

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: Görnitz (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 Programmwürfe 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.).

