ZACHER/SIMITIS/KÜBLER
HOPT/TEUBNER

Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität

Vergleichende Analysen

Sonderdruck

Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Gunther Teubner

Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung 290

I. *Begriffe* 293

1. Normenflut 294
2. Konfliktenteignung 296
3. Entpolitisierung 298
4. Materialisierung 300

II. *Merkmale* 304

1. Funktion 306
2. Legitimation 307
3. Struktur 308

III. *Grenzen* 313

1. Regulatorisches Trilemma 313
2. Wechselseitige Indifferenz 317
3. Gesellschaftliche Desintegration durch Recht 321
4. Rechtliche Desintegration durch die Gesellschaft 322

IV. *Auswege* 325

1. Implementation 326
2. Deregulierung 329
3. Steuerung von Selbstregulierung 334

»Verrechtlichung« ist ein häßliches Wort. Und es bezeichnet eine häßliche Sache. Die alte Formel vom Übermaß des Rechts, »Fiat justitia – pereat mundus« hatte noch die heroische Schönheit des Suchens nach Gerechtigkeit um jeden Preis. Heute ist es nicht mehr der Weltuntergang, den man vom neuen Übermaß an Recht befürchtet, sondern »legal pollution«, Umweltverschmutzung durch Recht.[1] Schon in seinem bürokratensprachlichen Stimmungsgehalt drückt das häßliche Kunstwort »Verrecht-lich-ung« aus, welche Art der Umweltzerstörung in erster Linie gemeint ist: die Bürokratisierung der Welt.[2] Im Soziologenjargon: Recht, wenn es heute als sozialstaatliches Steuerungsmedium eingesetzt wird, verfügt über Funktionsmodi, Rationalitätskriterien und Organisationsformen, die der lebensweltlichen Struktur der regulierten Sozialbereiche nicht angemessen sind, deshalb an ihr erfolglos auflaufen oder aber um den Preis ihres Erfolges diese zerstören. In der plastischen, von Habermas geprägten Formel, »Kolonialisierung der Lebenswelt«, wird die Ambivalenz der Verrechtlichung, die Ambivalenz von Freiheitsverbürgung und Freiheitsentzug, deutlich: gesellschaftliche Modernisierung um den Preis der Unterwerfung unter die Systemlogik und der Zerstörung intakter Sozialstrukturen.[3]

In solcher dramatischer Zuspitzung bezeichnet Verrechtlichung nicht nur ein Juristenproblem und auch kein bloßes nationales Phänomen. Sie entstammt nicht nur teutonischem Hang zur Überregulierung. Entsprechend ist die Diskussion nicht auf die deutsche Rechtswissenschaft beschränkt. Das Phänomen ist universal, die Debatte international und interdisziplinär. Besonders in den Vereinigten Staaten ist eine lebhafte Diskussion um »legal explosion«, »regulatory crisis«, »de-legalization« im Gange, an der sich neben Juristen besonders Soziologen und Ökonomen beteiligen.[4]

1 *Ehrlich,* Legal Pollution, in: New York Times Magazine 17 (8. Februar 1976).

2 Z. B. *Jacoby,* Die Bürokratisierung der Welt. Ein Beitrag zur Problemgeschichte (1969); *Bosetzky,* Bürokratisierung in Wirtschaft und Unternehmung, in: *Geissler* (Hrsg.), Verwaltete Bürger – Gesellschaft in Fesseln. Bürokratisierung und ihre Folgen für Staat, Wirtschaft und Gesellschaft (1978), S. 55 ff.

3 *Habermas,* Theorie des kommunikativen Handelns, II (1981), S. 522 ff.

4 Zur älteren Diskussion um »creeping legalism« vgl. *Fuller,* Two Principles of Human Association, in: Nomos 11 (1969), S. 3 ff., 13 f.; *Shklar,* Legalism (1964); *Nonet,* Administrative Justice (1969), zur neueren Diskussion um Verrechtlichung *Friedman,* The Legal System. A Social Science Perspektive (1975); *Galanter,* Legality and Its Discontents; A Preliminary

Wenn man sich daranmacht, die diversen Diskussionsstränge miteinander zu verbinden – und darin sehe ich in diesem Beitrag meine Aufgabe – dann kann man sich wechselseitige Lerngewinne erhoffen. Nationale Besonderheiten sind dann auf ihren universalen Kern zurückzuführen. Sozialwissenschaftliche Verallgemeinerungen lassen sich korrigieren, wenn man sie der Innenansicht des Rechts aussetzt und dem konkreten juristischen Material konfrontiert. Umgekehrt kann man eine Dynamisierung der juristischen Berufsperspektive erhoffen, wenn die Interpretationsangebote aus einer Außenansicht des Rechts tatsächlich aufgegriffen und nicht nur abgewehrt werden. Ob sich aber aus solchen Lernprozessen auch Lösungsperspektiven abzeichnen, sollte man eher mit Skepsis beurteilen. Dafür ist die Problemformel »Verrechtlichung« zu abstrakt formuliert und als solche womöglich überhaupt nicht einer Lösung zugänglich. Was man eher gewinnen kann, ist ein Verständnis dafür, ob und inwieweit die Expansion des Rechts in seine gesellschaftliche Umwelt umkehrbar oder aber ein notwendiger und irreversibler, mit größeren Entwicklungen zusammenhängender Vorgang ist, weiter ob und an welchen Stellen sich Grenzen des Rechtswachstums abzeichnen und schließlich, ob sich Richtungen für umweltschonendes Wachstum angeben lassen.

