

Theoretische Ansätze

Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts)

Von Rudolf Wiethölter

A

Vorbemerkungen

I. Zur Zielsetzung des Beitrages:

Formale („klassische“) wie materiale („moderne“) Rechtskonzeptionen geraten allerorten in Sackgassen. Ihre häufige wechselseitige Ausspielung wie ihre zeitweilige Versöhnung sind taktisch nützlich, pragmatisch brauchbar, aber weder für die Rechtstheorie noch für die Rechtsdogmatik tauglich. Die Kernthese meines Beitrages lautet: In den richtungweisenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zur Mitbestimmung) vom 1.3.1979 und des Bundesarbeitsgerichts (zur Aussperrung) vom 10.6.1980 sind anschauliche Belege für (zwar nicht schon paradigmatisch zu nennende, aber im paradigmatischen Sinne – als Anomalien – bedeutsame) grundsätzlichere Umorientierungen des Rechtsbegriffes zu finden.

II. Zur Verwendung der Worte „Rechtsbegriff“, „Rechtskategorie“, „Rechtsform“

Sie zielen auf die Elemente in der Übersetzung von Gesellschaftsverhältnissen in Rechtsverhältnisse, in denen sich etwas spezifisch „Rechtliches“ erst erfassen läßt als eine Bestimmung (Bestimmtheit, Bestimmbarkeit) des Verhältnisses von Positivität *und* Richtigkeit (des Rechts). Ohne (irgendeine) Vorstellung von solcher Richtigkeit gibt es keine Positivität. Getroffen werden soll eine wissenschaftstheoretisch-methodologische wie gesellschaftlich-inhaltliche Verklammerung von leitenden und angeleiteten Grundsätzen in der Rechtsarbeit. Dieser Beitrag beteiligt sich nicht an der („materialistischen“) Diskussion, ob die Rechtsform notwendig zirkulär-unwandelbar sei, sodaß sich Gesellschaftsverhältnisse, nicht aber Rechtsformen ändern könnten (dies ist ein Thema genuin linker Rechtstheorie).

III. Zur Gliederung des Beitrages

Das Problem (Durchgänge von Formalisierung, Materialisierung, Prozeduralisierung, Funktionalisierung) wird (unter B) dergestalt gekennzeichnet, daß auf die gut greifbare Analytik des ursprünglichen Bürgerlichen Rechts (dazu I) die Schwierigkeiten skizziert werden, auf die in einer gewandelten Gesellschaft mit wachsendem Problemdruck eine moderne Rechtsanalytik stößt (dazu II). Anschließend läßt sich die Entwicklungslage präsentieren (unter III), von der her die höchststrichterlichen Entscheidungen ihre Anforderungen und Auswirkungen beziehen. Dann werden die Entscheidungen knapp vorgestellt und eingeschätzt (unter IV und V). Auf sie folgt eine Skizze der Lage im sog. Sonderprivatrecht (unter VI). Unter C folgen einige Interpretationsvorschläge und Forschungsanregungen.

B

Das Problem

(Formalisierung-Materialisierung-Prozeduralisierung-Funktionalisierung)

I. Ich fasse die *Analytik Bürgerlichen Privatrechts* (= Rechtsbegriff, Rechtskategorie, Rechtsform der Bürgerlichen Gesellschaft in ihren Ursprüngen) wie folgt zusammen:

- 1) „*Politisch*“ ist die vorausgesetzte und durchgehaltene Trennung von „Staat“ und „Gesellschaft“ Verbürgung von Koexistenz (Politik, Staat) in Frieden (Recht, Freiheit); der Staat ist Mittel zum Zwecke der Rechtsverwirklichung, als „Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit“; allgemeines, gleiches und bestimmtes Gesetz, Öffentlichkeit und private Autonomie bilden die Herzstücke; alle Rechtskategorien im einzelnen (prototypisch: Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt) wurzeln darin.
- 2) „*Ökonomisch*“ steuert Marktwettbewerb unsichtbar die Vernetzungen von Konsum und Produktion; rechtliches Herzstück ist der Vertrag.
- 3) „*Sozial*“ ist die „bürgerliche Position von einem „Haben“ (als Verbürgung dauerhafter Identifikation) abhängig; „Eigentum“ ist die rechtliche Zentralkategorie.
- 4) „*Wissenschaftlich*“ gelten (von ihren Voraussetzungen abgekoppelte) Erklärungsprogramme über verallgemeinerungsfähige Gesetzmäßigkeiten als Inbegriff moderner und fortschrittsverbürgender Arbeitsweisen; „Positivismus“ zielt auf Erschließung von Tatsächlichem, von Gegebenem, von Wirklichkeit, nicht auf metaphysische Deutung oder prophetisches Handeln.
- 5) „*Sozialpsychologisch*“ (kulturanthropologisch) geben „justice“ und „prudence“, Grundkategorien ursprünglich der schottischen Moralphilosophie im 18. Jahrhundert, den Inbegriff von Bedingungen wieder, unter denen gesellschaftliche Identität zu „funktionieren“ vermag: als freies Handeln unter (Rechts-) Rahmenregeln und als verantwortungsgebundene („kluge“, „schickliche“, „gehörige“, „angemessene“) Ausnutzung der Freiheitsspielräume.

Im ganzen beherrscht so der Bürger als Wähler (Eigentümer) und als Konsument die Szenerie politischer Soziologie, sodaß parlamentarische Gesetzgebung, Marktwettbewerb, Vertrag, Konkurs die rechtlichen Verfahrenszentren bilden.

Konsens und Normalität (Homogenität) sind dabei ebenso Prämissen wie Resultate des geregelten Soziallebens. Alle Formen von Gegnerschaft (Unfrieden) sind auf diesen Grundlagen reduzierbar auf geistige (öffentliche) Diskussion und geschäftliche (marktorientierte) Konkurrenz als Spielarten zulässiger Auseinandersetzung. *Verfassungsrecht* stellt das Programm auf – je vorläufige – Dauer. Zum Grundlagentyp gehört nur mittelbar, jedenfalls nicht als unmittelbarer Systemeckpfeiler: der Bürger als Produzent (Arbeiter, Unternehmer). Seine Position markiert dann im 19. Jahrhundert das „Arbeitsrecht“ und das „Wirtschaftsrecht“.

Verfassungsrecht transformiert sich seither zur Sozialverfassung, die Arbeit und Wirtschaft umgreift. Im Maße inneren sozialen Unfriedens, zunehmenden Problemdrucks, rivalisierender Herrschaftsansprüche „repolitisieren“ sich die sozialen Friedensverhältnisse. Zum Kernproblem wird – nicht erst heute – die Unterstellbarkeit (Herstellbarkeit) grundsätzlichen Konsenses über Zielorientierungen, Verfahrensweisen, Organisationsformen, Institutionsbildungen einer „Koexistenz in Frieden“ (national wie international). Ist „vernünftige Identität“ für komplexe Gesellschaft (noch) möglich? Welchen Anteil behält das „Recht“?

In dem skizzierten Programm von Recht formt – seinem Selbstverständnis nach – Recht die entscheidende Struktur der Gesellschaft: Die Bürgerliche Gesellschaft ist (als Privatrechtsgesellschaft = Rechtsstaat!) das eingerichtete und ausgeübte (sozialphilosophisch-historische) Rechtsprogramm. Aus (genauer: als) Naturrecht wird Recht positiv.

II. Eine vergleichbar präzise Analytik heutigen Rechts ist nicht verfügbar. Streitfrei ist wohl, daß (nicht: warum und wie) die alte Analytik unseren gesellschaftlichen Verhältnissen nicht (mehr) angemessen ist. Immerhin lassen sich einige Problem-Stichworte (vor allem aus dem Bereich „Wirtschaft“ und „Arbeit“) finden, die von einer heutigen Analytik nicht übergangen werden dürften.

1) Mit einer Einheit von Arbeits- und Wirtschaftsrecht lassen sich die Problemereignisse der bürgerlichen Gesellschaft in zwei Schlüsselfragen zusammenfassen: einerseits Frage nach freiheitlicher und fortschrittlicher Selbstverwirklichung aller Bürger durch Leistung und Versorgung, andererseits Frage nach richtigen (optimalen) gesellschaftlichen Einrichtungen und Verhaltensweisen. Jede Trennung von Arbeits- und Wirtschaftsrecht fördert hingegen die – strategisch natürlich gut verständliche – wechselseitige politische Instrumentierung. Für die einen hätte sich dann – in der Sprache der Hauptbefürworter – Arbeitsrecht (als *vertragliche* Beziehung zwischen Rechtssubjekten) den übergreifenden Gesichtspunkten von Wirtschaftsrecht (als dem Zusammenhang von Bedarfsdeckung für alle) zu beugen; so bliebe freilich – in der Sprache der Hauptkritiker – der Produktionszusammenhang auf ewig vom Zirkulationszusammenhang getrennt, den er zugleich beherrscht. Für die anderen hätte sich – in der Sprache der Hauptbefürworter – Wirtschaftsrecht (als Unternehmersherrschaft) den übergreifenden Gesichtspunkten von Arbeitsrecht (als dem möglichen Bereich erweiterter Selbstverwirklichung der übergroßen Bevölkerungsmehrheit) zu beugen; so würde freilich – in der Sprache der Hauptkritiker – die revolutionäre Sozialisierung der Gesellschaft verrechtlicht. Das Recht der bürgerlichen Gesellschaft hatte kein Interesse an der Produktionssphäre, weil ausschließlich Bedarf und Konsum jegliche Produktion steuern sollten. Die politische Ökonomie der antibürgerlichen sozialistischen Bewegung konzentrierte sich auf die Produktionssphäre, weil dort das Mehrwertproblem wurzelte und sich alle

Veränderungshebel ansetzen ließen. Ob sich heute in solcher Alternative die Sozialverfassung (Einheit von Arbeits- und Wirtschaftsverfassung) als Rechtsproblem erschöpft, ob und was also zu tun ist, damit (alle) „Bürger“ mündig, (alle) „Verbraucher“ geschützt, (alle) „Arbeiter/ Produzenten“ belohnt werden, wird zum entscheidenden Problem.

