

Thomas Blanke

Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*

I.

Dieser Band, hervorgegangen aus zwei rechtsvergleichenden Tagungen in Florenz (1982) und Bonn (1983), ist der anspruchsvollste Beitrag zu der umfassenden Verrechtlichungsdebatte, der bislang »aus der Perspektive einer sozialwissenschaftlich reflektierten Jurisprudenz« vorgelegt worden ist. Er enthält vier rechtsvergleichende Einzelstudien zu den Gebieten des Sozialrechts (*Zacher*), des Arbeitsrechts (*Simutis*), des Gesellschafts- und Unternehmensrechts (*Kübler*) sowie des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen (*Hopt*), die dem den Band beschließenden Beitrag von *Teubner* als materiale Grundlage für eine explizit rechtstheoretische Reflexion des Phänomens der Verrechtlichung dienen.

II.

Auch wissenschaftliche Debatten haben ihre spezifischen Konjunkturen. Nicht zufällig erreichte die Auseinandersetzung über Voraussetzung, Wirksamkeit und Grenzen gesellschafts- und sozialpolitischer Steuerung durch Recht gegen Ende der sozialliberalen Regierungsperiode ihren Höhepunkt.¹ Von Beginn an war sie begleitet von konservativen Warnungen vor dem Verlust an staatlicher Autorität, rechtsstaatlicher Sicherheit und ökonomischem Elan durch konsequente Demokratisierungsvorhaben, sozialpolitische Umverteilungsmaßnahmen und tiefgreifende Strukturereformen einerseits², von stets erneut enttäuschten Hoffnungen auf systemüberwindende Reformen seitens der Linken andererseits.³ Zahlreiche Reformprojekte waren entweder ganz im Sande verlaufen, verfassungsgerichtlich gefesselt und bürokratisch torpediert worden oder an ihren immanenten Widersprüchen gescheitert.

Diese Erfahrung eines ausgeprägten Beharrungsvermögens gesellschaftlicher Strukturen und Institutionen, von sozialem Immobilismus trotz einer säkularen »Normenflut« und »Rechtsinflation«, verlieh der Frage nach der Plan- und Kontrollierbarkeit sozialen Wandels zunehmende Aktualität. Dies um so mehr, als der Problemdruck, der nach politischen Lösungen verlangte, mit der Verschärfung der ökonomischen Krisenzyklen und steigender Arbeitslosigkeit, wachsender Infla-

* Eine Auseinandersetzung mit dem gleichnamigen Band von Zacher, Simutis, Kübler, Hopt und Teubner, Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft) 1984 und Frankfurt (Suhrkamp Verlag) 1985.

1 Erwähnt seien aus der umfangreichen Literatur J. Seifert, Verrechtlichte Politik und die Dialektik der marxistischen Rechtstheorie, KJ H. 2/1971, S. 185 ff.; R. Erd, Verrechtlichung industrieller Konflikte, Ffm 1978; sowie die beiden von R. Voigt herausgegebenen Sammelbände: Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, Königstein/Ts. 1980 sowie: Abschied vom Recht?, Ffm 1983.

2 W. Hennis, Demokratisierung. Zur Problematik eines Begriffs, Opladen 1970; H. Schelsky, Systemüberwindung, Demokratisierung und Gewaltenteilung, München 1973.

3 Hiervon geben die entsprechenden Jahrgänge dieser Zeitschrift ein beredtes Zeugnis.

tionsraten und Defizite in den staatlichen Haushalten und der zunehmenden Einsicht in die Dynamik ökologischer Zerstörungsprozesse dramatisch anwuchs. Gleichzeitig hatten die alten, von der Generation der Studentenbewegung wiederentdeckten Antworten auf die Ursachen der Stabilität des gesellschaftlichen status quo an Überzeugungskraft eingebüßt: Die These von der Überdeterminiertheit aller gesellschaftlichen wie politischen Prozesse durch den Reproduktionsprozeß des Kapitals war zwar eine griffige Formel, ließ sich aber weder bis hin zu empirischen Forschungen kleinarbeiten noch vermochte sie die Evidenz »systemimmanenter« geschichtlich-politischer Alternativen und die Eigendynamik der übrigen gesellschaftlichen Teilbereiche angemessen zu berücksichtigen. Sie scheiterte an den Phänomenen von Kontingenz und Komplexität. Aber auch die subjektivistische Gegenthese mangelnden politischen Gestaltungswillens, reformpolitischer Entschlossenheit und Konfliktbereitschaft vor allem der Sozialdemokratie und der Gewerkschaftsbürokratien hatte sich vor dem Hintergrund des Scheiterns massenwirksamer Aufklärungsversuche durch die konkurrierenden und einander bekämpfenden Organisationen der politischen Linken als projektives Muster nicht reflektierter eigener Enttäuschungen desavouiert.