Damit sind schon drei Fragenkreise vorgezeichnet, zu denen ich im folgenden je eine These ausarbeiten möchte. Der erste Fragenkreis betrifft das *Problemverständnis* von Verrechtlichung. In der aktuellen Diskussion ist der Begriff Verrechtlichung dermaßen inflationiert, daß man ihn sorgfältig eingrenzen muß, um überhaupt sinnvolle Aussagen machen zu können. Wenig fruchtbar ist es, jegliche Wachstumstendenzen des Rechts oder gar jegliche Rechtsevolution unter den Titel »Verrechtlichung« zu subsumieren. Dann müßte man sich mit einer bloßen Bestandsaufnahme widersprüchlicher und heterogener Entwicklungen unter dem relativ beliebigen Titel »Entwicklungstendenzen des Rechts in der Industrie- und Arbeitswelt« zufriedengeben. Zu einem analysefähigen, interpretationsbedürftigen und strategiegeeigneten Gegenstand wird das Phänomen »Verrechtlichung« erst – so die erste These –, wenn man es mit dem modernen *regulatorischen Recht* identifiziert, in dem Recht in eigenartiger Weise zugleich als politisiert und als vergesellschaftet erscheint, und wenn man diesen Rechtstyp auf den von Max Weber eingeführten Begriff der *»Materialisierung des Formalrechts«* bezieht. Damit läßt sich ein Analyserahmen gewinnen, der sowohl naive Entrechtlichungsempfehlungen der »Alternativen zum Recht« als auch politisch motivierte »de-regulation«-Strategien adäquat und das heißt wohl zugleich kritisch zu beurteilen erlaubt. Dabei werden auch die Veränderungen sichtbar, die das

Recht selbst, in seiner Funktion, Legitimation und Struktur, im Prozeß der Verrechtlichung durchgemacht hat.

Im zweiten Fragenkreis geht es um die *Wirkungsgrenzen* des regulatorischen Rechts. Lassen sich prinzipielle Grenzen der Verrechtlichung ausmachen, insofern sich bestimmte Verrechtlichungsprozesse gegenüber den geregelten Sozialstrukturen als inadäquat erweisen und/oder eine Überforderung der Steuerungskapazitäten des Rechts darstellen? Dazu heißt die These, daß dies nicht bloß ein Problem der Rechtsdurchsetzung über den Einsatz staatlicher Macht ist und auch nicht nur ein Problem der Effizienz des Rechts im Sinne geeigneter Zweck-Mittel-Beziehungen, sondern ein *Problem der »strukturellen Kopplung«* des Rechts im Bezug zur Politik einerseits, zum gesellschaftlichen Regelungsbereich andererseits. Sind Grenzen dieser strukturellen Kopplung überschritten, gerät Recht in eine unausweichliche Situation, die ich unter dem Titel *regulatorisches Trilemma* näher untersuchen möchte.

Wenn damit die »regulatory crisis« angemessen interpretiert sein sollte, dann stellt sich drittens die Frage, wie man diverse Therapievorschläge und *Ausweichstrategien* beurteilen soll. Sind Alternativen zur Verrechtlichung in Sicht, die zugleich den Steuerungsvorgaben der Politik, den Sonderproblemen des jeweiligen Sozialbereichs und den inneren Kapazitäten des Rechts gerecht werden? Die These hierzu ist, daß weder verschiedene Vorschläge zur Verbesserung der Implementation von Recht noch zahlreiche Empfehlungen zur »Entrechtlichung« dem Problem der strukturellen Kopplung ausreichend Rechnung tragen. Demgegenüber sollten sich intellektuelle Aufmerksamkeit und institutionelle Energien auf eine Reihe von Konzeptionen konzentrieren, die jenseits von Materialisierung und Formalisierung auf abstraktere, indirektere Steuerung durch Recht hinauslaufen. Diese Konzeptionen von Verrechtlichung finden ihre Einheit darin, daß sie »Verstaatlichungsmodelle« durch *»Vergesellschaftungsmodelle«* abzulösen suchen. Einschlägige Stichworte sind »semi-autonomous social fields« (Moore),[5] »negotiated regulation« (Harter),[6] »officially sponsored indigenous law« (Galanter),[7] »Prozeduralisierung des Rechts« (Wiethölter),[8] »reflexives Recht« (Teubner),[9] »Relationierungsprogramme« (Willke),[10] kurz: *rechtliche Steuerung von Selbstregulierung.*[11] Damit sind unterschiedliche Rechtsprogramme angesprochen, die mehr oder weniger ausdrücklich die strukturelle Kopplung als »legal self-restraint« definieren und dadurch womöglich geeignet sind, Verrechtlichungsprozesse in umweltverträgliche Bahnen umzulenken.

