

# Christian Joerges

## Politische Rechtstheorie – Impulse und Suchbewegungen\*

Die Rechtswissenschaft hat es in Deutschland schwerer als anderswo. Sie muß sich nicht »nur« mit den Interessenkonflikten und Steuerungsproblemen des Wohlfahrtsstaates, den Krisen der Moderne und nunmehr mit den apokalyptischen Szenarien der Risikogesellschaft auseinandersetzen. Sie ist bei all dem mit ihrer Geschichte schon in eine politisch-moralische Apokalypse verstrickt. Wie kann sie den Themen der Gegenwart und den Aufgaben der Zukunft gewachsen sein, wenn die Ursprünge jener Verstrickung nicht ins Bewußtsein geholt und ihre Nachwirkungen bloß verdrängt werden? Sie müsse sich, so lautete R. Wiethölters Antwort Anno 1968 ff., durch die Geschichte in Verlegenheit bringen, ihre Vergangenheit als »politische Jurisprudenz« hinter sich lassen, zu einer »politischen Rechtstheorie« finden und – garstiger noch – dabei einen »juristischen Negativismus« praktizieren<sup>1</sup>. »Politische Rechtstheorie« – dies war zunächst einmal eine Kritik der Selbstsicherheit, mit der die deutsche Rechtswissenschaft sich mit ihrer formativen Ära im 19. Jahrhundert identifizierte: Mit den Schismen zwischen philosophischer Rechtslehre und historischer Schule, zwischen sozialer Gerechtigkeit und Rechtsformalismus, zwischen politischer Demokratie und Rechtsstaat. »Juristischer Negativismus« – dies war das Eingeständnis, daß Fehlentwicklungen und Versäumnisse im Nachhinein erkennbar sein mögen, daß sie aber nicht rückgängig gemacht werden können und die Umstellung der Rechtswissenschaft auf die Chancen und die Schwierigkeiten einer politischen Demokratie nicht im Alleingang und nicht *uno actu* erreichbar ist. Die positiven Umschreibungen der Idee einer politischen Rechtstheorie haben sich im Laufe der Jahrzehnte verändert. Die unbeirrte Weiterarbeit an dieser Idee, auf die jede Reformulierung wie die Spitze eines Eisberges verweist, wird mein Beitrag höchst unvollkommen kennzeichnen. Beabsichtigt ist vielmehr eine Dokumentation: Ein Bericht über Arbeitsorientierungen und Fragestellungen, die R. Wiethölder andernorts in einer nicht exakt quantifizierbaren Weise vermittelt hat. Der Bericht wird selektiv und subjektiv ausfallen müssen. Der »andere Ort« bezeichnet lediglich Bremen und wird auch dort nur die Arbeiten einziger Zivilisten<sup>2</sup> heranziehen. Dies ist, jedenfalls der Intention nach, kein delikates Unterfangen. Die Form des Berichts macht sich einfach den Umstand zunutze, daß R. Wiethölder sich immer wieder bereitgefunden hat, Bremer Projekte und Ergebnisse zu kommentieren<sup>3</sup>. Es handelt sich aber nicht um einen Versuch, R. Wiethölder gleich-

\* Für die Publikation überarbeiteter Text einer Rede vom 30. Juni 1989 zur Verleihung der Ehrendoktorwürde durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen an Rudolf Wiethölder.

<sup>1</sup> Vgl. R. Wiethölder, Recht und Politik, ZRP 1969, 155/158; ders., Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik, 1971 (Sonderdruck zum Studium Generale der Johannes Gutenberg-Universität, Mainz 1971), 13 ff.

<sup>2</sup> Für eine sachlich und kontextuell weiter ausgreifende (Mit-)Darstellung Bremer Ansätze vgl. U. K. Preuß, Entwicklungsperspektiven der Rechtswissenschaft, KJ 1988, 361.

<sup>3</sup> Wissenschaftskritische Ausbildungsreform – Anspruch und Wirklichkeit (Beitrag zum Bremer Wissen-

sam für Distanzdelikte, die er von Frankfurt aus begangen habe, verantwortlich zu machen; es geht, was Bremen anbetrifft, weder um Ausgrenzungen oder Vereinnahmungen – und erst recht nicht darum, den dokumentierten Bremer Ansätzen die Aura einer Bedeutsamkeit zu verleihen, die schon empirisch gar nicht in Betracht kommt<sup>4</sup>.

