
RUDOLF WIETHÖLTER
(*Universität Frankfurt am Main*)

**Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen
Sonderprivatrecht?**

Bemerkungen zu Grundlagenveränderungen in der Privatrechtstheorie

A
DAS PROBLEM

I

Die folgenden Überlegungen beziehen sich auf das Recht in der Bundesrepublik Deutschland. Zur schnellen Kennzeichnung der zu behandelnden Problematik wähle ich ein aktuelles, harmlos wirkendes, freilich weitreichendes Geschehen. Nach § 108 des Aktiengesetzes (aus dem Jahre 1965) kann die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates, soweit sie nicht gesetzlich geregelt ist, durch die Satzung bestimmt werden. Nach § 28 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (aus dem Jahre 1976) ist der Aufsichtsrat nur beschlußfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlußfassung teilnimmt. In zahlreichen Aktiengesellschaften wurden in den letzten Jahren Satzungs-Beschlüsse (durch die dafür zuständigen Hauptversammlungen der Aktionäre) gefaßt, die etwa folgenden Wortlaut hatten: "Der Aufsichtsrat ist beschlußfähig, wenn die Hälfte der Mitglieder, aus denen er insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlußfassung teilnimmt, mindestens die Hälfte der an der Beschlußfassung teilnehmenden Vertreter der Anteilseigner sind und sich unter ihnen der Vorsitzende des Aufsichtsrates befindet".

Was geschieht hier? Nach deutschem Mitbestimmungsrecht sind Arbeitnehmer in sehr unterschiedlicher Weise z.B. in den Aufsichtsräten von Aktiengesellschaften vertreten. Nach dem erwähnten Mitbestimmungsgesetz besetzen sie 50% der Aufsichtsratssitzen. Allerdings hat der Aufsichtsratsvorsitzende in Streitfällen (der praktisch wichtigste Fall ist selbverständlich die Stimmgleichheit von Arbeitnehmer und Anteilseignervertretern) ein doppeltes Stimmrecht. Und wohl ausnahmslos sind Aufsichtsratsvorsitzende Vertreter der Anteilseigner, nicht der Arbeitnehmer. Die harmlose Satzungsregelung entpuppt sich deshalb als weitreichender Konfliktsstoff. Bestimmt das Mitbestimmungsgesetz über das Aktiengesetz oder das Aktiengesetz über das Mitbestimmungsgesetz? Wird die private Autonomie kraft des "privatrechtlichen" Aktiengesetzes durch die sozialen Maßnahmen des "politischen" Mitbestimmungsgesetzes aufgehoben? Das Problem läßt sich noch allgemeiner kennzeichnen: Wie läßt sich eine *Kompatibilität* von "privatem Gesellschaftsrecht" und "politischem Sozialverfassungsrecht" verwirklichen? Wie sind *rechtliche* Kollisionsregeln beschaffen (und dann auch anzuwenden), die eine Verträglichkeit unverträglich (weil ungleichartiger oder ungleichzeitiger) Rechtsteilsysteme stiften sollen? Es geht um Beziehungen zwischen jeweils "alten" und "allgemeinen" Gesamtkodifikationen und "neuen" und "besonderen" Einzelbereichsgestaltungen. Etwas präziser: rechtstheoretisch-rechtsdogmatisch ist ein Verhältnis sog. Konditionalprogramme zu sog. Finalprogramme betroffen, rechtsmethodologisch sind die jurisprudentiellen Entscheidungsorientierungen (vor allem der Justiz) betroffen, politisch-ökonomisch sind die wechselseitigen Anpassungen von Rechtssystem und Gesellschaftswirklichkeit (unter Bedingungen begrenzbarer Veränderungspolitik) betroffen. Es lassen sich insgesamt vier Teilprobleme gut isolieren: 1) wechselseitige Zuordnungen von "Allgemeinem" (das überwiegend als freiheitliches und langfristig stabiles Privatrecht wird!) und "Besonderem" (das überwiegend als nur kurzfristig greifende politische Steuerung begriffen wird!), für die es darauf ankommt, synchronisierte Wertungen (für "das Ganze"!) zu finden und anzuwenden; dieses Teilproblem ist ein Problem der gesellschaftlichen Meta-Struktur (als Einheit ihrer Verfassung) für "Recht" und "Politik" zugleich; 2) Erfahrungen, die sich aus dem Vollzug und der Implementation von sog. Zweck-(Maßnahme-)Gesetzen ergeben; dieses Teilproblem ist ein Problem der möglichen Zwecke (und der Bedingungen solcher Möglichkeit) von Gesetzen und Recht selbst; 3) Grundsatzverhältnis von Verboten unter allgemeinen Regeln (sie

gelten traditionell als Kennzeichen von "Privatrecht") zu Geboten als Verwirklichung von Maßnahmenplänen (sie gelten traditionell als Kennzeichen von "Politik" oder von "Staats- und Verwaltungsrecht"); dieses Teilproblem ist ein Grundlagenproblem des Bezuges von Recht und Politik selbst; 4) Kampf um Gesellschaftsmodelle, gesellschaftliches Bewußtsein und Entscheidungsinstrumentarien vor allem der Herrschaftseliten; dieses Teilproblem ist ein Problem der Strukturierungen (und ständigen Umstrukturierungen) von Sozialsystemen für Zwecke von Regel-Steuerungen, also für ihre Einrichtungspraxis selbst.

II

Der Ausdruck "Besonderes Allgemeinprivatrecht" wird hier benutzt als Kennzeichnung eines Begriffes, einer Kategorie, einer Form von Recht, das sich in der philosophischen Konzeption versteht als allgemeine und gleiche Freiheit unter allgemeinen und gleichen (gesetzlichen) Bedingungen, welche zugleich für den Schutz des gesicherten ("verrechtlichten") Bestandes sorgen (deshalb "*Allgemeinprivatrecht*" als sog. "Formalisierung" von Recht), das freilich in der historisch-sozialen Wirklichkeit die Freiheit ganz spezifischer Klassen oder Schichten der Gesellschaft geblieben oder geworden ist (deshalb "*besonderes*" Allgemeinprivatrecht). Sein zentrales Defizit lag und liegt darin, daß auf seiner Grundlage eine gerechte gesellschaftliche Synthesis (für alle unter gleichen Regeln!) nicht zu gewährleisten ist. Deshalb gab und gibts es Versuche, *inhaltlich* (als sog. Materialisierung von Recht!) solche Defizite auszugleichen. Diese Versuche sind es, die sich als politische Zweckprogramme bemerkbar machen, also als durchzusetzende Vorzugsentscheidungen gegen Widerstände. Eine durchgehende Erfahrung mit ihnen zeigt, daß alle politisch-ökonomischen Planverwirklichungen zum Scheitern verurteilt sind, wenn und weil sie keinen hinreichenden sozialen Konsens hinter sich haben (können, weil sie jeweils neue Bedürfnisse (= "Politik"!) gegen eingessene Interessenbefriedigungen (= "Recht"!) allererst durchzusetzen hätten!) und keine angemessene Instrumentarien zu ihrer Verfügung finden (können, weil "Instrumentarien" praktisch vor allem bedeutet: die Bewußtseinsbildungen, die Verhaltensorientierungen und die methodologische Handwerkszeuge von Juristen!). Es scheinen sich deshalb "modernere" Tendenzen durchzusetzen, die gleichsam aus der Not eine Tugend machen, indem sie weder zur alten Rechtsformtradition ganz

zurückkehren oder in ihr verbleiben (das wäre auch angesichts des ständig wachsenden Problemdruckes und des gesellschaftlichen Wandels selbst schlechterdings nicht mehr möglich) noch auch weiterhin ausschließlich ihr Heil in den bisher (im ganzen: erfolglos) erprobten Materialisierungen von Recht suchen, sondern indem sie beides verbinden und dadurch produktiv *“aufheben”* (insoweit ganz im klassischen Sinne Hegels). Diese Erscheinung wird hier umschrieben als (allgemeines Sonderprivatrecht) (später dann —genauer— auch als *“Prozeduralisierung”* von Recht oder als *“dualistische”* Rechtskategorie). Darin kommt zum Vorschein, was in Zukunft das Hauptinteresse der Privatrechtstheoriearbeit zu besetzen verdient: jeweiliger teilgesellschaftlicher *“privatrechtlicher”* Problemanfall wird jeweils auf seine besondere Weise auch rechtlich bewältigt (deshalb *“Sonderprivatrecht”*), freilich nach erneuert-universellen Maßstäben (deshalb *“Allgemeines”* Sonderprivatrecht).

III

In dieser einleitenden Problemkennzeichnung sind eine Reihe von Zusammenhängen zu thesenförmig, zu kurzschlüssig markiert worden. In den folgenden Ausführungen sollen deshalb diese Zusammenhänge zu ihren Recht kommen. Teil B skizziert den Hintergrund und die heutigen Schwierigkeiten des Bürgerlichen Rechtsmodells, Teil C verweist auf die Anregungen der jurisprudentiellen Theorie, Teil D zielt auf Ansätze, die sich als hilfreich erweisen könnten.

B Privatrecht - Modelltheorie und Problempraxis

I

Versucht man, den entscheidenden Konstruktionsgrundsatz unserer tradierten Rechtsordnung in einem Satz zusammenzufassen, so bietet sich jene Szene im I. Aufzug von Goethes *“Egmont”* an, in der die Bürger *“eine bürgerliche Gesundheit”* ausbringen: *“Sicherheit und Ruhe! Ordnung und Freiheit!”* Wir finden hier Geist und Programm der bürgerlichen Rechtskultur in vier Worten. Sind nämlich Sicherheit und Ruhe gewährleistet, dann stellen sich Ordnung und Freiheit von selbst ein. Ruhige Ordnung wird zum System von gesicherter Freiheit. Daß alle Bürger gleichermaßen frei sind, macht gerade die Ordnung ihrer bürgerlichen Welt aus. Ordnung ist also nicht Voraussetzung von bürgerlichen Freiheiten, sondern ihre Folge. So dachte die liberale bürgerliche Rechtswelt, deren idealisiert-ideolo-

gische Grundlagen heute entlarvt, jedenfalls nicht mehr gewährleistet sind. Schätzungsweise 3-5% der Bevölkerung in den ersten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts profitierten von solcher Rechtsidee; auf sie war umgekehrt die Konstruktion auch modelliert; er war jene Bildungs- und Besitzbürgerwelt, die ihre Revolution politisch verloren (in Deutschland sogar nicht einmal wirklich riskiert), sozial-ökonomisch-kulturell gewonnen hatte. Den politischen Waffenstillstand zwischen adligem Agrar-Feudalismus einerseits und bürgerlichem Industrie-Frühkapitalismus wie Bildungs-Bürgertum andererseits zu besiegeln, war die Idee des Rechtsstaates bestimmt und geeignet. Heute wissen wir: "Ordnung" kann nicht die "natürliche" Folge bürgerlicher Freiheit mehr sein, sondern muß zu ihrer "politischen" Voraussetzung werden. Genau das ist das ungelöste Problem der Verfassung wie Theorie unserer Gesellschaft. Recht als Grundkategorie der bürgerlichen Gesellschafts-Verfassung - jedenfalls des Teils, der ihre privat-individualistisch-kapitalistische Position kennzeichnete - konnte sich nur deshalb als unpolitisch ausgeben, weil es zwei historische Zeitbedingungen hinter sich hatte: 1) den Dualismus von politischem öffentlichen Obrigkeitsstaat und konservativer privater Kultur- und Wirtschaftsgesellschaft, der bis heute den Dualismus von "Politik" und "Recht" trägt, hinter dem die liberalbürgerliche Hoffnung stand, der Friedensschluß zwischen autoritärem Staat und "emanzipativer" Gesellschaft sei dauerhaft und verbürge gleichsam Koexistenz (Politik) in Frieden (Recht); 2) den Anschluß an die damalige wissenschaftliche Zeitkultur, den Rechtswissenschaft in der sog. historischen Rechtsschule mit der philosophischen Legitimierung von Recht fand (als Geist vom Geiste des deutschen Idealismus und seiner Bildungsideale).

Unser vielzitiertes, selten analysiertes freiheitlich-demokratisches Rechtsstaat ist im ganzen als deutsches Produkt spekulativer Philosophie im Grunde kein Staat, sondern Verfassungsprämisse einer unpolitischen Gesellschaft privat-autonomes Menschen. Recht und Gesetz wurden gedacht als die Verbürgung inhaltlicher Richtigkeit, Gleichheit und Gerechtigkeit kraft der Allgemeinheit und Wahrheit des Gesetzgebungsprozesses, nämlich: Diskussion und Zustimmung aller Betroffenen. Angesichts der historischen und gesellschaftlichen Bedingungen, unter denen diese "Betroffenen" lebten, ist dieses Programm von Recht und Gesetz: geschütztes Eigenleben aus privat-individuellen Sozialpositionen (im Kern allein betroffen: Eigentum!) einer kleinen, nach Interessen und Bewußtsein durchweg homogenen

Bevölkerungsklasse. Diese klassische bürgerliche Gesellschaftstheorie kann sich heute nicht mehr legitimieren, vor allem, weil sich ihr Substrat - die bürgerliche Gesellschaft selbst - nicht mehr legitimieren kann, und das heißt: ihre Ansprüche - Autonomie der Individuen nach allgemeinen Freiheitsgesetzen - nicht mehr für alle "Bürger" einlösen kann.