Die Ausmaße des Problems und einige Anforderungen an entsprechende Lösungsanstrengungen werden deutlich, wenn man sich, um die zentralen Systemprobleme westlicher Gesellschaften zu gewinnen, auf die analytischen Schlüsselkategorien der einflußreichen sozialwissenschaftlichen Forschungsfelder einläßt. Man stößt dann im Bereich politischer Soziologie auf den „Staat“, im Bereich politischer Ökonomie auf „Krisen und Stabilisierungen“, im Bereich politischer Anthropologie auf „Erfahrungen, Bewußtsein, Verhalten“. Alle Einzelproblem-Stichworte (im Vordergrund: magisches Viereck; Fiskalismus und Monetarismus; Verbände, Markt *und* Plan; Beschäftigungssysteme) sind dann – freilich ohne Aussicht auf Konsens – diskutierbar.

2) Die hier nur angedeuteten Probleme und Lösungsangebote lassen sich zusammenfassen im Begriff einer *Wirtschaftsverfassung* als Einheit von Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialverfassung. In der Sicht der sozial-liberalen Bundesregierung ist solche Wirtschaftsverfassung das umgreifende Stichwort für eine dauerhaft orientierte pragmatische Systempolitik. Konturenstärker heben sich davon ab theoretische Meinungslager eines „sozialen Kapitalismus“ einerseits, eines „demokratischen Sozialismus“ andererseits. Jene beschwören Verheißungen einer Zukunft, welche von der schlechteren Gegenwart verdrängt werde, diese beschwören Verheißungen einer Zukunft, welche die schlechtere Gegenwart verdrängen werde. In sehr radikalen Vereinfachungen fordern jene, eine Wirtschaftsverfassung der sozialen und bürgerlichen Vernünftigkeit erst wieder herzustellen, und fordern diese, eine solche Wirtschaftsverfassung erstmals herzustellen. In einem Dreieck von praktizierter Politik und theoretischen Kritiken unversöhnlicher Meinungs- und Interessenlager hat sich inzwischen soviel wechselseitiger Pattsituationsdruck angesammelt, daß nahezu buchstäblich nichts mehr an größeren und planmäßigen Veränderungen geschehen kann, auch wenn (oder besser: gerade weil) alles an sich möglich (oder jedenfalls: vieles nötig) wäre. Kein Wunder, daß in solcher Lage Rechtsprogramme „aus einem Guß“ nicht mehr möglich sind, daß weder „formale“ (noch) noch „materiale“ Programme (schon) die gesellschaftliche *Verhältnismäßigkeit* bestimmen können. Kein Wunder aber auch, daß kein Stichwort die rechtstheoretische Grundsatz- wie die rechtssystematische Entscheidungsarbeit so beherrscht wie das von der „Verhältnismäßigkeit“. Dieser Abstraktionsbegriff konkretisiert sich für den engeren Teilbereich „Wirtschaftsrecht“ in einem Komplementärsystem von Markt- und Planungselementen, dessen Zentrum das Stabilitätsgesetz bildet, sowie in historischen Veränderungen der Konsumsouveränität, deren Zentrum die Wettbewerbsgesetze (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb) bilden. Er konkretisiert sich für den engeren Teilbereich „Arbeitsrecht“ in einem Komplementärsystem von Konfliktrecht (im Vordergrund: Tarifautonomie und Arbeitskampf) und Kooperationsrecht (im Vordergrund: Betriebsverfassung und Mitbestimmung). Die vom Stabilitätsgesetz ermöglichten Politiken betreffen den Rahmen und die Ausmaße staatlichen Handelns, dann insbesondere die Finanzverfassung und

schließlich die beiden eingeführten Hauptssysteme von Maßnahmen. Wichtigste Folgenwirkung: die Entscheidungskompetenzen über Preise und über Investitionen rücken ins strategische Zentrum. Für beide war traditionell (und folgerichtig: Kontraktverfassung!) Marktwettbewerb als Lösung vorgesehen. Wichtigste Folgen-Folgenwirkung: wenn und weil – bei sich wandelnder Konsumentensouveränität – Wettbewerb immer mehr zum Problem sozialer Sachwalterfunktionen von (in ihrer Funktion deshalb „politisch“ zu interpretierenden) Unternehmern wird, die erfolgreiche Unternehmer-Systemleistung deshalb als Kriterium und Garant sozialer Marktwirtschaft gilt (Schlagwort: Wettbewerb als Entdeckungsverfahren!), hat folgerichtig schon eine politisch-ökonomische Preiskontrolle (und erst recht eine Investitionskontrolle) keine Chance. Folgerichtig sind dann ferner Lohnpreise zu bestimmen als – unter allgemeinem öffentlichen Druck und über kollektiv-arbeitsvertragliche Mechanismen (Tarifautonomie) verteilbare – Anteile an Produktivitätszuwächsen. Wenn und weil sich – umgekehrt – Gewerkschaften nicht an ihre Eingrenzung auf die Zirkulations- und Distributionssphäre halten, sprengen sie die gesellschaftlichen rechtsfundamentalen Halterungen (die Produktionssphäre ist nicht in die Rechtsverfassung einzubeziehen) folgenreich auf, ihr (Arbeits)Kampf schwebt zwischen „Un-Recht“ und „Neu-Recht“. Die Auseinandersetzungen um diese Zusammenhänge werden von „Mitbestimmung“ und „Aussperrung“ bestimmt. Kein Wunder wiederum, daß die fälligen höchstrichterlichen Entscheidungen auf diesen beiden Feldern auf lange Sicht die „Rechtsform“-Entwicklungen mitbestimmen, einige jedenfalls aussperren.

3) Drückt die bisherige Skizze angemessen die wichtigsten Entwicklungserscheinungen und Tendenzen (zunächst nur als Probleme) aus, so läßt sich auch leichter präzisieren, warum eine sog. „Materialisierung“ von Rechtsprogrammen keine (oder zu geringe) Chancen hat.

a) Selbstverständlich (und heute wohl auch streitfrei) ist jede „Formalisierung“ von Rechtsprogrammen inhaltlich bestimmt. Unser tradiertes Rechtskonzept setzt voraus (und sanktioniert) die Freiheitsausübung von Individuen (als Rechts-subjekten) unter allgemeinen Verbotsspielregeln, ein Handeln (mit Hilfe von Verträgen) und unter Schutz durch Delikts-, Straf- und Prozeßrecht) aus gewährleisteten sozialen Positionen. Andere Programme einer Materialisierung von Recht (vor allem: Programme, die soziale Positionen nicht gewährleisten, sondern allererst gewähren (verwirklichen, herstellen, produzieren), sind demgegenüber angewiesen – und zwar: je konkreter, umso komplexer und folgenreicher (bei ganz abstrakter Zwecksetzung ändert sich hingegen nichts) – auf *Vollzüge* des jeweiligen Programms durch *ständige Verwaltung* (statt, wie in formalisierten Rechtsprogrammen, auf Kontrollen durch punktuelle Rechtsprechung).

b) Ein prinzipieller Übergang von rechtlichen Gewährleistungen zu politischen Gewährungen sozialer Positionen, der die Rechtskategorie an ihrer Wurzel trifft, verstrickt „rechtlich“ verfaßte Gesellschaften in folgenreiche Systemkrisen. Von den Rationalitätsmustern über die institutionell-organisierten Verfahrensweisen bis zur Ausbildung und Orientierung der Problemlösungseliten bleibt kein Stein auf dem anderen. Hier liegen die Gründe dafür, daß in jüngster Zeit Rechtsprogramme – jenseits von „Formalisierungen“ wie „Materialisierungen“ – immer mehr umgestellt werden auf „*Prozeduralisierungen*“, genauer: sie zielen nicht auf soziale Gewährlei-

stungen (als „Freiheits-Recht“), nicht auf Gewährungen (als „politische Verwaltung“), sondern auf Bedingungen der Möglichkeit (und dann Organisation, Verfahren, Personal für Verwirklichungen) solcher Gewährleistungen *und* Gewährungen (als „reflexive“, lernende Sozialsysteme). Folgerungen für Inhaltsprogramme, Organisationsformen, professionelle Sozialisierungen sind dabei einseitigen weniger sichtbar als die Sozialbereiche, in denen sich die Probleme konkretisieren. In Form einer kursorischen Vorabeeschätzung: Im Privatrecht (genauer: im Arbeits- und Wirtschaftsrecht) haben kritische Erfahrungen mit Rechts-Materialisierungen inzwischen dazu geführt, daß sog. Vollzugs-Defizite bei Zweckprogrammen, die systematisch zu verstärkten Formen politischer Verwaltung führen, vorläufig in den weniger radikalen Programmalternativen von (so die minoritäre Tendenz) Verbandsklagesystemen und (so die majoritäre Tendenz) Schutzgesetze-sanktionen („§ 823 III BGB“) ihr Heil finden. Im öffentlichen Recht sind neuartige Formen politischer Verwaltung (im Dreieck von Formalisierungen, Materialisierungen, Prozeduralisierungen) gesellschaftsfähig. Hier ist mit dem Element „Planung“ die Veränderung der sachlichen, zeitlichen und sozialen Dimension der Rechtskategorie längst im Gange. Gesetzesinhalte entpuppen sich dabei als Folge (nicht als Prämisse) von Problembewältigungen. „Recht“ entfaltet sich in der Verwirklichungsarbeit in Form von Verfahrensregelungen, Kompetenzzuweisungen, Organisationsmustern. Aus einem (durchweg widersprüchlichen) Verhältnis von Rechtsformen, die in Plänen vorgesehen und in Köpfen und Händen von Juristen ausgebildet sind, zu Verhaltensweisen, die (erst) eingerichtet und ausgeübt werden müßten, wenn „Implementationen“ von Zweckprogrammen nicht als Vollzugs-defizite auf der Strecke bleiben sollen, scheinen sich gegenwärtig Anforderungen und Ansätze gewinnen zu lassen, mit der „Modernität“ von Problemen wie mit der „Neuartigkeit“ von Problemlösungen zugleich (und besser als bisher) fertig zu werden.

c) Der Entwicklung kommt entgegen eine Lage rechtswissenschaftlicher Methodologie, die sich von den grundsätzlicheren Herausforderungen, denen unser Rechtssystem und unsere Rechtswissenschaft seit Jahren ausgesetzt sind, unberührt zeigt. An solchen Herausforderungen lassen sich grob unterscheiden: politisch-soziale (inhaltliche) Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender zeitgenössischer Entwicklungsqualität, funktionalistische (systemtheoretische) Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender Gesellschaftsadäquität, methodologische Programme mit dem Hinweis (oder Vorwurf) fehlender wissenschaftlicher Rationalität. Alle diese Durchgänge haben zur Abwehr nach jeder Richtung geführt, nicht aber zu belangreichen Neukonstitutionen des Selbstverständnisses. Aus solcher Stabilität erschließt sich wohl die Richtigkeit der Annahme, daß Rechtsarbeit öffentliches Handeln unter – sich dadurch als spezifisch rechtlich kennzeichnenden – Rechtfertigungsanforderungen (Begründungsaufgaben) sei.

d) *Jede* (insoweit gleichgültig, ob z. B. „linke“ oder „rechte“) Materialisierung von Recht würde zu (irgendeiner Form von) positiver (statt negativer, „freiheitlicher“) gesellschaftlicher Synthesis zwingen. Davor schrecken wohl weniger zurück die Sorgen (aller Lager) über Un-Freiheitlichkeit oder Über-Verwaltungen als die Einsichten in eine unentrinnbare gesellschaftliche Dynamik.