Assessment of Current Theories of Legalisation and De-legalisation, in: *Blankenburg u. a.*, (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (1980), S. 11 ff.; *ders.*, Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law, in: *Cappelletti* (Hrsg.), Access to Justice and the Welfase State (1981), S. 147 ff.; *Abel*, Delegalization. A Critical Review of Its Ideology, Manifestations and Social Consequences, in: *Blankenburg u. a.* (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (1980), S. 27 ff.; *ders.*: The Politics of Informal Justice (1982). Zur Diskussion um regulation and de-regulation *Mitnick*, The Political Economy of Regulation (1980); *Wilson*, The Politics of Regulation (1980); *Breyer*, Regulation and Its Reform (1982). Vgl. neuestens die Ergebnisse einer deutsch-amerikanischen Konferenz zum Thema Verrechtlichung: *Trubek*, Reflexive Law and the Regulatory Crisis (1983).

I. *Begriffe*

Präzise Begriffsarbeit tut not, besonders im Falle der Verrechtlichung. Nicht nur um terminologischer Klarheit willen, sondern, wie schon angedeutet, um dem vielschichtigen Verrechtlichungsphänomen überhaupt eine bearbeitbare Problemfassung zu geben. Darüberhinaus wird bei einem solch polemischen Begriff wie dem der Verrechtlichung deutlich, daß mit dem Begriff nicht bloß Definitionen, sondern Optionen an die Hand gegeben werden. Optionen sind Realanalysen der historischen Lage, aufgrund deren Bewertungen vorgenommen, Strategien gewählt und Entscheidungen gefällt werden.[12] Begriffe von Verrechtlichung enthalten immer schon eine Theorie der Entstehungsbedingungen, eine Be-

5 *Moore*, Law and the Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Object of Study, in: Law & Society Review 7 (1973), S. 719 ff.

6 *Harter*, Negotiating Regulations: A Cure for Malaise, in: Georgetown Law Journal 71 (1982), S. 1 ff.

7 *Galanter*, (Fn. 4), S. 26.

8 *Wiethölter*, Entwicklung des Rechtsbegriffs, in: *Gessner/Winter* (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft (1982), S. 38 ff.; *ders.*, Wissenschaftskritische Ausbildungsreform – Anspruch und Wirklichkeit in: *Francke/Hart/Lautmann/Thoss* (Hrsg.), Einstufige Juristenausbildung in Bremen. Zehn Jahre Bremer Modell (1982), S. 7 ff.; *ders.*, Materialization and Prozeduralization of Law, in: *Teubner*, Dilemmas of Law in the Welfare State (1984).

9 *Teubner*, Reflexives Recht, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 68 (1982), S. 13 ff.

10 *Willke*, Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietalen Steuerungstheorie (1983), S. 62 ff.

11 *Teubner*, (Fn. 9), S. 62 ff.

12 *Luhmann*, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat (1981), S. 118 ff. Drei Optionen der Verrechtlichung unterscheidet *Rottleuthner*, Theorien der Rechtsentwicklung zwischen Empirie und Geschichtsphilosophie (1983), S. 14 f.

wertung ihrer Folgen und eine Strategie zu ihrer Behandlung. Eine Begriffserklärung müßte also diese drei Elemente in den unterschiedlichen Verwendungsweisen von Verrechtlichung aufdecken, zugleich müßte sie die Gründe angeben, warum schließlich eine der Optionen gewählt wird.

1. *Normenflut*

In der juristischen Diskussion wird Verrechtlichung in erster Linie als Wachstumsphänomen qualifiziert.[13] Angstbegriffe wie »Normenflut« oder »legal explosion«[14] machen die beunruhigende Wirkung spürbar, die die rasante Expansion des Rechts auf Rechtsstab wie Rechtsunterworfene ausübt. Auch und gerade auf den Rechtsgebieten der Industrie- und Arbeitswelt – Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Kartellrecht und Sozialrecht – wird das enorme quantitative Anwachsen des Normenbestandes registriert und kritisiert. Von einer bestimmten Wachstumsschwelle an sind die Beteiligten nicht mehr nur kognitiv überfordert. Die Rechtsdurchsetzung nimmt Schaden, die Glaubwürdigkeit leidet und an eine anspruchsvolle dogmatische Durcharbeitung ist nicht mehr zu denken. Auf allen vier Rechtsgebieten läßt sich konstatieren, daß die Konsistenzkontrolle des Normen- und Entscheidungsmaterials ebenso wie die Konstruktion dogmatischer Theoriegebäude – die beiden klassischen Aufgaben der Rechtsdogmatik – einem neuen Denkstil des »Rechtsprechungspositivismus« (Zöllner) Platz macht, der sich mit der Aufbereitung von Rechtsprechungsentwicklungen und einer punktuellen Analyse und Kritik ihrer »policies« begnügt. So notiert ein externer Beobachter: »Die auffallende Misere des heutigen positiven . . . Rechts liegt in der Zusammenhanglosigkeit großer Normenmengen, die situationsweise verfahrensmäßig hergestellt und zu unüberblickbaren Haufen zusammengeschoben werden,

