktionen anderer Netzwerke inkompatibel ist. Und gleichzeitig sind die Individualitäten in einer Weise vervielfältigt und fragmentiert, die der Vervielfältigung und Fragmentierung sozialer Diskurse entspricht. Auf der Basis eines spezifischen Codes und spezieller Programme produziert jedes dieser spezialisierten kommunikativen Netzwerke "Personen" - individuelle Akteure als semantische Artefakte -, denen Handlungen zugerechnet werden (Luhmann 1984b: 155 ff.). Das "multiple self" (Elster 1986; Etzioni 1988) ist das Produkt der Fragmentierung sozialer Diskurse unter Bedingungen der Modernität.

Dies ist der "springende Punkt" in Luhmanns Autopoietik - und gleichzeitig ihr "blinder Fleck". Mit der Betonung von Fragmentierung, Differenzierung, Trennung, Geschlossenheit und Selbstreferenz sozialer Episteme schafft sich die Theorie, um es gelinde auszudrücken, Probleme in bezug auf die Frage, wie denn deren Verbundenheit, Interferenz, Offenheit und Fremdreferenz theoretisch rekonstruiert werden kann (für eine Kritik im einzelnen vgl. Teubner 1989b: 102 ff.). Anders als Habermas und Foucault, die um jeden Preis den Fallstricken der Selbstreferenz zu entgehen suchen, geht Luhmann mit bewundernswertem Mut direkt die Paradoxien an, die aus selbstreferentiellen Phänomenen in Recht und Gesellschaft stammen. Ja, nach Luhmann ist das Recht auf den Paradoxien der Selbstreferenz gegründet (Luhmann 1988b). Aber er begibt sich in die Gefahr, daß er sich, wenn er sich derart intensiv mit der Selbstreferenz einläßt, schließlich selbst in der selbstgeschaffenen Geschlossenheit seiner selbstreferentiellen Konstruktionen verfängt. Und offensichtlich hat sich die Autopoietik bei allem Erkenntnisfortschritt gegenüber Theorien offener Systeme das Problem eingehandelt, wie sie denn mit den Beziehungen zwischen verschiedenen autonomen Epistemen umgehen kann, mit ihren Konflikten, ihren Inkompatibilitäten, ihren Interferenzen (erste Schritte in dieser Richtung vgl. Luhmann 1986b, 1988a). Die offene Frage für eine Theorie fragmentierter Episteme lautet: Gibt es so etwas wie ein epistemisches Minimum in der modernen Gesellschaft, das als gemeinsamer Nenner für soziale Diskurse trotz aller Autonomisierung dient? Gibt es so etwas wie Kovariation oder sogar Koevolution zwischen autonomen sozialen Epistemen? Oder ist die Verbindung nur so herstellbar, daß eine Episteme im Rahmen einer anderen Episteme rekonstruiert wird? All diese Fragen werden wieder auftauchen, wenn wir etwas näher untersuchen, wie eine konstruktivistische Erkenntnistheorie Rechtserkenntnisse in ihren Konflikten mit anderen Erkenntnismodi in der Gesellschaft rekonstruiert (vgl. unter VII. - IX.).

VI. Recht - ein epistemisches Subjekt?

Wie "erkennt" das Recht? Mary Douglas (1986) hat die alte Frage erneut aufgeworfen: "How Institutions Think". Nach einem aufregenden Flirt mit Emile Durkheims "Kollektivbewußtsein" und Ludwig Flecks "Denkkollektiv" findet sie doch schließlich ihren Weg zurück zum guten alten Individualismus: Natürlich denkt nur das individuelle Mitglied und nicht die Institution; jedoch ist das Denken des Individuums vom institutionellen Kontext beeinflußt. In einer solchen Version einer sozialen Erkenntnistheorie wird das soziale Element reduziert auf die Sozialisation des Individuums. Das ist auch schon alles. Die Schrecken des Kollektivismus sind gebannt, und für die Institutionen denken die Individuen.

In unserer selektiven Rekonstruktion von Habermas, Foucault und Luhmann in Sachen sozialer Erkenntnistheorie ändert sich das Bild schlagartig. In der Tat sozialisieren soziale Institutionen wie das Recht die psychische Kognition der Individuen (nur daß hier der Konstruktivismus hinzufügen würde, daß, da es keinen Zugang von Kommunikation zu Bewußtsein gibt, diese Sozialisierung nur Selbstsozialisierung sein kann). Aber dies ist nur die halbe Wahrheit. Die andere Hälfte der Wahrheit ist, daß Institutionen wie das Recht in der Tat - unabhängig von psychischen Prozessen ihrer Mitglieder - buchstäblich "erkennen". Recht als sozialer Diskurs prozessiert autonom Informationen, schafft eigenständige Bedeutungswelten, setzt Ziele und Zwecke, produziert Wirklichkeitskonstruktionen und definiert normative Erwartungen - und all dies ganz unabhängig von den Weltkonstruktionen der Juristen. Eine solche konstruktivistische Erkenntnistheorie des Rechts als eines sozialen Diskurses ist weder individualistisch noch kollektivistisch. Sie bedarf keines Rückgangs auf individuelle Akteure und deren Absichten; sie setzt aber auch nicht die Existenz einer überindividuellen kollektiven Einheit voraus, eines Denkkollektivs, einer conscience collective, einer World III, eines Rechtsbewußtsein, eines Weltgeistes...

Recht ist Kommunikation und nichts als Kommunikation! Mit einer solchen Begriffsentscheidung lassen sich die Defizite des methodologischen Individualismus überwinden. Denn dieser definiert Recht als einen Satz von Regeln, der individuelles Handeln beschränkt, und hat deshalb - abgesehen von der wenig aussagekräftigen Kategorie der nicht-beabsichtigten Folgen - keine theoretischen Instrumente, mit denen er die Autonomie des Sozialen analysieren könnte, schon gar nicht die des "legal proprium" (Selznick 1968). Zugleich aber kann diese Begrifflichkeit den Fallen des Kollektivismus entgehen, der das Recht als ein überindividuelles Subjekt ansieht, aber nicht erklären kann, wer denn im Namen und auf Rechnung des Weltgeistes handelt.

Die genaue Konstruktion schaut wie folgt aus (für eine ausführliche Behandlung der Komponenten eines autopoiетischen Rechtes vgl. Teubner 1987a:106 ff., 1988a, 1988b, 1989b: 36 ff.). Recht ist als ein autopoiетisches Sozialsystem definiert, das heißtt als ein Netzwerk elementarer Operationen, das rekursiv elementare Operationen reproduziert. Elemente dieses Systems sind Kommunikationen - die Rechtsakte -, nicht Regeln. Recht ist nicht wie in analytisch-normativen Rechtstheorien ein Regelsystem, sondern ein System von miteinander verketteten Rechtsakten. Rechtsregeln hingegen sind Strukturen, die die elementaren Rechtsakte in ihrer Verkettung steuern. Auf der anderen Seite sind aber auch soziologisch-realistiche Theorien, die das Recht als ein System von Organisationen und Entscheidungsexperten definieren, problematisch, da sie menschliche Akteure als Basiselemente wählen. Der selbstreproduzierende Charakter des Rechts als eines sozialen Prozesses wird überhaupt erst dann einsehbar, wenn man Kommunikationen als Elemente des Rechtes wählt. Recht als autopoiетisches Sozialsystem besteht aus Kommunikationen und nicht aus Regeln oder Rechtsentscheidern. Diese Kommunikationen sind definiert als die Synthese dreier Sinnselektionen: Äußerung, Information und Verstehen.

Entsprechend sind auch die rechtlichen Kommunikationen die Erkenntnisinstrumente, mit denen das Recht als sozialer Diskurs in der Lage ist, die Welt zu "erkennen". Rechtskommunikationen können nicht in die reale Außenwelt hinausgreifen, weder in die Natur noch in die Gesellschaft. Sie können nur über Natur und Gesellschaft kommunizieren. Jegliche metaphorische Ausdrucksweise über ihren Zugang zur Außenwelt ist unangebracht. Sie nehmen auch keine Informationen von der Außenwelt auf, die sie entsprechend den Bedürfnissen des Rechtsprozesses filtern und transformieren würden. Es gibt keine "Instruktion" des Rechts durch die Außenwelt; es gibt nur die "Konstruktion" einer Außenwelt durch das Recht. Das soll aber auch nicht heißen, daß das Recht willkürlich eine soziale Realität "erfindet". Eine konstruktivistische Perspektive sollte nicht mit einem methodologischen Solipsismus verwechselt werden (Fodor 1980); Konstruktivismus sucht eher einen Mittelweg zwischen Repräsentationalismus und Solipsismus (Varela 1984d: 217). Ein Rechtskonstruktivismus setzt also die "Existenz" einer Umwelt für das Recht voraus. Der springende Punkt ist nicht eine monadische Isolierung des Rechtes, sondern die autonome Konstruktion von Rechtsmodellen der Wirklichkeit, die unter dem Eindruck von Umweltstörungen aufgebaut werden. Legal order from social noise!

Was aber ist mit den Weltkonstruktionen der Juristen und Laien? Ist nicht die Aggregation solcher individueller Weltkonstruktionen mit der kollektiven Weltkonstruktion des Rechtes identisch? (vgl. die akteursbezogenen Einwände gegen

ein autopoietisches Recht bei Febbrajo 1985: 134 ff.; Kerchove/Ost 1988: 157 ff.; Ost 1988: 87 ff.) In der Tat benötigt der kommunikative Prozeß des Rechtes Juristen und Laien; er würde nicht ohne ihre Absichten, Strategien und Handlungen funktionieren können. Aber deren ("subjektiven", internen, psychischen) Intentionen können niemals die ("objektive", externe, soziale) Kommunikation des Rechtes erreichen. Sie sind und bleiben psychische Prozesse, die die sozialen Prozesse des Rechtes synchron "begleiten" und die mit ihnen koevoluiieren. Recht als kommunikativer Prozeß ist solchen begleitenden psychischen Prozessen von Juristen und Laien nicht zugänglich, und umgekehrt hat es auch keinen Zugang zu ihnen. Psychische Prozesse funktionieren nur als "Perturbationen", als "chocks exogènes" (Kerchove/Ost 1988: 159), unter deren Eindruck die kommunikativen Rechtsprozesse eine eigene autonome Ordnung aufbauen und die Welt des Rechtssinnes produzieren (vgl. Teubner 1989b: 102 ff. und allgemein Förster 1985b).

Aber, so wird man einwenden, geht das Recht als sozialer Prozeß nicht ständig mit Menschen unmittelbar um? Wird der Rechtsprozeß nicht vorangetrieben von realen Motiven, Strategien und Handlungen der Klienten, der Experten, der Richter und der Gesetzgeber? Hat das Recht nicht ständig ganz unmittelbaren Zugang zu psychischen Zuständen wirklicher Menschen, zu ihren Absichten, Zielen, Konsensen, Dissensen, Irrtümern, Fahrlässigkeiten? In der Tat, dies ist alles richtig. Aber die "Personen", zu denen die Kommunikation des Rechts direkten Zugang hat, sind keine wirklichen Menschen aus Fleisch und Blut, sind nicht Menschen mit Gehirn und Geist, sind nicht die oben erwähnten autopoietischen psychischen Systeme, sondern bloße Konstrukte, semantische Artefakte, die der Rechtsdiskurs selbst produziert hat. Die erwähnten Geisteszustände sind "in reality (sic!) constructs of practical discourses, necessary for the formation of communicative circles, of discursive communities" (Pizzorno 1989: 9).

Als Sozialkonstrukte sind sie unverzichtbar für die Rechtskommunikation, denn Recht als sozialer Prozeß muß Kommunikationen auf Akteure zurechnen (Individuen oder Kollektive), um seine Selbstreproduktion fortsetzen zu können. Aber diese Akteure sind nur Rollenbündel, Charaktermasken, interne Produkte der Rechtskommunikation (ausführlicher zu kollektiven Akteuren vgl. Teubner 1987a: 113 ff., 1987b: 65 ff). Die dicht bevölkerte Welt der Rechtspersonen, der Kläger und der Beklagten, der Richter und der Gesetzgeber, der Vertragsparteien und Gesellschaftsmitglieder, der Verbände und des Staates ist eine innere "Erfindung" des Rechtsprozesses. Nicht nur die verbandlich organisierte juristische Person, sondern auch die konkrete individuelle Rechtsperson ist nichts anderes als jenes berühmte "artificial being, invisible, intangible, existing only in contemplation".

tion of law", das Chief Justice Marshall im berühmten Fall Dartmouth College versus Woodward, 4 Wheaton 518, 627 (1819) neu entdeckt hat.

Entsprechend führen menschliche Akteure eine merkwürdige Doppelexistenz in der Welt der Autopoiese. In ihrer Sozio-Existenz sind sie nur blasse Konstrukte autopoietischer Sozialsysteme, darunter des Rechts; in ihrer Psycho-Existenz sind sie selbst vibrierende autopoietische Systeme. Deshalb ist es schlicht falsch zu argumentieren, wie es immer wieder geschieht, daß die Autopoiese die Gesellschaft dehumanisiere (Grünberger 1987), daß sie keinen Platz für Akteure, Intentionen, Strategien habe (Schimank 1985: 421; Mayntz 1986; Ost 1988: 87 ff.; Rottlenthner 1988: 122), daß sie das Individuum nicht mehr als erkennendes Subjekt wahrnehmen könne (Podak 1984: 734; Frankenberg 1987: 296). All dies sind Mißverständnisse. Es geht überhaupt nicht um das Absterben des Individuums, sondern es geht um die Vervielfältigung der Kognitionszentren. Soziale Diskurse sind die neuen epistemischen Subjekte, die mit dem Bewußtsein der Individuen in Konkurrenz treten. Wohl aber nimmt die Theorie der Autopoiese teil an der Bewegung der Dezentrierung des Subjektes, insofern sie auf der epistemischen Autonomie einer Vielzahl von sozialen Diskursen besteht und entsprechend das menschliche Subjekt aus seiner privilegierten Position als dem einzigen und letzten Kognitionszentrum entfernt. Um es zu wiederholen: Wenn wir über menschliche Akteure im Recht sprechen, müssen wir sorgfältig unterscheiden zwischen der autopoietischen Reproduktion des menschlichen Bewußtseins, d.h. der operativen Realität psychischer Prozesse, und der autopoietischen Reproduktion des sozialen Lebens des Rechts, in dem menschliche Akteure nicht Elemente sind, sondern soziale Realitätskonstrukte.

VII. Die epistemische Falle

Während eine Diskursanalyse Foucaultschen Typs die moderne Gesellschaft im Griff einer hegemonialen Episteme sieht (Foucault 1981: Kap. 2, 1974: Kap. 9) und das Recht sowie andere Disziplinen nur als eine besondere Ausprägung des herrschenden Macht/Wissens-Komplexes wahrnimmt (Foucault 1976: Kap. 4), charakterisiert die Theorie der Autopoiese die moderne Gesellschaft als fragmentiert in eine Vielheit von autonomen Epistemen (Luhmann 1986b, 1988a: 335 ff.). Der Rechtsdiskurs der Moderne steht in einem unversöhnlichen Konflikt zwischen epistemischer Autonomie und Heteronomie (zu zwei Typen kognitiver Konflikte zwischen Sozialsystemen vgl. Teubner, 1989b: 96 ff., 123 ff.). Die Dynamik sozialer Differenzierung zwingt den Rechtsdiskurs einerseits dazu, autonome Wirk-

lichkeitskonstruktionen zu produzieren, und andererseits macht dieselbe Dynamik das Recht von einer Vielheit von konkurrierenden autonomen Epistemen abhängig.

Epistemische Autonomie des Rechts ist die Konsequenz gesellschaftlicher Differenzierungsprozesse, welche das Recht in die Autopoiese zweiter Ordnung treiben (ausführlich Deggau 1988: 128; Heller 1988: 283; Ladeur 1988: 242; Teubner 1987a: 106 ff, 1989b: 36 ff.). In der Dynamik gesellschaftlicher Evolution vervielfältigen sich selbstreferentielle Beziehungen innerhalb des Rechtsprozesses und kulminieren in einer hyperzyklischen Verknüpfung der Komponenten des Rechts. Das Recht wird von allgemeingesellschaftlicher Kommunikation unabhängig. Es evolviert in ein geschlossenes kommunikatives Netzwerk, das nicht nur Rechtsakte als seine Elemente und Rechtsregeln als seine Strukturen produziert, sondern auch rechtliche Konstruktionen der Wirklichkeit. Die Autonomie des modernen Rechts betrifft in erster Linie seine normativen Operationen, die von moralischer und politischer Normativität unabhängig werden (vgl. Mengoni 1988: 15). In zweiter Linie jedoch betrifft die Autonomie auch kognitive Operationen, die unter dem Druck normativer Operationen idiosynkratische Weltbilder konstruieren müssen und diese von den Weltkonstruktionen des Alltagslebens und von denen des Wissenschaftsdiskurses immer schärfer abtrennen (ausführlicher zu den "facts of law" vgl. Nerhot 1988).

Genau dies ist gemeint, wenn etwa Baudrillard (1982: Kapitel II) von "Hyperrealität" als einer Bewegung von realitätsabhängigen Theorien zu theorieabhängigen Realitäten spricht. In autopoietischer Formulierung würde man diesen Prozeß beschreiben als die Autonomisierung spezialisierter Diskurse, wodurch Realitätskonstruktionen der diffusen gesellschaftlichen Kommunikation zunehmend von Realitätskonstruktionen der spezialisierten Diskurse ersetzt werden. Der Rechtsdiskurs erfindet eine juridische Hyperrealität, die den Kontakt mit den Wirklichkeiten des Alltagslebens verloren hat und die zur gleichen Zeit dem Alltagsleben neue Wirklichkeiten oktroyiert. Für Bourdieu ist dies eine "efficacité quasi magique", die das Recht in seinen Praktiken der Weltproduktion offenbart (Bourdieu 1986: 13). Grzegorczyk (1989: 21) spricht von einer "herméneutique officielle du monde", mit der das Recht die soziale Welt organisiert. Und die berühmten "institutional facts" (McCormick 1974) wie die juristische Person, der Vertrag und das Testament sind nur die Spitze eines Eisberges von juristischen Weltkonstruktionen, der in einem Ozean von "brute facts" diffuser sozialer Kommunikation driftet. Der Rechtsdiskurs modifiziert zunehmend die Bedeutung von alltäglichen Weltkonstruktionen und ersetzt sie im Falle eines Konfliktes durch eigenständige Konstruktionen.

In konstruktivistischer Sicht gibt es keine Möglichkeit, die epistemische Autorität des Rechtes in Frage zu stellen, weder durch die sozialen Realitäten selbst noch durch Alltagswissen noch durch wissenschaftlich kontrollierte Beobachtungen. In einer solchen Perspektive wird verständlich, warum Recht ein "essentially self-validating discourse" ist, der sich als "largely impervious to serious challenge from other knowledge fields" erweist (Cotterrell 1986: 15). Es ist schlicht naiv, die soziale Realität selbst gegen die Rechtsbegrifflichkeit auszuspielen, gegen den "juristischen Begriffshimmel" (Jhering 1984: 245) oder gegen den "transcendental nonsense" des Rechts (Cohen 1935: 809). Wenn es keinen direkten kognitiven Zugang zur Wirklichkeit gibt, dann muß man sich mit der Konkurrenz verschiedener Diskurse zufriedengeben, die unterschiedliche Realitätskonstruktionen liefern. Und alles was Jhering und Cohen demgegenüber zu bieten haben, ist nur ein anderer transcendental nonsense in einem anderen Begriffshimmel. Es besteht keinerlei Grund anzunehmen, daß das Freirecht, die soziologische Jurisprudenz oder der Rechtsrealismus das Recht "realistischer" gemacht haben. Sie haben die Rechtskonzepte nicht näher an die soziale Realität "out there" herangetragen, sondern nur eine Begriffsjurisprudenz durch eine andere Begriffsjurisprudenz ersetzt. "Soziale Interessen", die Atome einer realistischen Jurisprudenz, sind ebensosehr unwirkliche Fiktionen, künstliche semantische Produkte, wie es die Rechtssubjekte, die Atome der klassischen Jurisprudenz, waren.

"Law and society" und "law and economics" sind um nichts besser, wenn sie glauben, die Autorität kontrollierter wissenschaftlicher Beobachtung gegen die "juristischen Mystifikationen" der sozialen Welt ausspielen zu können (für die Soziologie besonders akzentuiert Aubert 1980: 117 ff., 1983: 98 ff.; Rottleuthner 1980: 137 ff.; für die Wirtschaftswissenschaften Adams 1985; Posner 1987). Wenn der erkenntnistheoretische Konstruktivismus eine Wirkung hat, dann diskreditiert er die Ansprüche der modernen Wissenschaften, einen privilegierten Zugang zur Wirklichkeit zu besitzen (Bloor 1976; Barnes 1974). Auch die Wissenschaft entdeckt nicht externe Fakten; sie produziert nur Fakten. "Science is in a literal sense constructive of new facts" formulieren Arbib/Hesse (1986: 10), die es wissen müssen. Ein radikaler Konstruktivismus besteht darauf, daß Wissenschaft nur eine unter vielen Weltkonstruktionen produziert, deren Gültigkeit nur auf ihren eigenen Unterscheidungen beruht und nicht auf deren Überprüfung an der Welt als solcher. Deswegen kann Wissenschaft nicht die Autorität beanspruchen, den einzigen und richtigen Zugang zur wirklichen Welt zu besitzen und dies anderen mitzuteilen (Luhmann 1988c: 2, 9). Wenn wir konstruktivistischen Rekonstruktionen des wissenschaftlichen Prozesses trauen dürfen, dann ist das berühmte kontrollierte Experiment nicht, was es zu sein vorgibt, nämlich ein Test einer internen Theorie

durch die externe Realität, sondern ein rein interner Kohärenztest, der zwei Konstrukte miteinander vergleicht, die nach unterschiedlichen prozeduralen Anforderungen produziert worden sind: der Logik des theoretischen Argumentierens und der Logik des Labors (dazu aufschlußreich Krohn/Küppers 1989: 46 ff.).

Ein Beispiel: Eine sozialwissenschaftliche Theorie zur Beziehung zwischen Organisation und kollektiver Handlung ist in keiner Weise einer rechtsdogmatischen Aussage zur Beziehung zwischen dem Unternehmen und juristischer Person an Wirklichkeitsnähe überlegen. Es handelt sich um gleichberechtigte diskursive Artefakte, deren Konstruktion nicht willkürlich, sondern von spezifischen Codes und Programmen rational angeleitet ist. Entsprechend sind empirisch ermittelte Tatsachen über Dysfunktionen der Organisation, also hard facts, die aus einer wissenschaftlich kontrollierten Untersuchung stammen, in keiner Weise "wahrer" als Rechtstatsachen über die Verletzung von gesellschaftsrechtlichen Pflichten, die unter der Führung rechtlicher Beweisregeln produziert worden sind. In beiden Fällen führen rationale Verfahren und Konventionen der Tatsachenermittlung zu empirischen Aussagen über die Realität der Organisation. Sie dienen als "harter" Beweis, als Bestätigung oder Widerlegung "weicher" Gültigkeitsbehauptungen, die auf theoretische Spekulation oder auf Rechtsargumentation gestützt sind. Und wenn diese empirischen Fakten miteinander kollidieren - was durchaus nicht selten vorkommt -, dann gibt es keine Überlegenheit der Wissenschaftskonstrukte über die Rechtskonstrukte, wie es Rechtssoziologen der frühen siebziger Jahre gerne gehabt hätten (Opp 1973: passim; Rottleuthner 1973: 192f.). Epistemische Autorität wird vom Wissenschaftsdiskurs und vom Rechtsdiskurs beansprucht - und von beiden zu Recht! Denn was ein naiver Realismus als die Beobachtung von Tatsachen bezeichnet, ist in beiden Fällen die Produktion von Artefakten, deren "Wahrheit" nur durch formalisierte Verfahren der Tatsachenermittlung garantiert wird, Verfahren, die im Recht deutlich verschieden sind von denen in der Wissenschaft. Diese Verfahren wiederum sind Konventionen, die bestimmte geschichtliche Erfahrungen in den jeweiligen Diskursen widerspiegeln⁵.

Die epistemische Autorität des Rechtsdiskurses ist ein Fakt der modernen Gesellschaft (Bankowski 1981, 1989; Cohen 1981; Nelken 1990). Die moderne Gesellschaft hat Wege und Mittel gefunden, mit den unterschiedlichen Wahrheiten umzugehen: mit wissenschaftlicher Wahrheit, rechtlicher Wahrheit, politischer Wahrheit. "Res judicata" ist das klassische Beispiel eines institutionalisierten Konfliktes zwischen Rechtstatsachen und Wissenschaftstatsachen. Selbst wenn es mit Hilfe wissenschaftlicher Beweise bezeugt werden kann, daß eine faktische Aussage in einem Rechtsverfahren falsch war, werden, abgesehen von sehr eng definierten Ausnahmen der Wiederaufnahme, die Faktenaussage des Gerichtes, und, schlim-

mer noch, ihre rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Konsequenzen, nicht aufgehoben, sofern nur die Verfahrensanforderungen erfüllt und die Rechtsmittelinstanzen erschöpft sind. Offensichtlich kollidieren hier wissenschaftliche Fakten mit rechtlichen Fakten, aber wir haben uns daran gewöhnt, mit dieser Kollision zu leben, indem wir sie unter Berufung auf höhere Werte wie die Rechtssicherheit rationalisieren oder indem wir schlicht auf den Relativismus unserer kulturellen Provinzen Bezug nehmen.

Jedoch: ganz so einfach sind die Dinge auch wieder nicht. Windscheids berühmter "Jurist als solcher", den das Gesetz der sozialen Differenzierung eigentlich dazu berechtigt, sich nicht um ethische, politische oder wirtschaftliche Überlegungen zu kümmern (1904: 101), wird von dem gleichen Gesetz dazu gezwungen, diese Berechtigung wieder aufzugeben und in seinen autonomen Begründungsprozeß doch jene nichtrechtlichen Überlegungen wieder einzubeziehen. Dies möchte ich die "epistemische Falle" des modernen Rechts nennen. Recht wird dazu gezwungen, eine autonome Rechtswirklichkeit zu produzieren, und kann doch gleichzeitig sich nicht gegen damit konfigierende Wirklichkeiten immunisieren, die von anderen gesellschaftlichen Diskursen produziert werden.

Der tiefere Grund für diese Verwirrung ist "Interferenz", also die wechselseitige Diffusion von Recht und anderen sozialen Diskursen (vgl. etwa Mengoni 1988: 23). Interferenz ist eines der schwierigsten Probleme für die Theorie der Auto-poiese, wenn diese Theorie den Versuchungen des Solipsismus und Monadismus widerstehen will. Obwohl der Rechtsdiskurs in seiner Selbstreproduktion geschlossen ist und nichts als eigene Konstruktionen der Wirklichkeit produziert, bleibt er doch immer gesellschaftliche Kommunikation, benutzt allgemeine gesellschaftliche Wirklichkeitskonstruktionen und beeinflußt zugleich die allgemeine gesellschaftliche Kommunikation durch seine spezifischen Weltkonstruktionen. Jeder Rechtsakt ist zur gleichen Zeit - *uno actu* - ein Ereignis der allgemeinen gesellschaftlichen Kommunikation. Ein und dasselbe kommunikative Ereignis ist an zwei verschiedene soziale Diskurse angeschlossen, an den spezialisierten institutionalisierten Rechtsdiskurs und an die diffuse und allgemeine gesellschaftliche Kommunikation. Interferenz des Rechts mit anderen Sozialdiskursen bedeutet nicht, daß diese nun in einen multidimensionalen Superdiskurs aufgingen, und es bedeutet auch nicht, daß Information zwischen ihnen "ausgetauscht" würde. Vielmehr wird Information in jedem Diskurs neu konstituiert, und Interferenz fügt dem Ganzen nichts außer der Gleichzeitigkeit zweier kommunikativer Ereignisse hinzu (Details bei Teubner 1989b: 102 ff.). Entsprechend stehen juristische Konstrukte ständig in Konkurrenz zu den Konstrukten anderer Diskurse, besonders zu denen der Wissenschaft. Sie werden in der gesellschaftlichen Dauerkommunikation

tion einem Test der "sozialen Kohärenz" ausgesetzt, der die alte Fiktion eines Tests der Entsprechung mit der Außenrealität ersetzt.

In der Welt nichtrechtlicher Kommunikation werden Rechtskonstrukte unvermeidlich den epistemischen Wettkampf verlieren (anders vielleicht nur in der Diskussion moralischer Fragen). Denn hier hat Wissenschaft den Vorteil, daß sie sich auf Verfahren für rein kognitive Operationen spezialisiert hat, während demgegenüber das Recht kognitive Operationen nur nachrangig benutzt und entsprechend Kognitionsverfahren in einem unterschiedlichen institutionellen Kontext gestaltet hat. Aber wie sieht in der Welt der Rechtskommunikation die Konkurrenzlage aus, im Gerichtshof, im Anwaltsbüro und im Parlament? Hier beansprucht die Disziplin des Rechts, kognitive Operationen entsprechend den Ansprüchen des normativen Kontextes und der institutionellen Zwecke zu "versklaven". Die Beweisverfahren des Gerichtsprozesses und parlamentarischer Hearings wollen sich den Opp-Rottleuthnerschen Anforderungsprofilen so gar nicht fügen (und müssen dann mit dem Vorwurf ihrer "alltagstheoretischen" Rückständigkeit leben). Faktisch sind die "empirischen" Modelle der Rechtskommunikation im festen Griff von "strategischen" und "operativen" Modellen des Rechts (ausführlich zu den wechselseitigen Beschränkungen unterschiedlicher innerer Modelle des Rechts Teubner 1982: 96 ff.).

Jedoch - und jetzt wird's erst interessant! - produziert der institutionelle Kontext des Rechtsprozesses selbst einen inneren Widerspruch. Während er - wie gesagt - idiosynkratische Realitätskonstruktionen durch Rechtskommunikation erfordert, zwingt er gleichzeitig die Rechtskommunikation dazu, Wissenschaftskonstrukte innerhalb des Rechtsdiskurses zu rekonstruieren und auf diese Weise selbst im Herrschaftsbereich des "law's empire" juristische Konstrukte der "höheren" Autorität der Wissenschaft in kognitiven Fragen auszusetzen. Grund dafür ist der konfliktuelle Charakter von Rechtsverfahren. In der Rechtsanwendung ebenso wie in der Gesetzgebung wie in der Rechtsdogmatik zwingt dieser den Rechtsdiskurs dazu, im Prinzip jegliches neue Wissen, das außerhalb der Rechtswelt produziert worden ist, daraufhin zu überprüfen, ob es für das Recht "relevant" ist. Diese Relevanzprüfung (Relevanz für den Rechtscode und geltende Rechtsprogramme) ist ein rechtsinterner Prozeß der "Rekonstruktion" gesellschaftlichen Wissens. Ein Rechtsanwalt, der es versäumt, eine neuerfundene wissenschaftliche Beweismethode in den laufenden Prozeß einzuführen, um eine gerichtliche Tatsachenermittlung in Frage zu stellen, würde gegen sein eigenes Interesse handeln und seine Berufspflichten verletzen. Im Gesetzgebungsprozeß wird die politische Opposition sofort eine gesetzgeberische Maßnahme etwa im Gesundheitswesen angreifen, sobald ausreichende wissenschaftliche Beweise auftauchen, daß ein

vorausgesetzter Kausalzusammenhang zwischen einer Krankheit und bestimmten Faktoren nicht existiert. Und im Wissenschaftsprozeß erlangen Spezialisten für law and economics ihre höchsten Reputationsgewinne, wenn sie Gerichte über ihre naiven vorwissenschaftlichen Vorstellungen vom menschlichen Verhalten aufklären und erfolgreich wissenschaftlich bewiesene Alternativen anbieten.

Die epistemische Falle des modernen Rechtes stellt deshalb eine außerordentliche Herausforderung für Rechtsdogmatik, Rechtstheorie und Rechtssoziologie dar. Unaufhörlich produziert die Rechtsdogmatik durch den Mund der Richter und der Rechtsprofessoren positive Vorschläge, wie man der Falle entkommen kann. "Reflexiv" versucht die Rechtstheorie, die Fluchtwiege zu verbreitern, indem sie partikulare Lösungen verallgemeinert und nützliches Wissen von anderen Disziplinen "importiert". Und mit wissenschaftlichem Eifer studiert die positive Rechtssoziologie die Korrelationen zwischen solchen Rechtssemantiken und dem breiteren soziokulturellen Kontext, während es das stolze Privileg der kritischen Rechtstheorie ist, solche Versuche zu dekonstruieren, indem sie die Juristen gnadenlos darüber aufklärt, daß sie sich immer noch in der alten Falle befinden.

VIII. Fluchtwiege

Der Verzicht auf epistemische Souveränität, wenigstens ein Teilverzicht, wäre für den Rechtsdiskurs der einfachste Weg, diesen Schwierigkeiten zu entgehen. In der Tat scheint Luhmann, der die Autoritätskonflikte zwischen sozialen Epistemen wohl etwas unterschätzt, diesen Fluchtweg zu empfehlen, wenn er das Recht davon zu entlasten sucht, solche Alltagsmerkmale oder auch wissenschaftliche Konstrukte wie "Frau", "Zylinderkapazität", "Einwohner", "Thallium" aufs neue einer Prüfung zu unterziehen. "Sollten Fragen derart, ob Frauen etc. wirklich existieren, auftauchen, können sie beiseite geschoben oder der Philosophie zugewiesen werden" (Luhmann, 1988a: 340). Doch leider kann man sich auf eine solche säuberliche Trennung sozialer Sphären nicht verlassen. Mit einer solchen Vorstellung von Arbeitsteilung wäre zudem die Fähigkeit der Autopoiesetheorie, Überlagerungsverhältnissen gerecht zu werden, unterfordert. Und man müßte sich auf empirische Gegenbeweise gefaßt machen. Denn in der alltäglichen Entscheidungspraxis ist das Recht ständig gezwungen, autonom über kognitive Fragen zu entscheiden, die angeblich zum Zuständigkeitsbereich des Wissenschaftsdiskurses oder der Alltagskommunikation gehören (Nelken 1990). Wann immer die normative Operationsweise des Rechtes kognitive Aussagen über ganz bestimmte Angelegenheiten erfordert, kann zwar das Recht seine Operationen mit dem Alltagsverständnis oder

mit einem Hinweis auf wissenschaftliche Erkenntnis beginnen. Sobald aber diese kognitiven Aussagen im Rechtsprozeß umstritten werden - und dies ist regelmäßig für politisch oder rechtlich heiße Probleme der Fall -, kann das Recht diese Fragen nicht mehr beiseite schieben oder der Philosophie zuweisen. Dann muß der Rechtsprozeß - hic et nunc - Verfahrensweisen aufbieten, um solche Streitigkeiten zu lösen, und muß eine Entscheidung fällen, die solche Fragen rechtlich entscheidet, selbst wenn sie umstritten oder durch die Wissenschaft nicht entscheidbar sind.⁶

Das Beispiel des Umweltrechts, in dem politische und rechtliche Konflikte regelmäßig ein hohes Maß von wissenschaftlicher und technischer Expertise benötigen, zeigt, in welchem Ausmaß Rechtsentscheidungen auf eine spezifisch juristische Einschätzung wissenschaftlicher Kontroversen gestützt oder gar ohne jegliche Führung durch Wissenschaftsergebnisse gefällt werden müssen (vgl. Kitschelt 1984; Wolf 1986; Winter 1987).

Der andere Fluchtweg aus der epistemischen Falle des modernen Rechts ist die Integration von Recht und Sozialwissenschaften. Statt die Bereiche rechtlicher Erkenntnis von denen wissenschaftlicher Erkenntnis klar zu trennen, wird hier vom Rechtsdiskurs verlangt, soziales Wissen in seine Weltkonstruktionen zu inkorporieren und die Rechtsmodelle sozialer Wirklichkeit ständig zu revidieren, wenn es der aktuelle Erkenntnisstand in den Sozialwissenschaften erfordert. Seit der Erfindung der soziologischen Jurisprudenz durch Jhering, Gény und Pound bis zu den neuesten Variationen der "law and ..." -Bewegung war dies die größte intellektuelle Herausforderung des modernen Rechtsdenkens.

Was kann eine juristische Erkenntnistheorie von fast hundert Jahren des Experimentierens mit Recht und Sozialwissenschaften lernen? Obwohl sozialwissenschaftliches Denken in seiner Beeinflussung der Rechtspraxis auf erstaunliche Erfolge zurückschauen kann (vgl. etwa Cotterrell 1984: 253 ff.), so wurden doch die großen Erwartungen einer Aufklärung des Rechtes, die in den Aulen der Universität aufgebaut wurden, in den Gerichtssälen enttäuscht. Gewiß, Psychiatrie, Soziologie, policy analysis und ökonomische Analyse haben die Rechtswelt erfolgreich durchdrungen, aber das Ergebnis all dieser Bemühungen ist keineswegs eine höhere Isomorphie von Recht und sozialer Wirklichkeit, die zugleich eine höhere Rationalität der Rechtspolitik verbürgte. Vielmehr endete die sozialwissenschaftliche Aufklärung des Rechtes in nicht-antizipierten Folgen - der Produktion von hybriden Artefakten mit zweifelhaftem epistemischem Status und unbekannten sozialen Konsequenzen (ein besonders düsteres Szenario findet sich bei Kreißl 1989: 432 ff.; vorsichtig optimistisch Lucke 1988a, 1988b; Limbach 1988).

"Interessenabwägung" zum Beispiel ist ein erstaunlicher Erfolg der soziologischen Jurisprudenz, die formalistische, begriffliche Rechtsargumentation abzulösen (als anspruchsvolle Analyse vgl. Ladeur 1984: 11 ff., 57 ff.). Heute beherrscht die Interessenabwägung faktisch die Entscheidungspraxis der Gerichte: Die Richter analysieren Rechtskonflikte daraufhin, welche sozialen Interessen ihnen zugrunde liegen, und wägen die Interessen gegeneinander ab auf der Grundlage von Maßstäben, die sie von gesetzgeberischen Wertungen in vergleichbaren Zusammenhängen beziehen. Aber was ist soziologisch an dieser soziologischen Jurisprudenz? Kein ernstzunehmender Soziologe würde es wagen, Juristen in ihren Versuchen zu folgen, mit denen sie das, was sie soziale Interessen nennen, definieren, operationalisieren und empirisch identifizieren (z.B. Gläubigerinteressen, Schuldnerinteressen, das Unternehmensinteresse, das Verbandsinteresse oder gar öffentliche Interessen). Ganz zu schweigen von den juristischen Methoden, solche Interessen gegeneinander abzuwägen. Dagegen spricht schlicht die Vielzahl von expliziten und impliziten, der Rechtsdogmatik entnommenen normativen Annahmen, die in eine rechtliche Interessenabwägung eingehen. De facto ist die Interessenjurisprudenz die neue Begriffsjurisprudenz, die ursprünglich von den Sozialwissenschaften subventioniert wurde, inzwischen aber ihre eigene Autonomie gewonnen hat. Es mag sein, daß eine solche Interessenanalyse Elemente einer neuen Rechtsrationalität enthält (Flexibilität, Offenheit und Lernfähigkeit, vgl. Ladeur 1984d: 216 ff.), aber dafür zeichnen institutionelle Experimente verantwortlich und nicht die Importe soziologischen Wissens.

Ähnliche Dinge kann man über "policy analysis" erzählen. In der Sache handelt es sich um eine Entscheidungsmethode, die sich vom instrumentellen Einsatz sozialwissenschaftlichen Wissens inspirieren läßt (vgl. etwa Albert 1986: 34 ff.). Die Anweisung lautet: Formuliere die Ziele, die im Politikprozeß festgelegt worden sind, identifizierte die faktischen Ausgangsbedingungen der regulatorischen Situation, wähle zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten je nach nomologischem Wissen über Ziel/Mittel-Beziehungen, berücksichtige Nebeneffekte und, wenn möglich, lerne von der Praxis über nicht antizipierte Konsequenzen und perverse Effekte! Aber was hat die Rechtspraxis aus einer solchen "rationalen Jurisprudenz" gemacht? Die Juristen haben ihre scholastischen Methoden der dogmatischen Argumentation einfach auf eine andere Ebene verlagert - von der Ebene der Rechtsnormen und Rechtsbegriffe auf die Ebene der "policies" und politischen Zwecke. Eine durchsichtige sozialwissenschaftlich kontrollierte Zweck/Mittel-Argumentation verkam zur obskuren Hermeneutik der teleologischen Rechtsinterpretation. Folgenkontrolle im Recht wurde zur Karikatur einer empirisch informierten Kausalanalyse (vgl. zu dieser Debatte Luhmann 1974;

Rottleuthner 1979; Lübbe-Wolff 1981). Was als relevante Folge einer dogmatisch hergeleiteten Rechtsregel oder Rechtsentscheidung zählt, wird in zirkulärer Weise von der Rechtsdogmatik selbst definiert. Rechtsdogmatik, die ursprünglich durch ihre sozialen Konsequenzen kontrolliert werden sollte, kontrolliert nun selbst ihre sozialen Konsequenzen. Zudem scheint es, daß die rationale Kalkulierung wahrscheinlicher Konsequenzen von Rechtsentscheidungen in der Praxis zur Projektion richterlicher Alltagstheorien verkommt. Und schließlich wird Folgenkontrolle nur auf der Ebene von Rechtsregeln und nicht auf der Ebene von individuellen Entscheidungen ernstgenommen, die in der Praxis nicht abgeändert oder zurückgenommen werden, wenn das Folgenkalkül sich als falsch herausstellt. Auch hier wieder trifft man nicht auf Sozialwissenschaften im Recht, sondern auf eine neue Art von Rechtsdogmatik, die die almodischen Rechte und Pflichten durch "policies" als die neuen Rechtskonstrukte ersetzt hat.

Man könnte mit dem Elend der Psychiatrie fortfahren. Ist es denn vom Standpunkt einer positivistischen Wissenschaft vorstellbar, daß ein Psychiatrie-Experte Aussagen macht zur Unterscheidung von Kausalität und Schuld (vgl. etwa Prins 1980: Kap. 2)? Obwohl vom Wissenschaftsstandpunkt aus jeglicher Begriff individueller Schuld nichts als ein "trans-scientific issue" darstellt (Weinberg 1972; Majone 1979, 1989: 3 ff.), geben forensische Psychiater routinemäßig solche Meinungen ab, weil sie es den Juristen erlauben, Grundbegriffe ihrer Disziplin zu "versklaven".

Die jüngsten Schlachten im Krieg der Episteme werden auf dem Felde der ökonomischen Analyse des Rechts geschlagen. Es ist durchaus eine noch offene Frage, ob der ökonomische Imperialismus sich - wie es Judge Posner (1987: 772) gerne hätte - letztlich durchsetzt oder ob es der Rechtsdogmatik ihrerseits gelingt, ökonomisches Denken zu kolonisieren. Besonders in den Händen ökonomisierender Juristen verwandeln sich analytische ökonomische Begriffe in normative juristische Konstrukte, die dann als Ecksteine für neue dogmatische Lehrgebäude dienen. Schaut man sich zum Beispiel neuere ökonomische und juristische Literatur zur Unternehmung als Vertragsnexus an (z. B. Alchian/Demsetz 1972; Fama/Jensen 1983; Clark 1985; Schanze 1986, 1987; Roos 1988), so fragt man sich, was eigentlich von den achtenswerten methodologischen Prinzipien der Ökonomie, wie sie etwa Williamson (1987) formuliert hat, übriggeblieben ist: theoretische Offenheit, Bereitschaft, von anderen Erfahrungsfeldern zu lernen, empirische Falsifizierbarkeit. Der von Judge Easterbrook verfaßte Schlüsselaufsatzt "Corporations as Contracts" (1988) jedenfalls ist eher ein Prototyp ideologischer Orthodoxie, dogmatischer Rigidität und begrifflicher Immunisierung gegen widersprechende Erfahrung.

Um Mißverständnisse zu vermeiden: solche polemischen Bemerkungen sollen nicht die Reinheit der wissenschaftlichen Begriffsbildung gegen ihren strategischen Mißbrauch durch Juristen verteidigen. Ganz im Gegenteil, sie sollen zeigen, daß sozialwissenschaftliche Konstrukte bei ihrer Inkorporierung in das Recht nicht etwa bloß transformiert oder gar pervertiert werden, sondern daß das Recht sie neu konstituiert.⁷ Sie werden nicht mit dem Garantiezeichen "Made in Science" in das Recht importiert, sondern im geschlossenen operationalen Netzwerk von Rechtskommunikationen rekonstruiert, was ihnen eine völlig neue Bedeutung gegenüber der ursprünglichen sozialwissenschaftlichen Bedeutung gibt. Auch die "revidierte Verwendungsforschung", die sich gegenüber der älteren "naiven" Verwendungsforschung dadurch unterscheidet, daß sie nicht nur von einer Verwendung sozialwissenschaftlichen Wissens in der Rechtspraxis spricht, sondern von seiner "Verwandlung", denkt hier trotz aller Fortschritte noch nicht radikal genug (Beck/Bonß 1989: 20 ff.; Ronge 1989: 332 ff.; Lucke 1988b: 126 ff.). Sie operiert immer noch mit Konzepten der "Transformation", "Verwandlung", "Kontextuierung", "Trivialisierung", ohne den Schritt zur Neukonstruktion kraft Interferenz wirklich zu vollziehen. Die Formel vom "Verschwinden" ist da immer noch die beste ... Auch dürfte es nicht ausreichend sein, dies als eine Frage des gleichen Gegenstandes, der nur je nach unterschiedlichen disziplinären Interessen und Methoden von verschiedenen Blickwinkeln betrachtet wird, anzusehen (so aber Aubert 1980: 117 ff., 1983: 98 ff.; Rottleuthner, 1980: 137 ff.), denn dies würde eine zugrunde liegende Realität voraussetzen, welche die unterschiedlichen Aspekte, die in unterschiedlichen Disziplinen betont werden, vereinheitlichen könnte und über Konflikte unterschiedlicher Beschreibungen entscheiden könnte. Vielmehr muß man die Unterschiede in den Realitäten selbst finden, die von unterschiedlichen Diskursen produziert werden. Diese Realitäten lassen sich weder vereinheitlichen noch versöhnen.

Deshalb ist die Inkorporierung sozialwissenschaftlichen Wissens letztlich kein wirklicher Ausweg aus der epistemischen Falle des modernen Rechtes. Sie löst nicht den Konflikt zwischen rechtlichen und wissenschaftlichen Wirklichkeiten, sondern schafft eine neue Wirklichkeit, die ihrerseits weder eine rein juristische noch eine rein wissenschaftliche Konstruktion darstellt. Die Konstrukte der soziologischen Jurisprudenz, der Rechtsökonomie, der Rechtspolitologie und ähnlicher Zwischendisziplinen sind hybride Kreaturen, die der Rechtsprozeß mit von den Sozialwissenschaften geborgter Autorität produziert. Epistemische Kompetenz und Verantwortlichkeit liegen nicht mehr bei den Sozialwissenschaften, sondern beim Recht. Und über ihre "Wahrheit", über ihre Sozialadäquanz, über ihre Vierbarkeit entscheidet nicht mehr der Wissenschaftsdiskurs, sondern die Praxis des

Rechtsdiskurses. Beispielsweise haben bestimmte deterministische Modelle der Psychologie keine Chance, als gültige Konstrukte in die juristische Welt, die auf Annahmen individueller Schuld und Verantwortlichkeit gebaut ist, einzugehen. Oder um ein anderes Feld zu nehmen: Es wird sich der relative Erfolg der ökonomischen Analyse des Rechtes im Vergleich zu soziologischer Jurisprudenz nicht mit seinen intrinsischen wissenschaftlichen Werten erklären lassen, sondern eher mit seiner strukturellen Affinität zu traditioneller Rechtsdogmatik (Nelken 1990). Wenn die Gerichte Fragen der Fahrlässigkeit oder anderer generalklauselartiger Normen im Rekurs auf "soziale Normen" lösen, so bedarf es aufwendiger empirischer Forschung, während die ökonomische Begrifflichkeit der Transaktionskostenanalyse am grünen Tisch entfaltet werden kann... An der höheren Überzeugungskraft des Effizienzkriteriums gegenüber sozialen Normen wird es kaum liegen, denn "soziale Normen" lassen sich mit Hayek (1973) ebenso plausibel als effizientes Resultat eines kollektiven Lernprozesses normativ legitimieren. Im Gegenteil: Einer ökonomischen Betrachtung müßten im Markt langfristig herausvolvierte Verhaltensmuster sehr viel effizienter erscheinen als die kurzatmigen Bemühungen der Richter, ad hoc effiziente Verhaltensmuster zu simulieren.

IX. Prozeduralisierung des Wissens?

Freilich wäre es falsch, die Inkorporierung sozialen Wissens im Recht als irrational anzusehen. Angesichts der immanenten Spannungen zwischen juristischer und wissenschaftlicher Wirklichkeit und angesichts der Autorität moderner Wissenschaften ist es im Gegenteil recht rational, wenn das Recht seine Realitätskonstrukte mit den neuesten Entwicklungen in den Wissenschaften wenigstens kompatibel zu halten sucht. In dieser Hinsicht hat Recht Ähnlichkeit mit Religion (zu einer konstruktivistischen Analyse des Konfliktes zwischen Wissenschaft und Religion vgl. Arbib/Hesse 1986: 16 ff., 197 ff.). Denn es ist für juristisches Dogma und theologisches Dogma gleichermaßen empfehlenswert, die Welt des Glaubens mit der Welt wissenschaftlicher Wahrheit einigermaßen abzustimmen. Und schließlich gibt es Argumente für die Integration von Recht und Sozialwissenschaften, die über das bloße Kompatibilisieren widersprüchlicher Weltkonstruktionen hinausweisen. Zugegebenermaßen haben die verschiedenen "law and..."-Bewegungen durchaus positive Effekte für die Entscheidungsqualität des modernen Rechts in bezug auf justice and utility. Denn die jeweils neuesten Forschungsergebnisse der Sozialwissenschaften stellen eine Dauerherausforderung für das Recht dar, die als "variety pool" für rechtliche Innovationen dienen kann. Sie stellen eine außeror-

dentlich reiche Quelle für die ständigen Mikrovariationen der juristischen Welten dar, vergleichbar nur dem Reichtum der Streitanklässe, die Rechtskonflikte erzeugen. Jedoch ist das weitere Schicksal solcher Mikrovariationen nicht mehr in den Händen der Sozialwissenschaften, sobald sie die Rechtsszene betreten haben. Selektion und Retention solcher Variationen sind einzig und allein in den Händen der Rechtsevolution.

Heute mehren sich die Anzeichen, daß eine solche rechtsinterne Rekonstruktion wissenschaftlichen Wissens, wenn sie zu weit getrieben wird, zum riskanten Unterfangen wird. Im Umweltrecht etwa spürt Gerd Winter (1987) eine wachsende "Angst des Richters" vor technischer Risikoabschätzung und anderen Formen der Inkorporierung wissenschaftlichen Wissens, die sich schließlich in der Tendenz ausdrückt, den Bereich rechtlich überprüfbarer Tatsachenfragen zu reduzieren. Dies ähnelt sehr der Rückkehr zu dem ersten oben erwähnten Fluchtweg aus der epistemischen Falle. Stehen wir hier vor einem erneuten Ausschlag in die Gegenrichtung im Prozeß des ständigen Oszillierens zwischen epistemischer Autonomie und Heteronomie? Jedenfalls gibt es derzeit auch andere Versuche, mit dieser Situation fertig zu werden, Experimente mit einem dritten Weg zwischen den beiden schon ausgetrampelten Fluchtwegen. Diese vielversprechenden Versuche können in der folgenden Formel zusammengefaßt werden: In der Tat kann das Recht nicht die volle epistemische Autorität und Verantwortung für alle involvierten Wirklichkeitskonstruktionen übernehmen; gleichzeitig kann es jedoch nicht epistemische Autorität total an andere soziale Diskurse delegieren. Vielmehr ist es "the law's job", Bedingungen für die Inkorporierung sozialen Wissens in den Rechtsprozeß festzulegen, indem es bestimmte prozedurale und methodologische Mindeststandards der gesellschaftlichen Wissensproduktion formuliert.

Am dramatischsten hat sich diese Tendenz im Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts gezeigt (BVerfGE 50, 290). Seit längerem schon hatten Verfassungsrechtler die Verfassungsmäßigkeit von Mitbestimmungsrechten auf der Basis ihrer ökonomischen Effekte beurteilt - auf der Basis der Unternehmenseffizienz, der Funktionsfähigkeit der westdeutschen Wirtschaft und ihrer Position im internationalen Wettbewerb. In diesem Sinne hatten die involvierten kollektiven Akteure, also Großunternehmen, Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften, Regierung und Parlament, in ihren Schriftsätze und anderen Stellungnahmen detaillierte Szenarios über die sozio-ökonomischen Konsequenzen der Mitbestimmung ausgemalt, entweder mit katastrophischen oder mit segensreichen Konsequenzen für die bundesdeutsche Wirtschaft und Gesellschaft, je nach ihrer Position (vgl. Badura u.a. 1977: 137 ff., 246 ff.; Kübler u.a. 1978: 35 ff., 99 ff., 145 ff., 197 ff.). Beide Seiten hatten zudem ökonomische und soziologische Experten mobilisiert,

um ihre Szenarien wissenschaftlich zu untermauern. Das Bundesverfassungsgericht jedoch weigerte sich, eine inhaltliche Position in bezug auf diese Szenarien zu übernehmen und entschied sich für eine prozedurale Lösung. Statt Wirklichkeitskonstruktionen zu bestätigen oder zurückzuweisen, unternahm das Gericht eine Art Risikoallokation: Es teilte die Risiken der Information und die Risiken der Voraussage unter den involvierten Kollektivakteuren auf, das Gericht selbst eingeschlossen, und erfand eine neue Rechtspflicht für den Gesetzgeber, nämlich, seine Entscheidung dann zu überprüfen, wenn sich die Voraussagen, auf denen sie basierte, sich als falsch herausstellen sollten (für eine gründliche Analyse solcher Prozeduralisierung institutioneller Erkenntnis bei Wiethölter 1985, 1986, 1989; Frey 1989: 103 ff.; vgl. auch Majone 1979, 1989; Bankowski 1989).

Sozialstrukturelle Wandlungen kommen solchen Tendenzen im Recht entgegen. Seit Jahren lässt sich ein Prozeß der Verwissenschaftlichung institutioneller Entscheidungen und öffentlicher Diskurse beobachten, ein Prozeß, in dem kollektive Akteure eigene Forschungskapazitäten aufbauen, um politisch verwendbares Wissen zu produzieren (vgl. Beck/Bonß 1989: 31 f.; Ronge 1989: 338 ff.). Allein in der Bundesrepublik gibt es heute "Hunderte von leistungsfähigen Instituten für Informationssammlung und Datenanalyse - nämlich die Forschungs- und Planungsabteilungen bei den nationalen und transnationalen technischen Großfirmen und den Großbanken, bei Unternehmerverbänden und Gewerkschaften, Parteien und öffentlichen Stiftungen, bei den Bundes- und Länderministerien, den europäischen und sonstigen internationalen Behörden, bei den großen Zeitungen und Massenmedien, bei der Stadt- und Regionalplanung, bei nationalen und internationalen Clubs und Weltanschauungsgemeinschaften unterschiedlichster Art, bei privaten und halb-öffentlichen Planungsorganisationen und Dokumentationszentren" (Bühl, 1989: 527). Auf solch einer pluralen Wissensproduktion gesellschaftlicher Institutionen können die Prozeduralisierungstendenzen der Gerichte aufbauen. In einigen neueren Entscheidungen hat das Gericht diese Tendenzen weiter ausgebaut: von einer inhaltlichen Wirklichkeitskonstruktion auf eine rechtliche Festlegung von Erkenntnisprozeduren umzustellen; die epistemische Autorität auf verschiedene kollektive Akteure zu delegieren, also auf Regierungsinstanzen, Privatunternehmen, Gewerkschaften, Forschungsinstitutionen, Interessenverbände, Parlament und Gerichte, sich zugleich aber eine Letztkorrektur vorzubehalten; eine Allokation der Risiken in bezug auf Information und Voraussage vorzunehmen; Verfahren und Methoden der Erkenntnisgewinnung vorzuschreiben; zu entscheiden, welche Kollektivakteure die "Beweislast" für Wirklichkeitskonstruktion tragen müssen; und schließlich Folgeverantwortlichkeiten für Informations- und Voraussage-

fehler zu formulieren (vgl. zum Umweltrecht BVerfGE 49, 89; zum Gesellschaftsrecht BVerfGE 72, 155; zum Eigentum BVerfGE 74, 264).

Bis zu einem gewissen Grade würde eine konstruktivistische Perspektive solche Versuche stützen, den Konflikt zwischen epistemischer Autonomie und Heteronomie im modernen Recht zu "prozeduralisieren". In der Tat, wenn Korrespondenztheorien der Wahrheit durch Konsenstheorien und Kohärenztheorien ersetzt werden müssen, wenn die Autorität der Wissenschaften nur auf ihre internen Validierungsverfahren gestützt werden kann, wenn institutionelle Zusammenhänge wie das Recht zu epistemischer Autonomie verurteilt sind und sich entsprechend letztlich nicht auf externe Autoritäten berufen dürfen, dann muß die praktische und theoretische Aufmerksamkeit auf die Rechtsverfahren gerichtet werden, die die Voraussetzungen, den Inhalt und die Konsequenzen institutioneller Wirklichkeitskonstruktionen diktieren. Und sie wird mit Sicherheit bald vor die Frage geführt werden, ob das Recht sich mit der gelegentlichen "prozeduralen" Korrektur der Wissensproduktion von interessengebundenen gesellschaftlichen Institutionen zufriedengeben kann. Hier dürften sich wohl neue Koalitionen zwischen "unparteiischem" Recht und "neutraler" Wissenschaft abzeichnen. Ein neuer Ausschlag in der epistemischen Daueroszillation?

Die Prozeduralisierung des Wissenskonflikts zwischen Recht, Wissenschaft und gesellschaftlichen Institutionen - sollte dies, um mit David Nelken (1990) zu fragen, schon "the truth about law" sein? Oder nur "law's truth"? Oder gar "the truth about law's truth"? Nelken formuliert zu Recht kritische Fragen an eine solche Prozeduralisierung des Wissenskonfliktes durch das Recht. Doch scheint mir Nelkens eigene Suche nach einer "third position", nach einer Meta-Theorie, die neutrale Kriterien zur Lösung des epistemischen Konfliktes entwickeln soll, unter Bedingungen der Modernität schlicht vergeblich. Die Fragmentierung der Diskurse entzieht einer gesamtgesellschaftlichen Kognitionszentrale jegliche Zuständigkeit. Das schließt jedoch nicht aus, daß der Rechtsdiskurs selbst innerhalb seiner eigenen Operationsgrenzen eine "third position" entwickelt, eine rechtliche Meta-Dogmatik, die zum Wissenskonflikt Recht/Wissenschaft Kollisionsregeln entwickelt. Die jahrhundertelange Praxis des Kollisionsrechts im Privatrechtsverkehr der Nationen kennt eine ähnliche Denkform: die Entwicklung eines nationalen Meta-Rechts zur Regulierung des Konflikts zwischen nationalem und ausländischem Recht. Das Recht scheint also in der Lage zu sein, in und trotz einer paradoxen Situation operieren zu können, nämlich den eigenen Konflikt mit einer fremden Welt durch eine intern entwickelte "third position" zu regulieren (anspruchsvolle Analysen hierzu bei Wiethöller 1977). Die neue Herausforderung des Rechts besteht darin, daß in der heutigen Weltgesellschaft die traditionellen

Grenzen zwischen nationalen Territorien durch neue Grenzen zwischen in-kommensurablen sozialen Diskursen ersetzt werden, unter denen Recht und Wissenschaft eine wichtige Rolle spielen (einige Einzelheiten dazu bei Teubner 1989: 123 ff.). Prozeduralisierung wäre dann nur eine unter vielen möglichen "Lösungen" des epistemischen Konflikts. Damit würde der Rechtsdiskurs in der Tat etwas praktizieren, was aus logischen Gründen Arnaud (1986) verboten hat: gleichzeitig "auf der Szene und auf dem Balkon" zu sein. Dies klingt paradox und widersprüchlich. Daß autonome Sozialdiskurse in einem unendlichen Spiel wechselseitiger Beobachtung gefangen sind und daß kraft seiner Verfahrens rationalität das Recht in diesem Spiel eine eigenständige Rolle spielt - sollte darin "the law's truth about truth and law" liegen?

Anmerkungen

- 1 Für hilfreiche Kritik danke ich Zenon Bankowski, Klaus Eder, Michael Donnelly, Reiner Grundmann, Christian Joerges, Wolfgang Krohn, Giandomenico Majone, Neil MacCormick, David Nelken, Helga Nowotny, Alessandro Pizzorno, Joyce Reese, Gerhard Roth, Philip Selznick, Sean Smith.
- 2 Freilich gibt es gerade in dieser Denkschule wichtige Ausnahmen, in denen ernstzunehmende Alternativen zum gängigen Realismus/Individualismus entwickelt werden, vor allem Thomas Heller (1984, 1988) und David Kennedy (1985).
- 3 Angesichts der humanistischen Orientierung der kritischen Theorie mag es merkwürdig klingen, diese Theorie als antiindividualistisch zu bezeichnen. Wir verhandeln jedoch hier nicht über moralisch-politische Optionen, sondern über Theoriekonstruktionen. In einem dreifachen Sinne ist diese Theorie antiindividualistisch: erstens in ihrer Kritik des methodologischen Individualismus, der sich in ökonomischen Theorien und in Rational-Actor-Theorien findet, zweitens in ihrer Ersetzung monologischer Normbildungstheorien durch dialogische und drittens in ihrer Zentrierung der Erkenntnis im Diskurs und nicht im klassischen erkennenden Subjekt (vgl. Habermas 1981: Kapitel 11, im allgemeinen 1984: Kapitel 3).
- 4 Das Problem des infiniten Regresses bzw. der Zirkularität in Habermas' Theorie der diskursiven Rechtfertigung zeigt sich vielleicht am deutlichsten in Habermas (1971b: 123 ff., 1973: 255 ff.). Alle jene unabhängigen Kriterien, die wahren von falschem Konsens unterscheiden, die die Sprecherkompetenz beurteilen oder die über die Authentizität von Sprechakten entscheiden sollen, müssen ihrerseits dem Konsens unterworfen werden. Und selbst die kognitiven Schemata, die im Diskurs die Universalisierung von Bedürfnissen anzeigen sollen, müssen ihrerseits wieder in einem (Meta-)Diskurs geprüft werden, der seinerseits von kognitiven Schemata angeleitet ist ...
- 5 Der hieraus resultierende Relativismus hat wenig mit einem anything-goes-Relativismus à la Feyerabend gemein. Er stellt nicht subjektive Beliebigkeiten gleichberechtigt nebeneinander, sondern eine begrenzte Anzahl historisch gewachsener sozialer Diskurse. Er lädt die Wissenschaft dazu ein, ihren Alleinvertretungsanspruch in Sachen Wahrheit gegenüber den Modellen und My-

then other Diskurse (Religion, Recht, Politik) aufzugeben und "to raise the status of the other 'mythologies' by a more careful investigation of the methodological and cognitive credentials and to examine the various kinds of criteria and acceptability that apply to different kinds of constructed models and myths" (Arbib/Hesse 1986: 10).

- 6 "Jeder Begriff, der in einen juristischen Begründungskontext gerät, wird zum Rechtsbegriff. Seine Bedeutungsdimensionen werden 'im Zweifel', d.h. überall dort, wo sie streitig werden und über sie entschieden werden muß, durch die Bedürfnisse des Rechtssystems bestimmt." (Breunung/Nocke 1988: 247)
- 7 "Much depends on noticing that law's autonomy lies not in its freedom from being influenced by external causes and influences but in the way in which it incorporates and responds to them" (Nelken 1987: 139).

Literaturverzeichnis

- Adams, Michael, 1985: Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung. Heidelberg: Decker und Schenck.
- Albert, Hans, 1986: Law as an Instrument of Rational Practice. In: Terence Daintith/Gunther Teubner (Hrsg.), Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory. Berlin: de Gruyter, 25-51.
- Alchian, Armen A./Harold Demsetz, 1972: Production, Information Costs and Economic Organization. In: American Economic Review 62, 777-795.
- Alexy, Robert, 1978: Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Apel, Karl-Otto, 1973: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik. In: ders., Transformation der Philosophie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 9-76.
- Apel, Karl-Otto, 1988: Diskurs und Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Arbib, Michael A./Mary B. Hesse, 1986: The Construction of Reality. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arnaud, André-Jean, 1986: La distinction 'interne-externe'. In: Droit et Société, 139.
- Aubert, Vilhelm, 1980: On the Relationship between Legal and Sociological Concepts. In: Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 117-136.
- Aubert, Vilhelm, 1983: In Search of Law: Sociological Approaches to Law. Oxford: Robertson.
- Badura, Peter/Fritz Rittner/Bernd Rüthers, 1977: Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz: Gemeinschaftsgutachten. München: Beck.
- Bankowski, Zenon, 1981: The Value of Truth: Fact Scepticism Revisited. In: Legal Studies 1, 257-266.
- Bankowski, Zenon, 1989: The Jury and Rationality. In: M. Findlay/P. Duff (Hrsg.), The Jury under Attack. London: Butterworths.