Die zentrale Handlungsvermittlung von liberalen bürgerlichen Freiheiten, d.h. von Entfaltungschancen einer marktbezogenen Gesellschaft von Wareneigentümern, war der Vertrag. Private Autonomie (Willensmacht = Recht im subjektiven Sinne!) wurzelte in der Mischung von Eigentum (=Rechtsmacht) als der maßgeblichen objektiven Freiheitsgewährleistung und praktischer Vernunft (Wille) als der maßgeblichen philosophischen Handlungsmaxime. Unpolitischer Markt und privater Vertrag bilden mithin die Zentren der Rechtsverhältnisse auf der Grundlage der für alle gleichen allgemeinen gesetzlichen Normen (als Rechtsquellen).

Ich kann Geltungsbedingungen und Verfall dieses Rechtssystems nicht in allen Einzelheiten schildern, erwähne aber die entscheidenden Veränderungsprozesse.

Die politisch-soziale Wirklichkeit schon des 19. Jahrhunderts hat die ideale Prämisse des gesamte Systems entlarvt, also die Kernthese, (Privat-)Recht sei auf herrschaftsfreien Marktwettbewerb gegründet und gewährleiste seinerseits chance- und bedingungsgleichen Wettbewerb. Diese Wirklichkeit hat zugleich die reale Systemprämisse (nämlich: rechtliche Gewährleistung der sozialen Positionsentfaltung kraft Eigentums) als Legitimation ausgenutzt, Monopole, Konzerne, Kartelle über "freie Verträge" zu schaffen, die den Marktwettbewerb zerstörten. So ließ sich und läß sich bis heute geradezu beliebig und wechselseitig Rechtsidee gegen Rechtswirklichkeit ausspielen.

Zwar wird in der jüngeren Vergangenheit durchschaut, daß Wettbewerbsfreiheit keine gegebene, sondern gerade politisch aufgegebenen Verwirklichungsprämisse für die klassische Rechtstheorie ist. Statt nun die korrekten - systemimmanenten! - Folgerungen zu ziehen, nämlich: daß erst "optimale" gesellschaftspolitische Ordnung (z.B. als Wettbewerbsordnung) Voraussetzung für soziale Freiheiten werden könnte, zeigt die herrschende Rechtstheorie vor allem in ihrer Praxis,

daß sie außer Lippenbekenntnissen (freiheitliche soziale Marktwirtschaft) nichts beiträgt, um soziale Anteilhabe- und Anteilnahmepositionem für alle Bürger rechtlich zu schaffen. Sie bleibt eben den realen Rechtssystembedingungen (= Rechtsmacht aus ökonomischen Positionen!) verhaftet, ohne für den idealen Geist (= herrschaftsfreie, waffengleiche Partnerbeziehungen aller Bürger!) etwas zu leisten. Klassisches, auf Individuen zugeschnittenes Formalrecht bleibt so erhalten; modernes, auf Gesellschaft hin orientiertes Funktions- (Inhalts-) Recht wird nicht geschaffen. Die herrschende Rechts- theorie fingiert in geradezu scholastischer Manier die Idee des tradierten Rechts, die nie - außer für eine kleine Klasse - Realität war (sein konnte/sollte), als Realität, so daß sie alle Widersprüche zwischen Idee und Realität wegdisputieren kann. Beispiel: In der Mitbestimmungsdiskussion wird dem "Eigentum" der entscheidende Vorrang vor "Arbeit" eingeräumt mit der Begründung, unsere Verfassungsrechtsordnung enthalte diese Entscheidung. Statt Mitbestimmung lassen sich beliebige andere Gebiete (Pressefreiheit, Fusionskontrolle, Marktmacht etc.) einsetzen. Diese Art von Scholastik, im Kern gewiß nicht leicht durchschaubar, arbeitet mit einer Art Münchhausen-Verfahren: eine wettbewerbspolitisch verfaßte Privatrechtsordnung, die als Wettbewerbsordnung oder Wirtschaftsordnung, gar als Wirtschaftsverfassungsrechtsordnung ausgegeben wird, konstituiere sich, wird gesagt, aus Privatautonomie und Rechtsgeschäftssystem (Vertrag); diese beiden Elemente entfalteteten sich, um die Nachteile des formalen Liberalismus zu vermeiden, von formaler zu materialer Freiheitlichkeit und Gleichheit durch die wettbewerbsrechtlich funktionalisierten privatrechtlichen Grundideen (Vertragsfreiheit, Gewerbefreiheit, Eigentumsfreiheit). Das ist ein vollendeter *circulus vitiosus*, eine politisch freischwebende Modellkonstruktion. Im Kern verwirklicht diese herrschende Rechtstheorie, was Recht bis heute stets noch zu leisten hatte: die Legitimation der Transformation von politischer, ökonomischer, sozialer Herrschaft in rechtliche Herrschaft.

II

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

- (1) "Politisch" ist die vorausgesetzte und durchgehaltene Trennung von "Staat" und "Gesellschaft" Verbürgung von Koexistenz

(Politik, Staat) in Frieden(Recht, Freiheit); der Staat ist Mittel zum Zwecke der Rechtsverwirklichung, als "Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit"; allgemeines, gleiches und bestimmtes Gesetz, Öffentlichkeit und private Autonomie bilden die Herztücke; alle Rechtskategorien im einzelnen (prototypisch: Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt) wurzeln darin.

- (2) "*Ökonomisch*" steuert Marktwettbewerb unsichtbar die Vernetzungen von Konsum und Produktion; rechtliches Herzstück ist der Vertrag.
- (3) "*Sozial*" ist die "bürgerliche" Position von einem "Haben" (als Verbürgung dauerhafter Identifikation) abhängig; "Eigentum" ist die rechtliche Zentralkategorie.
- (4) "*Wissenschaftlich*" gelten (von ihren Voraussetzungen abgekoppelte) Erklärungsprogramme über verallgemeinerungsfähige Gesetzmäßigkeiten als Inbegriff moderner und fortschrittsverbürgender Arbeitsweisen; "Positivismus" zielt auf Erschließung von Tatsächlichem, von Gegebenem, von Wirklichkeit, nicht auf metaphysische Deutung oder prophetisches Handeln.
- (5) "*Sozialpsychologisch*" (kulturanthropologisch) geben "justice" und "prudence", Grundkategorien ursprünglich der schottischen Moralphilosophie in 18. Jahrhundert, den Inbegriff von Bedingungen wieder, unter denen gesellschaftliche Identität zu "funktionieren" vermag: als freies Handeln unter (Rechts-) Rahmenregeln und als verantwortungsgebundene ("kluge", "schickliche", "gehörige", "angemessene") Ausnutzung der Freiheitsspielräume.

Im ganzen beherrscht so der Bürger als Wähler (Eigentümer) und als Konsument die Szenerie politischer Soziologie, sodaß parlamentarische Gesetzgebung, Marktwettbewerb, Vertrag, Kondurs die rechtlichen Verfahrenszentren bilden. Konsens und Normalität (Homogenität) sind dabei ebenso Prämissen wie Resultate des geregelten Soziallebens. Alle Formen von Gegnerschaft (Unfrieden) sind auf diesen Grundlagen reduzierbar auf geistige (öffentliche) Diskussion und geschäftliche (marktorientierte) Konkurrenz als Spielarten zulässiger Auseinandersetzungen. *Verfassungsrecht* stellt das Programm auf - je vorläufige - Dauer. Zum Grundlagenmodell gehört nur mittelbar, jedenfalls nicht als unmittelbarer Systemeckpfeiler: der Bürger als Produzent (Arbeiter, Unternehmer). Seine Position markiert dann im 19. Jahrhundert das "Arbeitsrecht" und das "Wirtschaftsrecht". Verfassungsrecht transformiert sich seither zur Sozialverfassung, die

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

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

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

Mit einer Einheit von Arbeits- und Wirtschaftsrecht lassen sich die Problemerkassen der bürgerlichen Gesellschaften in zwei Schlüsselfragen zusammenfassen: einerseits Frage nach freiheitlicher und fortschrittlicher Selbverwirklichung aller Bürger durch Leistung und Versorgung, andererseits Frage nach richtigen (optimalen) gesellschaftlichen Einrichtungen und Verhaltensweisen. Jede Trennung von Arbeits- und Wirtschaftsrecht fördert hingegen die - strategisch natürlich gut verständliche - wechselseitige politische Instrumentierung. Für die einen hätte sich dann - in der Sprache der Hauptbefürworter - Arbeitsrecht (als *vertragliche* Beziehung zwischen Rechtssubjekten) den übergreifenden Gesichtspunkten von Wirtschaftsrecht (als dem Zusammenhang von Bedarfsdeckung für alle) zu beugen; so bliebe freilich - in der Sprache der Hauptkritiker - der Produktionszusammenhang auf ewig vom Zirkulationszusammenhang getrennt, den er zugleich beherrscht. Für die anderen hätte sich - in der Sprache der Hauptbefürworter - Wirtschaftsrecht (als Unternehmerherrschaft) den übergreifenden Gesichtspunkten von

Arbeitsrecht (als dem möglichen Bereich erweiterter Selbstverwirklichung der übergroßen Bevölkerungsmehrheit) zu beugen; so würde freilich - in der Sprache der Hauptkritiker - die revolutionäre Sozialisierung der Gesellschaft verrechtlicht. Das Recht der bürgerlichen Gesellschaft hatte kein Interesse an der Produktionssphäre, weil ausschließlich Bedarf und Konsens jegliche Produktion steuern sollten. Die politische Ökonomie der antibürgerlichen sozialistischen Bewegung konzentrierte sich auf die Produktionssphäre, weil dort das Mehrwertproblem wurzelte und sich alle Veränderungshebel ansetzen ließen. Ob sich heute in solcher Alternative die Sozialverfassung (Einheit von Arbeits- und Wirtschaftsverfassung) als Rechtsproblem erschöpft, ob und was also zu tun ist, damit (alle) "Bürger" mündig, (alle) "Verbraucher" geschützt, (alle) "Arbeiter/Produzenten" belohnt werden, wird zum entscheidenden Problem.

Die hier nur angedeuteten Probleme und Lösungsangebote lassen sich zusammenfassen im Begriff einer *Wirtschaftsverfassung* als Einheit von Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialverfassung. In der Sicht der sozial-liberalen Bundesregierung ist solche Wirtschaftsverfassung das umgreifende Stichwort für eine dauerhaft orientierte pragmatische Systempolitik. Konturenstärker heben sich davon ab theoretische Meinungslager eines "sozialen Kapitalismus" einerseits, eines "demokratischen Sozialismus" andererseits. Jene beschwören Verheißungen einer Zukunft, welche von der schlechteren Gegenwart verdrängt werde, diese beschwören Verheißungen einer Zukunft, welche die schlechtere Gegenwart verdrängen werde. In sehr radikalen Vereinfachungen fordern jene, eine Wirtschaftsverfassung der sozialen und bürgerlichen Vernünftigkeit erst wieder herzustellen, und fordern diese, eine solche Wirtschaftsverfassung erstmals herzustellen. In einem Dreieck von praktizierter Politik und theoretischen Kritiken unversöhnlicher Meinungs- und Interessenlager hat sich inzwischen soviel wechselseitiger Pattsituationsdruck angesammelt, daß nahezu buchtäblich nichts mehr an größeren und planmäßigen Veränderungen geschehen kann, auch wenn (oder besser: gerade weil) alles an sich möglich (oder jedenfalls: vieles nötig) wäre. Kein Wunder, daß in solcher Lage Rechtsprogramme "aus einem Guß" nicht mehr möglich sind, daß weder "formale" (noch) "materiale" Programme (schon) die gesellschaftliche *Verhältnismäßigkeit* bestimmen können. Kein Wunder aber auch, daß kein Stichwort die rechtstheoretische Grundsatz- wie die rechtssystematische Entscheidungsarbeit so beherrscht wie das von der "Verhältnismäßigkeit".