13 *Berner*, Inflation im Recht, in: Bayerisches Verwaltungsblatt 1978, S. 617 ff.; *Börlin/Keller/Zumstein* Die Normenflut als Rechtsproblem, in: *Eisenberger/Buser/Metraux/Trappe* (Hrsg.), Grundfragen der Rechtsetzung (1978), S. 295 ff.; *Hillermeier*, Eindämmung der Gesetzesflut, in: Bayrisches Verwaltungsblatt 1978, S. 321 ff.; *Weiss*, Verrechtlichung als Selbstgefährdung des Rechts, in: Die öffentliche Verwaltung 1978, S. 601 ff.; *Tiggemann*, Die unaufhaltsame Flut? Bemerkungen zu einem Vergleich von Reichs- und Bundesgesetzen, in: MzPB 1979, S. 30 ff.; *Vogel*, Zur Diskussion um die Normenflut, in: Juristenzeitung 1979, S. 321 ff.; *Starck*, Übermaß an Rechtsstaat? in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1979, S. 209 ff.; *Sendler*, Normenflut und Richter, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1979, S. 227 ff.

14 *Barton*, Behind the Legal Explosion, in: Stanford Law Review 27 (1975), S. 567 ff.

ohne daß diesen Beständen gegenüber adäquate Mittel gedanklicher Disposition entwickelt worden wären«.[15]
Natürlich ist in einem solchen Begriff der Verrechtlichung, der auf Wachstumskrisen abstellt, auch die Therapie schon mitgedacht. Das Wachstum als solches ist zu bekämpfen. Als probate Mittel werden angeboten: Rationalisierung der Gesetzgebung, Abbau der Regelungsdichte, Durchforstung der Rechtsbestände, kurz: »simplification of law«.[16] Doch die Skepsis, die nach historischen Erfahrungen mit solchen Appellen nicht unbegründet ist, macht vielleicht aufgeschlossener gegenüber dem schon zynischen Vorschlag, es doch lieber mit dem genauen Gegenteil, mit »wachstumsfördernden Hormonspritzen« zu versuchen. Man habe es am Unkraut ausprobiert: Wachstumsbeschleunigung über das zuträgliche Maß hinaus sei ein sicheres Mittel der Vertilgung.[17]
Doch dürfte mit der Fixierung auf die Expansion des Rechtsstoffs, auf die Ausdehnung und die Verdichtung des Rechts, noch ein zu enger Ansatz gewählt sein. Die derzeit gängige Kritik an Verrechtlichungsprozessen unter dem Stichwort »Normenflut« eignet sich wenig als Ausgangspunkt, da sie in mehrfacher Hinsicht die Diskussion verkürzt. »Normenflut« betont bloß den quantitativen Aspekt der Vermehrung des Rechtsstoffes, dem man durchaus mit technischen Verbesserungen der Gesetzgebung begegnen könnte. Demgegenüber käme es eher auf qualitative Aspekte an: Welche inhaltlichen Veränderungen der Rechtsstrukturen haben die (angebliche?) Krise der Verrechtlichung ausgelöst? »Normenflut« ist zudem historisch unspezifisch; über die Zunahme des Rechts und seine Unübersichtlichkeit wurde schon zu vielen Zeiten geklagt. Demgegenüber müßte man Verrechtlichungsprozesse unter spezifischen Bedingungen des modernen Sozialstaates (Interventionsstaates) zum Problem machen. Das schließt zugleich die rechts- und juristenzentrierte Sichtweise der »Normenflut« aus, die sich auf den Rechtsstoff als solchen konzentriert. Problematisch wäre gerade die politische und soziale Angemessenheit von Verrechtlichungsprozessen in unterschiedlich strukturierten Sozialbereichen (Arbeit, Markt, Unternehmen, soziale Sicherung). Schließlich sollte

15 *Luhmann*, Rechtssoziologie 2, (1972), S. 331. Vgl. auch die materialreiche Kritik von *Hegenbarth*, Selbstauflösung des Rechtssystems? in: *Voigt* (Hrsg.), Abschied vom Recht? (1983), S. 67 ff.

16 *Ehrlich*, (Fn. 1); Vgl. die Angaben in (Fn. 13); zusätzlich etwa *Kösterng*, Abbau der Regelungsdichte als Voraussetzung für eine handlungsfähige und bürgernahe Verwaltung, in: Verwaltungsrundschau 1982, S. 73 ff. und 109 ff.

17 *Luhmann*, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts (1981), S. 73 ff., 85.

man von den nationalen Besonderheiten der »Normenflut« abstrahieren und in rechtsvergleichender Sicht die universalen Merkmale von Verrechtlichungsprozessen und ihren Folgeproblemen herausarbeiten können.

