

PRIVATRECHT ALS GESELLSCHAFTSTHEORIE?

Bemerkungen zur Logik der ordnungspolitischen Rechtslehre

RUDOLF WIETHÖLTER

I.

1. „Wirtschaftsrecht ist ... auch in seinen privatrechtlichen Bestandteilen in hohem Grade „politisches“, nämlich in seinem Ordnungs- und Gerechtigkeitsgehalt von unserem ganzen politischen Gemeinwesen zu verantwortendes Recht.“¹ „Der Begriff enthält auch nach meiner Überzeugung keinen Widerspruch in sich, wohl eine dialektische Spannung und damit eine Gefahr, die auch Wiethölter bei der zunehmenden Heftigkeit seiner Angriffe gegen eine vermeintlich unpolitische Rechtswissenschaft und Rechtspraxis nicht übersehen sollte: wer allen Nachdruck auf das Beiwort ‚politisch‘ legt, endet allzuleicht dabei, das Recht zur Magd zu erniedrigen. ‚Wir haben es erlebt!‘“²

Es ist nicht zuletzt die Mischung von Durchblick und Demut des politischen Professors Ludwig Raiser, der ich mich in Verehrung und mit Respekt widmen möchte in einem Beitrag, der sich zum Ziele setzt,

a) Ansprüche an eine Qualität von Auseinandersetzung zu formulieren, bei der sich unterschiedliche Arbeitsansätze nicht scheuen, sich wechselseitig im Elend ihrer je interessenbefangenen Selbstverständnisse entdecken zu lassen und gerade dadurch lernfähig zu werden,

b) „Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen“ als Problem so zu skizzieren, daß sich ein Anschluß an wissenschaftliche Anstrengungen gewinnen läßt, die sich mit Funktionen, mit Wandel, mit Institutionen, mit Privatrecht nicht nur feiertäglich oder nebenamtlich befassen,

c) die zentralen Positionen Ludwig Raisers so zu resümieren, daß sich ihr Verhältnis zu den politischen Rechtskonzeptionen eines einflußstar-

¹ *Ludwig Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 34/35.

² Wie Anm. 1, Anm. 35.

ken und großen Meinungslagers einerseits wie eines einflußschwachen und kleinen Meinungslagers andererseits würdigen lassen.

2. Ich möchte dazu die Hypothese entfalten, daß

a) die herrschende sog. ordoliberalen (neoliberalen, neoklassischen, ordnungspolitischen) Rechtstheorie eine sozialwissenschaftlich inspirierte Geschichtsphilosophie in praktischer Hinsicht ist, die sich ihre Qualität als heimliche gesamtgesellschaftliche Systemtheorie (in der Linie Niklas Luhmanns) bei Strafe der Selbstaufgabe oder Verlustes ihres Einflusses nicht eingestehen kann,

b) die u. a. auch von mir vertretene sog. politische Rechtstheorie eine sozialwissenschaftlich inspirierte Geschichtsphilosophie in praktischer Hinsicht ist, die ihre Qualität (als „Kritik“!) aus einer Rekonstitution des zerfallenen Verhältnisses von Sozialphilosophie und Wissenschaftstheorie gewinnen kann,

c) Ludwig Raiser in seinen einschlägigen Arbeiten gleichsam mit dem Kopfe der „Systemtheorie“ und mit dem Herzen der „politischen Rechtstheorie“ nähersteht, sich jedenfalls mit dem Gewicht seiner Sympathien und seiner Warnungen eher auf die letztere als auf die erstere einläßt.

Weil es nicht einmal in Form skeptischer Zuversicht um die Anmaßung gehen kann, alles besser zu wissen und zu machen als alle anderen, soll dieser Beitrag nicht Ordnungsrechtstheoretiker einerseits, Ludwig Raiser andererseits an Maßstäben einer politischen Rechtstheorie messen³. Es geht vielmehr umgekehrt darum, die Ordnungsrechtstheorie in den repräsentativsten Selbstzeugnissen der jüngsten Zeit auf ihre eigenen Maßstäbe hin zu untersuchen und ihren gesamtgesellschaftlichen Konzeptionsgehalt deutlich zu machen vor allem im Hinblick auf den „Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen“. Die Gliederung folgt dabei bestimmten Auswahl Gesichtspunkten: zunächst Strömungen, die methodologisch verbergen, was sie politisch tun (sog. institutionelles, typologisches, systematisches, topisches Rechtsdenken!), dann Strömungen, die instrumentell-technologisch alle sich bietenden Plausibilitäten einer affir-

³ Ich präsentiere also meine eigenen Vorstellungen nicht in Zusammenhängen hier, sondern werde sie in Form einer größeren Antikritik der bisherigen — sowohl „konservativen“ wie „liberalen“ wie „linken“ — Kritiken vorlegen; zur Entlastung des Textes verweise ich einstweilen auf den Zusammenhang meiner Stichworte „Bürgerliches Recht“, „Juristen“, „Wirtschaftsrecht“, „Wirtschaftsverwaltungsrecht“, „Zivilrecht“ in: Görlich (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, auf den Beitrag zum 49. DJT, Stand und Möglichkeiten der Justizforschung, II R 12—17, R 102—104, sowie auf den Beitrag „Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik“, in: Studium generale der Johannes Gutenberg-Universität, Mainz (erscheint in Kürze).

mativen Rechtsstaatsdoktrin ausschöpfen, schließlich Strömungen, die einen gesellschaftstheoretisch-politischen Anspruch formulieren. Auf diese dritte Gruppierung werden dann einschlägige Arbeiten Ludwig Raisers und der Ansatz einer politischen Rechtstheorie im Kontext heutiger gesamtgesellschaftlich orientierter Theorieströmungen bezogen. Vorab ist eine knappe Situationskizze vielleicht als vorläufiger Diskussionsrahmen dienlich.

II.

1. Die deutsche Jurisprudenz befindet sich in einer Lage ungewisser Transformationen, vielleicht sogar vor einem Paradigmawechsel⁴. Es gibt wohl niemand mehr, der sich der doppelten Einsicht entzieht, daß Rechtsverhältnisse nicht aus ewigen Ideen oder aus sich selbst heraus begreifbar sind, sondern aus materiellen gesellschaftlichen Bedingungen, und daß sich Rechtsanwendung wissenschaftslogisch nicht als Subsumtion abbilden läßt. Wie unterschiedlich in der Rechtsmethodologie die Umschreibung für veränderte Selbstverständnisse sein mögen („Rechtsnorm und Entscheidung“, „Richtlinie und Kasuistik“, „Grundsatz und Norm“, „Vorverständnis und Methodenwahl“ usw.), insgesamt ist ein diffuser Ausbruch zu registrieren aus traditionell „rechtswissenschaftlichen“ Bereichen in traditionell außerrechtswissenschaftliche Bereiche (mißverständlich abgekürzt: „Sozialwissenschaften“). In aller Regel würdigen Juristen in ihren Bemühungen, Grenzen traditioneller Jurisprudenz zu überschreiten, freilich nicht, wie jenseits solcher Grenzen derartige Überschreitungsansätze ihrerseits gewürdigt werden. Um zunächst nur die beiden heute hauptsächlich rivalisierenden umfassenden Gesellschaftstheorien heranzuziehen: Die Systemtheorie (vor allem in der Ausprägung Niklas Luhmanns) weist der Jurisprudenz einen ganz bestimmten und spezifisch beschränkten Raum zwischen Strukturtheorie und Entscheidungstheorie an und lehnt jede weiterstrebende Funktionsüberschreitung schroff und folgerichtig ab; die materialistische Geschichtsphilosophie

⁴ Zum Begriff *Thomas S. Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, stw Bd. 25, 1973; Kuhn versteht unter einem Paradigma ein Modell, aus dem eine bestimmte Tradition wissenschaftlicher Forschungen erwächst; in der Jurisprudenz könnte mit dem Begriff — freilich eher plakativ als systematisch — erfaßt werden der Transformationsprozeß zu einer Rechtsarbeit als Zusammenhang von Sprache und Handlung (Kern: Kommunikation und Planung) anstelle von Rechtsanwendung in Form von Textexegese plus Subsumtionsleistung.

kennt für die Jurisprudenz nur ambivalente Parteinahmen zugunsten von Gewaltstabilisierung oder gesellschaftlicher Emanzipationsbewegung. Innerhalb solcher herrschenden (legitimierenden) und angreifenden (revolutionierenden) Gesellschaftstheorien entsteht für „Recht“ ein gesellschafts- und rechtstheoretisches Zwangsdefizit, für „juristische Entscheidungen“ gibt es keinen Zutritt zur jeweiligen *Entscheidungstheorie*: Die Systemtheorie, für welche alle gesellschaftlichen Zweckprogramme auf Transformation von System- in Entscheidungsprogramme zielen, setzt Juristen die Ausbildung von *Subroutine für konditionierte Informationsverarbeitung* in derartigen Transformationsleistungen zur Aufgabe, der historische Materialismus kennt, so lange er sieglos bleibt, in seinem Sinne für Juristen bestenfalls *progressive Dezisionen*. Für diese Gesellschaftstheorien sind juristische Entscheidungen jenseits ihrer jeweils „strukturellen“ Vermitteltheit auf *spezifische Beliebigkeit* angewiesen — für den Juristen können und dürfen Voraussetzung wie Folgen seiner Entscheidungen nicht verfügbar sein.

2. Die heute herrschenden gesellschaftstheoretischen „Steuerungen“ der Jurisprudenz wurzeln ihrerseits insgesamt in einer philosophischen und wissenschaftstheoretischen doppelten Distanzierung von aufklärerisch-idealistischer Philosophie wie von kartesischer (Natur- und Fortschritts-)Wissenschaftsgläubigkeit, welche — im Rahmen verfallender Handlungsorientierungen kraft „Vernunft“, wachsender gesellschaftstheoretischer Legitimationseinbußen und sinkenden gesellschaftspolitischen Konsenses im sozialen Substrat vor allem seit dem letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts — in der Tat-, Willens- und Lebensmetaphysik zugleich jene Kulturanthropologie des handelnden (Führungs-)Menschen begründet, die in der Interessenjurisprudenz Jherings und deutlicher noch im Freirecht unsystematische Vorstufen des institutionellen Führerpersonalismus M. Webers, des Dezisionismus C. Schmitts, der Elitentheorie A. Gehlens, der Anthropologie H. Plessners und — letztlich und umfassender — der sog. Funktions- und Strukturtheorien (Systemtheorien) in neuerer Zeit erreicht, von denen die sog. „Wertungsjurisprudenz“ unserer Tage gerade in ihren führenden Repräsentanten beherrscht wird. Die zentrale Leistung dieser herrschenden Theorieströmungen liegt in der Autonomisierung bestimmter Führungseliten und in den tendenziellen Veränderungen von wissenschaftlichen Kausaltheorien zu technologischen Zweck- und Funktionsprogrammen, d. h. — bezogen auf „juristische Entscheidungen“ — in der *Veränderung der Gesetzeskonzeption* (von „rechtsstaatlichen“ Konditionalprogrammen zu „sozialstaatlichen“

Zweckprogrammen als Folge verrechtlichter Sozialtechnologien bei gleichzeitiger Einschränkung der möglichen Mitarbeit traditioneller „Juristen“), in der *veränderten Schlüsselposition der Richterschaft* (als Vermittlung von „Recht“ und „Politik“ kraft „Legitimation durch Verfahren“), kurzum: in der veränderten *Entscheidungsjurisprudenz* als Ausdruck und Folge einer politischen Verfügbarkeit („Positivität“) von Recht. Diese Entscheidungsjurisprudenz ist in ihrem Kern pragmatisch und dogmatisch orientierte, topisch-rhetorisch-konsensstrategisch wirkende Problemanschauung von Juristen in Fachsprache. Sie ist in Deutschland die „herrschende Meinung“.

3. In jüngerer Zeit gewinnen — zu einem freilich noch wenig geklärten Teil an Systemtheorien und Geschichtsphilosophien vorbei — zwei weitere große Arbeitsrichtungen Einfluß auf die Jurisprudenz: einerseits Varianten einer sich selbst als eine metahermeneutische Transformation transzendentaler Philosophie verstehenden Wissenschaftstheorie (Stichworte etwa: Universalpragmatik, sozialwissenschaftliche Propädeutik, Sprachanalytik, Kommunikationstheorie), der es um eine Konsenstheorie sprachlicher Sinnverständigung, letztlich um eine Gesellschaftstheorie der sozialen Evolution geht; andererseits Varianten formalisierbarer Entscheidungstheorien, die sich unter angebbaren Bedingungen mit EDV verbinden lassen und denen es insgesamt — bezogen auf juristische Entscheidungen — um Reduktion von Entscheidungsbeliebigkeit wie um Präzisierung der Entscheidungsverfahrensschritte geht.

4. Innerhalb der *ordnungsrechtstheoretischen Strömungen* haben die einflußreichsten Repräsentanten in der jüngsten Vergangenheit das sozialtheoretische Defizit ihrer Konzeptionen eines dauerhaften dritten Weges zwischen Kapitalismus und Sozialismus zugleich eingestanden wie wettzumachen versucht. Sie alle bemühen sich, die als Verfallsprozeß kritisierte Entwicklung einer ursprünglich sozialphilosophisch hergeleiteten Marktordnungs- und Wettbewerbstheorie zu einer rein ökonomisch orientierten Preis-, bestenfalls auch Wachstums- oder Wohlfahrtstheorie umzulenken zu einer normativen Gesellschaftstheorie.

In der *ökonomischen Wettbewerbstheorie* wird dabei ein sich abzeichnender tiefgreifender Strukturwandel markiert durch die Ablösung naturwissenschaftlich orientierter Theoriemodelle, die ihrerseits an die Stelle der sozialwissenschaftlich begründeten klassischen politischen Ökonomie traten und schließlich in der auf Marktformen gestützten Preistheorie derart ihren Höhepunkt (personalisiert etwa in W. Eucken und F. Böhm) fanden, daß sich zugleich die Identifizierung von Preistheorie

und politischer Ökonomie als Marktfriedensrecht und Privatrechtsgesellschaft stilisieren ließ. In diesen Ablösungstendenzen bricht sich eine erneut sozialwissenschaftliche Interpretation von Wettbewerb als einer grundlegenden analytischen Kategorie der Gesellschaftstheorie selbst Bahn, die Wettbewerb als Voraussetzung wie auch als Ziel gesellschaftstheoretischer und politischer „Regeln“ zur Ermöglichung von Handlungs- und Entscheidungsfreiheit bestimmt. Mit Hilfe differenzierter Markttheorien (Stichworte etwa: Marktstruktur-, Marktphasen- und Marktverhaltenstheorien) hat vor allem E. Hoppmann — im Anschluß insbesondere einerseits an E. Heuss, andererseits an F. A. von Hayek — Wettbewerb zum Such-, Lern- und Informationsprozeß strukturiert (beherrschender Topos dafür: *Entdeckungsverfahren!*).

In der *juristischen Wettbewerbstheorie* arbeiten auf ähnlichen Grundlagen vor allem E.-J. Mestmäcker und W. Fikentscher an sozialtheoretischen Bedingungen möglicher Freiheit, d. h. am Problemverhältnis sozialer Herrschaftsinhalte zu politischen Herrschaftsformen. Sie alle gehen insbesondere auf D. Hume, A. Smith und I. Kant zurück. An Hand ihrer repräsentativsten Arbeiten wird im einzelnen zu besprechen sein, wie ihre Konzeptionen auf eine Verbindung von herrschender empirisch-analytischer Wissenschaftstheorie und herrschender systemtheoretischer Sozialphilosophie hinausläuft, wie insbesondere „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ bedeutet, daß sich Wettbewerb als gesellschaftstheoretisch-normative Systemgröße „bewahrheitet“ in ihrer „Verwirklichung“, sich legitimiert durch Verfahren.

5. Im Rahmen dieser Situationsskizze ist zunächst nur die Überlegung von Belang, daß sich der Auseinandersetzung über Wettbewerbstheorie heute immerhin eine Dimension zu öffnen scheint, die E. E. Nawroth schon 1961 (in: *Die Sozial- und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus*) diagnostiziert hatte — seinerseits im Lichte der christlichen Soziallehre — als „universal-ideologisches Phänomen“, als „die Renaissance der nominalistischen Aufklärungsphilosophie“⁵. Jedenfalls verlöre der Ordnungliberalismus in dem Maße von Solidität und Folgenwirksamkeit seiner begonnenen sozialtheoretischen Anstrengungen die bisherige theoretische Unschuld. Und hoffentlich ist es in Zukunft möglich, ein Niveau zu gewinnen, unterhalb dessen wissenschaftliche Diskussion sich als reflexionsfreie gesellschaftspolitische Parteinahme zu denunzieren ge-

⁵ Vergleiche dazu meinen Artikel „Wirtschaftsrecht“ (Anm. 3), insbesondere S. 534 bis 538.

nötigt würde. Vielleicht gelingt sogar eine Verstrickung der hier rivalisierenden Theorielager — oder doch der Gebildeten je ihrer wechselseitigen Verächter — in einen Auseinandersetzungsprozeß, wie er sich z. B. in den modernen sozialwissenschaftlichen Kontroversen längst ausmachen läßt, in denen sich alle Positionen weder ihres metaphysischen Anfangs gewiß sind (wie etwa „klassische“ Philosophie) noch Transzendenz schlankweg leugnen (wie etwa „moderne“ Wissenschaft), sondern sehr komplexe Beziehungen durchzuhalten versuchen. Solcher Niveaugewinn und solche Folgewirkungschancen hängen freilich nicht zuletzt vom Rang und Gewicht der historisch-theoretischen Aufarbeitung erkenntnis- wie sozialtheoretischer Genesis — Geltung — Bedingungen gesellschaftlicher Verhältnisse ab, an die man gerade auch in der Absicht noch gebunden ist, sie zu begreifen, gar zu verändern⁶.

III.