- Barnes, Barry, 1974: *Scientific Knowledge and Sociological Theory*. London: Routledge and Kegan.
- Barwise, Jon/John Etchemendy, 1987: *The Liar: An Essay in Truth and Circular-ity*. New York: Oxford University Press.
- Baudrillard, Jean, 1982: *Der symbolische Tausch und der Tod*. München: Matthes & Seitz.
- Beck, Ulrich/Wolfgang Bonß (Hrsg.), 1989: *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung? Analysen zur Verwendung sozialwissenschaftlichen Wissens*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Berger, Peter L./Thomas Luckmann, 1972: *Die soziale Konstruktion der Wirklichkeit*. Frankfurt a.M.: Fischer.
- Bloor, David, 1976: *Knowledge and Social Imagery*. London: Routledge and Kegan.
- Böhler, Dietrich, 1985: *Rekonstruktive Pragmatik: Von der Bewußtseinsphilosophie zur Kommunikationsreflexion: Neubegründung der praktischen Wissenschaften und Philosophie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre, 1986: *La force du droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique*. In: *Actes de la recherche en sciences sociales* Nr. 61, 2-3.
- Breunung, Leonie/Joachim Nocke, 1988: *Die Kunst als Rechtsbegriff oder wer definiert die Kunst?* In: Birgit Dankert/Lothar Zechlin (Hrsg.), *Literatur vor dem Richter*. Baden-Baden: Nomos, 235-270.
- Bühl, Walter L., 1989: *Zwischen Offenheit und Richtungslosigkeit: Zur Situation der Zukunftsplanung in der Bundesrepublik Deutschland*. In: *Der Staat* 28, 525-556.
- Carroll, Lewis, 1960: *Through the Looking Glass and What Alice Found There*. New York: Bramhall House. (Erstausgabe 1871).
- Carroll, Lewis, 1855: *Stanza of Anglo-Saxon Poetry*. Misch-Masch.
- Clark, Robert C., 1985: *Agency Costs versus Fiduciary Duties*. In: John W. Pratt/Richard J. Zeckhauser (Hrsg.), *Principals and Agents: The Structure of Business*. Boston: Harvard Business School Press, 55-79.
- Cohen, Felix S., 1935: *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. In: *Columbia Law Review* 35, 809-849.
- Cohen, Jonathan, 1981: *The Probable and the Provable*. Oxford: Oxford University Press.
- Collins, Harry, 1985: *Changing Order: Replication and Induction in Scientific Practice*. Beverly Hills: Sage.
- Cotterrell, Roger, 1984: *The Sociology of Law: An Introduction*. London: Butter-worths.
- Cotterrell, Roger, 1986: *Law and Sociology: Notes on the Constitution and Con-frontation of Disciplines*. In: *Journal of Law and Society* 13, 9-34.
- Crozier, Michel/Erhard Friedberg, 1977: *L'acteur et le système: Les contraintes de l'action collective*. Paris: Seuil.
- Dan-Cohen, Meir, 1986: *Rights, Persons, and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society*. Berkeley: University of California Press.
- Deggau, Hans-Georg, 1988: *The Communicative Autonomy of the Legal System*. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 128-151.

- Douglas, Mary, 1986: *How Institutions Think*. Syracuse, NY: Syracuse University Press.
- Dreyfus, Hubert L./Paul Rabinow, 1982: Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics. Chicago: Chicago University Press.
- Easterbrook, Frank, 1988: Corporations as Contracts. Referat vorgetragen in Stanford Law School.
- Elster, Jon, 1983: *Explaining Technical Change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, Jon, 1985: *Making Sense of Marx*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, Jon (Hrsg.), 1986: *The Multiple Self*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Etzioni, Amitai, 1988: *The Moral Dimension: Toward a New Economics*. New York: Free Press.
- Fama, Eugene F./Michael Jensen, 1983: Agency, Problems and Residual Claims. In: *Journal of Law and Economics* 26, 327-349.
- Febbrajo, Alberto, 1985: The Rules of the Game in the Welfare State. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: de Gruyter, 128-150.
- Fodor, Jerry A., 1980: Methodological Solipsism Considered as a Research Strategy in Cognitive Psychology. In: *Behavioral Brain Science* 3, 63-73.
- Förster, Heinz v., 1985a: Entdecken oder Erfinden? Wie lässt sich Verstehen verstehen? In: Heinz Gumin/Arnim Mohlar (Hrsg.), *Einführung in den Konstruktivismus*. München: Oldenbourg, 27-68.
- Förster, Heinz v., 1985b: Sicht und Einsicht. Braunschweig: Vieweg.
- Foucault, Michel, 1974: *Die Ordnung der Dinge*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel, 1976: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses. Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Foucault, Michel, 1981: *Die Archäologie des Wissens*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Frankenberg, Günter, 1987: Der Ernst im Recht. In: *Kritische Justiz* 20, 281-307.
- Frey, Reiner, 1989: Vom Subjekt zur Selbstreferenz: Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie. Berlin: Duncker & Humblot.
- Fuller, Steve, 1988: *Social Epistemology*. Bloomington: Indiana University Press.
- Giddens, Anthony, 1987: *Social Theory and Modern Sociology*. Stanford University Press.
- Gilbert, Nigel/Michael Mulkay, 1984: *Opening Pandora's Box*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Glaserfeld, Ernst v., 1975: Radical Constructivism and Piaget's Concept of Knowledge. In: Frank B. Murray (Hrsg.), *Input of Piagetian Theory*. Baltimore: University Park Press, 109-122.
- Glaserfeld, Ernst v., 1981: An Epistemology for Cognitive Systems. In: Gerhard Roth/Helmut Schwengler (Hrsg.), *Self-Organizing Systems: An Interdisciplinary Approach*. Frankfurt a.M.: Campus, 121-131.
- Glaserfeld, Ernst v., 1985: Konstruktion der Wirklichkeit und des Begriffs der Objektivität. In: Heinz Gumin/Arnim Mohlar (Hrsg.), *Einführung in den Konstruktivismus*. München: Oldenbourg, 1-26.

- Glaserfeld, Ernst v., 1987: Wissen, Sprache und Wirklichkeit. Braunschweig: Vieweg.
- Gordon, Robert W., 1984: Critical Legal Histories. In: Stanford Law Review 36, 57-125.
- Grünberger, Hans, 1987: Dehumanisierung der Gesellschaft und Verabschiedung staatlicher Souveränität: Das Politische System in der Gesellschaftstheorie Niklas Luhmanns. In: Iring Fettscher/Herfried Münkler (Hrsg.), Pipers Handbuch der politischen Ideen, Bd. 5. München: Piper, 620-633.
- Günther, Klaus, 1988: Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1968: Erkenntnis und Interesse. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1971a: Knowledge and Human Interest. Boston: Beachon Press.
- Habermas, Jürgen, 1971b: Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz. In: Jürgen Habermas/Niklas Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung? Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 101-141.
- Habermas, Jürgen, 1973a: Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1973b: Wahrheitstheorien. In: Helmut Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion. Pfullingen: Neske, 211-265.
- Habermas, Jürgen, 1976: Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1981: Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde. Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Habermas, Jürgen, 1983: Moraltbewußtsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1985: Der philosophische Diskurs der Moderne. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1987: Wie ist Legitimation durch Legalität möglich? In: Kritische Justiz 20, 1-16.
- Habermas, Jürgen, 1988: Nachmetaphysisches Denken: Philosophische Aufsätze. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hayek, Friedrich A., 1948: Individualism and Economic Order. London: Routledge.
- Hayek, Friedrich A., 1973: Law, Legislation, and Liberty, Bd. 1: Rules and Order. London: Routledge and Paul.
- Heller, Thomas, 1984: Structuralism and Critique. In: Stanford Law Review 36, 127-198.
- Heller, Thomas, 1988: Accounting for Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), Auto-poietic Law: A New Approach to Law and Society. Berlin: de Gruyter, 283-311.
- Homans, George C., 1961: Social Behavior: Its Elementary Forms. London: Routledge and Kegan.
- Honneth, Axel, 1985: Kritik der Macht: Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

- Horwitz, Morton, 1985: Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory. In: West Virginia Law Review 88, 173-224.
- Hutter, Michael, 1989: Die Produktion von Recht. Tübingen: Mohr.
- Jhering, Rudolf v., 1884: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Leipzig: Breitkopf und Haertel.
- Joerges, Christian, 1989: Politische Rechtstheorie and Critical Legal Studies. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden: Nomos, 597-643.
- Kennedy, David, 1985: Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Scholarship. In: New England Law Review 21, 209-289.
- Kennedy, Duncan, 1986: Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. In: Journal of Legal Education 36, 518-562.
- Kerchove, Michel van de/François Ost, 1988: *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Kitschelt, Herbert, 1984: Der ökologische Diskurs: Eine Analyse von Gesellschaftskonzeptionen in der Energiedebatte. Frankfurt a.M.: Campus.
- Knorr-Cetina, Karin, 1984: Die Fabrikation von Erkenntnis: Zur Anthropologie der Naturwissenschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Knyphausen, Dodo zu, 1988: Unternehmungen als evolutionsfähige Systeme: Überlegungen zu einem evolutionären Konzept für die Organisationstheorie. Herrsching: Kirsch.
- Kreissl, Reinhard, 1989: Soziologie und soziale Kontrolle: Mögliche Folgen einer Verwissenschaftlichung des Kriminaljustizsystems. In: Ulrich Beck/Wolfgang Bonß (Hrsg.), Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung? Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 420-456.
- Krippendorff, Klaus, 1984: Paradox and Information. In: Brenda Dervin/Melvin J. Voigt (Hrsg.), Progress in Communication Sciences. Norwood: Ablex, 46-71.
- Krohn, Wolfgang/Günter Kueppers, 1989: Die Selbstorganisation der Wissenschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Kübler, Friedrich/Walter Schmidt/Spiros Simitis, 1978: Mitbestimmung als gesetzgebungsrechtliche Aufgabe. Baden-Baden: Nomos.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1984: "Abwägung" - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus. Frankfurt a.M.: Campus.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1988: Perspectives on a Post-Modern Theory of Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society. Berlin: de Gruyter, 242-282.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1989a: The Law of Uncertainty. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden: Nomos, 567-590.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1989b: Zu einer Grundrechtstheorie der Selbstorganisation des Unternehmens. In: Festschrift für Helmut Ridder. Neuwied: Luchterhand, 179-191.
- Limbach, Jutta, 1988: Die Suche nach dem Kindeswohl: Ein Lehrstück der soziologischen Jurisprudenz. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 9, 155-160.
- Latour, Bruno/Steve Woolgar, 1979: Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts. Princeton: Princeton University Press.

- Lübbe-Wolff, Gertrude, 1981: Rechtsfolgen und Realfolgen. Freiburg: Alber.
- Lucke, Doris, 1988a: Sozialwissenschaftliche Ergebnisse und Argumente in der Familiengesetzgebung. In: Zeitschrift für Rechtssociologie 9, 130-154.
- Lucke, Doris, 1988b: Zu diesem Heft: 'Verwendung soziologischen Wissens in juristischen Zusammenhängen'. In: Zeitschrift für Rechtssociologie 9, 121-129.
- Luhmann, Niklas, 1974: Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Stuttgart: Kohlhammer.
- Luhmann, Niklas, 1984a: Individuum und Gesellschaft. In: Universitas 39, 1-11.
- Luhmann, Niklas, 1984b: Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas, 1985: Die Autopoiese des Bewußtseins. In: Soziale Welt 36, 402-446.
- Luhmann, Niklas, 1986a: The Autopoiesis of Social Systems. In: Felix Geyer/Johannes van der Zouwen (Hrsg.), Sociocybernetic Paradoxes. London: Sage, 172-192.
- Luhmann, Niklas, 1986b: Die Codierung des Rechtssystems. In: Rechtstheorie 17, 171-203.
- Luhmann, Niklas, 1986c: The Individuality of the Individual: Historical Meaning and Contemporary Problems. In: Thomas C. Heller/Morton Sosnaund/David E. Wellbery (Hrsg.), Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, and the Self in Western Thought. Palo Alto, CA: Stanford University Press, 313-325.
- Luhmann, Niklas, 1986d: Intersubjektivität oder Kommunikation: Unterschiedliche Ausgangspunkte soziologischer Theoriebildung. In: Archivio di Filosofia 54, 41-60.
- Luhmann, Niklas, 1986e: The Theory of Social Systems and Its Epistemology: Reply to Danilo Zolo's Critical Comments. In: Philosophy of the Social Sciences 16, 129-134.
- Luhmann, Niklas, 1988a: Closure and Openness: On Reality in the World of Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society. Berlin: de Gruyter, 335-348.
- Luhmann, Niklas, 1988b: The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History. In: Journal of Law and Society 15, 153-165.
- Luhmann, Niklas, 1988c: Wissenschaft. Bielefeld (Typoscript).
- Majone, Giandomenico, 1979: Process and Outcome in Regulatory Decision-Making. In: Carol H. Weiss/Allen H. Barton (Hrsg.), Making Bureaucracies Work. Beverly Hills: Sage, 235-258.
- Majone, Giandomenico, 1989: Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process. New Haven: Yale University Press.
- Maturana, Humberto, 1982: Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Braunschweig: Vieweg.
- Mayntz, Renate, 1986: Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems. In: HiMon-DB 70. Siegen: Universität.
- McCormick, D. Neil, 1974: Law as Institutional Fact. In: Law Quarterly Review 90, 102-129.
- Mengoni, Luigi, 1988: La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale. In: Fenomenologia e Società Diritto ed etica pubblica 11, 14-33.

- Nelken, David, 1987: Criminal Law and Criminal Justice: Some Notes on Their Ir-relation. In: I. Dennis (Hrsg.), *Criminal Law and Justice*. London: Sweet and Maxwell, 139-175.
- Nelken, David, 1990: The Truth about Law's Truth. In: *European Yearbook in the Sociology of Law* (im Erscheinen).
- Nelson, Alan, 1984: Some Issues Surrounding the Reduction of Macroeconomics to Microeconomics. In: *Philosophy of Science* 51, 573-594.
- Nerhot, Patrick, 1988: The Fact of Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 312-334.
- Opp, Karl-Dieter, 1973: *Soziologie im Recht*. Reinbek: Rowohlt.
- Ost, François, 1988: Between Order and Disorder: The Game of Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 70-96.
- Piaget, Jean, 1963: *La Construction du réel chez l'enfant*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé.
- Pizzorno, Alessandro, 1989: Spiegazione come re-identificazione. In: Loredana Sciolla/Luca Ricolfi (Hrsg.), *Il soggetto dell'azione: Paradigmi sociologici e immagini dell'attore sociale*. Mailand: Angeli, 187-210.
- Podak, Klaus, 1984: Ohne Subjekt, ohne Vernunft: Bei der Lektüre von Niklas Luhmanns Hauptwerk 'Soziale Systeme'. In: *Merkur* 38, 733-745.
- Popper, Karl, 1953: *Das Elend des Historizismus*, 5. Aufl. Tübingen: Mohr.
- Posner, Richard, 1987: The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962-1987. In: *Harvard Law Review* 100, 761-780.
- Preuß, Ulrich K., 1989: Rationality Potentials of Law: Allocative, Distributive and Communicative Rationality. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 525-555.
- Prins, Herschel, 1980: Offenders, Deviants or Patients? An Introduction to the Study of Socio-Forensic Problems. London: Tavistock.
- Quine, Willard V., 1976: *The Ways of Paradox*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Roos, Carl Martin, 1988: Corporate Personality and Contractual Structure: Legal Aspects on the Firm as a Nexus of Treaties. Uppsala (Manuskript).
- Ronge, Volker, 1989: Verwendung sozialwissenschaftlicher Ergebnisse in institutionellen Kontexten. In: Ulrich Beck/Wolfgang Bonß (Hrsg.), *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 332-354.
- Roth, Gerhard, 1980: Diskussionsvotum zum vorstehenden Beitrag. In: Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 137-141.
- Roth, Gerhard, 1984: Erkenntnis und Realität: Das Gehirn und seine Wirklichkeit. In: Gerhard Pasternack (Hrsg.), *Erklären, Verstehen, Begründen*. Bremen: Universität, 87-109.
- Roth, Gerhard, 1987: Die Entwicklung kognitiver Selbstreferentialität im menschlichen Gehirn. In: Dirk Baecker/Jürgen Markowitz/Rudolf Stichweh/Hartmann Tyrell/Helmut Willke (Hrsg.), *Theorie als Passion*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 394-422.

- Roth, Gerhard, 1988: Biological Metaphors in Legal Thought. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 97-127.
- Rottleuthner, Hubert, 1979: Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 13, 97-118.
- Rottleuthner, Hubert, 1989: The Limits of Law: The Myth of a Regulatory Crisis. In: *International Journal of the Sociology of Law* 17, 273-285.
- Schane, Sanford A., 1987: The Corporation Is a Person: The Language of a Legal Fiction. In: *Tulane Law Review* 61, 563-609.
- Schanze, Erich, 1986: Potential and Limits of Economic Analysis: The Constitution of the Firm. In: Terence Daintith/Gunther Teubner (Hrsg.), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin: de Gruyter, 204-218.
- Schanze, Erich, 1987: Contract, Agency, and the Delegation of Decision Making. In: Günter Bamberg/Klaus Spreman (Hrsg.), *Agency Theory, Information, and Incentives*. Berlin: Springer, 461-471.
- Schimank, Uwe, 1985: Der mangelnde Akteurbezug systemtheoretischer Erklärungen gesellschaftlicher Differenzierung - Ein Diskussionsvorschlag. In: *Zeitschrift für Soziologie* 14, 421-434.
- Schmidt, Siegfried (Hrsg.), 1987: Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Scott, Robert, 1872: The Jabberwock Traced to Its True Source. In: Macmillan's Magazine, February.
- Selnick, Philip, 1968: Law: The Sociology of Law. In: *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9, 50-59.
- Skinner, Quentin, 1985: The Return of Grand Theory in the Human Sciences. Cambridge: Cambridge University Press.
- Teubner, Gunther, 1982: Generalklauseln als sozio-normative Modelle. In: Herbert Stachowiak (Hrsg.), *Bedürfnisse, Werte und Normen im Wandel*, Bd. 1. München: Fink und Schöningh, 87-112.
- Teubner, Gunther, 1987a: Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese. In: Hans Haferkamp/Michael Schmid (Hrsg.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 89-128.
- Teubner, Gunther, 1987b: Unternehmenskorporatismus - New Industrial Policy und das 'Wesen' der Juristischen Person. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2, 61-85.
- Teubner, Gunther, 1988a: Evolution of Autopoietic Law: In: ders. (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 217-241.
- Teubner, Gunther, 1988b: Soziale Ordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Gesetzgebung. In: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 13. Opladen: Westdeutscher Verlag, 45-64.

- Teubner, Gunther, 1989a: And God Laughed . . . : Indeterminacy, Self-Reference, and Paradox in Law. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 399-434.
- Teubner, Gunther, 1989b: Recht als autopoietisches System. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Vardaro, Gaetano, 1990: Before and Beyond the Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations. In: David Sugarman/Gunther Teubner (Hrsg.), *Regulating Corporate Groups in Europe*. Baden-Baden: Nomos, 217-255.
- Varela, Francisco J., 1984: Living Ways of Sense-Making: A Middle Path for Neuro-Science. In: P. Livingstone (Hrsg.), *Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium*. Saratoga, CA: Anma Libri, 208-224.
- Weber, Max, 1972: *Wirtschaft und Gesellschaft*, hrsg. v. Johannes Winckelmann. Tübingen: Mohr.
- Weinberg, Alvin M., 1972: Science and Trans-science. In: *Minerva* 10, 209-222.
- Weintraub, E. Roy, 1979: Microfoundations. The Compatibility of Microeconomics and Macroeconomics. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wiethölter, Rudolf, 1985: Materialization and Proceduralization in Modern Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: de Gruyter, 221-249.
- Wiethölter, Rudolf, 1986: Social Science Models in Economic Law. In: Terence Daintith/Gunther Teubner (Hrsg.), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin: de Gruyter, 52-67.
- Wiethölter, Rudolf, 1989: Proceduralization of the Category of Law. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 501-510.
- Williamson, Oliver E., 1987: The Contractual Logic of Internal Organization. Florenz: EUI Conference paper.
- Windscheid, Bernhard, 1904: Die Aufgaben der Rechtswissenschaft. In: ders., *Gesammelte Reden und Abhandlungen*. Leipzig: Duncker & Humblot, 100-116.
- Winter, Gert, 1987: Die Angst des Richters bei der Technikbewertung. In: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 20, 425-431.
- Wolf, Rainer, 1986: Der Stand der Technik. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Wormell, Christopher P., 1958: On the Paradoxes of Self-Reference. In: *Mind* 67, 267-271.

Procedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts

Einige begriffliche Klärungen

I. Vorbemerkung

Die Vorstellung, daß "procedurales Recht" etwas "Neues" sei, ist irreführend. Was neu ist, ist die "Prozeduralisierung des Rechts". Es geht nicht um die Behauptung einer neuen Rechtsform, sondern um Annahmen über zwei voneinander unabhängige, wenn auch in ihrer Entwicklung miteinander verschränkte, empirische Phänomene:

- Einmal geht es um Veränderungen in den Legitimitätsgrundlagen des modernen Rechts; die Rationalität des modernen Rechts gründe - so die erste Annahme - zunehmend in "prozeduraler Rationalität".
- Dann geht es um die quantitative bzw. qualitative Ausdehnung prozeduralen Rechts im Prozeß zunehmender Verrechtlichung moderner Gesellschaftssysteme; die Reproduktion des Rechts werde - so die zweite Annahme - zunehmend von prozedurellem Recht abhängig.

Beide Annahmen sind strittig. Und wie beide Annahmen miteinander zusammenhängen, ist ebenfalls unklar. Ob sie überhaupt zusammenhängen, ist strittig. Um diese strittigen Behauptungen "empirisch" entscheiden zu können, muß das empirische Phänomen erst einmal zureichend begrifflich gefaßt werden. Erst dann kann es gemessen und seine Bedeutung empirisch entschieden werden. Die folgenden Überlegungen sind ein Versuch, diese Überprüfbarkeit herzustellen. Sie suchen Begrifflichkeiten zu entfalten, die die empirische Beschreibung der *Prozeduralisierung des Rechts* ermöglichen.

II. Zwei Thesen zur Explikation des Begriffs der "Prozeduralisierung des Rechts"

1. Die Thematisierung der Funktion prozeduralen Rechts

Rule of law, due process, Öffentlichkeit des Verfahrens usw. gehören zu den klassischen Beständen *prozeduralen Rechts*. Davon zu unterscheiden ist das *regulative*

Recht. Letzteres reguliert und kontrolliert Strukturbildungsprozesse in sozialen Systemen. Es zielt dabei auf die Sicherung von *Kollektivgütern*. Procedurales Recht dagegen koordiniert die Handlungen sozialer Akteure. Es zielt auf Konfliktlösung durch rechtlich geregelte Koordination. Es sichert nicht mehr und nicht weniger als *Kommunikation im Rechtssystem*. Und diese Funktion ist es, die thematisiert wird, die von Rechtsinteressenten eingeklagt, von Rechtstheoretikern beschrieben und für politische Legitimierungsstrategien verwendet wird.¹

Das prozedurale Recht unterscheidet sich vom regulativen Recht dadurch, daß es rechtliche Regeln für die rechtliche Normierung sozialer Verhältnisse (für ihre Regulierung) formuliert. Es ist also regulativem Recht logisch vorausgesetzt. Procedurales Recht regelt die Beteiligung der Rechtsinteressenten (der Umwelt) am "systeminternen Prozessieren rechtlicher Ansprüche", also an rechtlicher Kommunikation. Es sichert so die Selbstreproduktion des Rechtssystems in einer gesellschaftlichen Umwelt. Procedurales Recht ist jenes Recht, das es erlaubt, das Rechtssystem in einer Handlungsumwelt zu reproduzieren.² Die spezifische Leistung prozeduralen Rechts ist die Lösung des Problems der Koordination individueller bzw. kollektiver Akteure in einer sich differenzierenden und zunehmend antagonistischen sozialen Welt.³

Die Ausweitung regulativer Funktionen ohne die parallele Ausgestaltung prozeduraler Funktionen hat sich inzwischen als eine Form der *Pathogenese des modernen Rechts* herausgestellt. Die Korrektur dieser Pathogenese wird in mehr "Partizipation" gesucht. Die Einklagen sozialer Akteure, an den zu regelnden sozialen Problemen beteiligt zu werden, manifestieren sich darin, daß die professionelle Selbstreproduktion des Rechts⁴ nicht mehr unwidersprochen bleibt. Das Schlüsselproblem sich modernisierender Rechtssysteme läßt sich als *Integration* des Publikums in die laufende Rechtskommunikation bestimmen.

Damit hängt eine weitere Funktion zusammen. Die Prozeduralisierung des Rechts macht deutlich, daß das institutionelle Handeln (das "Staatshandeln") selbst bereits prozedural geregelt ist. Hinter der Fassade substantieller Rechtssetzung wird ein Handeln, der "Eisberg kooperativen Staatshandelns", sichtbar, ein Handeln, das nicht contingent, sondern nach festgelegten, bislang jedoch vorrechtlichen Regeln abläuft. Dieser rechtsfreie Raum wird in dem Maße thematisiert und damit Gegenstand rechtlicher Kommunikation, wie die Beteiligungsrechte an Entscheidungsprozessen geregelt und rechtlich fixiert werden müssen.⁵ Neu ist, daß hoheitliches Staatshandeln durch kooperatives Staatshandeln ersetzt wird.⁶ Es entstehen multilaterale Verhandlungssysteme, die ihrerseits einen neuen Typus von "soft law" hervorbringen.⁷ Das eröffnet auch Chancen für eine Bandbreite von Formen informeller Steuerung, die nun "legalisiert" werden: Bestechung, Bezie-

hungen, Appelle usw. Insofern liegt es nahe, Informalisierung und Delegalisierung begrifflich eng miteinander zu verknüpfen.

Dieses Graufeld an Rechtskommunikation⁸ muß das Rechtssystem normieren, wenn es sich reproduzieren will. Die spezifischen Leistungen prozeduraler Rechtsnormen für dieses Problem sind Verteilung und Zuteilung von Diskurschancen, Öffentlichkeitspflichten und Begründungspflichten. Verfahren im traditionellen Sinne arbeiten nur ab.⁹ Verfahren im normativen Sinne mobilisieren nunmehr Akteure und geben ihnen Interventionschancen in laufende Diskussions- und Entscheidungsprozesse. Sie sichern die Reproduktion des Rechtssystems (und die in es eingebaute Rationalität!). Ein solches Recht nimmt sich selbst in seinen sozialen Funktionen zurück. Ziele sind negativ gesetzt. Rechtlich geschützte Handlungsgüter werden eingegrenzt. Und es werden Verfahren entwickelt, die die Lernfähigkeit von Akteuren und/oder Institutionen auszunutzen versuchen.¹⁰

Prozeduralisierung des Rechts heißt also zunächst Kommunikation über prozedurales Recht. Sie ist zunächst Steigerung der Effizienz prozeduraler Selbstregulierung des Rechts. Prozeduralisierung des Rechts ist aber noch mehr: Sie beinhaltet über eine Ausdehnung prozedural geregelter Lebensbereiche auf Kosten regulativen Rechts hinaus eine verstärkte Abhängigkeit der Legitimität des Rechts von Gesichtspunkten *prozeduraler Rationalität*. Die Prozeduralisierung des Rechts führt auch zu einer Abkehr von traditionellen Vorstellungen rechtlicher Rationalität. Das regulative Recht hat die Differenz von Rechtssystem und Gesellschaft bereits dadurch relativiert, daß das Recht soziale Funktionen übernahm. Materiale Rationalität implizierte die Einführung von Gerechtigkeitsvorstellungen in rechtliche Kommunikation. Das prozedurale Recht treibt diesen Prozeß weiter. Es macht deutlich, daß Recht ein Versuch ist, soziale Beziehungen zu konstruieren, und daß prozedurale Rationalität der Versuch der Korrektur eines abstrakten Gerechtigkeitsbegriffs ist, der soziale Differenzen nicht angemessen fassen kann. *Prozeduralisierung heißt letztlich, die genuin soziale Natur des Rechts zum Thema und zur Struktur des Rechts zu machen.*

2. Normative Aspekte der "Prozeduralisierung des Rechts"

Jedes Rechtssystem kann sich über seine selbstregulativen Leistungen¹¹ hinaus auf eine spezifische legitimierende Beschreibung seiner selbst berufen. Im Hinblick auf seine regulativen Funktionen reklamiert es für sich, rational im Sinne von allgemein, formal und berechenbar für alle Beteiligten zu sein. Die die Selbstlegitimierung sichernde Beschreibung dieses Rechtssystems beruft sich traditionellerweise auf "formale Rationalität". Das reicht aber nur bedingt dafür, die Rationali-

tät prozeduraler Regelungen zu begründen. *Prozedurale Rationalität* ist deshalb als eines jener Themen, deren Kommunikation den Sinn hat, weitergehende Rationalitätsstandards hervorzuheben.¹²

Der Hintergrund dieser Debatte ist unschwer auszumachen. Die Ausweitung juristischer Regelungskompetenz¹³ und die damit verbundene Beanspruchung (bzw. gar Überbeanspruchung) der Regelungsfähigkeit hat die formale Rationalität des Rechtssystems in Frage gestellt.¹⁴ Ein Indikator dafür ist die zunehmende Professionalisierung des Rechtshandelns, die allein es ermöglicht, daß formale Rationalität noch gewährleistet werden kann. Doch die Kosten bestehen darin, daß Recht nicht mehr kommuniziert werden kann. Die Rechtsinteressenten werden zum Publikum professionalisierter Selbstreproduktion des Rechtssystems.¹⁵ Die damit verbundenen Legitimitätsverluste verstärken den Verlust der Regulierungsfähigkeit des Rechts. Das regulative Recht verliert nicht nur Effizienz, sondern auch Legitimität. Die Gegenstrategie auf der Ebene praktischen Rechtshandelns und kognitiver Thematisierung des Rechts heißt *Prozeduralisierung des Rechts*.

Der Begriff der *prozeduralen Rationalität* nimmt eine Schlüsselstellung für das theoretische Verständnis der "Prozeduralisierung des Rechts" ein. Denn er liefert einen nicht beliebigen normativen Bezugspunkt für die empirische Analyse von Prozeduralisierung. Daraus ergeben sich zwei methodische Implikationen:

- Prozedurale Rationalität ist der Begriff für ein rational konstruiertes prozedurales Recht. Der Begriff der Rationalität hat die Funktion, die Abweichung von einem Ideal prozeduralen Rechts beschreibbar zu machen.
- Die normative Gültigkeit der Rationalitätsunterstellung ist davon unabhängig. Der Begriff prozeduraler Rationalität ist selbst ein kontextabhängiger Begriff.

Die Rationalität des prozeduralen Rechts besteht darin, einen normativen Begriff des Politischen im Kontext komplexer Umwelten zu formulieren. Prozeduralisierung läßt sich dann empirisch daran messen, wieweit politische Kommunikation über rechtlich geregelte Handlungsbereiche im Recht selbst möglich oder gar durch Recht in Gang gesetzt wird. Prozedurale Rationalität unterstellt damit, daß die kommunikative Verflüssigung rechtlicher Normen das Rationalitätspotential dieses Rechts erhöht.¹⁶

Mit solchen Entwicklungen sind weitergehende *normative* Erwartungen verbunden - und das in den unterschiedlichen ideologischen Lagern. So ist den Liberalen die Idee nicht fern, in der Prozeduralisierung ein Zurückdrängen des Staates und eine Form der Realisierung eines modernen Individualismus zu sehen.¹⁷ So findet sich bei den Demokraten die Idee einer "Wiedergewinnung des Politischen"

aus der Reflexionsfähigkeit der Individuen.¹⁸ Auch von den "neuen" politischen Strömungen lässt sich diese Idee aneignen. Sie nimmt Elemente der beiden anderen Lager auf und baut sie in eine Defensivposition zur Verteidigung von Lebenswelt ein.¹⁹

Diese unterschiedlichen ideologischen Lager konvergieren in einigen grundlegenden Problemwahrnehmungen und -erfahrungen. Prozeduralisierung ist einmal objektiv erzwungen. Über kollektive Güter kann man nur im individuellen Vorgriff entscheiden (und sich auch gewaltig täuschen). Über die Zukunft kann man nur im moralisch motivierten Vorgriff entscheiden. Prozedurale Rationalität antwortet insofern auf moralisch relevante Probleme, deren empirische Bedeutung quer durch ideologische Lager weitgehend unbestritten ist.²⁰ Die Idee einer Kollektivgütergemeinschaft wie die Idee einer Sicherung der Lebensbedingungen zukünftiger Generationen, über deren Präferenzen nichts bekannt ist, überschreiten den Horizont individueller Interessenverfolgung und individueller moralischer Bewertung. Bereits die Problemdefinition ist mit "uncertainties" verbunden, die niemand mehr individuell verantworten kann. Prozeduralisierung heißt dann Vergesellschaftung von Unsicherheit, eine rechtlich auf Dauer gestellte Verteilung möglicher Kosten von Vergesellschaftung auf möglichst viele.²¹

Die Verwendung dieses Begriffs wird durch die zunehmende Erosion kultureller Traditionen und naturrechtlicher Vorstellungen, die das Rechtsdenken bislang beherrscht haben, erzwungen. Wo es keine substantiellen Grundlagen mehr für Rationalitätsannahmen gibt, müssen diese in der Gesellschaft selbst gesucht werden. Die Ethik hat darauf mit der Radikalisierung der Kantischen Ethik in Richtung auf eine prozeduralistische Ethik reagiert.²² Damit verbinden sich Postulate kommunikativer Verflüssigung gerade im politischen Bereich, etwa die kommunikative Verflüssigung substantieller Vorstellungen eines Volkes oder von kollektiver Identität.²³ Ein prozedural-rationales Recht muß dann mehr als die Herstellung eines Markts von Meinungen, mehr als ein Marktmodell argumentativer Auseinandersetzung (im legislativen wie justitiellen Bereich) und mehr als die Herstellung egalärer "politischer Tauschchancen" (wie etwa in korporatistisch verfaßten Systemen) ermöglichen. Es muß eine - in einem nicht nur normativ, sondern vor allem soziologisch zu klarenden Sinne - *kommunikative Rationalität* verkörpern.

Damit sind soziologische Desillusionierungen verbunden, die gleichermaßen die aufklärerische Kraft von Kommunikation wie die autopoietische Geschlossenheit rechtlicher Kommunikation betreffen. Die Prozeduralisierung des Rechts verbindet sich notwendig mit einem Affekt gegen den Juridismus, gegen die Vorstellung einer substantiellen Geschlossenheit des Rechtssystems.²⁴ Sie forciert demgegenüber die Vorstellung eines interessengebundenen, durch Kooperationsregeln

gezähmten Handlungszusammenhangs, in dem Kommunikation in und über das Rechtssystem stattfindet. Sie verbindet sich auch mit einem Affekt gegen die theoretischen Durchgriffe von Großtheorien.²⁵ Wo die Einheit fehlt, wird der großtheoretische Zugriff auf das Recht obsolet. Wir müssen Desillusionierungen über solche Reifikationen des Rechts und der diese reproduzierenden Prozesse einbauen.

Eine soziologische Analyse der Rationalität prozeduralisierter Rechtssysteme setzt voraus, daß man rechtlich geregelte und sich zugleich selbst regelnde Kommunikationsprozesse im Recht zeigen kann. Solche Begriffe betreffen das Rechtssubjekt, die Grundrechte und die Idee des Rechts. Sie verändern sich im Kontext der Prozeduralisierung des Rechts. Das Ergebnis möchte ich in den Begriffen des *politischen Bürgers*, der *reflexiven Repräsentation* und des *Rechtssystems als einer Arena sozialer Auseinandersetzungen* fassen.²⁶

III. Zur soziologischen Analyse der Prozeduralisierung des Rechts

1. Zum Begriff des "politischen Bürgers"

Mit dem Begriff prozeduraler Rationalität hängt der Begriff des politischen Bürgers eng zusammen.²⁷ Denn kommunikative Verflüssigung substantieller Rechtsnormen provoziert politische "agency", den politischen Bürger als Medium und Träger von Prozeduralisierung. Dieser Begriff läßt sich historisch einführen:

- Der Citoyen ist das Ideal der bürgerlichen Gesellschaft (genauer: der bürgerlichen Marktgesellschaft). Er konstituiert die politische Öffentlichkeit des Bildungsbürgertums. Er organisiert sich im Medium politischer Kommunikation, zunächst in Assoziationen, in denen egalitär-diskursive Verständigung eingeübt wird. Die damit entstehende politische Öffentlichkeit wird zur Grundlage (zum institutionellen Rahmen) der bürgerlichen Gesellschaft.²⁸
- In der Arbeitsgesellschaft findet der politische Bürger im Bourgeois seine Grenzen. An die Stelle der bürgerlichen Öffentlichkeit tritt das collective bargaining, der Kampf kollektiver Akteure um die Teilhabe an der Macht. Das politische Feld wird durch Verfahren "rationalisiert". Wahlverfahren und Beteiligungsverfahren erlauben die Neutralisierung von moralischen Forderungen und ihre Substitution durch Kollektivgüter, die die korporativ organisierte Arbeitsgesellschaft bereitstellt. Die korporatistisch verfaßte Arbeitsgesellschaft wird zur Assoziation der Facharbeiter und Unternehmer. Sie wird zur Superassoziation.²⁹

- In der Kommunikationsgesellschaft entsteht der seine bourgeoisen Interessen reflektierende Citoyen. Der neue politische Bürger verhält sich reflexiv zu seinen Interessen; er ist nicht mehr abhängig von kollektiven Akteuren, die für ihn die Erzeugung öffentlicher Güter ermöglichen; er sieht seine privaten Interessen in Abhängigkeit von anderen. Dieser politische Bürger ist, wie Offe (zit. nach Preuß 1989a) es formuliert hat, tatsächs-, zukunfts- und folgenorientiert. Die Bedingungen dieser Reflexionsfähigkeit erfordern kollektives Handeln jenseits rationaler Kalkulation, nämlich die Koordination von moralischen Perspektiven. Diese Reflexivität impliziert also die gegenseitige Abstimmung von Perspektiven.³⁰

Mit dem Begriff der Prozeduralisierung ist also auch ein *Begriff des Politischen* konstruiert, der über das Recht hinausgeht und den Kontext des Rechts reorganisiert. Diese Politisierung des Rechts lässt sich nicht mehr durch substantielle Festlegungen des Rechts kontrollieren. Das Recht muß in dem Maße, wie die in ihm kommunizierenden Akteure politische Bürger sind, seinen Kommunikationsmodus darauf einstellen. Und eine wichtige Implikation ist, sich auf rechtskritisches oder gar rechtsbrechendes Verhalten angemessen einstellen zu können.³¹

2. Zum Begriff reflexiver Repräsentation

Der Begriff der Repräsentation dient - dank seiner positiven Geschichte in der bürgerlichen Emanzipationsbewegung gegen den absolutistischen Staat - der Naturalisierung der Trennung zwischen aktiven und passiven politischen Akteuren. Repräsentation konstituiert zwei unterschiedliche Typen von Citoyens. Repräsentation ist eine Form politischer Arbeitsteilung mit dem Effekt einer *politischen Klasseinteilung* der Gesellschaft (Bourdieu 1981, 1987). Politische Repräsentation führt - gerade im Wohlfahrtsstaat - zur Akkumulation politischen Kapitals bei gleichzeitiger Enteignung des "politischen Volkes". Wahlverfahren, Volksbefragungen in Form monatlicher Umfragen haben diese Enteignung zugleich befördert und festgeschisert.³²

Die Analyse politischer Repräsentation als einer Form der politischen Klasseinteilung stellt zunächst vor das Problem einer "gerechten" Teilung der politischen Arbeit. Das Lösungs- und Losungswort hieß "Partizipation".³³ Doch Partizipation stellt sich nicht von selbst her. Sie muß erst instituiert werden. Und dabei entstehen Probleme, die mit der differentiellen Sichtbarkeit und Organisierbarkeit von Interessen zu tun haben. Die institutionelle Lösung solcher Probleme benutzt entweder das Mittel des prozeduralen Rechts, oder sie zieht sich auf autoritäre Lösungen zurück. Angesichts dieser Option eröffnet die Prozeduralisierung des

Rechts Möglichkeiten einer nichtautoritären Form der Konstruktion und Institutionalisierung eines Systems politischer Repräsentation.

Prozedurales Recht regelt die Repräsentation der Mitglieder der Gesellschaft an den sie betreffenden Entscheidungen, indem es den Präferenzen des "politischen Volkes" eine institutionelle Ausdrucksmöglichkeit gibt. Dafür sind die bestehenden Formen zunehmend weniger ausreichend. Zur territorialen Repräsentation (durch Parteien) und zur funktionalen Repräsentation (durch Verbände) tritt ein neuer Typus hinzu: die *reflexive Repräsentation*. Prozedurale Regelungen eröffnen Arenen (etwa die Gerichte), die die Repräsentation nichtorganisierbarer Interessen ermöglichen. Damit erhält der Minoritätenschutz eine reale Basis in der sozialen Organisation von Repräsentation.³⁴

Zu dieser Form reflexiver Repräsentation kommt es, sobald organisierte Gruppen nicht mehr Interessen "repräsentieren". Das zwingt zur rechtlichen Korrektur und auf diesem Weg zur Herstellung politischer Öffentlichkeit jenseits negativer Freiheitsrechte und/oder materieller Subventionierung dieser Öffentlichkeit.³⁵ Prozeduralisierung bringt nun im Prozeß der Rekonstruktion einer politischen Öffentlichkeit ein Rationalitätskriterium ins Spiel, nämlich eine kommunikative Grundlegung von Kriterien der Repräsentation. Prozeduralisierung hat dann weitgehende demokratiepolitische Implikationen. Das Bild einer "neopluralistischen" Gesellschaft erscheint dann auch nicht mehr als ausreichend - denn es geht nicht nur um die Bereitstellung eines politischen Handlungsfelds (bzw. eines Teilstücks davon), sondern um die Konstitution dieses Handlungsfeldes als eines "Systems koordinierten Dissenses".³⁶

3. Zum Begriff der Rechtsarena

Die Vorstellung des Rechtssystems als eines ausdifferenzierten und funktional spezifizierten Kommunikationssystems wird durch die Prozeduralisierung des modernen Rechts verändert: Die Elemente, die den Aufbau und die Reproduktion dieses Systems sichern, lassen sich nicht mehr auf "innerjuristische" Elemente beschränken. Das war schon immer eine Fiktion, die so lange funktionierte, wie die realen Rechtsakteure das Feld rechtlicher Handlungen und Praktiken den professionellen Rechtsakteuren überließen. Diese Professionalisierung ist überzogen worden. Sie hat - anstatt das Feld des Rechts zu schließen - dieses geöffnet.

Um diesen Sachverhalt zu fassen, ist der Begriff des Rechtssystems zu dünn. Der Begriff der *Rechtsarena* öffnet den Systembegriff für kommunikative Auseinandersetzungen, für sozialen Konflikt im Rechtssystem.³⁷ Ein für die Explikation dieses Begriffs nutzbarer Ansatz findet sich in Bourdieus Kritik systemtheoreti-

scher Beschreibungen des Rechts und der von ihm vorgeschlagenen Konzeption des Rechts als eines spezifischen "Feldes sozialer Auseinandersetzungen". Das Rechtssystem erscheint zunehmend als ein sozial strukturiertes System, das positive oder negative Bedingungen für Kommunikation im Recht setzen kann.³⁸

Diese - auf empirische Forschung ausrichtbare - Konzeptualisierung eines Rechtssystems beruht auf der Annahme, daß rechtliche Kommunikation mit steigender Komplexität der Umwelt nicht spezifischer, sondern komplexer wird. Mit steigender Prozeduralisierung haben wir es mit der Ausdehnung des Rechts der Anwälte und Richter, der Berufspolitiker und Syndici, der (öffentlichen wie privaten) Verwaltung und vor allem mit dem Recht der Rechtsakteure zu tun. Diese Vervielfältigung von Kommunikation im Rechtssystem muß in den Prozeß rechtlicher Kommunikation eingebaut werden. Und das ist nicht mehr mit "Konsens" möglich. Konsens war die klassische Lösung: Recht wurde als ein widerspruchsfreies, konsistentes Regelwerk konstruiert, das im Idealfall nichts anderes zu tun hatte, als die Realität diesem so organisierten Kommunikationsprozeß zu subsumieren. Diese Subsumtionslogik war zwar empirisch nicht haltbar; doch das wirkte nicht auf die Grundannahme der Widerspruchsfreiheit zurück. Das Problem wurde vielmehr zu einem "second-order-Problem" der "Anwendung" gemacht.³⁹ Das legt es nahe, das Rechtssystem nicht mehr als ein widerspruchsfreies System, sondern als ein umkämpftes soziales Feld zu thematisieren.⁴⁰

Das bedeutet, mit einem soziologisch aufgeklärten Rechtsbegriff Ernst zu machen. "Die Einheit in der Differenz zu denken" ist eine häufig benutzte Formel, die die Richtung einer Reformulierung der klassischen Grundannahmen andeutet. Es geht darum, rechtliche Kommunikation als - um eine Formel von Miller (1984) zu verwenden - *Koordination von Dissens* zu organisieren. Das ermöglicht es, normative Auseinandersetzungen nicht als Bedrohung, sondern als Konstitutionsbedingung für die Reproduktion des Rechts zu sehen. Und das ist wiederum die Bedingung dafür, die Lernfähigkeit des Rechts zu steigern, ohne daß das Recht contingent gesetzt werden müßte. Allerdings sind solche Theorien erst noch weiter auszubauen.⁴¹

4. Zwischenbemerkung

Der Begriff der Prozeduralisierung des Rechts geht über die Idee eines neuen Rechtstyps oder einer neuen Rechtfertigungsgrundlage des Rechts hinaus. Er führt zu einem Umbau der Vorstellung eines modernen Rechtssystems. Es handelt sich dabei nicht um ein postmodernes Recht.⁴² Es handelt sich vielmehr um die Modernisierung des modernen Rechts. Der reflexive Citoyen, die reflexive Repräsentation,

das reflexive Rechtssystem sind Begrifflichkeiten, die die Anforderungen an das Recht klären. Wie das Recht sich auf diese Anforderungen einstellt, wie es die interne rechtliche Kommunikation umbaut, ist eine mit "Reflexivität" noch nicht beantwortete Frage. Prozeduralisierung ist auch nur ein Begriff für etwas zu Klärendes.

Darauf lässt sich in einer doppelten Weise reagieren. Man kann den Ideologieverdacht radikalisieren und "Prozeduralisierung" als Fortsetzung der politischen Klassenspaltung mit neuen Mitteln zu analysieren und zu erklären versuchen. Man kann aber auch versuchen, das Phänomen der Prozeduralisierung des Rechts dahingehend zu befragen, ob es in der Lage ist, mit der Selbstillusionierung des Rechts umzugehen, ob es Reflexivität so weit radikalisieren kann, daß es seine eigene Fetischisierung durchschauen kann.

Letzteres zur Diskussion zu stellen, ist die Absicht im folgenden. Es wird zunächst der Versuch gemacht, die Idee einer Modernisierung des modernen Rechts durch Prozeduralisierung historisch wie systematisch genauer zu fassen (Abschnitt IV). Es lassen sich dann die Möglichkeiten abschätzen, inwieweit eine solche Thematisierung der Prozeduralisierung des Rechts zu dieser radikalen Reflexivität beitragen kann.

IV. Ein Entwicklungsmodell zunehmender Prozeduralisierung

1. Der Ausgangspunkt

Prozedurales Recht ist der zentrale Mechanismus der Herstellung einer *bürgerlichen Gesellschaft* gewesen. Prozedurales Recht diente dazu, hierarchische Strukturen und korporative Strukturen zu ersetzen und damit einen Freiraum für Assoziationsbildung (= bürgerliche Gesellschaft) zu schaffen. Prozedurales Recht ermöglichte also einen neuen Typus von Kommunikation.⁴³ Die prozedurale Rechtfertigung rechtlicher Regeln beschränkte sich auf den engeren Bereich verfassungsrechtlicher Regeln der Sicherung politischer Freiheitsrechte. Die Spezifizierung auf Politik schließlich ermöglichte die Konstitution der Gesellschaft aus der Frontstellung gegen den Staat. Der Gegensatz von Staat und Gesellschaft bezeichnete die Schnittlinie, an der Prozeduralisierung nur ansetzen konnte. Die Binnenverhältnisse von Staat und Gesellschaft blieben naturrechtlich geregelt.⁴⁴

Dies erklärt, warum der Schlüssel zur Analyse dieser bürgerlichen Gesellschaft die *politische Öffentlichkeit* geworden ist.⁴⁵ Politische Öffentlichkeit ist der Versuch, einen Bereich gesellschaftlicher Kommunikation freizusetzen und ihm

eine prozedurale Begründung zu geben. Mit dem Versuch der Herstellung politischer Öffentlichkeit ist der Ausbau prozeduralen Rechts notwendig verbunden.⁴⁶

Vermittelt über prozedurales Recht ist auch der Ausbau materialen Rechts an diese erste Stufe der Prozeduralisierung gebunden. Denn die soziale Ordnung, die mit solchen Rechtsformen hergestellt werden soll, ist ihrerseits prozedural gedacht und damit prozedural geregelten Begründungs- und Entscheidungszwängen unterworfen.⁴⁷ Doch dieser Ausbau gewinnt in der Phase wohlfahrtsstaatlicher Entwicklungen eine Eigendynamik, die seine prozeduralen Wurzeln zunehmend verdecken.

Der Begriff, mit dem diese prozedurale Rationalität gedacht wurde, bleibt aber auf dieser Stufe moderngesellschaftlicher Entwicklung sehr allgemein. Es reichte der Rekurs auf *formale Rationalität* aus. Dies gelingt aber nur so lange, wie der *Kontext* dieser Rationalität mit der Entgegensetzung von Staat und Gesellschaft angemessen beschrieben werden kann. Dies aber ist in dem Moment nicht mehr der Fall, wo die bürgerliche Gesellschaft ein sich selbst reproduzierendes System wird und im bloßen Gegensatz zum Staat nicht mehr angemessen gefaßt werden kann.

2. Der Übergang in die *Arbeitsgesellschaft*

In dem Maße, wie die Organisation gesellschaftlicher Arbeit *in* der bürgerlichen Gesellschaft zum Zentralproblem moderner Vergesellschaftung wird, muß das Recht Prozeduren der Koordination antagonistischer kollektiver Interessen bereitstellen. Es muß kollektive Akteure konstituieren und ihre Kooperation reproduzieren, d.h. den entstehenden "Klassenkampf" institutionalisieren. Unternehmerverbände, Gewerkschaften und der Staat als kollektiver Akteur werden durch Recht hergestellt und reproduziert.⁴⁸

Das prozedurale Recht gewinnt mit dem Übergang von der bürgerlichen Gesellschaft in die *Arbeitsgesellschaft* eine neue Rolle. Denn mit der Dominanz arbeitszentrierter Vergesellschaftungsformen gewinnt der Bourgeois gegenüber dem Citoyen an Bedeutung. Das prozedurale Recht wird in einem bestimmten Sinne "realistischer". Es verläßt sich nicht mehr auf den tugendhaften Bürger. Prozedurales Recht heißt, die staatsbürgerlichen Freiheiten selbstsüchtiger Individuen, also ihre Interessen, so zu koordinieren, daß kollektive Güter entstehen können. Es ist also das Problem der Transformation von individuellen Vorteilen in kollektive Vorteile ins Zentrum prozeduraler rechtlicher Regelungen gerückt.⁴⁹ Dafür werden im Rechtssystem Einrichtungen, Verfahren, Befugnisse, Kompetenzen und Pflichten normiert, die dazu dienen, Interessen zu einem kollektiven Gut zu aggregieren.

gieren. Das erfordert es, individuelle Interessen in kollektive Interessen zu transformieren und damit Interessengegensätze handhabbar zu machen.

Prozedurales Recht hat dann die Funktion, diese Konstitution kollektiver Akteure zu ermöglichen und zugleich die Auseinandersetzungen zwischen diesen kollektiven Akteuren zu strukturieren. Die zentralen prozeduralen Regelungen betreffen (zumindest in den westlichen kapitalistischen Arbeitsgesellschaften) die Konstitution und Koordination von kollektiven Akteuren, die mit der kapitalistisch organisierten Arbeitsgesellschaft entstanden sind, also Unternehmerverbände und Gewerkschaften sowie staatliche Verwaltungsbürokratien.⁵⁰ Prozedurales Recht wird in der Arbeitsgesellschaft ein Mechanismus der Konstitution von "Klassenakteuren" und der Institutionalisierung des Klassenkampfs.

Das prozedurale Recht der Arbeitsgesellschaft kann folglich seine Legitimität nicht mehr zureichend in den Prinzipien formaler Rationalität finden, die auf die Sicherung der Freiheitsrechte von Individuen ausgerichtet sind. Das hinter dieser Vorstellung stehende Marktmodell gesellschaftlicher Beziehungen ist bereits institutionell ausgehebelt. Es muß einen neuen Rationalitätsanspruch reklamieren: nämlich gerecht zu sein, kollektive Güter, nicht mehr individuellen Nutzen, eine kollektive Moral, nicht mehr nur eine individuelle Moral herzustellen. Und das wurde dann *materiale Rationalität* genannt.

Dieses Modell materialer Rationalität verlegt die prozeduralen Rationalitätsbedingungen weg von der politischen Öffentlichkeit in die Sphäre gesellschaftlicher Auseinandersetzungen um Interessen, also in die Gesellschaft selbst. Dies ist die evolutionäre Entwicklungschance für den *Staat* geworden. Denn der Staat wird nun zum Garanten prozeduraler Rationalität, indem er materiale Rationalität garantiert. Der Wohlfahrtsstaat ist das logische Ende dieser Entwicklung. Er ist damit auch zu Ende.⁵¹ Der Wohlfahrtsstaat gerät mit dem regulativen Recht, auf das er baut, in Schwierigkeiten. Offensichtlich reicht seine prozedurale Rationalität der Koordination kollektiver Akteure nicht aus, um Kollektivgüter zu erzeugen. Seine "prozedurale Rationalität" sichert nicht die Herstellung von Kollektivgütern jenseits arbeitszentrierter Interessenlagen. Dafür gibt es zwei - miteinander zusammenhängende - Gründe.

Die Grenze prozeduraler Rationalität besteht einmal darin, daß die Herstellung von Kollektivgütern angesichts der Irreversibilität von zu treffenden Entscheidungen schwierig geworden ist. Der entscheidende Engpaß besteht dann darin, daß die Koordination von kollektiven Akteuren angesichts solcher Probleme zu versagen beginnt. Es entstehen interne Koordinationsprobleme; es kann nicht mehr auf die Zustimmung von Entscheidungen gerechnet werden; Dissens wird zum Normalzustand in gesellschaftlichen Kommunikationsprozessen. Somit bleibt

nur die Wahl: autoritäre Herstellung von Konsens oder Restrukturierung der Logik politischer Kommunikation jenseits von Konsensunterstellungen.⁵²

3. Auf dem Weg in die Kommunikationsgesellschaft

Das entscheidende Phänomen, auf das die Theorie reagieren muß, ist die *Multiplikation kollektiver Akteure und die kommunikative Verflüssigung von Standards materialer Rationalität*. Partikulare Interessengruppen, moralische Kreuzzügler, gegen-kulturelle Bewegungen intervenieren in die staatliche Reproduktion gesellschaftlicher Verhältnisse. Das ist der Beginn der *Kommunikationsgesellschaft*.⁵³

In dieser Kommunikationsgesellschaft muß das Recht seine prozedurale Rationalität umbauen. Es geht einmal um die Überlastung der Regulierungsfunktion. Dieses Problem verstärkt sich in dem Maße, wie das Rechtssystem am Maßstab materialer Rationalität festhält. Hinzu kommt aber noch ein weiteres - und vielleicht entscheidendes - Problem: nämlich die Überlastung des Rechts mit Konflikten, die "litigation explosion". Diese litigation explosion wird um so prekärer, je mehr das Rechtssystem an traditionellen Standards rechtlicher Rationalität, hier formaler Rationalität, festhält. Je mehr beides, die Überlastung formaler wie materialer Rationalitätsannahmen des Rechts, zunimmt, um so mehr sind die Rechtsakteure gezwungen, einen strategischen Gebrauch vom Recht zu machen. Das tun sie zwar immer⁵⁴, aber doch unter restriktiver Bedingung. Wenn diese restringierende Bedingung, nämlich die Aufrechterhaltung der Idee einer Rationalität des Rechts, fällt, dann entsteht der Kampf aller gegen alle - und das Recht kann Konfliktlösung nur mehr contingent setzen.

Das in der Entwicklung der Arbeitsgesellschaft entstehende Problem lautet also: Wie läßt sich die Ausdifferenzierung kollektiver Akteure und deren problemspezifische und problemgeneralisierende Sichtweise *koordinieren*? Und wie kann diesen Koordinationsversuchen Rationalität unterstellt werden? Die Antwort lautet: Das Recht muß Kommunikation über Bedeutung sicherstellen. Es muß die symbolische Darstellung von Interessen in politischen Kommunikationszusammenhängen ermöglichen.⁵⁵

Die Begründung einer Rationalität des Rechts unter solchen Bedingungen hat auf zwei Herausforderungen zu reagieren. Eine erste betrifft die Frage der soziokulturellen Grundlagen:

- Kollektivgüter lassen sich, wenn ihre Nichtbereitstellung irreversibel ist, nicht mehr mit "Gerechtigkeitsformeln" bestimmen; denn sie betreffen das gute Leben des Kollektivs als Ganzes.

- Mit Hilfe von Leistungsrechten lässt sich keine Solidarität herstellen (der Ersatz ist gerade die rechtliche Konstitution kollektiver Akteure!); kollektive Güter können nur mehr dann auf Dauer zur Verfügung stehen, wenn "Reziprozitätsinteressen" rechtsfähig werden, wenn Recht also über materiale Rationalität hinaus moralisiert wird.

Eine zweite betrifft die institutionellen Reproduktionsbedingungen:

- Die fehlende Solidarität führt zur Ausdehnung des Staates, der nun auch die Funktion der Herstellung und staatlichen Durchsetzung einer "kollektiven Haltung" übernimmt. Das führt potentiell in den Sicherheits- und Präventionsstaat (Denninger 1988).
- Die politische Repräsentation von Interessen kann nicht mehr auf territoriale (Wahlrecht) oder funktionale (Verbände) Repräsentation beschränkt werden; jenseits dieser Formen der Herstellung kollektiver Akteure finden sich heute neue kollektive Akteure, die neuen sozialen Bewegungen, die in das rechtlich geregelte Feld politischer Aushandlungen und Tauschbeziehungen eingreifen und es zu moralisieren beginnen.

Prozedurales Recht, verstanden als Rechtsschutz gegen den Staat für das Individuum (Freiheitsrechte) oder für soziale Klassen (Recht auf kollektive Interessenvertretung), reicht heute nicht mehr aus, um das Feld sozialer Auseinandersetzungen rechtlich zu normieren. Prozedurales Recht in der Kommunikationsgesellschaft muß auf die Folgen der alten und neuen "Korporierung" der Gesellschaft durch kollektive Akteure und organisierte Handlungssysteme reagieren.⁵⁶

Das läßt einen Strukturwandel des prozeduralen Rechts erwarten. Prozedurales Recht verliert den Kontakt zu Vorstellungen regulatorischer Effektivität. Es wird auf seine symbolischen Funktionen reduziert. Recht wird nicht mehr benutzt, um zu Entscheidungen zu gelangen. Es dient nun als Mechanismus der Konstitution freier und effizienter kollektiver Akteure. Die Kommunikationsgesellschaft konstituiert sich als Streitgesellschaft.⁵⁷

Die Entwicklung des prozeduralen Rechts bringt seinerseits neues material-rationales Recht hervor. Doch der Kontext material-rationaler Rechtsproduktion ist verändert. Er ist bestimmt von antagonistischer Professionalisierung (Experten versus Gegenexperten). Er gibt den Minoritäten die Macht der Machtlosen.⁵⁸ Er moralisiert Probleme in antagonistischer Weise (wie die Beispiele, Ethikkommissionen und Gegen-Hearings zeigen). Diese materiale Rationalität unterscheidet sich also dadurch von ihren klassischen Formen, daß sie sich selbst in Prozeduren sozialer Auseinandersetzungen konstituiert. Prozedurale Rationalität ist der Schlüssel zur Rationalität des Rechts geworden.

4. Zur Entwicklungslogik der Prozeduralisierung

Man kann die Entwicklungslogik der "Prozeduralisierung" nicht an der Entwicklung von Rechtsformen festmachen. Das führt nur zu parallelen, mehr oder weniger plausiblen Klassifikationen. So läßt sich etwa für das regulative Recht zeigen, daß die Entwicklung vom konditionalen Recht (für die, die Geld haben, sowie für die, die keines haben = BGB und Armen-/Polizeyrecht) über das zweckorientierte Recht (Korrektur von Verteilungen) bis hin zu einem moralorientierten Recht (Bereitstellung von Kollektivgütern für ein gutes Leben) reicht. Die Entwicklungslogik des Rechts ist mit solchen (oder an alternativen Rechtsformen gezeigten) Klassifikationen nicht zu fassen. Sie muß auf der Ebene von Strukturen gesucht werden, die das Verhältnis dieser Rechtsformen bestimmten. Den Schlüssel dafür suche ich in der *kommunikativen Struktur des Rechts*.

Diese kommunikative Struktur ist zunächst nur negativ bestimmt worden. Das Recht setzt zunächst nur Kommunikation frei. Dafür eignet sich der Begriff des *virtuellen Diskurses*: Das Recht der bürgerlichen Gesellschaft koordiniert dadurch, daß es Kommunikation im Kontext von Macht und Tausch freisetzt. Es verknüpft exekutivischen Staat und Marktgesellschaft, indem es Beziehungen der Macht und des Tausches in solche "negativen" Rechtsbeziehungen umdeutet. Es ist jene Institution, die den Staat begrenzt und Gesellschaft konstituiert. Dem Recht wird dann auf Grund seiner Formqualitäten kommunikative Rationalität zugeschrieben. Die Rationalität des Rechts kann sich dabei auf die Idee eines qua Recht ermöglichten Diskurses berufen. Das Recht sichert also in seiner frühbürgerlichen Form einen "virtuellen Diskurs".⁵⁹

Mit der Konfliktualisierung sozialer Beziehungen im Zuge der Durchsetzung der Arbeitsgesellschaft erweist sich der virtualisierte Diskurs als hilflos. Er endet in Klassenkampf und bzw. oder imperialen Machtformen. Das Recht muß Funktionen der Zähmung dieser Konflikte übernehmen. Das Recht institutionalisiert Kommunikation in Form *repräsentativer/advokatorischer Diskurse*. Es entsteht der Verbände- und Justizstaat, dessen Probleme parlamentarisch, justitiell und administrativ abgearbeitet werden. Es entsteht ein "advocacy market", der traditionelle Formen politischer Öffentlichkeit ersetzt. Es entstehen neue effiziente "free riders", die sich des administrativen Systems zu bedienen wissen. Der repräsentative/advokatorische Diskurs entwickelt sich bis hin zum *korporativen Diskurs*. Es entsteht ein intermediärer Bereich im Hinblick auf Interessenartikulation wie im Hinblick auf Interessenbefriedigung: Korporative kollektive Akteure und ein "dritter Sektor" jenseits von Markt und Staat zwingen das Recht dazu, seine Funktion der Institutionalisierung von Kommunikation zu erweitern.⁶⁰

Dieser Diskurs koordiniert nicht mehr, sobald die free riders der Arbeitsgesellschaft und des Wohlfahrtsstaats jene Schwelle überschreiten, die von der exogenen Mobilisierung zu einer endogenen Mobilisierung führt. Exogen blieb Mobilisierung, solange die Koordination von Akteuren über rechtliche Regelungen vermittelt wurde und entstehende Konflikte über parlamentarische bzw. justizielle Verfahren geregelt wurden. Endogen wird Mobilisierung, sobald die Definition von Kollektivität ein selbstorganisierter Prozeß geworden ist.⁶¹ Das Recht sieht sich angesichts dieser endogenen Mobilisierung in *reale Diskurse* verwickelt. Es wird selbst zum Thema und damit zur Disposition gestellt. Dies zwingt zur Institutionalisierung realer Diskurse, die die Verknüpfung von moralischen Perspektiven mit Interessen erlauben (Reziprozitätsinteresse: ich möchte, daß es dem anderen ebenso gut geht wie mir!). Hier gewinnt prozedurale Rationalität eine neue Qualität. Denn Recht wird nun zu einem Mechanismus der Herstellung politischer Kommunikation. Es stellt die Bedingung der Möglichkeit von meta-politischer Öffentlichkeit her. Es wird zu einem Mechanismus der Formierung von Feldern sozialer Auseinandersetzungen. Das Recht institutionalisiert die Gruppengesellschaft als Streitgesellschaft.⁶² Es kann nun die prozedurale Rationalität reklamieren, die kommunikativen Beziehungen implizit ist.