2. *Konfliktenteignung*

Will man solche juristischen Sichtverkürzungen mit rechtssoziologischer Optik korrigieren, dann sieht das Verrechtlichungsphänomen plötzlich ganz anders aus. »Politics of informal justice« und das deutsche Pendant der »Alternativen zum Recht« stehen dann im Vordergrund, während Wachstumsprobleme in den Hintergrund treten.[18] In der Sicht der Rechtssoziologen wird mit Verrechtlichung ein Prozeß bezeichnet, in dem menschliche Konflikte durch Formalisierung aus ihrem Lebenszusammenhang gerissen und durch rechtsförmige Bearbeitung denaturiert werden. Verrechtlichung ist gleichsam Enteignung von Konflikten. Gewiß ist die Formel »Konflikt als Eigentum« (Christie) eine extreme Formulierung,[19] aber sie gibt doch deutlich die Analyserichtung an. Es wird bezweifelt, daß Recht erfüllen könne, was gemeinhin als seine Hauptfunktion angesehen wird, nämlich Konflikte zu lösen. In zahlreichen Einzeluntersuchungen hat die rechtssoziologische Forschung Faktoren ausgemacht, die »Hindernisse adäquater rechtsförmiger Konfliktregelung« darstellen: »Zugangsbarrieren und Gerichtsflucht, Dauer und Kosten der Verfahren sowie die prozessuale Ungleichheit der Erfolgschancen«.[20] Danach löst Verrechtlichung nicht Konflikte, sondern sie entfremdet sie. Sie verstümmelt den sozialen Streit zum Rechtsfall, womit eine adäquate zukunftsgerichtete Lösung des Konflikts ausgeschlossen ist.
Wenn somit durch Verrechtlichung Konflikte enteignet worden sind, dann heißt die Losung des de-legalization movement: Expropriation der Expropriateure.[21] Als »Alternativen zum Recht« werden informelle Formen der Konfliktbearbeitung angestrebt, die den Konflikt den Juristen wegnehmen und den Menschen zurückgeben, die also eine Lösung von Konflikten in der realen Sozialwelt und nicht nur in der Scheinwelt der Juristen versprechen.
Institutionelle Vorschläge und Experimente reichen von der Stärkung des Schlichtungselements im Gerichtsverfahren (aktive Rolle des Richters, Vergleich, Güteverhandlungen),[22] über einen Ausbau konfliktnäherer außergerichtlicher Verfahren (Schiedsgerichte, innerbetriebliche und innerverbandliche Instanzen)[23] bis hin zu den Einrichtungen von »community courts« in großstädtischen neighborhoods.[24] Rechtsvergleichende und anthropologische Erfahrungen mit den Kbelle-Palavern, mit Schlichtungsphänomenen in Japan und mit Gesellschaftsgerichten im realen Sozialismus inspirieren die »Alternativen zum Recht«.
Solche Vorstellungen eines »communal law«, wie sie Galanter zu Recht kennzeichnet,[25] sind schon in der rechtssoziologischen Diskussion einer harten Kritik unterzogen worden. Abel lieferte zu dieser Kritik die ideologiekritische, Hegenbarth die konflikttheoretische und Luhmann die gesellschaftstheoretische Variante.[26] In aller Kürze: Die Rückkehr zu »informal justice« bedeutet unter heutigen Bedingungen im wesentlichen, den Konflikt an bestehende Machtverhältnisse auszuliefern. »Alternativen zum Recht« vernachlässigen wesentliche Faktoren der Konfliktbearbeitung unter modernen Bedingungen der Rollentrennung. Sie verkennen die für funktional differenzierte Gesellschaften unersetzliche Funktion des Rechts, die Möglichkeit von Konflikten zur Generalisierung von gesellschaftsweiten kongruenten Erwartungen zu benutzen. Wohlgemerkt, sie mögen brauchbare Reformvorschläge formulieren, die das gesellschaftliche Potential, Konflikte befriedigend zu lösen, durchaus erhöhen, aber als

18 *Abel,* (Fn. 4); *Blankenburg u. a.,* (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (1980).
19 *Christie,* Konflikte als Eigentum, in: Informationsbrief der Sektion Rechtssoziologie der deutschen Gesellschaft für Soziologie 12 (1976), S. 12 ff.
20 *Hegenbarth,* Sichtbegrenzungen, Forschungsdefizite und Zielkonflikte in der Diskussion über Alternativen zur Justiz, in: *Blankenburg* (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (1980), S. 48 ff. mit einer vorzüglichen Diskussion des internationalen Forschungsstandes.
21 Eine aufschlußreiche Auffächerung der unterschiedlichen Richtungen der Entrechtlichungsbewegung bietet *Röhl,* Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz, in: *Blankenburg u. a.,* (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (1980), S. 15 ff.
22 *Giese,* Ansätze zur Tatsachenforschung und Rechtssoziologie des Prozeßvergleichs, in: *Bierbrauer u. a.,* Zugang zum Recht (1978), S. 117 ff.; *Röhl,* Der Vergleich – eine Alternative zum Recht? in: *Blankenburg u. a.* (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (1980), S. 279 ff.
23 *Bender,* Das staatliche Schiedsgericht – ein Ausweg aus der Krise des Zivilprozesses? in: Deutsche Richterzeitung 1976, S. 193 ff.; *Bierbrauer/Falke/Koch,* Konflikt und Konfliktbeilegung. Eine interdisziplinäre Studie über Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedsmannsinstitution in: *Bierbrauer u. a.,* Zugang zum Recht (1978), S. 141 ff.
24 *Danzig,* Toward the Creation of a Complementary Decentralized System of Criminal Justice in: Stanford Law Review 26 (1973), S. 1 ff.; *Lowy,* Modernising the American Legal System: An Example of the Paeceful Use of Anthropology, in: Human Organization 32 (1973), S. 205 ff.
25 *Galanter,* (Fn. 4), S. 12, 15 ff.
26 *Abel,* (Fn. 4); *Hegenbarth,* (Fn. 20); *Luhmann,* The Self-Reproduction of the Law and Its Limits, in: *Teubner,* Dilemmas of Law in the Welfare State (1984).