Dies ist die Situation, in der die Verrechtlichungsdebatte aus dem Ghetto rechtsdogmatischer Kontroversen (über »Positivismus« und Legalitätsprinzip, »Wertordnung« und Grundkonsens)⁴ und verwaltungswissenschaftlicher Implementationsforschung⁵ sowie aus der sterilen Frontstellung politischer Lagermentalitäten heraustritt und zum zentralen Thema der soziologischen Deutungsversuche gesamtgesellschaftlicher Entwicklung avanciert. Dabei wird, grob vereinfacht, deutlich, daß die Zunahme rechtlicher Regulierungen – auch dort, wo sie den Intentionen ihrer Urheber zufolge progressive Intentionen verfolgen – ein durchaus ambivalenter Prozeß sein kann. Dies nicht nur im Sinne einer zunehmenden Unübersichtlichkeit, Spezialisierung, fehlender dogmatischer Systematisierung und einer Pluralisierung der Rechtsquellen, Rechtszwecke, Rechtsfunktionen und ihrer Verwalter und Adressaten, wodurch Erwartungssicherheiten zerstört und administrativen Belibigkeiten neue Spielräume eröffnet werden. Generell scheint es, daß die Evolution des gesellschaftlichen Steuerungsmediums Recht hinter dem erreichten Stand gesellschaftlicher Differenzierung und Komplexität zurückgeblieben ist, ihn weder abbilden noch planvoll verändern kann. Was nach Habermas⁶ Spezifikum der lebensweltlichen Bereiche von Sozialisation, Persönlichkeit und Kultur ist, nämlich daß ihre kommunikative Infrastruktur durch rechtlich-bürokratische »Kolonialisierung« bedroht wird, gilt der funktionalistischen Soziologie zufolge generell: Rechtliche Interventionen verunsichern soziale Institutionen und lösen spontane, auch ideologische Restrukturierungsprozesse aus, durch die die gefährdete Stabilität (die in der selbstzweckhaften Multifunktionalität liegt), wiedergewonnen werden soll.⁷ Die Zunahme rechtlicher Regulierungsversuche auf allen gesellschaftlich relevanten Gebieten, die für den Wohlfahrtsstaat charakteristisch ist, überfordert die Problemverarbeitungskapazität des Staates – was gewollt ist und was bewirkt wird, fällt tendenziell immer weiter auseinander.

Nicht zufällig schloß sich daher an die kritische Bestandsaufnahme der negativen

4 H. Ridder, Negativ-Konvergenzen? Polemisches zum selektiven Anti-Positivismus, in: J. J. Hagen/ P. Römer/W. Seiffert (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Arbeiterbewegung. Festschrift für Eduard Rabowsky, Köln 1976; G. Gorscheneck, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, München 1977.

5 R. Mayntz, Die Implementation politischer Programme. Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet, in: Die Verwaltung 1977, S. 51 ff.

6 J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, S. 489 ff., Ffm 1981.

7 W. Seibel, Abschied vom Recht – eine Ideologie?, in: R. Voigt, Abschied vom Recht, a. a. O., S. 134 ff.

Folgeprobleme von Verrechtlichung eine Debatte über Perspektiven der Entregulierung an, in der dann die politischen Frontstellungen wieder deutlicher hervortraten. Im neokonservativen Verständnis wurde dies zum Programm einer weitreichenden Deregulierung i.S. von Privatisierung sozialer Risiken und dem Abbau der »Anspruchsinflation«, während im akademischen Umfeld der Grünen und der Sozialdemokratie Perspektiven einer Dezentralisierung von Entscheidungsprozessen, die Ausweitung demokratisch-prozeduraler Verhandlungssysteme, die Umverteilung von Arbeit und ein nichtdiskriminierender Umbau des Sozialstaates erörtert wurden.

III.

Gegenüber diesen großtheoretischen Deutungsversuchen und ihrer Ummünzung in politikstrategische Zielformeln nimmt sich die empirische Bestandsaufnahme, Systematisierung und Interpretation der Verrechtlichungsprozesse in einzelnen Rechtsgebieten, wie sie in dem vorliegenden Band präsentiert werden, vergleichsweise bieder aus. Wer sich gleichwohl der Mühe dieser durchweg trockenen Lektüre unterzieht, wird am Ende über hinreichendes Argumentationsmaterial gegenüber vorschnellen Verallgemeinerungen verfügen.

Eine kritische Gesamtwürdigung der Beiträge ist deshalb außerordentlich schwierig, weil sie sich auf jeweils andere Regelungsbereiche beziehen und nach Gehalt und Umfang fast monographischen Charakter besitzen. Der vorherrschende Grundton, der die materialen Untersuchungen durchzieht und in Teubners Beitrag explizit zum Thema der theoretischen Reflexion gemacht wird, ist Ratlosigkeit oder präziser: Ungewißheit. Sicher scheint nur soviel, daß der Verrechtlichungsprozeß weitergehen wird, ja weitergehen muß, um die mit der Autonomisierung gesellschaftlicher Teilbereiche exponentiell ansteigenden Probleme der wechselseitigen Abstimmung und der Risikosteigerung aufzufangen. Ob es gelingen wird, diese Probleme zu meistern, scheint wesentlich von der Form abzuhängen, die der Verrechtlichungsprozeß nimmt: Gesucht wird ein neues, »richtiges Recht«. Eine einheitliche Tendenz ist hierbei derzeit jedoch nicht absehbar.

IV.

»Im einzelnen sind die Vorgänge von überaus unterschiedlicher Gestalt und Konsequenz« (57), auf diese Formel könnte die Darstellung der Verrechtlichung im Sozialrecht von Zacher – aber auch von Simitis, Kübler und Hopf – gebracht werden. Seine im wesentlichen an der Entwicklung des (bundes-)deutschen Sozialrechts ausgerichtete, nur gelegentliche Verweise auf grundlegende Unterschiede zu anderen Rechtssystemen enthaltende Studie versucht primär mit begrifflich-kategorialen Klärungen und Unterscheidungen einen Zugang zu dem komplexen Phänomen der Verrechtlichung, ihren Ursachen, Erscheinungsformen und Wirkungsweisen zu schaffen.