Damit ist ein Modell formuliert, das den engen Zusammenhang der Prozeduralisierung des modernen Rechts mit der Entwicklungsdynamik des prozeduralen Rechts zeigt. Es läßt sich folgendermaßen schematisch darstellen:

Abb.: Entwicklungslinien des prozeduralen Rechts:

prozedurales Recht:	Selbst-beschreibung:	Koordinations-probleme:	Diskursformen:
negative Rechte, Rechtsstaat	formal-rationales prozedurales Recht	Marktmodell kommunikativer Verständigung	virtueller Diskurs
Konstitution kollektiver Akteure	material-ratio-nales prozedu-rales Recht	oligarchische Formen kommunikativer Einigung	repräsentativer advokatorischer Diskurs
symbolischer Gebrauch des Rechts	prozedural-rationales Recht	Kampfmodell kommunikativer Einigung	realer Diskurs

5. Pathologische Lernprozesse im prozeduralisierten Recht

Die Problematik neuartiger Rechtsformen kann in seinen nichtrationalen Folgen sichtbar gemacht werden, wenn wir einen Begriff prozeduraler Rationalität haben.⁶³ Folgende Kontrastprogramme zur Evolution prozeduraler Rationalität sind denkbar:

- Prozeduralisierung als Involution des Rechts,
- Prozeduralisierung als Devolution des Rechts.

Involution des Rechts ist dann zu erwarten, wenn die litigation explosion das Recht dazu zwingt, eine Form symbolischer Macht jenseits von politischer Legitimation zu suchen. Seine letzte Rationalität bleibt dann Autopoiesis mit den klassischen Mitteln - und das bedeutet das Ende einer Evolution des Rechts.⁶⁴ Recht (rechtliche Autopoiesis, Reproduktion des Feldes rechtlicher Kommunikation - wie die begrifflichen Spezifizierungen dann immer lauten mögen) reduziert sich in diesem Fall auf das klassische Nachtwächtermodell gesellschaftlicher Steuerung.⁶⁵

Devolution des Rechts findet dann statt, wenn das Recht beginnt, sich nur mehr mit den eigenen symbolischen Produktionen zu beschäftigen, sich in einer "simulierten Welt" einrichtet. Der Begriff der Autopoiesis - kritisch gerichtet - macht genau darauf aufmerksam: *Das Recht wird zu sehr autopoietisch!* Die Bedeutung des Problems der symbolischen Organisation der Gesellschaft durch das Recht eröffnet die Möglichkeit der Verselbständigung und Ritualisierung des rechtlichen Handelns. Rechtliche Praxis als bloße Symbolisierungsstrategie ist ein wahrscheinliches Ergebnis eines prozeduralen Rechts; denn die Beteiligten am Rechtssystem werden mit Symbolen professionelle Politik machen. "From advocacy to symbolism" (Gates/McIntosh 1988) - das ist der Ausgang, der hier eröffnet wird. Recht wird zum Medium symbolischer Auseinandersetzungen, ohne selbst noch strukturierend in diese Auseinandersetzungen eingreifen zu können. Damit verliert das Recht seine spezifische Form als "Institution" in einer komplexen modernen Gesellschaft.

Evolution des Rechts (bzw. seiner Autopoiesis) ist deshalb nur mehr denkbar als rechtliche Institutionalisierung einer Kommunikations- und Streitgesellschaft. Das aber heißt nichts anderes, als prozedurale Regelungen zu finden, die die Herstellung (bzw. Wiederherstellung) eines öffentlichen Raumes ermöglichen. Die Rechtstheorie kann diesen Prozeß nicht mehr nur normativ zu steuern versuchen. Dabei wird sie notwendig scheitern.⁶⁶ Sie muß sich selbst als Teil eines Kommunikationszusammenhangs sehen, in dem sie qua Beteiligung die prozeduralen Regeln zu setzen und prozedurale Rationalität durchzusetzen versucht - und das immer in der Auseinandersetzung mit denen, die nicht nur mehr oder weniger

Kommunikation wollen, sondern auch mit denen, die gar keine Kommunikation und fachlich-professionelle Rationalität wollen. Das Sich-Einlassen auf solche Auseinandersetzungen bedeutet aber, den Zweifel dem anderen gegenüber auch sich selbst gegenüber gelten zu lassen und zugleich das "Spiel" zu durchschauen, das in sozialen Auseinandersetzungen mit dem Zweifel getrieben werden kann. *Das Ergebnis ist eine soziale Welt, die nicht nur objektiv risikoreicher, sondern auch kommunikativ risikoreicher geworden ist.*

V. Schlußfolgerungen

In der Entwicklung eines "postregulatorischen Rechts" geht es um ein Recht, das die faktische Regulation durch das Recht (und die komplementäre Gegenregulation, nämlich den Gebrauch des Rechts) selber noch rechtlich kontrollierbar macht. Der Engpaß ist nicht Regulation, sondern die Auswahl von Alternativen.⁶⁷ Und das leistet prozedurales Recht. An die Stelle interventionistischer Strategien des Staates tritt ein prozedurales Recht, das die normativen Voraussetzungen für Auseinandersetzungen um Selektionen herstellt. Man kann das Formen indirekter Steuerung nennen. Prozedurales Recht ist also ein Recht, das nicht die Regulierung von Systemproblemen (Recht als Probemlösung), sondern die Herstellung einer symbolischen Ordnung, einer "Verfassung" der Gesellschaft oder ihrer Teilbereiche, ermöglicht (Recht als Konfliktlösung).

Für die Analyse dieses Zusammenhangs ist die Unterscheidung von *Recht als Institution* und *Recht als Medium* nützlich. Regulatorisches (interventionistisches) Recht konstituiert Recht als Medium und verläßt sich dabei auf die vorgegebenen institutionellen Randbedingungen. Prozedurales Recht sichert Recht als Institution. Die Entwicklung des regulatorischen Rechts (bedingt durch die Logik kollektiven Handelns und durch funktionale Differenzierung) führt notwendig zur Überlastung von Recht als Institution (die Kolonialisierungsthese benennt nur die komplementäre Perspektive der davon Betroffenen!). Recht als Institution muß evolvieren, will es Recht als Medium (also die regulativen Funktionen) nicht einfach zusammenbrechen lassen und sich einigen.⁶⁸ Prozedurale Rationalität ist gerade deswegen ein Problem, weil Regulierungsleistungen durch das Recht weiter zunehmen werden. Es erhöht sich *gleichzeitig* Regulierungsbedarf und Kommunikationsbedarf. Was sich verändert, ist der Ort, die Struktur des sozialen Feldes, das auf Entscheidungsprozesse spezifiziert wird.

Die Rede vom reflexiven Recht (Teubner/Willke 1984, Luhmann 1985) macht diesen Machtaspekt nur bedingt sichtbar. Sie offeriert eher ein platonisches Ideal:

Die weisen Philosophenkönige werden zu reflexiven Gesetzgebern reflexiven Rechts. Das soll die Selbstregulation von Systemen ermöglichen. Eine soziologische Lesart dieser Idee wäre: Das Recht versucht, Gruppenbildung, die Bildung kollektiver Akteure in systemspezifischen Kontexten zu fördern und damit die Fähigkeit der Selbstorganisation durch Auseinandersetzung bzw. Kooperation dieser kollektiven Akteure zu fördern. Reflexives Recht ist der Versuch, auf das Phänomen der "*Interessengruppenexplosion*" zu reagieren. Doch die Vorschläge gehen nicht über das hinaus, was das Recht bereits in der Arbeitsgesellschaft an prozeduralen Regelungen vorgesehen hat. Es verfehlt damit den spezifischen Strukturwandel, den das Recht deswegen durchmacht, weil ein explodierender Gebrauch von ihm gemacht wird. Das Recht wird zum Medium symbolischer Darstellung und zum Medium der Machtakkumulation konkurrierender Interessengruppen (im weitesten Sinne).⁶⁹

Dem "ökologischen" Recht (Blanke, Ladeur) geht es um die rechtliche Herstellung eines gesellschaftlichen Naturzustandes und einer dazu passenden Umweltethik. Ökologisches Recht führt zur Hyper-Moralisierung des Rechts. Es stellt eine neuartige Variante materialer Rationalität dar, auf die die Kritik prozeduraler Rationalität weiterhin zutrifft. Es unterschätzt damit das Problem, daß ethische Überzeugungen prinzipiell strittig sind. Es geht nicht um die Herstellung einer neuen Moral, sondern darum, die Bedingungen für die Diskussion einer neuen Umweltethik unter Bedingungen herzustellen, die ich als "*Betroffenengruppenexplosion*" bezeichnen möchte. Das ökologische Recht bricht unter der Macht der Betroffenen zusammen. Es versucht es beidem: dem regulativen wie dem prozeduralen Recht recht zu machen. Die Folgen wären selbstdestruktiv: weder Kommunikation noch Regulation.

Die hier verteidigte Idee einer weiteren Evolution des modernen Rechts bestünde in der Spezifizierung auf seine kommunikativen Funktionen. Prozeduralisiertes prozedurales Recht zwingt dazu, die Machtfrage in die Evolution des modernen Rechts einzubauen. Das prozedurale Recht gewinne in diesem Evolutionsprozeß eine Schlüsselrolle. Es wäre jener Erfahrungszusammenhang, an dem sich Kommunikation und Macht kreuzen und miteinander verbinden. Das Ergebnis wäre ein Recht, das die Koordination selbstbewußter kollektiver Akteure so regelt, daß Kommunikation auch eine Macht werden kann und mit Gegenmacht sich auseinandersetzen kann. In der Rede von der Prozeduralisierung des Rechts ginge es dann um nicht mehr und nicht weniger als um eine sekundäre Absicherung kommunikativer Rationalität im "wirklichen" sozialen Leben.

Anmerkungen

- 1 Diese Funktion ist das Thema der Analysen und Forschungen zu "litigation" und "dispute settling". Vgl. dazu vor allem den Überblick bei Griffiths (1982).
- 2 Es geht also nicht nur um die Sicherung von Anschlußhandlungen im System, sondern um eine Form der Sensibilität solcher Systembildungsprozesse im Kontext einer Umwelt, die aus Handlungen (affirmativen wie kritischen) besteht. Diese Umwelt redet, und für dieses Reden müssen Verfahren der Selektion solcher Kommunikationen eingerichtet werden. Auf dieser abstrakten Ebene besteht kein grundlegender Unterschied zu Luhmanns Konzept der Funktion von Prozeduren. Sie sollen Kommunikation ermöglichen. Siehe Luhmann (1969). Die Frage ist nur: welche? Eine interessante Diskussion genau dieser Frage findet sich in Lawrence (1976), einer der seltenen Untersuchungen über die politische Funktion prozeduraler Normen.
- 3 Das impliziert bereits eine Reformulierung des Zentralproblems soziologischer Theoriebildung, das klassischerweise als das Problem der sozialen Ordnung bestimmt worden war (Parsons 1954). An dieser Festlegung ändert auch Luhmanns Versuch einer Dynamisierung des Ordnungsproblems als einer autopoietischen Prozeßstruktur nichts; vgl. Luhmann (1981b).
- 4 Dies zeigt sich etwa in Aktionärsversammlungen, wo sich Aktionäre nicht mehr länger mit der Publikumsrolle abspeisen lassen. Am Beispiel des Kursrechts hat Dezelay (1989) die Bedeutung professioneller Verselbständigung und ihrer Implikationen für die Reproduktion des Rechts gezeigt.
- 5 Am Umweltrecht zeigt sich, wie die Ungewißheit über Wirkungszusammenhänge und die Irreversibilität von Entscheidungen dazu führen, daß Unsicherheit durch Dauerkommunikation in den politischen Institutionen bearbeitet und Entscheidung zum by-product von Kommunikationsprozessen wird. So kann die Reversibilität von politischen Entscheidungen institutionalisiert werden. Ein Beispiel ist das Umwelthaftungsrecht (Brüggemeier 1989).
- 6 Hier ist der objektive Grund für die jüngeren Theorien "politischen Tausches" zu suchen. Vgl. dazu Traxler (1988) und allgemeiner Elchardus (1988). Das wichtigste "Gesetz" kooperativen Staatshandelns ist das "Gesetz des Wiedersehens". Wer mit von der Partie bleiben will, muß auch in Zukunft wieder gern gesehen werden!
- 7 Die Bandbreite zwischen soft law und hard law reicht von gentlemen's agreements über institutionalisierte Planungen (wie etwa Stadtsanierungen) bis hin zu kontraktuellen Abstimmungen (etwa Erschließungsverträgen). Prozeduralisiertes Recht kann sich also sehr verschieden manifestieren.
- 8 Dieses Graufeld ist Gegenstand der Forschungen zur "informal justice" (Abel 1980a), zum "communal law" (Galanter 1980) und zum "unofficial law" (Griffiths 1986). Daß es sich überhaupt um ein "Graufeld" handelt, zeigt, daß die Mittel der Selbstbeschreibung des Rechtssystems nicht mehr so recht reichen. Grau ist, was durch die offiziellen Rechtsbegriffe nicht mehr beleuchtet werden kann.
- 9 Das ist von Luhmann (1969) betont worden, gehört aber zur alltagspraktischen Logik professionellen Rechtshandelns, die jedem Rechtsakteur intuitiv bekannt ist. Diese Wahrnehmung und Erfahrung der "Enttäuschungsabwicklung" läßt sich allerdings nur so lange durchhalten, wie Kommunikation im Rechtssystem diese Illusion nicht zum Thema macht. Die Substantialisierung des Rechts hat es bislang erlaubt, diese Kommunikationsblockierung mit Verweis auf die "Komplexität" von Sachverhalten festzuschreiben. Dies gelingt

allerdings dann nicht mehr, wenn diese Verfahrensabarbeitung faktisch nicht mehr funktioniert. Die "litigation explosion" erweist sich als ein selbstdestruktiver Mechanismus. Siehe dazu das aufschlußreiche Szenario über "The day after the litigation explosion" von Galanter (1986).

- 10 Daß dies auch funktional ist, zeigt sich daran, daß das klassische Ordnungsrecht angesichts nichtkalkulierbarer Folgen von Entscheidungen überlastet werden muß. Andererseits erlaubt das neue Recht, den informellen Unterbau zu reformalisieren (wieder zu "verrechtlichen"). Der wichtigste Mechanismus ist die Beteiligung Dritter: Öffentlichkeitsbeteiligung, verbunden mit der Ersetzung von Rechtsschutz durch Teilhabe. Man braucht dann auch nicht mehr schwierig bereitzustellende und immer prekäre substantielle Legitimation zu mobilisieren; es reicht die durch Beteiligung hergestellte Akzeptanz.
- 11 Der Terminus "selbstregulative Leistungen" indiziert die Differenz des prozeduralen zum regulativen Recht. Zugleich reagiert er darauf, daß auch prozedurales Recht steuernde Funktionen übernimmt, nämlich "selbstregulative".
- 12 Das ist das zentrale Argument in meinem Aufsatz zur "Autorität des Rechts" (Eder 1987). Die Konjunktur prozeduraler Rationalität antwortet nur auf eine "Krise" der Rationalitätsunterstellungen regulativen Rechts.
- 13 Deren Apotheose finden wir in Deutschland und Frankreich, den klassischen Ländern mit kontinentalen Rechtsformen. Im angelsächsischen Bereich stellen sich die mit der Ausdehnung von rechtlicher Regelungskompetenz verbundenen Rationalitätsprobleme nicht in diesem Maße - was nicht heißt, daß solche Probleme dort nicht bestünden. Im Gegenteil! Sie werden nur langsamer kommuniziert, was sich u.U. auch als evolutionärer Engpaß erweisen kann.
- 14 Diese suggestive Luhmannsche Formel (Luhmann 1983: 354 ff., 1985) heißt nichts anderes, als daß das Recht Normierungen produziert, die rechtliche Kommunikation auf Dauer stellen. Daß dafür prozedurales Recht eine Schlüsselrolle besitzt, ist offensichtlich. Weiterführend und paradigmatisch stabilisierend Nelken (1988) und Teubner (1989b).
- 15 Und das bei abnehmender Leistungsfähigkeit des Rechts! Die Klagen über die Entmündigung der Klienten im Rechtsstreit durch professionelle Vertretung sind alt. Sie haben nur ein neues Ausmaß - gerade dank der Effekte von Rechtsschutzversicherungen - gefunden und damit dem Problem eine höhere Kommunikationsdichte vermaßt. Vgl. dazu Bertilsson (1989) mit weiteren Hinweisen. Die aktuellen Klagen über fehlendes Rechtsbewußtsein bzw. über fehlende "Akzeptanz" des Rechts gehen in dieselbe Richtung. Sie klagen über Selbstproduziertes: nämlich ein von rechtlicher Kommunikation abhängiges Publikum.
- 16 Daß eine solche Annahme unter Juristen Widerspruch erregen muß, ist offensichtlich. Ernst zu nehmen ist allerdings der Einwand selbstdestruktiver Folgen kommunikativer Verflüssigung für kommunikative Rationalität. Gerade das kann aber durch diese kommunikative Verflüssigung thematisch gemacht werden. Und das spricht wieder - und dies aus funktionalen Gründen! - für kommunikative Verflüssigung.
- 17 Ein Beispiel sind die "Selbsthilfe" und Selbstorganisationsvorstellungen jenseits von Markt und Staat. Vgl. etwa die Arbeiten von Schuppert (1989a, 1989b). Eine theoretische Fundierung findet sich in Pizzorno (1986a, 1986b).
- 18 Das ist eine Formel von Preuß (1989). Bereits die Formel verrät den Rückgriff auf ein verlorenes und idealisiertes Vergangenes. Prozeduralisierung ist insofern auch ein Prozeß, der auch die Selbstbeschreibung des Rechtssystems dynamisiert und ideologische Auseinandersetzungen animiert.

- 19 So ist die Idee einer Umweltethik im Recht verbunden mit einer Anerkennung dessen, was dem Staat entgegengesetzt ist: Natur und Gesellschaft. In der Herstellung eines rechtlich garantierten Rahmens für die Vergesellschaftung von Natur ist die spezifische Funktion der Prozeduralisierung des Rechts und seine Selbstlegitimierung zu lokalisieren. Diese Form der rechtlichen Sicherung einer von Markt und Staat unbehelligten Natur hat natürlich gewisse konervative Züge.
- 20 Das Beispiel der Umweltethik ist das frappierendste. Hier treffen sich Spaemann und Gorz. Vgl. auch die Diskussion um Konservatismus und Traditionalismus bei den Grünen. Die Effekte auf die Rechtstheorie sind noch schwer auszumachen. Doch die Idee eines "ökologischen Rechts" gibt zu denken.
- 21 Insofern gehen Prozeduralisierungen über das Modell rationalen Handelns hinaus. Beide Vorstellungen machen zugleich deutlich, daß eine nur strategische Deutung der Vorteile von Prozeduralisierungen unzureichend ist. Was kann Strategie heißen in einer Situation, in der die Zukunft prinzipiell offen ist? Dann hilft nur noch der "Klassenstandpunkt", also die Verfolgung von objektivierten individuellen Interessen ohne Rücksicht auf Nebenfolgen.
- 22 Dazu vor allem Habermas (1983: 55 ff.). Vgl. auch Eder (1978, 1985). Die Gegenkritik setzt entweder auf ewige "Werte" (das ist die konservative Variante) oder auf "community" (die radikale Variante).
- 23 Dazu Habermas (1989), Eder (1990). Die Implikation lautet: politische Kommunikation im allgemeinen, ökologische oder Identitätskommunikation im besonderen. Eine andere - konkurrierende? - Implikation formuliert Teubner (1989b).
- 24 Das betrifft vor allem aktuelle Theorien einer autopoietschen Geschlossenheit des Rechtssystems (Teubner 1989a). Denn nicht die Autopoiese ist das Problem, sondern, auf welche Mittel ("Elemente") sich diese Autopoiese stützt. Insofern sind bislang die Kritiken am Autopoiese-Konzept zu formalistisch geblieben.
- 25 Das ist die Botschaft der Dekonstruktivisten. Vgl. dazu Frankenberg (1987) sowie die Diskussion bei Joerges (1989).
- 26 Die folgenden Bemerkungen können nur andeuten, in welche Richtung eine soziologische Desillusionierung klassischer Begriffe prozeduraler Rationalität führt. Sie sind deshalb eher programmatischer Natur.
- 27 Ich wähle hier absichtlich nicht den Begriff des Staatsbürgers, weil dieser ein zu weites Assoziationsfeld enthält. Citoyen wäre der beste Begriff, um dieses Problem zu fassen. Die aktuelle Debatte um citoyenneté in Frankreich bzw. citizenship in England zeigt die Angemessenheit dieses Begriffs.
- 28 Zum Modell siehe Eder (1985). Zur klassischen Kritik vgl. MacPherson (1967).
- 29 Die Vorstellung einer Superassoziation beherrschte vor allem die Sozialisten. Sie wurde im Zuge der Rationalisierung der Arbeitsgesellschaft durch den Wohlfahrtsstaat durch Vorstellungen strategischer Kooperation korporativer Akteure ersetzt. Sie taucht wieder auf in der Diskussion um den "dritten Sektor" neben Staat und Markt. Ein Überblick findet sich bei Streeck/Schmitter (1985) sowie bei Schuppert (1989a). Vgl. zur Idee der Koordination strategischer korporativer Akteure neben vielen anderen Pizzorno (1978), Offe/Wiesenthal (1980) und aus jüngerer Zeit Traxler (1988). Bereits ein wenig überholt, aber grundsätzlich wichtig die Diskussion um den Neokorporatismus (Schmitter 1974).

- 30 Die Literatur dazu ist noch unübersichtlich. Sie verbindet den Begriff des korporativen Akteurs mit Gesichtspunkten kollektiver Identität (Offe 1984) oder sozialer/moralischer Kompetenz (Preuß 1989). Vgl. auch Blanke (1986: 416 ff.), der das Modell des neuen politischen Aktivbürgers zeichnet.
- 31 Hier hat die Diskussion um das Widerstandsrecht einen systematischen Platz (Frankenberg 1984). Denn an ihm läßt sich zeigen, daß rechtliche Kommunikation mit der bloßen Differenz von Recht/Unrecht nicht mehr auskommt. Es muß "flexibler" kommunizieren - und das heißt, seine eigenen Unterscheidungen noch einmal reflexiv auf sich beziehen (wie immer das dann aussehen mag).
- 32 Diese Analyse knüpft an die Bourdieusche politische Soziologie an. Als Überblick und ausgezeichnete Diskussion vgl. Raphael (1989). Die zu erwartende Kritik an einem politischen Soziologismus hat sich natürlich sofort erhoben (allerdings eher in Frankreich).
- 33 Die - theoretische wie empirische - Literatur dazu ist inzwischen Legion. Siehe vor allem die klassischen empirischen Arbeiten von Rokkan (1969), Verba/Nie (1972) und Verba/Nie/Kim (1978). Sie sind allerdings bislang unzureichend gewesen, einen angemessenen Begriff politischer Partizipation empirisch einzulösen.
- 34 Zur Diskussion dieses Problemfeldes vgl. Offe (1988). Insbesondere die Idee der "Staatsbürger-Vouchers", die auch diffusen, nicht-organisierbaren Interessen eine Chance zur "Partizipation" geben, sucht auf das Problem der Kommunikation der Benachteiligung von Interessen zu reagieren. Siehe in diesem Zusammenhang auch Schmitter (1988).
- 35 Dazu jetzt den Essay von Rödel/Dubiel/Frankenberg (1989). Vgl. im Kontrast dazu auch die rationalistischen Argumente von Olson (1968) und Coleman (1982, 1986a, 1986b).
- 36 Ob dieses System koordinierten Dissenses der Logik politischer Klassenteilung entkommt, ist damit allerdings nicht entschieden. Zumindest ist ein Gegenmechanismus denkbar geworden.
- 37 Der Begriff der Arena hat Konjunktur im Rahmen der "Bewegungsforschung"; vgl. Rucht (1988a, 1988b).
- 38 Ein solcher Begriff des Rechtssystems wird von Bourdieu (1986) vorgeschlagen. Im Gegensatz zur bloßen Frontstellung zur Systemtheorie, wie sie Bourdieu praktiziert, läßt sich sein Ansatz als Reformulierung des Gedankens eines Rechtssystems sehen. Man könnte so auch Teubner (1989b) lesen.
- 39 Die Rechtspraxis hat darauf schon lange reagiert; die Juristenausbildung spaltete sich in eine theoretische (in den Fakultäten) und eine praktische (bei den Repetitoren). Bei Hart (1961) wird diese Differenz auf rechtstheoretischer Ebene aufgegriffen. Die jüngste theoretische Formulierung dieser Zweiebenen-Theorie findet sich in Günther (1989), der Anwendungsdiskurse des Rechts von Begründungsdiskursen trennt und so die Basisannahme eines widerspruchsfreien Rechtssystems beibehält.
- 40 Schweden liefert hierzu wieder besten Anschauungsunterricht! Vgl. Hetzler (1987).
- 41 Man kann hier an die "theories of litigation" anschließen (Abel 1980b, 1980c; Griffiths 1982). Zur klassischen sozial- und kulturanthropologischen Literatur vgl. Moore (1972); Gulliver (1977); Nader/Todd (1978); Hutchins (1980). Eine systematische Reinterpretation solchen Materials bietet Miller (1987).

- 42 Das ist vermutlich auch nur eine Formel zur Distanzierung, ohne substantiell viel festzulegen. Zu solchen Vorstellungen vgl. im Überblick (und bezogen auf die "critical legal studies group") Frankenberg (1987) und Trubek (1986).
- 43 Ich habe dieses "EDV-Modell" bürgerlicher Vergesellschaftung im einzelnen beschrieben und seine Folgen diskutiert (Eder 1985). Die Grenzen dieses Modells liegen darin begründet, daß es ein Marktmodell argumentativer Auseinandersetzung implizit voraussetzt und deshalb die Herstellung von Kollektivgütern nicht sicherstellen kann. Das erweist sich dann als problematisch, wenn die Bereitstellung oder Sicherung von Kollektivgütern zum zentralen Problem gesellschaftlicher Reproduktion wird.
- 44 Das muß nicht heißen, daß sie traditionalistisch geregelt waren, obwohl auch dies, wie etwa Thompsons Analyse der moral economy gezeigt hat, nicht unbedeutend war. Entscheidend ist eher die negative Bestimmung: Diese Bin nenverhältnisse standen nicht unter einem spezifisch modernen Rationalisierungsdruck. Sie blieben allerdings ambivalent: Die Natur, die natürliche Ordnung und das Naturrecht haben nur zu leicht zu Mißbrauch eingeladen.
- 45 Zur Analyse der politischen Öffentlichkeit in der bürgerlichen Gesellschaft vgl. die klassische Arbeit von Habermas (1962). In dieser Tradition weiterarbeitend Eder (1985). Der Wandel politischer Öffentlichkeit ist weiterhin ein strittiges und zugleich zentrales Thema für das Verständnis moderner Vergesellschaftungsformen. Siehe dazu Eder (1989) mit weiteren Literaturhinweisen.
- 46 Dies hat die gängige Verwechslung von Prozeduralisierung und prozedurellem Recht provoziert. Prozedurales Recht ist kein unmittelbarer Indikator für Prozeduralisierung, auch wenn es damit zu tun hat. Vgl. dazu auch Teubner (1989b: 83 ff.).
- 47 Die immanente "diskursiven Zwänge" der "Materialisierung" des Rechts wurden nur in Nischen thematisiert, aber nicht in das Selbstverständnis des Rechts eingebaut. Auch die Kritik der Freirechtsschule am Formalrecht hat dies nicht zugunsten der Thematisierung der diskursiven Grundlagen der Materialisierung verändert. Im Gegenteil: Sie hat das Modell auf strategische Interessenkämpfe und letztlich auf eine utilitaristische menschliche Natur reduziert. Das "Diskursive" blieb in korporativistisch verfaßten Interaktionssystemen hängen.
- 48 Es geht dann auch weg vom Marktmodell zum Modell der Oligarchisierung. Trilaterale Verhandlungssysteme eignen sich dafür bestens. Sie sichern Kollektivgüter - doch zugleich müssen sie die Grenze zum Publikum scharf ziehen. Und dieses nichtdemokratische Moment ist der verwundbare Punkt: Sie können nur auf Akzeptanz hoffen, niemals auf mehr.
- 49 Wo dies nicht gelingt, müssen Kollektivgüter autoritativ hergestellt werden. Das ist die strukturelle Basis für einen neuen Typus pathogener gesellschaftlicher Entwicklungen. Sie besteht in der nicht-prozeduralen, monologisch-antizipatorischen Definition von Kollektivgütern.
- 50 Es geht hier also um die Folgen der Entstehung trilateraler Verhandlungssysteme. Vgl. für einen Engpaß dieser Entwicklung und für das damit verbundene pathogene Potential die Diskussion um den Neokorporatismus (Streeck/Schmitter 1985).
- 51 Das Ende wird in der Entstaatlichungsdebatte beschworen; vgl. Schmid (1988), Blanke (1986).
- 52 Dies bedeutet auch, daß Theorien politischen Tausches, die in Mode gekommen sind, eine Rationalität beschwören, die bereits in Auflösung begriffen ist. Denn sie setzen jene Unterstellung materialer Rationalität bei den Beteiligten

bereits voraus, die erst herzustellen wäre. Die politischen Akteure wissen gar nicht, was material-rational wäre, und können deshalb gar nicht mehr "austauschen". Zu dieser Diskussion vgl. Traxler (1988) und Elchardus (1988). Das würde auch bedeuten, daß Konsenstheorien eine soziale Welt beschwören, die nicht mehr wiederhergestellt werden kann (Habermas 1962). Dennoch kann man aus diesen Begrenzungen nur lernen.

- 53 Die Begrifflichkeiten reichen von "postindustrieller Gesellschaft" (Bell 1975; Touraine 1973) über "Risikogesellschaft" (Beck 1986) bis hin zu "Kulturgesellschaft". Touraines Reformulierung der postindustriellen Gesellschaft als "programmierter Gesellschaft" weist in die richtige Richtung, ist aber zu technizistisch konzeptualisiert. Der Begriff "Kommunikationsgesellschaft" scheint dem Phänomen am angemessensten.
- 54 Das ist Bourdieus generelles Argument gegen die Rationalitätsunterstellungen im Recht; vgl. Eder (1987). Dagegen kann man nur das Argument halten, daß man hier differenzieren muß, daß es unterschiedliche Grade strategischen Gebrauchs gibt.
- 55 Die symbolische Politik und die symbolischen Klassenkämpfe gehören inzwischen zum Inventar soziologischer und politikwissenschaftlicher Analysen. Im Recht - wo eine solche Perspektive naheliegt - beginnt diese Diskussion erst. Vgl. dazu vor allem Gates/MacIntosh (1988). Die professionell inszenierte Symbolisierung von rechtlichen Fragen ersetzt - so deren These - zunehmend die traditionelle Form professioneller Rechtsberatung und -vertretung. Sie sichern so "visibility" and "posture".
- 56 Eine Lösung ist das, was man "reflexive Repräsentation" genannt hat. Das prozedurale Recht unterstützt nicht nur die Transformation von Privatinteressen in Kollektivinteressen, sondern sucht auch die Vertretung derjenigen Interessen zu ermöglichen, die normalerweise nicht repräsentiert sind.
- 57 Ein Beispiel ist die Ansiedlung von Industrie in Wohnnähe. Die praktische Logik der Durchsetzung solcher Projekte läßt sich folgendermaßen charakterisieren: Zunächst werden "Fakten" in Form halb- oder vorlegaler Industriebauten geschaffen. Darauf reagiert kollektiver Protest, der "visibility" durch Medien und Gerichte erhält. Die administrative Reaktion besteht schließlich in der nachträglichen Legitimierung mit zusätzlichen "umweltschützenden" Auflagen (auf der Grundlage einer mehr oder weniger extensiven Ausnutzung der TA Luft etc.).
- 58 Vgl. dazu Guggenberger (1983). Das ermöglicht eine nichtpaternalistische Form des Minoritätenschutzes (einschließlich des Schutzes zukünftiger Generationen)!
- 59 Diese Struktur erlaubt es diesem Recht dann auch, kompatibel mit aufklärerischem Absolutismus oder ständestaatlichen Varianten politischer Organisation zu sein. Denn wieweit der virtuelle Diskurs real wird, ist nicht in die Hand rechtlicher Institutionen gegeben. Dies impliziert eine Korrektur zu schematischer Auffassungen in Eder (1985).
- 60 Die Rolle assoziativer Strukturen bleibt ein ambivalentes Thema. Sie gehören einerseits zur historischen Grundausrüstung aufklärerischer Geschichte in modernen Gesellschaften (Eder 1985). Sie sind zugleich aber auch der Ausgangspunkt der Entwicklungsprozesse politischer Kultur gewesen. Sie zwingen mit zunehmender Komplexität zu stellvertetendem Handeln und setzen damit die Dynamik politischer Klassenteilung in Gang. Es entsteht das Phänomen der "symbolic advocacy" (Gates/McIntosh 1988), deren Funktion ambivalent bleibt: einmal den nicht-repräsentierten Interessen eine Stimme zu leihen, zum anderen die Logik politischer Klassenteilung zu reproduzieren. Eine posi-

tive Deutung gibt etwa Calhoun (1980). Doch in der Regel überwiegen neomachiavellistische Theorien seit Michels.

- 61 Dieser Gesichtspunkt der Selbsterzeugung ist im Zusammenhang mit den neuen sozialen Bewegungen mehrfach betont worden. Vgl. Japp (1984), Eder (1986) und natürlich Touraine (1973).
- 62 Ein gutes Beispiel sind die schwedischen open-ended laws, die wiederum Be schwerdeboards etwa über die Höhe von Sozialleistungen notwendig machen; vgl. Hetzler (1987).
- 63 Nebenbemerkung: Wir sollten uns aber immer im klaren sein, daß auch dieser Begriff für Symbolisierungspolitiken verwendet werden kann, daß er Teil der Legitimierung eines pathologischen Lernprozesses im Rechtssystem werden kann. Hier kann die Argumentationsstrategie von Bourdieu wieder aufgenommen werden, der Illusionierung zum Schlüssel der Reproduktion sozialer Systeme macht. Es geht dann um eine normative Deutung von Illusionierungsstrategien.
- 64 Man könnte auch formulieren: das Ende der Evolution der Autopoiesis des Rechts. Dies ist mit Blick auf Teubner (1988) formuliert.
- 65 Vermutlich ist dies auch die einzige Lösung für das Problem, autopoietische Systeme durch autopoietische Systeme steuern zu können, außer man ist in der Lage, öffentliche Kommunikation wiederum als autopoietisches System zu konstruieren.
- 66 Das ist die systematische Implikation der soziologischen Analyse des Rechts bei Bourdieu!
- 67 Das ist besonders deutlich am Umweltrecht zu beobachten. Mit der Zunahme an empirischem Wissen bleibt den Rechtsakteuren auch gar nichts anderes mehr übrig.
- 68 Nebenbemerkung: Der Rechtsstaat führt - aufgrund der Entwicklung der Umwelt des Rechtssystems und der Ausweitung regulativer Funktionen - zur Demokratie und nicht umgekehrt!
- 69 Reflexives Recht soll letztlich auch noch die autopoietische Geschlossenheit des Rechts sicherstellen. Welche soziale Gruppe aber steht für dieses System? Die Juristen, die Anwälte, die Richter. Autopoietische Geschlossenheit könnte damit leicht heißen: Sicherung der professionellen Interessen der Juristenzunft. Und dafür würde sich eine Struktur besonders eignen, die auf Konditionalprogrammen aufbaut.

Literaturverzeichnis

- Abel, Richard L., 1980a: Delegalization: A Critical Review of Its Ideology, Manifestations, and Its Consequences. In: Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottlenthner (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssociologie und Rechtstheorie, Bd. 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 27-46.
- Abel, Richard L., 1980b: Redirecting Social Studies of Law. *Law & Society Review* 14, 805-829.
- Abel, Richard L., 1980c: Theories of Litigation in Society - "Modern" Dispute Institutions in "Tribal" Society and "Tribal" Institutions in "Modern" Society. In: Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottlenthner (Hrsg.), Al-

- ternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 165-191.
- Beck, Ulrich, 1986: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Bell, Daniel, 1975: Die nachindustrielle Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Fischer.
- Bertilsson, Margareta, 1989: The Legal Profession and Law in the Welfare State (Manuskript, Universität Lund).
- Blanke, Thomas, 1986: Autonomie und Demokratie. In: Kritische Justiz 19, 406-422.
- Bourdieu, Pierre, 1981: La représentation politique. Eléments pour une théorie du champ politique. In: Actes de la recherche en sciences sociales Nr. 36/37, 2-24.
- Bourdieu, Pierre, 1986: La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique. In: Actes de la recherche en sciences sociales Nr. 64, 3-19.
- Bourdieu, Pierre, 1987: La délégation et le fétichisme politique. Choses dites. Paris: Minuit.
- Bourdieu, Pierre, 1988: On Interest and the Relative Autonomy of Symbolic Power (Working Papers and Proceedings of the Center for Psycho-Social Studies 20).
- Brüggemeier, Gert, 1989: Umwelthaftungsrecht - Ein Beitrag zum Recht der "Risikogesellschaft"? In: Kritische Justiz 22, 209-230.
- Calhoun, Craig J., 1980: Democracy, Autocracy, and Intermediate Associations in Organizations: Flexibility or Unrestrained Change? In: Sociology 14, 345-361.
- Coleman, James S., 1982: The Asymmetric Society. Syracuse: University Press.
- Coleman, James S., 1986a: Forms of Rights in Economic and Political Systems (DOC IUE 242/86 (col 112), Badia Fiesolana).
- Coleman, James S., 1986b: Social Structure and the Emergence of Norms Among Rational Actors. In: A. Dickmann/P. Mitter (Hrsg.), Paradoxical Effects of Social Behavior: Essays in Honor of Anatol Rapoport, Bd. 59, Supplement. Wien: Physica Verlag, 365-369.
- Denninger, Erhard, 1988: Der Präventionsstaat. In: Kritische Justiz 21, 1-15.
- Dezelay, Yves, 1989: Le droit des faillites: du notable à l'expert. La restructuration du champ des professionnels de la restructuration des entreprises. In: Actes de la recherche en sciences sociales Nr. 76/77, 2-29.
- Eder, Klaus, 1978: Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts. In: Soziale Welt 29, 247-256.
- Eder, Klaus, 1985: Geschichte als Lernprozeß? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Eder, Klaus, 1986: Prozedurale Legitimität. Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 7, 1-30.
- Eder, Klaus, 1987: Die Autorität des Rechts. Eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 8, 193-230.
- Eder, Klaus, 1989a: Institutionenwandel und Demokratie. Zur Desillusionierung über die Rationalität politischer Institutionen. In: Hans-Hermann Hartwich (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen. Opladen: Westdeutscher Verlag, 110-126.
- Eder, Klaus, 1989b: Politik und Kultur. Zur kultursociologischen Analyse politischer Partizipation. In: Axel Honneth/Thomas McCarthy/Claus Offe/

- Albrecht Wellmer (Hrsg.), Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 563-592.
- Eder, Klaus, 1990: Kollektive Identität, historisches Bewußtsein und politische Bildung. In: Ansgar Klein (Hrsg.), Umbrüche in der Industriegesellschaft - Herausforderungen für die politische Bildung. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- Elchardus, Mark, 1988: Austauschtemporalitäten. Selbstorganisation zum Zweck gesellschaftlicher Steuerung. In: Journal für Sozialforschung 28, 391-416.
- Frankenberg, Günter, 1984: Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie. In: Juristenzeitung 39, 266-275.
- Frankenberg, Günter, 1987: Der Ernst im Recht. In: Kritische Justiz 20, 281-307.
- Frankenberg, Günter, 1989: Down by Law: Irony, Seriousness, and Reason. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), Critical-Legal Thought. An American-German Debate. Baden-Baden: Nomos, 315-352.
- Galanter, Marc, 1980: Legality and its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization. In: Erhard Blankenburg/Ekkehard Klaus/Hubert Rottlenthner (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 11-26.
- Galanter, Marc, 1986: The Day After the Litigation Explosion. In: Maryland Law Review 46, 3-39.
- Gates, John B./Wayne V. McIntosh, 1988: Interest Group Litigation: From Advocacy to Symbolism (Manuskript, University of Maryland).
- Griffiths, John, 1982: The General Theory of Litigation - a First Step. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 3, 145-201.
- Griffiths, John, 1986: What is Legal Pluralism. In: Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 24, 1-55.
- Guggenberger, Bernd, 1983: Die neue Macht der Minderheit. In: Merkur 37, 123-133.
- Gulliver, Philip H., 1977: On Mediators. In: Ian Hamnett (Hrsg.), Social Anthropology and Law. London: Academic Press, 15-52.
- Habermas, Jürgen, 1962: Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Neuwied: Luchterhand.
- Habermas, Jürgen, 1983: Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1989: Volkssouveränität als Verfahren. Ein normativer Begriff von Öffentlichkeit. In: Merkur 43, 465-477.
- Hart, Herbert L.A., 1961: The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press (dt. Der Begriff des Rechts, 1973).
- Hetzler, Antoinette, 1987: Alternative Dispute Resolution in Sweden (Manuskript, Universität Lund).
- Hutchins, Elisabeth, 1980: Culture and Inference. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Japp, Klaus Peter, 1984: Selbsterzeugung oder Fremdverschulden? Thesen zum Rationalismus in den neuen sozialen Bewegungen. In: Soziale Welt 35, 313-329.

- Joerges, Christian, 1989: Politische Rechtstheorie und Critical Legal Studies. Points of Contact and Divergencies. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical-Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 597-643.
- Lawrence, David G., 1976: Procedural Norms and Tolerance: A Reassessment. In: *The American Political Science Review* 70, 80-100.
- Luhmann, Niklas, 1969: Legitimation durch Verfahren. Neuwied: Luchterhand.
- Luhmann, Niklas, 1981a: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas, 1981b: Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 2. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas, 1983a: Die Einheit des Rechts. In: *Rechtstheorie* 14, 129-154.
- Luhmann, Niklas, 1983b: Rechtssociologie, 2. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas, 1985: Einige Probleme mit "reflexivem Recht". In: *Zeitschrift für Rechtssociologie* 6, 1-18.
- Macpherson, Crawford B., 1967: Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Miller, Max, 1984: Zur Ontogenese des koordinierten Dissens. In: Wolfgang Edelstein/Jürgen Habermas (Hrsg.), *Soziale Interaktion und soziales Verstehen. Beiträge zur Entwicklung der Interaktionskompetenz*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 220-250.
- Miller, Max, 1987: Culture and Collective Argumentation. In: *Argumentation* 1, 127-154.
- Moore, Sally F., 1972: Legal Liability and Evolutionary Interpretation: Some Aspects of Strict Liability, Self-Help and Collective Responsibility. In: Max Gluckman (Hrsg.), *The Allocation of Responsibility*. Manchester: Manchester University Press, 51-107.
- Nader, Laura/H.F. Todd, 1978: Introduction. In: dies. (Hrsg.), *The Disputing Process - Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press, 1-40.
- Nelken, David, 1988: Changing Paradigms in the Sociology of Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 191-216.
- Offe, Claus, 1984: Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung? In: Bernd Guggenberger/Claus Offe (Hrsg.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 150-183.
- Offe, Claus, 1988: Questions and Proposals Concerning Representation Vouchers (Manuskript, Stanford).
- Offe, Claus/Helmut Wiesenthal, 1980: Two Logics of Collective Action: Theoretical Notes on Social Class and Organizational Form. In: Maurice Zeitlin (Hrsg.), *Political Power and Social Theory*, Bd. 1. Greenwich, CT: JAI Press, 67-115.
- Olson, Mancur, 1968: Die Logik kollektiven Handelns. Tübingen: Mohr (engl.: *The Logic of Collective Action*, 1965).
- Parsons, Talcott, 1954: *The Social System*. New York: Free Press.

- Pizzorno, Alessandro, 1978: Political Exchange and Collective Identity in Industrial Conflict. In: Colin Crouch/Alessandro Pizzorno (Hrsg.), *The Resurgence of Class Conflict in Western Europe since 1968*, Bd. 2. Mailand: Holmes and Meier, 277-298.
- Pizzorno, Alessandro, 1986a: Some Other Kinds of Otherness: A Critique of "Rational Choice" Theories. In: Alejandro Foxley/M.S. McPherson/G. O'Donnell (Hrsg.), *Development, Democracy and the Art of Trespassing: Essays in Honor of Albert O. Hirschman*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 355-372.
- Pizzorno, Alessandro, 1986b: Sur la rationalité du choix démocratique. In: Pierre Birnbaum/J. Leca (Hrsg.), *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*. Paris: Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 330-360.
- Preuß, Ulrich K., 1989a: Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie. *Kritische Justiz* 22, 1-18.
- Preuß, Ulrich K., 1989b: Rationality Potentials of Law - Allocative, Distributive and Communicative Rationality. In: Christian Joerges/David M. Trubek (Hrsg.), *Critical-Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 525-556.
- Raphael, Lutz, 1989: Klassenkämpfe und politisches Feld. Plädoyer für eine Weiterführung Bourdieuscher Fragestellungen in der Politischen Soziologie. In: Klaus Eder (Hrsg.), *Klassenlage, Lebensstil und kulturelle Praxis*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 71-107.
- Rokkan, Stein, 1969: The Comparative Study of Political Participation: Notes Toward a Perspective on Current Research. In: Charles F. Cnudde/Deane E. Neubauer (Hrsg.), *Empirical Democratic Theory*. Chicago: Markham Publishing Company, 333-369.
- Rucht, Dieter, 1988a, Gegenöffentlichkeit und Gegenexperten. Zur Institutionalisierung des Widerspruchs in Politik und Recht. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 9, 290-305.
- Rucht, Dieter, 1988b: Themes, Logics, and Arenas of Social Movements. A Structural Approach. In: Bert Klandermans/Hanspeter Kriesi/Sidney G. Tarrow (Hrsg.), *International Social Movement Research*, Bd. 1. Greenwich, CT: JAI Press, 305-328.
- Schmitter, Philippe C., 1974: Still the Country of Corporation. In: Jon Elster (Hrsg.), *Rational Choice*. Oxford: Basil Blackwell, 60-81.
- Schmitter, Philippe C., 1988: Corporative Democracy: Oxymoronic? Just Plain Moronic? Or a Promising Way out of the Present Impasse? (Manuskript, Stanford).
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989a: Markt, Staat, dritter Sektor - oder noch mehr? Zur Rolle nichtstaatsunmittelbarer Aufgabenerledigung. Bielefeld: Preprintserie der ZiF-Forschungsgruppe 'Staatsaufgaben' Nr. 6.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989b: Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens. Bielefeld: Preprint-Serie der ZiF-Forschungsgruppe 'Staatsaufgaben' Nr. 4.
- Streeck, Wolfgang/Philippe C. Schmitter, 1985: Community, Market, State and Associations? The Prospective Contribution of Interest Governance to Social Order. In: Wolfgang Streeck/Philippe C. Schmitter (Hrsg.), *Private Interest Government. Beyond Market and State*. London: Beverly Hills, 1-29.

- Teubner, Gunther (Hrsg.), 1988a: *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter.
- Teubner, Gunther, 1988b: Evolution of Autopoietic Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 217-241.
- Teubner, Gunther, 1989a: How the Law Thinks (Manuskript EUI, Florenz).
- Teubner, Gunther, 1989b: Recht als autopoietisches System. Frankfurt a.M: Suhrkamp.
- Teubner, Gunther/Helmut Willke, 1984: Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie 5, 4-35.
- Touraine, Alain, 1973: *Production de la société*. Paris: Seuil.
- Traxler, Franz, 1988: Politischer Tausch, kollektives Handeln und Interessenregulierung. Zu einer Theorie der Genesis verbandlicher Tarifbeziehungen und korporatistischer Steuerungssysteme. In: Journal für Sozialforschung 28, 267-285.
- Trubek, David M., 1986: Where the Legal Action is: Critical Studies and Empiricism. In: Terence Daintith/Gunther Teubner (Hrsg.), *Contract and Organization: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin: de Gruyter, 68-106.
- Verba, Sidney/Norman H. Nie, 1972: *Participation in America. Political Democracy and Social Equality*. New York: Harper & Row.
- Verba, Sidney/Norman H. Nie/Jae-On Kim, 1978: *Participation and Political Equality. A Seven-Nation Comparison*. Cambridge: Cambridge University Press.

Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts

Von der Schrankenziehung zur Steuerung von Beziehungsnetzen

I. Vorbemerkung

Im folgenden soll versucht werden, eine allgemeine Rechtstheorie der Staatsaufgaben unter Bedingungen gesellschaftlicher Komplexität zu skizzieren. Für diesen Zweck wird zunächst die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Individuum in Gesellschaftsvertragsmodellen untersucht (II, III). Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei die Bedeutung des Staates als Rechtssubjekt im Kontext der Autonomisierung der Gesellschaft (IV). Die Konstruktion eines neuen Modells soll hier zunächst auf die wachsende Bedeutung von Selbsreferenz und Selbstbeschreibung der Gesellschaft für ein Steuerungskonzept eingestellt werden (V, VI). Im Anschluß daran wird ein Ansatz zu einer möglichen Rekonstruktion des Verhältnisses von Rechtssubjekt, Gesellschaft und Staat unter Ungewißheitsbedingungen vorgestellt (VII), der dann für die Bestimmung von Markt und Organisation sowie der Staatsaufgaben mit einer Konzeption prozeduraler Rationalität ausdifferenziert werden soll (VIII).

II. Rechtssubjektivität als Projekt der Rechtsordnung - ein ideengeschichtlicher Rekurs

Wie voraussetzungsvoll der moderne Begriff der Rechtssubjektivität ist, läßt sich in der neueren rechtsdogmatischen Literatur zu den Grundrechten, die durch die Plausibilität praktischer Funktionszusammenhänge abgestützt sind, kaum mehr erkennen. (Selbst-)Beobachtung beruht aber immer auf dem Operieren mit Unterscheidungen auf einem Hintergrund (Brown 1969), und das heißt, daß der "Unterscheidungsbereich" (Luhmann 1984: 359) auch anders möglich ist. "Subjekt" der Beobachtung und Beobachtung implizieren einander wechselseitig (Castoriadis 1986: 122), und das Subjekt ist nur "mittels der gesellschaftlichen, geschichtlichen Schöpfung und Stiftung einer Sprache und einer öffentlichen Welt"

möglich. Die jeweilige Kultur einer Gesellschaft leistet gerade die "Instituierung von Schemata und Gestalten, die eine partizipierbare Vorstellung ermöglichen" (Castoriadis 1986: 130) und dadurch erst die Unterscheidung des Individuums von der Gesellschaft erlauben.

Mit der Entstehung der Selbstbeobachtung der Gesellschaft als "Gesellschaft der Individuen" entsteht die Paradoxie der Selbstdreferenz, da Individuen und Gesellschaft nicht aufeinander zurückgeführt werden können (Luhmann 1984: 367), und damit wird zugleich die Gesellschaft für sich selbst zum Problem (Touraine 1979: 407), da sie nicht mehr als durch einen fremden Willen (den Willen Gottes) oder ein Gesetz der Natur geordnet erscheint (Gauchet 1979: 454). Das Subjekt im modernen Sinne hat sich auf eine zirkuläre Weise in die Funktion der Selbstbeobachtung/Selbstbeschreibung der Gesellschaft als System verwandelt, während die Gesellschaft als Objekt dasselbe System als Gegenstand der Beobachtung/Beschreibung ist (Vidali 1988: 91). Beobachter und Beobachtetes sind impliziert in einem Zirkel des Operierens mit Unterscheidungen durch (Selbst-) Beobachtung, in dem es keine Korrespondenz zwischen subjektiver Beschreibung und objektiv "abgebildeter" Realität mehr geben kann.

Dies soll zunächst historisch am Prozeß der (Selbst-)Beschreibung der Entstehung der Rechtssubjektivität in den zwei Varianten der Vertragstheorien bei Hobbes und Rousseau demonstriert werden, bevor daraus eine allgemeine Überlegung zum Operieren mit Selbstdreferenz im gegenwärtigen Rechtssystem abgeleitet wird. Für die hier entwickelte Konzeption ist an Hobbes' Konstruktion der Souveränität des Monarchen als Subjekt der Souveränität besonders bedeutsam ein darin enthaltenes fiktives Moment der Selbstkonstruktion der Menschen als Subjekte: Die Menschen entscheiden danach, so zu tun, "als ob" ihre Person vom Körper getrennt wäre (vgl. zum Körper des Königs im Mittelalter Kantorowicz 1957) und dieser nur als deren natürlicher Träger fungierte, während die Persönlichkeit selbst auf den Monarchen übertragen wird. Dadurch entsteht erst eine künstliche Person, die der eigentliche Träger der Rechtspersönlichkeit ist, und zwar auch und gerade der Rechtspersönlichkeit der natürlichen Personen. Diese Annahme kann an die mittelalterliche Vorstellung von den zwei Körpern des Königs, eine Frühform der Trennung von "Amtswalter" und "Amt" anknüpfen. Durch die Übertragung der "natürlichen" Freiheit des Menschen als Individuum (der nicht mehr einer natürlichen Ordnung unterworfen wird) auf den Monarchen werden also auch die Individuen neu konstruiert. Hobbes hat nicht nur die Vorstellung einer Machtkonzentration im Monarchen, sondern er sieht im Gesellschaftsvertrag die Schaffung einer qualitativ neuen künstlichen, eben nicht mehr natürlichen Ordnung, in der die Gesamtheit der Individuen und Sachen verdoppelt

wird um eine zweite Welt der Namen (für die Sachen) und der Rechtspersönlichkeit (für die Individuen) (Tinland 1988: 129, 236), die anderen Gesetzen unterworfen ist als dem Gesetz der natürlichen Kausalität.

Die Tatsache, daß Hobbes den Gegenstand des Vertrages selbst auf eine Konvention zum Gebrauch der Sprache über die Sachen erstreckt, läßt das Moment der Selbstkonstruktion der Gesellschaft und damit die Paradoxie dieser Vertragstheorie erkennen: "Gegenstand" des Vertrages ist nicht nur die Konstitution des Monarchen als einer Kollektivperson, die mit Souveränität ausgestattet ist, sondern zugleich die Selbsttransformation der Individuen! So wie die Menschen die Worte (Namen) finden, die neue, nicht von der Kausalität der zwischen den Sachen wirkenden Kräfte abhängige Relationierungen ermöglichen, so erzeugen sie für sich selbst eine Distanzierung gegenüber ihren eigenen Wünschen und der Unmittelbarkeit ihrer Handlungskontakte zur Welt. Die Person und ihre Fähigkeit zur rechtlichen Bindung im wirtschaftlichen Verkehr ist vermittelt über die künstliche Ordnung des Rechts und die Vertrauenswürdigkeit der vertraglichen Erklärungen, die der Mensch als Repräsentant der Subjektivität schlechthin diesen Beziehungen als Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten verleiht (Tinland 1988: 134; Zarka 1988). Repräsentation in diesem Sinne ist nicht nur eine Legitimationsformel für politische Herrschaft, sondern sie konstituiert erst die Subjektivität der natürlichen Individuen als artifizielle Rechtssubjektivität.

Auch in der späteren demokratischen Variante bei Rousseau ist der Status des Individuums als Rechtsperson im Einklang mit aufklärerischen Positionen etwa Kants (Tinland 1988: 189) vermittelt über das Gesetz, das nicht nur als demokratisch legitimiert hinzunehmen ist, sondern dessen Anerkennung im Willen des Individuums erst die Unterwerfung unter die Leidenschaften der natürlichen Menschen aufhebt und geradezu eine befreiende Wirkung gegenüber den schwankenden Präferenzen/Vorurteilen der Individuen erzeugt. Diese Internalisierung des Gesetzes, das als Ausdruck einer (horizontalen) Kohärenz zwischen den Individuen deshalb gelten kann, weil es alle Bürger betrifft, stiftet zugleich eine vertikale Kohärenz innerhalb der Vielheit der Willenzustände des in der Zeit und mit den Situationen sich ändernden Individuums (Pizzorno 1987). In einer philosophischen Terminologie heißt es bei Kant, der Wille fordere von sich, Subjekt zu sein (Hamacher 1983: 254). Die Paradoxie des Rechtssubjekts, das sich wie die moralische Person von der empirischen unterscheidet, besteht darin, daß das Subjekt im "Gesetz des Willens" als der Anweisung, sich selbst zu entsprechen, in ein "Korrespondenzverhältnis mit sich selbst überein" kommt. "Der gesetzesfähige Wille, derjenige, der sich als Sprache artikulierend Versprechen geben kann, ist

ein Wille, der nicht will, sondern Auseinanderlegung, sein Versprechen, sein Gesetz und darin sein Nicht-Wollen will" (Hamacher 1983: 273).

Diesen "willig-zwiespältigen" Charakter des Willens hat Nietzsche später mit der Hypostasierung des "Willens zur Macht" gegen die "nomothetische Fiktion" radikal um das in der Aufklärung noch vorausgesetzte Moment der ästhetischen, unmittelbaren Übereinstimmung der Individuen (Synthesis), die vor aller rationalen Gesetzgebung besteht, verkürzt (Schürmann 1984: 382). Umgekehrt hat in der Gegenwart etwa Habermas den Rückgriff auf dieses Allgemeine einer Synthesis der Menschen durch den kontrafaktischen Vorgriff auf die Vorstellung einer künftigen schrankenlosen Kommunikationsgemeinschaft abgelöst (vgl. Habermas 1981) und damit die Aufhebung der Differenz von geschichtlich wechselnden Gestalten der Verallgemeinerung und Individuierung in die Zukunft verwiesen.

III. Die Anerkennung des Subjekts im Spiegel der anderen

In der fröbürgerlichen ökonomischen Theorie wird dieses Verhältnis von Individuierung und Verallgemeinerung im Postulat der Verschränkung von Intra- und Intersubjektivität der Sinnbildung zum Ausdruck gebracht: Das Recht hat auch den Charakter eines von den Individuen zu verinnerlichenden Entwurfs der Vermittlung zwischen den verallgemeinerungsfähigen Bedürfnissen einer Vielzahl von Individuen (Costa 1974: 212, 236). Der Sinn unseres gesellschaftlichen Handelns erschließt sich danach nur durch die vermittelnde Wahrnehmung im "Spiegel der anderen", dem "man within" (A. Smith) als des für Verallgemeinerung offenen alter ego der Individuen.

In diesem Spiegel der anderen werden letztlich Präferenzen dauerhaft gebündelt und verinnerlicht (Denis 1988: 14). Auf dieser Grundlage, die die allgemeine Vergleichbarkeit und Austauschbarkeit der Sachen als Waren in ein Entsprechungsverhältnis zur verallgemeinernden Präferenzordnung "der anderen" bringt, entwickelt sich im Verhältnis von Angebot und Nachfrage ein Wettbewerb, der spontan zum Gleichgewicht führen soll (Denis 1988: 14).

Auch in dieser ökonomischen Lesart des Verhältnisses von Subjekt und (Wirtschafts-)Gesellschaft taucht die Paradoxie der Selbstreferenz auf, nämlich die zirkulär-rekursive Verschleifung (Hofstadter 1985: 760) einer Objekt-Ebene mit einer Meta-Ebene, der Hierarchie von Teil und Ganzem (Orléan 1985: 150). Die Meta-Ebene ist bestimmt als Ausdrucksform der Warengesellschaft als Ganzheit, die dem einzelnen Individuum als Einheit gegenübertritt und auf der Operationsregeln und Präferenzordnungen für die Entscheidungen der Individuen ge-

setzt werden (Orléan 1985: 150). Die Objekt-Ebene dient der Ermöglichung von Schwankungen der Knappheitsrelationen. Die Verschleifung wird durch das Geld erwirkt, das einerseits die Vergleichbarkeit der Waren erst herstellt (Meta-Ebene) und zum anderen das einzelne Austauschverhältnis durch die Möglichkeit des Ausdrucks einer Beziehung im Preis ermöglicht (Luhmann 1988: 17-18, 110-111; Orléan 1985: 143). "Geld ist instituierte Selbstreferenz" (Luhmann 1988: 16; vgl. auch Baecker 1988: 52, 98-99). Geld hat keinen "Eigenwert", es erschöpft seinen Sinn in der Verweisung auf das System, das die Geldverwendung ermöglicht und konditioniert" (Luhmann 1988: 16). Diese Funktion des Geldes läuft darauf hinaus, den auf dem Markt auftretenden Akteuren eine Selbstbeschreibung der Marktgemeinschaft als verselbständiger Ganzheit zu verschaffen (Orléan 1985: 138, 1986: 268), die aber ihrerseits nur in Grenzen der Verfügung unterliegt: Das Geld institutionalisiert auf dieser Meta-Ebene sozusagen das Selbstvertrauen der Marktgemeinschaft in ihre eigene Stabilität. Wenn dieses Vertrauen erschüttert ist, entsteht Inflation, die bis zur Aufhebung der Geld- und damit der Warenwirtschaft führen kann. Aber der Prozeß der Stabilisierung des (Selbst-)Vertrauens kann entgegen der traditionellen ökonomischen Theorie nicht durch einen marktinternen Mechanismus, also auf der Objekt-Ebene erfolgen; er vollzieht sich vielmehr auf der Meta-Ebene unter der Form der Normalisierung der Erwartungen der privaten Akteure (Orléan 1986: 262), die über die Netzwerke der "lokalen" Operationen generiert werden und sich über emergente "Attraktoren" durch Nachahmung verstärken.

Dies ist ein Moment der selbstreferentiellen Verschleifung von Objekt- und Meta-Ebene insofern, als die Bildung von Attraktoren für die Stabilisierung von Erwartungen zwar nicht unabhängig von den Marktakteuren erfolgt, aber grundsätzlich nicht der bewußten Verfügung unterliegt, sondern als nicht-intendiertes *emergentes* Kollektivphänomen durch Selbstorganisationsprozesse erzeugt wird. Das plötzliche Auftreten von sich selbst erfüllenden Prognosen in Zeiten großer Inflationsangst wirft ein Schlaglicht auf das Phänomen der emergenten Erwartungsbildung: Individuen, die ihre Präferenz dahin geändert haben, daß sie es vorziehen, ihr Geld von der Bank abzuheben, können gerade dadurch die Realisierung ihrer Präferenz zunichte machen, wenn die Akkumulation solcher Entscheidungen eine Panik erzeugt und die Bank in Konkurs getrieben wird. Das Phänomen solcher Attraktorenbildung, die das Ensemble der ökonomischen Entscheidungsregeln in Frage stellt oder verändert, existiert auch in ruhigen Zeiten, wenn auch in weniger sichtbarer Form.

In einem Zwischenschritt läßt sich aus den bisherigen Ausführungen folgendes ableiten: In der Zeit der Entstehung der vertragstheoretischen Konstruktion des

bürgerlichen Rechtsdenkens lässt sich ein paradoxes Phänomen der Selbstreferenz beobachten, das in der Theorie selbst nicht ausgearbeitet worden ist. Der zwischen den Individuen (hypothetisch) geschlossene Vertrag begründet nicht nur den Staat als Einheit, sondern unterzieht dadurch zugleich die Vertragspartner einer grundlegenden Selbstmodifikation, ein Phänomen, das nicht selbst Gegenstand eines Vertrags sein kann. Es handelt sich vielmehr um ein emergentes, auf eine nicht-intendierte Veränderung zurückzuführendes Phänomen der Selbstorganisation durch Bildung von institutionellen Regeln, die zugleich ihre eigenen Meta-Regeln generieren (Steiner 1987: 199): Die Individuen als natürliche Subjekte "erzeugen" den Monarchen als Rechtssubjekt und dadurch vermittelt sich selbst als Rechtssubjekte. Das Dazwischenhalten (Fremdreferenz) des Monarchen sozusagen in einer "juristischen Sekunde" lässt die Paradoxie der Selbstreferenz der natürlichen Subjekte auf sich selbst als Rechtssubjekte logisch akzeptabel erscheinen - angesichts eines sonst für die klassische Theorie problematischen Zusammenfalls von Objekt- und Meta-Ebene. Für den hier zu diskutierenden Zusammenhang ist vor allem wichtig, daß es ein kollektiver emergenter Effekt zwischen den Individuen ist, der den Monarchen (Staat) als Rechtssubjekt erzeugt und die natürlichen Individuen in Rechtssubjekte umschafft. Der Monarch als Rechtssubjekt ermöglicht die Emanzipation der Rechtsbeziehungen von den Besonderheiten der Situationen und Eigenarten der natürlichen Individuen durch das Dazwischenreten des artifiziellen Gesetzes, das Verlässlichkeit und Verallgemeinerbarkeit erzeugt. Die Individuen werden also nicht einfach als Subjekte "(an-)erkannt", sondern durch einen kollektiven Akt konstituiert. Der Monarch verkörpert (Fremdreferenz) im Grunde nur die Notwendigkeit einer kollektiven Meta-Ebene, auf der "mit einem Schlag" (Emergenz) Rechtsvertrauen zwischen den Subjekten geschaffen wird, ein Vorgang, der von einzelnen oder gemeinsamen Erklärungen der Individuen (solange zwischen ihnen kein Vertrauen besteht) nicht initiiert werden könnte. Der Monarch ist - modern gesprochen - das Produkt einer sich selbst erfüllenden Prophezeihung.