generelle Perspektive, Verrechtlichung zu interpretieren und Alternativen zur Verrechtlichung zu entwickeln, sind sie wenig geeignet. Das liegt letztlich daran, daß die aktuelle rechtssoziologische Diskussion sich gerade auf die klassischen Aufgaben von Recht (Konfliktregulierung) beschränkt und die eigentlich brisanten Aspekte moderner Verrechtlichung (gesellschaftliche Steuerung) allenfalls am Rande thematisiert. Die rechtssoziologische Kritik entzündet sich an den unbefriedigenden Ergebnissen, die für eine erfolgreiche Fortsetzung von Sozialbeziehungen entstehen, wenn menschliche Konflikte der Justiz ausgeliefert werden. Wie relevant aber ist eine solche Spielart von Justizkritik gegenüber den weitaus beunruhigenderen Tendenzen eines politisch instrumentalisierten Rechts, das im regulatorischen Zugriff ganze Sozialsysteme tiefgreifend zu verändern droht? Demgegenüber erscheint die rechtssoziologische Fragestellung etwas harmlos, fast ein wenig provinziell.

3. *Entpolitisierung*

Angesichts solcher Begriffsverharmlosungen empfiehlt es sich, zu den Ursprüngen der Begriffsbildung zurückzukehren. »Verrechtlichung« entstand als Kampfbegriff in der arbeitsrechtlichen Debatte der Weimarer Republik. Kirchheimer kritisierte damit die juristische Formalisierung der Arbeitsbeziehungen, die zu einer Neutralisierung genuin politischer (Klassen-)Konflikte führte.[27] Nach Fraenkel bedeutet Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen eine »Versteinerung« der Verhältnisse, eine Gefahr für die politische Dynamik der Arbeiterbewegung.[28] Diesen Argumentationsstrang haben in der Bundesrepublik kritische Arbeitsrechtler wiederaufgenommen. Deutlich wird die Ambivalenz von Verrechtlichung – Freiheitsverbürgung und Freiheitsentzug – an den Beispielen Betriebsverfassung, Mitbestimmung, Streik und Aussperrung herausgearbeitet. Einerseits schützt und sichert das Arbeitsrecht bestimmte Interessen der Arbeitnehmer und garantiert Handlungsmöglichkeiten der Gewerkschaften. Andererseits aber entpolitisiert die »repressive Funktion« der Verrechtlichung gesellschaftliche Konflikte, indem sie die Aktions- und Kampfmöglichkeiten

27 *Kirchheimer,* Verfassungsreform und Sozialdemokratie (1933), in: Funktionen des Staates und der Verfassung (1972), S. 79 ff.; *ders.,* Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus, in: ZfB (1928), S. 596 ff.

28 *Fraenkel,* Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts (1932), in: *Thilo Ramm,* (Hrsg.) Arbeitsrecht und Politik (1966), S. 255 ff.

der Gewerkschaften drastisch einschränkt.[29] Eine Erklärung für diese Art ambivalenter Verrechtlichung und ihre Akzeptanz durch Gewerkschaften wird im Zusammenspiel der Interessen spezifischer Gewerkschaftsgruppen mit staatlichen Steuerungsinteressen gefunden: Verrechtlichung unterstützt »kooperative« Gewerkschaftspolitik, ebenso wie sie von dieser abgestützt wird. Dieses Wechselspiel geht freilich zulasten »konfliktorischer« Gewerkschaftspolitik.[30] Auch hier ist die Gegenstrategie (implizit) schon mitgedacht. Erst wenn sich Gewerkschaftspolitik in Richtung »konfliktorischer« Strategien veränderte und autonome Interessenvertretung betonte, ließen sich Verechtlichungsprozesse rückgängig machen und eine Re-politisierung der Arbeitskonflikte einleiten.[31]

In der Tat weist diese Begriffsfassung deutliche Vorteile gegenüber einer juristenzentrierten oder einer justizkritisch engagierten Formulierung von Verrechtlichung auf. Sie nimmt die Auswirkungen des Rechtswachstums auf die Regelungsbereiche in den Blick, betont neben quantitativen Aspekten besonders die qualitativen Veränderungen durch Recht, liefert differenzierte Analysen der Ambivalenz des Phänomens und hat mit dem Begriff der Entpolitisierung gewiß eine der wichtigsten Folgen von Verrechtlichungsprozessen im Griff. Dennoch greift sie in mehreren Hinsichten zu kurz.