Dieser Abstraktionsbegriff konkretisiert sich für den engeren Teilbereich "Wirtschaftsrecht" in einem Komplementärsystem von Markt- und Planungselementen, dessen Zentrum das Stabilitätsgesetz bildet, sowie in historischen Veränderungen der Konsumentensouveränität, deren Zentrum die Wettbewerbsgesetze (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb) bilden. Er konkretisiert sich für den engeren Teilbereich "Arbeitsrecht" in einem Komplementärsystem von Konfliktrecht (im Vordergrund: Tarifautonomie und Arbeitskampf) und Kooperationsrecht (im Vordergrund: Betriebsverfassung und Mitbestimmung). Die vom Stabilitätsgesetz ermöglichten Politiken betreffen den Rahmen und die Ausmaße staatlichen Handelns, dann insbesondere die Finanzverfassung und schließlich die beiden eingeführten Hauptssysteme von Maßnahmen. Wichtigste Folgenwirkung: die Entscheidungskompetenzen über Preise und über Investitionen rücken ins strategische Zentrum. Für beide war traditionell (und folgerichtig: Kontraktverfassung!) Marktwettbewerb als Lösung vorgesehen. Wichtigste Folgen-Folgen-wirkung: wenn und weil - bei sich wandelnder Konsumentensouveränität - Wettbewerb immer mehr zum Problem sozialer Sachwalterfunktionen von (in ihrer Funktion deshalb "politisch" zu interpretierenden) Unternehmern wird, die erfolgreiche Unternehmer-Systemleistung deshalb als Kriterium und Garant sozialer Marktwirtschaft gilt (Schlagwort: Wettbewerb als Entdeckungsverfahren!), hat folgerichtig schon eine politisch-ökonomische Preiskontrolle (und erst recht eine Investitionskontrolle) keine Chance. Folgerichtig sind dann ferner Lohnpreise zu bestimmen als - unter allgemeinem öffentlichen Druck und über kollektiv-arbeitsvertragliche Mechanismen (Tarifautonomie) verteilbare - Anteile an Produktivitätszuwächsen. Wenn und weil sich - umgekehrt - Gewerkschaften nicht an ihre Eingrenzung auf die Zirkulations- und Distributionssphäre halten, sprengen sie die gesellschaftlichen rechtsfundamentalen Halterungen (die Produktionssphäre ist nicht in die Rechtsverfassung einzubeziehen) folgenreich auf, ihr (Arbeits-) Kampf schwebt zwischen "Un-Recht" und "Neu-Recht". Drückt die bisherige Skizze angemessen die wichtigsten Entwicklungserscheinungen und Tendenzen (zunächst nur als Probleme) aus, so läßt sich auch leichter präzisieren, warum eine sog. "*Materialisierung*" von *Rechtsprogrammen* keine (oder zu geringe) Chance hat.

3) Selbstverständlich (und heute wohl auch streitfrei) ist jede "Formalisierung" von Rechtsprogrammen inhaltlich bestimmt. Unser

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

Ein prinzipieller Übergang von rechtlichen Gewährleistungen zu politischen Gewährungen sozialer Positionen, der die Rechtskategorie an ihrer Wurzel trifft, verstrickt "rechtlich" verfaßte Gesellschaften in folgenreiche Systemkrisen. Von den Rationalitätsmustern über die institutionell-organisierten Verfahrensweisen bis zur Ausbildung und Orientierung der Problemlösungseliten bleibt kein Stein auf dem anderen. Hier liegen die Gründe dafür, dass in jüngster Zeit Rechtsprogramme - jenseits von "Formalisierungen" wie "Materialisierungen" - immer mehr umgestellt werden auf "*Prozeduralisierungen*", genauer: sie zielen nicht auf soziale Gewährleistungen (als "Freiheits-Recht"), nicht auf Gewährungen (als "politische Verwaltung"), sondern auf Bedingungen der Möglichkeit (und dann Organisation, Verfahren, Personal für Verwirklichungen) solcher Gewährleistungen *und* Gewährungen (als "reflexive", lernende Sozialsysteme). Folgerungen für Inhaltsprogramme, Organisationsformen, professionelle Sozialisierungen sind dabei einstweilen weniger sichtbar als die Sozialbereiche, in denen sich die Probleme konkretisieren. In Form einer kursorischen Vorabeinschätzung: Im Privatrecht (genauer: im Arbeits- und Wirtschaftsrecht) haben kritische Erfahrungen mit Rechts-Materialisierungen inzwischen dazu geführt, daß sog. Vollzugs-Defizite bei Zweckprogrammen, die systematisch zu verstärkten Formen politischer Verwaltung führen, vorläufig in den weniger radikalen Programmalternativen von (so die minoritäre Tendenz) Verbandsklagesystemen und (so die majoritäre Tendenz) Schutzgesetzesanktionen ("§ 823 III BGB"!) ihr Heil finden. Im öffentlichen Recht sind neuartige Formen politischer Verwaltung (im Dreieck von Formalisierungen, Materialisierungen, Prozeduralisierungen) gesellschafts-

fähig. Hier ist mit dem Element "Planung" die Veränderung der sachlichen, zeitlichen und sozialen Dimension der Rechtskategorie längst im Gange. Gesetzesinhalte entpuppen sich dabei als Folge (nicht als Prämisse) von Problemwältigungen. "Recht" entfaltet sich in der Verwirklichungsarbeit in Form von Verfahrensregelungen, Kompetenzzuweisungen, Organisationsmustern. Aus einem (durchweg widersprüchlichen) Verhältnis von Rechtsformen, die in Plänen vorgesehen und in Köpfen und Händen von Juristen ausgebildet sind, zu Verhaltensweisen, die (erst) eingerichtet und ausgeübt werden müßten, wenn "Implementationen" von Zweckprogrammen nicht als Vollzugsdefizite auf der Strecke bleiben sollen, scheinen sich gegenwärtig Anforderungen und Ansätze gewinnen zu lassen, mit der "Modernität" von Problemen wie mit der "Neuartigkeit" von Problemlösungen zugleich (und besser als bisher) fertig zu werden.

III

1) Die Ausmaße des Problems und einige Anforderungen an entsprechende Lösungsanstrengungen lassen sich gewinnen in Form eines knappen Überblicks.

Will man die zentralen *Systemprobleme westlicher Gesellschaften* knapp zusammenfassen, so liegt es nahe, die analytischen Schlüsselkategorien der einflußreichen sozialwissenschaftlichen Forschungsfelder heranzuziehen. Man stößt dann im Bereich politischer Soziologie auf den "Staat", im Bereich politischer Ökonomie auf "Krisen und Stabilisierungen", im Bereich politischer Anthropologie auf "Erfahrungen, Bewußtsein, Verhalten". Daraus lassen sich stichwortartige Problemskizzen zu den wichtigsten und schwierigsten Bereichen gewinnen.

(1) Für den strukturellen Zusammenhang von "Wirtschaft", "Politik" und "Gesellschaft" trifft der Topos "*Fiskalkrise des Staates*" präzise den Problemstoff. Traditionelle Krisenerscheinungen kapitalistischer Gesellschaften (Massenarbeitslosigkeit und Produktionskapazitätsüberhänge bei fallenden Preisen) gelten heute als prinzipiell überwindbar. Die Gegensteuerungen in Richtung auf tendenzielle Vollbeschäftigung und begrenzbare Inflation stützen sich vor allem auf Instrumentarien wie Nachfrageadministration und Loyalitätsbewußtseinspolitik. Dem "Staat" fallen Hauptaufgaben zu, die im

traditionellen Muster bürgerlicher Gesellschaft nicht vorgesehen sind; man faßt sie heute kurz zusammen als einerseits Herstellung und Erhaltung des gesellschaftlichen Wandels selbst, andererseits Herstellung und Erhaltung von gesellschaftlichen Legitimationen. Folgelasten dieser Art von System-Steuerungen machen sich insbesondere in sozialen Verteilungskämpfen bemerkbar. Tendenzielle Vollbeschäftigung, die bei arbeitnehnergünstiger Arbeitsmarktsituation und Verteilungschance Lohnsteigerungen ermöglicht, trifft auf tendenzielle inflatorische Preispolitik, verminderte Gewinn- und Investitionsraten, drohende Arbeitslosigkeit. Nicht die Einzelheiten und Einschätzungen sind hier zu behandeln, sondern die Problemsituation. Das Dilemma des Systemelements "Staat" tritt deutlich zu Tage: Bleibt er hinter den vereinigten Anforderungen aus Wirtschaft und Gesellschaft zurück, gerät er - d.h.: die repräsentativen politisch-administrativen Führungsmannschaften - genauso in Strudel und außer Kontrolle, wie wenn er - z.B. auf dem Wege von Reformen allerorten - jene Bereiche überfordert. Deutlich ist auch das Dilemma des Systemsteils "Arbeit": bei Abschwüngen Zurückhaltung zu üben, um mögliche Aufschwünge nicht zu gefährden, bei Aufschwüngen Zurückhaltung zu üben, um mögliche Abschwünge zu verhindern, heißt, daß z.B. Gewerkschaften bei strukturell angelegten Großreformplänen und auf Massenbewegung zielender Politik in Konflikt mit "Staat" und durchweg auch mit "öffentlicher Meinung" geraten, bei lediglich an Produktivitätszuwächsen orientierter Lohnpolitik in Konflikt mit ihren Mitgliederbasen und mit Systemherausforderern. Inzwischen weiß auch alle Welt, daß die lange Zeit praktizierte Übung, "ein bißchen" Inflation und "ganz wenig" Arbeitslosigkeit zu mischen, nicht (mehr) funktioniert. Von "normalen" Lohnsteigerungen, die durch - zum Zwecke von Konjunktur- und Stabilitäts-erhaltung vor allem von Notenbanken gesteuerte - Geldvolumensteigerungen aufgezehrt werden und mittelbar zu einseitigen Verteilungskampfkorraturen zugunsten des Systemteils "Kapital" (Unternehmer) führen, die sich ihrerseits auf Investitionsforderungen und Arbeitsplatzsicherungen berufen, sind Gewerkschaften seit etwa 1971/72 zu Lohnsteigerungen unter Einbau kalkulierter Inflationsraten übergegangen. Hauptfolge heute: Zentralbanken produzieren durch ihre Steuerung entweder "galoppierende" Inflation oder Arbeitslosigkeit; Gewerkschaften, die falsche Erwartungen in Zentralbankpolitik setzen - als Hoffnung z.B., daß sich hohe Reallohnsteigerungen auf Preise überwälzen lassen - , sehen sich dann Mitgliedern konfrontiert, die zu einem Teil unverhältnismäßige

hohe Zuwächse, zum anderen Teil vermeidbare Entlassungen erhalten. Als Steuerungsinstrumentarium bilden sich - auch hier! - immer mehr unverbindlich-verbindliche *Verhaltens-Verträge* - z.B. zwischen Bundesbank, "Staat", Gewerkschaften, Kartellämtern, Industrie und Handel aus, weniger nach Art konzertierter "Aktionen", planender "Räte", gesprächiger "Runden" als nach Art lautloser wechselseitiger Erwartungs- und Verhaltens-Notifikation. Es ergibt sich so eine Gesamtsituation, die nicht mehr, wie in klassischen Krisenzeiten, durch starke zyklische Ups und Downs, durch hohe Berge und tiefe Täler gekennzeichnet ist, als vielmehr durch auf Dauer gestellte Verschlingungen von Währungsstabilitäts- und Beschäftigungskrisen, die parallel "geschaltet" werden und somit je in milderer Erscheinungsform das Auf und Ab signalisieren; katastrophale Tiefs und mitreißende Hochs werden gleichsam ihrerseits entmarktet, schöpferische Selbstzerstörungsfunktionen auf freien Märkten durch Vermachtung im Wege von Nichtangriffspakten der stärksten Hauptrollenträger abgelöst. Unvermeidliche Inflation, aus Gründen insbesondere des wachsenden Staatsanteils an Geldbewegungen, im Verbund mit nicht (wieder) erreichbarer Vollbeschäftigung, aus Gründen einer "Funktionalisierung" von "Arbeit" auf "Wirtschaft", ergibt *Stagflation*, eine Ausdruckform politisch-ökonomischer Krisendauerhaftigkeit, die davon lebt, daß eben jene politisch-ökonomisch konzertierenden Kräfte sie herbeiführen, die andere, schärfere, traditionelle, zyklische Krisen verhindern. In Deutschland wird dieser Alternative von Krisenproblemvereitelung deutlich der Vorzug gegeben - eine Art *Sozialkontraktsystem*, das weder traditionelles *Vertragsrecht* noch modernes *Organisationsrecht* ist, aber als *heimliche Wirtschaftsverfassung* funktioniert. Im Problemzentrum stehen *Entscheidungsprozesse* vor allem über "*Preise*" (für Arbeit und Güter). Die Strukturierungsbedingungen und die Funktionsmechanismen dieser Entscheidungsprozesse lassen sich als *Wirtschaftsverfassung in being* begreifen. In Deutschland sind - z.Zt. jedenfalls - fundamental andere Krisenverarbeitungsverfahren nicht aktuell, z.B. planmäßige Rezessionen ("englische Krankheit"), staatliche Preis- und Lohnkontrollenpolitik, umfassende Re-Privatisierungen (i.S.von Ent-"staatlichung" als Rückkehr zu klassischer Privatwirtschaft), Verschärfungskampf um Fiskalkrisen des Staates (i.S.von politischer Vergesellschaftungsstrategie mit Hilfe von Konflikten zwischen "Arbeit" in Staat und Monopolen als Volksfront gegen Staat und Monopole).