IV. Der Staat als Rechtsperson und die Autonomie der Gesellschaft

Die historische Beobachtung des Moments der Selbstreferenz/Selbstkonstruktion im Prozeß der Entstehung des modernen Subjektbegriffs und der kollektiven Institutionen, die Vertrauen in abstrakte, von persönlicher Unmittelbarkeit, von Zeit und Ort unabhängige Rechtsbeziehungen ermöglichen, bestätigt zugleich die prinzipielle Zweckmäßigkeit der Trennung von personalen (Bewußtseins-) und

sozialen (Kommunikations-)Systemen in Luhmanns Lesart der Systemtheorie: Danach sind Personen an Gesellschaft als Zusammenhang von Kommunikationen nur in der Form "semantischer Repräsentationen" beteiligt (Markowitz 1988: 4; Luhmann 1984: 429-430). Aber der weitere Vorschlag Luhmanns, den Staat als Selbstbeschreibung des politischen Systems zu thematisieren, die diesem durch re-entry der Differenz von System und Umwelt in das ausdifferenzierte System "Politik" das Operieren mit einem die Selbstreferenz unterbrechenden, "deparadoxifizierenden" Referenzrahmen erlaubt, erscheint jedenfalls historisch nicht plausibel: Luhmann bezeichnet das Verständnis des Staats als kollektiver Person, die Partizipation und Gehorsam von den individuellen Personen verlange, als einen europäischen Mythos (Luhmann 1985: 184). Aber die Reduktion des Staates auf eine Selbstbeschreibung des politischen Systems, das seinerseits auf die Funktion der Erzeugung kollektiv-bindender Entscheidungen beschränkt wird, wird dem historisch engen Zusammenhang zwischen der Selbstbeschreibung sowohl der Person als auch der Kollektivordnung als Rechtssubjekt nicht gerecht.

Die Autonomie der Gesellschaft, ihre Ablösung von externen Gesetzmäßigkeiten (der Natur) kann nicht in einem internen Gesetz (des Gemeinwillens) begründet werden (Gauchet 1985: 290). Sie entsteht aus der Internalisierung - oder in Luhmanns Terminologie: dem re-entry - der Trennung der Gesellschaft von dem ihr Anderen (dem externen Gesetz) (vgl. dazu auch Dupuy 1986); diese Trennung wird als externe vollzogen und zugleich als interne, nämlich als Unterscheidung von Gesellschaft und *Staat*, wieder eingeführt. Aber das Operieren mit dieser Unterscheidung ist nicht nur Ausgangspunkt der Selbstbeschreibung des Staates, sondern umgekehrt auch der Selbstbeschreibung der Individuen, deren (ökonomischer) Zusammenhang nicht einfach in der Autonomie eines Funktionskomplexes "Wirtschaft" aufgehen kann: Die Staatsperson dient der Aneignung des Zusammenhangs der Individuen, wie er sich an ihnen selbst niederschlägt, nämlich in der Vereinheitlichung der Erwartungen an die anderen in der Rechtsperson, die Selbst- und Fremdvertrauen ermöglicht. Der Staat als Rechtsperson repräsentiert dieses Verhältnis der Personen zu dem "Zwischenreich" der anderen in der Identität der Selbstbeschreibung als Rechtssubjekt unter anderen Rechtssubjekten.

Damit ist - dies ist eine Essenz der Autonomie der Gesellschaft - zugleich die Möglichkeit der Emergenz neuer kollektiver Effekte aufgrund der damit freigesetzten Komplexität der Interaktionszusammenhänge zwischen den Individuen und dann zwischen Staat und der Gesellschaft der Individuen geschaffen (Dupuy 1986). Denn mit der Freisetzung der Individuen ist zugleich die Entdeckung des gesellschaftlichen Zusammenhangs der Individuen als unabhängig von einem

(fremden) Willen verbunden (Gauchet 1979: 463). Dies schlägt sich etwa darin nieder, daß mit dem über die Rechtspersönlichkeit gestifteten Vertrauen ein komplexeres großräumiges Wirtschaftssystem geschaffen wird, das seine eigenen Gesetzmäßigkeiten generiert. Damit wird die Bedeutung der über den Staat symbolisch vermittelten einheitlichen Rechtspersönlichkeit abgeschwächt (Gauchet 1979: 463). Dies gilt auch für die Repräsentation der Einheit der Gesellschaft durch den Staat selbst. Dieser verwandelt sich immer mehr vom Garanten der Einheit der Gesellschaft in ein an den konkreten, von der Ökonomie geschaffenen Problemen operierendes Funktionssystem (Gauchet 1979: 463).

Die Umwertung der Leidenschaften und Interessen in der späteren, vor allem ökonomischen Theorie basiert auf der Annahme eines der prinzipiellen Selbststabilisierung fähigen Gleichgewichtsmechanismus, der das "Ausschlagen" der Leidenschaften und Egoismen in verschiedene Richtungen als letztlich um einen Ruhepunkt des Durchschnitts abgepufferte Kette von Fluktuationen betrachtet. Damit geht eine erste Anerkennung der Selbstorganisationsfähigkeit einer von moralisch oder rechtlich verallgemeinerten Anforderungen entlasteten Wirtschaft einher. Diese Selbststabilisierung des Vertauens scheint sich später immer mehr über Ausgleich und Durchschnittsbildung statt über die Anerkennung des Monarchen als einheitsstiftendes Subjekt zu vollziehen (Hirschman 1984: 44, 57, 61). Eine auf Recht und Staat bezogene Variante der Abschwächung der Ordnungsbildung durch die Rechtssubjektivität ist in der rationalistischen Maschinenmetaphorik zu sehen (Smid 1988: 325; Stollberg-Rilinger 1987).

V. Individuum, Markt und Ordnungsbildung

Die liberale Staatstheorie der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts hat diese Entwicklung zur Selbststabilisierung der Wirtschaft in einem linearen Gleichgewicht mit der dogmatischen Konstruktion des Eingriffsabwehrrechts der Individuen zu einem vorläufigen Abschluß gebracht: Die "natürliche" Handlungsfreiheit, der gegenüber sich die staatlichen Gesetze als "Schranken" darstellen, ist einem quasinaturgesetzlichen Charakter der Entwicklung der gesellschaftlichen Beziehungen zu verdanken, an dem der Gesetzeswille des Staatssubjekts seine immanenten Grenzen findet (Laband 1911: V). Diese Variante der "natürlichen" Handlungsfreiheit hat also einen gänzlich anderen Charakter als die den Vertragstheorien vorausgesetzte Freiheit des Individuums in der Natur, die mangels einer externen Bildung erst in eine rechtlich konstituierte Freiheit in der Gesellschaft zu transformieren ist (Tinland 1988: 129, 134).

Für den weiteren Gang der Untersuchung ist es wichtig festzuhalten, daß das Konzept des Rechtssubjekts immer von einer Gesellschaftskonzeption abhängig und deshalb auch das Verhältnis der Trennung von Staat und Gesellschaft (der Individuen) kein Verhältnis der Gleichgültigkeit war. Diese Konzeption war seit dem 19. Jahrhundert offen oder versteckt mit Annahmen über bestimmte, nach Newtons Weltbild oder nach Darwins Lehre konstruierten Gesetzmäßigkeiten verbunden. Aber letztlich konnte damit kein neuer exogener Fixpunkt der Gesellschafts- und Rechtsentwicklung gefunden werden; es bleibt eine endogene paradoxe Form der Selbstbeschreibung der Gesellschaft, in der die Gesellschaft als kollektiver Effekt den Individuen als Produkt von Gesetzmäßigkeiten *entgegentritt*, obgleich sie zugleich deren Bestandteile sind (Dupuy 1986). Die Gesellschaft bedient sich naturwissenschaftlicher Bilder, um das Vertrauen in ihre Selbstreproduktionsfähigkeit und Beständigkeit zu erhalten (Morin 1986: 50, 106). Carl Schmitts Freund-Feind-Unterscheidung (Schmitt 1932) als Grundmetapher des Politischen ist vielleicht als der letzte Versuch zu interpretieren, die Konstitution des Rechtssubjekts durch das Rechtssubjekt Staat als Grundlage der Einheit einer sich selbst zum Problem gewordenen Gesellschaft zu beschwören. Es ist kein Zufall, daß dies nur noch in der Form der Ausschließung des Anderen (als Feind) möglich war, während die Souveränität des Machthabers durch die Heterogenität ihres Substrats, die "Situation", desavouiert wird: Diese entzieht sich infolge der Variabilität ihres themen- und zielbestimmten, zeit- und ortsunabhängigen Charakters als Ausschnitt aus einem Netzwerk von Verweisungszusammenhängen gerade der souveränen Verfügung.

Diese kurze Reminiszenz zum Eingriffsabwehrdenken öffnet den Blick dafür, daß eine adäquate Bestimmung des Verhältnisses von Freiheit und Ordnung zunächst eine Überlegung zur Funktion des Marktes selbst als einer kollektiven Institution voraussetzt. Eine moderne Form der Rekonstruktion dieses Zusammenhangs von Gesellschaft und Individuum ist in Hayeks Variante des methodologischen Individualismus zu sehen. Diese Theorie geht nicht mehr von einem fixen Bestand von Präferenzen aus, auf dessen Grundlage sich eine Vielfalt von Austauschprozessen entwickelt. Er setzt auf einer höheren Abstraktionsebene an: Die Entscheidungsfreiheit der (Wirtschafts-)Subjekte ist danach darin begründet, daß die Kenntnis aller möglichen besonderen Umstände, Interessen, Wünsche, Produktionsmöglichkeiten etc. über eine Vielzahl von Individuen verstreut ist (Hayek 1973: 14, 21-22) und daß nur die Preise ein Verfahren gewährleisten, über das so viele Informationen in kondensierter Form den Wirtschaftssubjekten zur Verfügung gestellt werden, wie sie brauchen, um ihre Entscheidung auf die Ordnung des Systems abzustimmen. Diese Kenntnis in anderer Form zu vermitteln,

wäre geradezu unmöglich. Das "Entdeckungsverfahren" Markt gewährleistet die Anpassung an die Bedingungen einer sich rasch wandelnden Welt durch den Mechanismus der "spontanen Ordnungsbildung" (Hayek 1973: 14, 21-22). Hier tritt ein selbstreferentieller Mechanismus auf, denn die Regel des Entdeckungsverfahrens verdankt sich der Anwendung des Entdeckungsverfahrens auf sich selbst: Die Erfahrung, von der wir bei unseren Handlungen ausgehen, lagert sich, ohne daß wir dies wissen, in den Schemata ab, von denen wir uns bei unseren Entdeckungen leiten lassen (Hayek 1973: 14, 21-22). Die Erfahrung wird damit Gegenstand und Kriterium ihrer eigenen Beurteilung (Dupuy 1986). Von den Konzeptionen des 19. Jahrhunderts unterscheidet sich diese Theorie aber deutlich dadurch, daß sie nicht mehr von einem stabilen linearen Gleichgewichtsmodell ausgeht, sondern in größerem Umfang mit der Selbstmodifikation der Gesellschaft rechnet.

Die erfahrungsorientierte Entwicklung in dem oben angedeuteten neuen, von der Konstitution der Rechtssubjektivität abgelösten Sinn hat auch die Entwicklung der Konzeption der Staatsaufgaben maßgeblich bestimmt. Der Staat des 20. Jahrhunderts versucht, die Rahmenbedingungen des autonomen Wirtschaftssystems zu erhalten (durch Geld- und Steuerpolitik, Investitionen, Lohnpolitik etc.) und die Gruppen als organisierte Mitproduzenten von Erfahrungen - teils grundrechtlich, teils politisch abgesichert - in diesen Prozeß einzubauen. Das Ziel der Gleichgewichtserhaltung bleibt aber merkwürdig diffus: Während das Verhalten der Wirtschaftssubjekte von der Anpassung an die auf dem Markt erzeugten kollektiven Effekte geprägt ist, ist die Politik des Staates bestimmt von dem Ziel einer Kompensation von Defiziten der - modellhaft vorausgesetzten - Selbststabilisierungsfähigkeit des Wirtschaftssystems. Aus der Unklarheit der Beschreibung des Wirtschaftssystems ergibt sich die Gefahr einer folgenreichen Selbsterzeugung von Problemen des interventionistischen Sozialstaats (Luhmann 1985: 190): Er bearbeitet immer mehr Folgen der Marktentwicklung, ohne über eine adäquate Beschreibung seiner selbst bzw. der Wirtschaft zu verfügen.

Aber gerade vor dem Hintergrund der obenstehenden Überlegungen ist diese Annahme mit Einschränkungen zu versehen: Der Sozialstaat und die verschiedenen Formen der Mitbestimmung und Beteiligung an Verhandlungssystemen mit dem Staat haben lange Zeit durchaus als eine distribuierte Form der "Selbstsimplifikation" (Luhmann) eines staatlichen Handlungsmodells relativ erfolgreich funktioniert, wenn man sich Klarheit über seine Grundlagen verschafft, insbesondere die relativ wachstumsorientierte Massenproduktion auf der Basis von Großunternehmen und die Herausbildung großer einheitlicher Qualifikationsgruppen innerhalb einer insgesamt relativ homogenen Arbeitnehmerschaft.

Es stellt sich aber auf dem Hintergrund der Annahme einer Autonomie des Sozialen als eines kollektiven emergenten Effekts zwischen den Individuen und dem Staat die Frage nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der Konstruktion eines neuen Modells des Verhältnisses von Staatsaufgaben und der Funktion wirtschaftlicher Grundrechte im Angesicht einer wiederum durch das Zusammenwirken nicht intendierter Handlungsfolgen entstehenden neuen Form gesellschaftlicher Komplexität. Dieser Frage soll nach den Zwischenüberlegungen zum historischen Wandel des Verhältnisses von Individuellem und Kollektivem im folgenden nachgegangen werden.

VI. Selbstreferenz und Autonomie des Sozialen

Aufgrund eines Paradigmenwandels in den Natur- und Gesellschaftswissenschaften der letzten Jahre, der zur Entdeckung von Irreversibilität geführt hat, lässt sich das Auftreten von Selbstreferenz nicht mehr als vorübergehendes Krisenphänomen deuten, sondern als ein permanentes Phänomen der Selbstmodifikation von Regeln und Regelmäßigkeiten durch den Prozeß ihrer "Anwendung" charakterisieren. Objekt-Ebene (Regelanwendung) und Meta-Ebene (Regelbildung) sind stets nur provisorisch voneinander getrennt. Neben der Regelanwendung verläuft ein permanenter nicht-intendierter Prozeß der Selbständerung durch Fluktuationen, die teils abgedämpft, teils aber auch sprunghaft an Bifurkationen zu einem qualitativ anderen Systemzustand führen. Ordnung stellt sich damit immer mehr als "Ordnung durch Schwankungen" fern vom Gleichgewicht dar (Prigogine 1985: 5). Trotz bedeutsamer Unterschiede kann auch die Theorie der Autopoiese/ Selbstorganisation in diesen Zusammenhang gestellt werden (Maturana/ Varela 1987: 85, 126, 224), weil auch für sie Ordnung nicht mehr einer universellen, analytisch zu rekonstruierenden Gesetzmäßigkeit unterworfen ist, sondern unter Bedingungen des Ungleichgewichts und der Kreativität der Zeit paradoxe Formen einer zirkulär-rekursiven Selbsterzeugung von Ordnung aus der Interdependenz von Komponenten generiert werden (Varela 1986: 103). Eine Parallele zur Theorie der "Ordnung durch Schwankungen" besteht darin, daß die Kohärenz (lebender) Systeme nicht deduktiv aus einem vorausgesetzten universellen Gesetz gewonnen wird (Boutot 1988: 198), sondern "lokale" zirkulär geschlossene Vernetzungsprozesse als systembildend postuliert werden. Es scheint gerade so, als ob die einzelnen Komponenten mit Informationen über den Zustand des gesamten Systems operieren, also einen kollektiven Effekt erzeugen können, der nicht analytisch an den einzelnen Elementen oder an ihrem Durchschnitt als Effekt eines allgemeinen Gesetzes

nachweisbar ist (Varela 1981: 298). Durch das Zusammenwirken der Elemente wird die Einheit einer höheren Ordnung erzeugt, die dennoch auf eine paradoxe Weise schon im Zusammenwirken dieser Elemente enthalten sein muß. Diese Konzepte werden in verschiedenen Lesarten auch auf Gesellschafts- und Geisteswissenschaften übertragen (Steiner 1987; Witt 1987: 148-149; Heil 1984; Luhmann 1984).

Für unseren Zusammenhang mag es genügen festzuhalten, daß die Phänomene der Selbstreferenz, Selbständerung, Selbstorganisation als zirkulär-rekursives Verschleifen von Objekt-Ebene (Element, Regel, Entscheidung) und Meta-Ebene (System, Meta-Regel) zu Dauerphänomenen geworden sind. Aus dieser Perspektive ergibt sich für die Sozial- und Rechtswissenschaft das Problem, Reflexivität sozialer Systeme durch Konstruktion und Revision von Selbstbeschreibung/Selbstbeobachtung zu ermöglichen und in einer paradoxen Weise die Erwartung des Unerwarteten zu ermöglichen, weil es in Ungleichgewichtssystemen keine dauerhaft stabilen Erwartungen geben kann.

Dies heißt nicht, daß die Konstruktion von Ordnung sogleich wieder in Chaos zerstört wird, sondern vielmehr, daß der Konflikt von Ordnung und Unordnung auf Dauer gestellt ist und daß das Operieren unter Ungewißheitsbedingungen und damit unter der Notwendigkeit der permanenten Selbständerung nur durch das Bereithalten von mehr Möglichkeiten, größerer Flexibilität und Diversität von Systemen ermöglicht werden kann.

Dies eröffnet auch eine neue Perspektive auf den Zusammenhang von Individuum und Organisation im Kontext der Selbsttransformation des Sozialen: Die juristische Person ist nicht einfach eine künstliche neben der natürlichen Person; ihre starke Verbreitung hat den Zusammenhang von Rechtssubjekt und Vergesellschaftung/Sozialisation sowie die Stiftung von Vertrauen über Verinnerlichung des "anderen" stark gelockert (Coleman 1982: 68), weil Elemente der Organisation nur noch "Stellen", nicht aber natürliche Personen sind. Damit wird auch der Zusammenhang zur Familie als Sozialisationsinstanz ebenso wie der Zusammenhang von Rechtssubjekt und Staatssubjekt erschüttert (Coleman 1982: 131).

Diese Konzeption kann man etwa fruchtbar machen, um die intertemporale Vielfalt der Möglichkeiten des Individuums selbst als eine Menge von (Teil-)Individualitäten zu charakterisieren, also Pluralität und Ungewißheit als Motoren der gesellschaftlichen Dynamik auch im Individuum freizulegen (Pizzorno 1987). Der intertemporale, "vertikale" Zusammenhang der Pluralität innerhalb des Individuums wäre dann als Effekt eines interpersonalen horizontalen Zusammenhangs einer Pluralität von Individuen durch eine Art "struktureller Kopplung" (Maturana/Varela 1987: 85-86) zu konstruieren. Anders als über die frühe

Annahme der Identitätsbildung durch Verinnerlichung des "man within" kann diese neue Form der Persönlichkeit selbst nur variable, multiple Konfigurationen eines "intra-psychischen" Pluralismus generieren. Diese Konstruktion läßt sich auch wiederum abstimmen mit der Annahme, daß die Kommunikation zwischen Individuen nur über "semantische Stellvertreter" der Person, nicht aber unter Beteiligung der "ganzen Persönlichkeit" erfolgt (Markowitz 1988: 40).

Die Bedeutung der intra- und interpersonalen Pluralität der "semantischen Stellvertreter" der Individuen sowie der Notwendigkeit ihrer Abstimmung ("Konsens") hängt damit zusammen, daß in einem Ungleichgewichtssystem keine stabilen Erwartungen gebildet werden können, wie dies etwa zur Zeit der Gültigkeit des Gleichgewichtsmodells, in der sich die Individuen an einer potentiell von allen geteilten Erfahrung orientieren konnten, noch zu unterstellen war. Jetzt müssen sie permanent beobachten und sich selbst beobachten (Krippendorf 1984: 33-34; Vidali 1988: 88, 93; Lanzara 1983: 33) und Modelle bilden unter Bedingungen der Ungewißheit darüber, ob und wieweit die (Selbst-)Beschreibungen "passen" (vgl. zum "Konstruktivismus" v. Glaserfeld 1987).

VII. Zur Rekonstruktion des Verhältnisses von Rechtssubjekt und Gesellschaft in einem prozeduralen Rationalitätsmodell

Nach dem hier entwickelten Denkmodell hätte der Staat sich auf die neuen Bedingungen einzustellen, die mit einem nicht-linearen Ungleichgewichtsmodell verbunden sind: Eigentum und Marktfreiheit gewährleisten danach durchaus nicht einfach ein Gleichgewicht, sondern verändern die Regeln und Institutionen selbst, die ihnen zugrunde liegen. Mit der gesteigerten Komplexität entstehen neue, in den bestehenden Regeln und Institutionen nicht zu verarbeitende negative synergistische Interaktionseffekte (Umweltprobleme, Arbeitslosigkeit etc.), die eine Erweiterung des Zeithorizonts zum Zwecke der Verarbeitung der "Kreativität der Zeit" und der damit einhergehenden Schaffung von Irreversibilitäten erfordern. Der Ungleichgewichtscharakter gesellschaftlicher Evolution hat eine höhere Komplexität und damit immer mehr Möglichkeiten und zugleich größere Unge- wißheit geschaffen. Der Prozeß des Suchens und der Selektion von Anschlußmöglichkeiten erfolgt nicht mehr nach relativ stabilen Parametern, sondern nach einer auf Selbständerung angelegten prozeduralen Rationalität (Favreau 1989: 297; 1989a; Thévenot 1989: 172; Simon 1978), die Rückwirkungen auf die Regeln und Institutionen selbst haben muß (Steiner 1987: 198-199). Diese Entwicklung ist nicht mehr in einer allgemeinen Rationalität abzubilden (Touraine 1979: 409) und

vom Staat in universellen Regeln zu normieren oder nach staatlich gesetzten Zielen zu steuern. Dem Ungleichgewichtsmodell entspricht eher ein relationales, laterales Paradigma der multiplen, variablen Ordnungen, innerhalb derer sich Handlungsfelder und Konstruktionen in Netzwerken ablagern (Lyotard 1979; Welsch 1987: 296-297, 1987a: 140; Waldenfels 1987: 161, 186).

Dies gilt für die Technikentwicklung, die - über historische Trajektorien verlaufend - auch anders denkbar wird, ebenso wie für Unternehmen, die nicht mehr auf ein einheitliches Schema der hierarchischen Organisation festgelegt sind, sondern in einem dynamischen Netzwerk ihre flexibel werdenden Ziele und Grenzen unter komplexer werdenden Umweltbedingungen (re-)formulieren. Darüber werden neue prozedurale Formen der Konstruktion von Wissen für den Umgang mit Ungewißheit entwickelt, die nicht von dem Prozeß ihrer Konzeption in einem "web of tensions" zwischen verschiedenen einander überlagernden Netzwerken von Möglichkeiten abgelöst werden können (Day 1986: 56; vgl. auch Zeleny 1987).

Das Moment der Kreativität, der Selbstmodifikation und der Suche nach institutionellen Arrangements und Organisationsformen zur Generierung von Innovationen (Bienaymé 1988: 436; vgl. allgemein Nelson/Winter 1982), durch Kopplung von Ordnung und Chaos, durch Ermöglichung von Konflikten zwischen verschiedenen Regeln und Werten (Nonaka 1988; Serres 1980: 92), kann der Vermeidung von negativen Interaktionseffekten durch Bereithalten von mehr Flexibilität und Diversität dienen. Dies alles sind Erscheinungsformen einer gesteigerten Selbstreferenz der Gesellschaft, die ihre Entwicklung nicht mehr in stabilen Regeln dauerhaft konstruieren kann, sondern mit sich selbst experimentiert und deshalb verschiedene Selbstbeschreibungen akzeptiert, ja sogar den Prozeß der permanenten Redefinition durch die Konfrontation, Kombination und das Nebeneinanderherlaufen unterschiedlicher fragmentierter Selbstbeschreibungen beschleunigt.

Die Funktion der Grundrechte von Individuen und juristischen Personen (die nicht mehr nur als Instrumente oder "Nachbildungen" der ersteren zu betrachten sind) ist unter dem neuen "relationalen Paradigma" umzustellen auf die Gewährleistung einer a-zentralen, heterogenen Pluralität und Konkurrenz von Selbstbeschreibungen, die über unterschiedlich aggregierte Handlungs- und Kommunikationsnetzwerke des Sozialen zugleich ausdifferenziert und über die Individuen für ein konfliktorisches Moment der Entdifferenzierung durchlässig gehalten werden (vgl. dazu Hejl 1987). Die Grundrechte gewährleisten, daß die Selbstbeschreibungen der Gesellschaft nicht durch hierarchische Organisation monopolisiert (wie etwa über Partei und Staat in sozialistischen Gesellschaften), sondern in distribuierter Form ohne Zentrum generiert werden und dadurch die permanente

Selbstmodifikation über diskontinuierliche emergente Selbstorganisationseffekte zwischen den Netzwerken des Sozialen und seinen ausdifferenzierten Funktionssystemen sowie zwischen den daran partizipierenden individuellen und organisierten Aktoren ermöglicht wird. Dies ist auch unter gewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen damit zu rechtfertigen, daß die "Generalisierung von Betroffenheit" (Markowitz 1988: 39-40), d.h. letztlich die Symmetrie von Entscheidung und Betroffenheit, weniger denn je als möglich erscheint und nur von ihrerseits organisierten Interpreten von Betroffenheit propagiert wird. Sie müßte auch durch gesteigerte Konsensanforderungen zu einer Selbstblockierung von Institutionen führen. Auch bei Habermas ist nicht erkennbar, wie die prozedural konstituierte "Intersubjektivität des Sprachsubjekts" (Habermas 1981: 532; Günther 1988: 157-158), die die prinzipielle Einheit der Vernunft des Bewußtseinssubjekts mit der jedes anderen Subjekts abgelöst hat, durch bloßen Bezug auf die Idee einer herrschaftsfreien Kommunikation die Vermittlung der fragmentierten "Existenzsubjekte" (Ebeling 1987: 76-77) über eine "sprachlich sedimentierte Vernunft" herstellen können soll. Damit ist die Sprache von vornherein auf die Möglichkeit der Transparenz festgelegt.

Die "Isolation" der Rechtssubjekte war und ist eine Form der Gewährleistung von Kooperation unter reduzierten Konsensanforderungen, die eine Abpufferung der dadurch ermöglichten individuellen Variationen von Kooperation in einem Ruhepunkt des Gleichgewichts unterstellt. Unter Ungleichgewichtsbedingungen ist die Selbstbeschreibung der Gesellschaft nur sozusagen als hologrammatischer Effekt pluraler heterogener Modellbildungen denkbar. Am Beispiel des für die bürgerliche Gesellschaft zentralen Eigentumsrechts läßt sich die mit dem Vordringen der Organisation einhergehende Veränderung der Rechtsstruktur, die auch für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft von entscheidender Bedeutung ist, charakterisieren: Eigentum ist bisher als ein Substrat von Entscheidungsrechten des Eigentümers gegenüber anderen Eigentümern konstruiert worden. Dem liegt das oben skizzierte lineare Gleichgewichtsmodell und eine substantielle Rationalitätskonzeption insofern zugrunde, als damit die Annahme verbunden ist, daß innerhalb eines durch den Markt vorgegebenen Entscheidungsraumes eine am Parameter "Preis" orientierte Tauschentscheidung "richtige" Ergebnisse ermöglicht. Diese Orientierung am Tausch erklärt auch den Fortbestand der, wenn auch modifizierten, Konstruktion des Eigentums als Sachherrschaft, dem auch der verfassungsrechtlich erweiterte Eigentumsbegriff anverwandelt worden ist. Eine den veränderten ökonomischen Bedingungen angepaßte Konzeption hätte insbesondere das Auftreten der Organisation als Eigentümerin (vgl. die Neukonstruktion bei Teubner 1989; vgl. auch Ladeur 1989a) nicht nur begrifflich durch die Konstruk-

tion eines künstlichen Individuums (juristische Person) als Ausnahmephänomen zu berücksichtigen, sondern sie vielmehr als Träger eines kollektiven Wissens zu begreifen (Favereau 1989; Thévenot 1989; Zeleny 1987), das sich von dem über den Markt zerstreuten Wissen grundlegend unterscheidet und deshalb auch zu einer Remodellierung und Rekonstruktion des organisierten Eigentums als eines Mediums der Selbstbeobachtung und Zurechnung von Handlungen zwingt. Dieses Wissen ist eher produktionsorientiert, während das über das Individualeigentum erschlossene eher austauschorientiert ist.

Während der Epoche der standardisierten Massenproduktion konnten das produktive Wissen (intern) und die als gegeben vorausgesetzte Nachfrage (extern) relativ dauerhaft korreliert werden (Gaffard 1989: 266; Favereau 1989: 310). Darin ist - wie erwähnt - die Grundlage des sozialstaatlichen und gruppenbasierten Interventionismus in die Wirtschaft zu sehen.

Wenn die Unternehmerorganisation eine stabile Beziehung zu ihrer externen Umwelt haben kann, scheint auch Raum für die staatliche Setzung externer Schranken und für die kollektive, vom vertraglichen Austauschverhältnis abgekoppelte Mitbestimmung der Gesamtheit der Arbeitnehmer über die Verausgabung ihrer Arbeitskraft gegenüber dem "Eigentümer" zu sein. Allerdings ist darin der Ansatz eines sich selbst verstärkenden circulus vitiosus enthalten. Denn Großunternehmen scheinen (von außen) weniger lernen zu müssen und weniger verlernen zu können. Gerade dadurch entsteht die Gefahr, daß sie in stärkerem Maße durch längerfristig angelegte Strategien und dadurch erweiterte Möglichkeiten der Disposition über gesellschaftliche Interaktionsnetze Turbulenzen extern erzeugen können, gegen deren Folgen sie sich intern stärker abschotten. Dadurch entsteht die Gefahr, daß der Gewinn an Lernfähigkeit durch Organisation über strategische Blockierung dynamischer Selbstorganisationeffekte des Marktes wieder verspielt wird. Aus diesen Schwierigkeiten hat sich auch für das Unternehmen eine neue, an Selbstdreferenz orientierte Sichtweise in der Wirtschaftswissenschaft entwickelt (Witt 1987: 148-149), die den Akzent bei der Erzeugung von mehr Wissen und damit mehr Möglichkeiten innerhalb der Organisation setzt, um das Unternehmen stärker für Selbständerungsprozesse durchlässig zu machen; diese kann auch für eine Reintegration von externalisierten Effekten fruchtbar gemacht werden (vgl. Krippendorff 1985: 34; Morgan 1986: 92; Probst 1989, 1987: 99). Daraus wird eine Neukonstruktion des Unternehmens als einer kollateralen (heterarchischen) Organisation entwickelt, die sich auf den gesteigerten Bedarf an Selbstmodifikation des Wirtschaftssystems dadurch einstellt, daß die Selbstbeobachtung/Selbstbeschreibung des Unternehmens stärker dezentral distribuiert wird (Zeleny 1987: 59). Gerade wegen des Zusammenhangs von Beobachtung und Handlung wird die

zirkulär-rekursive Selbstorganisation auch des Unternehmens in der Betonung der Notwendigkeit der Erzeugung von "Ordnung aus Chaos" (Nonaka 1988: 59 m.w.N.) mit Hilfe der Zufuhr von Pluralität und Heterogenität durch den Einbau von "Gegenkulturen" in die Organisation postuliert (Nonaka 1988: 67). Die unter dem Paradigma des Ungleichgewichts sich stellende Notwendigkeit des Operierens mit einer Pluralität von Möglichkeiten statt mit der einen Wirklichkeit läßt das Moment der Selbstkonstruktion durch Selbst- und Fremdbeobachtung stärker hervortreten und verlangt die Sensibilisierung der internen Umwelt für eine experimentelle, auf Selbstmodifikation angelegte Rationalität (Lanzara 1983: 33). Das bedeutet, daß die Selbstbeschreibung nun in einer flexibel und variabel über die beteiligten Komponenten distribuierten Form sozusagen als ein auf Selbständereung angelegtes Produkt einer "Ideenpopulation" innerhalb der Organisation ermöglicht und erhalten werden muß (Probst 1987: 99; Kampis/Csanyi 1987: 143, 148).

In einer komplexen Ökonomie, die eine Ökonomie der Ungewißheit ist (Favereau 1989: 325), muß das in der Organisation prozessierte kollektive Wissen Bezugspunkt der rechtlichen Regelung werden. D.h. eine solche Regelung darf sich nicht primär als Auferlegung externer Schranken begreifen, sondern muß sich stärker auf die interne Umwelt der Organisation einstellen. Sie muß in einer prozeduralen Rationalität konstruiert werden und kann deshalb nicht die Auswahl zwischen mehreren Entscheidungen - etwa unter dem Gesichtspunkt sozialer Gerechtigkeit - unmittelbar steuern wollen. Vielmehr hat sie ihr Ziel darin zu sehen, die Effizienz der internen Umwelt, die Gestaltung des Möglichkeitsraums selbst, durch Steigerung der kognitiven Ressourcen zu influenzieren. Ein solches Verständnis prozeduraler Rationalität setzt die Beobachtung voraus, daß das Recht nicht nur ein genaues Modell vom Entscheidungsraum insbesondere der Unternehmensorganisation haben kann, sondern daß es gerade dessen Selbstbeobachtungs- und Selbstkonstruktionsfähigkeit reflektieren und steigern helfen muß. Anders als lebende Systeme haben soziale Systeme keine "natürliche" Orientierung an der Erhaltung ihrer Autonomie und der Wahl der erforderlichen "strukturellen Kopplungen". Die Funktion des Staates und des Rechts könnte gerade darin bestehen, nicht das "richtige" Selbstbild zu vermitteln, sondern die Reflexion der Selbstbeobachtungsfähigkeit organisierter Systeme zu ermöglichen (Teubner 1989: 94, 1982; Willke 1989: 122). Auszugehen wäre dabei von der Annahme, daß es nicht darum geht, den Unternehmen mehr Informationen zuzuführen, sondern die "Aufmerksamkeit", also die internen kognitiven Ressourcen (Favereau 1989: 325) durch Ermöglichung von mehr Flexibilität und durch die proaktive Fähigkeit zur Generierung von mehr Optionen statt der einen richtigen Entscheidung zu

verbessern. Dies kann anknüpfen an die sich abzeichnenden technischen Potentiale der Steigerung der Variabilität von Unternehmen durch die Einbeziehung von Kundenwünschen in einen relativ offenen Prozeß der "flexiblen Spezialisierung" (vgl. dazu allgemein Piore/Sabel 1985), die auch Durchlässigkeit für komplexere Bedürfnisse erzeugt (vgl. Ladeur 1987; Halal 1986: 125-126). Die sich daraus für die Unternehmensverfassung ergebenden Konsequenzen können hier nicht im einzelnen dargestellt werden. Für den hier gewählten theoretischen Referenzrahmen kommt es zunächst nur darauf an, ein noch relativ abstrakt bleibendes Paradigma zu entwerfen, das mit dem traditionellen Eingriffsabwehrdenken und dem sozialstaatlichen kompensatorischen Ausgleichsmodell konkurrieren kann und Anschlußmöglichkeiten für bereichsspezifische Konkretisierungen sichtbar macht.

Diese Ausführungen sollten zunächst in einer grundrechtstheoretischen Perspektive Veränderungen auf der einen Seite des Entsprechungsverhältnisses von Gesellschaft und Staat skizzieren. Verallgemeinernd läßt sich festhalten, daß das klassische liberale Grundrechtsdenken zunächst von Konstitutionsregeln über die Verinnerlichung des Allgemeinen als des generalisierten Anderen durch die individuelle Persönlichkeit bestimmt ist. Diese Regeln generieren die interne Umwelt der Individuen, der juristischen Person, des Staates etc. (Favereau 1989a: 171). Es sind dies im klassischen Liberalismus vor allem Regeln, die dem allgemeinen Gewaltverhältnis vorausliegen und in der Familie oder über besondere Gewaltverhältnisse (Schule etc.) generiert werden. Diese Regeln bleiben überwiegend impliziert in gesellschaftlichen Praxisformen. Demgegenüber regeln schrankenziehende Normen die externe Umwelt der sozusagen als "fertig" gedachten Individuen (dies ist der klassische Typ des Eingriffsgesetzes). Der Sozialstaat schafft demgegenüber eine Fülle von Regeln für verschiedene interne Umwelten in der Form kompensatorischer, "Chancengleichheit" ermöglicher Regelung oder durch Explizierung von Bildungszielen, Übernahme von Verantwortung für Lebensrisiken (vgl. dazu allgemein Ewald 1986), die aber aufgrund ihrer kompensatorischen Konstruktion weitgehend durch die antithetische Fixierung auf das klassische Modell an der Annahme eines einheitlichen Interesses "Unterprivilegierter" orientiert blieb. Dadurch blieben sie tendenziell der Logik der Schrankenziehung verhaftet: Die Logik der Umverteilung von Chancen setzt die Austauschordnung weiter voraus. Dies bedeutet vor allem, daß die Besonderheit der interne Umwelten ausgestaltenden Regelungen vernachlässigt worden ist.

Gegenläufige Tendenzen lassen sich in der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts etwa in der Annahme einer die Evaluation voraussetzenden Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers bei der Einführung der Unternehmensmitbestim-

mung finden (BVerfGE 50, 250 [325-326]). Diese Pflicht ist allerdings dogmatisch ungenügend strukturiert. Sie ließe sich durch den Rekurs auf die Notwendigkeit der Einstellung auf und Berücksichtigung von Bedingungen präzisieren, die durch die Komplexität interner Umwelten von Systemen (und Individuen) gesetzt werden. Rechtliche Regelung unter Bedingungen gesteigerter Komplexität, insbesondere der zunehmenden Bedeutung der Übernahme gesellschaftlicher Funktionen durch Organisationen, wird aber von der Notwendigkeit bestimmt, eben solche konstitutiven Regeln zu explizieren und zu reflektieren, die in der Gesellschaft der Individuen eher implizit durch Praxis geregelt waren. Der Gesetzgeber emanzipiert sich dabei viel zu wenig vom klassischen Modell der Schrankenziehung, obwohl es hier um die Regelung der internen Umwelt von Systemen und die Ermöglichung der Selbstkonstruktion neuer Möglichkeitsräume geht. Grundrechtstheoretisch müßte das Entsprechungsverhältnis von Staat und Gesellschaft in einer von Komplexität und Ungewißheit (aufgrund von Selbstorganisationseffekten) beherrschten Welt innerhalb einer prozeduralen, Selbstkonstruktion ermöglichen Rationalität reflektiert werden. Unter den oben skizzierten Bedingungen ist das Konzept der Schrankenziehung um ein Paradigma der Modellierung interner Systemumwelten zu ergänzen, das Selbstbeobachtung und Lernfähigkeit von und in Organisationen oder in nicht-organisierten Beziehungsnetzwerken die Entwicklung von positiven und die Vermeidung von negativen Synergismen zu ermöglichen hätte. Dies kann - wie erwähnt - in Organisationen etwa durch den Aufbau von "Gegenkulturen" geschehen. Die Regelung von Rechtsverhältnissen der Organisationen, insbesondere die Unternehmensverfassung, wäre auf die Fähigkeit zur Generierung von kollektivem Wissen für die (Re-)Konstruktion von Optionsräumen - statt auf die Optimierung innerhalb eines relativ festliegenden Entscheidungsraums - einzustellen (Favereau 1989a: 176).

VIII. Zu einer prozeduralen Rationalität staatlichen Handelns

Einem relationalen Paradigma prozeduraler Rationalität entspräche eine Staatskonstruktion, die die durch die Flexibilität, Lateralität und Heterogenität variabel vernetzter Ordnungen gesetzten Bedingungen der Ungewißheit akzeptiert und eine neue Allgemeinheit nur noch in einer Meta-Regel (Morin 1986: 43; Waldenfels 1988: 200; Caputo 1987: 262) der Erhaltung der Selbstmodifikationsfähigkeit der pluralen Gesellschaft durch die Gewährleistung der Durchlässigkeit und Kopplungsfähigkeit der lateral begrenzten Ordnungen füreinander finden könnte. Eine solche Konzeption hätte sich für die Unterbrechung von durch nega-

tive Interaktionseffekte eintretenden Blockierungen gesellschaftlicher Selbstorganisationsfähigkeit zu sensibilisieren, das Entscheiden unter Risiko und Ungewissheitsbedingungen in einer Logik der Revision zu entwerfen und sich auf die paradoxe Erwartung des Unerwarteten einzustellen und die Steigerung des Alternativenreichtums durch Vermeidung oder Kompensation von Irreversibilitäten und Gewährleistung von Beweglichkeit und Durchlässigkeit gesellschaftlicher Netzwerke zu gewährleisten.

Dem entspräche kein Konzept der "Steuerung" nach vorgegebenen Zielen, sondern ein Projekt der Erhaltung und Steigerung der Relationierungs- und Rekombinationsmöglichkeiten innerhalb und zwischen gesellschaftlichen Systemen. Die Aufgabe des Staates bestünde nach der hier skizzierten relationalen Logik nicht primär darin, Schranken zu setzen oder Ziele vorzugeben, sondern strategische Fluktuationen im gesellschaftlichen Pool der Möglichkeiten hervorzurufen bzw. existierende zu verstärken, um Diversität zu provozieren, die zur Verarbeitung von Ungewissheit erforderlich ist (Taylor 1987).

Eine allgemeine Theorie der Staatsaufgaben hätte die von Hayek mit Recht in den Vordergrund gestellte Ausgangsfrage nach der Bedeutung gesellschaftlicher Institutionen für die Generierung von Wissen unter Ungewissheitsbedingungen aufzunehmen und sie für die durch das Auftreten von Organisationen gewandelten Bedingungen umzuformulieren. Der Staat hätte danach nicht mehr nur allgemeine Regeln zu setzen für die Ermöglichung rationaler Entscheidungen unter Bedingungen disperser, auf eine Vielzahl von Individuen verteilten Wissens (Schrankenziehung). Er hat auch die Konstitutionsregeln für die Generierung von kollektivem Wissen in und durch Organisation zu formulieren. Durch das Auftreten von Organisationen wird die Regelungsperspektive stärker auf die Produktion von Wissen und nicht nur seine Verteilung (Austausch) geöffnet. Allerdings bedeutet dies - wie oben angedeutet - nicht, daß nunmehr der kollektive, nicht in vollem Umfang eine individuelle Aneignung zulassende Charakter des Wissens einer der Allgemeinheit der Betroffenheit entsprechenden spezifischen staatlichen Steuerung unterliegen könnte. Vielmehr kann und muß sich der Staat auf die Setzung von Regeln für die internen Umwelten von Organisationen beschränken. Allerdings kann er sich nicht auf die dauerhafte Konstruktion von "künstlichen" juristischen Personen beschränken, die dann auf den Markt entlassen werden und danach allein in einer vom Austausch bestimmten Perspektive beobachtet werden, er muß vielmehr die Funktionsfähigkeit von Organisationen gerade im Hinblick auf die Generierung von Wissen/Information beobachten und deren Selbstbeobachtungsfähigkeit steigern und das Spannungsverhältnis von Binnen- und Außenperspektive der Organisationen gegen Tendenzen zur Selbstblockierung erhalten. Dies gilt in

besonderem Maße, wenn die durch die längerfristige Perspektive der Organisation gesteigerten Interaktionseffekte in der Gesellschaft und zwischen Gesellschaft und natürlicher Umwelt zu neuen sogenannten Externalisierungen führen, die im Grunde ein Signal nicht ausreichender, institutioneller Verarbeitungsfähigkeit für nicht-intendierte kollektive Effekte sind. Der Begriff der Externalisierung legt die Therapie von vornherein auf den Einsatz bestimmter "marktkonformer" Instrumente fest (Ladeur 1987 m.w.N.). In der hier gewählten Perspektive wäre dies ebensowenig ausreichend wie der Rekurs auf die traditionellen ordnungsrechtlichen Instrumente. Vielmehr wäre das Problem komplexer zu konstruieren: Es wäre zu fragen, ob und wie das in Organisationen produzierte Wissen stärker durchlässig gemacht werden kann für die Vermeidung von nicht-intendierten kollektiven negativen Effekten. Dies wäre auch durch rechtliche Regelungen, Subventionierungen etc. zu ermöglichen, die den Zeithorizont von Unternehmen erweitern helfen. Dabei hätte der erste Ansatz zu einer komplexeren Regelung der internen Umwelt von Unternehmen mit dem Ziel ihrer Sensibilisierung für kollektive Interaktionseffekte darin zu bestehen, die Blockierungswirkung staatlicher Schrankenziehungen für die Generierung komplexeren kollektiven Wissens in und durch Organisationen zu analysieren.

Unter diesem Aspekt ist vor allem die Festschreibung des "Standes der Technik" im Umweltrecht als eine Normierungstechnik zu bezeichnen, die die Entwicklung intelligenter Vermeidungstechnologien jedenfalls behindert und die Durchsetzung schnell verfügbarer end-of-pipe-Technologien begünstigt (Ladeur 1988). Auf Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden. Im Grunde kommt es nur darauf an, eine Regelungsperspektive zu skizzieren, die nicht auf Schrankenziehung (externe Umwelt) im klassischen Sinne basiert, sondern die Erhaltung von Flexibilität und Durchlässigkeit der internen Umwelt von Organisationen für die Problemkonstruktion in komplexeren alternativenreichen Möglichkeitsräumen (prozedurale Rationalität) intendiert. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Instrumente der Schrankenziehung in der liberalen Gesellschaft der Individuen primär reaktive Eingriffe zur Abwehr von Gefahren normiert haben, deren Erkenntnis auf allgemein zugänglichen Erfahrungen basierte, während eine organisationsspezifische Regelung Möglichkeiten und Grenzen in Organisationen institutionalisierten kollektiven Wissens durch Influzenzierung der internen Umwelt mobilisieren müßte. Dies erfordert viel komplexere, weichere Regelungsformen, die vor allem die Selbständerungsfähigkeit von Unternehmen durch die "Impfung" mit interner Heterogenität und dadurch erzeugter kognitiver "Unruhe" zu stimulieren hätte.

Aus dieser Perspektive ergibt sich zugleich, daß auch der Staat selbst sein Handeln stärker durch die Steigerung eigener Selbst- und Fremdbeobachtungsfähigkeit vorstrukturieren muß. Dabei kann der Markt durchaus als eine Institution zur Sammlung von dispersem Wissen in kurzfristiger Perspektive vorausgesetzt werden, während andererseits Organisation als ein zweites, produktionsorientiertes Medium der systematischen Bereithaltung von Lernfähigkeit, also der Erzeugung von Innovationen, zu entwickeln ist. Für den Staat selbst ergibt sich daraus die Notwendigkeit, seine eigene interne Umwelt bei der Formulierung von Aufgaben und vor allem die der (ihrerseits überwiegend) organisierten Adressaten von Programmen mit zu berücksichtigen. Das Modell der Schrankenziehung, das dem liberalen Eingriffsabwehrdenken zugrunde lag, war für den Staat zugleich Voraussetzung der eigenen Selbst- und Fremdbeobachtungsfähigkeit, die erst durch eine Differenz, die Unterscheidung zwischen innen (System) und außen (Umwelt), ermöglicht worden ist. Die Rückkehr zum einfachen Schrankendenken ist sicher nicht mehr möglich, aber jedenfalls muß der Staat ein funktionales Äquivalent für diese Unterscheidung finden, wenn die Gefahr der Erzeugung nicht-intendierter perverser Effekte vermieden werden soll. Diese Unterscheidung könnte in der - ältere Funktionen nicht gänzlich ausschließenden - neuen Aufgabe gefunden werden, primär die Produktion von Wissen unter Ungewissheitsbedingungen durch Beobachtung und Influenzierung interner Umwelten von Organisationen zu ermöglichen und zu verbessern.

Auch für die eigene interne Umwelt, vor allem im Bereich der Planungsaufgaben, ist diese Annahme selbstreflexiv fruchtbar zu machen: Der Staat kann seinerseits nicht mehr in einer substantiellen, ergebnisorientierten Rationalität handeln und alle in der externen Umwelt vorhandenen Informationen "sammeln" und in punktuellen Entscheidungen verarbeiten wollen. Planerisches Entscheiden muß nicht nur die "Kreativität der Zeit", die Veränderung der in einem Abwägungsprozeß "abgebildeten" Beziehungsnetzwerke unterschiedlicher Belange mit berücksichtigen, also die Entscheidung auf prozeßhafte Selbstrevision festlegen, sondern auch den konstruktiven Charakter der internen Umwelt der Verwaltung und der primär die "Belange" produzierenden privaten Organisationen in Rechnung stellen. D.h. es müssen auch hier Mechanismen der Generierung von Alternativenreichtum in der Perspektive einer prozeduralen Rationalität zweiter Ordnung konzipiert werden. Lernfähigkeit, Offenheit für Innovationen ist nur in einer paradoxen Form der Selbstreferenz möglich: Eine Institution ist für Neues nur dann durchlässig, wenn dieses Neue in ihr selbst schon vorhanden ist. Man lernt nur das, was man schon weiß. Deshalb kommt es darauf an, "Gegenkulturen", Widerlager, Argumentationslasten etc. in Verfahren einzubauen, um Vielfalt und Flexibilität

zu generieren. Jedenfalls bei bedeutsamen Entscheidungen wäre ein Zwang zur "Nachbeobachtung" zum Zwecke der Generierung von über den Einzelfall hinausweisenden Informationen für Handeln unter Ungewissheitsbedingungen erforderlich. Dazu würde auch ein System befristeter, provisorischer Teilentscheidungen gehören, das der späteren Verbesserung der Informationsgrundlage für Folgeentscheidungen Raum geben würde.

Die rechtliche Abwägungskontrolle wäre stärker danach zu differenzieren, wieweit Entscheidungen reversibel sind. Dementsprechend wäre weiter daran zu denken, mehr Variationsmöglichkeiten in Genehmigungsverfahren einzubauen, die das traditionelle ordnungsrechtliche (gefährorientierte) Instrumentarium nicht gänzlich durch materielle Entscheidungskompetenzen des Staates ablösen würden, sondern mehr Offenheit und Flexibilität für das Operieren unter Ungewissheitsbedingungen ermöglichen und danach auch die Zumutbarkeit von Risiken flexibler dimensionieren könnten. Das gleiche gilt etwa für die Kontrolle eines gänzlich neuen dynamischen Forschungs- und Anwendungsgebietes wie der Gentechnik (Ladeur 1987a): Hier tritt die Erschütterung eines nicht mehr an bestehenden Gesetzen und Gesetzmäßigkeiten orientierten Gleichgewichtsmodells, wie es auch der klassischen Wissenschaftstheorie zugrunde lag, deutlich zutage. In der Gentechnik wird nicht mehr analytisch nach bestimmten grundlegenden "Elementen" einer als vorfindlich vorausgesetzten Natur geforscht, vielmehr wird versucht, das Alphabet der Natur nicht nur zu entziffern, sondern eine zweite Natur zu "schreiben".

Hier geht die Forschung über von der einen Wirklichkeit zur Dimension der reinen Virtualität (Formenti 1989: 38) einer unendlichen Kombinatorik. Dies erfordert eine andere Regelungstechnik als die Kontrolle einer im Kontinuum der Versuch-Irrtums-Schritte der klassischen Technik entwickelten Anlage oder eines neuen Produkts. Aber gerade wegen der unendlich vielfältigen Verwendungsmöglichkeiten kann andererseits auch ein Verbot oder eine materielle Prüfung durch den Staat nicht die richtige Reaktionsform sein. Es handelt sich hier um einen dynamischen Möglichkeitsraum, nicht um eine relativ einheitliche, nur unterschiedlich zu bewertende Entwicklungstrajektorie. In einer prozeduralen Rationalität wäre ein Kriterienkatalog zu formulieren, der - angesichts komplexer Ungleichgewichtsbedingungen - das Spektrum der erfahrbaren Möglichkeiten der Natur nicht nur um eine weitere Fluktuation vermehrt, sondern teilweise neu konstruiert und an der Erhaltung von Vielfalt als Grundlage der Selbstorganisationsfähigkeit der Umwelt orientiert sein müßte. Schließlich muß man berücksichtigen, daß z.B. Gentechnik teilweise mehr Flexibilität und Variationsmöglichkeiten erzeugen kann, andererseits aber auch herkömmliche, wenig flexible Techniken verstärken

helfen kann. Dies gilt in noch höherem Maße für die Genom-Analyse am Menschen, deren Perspektive jedenfalls partiell auf die Selbstkonstruktion des Menschen zielt - auch wenn ihre Ansätze zur Realisierung noch nicht sehr weit gediehen sind. Die Konfrontation mit der bloßen Virtualität des Menschen fordert neue, der Erhaltung von Vielfalt gerecht werdende Operationsmöglichkeiten, die nur in einer Kasuistik durch Verfahren definiert werden können.

Als weiterer Probefall für die Anwendung des hier entwickelten Konzepts der prozeduralen Rationalität sei das Gesetzgebungsverfahren genannt: Auch die Gesetzgebung unter Ungewissheitsbedingungen müßte genauer prozedural vorstrukturiert werden. Der bloße Rekurs auf den politischen Gestaltungsspielraum und die demokratische Legitimation des Parlaments reichen allein nicht mehr aus. Die Freiheit, Wertungen mangels gesicherter Erfahrungsgrundlagen vorzunehmen, bedarf bei komplexeren Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen in einer von der prozeduralen Rationalität zweiter Ordnung bestimmten, den konstruktiven selbstreferentiellen Momenten des projektiven Entscheidens gerecht werden den Perspektive einer Reflexion des Möglichkeitsraumes und nicht nur einer Freiheit der Auswahl unter vorhandenen Möglichkeiten.

Die Pflicht zur "Nachbesserung" von Gesetzen ist ein erster Schritt des Bundesverfassungsgerichts zur Berücksichtigung des prozeßhaften Charakters gesetzgeberischen Entscheidens. Der Gesetzgeber müßte hier stärker durch die Auferlegung von Argumentationslasten im Gesetzgebungsverfahren und eine daran anschließende Logik der Revision zur Beobachtung und Steuerung seines eigenen Projekts verpflichtet werden. Durch Entscheidung ausgeschlossene Alternativen könnten dabei als Kontrollkriterien mitlaufen. Daß die bisherigen Erfahrungen mit Evaluations- und Versuchsgesetzen nicht allzu ermutigend sind (Schulze-Fielitz 1988: 556; Ladeur 1985), spricht nicht dagegen, weil diese Evaluationsansätze bisher ganz auf die durch die Berücksichtigung von Sozialwissenschaften zu verbessernde Beschreibung der einen Wirklichkeit festgelegt waren, während es in der hier eingenommenen konstruktivistischen Perspektive gerade auf den Entwurf von pluralen multiplen Möglichkeitsräumen ankäme. In einer davon bestimmten Sichtweise wird (komplexere) Gesetzgebung verstanden als eine normative Anforderungen und praktische Erwartungen an interne Umwelten von (vor allem) Organisationen integrierende Modellbildung, die einer ständigen Justierung bedarf. Daraus ergeben sich neue Spezifizierungen des Gesetzesvorbehalts in der Formulierung durch die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 33, 47) unter dem Gesichtspunkt der Ausgestaltung des Verfahrens bei komplexen Entscheidungen. Unter diesem Aspekt wäre auch die bisher herrschende Auffassung zum Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung zu revidie-

ren. Da auch Subventionen die Erhaltung einer Vielfalt von Möglichkeiten beeinträchtigen können, wäre der Gesetzesvorbehalt auf "wesentliche" Leistungen auszudehnen (vgl. zur Pressesubventionierung jetzt BVerfGE 80, 124).

Allgemein ließe sich formulieren, daß die kognitivistisch-konstruktivistische Konzeption dazu führen könnte, das Moment der Deliberation, das auch den Parlamentarismus in seiner früheren Entscheidungsform geprägt hat, vom Ziel der Institutionalisierung einer einheitlichen allgemeinen Vernunft im Medium des Austauschs von interessenabstrakten politischen Meinungen jedenfalls partiell abzulösen. Es wäre zu erweitern um Momente der Generierung eines pluralen Möglichkeitsraumes "transversaler" nicht-allgemeiner, heterarchischer Vernunft (Waldenfels 1987: 186; Welsch 1987: 296-297), die verschiedene bereichsspezifische Rationalitäten akzeptiert und Gerechtigkeit nur noch selbstreflexiv als das nicht dauerhaft lösbarer Problem, das die Gesellschaft für sich selbst ist, konstruieren (und deshalb nur provisorische Entwürfe zulassen) kann. Deliberation wäre dann in einer in zunehmendem Maße selbstreferentiell gewordenen Gesellschaft als organisierte Selbstbeobachtung und Selbstbeschreibung zu verstehen. Daraus würden sich auch neue Aspekte für die Diskussion um Beteiligungs- und Klage-rechte von Verbänden jedenfalls für die Bereiche ergeben, in denen individuelle Rechte nicht für die Erhaltung von Flexibilität und Vielfalt modelliert werden können. Die unausbleiblichen Kollisionen zwischen verschiedenen grundrechtlichen und Staatszielen müssen sicher letztlich von Staatsorganen entschieden werden, aber zur Mitkonstruktion der "möglichen Welten" (durch Planung und Gesetzgebung) wären Verbände, die bestimmte wichtige Belange durch Organisation "konstruieren", zuzulassen. Die Pluralisierung der öffentlichen Interessen (vgl. nur Häberle 1975; Lerche/Schmidt-Aßmann/Schmitt Glaeser 1984), die sich auch rechtlich darin niederschlägt, daß die Grundrechte nicht nur Individualrechte, sondern nach der neueren Auffassung auch "objektive Wertentscheidungen" enthalten, müßte dazu führen, daß deren Kompatibilisierung nicht allein dem Parlament oder der Verwaltung überlassen bleiben könnte.

Grundrechte hätten als objektive Wertentscheidungen auch eine Vielfalt fragmentierter heterogener gesellschaftlicher Selbstbeobachtungs- und Selbstbeschreibungsformen zu gewährleisten (Wirtschaft, Wissenschaft, Kultur, Austausch mit der Natur etc.), die der Staat seinerseits nur mit seinen spezifischen, durch seine interne Umwelt bestimmten Mitteln relationieren kann, ohne über eine substantielle Rationalität des richtigen Entscheidens zu verfügen. Bestimmte objektive Grundrechtsinteressen sollten deshalb von Verbänden auch rechtlich vertreten werden können (ähnliches gilt für den durch eine verfassungsrechtliche Staatszielbestimmung konstituционierten Umweltschutz), da auch die "objektive"

Wahrnehmung von Grundrechtsinteressen allein durch den Staat der Funktion der Grundrechte nicht entspricht und im übrigen gerade dadurch eine höhere Deliberationsfähigkeit der Gesellschaft erreicht werden kann.

Aus diesen Überlegungen ergeben sich auch Konsequenzen für die Stellung der Gerichte: Bei komplexen, unter Ungewißheitsbedingungen zu treffenden Entscheidungen hätte sich die gerichtliche Kontrolle ebenfalls an einer prozeduralen Rationalität zu orientieren. Dies ist nicht gleichzusetzen mit der Beschränkung auf die Prüfung von Verfahrensfehlern. Vielmehr wäre dieses Prinzip genau im Hinblick auf die oben skizzierten Erfordernisse der *Konstruktion* "möglicher Welten" (statt der Erkenntnis der einen wirklichen Welt und der Verteilung von Wertungsspielräumen innerhalb eines Gleichgewichtsmodells) zu spezifizieren und danach zu fragen, ob Gesetzgeber oder Verwaltung ein genügend complexes, mögliche Entwicklungsszenarien kalkulierendes, künftige Anschlußmöglichkeiten und -zwänge, Optionsgewinne und -verluste (durch Flexibilität oder Rigidität von Entwicklungstrajektorien) berücksichtigendes Entscheidungsdesign zugrunde gelegt haben. Auch die Rechtsprechung hätte sich hier - mit ihren Handlungsressourcen - an dem Ziel der Generierung von mehr Möglichkeiten für das Operieren mit Ungewißheit zu orientieren.

Auf Einzelheiten soll hier nicht mehr eingegangen werden. Hier kam es vor allem darauf an, einen allgemeinen Rahmen für eine Staatsaufgabenlehre zu skizzieren, die keine einfachen Lösungen für einzelne Probleme liefern kann, aber - in einer selbstreferentiellen Wendung - die *Konstruktion* von Problemen erleichtern könnte. Bestätigt sieht sich der hier gewählte Ansatz auch durch den generellen gesellschaftlichen Wandel zur Herausbildung einer "Informationsgesellschaft", in der die kognitiven Ressourcen zur entscheidenden Produktivkraft werden. Auch in der Wirtschaft zeigt sich in zunehmendem Maße das Problem, daß die *Generierung* von langfristig wichtigen Informationen über Selbstorganisationseffekte des Marktes allein nicht ohne weiteres ermöglicht werden kann, da deren Aneignungsfähigkeit begrenzt ist. Daraus ergibt sich z.B. eine Tendenz zur Kooperation in gemeinsamen Projekten (neben den traditionellen Formen der Übernahme von und Beteiligung an konkurrierenden Unternehmen). In der Erhaltung und Generierung von kognitiven Ressourcen für das Operieren mit Ungewißheit könnte auch eine Konkretisierung der Staatsfunktionen gesehen werden, die zugleich auch ein neues Entsprechungsverhältnis zu der durch die Grundrechte gewährleisteten Pluralität gesellschaftlicher Selbstbeschreibungsformen abstützen könnte.