Verfassung im Sinne der bürgerlichen Rechtsstaatsentwicklung gründet in *Grundrechten* der ihre Konstruktionskriterien (freie, privatrechtliche Markt-

gesellschaft unter politischen Rahmengewährleistungen) ausfüllenden Bürger und in *politischer Regierungsgewalt* für jeweilige Mehrheiten in den Grenzen jener Konstruktionsgrundlagen. Politische Mehrheiten von solchen Bürgern, die zugleich im Besitze des inhaltlich gerichteten Grundrechtsschutzes sind, führen als verwirklichte Idealsituation der Konstruktionsprinzipien zur Übereinstimmung von politischer Gewalt und privatem Recht als der bürgerlichen Verfassung selbst. Bei Widersprüchen, bei unversöhnlichen Differenzen in den grundlegenden Interessen und beherrschenden Zielen etwa zwischen einer politischen Mehrheit von Grundrechts-, „Inhabern“, die allererst auf Gewährung von (neuen!?) Positionen pochen (Typ etwa: Recht auf Arbeit, auf Bildung, auf Mitbestimmung usw.) und einer politischen Minderheit von Grundrechts-, „Inhabern“, die schlicht auf Gewährleistung von (alten!?) Positionen pochen (Typ etwa: Berufsfreiheitsrecht als Unternehmer, Eltern- und Schülerrecht auf Gymnasien, Koalitionsrecht auf Tarifautonomie usw.) scheinen alle Verfassungs-*Entscheidungen* als Lösungen *politischer* Problematik von der *Rechts-Frage* abzuhängen, wie Verfassungs-*Grundrechte* als von Haus aus unantastbare subjektive soziale Herrschaftspositionen etwa stehen zu Verfassungs-*Recht* als Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregelungen gesamtgesellschaftlicher Herrschaftsverhältnisse. Und genau hier tritt dann die entscheidende Entwicklungs-Ambivalenz zu Tage, selbstverständlich in jeder der betroffenen Alternativen als öffentliche und allgemeine Machtfrage.

Sobald (und soweit) nämlich Konsens und Normalität (Homogenität), jene schon erwähnten Prämissen wie Resultate der „*verfaßten*“ Gesellschaft, als Koexistenz in Frieden, zerbröckeln, sind „Staat“ und „Gesellschaft“ auf „Maßnahmen“, auf „Ausnahmestände“, kurzum: auf „kämpferische Demokratie“ angewiesen. In der verlängerten Linie einer von „politisch“ (kraft Regierungsgewalt) durchsetzungsfähiger Mehrheit, die sich kraft Durchsetzung die erforderliche Grundrechtslegitimation „an-maßt“, her gesehenen Verklammerung (modischer: Funktionalisierung, traditionell: Eroberung) von „Staat“ durch „Gesellschaft“ liegt dann die „totalitäre Gesellschaft“ (so die Kritik; Affirmativbezeichnung: „demokratische“ Gesellschaft), für die „Staat“ als strategisches Vehikel und Instrumentarium (in einem „Klassenkampf“ gleich welcher Prägung) dient. In der verlängerten Linie einer von „rechtlich“ (kraft Grundrechtsgewalt) durchsetzungsfähiger Gesellschaftsminderheit, die sich kraft Durchsetzung die erforderliche Regierungsgewaltlegitimation „an-maßt“, her gesehenen Verklammerung (modischer: Neutralisierung; traditionell: Unterdrückung) von „Gesellschaft“ durch „Staat“ liegt dann der „autoritäre Staat“ (so die Kritik; affirmative Bezeichnung: „starker“, „neutraler Staat“), für den „Gesellschaft“ dauerhaft als gegliederte „Ständeordnung“ (gleich welcher Prägung) dient.

Gegen diese Grenzwert-Ambivalenz ist kein „Naturrecht“, keine „Rechtspositivität“ (auch kein Ausgleichsprogramm zwischen beiden) gefeit.

e) Die sich seit langem abzeichnende Wachablösung (modischer: der Paradig-mawechsel) aufklärerisch-idealistischer Philosophie und kartesianischer (Natur- und Fortschritts-)Wissenschaftsgläubigkeit spiegelt den Verfall von (sozialen, kollektiven) Handlungsorientierungen an „Vernunft“, die zunehmenden gesellschaftstheoretischen Legitimationseinbußen und den sinkenden gesellschaftspolitischen Konsens. Sie führt insgesamt zu Entkopplungen von Sozialphilosophie, Wissenschaft und Geschichte. Diese Wende zur gesellschaftlichen Praxis ist zugleich Suche nach historisch belehrbaren, praktisch folgenreichen (d. h. vor allem: erfolg-

reichen) lernenden Sozialsystemen. Kennzeichen und Kernproblem solcher („modernen“) Gesellschaften ist ihre stabile Dauerveränderung. Sie ist freilich nicht (mehr) so sehr an – rivalisierenden und deshalb entscheidungsbedürftigen (und d. h.: „politizierbaren“, also unter immer erst noch zu bestimmenden Werten, Normen, Programmen stehenden) – Richtungen von Veränderungen orientiert/ interessiert, sondern viel stärker an – interpretationsbedürftigen und deshalb strukturierten (und d. h.: „verrechtlichten“, also unter immer schon bestimmten Werten, Normen, Programmen stehenden) – Gefährdungen eines Sozialsystems.

Mit dieser Differenz lassen sich zugleich die entscheidenden Differenzen aller Handlungsphilosophien und Systemsoziologien kennzeichnen, welche sich in „säkularen Gesellschaften“ unter „historischem Problemdruck“ für „sozialen Wandel“ ohne tödliche „Systemkrisen“ (um den Problemanfall knapp zu bezeichnen) als Problemlösungs rivalen verfügbar halten. Wenn nicht alle Anzeichen trügen, dann neigen die jüngsten sozialwissenschaftlichen Anstrengungen gleichsam einer späten Vernunftthe von Handlungsphilosophien und Systemsoziologien zu. Als Lösung scheint sich dafür in Gesellschaften, die für die Lösung ihrer Probleme auf sich selbst, für die Orientierungen, Legitimationen und Sanktionen solcher Lösungen aber auf übergreifende, freilich auch selbst stets hervorgebrachte Bezüge verwiesen sind, immer mehr die Kategorie *Reflexivität* (Selbstreflexion) durchzusetzen. Reflexiv ansetzende Theorieprogramme müssen – rekonstruktiv – Entwicklungen nachgehen, die zu Krisen geführt haben, und sich – prospektiv – auf Bedingungen möglicher Krisenüberwindungen einlassen.

f) Fazit: „Formalisierungen“ wie „Materialisierungen“ werden in „Prozeduralisierungen“ aufgehoben. Damit ist freilich das Form-Inhalt-Problem solcher Prozeduralisierung noch nicht angemessen gekennzeichnet. Für eine solche Kennzeichnung scheint sich heute als Begriff bereitzuhalten: „*Funktionalisierung*“ (Funktionalität).

III. Funktionale Methoden verbinden nicht Formen, Kausalitäten und Freiheiten, sondern zielen auf Relationen und Programmleistungen. Sie sind auf ein *System* bezogen, innerhalb dessen erst von Funktionalität (oder Dysfunktionalität) gesprochen werden kann. Zum *inhaltlichen* Hauptproblem wird dann die Orientierung an Zielen, „Ordnungszusammenhängen“, für die als Maßstäbe jeglicher „Verhältnismäßigkeit“ immer *Rechtsgrundsätze* fungieren, die sich ihrerseits natürlich erst auf einer Ebene von Gesellschaftstheorie legitimieren lassen. Zugriff auf einen derartigen System-Begriff ist Kampf um gesellschaftliche Strukturbildungen, insbesondere um Strukturierungen der Rechtsstruktur. Solcher Kampf bestimmte die Szene, auf der dann die Mitbestimmungs- und Aussperrungs-Entscheidungen neue Führungsrollen übernahmen.