1. Um die Argumentationsmuster und vielleicht auch Sozialideale einerseits von Ludwig Raiser, andererseits repräsentativer Ordnungstheoretiker trotz unvermeidlicher Verkürzungen einigermaßen korrekt wiedergeben zu können, stelle ich zunächst die heute bedeutendsten gesellschaftstheoretischen Lager je in ihren zentralen Ansprüchen und Selbstverständnissen dar. Diese Skizze, die selbstverständlich nicht jede Richtung, nicht einmal alle wichtigen Elemente anführen kann, hat ihren Zweck hier erfüllt, wenn sie es ermöglicht, die maßgebenden Haupt-

⁶ Sehr gründlicher Beitrag zu dieser Aufarbeitung jetzt *G. Brüggemeier*, Vorstudien zu einer Wettbewerbsrechtstheorie (Untersuchungen zu den theoretischen Grundlagen eines sozialen Ordnungskonzepts), Diss. Ffm. 1973; die Arbeit zielt — in Form eines abgeleiteten und interpretierten Forschungsprogramms — auf eine unverkürzte theoretische Konzeptualisierung gesellschaftlicher Totalität, wie sie im Durchgang von Kant zu Marx einmal beansprucht worden ist; in drei Arbeitsschritten legt Brüggemeier zunächst innerhalb der Philosophietradition die bis heute rivalisierenden drei idealtypischen Grundmodelle fundamentaler sozialer Ordnungsprobleme frei (den objektiven Idealismus, den materialistischen Sensualismus und den metaphysischen Realismus), untersucht dann im personalisierten Dreieck Th. Hobbes, J. Locke, A. Smith die drei geschlossensten Programmentwürfe bürgerlicher Sozialtheorie auf ihre theoretischen und sozialen Implikate und interpretiert schließlich den Kantschen Ansatz, verloren gegangene Objektivität wiederzugewinnen nicht zuletzt für eine Theorie bürgerlicher Rechtsverfassung; sehr informativ zum sozialtheoretischen Hintergrund jetzt ferner *Cb. Joerges*, Die klassische Konzeption des Internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, *RebelsZ* 36 (1972), S. 421—491 (bes. 425 ff., 461 ff.).

probleme so deutlich zu machen, daß sich die dann zu behandelnde einschlägige rechtswissenschaftliche Problematik ihrerseits beurteilen läßt.

Alle diese Lager und Strömungen weisen einige Gemeinsamkeiten auf:

a) Sie haben Teil an der im 19. Jh. vollzogenen Wende zur gesellschaftlichen Praxis, die sich ihrerseits den Einsichten verdankt, eine Suche nach philosophischen Letztbegründungsmöglichkeiten sei notwendig und dauerhaft hoffnungslos; historisch belehrbare, d. h. praktisch folgenreiche Gesellschaftstheorien könnten und müßten sich als lernende Systemzusammenhänge bewähren, theoretische Vernunft finde ihre realen Bedingungen in praktischer Vernunft.

b) Lösen so insgesamt theoretische Sozialwissenschaften traditionelle transzendente Subjekte (Gott, absoluter Geist, wahre Natur des Menschen usw.) und/oder revolutionäre Klassen (feudale Revolution, bürgerliche Revolution, proletarische Revolution usw.) ab und werden sie gerade dadurch praktisch (und das schließt zugleich zwingend Wertfreiheit aus!), dann stellt sich für sie alle — wie unterschiedlich immer — die Gretchenfrage, wie sie mit der ererbten *Bestimmungs*-Problematik („Grenze“ als Problem!) fertig werden, ob und wie sie also ruhende Pole in der Erscheinungen Flucht gewinnen können. In traditioneller Sprache: Wesen/Erscheinung, Subjekt/Objekt, Natur/Geschichte, Sein/Sollen, Staat/Gesellschaft, Gemeinschaft/Individuum, öffentlich/privat. Konkreter gewendet: Fragen nach (Selbst-)Organisation, (Selbst-)Steuerung, Problemlösungssystemen, Fragen nach Regeln, Legitimationen, Handlungs- und Urteilsprinzipien, Fragen nach Konstitution von Grenzen für Wahrheit, Vernunft, Lernen, Sinn, Fragen nach Theoriebildungen, Real- oder Idealabstraktionen, Methodologie, Empirie, Technologie usw.; kurzum: Alle diese Lager und Strömungen sind daran beteiligt, Zustände inkomplexer, weil zu allgemeiner und nicht real-adäquater Theorie- und Strategiebildungen in industriell-bürokratisch-kapitalistischen Gesellschaftssystemen zu überwinden und fertigzuwerden mit einer Ablösung von „Kausalität“ durch „Funktionalität“ (als Umbau von idealen Vernunftsystemen zu lernenden Sozialsystemen).

c) Sie alle, weil an irgendeine Problembeziehung von „Gesellschaftstheorie“ und „Wissenschaftstheorie“ verwiesen, widmen sich dem Bezugsverhältnis — als Problem! — von Theorie (Philosophie, Wissenschaft) und Geschichte (Gesellschaft, sozialen Bewegungen, sozialen Veränderungen). Als zentrale Forschungsgegenstände lassen sich dabei isolieren: „Staat“, „Krisen und Stabilisierungen“, „Erfahrung, Bewußtsein, Verhalten“.

Der folgende Überblick hält sich in der Reihenfolge nicht an meine Präferenzen, sondern an einschätzbare Einflußgewichte.

2. Systemtheorie

Die Komplexitäten der früheren, auf der Grundlage von Organismus-systemen einerseits, Maschinensystemen andererseits entwickelten Systemtheorien hat Niklas Luhmann gesteigert zur symbiotischen 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 Ansprüche auf gesamtgesellschaftliche Konzeptualisierung. Luhmanns Systemtheorie ist nicht in wenigen Strichen skizzierbar. Die folgenden Hinweise akzentuieren lediglich ihren Ansatz und ihre Ergiebigkeit für heutige Rechtswissenschaft⁷.

a) Jede Gesellschaft ist als soziales Gesamtsystem (Totalität) gegen Details indifferent, entscheidende Unterschiede liegen folglich in Ausdifferenzierungsprogrammen (Abstraktionen). Theorien der bürgerlichen Gesellschaft sind entweder Mustern von Arbeitsteilung (von Hobbes/Locke über die positivistische Soziologie bis zu den heutigen Strukturtheorien) oder Mustern von Klassenteilung (historischer Materialismus) gefolgt. Luhmanns Ansatz: Die Alternative ist innerhalb der bürgerlichen Theorie nicht entscheidbar, sie ist auch nicht unterbietbar (etwa durch Angebote, ebenfalls, wenn auch anders den Inbegriff aller sozialen Erscheinungen abzuhandeln), sie ist nur überbietbar (*vor* jeglicher Systemdifferenzierung ist das Problem von Systembildung als solches zu behandeln!). Systeme sind nicht *Ordnungen* von Teilen zu einem Ganzen (entsprechend: von „oben“ zu „unten“, von „Zwecken“ und „Mitteln“ usw.), sondern jeweils Identitäten, die sich in komplexer und veränder-

⁷ Luhmann zu „lesen“ heißt, seine Lektüre zum perpetuum mobile zu machen, seine Publikationen (und ebenso sehr seine je unveröffentlichten Papiere, die man bei glücklicher Systembeziehung erlangen kann) sind längst selbst ein komplexes, freilich strukturiertes System. Als umfassende Informationsquellen sind im Rahmen dieses Beitrags wichtig: J. Habermas—N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971; N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2 Bände, 1973, *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

licher Umwelt durch Stabilisierung der Innen-Außen-Differenz erhalten und wandeln.

b) Solche Systemtheorie schmelzt alle traditionellen Orientierungen um: Geistes-, Natur-, Sozialwissenschaften; Subjekt-Objekt; Natur-Gesellschaft-Geschichte; Sein-Sollen; Sinn-Handlung-Zweck; Staat-Gesellschaft; m. a. W.: Das leitende „Erkenntnisinteresse“ verändert sich von Erklärungs-, Prognose- und Aufklärungsprogrammen zu Programmen der Ermittlung von möglichen sog. funktionalen Äquivalenten als je andersartiger Möglichkeit im Horizont unbestimmt vieler und offener Möglichkeiten.

c) Im Verhältnis von Systemtheorie zu „Rechtswissenschaft“ fallen Teilsystemprobleme an⁸, die sich zugleich als komplex entfaltbare Stammbuchverse für Juristen interpretieren ließen.

aa) Das Rechtssystem hat sich bisher am gesellschaftlichen Interdependenzproblem übernommen; alle Versuche, Weltgesellschaft in Rechtsform zu konsolidieren, sind gescheitert; Identifizierung von Gesellschaft und Rechtssystem verharrt in „alteuropäischer Tradition“; Rechtssystem ist stets und nur gesellschaftliches Teilsystem; in dieser Eigenschaft ist es nur als (programmiertes) Konditional-, nicht als (programmierendes) Zweckprogramm politisch zu neutralisieren; es kann in keinem Falle seine Auswirkungen auf die Gesellschaft selbst kontrollieren.

bb) Alle Positivierung von Recht setzt den gesellschaftlichen Primat der Wirtschaft voraus, den Übergang einer politischen zur wirtschaftlichen Gesellschaft.

cc) Juristische (dogmatische) Arbeit ist — bei bislang ganz unzulänglichem Instrumentarium — Ausbildung von Subroutine für Informationsverarbeitung bei der Transformation von Struktur- in Entscheidungsprobleme; Rechtstheorie steht zwischen (sozialwissenschaftlicher) Strukturtheorie und (allgemeiner) Entscheidungstheorie.

⁸ Einschlägigste Arbeiten: Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, 1970, S. 175 ff.; Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, 1972, S. 255 ff.; Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), S. 1 ff.; Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht, in: Festschrift für R. König, 1973, S. 387 ff.; Selbst-Thematisierungen des Gesellschaftssystems, ZfSoziologie 1973, S. 41 ff.; Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, Rechtstheorie 1973, S. 131 ff.; Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974; Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, in: Anales de la Catedra Francisco Suarez, 1972, Heft 1, S. 201 ff.

3. (Neue) Kritische Theorie

Sie steht — wie verschiedenartig auch immer — in der Tradition der idealistischen Philosophie und des historischen Materialismus und zielt auf eine Einschmelzung von systematischer Geschichtsphilosophie, empirisch-analytischer Wissenschaftstheorie und hermeneutischer Tradition. Nicht Einzelheiten interessieren hier wiederum, sondern Ansatz und Tendenz der Problemverarbeitung insgesamt. Im übrigen geben gründliche Selbstdarstellungen aus jüngster Zeit sehr solide Informationen⁹. Zwei personalisierbare Akzent-Richtungen stehen im Vordergrund:

a) Habermas — Starnberger Max-Planck-Institut zur Erforschung der Lebensbedingungen der wissenschaftlich-technischen Welt: Arbeit an einer adäquaten Evolutionstheorie spätkapitalistischer Gesellschaften, Transformation eines historisch-materialistischen Zusammenhangs von Geschichte, Totalität und Dialektik in unabschließbaren Gewinn von Regel-Systemen für „Arbeit“ (als technologisches Verhältnis der Gattung zur Natur), „Interaktion“ (Kommunikation) und emanzipative „Politik“; dieses Problemdreieck, seinerseits als analytisches Kategoriensystem der Gesellschaftstheorie selbst eine höhere Abstraktionsstufe gegenüber Produktivkräften und Produktionsverhältnissen, weicht in den jüngsten — vor allem noch nicht veröffentlichten Starnberger — Materialien einem Bezugsverhältnis einerseits von Lebenspraxis (betroffen: Gegenstandskonstitution, Interaktionen durch kommunikatives Handeln) und Forschungspraxis (betroffen: Geltungskonstitution, Herstellung von Verbindlichkeit und Konsens durch Diskurs), andererseits von politischer Ökonomie (dafür systemtheoretische Steuerungen und Planungsprozesse) und politischem Staat (dafür Legitimationstheorien).

b) Apel — Sprach- und Kommunikationstheorien: Arbeit — vornehmlich im Anschluß an die vollzogene Kritik an Apriorismus und Empirismus sowie an den Pragmatismus — an einer veränderbaren Theorie-Praxis-Beziehung je für eine Kommunikations- und Experimentiergemeinschaft; Geltungsproblematik der Semiotik (Wahrheit, Sinn,

⁹ Repräsentativ vor allem jetzt (außer der in Anm. 7 erwähnten Arbeit Habermas/Luhmann): K. O. Apel, *Transformation der Philosophie*, 2 Bde, 1973, insbes. Bd. I, Einleitung S. 9—76; ders., in: Charles S. Peirce, *Schriften*, Bd. I, 1967, Einführung S. 11—153, Bd. II, 1970, Einführung S. 10—211; J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse* (Suhrkamp), 1973, Nachtrag S. 367—417; ders. *Theorie und Praxis* (Suhrkamp), 1971, Einleitung S. 9—47; ders., *Wahrheitstheorien*, in: *Festschrift für W. Schulz*, 1973, S. 211—265; ders., *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973.

Regel, Geltung als Qualitäten zu verantwortender Problemverarbeitung).

4. (Neue) Politische Ökonomie, analytische Philosophien, praktische Philosophie

Alle anderen Strömungen und Schulen können in diesem Beitrag vernachlässigt werden, weil sie entweder keine gesamtgesellschaftstheoretischen Ansprüche auf umfassende Thematisierung der bürgerlichen Gesellschaft (d. h. konkrete Thematisierung durch kritische Theorie, abstrakte Thematisierung durch Systemtheorie!) erheben, oder, wenn doch (wie die neue politische Ökonomie als unmittelbare Fortsetzung des historischen Materialismus), weil sie nicht im gleichen Maße wie Systemtheorie und kritische Theorie aussichtsreich bewirken können, für die hier zu behandelnde Ordnungsrechtstheorie zum Maßstab von Herausforderung und Auseinandersetzung zu werden¹⁰.

Eine Teilausnahme gilt freilich für neuere Bestrebungen zur „Rehabilitierung der praktischen Philosophie“¹¹. Insoweit steht zwar nicht Ge-

¹⁰ Damit ist kein Urteil über Qualität und Ergiebigkeit von Beiträgen gefällt. Eine Fülle von Arbeiten ließe sich überdies für die Einzelausinandersetzung mit der Ordnungsrechtstheorie außerordentlich fruchtbar heranziehen. Als allgemeine Belege wirken sie sich indessen hier zu beliebig aus. Repräsentativ (sowohl im Hinblick auf ihren eigenen größeren Arbeitszusammenhang wie an die Adresse der Ordnungsrechtstheorie) je für eine Teilthematik sind etwa: O. Schwemmer, Philosophie der Praxis, 1971 (als Kant-Kritik der „Erlanger Schule“), P. Krausser, Kritik der endlichen Vernunft, 1968 (als Dilthey-Kritik), L. Eley, Transzendente Phänomenologie und Systemtheorie, 1972 (als Husserl- und Luhmann-Kritik); als vorzügliche Beispiele einer folgenreichen „politischen Ökonomie“ möchte ich auf die Arbeiten von G. Kade, H. G. Nutzinger, W. Vogt im Sammelband (herausgegeben von W. Vogt) „Seminar: Politische Ökonomie“ (stw 22), 1973, S. 7 ff., 149 ff., 179 ff., 205 ff. hinweisen; zur Berufung der Ordnungsrechtstheorie auf die Wissenschaftstheorie Poppers wäre hinzuweisen jetzt insbes. auf W. Stegmüller, „Jenseits von Popper und Carnap“: Die logischen Grundlagen des statistischen Schließens in: Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. IV, Studienausgabe Teil D, 1973; ders., (und kürzer), Das Problem der Induktion: Humes Herausforderung und moderne Antworten, in: H. Lenk (Hrsg.), Neue Aspekte der Wissenschaftstheorie, 1971, S. 13–74; Stegmüller zeigt, wie wenig der Poppersche Anspruch, für die Abgrenzung von Metaphysik und empirischer Wissenschaft verbindliche Kriterien zu haben, erfüllt ist, wie sehr umgekehrt der Vorwurf Carnaps, Popper bleibe bei „gesundem Menschenverstand“ stehen, nicht ausgeräumt ist, ferner, wie unzureichend der Poppersche Zentralbegriff der Hypothesenbewährung bisher expliziert worden ist, schließlich, wie sehr es sich in der Begründung angeblich theoretischer Sätze in Wahrheit handelt um die Begründung von Normen für rationales Handeln bei Entscheidungen unter Risiko.

¹¹ Vergleiche jetzt vor allem M. Riedel (Hrsg.), Rehabilitierung der praktischen Phi-

samtgesellschaftstheorie zur Debatte, noch viel weniger irgendeine Galvanisierung aristotelischer Konzepte¹², sondern gleichsam eine unerledigte Problemerkernmasse, die sich im Anschluß an M. Riedel¹³ zusammenfassen läßt:

a) *Umkehrung der Rangfolge Theorie ./. Praxis*

Einflußreichste Etappen: Descartes (Wende zur naturwissenschaftlichen Methodologie), Hobbes (Wende zur gesellschaftlichen Sicherheit durch Rechtsförmlichkeiten), Vico (Wende zur politischen Klugheit von Führungseliten); Folge: Praktische Erkenntnisinteressen steuern (säkulare) Theoriekonzeptionen; Wahrnehmungserfahrung und programmierbare Produktion lösen als angewandte Theorie die *vita contemplativa* als reine Theorie ab; Praxis wird zum Kommunikationsproblem, in dem Interessen und Bedürfnisse sich per Partizipation und Konflikt Geltung verschaffen.

b) *Revolutionierung des Verhältnisses von Handeln (Praxis) ./. Arbeit (Technik)*

Einflußreichste Etappen: Locke, Hume, Smith (Aneignung von Natur als Produktion höherrangig als polis-bezogenes Handeln; Kaufmann und Handwerker wichtiger (weil nützlicher) als Graf und Literat); Hegel vermittelt später politische Ökonomie und Arbeit/Bildung; der Mensch, der sich in Arbeit an/mit Natur auseinandersetzt und darin seine Freiheit und Bildung gewinnt, wird zum Schlüssel für die Diesseitigkeit, Endlichkeit, Sinnlichkeit der nachhegelischen Philosophie (Feuerbach, Marx, Dilthey); die nachmarxsche Theorie knüpft freilich im ganzen eher wieder an Kant als an Hegel an (Nichtrezeption der Hegelschen Arbeitsphiloso-

logie, Bd. I, 1972; Bd. II, 1974; sehr informativ dazu ferner: Riedel, Theorie und Praxis bei Hegel und Marx in: Kaltenbrunner (Hrsg.), Hegel und die Folgen, 1970, S. 273 ff. (wieder abgedruckt in Riedel, System und Geschichte, 1973, S. 9 ff.); M. Theunissen, Hegels Lehre vom absoluten Geist als theologisch-politischer Traktat, 1970, S. 325 ff.; ders., Gesellschaft und Geschichte, 1969; G. Picht, Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, S. 108 ff., 135 ff.

¹² Zur Abwehr solcher Galvanisierungen (Bergsträsser-Schule, z. B. W. Hennis u. a.) vgl. H. Kuhn, Aristoteles und die Methode der politischen Wissenschaft in: R. Schmidt (Hrsg.), Methoden der Politologie, 1967, S. 521 ff.; O. Pöggeler, Dialektik und Topik in: Hermeneutik und Dialektik (Festschrift Gadamer), 1970, Bd. II, S. 273 ff.).