Dabei zeichnet er, ausgehend von dem Problemkreis, der im 19. Jahrhundert als »Soziale Frage« thematisiert wurde, die wesentlichen Entwicklungsstufen der Herausbildung des Sozialrechts im engeren Sinne – des Sozialleistungsrechts – nach, stellt die jeweils alternativen Wege dar, in deren Richtung Lösungskonzepte gefunden werden können und arbeitet den spezifischen Typus rechtlicher Intervention heraus, der mit dem jeweiligen Verrechtlichungskonzept verbunden ist. Das Sozialrecht im engeren Sinne setzt dort an, wo im Schnittfeld von Arbeit und Einkommen, Bedarfsdeckung und Unterhaltsverband Defizite entstehen, die durch »*internalisierende*« Lösungen, die die rechtliche Struktur der vorfindlichen Lebens- und Ordnungsbereiche modifizieren, nicht zu beheben sind: »In diesem ›Obergeschoß‹ der

sozialen Korrektur ist alles gleichermaßen unendlich wie begrenzt möglich« (29). Aus dieser Diskrepanz zwischen gleichsam unbegrenzten Erwartungshorizonten an die Problemlösungskapazität des Sozialrechts und notwendig beschränkten Ressourcen resultieren nach Zacher die zentralen Folgeprobleme des Verrechtlichungsprozesses auf diesem Gebiet. Die »externalisierenden« Lösungen, mittels deren das Sozialrecht neue, dauerhafte und stabile Solidargemeinschaften zu schaffen sucht, bedürfen der institutionellen Verstetigung und im demokratischen Rechtsstaat der Legitimation durch das Gesetz. Sie sind auf progressive Verrechtlichung angelegt, deren Anstöße teils »von unten«, aus den sozialen Defiziten der vorfindlichen Lebens- und Ordnungsbereiche, teils aus dem Expansionsprozeß des Sozialrechts selbst erfolgen: Wenn das Sozialrecht von der Ausnahme zur Regel geworden ist, treten seine Unzulänglichkeiten in den Vordergrund, die Nöte, denen noch nicht abgeholfen worden ist, die Risiken, gegen die man sich nicht sichern konnte, und die dem Sozialrecht selbst immanenten Diskriminierungen.

Damit wird zugleich die innere Konsistenz und Kohärenz des Sozialrechts zum Problem, welches freilich nicht prinzipiell gelöst werden kann. Dies scheitert nämlich einmal an der für die sozialpolitische Intervention grundlegenden Differenz zwischen »institutionellem« und »normativem« Stil, zwischen – beispielsweise – sozialarbeiterischen, auf konkrete Bedürfnisse und Bedarfe bezogenen Dienstleistungen und dem System der Sozialversicherungen, welche in typisierter und bedürfnisabstrakter Weise monetäre Leistungen zuweisen. Die Schere zwischen »institutionellem« und »normativem« Stil »öffnet sich immer weiter« (59). Zugleich steigert sich das Verrechtlichungsgefälle, das zwischen diesen korrespondierenden Interventionstypen besteht: Während auf der einen Seite mit zunehmender Regeldichte das Ermessen der Verwaltung zurückgeht, expandieren auf der anderen die verwaltungsinternen Selbststeuerungsmechanismen.

Die Unmöglichkeit einer inneren Konsistenz des Sozialrechts, wie sie rechtlich etwa in einer geschlossenen Kodifikation zum Ausdruck kommen könnte, liegt zum anderen in der Begrenztheit der Mittel, über deren Verteilung der Gesetzgeber bestimmt. Dies kommt nicht nur in der »sozialen Vorordnungsschwäche« (45) des Verfassungsrechts gegenüber dem Sozialrecht zum Ausdruck, sondern ebenso in der Beharrlichkeit, mit der der Gesetzgeber verfassungsgerichtliche Aufträge zur Korrektur des Sozialleistungsrechts auf die lange Bank schiebt. Sozialrecht ist mit anderen Worten extrem politikabhängig. Und nach Auffassung des Verfassers tut die Politik gut daran, sich über die strukturelle Überforderung sozialpolitischer Erwartungen im klaren zu sein.

Zacher betrachtet den von ihm kategorial akribisch zerlegten Verrechtlichungsprozeß im Sozialrecht zwar durchweg skeptisch, wobei er über die hier dargestellten Konsequenzen progressiver Verrechtlichung auf eine Fülle weiterer Folgeprobleme hinweist: etwa die Widersprüche zwischen Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit und Besitzstandsgerechtigkeit, die Ersetzung und Zersetzung vorfindlicher Ordnungen und Steuerungsmechanismen durch das positive Recht (52 ff.), die Abstraktion von Lebenssachverhalten zu Rechtstatbeständen (34) und die dadurch ermöglichte Schere zwischen allgemeiner Norm und den Verhältnissen, auf die sie angewendet wird – wie Mißbrauch von Sozialrecht, Nachlassen der Selbstverantwortung etc. (65) – oder das Aufkommen eines »(wohl spezifisch deutschen) Aberglaubens normativer Verfügbarkeit von Geld« (36). Ungeachtet dessen und der abschließend beschworenen Gefahr, daß das Recht für die Erfüllung von Erwartungen in Anspruch genommen wird, die die Sozialpolitik prinzipiell nicht erfüllen kann (71 f.), hält er die skizzierte Entwicklung nicht nur *faktisch*, sondern *auch normativ für alternativlos*: »Die Verrechtlichungsdebatte darf nicht verkennen, daß

das gleiche Maß an Sozialpolitik bei einem geringeren Grad an Verrechtlichung wohl Mängel, die heute den Namen ›Verrechtlichung‹ tragen, nicht aufweisen würde, dafür aber andere Mängel, die sich aus dem Zurückbleiben des Rechts gegenüber der Sozialpolitik ergeben würden. Vermutlich wären diese Mängel schlimmer« (69).