(2) Für den funktionalen Zusammenhang von System-Steuerungen trifft der Topos "*Planung*" den Problemstoff. Ursprünglich Anathema, längere Zeit auch noch strategisches Tabu, gilt Planung - wie umstritten in den Feinsteuerungen auch immer - heute als die wohl fortgeschrittenste Problemlösungsstrategie, Planung dabei verstanden nicht im sozialistischen, sondern im "organisiert-kapitalistischen" Systemsinne als "Entscheidung über Entscheidungsprämissen", als Strategie gegen Fehlen von Konsens- und Zeitressourcen vor allem. Frühere Planungswellen lasen sich aus heutiger Sicht gegeneinander abgrenzen: auf anarchische Phasen reinen Verteilungswettbewerbs (Kampf um Kuchenanteile!) folgte administrative Systempolitik, die wegen ausfallender Konjunktursteuerung scheiterte, dann die gegenwärtige Tendenz zu "Vergesellschaftungen" von Planungsprozessen (Hauptprobleme: Schwierigkeiten, klare Zielsetzungen als Steuerungsorientierung zu gewinnen (= "Produktion" von Konsens!); Konfliktpotentiale und Widerstandsbewegungen gegen Veränderungen in "Bükratien" und "Interessengruppen" (= "Produktion" von Mitarbeit!); Ausfall von Finanzmitteln, Planungstechniken, Instrumentarien (= "Produktion" von Ressourcen!)). Die zertrümmerte Planungseuphorie hat inzwischen Einsichten freigelegt, daß fehlende politische Subjektivität und inhaltliche Qualität von Gesellschaftsprozessen, von denen her und auf die hin erst zu planen wäre, nicht inhrerseits zu "planen" sind. Nahezu alle Planungszeit und Planungsenergien werden in Versuchen verzehrt, nicht Neuerungen gegen Widerstände durchzusetzen, sondern solche Widerstände zu "klären", d.h. zu erklären, warum fast alles nicht geht, und aufzuklären, daß nichts zu ändern Verschlechterung bedeute. Kein Wunder, daß sich die neuere und neueste Planungsforschung auf sog. *Selbstparalysen* politisch-administrativer Planungsprozesse konzentriert. Hier geht es darum, daß weniger ein *Planungszielpersonal* fehlt, als daß gesamte *Planungsstrategiepotential* auf Eis oder Sand läßt: Durchsetzungsaktivitäten werden so blockiert, daß entweder zu radikale Änderungen und Infragestellungen jeweiliger status-quo-Verhältnisse deutlich werden oder eingeführte "Spielregelsysteme" durchbrochen werden (müßten); in beiden Alternativen "scheitert" die Planung, die Reform, der Ansatz geradezu "wie von selbst; als Alternative scheint nur zu bleiben, entweder die Gegensätze zwischen Ziel- und Strategiepotentialen aufbrechen zu lassen, zu verschärfen - in der Regel ein Kampf von David gegen Goliath - oder aber die Reformenergien in selbsttröstlich-resignativen Anpassungsprozessen verschleiß zu sehen.

(3) Für die Ausbildungs- und Beschäftigungsbereiche treffen wohl die Topoi "Qualifikationsprozesse" und "Recht auf Arbeit" den Problemstoff.

Neuere Untersuchungen zur Bildungssystemkrise haben die bisherigen Vermutungen, Hoffnungen und Befürchtungen zum Verhältnis von Ausbildungs- und Beschäftigungssystemen erschüttert. Ihre Ergebnisse: Liberale wie sozialistische Bildungsstrategien seien bisher gleichermaßen bestimmt gewesen von nicht länger haltbaren Grundannahmen über säkular steigenden Qualifikationsbedarf und Befriedigung solchen Bedarfs vor allem mit Hilfe von Ausbildungs- und Bildungssystemen. Bildungspolitik schaffe deshalb geradezu erst die Bedingungen von Konflikten, die auszuräumen sie jeweils angetreten sei. Im Schlagwort "Recht auf Arbeit" wird die Ratlosigkeit einer Gesellschaft auf den Begriff gebracht, die nach ihrem langwierigen take off im 18. und 19. Jahrhundert und nach Rekonstruktionsperioden im Anschluß an zwei Weltkriege mit ihrem sozialen Entwicklungs-Latein am Ende ist. Einige Visionen wird man schon nicht mehr los: Humanisierung der Arbeitswelt mit dem Ergebnis einer Arbeitswelt schließlich ohne Menschen? Die Differenz von Entlasteten und Entlassenen ist nicht nur sprachlich klein. Der "Chip" (als Symbol für intelligente Elektronik) in Fortsetzung der Maschinen (als Symbol für dienende Mechanik)? Niemand möchte gern wahrhaben, daß z.B. Arbeit, die überhaupt nicht (mehr) ausreichend vorhanden sein kann, auch nicht gerecht zu verteilen ist, daß z.B. sog. gespaltene Arbeitsmärkte - ähnlich wie die Kapazitätsproblematik für Güter - die Löhne entmarktet, weil die einen aus angebbaren Gründen dauernd, zum Teil überbeschäftigt sind, für die anderen aber keine Arbeit auf Dauer zu finden ist, daß z.B. Lohnniveaus aus den tradierten Kausalitäten für Beschäftigungsniveaus herausfallen. Die (vielleicht: alle) alten Zusammenhänge von Güter- und Arbeitsmärkten, Beschäftigung und Lohnstrategien lösen sich hier auf. Gewerkschaften haben es in solcher Lage schwer: Recht auf Arbeit mag eine politisch-moralische Metapher sein; dann befindet man sich entweder im Naturrecht des 18. Jahrhunderts oder bei rhetorischen Kampfformeln, sicherlich nicht im geltenden Recht und auch nicht in differenzierten Analysen. Das dadurch anfallende Dilemma z.B. politischer Parteien (genauer: Parteien vom Typ der integrierenden Volksparteien) läßt sich ebenfalls zwar gut beschreiben, aber schlecht beheben: sie alle können keine positiven Ziele mehr setzen und verfolgen, es sei denn um den Preis ihrer Selbst-

zerstörung; sie alle sind aber auf nichts so sehr angewiesen wie auf zündende Zukunftsvisionen, mitreißende Verheißungen, engagierende Aufbruchstimmungen. Sie alle leben in ihren Inhalten eben ausschließlich von ihrer Praxis als Macht-Statthalter und gerade deshalb ständig in Legitimations- und Bewährungsschwierigkeiten.

(4) Für den Sozialisationsbereich trifft wohl der Topos "Bewußtseins- und Orientierungskrisen" den Problemstoff. Untersuchungen vor allem über Konflikts- und Rückzugspotentiale haben gezeigt, wie sich Überforderungen, die sich dann in blindem Aktionismus oder leidender Frustration äußern, und Verweigerungen, die sich meist als Anpassungen auflösen, über- proportional häufig in Reaktion auf die Gewinnung von sozialer Identität, von Auseinandersetzungsbefähigung, von Ich-Stabilisierung ihrerseits bilden. Die Zumutungen und Ansprüche sozialer Änderungsprozesse scheinen also zu bewirken, daß jene "Potentiale", deren solche Wandlungsprozesse am stärksten bedürfen, am wenigsten, und jene Potentialen, die sie sich am wenigsten erlauben könnten, am stärksten von ihnen gleichsam miterzeugt werden.

C

Die Anstrengungen jurisprudentieller Theorie

I

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

nicht schlicht *einem* theoretischen Lager anschlieÙe. Immerhin ist damit die Chance einer praktisch-politisch-philosophischen, reflexiven Re-Orientierung der Rechtskategorie verbunden (Topos: "Rehabilitierung der praktischen Philosophie"!): Recht als praktische Philosophie (Politik) hat zwar nicht (mehr) den klassischen Endzweck praktischer Verständigkeit (Eudämonie) zur Verfügung. Ihn hatten in der Neuzeit abgelöst: Methodologie (Descartes), Rechtsformen als Verbürgung von Sicherheit (Hobbes), politische Klugheit von Führungseliten (Vico), Freiheitsgesetze (Kant). Nach Krisen in jenen Paradigmen haben wir es im Recht heute zu tun mit Anforderungen an Verallgemeinerungsfähigkeiten eines "Systems" von Prinzipien, Normen, Richtlinien, Plänen, Programme, Werten und Bedürfnissen, Interessen. Eine praktische Theorie des Rechts in einem derartigen System-Sinne ist freilich auf hohe Reflexivität (Selbstreflexion) angewiesen. Diese hat selbstverständlich ihre Bedingungen und Preise.

II

1) Seit dem 19. Jahrhundert vollzieht sich eine Wende zur gesellschaftlichen Praxis. Diese verdankt sich ihrerseits folgenreichen Einsichten darüber, daß eine (genauer: jede) Suche nach philosophischen Letztbegründungsmöglichkeiten als erkennbaren und praktizierbaren Gesellschaftstheorien - in der Linie klassischer Spekulationen auf Gesamtorientierungen aus einem Guß und für alle verbindlich - notwendig und auch dauerhaft hoffnungslos, zumindest praktisch erfolglos bleiben müsse. An die Stelle jener deshalb aufgegebenen Suche hätten, so die allgemeine Tendenz seither, historisch belehrbare, d.h. praktisch folgenreiche (erfolgreiche!) Gesellschaftstheorien als lernende und sich stets aufs Neue bewährende Sozialsysteme zu treten. Als Wende von idealen Vernunftsystemen zu lernenden Sozialsystemen, als Wende von Kausalität zu Funktionalität, als Wende von Theorie zu Praxis, als Wende von traditionellen transzendentalen Subjekten (Gott, absoluter Geist, wahre Natur des Menschen usw.) oder revolutionärem Klassen (feudale, bürgerliche, proletarische, Revolution usw.) zu theoretischen Sozialwissenschaften mit unmittelbar praktischen Verwendungsvoraussetzungen und Verwendungsauswirkungen verbindet sich mit der vermeintlichen Vollendung "rationaler", d.h. planmäßig diesseitiger, endlicher, geschichtlicher, "wirklicher" und "positiver" Gesellschaftlichkeit (Gesellschaft jetzt nicht mehr als "Natur", sondern als sozialer Prozeß

in Handlungs-(System-)Zusammenhängen begriffen) zugleich der soziale Prozeß krisenhafter Bezugsorientierungen von "Theorie" und "Geschichte" als Verhältnisbestimmung von Philosophie, Wissenschaft, Methodenlehren, Moral, Praxis) und realen Systemzusammenhängen von sozialer Stabilität und sozialem Wandel.

2) Weil das Kennzeichen "moderner" (d.h. bürgerlicher, emanzipativer, säkularer, pluralistischer) Gesellschaften ihre stabile Dauerveränderung ist, läßt sich heute eine Situation beschreiben, in der alle Anstrengungen (rechts wie links) auf die strategische Besetzung der längerfristigen Problem-Bestimmungen gerichtet werden, sodaß sich Kapazitäten, Instrumentarien und Verfahren zur Problemverarbeitung plausibel und erfolgreich einrichten und entsprechend auch in "Verfassung" und in "Recht" übersetzen lassen. In traditioneller politischer Sprechweise handelt es sich darum, ob und wie ein "Kampf" zwischen normativen Strukturen (d.h. historisch-konkret: einer bürgerlichen Gesellschaft als "revolutionärer" Bewegung hin zur vollen Einlösung ihrer Programmversprechen) und realen Funktionen (d.h. historischkonkret: einer bürgerlichen Gesellschaft als eingerichteter und ausgeübter organisiert-spätkapitalistischer Industriegesellschaft) denkbar und verwirklichtbar ist. "Denkbar" und "verwirklichtbar" in kategorialer Sprechweise: "Logik" und "Historie" als (Begriffs-)Einheit sozialer Bewegung, die sich, vermittelt durch Bewußtsein, tendenziell durchsetzt (diese Formel als Kürsel für "historische Gesetze"). Ihre Möglichkeit und damit die Möglichkeit eines *gesellschaftlich-geschichtlichen Entwicklungsrecht* wird vor allem von der Komplexität historischen Problemdrucks und vom Ausmaß entstehender Systemkrisen beherrscht. Der Problemdruck ist schon skizziert worden. Ob der Druck von Problemen und die Schwierigkeiten, mit ihnen fertig zu werden, zu Systemkrisen führen, hängt von sozialen Krisentheorien und entsprechender Praxis ab. Davon interessiert heute mit Vorrang, ob sie eher noch politisch-ökonomisch z.B. am Stand von Produktivkräften und Produktionsverhältnissen zu orientieren oder aber eher als gesellschaftliche Legitimationskrisen zu fassen sind, oder ob sich für eine zeitgemäße Theorie eine Kombination oder Überholung dieser Ansätze aufdrängt. Denn in Kritik und Krise befinden sich heute bürgerlich wie auch (antibürgerliche) sozialistische Gesellschaftsprogramme. Der "Vorteil" der bürgerlichen Gesellschaftstheorie (freilich zugleich ein stark krisenanfälliges Element) war ihre ausschließliche und prinzipiell grenzenlose Wachstumsorientierung (ihre "offene Zukunft"!) auf

