

# Ingeborg Maus

## Perspektiven »reflexiven Rechts« im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen

Zur Kritik herrschender Konzeptionen und faktischer Entwicklungen<sup>1</sup>

Der Einschätzung, daß die Konzeption »reflexiven Rechts« sich anschicke, ein Spitzenthema der Rechtssoziologie zu werden<sup>2</sup>, steht ein eher skeptisches Urteil ihres systemtheoretischen Ziehvaters hinsichtlich »vorschneller Auswertungen« entgegen.<sup>3</sup> Dabei scheint bisher weder die schlicht-semantiche noch die gesellschaftspolitische Dimension des avancierten Begriffs geklärt zu sein. Eine zentrale Intention des von Teubner und anderen vertretenen Ansatzes<sup>4</sup>, der die Diagnose faktischer Trendänderungen gegenwärtiger Rechtsentwicklung zu einem normativen Konzept künftiger Rechtsstruktur verdichtet, bezieht sich jedenfalls auf die Steuerungsdefizite besonders solcher Rechtsprogramme, die noch durch weitgehende Feinregulierung gekennzeichnet sind. Sie expliziert sich in der Empfehlung einer Beschränkung des Rechts auf die indirekte Steuerung gesellschaftlicher Selbststeuerung dadurch, daß das Recht lediglich Entscheidungsprämissen (z. B. durch Verfahrensnormen) festlegt und die inhaltlichen Entscheidungen den konkreten Verhandlungsarrangements in jeweils betroffenen gesellschaftlichen Teilbereichen überläßt. Die heftig diskutierte Frage allerdings, ob dieses Konzept ausschließlich der systemtheoretischen Absicherung der Selbstreferentialität gesellschaftlicher Subsysteme gegen steuernde Zugriffe verpflichtet sei oder – seinem Selbstverständnis entsprechend – Elemente demokratischer Diskurstheorie impliziere, ist nicht unabhängig von einer Klärung des Begriffs »reflexiv« zu entscheiden.

Der adjektivische Sprachgebrauch nivelliert den Unterschied zwischen »Reflexivität« und »Reflexion«, den Luhmann selbst innerhalb der systemtheoretischen Terminologie festzuschreiben wollte, »um Verwechslungen und Verquickungen zu verhüten«.<sup>5</sup> In der Tat ist hier eine Differenz bezeichnet, die (über systemtheoretische Intentionen hinausgehend) der Alternative: Autonomie der Systeme oder Autonomie der Akteure mit zugrundeliegt. Da beide Autonomiebegriffe je nach

<sup>1</sup> Dieser Beitrag behandelt unter Verwendung einiger Textpartien einen Teilaспект aus meiner Verrechtlichungs-Analyse: Ingeborg Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, S. 277 ff.; s. ebenso meinen Beitrag in Gerhard Göhler (Hg.), Grundfragen der Theorie politischer Institutionen, Opladen 1986. Auf die zentralen Fragestellungen der Gesamcanalyse kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>2</sup> Peter Nahamowitz, »Reflexives Recht«: Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzepts, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 6/1985, S. 28 ff. (32).

<sup>3</sup> Niklas Luhmann, Einige Probleme mit »reflexivem Recht«, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 6/1985, S. 1 ff. (4, 7, 12).

<sup>4</sup> Gunther Teubner, Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, in: ARSP 68/1982, S. 13 ff.; ders., Verrechtlichung. Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Frankfurt/M. 1985, S. 289 ff.; Gunther Teubner/Helmut Willke, Dezentrale Kontextsteuerung im Recht intermediärer Verbände, in: Rüdiger Voigt (Hg.), Verrechtlichung, Königstein/Ts., 1980, S. 46 ff.; dies., Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 5/1984, S. 4 ff.

<sup>5</sup> Niklas Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt/M. 1984, S. 600 f.

gesellschaftlichem Subsystem durchaus gegenläufige Intentionen gewinnen können – so kann z. B. ein politisch-rechtlicher Eingriff in die Selbstreferentialität des Wirtschaftssystems (Mitbestimmungsregelungen etc.) notwendig sein, um der Autonomie der Akteure auch nur eine Chance zu eröffnen –, ist eine weitere Mühe und Anstrengung des Begriffs vielleicht nicht unergiebig. Folgt man zunächst der Luhmannschen Terminologie, so meint »Reflexivität« die Anwendung eines Prozesses auf sich selbst, wobei der Prozeß sich durch die Unterscheidung Vorher/Nachher unter der Bedingung der Selektivitätsverstärkung konstituiert.<sup>5</sup> In diese Begrifflichkeit geht etwa das ein, was Luhmann in weniger abstrakten Phasen seiner Theorieproduktion unter den Stichworten »reflexive Mechanismen«<sup>6</sup> oder »reflexive Institutionalisierung«<sup>7</sup> abgehandelt hatte: Lernen des Lerneos, Normierung der Normsetzung, Planen der Planung, Entscheiden über Entscheidungen, bzw. Institutionalisierung des Prozesses der Institutionalisierung (dazu unten). »Reflexion« hingegen bedeutet Luhmann zufolge den Bezug eines Systems als ganzem auf sich selbst, seine Selbstdefinition im Unterschied zu seiner Umwelt.<sup>8</sup> Vergleicht man die Bedeutungen von »Reflexivität« und »Reflexion« miteinander, so ergibt sich für die anstehende Problemstellung, daß eine Dominanz des letzteren Aspekts jedenfalls zu einer Konzeption von »reflexivem« Recht führen muß, die ausschließlich systemische Autonomie intendiert.

Diese Version wird denn auch – unerachtet aller »Verwechslungen und Verquickungen« in der Diskussion<sup>9</sup> – am reinsten von Luhmann selbst formuliert: Der Bezug jedes Systems auf sich selbst unter Abwesenheit aller externen Kriterien der Selbstbestimmung, die Reproduktion der Elemente jedes Systems auf rekursiv geschlossene Weise durch die Elemente des Systems selbst machen Autonomie wie Autopoiesis von Systemen aus.<sup>10</sup> Nichts anderes als Beachtung dieser selbstreferentiellen Struktur von Systemidentität meint dann Reflexion. Entsprechend kann Luhmann zufolge reflexives Recht nur »selbstreflexives« Recht sein, das in der Art seiner eigenen Reproduktion der autopoietischen Reproduktion aller gesellschaftlichen Systeme Rechnung trägt.<sup>11</sup> Das bedeutet aber, daß die wichtigste Perspektive in Teubners Konzept, die Regulierung von Selbstregulierung, »unvorstellbar« wird. Vielmehr liegt die reflexive Steuerung »nicht in den Händen des Staates, sondern in den Händen der Betroffenen«, die in großem Ausmaß auf die Inanspruchnahme von Recht verzichten.<sup>12</sup> Diese empirisch gut belegbare Feststellung hat indessen zugleich präskriptive Charakter, wie Luhmanns geäußerte Hoffnung auf »vermehrt(e)« Reflexion des Rechts<sup>13</sup> zum Ausdruck bringt, und gewinnt so eine grundsätzliche Dimension. Da der spezifische Code des Rechts auf Regelung eingestellt ist, läuft Luhmanns Forderung darauf hinaus, daß die Autopoiesis aller übrigen gesellschaftlichen Systeme, die sich nach je eigenem Code bestimmen, den Code des Rechtssystems austrocknet. Zurück bleibt die nur noch symbolische Funktion des Rechts. Daran wird auch die Ungleichwertigkeit der verschiedenen Subsysteme der Gesell-

<sup>5</sup> A. a. O., S. 601, 610ff.

<sup>6</sup> Ders., Reflexive Mechanismen, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 1, Opladen 1970, S. 92 ff.

<sup>7</sup> Ders., Institutionalisierung – Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft, in: Helmut Schelsky (Hg.), Zur Theorie der Institutionen, Düsseldorf 1970, S. 27 ff.

<sup>8</sup> Ders., Soziale Systeme (Anm. 4), S. 601 f.

<sup>9</sup> Sogar Luhmann verirrt sich gelegentlich im Gestrüpp der eigenen Begrifflichkeit, z. B.: Einige Probleme ... (Anm. 2), S. 2. – Bei Teubner/Willke, Kontext und Autonomie ... (Anm. 3) dagegen steht ganz überwiegend »Reflexion«; vielleicht drückt sich darin gegen die Absicht der Autoren die Marginalisierung der rezipierten Kritischen Theorie im Konzept »reflexiven Rechts« aus.

<sup>10</sup> Niklas Luhmann, Einige Probleme ... (Anm. 2), S. 4.

<sup>11</sup> A. a. O., S. 7f.

<sup>12</sup> A. a. O., S. 7, 12.