Den skeptischen Befunden von Zachers Analyse des Verrechtlichungsprozesses scheint diese These von seiner Unausweichlichkeit die politisch-praktische Grundlage zu entziehen. Wenn es sich hierbei wirklich um ein spezifisch bundesdeutsches Phänomen handelt, liegt es nahe, sich eingehender mit den Gründen der Verrechtlichung im Sozialrecht und ihrer offenbar nationalspezifischen Ausprägung zu befassen, um so das Spektrum der bestehenden Alternativen überhaupt auszuloten. Andererseits wäre daran zu denken, den derzeitigen Stand des Sozialrechts hierzu-lande auf einer langfristigen Entwicklungsskala als eine Zwischenetappe zu rekonstruieren, die auf dem Weg einer umfassenden ›Vergesellschaftung‹ der mit dem Lohnarbeiterstatus und dem familialistischen Unterhaltsrecht verbundenen materiellen wie sozialen Existenzrisiken liegt.⁸ Hierbei würde es sich geradezu aufdrängen, die keineswegs nur akademische Debatte um ein garantiertes Mindesteinkommen als Fluchtpunkt einer derartigen sozialpolitischen Perspektive ins Visier zu nehmen, welche – jedenfalls partiell – durchaus in der Lage wäre, die Schere zwischen dem »institutionellen« Stil der ermessensfreudigen »einfachen«, subsidiären Systeme (der Fürsorge)« (60) und dem »normativen« Stil der universalistischen, nichtdiskriminierenden Sozialversicherungssysteme ein wenig zu schließen.⁹ Warum der Verfasser auf eine derartige zukunftsprospektivische Verortung des aktuellen Entwicklungsstandes des Sozialrechts verzichtet, bleibt unausgesprochen; zu vermuten ist, daß ihm dies als eine gefährliche Fortsetzung der Sozialpolitik in Richtung auf ihre konsequente Selbstüberforderung erscheint – eine Position, für die durchaus eine Reihe gewichtiger Argumente sprechen.

V.

Das Unbehagen an der progressiven Verrechtlichung bei gleichzeitiger Diagnose seiner Unausweichlichkeit durchzieht leitmotivisch auch die anderen Beiträge dieses Bandes. So ist auch nach *Simitis* die säkulare Verrechtlichungstendenz im Arbeitsrecht, welches für dies Thema das klassische Paradigma darstellt, ebenso ungebrochen wie zwingend und doch zugleich hoch problematisch. Der Ausbruch des Arbeitsrechts aus dem allgemeinen Kontext der privatrechtlichen Regelungen des Warenverkehrs, der sich im 19. Jahrhundert in Widerspruch zu den herrschenden liberalistischen Doktrinen der Vertrags- und Marktfreiheit zunächst ausnahmsweise, punktuell und reaktiv bezogen auf spezifische soziale Notlagen und Mißstände sowie den aus ihnen erwachsenden Konflikten vollzog, verdichtete und verallgemeinerte sich zu einem umfassenden Sonderrechtsgebiet, welches sich nach und nach auf alle Aspekte der Arbeitsbeziehungen erstreckt. Dabei rückt der Staat auch programmatisch in eine aktiv-gestaltende Rolle und bindet die Regelung der Arbeitsbeziehungen ein in langfristige Steuerungskonzepte der ökonomisch-sozialen Entwicklung mit dem Ziel der Eindämmung und Prävention sozialer Konfliktherde. Da »die Industrialisierung Alternativen aus(schließt)« (78), ist die fortschreitende Verrechtlichung, wie der Autor durch mannigfache Verweise belegt, kein

8 Ansätze hierzu bei U. Mückenberger, Thesen zur Funktion und Entwicklung des Sozialrechts, KJ H. 4/1976, S. 341 ff. und bei Th. Blanke, Ch. Sachße, Theorie der Sozialarbeit, in: A. Gaertner, Ch. Sachße (Hrsg.), Politische Produktivität der Sozialarbeit, Ffm 1978, S. 15 ff.

9 Aus der umfangreichen Debatte vgl. die Beiträge in: M. Opielka, I. Ostner (Hrsg.), Umbau des Sozialstaats, Essen 1987.

spezifisch deutsches oder kontinentaleuropäisches, sondern ein universelles Phänomen, auch wenn die Stationen dieses Prozesses unterschiedlich verlaufen und die wechselseitige Beziehung von Arbeitsrecht und Sozialrecht durchaus nationale Besonderheiten aufweist.

Die Konsequenz der Einpassung des Arbeitsrechts in Konzepte der »Makrosteuerung« ist die Steigerung der Regelungskomplexität, Verkürzung der Geltungsdauer der Normen und damit die Erhöhung der Legitimationsanforderungen. Dabei nimmt das Gesetz als »normales Verrechtlichungsvehikel« zugunsten von administrativen Vorschriften (besonders ausgeprägt im Bereich technischer Sicherheitsstandards und etwa der Umsetzung des Arbeitsförderungsgesetzes) und richterlicher Rechtsschöpfung (Paradebeispiel: das kollektive Arbeitsrecht) an Bedeutung ab, während gleichzeitig autonome Regelungsmechanismen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen) legalisiert werden. Damit werden sie in eine »kalkulierte Autonomie« – das meint den erzwungenen Verzicht auf autonome Entscheidungsrechte und Kampfmittel – überführt (96). Dies Vordringen prozeduraler gegenüber materialen, auf direkte Verhaltensänderungen zielenden Steuerungsmechanismen erklärt sich nach Simitis ebenso aus den Legitimationsvorteilen der den Beteiligten selbst überantworteten Entscheidungen wie aus ihrer größeren Anpassungsfähigkeit und Generalität. Gleichwohl sieht er keine Möglichkeit, über die konstatierte Gewichtsverschiebung hinaus generelle Regeln für das Verhältnis von materialen und prozeduralen Steuerungsmechanismen zu formulieren.

Die Verrechtlichungsdiskussion im Arbeitsrecht ist von Anfang an und von beiden Seiten des politischen Spektrums als Verrechtlichungskritik und damit zugleich als Interventionismuskritik geführt worden, die Simitis unter den Stichworten *Deregulierung*, *Kolonialisierung* und *Devolution* ausführlicher behandelt. Alle drei Stichworte identifizieren einen Diskussionsstrang, dem die Verrechtlichung aus je unterschiedlicher Perspektive »zu weit geht«. Sie stellt sich dar als Behinderung der Autonomie der Unternehmer (*Deregulation*), der Arbeitnehmer (*Kolonialisierung*) oder der Gewerkschaften (*Devolution*) und formuliert gleichsam aus der Sicht jedes der Beteiligten bzw. Betroffenen dessen spezifische Verrechtlichungskritik. In politischen Kategorien gesprochen ließe sie sich in konservative, liberale und sozialistische Positionen unterscheiden. Simitis vermeidet indes derartige Typisierungsversuche der Verrechtlichungskritik nach Akteuren/Betroffenen, ihren präsumtiven Interessen und politischen Perspektiven – vermutlich um der mit derartigen Etikettierungen leichthin verbundenen Gefahr der Unterstellung vorschneller Parteinahmen zu entgehen.