### *1. Formalrecht und bürgerliche Gesellschaft*

»Macht, Hunger, Haß, Knechtschaft, Ausbeutung« gehen den »Juristen als solchen« nichts an<sup>5</sup>. Der Einwand, daß die Entfaltung des Rechtsstaats und der Basisinstitutionen des Bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert mit derartigen Verhältnissen einherging, und die Forderung, daß die Rechtswissenschaft sich auf soziale Inhalte einzulassen habe, zicht hierzulande allemal die als Verdikt gemeinte Schlußfolgerung nach sich, daß es sich um Marxismus handeln müsse. Tatsächlich ist ja in den späten 60er Jahren entdeckt worden, daß in der Nachkriegszeit genuin sozialwissenschaftliche und soziologische Traditionen der Rechtswissenschaft links liegengelieben waren, daß es bis zum Jahre 1933 sozialkritische Juristen gegeben hatte, die ohne Berührungsängste gegenüber der Marx'schen Kritik an der bürgerlichen Gesellschaft über Perspektiven für eine sozialistische Transformation des Kapitalismus diskutierten. Die Renaissance der marxistischen Rechtstheorie in den späten 60er Jahren bemühte sich allerdings nicht bloß um den Anschluß an diese andere Tradition. Sie begann noch einmal ab ovo zu erkunden, wie sich die Kritik der politischen Ökonomie zu den Traditionen der bürgerlichen Sozialphilosophie verhielt und was diese Kritik für die Wirtschafts-, Arbeits- und Staatsverfassung, also für das Recht der »bürgerlichen Gesellschaft« insgesamt bedeutete. An diesen Versuchen hat sich R. Wiethölter mit seiner Idee einer politischen Rechtstheorie interessiert, tolerant und subversiv beteiligt. Die Gewichtung dieser Beteiligungsformen mag dahinstehen. R. Wiethölters eigene Positionsbestimmungen haben jedenfalls Denkmuster der Kritischen Theorie herangezogen: Diese Kritik spielte die Verheißungen der Theorie der bürgerlichen Gesellschaft gegen deren Wirklichkeit und praktisch-gesellschaftlichen Verwirklichungsbedingungen aus. Ein Recht, das die »richtige« Ordnung über die Gewährleistung von Freiheitsrechten verbürgen, das die Freiheitsausübung nicht an inhaltliche Vorgaben binden, daß von deren sozialen Bedingungen abstrahieren wolle, müsse immer voraussetzen, daß jedenfalls das Zusammenspiel jener Freiheitsausübungen den postulierten Spielregeln entspricht und damit auch das gesellschaftliche Geschehen insgesamt als legitimer Ordnungszusammenhang interpretierbar bleibt.

schäftsforum »Einstufige Juristenausbildung in Bremen – Zehn Jahre Bremer Modell«), in: *R. Francke/D. Hart/R. Lautmann/P. Thoss* (Hrsg.), *Einstufige Juristenausbildung in Bremen*, Neuwied/Darmstadt 1982, 7; Markiversagen, EG-Sozialintegranon, Verbraucherschutz (Beitrag zur Eröffnungsveranstaltung des Zentrums für Europäische Rechtspolitik), ZERP-Diskussionspapier 7/1983, Bremen 1983, 77; Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht/Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in: *G. Brüggemeier/Ch. Joerges* (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, ZERP-Materialien 4, 2, 25; Abschluß-Statement zur Arbeitstagung »Soziales Schuldrecht«, in: *G. Brüggemeier/D. Hart* (Hrsg.), *Soziales Schuldrecht*, Bremen 1987, 261; *Proceduralization of the Category of Law* (Beitrag zum Symposium »Amerikanische und deutsche Traditionen der soziologischen Jurisprudenz und der Rechtskritik« am 10./13. Juli 1986), in: *Ch. Joerges/D. M. Trubek* (Eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, 501.

<sup>4</sup> Vgl. E. Klaus, Was kümmert den Rebellen die Hofrangordnung? Die Bremer Rechtslehrer in der Prestige-Hierarchie juristischer Fakultäten, in: *R. Francke u. a.*, op. cit. (Fn. 3), 152.

<sup>5</sup> Vgl. R. Wiethölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt/M. 1968, 38.

Diese Kritik des bürgerlichen Formalrechts nimmt nicht in Anspruch, »die« soziale Wirklichkeit zu begreifen und auf einer solchen Basis das Recht zu erklären; sie begibt sich nicht in die Ausweglosigkeiten deterministischer oder funktionalistischer Interpretationen des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft. Dennoch bedient sie sich einer bestimmten Analytik und behauptet gleichzeitig, daß die Normativität des Rechts nicht positivistisch aufzulösen sei. Mit der Frage nach den Funktionsbedingungen des Formalrechts begreift sie Rechtsentwürfe als idealisierte Konzeptualisierungen gesellschaftlicher Zusammenhänge (der »sozialen Funktionen«) des Rechts. Dies schließt die Behauptung ein, daß der juristische Diskurs Verhandlungsgegenstände betreffe, die in ihren fachdisziplinären Umschreibungen nicht aufgehen, daß es deshalb möglich und geboten sei, Unstimmigkeiten in und Brüche mit formalistischen Rechtskonzeptionen zu identifizieren. Dieses Interpretationsverfahren läßt sich geistesgeschichtlich, ideologiekritisch und materialistisch wenden. Es schließt eine soziale Kritik des Bürgerlichen Rechts ein und ist in erster Linie mit dieser Intention in Anspruch genommen worden – in Frankfurt, Bremen und anderswo. Aber es ging gerade der frühen politischen Rechtstheorie bei der Rekonstruktion des Formalrechts nicht nur um dessen Kritik in sozialer Absicht, sondern immer auch um die Frage, wie sich die Jurisprudenz zum jeweiligen Zeitgeist verhalten und in den jeweiligen Verhältnissen funktionsfähig gehalten hat – und wie sich universalistische von dezisionistischen, rechtsstaatliche von obrigkeitstaatlichen, demokratische von antideutschstädtischen Traditionenbeständen unterscheiden<sup>6</sup>. Diese unbehagliche Frage scheint in einer eher hintergründigen Weise nachzuwirken: in pointiert historisch ansetzenden Darstellungen der Rechtstheorie<sup>7</sup>, in Analysen zum Verhältnis zwischen dem nationalsozialistischen und dem sozialstaatlichen Antiformalismus in der Privatrechtstheorie<sup>8</sup>, im Interesse an einer moralphilosophischen Rehabilitierung formalrechtlicher Prinzipien<sup>9</sup>, in dem Desinteresse gegenüber postmodernen Ansätzen der Rechtscritik<sup>10</sup>. Die Thematik wird weiter nachwirken – und hätte einen als Streitkultur qualifizierbaren Diskussionsstil verdient.