¹³ Wic Anm. 11, S. 79—97.

phie im bürgerlichen Bildungsidealismus (Wissenschaft und Kunst als „Religion“!); nach Kant bestimmt der Mensch in theoretischer Philosophie die Welt, aber in Grenzen, die Antinomie zum Sein der freien Natur (im Reich der Erscheinungen) ist nur begrenzt überwindbar (durch Urteilskraft und Kunst), möglich hingegen der Ausbruch in praktische Vernunft als Freiheit in bezug auf die innere Wirklichkeit des Menschen. Folge: Zersplitterung der Praxiskonzeption als Folge einer „Pluralisierung“ von Sozialphilosophie und Wissenschaftstheorie.

c) Legitimationskrisen der Institutionen (Problem von Herrschaft)

Einflußreichste Etappen: Gelungene Aufhebung von Herrschaft bei Aristoteles und Hegel? Legitimation durch naturrechtliche Vertragslehre und Kantische Rechtsstaatstheorie? Seither: Systembildungen via Arbeitsteilung (positivistische Soziologie) oder via Klassenteilung (historischer Materialismus). Folge: Rivalität von Gesamtgesellschaftstheorien, die die bürgerliche Gesellschaft konkret oder abstrakt thematisieren.

Diese Art von Problemarbeit an Erbschaften der praktischen Philosophie ermöglicht es zugleich, z. B. die heute im Mittelpunkt von Hochschul- und Studienreform stehende Frage des Verhältnisses von Arbeit, Bildung und Ausbildung neu zu stellen und in Curriculum- und Didaktikprozesse einzubeziehen.

5. Qualität und Erscheinungsformen unsicherer Problemrezeptionen lassen sich gerade in der gegenwärtigen — wirtschaftsrechtlich relevanten und ordnungspolitisch orientierten — jurisprudentiellen Methodologie gut belegen. Es bilden sich etwa repräsentative Starvokabeln aus. Im Durchgang einer älteren Vokabelwelt („System“, „Meinung“, „Verstehen“, „Topik“) zu einer moderneren Vokabelwelt („Rolle“, „Funktion“, „Struktur“) schiebt sich heute in den Vordergrund eine modernistische Tendenz, institutionelles und/oder typologisches Rechtsdenken als angemessene Problemlösungsstrategien neben systematischem und topischem Rechtsdenken anzubieten. Auf diesem Felde bewegt sich der größte Teil des methodisch orientierten Schrifttums. Seine Problematik behandle ich vorweg (unter IV). Ein kleinerer Teil des Schrifttums problematisiert Wirtschaftsrechtsfragen in einem größeren Zusammenhang, relativiert diesen Anspruch dann aber durch ein je selektives Verhältnis zur Sozialtheoriediskussion (dazu unter V). Es bleibt — als kleinster Teil des Schrifttums — eine Anspruchsorientierung an Gesellschaftstheorie (dazu VI).

Im Hinblick auf einen „Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen“ wähle ich als Kriterium für die kritische Bestandsaufnahme jeweils exemplarischer Schrifttumsbeiträge die Art und Weise, wie Schlüsselbegriffe (etwa Recht, Wirtschaft, Politik, Verfassung, Freiheit, Bindung, Ordnung, Wettbewerb usw.) in Zusammenhängen von Theoriebildung und Methodologie je als Problem „verarbeitet“ werden. Die Untersuchung zielt mithin auf die „Logik“ der ordnungspolitischen Rechtswissenschaft, konkreter: Auf ihr gesellschaftstheoretisches Erklärungsmuster, ihren Gegenstandsbereich und ihre Verfahrensweisen.

IV.

1. Institutionelles und typologisches Rechtsdenken

Das Thema steht hier nur in bestimmten Teilen zur Debatte. Nicht zu behandeln sind die Ahnenreihen und die problematische Ergiebigkeit des institutionellen wie des typologischen Rechtsdenkens¹⁴. Dazu müßte man heute ein Buch von stattlichen Ausmaßen vorlegen. Ich konzentriere mich vielmehr auf die Frage, ob und wie die einschlägige juristische Literatur — vom praktischen Folgenreichtum der beanspruchten Kategorien ganz abgesehen — den Anschluß einerseits an die immanent-juristische Problematisierung der Rechtsquellendoktrin, andererseits an die wissenschaftstheoretische und gesellschaftstheoretische Erörterung von Typus und Institution gesucht und gefunden hat. Als Beispielgruppe nehme ich Arbeiten, die der ordnungspolitischen Rechtsschule angehören oder nahestehen und sich dem Problem gesellschaftsrechtlicher Autonomiegrenzen widmen. Das Problem ist gewichtig. Denn im Gesellschaftsrecht findet sich sicherlich heute die markanteste Chance von Organisationsautonomie. Es geht um das Verhältnis von Organisationsformen, Zurechnungstechnologien, Mittelvergesellschaftung, um den Bezug von politischer Herrschaft („Wirtschaftsrecht“) und sozialem Substrat („Privatautonomie“) als Plattform für juristische Strategien „privater“ Zweckrationalität, um Konfliktverhältnisse (etwa von Gesellschaftsrecht und Familienrecht als Ordnungsstreit zwischen singulären und allgemeinen Zielsetzungen oder

¹⁴ Einige Hinweise dazu habe ich in NJW 1973, 273 f. gegeben; Überblicke über „Institutionen“ bei Rütters, Die unbegrenzte Auslegung 1968, 277 ff.; ders., Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, jeweils mit Literaturhinweisen.

von Gesellschaftsrecht und Erbrecht als Transformation neuartigen Organisationsbaurechts oder — wichtigster Konfliktstoff — von Gesellschaftsrecht als „Erlaubnis“ von Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsrecht als „Verbot“ von Wettbewerbsbeschränkungen). Das Problem in allgemeinerer Umschreibung: Bei Wohnsitz in Dänemark z. B. richtet sich die Ehescheidung nach dänischem Recht (nicht etwa Recht der Staatsangehörigkeit), kann Wohnsitzbegründung gerade wegen der Scheidungschance rechtlich unzulässig werden, weil Scheidungskollisionsrecht „institutionell“ oder „typisch“ z. B. für Spanier, die in Deutschland leben, nicht vorgesehen ist? Eine Antwort scheint ebenso selbstverständlich wie schwer begründbar: Der *Inhalt des Rechtssatzes* entscheidet. Wer freilich setzt oder sagt hier was? Kurzum: Mit jedweder Methodologie läßt sich das Problem lediglich verschleiern, nicht lösen. Es lautet in Umgangssprache: Wie „funktioniert“ Recht, damit es funktioniert?

Das einschlägige gesellschaftsrechtliche Schrifttum ist in den wichtigsten Beiträgen durch solide Sammelbesprechungen gut erschließbar¹⁵. Ich greife die in meiner Einschätzung repräsentativsten, weil informiertesten und materialreichsten Arbeiten kurz heraus: A. Teichmann (Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970) zum institutionellen Rechtsdenken, H. P. Westermann (Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personalgesellschaften, 1970) zum typologischen Rechtsdenken.

A. Teichmanns durchgehende These ist, daß sich der Zweck von Rechtsinstituten ableiten lasse aus vorgegebenen, außergesetzlichen Ordnungsstrukturen. Seine Konkretisierung der These bezieht sich auf Ludwig Raisers Erörterung von Juristenfunktionen und Josef Essers Umsetzung von Prinzipien (Grundsätzen) in Rechtsätze; noch konkreter: „Berechtigte Argumente“ gegen die Gestaltungsfreiheit seien erst nach längeren Entwicklungen und nach Sanktionierung durch Gesetz oder Judikatur anzunehmen (S. 51). Solche Konzeption an Haupt und Gliedern zu kritisieren, ist hier nicht der Ort. Auch der flüchtige Leser merkt schnell, daß über die Verbindlichkeit außergesetzlicher Standards überhaupt nicht verhandelt wird, daß — außer in Form spezifischer Meinungsbeliebigkeit und unkritischer Juristeneinschätzung — weder das Verhältnis von Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht systematisch behandelt noch die Rechtfertigungsstruktur (Autonomie prinzipiell bejaht) der Argumentation diskutiert wird. Institutionelles Rechtsdenken

¹⁵ *Duden*, ZGesR 1973, 360 ff. (zu: Teichmann, Huber, Westermann, Ott), *Helm*, ZGesR 1973, 478 ff. (zu: Immenga, Nitschke), Schultze-v. Lasaulx, ZfgnR 21 (1971), 325 ff. (zu: Westermann, Teichmann, Nitschke).

reduziert sich auf Hinweise zu Prinzipien und Grundsätzen, als ob nicht ihre Qualität und ihre Legitimation gerade das Problem wären.

H. P. Westermanns¹⁶ durchgehende These ist, die „Möglichkeit einer vorwiegend auf der Privatautonomie beruhenden“ Unternehmensverfassung (S. III/IV) sei abzusichern durch Erkenntnis der „immanenten Schranken der Privatautonomie“, deren „Anwendung“ eine „bewußte und offene Wertentscheidung auf der Grundlage der gesetzlichen Maßstäbe“ erfordere (S. 35). Obwohl sich die Arbeit damit vorrangig methodologische, nicht dogmatische Aufgaben stellt, will sie ausdrücklich keinen Beitrag zur Gewinnung der erforderlichen Kriterien und Maßstäbe leisten; sie beruft sich statt dessen auf „die guten Sitten“, für deren Umsetzung in Dezisionen sich Westermann vorgängig festgelegt hat durch seinen Anschluß an Adolf Reinachs phänomenologische Sachlogik als Brückenschlag zwischen Sein und Sollen.

Im Bereich des institutionellen Rechtsdenkens ließe sich ein Niveau kritischer Problemerarbeitung erst erreichen, wenn einerseits die einschlägige juristische, andererseits die einschlägige sozialwissenschaftliche Diskussion herangezogen — und nicht nur ganz beiläufig und folgenlos gelegentlich zitiert — wird.

Die einschlägige juristische Diskussion hat mit guten Gründen R. v. Jhering zur Schlüsselfigur des Problems gemacht¹⁷, konkreter: Die Art,

¹⁶ Vgl. als sehr ergiebige und aufschlußreiche Einzelbesprechung Pawlowski ZHR 136 (1972), 69 ff.; Pawlowski belegt überzeugend, daß Westermann für die Lösung aller Einzelfragen keine Kriterien anbiete, sondern jeweils nur die Probleme reformuliere, und daß er keinen Beitrag zur Rechtstheorie und Rechtsmethodologie leiste, sondern den bisherigen Meinungsstand bestätige in der Tendenz, die Gestaltungsfreiheit zu erweitern.

¹⁷ Wichtigste Literatur jetzt: F. Wieacker, R. v. Jhering, SZRom 86 (1969), 1 ff. (S. 9: „Rückhaltloser als die frühliberalen Idealisten der Paulskirche identifiziert er sich mit der Unternehmergeellschaft seiner Zeit. Sein Rechtsbild ist überraschend stark schon auf die Mechanik der ökonomischen Interessen festgelegt“; S. 27: „Wenn Jhering die ihm in Sicht gekommene Realität des Rechts zur Theorie ausformen wollte, war er nach der Absage an Naturrecht, idealistische Erkenntniskritik und romantische Rechtsquellenlehre, war er mangels der Realdialektik, die Karl Marx, und der rationalistischen Psychologie, die den westeuropäischen Utilitaristen immer noch eine geschlossene Theoriebildung ermöglichten — war er ohne alle diese methodischen Sützen hilflos auf die Wirklichkeitswissenschaft seiner Zeit schlechthin, die Naturwissenschaft, angewiesen“; S. 32: Der alternde Jhering hielt alles subjektive Rechtsbewußtsein für ein Produkt jener sozialen Verhaltensgewohnheiten, die sich als für die Gattung zweckmäßig erwiesen und daher behauptet haben!); ders., Jhering und der „Darwinismus“, in: Festschrift für Larenz, 1973, 73 ff.; W. Wilhelm, Das Recht im römischen Recht, in: Jherings Erbe, 1970, 228 ff. (in demselben Sammelband weitere einschlägige Arbeiten!);

wie er die in der savignyschen Dogmatik¹⁸ den Rechtsinstituten, deren „Ideen“ im „Volksgeist“ siedeln (diese Verwurzelung ist für Savigny das „Historische“!), nachgelagerten Rechtssätze den Rechtsinstituten vorge­lagert hat und dabei alle Rechtssätze inhaltlich reduzierte auf eine vor­positive allgemeine Quelle „wissenschaftlichen Rechts“, das für ihn „das Recht im Römischen Recht“ war und in Klartext den vollzogenen Über­gang vom Naturrecht (oberhalb des Rechts!) zur Naturlehre des Rechts (innerhalb des Rechts!) markiert, d. h. den Anschluß an die seine Zeit beherrschende Sozialphilosophie. „Zweck- und Interessenjurisprudenz“ sind von Beginn an eine in wissenschaftliche Gesetzmäßigkeit verfremdete Sozialteleologie und Sozialtechnologie, eine Geschichtsphilosophie in praktisch-moralisch-ökonomisch-politischer Absicht gewesen. Mit Jhering, für den Recht „die wohlverstandene Politik der Gewalt“ war, beginnt eine *systematische* (im Systembegriff vermählen sich gleichsam Maschi­nensystem und Organismussystem) Politisierung der Jurisprudenz via Rechtsmethodologie. Sie führt nicht nur zum Verlust aller idealistischen Unschuld, sie zwingt vor allem zur je zeitgenössischen theoretischen und politischen Kontrollarbeit an Zugangschancen jeweils von „Interesse“ sowie „Sinn und Zweck“ kraft gesellschaftlicher Systemstrukturen als maßgebender regulativer Prinzipien für angebbare Systemfunktionen (diese als Anleitungsprogramme für Problemlösungsstrategien). Im Prin­zip war es freilich vorher genauso: Savignys Vorstellung, der Volksgeist oder das „Volk“ selbst habe eine *Anschauung*, eine *Vorstellung* von Rechtsinstituten, die in positive Rechtssätze zu übersetzen sei, heißt in Klartext heute: Eine Theorie von der Gesellschaft selbst bestimmt mate­riell die Produktion von Rechtssätzen. Für Savigny war diese Theorie das ancien régime, für Jhering der sozioökonomische Positivismus. Selbstverständlich reichen solche Schlagworte nicht aus, das entscheidende

ders., Zur Theorie des abstrakten Privatrechts (Die Lehre Jherings), in: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 1972, 265 ff.; *H. Coing*, ARSP 54 (1968), 69 ff.; *E. Sjöholm*, Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik, 1972 (Analyse des Verhältnisses von „Institut“ und „Rechtsverhältnis“ im Einfluß auf die Privatrechtsgesellschaft des 19. Jahrhunderts); *Schelsky*, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 3, 1972, S. 47 ff.; *R. Schober*, Die Rechts- und Staatsphilosophie Jherings in ihrem geschichtlichen Zusammenhang, Diss. Berlin 1933; *R. Walder*, Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering, Diss. Kiel 1943.

¹⁸ Dazu jetzt präzise *W. Wilhelm*, Savignys überpositive Systematik, in: Philosophie und Rechtswissenschaft (hrsg. von Blühdorn und Ritter), 1969, 122 ff. (mit Diskussion 137 ff.).

Problem institutionellen Rechtsdenkens zu stellen. Es liegt im Verhältnis der sozialtheoretischen und realmechanistischen Gründe und Bedingungen für ein „Funktionieren“ von Rechtskategorien. In der europäischen „Rechtsgeschichte“, d. h. in jenem Entfeudalisierungsprozeß vor allem im 18. und 19. Jahrhundert, der in Vermittlungen von philosophischen Theorien und sozialen Bewegungen den Menschen in seiner Allgemeinheit und Freiheit zum alleinigen Subjekt in Natur, Geschichte und Gesellschaft proklamierte, gehen insbesondere auf Th. Hobbes die formalen Bedingungen der Möglichkeit dauerhaft befriedeter bürgerlicher Gesellschaft und auf J. Locke die inhaltlichen Rechtfertigungen einer spezifischen Qualität von Gesellschaft und Regierung zurück. Aber erst die schottische Moralphilosophie (mit dem Höhepunkt dann in A. Smith), die nicht von ungefähr heute im Zentrum des sozialhistorischen Interesses steht, sorgte für realistische kulturanthropologische — wir würden heute sagen: soziologische — Verwirklichungschancen der neuen, dieser modernen Gesellschaft, Modernität nach allgemeiner Auffassung verstanden als Prozeß von Entmythologisierungen (qua Auflösung von allgemein verbindlichen Glaubensüberzeugungen, irrationaler Gewalt usw.), gesellschaftlichen Ausdifferenzierungen (sei es via Arbeitsteilung, Klassenteilung oder — abstrakter — Systembildung) und Autonomisierungen solcher gesellschaftlichen Subsysteme (in Form delegierter Problemverarbeitung für die „Gesellschaft“ durch ihre Funktionsbezirke). Spectator und Markt, jene berühmten weltlichen Gesamtgeschäftsführer der unsichtbaren Hand bei A. Smith, vermitteln — gleichsam als Metaphern für Vorstufen und Frühformen interaktionistischer Rollentheorien und verhaltenswissenschaftlicher Attitüdentheorien — die soziale Wirklichkeit mit dem Normensystem, indem sie durch Rückgriff auf Interessen und Konsens in der Gesellschaft Lohn und Strafe austeilen, pains and pleasures bilanzieren. Daß und wie die in der schottischen Moralphilosophie (als politischer Soziologie) grundgelegte Verbindung von substanzieller Sittlichkeit und gesellschaftlichem Utilitarismus — als Einheit und Allgemeinheit von theoretischen Ansprüchen und politisch-praktischen Verwirklichungsprozessen — später aufgelöst wurde, mag hier dahinstehen. In den jedenfalls folgenden zwei kritischen Auflösungsbewegungen — formalisierte Sittlichkeit bei I. Kant und materialisierter Utilitarismus in der Verschmelzung von Technik und Ökonomie — hat sich unsere Rechtswissenschaft nicht erst seit den Tagen der „Interessenjurisprudenz“ in den Dienst eines anonymen Fortschritts als des gleichsam lautlosen neuen darwinistisch operierenden Gesellschaftssubjekts gestellt

und die Einschmelzung von Sittlichkeit in die gesellschaftliche Nützlichkeit, die Anpassung von common sense an die soziale Utilitätsmechanik als je herrschende Wirklichkeit durch „Recht“ als Produkt wie auch als Instrument solcher „Institutionalisierungen“ von „Zeitgeist“ legitimiert. Das sog. *Freirecht*¹⁹ als markanteste Umschaltstation zwischen Naturrechtstradition, die sich — natürlich in unterschiedlichen Akzenten — in historischer Rechtsschule wie im sog. Rechtspositivismus erhielt, und „alltagstheoretischer“ sozialwissenschaftlicher Jurisprudenz offenbart die sozialwissenschaftlichen Abhängigkeiten vorübergehend deutlich. Seine Kronzeugen (Bentham, Darwin, Nietzsche, auch Schopenhauer, Bergson) hatten schon den Haupteinfluß auf Jhering gefunden, der über Géný in Frankreich, Pound in den USA international ausstrahlte. Jhering seinerseits wirkte auf den rechtstheoretisch-methodologisch orientierten Zweig (repräsentativ: Kantorowicz) stark, auf den pragmatisch-kulturanthropologisch orientierten Zweig des Freirechts (repräsentativ: Fuchs) überhaupt nicht ein. Kein Wunder! Denn der scheinhafte Brückenschlag zu den Naturwissenschaften hielt nicht: Andere „Wissenschaften“ schickten sich an, den Zeitgeist zu beherrschen und in der Jurisprudenz wiederum zu „institutionalisieren“: Lebensphilosophie, hermeneutische Sozialwissenschaften, Phänomenologie, Vorstufen also sozialtheoretischer Systembildungspraxis. *Tatpragmatik*, *Willensphilosophie* und *Entlastungssoziologie* lösen Sozialdarwinismus und Utilitätsmechanik ab. Das „theoretische“ Freirecht personalisiert seine Gewährleistung in Kant, Bentham und Max Weber, das „praktische“ Freirecht in Jesus Christus und Nietzsche. Interpretierbar ist die Bewegung wohl nur als *Konservative Revolution*. Von ihr her als Paradigma wird jedenfalls erklärbar, warum „Römer und Briten“ zu den vorbildlichsten Staatsvölkern avancierten und man Rechtsentscheidungen „nach Art gescheiter Bürgermeister und Schiedsrichter“ rezeptierte. Nicht die Einzelheiten sind hier von Belang — und nicht die Qualität der „juristischen“ Bewegung im Urteil der „Sozialwissenschaftler“²⁰ —, sondern jener *latente* gesamtgesellschafts-

¹⁹ Dazu jetzt aufschlußreich: L. Lombardi Vallauri, *Geschichte des Freirechts*, 1971.