Literaturverzeichnis

- Baecker, Dirk, 1988: *Information und Risiko in der Marktwirtschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Bienaymé, Alain, 1988: *Technologie et nature de la firme*. In: *Revue d'Economie Politique* 98, 823-849.
- Boutot, Alain, 1988: *Structures dissipatives et catastrophes*. In: *Revue de Philosophie* 113, 171-207.
- Brown, George Spencer, 1969: *Laws of Form*. London: Allen and Unwin.
- Caputo, John D., 1987: *Radical Hermeneutics*. Bloomington: Indiana University Press.
- Castoriadis, Cornelius, 1986: *Merleau-Ponty und die Last des historischen Erbes*. In: Alexandre Métraux/Bernhard Waldenfels (Hrsg.), *Leibhaftige Vernunft*. München: Fink, 111-143.
- Coleman, James S., 1982: *The Asymmetric Society*. Syracuse: Syracuse University Press.
- Costa, Pietro, 1974: *Il progetto giuridico*, Bd. 1. Mailand: Giuffrè.
- Day, Richard H., 1986: *Disequilibrium Dynamics*. In: ders./Gunnar Eliasson (Hrsg.), *Economic Behavior, Disequilibrium and Structural Change. From Micro-Force to Macro-Effect*. Amsterdam: Elsevier, 51-61.
- Denis, Henri, 1988: *Sur une tentative récente de dépassement de l'analyse économique usuelle*. In: *Economie appliquée* 41, 5-17.
- Dupuy, Jean-Pierre, 1986: *L'autonomie du social* (Manuskript).
- Ebeling, Hans, 1988: *Das Subjekt im Dasein. Versuch über das bewußte Sein*. In: Konrad Cramer u.a. (Hrsg.), *Theorie der Subjektivität. Festschrift für Dieter Henrich*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 76-94.
- Ewald, François, 1986: *L'Etat providence*. Paris: Grasset.
- Favereau, Olivier, 1989: *Marchés internes, marchés externes*. In: *Revue Economique* 40, 273-328.
- Favereau, Olivier, 1989a: *Valeur d'option et flexibilité. De la rationalité substantielle à la rationalité procédurale*. In: Patrick Cohendet/Patrick Llerena (Hrsg.), *Flexibilité, information et décision*. Paris: Economica, 121-182.
- Formenti, Carlo, 1989: *La gnose évolutionniste*. In: *Communications* 49, 11-41.
- Gaffard, Jean-Luc, 1989: *Efficacité et viabilité des systèmes manufacturiers flexibles: une analyse macro-économique*. In: Patrick Cohendet/Patrick Llerena (Hrsg.), *Flexibilité, information et décision*. Paris: Economica, 259-271.
- Gauchet, Marcel, 1979: *De l'avènement de l'individu à la découverte de la société*. In: *Annales* 34, 451-463.
- Gauchet, Marcel, 1985: *Le désenchantement du monde*. Paris: Gallimard.
- Glaserfeld, Ernst v., 1987: *Wissen, Sprache und Wirklichkeit*. Braunschweig: Vieweg.
- Günther, Klaus, 1988: *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen, 1981: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

- Häberle, Peter, 1970: *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Halal, William E., 1986: *The New Capitalism*. New York: Wiley.
- Harnacher, Werner, 1983: Das Versprechen der Auslegung. In: Norbert W. Bolz/Wolfgang Hübener (Hrsg.), *Spiegel und Gleichnis. Festschrift für Jakob Taubes*. Würzburg: Neumann, 252-273.
- Hayek, Friederich A. v., 1973: *Law, Legislation and Liberty*, Bd. 1. London: Routledge & Kegan Paul.
- Hejl, Peter M., 1984: Towards a Theory of Social Systems: Self-Organization and Self-Maintenance, Self-Reference and Syn-Reference. In: Hans Ulrich/Gilbert J.B. Probst (Hrsg.), *Self-Organization and Management*. Berlin: Springer, 60-78.
- Hejl, Peter, M., 1987: Der Begriff des Individuums: Bemerkungen zum ungeklärten Verhältnis von Psychologie und Soziologie. In: Günther Schiepek (Hrsg.), *Systeme erkennen Systeme*. München: Psychologie Verlags Union, 115-154.
- Hofstadter, Douglas M., 1985: Gödel, Escher, Bach - endloses geflochtenes Band. Stuttgart: Klett-Cotta.
- Kampis, György/Vilmos Csanyi, 1987: Replication in Abstract and Natural Systems. In: *Biosystems* 20, 143-152.
- Kantorowicz, Ernst, 1957: *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Theology*. Princeton: Princeton University Press.
- Kloepfer, Michael, 1988: Was kann die Gesetzgebung von Planungs- und Verwaltungsrecht lernen? In: *Zeitschrift für Gesetzgebung* 3, 289-296.
- Krippendorff, Klaus, 1985: Information, Information Society and Some Marxian Propositions. In: *Informatologija Jugoslavica* 17, 7-38.
- Laband, Paul, 1911: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1. Tübingen: Mohr (Neudruck, Aalen: Scientia 1964).
- Ladeur, Karl-Heinz, 1985: Verfassungsrechtliche Anforderungen an "Vorläufige" und "Versuchsgesetze" im neueren Medienrecht. In: *Media Perspektiven* 43, 734-743.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1987: Jenseits von Regulierung und Ökonomisierung der Umwelt. In: *Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht* 10, 1-22.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1987a: Die rechtliche Steuerung der Freisetzung von gentechnologisch manipulierten Organismen. In: *Natur und Recht* 9, 60-67.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1989: Abfallvermeidung durch strategische Koordination unterschiedlicher Steuerungsinstrumente. In: *Natur und Recht* 11, 66-72.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1989a: Zu einer Grundrechtstheorie der Selbstorganisation des Unternehmens. In: Heiko Faber/Ekkehart Stein (Hrsg.), *Auf einem Dritten Weg. Festschrift für Helmut Ridder*. Neuwied: Luchterhand, 179-191.
- Lanzara, Gian Franco, 1983: The Design Process. In: Ulrich Briefs u.a. (Hrsg.), *Systems Design for, with, and by the Users*. Amsterdam: North Holland, 29-42.
- Lerche, Peter/Walter Schmitt Glaeser/Eberhard Schmidt-Aßmann, 1984: Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie. Heidelberg: Decker & Müller.
- Luhmann, Niklas, 1984: *Soziale Systeme*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas, 1985: "Etat" du système politique. In: *Traverses* 33/34, 185-191.

- Luhmann, Niklas, 1988: *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Lyotard, Jean-François, 1979: *Le savoir post-moderne*. Paris: Minuit.
- Markowitz, Jürgen, 1988: "Seele" in der Defensive. Anmerkungen zum Problem der Partizipation. In: *Kulturrevolution* 19, 38-40.
- Maturana, Humberto M./Francisco J. Varela, 1987: *Der Baum der Erkenntnis*. Bern: Scherz.
- Morgan, Gareth, 1986: *Images of Organizations*. Beverly Hills: Sage.
- Morin, Edgar, 1986: *La méthode*, Bd. 3: *La connaissance de la connaissance*. Paris: Seuil.
- Nelson, Richard R./Sidney G. Winter, 1982: *An Evolutionist Theory of Economic Change*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press.
- Nonaka, Ikujiro, 1988: Creating Order out of Chaos: Self-Renewal in Japanese Firms. In: *California Management Review* 30, 57-72.
- Orléan, André, 1985: Certitude et paradoxe. In: *Economie appliquée* 38, 133-153.
- Orléan, André, 1986: Contagion mimétique et anticipations rationnelles. In: *Cahiers Science-Technologie-Société* 9/10, 257-270.
- Piore, Michael J./Charles F. Sabel, 1985: *Das Ende der Massenproduktion*. Berlin: Wagenbach.
- Pizzorno, Alessandro, 1987: Some Other Kind of Otherness. A Critique of "Rational Choice" Theories. In: Alejandro Foxley u.a. (Hrsg.), *Development, Democracy, and the Art of Trespassing*. Notre Dame: Notre Dame University Press.
- Prigogine, Ilya, 1985: Time and Human Knowledge. In: *Environment and Planning B: Planning and Design* 12, 5-20.
- Probst, Gilbert J.B., 1987: *Selbstorganisation. Ordnungsprozesse in sozialen Systemen aus ganzheitlicher Sicht*. Hamburg: Parey.
- Probst, Gilbert J.B., 1989: Und was macht ein ganzheitlicher Manager? In: *Die Unternehmung* 43, 2-13.
- Schmitt, Carl, 1933: *Der Begriff des Politischen*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schürmann, Reiner, 1984: Legislation, Transgression: Strategies and Counter-Strategies in the Transcendental Justification of Norms. In: *Man and World* 17, 361-398.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, 1988: *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Serres, Michel, 1980: *Le parasite*. Paris: Gallimard.
- Smid, Stephan, 1988: Recht und Staat als "Maschine". Zur Bedeutung einer Metapher. In: *Der Staat* 27, 325-350.
- Steiner, Michael, 1987: Entscheidungsregeln und "orthodoxe" und "evolutionäre" Wirtschaftstheorien. In: *Rechtstheorie* 18, 183-207.
- Stollberg-Rilinger, Barbara, 1986: *Der Staat als Maschine*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Taylor, Lauren P., 1987: Management: Agent of Human Cultural Evolution. In: *Futures* 19, 513-527.

- Teubner, Gunther, 1982: Reflexives Recht. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68, 13-59.
- Teubner, Gunther, 1988: Unternehmenskorporatismus. New Industrial Policy und das "Wissen" der juristischen Person. In: Kritische Vierteljahresschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 2, 61-85.
- Teubner, Gunther, 1989: Recht als autopoitietisches System. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Thévenot, Laurent, 1989: Equilibre et rationalité dans un univers complexe. In: Revue Economique 40, 149-197.
- Tinland, Franck, 1988: Droit naturel, loi civile et souveraineté. Paris: Presses Universitaires de France.
- Touraine, Alain, 1979: Les deux faces de l'identité. In: Quaderni di Sociologica 28, 307-419.
- Varela, Francisco J., 1981: Der kreative Zirkel. In: Paul Watzlawick (Hrsg.), Die gefundene Wirklichkeit. München: Piper, 294-309.
- Varela, Francisco J., 1986: Experimental Epistemology: Background and Future. In: Cahiers du Centre de Recherche, Epistémologie et Autonomie 9, 107-212.
- Vidali, Pietro, 1988: La ragione osservativa. In: Giuseppe Barbieri/Giuseppe Vidali (Hrsg.), La ragione possibile. Mailand: Feltrinelli, 88-115.
- Waldenfels, Bernhard, 1987: Ordnung im Zwielicht. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Waldenfels, Bernhard, 1988: Umdenken der Technik. In: Walter Ch. Zimmerli (Hrsg.), Technologisches Zeitalter oder Postmoderne? München: Fink, 199-211.
- Welsch, Wolfgang, 1987: Unsere postmoderne Moderne. Weinheim: VCH.
- Welsch, Wolfgang, 1987a: Vielheit ohne Einheit? Zum gegenwärtigen Spektrum der philosophischen Diskussion um die "Postmoderne". In: Jahrbuch der Philosophie 94, 111-141.
- Willke, Helmut, 1989: Systemtheorie entwickelter Gesellschaften. Weinheim: Juventa.
- Witt, Ulrich, 1987: Individualistische Grundlagen der evolutorischen Ökonomik. Tübingen: Mohr.
- Zarka, Yves Ch., 1987: La décision métaphysique de Hobbes. Paris: Vrin.
- Zeleny, Milan, 1987: Integrated Knowledge Management. In: Human Systems Management 7, 59-69.

Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht

I. Grenzen rechtlicher Steuerung

Sich - was durchaus Konjunktur hat - mit den Grenzen von Steuerung durch Recht zu beschäftigen, erfordert schon beim ersten Zugang eine Differenzierung zumindest in zweifacher Hinsicht. In dem Einleitungsaufsatz zu dem Sammelband "Grenzen des Rechts" bemerkt dazu Rüdiger Voigt (1987: 3-4): "Das Recht, überladen mit systemfremden Steuerungsaufgaben, scheint vielmehr an seine Grenzen gestoßen zu sein. Bei näherer Betrachtung wird jedoch sichtbar, daß es sich dabei nicht um das Recht schlechthin handelt, sondern um einen *bestimmten Typus von Recht*, für den sich die Bezeichnung 'interventionistisches Recht' durchgesetzt hat." Damit haben wir eine erste notwendige Differenzierung gewonnen, nämlich nach unterschiedlichen *Typen oder Funktionen von Recht* mit möglicherweise - was zu prüfen sein wird - unterschiedlichen Begrenzungsanfälligen. Eine weitere notwendige Differenzierung kommt in den Blick, wenden wir uns einem anderen Autor zu, der der "Abschiedsstimmung" vom Recht beredten Ausdruck verleiht. Bei Joachim Nocke (1988: 81) lesen wir dazu den folgenden Satz: "Wenn es zutrifft, daß das Recht gegenwärtig *in wesentlichen Bereichen* auf seine Grenzen stößt, sei es, daß es die Lösung wesentlicher gesellschaftlicher Aufgaben mit außerrechtlichen Instanzen teilen oder ganz an diese abtreten muß, sei es, daß es zu seiner Durchsetzung sich zunehmend des Konsenses der Betroffenen zu vergewissern hat, dann wird der professionelle Anspruch des Juristen nicht mehr auf Anerkennung rechnen können." Angezeigt erscheint also nicht nur eine Differenzierung nach Typen rechtlicher Steuerung, sondern auch eine *bereichsspezifische Differenzierung* nach unterschiedlichen Regelungsbereichen, die - so scheint es - einer rechtlichen Steuerung in unterschiedlicher Weise aufgeschlossen sind.

1. Grenzen des Rechts in unterschiedlichen Regelungsbereichen

Beginnen wir mit der bereichsspezifischen Differenzierung, so lassen sich die Grenzen rechtlicher Steuerung *in exemplarischer Weise* an drei ausgewählten Bereichen veranschaulichen, wobei sich die nachfolgenden Überschriften als Schnittstellen gesellschaftlicher Subsysteme formulieren lassen.

a. Technik und Recht

Eine *Steuerungsschwäche*, wenn nicht gar ein *Steuerungsversagen* des Rechts wird zunehmend im Verhältnis zur Technik konstatiert. Für unsere notwendigerweise holzschnittartige Darstellung mag es genügen, zwei repräsentative Stimmen zu Wort kommen zu lassen. Beide Stimmen - die schon zitierte von Nocke sowie die von Rainer Wolf (1986, 1987) - stimmen in ihrem Befund nahtlos überein: Für Wolf (1986: 247) ist der Jurist nur noch der Justitiar der Technik, für Nocke hat das Recht nur noch eine notarielle Funktion (Nocke 1988: 110).

Das Bild vom Recht und seinem professionellen Anwender, dem Juristen, als Notar findet seine Rechtfertigung in der Beobachtung, daß die Rechtsordnung in vielfältiger Weise auf technische Regeln und Standards verweist¹ oder daß bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe auf technischen Sachverstand in faktisch verbindlicher Weise zurückgegriffen wird. Nocke sieht in beiden Fällen einen - unvermeidlichen - Terrainverlust des Rechts, eine *Überantwortung der Regelungsfunktion an außerrechtliche Instanzen*; im Falle sog. unbestimmter Rechtsbegriffe bestehe die Lebenslüge der Juristenzunft und ihrer Rechtsdogmatik darin, die "fremde Expertise dadurch rechtlich zu usurpieren, daß sie ihr auf verschiedenem Wege rechtliche Qualitäten verleiht und damit dem Rechtssystem selbst als Leistung zurechnet" (Nocke 1988: 112).

Ähnlich argumentiert Rainer Wolf. Technik reglementiere sich zunehmend durch disziplineigene Sicherheitskonzepte und Risikobewertungen selbst. Er sieht das eigentlich Bedenkliche am Verhältnis von Recht und Technik in einer doppelten Rückzugsbewegung des Rechts: Nicht nur im Prozeß der untergesetzlichen Normproduktion werde - wie bei den Regelwerken von TA-Luft und TA-Lärm - das Terrain der Technik überlassen, auch die Rechtsprechung leiste durch ihre faktische Anerkennung technischer Regelwerke einen weitgehenden Kontrollverzicht. Dieses letztere Argument verdient wegen des funktionalen Zusammenhangs von gesetzgeberischer Regelungsdichte und richterlicher Kontrolldichte (Schuppert 1988b) sicherlich besondere Aufmerksamkeit.

Fraglich ist aber, ob das besondere Verfahren der Rechtserzeugung bei der Festlegung von Grenzwerten, die Technik der Verweisung auf außerrechtliche Kriterien und die Schwierigkeiten der gerichtlichen Kontrolle technischen Sachverständes das Urteil eines weitgehenden oder völligen Steuerungsversagens des Rechts tragen. Einige relativierende Bemerkungen erscheinen dazu angezeigt.

Das Grundproblem besteht darin, daß die rechtliche Fixierung von Anforderungen des Umwelt- und Technikrechts nicht ohne technischen Sachverständ auskommen kann. Das *Steuerungsproblem* besteht darin, diesen notwendigen *techni-*

schen Sachverstand zu inkorporieren, ohne daß man sich ihm ausliefern (Marburger 1979; Kellermann 1982). Ob diese Gratwanderung gelingt, muß für die Normproduktion selbst, die Funktion und Leistungsfähigkeit der Verweisung auf den Stand von Wissenschaft und Technik und für die gerichtliche Kontrolle von untergesetzlichen technischen Regelwerken getrennt untersucht und beantwortet werden. Das kann an dieser Stelle nicht geschehen; nur drei Randbemerkungen dazu:

(aa) Was die Normproduktion in Gestalt von Grenzwerten oder Standards angeht, so würde sich das Recht in der Tat der Technik ausliefern, würde ihre Festlegung ausschließlich als sachverständiges Urteil behandelt. Es ist aber eine inzwischen weit verbreitete Einsicht, daß *Umweltstandards* eine *Doppelnatur* haben (Jarass 1987 m.w.N.), nicht nur sachverständige Aussage, sondern zugleich *wertende Entscheidung* sind, ihre Festlegung daher auch und vor allem eine *politische Entscheidung* ist (Weidner/Knoepfel 1979). Zu Recht hat daher das OVG Lüneburg in seiner Buschhaus-Entscheidung (NVwZ 1985: 357-358) hervorgehoben, die Bestimmungen der TA-Luft könnten nicht als "antizipiertes Sachverständigengutachten" qualifiziert werden: "Vielmehr legen etwa die Immissionsgrenzwerte ... trennscharf fest, welche Umwelteinwirkungen dem einzelnen noch zuzumuten sind, welches verbleibende Risiko er mithin zu tragen hat; dabei handelt es sich bei Abwägung und Wertung letztlich um eine *politische Willensentscheidung*." (Hervorh. F.G.S) Deshalb scheidet eine Überantwortung der Grenzwertfestsetzungen an den in aller Regel *interessierten* Sachverstand aus und muß die politische und damit staatliche Letzterantwortlichkeit auch im Normsetzungsverfahren zur Geltung gebracht werden. Es wäre eine Überlegung wert, ob nicht der Interessenaushandlungscharakter von Grenzwertfestsetzungen auch verfahrensmäßig stärker akzentuiert werden sollte: etwa - verpflichtet dem amerikanischen Konzept der Konfliktbewältigung durch "negotiation" and "mediation" (Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann 1989) - durch die Einschaltung von Verhandlungsmittlern, die die beteiligten Interessen (Industrie, Betroffene, politisch Entscheidende) an einen Tisch bringen und den Aushandlungsprozeß moderieren und transparenter machen.

(bb) Was die gesetzgeberische Verwendung von Verweisungs- oder Rezeptionsbegriffen angeht², so kann man sie nicht nur kritisch als *Auslieferungsformeln* qualifizieren, sondern andererseits als Versuch würdigen, die Rechtsentwicklung an die technische Entwicklung anzukoppeln, also das Recht gewissermaßen zum *Trittbrettfahrer* des technischen Schnellzuges zu machen.³ Dies ist der Sinn des vom Bundesverfassungsgericht so apostrophierten dynamischen Grundrechtsschutzes; das *Regelungsdilemma des Gesetzgebers*⁴ ist in der Kalkarentscheidung (BVerfGE 49, 89 [135-136]) in lehrreicher Weise wie folgt umschrieben worden:

"Um die Erkenntnisse und Entwicklungen von Wissenschaft und Technik im Wege einer Normgebung, die damit Schritt hält, rechtlich verbindlich werden zu lassen, stehen dem Gesetzgeber grundsätzlich mehrere Möglichkeiten zur Verfügung. Sie haben, trotz der zwischen ihnen bestehenden Unterschiede, eines gemeinsam: Durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe werden die Schwierigkeiten der verbindlichen Konkretisierung und der laufenden Anpassung an die wissenschaftliche und technische Entwicklung mehr oder weniger auf die administrative und - soweit es zu Rechtsstreitigkeiten kommt - auf die judikative Ebene verlagert."

Dabei kann der Gesetzgeber auf "allgemein anerkannte Regeln der Technik", also eine herrschende Meinung unter den technischen Praktikern, oder auf den "Stand der Technik" wie in § 5 Nr. 2 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) oder auf das nach dem "Stand von Wissenschaft und Technik" Erforderliche verweisen; zu diesem letzteren Verweisungstyp, der in § 7 Abs. 2 Nr. 3 Atomgesetz (AtomG) gewählt worden ist, führt das Gericht aus:

"Mit der Bezugnahme auch auf den Stand der Wissenschaft übt der Gesetzgeber einen noch stärkeren Zwang dahin aus, daß die rechtliche Regelung mit der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung Schritt hält. Es muß diejenige Vorsorge gegen Schäden getroffen werden, die nach den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen für erforderlich gehalten wird. Läßt sie sich technisch noch nicht verwirklichen, darf die Genehmigung nicht erteilt werden; die erforderliche Vorsorge wird mithin nicht durch das technisch gegenwärtig Machbare begrenzt." (BVerfGE 49, 89 [136])

(cc) Problematisch erscheint vor allem ein Zusammentreffen von gesetzgeberischer Regelungsrückhaltung, richterlicher Kontrollabstinenz und technikdominierter Grenzwertfestsetzung. Es erscheint daher von besonderer Bedeutung, daß in der "Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung" (Grimm 1982: 25 ff.) bei der Genehmigung von Anlagen die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zuviel Terrain preisgibt; dies bedeutet vor allem auch, die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verwaltungsvorschriften wie der TA-Luft und der TA-Lärm offenzuhalten und sie nicht als Quasi-Gesetze unbesehen zugrunde zu legen; die äußerst zurückhaltende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur TA-Luft (NVwZ 1988: 824) dürfte hier den richtigen Weg beschreiten.

b. Wirtschaft und Recht

Die Probleme der Steuerung der Wirtschaft sind anderer Natur. Hier geht es nicht um das Abtreten müssen von Definitionsmacht an außerrechtliche Instanzen, sondern um ein Zusammentreffen eines mit umfassender Verantwortung für die Wirtschaft (Schmidt 1988: 1141 ff.), aber mit ungenügenden direkten rechtlichen Steueringinstrumenten ausgestatteten Staates mit grundrechtsbewehrten Akteuren der Wirtschaftspolitik von hohem Organisationsgrad und beträchtlicher Durchsetzungskraft. Der sich daraus ergebende Befund eines Angewiesenseins der Wirt-

schaftssteuerung auf externen Sachverstand sowie auf die Unterstützung der Betroffenen ist wiederholt erhoben⁵ und von Herbert Krüger (1970) in seinem Klassiker-Aufsatz mit dem Titel "Von der Notwendigkeit einer freien und auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft" insbesondere für die Konjunktur- und Wachstumspolitik formuliert worden. Inzwischen sind wir es gewohnt - insbesondere im Verhältnis zur Wirtschaft -, vom "kooperativen Staat" (Ritter 1979) zu sprechen, von einer Verantwortungsteilung mit privaten Trägern (Hoffmann-Riem 1988), von sich verändernden Trägerschaften von Staatsfunktionen (Fürst 1987a: 261-265) oder von Verbundsystemen der Problemverarbeitung (Offe 1975: 264-265).

Wenn dies richtig ist, so bedarf es in diesem kooperativen Verhältnis von Staat und Wirtschaft anderer als nur interventionistischer Steuerungsinstrumente, Formen der administrativen Interessenvermittlung⁶, die vom Kalkül gegenseitigen Nutzens geprägt sind.⁷ Als Steuerungsmittel werden *Konsens* und *Kooperation* eingesetzt, "und zwar insbesondere, soweit Dauerbeziehungen mit der Verwaltung bestehen und der private Gegenüber Ressourcen - etwa Informationen - bzw. Gegenmacht verfügbar hat, ohne deren Bereitstellung bzw. Abbau Verwaltungshandeln relativ folgenlos bleiben muß" (Hoffmann-Riem 1988: These 4). Die im kooperativen Verhältnis von Staat und Wirtschaft eingesetzten verfahrensmäßigen und organisatorischen Beziehungen sind in der Politikwissenschaft unter dem Etikett des Neokorporatismus hinlänglich diskutiert worden.⁸

Diese Stichworte müssen hier genügen. Denken wir über den möglichen Ertrag der bereichsspezifischen Differenzierung Recht und Wirtschaft bzw. Staat und Wirtschaft nach, so liegen die Probleme offensichtlich anders als im Verhältnis von Recht und Technik. Ins Spiel kommen einmal die *Akteure* des Politikfeldes, die organisierten Interessen, vor allem die Verbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer; zum anderen kommt in den Blick die *Durchsetzungsebene des Rechts*, da insbesondere mit Entscheidungsspielräumen versehene Regelungsprogramme der Verwaltung die schwierige Aufgabe aufbürden, sie auch im Einzelfall durchzusetzen. Diese Durchsetzungsschwierigkeiten des Rechts sind Gegenstand der *Implementationsforschung*, auf deren Ergebnisse (Mayntz 1980, 1983a) unter den Stichworten "informales Verwaltungshandeln" und "tauschförmige Rechtsbeziehungen" noch zurückzukommen sein wird.

c. Moral und Recht

Wiederum andere Gründe hat die Steuerungsschwäche des Rechts im Bereich von Moral und Ethik. Nicht nur für unseren Argumentationszusammenhang lesenswerte Ausführungen finden sich dazu im "dissenting vote" der Richter Rupp-von

Brünneck und Simon zum Fristenlösungs-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 39,1 [84-88]). Nachdem zunächst der jährlichen Dunkelziffer von 75.000 bis 300.000 illegalen Abtreibungen die tatsächliche Verurteilungsquote von 184 (Jahr 1971) gegenübergestellt wird, wird zur mangelnden Steuerbarkeit durch strafrechtliche Sanktionen folgendes ausgeführt:

"In dieser Gesamtsituation ist die 'Eindämmung der Abtreibungsseuche' nicht nur ein 'gesellschaftspolitisch erwünschtes Ziel', sondern gerade auch im Sinne eines besseren Lebensschutzes und zur Wiederherstellung der *Glaubwürdigkeit der Rechtsordnung* dringend geboten ... Bei der gewählten Lösung konnte der Gesetzgeber davon ausgehen, daß angesichts des *Versagens der Strafsanktion* die geeigneten Mittel zur Abhilfe im sozialen und gesellschaftlichen Bereich zu suchen sind, daß es darauf ankommt, einerseits durch präventive psychologische, sozial- und gesellschaftspolitische Förderungsmaßnahmen der Mutter das Austragen des Kindes zu erleichtern und ihre eigene Bereitschaft dazu zu stärken, andererseits durch bessere Information über die Möglichkeiten der Empfängnisverhütung die Zahl ungewollter Schwangerschaften zu vermindern. Auch die Mehrheit bezweifelt offenbar nicht, daß solche Maßnahmen insgesamt gesehen am wirksamsten sind und am ehesten einer Effektivierung der Grundrechte im Sinne größerer Freiheit und vermehrter sozialer Gerechtigkeit entsprechen. ...

Die *Eignung von Strafsanktionen* für den beabsichtigten Lebensschutz erscheint ... von vornherein als zweifelhaft. Auch die Mehrheit räumt ein, daß die bisherige generelle Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs das werdende Leben gerade nicht ausreichend geschützt und möglicherweise sogar dazu beigetragen hat, andere wirksame Schutzmaßnahmen zu vernachlässigen...

Je weniger der Staat seinerseits zur Hilfe imstande ist, desto fragwürdiger und zugleich wirkungsloser sind Strafdrohungen gegenüber Frauen, die sich ihrerseits der Pflicht zum Austragen der Leibesfrucht nicht gewachsen fühlen." (Hervorh. F.G.S.)

Der Ertrag dieser Überlegungen ist, daß hier ganz andere Gründe als in den bisher erörterten Konstellationen vorhanden sind, die die Steuerungskraft des Rechts beeinträchtigen. War es im ersten Fall die Notwendigkeit, außerrechtliche Kriterien zu inkorporieren, im zweiten Fall der Zwang zu Kooperation und Konsens, so ist es hier die Schwierigkeit, mit rechtlichen Verboten - also mit einem bestimmten Typ rechtlicher Steuerung - überhaupt in die Motivationsstruktur eines Individuums einzudringen, das sich in eine schwierige Konfliktsituation gestellt sieht.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß die Steuerungskraft des Rechts in unterschiedlichen Regelungsbereichen auf unterschiedliche Widerstände trifft und in verschiedenen Bereichen zumindest von einer *Steuerungsschwäche des Rechts* gesprochen werden muß. Dies bedeutet aber nicht notwendig, daß man den Abschied vom Recht als Steuerungsinstrument einleiten muß, sondern macht es erforderlich, über komplementäre oder substituierende rechtliche Steuerungsmodi nachzudenken, die die direkte oder interventionistische Steuerung ergänzen oder

an ihre Stelle treten. So ist das zitierte "dissenting vote" der Richter Rupp-von Brünneck und Simon ein eindrucksvolles Plädoyer für die Ergänzung und Flankierung strafrechtlicher Verbote durch rechtlich geregelte und organisierte Beratung und Betreuung, die Entwicklung von Formen der Kooperation (Konzertierte Aktion u.ä.) und Kooptation (Einbeziehung der Betroffenen in die Verwaltungsorganisation in Form von Verwaltungsräten und Beiräten) eine Strategie der kondominialen, aber gleichwohl rechtlich erfolgenden Steuerung. Schließlich muß versucht werden, eine zu weitgehende Landnahme der Technik durch eine verfahrensrechtliche und organisatorische Sicherstellung des Primats des Rechts zu verhindern.

Man kann aber die Steuerungsfähigkeit des Rechts nicht nur bereichsspezifisch in Frage stellen, sondern - darüber hinausgehend - die Frage aufwerfen, ob das Subsystem Recht strukturell überhaupt in der Lage ist, andere Subsysteme mit Selbstregulierungseigenschaften zu steuern. Diesem Punkt möchte ich mich jetzt zuwenden.

II. Generelle Unmöglichkeit rechtlicher Steuerung autopoietisch geschlossener Systeme?

Prinzipielle Einwände gegen die Möglichkeit der rechtlichen Steuerung gegenüber sich selbst regulierenden Subsystemen wie Wirtschaft, Technik, Kultur oder Wissenschaft werden von der Systemtheorie in der Variante der Theorie von der selbstdreferentiellen Geschlossenheit der Teilsysteme (und der damit verbundenen prinzipiellen Unmöglichkeit der bereichsübergreifenden Kommunikation) vorgebracht. So macht etwa Willke (1984) - mit der ihm eigenen, gegen die Juristenzunft gerichteten spitzen Feder - geltend, die Vorstellung eines steuerungsfähigen Staates sei nichts anderes als eine "Selbstillusionierung einer ganzen Profession von Staats- und Gesellschaftswissenschaftlern" und die - wie ich zugeben muß, in Juristenkreisen durchaus noch übliche - "Rede vom Interventionsstaat, Sozialstaat und Wohlfahrtsstaat suggeriere immer noch ein unmittelbar gesellschaftsbezogenes Handeln des Staates, sogar eine Verantwortung des Staates für die Gesellschaft." (Willke 1984: 299) All dies seien gänzlich inadäquate Vorstellungen. In besonderer Radikalität ist der systemtheoretische Steuerungspessimismus unlängst von Luhmann (1989: 324) formuliert worden, wenn er lapidar feststellt: "Das politische System kann ... nur sich selbst steuern. Daß dies geschieht und wie dies geschieht, hat ohne Zweifel gewaltige Auswirkungen auf die Gesellschaft... Aber dieser Effekt ist schon nicht mehr Steuerung und auch nicht steuerbar."

Nun kann man sich gegenüber dieser These von der Unmöglichkeit der Steuerung selbstreferentiell oder autopoietisch geschlossener Subsysteme, die ja in der sozialwissenschaftlichen Publizistik einen großen Raum einnimmt (vgl. Glagow/Willke 1987; Mayntz u.a. 1988; Teubner 1989), in zweierlei Weise verhalten:

Man kann einmal fragen, ob denn die theoretisch reklamierte Steuerungsunfähigkeit in der praktischen Steuerungsunfähigkeit des politischen Systems seine Entsprechung findet, also die *empirische Probe* machen. Daß diese bestanden werden kann, daran zu zweifeln besteht lebhafter Anlaß. Zu Recht hat Scharpf (1989: 12) darauf hingewiesen, daß "das intellektuelle Widerstreben gegen Luhmanns Theorieprojekt ... wohl eher aus einer empirischen Irritation" erwachse. Die Berichtigung einer solchen empirischen Irritation ist - um nur ein Beispiel zu nennen - jüngst von Jens Alber (1989) für die Steuerbarkeit des Gesundheitssystems in vergleichender Perspektive herausgearbeitet worden. Überhaupt scheint es so zu sein - und hier stimme ich in meiner Kritik (Schuppert 1989d) mit Scharpf (1989: 16) fast wortgleich überein - daß "die systemtheoretische Argumentation ... trotz der häufigen Verwendung des Wortes hochkomplex die Komplexität der Verflechtungen und Interaktionen von staatlicher, nicht-staatlicher und quasi-staatlicher Organisation und die zum Teil symbiotischen Verhältnisse von Staat und Nicht-Staat und schließlich die in unterschiedlichen Politikbereichen gänzlich unterschiedlichen Interventionsinstrumente und Interventionsintensitäten nicht angemessen zu erfassen" vermag.

Ich möchte jedoch über die von mir geteilte *empirische Irritation* hinaus auch hinter die *theoretischen Prämissen* von der These der Nichtsteuerbarkeit selbstreferentiell geschlossener Teilsysteme ein kräftiges Fragezeichen setzen. Dies halte ich für möglich, ohne in einen nie endenden Ringkampf mit dem "schlüpfrigen" und daher schwer zu packenden Gegner "Systemtheorie" eintreten zu müssen; zwei Verfechter des systemtheoretischen Steuerungspessimismus - Teubner und Willke - liefern in jeweils neueren Beiträgen Stichworte, die förmlich dazu einladen, Einwände zu formulieren.

1. *Selbstreferentielle Geschlossenheit von Teilsystemen - viel Lärm um Nichts?*

Zu dieser zugleich shakespeareischen wie etwas provozierenden Überschrift inspiriert der Beitrag von Gunther Teubner (1988) mit dem Titel "Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm?" Teubner schildert die *Situation als Dilemma*: Die *Situation* besteht darin, daß wir es zu tun haben mit einem Nebeneinander jeweils geschlossener Teilsysteme, also der autopoietischen Geschlossenheit des Rechtsystems und der autopoietischen Geschlossenheit des regulierten Teilsystems. Das

Dilemma besteht darin, daß einerseits dem Recht eine systematische, steuernde Beeinflussung der Umwelt abverlangt wird, daß aber andererseits dem die systemtheoretische "Wahrheit" gegenübersteht, daß "kein Weg in die operative Geschlossenheit des regulierten Teilsystems hinein" führt (Teubner 1988: 47).

Nun sind aber offenbar autopoietisch geschlossene Systeme keine *autistischen Systeme*, die ihre Umwelt gar nicht oder nur bedingt wahrnehmen. Systeme - so berichtet Teubner - *beobachten* einander und machen sich - ähnlich wie im Verhältnis der Wissenschaften zueinander - ein Bild vom anderen System und orientieren sich an diesem. Sie *hören* auch einander, womit wir auf das Eingangsbild des Ge setzgebungslärms zurückkommen.

Interessant ist aber nun - und dies ist der Punkt, auf den es mir ankommt -, wie ein Teilsystem auf den Lärm des anderen Teilsystems reagiert. Die eine Möglichkeit bestünde darin, bei als lästig empfundener Lärmentfaltung einfach die Fenster zu schließen, ihn auszusperren. So handeln aber - folgen wir weiter der Beschreibung Teubners - Teilsysteme nicht; er führt dazu - bezugnehmend auf ein ko-evolutionäres Modell des Verhältnisses von Recht und Wirtschaft (Priest 1977; Rubin 1977) - aus: "Es impliziert, daß das Rechtssystem sozusagen durch die Unruhe draußen, durch den *Lärm der Wirtschaftsakteure*, gezwungen wird, seine interne Ordnung solange zu variieren, bis wieder relative Ruhe eingetreten ist. Es impliziert weiter, daß sich das Rechtssystem gezielt für Außenlärm empfindlich machen kann." (Teubner 1988: 54)

Das ist der Punkt, auf den es ankommt: Das Rechtssystem macht sich gezielt und damit *systematisch empfänglich für Außenlärm*; das Wirtschaftssystem macht sich gezielt und damit systematisch empfänglich für *Gesetzgebungslärm*. Mit anderen Worten: die Teilsysteme sind darauf eingerichtet, einander mit hochsensiblen, speziell konstruierten Antennen systematisch abzuhören und jede Information auf die Relevanz für das eigene Teilsystem zu prüfen.

Diese vom theoretischen Ausgangspunkt gewonnene Verhältnisbeschreibung von Rechtssystem und anderen Teilsystemen lässt sich für das Verhältnis von *Wirtschaft und Rechtssystem* beeindruckend in der Wirklichkeit nachweisen. Zu Recht hat Scharpf (1989: 15-16) in seinem Streitgespräch mit Luhmann darauf hingewiesen, daß Organisationen - und wir können ergänzen: Systeme - einer *multilingualen Kommunikationskompetenz* bedürfen: deshalb gebe es in Unternehmen *Rechtsabteilungen*, und deshalb hätten große Forschungsorganisationen nicht nur einen wissenschaftlichen, sondern auch einen kaufmännischen Geschäftsführer. Man kann diesen Befund und die daraus zu ziehenden Folgerungen noch etwas mehr zuspielen. Jede Branche, die auf sich hält, hat ihren Mann oder ihr Büro in Bonn und zunehmend auch in Brüssel, *einerseits als Horchposten* für Informationen aus dem

Politik- und Rechtssystem - *andererseits, um selbst entsetzlichen Lärm zu machen*, womit das alte Sprichwort "Klappern gehört zum Handwerk" eine neue Bedeutung gewinnt. Lassen Sie mich diesen Gedanken mit einem Beispiel abschließen, das m.E. die Verschränkung der Systeme viel eindrucksvoller zu demonstrieren vermag als die immer und immer wieder gehörten Beispiele der Konzertierten Aktion und ähnlicher Gesprächsrunden. Die *Industrie- und Handelskammern*, als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisatorisch und rechtlich Teil der öffentlichen Verwaltung und damit des Rechts- und Politiksystems, sind gleichzeitig - bei funktionaler Betrachtungsweise - als Interessenverbände im öffentlich-rechtlichen Gewande (Pohle 1962) Bestandteil des Wirtschaftssystems (Bieback 1976; Schuppert 1980: 399); als Serviceorganisationen (Basedow 1977) für den Bereich der Wirtschaft registrieren und verarbeiten sie jede Emanation des Rechtssystems mit Wirtschaftsrelevanz, was zu der interessanten *Qualifikation einer Körperschaft des öffentlichen Rechts als Antenne des selbstreferentiell geschlossenen Teilsystems Wirtschaft führt*. Diese Planhaftigkeit und Systematik des Einander-Beobachtens und Einander-Abhörens hat auch eine qualitativ andere Dimension als das Phänomen der "overlapping membership", mit dem sonst eine systemübergreifende Kommunikation erklärt zu werden pflegt.

2. Von der wundersamen Akteurswerdung der Teilsysteme

Ein zweites Stichwort findet sich in dem Beitrag von Helmut Willke (1987: 3 ff.) über Kontextsteuerung durch Recht.

Willke beschreibt ebenfalls ein Dilemma. Das Dilemma moderner Gesellschaften bestehe darin, daß sich zwei Entwicklungsprinzipien gegenseitig zum Problem würden, nämlich das *Prinzip der zunehmenden Interdependenz* der verschiedenen Teilsysteme bei *gleichzeitiger operativer Geschlossenheit*. Das Zauberwort zur Auflösung dieses Dilemmas heißt dezentrale Kontextsteuerung: Sie beläßt jedem Teilsystem das notwendige Maß an Selbststeuerung, bindet es aber zugleich in den Funktionszusammenhang des Gesamtsystems - der Gesellschaft - ein (Willke 1987: 4-5).

Was für unseren Argumentationszusammenhang von Interesse ist, ist die Frage, *wie* die autopoietisch geschlossenen Teilsysteme an dem Prozeß der dezentralen Kontextsteuerung beteiligt sind. Dazu heißt es bei Willke (1987: 6): "*Als gesellschaftliche Akteure* sind die Subsysteme an der Formulierung der Zielmuster der Kontextsteuerung selbst beteiligt, sei dies in Verhandlungssystemen, Räten, Konzertierten Aktionen, Gemischten Kommissionen, Vernehmlassungsverfahren oder ähnlichen Einrichtungen. Diese Selbstbeteiligung an der Kontextsteuerung

schafft die Voraussetzungen dafür, die jeweilige Selbststeuerung auf die Prämissen der Kontextsteuerung auszurichten, also eine Selbstbindung über Partizipation zu erreichen. In der Organisationsform dezentraler Kontextsteuerung wird das Dilemma funktionaler Differenzierung mithin gelöst durch eine *Kombination von Partizipation und Selbstverpflichtung*: man könnte von einem Prinzip der Ordnung durch Selbstbindung sprechen.“ (Hervorh. F.G.S)

Bemerkenswert hieran ist folgendes: Ohne daß dieser Vorgang näher erklärt wird, werden die gesellschaftlichen Teilsysteme zu gesellschaftlichen Akteuren, und zwar - wie die Beispiele von Verhandlungssystemen, Räten, Konzertierten Aktionen und Gemischten Kommissionen zeigen - zu "korporativen Akteuren".⁹ Durch diesen mit einem einzigen Satz bewirkten *Ebenenwechsel* sind wir auf einem gänzlich anderen, zudem uns vertraut vorkommenden Terrain: Statt mit letztlich konturlosen Systemen haben wir es mit Organisationen zu tun. Das Verhalten von Organisationen kann man theoretisch erklären¹⁰ und empirisch beobachten.¹¹ Da ihr Verhalten - jedenfalls begrenzt - kalkulierbar ist, kann man mit ihnen dauerhaft kommunizieren und paktieren und - vom Standpunkt des politischen Systems aus gesehen - versuchen, sie für die Verfolgung öffentlicher Zwecke zu instrumentalisieren (Streeck 1983; Schneider 1986; Farago 1987). Wie man sich das vorzustellen hat und welche Funktionsbedingungen dafür gegeben sein müssen - das Stichwort Verpflichtungsfähigkeit (Hilbert/Voelzkow 1984) mag hier genügen -, ist von der neokorporatistischen Literatur ausführlich genug behandelt worden (stellvertretend Offe 1984); insofern handelt es sich in der Tat um *korporatistischen Wein in systemtheoretischen Schläuchen*.

Sind also - wenn von Teilsystemen die Rede ist - eigentlich die für dieses Teilsystem signifikanten Organisationen und - wenn vom Teilsystem Wirtschaft die Rede ist - eigentlich die organisierten Interessen gemeint, so lädt dies zu einem weiteren Bild- und Wortspiel ein, das den Bogen schlägt zum ersten Stichwort: "Viel Lärm um nichts". Die organisierten Interessen in Gestalt der Verbände sind dadurch gekennzeichnet, daß sie permanente Kommunikationspartner des politischen Systems - hier in Gestalt der Ministerialbürokratie - sind. Ebenso wie Willke die Systeme in gesellschaftliche Akteure verwandelt hat, müßte es möglich sein, in umgekehrter Weise die Akteure in Repräsentanten des Systems zurückzuverwandeln. Auf diese Weise könnten die sog. *Interessenvertreter* - also die von der frühen Verbandsforschung (klassisch Eschenburg 1955) argwöhnisch betrachteten ubiquitären Lobbyisten als *Systemvertreter* bezeichnet werden, was die These von der begrenzten Empfänglichkeit für Steuerungsimpulse des politischen Systems schwerlich plausibler macht.

Diese Stichworte müssen hier genügen. Ihr Sinn war, darzutun, daß, wie immer der Kommunikationsprozeß im Innern eines Teilsystems beschaffen sein mag, daraus kein Argument für die mangelnde Empfänglichkeit von Außenimpulsen gewonnen werden kann, sofern diese Impulse bzw. Informationen in die Systemsprache übersetbar sind. Da die Teilsysteme selbst bzw. die in ihnen operierenden Organisationen in aller Regel bilingual sind oder zumindest über professionelle Übersetzer (Rechtsabteilungen) verfügen, kann nicht von einer prinzipiellen Steuerungsunfähigkeit durch das Rechtssystem ausgegangen werden.

III. Alternativen, die keine sind

1. *Von der Freude an Alternativen*

Es ist eine weit verbreitete Unsitte - der gegenüber die Sozialwissenschaften vielleicht anfälliger sind als die Jurisprudenz -, in einem bisher weniger beachteten oder gar neuen Aspekt sogleich eine Alternative zum Bisherigen zu sehen. Deshalb ist längst nicht alles eine Alternative, was als solche "verkauft" wird.

Ein Beispiel dafür aus unserem Themenbereich ist die von Rüdiger Voigt ins Spiel gebrachte "*kulturelle Rahmensteuerung*". In seinem programmatischen Aufsatz "Grenzen rechtlicher Steuerung. Zur Brauchbarkeit des Rechts als Steuerungsinstrument" (Voigt 1986: 28-29) behandelt er unter siebtens "*Kulturelle Rahmensteuerung als Alternative?*", allerdings mit Fragezeichen. Eine solche "zur Abstützung rechtlicher Steuerungsintentionen" verwendbare Kultursteuerung liege vor, "wenn Sinnproduktion für Steuerungszwecke instrumentalisiert wird, z.B. indem Werte, Leitziele, Verhaltensstandards oder einfach Bedingungen 'richtigen' menschlichen Handelns postuliert werden". Als Beispiele nennt Voigt Grundwerte wie die Menschenwürde und Staatsziele wie Demokratie, Rechtsstaat oder Sozialstaat.

Aus diesen Beispielen wird deutlich, daß es sich bei der sog. Kultursteuerung Voigts um einen geradezu *klassischen Fall von Steuerung durch Recht* handelt, nämlich durch Verfassungsrecht und - vor allem - durch Verfassungsinterpretation. Mag man zu ihr methodisch stehen wie *man will*, die vom *Bundesverfassungsgericht* vertretene Auffassung von den Grundrechten als einer "objektiven Wertordnung" mit ausstrahlender Verbindlichkeit für die gesamte Rechtsordnung¹² ist ein Lehrstück in *Verfassungsinterpretation in kultursteuernder Absicht*.

Nach diesen kurzen Bemerkungen zur Nichtalternativität kultureller Rahmensteuerung scheint es an der Zeit, sich - zumindest in groben Zügen - über das *Ver-*

hältnis von Steuerung durch Recht zu anderen Steuerungsinstrumenten zu vergewissern.

2. Markt, Hierarchie, Solidarität - drei "reine Typen" sozialer Steuerung?

In den verschiedenen Versuchen, eine Typologie von Grundformen sozialer Steuerung zu erstellen (weiterführend Gotsch 1987), taucht am häufigsten das Dreieckspekt von Markt, Hierarchie und Solidarität auf. Allen drei Steuerungsmechanismen entspricht eine typische Interaktionssituation der Beteiligten, die man - in Anlehnung an die Fußballsprache - als Standardsituation bezeichnen kann. Zu den Standardsituationen - so Wilfried Gotsch (1987: 37) - "gehören die Weisung im Fall der Hierarchie, die komplementäre Abstimmung über Angebot und Nachfrage im Falle des Marktes sowie die normative Inpflichtnahme im Falle der Solidarität".

Diese Troika von Steuerungsformen scheint inzwischen so etabliert, daß es für den Zweck dieses Vortrages ein unverhältnismäßiger Energieaufwand wäre, sie grundsätzlich zu kritisieren. Nur zum Steuerungsmechanismus der Hierarchie - meistens synonym verwendet für staatliche Steuerung durch Recht - kann ich mir eine kritische Bemerkung nicht versagen. Das Erscheinungsbild von Staat und Verwaltung und die Steuerung durch Recht auf die Begriffe von *Hierarchie* und *Weisung* zu reduzieren, geht an die Grenze zulässiger Vereinfachung: Staat und Verwaltung als hierarchische Pyramide¹³, Weisung und befehlsmäßige Anordnung als zentrale Handlungsmodi des Staates darzustellen, damit trifft man die facettenreichen Organisations- und Handlungsformen¹⁴ von Staat und Verwaltung schwerlich. Steuerung durch Recht ist - wie gleich noch zu zeigen sein wird - viel differenzierter, als die gebetsmühlenhafte Wiederholung der Begriffe Hierarchie, Interventionsstaat und regulative Politik es vermuten lassen.

Durch diesen kleinen Seiten- und Vorblick sollte aber nicht die Frage aus den Augen verloren werden, wie sich die Steuerungsformen Markt, Hierarchie und Solidarität zueinander verhalten. Schon ein zweiter Blick zeigt sehr deutlich, daß das Verhältnis des Steuerungsmechanismus Recht zur Steuerungsform Markt/Geld wie auch zum Steuerungsmodus Solidarität nur das einer *scheinbaren Alternativität* ist. Dies ist - und daran kann ich dankenswerterweise anknüpfen - in beeindruckender Klarheit von Franz-Xaver Kaufmann (1988) herausgearbeitet worden.

Was zunächst das Verhältnis von Recht und Geld angeht - den, in Luhmannscher Formulierung, Wirkungsmitteln des Wohlfahrtsstaates -, so treten sie zu meist als Zwillinge auf. Kaufmann (1988: 93) hat diesen Sachverhalt wie folgt formuliert: "Angesichts der vielseitigen Verwendungsmöglichkeiten des Geldes und

der daraus resultierenden universalen Begehrtheit wird der Umgang mit Geld staatlicherseits regelmäßig sehr detailliert geregelt. Ökonomische Interventionen beruhen daher regelmäßig auf einer detaillierten konditionalen Programmierung in der Form von Gesetzen, Verordnungen und verwaltungsinternen Ausführungsbestimmungen. Auch im Rahmen der ökonomischen Interventionsform kommt also dem Recht - im Sinne der Einräumung subjektiver Rechtsansprüche, der Regelung von Verfahren und der Festsetzung von Bedingungen - große Bedeutung zu."

In der Tat beschäftigen sich ganze Rechtsgebiete mit Geld, und zwar vom Moment des Geldeinnehmens bis zum Moment des Geldausgabens. Dieser an sich zusammengehörende Vorgang wird von der Rechtsordnung in charakteristischer Weise in drei Segmente zerlegt, wobei jedes Segment dem Regime eines bestimmten Rechtsgebietes unterliegt (Kirchhof 1983; Schuppert 1984). Das *Steuerrecht* beschäftigt sich mit der Beschaffung des Geldes; das *Haushaltsrecht* - das man als Verfahrensrecht des Finanzstaates bezeichnen kann - sammelt es in einem großen Topf und regelt den finanzpolitischen Willensbildungsprozeß, ohne Ansprüche Dritter im Außenverhältnis zu begründen; das *Leistungsrecht* - etwa in Form von Leistungsgesetzen - verteilt und überbringt die Geldleistungen.

Auch für das Verhältnis von Recht und Markt - das mit dem von Recht und Geld nicht identisch ist - gilt, daß Kombinationen häufig und typisch sind. Stellvertretend sei hier auf die umweltrechtliche Diskussion verwiesen, in der unter dem Motto "Umweltschutz muß ökonomisch interessant sein" vielfältige Möglichkeiten erörtert wie teilweise auch schon praktiziert werden, ökonomische Anreize und klassische Reglementierung miteinander zu verbinden. Interessant ist hierbei die Beobachtung, daß die auf einen verbesserten Umweltschutz zielen ökonomischen Zwänge nicht "naturgegeben" funktionieren, sondern von der Rechtsordnung absichtsvoll installiert werden müssen. Dazu bemerkt Dietrich Murswieck (1988) zutreffend: "Diese wirtschaftlichen Zwänge als notwendige Funktionsbedingungen der ökonomischen Modelle können aber nicht vom Markt selbst hervorgebracht werden. Das staatliche Recht muß die Rahmenbedingungen für 'marktwirtschaftlichen' Umweltschutz erst schaffen, und dies geht nicht anders als durch neue Gebote und Verbote, die das umweltbezogene Verhalten jetzt nicht direkt, sondern indirekt lenken. Umweltabgaben werden hoheitlich festgesetzt, und sogar die Zertifikatsmodelle kommen ohne hoheitliche Setzungen nicht aus: Zumindest muß die Gesamtmenge der zulässigen Emissionen bestimmt und sodann die Abwertungsrate festgesetzt werden."

Was den Steuerungsmodus *Solidarität* angeht, so sprechen verschiedene Gründe dagegen, ihn als Alternative zur Steuerung durch Recht zu begreifen.

Einmal habe ich überhaupt Zweifel, ob Solidarität einen eigenen Steuerungstyp bildet oder nicht vielmehr als *Handlungsressource* (Gretschmann 1985) verstanden werden muß, die bestimmte Menschen dazu motiviert, sich in bestimmter Weise zu engagieren. Im übrigen ist Solidarität - wenn man an der Kennzeichnung als Steuerungsmodus festhalten will - kein ubiquitär einsetzbarer Steuerungstyp, sondern hinsichtlich seiner Funktionsbedingungen auf Aktionsgruppen (vgl. Becher 1986) und ähnliche Gruppierungen mit gemeinsamem Selbstverständnis beschränkt. Ich kann daher dem Befund Kaufmanns nur voll zustimmen, wenn er ausführt: "Solidarische Steuerung bleibt an *überschaubare Gruppen* gebunden und bedarf der Ergänzung durch andere, abstraktere Steuerungsformen" (Kaufmann 1986: 59). Ein drittes Argument zum Abschluß: Wenn Solidarität als Alternative zu etwas formuliert werden kann, dann am ehesten als *Alternative zur Bürokratisierung und Professionalisierung* (Schimank 1987), nicht aber notwendig als Alternative zu einer *rechtlichen Rahmensteuerung*, die Raum läßt für ein gewisses Maß an Selbstregulierung. Mit dieser letzten Bemerkung gelangen wir gewissermaßen von selbst zu der wichtigen Frage, ob nicht innerhalb des Gesamtbereichs rechtlicher Steuerung *verschiedene Typen von Steuerung durch Recht* unterschieden werden müssen.

3. Zur Formenvielfalt rechtlicher Steuerung

Wissenschaften scheinen dazu zu neigen, sich von ihren Nachbarwissenschaften ein allzu stark vereinfachtes Bild zu machen. Für das Verhältnis der Sozialwissenschaften zur Rechtswissenschaft gilt dies allemal, wie gerade auch die Debatte über Steuerungsmöglichkeiten durch Recht deutlich zeigt. Üblicherweise werden - wie Kaufmann (1985: 81) zu Recht anmerkt - "Steuerungsmöglichkeiten durch Recht lediglich im Kontext der 'Steuerung mittels regulativer Politik, dem Königsweg staatlicher Intervention' ... diskutiert". Daher stützt sich auch der Befund des sog. Steuerungsversagens (Schuppert 1989d) vor allem auf die relativ einmütig konstatierte "Krise regulativer Politik" (Mayntz 1979; Treiber 1983), also die gut begründbare These von der zunehmend begrenzten Griffigkeit der klassischen Steuerung durch Gebote und Verbote sowie den ebenfalls gut belegbaren Befund der zunehmenden Angewiesenheit staatlicher Politik auf den Konsens und die Kooperationsbereitschaft nicht-staatlicher Handlungsträger (Schuppert 1989c: 141).

Die konstatierte Krise regulativer Politik ist aber nicht identisch mit einer Krise rechtlicher Steuerung überhaupt. Vielmehr sollte die breit geführte Steuerungsdiskussion einmal den Blick schärfen für die *verschiedenen Typen rechtlicher*

Steuerung und zugleich - unter Erweiterung der Perspektive - das Nachdenken über unterschiedliche *Funktionen des Rechts* und *alternative Rechtskonzepte* begleiten und unterstützen.

a. Differenzierung nach Typen rechtlicher Steuerung

Eine Differenzierung nach Typen rechtlicher Steuerung erscheint unerlässlich. Als Anwalt dieses Differenzierungsanliegens darf ich erneut Franz-Xaver Kaufmann (1985: 81) bemühen, der zu Recht geltend macht, "daß Steuerung durch Recht einen weit umfangreicherem Bereich staatlicher Maßnahmen betrifft, als dies in den vorherrschenden Diskussionen thematisiert wird"; er selbst schlägt vor, die folgenden acht Typen rechtlicher Normierung auseinanderzuhalten:

- Verbote,
- Gebote,
- Einräumung von Rechtsansprüchen,
- Formulierung von Zwecken

(Damit meint Kaufmann (1985: 78) im Unterschied zu grundsätzlich erzwingbaren Normen die Formulierung übergreifender Gesichtspunkte, "die für die Beurteilung von Sachverhalten und die Richtung der Handlungen in einem bestimmten Handlungskontext maßgeblich sein sollen".),

- Definition von Bedingungen
(Kaufmann (1985: 78): "Der ganz überwiegende Teil der Rechtsordnung befaßt sich mit der Definition von Bedingungen, unter denen bestimmte Verhaltensweisen möglich sein sollen. Dies geht von der Definition von Maß, Gewicht und Währung über die Regelungen des Privatrechts bis zu den Bedingungen gerichtlicher oder administrativer Gewährungen bzw. Versagungen."),
- Regelung von Verfahren,
- Errichtung von Einrichtungen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Art,
- Normierung staatsinterner Koordination.

Soweit ich sehe, sind damit in der Tat die wichtigsten Normierungsarten erfaßt. Will man etwas größere Gruppen bilden, so kann man - wie ich an anderer Stelle thesenhaft ausgeführt habe (Schuppert 1988a) - die folgenden Steuerungsarten - wohlgemerkt als Unterfälle der Steuerung durch Recht - unterscheiden:

(1) Regulierende Steuerung

Dies ist die klassische Steuerung durch Gebote und Verbote, wie sie Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Ausbildung und zugleich Herzstück sog. regulativer Politik ist.

(2) Personelle Steuerung

Steuerung durch Personal meint in diesem Zusammenhang nicht die Steuerung durch einzelne Personalentscheidungen oder das Phänomen der Ämterpatronage, sondern vielmehr die generelle Personalsteuerung durch Recht. Beispiele sind etwa Gehorsamspflicht, Streikverbot, besonderes Dienst- und Treueverhältnis mit Ausschluß sog. Radikaler aus dem öffentlichen Dienst.

(3) Prozedurale Steuerung

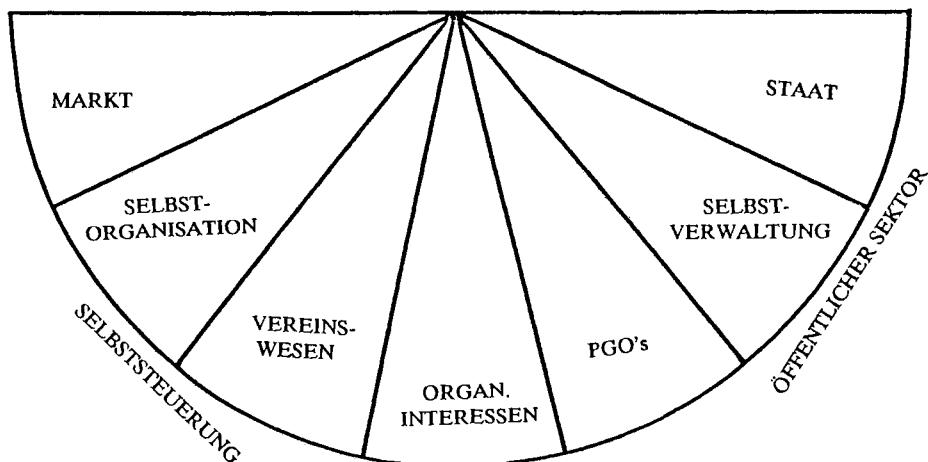
Gemeint ist hiermit im Anschluß an Offe (1975) eine Steuerung durch Verfahren, insbesondere über Verfahren der Entscheidungs- und Konsensbildung. Kernstück einer solchen "procedural regulation" (Mayntz 1983b) ist die Idee der "regulated self-regulation", ein Begriff, in dem in sehr glücklicher Weise die Kombination von Steuerung durch Recht und Selbststeuerung erfaßt wird.

(4) Strukturelle Steuerung

Mit diesem auf die *Steuerungsebene Organisation* ziellenden Begriff der strukturellen Steuerung (Fürst 1987b) ist der Zusammenhang von Verwaltungsorganisationen und Verwaltungshandeln angesprochen, und zwar im Sinne von strukturellen Handlungsprämissen, die nicht Einzelentscheidungen, aber "Handlungskorridore" definieren.

(5) Finanzielle Steuerung

Unter dieser Überschrift verbergen sich sowohl die Steuerung durch finanzielle Anreizprogramme (Subventionen etc.) als auch die Steuerung durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle (Schuppert 1984).



Natürlich kann es mit der schlichten Aufzählung von Typen rechtlicher Steuerung nicht sein Bewenden haben. Erforderlich und reizvoll wäre es, die *verschiedenen Steuerungstypen* in Beziehung zu setzen zu den verschiedenen Sektoren, die bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beteiligt sind; man könnte dabei - wie ich kürzlich angeregt habe (Schuppert 1989a) - die oben dargestellten Sektoren unterscheiden und daran anschließend die Frage stellen, ob zwischen bestimmten Arten von Steuerungsinstrumenten und bestimmten Sektoren eine besonders intensive Beziehung besteht. Dieser Gedanke kann hier nur angedeutet, nicht aber weiterentwickelt werden.

b. Alternative Rechtskonzepte

Zu den sog. alternativen Rechtskonzepten, die in eigenen Beiträgen dieses Buches behandelt wurden, brauche ich mich nicht zu äußern. Hinweisen möchte ich nur darauf, daß es sich um alternative *Rechtskonzepte* handelt, nicht etwa um Alternativen zu Rechtskonzepten oder - wie Teubner (1984) es in seinem Verrechtlichungsaufsatz formuliert hat: Es geht nicht um *Alternativen zum Recht*, sondern um *Alternativen im Recht*.

4. *Selbststeuerung - Alternative oder Variante rechtlicher Steuerung?*

Die Diskussion über Staatsversagen, Steuerungsversagen, Entbürokratisierung und Entstaatlichung hat den Blick für die Suche nach Möglichkeiten geschärft, die in unterschiedlichen gesellschaftlichen Bereichen in unterschiedlicher Intensität vorhandenen *Selbstregulierungspotentiale* instrumentell zu nutzen, unterstützend zu befördern oder gar erst anzustoßen. Zutreffend weisen Schimank und Glagow (1984) darauf hin, daß die traditionellen Steuerungsinstrumente "die gesellschaftliche Umwelt des politischen Systems lediglich als steuerungsbedürftige Größe" behandeln, nicht jedoch "die *Steigerung der Selbststeuerungsfähigkeit* gesellschaftlicher Bereiche und Akteure" im Blick haben. Genau auf diese Blickrichtung aber - Steigerung der Selbststeuerungsfähigkeit in den Worten von Schimank/Glagow (1984: 4), Konditionierung von Selbststeuerung in den Worten Willkes (1987: 12), Steuerung von Selbstregulierung in den Worten Teubners (1985: 334-335) - kommt es an, wenn die Debatte über Selbststeuerung (Schimank 1987; Seibel 1987) und Entstaatlichung Früchte tragen soll.

Von diesem Ansatz aus drängen sich *drei Fragen* gewissermaßen von selbst auf: Wo sind die *Bereiche* und die *Akteure*, von denen man Selbstregulierung erwarten kann; sollen - das ist die zweite Frage - Selbstregulierungspotentiale sich

selbst überlassen und aus der Distanz tolerierend beobachtet werden, sollen sie durch Bereitstellung von Organisation und Verfahren unterstützt oder darüber hinaus staatlich kanalisiert und diszipliniert werden; die Beantwortung dieser Frage ist zugleich die Antwort auf die dritte Frage nach der adäquaten Rolle des Rechts.

Daß man also einmal *verschiedene Selbstregulierungsbereiche*, zum anderen verschiedene Näheverhältnisse des Staates dazu unterscheiden muß, diese Einsicht liegt auch der Typologie von Uwe Schimank und Manfred Glagow (1984) zu grunde, die innerhalb der von ihnen so genannten nicht-etatistischen Steuerung *drei Selbststeuerungsarten* unterscheiden:

- *Subsidiarität* als staatlich gewährte gesellschaftliche Selbststeuerung; als Beispiel dienen die Wohlfahrtsverbände als sogenannte freie Träger staatlicher Sozialpolitik;
- *Delegation* als staatlich verordnete gesellschaftliche Selbststeuerung; Beispiel ist die wirtschaftliche und berufsständische Selbstverwaltung in der Rechtsform von Körperschaften des öffentlichen Rechts;
- *Korporatismus* als ausgehandelte gesellschaftliche Selbststeuerung; Beispiele sind die Konzertierte Aktion bei der wirtschaftlichen Globalsteuerung, die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen sowie die Durchführung regionaler und sektoraler Strukturpolitik.

Richtig und überzeugend an dieser Typologie ist die *Differenzierung nach verschiedenen Selbststeuerungsbereichen*. Es gibt nicht nur Selbststeuerung und Selbstorganisation im Bereich der Sozialpolitik - deren Erscheinungsformen im Moment im Mittelpunkt des Interesses stehen (Heinze 1986; Kaufmann 1987) -, es gibt auch - und dies war Gegenstand der vorhergegangenen sozialwissenschaftlichen Interessenwelle - Selbststeuerungsvarianten korporatistischer Akteure; es gibt drittens - und dies ist ein weitgehend nur von Juristen bestellter Acker - den weiten Bereich der klassischen Selbstverwaltung, von Schimank/Glagow (1984: 17) als "verordnete Selbststeuerung" bezeichnet.