## *2. Materialisierung des Formalrechts und Sozialstaat*

Von Beginn an hat das Projekt der politischen Rechtstheorie sich nicht mit einer ideologiekritischen Gegenüberstellung von Ansprüchen und Einlösungen bürgerlicher Rechtstraditionen begnügt. Die kritische Frage nach den Verwirklichungsbe-

6 Die Unbefangenheit, mit der etwa der amerikanische Rechtsrealismus und die aktuelle amerikanische Rechtscrise die Problematik der Unbestimmtheit des Rechts am Beispiel der Widersprüchlichkeit liberaler Rechtsvorstellungen demonstriert, ist in Deutschland nicht angebracht. In den USA mag es nabeliegen, jene Inkonsistenzen als Gegensatz zwischen individualistischen und sozialen Elementen und »post-klassischen« Entwicklungen als Entfaltung solcher Widersprüche vorzustellen. In Deutschland aber geht die Geschichte in diesem Gegensatz offensichtlich nicht auf; vgl. die Beobachtungen von *Duncan Kennedy*, Comment on Rudolf Wiethölter's »Materialization and Proceduralization in Modern Law« and »Proceduralization of the Category of Law«, in: Ch. Joerges/D. M. Trubek, op. cit. (Fn. 3), §11/18/§21f.

7 Vgl. R. Dubitsch, Einführung in die Rechtstheorie, Darmstadt 1983.

8 Vgl. R. Kneiper, Selbstbestimmung als Selbstdisziplinierung und Fremdbestimmung, in: ders., Zwang, Vernunft, Freiheit, Frankfurt/M. 1981, 9, 13 ff. AK-BGB-Hart, vor § 116 RN 77ff.

9 Vgl. P. Derleder, Privatautonomie, Wirtschaftstheorie und Ethik des rechtsgeschäftlichen Handelns, FS Rudolf Wassermann, Neuwied-Darmstadt 1985, 643/649.

10 Und wohl auch noch in der Art, in der solche Ansätze aufgenommen werden; vgl. K.-H. Ladeur, Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie. Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der »Einheit des Rechtssystems«, Rechtstheorie 16 (1985), 383.

dingungen des Formalrechts verwies immer auch auf soziologische und sozialgeschichtliche Analysen der Diskrepanzen zwischen den im Recht tradierten Gesellschaftsbildern und den Veränderungen der Gesellschaftsverhältnisse; sie verband sich normativ mit Visionen von »der ›guten Ordnung‹ eines Gemeinwesens« und den Möglichkeiten ihrer Verwirklichung<sup>11</sup>.

Deshalb konnte die politische Rechtstheorie methodisch als Erneuerung eines Gesellschafts- und Rechtsentwicklungs umfassenden Theorieansatzes und programmatisch als eine Wiederaufnahme des Weimarer Reformismus verstanden werden – und dies hieß Anno 1986 ff.: als eine »materiale Verfassungstheorie des Sozialstaats«, die im Anschluß an soziologische und politisch-ökonomische Entwicklungs- und Krisentheorien die Erfolgsschancen und die Inhalte einer sozialstaatlichen Verfassung zu bestimmen versucht. G. Brüggemeier hat diese Programmatik am eindringlichsten erprobt<sup>12</sup> – und ist gerade deshalb in der Präsentation seiner Entwürfe immer vorsichtiger geworden<sup>13</sup>. R. Wiethölter selbst hat die Idee einer »materialen Verfassungstheorie als sozialer Gesellschaftstheorie« und einer »Rekonstruktion unserer Rechtsentwicklung als Gesellschaftsentwicklung«<sup>14</sup> in einer für ihn typischen Weise experimentell und integrativ verfremdet: Das Recht dürfe sich nicht einer theoriespezifischen Rekonstruktion der Geschichtsentwicklung verschreiben, sondern müsse die Diskussion um diese Entwicklung in ihrer gesamten Komplexität respektieren. Eine materiale Verfassungstheorie habe an solche Probleme anzuknüpfen, die in diesem Diskussionsgeflecht als »allgemein« interessierende Entwicklungsengpässe identifizierbar seien<sup>15</sup>. Ihre normative Programmatik dürfe nicht mit vorgefertigten Konzepten operieren, sondern sei argumentativ und praktisch in der Arbeit an jenen Bezugspunkten zu entwickeln<sup>16</sup>.