²⁰ Drei Merkposten dazu:

a) R. von Jhering berief sich auf Nietzsche als den Leitstern und das Vorbild einer Interessenjurisprudenz. Nietzsche empfand Jhering als „altmodischen Aufklärungsteologen“; vgl. Wieacker, in: *Festschrift Larenz* (wie Anm. 17), S. 81;

b) die Freirechtler feierten Max Weber als den — auch sie selbst — führenden Wissenschaftler der Zeit; Max Weber über das Freirecht: „Eine interne Ständesideologie der Juristen“; vgl. Lombardi (Anm. 19) S. 146;

c) J. Esser bezieht sich jetzt häufiger — teils rezeptiv, teils kritisch — auf Niklas

theoretische Legitimationsbezug und Problembestand juristischer Normenwelt, der im Topos „Institution“ durchscheint. Wer heute Grenzen von Privatautonomie im Gesellschaftsrecht behandelt, muß die Rechtskategorie „Vertrag“ (= x als Problem!) im Bezug auf die gesellschaftliche Nichtvertrags-Welt (= non - x als Problem!) behandeln und kann — bei Vorwurfsstrafe einer unwissenschaftlichen Deziisionsbeliebigkeit — das non - x nicht schlicht durch „institutionelles Rechtsdenken“ zauberisch aufladen. Insbesondere hilft es nichts, irgendeiner sozialwissenschaftlichen Quelle Verwendungsweisen von „Institution“ zu entnehmen, die einem gerade passen. Als Problem läßt sich institutionelles Rechtsdenken auf die Höhe unserer Zeit am ehesten durch den Bezug auf den Handlungsbegriff und eine Sozialtheorie von Interaktionen bringen. Wer sich dabei an das Problem kollektiven Handelns in der Sicht historisch-materialistischer oder sog. kritischer Gesellschaftstheorien nicht verweisen lassen möchte, muß sich zumindest auf die durchgebildetste Theoriearbeit über Generalisierungen von Verhaltenserwartungen via normative und kognitive Stabilisierung, via Rollenmuster und via Institutionen einlassen, die N. Luhmanns Systemtheorie — in Abkehr von Verwendungsweisen der „Institution“ etwa in der juristischen Rechtsquellendoktrin, in kulturanthropologischen Entlastungskonzeptionen sowie in soziologischen Bestandserhaltungsstrategien — thematisiert²¹. Von dieser Arbeit können Juristen dreierlei lernen: Einmal — in Fortentwicklung der status-contract-Problematik — die Umstellung entindividualisierter, aber nicht kollektivierter Verhaltenschancen auf strukturierte und „funktionierende“ Handlungszusammenhänge als Bedingungen möglicher „Freiheit“, zum anderen das latente Verhältnis von zurechenbaren Verhaltensweisen zum Gesamtsystem und zu Teilsystemen als Bedingung möglicher Steuerungen über Regeln, schließlich die Not-

Luhmann. Luhmann über Juristen: „Die Anforderungen an eine Organisation der Entscheidungsprozesse sind entsprechend gering. Bei einem Vergleich mit organischen Systemen müßte man etwa an einen Seestern denken, der sich bewegt, weil er durch eine Vielzahl von Kontaktstellen mit der Umwelt punktuell gereizt wird, nicht aber, weil er aufgrund endogener Reizerzeugung durch ein Zentralnervensystem gesteuert wird“; vgl. Luhmann, Systemtheoretische Beiträge (wie Anm. 8), S. 266.

²¹ Dazu vor allem Rechtssoziologie Band 1, 64 ff., Band 2, 298 ff. (bes. 304, 328); einen soliden und interpretierten Überblick über die Entwicklung von Rollentheorien gibt jetzt H. Joas, Die gegenwärtige Lage der soziologischen Rollentheorie, 1973, der auch das kritische Verhältnis von Rolle, Funktion, Regel diskutiert; die Arbeit von E. Wüstmann, Rolle und Rollenkonflikt im Recht, 1972, läßt hingegen die meisten Wünsche offen.

wendigkeit, tragende Rechtskategorien im System auszubalancieren (etwa: Bei Funktionsuntüchtigkeit z. B. der Vertragskategorie muß für ausfallende Funktionen in relevanten Systemstrukturen anderweitig gesorgt werden) als Bedingung möglicher Rechtsanwendung überhaupt. Es gilt also zunächst, zu *begreifen*, was in der Jurisprudenz längst schon geschieht: Verhaltens- und Urteilsorientierungsdefizite werden überbrückt durch altbekannte, aber undurchschaute idealtypisierte Drittpersonifizierungen (well informed and impartial spectator bei Adam Smith bis zu allen billig und gerecht Denkenden unserer Tage; klassische Gesamtfigur: der Chor der antiken Tragödie), die allesamt Institutionalisierungen von Spielregelsystemen verkörpern und abstrakt dafür bürgen, daß in organisiert-institutionalisierten Abläufen für die Vorfabrikation objektivierbarer Situationsdefinitionen (Funktion von Rechtsdogmatik) gesorgt wird, indem sich z. B. abnahmefähige, weil funktionstüchtige dogmatische Konfigurationen herstellen und dann nur noch der Außendarstellung bedürfen. Luhmann²²: „Institutionalisierung dient dazu, Konsens erfolgreich zu überschätzen“; vermutete Meinungen anonymer Dritter, nicht aktuelle oder potentielle Zuschauer tragen also die „Institution“.

Selbstverständlich sind mit derartiger Problemarbeit zunächst keine „Rechtsfälle“ — etwa durch Gerichte — zu entscheiden. Die Rechtsprechung folgt einstweilen ihrerseits tradierten Rollenmustern und Institutionenverständnissen, bestärkt von der „herrschenden Meinung“. Vorerst bleibt ein Anspruch an die wissenschaftliche Diskussion gerichtet, z. B. „Wettbewerb“, „Markt“, „Rechtsregeln“ als das zu entdecken, was sie z. B. in der Kenntnis der Systemtheorie sind: Eingeschliffene Metaphern für angebbare und problematisierbare strukturierte Systemfunktionen. Wer sich gegen Information nicht absichtsvoll zur Wehr setzt, wird z. B. nicht mehr „Werte“, „Autonomie“, „Sinn“ in einem Atemzug mit „Institution“ nennen oder unbefangen z. B. von institutionellen Ordnungsfunktionen eines gesellschaftsrechtlichen Typus reden können.

Im *Bereich des typologischen Rechtsdenkens*²³ stellt sich — als Maßstab für Beurteilungskriterien — ebenfalls die Frage, mit welcher Problematik man hier fertig werden müßte und mit welcher Problematik

²² In: Schelsky (Hrsg.), *Zur Theorie der Institution*, 1970, 27 ff. (30).

²³ Abzugrenzen sind natürlich alle Verwendungsweisen, die den Typus nicht im Kontext von Begriffsbildung aufnehmen; zum Typus als Standard etwa vgl. *Strache*, *Das Denken in Standards*, 1968; *Teubner*, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, 1971.

man sich demgegenüber — bewußt oder unbewußt — befaßt. Im Zentrum steht hier *Wissenschaftslogik* selbst²⁴. Jeglicher Benutzung des Topos „Typus“ sind dabei eine Reihe von Entscheidungen vorgelagert: Trennung oder Einheitlichkeit von Natur-, Geistes- und Sozialwissenschaften, Bezug von Erkenntnisinteressen auf Erkenntnisprozesse, Grenzziehung zwischen Metaphysik und Erfahrungswissenschaft, Verhältnis von Konstruktionsmodellen zur Wirklichkeit, Position sog. Quasi-Theorien usw. Angesichts einer entfalteten wissenschaftslogischen Diskussion ist heute nicht mehr darüber zu rechten, wie (eher schon: warum!) etwa M. Weber auf der Suche nach möglichen Interpretationstheorien für historische Entwicklungen die Kulturwissenschaften gegenüber den Naturwissenschaften — gleichermaßen am politischen Positivismus wie historischen Materialismus vorbei — zu retten trachtete, oder wie etwa W. Eucken eine naturwissenschaftliche ökonomische Theoriebildung erstrebte, ohne auf geschichtlich-gesellschaftliche „Ordnung“ verzichten zu müssen (die Verbindung gleichsam von Positivismus und Metaphysik zu einer erneuerten Scholastik). Spätestens seit der dritten Welle des sog. Positivismusstreits stellen sich die Fragen auch an eine Rechtswissenschaft, der es um Teilnahme an wissenschaftlicher Auseinandersetzung geht, anders und präziser. Es handelt sich heute um den wissenschaftslogischen Status und die Durchsetzbarkeitsbedingungen alternativer und rivalisierender Sozialtheoriekonzepte, innerhalb deren erst für Rechtswissenschaft genuine Gegenstandsbereiche zu reklamieren wären, konkreter: um die fundamentale Alternative zwischen einerseits hochkomplexen Systemtheorien, die alle traditionellen Kategorien einschmelzen („Funktion“ übernimmt dann nicht nur die Ablösung klassischer Zwei-Variablen-Systeme [z. B. Ursache/Wirkung oder Recht/Nationalökonomie oder Naturwissenschaft/Geisteswissenschaft etc.], sondern auch die generalisierenden oder typisierenden oder historisierenden oder relativierenden Aufgaben z. B. des Typus-Begriffes) und andererseits unterscheidbaren Strömungen von politisch-kritischen Gesellschaftstheorien, von Wissenschaftstheorien usw. Wer deshalb „Ordnung“ von „Wirtschaft“ als Thema behandeln will, muß Auskunft über den Gewinn eines spezifischen Gegenstandsbereiches und eines theoretisch-kategorialen Be-

²⁴ Zur Information vorzüglich geeignet: *Hempel/Oppenheim*, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, 1936; *H. Albert*, Marktsoziologie und Entscheidungslogik, 1967, 355 ff. (insbes. 368 ff. zu M. Weber und W. Eucken); *J. von Kempster*, Zur Logik der Ordnungsbegriffe, bes. in den Sozialwissenschaften, in: *Studium generale*, 1952, 205 ff.; *A. Seiffert*, Die kategoriale Stellung des Typus, 1953.

griffssysteme (Gesetzlichkeit, analytisches Instrumentarium) geben. „Ordnungsbegriffe“ der tradierten Sprechweisen gehen — als Problem! — heute auf in organisierten oder organischen Wirkungssystemen (abstrakter: strukturierten Funktionssystemen), in Wissenschaftsanalysen, in Geltungstheorien, um hier zur Vermeidung von Informationsabwehrhaltung von einer — idealistischen oder materialistischen — Wesenslogik abzuweichen (wer freilich als Jurist Wesenslogik betreibt, muß sich die Herausforderung auf sein Hegel- und/oder Marxproblemverständnis vor allem hinsichtlich seines dialektischen Denkens gefallen lassen). Die Verwurzelung der Problematik im klassischen Universalienstreit springt ins Auge, das Verhältnis von Gesellschaftstheorie und Wissenschaftstheorie als Kern kritischer Forschung heute wird unabweisbar. Der skizzierte Zusammenhang ermöglicht es, im Einzelfall etwa die Identifizierung (oder auch Trennung) z. B. von Recht und Wirtschaft, die „Lösung“ eines gesellschaftsrechtlichen Konfliktsfalles, die Vorschläge für Wirtschaftsrechtsnormen usw. zu durchschauen, zu hinterfragen, kurzum: konstruktiv zu kritisieren. Ergibt sich dabei, daß institutionelles und typologisches Rechtsdenken als Problemlösungsstrategien in beliebiger Austauschbarkeit herangezogen werden, gar noch mit „topischem“ und/oder „systematischem“ Rechtsdenken angereichert werden — das ist die Situation in nahezu allen einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Arbeiten —, entpuppen sich auch ohne Kritikaufwand die wortreichen Sprachlosigkeiten in den methodologiefreien „Methodenuntersuchungen“.

2. Systematisches und topisches Rechtsdenken

In der rechtswissenschaftlichen Methodendiskussion treiben sich heute die Juristen wechselseitig in dieselbe Enge: Die „Systematiker“, die mit dem Mut der Verzweiflung alle Augen schließen (Funktion der „offenen“ Systeme!) und die „Nichtsystematiker“, die Rezepte „offener“ Problematisierung verschreiben, bewegen sich in einem einheitlichen Rahmen der Konsensverwaltung durch Juristen²⁵. Status und Rationalität von

²⁵ Bedeutungsvoller Abschluß jetzt *Wieacker*, Zur pragmatischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: *Hermeneutik und Dialektik* (Festschrift Gadamer), 1970, Band II, 311 ff.; *Wieackers* — mangels Erläuterung — lautlose Rezeption „sozialwissenschaftlicher“ Problemverarbeitung (seine Annahmen von Offenheit des Systems und Systematisierungsbedürftigkeit der Topik zwingen ihn zu einer *sozialen Topik* von undeutlicher Qualität) läßt sich am Text nur negativ und mosaikartig rekonstruieren: *Keine* Spielarten von normativ-analytischen Theorien, von verhaltenswissenschaftlichen Theorien, von Handlungstheorien, von Sprachtheorien, von System- oder kritischen Theorien, von

Topik und System stehen hier wiederum nicht im einzelnen zur Debatte²⁶. Zu messen ist vielmehr die juristische System- und Topikdiskussion, in der sich Dogmatik als jene Einheit von Systemdenken, Interpretationsmethoden, Gesetzesanwendung und Rechtsfiguren (kürzer: als jurisprudentielle Hermeneutik) bewegt, die apostrophiert wurde als „objektivierbare Konventionen“, „Kunstlehre richtiger Rechtsanwendung“ (F. Wieacker), „rhetorische Konsensstrategie“ (N. Luhmann), „Wertungskonsens der Rechtsanwender“ (J. Esser), „sedimentierte praktische Philosophie“ (H. Rottleuthner), wiederum an Problemzusammenhängen, über die Informationen verfügbar sind. Ich nenne die drei wichtigsten:

a) Herkunft und Reichweite von „Praxis“ (als Suche nach Handlungsanleitung);

b) Voraussetzungen eines Dogmatik-Systems von/für „Selbstverständlichkeiten“ (als Suche nach Bedingungen jeweils für Begründungsabbruch);

c) Reichweite von Rhetorik (als Suche nach — vor allem forensischen — Interaktionsmustern).

Zu a) geht es um die — schon skizzierte — Problemerbschaft der praktischen Philosophie als Wissenschaft, als Kunstlehre, als Handwerk,

praktischer Philosophie, von kantianischer Freiheitsphilosophie, obwohl von allen je etwas sich findet; eine nachvollziehbare Rekonstruktion seiner Funktionsvorstellungen ergibt sich annäherungsweise erst aus seinen Einschätzungen von *Juristen-Funktionen* (dazu wichtig sein Beitrag in der Gedenkschrift F. Gschnitzer, 1969, 467 ff., ferner seine Canaris-Besprechung in: *Rechtstheorie* 1 (1970), 107 ff.) sie erschließen die Autoritätsstruktur von Rechtsverwirklichung und die Beschränkung von Rechtsdogmatik auf den sehr engen Kreis klassisch bürgerlich-privaten Prozeßrechts.

²⁶ Zur Topik als Unsystem von Selbstverständlichkeiten informativ jetzt G. Struck, *Topische Jurisprudenz*, 1971; die — einzige neuere — juristische Arbeit zum Systemdenken von C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts), 1969, offenbart den rechtssystematischen Bankrott; sie ist frei von jeder rechtstheoretischen Begründung (als Frage zumindest nach den Bedingungen der Möglichkeit eines rechtswissenschaftlichen oder rechtlichen Systems), obwohl sie System begreift als Einheit und Ordnung von tragenden Grundprinzipien, als Teleologie, als „offenen und beweglichen“ Zusammenhang von Problemlösungen, und entfaltet sich in ihrer methodologischen Reduktion in allen Einzelteilen gerade und genau als jene „Topik“, die sie beißend scharf ablehnt; zur Kontrolle vgl. die sachlich deutliche, in der Form dezente Besprechung durch Wieacker (Anm. 25) sowie die Besprechung von Grimm, *AcP* 171 (1971), 266 ff. (Kern: Canaris lasse eine ungelöste Kernfrage ungelöst); daß und wie „System“ der Juristen nichts anderes als „der Perfektionsbegriff der Dogmatik“ selbst ist, sehen Systemtheoretiker auf ersten Blick, vgl. *Luhmann, Systemtheoretische Beiträge* (Anm. 8), 256—259; *ders., Rechtssystem* (Anm. 8), 9—14.

darin u. a. dann um die Funktionsübersetzungen solcher klassischen Kategorien wie „Tugend“ (als Verbürgung richtiger praktischer Ziele) und „Klugheit“ (als Verbürgung richtiger Mittelwahl), mithin um Bedingungen und Programme praktischer Verständigkeit *heute*, nachdem der traditionell mit „praktischer Vernunft“ verbundene jeweils zentrale Endzweck („Glückseligkeit“) scheinbar ersatzlos abgekoppelt wurde (von Descartes ersetzt durch Methodologie, von Hobbes ersetzt durch Rechtsformen als Verbürgung von Sicherheit, von Vico ersetzt durch die politische Klugheit von Führungseliten, von Kant ersetzt durch Freiheitsgesetze). Hier stehen heute Kommunikations-, Interaktions-, Sprachtheorien als Ablöseproblemprogramme auch den Juristen ins Haus.