Bleiben wir einen Moment beim *lehrreichen Beispiel der Selbstverwaltung*. Lehrreich ist es in dreierlei Hinsicht:

Einmal wird am Beispiel der Selbstverwaltung die *funktionale Zusammengehörigkeit von Selbstverwaltung, Selbststeuerung und Selbstorganisation* (Schuppert 1989c) sehr deutlich, nämlich in dem gemeinsamen Ziel der *Staatsentlastung durch Steuerungsentlastung*. Verblüffend aktuell liest sich, was dazu einer der Klassiker des deutschen öffentlichen Rechts, Paul Laband, geschrieben hat. Für Laband ist Selbstverwaltung eine Form der *Selbstbeschränkung des Staates*; dazu heißt es bei

ihm (1876: 101)¹⁵: "Anstatt, daß der Staat seine obrigkeitlichen Herrschaftsrechte direct durchführt, überträgt er die Durchführung an Personen, die ihm zwar unterworfen sind, die aber ihm gegenüber eine besondere öffentliche Rechtssphäre, eine begrifflich verschiedene Existenz haben. Selbstverantwortung beruht auf der Selbstbeschränkung des Staates hinsichtlich der Durchführung seiner Aufgaben und der Geltendmachung seiner obrigkeitlichen Herrschaftsrechte auf die Aufstellung der dafür maßgebenden Normen und auf die Controlle ihrer Befolgung, während die Handhabung dieser Normen selbst Zwischengliedern übertragen wird." Weiter lesen wir (Laband 1876: 104): "Im einzelnen Staate ist Selbstverwaltung diejenige obrigkeitliche Verwaltung, welche nicht durch Behörden und Beamte des Staates, oder da diese Behörden nur Organe oder Apparate des Staates sind, nicht durch den Staat selbst, sondern durch ihm zwar untergeordnete, aber innerhalb ihres Wirkungskreises selbständige Corporationen oder Einzelpersonen versehen wird." (Hervorh. F.G.S.)

Selbstverwaltung ist also - wie Selbststeuerung (Seibel 1987) - eine Form der Selbstbeschränkung des Staates, eine Art "eigenbürokratischer self-restraint".

Am Beispiel der Selbstverwaltung wird zweitens besonders deutlich, an welches Selbstverwaltungspotential in welcher Form angeknüpft wird. Angeknüpft wird - besonders bei berufsständischen Vereinigungen - an die diesen Gebildeten innewohnende "Verwaltungskraft" (ein Ausdruck von Köttgen 1962), die instrumentell genutzt werden soll; der Vorgang selbst heißt *Verkammerung* und macht aus einem Verein eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Bemerkenswert daran ist - und insoweit könnte die Begriffsbildung von der "verordneten" Selbststeuerung mißverständlich sein -, daß der Berufsstand selbst zur Verkammerung drängt und sie erstrebt.¹⁶

Drittens kann man am Beispiel der Selbstverwaltung die Gefahren einer zu geringen wie einer zu intensiven rechtlichen Regulierung von Selbststeuerung studieren. Eine weitgehend autonome Selbstverwaltung kann - jedenfalls bei berufsständischer Selbstverwaltung - zu einer Überantwortung der Regulierungskompetenz an ein verengtes Standesdenken führen¹⁷, eine zu weitgehende Regulierung beschwört die Gefahr des Mißbrauchs von Selbstverwaltung zur "Disziplinierung von Sozialbereichen" herauf (so die klassische Formulierung von Forsthoff 1973: 476).

Dieses Beispiel der Selbstverwaltung vor Augen, scheint es - so jedenfalls der erste Eindruck - weniger um eine grundsätzliche Alternative zur Steuerung durch Recht zu gehen als vielmehr um die Dichte und die Art der rechtlichen Regelung. Dieser Eindruck wird bestätigt, machen wir eine "Literaturprobe", indem wir einige neuere Beiträge zum Themenbereich "Steuerung durch Recht und Selbst-

steuerung" befragen. Zwei Beiträge sollen hier stellvertretend herangezogen werden.

Der eine stammt aus der Feder von Berthold Becher (1986) und behandelt das Thema "Recht und sozialpolitische Selbststeuerung". Zu Recht - so scheint mir - faßt er dieses Verhältnis nicht als ein solches der Alternativität auf. Vielmehr müßten sich die Steuerungsform Recht und "gruppengetragene Selbststeuerung" aufeinander beziehen und einander zugeordnet werden. Im Kern ist der Aufsatz von Becher ein *Plädoyer für eine selbststeuerungsfreundliche Rechtspraxis*, und zwar sowohl für eine selbststeuerungsfreundliche Rechtssetzung - erforderlich sei die Schaffung von "rechtsnormativen Voraussetzungen für Entstehen und Bestand von selbststeuernden sozialpolitischen Akteuren" (1986: 291) - wie für eine selbststeuerungsfreundliche Rechtsanwendung - notwendig sei "eine aktive, auf Information, Beratung und Motivation der potentiellen Adressaten gerichtete Implementation" (1986: 292-293). Becher (1986: 300) formuliert als Resümee: "Der Umbau von Recht und anderer öffentlicher Interventionsformen auf den Programmtyp 'gruppengetragene Selbststeuerung' ist Voraussetzung dafür, daß das sozialpolitische Problembearbeitungspotential in Aktionsgruppen voll zur Entfaltung kommen kann."

Auch der zweite hier zu prüfende Beitrag - die Abhandlung von Gerhard Fuchs und Dieter Rucht (1988) zur "Sozial- und Umweltverträglichkeit von technischen Systemen als Regelungsproblem: Möglichkeiten und Grenzen des Rechts" - vermag die These von der Selbststeuerung als Alternative zur rechtlichen Steuerung nicht zu stützen. Fuchs und Rucht unterscheiden vier verschiedene Regulierungsmodi mit jeweils einem ausgearbeiteten Beispiel zur Illustration: So erörtern sie die bürokratische Steuerung am Beispiel der Atomenergie, die marktförmige Regulierung am Beispiel der Luftreinhaltung, die verhandlungsförmige Regulierung am Beispiel des Selbstbeschränkungsabkommens betreffend Fluorchlorkohlenwasserstoffe sowie die Selbstregulierung am Beispiel der Biotechnik. Sie zeigen dabei sehr anschaulich, in welch unterschiedlicher Intensität und unterschiedlicher Funktion das Recht "dabei" ist, sei es in der Funktion rechtlicher Vorgaben und Kontrollen für "marktmäßigen" Umweltschutz, sei es als Reserveressource für den Fall von Selbstbeschränkungsabkommen, sei es als rechtlicher Rahmen bei wissenschaftlicher Selbstregulierung. Aus ihrem Resümee sind mir zwei Sätze besonders ans Herz gewachsen, die zugleich diesen Gliederungspunkt abschließen sollen (Fuchs/Rucht 1988: 187): "Obgleich auf den ersten Blick allein die bürokratische Steuerung unmittelbar an das Recht gekoppelt ist, machen unsere Beispiele deutlich, daß *rechtsförmige Regeln meist auch Rahmen- und Eckdaten für die übrigen Regulierungsmodi bilden* oder diese überhaupt erst ermöglichen. Die vorgelagerte,

flankierende oder *komplementierende Funktion des Rechts für andere Regelungsmodi* wird von den Verfechtern puristischer Lösungen oft übersehen." (Hervorh. F.G.S.) Dem kann ich nur zustimmen.

5. Handlungsformen im Schatten des Rechts

Ob Handlungsformen in "the shadow of the law", wie das sog. "informale Verwaltungshandeln", die sog. Selbstbeschränkungsabkommen der Wirtschaft und die zur Konfliktbewältigung eingesetzten Verfahren der "negotiation" und "mediation", als Alternativen zur Steuerung durch Recht begriffen werden können, ist nicht ganz einfach zu beantworten.

Beginnen wir mit dem einfachsten Fall, den Selbstbeschränkungs- oder Branchenabkommen¹⁸, die in der Praxis eine nicht unbeträchtliche Rolle spielen. Daß sie keine prinzipielle Alternative zur Steuerung durch Recht darstellen, ergibt sich vor allem daraus, daß zu ihren notwendigen Funktionsbedingungen die glaubwürdige *Regelungsandrohung des Normgebers* gehört, *Steuerbarkeit durch Recht als Reservefunktion* also vorausgesetzt wird. Dieser Sachverhalt kommt zutreffend zum Ausdruck, wenn solche Vereinbarungen als "normvertretende Absprachen" (Hartkopf/Bohne 1983: 223) oder noch deutlicher als "gesetzesabwehrende Vereinbarungen" (Oebbecke 1986) (Hervorh. F.G.S.) bezeichnet werden. In der Tat ist es - aus der Sicht der Unternehmer jedenfalls - der Hauptzweck solcher freiwilligen Vereinbarungen, den drohenden Erlaß einer normativen rechtlichen Regelung abzuwenden. Murswieck (1988: 988) hat diese Tauschbeziehung anschaulich wie folgt auf den Punkt gebracht: "Einstmals war das Vorzeigen der Folterinstrumente die erste Stufe der Folter. Heute zeigt der Umweltminister den Entwurf einer Rechtsverordnung vor; so entsteht die Bereitschaft zu 'freiwilligen' Zusagen."

Auf dem "Weg zum Problemkind" - dem sog. informalen Verwaltungshandeln, insbesondere durch informale Absprachen - mag es hilfreich sein, einen Blick auf das amerikanische Konzept von "*negotiation*" und "*mediation*" zu werfen (Passavant 1987), das von führenden Vertretern unlängst auf einer Tagung in Heidelberg vorgestellt wurde ("Konfliktbewältigung durch Verhandlungen" vom 5. - 8. April 1989). Die für den deutschen Beobachter besonders interessante und vielleicht etwas unerwartete Einsicht war, daß diese Verhandlungsprozesse, die insbesondere zur Konfliktlösung bei der Ansiedlung von umweltrelevanten Großprojekten mit großem Erfolg eingesetzt werden, *nicht* als Alternative zum Verwaltungsverfahren, sondern lediglich als dessen *Ergänzung* begriffen werden. Dies ist für das Selbstverständnis des "*mediation*"-Modells ein ganz wesentlicher Punkt, der die Vertreter dieses Modells und die berufsmäßig agierenden Mediatorinnen zugleich

gegen den Vorwurf von Kungelei immunisiert; entweder scheitert die Verhandlungsstrategie, dann greift das normale Verwaltungsverfahren Platz, oder aber das Produkt des "mediation"-Prozesses wird in das Verwaltungsverfahren aufgenommen und - mit oder ohne Modifikationen - letztlich bestätigt. *Ergänzung von, nicht Alternative zur Steuerung durch Recht* kennzeichnet diese Konfliktbewältigung durch Verhandlungen (Sander 1989; Susskind 1989).

Anders scheinen die Dinge beim "informalen Verwaltungshandeln" zu liegen. Hauptanwendungsfälle des vor allem im Umweltrecht "entdeckten" und untersuchten informalen Verwaltungshandelns sind Vorverhandlungen, die Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen und die sog. Sanierungsabsprachen (Bohne 1980). Zu der *Funktion* von Vorverhandlungen und Vorabzuleitungen schreibt einer der besten Kenner der Materie - Eberhard Bohne (1980: 38) - folgendes:

"Vorverhandlungen und Vorabzuleitungen von Entscheidungsentwürfen ersetzen und ergänzen formale Verfahren. Vorverhandlungen sind Alternativen zum Vorbescheidsverfahren i.S. des § 9 BImSchG und zum Genehmigungsverfahren i.S. der §§ 4, 15 BImSchG, sofern letztere mit einem Ablehnungsbescheid enden würden. Zugleich ergänzen sie positiv verlaufende Genehmigungsverfahren, indem sie den formalen Verfahrensablauf steuern und ihn für die Beteiligten kalkulierbar machen. Die Vorabzuleitung von Bescheidsentwürfen oder Nebenbestimmungen ist eine Alternative zum formalen Widerspruchsverfahren i.S. der §§ 68 ff. VwGO und ergänzt dieses durch Erhöhung seiner Berechenbarkeit. *Alternativ- und Ergänzungsfunktion* beider Verfahrenshandlungen beruhen auf der Vorverlagerung materieller Entscheidungen." (Hervorh. F.G.S.)

Ähnlich hat sich Bohne auf der schon erwähnten Heidelberger Tagung geäußert (Bohne 1989). Er schlägt vor, drei Typen von "informal agreements" zu unterscheiden, und zwar

- informal compliance agreements,
- informal regulatory agreements,
- informal policy-planning agreements.

Diese "informal agreements" seien durch drei Merkmale charakterisiert, nämlich

- durch die Existenz von Tauschbeziehungen zwischen der Verwaltung und den privaten Akteuren (Firmen),
- durch die fehlende rechtliche Verbindlichkeit der Absprachen sowie
- durch ihre *Alternativfunktion*.

Für die steuerungstheoretische Analyse und Bewertung nun scheinen mir zwei Fragen wichtig zu sein.

Erstens die Frage, ob die *Ergänzungsfunktion* oder die *Alternativfunktion* überwiegt. Dies ist sicherlich bereichsspezifisch unterschiedlich zu beantworten. Dort, wo die Ergänzungsfunktion überwiegt, ist die Herrschaft des Rechts - sowohl juristisch-rechtsstaatlich wie steuerungstheoretisch betrachtet - ernsthaft nicht in Gefahr.

Überwiegt hingegen die Alternativfunktion, und zwar in dem Sinne, daß die an sich bestehende rechtliche Regelung sich als unpraktikabel oder dysfunktional erweist und daher absichtsvoll umgangen und durch informale Verfahren ersetzt wird, so haben wir es mit einer Steuerungsschwäche oder einem Steuerungsversagen des Rechts zu tun. Deshalb Abschied vom Recht zu nehmen, wäre aber nicht nur verfrüht, sondern ein auch wenig hilfreiches Rezept. Gerade die Diskussion über "negotiation" und "mediation" hat den Blick für die Notwendigkeit geschärft (Schuppert 1989b), das bestehende Verwaltungsverfahren um diese Elemente, für die offenbar eine praktische wie auch theoretische Notwendigkeit zu bestehen scheint, zu erweitern und damit Terrain, das in rechtsstaatliche Grauzonen abzuwandern droht, zurückzugewinnen bzw. eine weitere Erosion zu verhindern.

Zweitens ist die Frage zu klären, worauf sich eigentlich die Alternativität bezieht. Besteht das Verhältnis der Alternativität lediglich zur Rechtsförmlichkeit der Regelung oder zur inhaltlichen *Steuerung* durch Recht? An dem Beispiel Bohnes der rechtsförmlichen Festsetzung von Immissions-Belastungsgebieten verdeutlicht: die ansässigen Firmen sind darüber aus Image-Gründen nicht glücklich. Die Industrie- und Handelskammer - wiederum Schnittstelle zweier miteinander intensiv kommunizierender Teilsysteme - schlägt statt dessen vor, die Gesamtbelastung durch freiwillige Immissionsangaben der ansässigen Betriebe transparent zu machen und damit denselben Effekt wie bei einer rechtsförmlichen Deklarierung als Belastungsgebiet zu erreichen. Die Frage ist nun erneut: Handelt es sich um eine echte oder um eine scheinbare Alternativität zur Steuerung durch Recht?

Mit dieser Frage will ich meine tour d'horizon abbrechen und nur noch einige zusammenfassende Bemerkungen machen.

IV. Zusammenfassung

Eine heile Welt des Rechts zu entwerfen, war nicht meine Absicht. Meine kritischen Bemerkungen zur prinzipiellen Nichtsteuerbarkeit selbstreferentiell geschlossener Teilsysteme, zum Szenario eines zwar schmerzlichen, aber unvermeidbaren Abschieds vom Recht und zu den uns vorgeführten Alternativen zur Steuerung durch Recht sollten auch nicht in der Weise mißverstanden werden, daß die Funktionsgrenzen des Rechts als Steuerungsinstrument verkannt oder trotzdem nicht zur Kenntnis genommen würden. In der Tat besteht zu einem unbegrenzten Regelungsoptimismus im Sinne einer beliebigen Regelbarkeit sozialer, wirtschaftlicher und technischer Sachverhalte und Prozesse durch ein autonom agierendes Rechtssystem kein Anlaß: Eine diesbezügliche systematische Selbstüberschätzung

der Juristenzunft oder eine entsprechende systematische Fremdüberschätzung des Rechtssystems durch andere Teilsysteme muß notwendig zu einem Befund des Versagens der rechtlichen Steuerung führen. Das Schicksal der ehrgeizigen Planungsprojekte (integrierte Haushaltsplanung, mittel- und langfristige Finanzplanung), die dramatische Wendung von der Planungseuphorie der 60er zum resignativen Planungskzeptizismus der 80er Jahre mögen insoweit eine hilfreiche Lehre sein.

Sich die Grenzen der Steuerung durch Recht bewußt zu machen, muß aber mehr leisten, als eine Abschiedsstimmung vom Recht zu erzeugen oder mit sozialwissenschaftlicher Theorieemsigkeit Steuerungsalternativen zu präsentieren. Am Anfang - so meine ich - müßte zunächst die Frage nach den Ursachen eines konstatierten Steuerungsversagens des Rechts stehen. Gibt es - so ist zu fragen - über den im politischen Prozeß täglich zu beobachtenden individuellen oder kollektiven *Steuerungsdilettantismus* hinaus *strukturelle Steuerungsschwächen*, die einer funktionierenden rechtlichen Steuerung systematisch und prinzipiell im Wege stehen? Diese strukturellen Mängel können Organisations- und Funktionsmängel des politischen Prozesses sein - ein in Koalitionsrunden und nach Interessenclearingsprozessen ausgehandeltes Strukturhilfegesetz etwa, das nach dem Gießkannenprinzip zu politischen Befriedigungszwecken Geld auf die Bundesländer verteilt, kann *von vornherein* keine echten Steuerungsleistungen erbringen - oder in der besonderen Funktions- und Wirkungsweise des Rechts begründet liegen. Dies macht einen wesentlichen Unterschied.

Geht es um das Steuerungsversagen aus Gründen von Strukturschwächen des Steuerungsapparates und der institutionellen oder organisatorischen Mängel des gesamten Steuerungsarrangements - Gesetze nicht als problemorientierte Lösungsentwürfe, sondern als pluralistische Abkommen, als Produkte negativer Koordination oder der Politikverflechtungsfalle -, so sind die damit einhergehenden Steuerungsmängel keine für das Steuerungsmittel Recht typischen Mängel, sind sozusagen nicht *rechtsspezifisch*, sondern politik- bzw. staatstypusspezifisch. Ähnliches gilt für die Angewiesenheit von Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung auf den Konsens und die Kooperation der Normadressaten, etwa der organisierten Interessen oder großer Firmen im Bereich der Wirtschafts- und Umweltpolitik. Ist etwa ein Landesabfallgesetz ein sog. "Eisberggesetz", weil die gesetzliche Regelung nur die sichtbare Spitze des Eisberges ist, nämlich das schriftliche Ergebnisprotokoll von langwierigen und schwierigen Aushandlungsprozessen unter allen Beteiligten und des gefundenen Konsenses über ein Entsorgungskonzept und seine Realisierung (dies ist der größere Teil unter Wasser), so finden diese *Entstehungsbedingungen des Rechts* weniger in der Eigenart des Rechts als in den Funktions-

bedingungen des politischen Prozesses ihre Erklärung. Deshalb ist zu Recht der Korporatismus bzw. Neokorporatismus keine Spielart der Rechtstheorie, sondern der politischen Theorie.

Davon zu unterscheiden sind Steuerungsschwächen des Rechts, die gerade in der funktionellen Eigenart des Rechts begründet sind oder begründet sein sollen. Zu dieser Gruppe würde ich den prinzipiellen Einwand rechnen, das Rechtssystem könne die ihm angesonnenen Steuerungsleistungen schon aus Gründen der Nichtsteuerbarkeit selbstreferentiell geschlossener Teilsysteme prinzipiell nicht erbringen. Diesen Einwand halte ich - jedenfalls in dieser Grundsätzlichkeit - für unrechtfertigt, ebenso übrigens wie die vereinfachende Reduktion des Kommunikationscodes des Rechtssystems auf Recht oder Unrecht: Rechtsgestalter - etwa bei der Kreation eines Landesabfallgesetzes - denken nicht primär in den Kategorien rechtmäßig oder nicht rechtmäßig, sondern in den Kategorien zweckmäßig oder unzweckmäßig, machbar oder nicht machbar (technisch, finanziell), durchsetzbar oder nicht durchsetzbar etc. Eine andere, davon zu unterscheidende Frage ist es, ob das Recht von sich aus, also aus eigenem Vermögen, überhaupt in der Lage ist, bestimmte Entwicklungen, etwa technischer oder wirtschaftlicher Art, ausreichend zu steuern, oder ob die Steuerung nur als *Mitsteuerung* denkbar ist, also nicht als *autonome Steuerung* durch das Recht. Im Verhältnis von Recht und Technik verhält es sich in der Tat so, daß eine rechtliche Steuerung ohne Inkorporierung technischen Sachverständes nicht möglich ist und die Frage kritisch-begleitend zu stellen ist, welcher Partner in dieser *kondominalen Steuerung* eigentlich der Stärkere ist.

Eine dritte Frage schließlich ist die nach der angemessenen Dichte und Intensität rechtlicher Steuerung, nach dem steuerungstheoretisch richtigen Weg zwischen hinreichender Steuerung und *Übersteuerung*. Dies scheint mir der Sitz des Problems der *Selbststeuerung* zu sein, also der bewußten Instrumentalisierung des Rechts nicht zur erfolgsorientierten direkten Steuerung, sondern zur rechtlichen Umhegung und Abstützung von Selbststeuerungspotentialen im Sinne einer staatlichen *Steuerungsentlastung*.

Differenziert man in dieser vorgeschlagenen Weise, so wird - meine ich - klar, worum es geht. Worum es nicht geht, ist, vom Recht Abschied zu nehmen und es als ausgedientes Steuerungsinstrument dem sich verabschiedenden Staat hinterherzuwerfen. Worum es geht, ist, sich angesichts der Diskussion über die Grenzen des Rechts über die spezifischen Funktionsbedingungen des Rechts, die unterschiedlichen Typen rechtlicher Steuerung und ihre je spezifischen Stärken und Schwächen und die bereichsspezifischen Steuerungsschwächen des Rechts zu gewissern, damit der hohe Wert der Rechtsstaatlichkeit auch unter den veränder-

ten Funktionsbedingungen moderner Staatlichkeit möglichst wirksam werden kann.

Anmerkungen

- 1 Vgl. dazu Breuer 1976. Wie verwirrend die "Normierungslage" im Atomrecht ist, dazu anschaulich Ossenbühl (1988: 431).
- 2 Zu den Rezeptionsbegriffen siehe die Kommentierung bei Schmidt-Aßmann (1985), vgl. ferner Nicklisch (1982).
- 3 Damit soll erreicht werden, daß Recht bei dem häufig zitierten "Wettlauf zwischen Recht und Technik" nicht von vornherein ins Hintertreffen gerät; zu dieser Argumentationsfigur Berg (1985).
- 4 Zu den Möglichkeiten und Formen staatlicher Einflußnahme auf die technische Normung siehe Marburger (1979: 596 ff.).
- 5 Ausführlich hierzu Schuppert (1981: 259 ff.); zur Verflechtung von regulierenden Instanzen und organisierten Interessen Lehner/Schubert (1986: 184 ff.).
- 6 Vgl. dazu und zu ihren Typen Lehmbruch (1987: 11 ff.).
- 7 Lehmbruch (1987: 36) spricht vom "austauschlogischen" strategischen Kalkül.
- 8 Vgl. hier stellvertretend für die weitverzweigte Korporatismusdebatte und unter Einbeziehung der steuerungsanalytischen Perspektive Lehner (1979: 116 ff.); Offe (1984: 234-256); Streeck/Schmitter (1985: 133 ff.).
- 9 Zur Rolle korporativer Akteure für die Herstellung und Aufrechterhaltung sozialer Ordnung siehe Streeck/Schmitter (1985).
- 10 Dies ist Gegenstand der Organisationssoziologie; vgl. dazu für den Bereich der öffentlichen Verwaltung Mayntz (1978) mit dem Schwerpunkt Ministerialverwaltung und Derlien (1984: 793 ff.).
- 11 Anschauliche Beispiele zum "organizational behaviour" finden sich in Arbeiten über das Verhalten klientelorientierter Verwaltungseinheiten, vgl. Sabatier (1975) und über das Verhalten interessenvertretender öffentlich-rechtlicher Körperschaften, vgl. dazu Schuppert (1983: 183 ff.).
- 12 Nachweise zu dieser Rechtsprechung bei Richter/Schuppert (1987: 8 ff.).
- 13 Zur pluralistischen Ausdifferenzierung von Staat und Verwaltung siehe Schuppert (1987).
- 14 Vgl. etwa die Funktionsbeschreibung staatlichen Handelns bei Hesse (1987).
- 15 Vgl. auch die Darstellung bei Hendl (1984).
- 16 Zu den Berufsständen als "potentiellen Verwaltungseinheiten" Schuppert (1981: 91 ff.).
- 17 Zu dieser Gefahr lehrreich der sog. Facharztbeschuß des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 33, 125).
- 18 Zu den Branchenabkommen allgemein vgl. z.B. Kaiser (1971); Nickel (1979); Hartkopf/Bohne (1983: 220 ff., 451 ff.); Bohne (1984); Becker (1985); Oebbecke (1986).

Literaturverzeichnis

- Alber, Jens, 1989: Die Steuerung des Gesundheitswesens in vergleichender Perspektive. Bielefeld: Preprint-Reihe der ZiF-Forschungsgruppe Staatsaufgaben Nr. 5.
- Basedow, Jürgen, 1977: Die Industrie- und Handelskammern - Selbstverwaltung zwischen Staat und Verbandswesen. In: Betriebsberater 32, 366-374.
- Becher, Berthold, 1986: Recht und sozialpolitische Selbststeuerung. In: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Recht als Instrument der Politik. Opladen: Westdeutscher Verlag, 279-301.
- Becker, Jürgen, 1985: Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung. In: Die Öffentliche Verwaltung 38, 1003-1011.
- Berg, Wilfried, 1985: Vom Wettlauf zwischen Recht und Technik. In: Juristenzeitung 40, 401-407.
- Bieback, Karl Jürgen, 1976: Die öffentliche Körperschaft, ihre Entstehung, die Entwicklung ihres Begriffs und die Lehre vom Staat und den innerstaatlichen Verbänden in der Epoche des Konstitutionalismus in Deutschland. Berlin: Duncker & Humblot.
- Bohne, Eberhard, 1980: Informales Handeln im Gesetzesvollzug. In: Erhard Blankenburg/Klaus Lenk (Hrsg.), Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzugs, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7. Opladen: Westdeutscher Verlag, 20-80.
- Bohne, Eberhard, 1984: Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes. In: Verwaltungsarchiv 75, 343-373.
- Bohne, Eberhard, 1989: Environmental Mediation and Negotiation - Reasons and Principles. Vortrag auf der Heidelberger Tagung "Konfliktbewältigung durch Verhandlungen" vom 5. - 8. April 1989.
- Breuer, Rüdiger, 1976: Direkte und indirekte Rezeption technischer Regelwerke durch die Rechtsordnung. In: Archiv des öffentlichen Rechts 101, 46-88.
- Derlin, Hans Ulrich, 1984: Verwaltungssoziologie. In: Albert v. Mutius (Hrsg.), Handbuch für die öffentliche Verwaltung, Bd. 1. Neuwied: Luchterhand, 793-869.
- Eschenburg, Theodor, 1955: Herrschaft der Verbände? Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt.
- Farago, Peter, 1987: Verbände als Träger öffentlicher Politik. Grünsch: Rüegger.
- Forsthoff, Ernst, 1973: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. München: C.H. Beck.
- Fürst, Dietrich, 1987a: Die Neubelebung der Staatsdiskussion: Veränderte Anforderungen an Regierung und Verwaltung in westlichen Industriegesellschaften. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 261-284.
- Fürst, Dietrich, 1987b: Zum Zusammenhang von Aufbauorganisation und Planungsprozessen. In: Rainer Koch (Hrsg.), Verwaltungsforschung in Perspektive. Baden-Baden: Nomos, 187-201.

- Fuchs, Gerhard/Dieter Rucht, 1988: Sozial- und Umweltverträglichkeit von technischen Systemen als Regelungsproblem: Möglichkeiten und Grenzen des Rechts. In: Alex Görlitz/Rüdiger Voigt (Hrsg.), Rechtsphilosophische Forschungskonzepte, Jahrbuch für Rechtspolitologie 1988. Pfaffenweiler: Centaurus, 167-194.
- Glagow, Manfred/Helmut Willke (Hrsg.) 1987: Dezentrale Gesellschaftssteuerung, Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft. Pfaffenweiler: Centaurus.
- Gotsch, Wilfried, 1987: "Soziale Steuerung" - Zum fehlenden Konzept einer Debatte. In: Manfred Glagow/Helmut Willke (Hrsg.), Dezentrale Gesellschaftssteuerung. Pfaffenweiler: Centaurus, 27-44.
- Gretschmann, Klaus, 1985: Kommunale Sozialpolitik unter Finanzierungsdruck. In: Thomas Olk/Hans-Uwe Otto (Hrsg.), Der Wohlfahrtsstaat in der Wende. Weinheim: Juventa, 88-96.
- Grimm, Dieter, 1982: Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen. In: Shirley van Buuren/Eike Ballerstedt/Dieter Grimm, Richterliches Handeln und technisches Risiko. Baden-Baden: Nomos, 25-62.
- Hartkopf, Günter/Eberhard Bohne, 1983: Umweltpolitik, Bd. 1. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Heinze, Rolf G., 1986: "Neue Subsidiarität" - Zum soziologischen und politischen Gehalt eines aktuellen sozialpolitischen Konzepts. In: ders. (Hrsg.), Neue Subsidiarität. Opladen: Westdeutscher Verlag, 13-38.
- Hendler, Reinhard, 1984: Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft. Köln: Heymann.
- Hesse, Joachim Jens, 1987: Aufgaben einer Staatslehre heute. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 55-87.
- Hilbert, Josef/Helmut Voelzkow, 1984: Umweltschutz durch Wirtschaftsverbände? Das Problem verbandlicher Verpflichtungsfähigkeit am Beispiel umweltschutzzinduzierter Selbstbeschränkungsabkommen. In: Manfred Glagow (Hrsg.), Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität. Bielefeld: AJZ, 140-161.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, 1988: Mittlerunterstützte Verhandlungslösungen im staatlichen Bereich, Thesen aus Anlaß des Kolloquiums "Staatswissenschaften - Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?" in Speyer am 7./8. April 1988.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Eberhard Schmidt-Aßmann, 1989: Konfliktlösung durch Verhandlungen, Tagung in Heidelberg vom 5. - 8. April 1989.
- Jarass, Hans D., 1987: Der rechtliche Stellenwert technischer und wissenschaftlicher Standards. In: Neue Juristische Wochenschrift 40, 1225-1231.
- Kaiser, Joseph-Heinrich, 1971: Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse. In: Neue Juristische Wochenschrift 24, 585-588.
- Kaufmann, Franz-Xaver, 1986: Steuerungsprobleme der Sozialpolitik. In: Rolf G. Heinze (Hrsg.), Neue Subsidiarität: Leitidee für eine zukünftige Sozialpolitik. Opladen: Westdeutscher Verlag, 39-63.

- Kaufmann, Franz-Xaver (Hrsg.), 1987: Staat, intermediaire Instanzen und Selbsthilfe. Bedingungsanalysen sozialpolitischer Intervention. München: Oldenbourg.
- Kaufmann, Franz-Xaver, 1988: Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht. In: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13. Opladen: Westdeutscher Verlag, 65-108.
- Kellermann, Otto August, 1982: Struktur und Zustandekommen sicherheitsrelevanter Bestimmungen zu technischen Regelwerken für kerntechnische Anlagen. In: Fritz Nicklisch u.a. (Hrsg.), Die Rolle der wissenschaftlich-technischen Sachverständigen bei der Genehmigung chemischer und kerntechnischer Anlagen. Heidelberg: C.F. Müller, 51-65.
- Kirchhof, Paul, 1983: Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltrecht und Haushaltskontrolle. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2, 505-515.
- Köttgen, Arnold, 1962: Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 11, 173-311.
- Krüger, Herbert, 1970: Von der Notwendigkeit einer freien und auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft. In: ders., Staat - Wirtschaft - Völkergemeinschaft. Frankfurt a. M.: Metzner, 235-245.
- Laband, Paul, 1876: Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1. Tübingen: Lempp.
- Lehmbruch, Gerhard, 1987: Administrative Interessenvermittlung. In: Adrienne Windhoff-Héritier (Hrsg.), Verwaltung und ihre Umwelt. Festschrift für Thomas Ellwein. Opladen: Westdeutscher Verlag, 11-43.
- Lehner, Franz, 1979: Grenzen des Regierens. Eine Studie zur Regierungsproblematisierung hochindustrialisierter Demokratien. Königstein: Athenäum.
- Lehner, Franz/Klaus Schubert, 1986: Recht als Steuerungsinstrument der Wirtschaftspolitik. In: Rüdiger Voigt (Hrsg.), Recht als Instrument der Politik. Opladen: Westdeutscher Verlag, 184-208.
- Luhmann, Niklas, 1989: Grenzen der Steuerung. In: ders., Die Wirtschaft der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 324-341.
- Marburger, Peter, 1979: Die Regeln der Technik im Recht. Köln: Heymann.
- Mayntz, Renate, 1978: Soziologie der öffentlichen Verwaltung. Karlsruhe: Müller.
- Mayntz, Renate, 1979: Regulative Politik in der Krise? In: Sozialer Wandel in Westeuropa. Verhandlungen des 19. Deutschen Soziologentages. Frankfurt a.M.: Campus, 55-81.
- Mayntz, Renate (Hrsg.), 1980: Implementation politischer Programme, Bd. 1. Königstein: Athenäum.
- Mayntz, Renate (Hrsg.), 1983a: Implementation politischer Programme, Bd. 2. Königstein: Athenäum.
- Mayntz, Renate, 1983b: The Conditions of Effective Public Policy: A New Challenge for Policy Analysis. In: Policy and Politics 11, 123-143.
- Mayntz, Renate u.a., 1988: Differenzierung und Verselbständigung. Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme. Frankfurt a.M.: Campus.
- Murswieck, Dietrich, 1988: Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht - Mehr Umweltschutz durch weniger Reglementierung? In: Juristenzeitung 43, 985-993.

- Nickel, Dietmar, 1979: Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft. Die öffentlich-rechtlichen Aspekte der Selbstbeschränkungsabkommen der deutschen Industrie. Diss. Hamburg.
- Nicklisch, Fritz, 1982: Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht. Zur kontrollierten Rezeption wissenschaftlich-technischer Standards durch die Rechtsordnung. In: Neue Juristische Wochenschrift 35, 2633-2644.
- Nocke, Joachim, 1988: Rechtsproduktion der Juristen im Umweltrecht - Eine Profession stößt an ihre Grenzen. In: Brun-Otto Bryde/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein. Baden-Baden: Nomos, 81-122.
- Oebbecke, Janbernd, 1986: Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen. In: Deutsches Verwaltungsblatt 101, 793-799.
- Offe, Claus, 1975: Berufsbildungsreform. Eine Fallstudie über Reformpolitik. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Offe, Claus, 1984: Korporatismus als System nichtstaatlicher Makrosteuierung? In: Geschichte und Gesellschaft 10, 234-256.
- Ossenbühl, Fritz, 1988: Autonome Rechtssetzung der Verwaltung. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, Das Handeln des Staates. Heidelberg: C.F. Müller, 281-314.
- Passavant, Oliver, 1987: Mittlerunterstützte Kooperation in komplexen Verwaltungsprojekten. In: Die Öffentliche Verwaltung 40, 516-523.
- Pohle, Ekhard, 1962: Die Interessenverbände der öffentlichen Hand. Der Anteil der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts am Verbandswesen zur Interessenvertretung in der Bundesrepublik Deutschland. Diss. Göttingen.
- Priest, George L., 1977, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules. In: Journal of Legal Studies 6, 65-83.
- Richter, Ingo/Gunnar Folke Schuppert, 1987: Casebook Verfassungsrecht. München: C.H. Beck.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1979: Der kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft. In: Archiv des öffentlichen Rechts 104, 389-413.
- Rubin, Paul H., 1977: Why is the Common Law Efficient? In: Journal of Legal Studies 6, 51-63.
- Sabatier, Paul, 1975: Social Movements and Regulatory Agencies: To a More Adequate - and Less Pessimistic - Theory of "Clientale Capture". In: Policy Sciences 23, 301-342.
- Sander, Frank, 1989: Alternative Dispute Resolution in the United States. - A Broader Perspective on Environmental Negotiation and Mediation. Vortrag auf der Heidelberger Tagung "Konfliktbewältigung durch Verhandlungen" vom 5. - 8. April 1989.
- Scharpf, Fritz W., 1989: Politische Steuerung und Politische Institutionen. In: Politische Vierteljahrsschrift 30, 10-21.
- Schimanke, Dieter, 1987: Steuerung und Selbststeuerung in der öffentlichen Verwaltung. In: Rainer Koch (Hrsg.), Verwaltungsforschung in Perspektive. Baden-Baden: Nomos, 134-146.

- Schimank, Uwe/Manfred Glagow, 1984: Formen politischer Steuerung: Etatismus, Subsidiarität, Delegation und Neokorporatismus. In: Manfred Glagow (Hrsg.), *Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität*. Bielefeld: AJZ, 4-27.
- Schmidt, Reiner, 1988: Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 3. Heidelberg: F.C. Müller, 1141-1170.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, 1985: Kommentierung zu Art. 19 Abs. 4. In: Thomas Maunz u.a., *Grundgesetz*, Lieferung 24, Stand Januar 1985. München: C.H. Beck.
- Schneider, Volker, 1986: Tauschnetzwerke in der Politikentwicklung. In: *Journal für Sozialforschung* 26, 383-416.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1980: Öffentlich-rechtliche Körperschaften. In: *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft (HdWW)*, Bd. 5. Stuttgart: Fischer; Tübingen: Mohr/Göttingen, 399-405.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1981: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch ver selbständigte Verwaltungseinheiten. Göttingen: Schwartz.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1983: Selbstverwaltung als Beteiligung Privater an der Staatsverwaltung? Elemente zu einer Theorie der Selbstverwaltung. In: Albert v. Mutius (Hrsg.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh. Heidelberg: R. v. Decker, 183-205.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1984: Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 42, 216-263.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1987: Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 40, 757-768.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1988a: Recht als Steuerungsinstrument. Grenzen und Alternativen rechtlicher Steuerung. Thesen aus Anlaß des Kolloquiums "Staatswissenschaften - Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?" in Speyer am 7./8. April 1988.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1988b: Self-Restraints der Rechtsprechung. Überlegungen zur Kontroldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: *Deutsches Verwaltungsblatt* 103, 1191-1200.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989a: Markt, Staat, Dritter Sektor - oder noch mehr? Sektorspezifische Steuerungsprobleme ausdifferenzierter Staatlichkeit. In: *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* 1989, Bd. 3. Baden-Baden: Nomos, 47-87.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989b: Resümee und Ausblick. Schlußstatement zur Heidelberger Tagung "Konfliktbewältigung durch Verhandlungen" vom 5. - 8. April 1989.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989c: Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation. - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 114, 127-148.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989d: Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzäuberung des Staates oder "Bringing the State Back In?" In: *Der Staat* 28, 91-104.

- Seibel, Wolfgang, 1987: Der Staatsstil für Krisenzeiten: Selbststeuerung öffentlicher Aufgabenträger und das Problem der Kontrolle. In: Politische Vierteljahrsschrift 28, 197-219.
- Streeck, Wolfgang, 1983: Zwischen Markt und Staat. Interessenverbände als Träger öffentlicher Politik. In: Fritz W. Scharpf/Marlene Brockmann (Hrsg.), Institutionelle Bedingungen der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik. Frankfurt a.M.: Campus, 179-197.
- Streeck, Wolfgang/Philippe C. Schmitter, 1985: Gemeinschaft, Markt und Staat - und die Verbände? In: Jurnal für Sozialforschung 25, 133-157.
- Susskind, Laurence, 1989: Using Negotiation and Mediation in Different Areas: Regulatory Negotiation and Mediating Science-Intensive Policy Disputes. Beitrag zur Heidelberger Tagung "Konfliktbewältigung durch Verhandlungen" vom 5.-8. April 1989.
- Teubner, Gunther, 1984: Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. In: Friedrich Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und Sozialer Solidarität. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 289-344.
- Teubner, Gunther, 1988: Gesellschaftsordnung und Gesetzgebungslärm. Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtsetzung. In: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13. Opladen: Westdeutscher Verlag, 45-65.
- Teubner, Gunther, 1989: Recht als autopoietisches System. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Treiber, Hubert, 1983: Regulative Politik in der Krise? In: Kriminalsoziologische Bibliographie 10, 28-54.
- Voigt, Rüdiger, 1986: Grenzen rechtlicher Steuerung. Zur Brauchbarkeit des Rechts als Steuerungsinstrument. In: ders. (Hrsg.), Recht als Instrument der Politik. Opladen: Westdeutscher Verlag, 14-34.
- Voigt, Rüdiger, 1987: Grenzen des Rechts - Eine Einleitung. In: Axel Görlitz/Rüdiger Voigt (Hrsg.), Grenzen des Rechts, Jahresschrift für Rechtspolitologie, Bd. 1. Pfaffenweiler: Centaurus, 3-16.
- Weidner, Helmut/Peter Knoepfel, 1979: Politisierung technischer Werte - Schwierigkeiten des Normbildungsprozesses an einem Beispiel (Luftreinhaltung) der Umweltpolitik. In: Zeitschrift für Parlamentsfragen 10, 160-170.
- Willke, Helmut, 1984: Gesellschaftssteuerung. In: Manfred Glagow (Hrsg.), Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität. Bielefeld: AJZ, 29-53.
- Willke, Helmut, 1987: Kontextsteuerung durch Recht? Zur Steuerungsfunktion des Rechts in polyzentrischer Gesellschaft. In: Manfred Glagow/Helmut Willke (Hrsg.), Dezentrale Gesellschaftssteuerung. Pfaffenweiler: Centaurus, 3-26.
- Wolf, Rainer, 1986: Das Recht im Schatten der Technik. In: Kritische Justiz 19, 241-262.
- Wolf, Rainer, 1987: Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft. In: Leviathan 15, 357-391.

IV

Auswirkungen des Steuerungsdefizits auf die Verfassung

Das Demokratieprinzip und die demokratische Legitimation der Verwaltung

I. Das rechtliche Modell der demokratischen Legitimation der Verwaltung

Die rechtlichen Regelungen unter dem Grundgesetz ordnen die Verwaltung lückenlos in den demokratischen Legitimationszusammenhang ein (Czybulka 1989): Die Verwaltung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG an die vom Parlament beschlossenen Gesetze gebunden. Unter Berufung auf das Demokratieprinzip erweiterte das Bundesverfassungsgericht den Gesetzesvorbehalt über Eingriffe in Freiheit und Eigentum hinaus auf alle "wesentlichen" Bereiche der Staatstätigkeit (grundlegend BVerfGE 49, 89 [126]; zusammenfassend v. Arnim 1987: 1241-1249). Das Parlament steuert die Grundzüge der Verwaltung durch den Haushaltspflichten im Sinne des Art. 110 GG, dessen Einhaltung der Bundesrechnungshof gemäß Art. 114 Abs. 2 GG überprüft (dazu v. Mutius/Schuppert 1984: 147-327). Die vom Parlament eingesetzte und kontrollierte Regierung leitet die laufende Arbeit der Verwaltung (Schröder 1988: 499-520, bes. 514-516). Eine zusätzliche demokratische Legitimation folgt aus der föderalen und kommunalen Dezentralisierung, weil die Verwaltungen in Ländern, Kreisen und Gemeinden durch die regional zuständigen Landes- und Kommunalparlamente intensiver als durch ein zentrales Parlament kontrolliert werden.

Der rechtlichen Konstruktion der demokratischen Legitimation der Verwaltung liegt die Annahme zugrunde, daß die Verwaltung ein Instrument zur Durchsetzung des in Parlament und Regierung artikulierten Volkswillens sei. In ihrem instrumentellen Charakter sah Max Weber ein spezifisches Merkmal der modernen Verwaltung (Weber 1976: 833-837).

II. Abweichungen der Verwaltungspraxis vom rechtlichen Modell der demokratischen Legitimation der Verwaltung

In der Praxis wird das rechtliche Modell nur in dem kleinen Bereich verwirklicht, wo die Verwaltung solche Konditionalprogramme vollzieht, deren Einhaltung die betroffenen Bürger mit Hilfe der Verfassungs-, Verwaltungs-, Finanz- oder Sozialgerichte durchsetzen. Überwiegend weist die Verwaltungspraxis erhebliche Abweichungen von der rechtlichen Konstruktion ihrer demokratischen Legitimation auf.

Auf vielen Gebieten führt die Verwaltung die von den Parlamenten und Regierungen in Konditional- oder Zweckprogrammen festgelegten Vorgaben nicht durch. Dieses Vollzugsdefizit wurde häufig und eindringlich im Umweltrecht beschrieben (exemplarisch Bohne 1981; Mayntz u.a. 1978; Winter 1975). Es existiert z.B. auch im Gewerberecht, im Sozialrecht und im Baurecht (Wagener 1979: 244-252).

Teilweise vollzieht die Verwaltung die Vorgaben von Parlamenten und Regierungen anders, als sie subjektiv gemeint und objektiv formuliert waren (Beispiele bei Mayntz 1985: 65, 217-218). In diesen Fällen einer "Zielverschiebung" (Mayntz 1985: 217) kann man von einer Vollzugsdevianz sprechen. Die Implementationsforschung hat zu diesem Problem viele theoretische und empirische Studien vor gelegt.

Manche Verwaltungszweige handeln mangels hinreichender Vorgaben von Parlamenten und Regierungen in erheblichem Maße autonom. Ein extremes Beispiel scheinen die Sicherheitsdienste zu sein. Für ihre Tätigkeit gibt es verhältnismäßig wenig gesetzliche Grundlagen. Ihre parlamentarische Kontrolle ist durch besondere Verfahren begrenzt. Daß sie von den Regierungen genau kontrolliert werden, ist unwahrscheinlich. Im allgemeinen führt die Verwaltung autonome zu keinen öffentlichen Beanstandungen. In vielen Fällen mag sie die Effizienz der Verwaltung sogar steigern. Immer wieder kommt es aber zu auffälligen Mißbräuchen, weil die Verwaltung den rechtlichen Rahmen oder den gesellschaftlichen und politischen Konsens für ihre Tätigkeit überschritten hat.

Die Autonomie der Verwaltung kann dazu führen, daß sich die Richtung der politischen Willensbildung im Verhältnis von Parlament und Regierung zur Verwaltung umkehrt (Zippelius 1988: 365-369; Mayntz 1985: 60-73). Aufgrund ihrer überragenden Fachkompetenz und umfassenden Problemverarbeitungskapazität bestimmt die Verwaltung heute in erheblichem Umfang die Entscheidungen von Parlamenten und Regierungen. Insbesondere hat die Ministerialverwaltung auf die

Praxis der Gesetzgebung einen oft beherrschenden Einfluß (Schulze-Fielitz 1986: 79-86; Mayntz 1985: 75, 181-210; v. Arnim 1984: 347-348).

Besonders deutlich läßt sich die Umkehrung der politischen Willensbildung am Beispiel der Europäischen Gemeinschaft beobachten: Die Verwaltungsapparate der Europäischen Kommission und der nationalen Regierungen bestimmen allein über den Erlaß und den Vollzug der Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft. Dem Europaparlament bleibt nur, zum Handeln der Verwaltungen Stellung zu nehmen, den nationalen Parlamenten, die Ergebnisse dieser Verwaltungstätigkeit in Ausführungsbestimmungen umzusetzen.

III. Gründe für die Abweichungen der Verwaltungspraxis vom rechtlichen Modell der demokratischen Legitimation der Verwaltung

Die weitreichenden Abweichungen der Verwaltungspraxis vom Modell ihrer demokratischen Legitimation lassen sich durch mehrere Gründe erklären.

Häufig kann die Verwaltung die Vorgaben der Parlamente und Regierungen schon deswegen nicht umsetzen, weil sie von vornherein so konzipiert waren oder die Politiker jedenfalls in Kauf genommen haben, daß sie nicht vollziehbar sind. Bei vielen Maßnahmen von Parlamenten und Regierungen handelt es sich nicht um ernstgemeinte Lösungsansätze konkreter Probleme, sondern um "dilatorische Formelkompromisse" (zu diesem Begriff Schmitt 1954: 31-36), die die Entscheidung vertagen oder auf andere Institutionen, insbesondere Verwaltungen und Gerichte, abwälzen sollen. Wie Murray Edelman (1976) treffend herausarbeitete, haben Gesetze und Regierungssentscheidungen oft nur eine symbolische Funktion. Sie ergehen maßgeblich zu dem Zweck, glaubhaft den Eindruck zu vermitteln, daß die politischen Institutionen die von ihnen legitimerweise erwarteten Leistungen erbracht hätten.

Das rechtliche Modell der demokratischen Kontrolle der Verwaltung ist weiter nicht einlösbar, weil die Problemverarbeitungs- und Steuerungskapazität der Parlamente und Regierungen zu gering ist (Mayntz 1985: 74-76). Dieses Problem ist durch die zunehmende Ausweitung der Staatsaufgaben (Mayntz 1985: 45-56; v. Arnim 1984: 348-349, 455-498) in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht in den letzten Jahrzehnten immer größer geworden. Zwar hat man versucht, die Problemverarbeitungs- und Steuerungskapazität der Parlamente und Regierungen durch Assistenten, wissenschaftliche Dienste, Parlamentarische Staatssekretäre und ähnliche Einrichtungen zu verstärken. Die Möglichkeiten der politischen Lei-

tung der Verwaltung wurden aber im Verhältnis zum Anwachsen der Verwaltungsaufgaben und -institutionen nicht hinreichend erweitert.

Angesichts ihrer begrenzten Problemverarbeitungskapazität steuern die Parlamentsmehrheiten und Regierungen die Verwaltung nur unter ausgewählten Gesichtspunkten. Sie orientieren sich weithin an ihrem eigenen Interesse, die Chancen für die Erneuerung ihres Mandats bei den nächsten Wahlen zu erhöhen. Das Handeln der Politiker in Parlamenten und Regierungen ist oft weniger auf die Verwirklichung von abstrakten Programmen oder inhaltlichen Gerechtigkeitsvorstellungen ausgerichtet als auf die Verbesserung ihrer Aussichten für die Wiederwahl.

Die Orientierung von Parlamentsmehrheiten und Regierungen am Wiederwahlinteresse hat zwar insoweit eine demokratische Komponente, als sie die Verwaltung zwingt, auf Veränderungen der Wählerpräferenzen laufend Rücksicht zu nehmen. Wiederwahlinteressen können die Politiker im Bereich der Verwaltungssteuerung zu großen und schnellen Leistungen motivieren. Um ihre Wiederwahl nicht zu gefährden, müssen die Politiker auch ein gewisses Maß an Gesetzesbindung und Effektivität der Verwaltung sicherstellen. Sie verwenden hierauf aber nur soviel Aufmerksamkeit, daß sie in der Öffentlichkeit nicht als unfähig für ihre Aufgabe der Verwaltungsleitung erscheinen.

Im übrigen benutzen die Politiker ihre Steuerungsmöglichkeit der Verwaltung vor allem dazu, sich und ihre politischen peer-groups so zu profilieren, daß dadurch ein Stimmengewinn bei den nächsten Wahlen erhofft werden kann. Auch Teile des administrativen Systems haben sich zu einem bloßen Symbol entwickelt (Edelman 1976: 37-55). Die Verwaltungssteuerung zielt insoweit weniger auf sachliche Effizienz als auf Medienwirksamkeit. So hat man z.B. im Umweltschutz und bei der Familienförderung oft den Eindruck, daß die Verwaltungstätigkeit vorrangig der Produktion von öffentlichkeitswirksamen symbolischen Effekten dient. Tendenziell werden eher die Referate für Öffentlichkeitsarbeit mit neuen Stellen bedacht als die Vollzugsorgane der Polizei oder das Pflegepersonal in den Krankenhäusern. Von 1951 bis 1989 stieg der Etat des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung um das 39fache, der Bundeshaushalt insgesamt nur etwa halb so schnell auf das 19fache (berechnet nach den Angaben in den Bundeshaushaltsplänen 1951 und 1989).

Partiell steuert sich die Verwaltung selbst durch die Antizipation der Wiederwahlinteressen von Parlamentsmehrheiten und Regierungen. Sie verhält sich von sich aus im Zweifel so, daß die Wiederwahl der Inhaber der politischen Macht gefördert wird. Denn nur wenn die Politiker in Parlamentsmehrheiten und Regierungen den Eindruck haben, daß das Handeln der Verwaltung ihren Wiederwahl-

interessen nützt, werden sie es belohnen, indem sie Beförderungen aussprechen, neue Stellen und Finanzmittel bewilligen.

Werden die Verwaltungsressourcen zu weitgehend für Wiederwahlinteressen ausgenutzt, so kann das zu einem Wechsel der Mehrheiten in Parlamenten und Regierungen bei den nächsten Wahlen führen. Ein extremes Beispiel ist das durch einen Untersuchungsausschuß dokumentierte Verhalten des schleswig-holsteinischen Ministerpräsidenten Barschel im Landtagswahlkampf 1987 (Schleswig-Holsteinischer Landtag 1988). Die grundsätzliche Konstellation wird durch eine Abwahl der bisherigen Mehrheit nicht verändert. Denn die Orientierung der Verwaltung auf das Wiederwahlinteresse der Parlamentsmehrheiten und Regierungen erhält zwar eine neue Richtung, bleibt aber im Prinzip erhalten.

Möglich wird die Auslieferung der Verwaltung an Wiederwahlinteressen insbesondere dadurch, daß das Personal der Verwaltung in vielen höheren Positionen zur Beute der Parteien geworden ist (Zippelius 1988: 369; v. Arnim 1984: 362-370). Eingestellt und befördert werden die entscheidenden höheren Ränge vorrangig im Hinblick auf ihre Loyalität gegenüber den Wiederwahlinteressen der Parlamentsmehrheiten und Regierungen.

Durch die umfassende Orientierung am Wiederwahlinteresse wird die Verwaltung partiell zu einem Instrument der politischen Werbung. Sie wird damit zu fremden Zwecken benutzt, die mit ihrer demokratischen Legitimation nicht vereinbar sind: Soweit Parlamentsmehrheiten und Regierungen die Verwaltung für die politische Werbung einsetzen, kehrt sich die Richtung des von unten nach oben verlaufenden demokratischen Willensbildungsprozesses um.

Die demokratische Legitimation der Verwaltung wird außerdem dadurch relativiert, daß der in der pluralistischen Demokratie notwendige unmittelbare Einfluß von gesellschaftlichen und politischen Interessen auf die Verwaltung oft unkontrolliert ist. Das Verfahren für die Erfassung und die Abwägung dieser Interessen ist vielfach nicht geregt. Die materiellen Kriterien der Entscheidung sind meist nicht durchschaubar. Immer wieder setzen sich gut organisierte Einzelinteressen zu Lasten schwächerer und weniger durchsetzungsfähiger Interessen durch. Die Kritik, die seit dem Ende der sechziger Jahre am Konzept der pluralistischen Demokratie formuliert wurde (Lehner 1985: 91-100; Scharpf 1970a: 29-53; Offe 1969: 155-189), gilt in besonderem Maße für den Aspekt der Verwaltungstätigkeit, der den Ausgleich unterschiedlicher gesellschaftlicher und politischer Interessen zum Gegenstand hat.

Schließlich wird die demokratische Legitimation der Verwaltung dadurch begrenzt, daß es ihr in gewissem Umfang gelingt, Eigeninteressen durchzusetzen. Im Zweifel strukturiert die Verwaltung ihre Aktivitäten so, daß damit eine Auswei-

tung ihrer Funktionen zu legitimieren ist (Mayntz 1985: 70-72; v. Arnim 1984: 356-362). Wie "Parkinson's Law" in pointierter Weise formuliert, handelt die Verwaltung möglichst so, daß sich daraus Forderungen nach mehr Mitteln und mehr Stellen ableiten lassen (Mayntz 1985: 71-72; v. Arnim 1984: 357). Vielfach begnügt sich die Verwaltung damit, den sie betreffenden organisatorischen status quo zu wahren. Infolge ihrer umfassenden Fachkompetenzen und Arbeitskapazitäten gelingt es ihr in Einzelbereichen, eigene politische Präferenzen gegen Regierungen und Parlamente zu verwirklichen. Da die Verwaltung bei der Durchsetzung von Eigeninteressen auf die Duldung durch die Mehrheiten in den politischen Instanzen und die Öffentliche Meinung angewiesen ist, kann sie in diesem Bereich bestimmte Grenzen nicht überschreiten.

IV. Praktische Auswirkungen der gegenwärtigen Form der demokratischen Legitimation der Verwaltung

Aus der gegenwärtigen Form der demokratischen Legitimation der Verwaltung ergeben sich Gefahren für die Funktionsfähigkeit des demokratischen Herrschaftssystems des Grundgesetzes:

In dem weiten Bereich, in dem Widerstände mobilisiert werden, die den Inhabern der politischen Macht bei der nächsten Wahl nachteilig sein können, weicht die Verwaltung der von ihr legitimerweise erwarteten Lösung kontroverser Probleme aus. Die Verwaltung vermeidet insbesondere, organisierbaren Wählerpotentialen entgegenzutreten, z.B. den Kleingärtnern (bei der Pachtpreisfestsetzung) oder den Tierfreunden (bei der Taubenbekämpfung).

Überwiegend fördert die Orientierung an den Wiederwahlinteressen der Politiker die Passivität der Verwaltung. Die Verwaltung kann nur selten Projekte präsentieren, die die Wiederwahlinteressen von Parlamentsmehrheiten und Regierungen uneingeschränkt fördern. In allen Fällen von Bedeutung stehen Vor- und Nachteile so gegeneinander, daß auch negative Auswirkungen für Wiederwahlinteressen zu befürchten sind. Bei solchen Konstellationen hält sich die Verwaltung im Zweifel zurück.

Mangels hinreichender Kontrolle durch die demokratisch legitimierten Parlamente und Regierungen besteht in manchen Bereichen die Gefahr einer Kolonialisierung der Verwaltung für gesellschaftliche Einzelinteressen. So können die kommunalen Bauverwaltungen übermäßig der lokalen Bauwirtschaft und der gewerblichen Wirtschaft angepaßt sein. Sie werden dazu durch die Konstruktion des Gemeindefinanzsystems veranlaßt, das die Ausweitung der Einwohnerzahlen und

der gewerbesteuerzahlenden Betriebe prämiert, nicht aber z.B. die Verbesserung des Umweltschutzes oder der Wohnqualität. Vielfach macht sich die Verwaltung von sich aus zum Sachwalter ihrer Klientel, um die Bedeutung ihrer Aufgabe zu vergrößern.

Die Verwaltung vernachlässigt tendenziell die Lösung langfristiger Probleme, weil von ihnen für die nächste Wahl weder positive noch negative Effekte auszugehen scheinen. Die Sanierung der Abwasserkanäle gilt als weniger wichtig als die Inszenierung von großen Ausstellungen oder Festivals. Dadurch geraten die derzeitigen Tätigkeitsformen der Verwaltung in immer größeren Widerspruch zu ihrer steigenden Zukunftsrelevanz. Wie z.B. an der Verkehrs- und Bauplanung sowie am Umweltschutz deutlich wird, wirken Verwaltungsentscheidungen heute in höherem Maße auf die Zukunft ein als früher. Die Verwaltung trägt gegenwärtig einen großen Teil der Verantwortung für die Zukunft, deren staatstheoretische Bedeutung Hans Jonas (1984) und Peter Saladin (1984) herausgearbeitet haben.

Die Relevanz der damit bezeichneten Gefahren für das demokratische Herrschaftssystem des Grundgesetzes ist in den letzten Jahrzehnten drastisch gestiegen. Die Transformation der politischen Auseinandersetzung zum medienwirksamen Schaugeschäft hat sich unter dem Einfluß des Fernsehens stark beschleunigt. Damit wuchsen die Gefahren einer Instrumentalisierung der Verwaltung für politische Werbezwecke der Inhaber der politischen Macht. Vor allem vergrößerten sich die Probleme der demokratischen Legitimation der Verwaltung in dem Maße, wie sich die Staatsaufgaben und die Verwaltungsapparate quantitativ und qualitativ erweitert haben. Je höher die legitimen Erwartungen an die Verwaltung wurden, desto bedeutsamer erscheinen die praktischen Folgen ihrer demokratischen Defizite.

Langfristig könnten sich aus den zunehmenden Legitimationsdefiziten der Verwaltung Effizienzkrisen ergeben, die die Akzeptanz des Demokratieprinzips relativieren. Wenn die Verwaltung nicht in der Lage ist, die Gesetze wie vorgegeben zu vollziehen, wenn sie für funktionsfremde Aufgaben wie die Wahlwerbung mißbraucht wird oder wenn sie wichtige Probleme überhaupt nicht löst, kann der Konsens über das demokratische Herrschaftssystem schwinden und der Ruf nach autoritären Herrschaftsstrukturen wieder Anhänger finden.

Weil der Umfang und die Zukunftsrelevanz der Verwaltung in den letzten Jahrzehnten enorm gestiegen sind, muß die demokratische Legitimation der Verwaltung mit neuen Mitteln so verbessert werden, daß keine relevanten Legitimations- oder Effizienzkrisen eintreten. Dazu werden im folgenden zwei Möglichkeiten diskutiert: Die Verwaltung könnte in neuen Formen an das Gesetz gebunden werden, und sie könnte in neuen Formen kontrolliert werden.

V. Erweiterung der demokratischen Legitimation der Verwaltung durch neue Formen der Gesetzesbindung

1. Der demokratische Vorrang des Gesetzes

Wenn man am Anspruch einer demokratischen Legitimation der Verwaltung festhält, gibt es zur Stärkung ihrer Gesetzesbindung keine Alternative. Das Gesetz hat formal die höchste demokratische Legitimation, weil es von den unmittelbar gewählten Vertretern des Volkes beschlossen wird. Auch inhaltlich hat das Gesetz die größte demokratische Legitimation. Es ist in einem vergleichsweise langwierigen und formalisierten Verfahren entstanden, in dem die Mitwirkung der politischen Minderheiten und der Öffentlichkeit institutionell garantiert ist. Dadurch enthält das Gesetz tendenziell ein höheres Maß an pluralistischem Interessenausgleich als Regierungs- und Verwaltungsentscheidungen. Da das Gesetz allgemein formuliert ist, ist es im Zweifel weniger an partikularen und kurzfristigen Interessen (insbesondere Wiederwahlinteressen) orientiert als Maßnahmen der Exekutive. Der allgemeine Charakter des Gesetzes zwingt außerdem dazu, die langfristigen Zukunftsperspektiven und -folgen stärker zu beachten. Die intensive Verfassungskontrolle der Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht (mit entsprechenden Vorwirkungen im Gesetzgebungsprozeß) führt zusätzliche Rationalitätskriterien ein. Insgesamt fördert der größere Problem- und Zeithorizont der Gesetze eine sorgfältigere Prüfung und Abwägung aller relevanten sachlichen Probleme. Daraus folgt im allgemeinen eine erhöhte soziale Akzeptanz.

Die Diskussion über die Krise des regulativen Rechts hat gezeigt, daß der demokratisch legitimierte Anspruch des Gesetzgebers, die Verwaltungstätigkeit zu strukturieren, mit den bisherigen legislatorischen Mitteln nur begrenzt zu realisieren ist: Die herkömmlichen gesetzlichen Konditionalprogramme sind zu grob, um alle relevanten Fälle zu erfassen, und zu starr, um allen Gegebenheiten des Einzelfalls gerecht zu werden. Die herkömmlichen gesetzlichen Zweckprogramme sind zu unverbindlich, um die vom Gesetzgeber formulierten Ziele gegen widerstreitende Interessen in anderen Verwaltungen und in der Gesellschaft durchzusetzen.

Um die demokratischen Defizite in der Gesetzesbindung der Verwaltung zu beseitigen, reicht es nicht aus, das traditionelle Instrumentarium zu verfeinern. Nötig ist vielmehr, für die Gesetzesbindung neue Formen zu entwickeln, die die Realisierung des im Gesetz formulierten Auftrages mehr als bisher fördern. Die Gesetzesbindung muß zu diesem Zweck sowohl aus der Starrheit der Konditionalprogramme wie aus der Unverbindlichkeit der Zweckprogramme gelöst werden.

2. Gesetzesorientierte Kooperation mit den Betroffenen

Ernst-Hasso Ritter (1979) hat gezeigt, daß Verwaltung heute nur in enger Kooperation mit den Betroffenen möglich ist. Seine eher theoretischen Analysen wurden bestätigt durch die Berichte von Manfred Bulling (1989) und Peter Arnold (1989) über die neuere Praxis der Verwaltung beim Regierungspräsidium Stuttgart. Nur eine auf weitreichende Kooperation und Partizipation der Betroffenen angelegte Verwaltungstätigkeit verspricht heute effizient zu sein (Schuppert 1980: 279-312). Für die Ausgestaltung der Gesetzesbindung der Verwaltung folgen daraus fünf Anforderungen:

- (1) Das Gesetz muß der Verwaltung klare Ziele vorgeben.
- (2) Das Gesetz muß weitreichende Kooperations- und Partizipationsmöglichkeiten für die Betroffenen eröffnen.
- (3) Das Gesetz muß der Verwaltung bei der Wahl ihrer Mittel zur Durchsetzung der Gesetzesziele ein breites Ermessen einräumen, um allen Einzelfällen gerecht zu werden.
- (4) Das Gesetz muß der Verwaltung genügend effektive Mittel zur Verfügung stellen, um widerstrebenden Partikularinteressen notfalls wirkungsvoll entgegentreten zu können. Nur wenn die Verwaltung über hinreichende Zwangsmittel verfügt, kann sie in Kooperations- und Partizipationsprozessen die Ziele der Gesetze verwirklichen.
- (5) Das Gesetz ist in allen geeigneten Fällen so zu konzipieren, daß es möglichst weitgehend durch die Betroffenen selbst vollzogen wird. Die Einhaltung der Gesetze durch die Adressaten kann etwa durch steuerliche, finanzielle und andere Anreize gefördert werden. Die Wohnungssubvention und die Abwasserabgabe sind dafür - praktisch unvollkommene - Beispiele (Winter 1978: 254-270). Durch solche Mechanismen werden die Vollzugsprobleme zu einem großen Teil auf die Adressaten überwälzt. Die Verwaltung kann sich auf eine effektive formale Kontrolle des Adressatenverhaltens beschränken.