der Grundlage eines gegen Feudalschranken freigesetzten Beginns; hierin liegt heute ihre Legitimationschance als Daueranpassung der "offenen Gesellschaft", die sich als ständige Realisation einer und derselben inhaltlichen Grund-Stiftungsidee entpuppt, nämlich: einer freiheitlichen Marktgesellschaft, die kein festes Ziel kennen kann, deshalb keines festen Planes bedarf, dafür aber fester Spielregeln für die je zeitgenössische Verwirklichung ihrer eingestifteten (programmierten) Grundentscheidung. Demgegenüber liegt *der* "Vorteil" der sozialistischen Gesellschaftstheorie (freilich zugleich ein stark kritik anfälliges Element) in der demonstrativen Kraft von Gegenwarts kritik ("falsche Entwicklung"!) auf der Grundlage eines verborgenen, aber zu entdeckenden Planes von/in "Natur" und "Geschichte"; ihre Legitimationschancen liegen deshalb in dem -analytisch wie strategisch einheitlich auf gegenwärtige Zustände anzusetzenden - Nachweis (und zwar in Wort und Tat zugleich!), diese Zustände seien unmöglich, unerträglich, ungerecht. Bürgerliche Theorie hat es gleichsam leicht in Hinsicht auf die "offene" Zukunft, schwer dagegen in Hinsicht auf die jeweiligen Gegenwartsdefizite. Umgekehrt hat es sozialistische Theorie gleichsam leicht in Hinsicht auf die von ihr zu behauptende "geschlossene" Gegenwart, schwer dagegen in Hinsicht auf die befürchteten Zukunftsdefizite. Als Kritik zielen sozialistische Programme deshalb zunächst auf die richtige und vernünftige, aber "ganz andere" Einrichtung der Gesellschaft, welche erst im Maße ihrer Verwirklichung dann wieder legitimationsfähig werden kann. Genau an der Zuversicht hinsichtlich solcher Einrichtbarkeit scheiden sich heute aber die Geister, nicht etwa an irgendwelchen Details, die man als Theoriedefizite oder Praxisschwächen aufbauschen oder aber auch abschwächen kann. Es gibt keine Theorie, die damit nicht allemal und leicht fertig werden könnte. Gerade deshalb wird zum Prüfstein in solcher Lage eine *soziale Krisentheorie*. Freilich ist hier mit den klassischen Alternativen wenig auszurichten, wie Erfahrungen in "West" und "Ost" lehren. Denn die von bürgerlichen wie sozialistischen Programmen beanspruchte "Offenheit der Zukunft" ist längst zum Grundproblem geworden. Topoi wie "Gegenwart als zukünftige Vergangenheit", "Gegenwart als vergangene Zukunft" erschließen die Zukunft als ein Land und eine Zeit begrenzter Unmöglichkeiten. Zwischen Notwendigkeiten und Möglichkeiten florieren dann aber Programme, die (alle?) "öffentliche" und "private" Zonen durch (praktisch erfolgreiche und darin) vorbildliche "Funktions"-Herrschaft besetzen, ohne Orientierungen, jedenfalls ohne Normierungen, die etwa von

allen und allgemein bestimmt würden. Hier siedeln (schon erwähnte) Umorientierungen im Recht, weil bei partiell "geschlossener Zukunft" weder Freiheits-Recht noch Politik-Verwaltung "funktionieren" können; vielmehr entfalten sich Vermeidungsstrategien (von System-Imperativen bestimmt), Möglichkeits-Ausschlüsse (von Einsichten in Strukturzwänge erzwungen), Unterlassungsphilosophien als neue "Freiheit".

3) In einer *verfassungspolitischen Fragestellung*, die sich auf solche Kritik- und Krisenentwicklungen einläßt, lassen sich die heutigen Erscheinungsformen von sozialen Spannungen, die möglicherweise bis an die Grenzen von Religions- und Bürgerkriegen gehen, zwar gut rekonstruieren, aber nur sehr schwer überwinden.

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

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

4) *Karl Marx* war noch zuversichtlich in den eudämonistischen Endhoffnungen auf dauerhafte Befriedigung aller Menschen zugleich, auf Versöhnung von (erreichter)Kultur und (zu erreichender) Interessenidentität; deshalb hielt er die politischökonomischen Grundfragen für wissenschaftlich (und das heißt: unter Zustimmungszwängen) entscheidbar. *Max Weber* glaubte an dauerhaft unversöhnliche Interessen von Menschen, mithin an keine Versöhnbarkeit von Kultur (Ideen) und Bedürfnissen; deshalb setzte er (sehr begrenzte) Hoffnungen auf die Verbindungen verantwortungsbewußter staatlicher und wirtschaftlicher Bürokratien. Seither arbeiten sich die sozialtheoretischen Programme an einer kritisch-konstruktiven Verbindung oder Überwindung von Marx ab. Programme sog. “Kritischer Theorien” hielten dabei bislang Interessenharmonien *und* Kultur (“unter gegebenen Umständen”) für nicht erreichbar und deshalb umstürzende Veränderungen für historisch legitimiert und praktisch-politisch erkämpfenswert. Sog. “Kritisch-rationale” Programme hielten dabei bislang derartige Ziele für nie und nirgendwo erreichbar, weil zuminsdest alle grundlegenden Veränderungen zu unübersehbaren und deshalb unverantwortbaren Folgen führten,

sodaß sich nur Strategien mittlerer Reichweite aus bisherigen Erfahrungen rechtfertigen ließen. Programme sog. "Systemtheorien" hielten dabei bislang die von den anderen Programmen behandelten Fragestellungen für "alteuropäisch" belastet und unmodern, sodaß sie vorrangig auf Entwicklung radikalerer, abstrakterer, indirekterer Fragestellungen (und erst nachrangig auf Institutionalisierungen und Organisationsformen) zielten. Es scheint nun, daß sich solche Alternativen von Sozialtheorien und Wissenschaftsmethodologien, von Handlungsphilosophien und Systemsoziologien inzwischen in langen Grabenkriegen erschöpft haben und daß Friedensschlüsse im Wege von komplexeren, längerfristigen und grundsätzlicheren (mithin: reflexiveren) Umorientierungen angebahnt werden.

Die jurisprudentielle Theoriearbeit hat an diesen Entwicklungen kaum oder nur mittelbar Anteil genommen. Gleichwohl: Fragt man nach den Bedingungen einer möglichen Rechtswissenschaft, die sich bemüht um "positives Recht" - und das ist unser säkulares Juristenschicksal auf unabsehbare Zeit - als zugleich "richtiges Recht" - und das ist unsere dauerhafte Suche nach der Gerechtigkeit selbst, je für eine Zeit in Gedanken erfaßt -, dann muß man Maßstäbe riskieren, an denen unsere methoden-theoretischen Anstrengungen gemessen werden können. Ich selbst finde sie in der *Selbstreflexion von Rechtswissenschaft* in einem Rahmen von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftssoziologie, Wissenschaftsgeschichte. Dieses Referenzdreieck bezieht aufeinander: die gesellschaftstheoretische Frage nach sozialem Handeln unter Berücksichtigung der Subjekt- wie Objekt-position wissenschaftlich Handelnder, die alle zugleich ihre Geschichte haben, die wissenschaftstheoretische Frage nach Voraussetzungen und Auswirkungen solcher - von Geschichte wie von Gesellschaft mitbestimmten- Arbeit und die geschichtstheoretische Frage nach dem möglichen Sinn, den möglichen Zielen, dem möglichen Fortschritt von sozialem und wissenschaftlichem Handeln. Etwas genauer läßt sich dieser Rahmen durch Hinweis auf die wichtigsten Bestandteile angeben. Bestimmte Elemente, Aufgaben und Kennzeichen arbeits- teilig betroffener Einzelwissenschaften stehen im Vordergrund: einmal ein soziales und wissenschaftliches Modell, an dem sich eine Tradition wissenschaftlicher Forschung orientiert, von den akzeptierten Frage- und Untersuchungszusammenhängen und Interpretationsprinzipien über die Lebensformwelten der betroffenen Professionen bis hin zur regulativen Praxis selbst, dann ein Standard von Fertigkeiten und Arbeitsrezepten als know-how im Alltag,

schließlich die soziale Leistungseffizienz, das Ansehen der Betroffenen, ihr Anteil an der Verarbeitung anfallender Probleme: kurzum: das Bewußtsein, das Orientierungsverhalten und das methodologische Instrumentarium kennzeichnen ein wissenschaftliches Arbeitsgebiet. Seit einer stattlichen Reihe von Jahren hat für diesen Zusammenhang ein Wort Karriere gemacht: *Paradigma*.

5) Im Anschluss an den Wortschöpfer, *Thomas Kuhn*, lassen sich mit "Paradigma" eine Reihe von Einsichten umschreiben.

Verbindliche Kriterien je für die Wahl und Sichtung von Problemen, von denen vermutet wird (kraft und während der Paradigma-Geltung!), daß es für sie Lösungen gibt. Was sich so nicht erfassen läßt, ist dann kein Problem oder klammert Lösungen als nicht sinnvoll aus oder stürzt das Paradigma in Krisen. Mithin ist keine theoretische Argumentation stark genug, eine paradigmatisch geregelte Argumentation zu entkräften, deren Paradigma sie nicht teilt. Wissenschaftliche Überzeugungsprozesse sind mit gesellschaftlichen Interessenverteilungen vorab verbunden. Änderungen eines geltenden Paradigmas wurzeln in Krisen des vom Paradigma vermittelten Zusammenhangs sozialer Interessen und methodologisch-theoretischer Einschätzungen. Aber noch auf die Einschätzung einer Krise hat das "herrschende" Paradigma den größeren Einfluß als das seiner Kritiker. Normale, paradigmatisch geregelte, mithin "praktisch" erfolgreiche, effiziente Problemverarbeitung ist angewiesen auf "funktionierende" Wissenschaftlergemeinschaften, nicht zuletzt also auf die Notwendigkeit (und die entsprechende Einsicht in solche Notwendigkeit) verbindlicher Standards, Fertigkeiten, Reaktionen. So wird z.B. verständlich, warum "man" auf "abweichende" Auffassungen nicht ernsthaft einzugehen braucht und sie hilfswiese, wenn es doch geschieht, in der Kraft des eigenen Paradigmas umzingelt, widerlegt, sich mit ihnen also buchstäblich auseinandersetzt. So wird erst recht verständlich, warum auch in "Krisen" die "Kritik" dem Kritisierten mehr nutzt als dem Kritiker, es sei denn, die Krise zwingt wirklich zu einer Umkehr der Denkungsart. "Paradigma" ist mithin das eine jeweilige Forschergemeinschaft beherrschende Grundmuster ihrer Theoriekonzepte, Arbeitsweisen, Wertorientierungen, Dogmatikkategorien, Problemeinschätzungen, praktischen Entscheidungsorientierungen, durch welches wissenschaftliches Arbeiten zugleich ermöglicht wie begrenzt wird. Die grundlegenden Überzeugungsmuster, die zu einem Paradigma gehören, sind dabei unen-

trinnbar eingebettet in gesellschaftliche Verhältnisse, soziale (Welt-) Anschauungen, rivalisierende Parteinahmen. Ein Zirkel ist dabei, dies ist eine Trivialität, unvermeidlich und avanciert zum Hauptproblem: Gesellschaftliche Verhältnisse, über die wir etwas wissen und in denen wir etwas tun wollen, entstehen und vergehen nicht ohne unser Wissen und Tun, so wie wir nicht frei von ihnen etwas wissen und tun können. Hier sitzt die Einheit von "Theorie" und "Praxis" einer Gesellschaft (mit ihrer Geschichte und ihrer Wissenschaft und ihrer Kunst): Wissenschaftspraxis "regelt" (durch institutionell-organisierte Prozesse) ihre Rationalitätatheorie nicht weniger als diese Theorie jene Praxis durch Methodologie "regelt".

III

1) Zur Tradition unserer Rechtskultur gehört - als ihr Paradigma - die Vorstellung, es sei das Recht, das durch seine Normen soziale Werte (Interessen, Präferenzen, Parteinahmen) binde. Die - von mir geteilte - Gegenposition besteht darauf, daß noch die höchsten (z.B. Verfassungs-) Normen ihrerseits durch soziale Wertpräferenzen bestimmt seien. Etwas genauer, weil befreit von dieser - so schroff formuliert - falschen Alternative: Die herrschende Position ist verwiesen an ein Verständnis von Rechts-Ordnung als (ziel)-freiem Handeln von Menschen unter Regeln (Verfahren); ihre juristische Kernkategorie ist der *Vertrag*, ihre politisch-ökonomische Sphäre die "Zirkulation"; als Voraussetzung hat sie nötig den sozialen Konsens über ihre nicht anzutastenden Grundlagen, die sie zumindest als second-best-Einrichtung und Ausübung von Leben in Gesellschaft begreifen muß. Die Gegenposition ist verwiesen an ein Verständnis von Rechts-Ordnung als gebundenem Handeln von Menschen unter Ziel-Mittel-und/oder Regel-Ausnahme-Vorgaben (Plänen, Programmen) der "Gesellschaft" selbst; ihre juristische Kernkategorie ist die *Organisation*, ihre politisch-ökonomische Sphäre die "Produktion"; als Voraussetzung hat sie nötig den sozialen Konsens über Vorstellungen und Verwirklichungen eines möglichen besseren Zustandes gegenüber dem als insoweit schlechter eingeschätzten vorhandenen Zustande. Positionen sind mithin je an ein kompliziertes Netzwerk von inhaltlichen Prämissen (Zielen) und formalen Spielregeln angeschlossen.