Simitis hat auf den gleichsam »voluntaristischen« Charakter dieses Verrechtlichungsbegriffs hingewiesen.[32] Die Schlüsselstellung, die die Alternative »konfliktorisch«/»kooperativ« einnimmt, suggeriert, es sei primär ein Strategieproblem der Gewerkschaften, Verrechtlichungsprozesse in Bewegung zu setzen oder anzuhalten. Neben dieser Beschränkung auf die Politik der Organisation ist zudem auf eine nationale Beschränkung aufmerksam zu machen. Weil Tendenzen »kooperativer« Gewerkschaftspolitik gerade in Deutschland stark ausgeprägt sind, liegt es nahe, auch die »Verrechtlichung« als »deutsche Spezialität« anzusehen.[33] Dieses

29 *Hoffmann,* Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht (1968), S. 92 ff.; *Däubler,* Das Arbeitsrecht (1976), S. 29 ff.; *von Beyme,* Gewerkschaften und Arbeitsbeziehungen in kapitalistischen Ländern (1977), S. 198 ff.; *Erd,* Verrechtlichung industrieller Konflikte Normative Rahmenbedingungen des dualen Systems der Interessenvertretung (1978); *Moritz,* Begrenzung gewerkschaftlicher Politik durch Arbeitsrecht, in: *Voigt* (Hrsg.), Verrechtlichung (1980), S. 170 ff.

30 *Erd,* (Fn. 29), S. 19 und passim.

31 *Erd,* (Fn. 29), S. 26 ff., 251 ff.; *Rosenbaum,* Die Wirkungen des Arbeitsrechts auf die Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern im Betrieb, in: Leviathan (1982), S. 392 ff.

32 *Simitis,* Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen oben S. 124 ff.

33 *Unterseher,* Arbeitsrecht – eine deutsche Spezialität, in: *Jakobi u. a.* (Hrsg.), Klassenkampf, Kritisches Jahrbuch (1972), S. 190 ff.; *von Beyme,* (Fn. 29), S. 198 ff.

rechtsvergleichende Defizit, dessen Korrektur die theoretische Verknüpfung »kooperativer Gewerkschaftspolitik« mit Verrechtlichung deutlich relativieren müßte, führt schließlich auf ein Theoriedefizit. Verrechtlichung aus ihren »innergewerkschaftlichen Voraussetzungen« erklären zu wollen, aus der Kollusion von entscheidungsrelevanten innergewerkschaftlichen Gruppen mit Gesetzgebung und Rechtsprechung,[34] kann man noch als partikulare einflußtheoretische oder interessentheoretische Erklärung gelten lassen, aber schon nicht mehr als klassentheoretische Analyse und schon gar nicht als Baustein für eine gesamtgesellschaftliche Theorie von Verrechtlichungsphänomenen.[35] Es ist also nicht so sehr die normative Festlegung auf gesellschaftliche Teilinteressen, die diesen Begriff von Verrechtlichung als wenig geeignet erscheinen lassen, als vielmehr seine Beschränkung auf die Gewerkschaftsperspektive und seine Enthaltsamkeit gegenüber gesellschaftsstrukturellen Erklärungen der Verrechtlichung.

4. *Materialisierung*

Wenn uns also weder das juristische Verständnis von Verrechtlichung als »Normenflut« befriedigt, noch das rechtssoziologische Verständnis von Konfliktentfremdung, noch das politikwissenschaftliche Verständnis von der Einschränkung der Handlungsspielräume gewerkschaftlicher Interessen, dann sollten wir für eine adäquate Problemfassung Anleihen machen bei den großen Theorien über die Entwicklung des Rechts, wie sie in der Tradition von Marx, Maine, Durkheim, Max Weber heute von Parsons, Unger, Nonet, Selznick in den USA, in Deutschland von Habermas und Luhmann fortgesetzt wurden.[36] Freilich kann an dieser Stelle auch nicht nur damit begonnen werden, die Verwicklungen der Theorien zur Entwicklung des Rechts zu entwirren. Vielmehr geht es nur darum, ein paar Fäden aus dem Theorieknäuel aufzunehmen und in einer Weise zu verknüpfen, die das Problemverständnis von Verrechtlichung fördert. Hier dürfte die von Max Weber eingeführte Unterscheidung von »formalen und materialen Qualitäten des modernen Rechts« eine Schlüsselrolle spielen.[37]

Zunächst aber wird der größere geschichtliche Zusammenhang sichtbar, in dem das heutige Phänomen der Verrechtlichung gesehen werden muß, der Zusammenhang mit der Entwicklung des modernen Wohlfahrtsstaates. Besonders in der Analyse von Habermas wird deutlich, wie das Recht in der Neuzeit auf globale gesellschaftliche Entwicklungen mit verschiedenen Verrechtlichungsschüben antwortet und sie wiederum beeinflußt.[38] »In grober Stilisierung« unterscheidet er vier epochale Verrechtlichungsschübe. Der erste Schub führt zum bürgerlichen Staat, der in Westeuropa in der Gestalt des Absolutismus ausgebildet worden ist. Das Recht reagiert auf die Ausdifferenzierung der beiden großen Subsysteme Wirtschaft und Politik und sichert ihre wechselseitige Verselbständigung und Autonomie rechtsförmig ab. Hier entsteht die moderne formale Privatrechtsordnung, die den gemeinsamen Ausgangspunkt für die spätere Ausdifferenzierung der »materialisierten« Sonderprivatrechte wie Arbeitsrecht, Kartellrecht, Gesellschaftsrecht und Sozialrecht bildet. Es wird die klassische »Privatrechtsordnung normiert, die auf strategisch handelnde und kontraktschließende Rechtspersonen zugeschnitten ist. Diese Rechtsordnung trägt, . . ., die Merkmale der Positivität, Allgemeinheit und Formalität und ist mit Hilfe des modernen Gesetzesbegriffes sowie des Konzepts der Rechtsperson, die Verträge schließen, Eigentum erwerben, entäußern und vererben kann, konstruiert worden. Sie soll Freiheit und Eigentum der Privatperson, Rechtssicherheit und die formelle Gleichheit aller Rechtspersonen vor dem Gesetz, damit die Kalkulierbarkeit aller rechtlich normierten Handlungen gewährleisten«.[39] Die drei darauf folgenden Verrechtlichungsschübe, von denen der letzte für uns von besonderem Interesse ist, kennzeichnet Habermas als historische Gegenbewegungen zur Ausdifferenzierung der großen Systeme Wirtschaft und Politik, genauer, als ihre rechtsstaatliche, demokratische und soziale