Der ideologiekritische und der konstruktive Doppelansatz der politischen Rechtstheorie hat eine zweite Form des Umgangs mit dem Formalrecht, seinen unformalen Elementen und seinen post-formalen Entwicklungen angeregt, die sich der Frage nach den gesellschaftlichen Bestimmungsgründen des Rechts und der realen Verfassung postliberaler Gesellschaften entzieht: Wenn es richtig ist, daß in die Systeme, die Methoden und in die konstruktive Arbeit der Rechtswissenschaft Vorstellungen über die »gute Ordnung des Gemeinwesens« eingehen, dann müssen sich die theoretischen Schwierigkeiten und Widersprüche der klassischen Sozialphilosophie in den Vorstellungsinhalten repräsentativer Rechtskonzepte wiederentdecken lassen; wenn es aussichtslos ist, nach einer deterministischen und funktionalistischen Logik in der Gesellschafts- und Rechtsentwicklung zu suchen, so kann es doch aufschlußreich sein, die Wahrnehmung und die Verarbeitung des sozialen Wandels und der politischen Rahmenbedingungen durch die Rechtswissenschaft auf ihre

<sup>11</sup> R. Wiethölter, a. a. O. (Fn. 5), 179.

<sup>12</sup> Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Band 1, Frankfurt/M. 1977, Band 2, Frankfurt/M. 1979; ders., Privatrechtstheorie als Aufgabe, ARSP 64 (1978), 87.

<sup>13</sup> Vgl. »Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung« – »Mischverfassung des demokratischen Interventionskapitalismus« – »Verfassungstheorie des Sozialstaates«. Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft – Eine Problemkizze, in: V. Geissner/G. Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Opladen 1982, 60. Vgl. analog N. Reich, Markt und Recht, Neuwied-Darmstadt 1977, 64 ff. einerseits und ders., Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen, Heidelberg 1984, 133 ff. andererseits.

<sup>14</sup> Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, in: W. Abendroth u. a., Der Kampf um das Grundgesetz, Frankfurt/M. 1977, 158/161.

<sup>15</sup> Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, in: FS Gerhard Kegel, Frankfurt/M. 1977, 213/242; ders., Pluralismus und soziale Identität, in: G. Dilcher/I. Staff (Hrsg.), Christentum und modernes Recht, Frankfurt/M. 1984, 379/389 ff.

<sup>16</sup> Pluralismus und soziale Identität, a. a. O. 388 f.; ders., Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, a. a. O. (Fn. 14), 168 f.

sozialtheoretischen Prämissen und ihre Ordnungsvorstellungen hin zu befragen und in der Rechtsprechung nach »Theoriesplittern und Versatzstücken von Theorien«<sup>17</sup> zu suchen, die als extra-legale Konstrukte in die Rechtsbildung und Rechtsanwendung eingehen. Eine solche Interpretationstechnik setzt sich über die »klassischen« Methodenlehren, über die an den »Wertentscheidungen des Gesetzgebers« orientierte Interessenjurisprudenz und auch über die Abwägungsempfehlungen der Wertungsjurisprudenz hinweg. Sie verflüssigt zugleich die Grenzen juristischer, politischer, sozialphilosophischer und moralischer Diskurse; sie zeigt, daß Unstimmigkeiten liberaler Doktrinen weiterwirken und nicht eingestanden werden, daß sich aber in der Literatur und vor allem in der Rechtsprechung selbst die materialen Antipoden klassisch-liberaler Doktrinen immer stärker entfaltet haben. Aber die Fruchtbarkeit dieser Interpretationstechnik ist begrenzt. Zunächst einmal setzt die Rekonstruktion von sozialtheoretischen Prämissen voraus, daß sich das juristische Material in die Prämissenwelt, auf die der Interpret es beziehen will, überhaupt einfügt. Nun ist es zwar frappierend zu beobachten, daß sich die klassischen Modellwelten (einschließlich ihrer Ungereimtheiten) als ungemein bestandskräftig erweisen, daß sie reformuliert werden und die Reformulierungen die alten Antinomien nicht aufzulösen vermögen<sup>18</sup>. Sobald aber diese Kritik ins Positive gewendet und der sozialtheoretische Gehalt von »Materialisierungstendenzen« expliziert werden soll, sträubt sich dem Interpreten die Feder. Die Ergebnisse der Rechtsprechung stellen sich als Unsystem von einander widersprechenden Prinzipien, von Regeln und Regeleinschränkungen, von Ausnahmen und Rückausnahmen dar; die juristischen Doktrinen erweisen sich spätestens dann, wenn man sich nicht mehr auf einen einzelnen Autor konzentriert, als unentwirrbar. Ebenso wie die Ausarbeitung einer materialen Verfassungstheorie des Sozialstaates an der »Neuen Unübersichtlichkeit« der gesellschaftlichen Verhältnisse scheiterte, so geriet auch die positive Explikation der Materialisierungstendenzen ins Stocken<sup>19</sup>.