Zu b) geht es um Problemerkchaften des bürgerlich-philosophischen law of public opinion and reputation, kraft dessen sich in attitudes Unsysteme von Selbstverständlichkeiten, in opinions Haltungen von Selbstverständnissen, in common habits und common sense eingefahrene Gewohnheiten stabilisieren, jener Vorstufe also vorgegebener Lebenswelten, Lebensformen und Lebenshorizonte, die sich heute alle — freilich abstrakter — wiederfinden in Strukturen, Funktionen, Prozessen etwa von Systemtheorien oder aber in den sog. kritischen Gesellschaftstheorien umfassend problematisiert werden und innerhalb deren das „Funktionieren“ von Handlungszusammenhängen *geregelt* wird. Zur entscheidenden Schaltstelle zwischen „Problem“ und „Rechtsanwendung“ wird dann etwa die Interpretationsherrschaft als Situationsdefinition und Konstitution des „Falles“. Freilich setzt ein solcher Rechtsdogmatik-Funktionsbereich, der unverzichtbar ist, weil nicht jeder alles und zugleich tun kann, voraus, daß die in ihm arbeitenden Juristen hinreichend Bescheid wissen und ein zulängliches Instrumentarium haben. Ist die Synchronisierung zwischen der Handlungsperspektive der Juristen und gesamtgesellschaftlich adäquater Theoriebildung zerstört oder gefährdet, ist für keinerlei Dogmatik mehr Platz; je synchroner Sozial- und Personalsysteme, desto reibungsloser „klappt“ z. B. die Normanwendung ohne Hinterfragungs- und Problematisierungsanstrengung. Die Bedeutung von Sozialisations- und Professionalisierungsprozessen von Juristen springt wiederum ins Auge.

Zu c) geht es um Verständigungskunst (als Einfluß auf die Veränderungen von Situationen insbesondere), um Argumentationsstrategien, um Überzeugungsbildungen, um „Problemendenken“, um Maximensteuerungen statt Regelleitung²⁷. Freilich führt der Problemzusammenhang heute

²⁷ Wichtige Aufschlüsse bei: G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz*, 1971; *ders.*, 20

tief in Sprachtheorien und Systembildungsprozesse hinein. Verhaltenssteuerungen über Maximen (Grundsätze, Prinzipien, Richtlinien usw.), die bekanntlich keine Handlungen anweisen, sondern Handlungsweisen bestimmen, mithin eher regelmäßiges Verhalten qua „Lebensgewohnheit“, qua „Gesinnung“, qua „Verantwortlichkeit“ als ein Verhalten selbst regulieren, bedeuten z. B. in der Normanwendung, daß der Normbezug (Berufung auf Rechtssätze!) die „Ableitung“ jeweils von Entscheidungsstrategien für/unter Handelnden absichert, die unter Einverständnis über den jeweiligen Normgehalt handeln. Da Maximen *lautlos* Gesellschaftsverhältnisse (strukturierte Systemprobleme) in Entscheidungen (Rechtsanwendungsfunktion) transformieren, entfaltet sich maximengesteuerte Rechtsdogmatik als Medium eines sich selbst steuernden und in Grenzen auch lernfähigen Spielregelsystems. Regelsysteme in Sozialtheorien unterscheiden sich nicht prinzipiell. Sie alle setzen die institutionell organisierte Praxis als verwirklichte Theorie voraus, die sie zu „regeln“ berufen sind. Solche Zusammenhänge gilt es heute zu kennen und zu „lernen“, wenn man die traditionelle Elitenrepräsentanz der klassischen praktischen Philosophie für überholbar hält, innerhalb deren „Freie“ sich kraft Einsicht die Gesetze selbst setzen, „Unfreie“ der fremdgesetzlichen Bindung und Anleitung bedürfen. Sonst bleiben Regelsteuerungen, durch die etwa Lebens- und Gesellschaftsverhältnisse sich zu Rechtssätzen erst verdichten, was sie immer schon waren: Maximen, Grundsätze, Richtlinien („abstrakte Normen“) sind das, was, wenn schon nicht alle, die Besten unter den Meisten oder die Meisten unter den Besten, die Zustän-

Jahre Topik-Diskussion, in: Rechtstheorie 1970, 381 ff.; H. Lausberg, Elemente der literarischen Rhetorik, 4. Aufl. 1971; P. Stein, *Regulae iuris*, 1966; H. Rottleuthner, Richterliches Handeln, 1973; Theodor Viehweg, Ideologie und Rechtsdogmatik in: Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1966, 83 ff.; ders., Rechtsdogmatik und Rechtszmetik bei Jhering, in: Jherings Erbe, 1970, 211 ff.; ders., Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplinen, in: Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Band 2, 1972, 439 ff.; Viehweg nimmt neuestens (in der Trennung von direktiven [sozialen, performativen] Funktionen und Regeln der Rechtsdogmatik einerseits [als bekenntnis- und glaubensorientierter Weltanschauung, als Ideologie, die Hinterfragungsarbeit abstoppt und alltagstüchtige Verwendungsrezepte gebrauchsfertig liefert] und andererseits kognitiven [zetetischen] Funktionen und Regeln der Theorieforschungsarbeit) Maßstäbe für Verhaltensgeneralisierungen auf („begründetes Reden“ z. B. ist für ihn identisch mit „richtigem Verhalten des Redenden“), die anderwärts erscheinen als Dichotomien etwa von performance versus competence (Chomsky), von normativ versus kognitiv (Luhmann), von kommunikativ versus diskursiv (Habermas) und die alle je auf institutionell-organisatorische Systembildungszusammenhänge verweisen, innerhalb deren die Trennung erst problematisiert werden kann.

digen, die Erfahrenen wissen, meinen, tun! Freilich, wer sich heute auf solche pragmatischen Mischrezepte von Aristoteles, Vico und Kant beruft — daß und wie es die Ordnungstheorie durchgehend tut, ist noch vorzustellen —, befindet sich im Bereich von Praxis, nicht von Theorie, von Wissenschaft dabei nur in einem heute gerade wieder als Problem empfundenen Sinne, sicherlich aber von „Politik“²⁸.

3. Fazit

Wir sollten nicht über Trümmer lamentieren, noch weniger uns in die Taschen lügen, sondern an einer Arbeit uns beteiligen, von der erst wieder „Institutionalisierung“, „Typisierung“, „System“ und „Topik“ ihrerseits abhängen.

V.

Hängt die Juristen-Methodologie ganz in der Luft (von den Beliebigkeitseigenschaften der sog. Interpretationsmethoden braucht man heute schon nicht mehr ausdrücklich zu reden), weil sie wegen Abkopplung von realadäquater Gesellschaftstheorie in jeder Hinsicht (Richtungen von Parteinahme insoweit also nicht relevant!) dysfunktional geworden ist, so bietet natürlich eine so umfassende Orientierungsunfähigkeit (nicht einmal Rechtsprechungsketten bieten Halt, lassen sich analysieren, verbürgen Berechenbarkeit!), als Chaos bestenfalls mit ausführlichem Register, gute Chancen für operativ-strategische Entfaltung. Insoweit geht es nicht um Ziel- und Planlosigkeit gleichsam der „performativen“ Rezeptanwender, sondern um selektive Ausnutzung subtheoretischer Erfolgsmöglichkeiten. Hierhin gehören in der Jurisprudenz Richtungen, die den — unter IV skizzierten — trassenlosen Dschungel genau kennen, sich umgekehrt aber auf gesamtgesellschaftlich orientierte Rekonzeptualisie-

²⁸ Demgegenüber kann hier auf sich beruhen bleiben (dazu G. Otte, *Dialektik*, auch P. Stein, wie Anm. 27), wie die im Zeitalter von Glossatoren und Postglossatoren zwischen Axiomatik und Rhetorik angelegte Jurisprudenz im Naturrecht und im Pandektismus den tendenziellen Anschluß an (wissenschaftliche) Axiomatik (System- und Begriffsdenken) sucht, aber im Ergebnis am Mangel juristischer Axiome scheitert, so daß ab 19. Jahrhundert auch die Jurisprudenz die Wende aller Philosophie zur Praxis vollzieht und in der erneuten Wende zur „Rhetorik“ und Maximensteuerung, die sich pragmatisch ohnehin immer schon durchgesetzt hatten, sich heute geradezu feiern möchte (gleichsam als Grundsatz der dialektischen Einheit von offenen Systemen und systematischen Topiken!).

rung von Rechtswissenschaft nicht oder nur in ausmachbaren Teilen einlassen. Ich greife exemplarisch drei personalisierbare Tendenzen auf, von denen ich meine, daß sie insgesamt den „relevanten Markt“ strukturieren und beherrschen. Es geht mir auch hier nicht um billige Anklage, auch nicht um Bewertung der Zielsetzungen, sondern um „Wettbewerb als Lern-, Informations- und Suchprozeß“, um „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“. Die herangezogenen Arbeiten wollen genau gelesen sein, wenn meine Interpretationen verständlich und kontrollierbar werden sollen. Deshalb beschränke ich mich auf die Wiedergabe je des gedanklichen Kerns.

1. *Spiel unter parteilichem Schiedsrichter* (am Beispiel Fritz Rittner)

Ich belege meine Interpretationen mit Arbeiten, die Rittner zu einem repräsentativen, weil gerade wirtschaftsrechtlich-methodologisch relevanten Konfliktssachverhalt vorgelegt hat: „Privatrecht“ *./. „Kartellrecht“* am Beispiel der wettbewerblichen Verhaltenssituation des Handelsvertreters²⁹. Mittelbar einschlägige andere Arbeiten lasse ich hier beiseite, weil sie schon wegen Rittners häufig schwer nachvollziehbaren Ausführungen den Streitstand eher verdunkeln als erhellen³⁰. Rittners These lautet: § 18 GWB ist nach geltendem Recht auf Handelsvertreter nicht anwendbar, weil der GWB-Gesetzgeber die „gegebenen Rechtsinstitute“ verallgemeinerungsfähiger Interessenwahrnehmungsverhältnisse (darin: Handelsvertreter), die ihrerseits auch und schon in sich Beiträge zu einem „funktionsfähigen Wettbewerb“ leisten, zu „respektieren“ hat (= ZHR 135, 290, 292); für zukünftiges Recht: „Der Jurist hat zu zeigen, was die ökonomische Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik in aller Regel nicht sieht: die spezifischen Voraussetzungen und Folgen, die alle jene Institute aufweisen, welche nicht dem simplen Modell bloßer vorübergehender Austauschverhältnisse entsprechen“ (= ZHR 135, 75⁴²); all-

²⁹ Ich ziehe folgende Arbeiten hier heran: *F. Rittner*, ZHR 135 (1971), 289 ff. (Zum Wettbewerbsverbot von Handelsvertretern und zu § 18 GWB); *ders.*, ZHR 135 (1971), 62 ff. (Besprechung von *P. Ulmer*, *Der Vertragshändler*, 1969); *ders.* WuW 1969, 65 ff. (Zur Rechtssicherheit im Kartellrecht).

³⁰ Zu erwähnen insbesondere *F. Rittner*, Kooperation zwischen Gesellschafts- und Kartellrecht, in: *Theorie und Praxis der Kooperation*, Schriften zur Kooperationsforschung, A Studien, Band 3, 1972, 155 ff. (Rittner stützt sich hier auf „funktionale Theorie“, ohne ihren status zu erläutern); *ders.*, Zur Systematik des Wirtschaftsrechts, in: *Festschrift Bartholomeyczik*, 1973, 319 ff. (S. 321⁸ Zustimmung zum Rechtssystembuch von Canaris).

gemeiner: GWB-Normen enthalten eine prinzipielle Einschränkung der Privatautonomie, deren Reichweite mit Hilfe „herkömmlicher Auslegungskriterien“ und vor allem der rechtsstaatlich verbürgten Rechtssicherheit zu ermitteln ist; Rechtssicherheit markiert eine „Grenzlinie der eigenverantwortlichen Ordnung“ als Grenzlinie „der Institute des Privatrechts gegenüber der Rechtsgestaltung durch hoheitlichen Akt“ (= WuW 1969, 68, 76). Rittner, der prinzipiell von einer gleichrangigen privatrechtlichen und wettbewerblichen Wertordnung gleichsam wie von zwei aufeinander zu beziehenden Rechtssystemteilen ausgeht, sich also auf das Problem sog. „Güterabwägung“ bezieht, ermöglicht seine Lösung, die transferfähige allgemeine Rezepte enthält, indem er konstitutive „Prinzipien“ des einen „Gutes“ (nämlich: herkömmliche Auslegungsregeln, die *alle* aus „Privatrecht“ stammen und allein auf Privatrecht zugeschnitten sind, und verfassungsverbürgte Rechtssicherheit, die — nicht anders als die Auslegungsregeln — schlicht eine Reformulierung des abstrakt-allgemeinen Charakters privatrechtlicher Normen bedeutet) als Schiedsrichterregel für die „Abwägung“ zwischen zwei von Haus aus nicht beziehbaren „Gütern“ zugrunde legt. Der „Konflikt“ ist vorentschieden, bevor er überhaupt eine Chance erhält, sich im „Fall“ zu konstituieren. Dabei kann ganz offen bleiben, ob die Stempel „klar und rechtssicher“ für Privatrecht sowie „unklar und rechtsunsicher“ für Wirtschaftsrecht ihrerseits falsch gewählt sind; denn diese Wahl ist Folge, nicht Voraussetzung der „Abwägung“. Es kann auch offen bleiben, ob das methodologische Verfahren — zwei Rechtsgüterbezirke — nicht zu Unrecht eine Einheit der Rechtsordnung leugnet; denn solche Einheit beruht ohnehin auf unzulänglicher Fragestellung³¹ und verdeckt, daß die sog. Widerspruchsfreiheit von Normenteilsystemen ihrerseits eine Folge, nicht eine Voraussetzung der von den Normen gedeckten Verhaltensweisen ist. Es geht auch nicht darum, ob sich Rittners Standpunkt nicht in anderer Weise als richtig (oder doch möglich) erweisen ließe; das wäre isoliert auch gar nicht zu behandeln. Hier ist allein die Entdeckung aufschlußreich, daß und wie einerseits mit theoretischem und methodologischem Aufwand zielsichere Strategie verdeckt wird und andererseits das gesamte vorgängige Problem (nämlich: Abgrenzbarkeit von ökonomischen und juristischen Gegenstandsbereichen, Problematisierung von Altgesetz [qua „privates Freiheitsrecht“] und Neugesetz [qua „politisches Zweckrecht“]) in Dezisionen und Proklamationen untergeht. Denn daß etwa

³¹ Dazu insbesondere *Luhmann*, Rechtssoziologie II, 306 ff.

die Frage, ob nach Verbot von Preisbindungen und bestimmten Vertriebsbindungen z. B. Automobilproduzenten Ersatzlösungswege über Handelsvertreterrecht suchen dürften, ein Problem sein kann, wird wohl auch dem deutlich, der bei Handelsvertretern sonst nur an den Haustürbesucher denkt.

2. *Legitimation durch Verstrickung* (am Beispiel Ernst Steindorff)

Steindorff³² hat jüngst — auf der Grundlage einschlägiger Vorarbeiten — folgende These zur Rechtsmethodologie entfaltet: Für die Anwendung moderner, politisch bestimmter Gesetze (Wirtschaftsrecht) taugen tradierte Instrumentarien nicht mehr, erst recht nicht apriorische (apolitische) Sinnbegriffe, sondern nur Instrumentarien und Maßstäbe, welche der bezweckten Politik zur Durchsetzung verhelfen; in dieser Hinsicht aber kann Rechtswissenschaft keine verbindlichen Aussagen machen, das geltende Recht enthält auch keine zwingenden Regeln; übrig bleibt nur der Weg über Argumente praktischer Vernunft, der zu konsensfähigen Entscheidungsvorschlägen führt (= „politische Aufgabe“!); als Problem muß dieser Weg Gegenstand von Rechtswissenschaft werden.

Es geht auch hier wiederum nicht darum, ob und wem diese Arbeit sympathisch oder unwillkommen ist, sondern ob sie eine wichtige und veränderte Problematik folgenreich aufnimmt. Dazu einige Überlegungen.

a) Steindorff argumentiert auf der Grundlage von Hermeneutik und sog. Vorverständnisproblematik, weithin im Anschluß an J. Esser. Essers einschlägige Arbeiten kann ich hier nicht in Kürze behandeln³³. Jedenfalls ist mit solcher Grundlage, die eine Situation der Rechtswissenschaft weithin zutreffend erfaßt, eine Reihe von Problemen verbunden, auf die zu pochen gerade nach Steindorffs Arbeit wohl nicht mehr den Vorwurf radikaler Systemkritik eintragen kann. Die wichtigsten sind: in der Einheit von Interpretation, Subsumtion und Applikation tritt ein Ablösungsprozeß von Konditionalprogrammen durch Funktionsprogramme zutage, zum Entscheidungsträger avanciert der Interpret (oder eine Interpretationsgemeinschaft?), es gibt keine zwingenden (richtigen) Ent-

³² Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift Larenz, 1973, 218—244.

³³ Ich teile prinzipiell und in Einzelheiten die Kritik an Esser durch H. J. Koch in: Rechtslehre 1973, 183 ff.

scheidungen, weil das „Gesetz“ keine „Wirklichkeit“, sondern ein „Möglichkeitshorizont“ ist; Richter und Parteien müssen, dürfen, können sich auf alles einlassen, weil die Norm-Konstitution als Fall-Konstitution Ergebnis, nicht Voraussetzung des Verfahrens ist; „Befangenheit“ von Richtern wird zum unverzichtbaren Element; alle diese Probleme (es lassen sich weitere anfügen) schlagen natürlich auf das Justizsystem und das politische System voll durch³⁴.

b) Steindorffs Vorschläge sind, einmal ganz von der Problematik der Hermeneutik, der praktischen Vernunftspolitik usw. abgesehen, außerordentlich ambivalent. Eine Ambivalenz hat er aufgenommen (S. 236), aber nicht behandelt: Höchste Richter interpretieren gerade ihre „unpolitischen“ Entscheidungen als die „Politik des Gesetzes“. Wie also wären Richter zum „richtigen“ Verständnis zu bringen, und wer hat das „richtige“ Verständnis? Denn gerade hier kann es wohl am wenigsten auf Konsens (und wenn, wessen?) ankommen, weil politische Zweckgesetze meist Neuerungen bringen, die eingesessene Interessen, zum Teil auch wichtige bisherige Funktionen nicht befriedigen. Sehr viel wichtiger ist eine andere Ambivalenz. Die Zulässigkeit und sogar Unentbehrlichkeit der Konstitution des Entscheidungsfalles durch Verstrickungsverfahren läßt strategisch überlegen operierenden Parteirepräsentanten die Chance, „Entscheidungen“ durch „Problemverarbeitung“ herzustellen³⁵, weil Verfahrensinteraktionen selbstverständlich ihre eigene Verlaufsgeschichte entwickeln je nach Maß und Rahmen für zugelassene Inhalte. M. a. W.: Richter werden — als Möglichkeit! — so überfordert, daß sie entweder überhaupt nicht oder nicht gemäß der „Politik des Gesetzes“ entscheiden können.