1) Im Mitbestimmungsstreit rivalisierten Konzepte einer „rechten“ Rechtsmaterialisierung (genauer: der Rückübersetzung einer bestimmten Arbeits- und Wirtschaftsordnung in Rechts- und Verfassungsrang) und einer „linken“ Rechtsformalisierung (genauer: der Öffnung von Gestaltungsfreiheiten für den Gesetzgeber). Im Aussperrungsstreit rivalisierten Konzepte eines strikt auf Zirkulations- und Verteilungssphäre begrenzten Kontrakts-Verfassungsrechts (genauer: eines an Arbeitsfriedensrecht (Tarifautonomie) gekoppelten Arbeitskämpfrechts) und eines auf die Produktionssphäre übergreifenden Organisations-Verfassungsrechts (genauer: einer

am Verhältnis von Produktionsmittelbesitz und abhängiger Arbeit orientierten Chancenparität). Diese Rechtsprogramme erschließen sich in ihrer – Übereinstimmung wie neutrale Beurteilung gleichermaßen ausschließenden – Alternativität, wenn man das jeweils mobilisierte Grundrechtsprogramm, von dem hier politische Gestaltungsfreiheiten des Gesetzgebers erst bestimmbar werden, genauer kennzeichnet.

a) Konzepte sog. negativer (Abwehr-, Freiheits-)Grundrechte zielen auf den Bestandsschutz von („klassischen“, *gewährleistenden*) Rechten, mit der Rechtsprechung als Schutzgarantin, mit der Gesetzgebung als in klaren Grenzen (nämlich: Gleichheitsbindung, Verhältnismäßigkeitsprinzip) freier Rahmenrichtlinienkompetenz.

b) Konzepte sog. positiver (partizipatorischer, „politischer“) Grundrechte zielen auf eine Verwirklichung von („gesellschaftlichen“, *gewährenden*) Rechten; alle Unterschiede liegen ausschließlich in Graden und Maßen der normativen Vorbestimmtheit solcher Verwirklichungen; inhaltliche Vorbestimmungsprogramme offenbaren sich z. B. deutlich in institutionellen und Instituts-Garantien oder in historischen Gesetzesansprüchen usw.; je weniger deutlich inhaltliche Vorbestimmungsprogramme auftreten, je offener Spielregelverfahren zu sein scheinen, desto schwieriger ist es, die – in jedem Falle unverzichtbare und unvermeidliche – Inhaltlichkeit der Vorbestimmungen zu erfassen.

2) Angesichts dieser Situation (nämlich: mit formalen Parteinarbeiten nichts (mehr) zu bewirken, mit inhaltlichen Parteinarbeiten aber nicht alle betroffenen Interessen und Bedürfnisse gleich behandeln zu können) konzentriert sich das Interesse an den Mitbestimmungs- und Aussperrungsentscheidungen auf die Kernfrage, an was (wie, warum) der (Verfassungs-) Gesetzgeber seinerseits inhaltlich gebunden sei, auf was sich (wie, warum) das (Verfassungs-)Recht als gesellschaftliches Verhältnis beziehe, worin Funktionalität und Prozeduralisierung (jenseits von Formalisierung und Materialisierung) für Verhältnisse von Politik, Ökonomie, Recht bestehe.

IV. Die Mitbestimmungsentscheidung des BVG vom 1.3.1979

1) Die beschwerdeführenden Unternehmen und Arbeitgebervereinigungen (abgekürzt: „Angreifer“) hatten sich vor allem auf drei Beschwerdepunkte gestützt: das Mitbestimmungsgesetz verschaffe den Arbeitnehmern insgesamt ein Übergewicht über die Anteilseigner (Vorwurf der Überparität); es werde zu grundlegenden Veränderungen des Wirtschaftssystems führen (Vorwurf einer Verfassungsänderung ohne verfassungsänderndes Gesetz); es halte sich nicht an den Bestandsschutz von Eigentums-, Unternehmer- und Koalitionsrechten (Vorwurf der Einzelrechtsverletzung). Für die angegriffene Gesetzgebung (abgekürzt: „Verteidiger“) wurde dagegen vorgetragen: Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern blieben in jeder Hinsicht hinter Paritäten zurück; das Gesetz führe keine wesentliche Neuerung gegenüber bisherigen Mitbestimmungsformen ein, mit denen gute Erfahrungen gemacht worden seien; kein einzelnes Verfassungsrecht werde in seinem Kernbestand verletzt.

2) Der soziale und rechtliche Streitstoff läßt sich in drei Stichworten zusammenfassen.

a) Es geht um die Gewinnung historischer Erfahrungsgesetze: kraft welcher (erkenntnistheoretischen oder sozialtheoretischen) Maßstäbe läßt sich mit Sicherheit oder auch nur mit Wahrscheinlichkeit vorhersagen, wozu ein Mitbestimmungsgesetz führen wird, wenn erst von dem praktizierten Umgang mit dem Gesetz abhängt, welchen Charakter das Gesetz annimmt? Wir betreten hier sehr schwankenden Boden der allgemeinen Wissenschaftstheorie und befinden uns gleichsam in Zonen politischer Beweislast: wer muß (und dann: wie und warum) beweisen, welchen Effekt ein in die Zukunft gerichtetes Gesetz als Planprogramm hat? Wie sind solche Beweise zu führen?

b) Es geht um Legitimationen für Prärogativen: Wer hat den Stichentscheid bei politischem Zweifel an Gesetzesplänen? Wem kommt ein Recht zu, sich u. U. auch historisch zu irren? Damit ist zugleich das Problem der Verantwortlichkeit für sozialen Wandel berührt. Ist Rechtsprechung höchste Verantwortlichkeitsinstanz, indem sie jeweils *ex post* oder auch *ex ante* entscheidet, was falsch geworden oder falsch werden wird? Ist wissenschaftliche Politikberatung verantwortlich, indem sie „objektiv erkennt“ (was ist das auf diesem Felde?), was richtig, was falsch gemacht wird? Oder ist die politische Gesetzgebung zuständig, indem sie – zwar riskant, aber demokratisch legitimiert – zukunftsorientierte Neuerungen einführt?

c) Es geht um unverzichtbare Einheitsstiftungen und Ganzheitsbestimmungen (ein „System-Ganzes“) der Verfassung selbst, von denen her erst Ordnung in eine Vielzahl von Einzelnormen geraten kann: Wie aber ist solcher Einheits-(Ordnungs-)Gewinn möglich? Ersichtlich handelt es sich dabei um Gesellschaftstheorie in und für (nicht zuletzt: durch!) Praxis. Hält sich diese zu sehr an den *status quo*, bleiben moderne Probleme ungelöst; hält sich diese zu sehr an Modernisierungen und Veränderungen, bleiben erworbene Rechte und Gewohnheiten auf der Strecke.

3) Das Bundesverfassungsgericht hat (vom sog. Frankfurter Gutachten (Kübler, Schmidt, Simitis) vorbereitet) auf alle diese Fragen eine bemerkenswert kluge, politisch folgenreiche, aber auch juristisch solide begründete Antwort gegeben. Es lehnt sowohl den rein rechtlichen Bestandsschutz bisheriger Eigentums-, Unternehmer- und Koalitionsrechtsverhältnisse ab (und damit zugleich Konzeptionen ausschließlich formal-liberalen Rechts) wie auch den weitgehend ungebundenen politischen Spielraum des Gesetzgebers (und damit zugleich Konzeptionen ausschließlich inhaltlich-sozialen Rechts). Vielmehr kombiniert und ergänzt es jene beiden Richtungen in Form einer Prozeduralisierung: es gesteht dem politisch legitimierten Gesetzgeber die Freiheit zu, Neuerungen durchzusetzen, wenn er *alle* bisherigen Erfahrungen und *sämtliche* verfügbaren Einsichten *überzeugend* seiner Gesetzesbildung zugrunde lege. Der Gesetzgeber erhält mithin die Prognosen-Prärogative (und damit zugleich die Irrtums-Prärogative). Er muss seine Gesetze freilich korrigieren, wenn sich die Wirklichkeit anders als vorhergesehen darstellen sollte. Das Verfassungsgericht schwört geradezu alle Streitparteien (vor allem: Unternehmer und Gewerkschaften) auf einen loyalen und fairen Vollzug der mit dem Mitbestimmungsgesetz verbundenen Pläne, Hoffnungen, Ideen und Möglichkeiten ein. Selbstverständlich läßt sich solche Prozeduralisierung von Politik und Recht unterschiedlich einschätzen. Gewerkschaftliche Kritik verweist darauf, daß alte Arbeitskampf-, gar Klassenkampfchancen verloren gehen. Unternehmerische Kritik verweist darauf, daß Rücksichten auf Arbeitnehmerinteressen erforderliche Entscheidungen erschweren oder verhindern.

4) Das BVG hat zwar ausdrücklich die Maßstabsbildung (nämlich: die Mitbestimmung sei „an den normativen Garantien des institutionellen Zusammenhangs der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung zu messen“; sie stehe in „Widerspruch zu wirtschafts- und arbeitsverfassungsrechtlichen Gewährleistungen und zu dem Ordnungs- und Schutzzusammenhang, der aus den Grundrechten für die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung des Grundgesetzes entnommen werden könne“) der „Angreifer“ (und des sie unterstützenden sog. Kölner Gutachtens (Badura, Rittner, Rüthers)) abgelehnt und damit eine Konzeption verworfen, nach der ein jeweiliger status quo als Rechtsbestand gewährleistet wäre, sodaß sich Veränderungen als Rechtsverletzungen ausgeben ließen. Sein eigener Maßstab ist: Inhaltliche Grundrechtsausdifferenzierungen und die Entwicklungsfreiheit des Gesetzgebers sind der zu schützende Rechtsbestand, sodaß Veränderungen sich zwar nicht als Rechtserfüllungen (als gebotene Rechtsvollzüge) vorstellen lassen, Politik aber ohne Rechtsverstoß möglich ist. Diese – noch sehr formal klingende – Maßstabsbildung wird anhand der Einzelmessungen insbesondere zu Art. 14, 9 I, 12, 9 III GG inhaltlich deutlich und läßt sich m. E. wie folgt zusammenfassen:

a) der Gesetzgeber ist frei, wenn und weil er für den Ausbau von Schutz individueller Freiheiten vor Gefahren (welcher auch immer, z. B. durch Staat, Gesellschaft, Verbände, Gewerkschaften) eintritt; dieser Kernbestand individueller/subjektiver Freiheit (*als Recht*) und jene (verbleibende) Gesetzgeber-Freiheit (*als Politik*) sind gleichermaßen an verfassungsrechtlicher wie politischer Sicherung einer sozialen Marktwirtschaft wie einer auf Kooperation und Integration angelegten demokratischen Gesellschaft beteiligt; sie bilden das allgemeine Interesse als Einheit der verfassungsmäßigen Ordnung;

b) dem Gesetzgeber ist es (speziell im Arbeitsverfassungsrecht) verboten, politische Gestaltungen von Umständen „abhängig zu machen, die nicht von der Sache selbst, also von der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe der“ (Zusatz durchweg: „sinnvollen“) „Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“ gefordert sind. An „sachgemäßer Fortbildung“ ist der Gesetzgeber nirgendwo gehindert.