In der Diagnose, daß weder die Gesellschafts- noch die Rechtsverfassung der Gegenwart auf einen Begriff zu bringen sei, treffen sich die skizzierten Lesarten der politischen Rechtslehre ebenso wie in ihrem kritischen und konstruktiven Ertrag: Es ist für das systematische und methodische Selbstverständnis der Disziplin belangreich, daß bereits im »klassisch-liberalen« Recht individualistische und soziale Elemente, formale und nicht-formale Techniken der Rechtsgewinnung koexistierten, daß diese Inkohärenzen sich unter den Bedingungen der parlamentarischen Demokratie weiter entfaltet haben, daß ordnungstheoretische und rechtsdogmatische Reformalisierungsbestrebungen mit dem geltenden Recht weder interpretativ noch rechtspolitisch zureckkommen, daß die Praxis der Rechtsgewinnung sich kognitiv (und gegen B. Windscheid)<sup>20</sup> »ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen oder ... einer Kombination dieser Erwägungen« öffnet, daß die Verfahren der Rechtsproduktion nur formal in den Händen des Gesetzgebers, der Justiz und der Verwaltung liegen, material aber durch strategische Einflußnahmen Verfahrensfremder mitbestimmt werden und die Verfahrensergebnisse sich dann

<sup>17</sup> D. Hart, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, Königstein/Ts. 1975, 9.

<sup>18</sup> Dies ist ein Leitmotiv der Kritik an der ordnungstheoretischen These von der Interdependenz von (wettbewerblicher) Wirtschaftsverfassung und (rechtsstaatlich-demokratischer) Staatsverfassung; vgl. R. Wiethölter, Privatrecht als Gesellschaftstheorie?, FS Ludwig Raiser, Tübingen 1974, 645; D. Hart, Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel der Wirtschaftsverfassung, ZHR 140 (1976), 31; J. Gotthold, Neuere Entwicklungen der Rechtstheorie, ZHR 145 (1981), 286.

<sup>19</sup> Vgl. Ch Joerges, Bereicherrungsrecht als Wirtschaftsrecht, Köln 1977 und die Kritik von R. Kneper, Recht der Konditionen: vergebliche Versuche, Bereichung zu rechtfertigen, KJ 1980, 117.

<sup>20</sup> Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Leipziger Rektorsrede vom 31. 10. 1884), in: ders., Gesammelte Reden und Abhandlungen (hrsg. von P. Oertmann), Leipzig 1904, 105/112.

häufig genug als bloße Nachkontrollen oder auch schlichte Ratifizierungen extra-legaler, lautstark oder lautlos erzielter Kompromißformeln und Verhaltensabstimmungen darstellen.

Alle diese Beobachtungen sind aus Einzelstudien gewonnen, aus Analysen der Wirkungsgeschichte rechtspolitischer Innovationen, der Entwicklungsmuster richterlicher Rechtsfortbildungen, der Rolle des Rechts in abgrenzbaren Problemfeldern. Diese Konzentration auf das Besondere ist eine Reaktion darauf, daß die Auseinandersetzungen zwischen Kapital und Arbeit, zwischen wirtschaftlicher Macht und politischer Steuerung ihre frühere Bedeutung offenbar verloren haben, daß stattdessen in den partikularen Auseinandersetzungen komplexere Konfliktlagen wahrnehmbar sind, für die es keine gesellschaftsweit »anwendbaren« Integrationsformeln gibt<sup>21</sup>. Geht in der Pragmatik des Besonderen der analytische Anspruch der politischen Rechtstheorie vollends verloren? Endet ihre Ausgangs- und Dauerfrage nach der normativen Qualität des Rechts im bloßen Eklektizismus? Muß, wer sich vom Umgang der ökonomischen Rechtstheorie mit dem Recht als Steuerungsinstrument beeindrucken läßt, auch die normativen und institutionellen Konsequenzen dieses Ansatzes übernehmen? Kann man der systemtheoretischen Rechtstheorie darin Recht geben, daß die Gesellschaft nicht von einem Zentrum her zu begreifen oder zu steuern sei und sogar die Kritik an der »Technologie« materialisierter Rechtskonzeptionen für berechtigt erklären<sup>22</sup>, sich dann aber von der Theorie der funktionalistischen Differenzierung der Gesellschaft und der Rekonstruktion der Zusammenhänge von Recht, Politik und Wirtschaft als Interferenzen<sup>23</sup> distanzieren? Darf man sich für die These, daß die Frage nach der Legitimität des Rechts nicht bloß eine normative Abstraktion sei, sondern auch *de facto* zu den Wirkungsbedingungen des Rechts gehöre, auf die Theorie des kommunikativen Handelns stützen, dann aber die Rückführung gesellschaftlicher Konflikte auf die Dichotomie von System und Lebenswelt oder doch jedenfalls deren rechtstheoretische Übersetzung in das Dual vom Recht als Institution und vom Recht als Medium in Frage stellen<sup>24</sup>?

Man habe sich, könnte R. Wiethölter antworten (meine Anmerkungen sind eingeklammert), jedenfalls gründlicher auf die Paradigmen einzulassen, denen die jeweiligen Rechts-Ansichten entstammen. Nur so lasse sich aufklären, wie die rivalisierenden gesellschaftstheoretischen Projekte durch ihre Problemwahrnehmung auf die juristische Arbeit Einfluß zu nehmen versuchen und welche Verstrickungen die Übernahme ihrer Kategorien zur Folge habe<sup>25</sup> (auch wenn es sich bei den »Theorie-lagern«, empirisch gesehen, eher um zarte Pflänzchen handelt, neben denen andere wachsen?). Nur so seien die Beobachtungen zu den Schwierigkeiten von Materialisierungskonzepten und zu den Verfahren der Rechtsproduktion analytisch aufzuhellen; jede Auseinandersetzung mit »subsystemisch-departementalistischen« Erscheinungen habe deren allgemeine Funktionsbedingungen und Strukturen im Auge zu behalten<sup>26</sup> (obwohl die besonderen Verhältnisse immer noch komplizierter zu

<sup>21</sup> Vgl. am Bsp. des Verbraucherschutzes *D. Hart/Ch. Joerges*, Verbraucherrecht und Markökonomik: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik, in: *H.-D. Assmann u.a., Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein 1980, 93; *Ch. Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, Heidelberg 1981.