3. Durchsetzung der Gesetze gegenüber anderen Verwaltungen und Verfassungsorganen

Das herkömmliche hierarchische Modell des Gesetzesvollzuges beruht auf der Annahme, daß die Verwaltung eine einheitliche Organisation sei, die von den Parlamenten und der Regierung vollständig und widerspruchsfrei gesteuert wird. Diesem Modell entspricht es, daß die Verwaltung ihre gesetzlichen Aufträge nicht gegen andere Verwaltungen und schon gar nicht gegen Verfassungsorgane durch-

setzen kann. In der Praxis führt das dazu, daß die Realisierung vieler Gesetzesaufträge am Widerstand anderer Verwaltungen scheitert, häufig auch daran, daß der Gesetzgeber nicht die erforderlichen Finanzmittel zur Verfügung stellt. Bei manchen Gesetzen hat man den Eindruck, sie seien geradezu darauf angelegt, daß ihr Vollzug am Einspruch anderer Behörden oder an fehlenden Mitteln scheitert. Die Urheber wollen den symbolischen Wert dieser Gesetze - insbesondere zur Förderung ihrer Wiederwahlinteressen - genießen, aber die Kosten dafür sparen.

In einer pluralistischen Gesellschaft ist es unausweichlich, daß innerhalb der Verwaltung divergierende Interessen vertreten werden. Bei den Auseinandersetzungen innerhalb der Verwaltung zwischen diesen Interessen geht es oft um die Frage, ob und wie die jeweiligen Gesetze vollzogen werden. Praktisch sind die Entscheidungen über Art und Umfang des Gesetzesvollzuges weithin undurchsichtig und zufällig, im Zweifel durch Wiederwahlinteressen der Politiker oder Eigeninteressen der Verwaltung strukturiert.

Es würde die demokratische Legitimation der Verwaltung fördern, wenn die Interessenkonflikte über den Gesetzesvollzug innerhalb der Verwaltung vom Gesetzgeber selbst entschieden würden. Um den Gesetzgeber zu solchen Entscheidungen zu zwingen, müßte es der Verwaltung ermöglicht werden, die ihr zugewiesenen Gesetzesaufträge gegen andere Verwaltungen - notfalls gerichtlich - durchzusetzen. Die Umweltbehörde müßte zum Beispiel den Umweltschutz gegen die Bauplanungsbehörde oder die Verbraucherbehörde den Verbraucherschutz gegen die Gewerbeaufsicht einklagen können. Das alte Dogma, wonach nur Bürger ihre eigenen Rechte gegen die Verwaltung durchsetzen können, ist in einer Gesellschaft überholt, in der die Verwaltungen zum vielfach ausschlaggebenden Sachwalter divergierender gesellschaftlicher Interessen geworden sind. Viele Entscheidungen des Gesetzgebers würden besser verwirklicht, wenn die dafür zuständigen und motivierten Verwaltungen sie gegen den Widerstand anderer Verwaltungen realisieren könnten.

Zu überdenken ist das durch die Sasbach-Entscheidung (BVerfGE 61, 82) des Bundesverfassungsgerichts bekannt gewordene Dogma, wonach sich - selbst rechtsfähige - Verwaltungseinheiten nicht auf die Grundrechte berufen dürfen. Dahinter steht die Konzeption einer einheitlichen Verwaltung, in der nur interne Zuständigkeiten abgegrenzt sind. Tatsächlich nehmen die Behörden aber unterschiedliche - auch grundrechtlich geschützte - Interessen wahr. Wenn die Grundrechte eine objektive Funktion haben, die "in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft" besteht (BVerfGE 50, 290 [337]), sollte es nicht ausgeschlossen sein, daß sich auch Verwaltungen auf sie berufen. Der durch die Grundrechte geschützte Freiheitsraum des einzelnen könnte dadurch nur gewinnen.

Damit die Verwaltung ihre gesetzlichen Aufträge erfüllen kann, wäre es konsequent, ihr zu diesem Zweck eigene Rechte auch gegen Verfassungsorgane zuzubilligen, ähnlich wie der Bürger eigene Rechte gegen Verfassungsorgane durchsetzen kann. Bei Behinderungen des Gesetzesvollzuges oder mißbräuchlicher Inanspruchnahme für gesetzesfremde Zwecke (z.B. für Wiederwahlinteressen) könnte die Verwaltung eigene Abwehransprüche gegen die Regierung haben. Insbesondere ist zu erwägen, der Verwaltung gerichtlich durchsetzbare Ansprüche gegen den Gesetzgeber auf die finanziellen, personellen und sachlichen Mittel zuzubilligen, die sie zur Durchführung der gesetzlichen Aufträge benötigt. Wenn der Gesetzgeber der Verwaltung bestimmte Aufträge erteilt, müßte er sich damit auch verpflichten, die dafür erforderlichen Mittel bereitzustellen. Wenn die Durchführung der Gesetze an fehlenden Mitteln scheitert, wird sowohl die Autorität des Gesetzgebers wie der Verwaltung beeinträchtigt. Wenn die Verwaltung einen Anspruch auf die zum Gesetzesvollzug erforderlichen Mittel hätte, würde der Gesetzgeber auf Vorschriften verzichten, bei denen ein Vollzugsdefizit einkalkuliert ist. Statt dessen wäre er gezwungen, in größerem Umfang als bisher materielle Entscheidungen zu treffen.

Wenn die Verwaltung in der angedeuteten Weise ihre gesetzlichen Aufträge innerhalb des Staatsapparates durchsetzen könnte, würden sich daraus zwar zusätzliche verwaltungs- und verfassungsgerichtliche Verfahren ergeben. Diese würden aber im Zweifel grundsätzliche Fragen des Gesetzesvollzuges betreffen. Der Vorteil dieser Neukonstruktion wäre, daß die Steuerungsfähigkeit der Parlamente zunehmen würde, weil die Verwaltungen größere Möglichkeiten zur Realisierung der gesetzlichen Aufträge erhielten.

4. Förderung der Eigeninteressen der Verwaltung am Gesetzesvollzug

Um die Verwirklichung der Aufträge des Gesetzgebers sicherzustellen, wäre es wichtig, die Eigeninteressen der Verwaltung am Vollzug der Gesetze in neuen Formen zu fördern. Man könnte z.B. an die in der Betriebswirtschaftslehre entwickelten organisatorischen Modelle zur Durchsetzung der Unternehmensziele in nachgeordneten Unternehmensebenen anknüpfen (zur Bedeutung betriebswirtschaftlicher Organisationsmodelle für die Verwaltung z.B. Reichard 1987; Laux 1972; zusammenfassend zur betriebswirtschaftlichen Organisationstheorie Frese 1988). In den USA wird etwa das principal-agent-model diskutiert, bei dem es darauf ankommt, dem agent so effektive Anreize zu bieten, daß er von sich aus daran interessiert ist, die vom principal gesetzten Ziele zu verwirklichen (Überblick bei Pratt/Zeckhauser 1985).

In der Verwaltung käme es darauf an,

- den Entscheidungsspielraum der einzelnen Verwaltungseinheiten über die Art des Gesetzesvollzuges zu vergrößern,
- ihnen im Interesse des Gesetzesvollzuges mehr finanzielle Unabhängigkeit bei der Bewirtschaftung von Einnahmen und Ausgaben zu geben,
- die Vorteile des Gesetzesvollzuges im Aufgabenbereich der einzelnen Verwaltungen zu belassen,
- die verantwortlichen Beamten für einen erfolgreichen Gesetzesvollzug persönlich zu prämiieren.

Wenn man die Steuerungsfähigkeit des Gesetzes vergrößern will, muß man auch die überkommenen Strukturen der Behördenorganisation, der Mittelbewirtschaftung und des Beamtenrechts modifizieren.

VI. Erweiterung der demokratischen Legitimation der Verwaltung durch neue Formen der Kontrolle

Ein anderer Ansatz zur Erweiterung der demokratischen Legitimation der Verwaltung bestünde darin, sie in neuen Formen zu kontrollieren. Weil die Verwaltung bei der Konkretisierung der Vorgaben des Gesetzgebers heute größere Spielräume als früher haben muß, ist auch die Kontrolle über sie intensiver als bisher auszustalten.

1. Fortentwicklung der Kontrolle der Verwaltung

In der westlichen Verfassungstheorie forderte zuerst Montesquieu 1748, daß alle Staatsgewalten sich im Interesse des Individuums und des gesamten Staatswesens gegenseitig kontrollieren sollten (Montesquieu 1976: bes. XI. Buch, 6. Kap., 212-226). Seitdem hat sich - insbesondere im 19. und 20. Jahrhundert - die Kontrolle der einzelnen Staatsfunktionen immer weiter ausgedehnt. Dahinter stand ursprünglich der Gedanke, einen Mißbrauch der staatlichen Macht zu verhindern. Heute erscheint eine umfassende Kontrolle aller staatlichen Tätigkeiten auch deshalb notwendig, um ihre Effizienz, ihre Einbettung in den gesellschaftlichen und politischen Gesamtzusammenhang sowie ihre zeitgemäße Fortentwicklung sicherzustellen. In diesem erweiterten Sinne ist die Kontrolle als verfassungsrechtliche Kategorie anerkannt (Krebs 1984; Brunner 1972; Scheuner 1970).

Die herkömmlichen Formen der politischen und rechtlichen Kontrolle der Verwaltung durch Gerichte, Parlamente und Rechnungshöfe sind - angesichts ent-

sprechender historischer Erfahrungen - in erster Linie darauf gerichtet, Mißbräuche der Verwaltungsmacht zu verhindern (Mayntz 1985: 73-81; Thieme 1984: 330-360; Püttner 1982: 337-372; v. Arnim 1982: 917-925; Scharpf 1970b). Praktisch wirkt die bisherige Kontrolle der Verwaltung nur punktuell in einzelnen Bereichen ihrer Tätigkeit.

Die heute notwendige Erweiterung der Kontrolle über die Verwaltung kann nicht das Ziel verfolgen, das unrealisierbare traditionelle Modell der Verwaltung als Instrument in der Hand der politischen Führung wiederherzustellen. Die Kontrolle der Verwaltung müßte in erster Linie dafür sorgen, daß sich die Verwaltung in den pluralistischen Willensbildungsprozeß der parlamentarischen Demokratie einordnet. Insbesondere hätte sie darauf zu achten, daß die Verwaltung die Ziele des Gesetzgebers selbstständig so konkretisiert, wie es ihrer spezifischen Funktion im demokratischen Herrschaftssystem entspricht. Durch eine in dieser Weise erweiterte Kontrolle würde die Durchsetzungskraft der Verwaltung im gesellschaftlichen und politischen Raum gestärkt. Damit die Verwaltung besser ihre spezifische Aufgabe erfüllen kann, den Willen des demokratischen Gesetzgebers selbstständig umzusetzen, wären neue Formen der Kontrolle auf mehreren Ebenen zweckmäßig.

2. Kontrolle der Verwaltung durch den Bürger

Ein einfaches Mittel zur Erweiterung der Kontrolle über die Verwaltung bestünde darin, dem Bürger und seinen Verbänden neue Klagemöglichkeiten gegen die Verwaltung einzuräumen, die sie zur Einhaltung der Gesetze auch dort zwingen würden, wo die Kläger nicht in eigenen Rechten im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG verletzt sind. Die damit zusammenhängenden Probleme wurden in den Diskussionen über die Verbandsklage ausführlich erörtert (Lässig 1989: 97-101, bes. Anm. 4). Daß die Verbandsklage bis heute nicht allgemein zugelassen ist, hat seinen Hauptgrund darin, daß die Politiker nicht auf die propagandistischen Vorteile von Gesetzen verzichten wollen, die praktisch nicht realisiert werden müssen.

Der bisherige Ausschluß der Popular- und der Verbandsklage beruht auf der liberalen Konzeption der Trennung von Staat und Gesellschaft. Solange der Staat nur ausnahmsweise nach Maßgabe der Gesetze in Freiheit und Eigentum der Bürger eingriff, bestand auch nur insoweit die Notwendigkeit des Rechtsschutzes. Weil der Staat heute alle Lebensbereiche umfassend strukturiert, hat seine Tätigkeit mittelbar auch dort für die Bürger große Auswirkungen, wo er sich nicht auf eigene Rechte im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG berufen kann. In dem Maße, in dem sich die Aufgaben des Staates ausgeweitet haben, müßten die Klagemöglich-

keiten des Bürgers erweitert werden. Wenn die Popular- oder die Verbandsklage in größerem Umfang zulässig wäre, würde der Gesetzgeber auf viele dilatorische Formelkompromisse verzichten und statt dessen selbst mehr materielle Abwägungen treffen. Den von der Verwaltung benötigten Spielraum könnte er durch Ermessensregelungen gewährleisten.

Die Verwaltungskontrolle würde durch erweiterte Klagemöglichkeiten von Bürgern und Verbänden ein Stück weit den Betroffenen überlassen. Sie wäre dezentralisiert und in die Gesellschaft zurückverlegt, ohne einzelnen gesellschaftlichen Interessen ausgeliefert zu sein, weil das Gesetz der maßgebliche Kontrollmaßstab bliebe. Aus diesen Gründen würde die Ausdehnung der Popular- oder der Verbandsklage die demokratische Legitimation der Verwaltung erweitern.

3. Kontrolle der Verwaltung durch die Öffentliche Meinung

Weiter ist zu überlegen, wie die Kontrolle der Öffentlichen Meinung über die Verwaltung effektiver werden kann. Die Bedeutung der Öffentlichen Meinung im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes ist von Michael Kloepfer (1987) erneut hervorgehoben worden.

Die Öffentliche Meinung beobachtet und kritisiert die Verwaltung heute nur punktuell und vielfach nach zufälligen oder einseitigen Gesichtspunkten. Um die Kontrolle durch die Öffentliche Meinung zu erleichtern, sollte die Verwaltung von sich aus der Öffentlichkeit Einblick in ihre Tätigkeit ermöglichen (Scherer 1980 und 1978). Die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung darf sich nicht darauf konzentrieren, für ihre Ziele oder gar für die Wiederwahlinteressen der Regierungen und Parlamentsmehrheiten zu werben. Sie muß insbesondere von allen Versuchen einer Manipulation der Öffentlichen Meinung absehen.

Um die Verwaltung für die öffentliche Meinungsbildung durchsichtiger zu machen, ist zu überlegen, ob die Verwaltung nicht in allen - und nicht nur wie bisher in einzelnen - Bereichen zur Erstellung von inhaltlich aussagekräftigen öffentlichen Rechenschaftsberichten verpflichtet werden sollte. Die Verwaltung ist bereits jetzt nach den Pressegesetzen der Länder verpflichtet, auf Anfrage von Institutionen der Öffentlichen Meinung über alle zumutbaren Tatbestände und Probleme Auskunft zu geben. Die Grenzen für institutionelle und individuelle Auskunftsansprüche wären genauer als bisher in einem Gesetz zu definieren, das dem amerikanischen Freedom of Information Act entspricht. Wenn die Verwaltung in neuen Formen von sich aus dazu beitragen würde, die Kontrolltätigkeit der Öffentlichen Meinung zu erweitern, könnten sich die Defizite ihrer demokratischen Legitimation verringern.

4. Kontrolle der Verwaltung durch die Parlamente

Die Kontrolle der Verwaltung gehört theoretisch zu den wichtigsten Aufgaben der Parlamente. Praktisch können sie diese Aufgabe nur begrenzt wahrnehmen, weil die Arbeitskapazitäten der Abgeordneten nicht ausreichen, weil sie nur beschränkt von der Regierung oder dritter Seite informiert werden oder weil die in den Parlamenten entscheidenden politischen Mehrheitsgruppen an einer Kontrolle der von ihnen zu verantwortenden Regierungen nicht interessiert sind.

Um die Kontrollmöglichkeiten des Parlaments gegenüber der Verwaltung zu vergrößern, hat die "Enquete-Kommission Verfassungs- und Parlamentsreform" des Schleswig-Holsteinischen Landtages in ihrem Schlußbericht vom 7. Februar 1989 eine Reihe origineller Vorschläge gemacht (Schleswig-Holsteinische Landtags-Drucksache 12/180; dazu Lippold 1989: 663-671). Sie laufen darauf hinaus,

- die Verwaltung zu mehr Information an das Parlament und die Öffentlichkeit zu zwingen (s.u. Nr. 4, 5, 7, 9, 10),
- die Willensbildung im Parlament von den Einflüssen der Regierung unabhängiger zu machen (s.u. Nr. 2, 3),
- die Rechte der Minderheiten im Landtag gegenüber der Regierung zu stärken (s.u. Nr. 1, 4, 5, 6).

Im einzelnen sind folgende Vorschläge hervorzuheben:

- (1) Der Landtag und seine Ausschüsse können auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder die Anwesenheit jedes Mitglieds der Landesregierung verlangen (S.57).
- (2) Zu nichtöffentlichen Sitzungen der Untersuchungsausschüsse haben Regierungsmitglieder und ihre Beauftragten nur Zutritt, wenn sie geladen werden (S. 57).
- (3) Das Rederecht der Regierungsmitglieder im Landtag und seinen Ausschüssen wird eingeschränkt (S. 57).
- (4) Die Landesregierung hat jedem Abgeordneten Auskünfte zu erteilen (S. 61).
- (5) Die Landesregierung muß dem Landtag oder seinen Ausschüssen auf Antrag von einem Viertel seiner Mitglieder Akten vorlegen (S. 61).
- (6) Die Minderrechte in den Untersuchungsausschüssen, insbesondere gegenüber der Regierung, werden gestärkt (S. 67-68).
- (7) Die Landesregierung wird verpflichtet, den Landtag über wichtige Vorhaben frühzeitig zu unterrichten (S. 113-114).
- (8) Die parlamentarische Finanzkontrolle wird durch eine verbesserte Rechtsstellung des Rechnungshofes ausgedehnt (S. 129-152).

- (9) Die Kompetenzen des Eingabeausschusses werden durch neue Akteneinsichts-, Zutritts- und Auskunftsrechte erweitert (S. 254-257).
- (10) Der Landtag wählt einen Bürgerbeauftragten, der auf Antrag von Bürgern, des Landtages oder der Landesregierung sowie von Amts wegen tätig wird. Er hat das Recht, der Landesregierung Empfehlungen zu geben. Kommt sie ihnen nicht nach, muß sie die Gründe dafür im Eingabeausschuß darlegen (S. 259-260).

Alle dieser Vorschläge scheinen geeignet, die Kontrolle des Parlaments über die Verwaltung so zu erweitern, daß ihre Tätigkeit stärker in den demokratischen Willensbildungsprozeß eingeordnet wird, ohne dadurch ihre Effizienz zu beeinträchtigen.

5. Kontrolle der Verwaltung durch eine neue Prüfungsbehörde

Um die Verwaltung effektiver als bisher zu kontrollieren, ist schließlich zu überlegen, ob man eine neue Behörde einrichtet, die die gesamte Tätigkeit der Verwaltung systematisch und vollständig prüft. Bisher wird die Verwaltung durch die Parlamente und Regierungen lückenhaft und vielfach einseitig kontrolliert. Die Rechnungshöfe prüfen nur "die Rechnung sowie die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung" (Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG).

Eine neue Prüfungsbehörde hätte die gesamte Tätigkeit der Verwaltung zu überwachen, ähnlich wie das in der Betriebswirtschaft entwickelte "Controlling" (Übersichten bei Heigl 1989; Theisen 1987: bes. 59-61). Vom Konzept des "Controlling" könnten Anregungen für die Verwaltungsprüfung ausgehen (Eichhorn 1985: 198-199). Die neue Prüfungsbehörde hätte den Umfang und die Art des Gesetzesvollzuges durch die Verwaltung zu evaluieren. Sie hätte Vollzugsdefizite oder -devianzen sowie einseitige Parteinahmen für bestimmte gesellschaftliche Interessen oder bürokratische Eigeninteressen aufzudecken.

Die Verwaltungsprüfungsbehörde müßte von den Parlamenten eingesetzt werden. Damit sie nicht zum Instrument der Mehrheit wird, müßte die Rechtsstellung ihrer Mitglieder der Verfassungsrichter nachgebildet werden: Sie müßten mit Zwei-Drittel-Mehrheit auf Zeit gewählt werden sowie sachlich und persönlich unabhängig sein. Sie müßten hinreichend Hilfskräfte für die Durchleuchtung der Verwaltung im Detail erhalten. Sie könnten tätig werden auf eigene Initiative, auf Antrag des Landtages, von Minderheiten im Landtag, der Regierung oder - unter bestimmten Voraussetzungen - von Teilen der Verwaltung, einzelnen Beamten oder einzelnen Bürgern und ihren Verbänden. Die Ergebnisse ihrer Prü-

fungsen wären in öffentlichen Berichten den Parlamenten vorzulegen. Zu überlegen ist, ob sie in bestimmten Fällen zu Eingriffen berechtigt sein sollten. Man könnte ihre Tätigkeit mit der Rechnungsprüfung im Sinne des Art. 114 Abs. 2 GG verbinden.

Während die Aufgaben der Verwaltung in den letzten Jahrzehnten qualitativ und quantitativ enorm gestiegen sind, haben sich die Kapazitäten für ihre Kontrolle kaum vergrößert. Die Verwaltung kann sich in vielen Bereichen ohne laufende systematische Prüfung unkontrolliert fortentwickeln. Es würde die demokratische Legitimation der Verwaltung vergrößern, wenn die Kontrolle über sie so erweitert würde, wie es der Ausdehnung ihrer Aufgaben entspricht.

VII. Zusammenfassung: Die Verwaltung in der pluralistischen Demokratie

Unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten besteht das Hauptproblem der Verwaltung heute darin, sie stärker in den pluralistischen Willensbildungsprozeß einzuordnen, der sich unter dem parlamentarischen System des Grundgesetzes herausgebildet hat. Zu diesem Zweck müßte die Verwaltung durch neue rechtliche Instrumente größere Möglichkeiten erhalten, die im Gesetzgebungsprozeß entwickelten Vorgaben selbstständig umzusetzen. Diese Aufgabe würde erleichtert, wenn die Verwaltung systematischer als bisher einer inhaltlichen Kontrolle unterworfen würde.

Wenn die Gesetzesbindung der Verwaltung durch neue rechtliche Formen effektiver würde, wäre die Verwaltung unabhängiger von einer Instrumentalisierung für die Wiederwahlinteressen der gerade herrschenden politischen Mehrheiten. Sie könnte die Gesetzesaufträge wirksamer gegen partikulare Widerstände im gesellschaftlichen, politischen und administrativen Raum durchsetzen. Sie würde damit effizienter zu einem Ausgleich zwischen den gesellschaftlichen und politischen Interessen beitragen, der konsensfähig ist und vor den Zukunftsanforderungen verantwortet werden kann.

Literaturverzeichnis

- Arnim, Hans Herbert v., 1982: Grundfragen der Kontrolle von Gesetzgebung und Verwaltung. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 35, 917-925.
- Arnim, Hans Herbert v., 1984: Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland. München: Vahlen.
- Arnim, Hans Herbert v., 1987: Zur "Wesentlichkeitstheorie" des Bundesverfassungsgerichts. In: *Deutsches Verwaltungsblatt* 102, 1241-1249.
- Arnold, Peter, 1989: Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart. In: *Verwaltungsarchiv* 80, 125-142.
- Bohne, Eberhard, 1981: Der informale Rechtsstaat: Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionsschutzes. Berlin: Duncker & Humblot.
- Brunner, Georg, 1972: Kontrolle in Deutschland. Köln: Markus.
- Bulling, Manfred, 1989: Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 42, 277-288.
- Czybulka, Detlef, 1989: Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung unter Berücksichtigung ihrer Organisation sowie der Entstehungsgeschichte zum Grundgesetz. Heidelberg: C.F. Müller.
- Edelman, Murray, 1976: Politik als Ritual - Die symbolische Funktion staatlicher Institutionen und politischen Handelns. Frankfurt a.M.: Campus.
- Eichhorn, Peter (Hrsg.), 1985: *Verwaltungslexikon*. Baden-Baden: Nomos.
- Frese, Erich, 1988: Grundlagen der Organisation - Die Organisationsstruktur der Unternehmung, 4. Aufl. Wiesbaden: Gabler.
- Heigl, Anton, 1989: Controlling - Interne Revision. Stuttgart: Fischer.
- Jonas, Hans, 1984: Das Prinzip Verantwortung - Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation. Frankfurt a.M.: Suhrkamp. (Erstausgabe 1979).
- Kloepfer, Michael, 1987: Öffentliche Meinung, Massenmedien. In: Joseph Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2. Heidelberg: C.F. Müller, 171-205.
- Krebs, Walter, 1984: Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen. Heidelberg: C.F. Müller.
- Lässig, Curt Lutz, 1989: Keine Landeskompétence für Verbandsklage im Naturschutzrecht. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 8, 97-101.
- Laux, Eberhard, 1972: Verwaltungsführung und betriebliches Management. In: Demokratie und Verwaltung - 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. Berlin: Duncker & Humblot, 537-556.
- Lehner, Franz, 1985: Ideologie und Wirklichkeit - Anmerkungen zur Pluralismusdiskussion in der Bundesrepublik. In: *Der Staat* 24, 91-100.
- Lippold, Rainer, 1989: Eine Verfassung für Schleswig-Holstein. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 42, 663-671.
- Mayntz, Renate, 1985: Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 3. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller.

- Mayntz, Renate, u.a., 1978: *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik - Empirische Untersuchung der Implementation von Gesetzen im Bereich der Luftreinhaltung und des Gewässerschutzes*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Montesquieu, Charles, 1976: *Vom Geist der Gesetze*. Deutsche Übersetzung von Kurt Weigand. Stuttgart: Reclam. (Erstausgabe 1748).
- Mutius, Albert v./Gunnar Folke Schuppert, 1984: Die Steuerung des Verwaltungshandels durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 42, 147-327.
- Offe, Claus, 1969: Politische Herrschaft und Klassenstrukturen - Zur Analyse spät-kapitalistischer Gesellschaftssysteme. In: Gisela Kress/Dieter Senghaas (Hrsg.), *Politikwissenschaft - Eine Einführung in ihre Probleme*. Frankfurt a.M.: Europäische Verlagsanstalt, 155-189.
- Pratt, John W./Richard J. Zeckhauser (Hrsg.), 1985: *Principals and Agents: The Structure of Business*. Boston: Harvard Business School Press.
- Püttner, Günter, 1982: *Verwaltungslehre*. München: C.H. Beck.
- Reichard, Christoph, 1987: *Betriebswirtschaftslehre der öffentlichen Verwaltung*, 2. Aufl. Berlin: de Gruyter.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1979: Der kooperative Staat - Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft. In: Archiv des öffentlichen Rechts 104, 389-413.
- Saladin, Peter, 1984: *Verantwortung als Staatsprinzip - Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat*. Bern: Haupt.
- Scharpf, Fritz W., 1970a: *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*. Konstanz: Universitätsverlag.
- Scharpf, Fritz W., 1970b: *Die politischen Kosten des Rechtsstaats - Eine vergleichende Studie zu deutschen und amerikanischen Verwaltungskontrollen*. Tübingen: Mohr.
- Scherer, Joachim, 1978: *Verwaltung und Öffentlichkeit*. Baden-Baden: Nomos.
- Scherer, Joachim, 1980: "Öffentlichkeitsarbeit" der Verwaltung und Informationsfreiheit des Bürgers. In: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Bürgernahe Verwaltung? Analysen über das Verhältnis von Bürger und Verwaltung*. Darmstadt: Luchterhand, 313-345.
- Scheuner, Ulrich, 1970: *Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung*. In: Festschrift für Gebhard Müller. Tübingen: Mohr, 379-402.
- Schleswig-Holsteinischer Landtag, 1989: Drucksache 12/180 vom 7.2.1989.
- Schleswig-Holsteinischer Landtag (Hrsg.), 1988: *Der Kieler Untersuchungsausschuß - Die Fragen und die Antworten - Oktober 1987 - Januar 1988*. Kiel: Schmidt und Kraunig.
- Schmitt, Carl, 1954: *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot. (Erstausgabe 1928).
- Schröder, Meinhard, 1988: Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung. In: Joseph Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 3. Heidelberg: C.F. Müller, 499-520.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, 1986: Das Parlament als Organ der Kontrolle im Gesetzgebungsprozeß. In: Horst Dreier/Jochen Hofmann (Hrsg.), *Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung*. Berlin: Duncker & Humblot, 71-124.

- Schuppert, Gunnar Folke, 1980: Einflußnahme auf die Verwaltung durch Bürgerbeteiligung und kollektive Interessenwahrnehmung. In: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Bürgernahe Verwaltung? Analysen über das Verhältnis von Bürger und Verwaltung*. Darmstadt: Luchterhand, 279-312.
- Theisen, Manuel R., 1987: Die Überwachung der Unternehmensführung. Stuttgart: Poeschel.
- Thieme, Werner, 1984: *Verwaltungslehre*, 4. Aufl. Köln: Heymann.
- Wagener, Frido, 1979: Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 37, 215-266.
- Weber, Max, 1976: Wirtschaft und Gesellschaft, hrsg. von Johannes Winckelmann, 5. Aufl. Tübingen: Mohr.
- Winter, Gerd, 1975: Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht. Berlin: Erich Schmitt.
- Winter, Gerd, 1978: Tauschförmiges Recht, zum Beispiel Wohnungssubvention und Abwasserabgabe. In: *Kritische Justiz* 11, 254-270.
- Zippelius, Reinhold, 1988: Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft), 10. Aufl. München: C.H. Beck.

Die Grundrechte und der Vorbehalt des Gesetzes

I. Problemstellung

Mein Thema ist viel zu breit und trotzdem reizvoll. Rückt es doch vor dem Hintergrund des Projekts "Staatsaufgaben" die Steuerungsthematik und die Grundrechte in einen Zusammenhang. Die extreme Abstraktionsebene der der Tagung vorgegebenen Gretchenfragen: "Was tut der Staat? Was kann er tun? Was soll er tun und warum? Wer steuert? Wie wird gesteuert? Mit welchem Ziel?" erlaubt dem Referenten ebenso begrenzte und vorläufige Antworten, etwa von der Art: Für jede der genannten Fragen enthalten die Grundrechte Teilaussagen, denn sie bestimmen sowohl Ziele als auch Grenzen staatlichen Tätigwerdens und sagen damit notwendigerweise (mit) aus, wer im Verfassungsstaat mit welchen Mitteln in welche Richtung legitimerweise steuert (zu den Grundfragen der Steuerungsdiskussion Voigt 1987: 6). Daß Grundrechte umgekehrt in ihrer realen Wirksamkeit heute nicht nur von der Selbststeuerung des Individuums, sondern auch von der Effizienz staatlicher Steuerung abhängen, darf ebenso vorausgesetzt werden - es hat nichts mit jener "Planbarkeitseuphorie" der 60er und 70er Jahre zu tun, die Grundrechtsvoraussetzungen geradezu in den Kern staatlicher Planungsaufgaben rücken wollte.

Gleichwohl ist die Relevanz des Steuerungsthemas für die Grundrechte und ihre Verwirklichung noch nicht voll erkannt. Das kann leicht dazu führen, daß die selbstgewählte Begrenzung der Grundrechtstheorie auf traditionelle Geltungsgehalte und Funktionen angesichts neuartiger Problemlagen selbst zum "Steuerungsdefizit" für Grundrechte wird. Dabei würde dann verkannt, daß nicht nur die geläufigen Steuerungsinstrumente, Gesetz, Verordnung usw., heute in ihrer Geltungskraft bedroht sind (dazu Badura 1987: 300-308; Hufen 1989: 143; Starck 1986: 977 ff.), sondern daß gegebenenfalls auch die Verfassung in ihrer steuernden und legitimierenden Wirkung bedroht wäre.

Es stellt sich also die Aufgabe, Grundrechtstheorie einerseits und Staatsaufgabenlehre sowie Steuerungsdiskussion andererseits in Bezug zu setzen. Das bedeutet, daß es gilt, die historisch stets mit den Grund- und Menschenrechten verbundenen Zentralfragen der Staatslehre erneut mit einer Grundrechtstheorie zusammenzuführen, die - über ihre traditionellen abwehrrechtlichen Kerngehalte

hinaus - nach Geltungsbedingungen grundrechtlicher Verbürgungen in *jeder* Phase und Gefährdungslage fragt, sich also nicht an die Peripherie des realen Lebens und der realen Entscheidungsprozesse abdrängen läßt (Grimm 1989: 1305 ff., 1310).

Im engeren Sinne geht es um die Frage, ob und inwieweit Steuerungsdefizite des Staates auch "Grundrechtsdefizite" sind, welche Auswirkungen neuartige oder bisher nicht voll erkannte Steuerungsfaktoren auf Grundrechte haben und welche Alternativen sich zur Geltungssicherung der Grundrechte anbieten. Sowohl für die Realanalyse als auch für etwaige Alternativen wird sich dabei zeigen, daß die Frage des Gesetzesvorbehalts allenfalls einen Teilespekt dieser Fragestellung umreißt.

Ich werde also versuchen, das Thema weit grundsätzlicher zu fassen: Nach einer stichwortartigen Klärung grundrechtstheoretischer und rechtsanthropologischer Vorgaben (II) werde ich - wiederum nur stichwortartig - auf einige der besonders markanten gegenwärtigen "Steuerungsprobleme" eingehen, die m.E. gleichzeitig Gefährdungspotentiale für grundrechtliche Gewährleistungen enthalten (III). Abschließend möchte ich den Versuch machen, Aspekte der Staatsaufgaben- und Steuerungsdiskussion einerseits und der Grundrechtstheorie andererseits zu Alternativvorschlägen zu verbinden (IV).

Vorauszusetzen ist bei jedem der genannten Argumentationsschritte, daß es "die" Steuerung und "die" Grundrechte nicht gibt. Das Thema verlangt vielmehr in beiden Richtungen Differenzierungen und Auffächerung. Unterschiedliche Steuerungsarten (personelle Steuerung, finanzielle Steuerung usw.) zielen auch aus grundrechtlicher Sicht in unterschiedliche Richtungen. Der Kernbereich der grundrechtlich geschützten Persönlichkeit, Ehe, Familie, Wohnung usw., verlangt auch "steuerungstheoretisch" ganz andere Antworten als der Schutz wirtschaftlicher Entfaltung, des Eigentums oder der politischen und kulturellen Grundrechte. Einen Sonderfall bietet der Gleichheitssatz, denn Steuerungsdefizite sind definitionsgemäß immer zugleich Gleichheitsprobleme. Völlig anders als im Regelfall stellt sich die Problematik ferner bei solchen Grundrechten, die schon von ihrem Schutzbereich von staatlichen Leistungen und damit auch staatlicher Steuerung abhängig sind. All dies darf auch angesichts der Abstraktionshöhe nicht vergessen werden, auf der wir uns mit unserem Thema notgedrungen bewegen.

II. Grundrechtstheoretische und rechtsanthropologische Vorgaben

Betrachtet man die grundrechtstheoretische Diskussion der vergangenen Jahrzehnte, so fällt auf, daß Themen wie: "Grundrechte im Leistungsstaat" (so das Thema der Regensburger Staatsrechtslehrer-Tagung von 1971 mit Referaten von Martens und Häberle, 1972) oder auch "Grundrechtsschutz im Verfahren" (statt weiterer Nachw. Goerlich 1981) den traditionellen abwehrrechtlichen Kern der Grundrechte angesichts neuartiger Schutzfunktionen fast an den Rand zu drängen schienen. Während die schneidigen neuen Fragestellungen sich aber relativ rasch als wichtige, aber jedenfalls nicht kategorial andersartige Antworten auf neuartige Chancen und Gefährdungen erwiesen, sind es gerade die viel diskutierten Gefährdungspotentiale der (Informations-)Technologie, die die bleibende Aktualität der Grundrechte als *Abwehrrechte* belegen. Es geht also weniger um grundsätzlich neue Fragestellungen als um eine adäquate Sicherung traditioneller Freiheit mit Hilfe eines den neuen Gefährdungen angepaßten Instrumentariums. Dann wird zugleich deutlich, wie schwierig es ist, Grundrechtsvoraussetzungen zu planen, und daß jede staatliche Intervention primär Eingriff in grundrechtliche Selbststeuerung, daß auch "Grundrechtsförderung" im Leistungsstaat ohne Verteilung und Umverteilung nicht denkbar ist.

Wenn das mir gestellte Thema also so klingt, als seien Grundrechte vorwiegend durch Steuerungsprobleme gefährdet, so darf demgegenüber nicht vergessen werden, daß Grundrechte - pointiert formuliert - verfassungsrechtlich *gewollte Steuerungsdefizite* sind, denn sie verwehren dem Staat die Steuerung über individuelle und gesellschaftliche Vorbehaltsbereiche der Selbststeuerung. So gesehen, können Steuerungsdefizite aus Grundrechtssicht sogar gewünscht sein, und die Frage der Grenzen der Steuerung ist und bleibt zentral (Schuppert 1989b, 91 ff.). Auch eine sozialstaatlich geprägte Staatsaufgabenlehre und die Steuerungsdiskussion finden ein rechtsanthropologisches Leitbild des Grundgesetzes vor, das vom Vorrang der Selbststeuerung gegenüber heteronomer Steuerung jeglicher Art einschließlich staatlicher Steuerung ausgeht. Nicht zuletzt deshalb begegne ich der These von den noch wachsenden Staatsaufgaben und der angeblichen Eile, mit der der Staat diese Aufgaben zu erfüllen habe, nicht nur wegen ihrer Abstraktionsebene mit gleichsam apriorischer Skepsis. Wenn ich mich in der Folge auf diejenigen Aspekte der Grundrechtsdogmatik konzentriere, die weniger der Beschränkung als vielmehr den Zielen, Strukturen und Verfahren staatlicher Steuerung gewidmet sind, dann bedeutet dies keine Vernachlässigung der traditionellen - in der Sprache der Grundrechtsdogmatik: abwehrrechtlichen - Komponenten. Gerade die traditionellen Schutzaussagen bedingen aber ein Eingehen auf neuartige Her-

ausforderungen und Gefährdungen. Grundrechtliche Schutzaussagen werden schließlich durch die Bedingungen des jeweiligen Lebensbereichs und damit auch durch spezifische Gefährdungen mitgeprägt; die "Normprogramme" sind nicht abstrakt und unbeeinflußt von den auf sie einwirkenden faktischen Bedingungen (Auf diese grundrechtstheoretischen Vorgaben kann hier nicht weiter eingegangen werden. Grundlegend insoweit nach wie vor Müller 1966 und 1989; zusammenfassend Hesse 1988: 25 f.).

Hier nicht weiter auszuführende grundrechtstheoretische Ansatzpunkte für Problemlösungen bieten vor allem die objektive Schutzfunktion der Grundrechte ("Richtlinie und Rahmen") (dazu vor allem Scheuner 1971: 505 ff.), die strukturelle oder organisatorische Komponente des Grundrechtsschutzes (zusammenfassend etwa Starck 1976: 480; Rupp 1976: 161 ff.) und der Verfahrensaspekt (Grundrechtsschutz durch Verfahren/im Verfahren).

Der Bezug zum "Steuerungsvokabular" (Steuerungsziel, -struktur, -verfahren) ist dabei offenkundig. Zumal für die objektive Funktion der Grundrechte scheint mir eine materiale Verfassungstheorie fruchtbar, die Staatsaufgabenlehre und Grundrechtsdogmatik verbindet. Sie sieht die Schutzfunktion der Grundrechte nicht nur in der Abwesenheit von staatlichen Eingriffen, sondern geht davon aus, daß es wesentliches Steuerungsziel des Staates ist, Bedingungen zu schaffen, unter denen Grundrechte real Wirksamkeit entfalten können. Solange konkretere normative Vorgaben für die Staatsaufgaben fehlen, sind die Grundrechte zugleich Sollenzustände, nicht nur Freiheiten, die auf solche Zustände hinzielen. Leben, Gesundheit, Information, Kultur, Wohnung, Eigentum, Gelegenheit zur beruflichen Betätigung, Freizeitigkeit, Bildung, Familie usw. kennzeichnen jeweils schutzwürdige und schutzbedürftige dem einzelnen zukommende Güter und damit auch Staatsziele. Auch darf vermutet werden, daß derjenige Staat seine Aufgaben erfüllt, dessen Steuerung ein relatives Optimum in bezug auf diese Ziele für möglichst viele seiner Bürger erreicht. Damit ist über den staatlichen Anteil an der Zielerfüllung und die Verpflichtung zum Eingriff in die Verwirklichungsmodi jener Ziele noch nichts ausgesagt.

III. Gegenwärtige Steuerungsprobleme im Zusammenhang mit den Grundrechten

Der soeben skizzierte grundrechtstheoretische Rahmen eröffnet die Möglichkeit, Grundrechte als Steuerungsziele zu definieren. Exakt dieses Hinaustreten aus dem

herkömmlichen normativen Gehäuse ist Voraussetzung einer sinnvollen Verbindung von Steuerungsthema und Grundrechtstheorie (dazu Schuppert 1989b: 92).

Die herkömmliche Grundrechtsdogmatik ist - grob vereinfachend - um Begriffe wie "bipolar", "individuell", "punktuell" und "aktuell" zentriert. Sinnfälligen Ausdruck findet dieses Instrumentarium in den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde (Akt der öffentlichen Gewalt; selbst, gegenwärtiges und unmittelbares Betroffensein). Steuerungstheoretisch gesprochen, ist damit ein Modell gekennzeichnet, das den Steuerungsakteur und den Adressaten strikt einander gegenüberstellt (Bipolarität), Steuerungsziele und -grenzen am einzelnen mißt (Individualität), von allen denkbaren Steuerungsinstrumenten den gezielten und punktuellen Eingriff in den Mittelpunkt rückt und auf das Steuerungsergebnis im Sinne einer gegenwartsbezogenen "Momentaufnahme" (Akt staatlicher Gewalt, also Urteil, Verwaltungsakt, Norm usw.) konzentriert ist.

Ein solches aus der gerichtlichen Kontrollperspektive geborenes dogmatisches Modell funktioniert nur dann, wenn die Grundrechtseingriffe und -gefährdungen ihrerseits in das genannte Schema einzuordnen sind: wenn sie sich also im bipolaren Verhältnis von Staat und Bürger abspielen, individualbezogen, punktuell und aktuell sind. Daß aber viele der heutigen und durchaus konkreten Grundrechtsgefährdungen mit diesem Instrumentarium nicht mehr erfaßbar, wenn auch gleichwohl für den Betroffenen äußerst real sind, wird in der Folge zu belegen sein.

So lassen sich Grundrechtsgefährdungen in der Realität immer weniger ausschließlich im Verhältnis von Steuerungsakteur und Steuerungsadressat (Staat einerseits, Bürger andererseits) ausmachen. Grundrechtsrelevante Steuerungsimpulse gehen vielmehr von einer Vielzahl voneinander unabhängiger oder kooperierender staatlicher, halbstaatlicher oder privater Akteure und Instanzen aus. "Der" Staat bzw. "seine" Verwaltung ist oft nicht mehr - der traditionellen Impermeabilitätslehre folgend - einheitliche juristische Person, die in ein Rechtsverhältnis zum Individuum tritt, er ist seinerseits hochgradig binnendifferenziert und als Steuerungsinstanz vielfach sogar pluralisiert. Die eigentlichen Akteure sind oft private Entscheidungsträger und gleichwohl grundrechtsgeschützt. Der Staat tritt vielfach nur noch moderierend bei der Lösung wirtschaftlicher, ökologischer und sozialer Konflikte auf; er ist in der Verfügung über Ressourcen und Problempotentiale entsprechend eingeschränkt. Oft besteht bereits über den "Verursacher" grundrechtlicher Gefährdungslagen Ungewißheit. Der umweltgeschädigte Waldbesitzer weiß um den eigentlichen Eingreifer so wenig wie der Anlieger der Autobahn, der gesundheitsgeschädigte Konsument um die Ursachen der Schädigung so wenig wie der Einzelhändler, in dessen Regal ein kontaminiertes Lebensmittel beschlagnahmt wurde.

Private Grundrechtsträger sind - weit über das traditionelle besondere Gewaltverhältnis hinaus - in staatliche und halbstaatliche Organisationszusammenhänge eingebunden. Nicht nur dies belegt, daß mit der schlichten Undefinierbarkeit der traditionellen Grenze von "Innenbereich" und "Außenbereich" und mit der vorausgesetzten Einseitigkeit der Regelung zugleich die Grundpfeiler der Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts partiell fragwürdig geworden sind. Informelle und kooperative Handlungsformen des Staates beziehen Grundrechtsadressaten in die Entscheidungsprozesse ein, können den Staat aber auch abhängig von der Kooperations- und Handlungsbereitschaft privater Akteure machen (dazu J. Hesse 1987: 59 ff., 69; Ritter 1979: 389). Sie begünstigen tendenziell überdies solche Steuerungsadressaten, die über ein ausreichendes Tauschpotential verfügen (dazu Schulze-Fielitz 1988: 441); sie verlagern reale Steuerungsmacht auf private Grundrechtsträger, die ihrerseits aber nicht grundrechtlich gebunden sind, und schließen zwangsläufig andere Grundrechtsträger aus den Steuerungsprozessen - mit zwangsläufigen Folgen für das Ergebnis - aus (ähnlich Grimm 1989: 1305 ff., 1310). Zum Befund der Binnendifferenzierung allgemein auch Schuppert 1989b: 96 ff.).

Besonders frag- bzw. ergänzungsbedürftig ist die Grundrechtsdogmatik im Hinblick auf ihre Konzentration auf den punktuellen und *gezielten* staatlichen Eingriff. Hier zeigen sich mehrere Problemfelder, die hier nur stichwortartig zu kennzeichnen sind: So zeigt sich immer mehr, daß der "reale Freiheitszustand" weniger von gezielten Eingriffen als von einer Fülle von kleinen oder als solchen gerechtfertigten Eingriffen und mittelbaren, oft gerade nicht gezielten Beeinträchtigungen bedroht ist. Freiheitseinschränkungen, die als solche ohne weiteres hinzunehmen oder im Hinblick auf das zu schützende Gemeinwohl sogar gefordert und damit auch verhältnismäßig sind, können in ihrer Summierung und Alltäglichkeit, in ihrer Kumulations- und Dauerwirkung einen Grad erreichen, der vom ursprünglich geschützten Freiheitsraum wenig übrig läßt. Hierfür ist nicht nur das Beispiel der Bedrohung der Privatsphäre durch eine Fülle "kleiner" Informationen in öffentlicher *und* privater Hand einschlägig; auch von einem traditionellen liberalen Grundrecht wie der Berufsausübungsfreiheit scheint mir angesichts der Fülle von je für sich vielleicht noch zu rechtfertigenden Einschränkungen, Kontingentierungen, Schutzvorschriften, angesichts Ladenschluß, Nachtbackverbot, Arbeitsschutz, Verbraucherschutz, Baurecht, Gewerberecht usw. real wenig übrigzubleiben. Was als solches noch als Sozialbindung hinzunehmen oder als bloße Konkretisierung Ausdruck der Situationsbedingtheit eines Grundrechts sein mag, kann sich zur zumindest eingeschleichen Belastung summieren, und dies oft zu Zeitpunkten, in denen die eigentliche Entscheidung - soweit überhaupt vorhanden - längst be-

standskräftig und rechtlich nicht mehr anfechtbar ist. Wie die Gesetze einer kaum noch einzuholenden Interdependenz und Komplexität folgen müssen (ähnlich zum Umweltrecht Ritter 1987: 929 ff., 931), sind auch Grundrechte mannigfachen "stillen" Beeinträchtigungen ausgesetzt, und auch der selbstbewußte Grundrechtsinhaber kann den realen Zustand seiner Freiheit immer weniger verteidigen, weil es keinen konkreten Eingriff, nur diffuse Verschlechterungen gibt. So bemerkt er nur im Ergebnis, was vom grundrechtlich gewollten Freiheitszustand real noch verbleibt. "Situationsbindung" heißt dabei auch, daß die grundrechtlichen Schutzbereiche *ungezielten* und mittelbaren Beeinträchtigungen ausgesetzt sind, deren Bezeichnung als "nur faktisch" ihre grundrechtsbeschränkende Wirkung gleichwohl nicht kaschieren kann. Staatliche Steuerungsprozesse laufen ja nicht gezielt bzw. kausal-linear ab, sondern erzeugen Wirkungen und Wechselwirkungen in oft ganz anderen Politikfeldern, die naturgemäß gleichfalls "Grundrechtsfelder" sind und in denen Dritte von solchen "Querschlägern" und Streuwirkungen betroffen sind (Mayntz 1983: 7 ff.). Zumal die "Bepackung" staatlicher Steuerungsmaßnahmen mit oft in ganz anderen Bereichen liegenden Nebenzielen (Hill 1987: 238 ff., 247; v. Arnim 1981: 286 ff., 293 f.) (Steuerrecht als Mittel der Sozialpolitik, Eigentumsförderung als Mittel der Konjunkturbelebung im Bausektor, Abgabenrecht mit umweltpolitischen Zielsetzungen usw.) kann zu unbeabsichtigten Kumulationseffekten führen - und dies nicht nur im Eingriffs-, sondern vermehrt auch im Leistungsbereich.

Aber auch dort, wo Grundrechte bewußt in die zahlreichen Entscheidungs- und Abwägungsvorgänge einbezogen werden, haben sie längst die Funktion der Gewährleistung selbstgesteuerter Vorbehaltsbereiche verloren; sie sind vielmehr zu einer Art "Abwägungsposten" in der umfassenden Konkordanzdemokratie geworden und werden - wie andere geschützte Belange auch - zu Gegenständen der Verteilung, Zuordnung und Abgrenzung von Gütern, Belangen, Chancen und Risiken. Das rechtsstaatliche Kontrollsysteem reagiert auf Fehlleistungen dieses Prozesses nur noch dann, wenn entweder die Kernbereiche individueller Freiheit entzogen, wenn die Zuordnungsverfahren nicht eingehalten werden oder die Abwägung der verschiedenen Belange gravierende Disproportionalitäten aufweist.

Daß bei alledem Gefahren für die Grundrechtsverwirklichung nicht nur von Eingriffen und Beeinträchtigungen drohen, sondern auch durch die Abhängigkeit von öffentlichen Leistungen und Einrichtungen, ist spätestens seit der Numerus-clausus-Rechtsprechung bekannt, letztlich aber als Grundrechtsproblem ungelöst. Dabei gibt es auch weit dramatischere Beispiele existentieller "Grundrechtsabhängigkeit" bis hin zu Menschenwürde und Recht auf Leben: Der Zustand psychia-

trischer Kliniken und der Zugang zur technischen "Großmedizin" seien hier nur als Beispiele genannt.

Insgesamt wird deutlich, daß das klassische Modell des Grundrechtsschutzes gegen punktuelle und von einem eindeutigen Verursacher (Staat) ausgehende Eingriffe trotz bleibender Aktualität immer weniger realen Grundrechtsschutz zu gewährleisten vermag. Die Steuerungsfunktion des Staates - gerade auch dort, wo er Steuerungsprobleme hat - läßt sich nicht im von der Bipolarität, Individualität, Punktualität und Aktualität gekennzeichneten klassischen Schema erfassen: Grundrechtstheorie - will sie zum wirksamen Grundrechtsschutz die theoretische Basis liefern - muß auf die genannten Zusammenhänge reagieren (ähnlich wie hier jetzt Grimm 1989: 1305 ff., 1310).

Das gilt auch für das Element der "Aktualität" des Eingriffs, das in der landläufigen Dogmatik mit "Gegenwärtigkeit" umschrieben zu werden pflegt. Dabei sind weder Grundrechtseingriffe noch ihre Rechtfertigung unter den genannten Voraussetzungen zeitlich eindeutig dingfest zu machen. Durch "Entwicklungen in der Zeit" können Eingriffe auch allmählich entstehen, virulent werden oder ihre Rechtfertigung verlieren. Der Rechtsschutz versagt dann, wenn der Eingriff im Moment der Entscheidung noch nicht deutlich, im Moment des Rechtsschutzes aber nicht mehr revidierbar ist (zur Entwertung der Ergebniskontrolle durch eine kontinuierliche Weiterentwicklung der Verhältnisse und den Zeitfaktor bereits Grimm 1985: 865 ff., 866). Auch das Problem der *Steuerung bei ungewisser Prognoselage* ist ein Grundrechtsproblem, das in der Rechtsprechung gegenwärtig unter Stichworten wie "Prognosespielraum" und "Einschätzungsprärogative" nur höchst unvollkommen erfaßt wird. Insbesondere die Prämissen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verschieben sich: Eignung und Erforderlichkeit von Eingriffen ändern sich ebenso wie die Härte des dem einzelnen Zugemuteten. So wird - bezogen auf gesetzliche Regelungen - das Problem der "Nachbesserung" einer Regelung immer virulenter, wenn auch gegenwärtig auf allen Ebenen noch vollkommen vernachlässigt (Steinberg 1987: 161 ff.). Je komplexer die Problemlagen, auf die auch grundrechtsrelevantes Recht reagieren muß, desto größer wird auch das Problem der Unwissenheit im Moment der Entscheidung. Verdichtet sich das Wissen, so muß das Recht ein Instrument in die Hand bekommen, das die nachfolgende Kontrolle der Verhältnisse ermöglicht. Andernfalls wird es auch aus Grundrechtssicht unerträglich, daß moderne Steuerungsprozesse ihr "Steuerungswissen" erst im Entscheidungs- und Vollzugsverfahren selbst erzeugen (Burmeister 1988: 130 ff.).

Bleibt die Frage zu beantworten, wie sich die von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgehende Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf

die Steuerungskapazität des Staates und auf die reale Geltungskraft der Grundrechte ausgewirkt hat. Auch diese Frage ist naturgemäß nicht einheitlich zu beantworten, doch lassen sich Trends für Folgewirkungen durchaus ausmachen (zusammenfassend zum Gesetzesvorbehalt und zur "Wesentlichkeitstheorie" Staupe 1986). Positiv ist hierbei sicher zu vermerken, daß die genannte Rechtsprechung Rudimente nicht legitimationsbedürftiger staatlicher Herrschaft und nicht begründungsbedürftiger Grundrechtseingriffe beseitigte und dem "besonderen Gewaltverhältnis" den verdienten Abschied bereitete. Dies ist ein unstreitiges Verdienst der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - ungeachtet aller Versuche einer Wiederbelebung unter anderen Vorzeichen (vgl. etwa Ronellenfitsch 1981: 933 ff.). So gesehen wurde der Gesetzesvorbehalt selbst Ausdruck des Grundrechtsschutzes gegen unkontrollierte innerstaatliche und außerstaatliche Macht (weitere Nachw. bei Schuppert, 1985: 525 ff., 530).

Gerade diese Wirksamkeit - auch im Hinblick auf den Grundrechtsschutz - wird aber bedroht, wenn die Gesetze schon durch ihre Verdichtung und das Vordringen ins Detail an ihre Wirksamkeitsgrenze gelangen. Dann wird der Gesetzesvorbehalt selbst zum Steuerungs-, sprich: Informations- und Informationsverarbeitungsproblem (so zu Recht Zeh 1984: 544). Auch kann die Fülle "grundrechtswesentlicher" Regeln selbst den grundrechtlichen Freiraum stärker einengen als die gezielte, einzelfallbezogene Maßnahme von Behörden (Beispiele dazu bei Staudt 1987: 132 ff., 144). Überdies ist es eine plausible These, daß das eigentliche Steuerungspotential - auch wenn die *Ergebnisse* in Gesetzesform vom Parlament abgesegnet werden - um so stärker an die spezialisierte Fachbürokratie in den Ministerien zurückgeht, je detaillierter das Gesetz ist. Daß damit auch die Grundrechte auf neue und schwerer sanktionierbare Weise letztlich wieder der Exekutive überantwortet werden, scheint nur auf den ersten Blick paradox; es ist die nahezu zwangsläufige Folge der Überdetaillierung und Spezialisierung der Gesetze (ausführlich dazu Hufen 1989: 147 f.).

IV. Alternativen - Ansätze für Problemlösungen

Angesichts der Vielfalt der skizzierten Probleme wäre es vermessen, griffige "Patentrezepte" anzubieten. Ich möchte mich deshalb auf wenige Aspekte beschränken und dabei Schlußfolgerungen für den Bereich der Grundrechtstheorie sowie - unter Aufnahme des "Steuerungsvokabulars" - die Steuerungsziele, -strukturen und -verfahren aufgreifen.

1. Grundrechtstheorie

Deutlich wird immer mehr, daß wir eine Grundrechtstheorie benötigen, die sich aus der Konzentration auf das subjektive Recht befreit und - bei aller Bedeutung der Personalität und Individualität des Rechtsschutzes - auf die geschilderten eher überindividuellen Wandlungsprozesse reagiert. Wenn es richtig ist, daß der Staat außerhalb gezielter punktueller Eingriffe auf Grundrechte einwirkt, dann muß diese Grundrechtstheorie zugleich Bestandteil einer allgemeinen Regelungs- und Geltungstheorie des Rechts werden. So begrüßenswert die Bemühungen und Fortschritte im Hinblick auf die Wiederbelebung der traditionsreichen Gesetzgebungslehre sind, so sehr muß deutlich werden, daß an ihre Seite eine "*Geltungslehre*" der *Grundrechte* treten muß, die zugleich die verschiedenen Schutzfunktionen, aber auch die Herausforderungen moderner Staatsaufgaben und Steuerungslehren erfaßt.

Mir ist bewußt, daß diese Forderung bei allen denjenigen auf Skepsis stößt, die die Grundrechte aus den Abwägungs- und Konkordanzprozessen heraushalten und lieber auf einen "festen Kern" reduzieren möchten. Diese Auffassung verkennt freilich, daß angesichts der geschilderten Vorgänge nicht viel von jenem Kern bleibt, wenn sich Grundrechtspositionen aus den Entscheidungsprozessen gleichsam zurückziehen und damit die "Frühverteidigungsfelder" realer Grundrechtsverwirklichung preisgeben.

Ebensowenig überzeugen können mich jene Kritiker einer materialen Grundrechtstheorie, die bei einer übergroßen Ausrichtung an Grundrechten um die Steuerungsfähigkeit und "Regierbarkeit" des politischen Systems fürchten. Grundrechte sind in der Tat gewollter "Sand im Getriebe" überzogener Steuerung. Sie sind aber auch und immer Maßstäbe für die inhaltliche Legitimität staatlicher Herrschaftsausübung.

Es geht also um nicht weniger als um eine allgemeine Geltungs- und Regelungstheorie (dazu auch Rhinow 1979: III), die Geltung und Wirksamkeit der Grundrechte ebenso einzubeziehen hat, wie dies die Gesetzgebungslehre für die Gesetze tut (zur Geltungskraft als Aufgabe des Gesetzes und der Gesetzgebungslehre Hufen 1989: 147). Es ist in diesem Rahmen gemeinsame Aufgabe der Grundrechtstheorie, der Wissenschaft und der grundrechtsbezogenen Steuerung durch Politik, die normativen Vorgaben der Grundrechte zu überindividuellen Steuerungszielen und -grenzen zu konkretisieren und damit die Grundrechte als Ziele und Belange in die modernen Abwägungs- und Zuordnungsprozesse aller Entscheidungsebenen einzubringen. Realistischerweise ist dabei davon auszugehen, daß Grundrechtsziele auch konkurrierende Ziele verschiedener Gruppen und

Akteure sind und daß sie gleichsam als "negative Ziele" bestimmte Ausrichtungen und Reichweiten des Entscheidungsprozesses ausschließen können. Grundrechtskonflikte müssen hierbei verfahrensmäßig *und* inhaltlich ausgetragen werden; Grundrechte vermögen umgekehrt das Gewicht von Belangen im politischen Prozeß zu erhöhen und solchen Gruppen Gewicht zu verleihen, die aufgrund ihrer politischen Potenz und Artikulationsfähigkeit dazu sonst nicht in der Lage wären. Das alte Wort von der Funktion der Grundrechte als Bestandteil demokratischen Minderheitenschutzes erlangt hier seine besondere Bedeutung.

Zugleich wird deutlich, daß die traditionelle Vorstellung einer Gegensätzlichkeit von Individualgrundrechten und Gemeinwohl nicht mehr in jedem Fall aufrechtzuerhalten ist. Es entspricht vielmehr der hier vorgetragenen Konzeption, daß das Gemeinwohl das gleichsam "fließende" Ergebnis eines pluralen und möglichst transparenten Zuordnungsprozesses von Interessen - auch Grundrechtsinteressen - ist.

2. *"Wirkungsforschung" der Grundrechte*

Wie oben dargelegt, verlieren Grundrechte ihre Substanz nicht nur durch gezielte staatliche Eingriffe, sondern durch eine Vielfalt von staatlichen und privaten Maßnahmen. Hierfür fehlt unserer gerichtszentrierten Grundrechtsdogmatik das Sensorium. Wie die "Wirkungsforschung" für die Gesetzgebung (dazu Zeh 1984: 469; von Arnim/Klages, 1986: 58), so benötigen wir aus der Grundrechtssicht eine Wirkungsanalyse und eine permanente "Geltungskontrolle" der Grundrechte. Auch gilt es, "Interventionspunkte" zu markieren, an denen staatliche Garantienpflichten für die Substanz der Grundrechte einsetzen. Einen solchen "Interventionspunkt" formuliert die Rechtsprechung in jüngster Zeit im Hinblick auf den Bestand des privaten Ersatzschulwesens, der in vielerlei Hinsicht - am wenigsten durch unmittelbare staatliche Eingriffe - gefährdet ist (Vgl. BVerfGE 75, 40 [67]) (zur staatlichen Interventionspflicht in diesem Zusammenhang überzeugend Müller/Pieroth/Fohmann 1987: 138 ff.). Dazu würde dann auch gehören, daß das Bundesverfassungsgericht die Kompetenz erhält, im Rahmen der Einzelfallkontrolle ein "bis hierher und nicht weiter" auszusprechen, wenn Einzeleingriffe als solche zwar noch verhältnismäßig sein mögen, in ihrer Gesamttenденz aber die Substanz des Grundrechts gefährden. Das gilt zumal für die Menschenwürde als unterste Gestaltungsgrenze jeder staatlichen Steuerung (dazu Hufen 1989: 163), und es wird verstärkt durch den schon hervorgehobenen Aspekt des Minderheitenschutzes (dazu Schuppert 1985: 525 ff.).

3. Berücksichtigung des Zeitfaktors

Die auf die punktuelle und aktuelle Einzelmaßnahme gerichtete gerichtliche Kontrolle vermag dem Aspekt der zeitlichen Intensivierung von Grundrechtsangriffen und der durch Zeitumstände wegfallenden Legitimation nicht gerecht zu werden. In der verfassungsgerichtlichen Kontrolle muß daher künftig dem Zeitfaktor des Grundrechtsschutzes stärker Rechnung getragen werden. Gesetze und andere staatliche Steuerungsmaßnahmen können nicht nur verfassungswidrig *sein*; sie können auch verfassungswidrig *werden*. Die - als solche legitime - Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit, aber auch hinsichtlich der Schwere eines gesetzlichen Eingriffs in Grundrechte muß daher zeitlich determiniert werden. Erwiesene Vollzugsdefizite des Gesetzes sind Indikatoren für eine ungeeignete oder nicht erforderliche Maßnahme. Eignung und Erforderlichkeit müssen gleichsam für eine grundrechtliche "Wiedervorlage" präpariert werden. Das sich nach einem Erfahrungszeitraum erkennbar als ungeeignet oder nicht erforderlich erweisende Gesetz ist ebenso verfassungswidrig wie das von vornherein unverhältnismäßige und muß aufhebbar sein. Das läßt sich wohl am deutlichsten anhand der Ladenschlußgesetzgebung belegen, bei der auch der "Austausch" der Begründung im Geltungszeitraum nicht darüber hinwegtäuschen kann, daß keiner der ursprünglich angeführten Gründe (Arbeitsschutz, Wettbewerb, Schutz bestimmter Betriebsgrößen usw.) heute noch von Relevanz ist (dazu Hufen 1986: 1291 ff.; allgemein zur Bedeutung des Zeitfaktors Häberle 1983: 289 ff.).