Uneingeschränkte Zustimmung findet bei ihm nur die auf die *Kolonialisierungsthese* gestützte Forderung, wonach der Verrechtlichungsprozeß in der Weise zu gestalten sei, daß der Schutz des Arbeitnehmers nicht auf Kosten der Herstellung und Erhaltung seiner individuellen Entscheidungskompetenz und persönlichen Freiheit verwirklicht werden dürfe. Seine Analyse von Verrechtlichungsprozessen auf den Gebieten des Arbeitssicherheitsgesetzes, des Kündigungsschutzes und der Arbeitsförderung macht jedoch deutlich, daß diesem allseits geteiltem Postulat allenfalls punktuell entsprochen werden kann, weil »der staatliche Eingriff in einem *notwendigen* Reaktion im Interesse einer Verbesserung der Lebensbedingungen der Arbeitnehmer und *unvermeidlicher* Ansatzpunkt einer Okkupation ihrer Lebenswelt (ist)« (S. 121; Hervorhebung von mir, T.B.).

Demgegenüber teilt er bereits die Ausgangsannahmen der unter den Begriffen »*Deregulierung*« und »*Devolution*« zusammengefaßten Debatten nicht, obwohl er beiden darin recht gibt, daß sie auf durchaus beachtliche Probleme verweisen. So tut er die Deregulierungsforderung keineswegs nur als neoliberale, den »activist state«

und eine funktionierende Arbeitslosenversicherung voraussetzende Ideologie ab, die die geschichtliche Entstehung des Arbeitsrechts aus der sozialen Ungleichheit der Kontrahenten, aus materieller Not und Konflikten verkenne. Vielmehr räumt er ein, daß die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen wie etwa die Kündigungsschutzbestimmungen durchaus indirekt auch Abhängigkeiten beförderten, indem sie die Beschäftigungschancen derjenigen, die (noch) keinen Arbeitsplatz haben, minderten. Außerdem fördere das arbeitsrechtliche Regelwerk *Konzentrationstendenzen* und damit inflexiblere Markt- und Beschäftigungsstrukturen, weil nur Großunternehmen in der Lage seien, die intendierten Schutzeffekte in vollem Umfang umzusetzen. Folglich komme es für die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts darauf an, diese Effekte auszugleichen oder doch zumindest in Rechnung zu stellen und gegeneinander abzuwägen.

Ebenso hält er die in der gewerkschaftssoziologischen Diskussion zum *Neokorporatismus* vertretene These, das Ende der ökonomischen Prosperität beinhalte die Chance, die durch die Verrechtlichung erfolgte Domestizierung und Disziplinierung der Gewerkschaften rückgängig zu machen und die Perspektive einer systemüberwindenden Politik wiederzugewinnen, für verfehlt. Denn diese Position verkenne die begrenzten gewerkschaftlichen Handlungsspielräume und die mit ihrer Legalisierung und Verrechtlichung *zwingend* einhergehende Einengung und Instrumentalisierung auf staatlich vorgegebene Ziele. Zwar teilt er die Kritik, daß »in dem Maße, in dem die Arbeitsbeziehungen verstaatlicht werden, ... sich der demokratische Sozialstaat zunehmend in einen autoritären Wohlfahrtsstaat verwandelt« (S. 135) und plädiert statt dessen für eine »Vergesellschaftung« der Arbeitsbeziehungen« (ebd.). Der hierfür als Beispiel eines klassischen Vergesellschaftungsmodells erörterte »Social Contract« zwischen der Labour Party und dem Trade Union Congress in Großbritannien aus dem Jahr 1974 belegt indes mehr die Schwierigkeiten, um nicht zu sagen Ausweglosigkeit eines derartigen Konzepts, als daß es ein nachahmenswertes Modell darstellte. Denn erstens ist der Social Contract, »gemessen am eigenen Ziel, die ›Entstaatlichung‹ der Arbeitsbeziehungen sicherzustellen, gescheitert. Die Verrechtlichung hat nicht ab-, sondern signifikant zugenommen« (S. 137) und zweitens implizierte diese Vereinbarung, daß sich »korporatistische Tendenzen offen durch(setzen)« (S. 138). Dies habe weite Bereiche gesellschaftlicher und politischer Erwartungen von vorneherein ausgefiltert, zur Reduktion politisch-öffentlicher Auseinandersetzungen auf Verhandlungsgremien und damit zur Arkanisierung von Politik sowie zur weitgehenden Ausschaltung der innerorganisatorischen Einflußmöglichkeiten der Mitglieder und Hierarchisierung der Gewerkschaften geführt. Im Gegenzug werde dann ein weiterer Verrechtlichungsschub »folgerichtig, wenn nicht unausweichlich«: nämlich die Ergänzung des gesetzlich garantierten gewerkschaftlichen Repräsentations- und Verhandlungsmonopols um die »Pflicht, sich für die Interessen aller ihrer Mitglieder einzusetzen« (S. 141), wie dies in den USA durch die »duty of fair representation« statuiert ist.

Gegen die zunehmende Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen ist also kein Kraut gewachsen. Ungeachtet aller berechtigten Kritik schreitet dieser Prozeß weiter fort. Er läßt sich allenfalls umlenken, aber nicht aufhalten, so daß der Ertrag der Verrechtlichungskritik primär darin besteht, daß das Bewußtsein von den mit der Verrechtlichung zwingend verbundenen Nebenfolgen sensibilisiert worden ist. Bezieht man die von dem Autor abschließend skizzierten Perspektiven der Verrechtlichungsentwicklung (die krisenbedingte Verdrängung insbesondere von älteren Arbeitnehmern und von Frauen vom Arbeitsmarkt, das Vordringen riskanter Technologien und den Einsatz der modernen Kommunikationstechnologien) mit ein, so verstärkt sich dieser eher skeptische Befund.