<sup>13</sup> A. a. O., S. 8.

schaft bei Luhmann deutlich: Die gelegentlich als »materialistisch« mißverstandenen Formulierungen von der gesellschaftlichen Bedingtheit des Rechts und dem Primat der Ökonomie hatten bei Luhmann nie einen anderen Sinn als den der absoluten Sicherung der Autopoiesis des Wirtschaftssystems im Kontext totaler Deregulierung.<sup>14</sup>

Diese Variante reflexiven Rechts ist nicht auf die quasi monadologische Spätphase des Luhmannschen Werkes beschränkt. In einer weit zurückliegenden Schrift setzt Luhmann als zentrale Kategorie der politischen Verfassung an die Stelle von – überholter – Repräsentation und Partizipation: Reflexion.<sup>15</sup> In bezug auf Systemdifferenzierung wird hier noch formuliert, Reflexion bedeute »(im Unterschied zu Anpassung), daß die Teilsysteme ihre Eignung als Umwelt anderer Systeme im Prozeß ihrer Selbstbestimmung mitberücksichtigen«.<sup>16</sup> Als schlechte Umwelt verhält sich z. B. das politische System zur Gesellschaft, indem der kurzperiodische Zeitrhythmus der politischen Wahlen nicht mit den längerfristigen gesellschaftlichen Zeithorizonten harmoniert.<sup>17</sup> Die als Kompatibilität konkretisierte Reflexion, d. h. die Respektierung der je spezifischen Struktur und Autonomie der Subsysteme durch die jeweiligen Umwelten, gilt generell. Indem aber dies allgemeine Prinzip zugleich die spezifische Struktur der Verfassung sein soll, bedeutet dies, daß die Verfassung überhaupt keine eigene Struktur hat. Die Verfassung als Inkarnation des Kompatibilitätsprinzips hat also sich selbst als geeignete Umwelt für die gesellschaftlichen Subsysteme zu erweisen – nicht umgekehrt; Verfassungsnormen können durch die Eigengesetzlichkeit der Wirtschaft in Frage gestellt werden – nicht umgekehrt. Auch hier entscheidet die Gesellschaft selbst, wieviel Verfassungsrecht sie vertragen kann. Wieder erscheint als Kern von Luhmanns Reflexionsbegriff die Reduktion des (Verfassungs-)Rechts auf seine symbolische Funktion.

Die Konzeption von Teubner und anderen hingegen ist anhaltend an der (indirekten) Steuerungsfunktion des Rechts interessiert. Ihre Bestimmung reflexiven Rechts oszilliert zwischen »Reflexion« und »Reflexivität«. Ehe die Besonderheiten dieses Lösungsvorschlags im Zusammenhang (II) dargestellt werden können (wobei auch ein verwandter Ansatz von Ladeur behandelt werden soll), ist Luhmanns Ausformulierung des Kontrastbegriffs »Reflexivität« weiter zu verfolgen (I). Es könnte sein, daß hier ein spezifischer Aspekt, nämlich das Auseinanderziehen von Entscheidungen über Entscheidungsprämissen und Entscheidungen über Inhalte, ein Prinzip enthält, das rechtsstaatlicher Institutionalisierung zugrundeliegt und zugleich in einem weitergehenden Sinne praktisch-freiheitssichernde Dimensionen des Rechts eröffnet. Dies ist allerdings ein Moment, das nicht nur sämtliche Intentionen der Systemtheorie transzendent, sondern auch durch die faktische Rechtsentwicklung der Gegenwart zunehmend in Frage gestellt wird. Sollte die Untersuchung dieses überschließende Moment freilegen können, so wäre ein Kriterium gewonnen, dem auch eine demokratische Konzeption reflexiven Rechts zu entsprechen hätte, indem sie die Autonomie der Akteure mit der autonomen Rechitssetzung in gesellschaftlichen Teilbereichen verbindet. Jedes Konzept einer demokratischen Deregulierung trifft freilich auf gegenläufige Deregulierungstendenzen, die in der gegenwärtig herrschenden Rechtssstruktur angelegt sind. Letztere stellen durch wachsende Entformalisierung und Unbestimmtheit des Rechts in den gegenwärtig wichtigsten

<sup>14</sup> Zu letzterem Aspekt s. jetzt: Ingeborg Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, S. 311, 313.

<sup>15</sup> Niklas Luhmann, Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems, in: Der Staat 12/1973, S. 1 ff., 165 ff. (172).

<sup>16</sup> A. a. O., S. 179.

<sup>17</sup> A. a. O., S. 12 ff.

Materien (Planungsrecht, Sozialrecht, Umweltrecht) nicht nur die strukturelle Freiheitssicherung des klassisch-rechtsstaatlichen Institutionenarrangements und die demokratisch rudimentär noch vermittelte Gesetzesbindung der Staatsapparate in Frage, sondern bringen auch den Lösungsvorschlag einer Demokratisierung und Vergesellschaftung der Rechtssetzung in die paradoxe Gefahr, alle herrschenden Entmündigungstendenzen zu bestätigen. Auch in dieser Hinsicht könnte das angesprochene Kriterium hilfreich sein.

### *1. »Reflexive Institutionalisierung« als zentrale Dimension des klassischen Rechtsstaates und der Formwandel des Rechts im 20. Jahrhundert*

Reflexivität wurde als Organisationsprinzip des modernen Verfassungsstaates von Luhmann mit großer Präzision, wenn auch unter Ausblendung der demokratischen Implikationen des bürgerlichen Rechtsstaates<sup>18</sup>, herausgearbeitet: In dem Maße, in dem traditionale und material-naturrechtliche Begründungen politischer Institutionen hinfällig werden, geraten diese in den Sog der Positivierung des Rechts. Die politisch-rechtliche Integration der modernen Gesellschaft wird über eine »reflexive« Institutionalisierung geleistet, die sich zunächst auf institutionalisierende Verfahren und erst sekundär auf sachliche Rechtsentscheidungen bezieht.<sup>19</sup> Auf der Ebene der »Normierung der Normsetzung« konstituieren sich rechtsetzende und (mittelbar) rechtsanwendende und -vollziehende Institutionen wesentlich durch Organisations- und Verfahrensrecht, das die Bedingungen ihrer inhaltlichen Entscheidungstätigkeit strukturiert.<sup>20</sup> Die Stabilität dieses institutionellen Arrangements bei prinzipiell beliebiger Abänderbarkeit allen Rechts beruht Luhmann zufolge auf dieser Differenzierung zwischen institutionalisierenden Entscheidungsprämissen und den inhaltlichen Entscheidungen selbst sowie auf der Differenzierung zwischen den Entscheidungsverfahren: Im laufenden Entscheidungsprozeß (z. B. der Gesetzgebung oder dem Strafverfahren) darf nicht zugleich über die »Spielregeln« dieses Prozesses (z. B. Geschäftsordnung des Bundestages, Verfassungsbestimmungen über Gesetzgebung oder die Strafprozeßordnung) mitentschieden werden; in laufenden Gerichtsverfahren dürfen die im Gesetzgebungsverfahren permanent zu ändernden Rechtsnormen nicht geändert werden.<sup>21</sup> Damit sind die systemischen Stabilitätsbedingungen rechtsstaatlicher Institutionalisierung im Kontext wachsender Dynamisierung aller gesellschaftlichen Verhältnisse und Rechtsentscheidungen angegeben, noch nicht aber ihre freiheitssichernden und demokratischen Implikationen formuliert.

Freiheitssichernd in dem zunächst bescheidenen Sinne des Schutzes vor willkürlicher Macht ausübung wirkt in der Tat das Auseinanderziehen von Entscheidungsprämissen und inhaltlichen Entscheidungen. Dieses Prinzip wirkt zugleich im Sinne einer Selbstüberlistung interessierter Egoisten, die der politische Willensbildungsprozeß notorisch rekruiert. Weder die Enthaltung von Willkürakten noch die Abstraktion von Interessen wird im Verfassungsstaat als subjektive Leistung den

<sup>18</sup> Dazu Ingeborg Maus, *Rechtstheorie* (Anm. 14), S. 11 ff.

<sup>19</sup> Niklas Luhmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt/M. 1981, S. 113 ff. (122 ff.); ders., *Institutionalisierung* (Anm. 7), S. 34 ff.; ders., *Reflexive Mechanismen* (Anm. 6), S. 92 ff.

<sup>20</sup> Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl. Opladen 1983, S. 214.

<sup>21</sup> A. a. O., S. 234 ff.

Beteiligten abverlangt, sondern im institutionellen Arrangement strukturell (bis zu einem gewissen Grade) gesichert: Zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung müssen die Rechtssetzungsprozeduren in Unkenntnis der konkreten (interessenvernetzten) Gesetzesvorhaben, die nach ihrer Maßgabe künftig zur Entscheidung anstehen, festgelegt werden. Des weiteren darf im Gesetzgebungsakt selbst der konkrete Fall noch nicht bekannt sein, auf den das Gesetz künftig Anwendung findet. Umgekehrt sollen die im Gesetzgebungsverfahren zustandegekommenen Rechtsnormen im Gerichtsverfahren nicht geändert werden, eben weil man hier den Fall kennt. – Ist hinsichtlich rückwirkender Gesetze dieses Konstrukt der Freiheitssicherung noch im gegenwärtigen Bewußtsein vorhanden, so fehlt von ihm angesichts heutiger Selbstprogrammierung der Justiz jede Spur.

