

## **II**

# **Rechtliche Steuerbarkeit wohlfahrtsstaatlicher Entwicklungen**



# **Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts**

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

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

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

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

## II. Das Reziprozitätsprinzip und seine funktionalen Folgeprobleme

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **III. Von der Programmierung durch Gesetze zur Selbstprogrammierung**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **IV. Die "demokratische Frage"**

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

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

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

## Literaturverzeichnis

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

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