VI.

Küblers Untersuchung über die Verrechtlichung von Unternehmensstrukturen bezieht sich fast ausschließlich auf das Recht der Vereinigten Staaten und der BRD. Nach traditioneller Auffassung folgt auch auf diesem Gebiet die Verrechtlichung primär der Logik politischer Interventionen, mittels deren spezifische Interessen von Personengruppen, die unter Bedingungen uneingeschränkter Privatautonomie unterrepräsentiert blieben, geschützt werden sollen.

Die zunehmende Verrechtlichung im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht bedient sich – wie in anderen Rechtsgebieten auch – neben *materialen* Regelungen im Unternehmensrecht zum Schutz der Anleger, Kleinaktionäre und Geschäftspartner ebenfalls der Technik der »Prozeduralisierung«, d. h. der Ausdifferenzierung von Verfahren der Rechtserzeugung und der Intensivierung ihrer Nutzung. Auch für »Prozeduralisierung« in jenem engeren Sinn der Ersetzung staatlicher Regelungsmechanismen durch solche der »self-regulation« finden sich im Unternehmensrecht Beispiele, jedoch ist Kübler zufolge »nach den bislang gewonnenen Erfahrungen... nicht damit zu rechnen, daß sie in dieser Form erheblich zur Eindämmung von Verrechtlichungsprozessen im Gesellschafts- und Unternehmensrecht eingesetzt werden kann« (S. 208).

Während sich die dargestellten Verrechtlichungswege im Wirtschaftsrecht aus dem immanenten ökonomischen Zweck des Gesellschafts- und Unternehmensrechts, der Gewinnmaximierung und den damit *unmittelbar* in Zusammenhang stehenden Problemen ergeben, entsteht daneben in neuerer Zeit ein weiterer Verrechtlichungspfad, welcher aus der Kollision der unternehmensrechtlichen Zweckbestimmung mit anderen – sozialen, politischen, ökologischen – relevanten Interessen resultiert. Diesen Konflikten wurde in allen westlichen Rechtsordnungen zunächst durch Mechanismen der *Außensteuerung* Rechnung getragen, indem bestimmte Verhaltensweisen vorgeschrieben oder untersagt wurden. Das Gesellschaftsrecht selbst blieb davon unberührt. Dies ändert sich nun in dem Maße, wie zur Steigerung der Effizienz des beabsichtigten Schutzes Programme zur *Internalisierung* der betreffenden Konflikte in der Form unternehmensinterner Partizipationsstrukturen entwickelt werden. Das klassische Beispiel hierfür bietet etwa die Mitbestimmung, aber auch die Statuierung von Publizitätspflichten (wie etwa Parteispenden etc.).

Entsprechend seiner Hypothese, wonach die Entwicklungslogik des Verrechtlichungsprozesses sich vor allem aus ökonomischen Gründen (der Weiterentwicklung des Wirtschaftssystems, der Vermehrung von Marktbeziehungen und der Verdichtung von Organisationsstrukturen) erklärt, erscheint dem Verfasser die pauschale Forderung nach »Entrechtlichung« ebenso wie eine abstrakte Verrechtlichungskritik wenig sinnvoll: »Ihre Befolgung bewirkt im Zweifel nicht mehr als die Verschiebung des Normierungsproblems auf eine andere Regelungsebene. Damit droht eine Frage verdrängt zu werden, die immer wichtiger erscheint: auf welcher der verfügbaren Ebenen erwünschte Normierungen am wirksamsten und günstigsten – d. h. mit den geringsten Kosten – zu erreichen sind« (S. 213).

So kann es hinsichtlich der Korrektur der sozialen, ökonomischen und politischen Folgeprobleme einer ungehinderten wirtschaftlichen Expansion, die unbestritten notwendig ist und den Einsatz rechtlicher Instrumentarien erfordert, lediglich um eine Abwägung der Vor- und Nachteile von Außen- oder Innensteuerung durch Recht gehen: Wobei letztere, wo sie anwendbar ist – für die Repräsentation ökologischer Belange etwa fehlt es bislang an überzeugenden Modellen – höhere Wirksamkeit zu besitzen scheint, die allerdings wegen der ungleichen Kostenbelastung der Einzelunternehmen mit der Gefahr größerer Störungen der wirtschaftlichen Entwicklung verbunden sind. Mit wachsendem Problemdruck werden sich

vermutlich gleichwohl internalisierende, mithin genuin gesellschaftsrechtliche Strategien der Konfliktbearbeitung »als gleichwertig oder sogar überlegen erweisen« (S. 228).

VII.

Den Band beschließt ein rechtstheoretischer Beitrag von *Teubner*, in dem dieser gleichsam den kategorialen Rahmen zu den materialen Einzelstudien nachliefert und den Versuch unternimmt, die Entwicklungsstadien des Verrechtlichungsprozesses globalen Entwicklungsstufen der modernen Gesellschaft zuzuordnen und daraus die gegenwärtige Aktualität des Verrechtlichungsparadigmas zu erklären. Grob vereinfacht ergibt sich danach folgende Abfolge: Das klassische *Formalrecht* i. S. Max Webers mit seinen universalistischen Normstrukturen, seiner begrifflich-dogmatischen Systematisierung und den prozessualen Garantien war bezogen auf gesellschaftliche Autonomiebereiche, die als *selbstregulierend* vorgestellt wurden. Der zunehmende Einbruch *materialer*, an der Realisierung konkreter Zwecke durch rechtliche Verhaltensregulierung ausgerichteter Normen erfolgt im Zeichen eines sozialstaatlichen Interventionismus, welcher auf die Phänomene wirtschaftlicher Macht, persönlicher Abhängigkeit und sozialer Schutzbedürftigkeit mit rechtlichen Steuerungsversuchen reagiert. Dieser längst nicht abgeschlossene Prozeß bewirkt grundlegende Wandlungsprozesse in der Funktion, Legitimation und Struktur des Rechts, die einen neuen Rechtstypus, das »regulatorische Recht«, hervorbringen. Es ist durch »Materialisierung und sozialstaatliche Absicht« (312) gekennzeichnet, funktional bezogen auf sozialstaatliche Steuerungsbedürfnisse, legitimiert durch die Effektivität seiner Intervention, strukturell partikularistisch und zweckorientiert. Deshalb werden sozialwissenschaftliche Theoriemodelle und Wirkungsanalysen für das Recht nunmehr *unmittelbar* relevant.