Die demokratische Implikation reflexiver Institutionalisierung des Rechtsstaats bestand in der absoluten Suprematie der Gesetzgebung gegenüber allen übrigen Staatsfunktionen. Das fröhburgerliche Gewaltenteilungsschema implizierte nicht Souveränitätsteilung, sondern identifizierte (Volks-)Souveränität mit Gesetzgebung. Über das Gesetz als Ausdruck der volonté générale sollten die Herrschaft ausübenden Staatsapparate dem Willen der Beherrschten subsumiert werden.<sup>22</sup>

Dies hatte eine Rechtsstruktur zur Voraussetzung, die jedenfalls im 20. Jahrhundert nicht mehr existiert. Der »Vorrang des Gesetzes« ist nur dort gegeben, wo seine inhaltliche Bestimmtheit Justiz und Verwaltung tatsächlich programmiert.<sup>23</sup> Waren die von den Revolutions-Gesetzgebern an die Justiz adressierten Interpretationsverbote schon insoweit illusionär, als sie nicht einmal die semantischen Spielräume auch inhaltlich bestimmten Rechts in Rechnung stellten, so setzten sich im 19. Jahrhundert selbst unter der rechtspositivistischen Doktrin strenger Gesetzesbindung der Justiz Formen apogrypher richterlicher Anpassungen des Rechts an gesellschaftliche Entwicklungsprozesse durch, die im 20. Jahrhundert mit der Ausweitung des Instrumentariums juristischer Methodik in die offene Selbstprogrammierung der Justiz zum Zwecke nicht mehr langfristiger Anpassung, sondern situativer Dynamisierung des Rechts umschlugen.<sup>24</sup>

Die Justiz ist insofern diejenige politische Institution, die sich aus eigener Kraft besonders früh und gründlich gegen rechtliche Normierung verselbständigte und schließlich in der Wahrnehmung eines richterlichen Prüfungsrechts bzw. der (mit Ausnahme der USA) erst im 20. Jahrhundert vordringenden verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle – die wiederum durch verfassungsgesetzliche Einzelbestimmungen nicht zu programmieren ist<sup>25</sup> – sich über den einst »souveränen« Gesetzgeber setzte.

22 Art. 4 und 9 der Französischen Verfassung von 1793.

23 Insofern liegt in der inhaltlichen Bestimmtheit des Gesetzes seine eigentliche demokratisch-rechtsstaatliche Qualität, während seine strikte »Generalität« eher als ein Mythos bezeichnet werden kann, für den auch die klassisch-liberale Rechtsstaatstheorie kaum Anhaltspunkte bietet (vgl. Maus, Rechtstheorie, (Anm. 14), S. 11 ff.). Franz Neumann, der Generalität und inhaltliche Bestimmtheit gleichermaßen als wesentliche Merkmale des rechtsstaatlichen Gesetzes bezeichnet (Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft – 1937 –, in: ders., Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt/ M. 1967, S. 7 ff.) wird neuerdings als Vertreter eines verfallslogischen Denkens kritisiert (Karl-Heinz Ladeur, »Abwägung« – ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 69/1983, S. 463 ff., S. 473 und: Friedhelm Hasc/M. Rucic, Dekadenz der Rechtsentwicklung?, in: Leviathan 11/1983, S. 200 ff., 204 ff.), das das Gesetz in seiner abstrakt-allgemeinen Struktur als Grundform des Rechts begreife und von daher die moderne Rechtsentwicklung als Dekadenzerscheinung bestimme. Dieser Einwand setzt sich allerdings nicht mit der Funktionsweise der Rechtsbestimmtheit auseinander.

24 Dazu Ingeborg Maus, Zur Problematik des Rationalitäts- und Rechtsstaatspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in: Wolfgang Abendroth/B. Blanke/U. K. Preuß u. a., Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft. Festschrift für Helmut Ridder zum 60. Geb., Frankfurt/M. 1981, S. 153 ff.

25 Z. B. BVerfGE 1, 14, 32.

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung existiert das Problem in potenziierter Form. Als Verselbständigung der Verwaltung gegen ihre Gesetzesbindung ist dabei nicht schon die bekannte Tatsache anzusehen, daß der überwältigende Anteil der Verwaltungsexpertokratie an der Gesetzgebung das klassische Gewaltenteilungskonzept zur Fiktion macht.<sup>26</sup> Solange die von der Verwaltung erarbeiteten Gesetze parlamentarischen Abänderungs- und Kontrollverfahren unterliegen und später als Maßstab der Überprüfung des Verwaltungshandelns dienen, ist die gesetzliche Programmierung der Verwaltung noch gewährleistet. Diese wird erst in Frage gestellt durch die besondere Struktur der Rechtsnormen, die sich im Zeichen des anhaltenden sozialstaatlichen Verrechtlichungsschubs<sup>27</sup> an die moderne Verwaltung adressieren. Sie sind heute von einer Unbestimmtheit, daß sie weder als »Schranken« noch als »Grundlagen« des Verwaltungshandelns wirken können.

Paradoxerweise verbindet sich gerade die regulative Politik des aktiv sozialgestaltenden Staates mit einer Gesetzesstruktur, in der der Zwangscharakter des Rechts zurücktritt. Während ein Staatshandeln liberaler Formation, das sich auf die Garantie der äußeren Rahmenbedingungen des gesellschaftlichen Prozesses beschränkte, in seinen Rechtsnormen berechenbare Folgen auf exakt umschriebene Tatbestände unnachsichtig ankündigte, favorisiert das sozialstaatliche Handeln in der Absicht des Bewirkens gesellschaftlicher Wirkungen zweckorientiertes Recht, das hinsichtlich des formulierten Zwecks mehrere Handlungsalternativen zuläßt. In dieser Umstellung regulativen Rechts von konditionaler auf Zweckprogrammierung<sup>28</sup> liegt zunächst eine Erweiterung der Handlungsspielräume der öffentlichen Verwaltung, die nicht ohne Konsequenz für ihre Umweltbeziehungen und ihre Binnenstruktur bleibt. Aber die Tatsache überhaupt, daß die typischen Rechtsnormen der Gegenwart nicht vollziehbar sind, verändert das Verhältnis zwischen den staatlichen Apparaten und desavouiert die freiheitssichernden und demokratischen Implikationen rechtsstaatlicher Reflexivität.

In den Politikbereichen des Steuerungsstaates dringen Gesetze mit äußerst offenen Formulierungen vor.<sup>29</sup> So enthalten das Bundesbaugesetz und das Städtebauförderungsgesetz jeweils unter § 1 Kataloge von Zielformeln, die bei der Aufstellung von Bauleitplänen zu berücksichtigen bzw. bei Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen zu verwirklichen sind, wie »die Belange des Bildungswesens«, »die Belange des Umweltschutzes«, »die Belange des Naturschutzes«, »die Belange der Wirtschaft, der Energie-, Wärme- und Wasserversorgung sowie der Land- und Forstwirtschaft«, »die Belange des Verkehrs ...«. Wie die exemplarische Auswahl lediglich aus dem Bundesbaugesetz zeigt, sind die Zielformeln nicht nur in sich äußerst unbestimmt und ausfüllungsbedürftig, sondern auch untereinander inkompatibel. Der Verwaltung wird es überlassen, »die öffentlichen und privaten Belange gegen- einander und untereinander gerecht abzuwägen« (§ 1 Abs. 7 BBauG; entsprechend § 1 Abs. 4 StBauFG). Die Verwaltung hat des weiteren die Öffentlichkeit »in

<sup>26</sup> Erhard Blankenburg/Klaus Lenk (Hg.), *Organisation und Recht. Organisatorische Bedingungen des Gesetzesvollzugs*. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 7, Opladen 1980, S. 9.

<sup>27</sup> Vgl. die Analyse der historischen Verrechtlichungsschübe bei Jürgen Habermas, *Theorie kommunikativen Handelns*, 2 Bde., Frankfurt/M. 1981, Bd. II, S. 524. Mit guten Gründen bezeichnet Gunther Teubner den sozialstaatlichen Verrechtlichungsschub als das Verrechtlichungsphänomen im engeren Sinne: Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler (Hg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt/M. 1985, S. 289 ff. (302).

<sup>28</sup> Luhmann, Rechtssoziologie (Anm. 20), S. 220f., 227ff.

<sup>29</sup> Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 30/1972, S. 43 ff. (48); Werner Hoppe, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, in: Deutsches Verwaltungsbatt 89/1974, S. 641 ff.; Hans Alexy/J. Gotthold, Verwaltung zwischen konditionaler Programmierung und eigener Verwaltungsverantwortung. Zur Lage der Verwaltung bei der Ausführung von Planungsgesetzen, in: Voigt (Hg.), *Verrechtlichung* (Anm. 3), S. 200 ff. (202 f.).

geeigneter Weise und möglichst frühzeitig« zu informieren und »kann« bestimmen, »in welcher Art und Weise, in welchem räumlichen Bereich und innerhalb welcher Frist die Bürger zu beteiligen sind« (§ 2a Abs. 2 und 3 BBauG). Daß die große Freiheit der »Abwägung«, die das Gesetz der Verwaltung einräumt, über die gleichzeitig eingebauten Verfahrensnormen letztlich als neue Freiheit der Bürgerbeteiligung bzw. Demokratisierung der Verwaltung qua Kompensation ihrer verlorenen Gesetzesbindung sich auswirke, ist angesichts der Vagheit auch der Verfahrensnormen zu bezweifeln. Selbst bei etwas genaueren Verfahrensregelungen in anderen Verwaltungsbereichen belegen empirische Untersuchungen über sog. »Vorverhandlungen«<sup>30</sup> die Asymmetrie der Kommunikationschancen für die betroffenen unterschiedlichen Interessen.