³⁴ Ein Systemtheoretiker wie N. Luhmann lehnt diese Tendenzen, die seiner Theorie sicherlich in Teilen entgegenkommen, scharf ab; diese Ablehnung und ihre Begründung (seine These in einem Satz: Legitimation durch Verfahren kann nur in Verbindung mit konditionaler Programmierung des Entscheidens institutionalisiert werden!) ist der Inhalt seines Buches „Legitimation durch Verfahren“, 1969; die Ordnungsrechtstheorie wird Steindorffs Erörterungen als Bruch mit rechtsstaatlicher Tradition kritisieren und vermutlich als „Konstruktivismus“ verbuchen.

³⁵ Kein Wunder, daß jüngst etwa F. J. Säcker, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, 1971, zunächst den „politischen“ Maßnahmegehalt wirtschaftsrechtlicher Gesetze voll aufnimmt (mit privatrechtlich-rechtsstaatlichem Drall, der hier aber nicht zur Debatte stehen soll), dann aber durch eine scheinbare Rezeption von Luhmanns „Legitimation durch Verfahren“ (S. 49 ff.) im Wege der je gewünschten und planbaren Rechtfertigungsstrategien ebenso voll wieder abbaufähig macht; Säcker übernimmt freilich Luhmanns Ideen nicht zu Luhmanns Bedingungen.

c) Kluge Konservative — z. B. E. Forsthoff — hatten schon immer gesehen, daß bei sog. Maßnahmegesetzen die gängige juristische Theorie und Methodologie zum Teufel geht, weil politische Zweckprogramme politische Durchsetzungskontrolle in Form z. B. energischer und realistischer *politischer Verwaltung*, die nicht als richterliche Rechtsanwendung zu leisten ist, fordern. Hermeneutik als Methodologie mündet in politischen Bereichen mithin schnell und direkt in Dysfunktionalität des Justizsystems. Bedeutungsvoller noch ist die Einsicht, daß dann das Verhältnis politischer zu sozialökonomischer Macht zum Gesellschafts- und Verfassungsproblem Nummer eins und das Verhältnis von bisher getrennter juristischer und ökonomischer Theoriebildung zum einheitlichen Normtheorieproblem werden. Damit stellt sich das Verhältnis von Rechtsform und Gesellschaftsinhalt als Verhältnis von Interesse und Herrschaft dem Justizsystem wie dem Ausbildungssystem und/oder dem politischen System selbst. Steindorffs Ansatz zielt mithin auf gesamtgesellschaftstheoretische Problem- und Systemarbeit.

3. Räteverfassung von oben (am Beispiel Wolfgang Fikentscher)

W. Fikentscher hat Vorschläge präsentiert, welche gleichsam die als zutreffend erkannten Kritikanstöße (z. B. auch die Steindorffs) in den Problemkonsequenzen vermeiden wie die unter VI zu behandelnden ordnungstheoretischen Konzepte trotz starker Relativierungen ermöglichen wollen³⁶.

Fikentscher zielt (sub I) auf die deutsche Verfassungsproblematik und (sub II) die Möglichkeit entstaatlichter Weltgesellschaft.

Der Vorschlag sub I, den Fikentscher versteht als demokratie-theoretische Organisationsform mit Rücksicht auf den Verlust „des Anti-Trust-Bewußtseins in der spätliberalen Epoche“ und als Antwort auf marxistische Herausforderungen, in knappster Form: Bedingungen der Möglichkeit einer (unserer) freiheitlichen Demokratie sind Prinzipien von Übereinkunft, Grundrechten und Gewaltenteilung nach dem Vorbild niederländisch-englischer Sozialtheorie vor allem des 17. Jahrhunderts. „Wirtschaftskontrolle“ meint Machtverhinderung auf der Grundlage allgemeiner „Gleichheit in der Freiheit“; „Verfassungsgrundlagen“ meint

³⁶ Ich behandle hier die beiden wichtigsten: Wirtschaftskontrolle — ein Verfassungsgrundlagenproblem, WuW 1971, 789 ff. (abgekürzt zitiert: I), Wirtschaftskontrolle und Weltinnenpolitik, GRUR (Int) 1973, 478 ff. (abgekürzt zitiert: II).

konstitutive und vorpositive „Gegebenheiten und Verhaltensweisen“ des freiheitlichen Systems selbst. Zu den materiellen Verfassungsgrundlagen gehört „ein regierungs- und parlamentsunabhängiges Organ“ — ähnlich wie die Bundesbank für die „Währung“ — für die „Wirtschaftskontrolle“. Der Vorschlag sub II, den Fikentscher wiederum als neoliberale Zukunftsperspektive gegen marxistische Alternativen versteht, in knappster Form: Alle Länder mit einer im Sinne der „Grundrechtsdemokratie“ akzeptierten Lebensform sollten eine weltinnenpolitisch konzipierte Wirtschaftskontrolle als erste und zentrale Gemeinschaftsaufgabe (mit dem Ziel materiell gemeinen Verfassungsrechts) organisieren; die entsprechende Behörde sollte auf die entsprechenden nationalen Behörden denselben Einfluß haben wie diese auf ihre je nationalen Gegenstände.

Fikentschers — auf ersten Blick vielleicht naiv anmutender — Verfassungsvorschlag zeigt, wie die Ordnungstheorie auf ihren absoluten Begriff gebracht wird: Als Ablösung der parlamentarischen Demokratie heutiger Observanz durch ein oberstes Zentralkomitee (es müßte ja wohl auch z. B. gegenüber der „Bundesbank“ bei „falscher Politik“ Regelsteuerungskompetenzen haben!) der inhaltlichen Vernünftigkeit. Der Vorschlag sollte nicht schlicht als „verfassungsfeindlich“ und „systemsprengend“ abgebucht, auch nicht billig belächelt werden etwa als visible invisible hand. Es geht auch nicht so sehr um Konstruktionseinzelheiten, zu denen Fikentscher nichts gesagt hat. Der materielle Gehalt des Vorschlags läßt sich freilich nicht aus Fikentschers Texten, nicht einmal aus den Hinweisen auf die materiellen Verfassungsprinzipien Übereinkunft, Grundrechte und Gewaltenteilung erschließen.

Aufschluß erlangt man erst, wenn man einerseits — auch nur oberflächlich — sich informiert über seine demokratie-theoretischen Bürgen — Hooker, Milton, Harrington — sowie andererseits auf den Mann eingeht, der wie kein anderer die ordnungstheoretische Diskussion philosophisch, sozialhistorisch und verfassungspolitisch beherrscht: Friedrich August von Hayek, von dem alle fehlenden Mosaiksteine im Vorschlag Fikentschers grundsätzlich und überaus gründlich zusammengetragen werden.

Die wichtigsten Informationen über Richard Hooker (1554—1600), John Milton (1608—1674), James Harrington (1611—1674)³⁷.

³⁷ Ausführliche Literaturhinweise im Anschluß an knapp interpretierte Biographien und einschlägige Textauszüge zu allen dreien bei G. Möbus, Politische Theorien II (Die politischen Theorien im Zeitalter der absoluten Monarchie bis zur Französischen Revo-

Hooker formuliert als anglikanischer Theologe das thomistische und das vorreformatorische Naturrecht gegen den puritanischen Radikalismus zur politischen Anthropologie um: „Gesetze“ als Form eines unkündbaren vertraglichen Rechtsverhältnisses zwischen Herrschenden und Beherrschten verbürgen Gesamtwohl wie Individualfreiheit nur in dem Maße, wie sie sich an materiellen Prinzipien (nämlich: allgemeiner und gleicher Pflichtenverteilung und respektierter Gottesebenbildlichkeit) orientieren.

Milton, der puritanische Nonkonformist, tritt für eine Republik mit vom Volk abgeleiteter Hoheitsgewalt ein, die in einem obersten *Zentralrat* organisiert ist, dessen Mitglieder auf Lebenszeit gewählt — in einem Verfahren gestaffelter Wahlmänner-Auslese! — werden und der durch dezentrale entsprechende Bezirksräte unterstützt wird, die insbesondere für Unterricht und Erziehung zuständig sind. Inhaltlich ist die Verfassung auf dauerhafte Stabilisierung angelegt als Bedingung möglicher Freiheit, Ruhe und Sicherheit.

Harrington modelliert eine Utopie am Vorbild Venedigs. Seine kunstvolle Verfassungskonstruktion, die gleichmäßige Verteilung von Bodenbesitz als Grundlage von Gewaltenteilung mit einer ausgeführten Elitentheorie verbindet, sieht als Verfassungsorganisation drei Ordnungskörper vor: (aristokratischen) Senat, (demokratisches) Volk und (monarchische) Administration. Die Regierungs- und Administrationsämter werden vom Volke in Wahlen (Wiederwahl unzulässig) besetzt. Der Senat rekrutiert sich aus der *natural aristocracy* mit den Auslesequalitäten *virtue* und *authority*. Er befiehlt und regiert nicht, setzt auch keine Gesetze, sondern ist „Ratgeber des Volkes“, debattiert und *gutachtet* in der Sache, legt der Volksrepräsentation, die sich am Gesamtinteresse zu orientieren hat (Ablehnung von Parteien als Quelle dauernder Uneinigkeit!) und entsprechend zu organisieren ist, die „reiflich durchdachten“ Pläne zur „Auswahl“ vor. Harrington hält diese Gewaltenteilung (der Senat „teilt“, die Volksrepräsentation „wählt“, wie bei kleinen Kindern, die sich zu zweit einen Kuchen teilen!) zugleich für einen materiellen Rechtsstaat, in dem nicht Menschen herrschen, sondern Recht und Tugend.

Eine Interpretation scheint überflüssig zu sein. Bilder sind immer verätherischer genug. Zwei kleine Mädchen mit nur einem Kuchen können in der Tat Recht und Gleichheit und Gewaltenteilung naturwüchsig organisieren (Harrington), 2. Aufl. 1966, 42, 211, 420 (zu Hooker), 125, 350, 423 (zu Milton), 129, 344, 423 (zu Harrington).

sieren, freilich nur für diesen Kuchen. Der „teilende“ Senat — als Herzstück der elitären Gutachterrepublik — teilt nicht Kuchen, sondern setzt und interpretiert *Sachzwänge* so, daß die „wählende“ Dezision vorfabriziert ist oder in noch mehr sachlichen Problemen untertaucht. Hier liegt der Wurzelboden für die Konzeption von Recht, Politik, Ordnung, Freiheit, Bindung, Verfassung, Wettbewerb insbesondere von F. A. von Hayek, der seinen „Rat der Weisen“ nach Harringtons Vorbild konstruiert und von seiner materiellen Verfassungstheorie als Gesellschaftstheorie her — sehr folgerichtig — ableiten kann, daß es bis heute weder „Rechtsstaat“ noch „parlamentarische Demokratie“ noch „Gesetz im materiellen Sinne“ noch „Gewaltenteilung“ noch „Wirtschaftsordnung“, kurzum: keine „freiheitliche Gesellschaft“ gebe. Wer ordnungspolitische Rechtstheorie ernst nimmt, muß ihm — jedenfalls in den Prinzipien — folgen oder tödliche Widersprüche akzeptieren.

VI.

Innerhalb der Ordnungstheorie möchte ich die repräsentativsten Arbeiten von gesamtgesellschaftlichem Anspruch kennzeichnen am Beispiel F. A. von Hayek für die explizierte Sozialphilosophie, am Beispiel E. Hoppmann für die Inanspruchnahme politischer Ökonomie als Erfahrungswissenschaft, am Beispiel E.-J. Mestmäcker für eine Rechtskonzeption als Teil von Gesellschaftstheorie.

1. F. A. von Hayek³⁸

a) *Freiheitliche Gesellschaft — Gesellschaftstheorie — Regelsystem*

Gesellschaftstheorie ist Theorie (qua Rekonstruktion, 150) abstrakter und komplexer Selbststeuerung (mit Arbeitsteilung und Tausch als Struk-

³⁸ Heranzuziehen insbesondere: Die Verfassung der Freiheit, 1971; das Buch behandelt in der Art einer „Summe“ alle den Ordoliberalismus bewegenden Probleme; die deutsche Ausgabe ist freilich eine Übersetzung des Originals aus dem Jahre 1960; von Hayek gab den Plan einer neuen Bearbeitung auf, „weil ich fand, das nach meinem langen Aufenthalt in der angelsächsischen Welt mir die zu einer solchen Anpassung notwendige Vertrautheit mit den Verhältnissen in Mitteleuropa mangelte“ (S VII); im Text belege ich meine Hinweise deshalb mit der jüngeren Vortrags- und Aufsatzsammlung „Freiburger Studien“, 1969, in der alle 17 Einzelarbeiten (vielleicht mit einer Ausnahme) sehr einschlägige Erläuterungen der hier zu behandelnden Themen bieten;

tur für Anpassungsprozesse) der Erwartungsbeziehungen von Menschen in Gesellschaft (= nicht hierarchische [152] „Ordnung“, die eher Organismus als Organisation entspricht), 32, 37, 39 f., 141, 148, 164. Organisationskräfte sind — ursprünglich moralische, später vor allem rechtliche — Regeln, die auch ohne Kenntnis befolgt werden (38, 80 f.) und die sich durch Aussonderung systemunverträglicher Regelteile fortentwickeln. Der Abstraktionsgrad solcher Regeln folgt der Grenzproblematik von Vernunft (82 f.) und bestimmt (in Systemform) die Freiheit unter dem Recht, 86; die sozialtheoretische Handlungskoordination ist abstrakt qua „Ergebnisse menschlichen Handelns nicht menschlichen Entwurfes“ (97 f.). Funktion von Regeln ist nur aus Rekonstruktion der Gesamtordnung zu entwickeln (148); die Gesellschaft selbst ist Evolutions- und Selektionsprozeß, nicht Rechtsvertrag (79 f., 237 f.); ihre rationalen sozialphilosophischen Grundlagen (als „wahre Theorie der Gesellschaft“, „wahre Theorie der menschlichen Natur“) gehen auf Aristoteles, Cicero, Vico, Th. von Aquin, Mandeville (126 ff.), Hume (232 ff.), A. Smith, Savigny, Tocqueville, Menger, Popper zurück, nicht auf Platon, Descartes, Hobbes, Rousseau, Hegel, Marx, Positivismus (= rationalistischer Konstruktivismus, 78), 77, 88 f., 142, 207 ff.; ambivalente Grenzposition insbesondere von Kant besetzt (88). Steuerung (Verbesserung) der Gesellschaft nur über Verbesserung des Systems abstrakter Regeln, die Ergebnisse von Evolutionsprozessen, nicht von Gestaltungen sind (86, 106 f., 138); theoretische Erfassung des Charakters der Regel nur in enger Zusammenarbeit von Nationalökonomien, Juristen, Sozialphilosophen (86). Inhaltlich hängt die Erhaltung strukturierter Gesellschaft von Verhältnisqualitäten je der Teil- zu den umfassenderen Strukturen ab (155).

b) *Rechtliche Ordnung der Freiheit — Recht — Gesetz*

Rechtsregeln grenzen (präzise im savignyschen Sinne von subjektivem Recht, 105 f., F 178) Individualsphären ab. Sie müssen zweckunabhängig, negativ, formal, abstrakt sein (115 f., 166, 172 f., 223). *Normen* sind Anpassung an faktische Regelmäßigkeiten (159, 180, 207 ff.); ihre Legitimation folgt nicht aus „Gesetzen“, sondern Gesetze legitimieren sich am Inhalt (= Richtigkeit) der resultierenden Ordnung (180).

ich zitiere nicht nach Einzelaufsätzen, sondern gebe je zu den behandelten Stichworten Hinweise aus allen Beiträgen zugleich, so daß die strukturierte Systemkonzeption plastischer hervortritt; ergänzende Hinweise mit dem Zusatz „F“ entstammen dem Buch *Verfassung der Freiheit*.

Recht sind (beschränkt ausschließlich auf den Bereich von Zivil- und Strafrecht, 49, 113, 117, 211 ff.) die allgemeinen Regeln der Gerechtigkeit (48) als allgemeine Verhaltensregeln (gleichermaßen gültig für alle Bürger wie den Staat selbst, 49); allgemeines Recht ist wahres öffentliches Interesse (Ausschluß aller Parteilichkeit), 203. Es rangiert vor jeder (insbesondere staatlichen) Gesetzgebung (103) und ist nur kraft Gerechtigkeits-Beziehung taugliches Instrument für eine spontane Ordnung (103); Gerechtigkeit selbst entdeckbar nur von Richtern und Gelehrten, nicht von Autoritäten (113).

Gesetz: 95 % aller Gesetze heute mit Recht nicht vereinbar (51, 185, 191 f.), weil Übergang zum öffentlichen Recht. *Jurisprudenz* hat im Gefolge falscher (rationalistischer) Naturrechtskonzeptionen und des Positivismus zu Unrecht die Verbindung mit Metaphysik verloren (103, 105, 185).

c) *Verfassung — Rechtsstaat — Demokratie — Politik*

Wirtschaftspolitik ist beschränkt auf „Grundsätze“ für Strukturrahmen (mit dem Ziel, bürgerliche Freiheit zu ermöglichen), 14. Der *materielle Rechtsstaat* (das materielle Gesetz) legitimiert sich aus der Beziehung zur gesellschaftlichen Ordnung (185); sozialer Rechtsstaat ist ein Widerspruch in sich (197); Gesetz ist nicht, was Gesetzgeber tut, sondern Gesetzgeber hat zu tun, was inhaltlich richtig ist im Sinne der Bemühungen von Richtern und Rechtsgelehrten (201 f., ratio, nicht voluntas!); Grundlagenkategorie dafür: „Herrschende Meinung“ (202, 204, 217, 229). *Gewachsene Institutionen* erweisen sich durch Entwicklungsgeschichte als erfolgreicher gegenüber unnatürlichen Konstruktionen (89, 102); Institutionen und Traditionen regulieren zugleich gesellschaftliche Rationalität (134) im Maße übereinstimmender Werte, Regeln, Meinungen (217, 223, 240). *Gewaltenteilung* ist bisher niemals erreicht worden (199, 202, 228). *Demokratie* wäre erst die regelgesteuerte, gewaltenteilende rechtsstaatliche Gesellschaft (230 f.). Gewaltenteilende und rechtsschützende *Verfassung* (203 ff., 224 ff. je im Anschluß an Harrington!) braucht zwei repräsentative Versammlungen: eine (Senat der Weisen, 204) für Meinungsbildung darüber, was Rechtens ist (dafür allgemein geachtete redliche und weise Männer und Frauen), eine andere für Willensbildung unter Zielsetzungen (dafür Parteien und Gruppen).

d) *Wirtschaft — Markt — Wettbewerb*

Wirtschaft ist planlose, spontan hergestellte Ordnung (abstrakte Struktur) ohne Zielhierarchie, die mehr als jede denkbare Organisation Wissen verarbeitet (11, 255).