2) Als Juristen stehen wir zwischen "Normen" und "Wirklichkeit", allgemeiner; zwischen Theorien und Gegenständen (Erfahrungen,

Geschichte, Praxis). Von den klassischen Alternativkonzeptionen hierzu - Rationalisten ("Norm" entscheidet) einerseits (im Kern: "Gott" belügt/betrügt uns nicht), Empiristen ("Wirklichkeit" entscheidet) andererseits (im Kern: "Natur" belügt-/betrügt uns nicht) - ist im Durchgang durch idealistische und materialistische Philosophieschulen im 19. Jahrhundert unter der Kennmarge "Positivismus" nur der Problemstoff übrig geblieben, also die alten Fragen und die Suche nach neuen Antworten. Die großen Entwicklungslinien seither sind hier schlechterdings auch nicht in größter Verkürzung nachzuzeichnen, im einzelnen wohl auch nicht so wichtig. Als Informations- und Merkposten reichen die folgenden Alternativprogramme aus.

Analytische Programme spalten ihre Gegenstandsbereiche in Objekt-(Inhalts-)Ebenen und Meta-(Verfahrens-)Ebenen und reduzieren so Meta-Theorien auf Methodologien; im Kern geht es ihnen darum, daß Verstandesbegriffe die Wirklichkeit als Material in Beziehung auf bestimmte *vorausgesetzte* Kategorien, Werte, Ideen ordnen und daß wissenschaftliche Arbeitsweise ausschließlich mit solcher Ordnung zu tun hat; methodisch zielen solche Theorien auf die Produktion von Hypothesen, auf Gewinn gesetzmäßiger Erklärungen als Grundlage für Voraussagen und Technologien oder Strategien.

Synthetische Programme bestehen auf der begriffenen Einheit ihrer Gegenstandsbereiche und ihrer Arbeitsweisen; deutlich unterscheidbar sind als Richtungen:

- a) historich-materialistische Programme: Vernunftbegriffe sind kraft richtiger Angemessenheit an die Wirklichkeit *praktisch* die wahre Wirklichkeit selbst, als begriffene Einheit von Analysen und Strategien (= gesellschaftliche Arbeit); methodisch zielen solche Theorien auf soziale Bewegungen, die sich, vermittelt durch Bewußtsein, tendenziell durchsetzen (lassen);
- b) system-funktionalistische Programme: kraft Abstraktionen und Kybernetisierungen von Beziehungsnetzen verlieren sich die sozialen "Subjekte" an die "Substanzen" reduktionsbedürftiger Komplexitäten; alle System-Variationen (Mutationen) und Selektionen wurzeln in institutionell erinnelter Geschichte und in Organisation von Entscheidungszuständigkeiten; methodisch zielen solche Theorien auf sog. funktionale Äquivalente je für Problemlösungsaufgaben;

- c) kritisch-gesellschaftstheoretische Programme: Evolutionskonzepte spätkapitalistischer Gesellschaften befassen sich mit Problemen von Genesen und Geltungen sozialen Wandels und sozialer Legitimationen; methodisch zielen solche Theorien auf Problem- (Lösungs-)Verständigungen als Grundlage von Regelbildungen durch die von solchen Regeln Betroffenen.

Selbstverständlich ist keine analytische Theorie radikal desinteressiert an (inhaltlichen) Objekten, keine synthetische Theorie unabhängig von Verfahrensweisen. Nahezu alle kümmern sich heute - mehr oder weniger deutlich - um den System-Zusammenhang von (inhaltlicher) Theorie und (formaler) Methodologie. Die prinzipiellen Differenzen lassen sich erst dann genauer entdecken, wenn man vergleichende Gesamt-System-Urteile ermöglichen könnte, Gesamtsysteme dabei je als Einheit von Theorien und Methodologien in Bezug auf die Gesellschaft als "Natur" und als "Geschichte", in der sie wirken. Wie aber, kraft welcher "Methode" oder "Theorie", ließe sich diese Art von Meta-Gesamtsystem-Arbeit leisten? Klassische Philosophie hat auch diese Schwierigkeiten noch mit dem Begriff des "Begriffes" gemeistert. Unter "Begriff" wurden ursprünglich Vermittlungen von Ideen und Systemn, von Prinzipien mit Institutionen verstanden, ein "Ganzes" (Wesen), das auf diese Vermittlungsweise mit allen seinen Teilen (Erscheinungen) zusammenstimme, das zugleich ein präzisierbares Verhältnis von "oben" und "unten", von "Zwecken" und "Mitteln" bestimmbar machte, das - kurzum - Rationalität (im klassischen Sinne von Bezugnahme auf irgendeine Invarianz) ermöglichte und erforderte. Dieser Begriff des Begriffes liegt auch noch der *Begriffsjurisprudenz* zugrunde. Im *Rechtsbegriff* ist hierbei - ganz gleich, ob ausgesprochen oder nicht - ein rechtstheoretischer wie rechtpraktischer Zusammenhang von "Leben", "Gesellschaft" und "Recht" als Einheit vernünftiger Wirklichkeit und verwirklichter Vernunft immer schon festgelegt. An dieser Konzeption hat Jurisprudenz bis heute, trotz wiederholten Wechsels ihrer Selbstbezeichnungen (Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz, Wertungsjurisprudenz usw.) festgehalten, muß sie auch festhalten, wenn und solange sie an dem Anspruch festhalten will, "positives" Recht zugleich als richtiges "Recht" zu gewährleisten. Diese Mischung ist nämlich anderes als Philosophie und Geschichte, die "praktisch" werden. Interessenjurisprudenz, Wertungsjurisprudenz (oder gar "Freirecht") können diesem Bannkreis nur um den Preis ihrer Selbstaufgabe entfliehen.

3) Mit dem Wechsel der Perspektive von “*Geschichte*” (d.h. in juristischer Übersetzung: Fall-Lösung nach gegebenen oder zu bildenden “Gesetzen” als Interpretationsmaterialien (oder noch kürzer: Orientierung an “Texten”!)) zur “*Gesellschaft*” (in juristischer Übersetzung: Fall-Lösung nach bewährten oder zu bewährenden “Gesetzen” als Hypothesen-materialien (oder noch kürzer: Orientierung an “Wirklichkeit”)) zieht der methodologische Rosenkrieg unserer Tage zwischen “analytischen” (methodologischen) und “dialektisch-hermeneutischen” (praktischen) Wissenschaftskonzeptionem erstmals und sogar mit Verspätung auch in die Jurisprudenz ein. Meine These dazu: Es gibt Rechtstheorie, die sich auf soziale Inhalte einläßt, nur als “politische” Rechtstheorie. Alle Differenzen liegen in diesen Inhalten und in den Verfahrensweisen; dabei ermöglichen weder “Natur- oder Vernunftrecht” noch “Begriffsjurisprudenz” noch “Rechtspositivismus” noch “Interessen- oder Wertungsjurisprudenz” verlässliche Problemorientierungen, sondern allein die Positivität von Recht (als in Grenzen veränderliche Verfügbarkeit über Spielregelverfahren der Verarbeitung von Problemstoff durch Juristen) und die Professionalisierung von Juristen (als soziale Rekrutierung, ausbildungspolitische Sozialisation und berufliche Praxis der Interpretations-Produzenten von “Recht”).

Auf die Bezeichnungen kommt dabei nichts an. Als Kernproblem ist zeitlos betroffen ein Verhältnis von *Rechtsnormen* und *Rechtsbegriffen*, aus deren Ein-Stimmung erst so etwas wie *Rechtssätze* in *Rechts-Fällen* sich formen lassen. Mögliche methodologische Antworten laufen hier nicht von ungefähr auf Vorstellungen über inhaltlich verbindliche “Werte-Ordnungen” als Voraussetzung hinaus, die dann natürlich jeder in seinem Sinne und mit seinen Zwecken füllen möchte. In den zu Grunde liegenden *Verfassungstheorien* rivalisieren deshalb auch nur zwei Konzeptionen. Für die einen ist Verfassung nichts anderes als oberste (reine) *Rechtsnorm* (rechtliche Ordnung von Politik); sie haben den Vorteil, klare “Prinzipien” mit klaren “Ableitungen” verbinden zu können, aber den Nachteil, im gesamten Verhältnis von “Recht” und “Politik” (gesellschaftlicher Wirklichkeit) nicht mehr zuständig zu sein. Für die anderen ist Verfassung eine *politische Ordnung* von Recht, freilich mit sehr unterschiedlicher inhaltlicher Füllung des Politischen; sie haben den Vorteil, “Recht” und “Wirklichkeit” *integrieren* zu können, aber den Nachteil, für die Legitimation von Recht auf *inhaltliche Parteinahme* (“Werte!”) nicht verzichten zu können. In der Verlaufsgeschichte von

Weimarer Republik und deutschem Faschismus hat sich deshalb - kein Wunder - diese Verfassungsalternative zur Alternative von selbstmörderischem Legalismus und mörderischem Dezisionismus entfaltet. In traditioneller Sprache wird der skizzierte Verfassungszusammenhang beschrieben als Verhältnis von "substantieller Vernunft" (= *Möglichkeit* einer "richtigen", "wahren" Wirklichkeit der Gesellschaft) und "sozialer Herrschaft" (= *Wirklichkeit* einer im Lichte derartiger richtigen, wahren Möglichkeiten "vernünftigen" oder aber "unvernünftigen" Gesellschaft). In der alteuropäischen Gesellschaft galt es als gelöst, weil jeweils in harmonische Verfassung schon gebracht. Seit der Aufklärungsphilosophie wird es durchweg als kontrafaktisch gedeutet: es gelte, "wirkliche" Vernunft gegen unvernünftige Herrschaftswirklichkeit allererst zu verwirklichen. Die maßgebenden sozialtheoretischen Auseinandersetzungen in unserer Zeit werden nun ausschließlich geführt, weil jene Fragen für die einen überhaupt nicht mehr, für die anderen aber zeitlos als brauchbar erscheinen. Entsprechend lauten dann die praktischpolitischen Fragen (auch in der Jurisprudenz): Wie lassen sich Kriterien für Vernunft und Herrschaft *verbindlich* gewinnen, nach welchen Bezugsgrößen richten sich Interpretationen für richtige oder falsche "Normen" und richtige oder falsche "Wirklichkeiten"? Wie gewinnt *man* ein Verhältnis von Norm und Wirklichkeit? Die Antworten auf diese Fragen lassen sich selbstverständlich nicht etwa durch Einteilung in "konservative" und "progressive" Lager bündeln. Der Streitstoff ist vielmehr heute wohl aufgeteilt zwischen "Funktionalisten" einerseits, die in der Nachfolge aufklärerisch-idealistischer oder aufklärerisch-materialistischer Sozialhandlungsentwürfe die selbst gesetzten "vernünftigen" Regeln als Grundlage sozialer Systemspiele zum *Plan* für Verwirklichungsprogramme machen wollen, und "Funktionalisten" andererseits, die in der Nachfolge gesamtgesellschaftlich-institutionalistischer Sozialsystemmuster die in Gesellschaft immer schon (mit-und voraus-) gesetzten "vernünftigen" Regeln als Grundlage sozialer Systemspiele in der *Struktur* von Entfaltungschance entdecken wollen. Im Kern wird also gestritten um die "Voraus-Setzungen" (oder die Voraus-Gegebenheiten, kurzum: die "Strukturen") von Funktions-Abläufen nach ihren inhaltlichen Qualitäten wie nach ihren institutionell-organisatorischen Verfahrenswiesen, nach ihren wissenschaftslogischen (methodologischen) wie nach ihren sozialphilosophischen (wissenschaftstheoretischen) *Paradigmen*, nicht zuletzt natürlich nach ihren Voraussetzungen und Auswirkungen in und auf Bewußtsein und Verhalten der handelnden Menschen selbst.

IV

Versucht man, die bisherigen Überlegungen in Form eines vorläufigen Ergebnisses festzuhalten, so läßt sich zwar gut sehen, was an Entwicklungsdruck auf die Jurisprudenz einwirkt, aber nur schwer vorherbestimmen, wie sie sich darauf einlassen könnte.