In den heiklen Regelungsbereichen des Umweltrechts trifft die Verwaltung auf einen so großen Gegensatz zwischen stärksten ökonomischen Interessen und allgemeinsten bis regionalen Umweltinteressen, daß ihr Instrumentarium der »Abwägung«<sup>31</sup> zur eher stumpfen Waffe wird. Gerade auch in diesen Materien dringen typische Gesetzesattrappen vor, die in ihren wichtigsten Bestimmungen nichts bestimmen, sondern – wie das Bundes-Immissionsschutzgesetz – einerseits die an umweltbelastende Betriebe etc. zu richtenden Auflagen an den jeweiligen »Stand der Technik« (§ 3 Abs. 6, § 5 BImSchG) binden, andererseits zahlreiche Ermächtigungen an die Bundesregierung aussprechen (§§ 7, 23, 32–35, 43, 48 BImSchG), durch Rechtsverordnungen technische Anforderungen oder Grenzwerte für Emissionen etc. jeweils nach Anhörung »der beteiligten Kreise« festzulegen und Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Die eigentliche – allerdings wiederum höchst vage – Regelung des Gesetzes besteht hier, wie in vielen vergleichbaren Rechtsmaterien, in der Vergabe von Verhandlungspositionen<sup>32</sup>, die die Mitwirkung des industriellen Sachverständes bei den inhaltlichen Regelungen sichert. Die Durchsetzung der auf dieser Ebene getroffenen Entscheidungen kann in der Anwendungssituation noch einmal im Hinblick auf den unbestimmten Rechtsbegriff »Stand der Technik« abgeschwächt werden, einen Rechtsbegriff, der größere Verhandlungsspielräume der Verwaltung<sup>33</sup> und steigende Definitionsmacht der Industrie zugleich eröffnet.

Die allgemein beobachtete Tatsache, daß bei der Durchsetzung von Umweltrecht nicht die strikte Anwendung seitens der Behörden, sondern »Verhandlungen über die Höhe und den Zeitpunkt der einzuhalgenden Normen den Gesetzesvollzug prägen« und dabei öfter die Betriebe als die Behörden ihre Ziele durchsetzen können<sup>34</sup>, ist – wie mit guten Gründen dargetan wurde<sup>35</sup> – in der Struktur umweltrechtlicher Normen selbst schon angelegt: Die Einflußnahme industrieller Interessen auf den Gesetzgebungsprozeß konzentriert sich auf die »Verwässerung« der Normen, die Festsetzung »interessenkonformer Ministerialzuständigkeiten« und das Votum für »eine möglichst weitgehende Disponibilität des Steuerungsniveaus (Bund/Länder) für nachparlamentarisch stattfindende Verwaltungsprogrammie-

<sup>30</sup> Eberhard Bohne, *Informelles Verwaltungshandeln im Gesetzesvollzug*, in: Blankenburg/Lenk (Hg.), *Organisation und Recht* (Anm. 26), S. 20 ff. (29).

<sup>31</sup> Ladeur, »Abwägung« (Anm. 23), S. 463 ff. behandelt diese in der Tat zentrale Kategorie des gegenwärtigen Staatshandelns affirmativ.

<sup>32</sup> Peter Knopf/H. Weidner, *Normbildung und Implementation: Interessenberücksichtigungsmuster in Programmstrukturen von Lufstreinhaltepolitiken*, in: Renate Mayritz (Hg.), *Implementation politischer Programme*, Königstein/Ts. 1980, S. 82 ff. (83).

<sup>33</sup> Jochen Hucke/A. A. Ullmann, *Konfliktregelung zwischen Industriebetrieb und Vollzugsbehörde bei der Durchsetzung regulativer Politik*, in: Mayritz (Hg.), *Implementation* (Anm. 32), S. 105 ff. (109).

<sup>34</sup> A. a. O., S. 121, 106.

<sup>35</sup> Peter Knopf, *Verrechtlichung und Interesse. Interessenberücksichtigungsmuster in drei Grundtypen von Verrechtlichungsstrategien aus der Umwelt-, Risiko- und Bildungspolitik*, in: Voigt (Hg.), *Verrechtlichung* (Anm. 3), S. 77 ff. (84); ders./Weidner, *Normbildung* (Anm. 32), S. 88 ff.

rung«. Die starke Verhandlungsmacht, die Ermittlungen auf Grund ihres Informationsvorsprungs, des Drohpotentials der Standortwahl und des Arbeitsplatzarguments zur Verfügung steht, erklärt ihr Interesse an konkreten Einigungsprozessen mit den Verwaltungen unterhalb der Ebene von Gesetzen, in denen zuvor ihre Entregelungsstrategien zum Zuge gekommen sind. Die Verdoppelung faktischer gesellschaftlicher Machtverhältnisse durch inhaltlich unbestimmtes Recht<sup>16</sup> wird denn auch durch Ergebnisse der Implementationsforschung bestätigt. Angetreten unter der reformpolitischen Perspektive, die Ursachen für Vollzugsdefizite bei gesetzgeberischen Innovationen zu eruieren<sup>17</sup>, kommt sie u. a. zu der Erkenntnis, den Begriff des Implementationsdefizits relativieren zu müssen<sup>18</sup>, weil oft gerade bei Nicht-Eintreten der bezeichneten Wirkungen eines Gesetzes in etwa das implementiert wurde, was das Gesetz enthielt: Die implementationshemmenden Interessen sind in die entformalisierten Teile des Programms mit eingebaut.

Die Unbestimmtheit des gegenwärtigen Rechts hat weitreichende Folgen für das reflexive Arrangement der politischen Institutionen. Was zunächst die inhaltliche Offenheit der Gesetzesbestimmungen (noch nicht die Vagheit ihrer eingelagerten Organisations- und Verfahrensregelungen) angeht, so verändert diese nicht nur die Beziehungen zwischen Verwaltung und Gesetzgebung, sondern auch das Verhältnis zwischen Verwaltung und Justiz. In der zunehmenden Desillusionierung der Formel von der »Gesetzesbindung« der Verwaltung ist die Entdifferenzierung von programmierendem und programmiertem Entscheiden, von Politik und Verwaltung überhaupt angelegt.<sup>19</sup> Die weitgehende Emanzipation der Verwaltung von präzisen legislativen Vorentscheidungen setzt »verwaltungseigene Politik« und verwaltungsinternen Opportunismus als laufende eigenständige Entscheidung über situativ wechselnde Präferenzen angesichts konfliktierender gesellschaftlicher Werte frei.<sup>20</sup> Die erweiterten Handlungsspielräume der Verwaltung werden aber nicht nur von starken gesellschaftlichen Interessen teilweise okkupiert, sondern auch von den Verwaltungsgerichten. Diese behandeln Zweckformeln und Leitsätze des Planungsrechts als unbestimmte Rechtsbegriffe, deren »Auslegung« und »Anwendung« durch die Behörden – etwa die Berücksichtigung der Belange der Wirtschaft, des Landschaftsschutzes und des Verkehrs bei der Bauleitplanung durch eine Gemeinde – voll überprüfbar sei.<sup>21</sup> Damit ist nicht etwa eine Restauration »subsumtionären« Denkens eingeleitet<sup>22</sup>, weil diese gesetzlichen Begriffe Subsumtionen schließlich nicht zulassen. Sie sind aber auch als Maßstäbe verwaltungsgerichtlicher Kontrolle jenseits enger Subsumtionskonzepte nicht mehr einsetzbar. Die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte hat denn auch in den relevantesten Regelungsbereichen des modernen Rechts kaum noch den Charakter von Rechtsprechung. Insofern das offene Recht weder Verwaltung noch Verwaltungsgerichte programmiert, fungieren letztere nicht mehr als Prüfungsinstanzen der »Gesetzmäßigkeit der Verwaltung«, sondern treten mit dieser in Konkurrenz um die inhaltliche Ausfüllung des Rechts. Die vom Gesetzgeber nicht getroffenen politischen Entscheidungen werden ja nach Lage des Falles zwischen Verwaltungen und Verwaltungsgerichten hin und her geschoben oder wechselseitig usurpiert – eine Situation, in der die Gerichte jeden-

<sup>16</sup> Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, 2. Aufl. München 1980, S. 8 ff.

<sup>17</sup> Mayntz, *Implementation* (Anm. 32), S. 2.

<sup>18</sup> Knoepfle/Weidner, *Normbildung* (Anm. 32), S. 101.

<sup>19</sup> Niklas Luhmann, *Opportunismus und Programmatik in der öffentlichen Verwaltung*, in: ders., *Politische Planung*, Opladen 1971, S. 165 ff. (167, 172 ff.).

<sup>20</sup> A. a. O., S. 166 ff.

<sup>21</sup> Hoppe, *Struktur* (Anm. 29), S. 642.

<sup>22</sup> So aber Hoppe ebd.

falls zunehmend selbst Verwaltungsfunktionen auf Kosten ihrer rechtsstaatlichen Kontrollfunktionen übernehmen.

In diesem Zusammenhang ist das Paradoxon schon angelegt, daß in dem eminent »justizstaatlichen« System der Bundesrepublik die eigentliche Justizfunktion rückläufig ist. Daß die Justiz – eine frühe Prognose Max Webers<sup>43</sup> überrundend – zum bloßen Komplement des Verwaltungshandelns sich entwickelt, gilt auch für die scheinbar *so* abgehobene Verfassungsgerichtsbarkeit. Indem das Bundesverfassungsgericht die Grundrechte der Verfassung zu einer »objektiven Wertordnung« transformiert, deren Bestandteile es untereinander und mit zu »Rechtsgütern« entgrenzten einfachen Gesetzen je nach den Umständen des Einzelfalles zur »Abwägung« bringt<sup>44</sup>, gewinnt es einerseits eine hohe Autonomie nicht nur gegenüber verfassungsrechtlichen Einzelbestimmungen, sondern auch im Verhältnis zur selbstgeschaffenen<sup>45</sup> Wertordnung. Die Entgrenzung der Normbereiche von Einzelgrundrechten und Gesetzen durch deren Verwandlung in Werte und Rechtsgüter erlaubt es dem höchsten Gericht, ihre Grenzen und Inhalte jeweils situativ zu bestimmen.<sup>46</sup> Das Gericht vermeidet jede Selbstbindung, indem es eine Bindung an ein Wertesystem behauptet, dessen Rangordnung es immer erst im Einzelfall feststellt.<sup>47</sup> Damit aber praktiziert das Bundesverfassungsgericht genau jene »opportunistische Behandlung von Werten«, die Luhmann<sup>48</sup> als zentrale Strategie moderner Verwaltung beschrieb.