<sup>22</sup> Vgl. *G. Teubner*, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: *F. Kubler* (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, 289/300 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *G. Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt/M. 1989, 106 ff., 125 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *G. Brüggemeier*, Der Rechtsbegriff in Habernas' Theorie kommunikativen Handelns und die Prozeduralisierungskategorie bei R. Wiethölter, in: *G. Brüggemeier/Ch. Joerges*, op. cit. (Fn. 3), 65.

<sup>25</sup> Vgl. z. B.: Markversagen, EG-Sozialintegration, Verbraucherschutz, a. a. O. (Fn. 3).

<sup>26</sup> Vgl. das Abschluß-Statement zum »Sozialen Schuldrecht«, a. a. O. (Fn. 3), 262.

sein und in der Forschungspraxis der Einzelwissenschaften facettenreicher diskutiert zu werden pflegen als dies in den Abstraktionen der Gesellschaftstheorie zum Ausdruck kommen kann?). Nur über den Rückbezug auf konstitutive Bedingungen und allgemeine Grundsätze seien die Funktionen des Rechts in spezialisierten Zusammenhängen als Rechtsprobleme erkennbar und Maßstäbe für die Beurteilung von Problemlösungen zu gewinnen<sup>27</sup> (wobei doch wohl erst »im Einzelfall« herauszufinden wäre, wie und mit welchen Einschränkungen allgemeine Prinzipien zur Geltung kommen können).

### *3. Recht und Rationalität*

»Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht ist er imstande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen«<sup>28</sup>. Die freirechtliche Kritik ist eine Verzeichnung. In der Juristenwelt des 19. Jh. war bekannt, daß die richterliche »Anwendung« des Rechts sich nicht in der Exekution eines vorgegebenen Rechtsprogramms erschöpfen kann<sup>29</sup>. Gleichwohl traf die freirechtliche Kritik eine Achillessehne der Jurisprudenz. Sie zielte auf die Diskrepanzen zwischen der kunstgerechten Darstellung und der undurchsichtigen Herstellung von Rechtsentscheidungen und behauptete, daß in dieser Leerstelle ein Dezialismus zwar unvermeidbar, für mehr Rationalismus aber durchaus Raum sei. Diese Diagnose ist unvermindert aktuell. Jedenfalls ist sie Anno 1968 ff. durch die Forderung nach einer Umorientierung der Rechtswissenschaft zur Sozialwissenschaft aktualisiert worden<sup>30</sup>. Allerdings sind alle Ansätze zur Konkretisierung dieser Forderung rasch an ihre Grenzen gestoßen: Eine Folgenreflexion könnte die Rationalität der Urteilsbildung steigern, aber – so fügen die Exponenten dieses Ansatzes hinzu – sie müsse die verfassungsrechtliche Ordnung und insbesondere »das Gebot der Universalisierbarkeit von Entscheidungsprämissen« respektieren<sup>31</sup>. Die interdisziplinäre Öffnung juristischer Diskurse führt zu neuen Einsichten in deren Gegenstände. Aber sie reduziert die Komplexität des Streitstoffes nicht, sondern steigert sie in mehrfacher Hinsicht: Die Diskussionen in der fremden Disziplin sind nachzuarbeiten und auf die Fragestellungen von Konfliktfällen zu beziehen; die Kapazitäten des Rechtssystems zum Umgang mit den Kriterien sozialwissenschaftlicher Theorien und Entscheidungsmodelle müssen bedacht werden – und am Ende bleibt immer die Frage, woher denn das Recht Maßstäbe für eine Stellungnahme zu wissenschaftlichen Kontroversen gewinnen könne und wodurch es zu einer Stellungnahme legitimiert sei<sup>32</sup>. Es gehe letztlich, so lautete eine frühe Formulierung, jedenfalls nach der

<sup>27</sup> Wissenschaftskritische Ausbildungsreform, a. a. O. (Fn. 3), 21, 23.

<sup>28</sup> G. Flavius (alias H. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, 7.

<sup>29</sup> Vgl. R. Ogorek, Richterkong oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts, Frankfurt/M. 1986, 273 ff.

<sup>30</sup> H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt 1973.

<sup>31</sup> Vgl. H.-J. Koch/H. Rufmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982, 229.