1) Der sich seit langem abzeichnende Paradigma-Wechsel aufklärerisch-idealistischer Philosophie und kartesianischer (Natur- und Fortschritts-) Wissenschaftsgläubigkeit spiegelt insgesamt den Verfall von (sozialen, kollektiven) Handlungsorientierungen an "Vernunft", die zunehmenden gesellschaftstheoretischen Legitimationseinbußen und den sinkenden gesellschaftspolitischen Konsens. Er führt zu Entkopplungen von Sozialphilosophie, Wissenschaft und Geschichte. Diese schon erwähnte Wende zur gesellschaftlichen Praxis ist, wie ausgeführt, vor allem eine Suche nach historisch belehrbaren, praktisch folgenreichen, genauer dann: erfolgreichen lernenden Sozialsystemen. Als Kennzeichen und Lernproblem solcher ("modernen") Gesellschaften hat sich ihre stabile Dauerveränderung herausgestellt. Diese ist nun aber nicht (mehr) so sehr an - rivalisierenden und deshalb entscheidungsbedürftigen (und das heißt stets: "politizierbaren"), also unter immer erst noch zu bestimmenden Werten, Normen, Programmen stehenden) - Richtungen von Veränderungen orientiert und interessiert, sondern viel stärker an - interpretationsbedürftigen und deshalb strukturierten (und das heißt stets: "verrechtlichten", also unter immer schon bestimmten Werten, Normen, Programmen stehenden) - Gefährdungen eines Sozialsystems. Mit dieser Differenz lassen sich zugleich in einer kurzen Formel die entscheidenden Differenzen aller Handlungsphilosophien und Systemsoziologien kennzeichnen, welche sich uns als Problemlösungsrivalen verfügbar halten. In den jüngsten sozialwissenschaftlichen Anstrengungen neigen Handlungsphilosophien und Systemsoziologien wohl einer späten Vernunfttheorie zu. Als Lösung scheint sich dafür in Gesellschaften, die für die Lösung ihrer Probleme auf sich selbst, für die Orientierungen, Legitimationen und Sanktionen solcher Lösungen aber auf übergreifende, freilich auch selbst stets hervorbrachte Bezüge verwiesen sind, immer mehr die Kategorie *Reflexivität* (Selbstreflexion) durchzusetzen. Reflexiv ansetzende Theorieprogramme müssen - rekonstruktiv - Entwicklungen nachgehen, die zu Krisen geführt haben, und sich - prospektiv - auf Bedingungen möglicher Krisenüberwindungen einlassen.

2) Will man eine knappe analytische Kategorie greifen, die das zentrale (gesellschaftstheoretische, verfassungspolitische wie schließlich auch "zivilrechtliche") Problem trifft, dann bietet sich - im Anschluß an *D. Lockwood* - dafür an: Verhältnis von *Sozial- und Systemintegration*. Das Begriffspaar erfaßt das -zeitlos problematische - Verhältnis von Individuen und gesellschaftlichen Kollektiven (von "Freiheit" und "Institutionen"). Gesellschaften, die ihre sozialen Funktionsbedingungen unabhängig zu halten versuchen von den Gerechtigkeitsvorstellungen in den Köpfen und Herzen ihrer Bürgersmenschen, geraten nicht weniger in Dauerkrisen (werden - nach dem neuesten Ausdruck dafür - "unregierbar") wie Gesellschaften, die solche Vorstellungen starr gegenüber Ansprüchen von und an Wandel durchzusetzen versuchen.

3) Auch im Zivilrecht wirken sich die skizzierten Entwicklungen und Zusammenhänge tief und folgenreich aus. In dem Maße nämlich, wie sich nicht mehr jene Verbotsregeln z.B. aufstellen lassen, von denen her traditionell Freiheitsbeschränkungen (des Staates wie auch in der Gesellschaft selbst) als verbotene Verhaltensformen (und damit als Orientierungen für freies, erlaubtes Verhalten) zu identifizieren waren, zeigt sich zugleich, daß die darin immer vorausgesetzte Grundstruktur (nämlich: politische Regelungen sorgen kraft Inanspruchnahme von Regelungsvorbehalten zugunsten der Gemeinschaftsinteressen für die Rechtfertigungen von Interventionen, Maßnahmen, Planungen gegenüber "privater" Freiheit) ihrerseits von Auflösungen, jedenfalls von Umbildungen betroffen ist. Es handelt sich wohl darum, daß "Zwecke" so vernetzt, also "private" und "gesellschaftliche" Zwecke so verschmolzen werden, daß in der Folge Rahmenregelungen und Implementationen zusammenfallen als Aufgabe für Recht-Fertigungen durch die dazu mit Kompetenzen ausgestatteten gesellschaftlichen Teilsubjekte, z.B. Justiz, Unternehmer, Verbände. Dann bedeutet aber z.B. "Freiheit" eben nicht (mehr) Autonomie in bestimmten Grenzen, sondern berechtigende Mitarbeit in Einsicht ihrer Notwendigkeit. Dann hätten wir es bei der Synthetisierung von "Zwecken" auch nicht (mehr) zu tun mit Güter- oder Interessenabwägungen, die ja immer nur kraft Höherrangigkeiten unter Vorzugsregeln zu leisten wären, sondern mit Rechtfertigungen eines jeweiligen - und selbstverständlich stets zu legitimierenden - Neuen gegenüber dem - insoweit unbrauchbar gewordenen - Alten. Solche "vergesellschafteten Zwecke" wären - ganz anders als die traditionelle formale Zweckfreiheit und die neueren Vorstellungen

von einer materiellen "Zweckverwirklichung" - auf eine "Verwaltung" angewiesen, für die es weniger auf Anwendungs- und Anweisungsregeln als vielmehr auf Kriterien für Erfolgsgarantien (und Verfahren für die Ablösung von Mannschaften und Instrumentarien bei Nichterfolg) ankäme.

Wie man hier im einzelnen auch stehen mag, die Grundsätzlichkeit und die Radikalität der zeitgenössischen Herausforderungen unseres Zivilrechts treten wohl deutlich genug zu Tage.

D

Chancen neuerer Ansätze

I

1) Die traditionelle juristische Methode ("Logik") ist heute - nach dem Verlust ihres historisch-sozialen Umfeldes und nach den daraus entstehenden Krisen im dogmatischen Instrumentarium - auf den erneuten Wechsel jener Abstraktionen angewiesen, die erst ein Verhältnis von Gesellschaft und Recht bestimmbar machen. Als eine solche "moderne" Abstraktion setzt sich heute - nicht zuletzt auch im Zivilrecht - immer mehr durch: *Funktionalität (Funktionalisierung)*. Funktionale Methoden verbinden nicht Formen, Kausalitäten und Freiheiten, sondern zielen auf Relationen und Programmleistungen. Sie sind auf ein *System* bezogen, innerhalb dessen erst von Funktionalität (oder Dysfunktionalität) gesprochen werden kann. Zum inhaltlichen Hauptproblem wird dann die Orientierung an Zielen, "Ordnungszusammenhängen", für die als Maßstäbe jeglicher "Verhältnismäßigkeit" immer *Rechtsgrundsätze* fungieren, die sich ihrerseits natürlich erst auf einer Ebene von Gesellschaftstheorie legitimieren lassen. Eine Folge für die juristische Methode ist dann eine Art "Logik des Besonderen". Das bedeutet: nicht (mehr) *Tatsachen-Ermittlungen* unter präzisierbaren Norm-Hypothesen (und das war traditionell zugleich: *Freiheitsausübung* unter allgemeinen und formalen Verbotsspielregeln) regeln die Rechtsanwendung, sondern *Bestimmungen* jeweiliger Einheiten "normativen" und "sozialen" Problemmaterials unter *Rechtsgrundsatz-Perspektiven*, letztere ihrerseits gewonnen im Blick auf *System-Bedingungen*. Insgesamt drückt sich darin - auch methodisch - ein Wechsel von der zivilrechtlichen zur sozialverfassungsrechtlichen Maßstabsorientierung aus. Der Zugriff auf einem derartigen Sys-

tem- Begriff ist nicht zuletzt Kampf um gesellschaftliche Struktur- bildungen, insbesondere Umstrukturierungen der Rechtsstruktur.

2) Ein solcher Kampf bestimmte, um ein Anschauungsbeispiel vor- zustellen, die Szene, auf der in jüngster Zeit (in Deutschland) die schnell berühmt geworden Entscheidung des Bundesverfassungs- gerichts vom 1. März 1979 (abgedruckt in der offiziellen Entschlei- dungssammlung, Band 50, Seiten 290 - 381) eine neue Orientierungs- rolle übernahm. Im Mitbestimmungsstreit rivalisierten nämlich Konzepte einer "rechten" Rechtsmaterialisierung (genauer: der Rückübersetzung einer bestimmten Arbeits- und Wirtschafts- ordnung, in Rechts- und Verfassungsrang) und einer "linken" Rechtsformalisierung (genauer: der Öffnung von Gestaltungsfrei- heiten für den Gesetzgeber). Diese Rechtsprogramme erschließen sich in ihrer - Übereinstimmung wie neutrale Beurteilung gleicher- maßen ausschließenden - Alternativität, wenn man das jeweils mobilisierte Grundrechtsprogramm, von dem her politische Gestal- tungsfreiheiten des Gesetzgebers erst bestimmbar werden, genauer kennzeichnet. Auf der einen Seite stehen dann Konzepte sog. ne- gativer (Abwehr-, Freiheits-, Grundrechte. Sie zielen auf den Bestandsschutz von ("klassischen", *gewährleistenden*) Rechten, mit der Rechtsprechung als Schutzgarantin, mit der Gesetzgebung als in klaren Grenzen (nämlich: Gleichheitsbindung, Verhältnismäßigkeits- prinzip) freier Rahmenrichtlinienkompetenz. Ihnen stehen gegenüber Konzepte sog. positiver (partizipatorischer, "politischer") Grundrech- te. Sie zielen auf eine Verwirklichung von "gesellschaftlichen", *gewährenden*) Rechten; alle Unterschiede liegen ausschließlich in Graden und Maßen der normativen Vorbestimmtheit solcher Ver- wirklichungen; inhaltliche Vorbestimmungsprogramme offenbaren sich z.B. deutlich in institutionellen und in Instituts-Garantien oder in historischen Gesetzesansprüchen usw.; je weniger deutlich inhaltliche Vorbestimmungsprogramme auftreten, je offener Spiel- regelverfahren zu sein scheinen, desto schwieriger ist es, die - in jedem Falle unverzichtbare und unvermeidliche - Inhaltlichkeit der Vorbestimmungen zu erfassen.

Angesichts solcher Situation (nämlich: mit formalen Parteinahmen nichts (mehr) zu bewirken, mit inhaltlichen Parteinahmen aber nicht alle betroffenen Interessen und Bedürfnisse gleichbehandeln zu können) konzentriert sich das Interesse an der Mitbestimmungsent- scheidung auf die Kernfrage, an was (wie, warum) der (Verfassungs-)

Gesetzgeber seinerseits inhaltlich gebunden sei, auf was sich (wie, warum) das (Verfassung-)Rechts als gesellschaftliches Verhältnis beziehe, worin denn insgesamt "Funktionalität" (jenseits von Formalisierung und Materialisierung) für Verhältnisbestimmungen von Politik, Ökonomie, Recht bestehe.

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

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

- a) Es geht um die Gewinnung historischer Erfahrungsgesetze: kraft welcher (erkenntnistheoretischen oder sozialtheoretischen) Maßstäbe läßt mit Sicherheit oder auch nur mit Wahrscheinlichkeit vorhersagen, wozu ein Mitbestimmungsgesetz führen wird, wenn erst von dem praktizierten Umgang mit dem Gesetz abhängt, welchen Charakter das Gesetz annimmt? Wir betreten hier sehr schwankenden Boden der allgemeinen Wissenschaftstheorie und befinden uns gleichsam in Zonen politischer Beweislast: wer muß (und dann: wie und warum) beweisen, welchen Effekt ein in die Zukunft gerichtetes Gesetz als Planprogramm hat? Wie sind solche Beweise zu führen?
- b) Es geht um Legitimationen für Prärogativen: Wer hat den Stichentscheid bei politischem Zweifel an Gesetzesplänen? Wem kommt ein Recht zu, sich unter Umständen auch historisch zu irren? Damit ist zugleich das Problem der Verantwortlichkeit für sozialen Wandel berührt. Ist Rechtsprechung höchste Verantwortlichkeitsinstanz, indem sie jeweils ex post oder auch ex

ante entscheidet, was falsch geworden oder falsch werden wird? Ist wissenschaftliche Politikberatung verantwortlich, indem sie "objektiv erkennt" (was ist das auf diesem Felde?), was richtig, was falsch gemacht wird? Oder ist die politische Gesetzgebung zuständig, indem sie - zwar riskant, aber demokratisch legitimiert - zukunftsorientierte Neuerungen einführt?

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

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

merinteressen erforderliche Entscheidungen erschweren oder verhindern.