Daß unter dem Schleier einer Werte-Judikatur das Bundesverfassungsgericht nicht nur seine eigene Tätigkeit dem Verwaltungshandeln annähert, sondern auch Grundsätze des Verwaltungshandelns für sämtliche politischen Instanzen generalisiert und die Rechtsstruktur insgesamt verwaltungsadäquat umpolst, wird freilich in vielen einzelnen Argumentationsfiguren deutlicher. Dies gilt z. B. für den die Verfassungsrechtsprechung schlechterdings beherrschenden Grundsatz der »Verhältnismäßigkeit«.<sup>49</sup> Er wird vom Bundesverfassungsgericht, da er einzelnen Verfassungsnormen nicht entnommen werden kann, aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit deduziert<sup>50</sup>, stammt aber ursprünglich aus dem Verwaltungsrecht. Hatte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dort die Funktion, die Ermessensspielräume bei polizeilichen Eingriffen zu rationalisieren, indem er bei jeder Freiheitsbeschränkung ein angemessenes Verhältnis zwischen Ziel und Mittel auch in dem Sinne verlangte, daß unter mehreren geeigneten Mitteln das freiheitsschonendste zu wählen sei, so gewinnt er in der Anwendung auf die Gesetzgebung einen höchst ambivalenten Charakter. Unter dem Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips hält das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber einerseits, nämlich im Abtreibungsurteil, um der Effizienz des Rechtsgüterschutzes willen zum Gebrauch des schärfsten Mittels des Strafrechts an<sup>51</sup>, andererseits, z. B. bei gesetzgeberischen Eigentumseingriffen, läßt es den

43 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln/Berlin 1964, S. 498.

44 Seit BVerfGE 7, 198.

45 Das Bundesverfassungsgericht weist der Rechtsprechung insgesamt die Aufgabe zu, »Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren« (BVerfGE 34, 269, 287).

46 Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, Opladen 1975, S. 80.

47 Erhard Denninger, *Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung*, in: Mehdi Tohudipur (Hg.), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*, Frankfurt/M. 1978, S. 163 ff. (167).

48 Luhmann, *Opportunismus* (Anm. 39), S. 166 ff.; ders., *Rechtssoziologie* (Anm. 20), S. 329.

49 Vgl. Rudolf Wiethölter, *Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht*, in: KJ 18/1985, S. 126 ff. (139).

50 Z. B. BVerfGE 39, 1, 47.

51 BVerfGE 39, 1, 45 ff.

freiheitsbeschränkenden Eingriff des Gesetzgebers nur als »ultima ratio« zu, wobei es ganz ausdrücklich die für Administrativentscheidungen entwickelten Grundsätze auf die Legalentscheidung überträgt.<sup>52</sup> Die große Entscheidungsfreiheit, die das Gericht mit Hilfe selbstgeschaffener Kontrollmaßstäbe entwickelt, beschränkt umgekehrt den Gesetzgeber auf den Aktionsradius einer nachgeordneten Verwaltungsbehörde. Die Überprüfung nicht mehr der Verfassungsmäßigkeit, sondern der Verhältnismäßigkeit von Gesetzen entzieht dem Gesetzgeber die demokratisch legitimierte Entscheidung über politische Zwecke im Rahmen der Verfassung und unterstellt ihn den aus der Verfassung deduzierten Zwecksetzungen des Bundesverfassungsgerichts, wobei ihm in der Wahl der Mittel – wiederum verwaltungstypisch – »Ermessensspielräume«<sup>53</sup> eingeräumt werden. Das Bundesverfassungsgericht unterwirft aber nicht nur sich selbst und den Gesetzgeber einzelnen Prinzipien des Verwaltungshandelns, sondern leistet durch seine prinzipielle Flexibilisierung des Rechts, die der Situativität des Verwaltungshandelns entgegenkommt, einen wesentlichen Beitrag zur verwaltungsadäquaten Umstellung der gesamten Rechtsstruktur.

Der gegenwärtige Zusammenbruch rechtsstaatlicher Reflexivität, die in der Differenzierung politischer Entscheidungsverfahren einmal angelegt war, durch die tendenzielle Einebnung allen Staatshandelns auf das Niveau von Verwaltungstätigkeit ist wesentlich durch die Entformalisierung der Rechtsstruktur vermittelt. Trotz wachsender »Normenflut« bewirkt der Trend zur Unbestimmtheit der Gesetze, daß sämtliche staatlichen Apparate das Geschäft der inhaltlichen Rechtssetzung unter konkreten Rechtsanwendungsbedingungen selbst übernehmen, während ihre »Gesetzesbindung« im Zeitalter umfassender Verrechtlichung zum legitimatorischen Schein verkommt. Dadurch ist nicht nur die ohnehin rudimentäre demokratische Kontrolle des Gesetzgebers leerlaufend, weil dessen Entscheidungen die »anwendenden« Instanzen nicht mehr programmieren, sondern auch die strukturelle Freiheitssicherung hinfällig, die in der abgestuften Unkenntnis konkreter Entscheidungsadressaten im rechtsstaatlichen Instanzenzug bestand. Die expertokratische Ausformulierung von Prinzipien der Fairneß und Gerechtigkeit bei Rawls<sup>54</sup> erscheint unter diesem Aspekt als eine theoretische Reaktion auf den Zusammenbruch rechtsstaatlicher Reflexivität im 20. Jahrhundert: Der »Schleier des Nichtwissens« (konkreter gesellschaftlicher Positionen und Interessen)<sup>55</sup> wird zum fiktiven Bezugspunkt einer Theorie der Gerechtigkeit in einer gesellschaftlichen Situation, in der die faktische Institutionalisierung des Nichtwissens erheblichen Erosionen ausgesetzt ist.

Die strukturelle Sicherung dieses Prinzips wäre aber umso notwendiger, als der staatlichen Informationsbeschaffung kaum noch technische Grenzen gesetzt sind. Allerdings ist die Auflösung rechtsstaatlicher Strukturen nicht einfach revidierbar, z. T. aus Gründen, die zur Steigerung staatlichen Wissens gegenläufig sind. Während die informationsgesättigte Effizienz in klassisch-reaktiven Bereichen des Staatshandelns wie der sozialen Kontrolle eher zunimmt, agiert die regulative Politik des sozialgestaltenden Staates trotz breiten Informationsflusses unter den Bedingungen zukunftsorientierter Unsicherheit.<sup>56</sup> Die Unabsehbarkeit der Folge-

<sup>52</sup> BVerfGE 24, 367, 405.

<sup>53</sup> BVerfGE 24, 367, 404; 25, 314, 326; 37, 201, 212.

<sup>54</sup> John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/M. 1979. – Zur Kritik der expertokratischen Implikationen s. Jürgen Habermas, *Diskurstheorie. Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: ders., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/M. 1983, S. 53 ff. (76 f.).

<sup>55</sup> Rawls, *Eine Theorie* (Anm. 54), S. 16.

<sup>56</sup> Luhmann, *Rechessoziologie* (Anm. 20), S. 309 f.

wirkungen bei der Durchsetzung von Zweckprogrammen führt darum ebenso zur Produktion von Gesetzen, die die inhaltlichen Entscheidungen in den Implementationsprozeß verlagern, wie die dilatorische Behandlung konfligierender gesellschaftlicher Gruppeninteressen typische Gesetzesattrappen nach sich zieht. Angesichts dieser dilemmatischen Struktur regulatorischen Rechts, das die klassischen Formen reflexiver Freiheitssicherung in dem Maße untergräbt, als sich der Bedarf an ihrer Erhaltung vergrößert, wären Rechtskonzeptionen angezeigt, die sich nicht einfach als Reaktionen auf die Krise des Steuerungsstaates verstehen, sondern die den Versuch unternehmen, die »praktische« Dimension des Rechts, die in seiner rechtsstaatlichen Struktur einmal angelegt war, unter veränderten gesellschaftlichen Bedingungen zu rekonstruieren.