<sup>32</sup> Vgl. zur praktischen »Lösung« solcher Schwierigkeiten Ch. Joerges, *Quality Regulation in Consumer*

Materialisierung und Politisierung des Bürgerlichen Rechts, überhaupt nicht mehr um Rechtsanwendung im traditionellen Verstande, sondern um »politische Verwaltung«<sup>33</sup>. Die provokative Formel war zunächst einmal eine Kritik an der stillschweigenden Derogation interventionistischer Zweckprogramme durch traditionalistisch-formalrechtliche Rechtsanwendungskriterien. Aber sie war gleichzeitig als Um-schreibung der Aufgaben einer an der Herstellung »richtiger« Gesellschaftsverhältnisse beteiligten Rechtsfindung gemeint und zielte durchaus auch auf die Justiz und nicht etwa bloß auf Administrationen, die als spezialisierte Behörden mit besonderer Ausstattung oder wie die unabhängigen Agencies amerikanischen Musters planerisch-sozialgestaltende Aufgaben wahrnehmen sollen. Die Formel von der »politischen Verwaltung« klingt aber nicht nur nach einer Provokation der Juristenwelt, sondern auch der Rechtssoziologie: Man weiß doch, wie es selbst in gut ausgestatteten Agencies zugeht<sup>34</sup>, wie die Implementation von »Zweckprogrammen« durch die staatliche Verwaltung verläuft<sup>35</sup>, mit welch bescheidenen Mitteln die Justiz jedenfalls in ihrer Alltagspraxis auskommen muß<sup>36</sup>. Und man weiß schließlich, daß es nicht nur Probleme der Implementation, sondern der Existenz des Rechts überhaupt gibt: Gerade die Risikogesellschaft vertraut sich Experten an, die kraft ihres Wissens entscheiden, welche Gefahren die Gesellschaft hinzunehmen hat<sup>37</sup>.

Bremer Autoren haben auf all diese theoretischen und praktischen Vorhaltungen variationsreich reagiert. Die Aufgaben der Sozialordnung seien in den Bereichen des Deliktsrechts am relativ besten bei der Justiz aufgehoben, die gegenüber dem normativen Imperialismus strikt ökonomischer Rationalitätskriterien und gegenüber dem Lobbyismus organisierter Interessen eine soziale Schutzpolitik durchhalten könne und solle<sup>38</sup>. Bei der rechtlichen Nachkontrolle sachverständiger Stellungnahmen könne die Justiz einen auf Verfahrensgrundsätze beschränkten judicial self-restraint üben, wenn die Unabhängigkeit jener Urteile institutionell abgesichert und alle betroffenen Interessengruppen in einer fairen Form in die Beurteilung einbezogen würden<sup>39</sup>. Nur unter der Voraussetzung, daß extra-legale Abstimmungsprozesse zwischen den Interessenten an Rechtsentscheidungen tatsächlich alle betroffenen Gruppen berücksichtigen und zu einer gründlichen Problemerörterung geführt haben, dürfe die Justiz die so erzielten Konsense übernehmen<sup>40</sup>. Wo dies nicht zu gewährleisten sei, müsse die Justiz den Streitgegenstand (und sich selbst) umfassender aufklären<sup>41</sup>. Gegenüber der Herrschaft der Experten in der »Verwaltung« von Gefahren der Risikogesellschaft müsse das Recht auf seiner Autonomie beharren, öffentliche Warnsysteme, Beteiligungsformen für Betroffene und staatliche Reak-

Goods Markets: Theoretical Concepts and Practical Examples, in: T. Damuth/G. Teubner (Eds.), Contract and Organization, Berlin-New York 1986, 142.

<sup>33</sup> R. Wiebholz, Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik (Fn. 1), 12; D. Hart, Vom Bürgerlichen Recht zur politischen Verwaltung, KJ 1974, 274.

<sup>34</sup> Vgl. E. Bardach/R. A. Keagan, Going by the Book. The Problem of Regulatory Unreasonableness; N. Reich, Staatalche Regulierung, op. cit. (Fn. 13).

<sup>35</sup> Vgl. schon G. Winter, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, Berlin 1975.

<sup>36</sup> Vgl. schon E. Schmidt, Normzweck und Zweckprogramm, Dogmatik und Methode, Kronberg/Ts. 1975, 139/156ff.

<sup>37</sup> Vgl. G. Winter, Die Angst des Richters bei der Technikbewertung, ZRP 1987, 425; R. Wolf, »Herrschaft kraft Wissens« in der Risikogesellschaft, Soziale Welt 39 (1988), 164; ders., Zur Aniquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, Leviathan 15 (1987), 357.

<sup>38</sup> G. Brüggemann, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982), 386/446 ff.; R. Damm, Medizintechnik und Arzthaftungsrecht, NJW 1989, 737.

<sup>39</sup> D. Hart/Cb. Joerges, a. a. O. (Fn. 21), 232 ff.

<sup>40</sup> E. Schmidt, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153/158 f.; Cb. Joerges, op. cit. (Fn. 21), 132 ff.

<sup>41</sup> E. Schmidt, Die Verhandlungsmaxime als Methodenproblem, DuR 1984, 24; AK-ZPO-E Schmidt, Einl. KN 75 ff.

tionsmöglichkeiten vorschreiben<sup>42</sup>; in den brisanten Bereichen sei zu parlamentarisch verantworteten Regelungsformen zurückzukehren und dem Selbstlauf der technischen Innovation ein »umfassendes, auch sicherheitsbezogenes Technikfolgenabschätzungsrecht als Gestaltungsrecht« entgegenzusetzen<sup>43</sup>.