Diese müssen sich, so Teubner, vor allem mit den dysfunktionalen Folgeproblemen der Verrechtlichung befassen, der Bedrohung der Rationalität der nach wie vor zugrundeliegenden Schicht des universalistischen Formalrechts und der Selbstregulierungsfähigkeit der sozialen »Subsysteme«, auf die sich die Normen beziehen. Letzteren bereits von Habermas in seiner These von der Gefahr einer rechtlich-bürokratischen Austrocknung und »Kolonialisierung« der Lebenswelt für die Sphäre der Sozialisation und kulturell-sozialen Reproduktion pointierten Aspekt verallgemeinert Teubner in der Tradition der funktionalistischen Soziologie auf *alle*, auch die systemischen Bereiche, die von Recht betroffen sind und wendet ihn reflexiv auf die intervenierenden Systeme (Recht, Politik) zurück.

Dysfunktionale, »pathologische« Nebenfolgen der Verrechtlichung können sich demnach in der Sphäre *jedes* der mit normativen Regulierungen *befaßten* wie von ihnen *betroffenen* Subsystemen ergeben. Die sozialstaatlich-interventionistische »Materialisierung des Formalrechts« verfängt sich in den Fallstricken eines »regulatorischen Trilemmas«, in dem sich die »autopoietische Selbstreferenz« (314) der gesellschaftlichen Teilbereiche geltend macht. Als Schranke gesellschaftspolitischer Steuerung durch Recht richtet sich erneut die seit den vergangenen frühliberalistischen Zeiten tot geglaubte Autonomie sozialer Systemeinheiten auf: »Jeder regulatorische Eingriff, der diese Grenze überschreitet, ist entweder irrelevant oder hat desintegrierende Wirkungen für den gesellschaftlichen Lebensbereich oder desintegrierende Wirkungen auf das regulatorische Recht selbst zur Folge« (316).

Gesellschafts- und rechtstheoretisch ergibt sich danach folgender Dreischritt: Von der Autonomie (rechtstheoretisch: universalistisches Formalrecht) zur Intervention (»regulatorisches Recht«) zur Autonomie (»reflexives Recht«). Aus diesem systemtheoretisch inspirierten Drei-Stufenmodell folgert Teubner jedoch nicht etwa den

Verzicht auf sozialstaatliche Regulierungsversuche und die Beschränkung des Rechts auf das Errichten ordnungspolitischer Rahmendaten für andere Teilsysteme. Konsequenz ist zunächst, daß die kausalanalytische Deutung der Wirkungsweisen rechtlicher Regelungen ersetzt werden müsse durch eine am Modell der Kybernetik angelehnte Interpretation, wonach »externe Anforderungen... nach Kriterien eigener Selektivität in die jeweiligen Systemstrukturen gefiltert und eingepaßt (werden) in die Eigenlogik des Systems« (315). Weil die gesellschaftlichen Teilbereiche mit steigender Autonomie nicht mehr unmittelbar füreinander zugänglich sind, kann das Recht nur mehr als Auslöser für Selbststeuerungsprozesse begriffen werden, die von außen – und damit durch Recht – unkontrollierbar und unbeherrschbar sind.

Wie aber ist rechtlich-politische *Steuerung von gesellschaftlicher Selbststeuerung* dann noch denkbar und machbar? Eine glatte Lösung bietet der Autor für diese Gretchenfrage nicht an, auch wenn er eine eingestandenermaßen »schwierige Formel« für die Richtung besitzt, in der die Antwort gesucht werden müsse: Es geht um »strukturelle Kopplung« der Operationsmodi von Recht und Gesellschaft (316 f.). Voraussetzung hierfür ist auf Seiten des Rechts die Entfaltung eines neuen, mit abstrakteren und indirekteren Kontrollmechanismen operierenden Rechtstypus, dessen Aufgabe in der Optimierung von Selbststeuerung komplexer Sozialsysteme durch Stärkung ihrer internen »Reflexionsstrukturen« oder durch »dezentrale Kontextsteuerung« besteht. Ansatzpunkte für die Entwicklung eines derartigen »*reflexiven Rechts*« sieht er in jenen Interventionsformen, die unter dem Stichwort »Prozeduralisierung« zusammengefaßt werden: dem Übergang von direkter Verhaltensnormierung zur rechtlichen Regulierung von Organisation, Verfahren und Neuverteilung von Steuerungsrechten (335 ff.).

VIII.