### *II. »Reflexives Recht« als Ausweg aus den Steuerungsdefiziten regulatoriver Politik und/oder als Chance basisdemokratischer Rechtssetzung?*

Die gegenwärtigen Konzeptionen reflexiven Rechts, die eine politisch-gesellschaftliche Arbeitsteilung der Rechtssetzung intendieren, sind nicht unabhängig vom faktischen Strukturwandel der öffentlichen Verwaltung zu verstehen. Der hierarchische Verwaltungsaufbau, den noch Max Weber voraussetzte, ist ebenso im Schwinden wie die festen formalen Regeln, die ihn einst organisierten. Horizontale Verbindungen im System der Vollzugsinstanzen<sup>57</sup> bzw. korporatistische Vernetzungen mit gesellschaftlichen Organisationen<sup>58</sup> verdrängen zunehmend das klassische Muster. Die Entgrenzung der Verwaltung zu ihrem gesellschaftlichen Umfeld dysfunktionalisiert klassisch-rechtsstaatliche Kommunikationsformen, die über die inhaltliche Bestimmtheit des Rechts die Berechenbarkeit des administrativen »Eingriffs« in gesellschaftliche Verhältnisse garantieren sollten. Die stärksten gesellschaftlichen Interessen können auf diese Art der Berechenbarkeit des Staatshandelns verzichten, weil sie an den jeweiligen staatlich-privaten »Implementationskoalitionen«<sup>59</sup> selber beteiligt sind, in denen die Inhalte des zu implementierenden Rechts überhaupt erst festgelegt werden.

Der Übergang vom Eingriff zur Kooperation im Verhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und starken bzw. konfliktfähigen gesellschaftlichen Interessen macht das aktuelle Vordringen von Verfahrensnormen im Verwaltungsrecht plausibel. An die Stelle mangelnder inhaltlicher Programmierung tritt die Regelung der Konsens-aushandlungsprozesse. Aber das »postinterventionistische« Recht funktioniert unter spezifischen Bedingungen, die eine Abschirmung gegen weitere Öffentlichkeit und die mangelnde Klärung darüber nahelegen, »welche Gruppen in welchem Verhältnis über welche Fragen zu verhandeln berechtigt« sind<sup>60</sup>, so daß auch die Verfahrensnormen des modernen Verwaltungsrechts nicht präzise sein können. Die jeweilige Vergabe von Verhandlungspositionen geht selbst in die Verhandlungsmasse ein. Die unbegrenzte Offenheit der Rechtsnormen hinsichtlich inhaltlicher

57 Mayntz, *Implementation* (Anm. 32), S. 8.

58 Ulrich von Alemann (Hg.), *Neokorporatismus*, Frankfurt/New York 1981.

59 Karl-Heinz Ladeur, *Verrechtlichung der Ökonomie – Ökonomisierung des Rechts?*, in: Volkmar Gessner/G. Winter (Hg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 8, Opladen 1982, S. 74 ff. (76).

60 Claus Offe, »Unregierbarkeit. Zur Renaissance konservativer Krisentheorien«, in: Jürgen Habermas (Hg.), *Schlüsselelemente zur »Geislegen Situation der Zeit«*, Bd. 1, Frankfurt/M. 1979, S. 294 ff.

und prozeduraler Steuerung enthebt zwar die moderne Verwaltung der von Offe<sup>61</sup> unterstellten Schwierigkeiten, zugleich normadäquat und zweckmäßig zu handeln, und ist insoweit »funktional«. Es scheint aber äußerst zweifelhaft, ob an dieser Rechts- und Verwaltungsstruktur Hoffnungen auf Entstaatlichung gesellschaftlicher Problembehandlung und Rücknahme der Rechtsfunktion auf die Steuerung gesellschaftlicher Selbstregulierung<sup>62</sup> bzw. auf Abbau zentralistischer Herrschaftsformen überhaupt<sup>63</sup> anknüpfen können.

Gunther Teubner entwickelt solche Hoffnungen im Anschluß an eine äußerst präzise Analyse gegenwärtiger Rechtsentwicklung. Er sieht die Transformation des klassischen Formalrechts im modernen Verrechtlichungsschub durch zwei unterschiedliche Entwicklungstrends gekennzeichnet: durch den Übergang zu einer »materialen« und zu einer »reflexiven« Orientierung des Rechts.<sup>64</sup> In der Gegenlage der gegenwärtigen Rechtsstruktur entspricht die Materialisierung des Formalrechts der sozialstaatlichen Intervention in vorher informelle bzw. marktregulierte gesellschaftliche Prozesse durch zweckorientiertes Recht, dessen inhaltliche Aufladung und direkte Verhaltenssteuerung als eigentliche Phänomene der aktuellen Verrechtlichungsprozesse in Erscheinung treten. Dagegen bezeichnet Teubner das Vordringen von Organisations-, Verfahrens- und Kompetenznormen im Zusammenhang der staatlich inszenierten Veranstaltung von Verhandlungssystemen unter Beteiligung gesellschaftlicher Interessen als Ausdruck einer neu sich abzeichnenden reflexiven Orientierung des Rechts. Die Reflexivität dieses Rechts liegt – nach Teubners Adaption des Luhmannschen Sprachgebrauchs – im Rückzug des Rechts auf die Meta-Ebene prozeduraler Programmierung<sup>65</sup>, der Regelung also lediglich der Entscheidungsstrukturen, innerhalb derer konkrete Entscheidungen überhaupt erst ausgehandelt werden. Neu ist diese Funktionsweise von Recht, so muß gegen Teubner erinnert werden, nur darin, daß sie nicht mehr nur an das »Spielregelsystem« der zentralen politischen Institutionalisierung gekoppelt ist, sondern sich auf die Stellen weiterverlagert, an denen innerhalb des klassisch-rechtesstaatlichen Instanzenzuges die inhaltlichen Entscheidungsprogramme aufraten. Indem hier nun die gesellschaftlichen Rechtsadressaten an den Rechtsentscheidungen durch prozedurale Bestimmungen beteiligt werden, ist mit der Absenkung der Ebene von Reflexivität tatsächlich eine Entwicklungschance für eine – in noch näher zu bezeichnendem Sinne – Dezentralisierung und Vergesellschaftung politischer Entscheidung und rechtlicher Regelung bezeichnet.

Die »rechtliche Selbstbeschränkung«<sup>66</sup> auf die nur noch indirekte Steuerung autonomer selbstregulatorischer Prozesse wird indessen zugleich als Ausweg aus der Krise regulatorischen Rechts verstanden: Dieses gerät bei direkten politischen Eingriffen in gesellschaftliche Lebensbereiche in ein »regulatorisches Trilemma«<sup>67</sup>, das aus der Nicht-Beachtung der jeweils selbstreferentiellen Strukturen von Politik, Recht und gesellschaftlichem Lebensbereich entsteht. Was hier nur das Verhältnis von regulatorischem Recht und gesellschaftlichem Lebensbereich betrifft, so besteht das Trilemma darin, daß jeder Eingriff, der die Grenzen der jeweiligen Selbststeuerung und Selbsterhaltung eines Lebensbereichs überschreitet, »entweder irrelevant« ist

61 Ders., Rauonatätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns, in: *Leviathan* 2/1974, S. 333 ff. (337).

62 Gunther Teubner, *Reflexives Recht* (Anm. 3), S. 13 ff.; Ders., *Verrechtlichung* (Anm. 3), S. 334 ff.

63 Ladeur, »Abwägung« (Anm. 23), S. 475 ff.

64 Teubner, *Reflexives Recht* (Anm. 3), S. 17 ff.

65 A. a. O., S. 26.

66 A. a. O., S. 48.

67 Ders., *Verrechtlichung* (Anm. 3), S. 313 ff.

oder »desintegrierende Wirkungen für den gesellschaftlichen Lebensbereich oder aber desintegrierende Wirkungen auf das regulatorische Recht selbst zur Folge« hat.<sup>68</sup> Indem Teubner gleichsam die resignativen Einsichten der Implementationsforschung systematisiert, vertritt er nicht etwa neokonservative Entregelungsstrategien, sondern bindet die regulatorische Funktion des Rechts an abstraktere Formen der Steuerung: Aufgabe des Rechts kann es nur noch sein, die Teilrationalitäten unterschiedlicher selbstregulatorischer Systeme aufeinander abzustimmen, d. h. Kompatibilitätsbedingungen der Steuerung anzugeben, und sich also auf die Steuerung gesellschaftlicher Selbststeuerung zurückzuziehen.<sup>69</sup> Die von Teubner favorisierte prinzipielle Umstellung von materialisiertem Recht auf – im weitesten Sinne – Verfahrensrecht hätte den immensen Vorzug, autoritär-sozialstaatliche Formen gesellschaftlicher Umverteilung, Betreuung und Therapeutisierung abzulösen durch Verhandlungssysteme, in denen die Betroffenen ihre Bedürfnisse und Interessen selbst definieren können.

Die demokratische und immer noch kompensatorische Rationalität dieser Perspektive steht und fällt indessen mit dem formalen und »zwingenden« Charakter des anvisierten Verfahrensrechts. Teubner selbst beurteilt die Erfolgschancen gezielter rechtlicher Stärkung von Verhandlungsmacht, wodurch soziale Machtgefälle und Informationsasymmetrien zu kompensieren wären, »eher skeptisch«.<sup>70</sup> Zu solcher Skepsis besteht allerdings um so eher Anlaß, als »starre Rechtsregeln« auch auf der Ebene reflexiven Rechts abgelehnt werden.<sup>71</sup> Deshalb leider Teubners bedeutende Konzeption an der gleichen Schwäche wie gegenwärtig praktiziertes Verfahrensrecht in neokorporatistischen Aushandlungsprozessen: Die vagen Regelungen bewirken, daß die faktischen gesellschaftlichen Machtpositionen sich noch einmal in den Verhandlungspositionen der Verfahren reproduzieren. Teubners zentrale Funktionszuweisung an reflexives Recht, die Teilrationalitäten gesellschaftlicher Systeme nicht zu hypostasieren, sondern miteinander abzustimmen, also gegenüber dem dominierenden Wirtschaftssystem die Rationalität anderer gesellschaftlicher Teilsysteme zur Geltung zu bringen<sup>72</sup>, könnte eben nur durch »zwingende« rechtliche Stärkung der unterprivilegierten Verhandlungspositionen eingelöst werden.