Markt ist negative Rückkoppelung (die A. Smith als invisible hand umschrieb) selbst-organisierender Systeme, in denen Funktionen von Erwartungsgeneralisierung über Enttäuschungsverarbeitungen und Anpassungen an veränderte Umstände erfüllt werden (167, 256, 258). *Wettbewerb* ist Entdeckungsverfahren, das *besondere Tatsachen* (ähnlich Wissenschaft [Bezugnahme auf Popper], die aber *allgemeine* Tatsachen ermittelt) ausschließlich aus dem Bereich der Mikroökonomie ermittelt, die die sonst unbekannt oder ungenutzt blieben; seine Rechtfertigung liegt in der notwendigen Unkenntnis handlungsbestimmender Umstände (187, 249 ff.); deshalb ist methodologisch die Gültigkeit der Wettbewerbstheorie auch nicht empirisch überprüfbar (250).

e) *Wissenschaft*

Kritischer Rationalismus Poppers (als Entdeckungssystem und Prozeß von Versuch und Irrtum) ist adäquate Form von Wissenschaftlichkeit des Antirationalismus (89, 105, 138, 140). Theoretische Gesellschaftswissenschaften als Wissenschaften ermöglicht erst nach Abstoßung kartesischen Konstruktivismus (107); Rechtswissenschaft noch vorwissenschaftlich orientiert (106 f.). Objekt der Gesellschaftstheorie sind komplexe Strukturen (Politik, Ökonomie, Recht, Philosophie eng verbunden, 186, 238) je als erscheinende Einmaligkeit, die aber wegen prinzipieller Wiederholbarkeit theoriefähig (nicht nur Geschichte!) sind (153 f.). In Seins-Ordnungen, die nur existieren, weil Normen in ihnen gelten, sind normative Schlußfolgerungen wissenschaftlich möglich (196).

2. *Erich Hoppmann*³⁹

a) Hoppmann hat 1968 (in I) die mögliche Beziehung von Rechtswissenschaft und Nationalökonomie wie den Gegenstandsbereich von Wettbewerbstheorie präzisiert: Zum Wettbewerbsbegriff sind Juristen

³⁹ Ich stütze mich hier auf drei repräsentative Beiträge: Zum Schutzobjekt des GWB, in: *Wettbewerb als Aufgabe*, 1968, 61—104 (im Text abgekürzt: I), *Fusionskontrolle*, 1972 (im Text abgekürzt: II), *Soziale Marktwirtschaft oder konstruktivistischer Interventionismus?* in: E. Tuchtfeldt (Hrsg.), *Soziale Marktwirtschaft im Wandel*, 1973, 27—68 (im Text abgekürzt: III); frühere Arbeiten (insbesondere die sog. Kontroverse Hoppmann — Kantzenbach) bleiben hier unberücksichtigt.

auf Ökonomen verwiesen, die ihrerseits entweder nichts beitragen oder beitragende Juristen rezipieren, die wiederum auf Nationalökonomie nicht eingehen. Moderne ökonomische Wettbewerbstheorie ist entweder wieder politische Ökonomie nach Art der Klassiker oder aber pseudo-wissenschaftliche Politik. In der wissenschaftlichen Wettbewerbsproblematik geht es um Bedingungen und Grenzen von Handlungs- und Entschließungsfreiheiten. Der Zugang ökonomischer Stellungnahmen zum GWB wird erschwert (ihrer dunklen oder falschen Grundlagenorientierungen wegen).

b) 1972 (in II) hat Hoppmann dann den Status und die Bedingungen einer politisch-ökonomischen Wettbewerbstheorie präzisiert: Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (16) setzt Freiheiten (24 ff.) gegenüber Staat (Probleme hier praktisch wichtiger, theoretisch aber verkümmert) wie gegenüber anderen Marktteilnehmern (Probleme hier praktisch weniger wichtig, wegen Preistheorie aber bisher stets im Vordergrund) voraus. Ein offener Wettbewerbsprozeß ist abstrakt-negativ regelgesteuert, also nicht konkret-positiv ergebnisverpflichtet. Alle Maßnahmegesetzlichkeit der deutschen Wirtschaftspolitik ist marktwirtschaftstheoretisch unmöglich, als *Recht* nicht zu legitimieren (weil Politik), erfahrungswissenschaftlich unhaltbar (bes. 47—58). Freier Wettbewerb als Such-, Informations- und Lernprozeß ist spontane Ordnung je als Anpassung an nicht „als Ganzes“ geplante „Umwelt“ (66 f.) im Wege von Versuch und Irrtum. Wettbewerbsfreiheitspolitik ist nicht Wirtschaftspolitik, sondern Entwicklung einer adäquaten Rechtsordnung (85). „Neutrales Recht“ gibt es dabei — schon wegen des inhaltlichen und systematischen Ordnungsbezuges — nicht (88).

c) Schließlich hat — jetzt noch deutlicher als schon früher auf den Grundlagen von Hayek — Hoppmann jüngst (in III) die Theoriefrage in die Verfassungsfrage überführt: Die Theorie der Marktwirtschaft ist die ökonomisch ausgebildete Theorie des freiheitlichen Rechtsstaates (Recht und Ökonomie als zwei Aspekte desselben Gegenstandes [41 f.]). Das Grundgesetz als Verfassung des materiellen Rechtsstaates stellt die Politik im Bereich der Wirtschaft unter die Herrschaft des Rechts (43 ff.). Die sog. „aufgeklärte Marktwirtschaft“ ist wegen ihrer notwendigen Tautologisierung von Gesetzmäßigkeiten wissenschaftslogisch ohne empirischen Gehalt, wie sich vor allem in der „Neuen Wettbewerbspolitik“ und in der „Neuen Konjunkturpolitik“ zeigt (46 ff.). Die „Neue Wirtschaftspolitik“ ist vermutlich verfassungsfeindlich (59 ff., 64 ff., 66 f.: Tendenz zum totalitären Wandel). Die Nationalökonomie ist weder mit

rein ökonomischen Fragen befaßt noch eine Hilfswissenschaft für die Rechtswissenschaft, sondern als empirische Wissenschaft auf den Gegenstandsbereich der sozialen Marktwirtschaft beziehbar (61 ff.).

3. Ernst-Joachim Mestmäcker⁴⁰

Mestmäcker ist in seinen — stets gründlich durchdachten, ausgefeilt formulierten und materialreichen — Konzeptionen schon schwer entdeckbar, jedenfalls kaum auf knappem Felde darstellbar. Ich gehe deshalb so vor, daß ich aus I den Thesenzusammenhang rekonstruiere und aus II — unter Einzelhinweis — die Position eines materiellen übernationalen Verfassungsrechts herausarbeite. Der Leser muß den Text I ohnehin genau studieren, will er nicht an der Problemdiskussion vorbeigehen.

a) zu I:

Unterschiede von Gesellschaftstheorien, deren Gegenstand soziales Handeln aus beanspruchter bürgerlicher Freiheit ist, siedeln in Konfliktlösungsstrategien, nicht im politischen Status. Der bürgerliche Rechtsstaat — mit Recht und Staat als einheitlicher Grundlage eines freien Wirtschaftssystems, mit der Entsprechung von Marktwirtschaftssystem und Privatrechtsordnung, mit entsprechender Verrechtlichung von Ökonomie und Politik — steuert die Verfahren zur Konfliktsaustragung nicht anders als die wirtschaftliche Handlungsdelegation selbst: dezentral, basisorientiert. Solche Funktionsverwirklichungen sind ihrerseits auf eine zentrale Möglichkeitsbedingung rückbezogen, nämlich (weil es „Staat“ als zugleich machtneutrale wie machtunabhängige Steuerungszentrale nicht geben kann): auf materielle Gewaltenteilung, die von regulativen Prinzipien funktionaler Differenzierung bestimmt und vom Recht als Regelsystem gewährleistet wird. Aus den Widersprüchen unzulänglicher staatlicher Bezugssysteme ist für derartige Regelsysteme eine verbesserte Chance in der EWG zu schaffen oder tendenziell weltweit zu suchen.

⁴⁰ Ich ziele die beiden ergiebigsten Arbeiten *Mestmäckers* aus der jüngsten Vergangenheit heran: Den Festvortrag „Macht — Recht — Wirtschaftsverfassung“, ZHR 137 (1973), 97—111 (im Text zitiert: I) und sein magnum opus „Europäisches Wettbewerbsrecht“, 1974 (im Text zitiert: II); frühere einschlägige Beiträge werden nicht ausdrücklich behandelt; zu erwähnen insbesondere: Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441 ff.; Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), 235 ff. (= DB 1968, 787 ff., 835 ff.); Über Mitbestimmung und Vermögensverteilung, 1973; von den Arbeiten *Franz Böhms* wären zusätzlich heranzuziehen: Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17, 1966, 75 ff.; Eine Kampfansage an Ordnungstheorie und Ordnungspolitik, ORDO 24, 1973, 11 ff.

b) zu II:

In der EWG rekonstituiert sich die bürgerliche Gesellschaft in einem Prozeß der Materialisierung von Gemeinschaftsverfassung (mit unmittelbar privatrechtlichen Folgen in den Einzelstaaten, 567 ff.), innerhalb deren staatliche und wirtschaftliche Macht an Rechtsregeln gebunden wird (12 ff.). Der primär wirtschaftliche Gegenstand, auf den staats- und völkerrechtliche Kategorien nicht passen, ist seinerseits unter Rechtsregeln verlaufender Wettbewerbsprozeß als Kooperations- und Entdeckungsverfahren (28—40, 50 ff., 73 ff.), für das es wissenschaftslogische Kontrollverfahren gibt (im Anschluß an Hayek und Hoppmann, 169 ff.).

4. Einschätzung

Für systematische Interpretationen fehlt hier der Raum. Unterstellt, meine Wiedergaben sind in sich korrekt, dann interpretieren sich die ordnungstheoretischen Systeme auch von selbst. Ich beschränke mich deshalb auf Zusammenfassungen, die Vergleiche, weiterführende Fragen und systematische Kritik erleichtern sollen.

a) F. A. von Hayek

Seine *Gesellschaftskonzeption* ist philosophisch-sozialwissenschaftliche Systemtheorie („Ordnung“ als Generalisierung von Verhaltenserwartungen), u. z. in der Nähe der Kulturanthropologie T. Parsons, nicht der Soziologie N. Luhmanns; die Evolutionsperspektive der „offenen Gesellschaft“ wird bestimmt durch die Systemstrukturen und Funktionsverbürgungen selbst („Wirtschaft“ als beherrschendes Subsystem, der Vorrang der Mikro- vor der Makroökonomie ist dabei zugleich Verdoppelung des Vorrangs von Praxis). Seine *Rechtskonzeption* ist die Privatrechtsgesellschaft, die erst im Maße richtig eingerichteter Gesellschaftlichkeit als materieller Rechtsstaat „funktionieren“ kann; die universalisierbaren Regelsysteme sind eine Umschreibung des transzendentalen Zusammenhangs der Gesellschaftstheorie selbst. Seine *Verfassungskonzeption* gründet buchstäblich im Weisenrat („Senat der Weisen“), der als Sachverstands-Elite und Meinungsführerschaft die materielle Gewaltenteilung steuert; deutlich wird insbesondere die Qualität von unantastbarem Grundrechtsschutz als strukturiertem Vermögensbestandsschutz von Minderheiten. Seine *Wissenschaftskonzeption* ist antirationalistische (kaum noch normativ-analytische, weil an Bedingungen substanzieller Vernünftigkeit [„Wahrheit“] geknüpfte) Sozialphilosophie (mit Untrennbarkeit von Ökonomie, Recht, Politik im Gegenstandsbereich); als

Geschichtsphilosophie in praktischer Hinsicht enthält sie die Kategorie einer Einsicht in die Notwendigkeit qua wissenschaftlicher Handlungsanleitung; die wechselseitige Einflußbeziehung zu Popper wäre einer gründlichen Untersuchung nicht nur im Hinblick auf die von Hayek beanspruchte Untrennbarkeit von Metaphysik und empirischer Erfahrungswissenschaft wert.

b) *E. Hoppmann*

Seine Rechtskonzeption wie seine Gesellschaftskonzeption sind ausnahmslos von Hayek entlehnt (seine Interpretation etwa von „Politik“ versus „Recht“ wäre in heutiger Rechtsumgangssprache: „Gesetz“ versus „Privatautonomie“). *Seine Verfassungskonzeption* ist — mit Hilfe schmittianischen Dezisionismus erbrachte — Durchsetzung eines materiellen Inhalts gegen die gesetzliche Form. *Seine Wissenschaftskonzeption* ist so angelegt, daß ihre Kriterien, mit deren Hilfe sich folgerichtig die Gegner widerlegen lassen, gegen sie selbst zu wenden ist: Nur durch Abstraktionserhöhung schafft sie einen — entsprechend abstrakteren — Erfahrungsgewinn (daß die soziale Marktwirtschaft selbst keinen Experimentcharakter haben könne (= III 59⁶⁵), heißt nichts anderes, als daß die richtige Gesellschaftsordnung nicht widerlegbar, sondern nur umzustürzen ist. Nach Hoppmann lassen sich Verfassungsfeinde also wissenschaftlich entdecken).

c) *E.-J. Mestmäcker*

Mestmäckers Ansatz und Ziel ist außerordentlich anspruchsvoll und komplex: Er stellt sich gleichermaßen gegen die kritische Gesellschaftstheorie wie gegen die Systemtheorie, gleichermaßen gegen aristotelische wie machiavellistische wie augustinische Politiktradition, stellenweise überdies gegen Hayeks Ordnungstheorie. In meiner Einschätzung ist seine Konzeption nur erklärbar als erneuerte kantische Vision der freien und bürgerlich verfaßten Weltfriedensgesellschaft. Von hier erklären sich etwa seine Rücknahme vor- und nachkantischer Sozialsystemtheorien auf soziale Handlungstheorie, die in Metapolitik (EWG als vorläufige Geschäftsführerin einer Weltprivatrechtsgesellschaft, gleichsam als nicht — mehr — Staat und noch — nicht — Gesellschaft) und mit dem Gerichtshof als dem Hort von Rechtlichkeit erst wieder realistische Bedingungen möglichen (jetzt transnationalen) politischen Privatrechts findet. Mestmäckers Entwurf beansprucht mithin, nicht an jenen sozialtheoretischen Abstraktionsprozessen beteiligt zu sein, die bisher Ausdifferenzierungen

überkomplexisierter Gesellschaften entweder via Arbeitsteilung, via Klassenteilung oder via Systemteilung selbst vollzogen haben. Freilich liegt seine heimliche „Systemtheorie“ da, wo auch für I. Kant die Verbürgung der Freiheitsgesellschaft zu lokalisieren ist: Im Vertrauen auf die verborgenen Pläne der Natur und den öffentlichen Vernunftgebrauch, d. h. in politischer Ausformulierung: Im Vertrauen auf die Spontaneität der dazu sachverständig Berufenen und der dazu berufenen Sachverständigen! Der ältere Kant wußte, warum nicht ausschließlich auf die Früchte je der sittlichen Anstrengungen aller einzelnen gewartet werden kann und warum erst von der *ausgeführten* weltbürgerlichen Gesellschaftsverfassung die entscheidende Voraussetzung möglicher Verfassung von Moralität zu erwarten ist. Freilich: *Nach* der inhaltlich richtigen Einrichtung der Gesellschaft ist auch jede Theorie an ihrem richtigen Ende. Zum Prüfstein für Mestmäckers — wie natürlich jeder anderen sozialtheoretischen — Konzeption muß also sein Entdeckungsverfahren der richtigen Einrichtung werden.

VII.

1. Ludwig Raisers Beteiligung am Problemstoff möchte ich durch Kennzeichnung seiner wichtigsten Beiträge aus der Nachkriegszeit in einen interpretierbaren Zusammenhang rücken.

a) *Wirtschaftsverfassung* (1948)⁴¹

Recht und Wirtschaft werden „mitgeprägt vom kulturellen Gesamtstil einer Epoche“. Wirtschaft in strukturierter Gestalt erst ist konkrete Wirtschaftsordnung, die man Wirtschaftsverfassung nennen kann; Rechtssatzqualität ist damit noch nicht verbunden. Zur Strukturierung gehört das Rechtssystem, das zum Teil wirtschaftspolitisches Instrument ist, zum Teil genuine Aufgaben hat und zum Teil Forderungen „materialer Gerechtigkeit“ anmeldet.

b) *Subjektives Recht — Vertragsfreiheit* (1958, 1960, 1961)⁴²

„Amt und Beruf“ als mögliche Kategorien, um Rechtspositionen mit Pflichtenprogrammen zu korrelieren als „Dienst“, über den zu wachen

⁴¹ Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Festschrift Julius v. Gierke, 1950, 181—200 (= Göttinger Rektoratsrede vom 5. 5. 1948).

⁴² Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1—8; Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in: Festschrift DJT I, 1960, 101—134; der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465—473.