Teubners Theoriemodell fußt auf den Grundannahmen der Systemtheorie, unterscheidet sich jedoch hinsichtlich der Perspektiven einer sozialwissenschaftlichen Aufklärung und Anleitung des rechtlichen Instrumentariums sowie einer Steigerung der Reflexionsfähigkeit des Rechts deutlich von der insoweit viel skeptischeren Position, wie sie etwa von Luhmann vertreten wird. Diese Auseinandersetzung soll jedoch hier nicht aufgenommen werden.¹⁰ Statt dessen bleibt zu fragen, ob die Vorstellung, das Recht fungiere als hochgradig indirektes und unpräzises Steuerungsmedium i.S. der Auslösung systemischer Selbststeuerungsprozesse von den materialen Untersuchungsteilen der Publikation getragen wird. Mir scheint, daß man dies am ehesten in bezug auf die Untersuchung der Verrechtlichungsprozesse im Wettbewerbs- und Kartellrecht durch *Hopt* wird sagen können, dessen materialreiche rechtsvergleichende Analyse das Bild einer fast vollständigen »black box« entwirft. Danach weiß man auf diesem Feld zwar, daß etwas geschehen muß, wenn man der systemeigenen Ordnung durch Kartelle und Monopole »Ordnung durch Recht« entgegensetzen will; jedoch steht das Recht hier vor kaum zu bewältigenden kognitiven Problemen, die durch die Schwierigkeiten der Durchsetzung rechtlicher Regelungen und ihrer Effektivitätsbeurteilung noch zusätzlich gesteigert werden. Für den von *Kübler* behandelten Bereich des Gesellschaftsrechts scheinen sich demgegenüber schon verlässlichere Hypothesen über die Wirkungsweise des Rechts – zumindest hinsichtlich der Verrechtlichungspfade und ihrer Alternativen – aufstellen zu lassen, und verstärkt gilt dies in den überhaupt erst durch rechtliche Regulierung konstituierten Gebieten des Sozial- und Arbeitsrechts.

¹⁰ Einen kursorischen Überblick zum Sach- und Streitstand samt einer auf den Normativitätsverlust der Rechtstheorie focussierten Kritik gibt zuletzt der Beitrag von G. Frankenberg, *Der Ernst im Recht*, KJ H. 3/87, S. 295 ff.

Auch wenn überall mit ungewollten und dysfunktionalen Nebenwirkungen zu rechnen ist, so lassen sich diese doch in einigen Sphären gut, in anderen nur vage oder gar nicht rekonstruieren (und damit künftig antizipieren). Ganz so blind, wie das Rechtssystem in bezug auf die Regulierung und reflexive Selbstkontrolle des Geschehens am Güter- und Kapitalmarkt zu sein scheint, ist es in anderen gesellschaftlichen Dimensionen offenbar nicht. Diese Differenz wird durch den unterschiedslosen Gebrauch der Begriffe »Subsystem«, »Selbstregulation« oder »Autopoiesis« eingeebnet. Das kommt zwar dem Allgemeinheits- und Abstraktionsgrad der Theorie zugute, wird aber mit Einbußen ihrer Wahrnehmungs- und Beobachtungsfähigkeit bezahlt: Es macht nämlich einen erheblichen Unterschied für die Möglichkeit strategischer Beeinflussung, ob man weiß, wie Selbstregulation in bestimmten Systemen funktioniert (und woran sie scheitert) oder ob dies nicht oder nur unzureichend bekannt ist. Daß hierbei, ungeachtet aller Forschung, die Ökonomie noch immer ein weitgehend unbekanntes Wesen zu sein und zu führen scheint, ist unbestreitbar. Aber nicht alle Subsysteme teilen, Luhmann sei geklagt, diese »unbiegsame Härte« der Autopoiesis.

IX.

Die Zauberformel, nach der Rechtstheorie und Rechtspraxis gleichermaßen fahnden, lautet wie folgt: Finde eine Form des Rechts, welche die Autonomie sozialer Teilsysteme unberührt läßt und sie doch zugleich in eine Richtung lenkt, in der sie wechselseitig auf ihre elementaren Funktionsvoraussetzungen Rücksicht nehmen. Nicht zufällig erinnert diese Aufgabenstellung an die Formulierung der »Hauptfrage, deren Lösung der Gesellschaftsvertrag gibt«, durch J. J. Rousseau: »Wie findet man eine Gesellschaftsform«, kraft deren »jeder einzelne, obgleich er sich mit allen vereint, gleichwohl nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie vorher?« – nur daß an die Stelle der Freiheit der Subjekte die Idee der autopoietischen Selbstregulation gesellschaftlicher Teilbereiche getreten ist.

»Alle Menschen sind gleich und frei geboren«, mit dieser Sentenz räumt Rousseau die Jahrtausende alten, zu Strukturen verfestigten Vorstellungen einer natürlichen Hierarchie unter den Menschen beiseite. Heute büßt die anthropomorphe, auf die Antike zurückgehende Metapher vom Staat als dem Kopf der Gesellschaft, welcher sich des Rechts bedient, um seine einzelnen Glieder gemäß einem Gesamtkonzept funktionaler Arbeitsteilung zweckmäßig zu organisieren, mit dramatischer Geschwindigkeit an Plausibilität ein. Wie von Zauberhand berührt scheinen alle gesellschaftlichen Systembereiche zu einem gespenstischen Eigenleben erwacht, welches nur mehr seinem eigenen Rhythmus folgt. In dieser Vorstellungswelt, in der »alle Systeme gleich und frei geboren sind«, kann Ordnung nicht mehr als absichtsvoll – durch Politik und Recht – stabilisierte Harmonie, sondern nur noch als *nicht zufälliges* Ergebnis von »Chaos« gedacht werden, welches bald günstigere, bald ungünstigere Bedingungen zu seiner Entfaltung vorfindet. Und ähnlich wie seinerzeit die chaotische Vielfalt der Interessen und Aktionen der freigesetzten Einzelsubjekte mit den prozeduralen Konzepten der Vertragsfreiheit, der Demokratie und des Rechtsstaats zu integrieren versucht wurde, werden heute für die Integrationsprobleme der Systemautonomien prozedurale Lösungen »zweiter Stufe« gesucht. Ob eine solche zweite Phase der Entwicklung prozeduralen Rechts, mag dies »ökologisches« oder »reflexives« Recht genannt werden, die Antinomien vermeiden kann, die die erste Phase in sich barg, und zur Entfaltung der gesellschaftlichen »Superstruktur« des Staates führte, bleibt abzuwarten. Allzuviel Zuversicht versprechen die Autoren des Bandes jedenfalls nicht.