4. Zurücknahme der Steuerungsdichte und Steuerungstiefe – Selbstregulierung, Selbstverwaltung

In der allgemeinen "Steuerungsdiskussion" wird gegenwärtig immer deutlicher ein Konzept hervorgehoben, das die Defizite zentraler staatlicher Steuerung durch die Verlagerung auf dezentrale, gesellschaftliche oder auch intermediäre Instanzen kompensieren will. Das neue Zauberwort scheint hier vielfach die "kleine Einheit" zu sein, wobei es nicht nur auf die Größe des Steuerungsbereichs, sondern auch auf die Einbeziehung der Betroffenen ankommt (zu diesem Befund Hoffmann-Riem 1989: 210 f.; Offe 1987: 309 ff., 317 ff.; empirische Beispiele bei Asam/Heck 1983: 35; Offe 1984: 234 - 256; Hufen 1983: 516 ff., 519 f.). Weit über das traditionelle Stichwort "Subsidiaritätsprinzip" hinaus enthält gerade das Grundgesetz mehrere normative Anhaltspunkte für den Vorrang solcher Dezentralisierung und Delegation der Steuerungsvorgänge. Es läßt sich sogar von einer "Begrün-

dungsachse" für jene Verlagerung sprechen, die von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Absatz 1 GG) über den Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG) über Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG) bis hin zur Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden (Art. 28 GG) und zum Bundesstaatsprinzip (Art. 20, Art. 70 ff.) reicht. Diese Grundtendenz ist vor dem Hintergrund des urdeutschen Vertrauens in Zentralität und Wirksamkeit durch zentrale Steuerung möglicherweise in den Hintergrund gedrängt worden; sie ist gleichwohl von wachsender Aktualität.

Selbstverständlich ist auch hier zu differenzieren und zu beachten, daß ein Großteil modernen Grundrechtsschutzes nicht nur gegen den zentralisierenden Staat, sondern auch gerade gegen die dezentralen "kleinen Einheiten" der Korporationen, Verbände und "Klüngel" erkämpft werden mußte. Auch hierfür bietet die Ladenschlußdiskussion ein markantes Beispiel.

Selbstverwaltung und Selbstregulierung kommen daher nur als Modelle grundrechtsbezogener Steuerung in Betracht, wenn Verfahren und Kontrollmechanismen bereitgestellt werden, die die gerade in Selbstverwaltungsstrukturen beobachtbaren Einflußdiskrepanzen und Ungleichgewichte ausgleichen. Hier besteht natürlich auch ein Bezugspunkt zum vieldiskutierten "reflexiven Recht" (dazu Teubner 1982: 13 ff., 26 f.), ohne daß ich hier auf die Grundlagen und Grenzen näher eingehen könnte (zum Unterschied zwischen Selbstregulierung, Selbststeuerung und Selbstverwaltung jetzt ausführlich Schuppert 1989a: 127 ff., 143 f.).

Betrachtet man die Begründungsmuster für die unter dem Stichwort "Dezentralisation" und "Delegation" zusammenfaßbaren Vorgänge, so finden sich immer wieder die Gesichtspunkte "Entlastung", "Wirksamkeit", "Integration" und "Partizipation der Betroffenen", kaum je aber der Grundrechtsaspekt. Daß Selbstverwaltung und Selbstregulierung aber gerade Momente gemeinsam wahrgenommener grundrechtlicher Freiheit sein können, zeigen die schon vorhandenen (auch) gemeinschaftlich wahrnehmenden Grundrechte wie Art. 4, Art. 5 III, Art. 9 usw. Auch darüber hinaus ist der Selbstverwaltungsgedanke aus seiner korporativen Vergangenheit und aus der Vorstellung ausschließlich staatlich delegierter Macht herauszulösen und als Prinzip gemeinsamer Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit neu- bzw. wiederzubeleben. Das schließt staatlichen Schutz gegen die Verwechslung von Selbstverwaltung und Selbstbedienung und andere Mißbräuche nicht aus. Der Schutz muß sich aber nicht unbedingt in zunehmender Zentralisierung äußern, sondern kann auch in der Bereitstellung angemessener Selbstverwaltungsverfahren bestehen.

Daß die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts neben dem besonderen Gewaltverhältnis in fast gleicher In-

tensität auch die Selbstverwaltung betraf und seit dem Numerus-clausus- und insbesondere seit dem Facharzturteil (BVerfGE 33, 125 [156]) den Gesetzgeber und mit ihm die gesetzesformulierende Bürokratie zum Eindringen in die Bereiche korporativer Selbstverwaltung geradezu zwang, ist wohl historisch aus dem gewollten Abbau der Privilegiengesellschaft erklärllich (so selbst noch Oberreuter 1985: 492), hatte aber für den Gedanken der grundrechtsschützenden und -verwirklichenden Selbstverwaltung geradezu verheerende Auswirkungen. Diese Entwicklung sollte korrigiert werden, um die "Freiheitspotentiale" des Selbstverwaltungsgedankens lebendig werden zu lassen. Daß dies adäquate (d.h. kleine) Einheiten der Selbstverwaltung voraussetzt, scheint ohnehin selbstverständlich (dazu Hendlr 1984: 333 ff.).

Wo die Grundrechte Differenzierung und Dezentralisierung fordern, gilt dieser Schutz auch der Selbstorganisation von Grundrechtsträgern. Der grundrechtsdogmatische "Kahlschlag", den das Bundesverfassungsgericht insbesondere im Hinblick auf die Grundrechtsträgerschaft von Körperschaften des öffentlichen Rechts führte, war im Hinblick auf die in diesen Körperschaften liegenden Freiheitsspielräume und Differenzierungschancen einseitig und sollte gleichfalls überdacht werden (siehe insbesondere BVerfGE 39, 302 [312]; 61, 82 [103]; zur nicht abgeleiteten, sondern ursprünglichen Legitimation von Selbstverwaltungskörperschaften nachdrücklich v. Arnim 1988: 276; zur Selbstverwaltung als gemeinsam wahrgenommener Wissenschaftsfreiheit überzeugend Schiedermaier 1988: 1 ff.). Gefordert und damit auch legitim sind Selbstverwaltung und Selbststeuerung vor allem in Bereichen, in denen die staatliche Steuerungskapazität schon wegen der Eigengesetzlichkeit der jeweiligen Problemfelder an ihre Grenzen stößt. Daß dies vor allem im kulturellen Bereich der Fall ist, muß hier nicht weiter begründet werden. Daß Lernen, Forschen, künstlerisches Gestalten usw. Vorgänge sind, die rechtlich nur abzusichern, nicht zu durchdringen und schon gar nicht zu steuern sind, sei jedoch auch aus Grundrechtssicht vermerkt (vgl. das Beispiel des kommunalen Theater- und Museumsleiters bei Oebbecke 1986: 160 ff., 192 ff.; Hufen 1983: 516, 1989: 166 f.).

Insgesamt muß die staatliche Steuerungskapazität um so mehr in den Hintergrund treten, je mehr funktionierende Selbststeuerung der Grundrechtsträger existiert. Staatliche Kontrolle verlagert sich dann von der Zielebene auf das Verfahren. Sicherzustellen sind nicht mehr die grundrechtskonformen "Ergebnisse", sondern die adäquate Struktur der zu diesen Ergebnissen führenden Regulierungsprozesse. "Adäquat" heißt in diesem Zusammenhang vor allem: chancengleiche Teilhabe, Offenheit, Minderheitenschutz im Verfahren, Ausgleich von individuellen Defiziten usw. Grundrechtsschutz durch Verfahren kann als Zauberwort die

Ergebniskontrolle zwar nicht ersetzen, aber ergänzen. Über die bisherigen Anwendungsbeispiele hinaus spielt dieser Gesichtspunkt aber überall dort eine Rolle, wo die Ergebniskontrolle und die staatliche Steuerung versagen oder "entfeinert" werden müssen. Das gilt auch und insbesondere für die vieldiskutierten neuartigen Regelungs- und Entscheidungsformen wie Abwägungs- und Beurteilungsverfahren sowie für die sach- und technikbezogene Formulierung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften.

Wie der Grundrechtsschutz insgesamt, kann auch der Grundrechtsschutz durch Verfahren aber nur wirksam werden, wenn der Gesetzgeber im allgemeinen Verwaltungsrecht und in den "Querschnittsgesetzen" der jeweiligen Bereiche angemessene Selbstverwaltungs- und -regulierungsverfahren zur Verfügung stellt. Hierin läge auch eine positive Fortentwicklung des Gesetzesvorbehalts, der nicht weiter in die Inhalte und Ziele, wohl aber in die Strukturen und Verfahren vordringen sollte. Hebt aber der Gesetzgeber die Wirksamkeit der Verfahrensvorschriften selbst wieder auf (z.B. durch §§ 45-46 Verwaltungsverfahrensgesetz), so ist dies nicht nur dysfunktional für das Verfahren, sondern auch im Hinblick auf einen umfassenden Grundrechtsschutz bedenklich.

Literaturverzeichnis

- Arnim, Hans Herbert v., 1981: Besteuerung und Eigentum. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 39. Berlin: de Gruyter, 286-357.
- Arnim, Hans Herbert v., 1988: Diskussionsbeitrag. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 46, 275-276.
- Arnim, Hans Herbert v./Helmut Klages, 1986: Probleme der staatlichen Steuerung und Fehlsteuerung in der Bundesrepublik Deutschland, Staatswissenschaftliche Fortbildungstagung Speyer. Berlin: Duncker & Humblot.
- Asam, Walter H./Michael Heck (Hrsg.), 1983: Soziale Selbsthilfegruppen in der Bundesrepublik Deutschland. München: Minerva.
- Badura, Peter, 1987: Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung. In: Zeitschrift für Gesetzgebung 2, 300-311.
- Burmeister, Joachim, 1988: Grundgesetzliche Verfahrensstrukturierungsgebote komplexer Verwaltungentscheidungen. In: Rüdiger Breuer (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts. Düsseldorf: Werner, 122-159.
- Goerlich, Helmut, 1981: Grundrechte als Verfahrensgarantien. Baden-Baden: Nomos.
- Grimm, Dieter, 1985: Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 4, 865-872.
- Grimm, Dieter, 1989: Das Grundgesetz nach 40 Jahren. In: Neue Juristische Wochenschrift 42, 1305-1312.

- Häberle, Peter, 1983: Zeit und Verfassungskultur. In: Die Zeit, Schriften der C. Fr.v. Siemens-Stiftung, Bd. 6, hrsg. von Anton Peisl und Armin Mohler. Frankfurt: Propyläen, 289-343.
- Häberle, Peter, 1989: Grundrechte im Leistungsstaat. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30. Berlin: de Gruyter, 43-131.
- Hundler, Reinhard, 1984: Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Köln: Heymann.
- Hesse, Konrad, 1988: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller.
- Hesse, Joachim Jens, 1987: Staatliches Handeln in der Umorientierung - eine Einführung. In: Joachim Jens Hesse/Christoph Zöpel (Hrsg.), Zukunft und staatliche Verantwortung. Baden-Baden: Nomos, 59-72.
- Hill, Hermann, 1987: Steuerreform als Chance zur Verbesserung der Steuergesetzgebung. In: Zeitschrift für Gesetzgebung 2, 238-267.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, 1989: Diskussionsbeitrag. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 47, 210-211.
- Hufen, Friedhelm, 1983: Kulturauftrag als Selbstverwaltungsgarantie. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2, 516-522.
- Hufen, Friedhelm, 1986: Ladenschluß: Zum verfassungsrechtlichen Kern eines politischen Dauerthemas. In: Neue Juristische Wochenschrift 39, 1291-1301.
- Hufen, Friedhelm, 1989: Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 47, 142-171.
- Martens, Wolfgang, 1972: Grundrechte im Leistungsstaat. In: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 30, 7-42.
- Mayntz, Renate, 1983: Zur Einleitung: Probleme der Theoriebildung der Implementationsforschung. In: dies. (Hrsg.), Implementation politischer Programme. Opladen: Westdeutscher Verlag, 7-24.
- Müller, Friedrich, 1966: Normstruktur und Normativität. Berlin: Duncker & Humblot.
- Müller, Friedrich/Bodo Pieroth/Lothar Fohmann, 1982: Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie - untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen. Berlin: Duncker & Humblot.
- Müller, Friedrich, 1989: Juristische Methodik, 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot.
- Oberreuter, Heinrich, 1985: Stichw. "Autonomie". In: Staatslexikon, 7. Aufl., Bd. 1. Freiburg: Herder, Sp. 492.
- Oebbecke, Jan Bernd, 1986: Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung. Köln: Kohlhammer.
- Offe, Claus, 1984: Korporatismus als System nichtstaatlicher Makrosteuierung? In: Geschichte und Gesellschaft 10, 234-256.
- Offe, Claus, 1987: Die Staatstheorie auf der Suche nach ihrem Gegenstand. In: Thomas Ellwein u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1. Baden-Baden: Nomos, 309-320.
- Rhinow, René A., 1979: Rechtsetzung und Methodik, rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung. Basel: Helbing & Lichtenhahn.

- Ritter, Ernst-Hasso, 1979: Der kooperative Staat. In: Archiv des öffentlichen Rechts 104, 389-413.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1987: Umweltpolitik und Rechtsentwicklung. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 6, 929-938.
- Ronellenfitsch, Michael, 1981: Das besondere Gewaltverhältnis - ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut. In: Die Öffentliche Verwaltung 34, 933-941.
- Rupp, Hans Heinrich, 1976: Vom Wandel der Grundrechte. In: Archiv des öffentlichen Rechts 101, 161-201.
- Scheuner, Ulrich, 1971: Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit. In: Die Öffentliche Verwaltung 24, 505-513.
- Schiedermaier, Hartmut, 1988: Universität als Selbstverwaltungskörperschaft. In: Wissenschaftsrecht 21, 1-21.
- Schulze-Fielitz, Helmuth, 1988: Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung - besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980 - 1983). Berlin: Duncker & Humblot.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1985: Grundrechte und Demokratie. In: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 12, 525-532.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989a: Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation. In: Archiv des öffentlichen Rechts 114, 127-148.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1989b: Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzäuberung des Staates oder "Bringing the state back in?" In: Der Staat 28, 91-104.
- Starck, Christian, 1976: Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfe zu Grundrechtsverwirklichungen? In: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 480-526.
- Starck, Christian, 1986: Stichw. "Gesetz". In: Staatslexikon, 7. Aufl., Bd. 2. Freiburg: Herder, Sp. 989-1003.
- Staudt, Erich, 1987: Technikentwicklung und Innovationsdynamik. In: Jens Joachim Hesse/Zöpel Christoph (Hrsg.), Zukunft und staatliche Verantwortung. Baden-Baden: Nomos, 132-153.
- Staupe, Jürgen, 1986: Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis: Zur "Wesentlichkeitstheorie" und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insb. im Schulrecht. Berlin: Duncker & Humblot.
- Steinberg, Rudolf, 1987: Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der "Nachbeserrungspflicht" des Gesetzgebers. In: Der Staat 26, 161-186.
- Teubner, Gunther, 1982. Reflexives Recht. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68, 13-59.
- Voigt, Rüdiger, 1987: Grenzen des Rechts - eine Einleitung. In: Axel Görlitz/Rüdiger Voigt (Hrsg.), Grenzen des Rechts, Jahresschrift für Rechtspolitologie, Bd. 1. Pfaffenweiler: Centaurus, 3-16.
- Zeh, Wolfgang, 1984: Wille und Wirkung der Gesetze. Heidelberg: Schenck.

Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats

I. Das Konzept des bürgerlichen Rechtsstaats

Als Rechtsstaat lässt sich derjenige Staat bezeichnen, in dem politische Herrschaft nur aufgrund und im Rahmen des Rechts ausgeübt wird. Darin liegt bei allen historischen Veränderungen und aktuellen Varianten, die der Rechtsstaat aufzuweisen hat, sein bis heute unveränderter Kern. Der Rechtsstaat unterscheidet sich damit zunächst von allen Willkürregimen, in denen die Ausübung von Herrschaft dem Gutdünken der Machthaber anheimgegeben ist. Er unterscheidet sich ferner von jeder Form des absoluten Staates, der seine Herrschaft zwar mit rechtlichen Mitteln ausübt, sich selbst aber nicht dem Recht unterwirft, sondern *legibus absolutus* ist. Er unterscheidet sich schließlich von denjenigen Staaten, die zwar auch die politische Herrschaft rechtlichen Regeln unterwerfen, aber keine konkurrierenden Gemeinwohlvorstellungen dulden, sondern von der Existenz eines feststehenden und für den Staat erkennbaren Gemeinwohls ausgehen, dem das Recht zu dienen hat, und deswegen im Konflikt zwischen Gemeinwohlanforderungen und Rechtsbindungen regelmäßig der Politik den Vorzug geben.

Allerdings handelt es sich bei dem Recht, an das die Staatsgewalt im Rechtsstaat gebunden ist, nicht um vorgegebene und für sie unverfügbare Normen, sondern um Normen, die der Staat selber im Wege politischer Entscheidung geschaffen hat und auf demselben Weg auch wieder aufheben oder abändern kann. Insofern hat er es in der Hand zu bestimmen, wo und wie er sich rechtlich binden will. Die rechtsstaatliche Bindung des Staates ist Selbstbindung. Das entwertet indessen den Rechtsstaat nicht von vornherein. Denn zum einen liegt auch in der Selbstbindung ein Effekt der Machtbegrenzung des Staates und damit des Freiheitsgewinns für den Einzelnen. Der Staat, der an das geltende Recht gebunden ist, kann seine politischen Absichten nicht umstandslos verwirklichen. Finden sie im Recht keine Grundlage, muß dieses zuvor geändert werden. Macht ist damit zwar nicht ausgeschaltet, aber kanalisiert. Für den Einzelnen wird sie im Maß ihrer Verrechtlichung kalkulierbar. Er gewinnt Verhaltenssicherheit und größeren Spielraum für

eigene Lebensplanung. Zum anderen läßt sich die Selbstbindung durch organisatorische Vorkehrungen abstützen, die eine risikolose Umgehung erschweren.

Indessen war es nicht schon dieser Minimaleffekt des Rechtsstaats, dessentwegen im 18. und 19. Jahrhundert der Kampf gegen den fürstlichen Absolutismus geführt wurde. Die Forderung nach rechtsstaatlicher Bindung der Staatsgewalt stand vielmehr in engem Zusammenhang mit einem Ordnungsmodell, in dem es nicht mehr Sache des Staates war, ein materiales Tugendideal oder gar die Staatsrason zur Richtschnur des gesamten öffentlichen und privaten Lebens zu machen. Vielmehr sollte er nur noch die friedliche Koexistenz freier und gleichberechtigter Individuen ermöglichen, die ihren Lebensentwurf nach eigenen Vorstellungen gestalten und ihre Sozialbeziehungen durch freie Vereinbarungen regeln konnten. Die Rechtsbindung der staatlichen Herrschaft wurde daher nicht im Interesse purer Regelhaftigkeit der Machtausübung gefordert, sondern zielte auf einen bestimmten Regelinhalt, dem der Staat unterworfen werden sollte. Es ging um seine Aufgabenbeschränkung zugunsten personaler Entfaltung und gesellschaftlicher Autonomie, die in der Tat ohne rechtsstaatliche Begrenzung der Staatsgewalt nicht erreichbar waren (Scheuner 1960; Luhmann 1967; Böckenförde 1969; Maus 1978).

Der Umstand, daß der Staat das Recht, dem er unterworfen war, selber setzte, wurde dadurch freilich um so problematischer. Lösungen, die dieses Grundproblem des Rechtsstaats beseitigen, gibt es nicht, weil es in der unumkehrbaren Positivierung des Rechts gründet. Es ließ sich aber entschärfen, und zwar dadurch, daß die Rechtsetzung ihrerseits verrechtlicht wurde (Luhmann 1969: 139 ff., 1970, 1972: 207 ff., 234 ff.; Holmes 1988a, 1988b). Indem Recht auf Recht angewandt wird, steigert sich seine Bindungswirkung. Freilich ist auch das Recht, das die Rechtsetzung bindet, positives Recht und als solches änderbar. Sein machtbegrenzender Effekt liegt aber darin, daß die Entscheidungen auf verschiedene Ebenen verteilt und zeitlich auseinandergezogen werden. Die Gesetzgebungsprämissen müssen dann vor den Gesetzesentscheidungen und unabhängig von ihnen festgelegt sein und dürfen im laufenden Entscheidungsverfahren nicht abgeändert werden. Die umstandslose Umsetzung von politischer Macht in kollektiv verbindliche Entscheidungen ist daher auch auf der Rechtsetzungsebene gehindert. Der Verzicht auf Willkür wird im Rechtsstaat nicht als subjektive Leistung der staatlichen Akteure gefordert, sondern unabhängig von ihren Schwächen und Interessen institutionell verbürgt (Maus 1986: 393 f.).

Der Rechtsstaat ist damit allerdings noch nicht abschließend definiert. Seine konkrete Gestalt gewinnt er vielmehr erst durch die nähere Ausformung der Gesetzesbindung (Kunig 1986). Dazu zählt zunächst die Festlegung der Bereiche und Tätigkeiten, für die der Staat einer gesetzlichen Handlungsgrundlage bedarf. Das

ist die Frage des Gesetzesvorbehalts. Ferner kommt es darauf an, wie das Recht, dem der Staat unterworfen ist, entsteht und welchen inhaltlichen und formalen Anforderungen es genügen muß, um Geltung beanspruchen zu können. Das ist die Frage des Gesetzgebungsverfahrens und der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Schließlich spielt es eine Rolle, ob und inwieweit die Beachtung der Gesetzesbindung kontrolliert werden kann, wer die Kontrolle vornimmt und welche Folgen staatliche Gesetzesverstöße haben. Das ist die Frage nach dem Rechtsschutz gegen den Staat. Diese Fragen müssen beantwortet werden, bevor die Auswirkungen veränderter Staatsaufgaben auf das Rechtsstaatsprinzip näher untersucht werden können.

Die Staatstätigkeit ist nie in ihrer Gesamtheit von einer gesetzlichen Ermächtigung abhängig gemacht worden. In den Anfängen des Rechtsstaats war es der staatliche Zugriff auf Freiheit und Eigentum des Einzelnen, der einer gesetzlichen Grundlage bedurfte (Jesch 1961: 102 ff.). Dahinter stand die bürgerliche Annahme, daß Wohlstand und Gerechtigkeit sich nicht infolge staatlicher Bewirkung, sondern individueller Freiheit einstellten und die Freiheit sich insbesondere auf die Gütersphäre bezog. Der Staat wurde unter diesen Umständen nur noch zum Schutz von Freiheit und Eigentum und der über sie vermittelten Selbststeuerungsmechanismen der Gesellschaft benötigt. Er mußte eine ihm vorgegebene, quasinnatürliche Ordnung gegen Störungen abschirmen oder nach eingetretener Störung wieder herstellen, ohne auf die Ordnung selbst Einfluß nehmen zu dürfen. Die Garantenfunktion ließ sich nicht ohne zwangswise Einwirkung auf Freiheit und Eigentum Einzelner erfüllen. Angesichts der gesellschaftlichen Autonomie wurde die Einwirkung aber zum Eingriff, dessen Gefahrenpotential eben durch den Gesetzesvorbehalt gebannt werden sollte.

Diesen Schutz konnte der Gesetzesvorbehalt freilich nicht in ausreichendem Maß bieten, wenn es die staatliche Exekutive selber war, die die Voraussetzungen zulässiger Eingriffe festlegte. Als Eingriffsermächtigung wurde daher nur die Norm anerkannt, die mit Zustimmung freigewählter Repräsentanten der bürgerlichen Gesellschaft zustande gekommen war. Nicht mehr jede Rechtsnorm konnte dann als Gesetz gelten. Das Gesetz definierte sich vielmehr durch seinen parlamentarischen Ursprung. Es war die vom Parlament erlassene oder zumindest autorisierte Norm (Böckenförde 1958; Grawert 1975: 899 ff.). Auf diese Weise ließ sich der Bindungseffekt, der in der Auseinandersetzung von programmierender und programmierten Entscheidung lag, auch im Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung erzielen. Wie die verfassungsrechtlichen Vorschriften für den Gesetzgeber mußten dann auch die gesetzlichen Regeln für die Verwaltung in Unkenntnis der konkreten Anwendungsfälle formuliert werden und durften im Zuge der Anwen-

dung auf konkrete Fälle nicht geändert werden. In der Verteilung von Normsetzung und Normanwendung auf verschiedene Organe fand diese Differenz eine organisatorische Entsprechung. Die Gewaltenteilung findet ihren eigentlichen Sinn auf diese Weise in der Sicherung der Selbstbindung.

Eine ausdrückliche Bindung des Gesetzgebers an materielle Gerechtigkeitskriterien war dem Rechtsstaat dagegen noch fremd (Scheuner 1973; Maus 1978; Wahl 1979; Grimm 1987a). Der Grund dafür ist allerdings nicht in inhaltlicher Indifferenz zu suchen. Vielmehr schien die materielle Richtigkeit des Gesetzes dadurch hinreichend gesichert, daß es von den gewählten Vertretern der Interessenten an Freiheits- und Eigentumsschutz selber nach öffentlicher Diskussion beschlossen wurde. Dabei verband sich mit der Erfordernis der Diskussion die Hoffnung, daß die besseren Argumente den Sieg davonträgen, und mit dem Erfordernis der Öffentlichkeit die Erwartung, daß es nicht zu einer Entfremdung zwischen Repräsentanten und Repräsentierten käme. Als zusätzliche Gewähr für die materielle Richtigkeit des Gesetzes fungierte lange Zeit das auf Besitz und Bildung beschränkte Wahlrecht. Materielle Gerechtigkeit war daher durchaus das Ziel. Dieses sollte aber mit den formalen Mitteln des Verfahrens erreicht werden. Nur in diesem Sinn kann der Rechtsstaat in seinen Anfängen als formal bezeichnet werden.

Zu den Formalkriterien, die beachtet werden mußten, damit der Rechtsstaat seinen Zweck erfüllen konnte, gehörte ferner die Allgemeinheit des Gesetzes. Einzelfallgesetze hätten den machtbegrenzenden und gewißheitstiftenden Effekt der zeitlichen Differenzierung und organisatorischen Trennung von normsetzender und normanwendender Entscheidung untergraben. Aus demselben Grund durften die Gesetze nicht rückwirkend in Kraft gesetzt werden, weil damit die Möglichkeit, staatliches Handeln vorauszusehen und individuelles Verhalten dementsprechend einzurichten, zerstört worden wäre. Schließlich hing die rechtsstaatliche Wirkung von der Bestimmtheit der Gesetze ab, weil allein das in seinen Anforderungen hinreichend klare und genaue Gesetz den staatlichen Eingriff begrenzen und für den Einzelnen kalkulierbar machen konnte. Der Bestimmtheitsgrundsatz verbot zwar nicht einzelne Normen, die es erlaubten, besondere Umstände zu berücksichtigen, die in dem notwendig generalisierenden und typisierenden Gesetz keinen Platz gefunden hatten. Doch durften sie nicht zur Regel werden, sondern nur als Korrektiv innerhalb des im ganzen bestimmten Rechts wirken.

Die Gesetzesbindung hätte freilich ihr Ziel verfehlt, wenn nicht im Einzelfall kontrollierbar gewesen wäre, ob der Staat die gesetzliche Bindung eingehalten hatte oder nicht. Deswegen gehörte Rechtsschutz gegen den Staat zu den Anforderungen des Rechtsstaats, besonders in Deutschland, wo sich die bürgerliche Ge-

sellschaft das Gesetzgebungsrecht noch lange mit den Fürsten teilen mußte (Bähr 1864; Gneist 1872; Poppitz 1943; Rüfner 1962; Erichsen 1971; Ogorek 1988). Gesetzwidrige Eingriffe waren annullierbar, für ihre Folgen mußte der Staat einstehen. Schließlich durfte die rechtsprechende Gewalt bei ihrer Kontrolle nicht wiederum vom Staat abhängig sein. Diese Voraussetzung fand ihren Ausdruck in dem Prinzip der Unabhängigkeit des Richters. Unabhängigkeit bedeutete dabei nicht Entscheidungsfreiheit, sondern ausschließliche Bindung an das Gesetz, die ihn ebenso vor politischen Einflußnahmen schützte wie sie ihn an eigenen politischen Entscheidungen hinderte. Ergänzend trat die Garantie hinzu, daß Recht ohne Ansehen der Person gesprochen wurde, die Allgemeinheit des Gesetzes also auf der Rechtsanwendungs- und Kontrollebene eine Entsprechung fand.

Das rechtsstaatliche System war damit geschlossen. Angesichts der begrenzten Funktion des liberalen Staates, eine vorausgesetzte gesellschaftliche Ordnung gegen Störungen abzuschirmen, erschöpfte sich seine Berührung mit der Gesellschaft in Einzeleingriffen zum Zweck der Wahrung oder Wiederherstellung der Ordnung. Auf den Eingriff war daher das gesamte rechtsstaatliche Sicherungsnetz bezogen. Eingriffe durfte der Staat nur auf gesetzlicher Grundlage vornehmen. Die gesetzliche Ermächtigung konnte allein die Gesellschaft durch ihre gewählten Repräsentanten im Parlament erteilen. Die Maßnahmen der Exekutive mußten mit dem Gesetz übereinstimmen. Unabhängige Richter konnten auf Initiative der Adressaten staatlicher Eingriffe die Gesetzmäßigkeit des Staatshandelns überprüfen lassen und gesetzwidrige Akte korrigieren. Die Aufteilung der Funktionen auf unterschiedliche Organe sicherte das System organisatorisch ab. Die mögliche Betroffenheit des Einzelnen durch den Staat und der rechtsstaatliche Schutz gegen ihn kamen auf diese Weise zur Deckung.

Angelpunkt der gesamten Konstruktion war das Gesetz. Alles hing daher davon ab, ob es gelang, das Verhalten des Staates gesetzlich hinreichend zu determinieren. Zweck und Mittel harmonierten freilich (Grimm 1987b). Hatte der Staat die Aufgabe, eine vorausgesetzte und von ihm unabhängige Gesellschaftsordnung lediglich gegen Störungen abzuschirmen, so bestand nur Anlaß zum Eingreifen, wenn eine Störung dieser Ordnung drohte oder eingetreten war. Diese Tätigkeit läßt sich als reaktiv, punktuell und bipolar charakterisieren. Reaktiv war sie insofern, als sie stets ein externes Ereignis, das sich als Störung erwies, voraussetzte; bipolar insofern, als sich die Tätigkeit auf das Verhältnis zwischen dem Staat und dem Störer beschränkte; punktuell insofern, als sie sich in der Verhütung oder Be seitigung einzelner Störungen erschöpfte. Eine solche Tätigkeit läßt sich in der Tat mittels des Gesetzes wirksam steuern. Ihre möglichen Anlässe sind aus Erfahrung bekannt und daher im Tatbestand der Norm abstrakt und generell normierbar,

während in der Rechtsfolge diejenigen Maßnahmen aufgezählt werden, die der Staat in Reaktion darauf ergreifen darf.

II. Die Auswirkungen der veränderten Staatstätigkeit

Das Grundgesetz legt in Art. 20 Abs. 3 die Verfassungsbinding des Gesetzgebers und die Gesetzesbinding von vollziehender Gewalt und Rechtsprechung fest und verteilt diese Funktionen in Art. 20 Abs. 2 auf besondere Organe. Damit nimmt es den Kerngehalt des Rechtsstaats auf, auch wenn der Begriff selber an dieser Stelle nicht auftaucht. Es fügt in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 dem Rechtsstaat das Attribut sozial hinzu und erklärt damit seine Abkehr vom bürgerlichen Rechtsstaat, der Freiheit und Eigentum geschützt hatte, ohne sich darum zu kümmern, ob die Träger dieser Rechte an ihrem Genuß auch faktisch teilhaben konnten. Es stellt in Art. 1 Abs. 3 klar, daß die Verfassungsbinding des Gesetzgebers nicht nur die Verfahrensvorschriften, sondern auch die Grundrechte meint, und vollzieht damit die Abkehr vom formalen Rechtsstaat, der den Staat an das Gesetz gebunden hatte, ohne sich um dessen Inhalt näher zu kümmern. Die beiden historischen Defizite der ursprünglichen Rechtsstaatskonzeption: die Blindheit für die Soziale Frage und die Wehrlosigkeit gegenüber eklatant ungerechten Gesetzen, haben damit im Grundgesetz eine Antwort gefunden, und auch die Lücken im Rechtsschutz gegen den Staat sind mit Art. 19 Abs. 4 geschlossen worden.

Die aktuellen Gefahren für den Rechtsstaat kommen aus ganz anderer Richtung und bedrohen ihn womöglich ernstlicher als die früheren, weil auf sie bisher keine befriedigende Antwort in Sicht ist. Der Rechtsstaat, auch der materielle und soziale, erzielt seine Wirkung mittels des Gesetzes (Hesse 1962; Neumann 1967). Mit dessen Bindungskraft steht und fällt daher die Rechtsbindung der Herrschaft, um die es dem Rechtsstaat geht. Daß dem Gesetz diese Kraft eigen war, stand lange Zeit außer Frage. Allenfalls konnte man beklagen, daß dem Gesetzgeber der Wille fehlte, die Bindungsfähigkeit des Gesetzes auszuschöpfen (Hedemann 1933). Gerade an der Bindungsfähigkeit regen sich aber heute Zweifel (Teubner 1982, 1984, 1986, 1988, 1989; Voigt 1983; Wiethölter 1984; Maus 1986a, 1988b; Kaufmann 1988; Willke 1989; Günther in diesem Band). Das läßt sich freilich leicht übersehen, wenn man den Blick auf die traditionelle Staatsaufgabe der Ordnungswahrung richtet. Das Bild verändert sich dagegen, wenn man auch die modernen wohlfahrtsstaatlichen Funktionen in die Betrachtung einbezieht. Sie haben ihre Ursache in der historischen Erfahrung, daß die gesellschaftliche Selbststeuerung nicht, wie erwartet, automatisch zum gerechten Interessen-

ausgleich führte. Das Gerechtigkeitsproblem, das der Liberalismus formalisieren zu können geglaubt hatte, materialisierte sich dadurch wieder und rief den Staat auf den Plan.

Die Folge war eine quantitative Ausweitung und qualitative Veränderung der Staatstätigkeit (Flora 1983, 1986; Grimm 1983a, 1990; Schmidt 1988; Stolleis 1989). Griff der Staat zunächst nur ein, um die auffälligsten Mißbräuche der Privatautonomie zu unterbinden, so mußte er schon bald dazu übergehen, in Notlagen oder Krisensituationen vorsorgend, ausgleichend oder helfend zu intervenieren. Mittlerweile hat sich diese Aufgabe zu einer umfassenden Verantwortung für Bestand und Entwicklung der Gesellschaft in sozialer, ökonomischer und kultureller Hinsicht erweitert, von der prinzipiell keine gesellschaftliche Sphäre mehr ausgenommen ist. Angesichts der lebensbedrohenden Risiken, die der wissenschaftlich-technische Fortschritt im Gefolge hat, tritt neuerdings die Zukunftssicherung als jüngste Ausweitung der Staatsaufgaben hinzu. Qualitativ hat sich die Staatstätigkeit aufgrund der Materialisierung des Gerechtigkeitsproblems von der Bindung an eine vorgegebene, quasi-natürliche Gesellschaftsordnung gelöst, die der Staat lediglich gegen Störungen abzuschirmen hatte. Statt dessen wird nun die gesellschaftliche Ordnung selber zum Gegenstand staatlicher Veränderung und Gestaltung.

Die gestiegene Verantwortung ist jedoch nicht von einer entsprechenden Ausweitung der staatlichen Verfügungsmöglichkeiten begleitet worden (Willke 1983; Glagow 1984; Kaufmann 1986; Grimm 1990). Das hängt zum einen damit zusammen, daß sich die Gegenstände wohlfahrtsstaatlicher Politik großenteils gegen imperative Steuerung sperren. Die Erfüllung ordnungsgestaltender und zukunftssichernder Aufgaben kann nur in sehr begrenztem Maß unter Einsatz des Mediums Macht gelingen. Sie ist vielmehr auf zahlreiche weitere Ressourcen angewiesen, über die der Staat nicht disponiert. Zum anderen Teil hängt es damit zusammen, daß die vom Staat zu steuernden Sozialbereiche, grundrechtlich geschützt, weiterhin in privater Verfügungs befugnis bleiben. Beides hat zur Folge, daß der Staat seine neuen Aufgaben weithin nicht mit den spezifisch staatlichen Mitteln von Befehl und Zwang verfolgen kann. An die Seite des Einzeleingriffs, der im Bereich der Ordnungsverwaltung seinen Platz behält, treten daher indirekt wirkende Steuerungsmittel, vor allem finanzielle Anreize und Abschreckungen, und breiten sich zunehmend auch in Bereichen aus, wo imperative Steuerung faktisch möglich und rechtlich zulässig wäre.

Im selben Maß, wie der Staat auf den Einsatz imperativer Steuerungsmittel verzichtet, entbindet er freilich auch die Steuerungsadressaten von ihrer Gehorzmöpflicht. Die Erfüllung seiner Aufgaben hängt dann von ihrer freiwilligen Fol-

gebereitschaft ab. Dadurch ändert sich das Verhältnis von Staat und Gesellschaft grundlegend (Böckenförde 1976; Schmitter/Lehmbruch 1979; Ritter 1979; v. Alemann/Heinze 1979; Bohne 1981; Grimm 1983b; Willke 1983; Schmitter/Streeck 1985; Ritter in diesem Band). Der Staat agiert nicht mehr aus der hoheitlichen Position, sondern begegnet den gesellschaftlichen Kräften auf der gleichen Ebene. Diese geraten ihm gegenüber in eine Verhandlungsrolle, die ihnen die Möglichkeit verschafft, die staatlichen Aktionsprogramme nicht nur von außen zu beeinflussen, sondern im Innern mitzubestimmen. Private Folgebereitschaft wird durch staatliches Entgegenkommen honoriert. Verhandlungen zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Entscheidungsträgern haben aufgrund dieser Entwicklung mittlerweile an Zahl und Bedeutung so stark zugenommen, daß sie nicht mehr als Ausnahme betrachtet werden können. Der Staat versucht im Gegenteil, sie formell oder informell zu institutionalisieren. Die Kooperation ist unter diesen Umständen keine Randerscheinung mehr, sondern prägt bereits das politische System. Es nimmt neokorporative Züge an.

Der Umstand, daß der Wohlfahrtsstaat seine Aufgaben großenteils ohne imperitative Mittel erfüllt, macht rechtsstaatliche Sicherungen nicht etwa überflüssig. Das hängt mit einem Wandel der Realisierungsbedingungen von individueller Freiheit zusammen, auf die der Rechtsstaat verpflichtet ist. Aufgrund der fortschreitenden Differenzierung der sozialen Strukturen und Funktionen wird der Bereich, in dem der Einzelne von den grundrechtlich gesicherten Freiheiten mit seinen natürlichen Mitteln Gebrauch machen kann, immer enger. Im selben Maß wächst der Bereich, in dem die Nutzung rechtlicher Freiheiten von gesellschaftlichen oder staatlichen Vorleistungen materieller oder organisatorischer Natur abhängt (Lübbecke-Wolff 1988: 75 ff.). Die wesentlichen freiheitsrelevanten Entscheidungen fallen unter diesen Umständen nicht erst, wenn der Staat dem Einzelnen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt oder verbietet, sondern bereits, wenn er durch Planungs- und Allokationsentscheidungen über die Rahmenbedingungen und Ausübungschancen von Freiheit disponiert. Das gilt nicht zuletzt für die kooperativen Arrangements, in denen machtvolle Träger gesellschaftlicher Interessen an solchen Entscheidungen mitwirken.

Die Trennung von Staat und Gesellschaft, die dem liberalen Sozialmodell zugrundelag und im Eingriff ihren rechtstechnischen Ausdruck fand, ist dadurch überholt (Willke 1975; Häberle 1983; Lübbecke-Wolff 1988: 63 ff.; v. Brünneck und Hufnagel in diesem Band). Der auf Sicherung gegenüber dem staatlichen Einzelein- griff zugeschnittene Rechtsstaat wird durch die überindividuell und nicht-imperativ wirkenden Handlungsformen des Wohlfahrtsstaats unterlaufen. Wo der Staat nicht in die individuelle Freiheit eingreift, bedarf er für seine Tätigkeit nach herkömmli-

cher Anschauung keiner gesetzlichen Grundlage. Wo er ohne gesetzliche Grundlage handeln darf, bedient er sich verwaltungsinterner Steuerungsformen, die nicht den Anforderungen an das parlamentarisch beschlossene Gesetz unterliegen. Wo die Gesetzesbindung der Verwaltung ausfällt, ist der gerichtlichen Verwaltungskontrolle der Boden entzogen. Damit droht eine Situation, in der die rechtsstaatlichen Kautelen zwar im Bereich der traditionellen Ordnungsverwaltung weiterhin ihren Dienst verrichten, in den für die individuelle und gesellschaftliche Entwicklung wichtigeren Bereichen des modernen Wohlfahrtsstaats aber weitgehend versagen.

Diese Gefahr ist freilich nicht unbemerkt geblieben, sondern hat verschiedene Reaktionen ausgelöst (Ossenbühl 1968; Krebs 1975, 1979; Pietzker 1979; v. Arnim 1987; Lübbe-Wolff 1988). Zum einen ist der Begriff des Eingriffs über die klassische Definition eines gezielten, imperativen und unmittelbar wirkenden staatlichen Rechtsakts hinaus erweitert worden, so daß er mittlerweile jeden durch staatliches Handeln herbeigeführten Effekt ergreift, der dem Einzelnen ein grundrechtsgeschütztes Verhalten unmöglich macht oder wesentlich erschwert. Zum anderen ist der Gesetzesvorbehalt über den Eingriffsbereich hinaus erstreckt worden und erfaßt nunmehr jede wesentliche Staatstätigkeit, wobei wesentlich als wesentlich für die Verwirklichung von Grundrechten angesehen wird. Dadurch erweitert sich der Bereich, in dem die staatliche Verwaltung einer parlamentarischen Handlungsermächtigung bedarf und gesetzlich gebunden ist und in dem die Justiz das Staatshandeln auf seine Gesetzmäßigkeit überprüfen kann. Schließlich wächst die Bereitschaft, auch Verwaltungsvorschriften als Rechtsnormen mit Außenwirkung anzuerkennen und zur Grundlage von Rechtsschutzansprüchen gegen den Staat zu machen.

Dadurch hat sich die Kluft zwischen staatlicher Tätigkeit und rechtsstaatlichen Sicherungen verengt, aber nicht geschlossen. Die beträchtliche Ausweitung des Gesetzesvorbehalts, die erreicht worden ist, darf nämlich nicht vorschnell mit effektiver Gesetzesbindung identifiziert werden. Das hängt mit der Eigenart der neuartigen Staatstätigkeiten zusammen, die einer gesetzlichen Steuerung nicht ohne weiteres zugänglich sind (Grimm 1985, 1986a). Im Unterschied zu der gesetzlich gut steuerbaren Tätigkeit des Ordnungsstaates, die retrospektiv, punktuell und bipolar ausgerichtet ist, fehlen der planenden und lenkenden Staatstätigkeit des modernen Wohlfahrtsstaats gerade diese Eigenschaften. Sie ist zukunftsgerichtet, flächendeckend und gruppenrelevant. Als solche weist sie einen derartig hohen Grad an Komplexität, Situationsabhängigkeit und Ungewißheit auf, daß sie gedanklich nicht vollkommen vorweggenommen und folglich normativ auch nicht abschließend determiniert werden kann. Der klassische Normtyp des Konditional-

programms, das im Tatbestand die Voraussetzungen aufzählt, unter denen der Staat zum Eingreifen berechtigt ist, und in der Rechtsfolge bestimmt, welche Maßnahmen er ergreifen darf, versagt daher weitgehend.

Statt dessen dringt in den Bereichen der modernen Staatstätigkeit ein Normtyp vor, der sich im Gegensatz zum Konditionalprogramm als Finalprogramm charakterisieren lässt (Luhmann 1973: 257 ff., 1975). Bei dieser Art von Normierung werden der staatlichen Verwaltung Ziele gesetzt und Gesichtspunkte genannt, die bei der Verfolgung des Normziels zu beachten sind. Alles übrige bleibt der Verwaltung überlassen. Das verleiht ihr einen hohen Grad an Autonomie. Da bereits die Handlungsziele in der Regel nicht konfliktfrei zu verwirklichen sind, werden selbständige Abwägungsprozesse und Prioritätsentscheidungen unvermeidlich. Erst recht wächst der Spielraum auf der Ebene der Zielverfolgung. Die Verwaltung bildet und adaptiert hier ihr Handlungsprogramm im Normvollzug weitgehend selber. Sie ist nicht mehr eigentlich vollziehende Gewalt, sondern politisch entscheidende Instanz. Die von einem extensiv interpretierten Gesetzesvorbehalt erzwungene Verwaltungssteuerung durch Parlamentsgesetze erweist sich dagegen vielfach als Scheinsteuerung. Die planende und lenkende Verwaltung steuert sich vielmehr in einem normativ verdünnten Raum weitgehend selbst (Mayntz 1973a, 1973b, 1980; Hoffmann-Riem 1982; Brohm 1988).

Das gesetzliche Steuerungsdefizit wirkt sich auch auf den rechtsstaatlichen Grundsatz des Rechtsschutzes gegen den Staat aus (Scholz/Schmidt-Åßmann 1976; Schmidt 1978; Brohm 1982, 1984; Grimm 1982, 1986b; Maus 1986a, 1986b). Die vom Wohlfahrtsstaat typischerweise erzeugte Gruppenbetroffenheit kann bei seiner traditionellen Ausrichtung auf Individualrechtsschutz nicht erfaßt werden. Ließe sich dieser Mangel aber durch die Einführung kollektiver Rechtsschutzformen leicht beheben, so trifft ihn die sinkende Bindungskraft der Gesetze nachhaltig. Rechtmäßigkeitskontrolle hängt von der Existenz justizierbarer Normen ab. Wo diese fehlen, gibt es für die Gerichte nichts zu überprüfen. Während anhand von Konditionalprogrammen umfassend kontrolliert werden kann, ob die Voraussetzungen staatlichen Eingreifens gegeben waren und eine zulässige Maßnahme ergriffen wurde, lassen Finalprogramme nur die Kontrolle zu, ob konfigurernde Ziele nachvollziehbar abgewogen und alle normativ vorgegebenen Gesichtspunkte berücksichtigt wurden. Tun die Gerichte ungeachtet des verdünnten Bindungsgrades der Gesetze mehr, so setzen sie sich ihrerseits an die Stelle der Verwaltung und betreiben justizförmige Politik. Die den Rechtsstaat stützende Gewaltenteilung wird dann auch im Verhältnis von Justiz und Verwaltung unterhöhlt.

Die enorme Gesetzesproduktion und der Umfang des Rechtsschutzes dürfen daher nicht als Beweis für eine besonders fortgeschrittene Rechtsstaatlichkeit ge-

nommen werden. In Wahrheit befindet sich der Rechtsstaat trotz unverminderter Wertschätzung in der Krise. Da sämtliche seiner Leistungen durch das Gesetz vermittelt werden, muß die fortschreitende "Entformalisierung der Rechtsstruktur" (Maus 1986: 399; mit anderer Zielrichtung schon früh Forsthoff 1954) ihn im Kern treffen. Darin und nicht bloß im leichtfertigen Umgang mit einem in sich ungeschwächten Rechtsstaatsprinzip (Schmidt-Aßmann 1987: 1040 f.) liegt seine eigentliche Gefährdung. Auf situatives Recht oder den nicht gesetzesvermittelten Rückgriff auf materiale Gerechtigkeit kann der Rechtsstaat nicht gegründet werden. Seine Zukunft hängt deswegen davon ab, ob sich auch im Bereich wohlfahrtsstaatlicher Aufgaben Rechtsstrukturen entwickeln lassen, die wieder höhere Bindungskraft versprechen. Prozedurales Recht ist dafür der nächstliegende, aber nicht der einzige Vorschlag (Eder, Ladeur, Schuppert, Teubner in diesem Band). Wie weit es die Verluste an materieller Richtigkeitsgewähr kompensieren kann, harrt noch der Klärung.

Literaturverzeichnis

- Alemany, Ulrich v./Rolf G. Heinze (Hrsg.), 1979: Verbände und Staat. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Arnim, Hans-Herbert v., 1987: Zur "Wesentlichkeitstheorie" des Bundesverfassungsgerichts. In: Deutsches Verwaltungsblatt 102, 1241-1249.
- Bähr, Otto, 1864: Der Rechtsstaat. Kassel: Wigand.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1958: Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Berlin: Duncker & Humblot.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1969: Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. In: Festschrift für Adolf Arndt. Frankfurt a.M.: Europäische Verlagsanstalt, 53-76 (auch in: ders., 1976: Staat, Gesellschaft, Freiheit. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 65-92).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1976: Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie. In: Der Staat 15, 457-483.
- Bohne, Eberhard, 1981: Der informale Rechtsstaat. Berlin: Duncker & Humblot.
- Brohm, Winfried, 1982: Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat. In: Die öffentliche Verwaltung 35, 1-10.
- Brohm, Winfried, 1984: Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Neue Juristische Wochenschrift 37, 8-14.
- Brohm, Winfried, 1988: Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 7, 794-799.
- Brünneck, Alexander v., 1990: Das Demokratieprinzip und die demokratische Legitimation der Verwaltung. In diesem Band, 253-272.
- Eder, Klaus, 1990: Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts. In diesem Band, 155-185.

- Erichsen, Hans-Uwe, 1971: Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß. Frankfurt a.M.: Athenäum.
- Flora, Peter (Hrsg.), 1983: Growth to Limits, 3 Bde. Berlin: de Gruyter.
- Flora, Peter, 1986: State, Economy and Society in Western Europe 1815-1975, 2 Bde. Frankfurt a.M.: Campus.
- Forsthoff, Ernst, 1954: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12, 8-36 (auch in: ders. (Hrsg.), 1968: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 165-200 sowie ders., 1976: Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. München: Beck, 65-89).
- Glagow, Manfred (Hrsg.), 1984: Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität. Bielefeld: AJZ.
- Gneist, Rudolf v., 1872: Der Rechtsstaat. Berlin: Springer.
- Grawert, Rolf, 1975: Gesetz. In: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2. Stuttgart: Klett, 863-922.
- Grimm, Dieter, 1982: Die Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen. In: Shirley van Buuren/Eike Ballerstedt/Dieter Grimm, Richterliches Handeln und technisches Risiko. Baden-Baden: Nomos, 25-62.
- Grimm, Dieter, 1983a: Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat. In: Peter Koslowski u.a. (Hrsg.), Chancen und Grenzen des Sozialstaats. Tübingen: Mohr, 41-64 (auch in: Grimm, Dieter, 1987: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 138-161).
- Grimm, Dieter, 1983b: Verbände. In: Ernst Benda u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Berlin: de Gruyter, 373-388.
- Grimm, Dieter, 1985: Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 4, 865-872.
- Grimm, Dieter, 1986a: Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention. In: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1, 38-54.
- Grimm, Dieter, 1986b: Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen. In: Herta Däubler-Gmelin/Wolfgang Adlerstein (Hrsg.), Menschengerecht. Heidelberg: C.F. Müller, 392-407.
- Grimm, Dieter, 1987a: Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts. In: Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 234-266 (auch in: Grimm, Dieter, 1987: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 308-346).
- Grimm, Dieter, 1987b: Bürgerlichkeit im Recht. In: Jürgen Kocka (Hrsg.), Bürger und Bürgerlichkeit im 19. Jahrhundert. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 149-188 (auch in: Grimm, Dieter, 1987: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 11-50).
- Grimm, Dieter, 1990: Die Zukunft der Verfassung. In: Staatswissenschaft und Staatspraxis 1, 5-33.
- Günther, Klaus, 1990: Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts. In diesem Band, 51-68.

- Häberle, Peter, 1983: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller.
- Hedemann, Justus Wilhelm, 1933: Die Flucht in die Generalklauseln. Tübingen: Mohr.
- Hesse, Konrad, 1962: Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes. In: Festgabe für Rudolf Smend. Tübingen: Mohr, 71-95 (auch in ders., 1984: Ausgewählte Schriften, hrsg. v. Peter Häberle/Alexander Hollerbach. Heidelberg: C.F. Müller, 95-115 sowie Ernst Forsthoff (Hrsg.), 1968: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 557-588).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, 1982: Selbstbindungen der Verwaltung. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 40, 187-239.
- Holmes, Stephen, 1988a: Gag Rules or the Politics of Omission. In: Jon Elster/Rune Slagstad (Hrsg.), Constitutionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 19-58.
- Holmes, Stephen, 1988b: Precommitment and the Paradox of Democracy. In: Jon Elster/Rune Slagstad (Hrsg.), Constitutionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 195-240.
- Hufen, Friedhelm, 1990: Die Grundrechte und der Vorbehalt des Gesetzes. In diesem Band, 273-290.
- Jesch, Dietrich, 1961: Gesetz und Verwaltung. Tübingen: Mohr.
- Kaufmann, Franz-Xaver u.a. (Hrsg.), 1986: Guidance, Control, and Evaluation in the Public Sector. Berlin: de Gruyter.
- Kaufmann, Franz-Xaver, 1988: Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht. In: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13. Opladen: Westdeutscher Verlag, 65-108.
- Krebs, Walter, 1975: Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte. Berlin: Duncker & Humblot.
- Krebs, Walter, 1979: Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes. In: Juristische Ausbildung 1, 304-312.
- Kunig, Philip, 1986: Das Rechtsstaatsprinzip. Tübingen: Mohr.
- Ladeur, Karl-Heinz, 1990: Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts. In diesem Band, 185-216.
- Lübbecke-Wolff, Gertrude, 1988: Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Baden-Baden: Nomos.
- Luhmann, Niklas, 1967: Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaats. In: Studien über Recht und Verwaltung. Köln: Heymann, 81-102 (auch in: ders., 1975: Politische Planung, 2. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 53-65).
- Luhmann, Niklas, 1969: Legitimation durch Verfahren. Neuwied: Luchterhand.
- Luhmann, Niklas, 1970: Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft. In: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1, 175-202 (auch in: ders., 1981: Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 113-153).
- Luhmann, Niklas, 1972: Rechtssoziologie, 2 Bde. Reinbek: Rowohlt.

- Luhmann, Niklas, 1973: Zweckbegriff und Systemrationalität. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas, 1975: Opportunismus und Programmatik in der öffentlichen Verwaltung. In: ders., Politische Planung, 2. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 165-180.
- Maus, Ingeborg, 1978: Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats. In: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 1. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 13-81 (auch in: Ingeborg Maus, 1986: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus. München: Fink, 11-82).
- Maus, Ingeborg, 1986a: Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen. In: Gerhard Göhler (Hrsg.), Grundlagen der Theorie politischer Institutionen. Opladen: Westdeutscher Verlag, 132-172 (auch in: Ingeborg Maus, 1986: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus. München: Fink, 277-331).
- Maus, Ingeborg, 1986b: Perspektiven "reflexiven Rechts" im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen. In: Kritische Justiz 19, 390-405.
- Mayntz, Renate, 1973a: Thesen zur Steuerungsfunktion von Zielstrukturen. In: dies./Fritz Scharpf (Hrsg.), Planungsorganisation. München: Piper, 91-97.
- Mayntz, Renate, 1973b: Probleme der inneren Kontrolle in der planenden Verwaltung. In: dies./Fritz Scharpf (Hrsg.), Planungsorganisation. München: Piper, 98-106.
- Mayntz, Renate (Hrsg.), 1980: Implementation politischer Programme. Königstein: Athenäum.
- Neumann, Franz, 1967: Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft. In: ders., Demokratischer und autoritärer Staat. Frankfurt a.M.: Europäische Verlagsanstalt, 31-81.
- Ogorek, Regina, 1988: Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt. In: Jürgen Kocka (Hrsg.), Bürgertum im 19. Jahrhundert, Bd. 1. München: dtv, 372-405.
- Ossenbühl, Fritz, 1968: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz. Bad Homburg: Gehlen.
- Pietzker, Jost, 1979: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. In: Juristische Schulung 19, 710-715.
- Poppitz, Johannes, 1943/1944: Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Archiv des öffentlichen Rechts 72, 158-221 und 73, 3-40.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1979: Der kooperative Staat. In: Archiv des öffentlichen Rechts 104, 389-413.
- Ritter, Ernst-Hasso, 1990: Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat. In diesem Band, 69-112.
- Rüfner, Wolfgang, 1962: Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842. Bonn: Röhrscheid.
- Scheuner, Ulrich, 1960: Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland. In: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, hrsg. v. Ernst v. Cämmerer/Ernst Friesenhahn, Bd. 2. Karlsruhe: C.F. Müller, 229-262 (auch in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), 1968: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 461-508, sowie Ulrich Scheuner, 1978: Staatstheorie und Staatsrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 185-221).

- Scheuner, Ulrich, 1973: Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts. In: Festschrift für Ernst-Rudolf Huber. Göttingen: Schwartz, 139-165 (auch in: ders., 1978: Staats-theorie und Staatsrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 633-663).
- Schmidt, Manfred G. (Hrsg.), 1988: Staatstätigkeit, Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 19. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Schmidt, Walter, 1978: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes. In: Neue Juristische Wochenschrift 31, 1769-1776.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, 1976: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 34, 221-274.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, 1987: Der Rechtsstaat. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1. Heidelberg: C.F. Müller, 987-1043.
- Schmitter, Philippe C./Gerhard Lehmbruch (Hrsg.), 1979: Trends Toward Corporatist Intermediation. London: Sage.
- Schmitter, Philippe C./Wolfgang Streeck (Hrsg.), 1985: Private Interest Government. London: Sage.
- Scholz, Rupert, 1976: Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. In: Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 34, 145-220.
- Schuppert, Gunnar Folke, 1990: Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht. In diesem Band, 217-249.
- Stolleis, Michael, 1989: Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht. In: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 11, 129-147.
- Teubner, Gunther, 1982: Reflexives Recht. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68, 13-59.
- Teubner, Gunther, 1984: Das regulatorische Trilemma. In: Quaderni Fiorentini 13, 109-149.
- Teubner, Gunther, 1988: Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? In: Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13, 45-65.
- Teubner, Gunther, 1989: Recht als autopoietisches System. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Teubner, Gunther, 1990: Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts. In diesem Band, 115-154.
- Teubner, Gunther (Hrsg.), 1986: Dilemmas of Law in the Welfare State. Berlin: de Gruyter.
- Voigt, Rüdiger, 1983: Abschied vom Recht? Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Wahl, Rainer, 1979: Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts. In: Der Staat 18, 321-348.
- Wiethölter, Rudolf, 1984: Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht. In: Gerhard Brüggemeier/Christian Joerges (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des post-interventionistischen Rechts. Bremen: ZERP, 25-64.
- Willke, Helmut, 1975: Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Berlin: Duncker & Humblot.
- Willke, Helmut, 1983: Entzauberung des Staates. Königstein: Athenäum.

Willke, Helmut, 1990, Societal Guidance Through Law. In: Gunther Teubner (Hrsg.), State, Law, Economy as Autopoietic Systems. Berlin: de Gruyter (im Erscheinen).

Autorenverzeichnis

Alexander v. Brünneck, Prof. Dr., Universität Hannover, Fachbereich Rechtswissenschaft

Klaus Eder, Prof. Dr., Europäisches Hochschulinstitut Florenz, Abteilung für Politik- und Sozialwissenschaften

Dieter Grimm, Prof. Dr., LL.M., Bundesverfassungsrichter, Universität Bielefeld, Fachbereich für Rechtswissenschaft

Klaus Günther, Dr., Universität Frankfurt, Fachbereich Philosophie

Evelyn Hagenah, Dipl.-Soz., Rechtsass., Universität Bielefeld, Zentrum für interdisziplinäre Forschung

Friedhelm Hufen, Prof. Dr., Universität Regensburg, Juristische Fakultät

Karl-Heinz Ladeur, Prof. Dr., Universität Bremen, Fachbereich Rechtswissenschaft

Ernst-Hasso Ritter, Dr., Ministerialdirigent, Minister für Umwelt, Raumordnung und Landwirtschaft des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf

Helmut Schulze-Fielitz, Prof. Dr., Universität der Bundeswehr München, Fakultät für Wirtschafts- und Organisationswissenschaft

Gunnar Folke Schuppert, Prof. Dr., Universität Augsburg, Juristische Fakultät

Gunther Teubner, Prof. Dr., Europäisches Hochschulinstitut Florenz, Abteilung Rechtswissenschaft

Joachim Jens Hesse/Christoph Zöpel (Hrsg.)

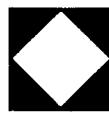
Der Staat der Zukunft

Die Dokumentation des fünften „Forum Zukunft“ faßt die aktuellen Herausforderungen an den modernen Staat zusammen und entwirft ein Bild zukünftiger Entwicklungen. Dabei geht es zum einen um eine Bestandsaufnahme jener Rahmenbedingungen, unter denen sich staatliches Handeln vollzieht, zum zweiten um Instrumente und Resourcen zur Beeinflussung absehbarer Entwicklungen, zum dritten um Einstellungs- und Bewußtseinsveränderungen, die für die künftige Rolle und Funktion des Staates von Bedeutung sind. Mit Beiträgen von Joachim Jens Hesse, Hans Peter Bull, Eberhard Wille, Hans-Jürgen Krupp, Manfred Bulling, Manfred Timmermann, Claus Offe, Hans-Peter Schneider, Gunnar Folke Schuppert, Renate Mayntz, Heinrich Freiherr von Lersner, Gisela Färber und Christoph Zöpel.

1990, 215 S., brosch., 28,- DM, ISBN 3-7890-1937-2
(Forum Zukunft, Bd. 5)



NOMOS VERLAGSGESELLSCHAFT
Postfach 610 • 7570 Baden-Baden



Bernd Claussen

Teilprivatisierung kommunaler Sparkassen?

Ökonomische und rechtliche Rahmenbedingungen für eine Beteiligung Privater an den kommunalen Kreditinstituten

Noch 1978 stellte H. Geiger, Präsident des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes, fest: „Im Rahmen der bankpolitischen Diskussion der letzten Jahre wurde die öffentliche Rechtsform der Sparkassen und der Landesbanken/Girozentralen verschiedentlich in Frage gestellt... Diese Gedanken kamen aber bisher über das Stadium des Sandkastenspiels nicht hinaus.“ Gut 10 Jahre später scheinen sich die Dinge dagegen grundlegend geändert zu haben. Schlagzeilen in der Presse wie „LG-Chef Zügel fordert Sparkassen-AG“, „Der Weg zur bürgerschaftlichen Sparkasse“ oder „Sparkassen sollen über Rechtsform nachdenken“ und „Der öffentlich-rechtliche Status der Sparkassen muß gewahrt bleiben!“, „Rechtsform der AG bietet keine besonderen Vorteile“ oder „Eigenkapital-Problem soll ausschließlich über Genußrechts-Ausgabe gelöst werden“ sind beredtes Zeugnis dieses Wandels. – Der Verfasser hinterfragt das „Warum“ der aktuellen Diskussion, untersucht die zu beachtenden verfassungsrechtlichen Bindungen und unterzieht die einzelnen Privatisierungsmodelle einer kritischen Überprüfung im Hinblick auf ihre rechtliche Zulässigkeit und strukturelle Verträglichkeit.

1990, 275 S., brosch., 66,- DM, ISBN 3-7890-1981-X
(Kommunalrecht – Kommunalverwaltung, Bd. 3)



NOMOS VERLAGSGESELLSCHAFT
Postfach 610 • 7570 Baden-Baden



Bodo Benzner

Ministerialbürokratie und Interessengruppen

Eine empirische Analyse der personellen Verflechtung zwischen bundesstaatlicher Ministerialorganisation und gesellschaftlichen Gruppeninteressen in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum 1949-1984

Vor dem Hintergrund einer in Wissenschaft und Politik seit mehr als siebzig Jahren äußerst kontrovers geführten normativen Diskussion über die personellen Verflechtungsbeziehungen zwischen staatlichen Organen und Behörden einerseits und gesellschaftlichen Interessengruppen andererseits unternimmt die vorliegende Studie erstmals eine detaillierte quantitativ-empirische Analyse dieses sozio-politisch bedeutsamen Phänomens. Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen der obere und der mittlere Leitungsbereich der Bundesministerien. Anhand der beruflichen und politischen Karrierewege von mehr als 800 ministeriellen Führungskräften seit 1949 lässt sich ein personelles Verflechtungsprofil der Bonner Ministerialbürokratie zeigen, das sowohl in seinen interessengruppen- und verbandsspezifischen als auch in seinen parteipolitischen Facetten in vieler Hinsicht die gängigen Auffassungen der normativ-theoretischen Diskussion korrigiert.

1989, 390 S., brosch., 88,- DM, ISBN 3-7890-1774-4
(Fundamenta Juridica, Bd. 8)



NOMOS VERLAGSGESELLSCHAFT
Postfach 610 • 7570 Baden-Baden