c) Inhaltlich werden Grundrechts-Funktionen und Gesetzgeber-Freiheiten bestimmt aus einer Einheit von historischen Erfahrungen, Kernbeständen subjektiv-individueller Rechte (i. S. der „klassischen“ Privatrechte) und Prägorativen des Gesetzgebers, der sich – außer an die Summe von Erfahrungen und vorhandenem Wissen – vor allem an die „Sache“ zu halten hat. In der traditionellen Sprache von „Recht“ und „Politik“: Inhaltliche Verfassungsprogramme werden bestimmt aus den Verwirklichungs-Auswirkungen von Recht durch Politik auf *alle* Bürger; anders gewendet: Grundrechtstheorie und Gesetzgeberpolitik sind an die Einlösung von *bürgerlichem* Recht durch jeweilige Politik gebunden, die sich an alle Erfahrungen und alle verfügbaren Einsichten hält. Mit dieser Verpflichtung kann Politik („der Staat“) nur auf dem Boden allgemeiner (Lern-)Konsense die bisherige Entwicklung (buchstäblich: rücksichtsvoll und vorsichtig!) fortschreiben und neuere Entwicklungen (buchstäblich: allseitig erträglich und durchhaltbar) anstoßen.

d) Zur rechtsdogmatischen Hauptkategorie scheint sich zu entwickeln: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

V. Die Aussperrungsentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 10.6.1980

- 1) Es handelt sich um die Entscheidungen 1 AZR 168/79 (Metall-Arbeitskampf 1978 in Baden-Württemberg), 1 AZR 331/79 (Druck-Arbeitskampf 1978 in Baden/Württemberg), 1 AZR 822/79 (Druck-Arbeitskampf 1978 in Hessen).
- 2) Der Hintergrund der Verfahren sowie die Literatur- und Rechtsprechungslage vor den Entscheidungen sind hier nicht im einzelnen zu entfalten.
- 3) Das – wiederum allein interessierende – inhaltliche Rechtskonzept des BAG läßt sich m. E. wie folgt zusammenfassen:
 - a) Das Gericht setzt auf die Richtigkeitsgewährleistungsbedingungen von kollektiven Verträgen (beherrschender Topos: „Verhandlungsparität“); diese Verhandlungsparität wird ausschließlich auf die Tarifvertrags-Funktionen bezogen und in die Form „genereller und abstrakter Regeln“ (aus Gründen der Rechtssicherheit; beherrschender Topos: „Normative Typisierung“) gebracht.
 - b) Beherrschender Topos für die Festlegung der Einzelkriterien: „Kampfrahmen“, d. h.: Zwecke (Ziele) und Mittel (Aufwand) werden unter dem „übergeordneten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ auf die Herstellung von Verhandlungsparität bezogen; diese – noch sehr abstrakte – Funktionsbestimmung wird inhaltlich deutlich in den Verknüpfungen von Arbeits- und Wirtschaftsrecht durch „Wettbewerbsfähigkeit“ und „Solidarität“; d. h.: Beschränkungen von Arbeitskämpfen auf ein begrenztes Kampfgebiet, die sich dadurch als – wegen der unbegrenzten Wettbewerbsbeziehungen – Wettbewerbsverzerrungen darstellen, lassen sich im Ergebnis entweder nur noch als Kampfverbote zulasten der Arbeitgeber oder als unbegrenzbare Kampfurlaubnis zugunsten der Arbeitgeber greifen.
 - c) Das Gericht stellt – gleichsam in der Art germanischer Bußgeldkataloge – minutiöse Grenzmarkierungen für ein zugelassenes Verhältnis von Streik und Aussperrung auf, sodaß jede Kampfseite nunmehr im vorhinein zulässige Politik gegen Rechtsverstöße kalkulieren kann.
 - d) In der Art, wie Arbeitskampf auf eine spezifisch bestimmte Tarifautonomie funktionalisiert wird und dann Tarifautonomie auf ein (makro-politisiertes, weil „Politik“ und „Ökonomie“ ihrerseits zu einem einzigen „Großmarkt“ verschmelzendes) Konzept von Wirtschafts-(Verfassungs-)Recht bezogen wird (im Stichwort: Vertragsgerechtigkeit unter Wettbewerbsprämissen), läßt sich – dies als Prozeduralisierung in action – ein zentrales und verallgemeinerungsfähiges („objektives“?, „öffentliches“?) Interesse an sehr kurzen, aber sehr harten Arbeitskämpfen bestimmen das seinerseits immer mehr die Schlichtung und längerfristig wohl die Überwindung (als Probleme) ins Zentrum rückt.

VI. Sonderprivatrecht

- 1) Vorbemerkung: „Sonderprivatrecht“ („Sondergesetzgebung“ o. ä., abgekürzt: SPR) ist ein Topos, der ein systematisch schwer zu greifendes Problem von Beziehungen zwischen – jeweils alten und „allgemeinen“ – Gesamtkodifikationen und – jeweils neueren und „besonderen“ – Einzelbereichsgesetzen kennzeichnet. Es geht um

- a) rechtstheoretisch – rechtsdogmatisch: Verhältnisse von Konditional- zu Finalprogrammen.
- b) rechtsmethodologisch: juristische Entscheidungs-Orientierungen;
- c) politisch-ökonomisch: wechselseitige Anpassungen von Rechtssystemen und Gesellschaftswirklichkeit (unter Bedingungen begrenzbarer Veränderungs-politiken).

2) SPR wird (und zwar jeweils „links“ wie „rechts“) begünstigt und abgelehnt. Das steht hier nicht zur Debatte. Die Aufmerksamkeit ist gerichtet auf vier Teilprobleme:

- a) wechselseitige Zu-Ordnungen von „Allgemeinem“ und „Besonderem“ in Formen synchronisierter Wertungen (als Problem einer Metastruktur für beide);
- b) Vollzugs- und Implementationsdefizite sog. Zweckprogramme (als Problem einer Politik des Gesetzes und des Rechts);
- c) Grundsatzverhältnis von Regel-Verboten zu Maßnahme-Geboten (als Problem von „Recht“ und/oder „Politik“);
- d) Kampf um Sozialmodelle (als Problem der Strukturierungen von Systemen für Zwecke von Regel-Steuerungen, Handlungsorientierungen, kurzum: Praxis).

3) Nahezu alle Stichworte der Teile B I–V lassen sich mit dem Stichwort SPR zum Thema machen. Es ist zum Probestein für die Entwicklung des Rechtsbegriffs selbst geworden. Für die Bereiche des allgemeinen („großen“) Wirtschaftsrechts (repräsentativ vor allem: die Arbeiten von E. J. Mestmäcker) und Arbeitsrechts (repräsentativ die vor allem an den literarischen Streit zwischen W. Zöllner und F. Gamillscheg anknüpfende Debatte) sind durch die behandelten Entscheidungen wichtige Wegmarken gesetzt worden. Zu anderen Bereichen seien einige Stichworte zusätzlich genannt.

4) *Im Ausgleichsrecht* (Delikts- und Bereicherungsrecht usw., hier insbesondere wichtig im Rahmen von Arbeits-, Wettbewerbs-, Gesellschaftsrecht; repräsentativ vor allem: Die Arbeiten von H. J. Mertens) geht es darum, wie eine Grundsatzproblematik („Freiheits-Recht“ versus „politische Verwaltung“) in die größeren und kleineren Münzeinheiten rechtsdogmatischer Handlungsorientierungen eingewechselt wird (werden kann).

Meine These dazu: Mit Hilfe von Schutzgesetzdogmatik („§ 823 III BGB!“; „private Klagen im öffentlichen Interesse“) werden die Rechtsfortbildungskompetenzen vom Justizsystem arrondiert und Sozialkonflikte „privatisiert“ und auf diese Weise die Zweckprogrammatik „modernen“ Rechts mit „traditionellen“ juristischen Systemkategorien zurückverknüpft. Hauptauswirkung: im wettbewerblichen Deliktsrecht wird so „öffentliche“ Wirtschaftspolitik zurückbezogen auf Standards „privaten“ Wettbewerbsrechts.

5) *Im Unternehmensrecht* (repräsentativ vor allem die Arbeiten von C. Ott und G. Teubner) ist seit langer Zeit (für die Einsichtsvollen) geklärt, daß sich die registrierbaren Legitimationskrisen weder gesellschaftsrechtlich (etwa durch Haftungsaufgaben, Publizität usw.) noch marktwirtschaftlich (durch Wettbewerbs-, Ordnungen“) noch mitbestimmungsrechtlich noch auf Umwegen über den öffentlich-institutionellen Status bewältigen lassen. Sucht man umgekehrt nach „positiven“ Legitimationen, findet man Hoffnungen auf pluralistische Organisationstheorie (vielleicht jenseits von Neo-Pluralismus und sog. Neo-Korporatismus).

Meine These dazu: Soweit nicht „Verbände“ und „Justiz“ als markanteste politische Ersatzsubjektivitäten – lautstark-stillschweigend – in Kauf genommen werden, laufen nahezu alle Vorschläge auf die „richtige“ Beratung und Anleitung von Verbänden und Justiz durch „die Richtigen“ hinaus.

6) *Im Wettbewerbsrecht* (dazu gehörig: Im Verbraucherschutzrecht) lassen sich die Einflußstärken juristisch-pragmatisch herrschender Meinung (im Kern: jeweilige Praxis wird – ohne irgendeine rechtskategoriale Anstrengung – folgenlos kritisiert und folgenreich abgesichert), juristisch-theoretischer Antithetik (im Kern: „linker“ Systemtheorie fehlt es – wie weiland dem Papst in der Sicht der Sowjets – an „Truppen“, d. h.: hinter zauberisch beschworener Konsumentensouveränität und hinter Verbraucherschutzprogrammen steht keine gesellschaftliche Wirklichkeit, von sozialer Bewegung ganz zu schweigen) und politisch-ökonomischer Überholung dieser pro-contra-Rituale (im Kern: bis zum Sankt Nimmerleinstag wird allein der „Staat“ für Wettbewerbsbeschränkungen verantwortlich gemacht, sodaß gegen „private“ Wettbewerbsbeschränkungen entweder keine Vorwürfe mehr (theoretisch) erhoben oder (praktisch) durchgesetzt zu werden brauchen) gut kennzeichnen.