Noch riskanter erscheint eine zusätzliche Annahme Teubners, die sich schon mit einem zentralen Aspekt von Ladeurs Konzeption trifft, daß nämlich auch in Generalklauseln reflexive Entwicklungschancen des Rechts bestünden.<sup>73</sup> Daß überhaupt Generalklauseln und Verfahrensnormen als funktionale Äquivalente für die Reflexivität des Rechts verstanden werden können, belegt noch einmal die prinzipielle Entformalisierung, die in der Konzeption des Verfahrensrechts bereits vorausgesetzt ist. Teubner zufolge kann die Generalklausel insofern als ein Instrument der Vergesellschaftung des Rechts und reflexiver Steuerung fungieren, als sie es ermög-

68 A. a. O., S. 316.

69 A. a. O., S. 320, 333; ders., Reflexives Recht (Anm. 3), S. 49 ff.

70 Ders., Verrechtlichung (Anm. 3), 338 f.

71 Ders./H. Willke, Dezentrale Kontextsteuerung im Recht intermedialer Verbände, in: Voigt (Hg.), Verrechtlichung (Anm. 3), S. 46 ff. (51). Diese ausdrückliche Bemerkung bezieht sich zwar auf das Problem der Vermittlung der Innen- und Außenperspektive intermedialer Verbände und ist, soweit sie dadurch die innere Organisation von Verbänden betrifft, plausibel, soweit sie aber einen allgemeineren Status erhält (54), problematisch im oben diskutierten Sinn. Auf die mögliche Kontraproduktivität der Regelung der Binnensstrukturen von Verbänden kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu die Diskussion zwischen Teubner (Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Tübingen 1978, S. 173 ff.) und Oß (Die Institutionalisierung des Verbandseinflusses – eine ordnungspolitische Zwickmühle, in: Ulrich von Alemann/R. G. Heinze (Hg.), Verbände und Staat. Vom Pluralismus zum Korporatismus, Opladen 1979, S. 72 ff.).

72 Teubner, Verrechtlichung (Anm. 3), S. 333.).

73 Teubner, Reflexives Recht (Anm. 3), S. 53.

licht, widersprüchliche Erwartungsstrukturen aus unterschiedlichen gesellschaftlichen Teilbereichen zu koordinieren und zu »kompatibilisieren«, indem sie die rechtsinterne »Simulation« von gesellschaftlichen Selbststeuerungsprozessen erlaubt.<sup>74</sup> Die Legitimitätsdefizite solcher Simulation werden von Teubner nicht verkannt, wohl aber die Tatsache, daß mit ihr bereits die Vergesellschaftungsthese konterkariert ist. Wenn auch jede Generalklausel typischerweise auf gesellschaftliche Verhaltensmuster verweist, so bedeutet doch ihre Handhabung durch Verwaltung und Justiz angesichts der Fragmentierung der Verhaltenserwartungen in modernen Gesellschaften eine jeweils politische Entscheidung über deren Koordination – wie überhaupt die staatlichen Apparate ihre spezifisch politischen Machtressourcen (unerachtet ihrer »Selbstreferentialität«) aus der Bearbeitung gesellschaftlicher Problemlagen gewinnen.

Ähnlichen Vorbehalten unterliegt die Konzeption Ladeurs, in der die Simulation eines fiktiven Marktes gesellschaftlicher Interessen im Verwaltungsverfahren<sup>75</sup> als zentrales Motiv der These einer Vergesellschaftung politischer Funktionen bereits vorgebildet ist. Ladeurs sehr realistischer Analyse gegenwärtiger Verwaltungsstrukturen liegt eine Entwicklungsperspektive zugrunde, deren ganz unrealistischen Hoffnungen sich gerade an der Enformalisierung des Verwaltungsrechts festmachen. Ladeur zufolge bezeichnen die an die Verwaltung gerichteten Abwägungsgebote ebenso wie andere Formen des Verzichts auf inhaltliche Programmierung des Verwaltungshandelns eine Transformation des Rechts vom einseitigen Gesetzesbefehl zur »Kompromißsprache«, die im Sinne flexibler Konzertierung gesellschaftlicher Interessen und der Homogenisierung fragmentierter politischer Handlungssysteme und -bereiche funktioniert.<sup>76</sup> Angesichts der unleugbaren Tatsache, daß unter den gegenwärtigen Bedingungen einer überkomplexen Umwelt jede Rechts- und Verwaltungsentscheidung mit der Unabsehbarkeit ihrer Folgewirkungen konfrontiert ist<sup>77</sup>, betont Ladeur zutreffend die Notwendigkeit prozeßhafter Strukturierung des Rechts, die permanente Selbstkorrekturen im Kontext der Implementierung zuläßt.<sup>78</sup> Die Crux dieses Konzepts liegt jedoch in den spezifischen Bedingungen solcher Prozeduralisierung des Rechts, die Ladeur formuliert: Die Rückläufigkeit staatlich-zentralisierter Entscheidungen zeichne sich gerade im Vordringen von rechtlichen Generalklauseln und Abwägungsformeln ab. Indem diese auf gesellschaftliche Werthorizonte verweisen, werde die Staatsverwaltung nicht mehr zur eigenständigen Definition des »öffentlichen Interesses« ermächtigt, sondern zur Institutionalisierung gesellschaftlicher Prozesse der schriftweisen Definition des öffentlichen Interesses angehalten.<sup>79</sup> Ladeurs offene Gesellschaft von Gemeinwohlinterpretieren kommt aber ganz ohne Beteiligungsregeln aus. Öffentliches Recht und öffentliches Interesse können auf höchst unterschiedliche Weise prozessualisiert werden: durch die situative Einrichtung von Verfahren<sup>80</sup>, durch die »Institutionalisierung der Ausgewogenheit in den Köpfen der für die Verwaltung Handelnden«<sup>81</sup> oder durch die umstandslose Einspeisung von Realitätsstrukturen, d. h. »was Recht ist, wird von den Möglichkeitsbedingungen bestimmt, die die Umwelten den

<sup>74</sup> A. a. O., S. 53 f.

<sup>75</sup> Karl-Heinz Ladeur, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung. Zur Genealogie des Verwaltungsrechts, in: *Leviathan* 7/1979, S. 339 ff. (365).

<sup>76</sup> A. a. O., S. 339 f., 347.

<sup>77</sup> Luhmann, Rechtssoziologie (Anm. 20), S. 309 f.

<sup>78</sup> Ladeur, »Abwägung« (Anm. 23), S. 473 f.; ebenso Rudolf Wieshöfer, Entwicklung des Rechtsbegriffs, in: Gessner/Winter (Hg.), Rechtsformen (Anm. 59), S. 38 ff. (42 ff.).

<sup>79</sup> Ladeur, »Abwägung« (Anm. 23), S. 475; ders., Gesetzesvollzug (Anm. 75), S. 346, 367.

<sup>80</sup> Ders., Gesetzesvollzug (Anm. 75), S. 367.

<sup>81</sup> A. a. O., S. 340.

einzelnen Verwaltungsapparaten setzen«.<sup>82</sup> Die Vergesellschaftungsthese besagt schließlich nicht mehr, als was seit jeher im Staatshandeln der Fall ist: daß es von den Strukturen seiner Regelungsbereiche Notiz nehmen muß, wenn es an ihnen nicht auflaufen will. Die Hoffnung auf Ausgewogenheit der Verwalter, die sich darauf gründet, daß die Offenheit von Abwägungsgeboten durch »gesellschaftlich sanktionierte Wertrelation(en)« begrenzt werde<sup>83</sup>, scheitert daran, daß eine solche Wertrelation nicht existiert, sondern erst durch Entscheidungen jeweils hergestellt wird. Verfahren endlich, in denen Beteiligungschancen flexibel bleiben, vergesellschaften weniger die Definition des öffentlichen Interesses als daß sie die Beteiligungschancen für gesellschaftliche Interessen verstaatlichen, die überhaupt erst nach Maßgabe »öffentlichen Interesses« je nach staatlichem Informations- und Legitimationsbedarf vergeben werden. Was bleibt, ist die staatliche Berücksichtigung der »gesellschaftlich relevanten Kräfte«<sup>84</sup>, deren anteilige Gemeinwohlbestimmung freilich eine lange Geschichte hat. Unter gegenwärtigen Bedingungen neokorporatistischer Vernetzungen verweist der nicht problematisierte Begriff gesellschaftlicher Relevanz direkt auf eine »korporatistische Blockbildung«<sup>85</sup>, die es erlaubt, daß sich die »relevanten« Insider auf Kosten des Restes der Gesellschaft mittels politischer Konzertierung verständigen.