All diese Vorschläge sind nicht theoretisch orientierungslos und ihre Differenzierungen nicht willkürlich. Durchgängig geht es um die Identifikation von Schutzpositionen, deren Unverfügbarkeit das Recht gewährleisten soll, die aber in der »Risikogesellschaft« nicht mehr als vorgegebene Bestände subjektiver Rechte und Rechtsgüter konzipierbar sind. Gleichzeitig handelt es sich um Vorschläge, die auf die tendenzielle kognitive Überforderung und die normative Unsicherheit der Administration des Rechts reagieren. Und wiederum steht zu erwarten, daß R. Wiethölter gegenüber dem Pragmatismus solcher Vorschläge auf Klärungen insistieren und eine deutlichere Bestimmung des »juristischen Proprium« anmahnen würde. Die analytisch-theoretische Seite dieser Mahnung ist bekannt<sup>44</sup>. Aber damit nicht genug. Die Mahnung war stets und ist noch immer mit einem Protest gegen die Parteilichkeit des Rechts und Vorstellungen zu ihrer Überwindung verbunden, in denen Juristen wie Sozialwissenschaftler ihre jeweiligen Gesetzlichkeiten vermissen: In hochschulpolitischen Auseinandersetzungen dürfe das Recht gegen Würfe mit Eiern notfalls die Polizei und die Gerichte mobilisieren; aber dies sei dann eine bloße Parteinahme, wenn der Eiwurf zum Anlaß genommen wird, alle inhaltliche Kritik an der Hochschulpolitik zu übergehen, wenn die Reaktion auf den Eiwurf sich nicht als Element eines »Wissenschaftskampfrechts« darstellt, daß die streitenden Parteien auf politisch-wissenschaftliche Lernprozesse verpflichtet<sup>45</sup>. Im Streit um die Wirtschaftsverfassung darf man das Recht (die Grundrechte) nicht so interpretieren, daß soziale Herrschaftsverhältnisse dem gestaltenden Zugriff auf Dauer entzogen bleiben; ebensowenig darf aber eine alternative Verfassungsinterpretation Demokratisierungs- und Sozialisierungsforderungen im Namen ihrer Sicht der »wirklichen« Voraussetzungen einer gerechten Sozialordnung normativ in der Verfassung verankern<sup>46</sup>. Das Verfassungsrecht sei stattdessen zu begreifen als eine Festlegung der Geltungsbedingungen von Rechträtsätzen; es sei deshalb nur in einer Form verantwortbar, in der »die ›Gesellschaft‹ (als begrenzt offene und lernfähige) darauf verpflichtet wird, sich »auf der Grundlage ihrer bisherigen Erfahrungen neuen Erfahrungen auszusetzen«<sup>47</sup>. Eine Rekonstruktion von Verstrickungen der Praxis der Rechtswissenschaft in gesellschaftstheoretischen Bezugsystemen hat deren Voraussetzungen und Parteinahmen aufzuzeigen. Aber die eigene Parteinahme für eine kritische Gesellschaftstheorie und gegen ordnungstheoretische, institutionalistische oder systemtheoretische Ansätze darf die eigene Position nicht zum besseren Recht erklären. Sie müsse vielmehr respektieren und darauf setzen, daß die Rechtsproduktion sich gegen alle »einseitigen« Inanspruchnahmen sperre; sie müsse respektieren, daß die Rechtsproduzenten selbst nur

42 D. Hart/A. Hilken/H. Merkel/O. Woggan, *Das Recht des Arzneimittelmarktes*, Baden-Baden 1988; Ch. Juerges/J. Falke/H.-W. Micklitz/G. Brüggemeier, *Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1988.

43 G. Winter, *Gentechnik als Rechtsproblem*, DVBl. 1986, 585/594 ff.; R. Damm/D. Hart, *Rechtliche Regulierung riskanter Technologien*, KnV 1987, 183/215.

44 Vgl. oben z. a. E.

45 R. Wiethölter, Erklärung zur Sitzung des Haushalts- und Planungsausschusses der J. W. Goethe-Universität am 3.2.1972, Typoskript Frankfurt/M. 1972.

46 Begriffs- und Interessenjurisprudenz (Fn. 15), 240 ff., Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht (Fn. 14), 163 ff., Pluralismus und soziale Identität (Fn. 15), 393 ff.

47 Begriffs- und Interessenjurisprudenz, a. a. O., 249; Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?, KnV 1986, 21/28.

begrenzt in der Lage sind, gegenüber ihrem eigenen Handeln eine theoretisch reflektierte Distanz zu gewinnen; sie habe darauf zu setzen, daß solches Handeln in »Aufrichtigkeit, Subjektivität, Betroffenheit« geschehe und derart handelnde Juristen die Kriterien einer universalistischen Moral und der Unparteilichkeit in ihrer Auseinandersetzung mit den realen Verhältnissen und den konkurrierenden Rechtsforderungen zur Geltung bringen könnten<sup>48</sup>. – Parteiliche Unparteilichkeit – ein »Quentchen Utopie«?

<sup>48</sup> Wissenschaftskritische Ausbildungsreform (Fn. 3), 10, 23; Sanierungskonkurs in der Juristenausbildung?, a. a. O., 11, 17f.