Meine These dazu: „Freiheit des Wettbewerbs“ ist verantwortliche „Produktion“ von (politisch-ökonomisch „findigen“) Unternehmern (im doppelten Wortsinne: als Hervorbringung wie als Leistung solcher Unternehmer). Überspitzt: der für „Verbraucher“ wettbewerblich unentbehrliche „Disponent“ ist der „Unternehmer“ selbst. Nicht überspitzt: Wettbewerb ist Ermächtigung von (bei Erfolglosigkeit auswechselbaren) Entscheidungsträgern unter radikaler Orientierung der Entscheidungsprogramme an Unvollkommenheits-Konzepten, sodaß *alle* normativen Programme (von Entscheidungen unter Unsicherheitsbedingungen) jeweils die Rechtfertigung dafür mitliefern (können), warum und wie „Regierung“, „Wirtschaft“ und „Justiz“ trotz wortreicher Gestikulation im dauerhaft-geheimen Einverständnis relativ am Erfolgreichsten zu operieren vermögen. Es ist buchstäblich nichts (mehr) zu machen, weil alle Theorien es so für richtig halten (oder einflußlos bleiben) und alle Praxis in solchen Theorien wurzelt und sie dadurch ständig bestätigt. Dies ist m. E. die historisch-soziale Gesetzmäßigkeit von Bewährungen politischer Theorie an/durch (praktiziertes) „Recht“. Es bleibt zu interpretieren, ob sich darin eine paradigmatische (qualitative) Änderung der Rechtskategorie zeigt.

7) Andere Gebiete (alle „modernen“ „Sonderbereiche“, wie z. B. Umwelt, Daten und Informationen, Presse, Kapitalmärkte, Steuern usw.) ließen sich einbeziehen und damit eine Liste rechtskategorial durchzuforstender Bereiche aufstellen. Die Grundproblematik bleibt.

C Interpretationen

I. Vorbemerkung:

Ich halte mich mit Einschätzungen zurück. Gesucht wird (auch von mir) die Dogmatik und Methodologie einer demokratischen Rechts-Gesellschaft. Das geht nicht ohne theoretische Fundamente. Ich selbst arbeite an ihnen unter dem Stichwort

„politische Rechtstheorie“, die sich abmüht, auf möglichst alle geschilderten Probleme einzugehen.

II. Erklärungsansätze

Die traditionelle Rechtskategorie war unhistorisch und ungesellschaftlich. Heutige „Verzeitlichungen“ (Historisierungen) und „Vergesellschaftungen“ (Sozialisierungen) lassen sich umgekehrt mit herkömmlichen rechtskategorialen Mitteln nicht bewältigen, schon nicht theoretisch, erst recht nicht dogmatisch und methodologisch. Die heutige Kombination von „Prozeduralisierungen“ und „Funktionalitäten“ läßt sich wohl als Wechsel, als Änderung, als Entwicklung in der Qualität ansprechen. Das hängt von den theoretischen Interpretationsgerüsten dafür ab.

Die Radikalität der (bürgerlichen) Aufklärung nährte sich von ihrer Kritik an den religiösen Überlieferungen und den feudalen Institutionalisierungen. Die bürgerliche Revolution (und ihre antibürgerlichen Fortsetzungen) haben ihrerseits gleichsam Paradies, Sündenfall, Erlösung lediglich säkularisiert. Eine „Dialektik der Aufklärung“ wird so geradezu zeitlos zum jeweiligen Verhältnis von „Altem“ (von Tradition, von Funktionen einer Dogmatik, von kategorialen Vorrang einer „Logik“ vor „Historie“ im Sinne einer jeweiligen Verteidigung von Beständen) und „Neuem“ (von Revolution, von Funktionen eines Naturrechts, von kategorialen Vorrang einer „Logik“ vor „Historie“ im Sinne einer jeweiligen Entstehungsdurchsetzung von Beständen). Alle Beziehungen werden dann möglich: das Neue des Alten (als Entzauberungen?), das Alte des Neuen (als Vergötzungen?), das Alte des Alten (als Romantiken?), das Neue des Neuen (als Revolutionierung?). Mit solchen Abstraktionen ist selbstverständlich wenig gewonnen.

Karl Marx war zuversichtlich in den eudämonistischen Endhoffnungen auf dauerhafte Befriedigung aller Menschen zugleich, auf Versöhnung von (erreichter) Kultur und (zu erreichender) Interessenidentität; deshalb hielt er die politisch-ökonomischen Grundfragen für wissenschaftlich (und das heißt: unter Zustimmungszwängen) entscheidbar. Max Weber glaubte an dauerhaft unversöhnliche Interessen der Menschen, mithin an keine Versöhnbarkeit von Kultur (Ideen) und Bedürfnissen; deshalb setzte er (sehr begrenzte) Hoffnungen auf die Verbindungen verantwortungsbewußter staatlicher und wirtschaftlicher Bürokratien. Seither arbeiten sich die sozialtheoretischen Programme an einer kritisch-konstruktiven Verbindung und/oder Überwindung von Marx und Weber ab. Programme sog. „Kritischer Theorien“ hielten dabei bislang Interessenharmonien *und* Kultur (unter gegebenen Umständen“) für nicht erreichbar und deshalb umstürzende Veränderungen für historisch legitimiert und praktisch-politisch erkämpfenswert. Sog. „Kritisch-rationale“ Programme hielten bislang derartige Ziele für nie und nirgendwo erreichbar, weil zumindest alle grundlegenden Veränderungen zu unübersehbaren und deshalb unverantwortbaren Folgen führten, sodaß sich nur Strategien mittlerer Reichweite aus bisherigen Erfahrungen rechtfertigen ließen. Programme sog. „Systemtheorien“ hielten dabei bislang die von den anderen Programmen behandelten Fragestellungen für „alteuropäisch“ belastet und unmodern, sodaß sie vorrangig auf Entwicklung radikalerer, abstrakterer, indirekterer Fragestellungen (und erst nachrangig auf Institutionalisierungen und Organisationsformen) zielten. Es scheint, daß sich solche Alternativen von Sozialtheorien und Wissenschaftsmethodologien,

von Handlungsphilosophien und Systemsoziologien inzwischen in langen Grabenkriegen erschöpft haben und daß Friedensschlüsse im Wege von komplexeren, längerfristigen und grundsätzlicheren (mithin auch: reflexiveren) Umorientierungen angebahnt werden. Es lohnt sich deshalb, Elemente einiger Evolutionstheorien zur Kenntnis zu nehmen vor allem im Blick auf den Anteil des Rechts. Insoweit handelt es sich zugleich um die Suche nach rationalen (und zugleich historisch-sozialen) Moraltheorien, die sich Gültigkeiten von Begründungsregeln praktischer (Rechts-)Sätze zum Ziele setzen. Auf diesem Felde lassen sich heute unterscheiden:

a) Theorien einer formalen („reinen“) rationalen Moral. Sie berufen sich alle im Kern auf I. Kant. Ihren Anhängern müßte es gelingen, eine nicht-empirische kognitivistische Meta-Ethik als Rechts-(Gesellschafts-)Theorie vorzustellen. Die Kritik verweist vor allem darauf, daß im Rahmen der in Anspruch genommenen a-priori-Geltungen jeweils Vernunft und Tradition legitimatorisch zusammenfielen und daß Pflichtenkollisionen (kraft des Theorieprogramms) nur deswegen vermeidbar seien, weil Recht ausschließlich mit negativen Pflichten (gegenüber der Freiheit anderer) zu tun habe.

b) (Entwicklungslogische) Stufentheorien von Moral (in Deutschland repräsentiert vor allem durch Projekt-Arbeiten am Max-Planck-Institut für Sozialwissenschaften in Starnberg). Ihren Anhängern müßte es gelingen, den unvermeidlichen inhaltlichen Gehalt von Moral auf gesellschaftlichen Entwicklungsstufen (genauer: für die Unterscheidung gesellschaftlicher Entwicklungsstufen) zu präzisieren und die Entwicklungslogik mit Geschichte und Soziologie zu synthetisieren. Die Kritik verweist darauf, daß relevante inhaltliche Probleme inexplicit blieben und das Programm nicht „freiheitlich“, sondern „elitär“ (oder majoritär) strukturiert sei.

c) Funktionalistische Evolutions- und Moraltheorien (in Deutschland repräsentativ vor allem: N. Luhmann). Sie lassen sich in der „alteuropäischen“ Sprache nicht fassen. Die Komplexitäten der früheren, auf der Grundlage von Organismussystemen einerseits, Maschinensystemen andererseits entwickelten Systemtheorien hat insbesondere N. Luhmann gesteigert zur Komplexität einer interdisziplinären einheitlichen Systemtheorie, die als umfassende Theorie sozialer Systeme auftritt mit dem Anspruch, gleichermaßen die erhaltungswürdigen Interessen von Geschichtsphilosophien (an konzeptioneller Einheit von Theorie und Praxis), von Erfahrungswissenschaften (an Vernunftkontrolle durch Empirie), von rationalen Methodologien (an analytischer Differenziertheit) usw. besser wahrzunehmen als andere. Solche Systemtheorie schmelzt alle traditionellen Orientierungen um: Geistes-, Natur-, Sozialwissenschaften; Subjekt-Objekt; Natur-Gesellschaft-Geschichte; Sein-Sollen; Sinn-Handlungszweck; Staat-Gesellschaft; in einem Satz: Das leitende „Erkenntnisinteresse“ verändert sich von Erklärungs-, Prognose- und Aufklärungsprogrammen zu Programmen der Ermittlung von möglichen sogenannten funktionalen Äquivalenten als je andersartiger Möglichkeit im Horizont unbestimmt vieler und offener Möglichkeiten. Systemrationalität (gleichsam als „Invarianz“ der obersten Stufe) ist Systemstabilisierung. Moraltheorie erscheint in der Form moralfreier Theorietechniken.

d) Ansätze zu einer Verknüpfung (unter dem Begriff „Gesellschaftsgeschichte“) von entwicklungslogischen und funktionalistischen Evolutionstheorien (in Deutschland repräsentativ vor allem: W. Schluchter in der Nachfolge M. Webers). Ihren

Anhängern müßte es gelingen, die Eigenartigkeit (zwischen gesetzmäßiger „Art“ und historischer „Einzigartigkeit“) eines „okzidentalen Rationalismus“ in seiner universellen Bedeutung und Gültigkeit zu erklären und daraus Evolutionen von Ethiken, politischen Institutionen und Recht bestimmbar zu machen. Die Kritik verweist darauf, daß hier den „Ideen“ falsche Prioritäten vor „Interessen“ zugeordnet würden (so die „linke“ Kritik), daß das Theorieprogramm zu inkomplex und zu unhistorisch bleibe (so die „funktionalistische“ Kritik).