5) Übersetzt man die Leistung des Bundesverfassungsgerichts in die traditionelle Sprache von "Recht" und "Politik", so ließe sie sich etwa wie folgt kennzeichnen: Inhaltliche Verfassungsprogramme werden bestimmt aus den Verwirklichungs-Auswirkungen von Recht durch Politik auf *alle* Bürger; anders gewendet; Grundrechtstheorie und Gesetzgeberpolitik sind an die Einlösung von *bürgerlichem* Recht durch jeweilige Politik gebunden, die sich aber an alle Erfahrungen und an alle verfügbaren Einsichten hält. Mit dieser Verpflichtung kann Politik ("der Staat") nur auf dem Boden allgemeiner (Lern-) Konsense die bisherige Entwicklung (buchstäblich: rücksichtsvoll und vorsichtig!) fortschreiben und neuere Entwicklungen (buchstäblich: allseitig erträglich und durchhaltbar!) anstoßen.

II

Auch wenn man Einschätzungen selbstverständlich nicht ohne Zurückhaltung wagen sollte, so gewinnt man einige deutliche Eindrücke.

1) Ich möchte die Tendenz der - in diesem Beitrag selbstverständlich nicht im einzelnen vorstellbaren - zivilrechtlichen (dabei vor allem betroffen: arbeits- und wirtschaftsrechtlichen) Entwicklung kennzeichnen mit den Ausdrücken "*dualistische Rechtskategorie*" und "*Prozeduralisierung des Rechts*". "Dualistisch" nenne ich die Rechtskategorie, weil sie jenseits von Formalisierungen (traditionell: "Recht") wie Materialisierungen (traditionell: "Politik") gleichsam Recht *und* Politik inhaltlich verklammert, ohne dadurch eine neue Rechtseinheit (sie erst wäre wiederum monistisch) zustande zu bringen. Diese Verklammerung setzt selbstverständlich (zumindest lautlos) den Vorrang irgendeiner "Vernünftigkeit"-Logik vor "Wirklichkeit"-Historie voraus. Für eine solche Vorrang-Verfaßtheit die Maßstäbe zu finden und zu setzen, ist dann das Geschäft der hier sogenannten Prozeduralisierung des Rechts. Es geht insgesamt darum, alle Beteiligten und betroffenen Interessen (vor allem ihre Repräsentanten) einzuschwören auf den Vollzug von entdeckbaren und verwirklichtbaren Möglichkeitsplänen, weniger in Form dekretierter, umkämpfter, sanktionierter Normansprüche als vielmehr nach Art von (selbstverständlich nicht kampfflos) abgestimmten gesellschaft-

lichen Lernverhaltensweisen. Solche Tendenz mag man fördern oder kritisieren, es geht zunächst um ihre Kennzeichnung. Für eine Einschätzung wird man irgendeine Art von sozialer Evolutionstheorie (und entsprechend: irgendeine Art gesellschaftsgeschichtlicher Rechtstheorie) nötig haben. Bei einer realistischen Einschätzung wird man dabei wohl auf eingerichtete und ausgeübte Kompetenzzuweisungen für kleine Führungseliten stoßen (entsprechend werden die Loyalitäten und Akklamationen der "Massen" zum - erneuerten - Hauptproblem).

2) Die Aufgaben, die vor uns liegen, gehen freilich weit über schlichte Beobachtungen hinaus. Zu suchen haben wir wohl die Dogmatik und die Methodologie einer demokratischen Rechtsgesellschaft. Das geht nicht ohne theoretische Fundamente. Ich selbst arbeite an ihnen unter dem Stichwort "*Politische Rechtstheorie*". Eine solche politische Rechtstheorie kümmert sich um eine Einheit von Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialverfassung als Gegenstand eines Interesses an gesellschaftsgeschichtlichen Entwicklungstheorien von Recht; inhaltlich als Teil sozialer Evolutionsprozesse, formal als Modellgrundlagen für historische und systematische Interpretationen; historisch zielt das Interesse auf die Verbindung von Traditionen politischer Philosophie mit zeitgenössischen Ansprüchen soziologischer Systemforschung; systematisch zielt es auf die Verbindlichkeit von Begründungsregeln für praktische (Rechts-)Sätze. Dieser Ansatz greift also erneut zurück auf die Verbindung von Sozialphilosophie, Wissenschaft und Geschichte und nimmt zugleich die "Wende zur gesellschaftlichen Praxis", von der die Rede war, ernst.

3) Die traditionelle Rechtskategorie war unhistorisch und ungesellschaftlich. Die heutigen "Verzeitlichungen" (Historisierungen) und "Vergesellschaftungen" (Sozialisierungen) lassen sich umgekehrt mit herkömmlichen rechtskategorialen Mitteln nicht bewältigen, schon nicht theoretisch, erst recht nicht dogmatisch und methodologisch. Die heutige Kombination von "Prozeduralisierungen" und "Funktionalitäten" läßt sich wohl insgesamt nur als Wechsel, als Änderung, als Entwicklung in der Qualität ansprechen. Das hängt von den theoretischen Interpretationsgerüsten dafür ab. Es lohnt sich deshalb auch für Juristen, Elemente einiger Evolutionstheorien zur Kenntnis zu nehmen vor allem im Blick auf den Anteil des Rechts. Insoweit handelt es sich zugleich um die Suche nach rationalen (und zugleich historisch-sozialen) Moral- wie Rechts-

theorien, die sich Gültigkeiten von Begründungsregeln praktischer (Rechts-) Sätze zum Ziele setzen. Auf diesem Felde lassen sich heute grob unterscheiden:

- a) Theorien einer formal ("reinen") rationalen Moral und Rechtheit. Sie berufen sich alle im Kern auf I. Kant. Ihren Anhängern müßte es gelingen, eine nicht-empirische kognitivistische Meta-Ethik als Rechts-(Gesellschafts-)Theorie vorzustellen. Die Kritik verweist vor allem darauf, daß im Rahmen der in Anspruch genommenen a-priori-Geltungen jeweils Vernunft und Tradition legitimatorisch zusammenfielen und daß Pflichtenkollisionen (kraft des Theorieprogramms) nur deswegen vermeidbar seien, weil Recht ausschließlich und nach wie vor mit negativen Pflichten (gegenüber der Freiheit anderer) zu tun habe.
- b) Entwicklungslogische Stufentheorien von Moral und Recht (in Deutschland repräsentiert vor allem durch Arbeiten am bisherigen Max-Planck-Institut für Sozialwissenschaften in Starnberg). Ihren Anhängern müßte es gelingen, den unvermeidlichen inhaltlichen Gehalt von Moral und Recht auf gesellschaftlichen Entwicklungsstufen (genauer: für die Unterscheidung gesellschaftlicher Entwicklungsstufen) zu präzisieren und die Entwicklungslogik dann mit Geschichte und Soziologie zu synthetisieren.
Die Kritik verweist darauf, daß relevante inhaltliche Probleme inexplizierbar blieben und das Programm nicht "freiheitlich", sondern "elitär" (oder majoritär) bestimmt sei.
- c) Funktionalistische Evolutions- und Moral-(Rechts-)Theorien (in Deutschland repräsentativ vor allem: N. Luhmann). Sie lassen sich in der "alteuropäischen" Sprache nicht fassen. Das gilt auch für die Kritik an ihnen. Die Komplexitäten der früheren, auf der Grundlage von Organismussystemen einerseits, Maschinensystemen andererseits entwickelten Systemtheorien hat insbesondere N. Luhmann gesteigert zur Komplexität einer interdisziplinären einheitlichen Systemtheorie, die als umfassende Theorie sozialer Systeme auftritt mit dem Anspruch, gleichermaßen die erhaltungswürdigen Interessen von Geschichtsphilosophien (an konzeptioneller Einheit von Theorie und Praxis), von Erfahrungswissenschaften (an Vernunftkontrolle durch Empirie), von rationalen Methodologien (an analytischer Differenziertheit) usw. besser wahrzunehmen als andere. Das leitende "Erkenntnisinte-

resse" verändert sich von Erklärungs-, Prognose- und Aufklärungsprogrammen zu Programmen der Ermittlung von möglichen sog. funktionalen Äquivalenten als je andersartiger Möglichkeit im Horizont umbestimmt vieler und offener Möglichkeiten. Systemrationalität (gleichsam als "Invarianz" der obersten Stufe) ist Systemstabilisierung. Auf diesen Kern bezieht sich dann auch die Kritik.

- d) Ansätze zu einer Verknüpfung (unter dem Begriff "Gesellschaftsgeschichte") von entwicklungslogischen und funktionalistischen Evolutionstheorien (in Deutschland repräsentativ vor allem *W. Schluchter* in der Nachfolge M. Webers). Ihren Anhängern müßte es gelingen, die Eigenartigkeit (zwischen gesetzmäßiger "Art" und historischer "Einzigartigkeit") eines "okzidentalen Rationalismus" in seiner universellen Bedeutung und Gültigkeit zu erklären und daraus Evolutionen von Ethiken, politischen Institutionen und Recht bestimmbar zu machen. Die Kritik verweist darauf, daß hier den "Ideen" falsche Prioritäten vor "Interessen" zugeordnet würden (so die "linke" Kritik), oder daß das Theorieprogramm zu inkomplex und zu unhistorisch bleibe (so die "funktionalistische" Kritik).

Es sind weniger die Einzelheiten der Programme, die hier vorgestellt werden sollten, sondern einige Gemeinsamkeiten in der Einstellung zu "rationalem", zu positivem als richtigem Recht. Im Vordergrund steht immer (außer vielleicht für Funktionalisten) das *Universalisierbarkeitsprinzip* (als Prinzip, also nicht in seiner - sehr umstrittenen - Begründung oder Begründbarkeit): Normen seien gerecht (richtig), wenn ihnen alle zustimmen könnten. Nach allen Programmen ist Recht ohne Bezug auf Entwicklung (Geschichte), Gesellschaft und Ethik (Moral) weder vorstellbar noch praktizierbar. In irgendeiner Form ist nach allen Programmen soziale (Rechts-)Evolution ein lebenspraktisch-gesellschaftliches Projekt von (Selbst-)Aufklärungen, (kollektiven und individuellen) Identitätsfindungen und (in einem buchstäblichen Sinne) Recht-Fertigungs-Arbeit.

III

Ein knappes Fazit.

- 1) Mit *Jürgen Habermas* ließe sich das - hier verfolgte - Programm einer Zivilrechtstheorie vielleicht so benennen: Die Moderne - ein

unvollendetes Projekt! Denn eine in religiösen und metaphysischen "Weltbildern" ausgedrückte substanzielle Vernunft ist seit langem auseinandergetreten in Momente von (objektivierender) Wissenschaft, von (universalistischer) Moral und (formalen) Recht, von (autonomer) Kunst, aber das Projekt der Moderne war und ist die Anstrengung, diese Verselbständigungen in ihrem historischen Recht ernst zu nehmen und weiter zu entwickeln, aber ihre stets erneuerungsbedürftige und erneuerungsfähige Verbindung gleichwohl und gleichzeitig für die Praxis als eine vernünftige Gestaltung von Lebensverhältnissen zu nutzen.

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

3) Die klassische "moderne" Materialisierung des Rechts war die *Freiheit* (im Sinne I. Kants). Eine ähnlich konzeptionsstarke Alternativ-Materialität steht nicht zur Verfügung, aber vielleicht zur Debatte. Dafür lassen sich einige Ansatzstellen (als Anomalien, die paradigmatisch veränderungswirksam werden und zugleich über den Zustand einer Pragmatik, die hier als "Prozeduralisierung" und "dualistische Rechtskategorie" geschildert worden ist, hinausführen könnten) skizzieren.

a) Die "System"-Tendenzen von Verrechtlichungen sozialer Stoffe und von Vergesellschaftungen rechtlicher Formen; sie zwingen zur "Produktion" veränderter Rechtsgrundsätze, von denen her

Rechtsdogmatik ihre Orientierung, Ausbildung und Rechtfertigung erfährt;

- b) die nicht-wissenschaftliche Rechts-Methodologie; sie erzwingt Begründungs- und Rechtfertigungsaufgaben und damit Aufrichtigkeit, Subjektivität, Betroffenheit; die wissenschaftliche Rechtsmethodologie hat sich auf das erwähnte Universalisierungsprinzip einzulassen;
- c) die Beziehungsverknüpfungen von "privaten" und "öffentlichen" Sphären (bei gleichzeitigem "Politik"- wie "Markt"-Versagen!); sie erzwingen Verhaltensänderungen und Erwartungsdruck vor allem bei "Funktionären" aller Stufen und Bereiche;
- d) die Ausweglosigkeiten und die Folgen-Überlastungen hergebrachter Lösungsrezepte; sie erzwingen alternative, innovative, prognostische Phantasie und veränderte Erfahrungen.

4) Bezogen auf die Fragestellung dieses Beitrages, ließe sich - als Hoffnungs- wie als Arbeitsprogramm zugleich - auch kürzer sagen: weder ein (historisch doch nur parteiliches) besonderes Allgemeinprivatrecht noch ein (gesellschaftlich doch nur pragmatisches) allgemeines Sonderprivatrecht, sondern ein (selbstreflexives) *universalisierbares Privatrecht*.