„zum öffentlichen Amt der Juristen“ gehört. Freiheiten — wie Vertragsfreiheit z. B. — haben je ihren historischen Ort und werden „von bestimmten ideologischen und politisch-gesellschaftlichen Voraussetzungen getragen“; Veränderungen am „Wandel unserer Gesellschaftsstruktur“ ableitbar; Freiheit und soziale Gerechtigkeit als Einheit und „dialektisches Verhältnis“. Eine zukünftige Privatrechtsentwicklung ist nicht mehr als „System subjektiver Rechte“ möglich, sondern „als ein System von Rechtsstellungen und Rechtsverhältnissen“, so daß Rechtspersonen „in Beziehungen zu anderen Personen“ begreifbar werden. Kernproblem dann: Verhältnis der Vertragsordnung zur „Gesamtrechtsordnung“ in der Funktion, „materielle Vertragsgerechtigkeit“ zu verbürgen, „rechten Gebrauch“ von Freiheit gegen Mißbrauch abzugrenzen (Lösung via „Wirtschaftsverfassung“?).

c) *Institutionenschutz (1963)*⁴³

Begriff des autonomen Individuums entspricht als Abstraktion nicht Handlungszusammenhängen in Beziehungsgruppen, die — „nach eigenen, habituell ausgerichteten Regeln“ strukturiert — Institutionen sind. Individualschutz und Institutionenschutz in „polarer Spannung“.

d) *Privatrecht und Verfassung (1966)*⁴⁴

Vorstellung von der Eigenständigkeit des Privatrechts „eine Selbsttäuschung“; Grundrechte mit objektivem „auf die Ordnung von Staat und Gesellschaft bezogenen Gehalt“ ausgestattet; Sozialstaatlichkeit „eine Zielbestimmung oder ein Leitprinzip für die Entwicklung unserer Gesellschaftsordnung“. Entwicklung des Privatrechts, das „als Ganzes und als ein in langer geschichtlicher Entwicklung gewachsenes Gefüge von Rechtsinstituten und Rechtsnormen von der Verfassung anerkannt ist“, „in die Zukunft hinein offen“.

e) *Der Jurist (1967)*⁴⁵

Juristen sind weder „Machtelite“ noch „Dienstklasse“ in der Gesellschaft, sondern kontrollieren „Macht mit den Mitteln des Rechts“, indem

⁴³ Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *summum ius summa iniuria* (Tübinger Ringvorlesung), 1963, 145—167.

⁴⁴ Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Verhandlungen 46. DJT (Essen 1966), 1967, II B 5—31; dazu: Die Zukunft des Privatrechts, 1971, 22¹⁸: „Das Empfinden, in dieser Schrift“ (gemeint ist der Essener Vortrag!) „das Privatrecht noch zu unkritisch als in sich geschlossene Einheit behandelt zu haben, gab mir den Anstoß zu der vorliegenden Studie.“

⁴⁵ Aufgabe und Verantwortung des Juristen in unserer Gesellschaft, in: Tübinger Festschrift für E. Kern, 1968, 383—401 (Vortrag vom 6. 10. 1967).

sie Methoden der Konfliktlösung beherrschen und auf Vertrauen in „die ordnende Kraft bewährter Institutionen“ angewiesen sind. Juristen haben „noch keine volle Klarheit über ihren Standort in unserer Gesellschaft“.

f) *Privatrechtszukunft (1971)*⁴⁶

Die Rolle des Privatrechts für eine „Industriegesellschaft im demokratischen Wohlfahrtsstaat“ ist ambivalent: einerseits „offenes“ bewegliches System von Rechtsprinzipien und Rechtsinstituten“, andererseits „aus sich selbst heraus . . . keine zureichenden Abwehrkräfte“ mobilisierbar gegen Machtprobleme. Die „ideologischen Positionen des Ordoliberalismus“ bedürfen der Korrektur „durch die geschichtliche Wirklichkeit und die heutige Verfassungslage“. Funktionalität von Rechtsinstituten je nach „Grad von Privatheit oder Öffentlichkeit“ des Operationsbereiches (Vorklärungen durch „die soziologische Rollentheorie“).

g) *Machtmißbrauch (1972)*⁴⁷

Rechtsinstitute sind keine „vor- und überpositiven“ Ideen, daher nicht aus „dem Recht vorgegebenen Strukturen“, sondern „aus dem geltenden Recht mit Inhalt zu füllen“. Jeder Mißbrauch ist beziehbar auf „die vom Recht im Rahmen eines Rechtsinstitutes gewährten Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten“.

h) *Antinomien (1973)*⁴⁸

Wettbewerbsfreiheit als Rechtsinstitution (der frühere Dualismus ist obsolet geworden) bezweckt außer Handlungssphären auch Beitrag zur Verteilungsgerechtigkeit. Bisher unzureichend behandelte Problematik dabei: Gesellschaftliche Rechtfertigung der wettbewerblichen Ausleseprozesse angesichts veränderten Bewußtseins von Lebensqualität und Solidarität? Aufbau von „Gegenprinzipien zum Wettbewerbsprinzip“? An den sichtbar gewordenen Grenzen der Selbststeuerungsprinzipien tauchen neue Probleme auf: Legitimation und Wünschbarkeit stetigen Wirtschaftswachstums. Die veränderbare Grenzziehung bedarf freilich „noch der rationalen Präzisierung“.

⁴⁶ Die Zukunft des Privatrechts, 1971.

⁴⁷ Mißbrauch im Wirtschaftsrecht, JZ 1972, 732—734.

⁴⁸ Antinomien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in: Festschrift für E. Fechner, 1973, 57—74; der Titel übernimmt einen zentralen Topos in der ausgezeichneten Untersuchung von U. Runge (einem Schüler von Raiser), Antinomien des Freiheitsbegriffs im Rechtsbild des Ordoliberalismus, 1971; Raiser scheint Runges Kritik zuzustimmen, vgl. Zukunft des Privatrechts, S. 26²⁶).

2. Korrekturen und Einwände im einzelnen sind hier nicht von Interesse⁴⁹. Das Augenmerk richtet sich auf zwei Zusammenhänge von Festschriftgewicht.

a) L. Raisers Position ist im Laufe der Zeit politischer geworden. Weil Methodologie häufiger mehr verrät als Aussagesätze, läßt sich die Behauptung vor allem belegen an Veränderungen z. B. des Institutionen-Verständnisses. 1963 [= 1)c)] wurzelte es noch ganz in der Entlastungsanthropologie von Gehlen und Schelsky (vorher war es sogar eher noch im Wertehimmel verankert). In den jüngsten Arbeiten schält sich anstelle eines als obsolet durchschauten Dualismus von „Recht“ und „Institution“ eine inhaltlich veränderte Rechtskonzeption selbst heraus, die sich, wie vor allem Hinweise auf soziologische Rollentheorien erschließen lassen, dem gesellschaftlich-politischen Charakter von Rechtsnormen nähern. Der entdeckte Funktionsbereich des „Öffentlichen“ wäre jetzt von einer Strukturrechtstheorie des Öffentlichen zu füllen. Raisers Gegengewichts-Arbeit [= 1)h)] stößt in modernste Probleme von Partizipationsverfassungsrecht⁵⁰. Insgesamt steht Ludwig Raiser, sicher kein Ordnungsliberaler, wohl zwischen tradierter praktischer Philosophie (in der Spielart vor allem öffentlicher Vernünftigkeit) und progressiv interpretierbarer Systemtheorie.

b) L. Raisers Stärke liegt nicht so sehr in der systematischen Theoriearbeit als im eigenen „Dienst“, „Amt“, „Beruf“ des politischen Rechtsprofessors. Alle Bemerkungen über Juristen beeindrucken geradezu als Extrapolation aus Autobiographie. So entspricht z. B. sein Juristenvortrag [= 1)e)] im Problemgehalt keineswegs den sonst damals schon bezogenen Rechtsstandpunkten, aber es ging hier, schaut man zu, um Abwehr arroganter Soziologie (Dahrendorf) und richterköniglicher Anmaßungen nach Art Rasehorns (X. Berra!). Andere Vorträge überziehen dafür eher, verglichen mit dem Stand sonstiger Arbeiten, das politische Konto [etwa 1)f)]. L. Raiser verkörpert, was von F. A. von Hayeks „Rat der Weisen“ bis zu den im Gegenlager seit Rousseau fungierenden „bürgerlichen Intellektuellen“ jede Gesellschaft braucht: Wache Türmer

⁴⁹ Erstaunlich freilich die Mißverständnisse der ökonomischen Wettbewerbstheorie-debatte in Festschrift Fedner, S. 62—64.

⁵⁰ Im Grunde wird die Kategorie von *Leistung* selbst im Mark getroffen; der Wettbewerb als die beherrschende analytische Kategorie der bürgerlichen Gesellschaftstheorie ist nichts anderes als: *Leistung* als *Recht* auf *Produktion* durch *Arbeit*; freilich ist am Leistungs-„Verfall“ die Wirtschaft ihrerseits sehr interessiert, die seit längerer Zeit Wettbewerb als „Kollegialität“ entdeckt hat; bemerkenswert aufschlußreich dazu A. Sölter, Wettbewerbsordnung auf dem Prüfstand, DB 1972, 589 ff.

auf den Zinnen der Vernunft; in beziehungsvolle Bildersprache gekleidet: Weder gallischer Hahn noch Eule der Minerva, und schon gar nicht arischer Aar.

VIII.

Mein Beitrag ist nicht ausgezogen, eigene Positionen durchzusetzen, fremde zu zertrümmern. Er zielt auf Lernen aller Betroffenen, auf die Mischung von Durchblick und Demut, die an Ludwig Raiser auffällt. Ich schließe deshalb mit einer Reihe von kommentierten Fragen an uns alle, die sich mühelos zu systematisierbaren Forschungskatalogen erweitern lassen.

1. Zur Sozialtheorie

Hier wäre schon viel gewonnen, wenn sich wissenschaftliche Redlichkeit in offenen Märkten und mit Wettbewerb als Lern-, Informations- und Entdeckungsverfahren so durchsetzen ließe, daß die unterschiedlichen Abstraktionsverfahren zwischen Produzenten und Konsumenten klar werden, mit deren Hilfe unterschiedliche Sozialtheorien gewonnen werden, konkreter: Die Art und die Gründe für „Grenzziehungen“ zwischen theoretisch Erfasstem und theoretisch Ausgespartem, die Problemausklammerungen über Abstraktionen, die Problemflucht etwa in Reduktionen; als Beispiel: Funktion von innen-außen-Differenzierung in der Systemtheorie versus Funktion von Widersprüchen im historischen Materialismus versus Funktion von Sachverständigenneutralität oder Funktion von Regeln in der Ordnungstheorie. Komplexität z. B. ist ebenso ein mögliches Abstraktionsinstrument wie etwa Simplifizierung. In der Wissenschaftslogik sind die entsprechenden Tricks aus der Rahmen- und Randbedingungsdiskussion gut bekannt. Bürgerliches abstraktes und negatives Formalrecht ist z. B. eine Abstraktionsleistung: „Recht“ reduziert sich auf spezifisches Vermögensrecht⁵¹. „Staat“ als Metapher für jeweils exogene Zonen oder latente Gegnerpositionen ist eine andere Abstraktionsleistung⁵².

Politisch-ökonomisch geht es nicht um Marx oder nicht-Marx, Planung oder Freiheit oder ähnliche Unsinnsdualismen, sondern um Bedingungen

⁵¹ Eindringlich darüber *Wieacker*, Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution, JurJb. 9 (1968/69), 1 ff.

⁵² Was unter „Staat“ zu thematisieren ist, hat jüngst *Denninger* gezeigt, Staatsrecht, Band 1, 1973.

der Möglichkeit heutiger Gesellschaftsverfassung überhaupt. Hier Kant etwa gegen die schottische Sozialphilosophie auszuspielen oder letztere an Kant vorbei ins Bonner Grundgesetz zu schmuggeln, nimmt bürgerliche Sozialgeschichte nicht mehr wahr: Als Widerspruchsverhältnis von interaktionistischer Ökonomie und Arbeitswertlehre, in dem die aktionstheorie (als Gesellschaftstheorie) bis heute davon trägt und moaktionstheorie (als Gesellschaftstheorie) bis heute davon trägt und moderne gegenteilige Bekundungen (Wiederentdeckung der politischen Ökonomie als Interaktionstheorie!) als Lippenbekenntnisse enttarnt⁵³.

2. Zum Wandel von Institutionen

Hier liegen ergiebige Informationen vor, die Juristen ersichtlich liegen lassen⁵⁴. Niemand ist gezwungen, irgendeine Theorie oder gar alle zu

⁵³ Dazu die Arbeit von G. Brüggemeier (Anm. 6); ferner jetzt H. Medick, Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft, 1973 (Pufendorf, Locke und A. Smith); zu Mestmäckers Berufung auf Kant vgl. etwa: R. Saage, Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 1973; K. Psychopedis, Spontaneität und Gesetz (zur Methode der Kantschen Sozialphilosophie), Phil. Diss. Frankfurt, 1972; H. Saner, Kants Weg vom Krieg zum Frieden, Band I, Widerstand und Einheit (Wege zu Kants politischem Denken), 1967; K. Weyand, Kants Geschichtsphilosophie, 1964; P. Krause, Die Lehre von der Arbeit in der Philosophie des deutschen Idealismus und ihre Bedeutung für das Recht, Phil. Diss. Saarbrücken, 1965; G. Picht, Philosophie und Völkerrecht, in: G. Picht—C. Eisenbart (Hrsg.), Frieden und Völkerrecht, 1973, S. 170 bis 234.

⁵⁴ H. P. Dreitzel (Hrsg.), Sozialer Wandel, 1967; W. Zapf (Hrsg.), Theorien des sozialen Wandels, 1969; K. H. Tjaden, Soziales System und sozialer Wandel, 1969; H. Schissler, Theorien sozialen Wandels, NPL 1974, 155—189; Art und Qualität der entscheidenden Unterschiede in den Konzeptionen und Strategien zum sozialen Wandel etwa in der sog. Habermas-Luhmann-Kontroverse hat jüngst K. Eder, Komplexität, Evolution und Geschichte in: Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Theorie-Diskussion, Supplement 1, 1973, 9—43, am Gegensatz von abstrakter und konkreter Evolutionskonzeption deutlich gemacht; sein Beitrag könnte Juristen zeigen, daß und wie, wenn „Evolution des Rechts; als zentraler Variablenbereich zur Debatte steht (das gilt von Luhmann bis Mestmäcker!), funktionalistische Theorien im Spiel sind, die Subjekte von der Außennormierung her begreifen (also gerade nicht „Freiheit“ und „Autonomie“ verschaffen) und soziale Kontrollen via strategische Bindung von Verhalten an Rollen einbauen usw.; Luhmann selbst hat (in: Rechtssoziologie Bd. 2, 298 ff.) den funktionalen Zusammenhang von „Wandel“ u. a. an zentralen Beispielen (subjektives Recht, Vertrag, Grundrechte) gekennzeichnet, über die jeder Jurist auch redet; seine Systemtheorie macht deutlich, welche Macht- und Funktionseinbußen Juristen zu gewärtigen haben (und warum!), vielleicht nicht zuletzt ein Indiz dafür, daß Ordnungsrechtstheorie die Luhmannsche Systemtheorie — trotz selektiver Ausbeutung — berührungsgänglich (bis zur Zitatvermeidung) ausklammert. Luhmann würde wohl fast alles, was die Ord-

„schlucken“. Es geht schlicht darum, zu begreifen, daß und wie in der Sprache unterschiedlicher gesamtgesellschaftlicher Theorieansprüche Strukturprobleme unserer Gesellschaft und unseres Rechts unterschiedlich zum Problemthema werden können, daß und wie Sozialfunktionen von Juristen bestimmbar werden, daß und wie es heute zentral um Primate von sozialen Subsystemen („Wirtschaft“? „Recht“? „Politik“? „Wissenschaft“?) geht. Noch wichtiger sind Einsichten in die unterschiedlichen Erklärungs- und Aufklärungs*paradigmata* der unterschiedlichen Theorien selbst.

3. Zum wirtschaftsrechtlichen Gegenstandsbereich

Die Spaltung in Jurisprudenz, Ökonomie, Politik, Soziologie, Geschichte und Philosophie ist im Urteil aller Kronzeugen tot, wissenschaftslogisch nicht zu halten und reformpolitisch nicht zu rechtfertigen. Mag man auch in Zukunft über Abgrenzungen von Metaphysik und empirischer Erfahrungswissenschaft weiter arbeiten, an der Rekonstitutionsproblematik Gesellschaftstheorie ./ Wissenschaftstheorie führt kein Weg mehr vorbei. Die Einsicht zwingt zur „Resoziologisierung“ von Nationalökonomie wie zur „Repolitisierung“ von Jurisprudenz wie zur „Reökonomisierung“ von Geschichte usw.⁵⁵.

4. Zum Rechtswissenschaftsverständnis

Rationalität — gleich welcher Spielart — war der Anspruch traditioneller Philosophie und Wissenschaft. In System- und kritischen Theorien wird heute die Differenz von empirischen und normativen Wissenschaften aufgehoben und gleichwohl der Rationalitätsanspruch akzeptiert. Im Verhältnis von Theorie und Geschichte gerät in den Vordergrund das Verhältnis von Natur- und Gesellschaftsbeherrschung zur wissenschaftlichen Arbeit als Produktionsweise und Praxiskonstituierung.

5. Es ist sicher richtig, daß wir Menschen unsere planende Subjektivität überfordern und in ihr folgenlos bleiben können, so wie es auch richtig ist, daß ohne „Vorsehung“ gar nichts zustande kommt. Unser Problem ist aber wohl eher, daß solche Verfehlungs- und Gewährleistungs-

nungsrechtstheorie tut (freilich auch das meiste, was etwa die politische Rechtstheorie tut) „alteuropäisch“ nennen.

⁵⁵ Sehr eindringlich zur Nationalökonomie als Soziologie und zur sozialwissenschaftlichen Integrationsproblematik ein großer Teil der Arbeiten von *H. Albert*; markante Kurzinformation in: *Marktsoziologie und Entscheidungsfreiheit*, 1967, 175 ff., 331 ff., 470 ff.; informativer Überblick jetzt: *C. Rolshausen*, *Rationalität und Herrschaft*, 1972.

möglichkeiten in die *Theoriearbeit* hinreichend und deutlich einbezogen werden. Kein Wunder deshalb, daß im Zentrum von Differenzen heute nicht so sehr wechselseitige instrumentierbare Vorwürfe stehen wie z. B. Steuerung durch Eliten (linke Kaderführer oder rechte Chefgutachter machen schließlich keinen analytischen Unterschied) oder Kollektivierung von Vernunft (es mangelt keinem Lager daran), auch nicht die Unsumme scheinhafter Dualismen wie Individuum oder Kollektiv, Wettbewerb oder Planung, Anpassungstechnologie oder Emanzipationsprozeß, sondern die *Konzeptualisierung von komplexen gesamtgesellschaftlichen Reproduktionszusammenhängen selbst* (repräsentativ etwa die *Habermasche* Fragestellung, ob und wie komplexe Gesellschaften noch eine vernünftige Identität ausbilden könnten)⁵⁶. Für unsere Probleme mag es keine Lösungen geben, aber es gibt wenigstens Problemantworten auf Problemfragen. Auf die Erlernung solcher komplexen Problemsprachen, die selbstverständlich zugleich auch immer Handlungszusammenhänge sind, zielt dieser Beitrag, zielt erst recht die sog. „politische Rechtstheorie“, für die ich eintrete.

⁵⁶ J. Habermas, Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?, in: Habermas/Henrich, Zwei Reden aus Anlaß des Hegel-Preises, 1974, S. 23—84.