Es sind weniger die Einzelheiten der Programme, die hier vorgestellt werden sollten, sondern einige Gemeinsamkeiten in der Einstellung zu „modernem“, zu „rationalem“ Recht.

a) Im Vordergrund steht (außer vielleicht für Funktionalisten) das Universalisierungsprinzip (als Prinzip, also nicht in seiner – umstrittenen – Begründung/Begründbarkeit): eine Norm sei gerecht (richtig), wenn ihr alle zustimmen könnten.

b) Recht ist ohne Bezug auf Entwicklung (Geschichte), Gesellschaft und Ethik (Moral) weder vorstellbar noch praktizierbar.

c) Soziale (Rechts-)Evolution ist ein lebenspraktisch-gesellschaftliches Projekt von (Selbst-)Aufklärungen, (kollektiven und individuellen) Identitätsfindungen und (in einem buchstäblichen Sinne) Recht-Fertigungs-Arbeit.

Mit Jürgen Habermas: Die Moderne – ein unvollendetes Projekt! Eine in religiösen und metaphysischen „Weltbildern“ ausgedrückte substanzielle Vernunft ist auseinandergetreten in Momente von (objektivierender) Wissenschaft, von (universalistischer) Moral (Recht), von (autonomer) Kunst, aber das Projekt der Moderne ist die Anstrengung, diese Verselbständigungen in ihrem historischen Recht ernst zu nehmen und weiterzuentwickeln, aber ihre stets erneuerungsbedürftige und erneuerungsfähige Verbindung gleichwohl und gleichzeitig für die Praxis als eine vernünftige Gestaltung der Lebensverhältnisse zu nutzen.

III. Entwicklungsparallelen

1) Die heutige Rechtsentwicklungsprogrammatische (z. B. im Anschluß an das BVG) korreliert mit (genauer: ist ein Teil von) sog. *positiven* Krisentheorien (repräsentativ: Arbeiten von F. W. Scharpf; Topos: „Kapitalistische Interventions-Demokratie“!). Ihre These: Die Koexistenz von Kapitalismus, Demokratie und Bürokratie könne in historischen Katastrophen scheitern, sei aber praktisch alternativenlos; jede Alternative müsse ein höheres Maß an sozialer Stabilität, politischer Liberalität und ökonomischer Leistungsfähigkeit kombinieren; Krisenhaftigkeit sei abhängig von – zerstörten oder verfehlten – gemeinsamen und zutreffenden Gesamtlageeinschätzungen der beteiligten (führenden und gegenüber jeweiliger Basis erfolgreichen) Hauptakteure; im ganzen: Ablösung von politisch-ökonomischen („negativen“) Krisentheorien (Ergebnis: Systeme gelangen in Krisen an ihr Ende) durch interaktionistische („positive“) Krisentheorien (Ergebnis: Systeme gelangen kraft Lernfähigkeit zu stabilem Dauerwandel).

Im Rahmen solcher Krisentheorien ist Recht weder fatales Ideologieprodukt noch gelingende Freiheitsverbürgerung, sondern (nur) *ein* beteiligtes Element von Bedingungen möglicher Evolutionsprozesse.

2) Die heutige Rechtsentwicklungsprogrammatik „paßt“ (dadurch, daß sie weniger auf normativen Setzungen als auf prozedural-funktionalistischen Ausschlüssen von Möglichkeiten innerhalb strukturierter Systeme beruht) zu Entwicklungen (in Wissenschaftstheorien, Systemtheorien, Planungstheorien, Wettbewerbstheorien, Entscheidungs- und Spieltheorien, Entwicklungstheorien), die alle einen Zusammenhang von (jeweils begrenzten) Anlagemöglichkeiten und Verwirklichungsfreiheiten zum Thema haben (Topos: Mutationen – Variationen – Selektionen).

IV. Auswirkungen auf die Jurisprudenz

1) Daß die traditionelle juristische Methode („Logik“) nach dem Verlust ihres historisch-sozialen Umfeldes und nach den daraus entstehenden Krisen im dogmatischen Instrumentarium auf den erneuten Wechsel jener Abstraktionen angewiesen ist, die erst ein Verhältnis von Gesellschaft und Recht bestimmbar machen, und daß als „moderne“ Abstraktion sich heute durchsetzt: „Funktionalität“, „Prozeduralisierung“, ist wohl – abstrakt – allgemeine Überzeugung.

2) Eine Folge für die juristische Methode ist dann freilich eine „Logik des Besonderen“, d. h.: nicht (mehr) Tatsachen-Ermittlungen unter präzisierbaren Norm-Hypothesen (und das bedeutete in Wahrheit: Freiheitsausübungen unter allgemeinen und formalen Verbotsspielregeln), sondern Bestimmungen jeweiliger Einheiten „normativen“ und „sozialen“ Problemmaterials unter Rechtsgrundsatzperspektiven, die unter Legitimationszwängen stehen.

3) Jede Systembezogenheit von Funktionen setzt ein ausdrückliches Verhältnis von „Freiheit“ und „System“ (Handlungs- und Systemtheorieanteilen) voraus. Die dadurch erzwungenen Abstraktionen (von Realitäten wie von Idealitäten) zwingen zu Sozial-Modell-Bildungen (jedenfalls nicht zu „wissenschaftlichen“ Theorien (Gesetzen), auch nicht zu Geschichts-Philosophien im bisherigen Verständnis), die zugleich als Grundlage von Evolutionstheorien tauglich sind und die Bedingungen lernender, aber strukturierter Gesellschaften *praktisch* programmieren. Es geht dann um „Werte“-Orientierungen (für Alternativen von Praxis). Erneut: ohne irgendeine Richtigkeits-Vorstellung gibt es keine Rechts-Positivität.

4) Kein Wunder, daß einige Programme Hochkonjunktur haben:

- a) Max-Weber-Rezeptionen;
- b) praktische Philosophie (Ethik, Sozialmoral);
- c) ökonomische Theorien (von Verfassung, von Wettbewerb, von Philosophie, von Recht; sie alle als modernisierte Stabilisierungen von Freiheit *als* System (nicht „Freiheit“ *und* „System“)).

5) Rechtlicher Streitstoff, der m. E. auf längere Sicht das Feld beherrschen wird und Arbeitsinteressen bestimmen könnte: Bindungen von Handeln kraft Systems (= „*Recht*“) als Frage nach Differenzierung von

- a) prinzipiell ungebundenem (freilich kriterien-, weil legitimationsbedürftigen) „privatrechtlichen“ Handeln und

b) prinzipiell gebundendem (freilich erst recht kriterien-, weil legitimationsbedürftigen) „sozialverfassungsrechtlichen“ Handeln.

6) Weil der Rechtsbegriff heute ersichtlich nicht (mehr und jedenfalls auch noch nicht wieder) aus einem Guß ist (prinzipielle und punktuelle Kritik selbstverständlich vorbehalten), möchte ich ihn als *dualistischen* kennzeichnen (der „klassisch“-liberal-rechtsstaatliche Rechtsbegriff ist „monistisch“; der sozialistische auch, wenn die Terminologie überhaupt angemessen ist; der faschistische auch, wenn die Terminologie überhaupt angebracht ist). Ob eine Mischung von staatsinterventionistischen Rahmen- und Prozeßsteuerungen und marktwirtschaftlichen Handlungsfreiheiten, die sich als Mischung nicht mehr mit den Elementen der gemischten Mengen identifizieren läßt, zu einem monistischen Rechtsbegriff taugt (schärfer: ob und wie sich überhaupt noch von „Recht“ reden läßt), lasse ich offen. BVG und BAG z. B. haben sicherlich nicht das Recht neu „systematisiert“, sondern lediglich einem Un-System Leitsprüche vorgesetzt. Aber vor allem das BVG hat gleichwohl (mit der Verbindung von politischen Beweislastverfahren, Verteilung der Langfristverantwortlichkeit für gesellschaftlichen Irrtum und allgemeiner Einheit der Verfassung) eine neuartige Richtigkeits-Vorstellung positiven Rechts entwickelt, nämlich: es soll sich kein geschlossenes, richtiges („vernünftiges“, „natürliches“) Konzept gegen die falsche Wirklichkeit durchsetzen, es soll sich keine Wirklichkeit eine Idee ihrer Richtigkeit anmaßen, sondern es soll sich die „Gesellschaft“ (als begrenzt offene) auf der Grundlage ihrer bisherigen Erfahrungen neuen Erfahrungen aussetzen.

7) In dem Maße, wie „idealistische“ und „materialistische“ Kritiken und Konstruktionen (auch theoretisch) unhaltbar, weil praktisch chancenlos werden, lassen sich „kritische“ von „konstruktiven“ Mitarbeitern in der Jurisprudenz nur schwer noch unterscheiden. Jene große Bedeutung, die Wissenschaftszweige z. B. schon durch ihre Einbindung in wirksame politische Praxis gewinnen (ganz unabhängig von ihrer „historischen“ oder „wissenschaftlichen“ oder „gesellschaftlichen“ Bedeutung), führt dazu, daß von „rechts“ bis „links“ große Koalitionen praktischer Mitarbeit folgenreich zustande kommen. Die Medaille hat freilich ihre Kehrseite: je spezieller, je nischenartiger das Gebiet, desto herausragender und führender die entsprechenden (im Grenzfall: alleinigen) Repräsentanten. „Sonderprivatrecht“ schlägt dialektisch auf Sonderrechtler zurück. Ein Interesse und ein Zugang zum Allgemeinen (der Rechtskategorie, der Juristenwelt, der Gesellschaft und ihrer Geschichte und Verfassung) sind schwerlich aufrechtzuerhalten. Folglich können auch nicht mehr „Krisen“ aufkommen, weil alle kritischen Kapazitäten den ständigen Krisenüberwindungen in dauerhaft sich wandelnden Verhältnissen gewidmet sind.