Eine Konzeption reflexiven Rechts unter demokratischen Vorzeichen kann die Emanzipation staatlicher Apparate und gesellschaftlicher Machtkräfte aus der Gesetzesbindung nicht schon als Befreiung von zentralistischer Reglementierung feiern. Sie nähme in Kauf, daß die demokratische Kontrolle der Rechtssetzung in dem Maße ersatzlos entfällt, als die Rechtsinhalte erst in den öffentlicher Aufmerksamkeit entzogenen Implementationsprozessen bestimmt werden. Solange die Prozeduralisierung und »Lernfähigkeit« des Rechts lediglich mit den Funktionsbedingungen von Verwaltung und Justiz und den Sachgesetzlichkeiten vermachter gesellschaftlicher Teilbereiche zusammengeschaltet ist, solange sie noch immer nicht mit basisdemokratischen Willensbildungs- und Lernprozessen vermittelt wird, kann von einer Vergesellschaftung der Rechts- und Staatsfunktionen nicht die Rede sein. Die Demokratisierungsforderung bestünde in einer anderen Form zentraler Deregulierung, die den Verzicht auf materiale Rechtsentscheidungen nicht durch zunehmende inhaltliche Unbestimmtheit, sondern durch weitgehenden Rückzug auf die Bestimmtheit prozeduralen Rechts realisiert. Gesellschaftliche Autonomie im Bereich inhaltlicher Normbildungsprozesse wäre so durch gesetzliche Vergabe von Verhandlungspositionen abzusichern – durch die indirekteste Form staatlicher Steuerung<sup>86</sup>, die gleichzeitig demokratischer Kontrolle und allgemeiner öffentlicher Aufmerksamkeit unterliegt. Die Freigabe dezentraler Rechtsentwicklung unter demokratischen Vorzeichen enthielte allerdings den Bruch mit der Fiktion gesellschaftlicher Integration über die Einheit des Rechtssystems und setzte die längst eingetretene Produktion bereichs- und gruppenspezifischer Teilmengen des Rechts, über deren mögliche Kompatibilität Aussagen kaum noch möglich sind, fort. Die Hoffnung der Systemtheorie, daß systemische Integration der Gesellschaft über-

82 A. a. O., S. 346.

83 A. a. O., S. 341.

84 A. a. O., S. 346.

85 Josef Esser/W. Fach, *Korporatistische Krisenregulierung im »Modell Deutschland«*, in: von Alemann (Hg.), *Neokorporatismus* (Anm. 58), S. 158 ff. (167 ff.).

86 Spiros Simitsis, *Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen*, in: Friedrich Kübler (Hg.), *Verrechtlichung* (Anm. 27), S. 73 ff. (128), verweist darauf, daß jede »autonome« Rechtssetzung (z. B. durch Tarifvertrag) allein durch die staatliche Garantie der Regelungskompetenz wiederum verstaatlicht wird. Die eigentlichen Einfallsstore inhaltlicher staatlicher Kontrolle aber sieht Simitsis zu Recht in »Gemeinwohl«- und »public interest«-Formeln.

haupt existiere, auch wenn sie sich in den Köpfen der Menschen nicht mehr abilden läßt, gehört vielleicht am ehesten zu jenen »alteuropäischen« Beständen des Denkens, die zugunsten autonomer gesellschaftlicher Lernprozesse in der Selbstgesetzgebung der je partikular Betroffenen zurückgelassen werden müssen.

Gerade die demokratische Variante »reflexiven Rechts« aber kann auf jenes überschießende Moment nicht verzichten, das in Luhmanns Begriff der Reflexivität wie in der fröhburgerlichen Rechtsstaatskonzeption objektiv angelegt war. Das freiheitssichernde Auseinanderziehen der Entscheidungen über Entscheidungsprämissen und der inhaltlichen Entscheidungen selbst, das dort eine Binnenstruktur zentraler politischer Institutionalisierung bezeichnete, muß auch im Konzept einer politisch-gesellschaftlichen Arbeitsteilung der Rechtssetzung erhalten bleiben. Die politische Einrichtung der prozeduralen Entscheidungsprämissen und die (möglichst weitgehende) gesellschaftliche Übernahme der Rechtsentscheidungen ist auf Stabilität der »Spielregeln« in einem ganz bestimmten Sinne angewiesen: Bei prinzipieller Korrekturefähigkeit auch des Spielregelsystems entsprechend kollektiver Lernprozesse bliebe die Nichtbeliebigkeit der Spielregeln im laufenden Entscheidungsverfahren von essentieller Bedeutung. Entgegen zahlreichen Vorschlägen zur situativen Flexibilisierung der Spielregeln<sup>87</sup> gibt es plausible rechtsstaatliche Gründe für die Invarianz von Verfahrensnormen in bezug auf den konkreten Fall: Ebenso wie (belastende) inhaltliche Rechtsnormen beliebige Diskriminierungen und willkürliche Durchgriffe auf einzelne Personen oder Gruppen nur dadurch verhindern können, daß sie für unbestimmt viele zukünftige Fälle formuliert sein müssen, so ist auch von Verfahrensnormen nur dann ein Mindestmaß an Fairneß zu erwarten, wenn bei ihrem Zustandekommen der jeweils konkrete gesellschaftliche Interessenkonflikt noch nicht bekannt ist, der nach Maßgabe ihrer Positionszuweisungen ausgetragen werden soll.

Im Unterschied zur klassisch-rechtsstaatlichen Reflexivität erhält aber das gesellschaftliche Interesse im Konzept basisdemokratischer Rechtssetzung einen veränderten Stellenwert. Solange die Trennung zwischen Entscheidungsprämissen und inhaltlichen Entscheidungen eine Binnenstruktur zentraler staatlicher Rechtsetzung bleibt, drückt sich in der strukturell angelegten Nicht-Kenntnis konkreter Interessen zugleich ein asketisches Moment fröhburgerlicher Rechtsstaatlichkeit aus. Sobald neben der zentralen Setzung von Verfahrensrecht sich eine dezentrale gesellschaftliche Rechtssetzung etabliert, steht nur die zentrale Formulierung der Entscheidungsprämissen unter der Bedingung der Interessenabstraktion, während die autonomen gesellschaftlichen Rechtsentscheidungsprozesse selbst zum Ort werden können, an dem die konkreten Interessen und Bedürfnisse sich authentisch artikulieren.

<sup>87</sup> Ladeur, *Gesetzesvollzug* (Anm. 75), S. 348; Claus Offe, *Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung*, in: Bernd Guggenberger/C. Offe (Hg.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen 1984, S. 150 ff. (179 ff.).

# Thomas Blanke

## Autonomie und Demokratie

*Die Krise der Integrationskraft des Rechts und die Wiederbelebung der Demokratiediskussion.\**

### *I. Die Wiederbelebung der Demokratiediskussion*

Seit dem Beginn der Studentenbewegung ist das politische System der Bundesrepublik nicht mehr zu Ruhe gekommen. Die Unruhestifter, bald in dieser, bald in jener Gestalt auftauchend, werden »Neue soziale Bewegungen« genannt. Die Konjunkturen der Studenten- und Schülerbewegung, der Frauenbewegung, der Hausbesetzer- und Jugendzentrumsbewegung, der Friedens-, AntiAKW- und Ökobewegung verlaufen in wellenförmigen Zyklen, die bald ebenso unverhofft anschwellen wie sie vorschnell totgesagt werden: Bei aller Instabilität jeder einzelnen dieser Protest- und Selbstorganisationsbewegungen, bei aller Vielfältigkeit ihrer häufig punktuellen Zielsetzungen und Mannigfaltigkeit ihrer Aktionsformen bilden sie dennoch ein Kontinuum massenhaften staatsbürgerlichen politischen Engagements, welches seine eigenen politischen Interessen und Betroffenheiten auf direkt-demokratische Weise öffentlich artikuliert und inszeniert.<sup>1</sup>

Klassische demokratische Grundrechte aus der Zeit der frühbürgerlichen Emanzipationsbewegung gegen den absolutistischen Staat wie die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, die Presse-, Meinungs- und Gewissensfreiheit, die Autonomie, Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Person erfahren in der gesellschaftlichen Praxis eine ungeahnte Wiederbelebung, der die juristische wie politikwissenschaftliche Theoriebildung mühsam hinterherhinkt.

Diese neuartige Auseinandersetzung hat auch vor dem System der institutionalisierten politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse nicht halt gemacht: Gefordert, ansatzweise praktiziert und diskutiert werden die Ergänzungen des parlamentarischen Gesetzgebungsmonopols durch plebiszitäre Initiativ-, Kontroll- oder Votorechte, die Ausweitung der Bürgerbeteiligung an Verwaltungsentscheidungen, die striktere Bindung der Abgeordneten an Parteibeschlüsse, die Erweiterung der parlamentarischen Kontrollrechte der Opposition etc. Kurzum: Die Neuen sozialen Bewegungen, der Versuch ihrer parlamentarischen Bündelung zur Partei der »Grünen« und deren Einzug in den Bundestag sowie zahlreiche Länderparlamente haben kein geringeres Thema als das einer geschichtlich angemessenen Fortentwicklung der Demokratie auf die Tagesordnung gesetzt.

Die Neuauflage dieses Kernthemas aus der Frühphase des bürgerlichen Konstitutionalismus bildet den Hintergrund für die Aktualisierung der rechtstheoretischen Grundsatzdebatte über die Funktionsgesetzlichkeiten und Leistungsgrenzen des Rechtssystems. Wenn nämlich von der Vorstellung einer Steuerung – bzw. einer

\* Für vielfältige Kritik und Anregungen danke ich den übrigen Redaktionsteilnehmern und D. Sterzel.  
1 Vgl. K.-W. Brand, D. Büscher, D. Rucht, Aufbruch in eine andere Gesellschaft. Neue soziale Bewegungen in der Bundesrepublik, Ffm 1983.