8) Die Auswirkungen auf die juristische Ausbildung sind zwar nicht unabsehbar, aber in absehbarer Zeit wohl kaum zu verkraften.

Zusammenfassung in Thesenform

I. Der Rechtsbegriff

1) als Formkategorie („Formalisierung des Rechts“)

a) Kern: Freiheit unter allgemeinen und gleichen Bedingungen und Schutz des jeweiligen („verrechtlichten“) Bestandes;

b) Defizit: Keine Verbürgung „richtiger“ gesellschaftlicher Synthesis;

2) als Inhaltskategorie („Materialisierung des Rechts“)

a) Kern: Zweckprogramme als Vorzugsentscheidungen gegen Widerstände;

b) Defizit: politisch-ökonomische Implementationsverwaltung ohne ausreichenden sozialen Konsens und angemessene Instrumentarien.

3) „moderne“ Tendenzen: Verbindung von Formen und Inhalten (Handlungsfreiheiten und Zweckprogrammen) qua „Prozeduralisierungen“ und „Funktionalisierungen“ des Rechts

a) Kern:

aa) „sachlich“: rechtliche *und* gesellschaftliche Verhältnisbestimmungen (Konzeptualisierung von Einheiten, von Beziehungen, von Prozessen);

bb) „zeitlich“: Historisierungen (Entstehungen und Entwicklungen einbezogen);

cc) „sozial“: Vergesellschaftungen („die Sache“, „das Ganze“);

b) Defizit: soziale Technokratie, unentwickelte Instrumentarien, „unsichere“ Juristen.

II. Am Beispiel der Entscheidung des BVG zum Mitbestimmungsgesetz (und der Entscheidungen des BAG zur Aussperrung, im einzelnen genauer dann an Beispielen sog. Sonderprivatrechts-Entwicklungen) zeigt sich:

1) In der „Historisierung“ und „Sozialisierung“ der Rechtskategorie werden Verrechtlichungen sozialer Stoffe und Vergesellschaftungen rechtlicher Formen verschmolzen zu einem „System“, von dem her zunächst Rechtsgrundsätze und dann allmählich Rechtsdogmatik veränderte Orientierungen gewinnen;

2) der System-Bezugswechsel mobilisiert eine Art sozialhistorischer Erfahrungsgesetzlichkeit dergestalt, daß von der Summe bisheriger (und konsentierter) Erfahrungen die begrenzten und riskanten Neuerungen abhängig gemacht werden;

3) wegen der inhaltlichen Nichtentscheidbarkeit historisch-sozialer Entwicklungen (jedenfalls in Fällen von Zweifel, Dissens, Pluralität usw.) werden Kompetenzen zugeordnet für Prognosen und Verantwortlichkeiten;

4) diese System-Vergabe von Entscheidungskompetenzen unter Unsicherheitsbedingungen findet sich derzeit und allerorten in voller Entwicklung; „zuständig“ sind vor allem dann

a) „der Gesetzgeber“, der im Spektrum von Grundrechtsschutz und politischer Regierungsgewalt „rechtlich“ an ein Kernprogramm subjektiv-individualistischer Freiheitsstärkung gebunden wird, im übrigen aber „politisch“ disponieren kann (freilich auf der Grundlage *allgemeiner* Erfahrung und *allen* verfügbaren Wissens!);

b) Verbände und Justiz als – in „Fälle“ (Probleme) verstrickte – „Ersatzgesetzgeber“, d. h. als Implementationsfunktionäre des gesellschaftlichen System-Programms;

c) „Unternehmer“ (aller Stufen und Bereiche) als die allgemeinen sozialen (d. h. genauer: die Möglichkeiten „findenden“ und die Verwirklichungen „allozierenden“) „Verbraucher“-Disponenten.

III. Das „System“ ist in traditionellen Kategorien (weder in „liberalen“ noch in „sozialstaatlichen“, erst recht nicht in „historisch-materialistischen“) nicht (mehr) zu begreifen.

1) Der Verlust an („bürgerlich-gesellschaftlicher“) Normativität (zugunsten von System-Steuerungen) ist nicht total; die leitenden Imperative orientieren sich an

- a) System-Krisen (in der Sicht „allgemeiner“ Erfahrungen und „allen“ verfügbaren Wissens!);
- b) neuen Einheits-Konzepten von (individuell-subjektiven) Freiheits-Gewährleistungen (traditionell: „Recht“) *und* (kollektiven) System-Gewährungen (traditionell: „Politik“), ohne Vorrangs-Bestimmtheiten; deshalb von mir als „dualistische Rechtskategorie“ gekennzeichnet;

2) die (paradigmatisch veränderte ?) heutige Rechtskategorie ist gleichsam „materialisiert“ auf dem Boden der klassischen Rechtsformen und einer (erneuten) historisch-sozialen allgemeinen Spiel-Gesetzlichkeit; Gesellschaftssystem *und* Individualfreiheit als neue begriffliche Fassung von „Recht“; soziale Synthetisierung weder von Individuen noch vom Systemganzen her, weder als Rechtsbestimmtheit der Gesellschaft noch als Gesellschaftsbestimmtheit des Rechts, sondern „dualistisch“;

3) Zustimmung wie Kritik hängen ab von den Chancen, die das „System“ läßt. Immerhin beruft es sich auf die Grundversprechen der Bürgerlichen Gesellschaft und die Möglichkeiten lernender Sozialsysteme; damit sind zumindest Ambivalenzen gesichert. Gesucht wird eine (soziale Evolutions-)Theorie (als „Praxis“ zugleich), die rechtfertigt und kritisiert, analysiert und strategisiert, kurzum: Verhältnisse und Entwicklungen „vernünftig“ begreift, indem sie sie (anhand unverzichtbarer normativer Orientierungen) bestimmbar macht.

IV. „Dualistisch“ nenne ich die Rechtskategorie, weil sie jenseits von Formalisierungen (traditionell: „Recht“) wie Materialisierungen (traditionell: „Politik“) gleichsam Recht *und* Politik inhaltlich verklammert, ohne dadurch eine neue Rechtseinheit (sie erst wäre wiederum monistisch) zustande zu bringen. Diese Verklammerung setzt selbstverständlich (zumindest lautlos) den Vorrang irgendeiner „Vernünftigkeit“-Logik vor „Wirklichkeits“-Historie voraus. Solche „Vernünftigkeit“ muß freilich heute Parteinahme enthalten, die keiner „Partei“ zu nahe tritt, (wie beim Karneval in Mainz: „Allen wohl und niemand weh“), aber schlicht „pluralistisch“ erst recht zu kurz greift. Für diese Vorrang-Verfaßtheit Maßstäbe zu finden/zu setzen, ist dann das Geschäft der von mir sog. Prozeduralisierung des Rechts. Es geht darum, alle beteiligten und betroffenen Interessen (vor allem ihre Repräsentanten) einzuschwören auf den Vollzug von entdeckbaren und verwirklichtbaren Möglichkeitsplänen, weniger in Form dekretierter, umkämpfter, sanktionierter Normansprüche als nach Art von (selbstverständlich nicht kampfflos) abgestimmten gesellschaftlichen Lernverhaltensweisen. Solche Tendenz mag man fördern oder kritisieren, es geht zunächst um ihre Kennzeichnung. Für eine Einschätzung wird man irgendeine Art von sozialer Evolutionstheorie (und entsprechend: irgendeine Art gesellschaftsgeschichtlicher Rechtstheorie) nötig haben. Bei einer realistischen Einschätzung wird man dabei wohl auf eingerichtete und ausgeübte Kompetenzzuweisungen für kleine Führungseliten stoßen (entsprechend werden die Loyalitäten und Akklamationen der „Massen“ zum – erneuerten – Hauptproblem).

Die „klassischen“ bürgerlichen Rechtsprogramme gingen auf der Grundlage pessimistischer Anthropologie (als Vorstellung einer dauerhaften Unvollkommenheit des Menschen, A. Smith, I. Kant) von der Suche nach *relativ* vollkommenen Spielregelsystemen („Marktfreiheit“, „Freiheitsrecht“) aus. Alle „modernen“ bürgerlichen Rechtsprogramme haben solche Vollkommenheitsformen (zunächst perfiziert zu „wissenschaftlich“ vollkommenen, aber „gesellschaftlich“ unbrauchbaren Modellen und dann) immer folgerichtiger und folgenreicher entformalisiert (als „dritte Wege“ materialisiert) und landeten so zwangsläufig in immer komplexeren und immer problematischeren Mischformen von Interventionskapitalismus. „Prozeduralisierung“ und „dualistische Rechtskategorie“ sind die zeitgenössischen Erscheinungsformen einer bürgerlichen Gesellschaft, die ihre Einrichtungshoffnungen (Synthesis individueller und gesamtgesellschaftlicher Bedürfnisse, Versöhnung von erreichter „Kultur“ und verwirklichtbaren „Interessen“) zwar (noch ?) nicht aufgibt, aber veränderte Einrichtungswege anlegt.

Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft

Herausgegeben von
Volkmar Gessner und Gerd Winter

Westdeutscher Verlag

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Rechtsformen der Verflechtung von Staat und
Wirtschaft** / hrsg. von Volkmar Gessner u. Gerd
Winter. – Opladen: Westdeutscher Verlag, 1982.

(Jahrbuch für Rechtssoziologie und
Rechtstheorie; Bd. 8)

ISBN 3-531-11571-5

NE: Gessner, Volkmar [Hrsg.]; GT

„Gedruckt mit Unterstützung der Stiftung Volkswagenwerk“

© 1982 Westdeutscher Verlag GmbH, Opladen

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Lengericher Handelsdruckerei, Lengerich
Alle Rechte vorbehalten. Auch die fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie,
Mikrokopie) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages.
Printed in Germany

ISBN 3-531-11571-5