34 *Erd*, (Fn. 29), S. 19 und passim; vgl. auch *Moritz*, (Fn. 29), S. 171 f. m. w. N.

35 Damit sollen nicht die aufschlußreichen Analysen von Erd insgesamt kritisiert werden. Es erscheint nur merkwürdig, daß Erd zunächst vehement die Beschränktheit konkurrierender Erklärungsansätze kritisiert und dann seinerseits mit einem recht beschränkten Erklärungsansatz aufwartet. Interessante Nuancierungen seines Ansatzes finden sich neuestens bei *Erd*, Gesetzgebung oder Machtpoker? Das Beispiel der amerikanischen Gewerkschaften, in: *Voigt* (Hrsg.), Abschied vom Recht? (1983) S. 197 ff.

36 Zur Normentheorie von Parsons, die nur aus verstreuten Teilstücken rekonstruiert werden kann, vgl. *Damm*, Systemtheorie und Recht. Zur Normentheorie Talcott Parsons' (1976); neuere Entwicklungstheorien des Rechts in USA: *Unger*, Law in Modern Society (1976); *Nonet/Selznick*, Law and Society in Transition (1978); in Deutschland: *Habermas*, Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus (1976), S. 9 ff., 260 ff.; *ders.*, (Fn. 3), Bd. 1, S. 322 ff., Bd. 2, S. 522 ff.; *Luhmann*, Evolution des Rechts, in: *ders.*, (Fn. 17), S. 11 ff.; *ders.*, (Fn. 15), Bd. 1, S. 132 ff. Zur Diskussion von Evolutionstheorien des Rechts vgl. neuestens *Rottleuthner*, (Fn. 12).

37 *Max Weber*, Rechtssoziologie (1967) §§ 3, 5, 7, 8.

38 *Habermas*, (Fn. 3), Bd. 2, S. 522 ff.

39 *Habermas*, (Fn. 3), Bd. 2, S. 525.

Konstitutionalisierung. In Habermas' Worten sind sie so zu verstehen, »daß darin eine dem Markt und der absolutistischen Herrschaft zunächst zur Disposition gestellte Lebenswelt nach und nach ihre Ansprüche zur Geltung bringt«.[40] In dem zunächst einsetzenden Entwicklungsschub der Verrechtsstaatlichung wird die Privatrechtsordnung derart mit Herrschaftsausübung koordiniert, daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Sinne einer »Herrschaft des Gesetzes« interpretiert werden kann. In einem weiteren Verrechtlichungsschub wird die Demokratisierung der konstitutionalisierten Staatsgewalt durch Recht eingeleitet. Allgemeines und gleiches Wahlrecht und Organisationsfreiheit für politische Verbände und Parteien verrechtlichen den politischen Legitimationsprozeß. Im zuletzt einsetzenden, dem sozialstaatlichen Verrechtlichungsschub, der für unser Thema, der Verrechtlichung der modernen Industrie- und Arbeitswelt, von entscheidender Bedeutung ist, wird die Linie der freiheitsverbürgenden Verrechtlichung fortgesetzt. Sozialstaatliche Verrechtlichung heißt »Konstitutionalisierung« des Subsystems Wirtschaft. Der Sozialstaat zähmt das ökonomische Handlungssystem in ähnlicher Weise wie die beiden vorausgegangenen Verrechtlichungsschübe das politische System gezähmt haben.[41] Die Entwicklung des Tarifsystems und der Normen des Arbeitnehmerschutzes, die Neubildung eines komplizierten Netzes des Sozialschutzes im Sozialrecht, die Verdichtung gesellschaftsrechtlicher Normen zur Unternehmensverfassung und auch kartellrechtliche Eingriffe in Marktverfassung und Marktstrukturen sind als Teil dieses letzten epochalen Verrechtlichungsschubs zu verstehen, in der der intervenierende Sozialstaat das Recht als Steuerungsmittel zur Konstitutionalisierung der Wirtschaft einsetzt.

Wenn diese Analyse im großen und ganzen zutrifft, dann lassen sich zwei wesentliche Folgerungen ziehen. Erstens: Unser Problemverständnis von Verrechtlichung sollte sich dann auf den sozialstaatlichen Verrechtlichungsschub konzentrieren.[42] Verrechtlichung läßt sich nicht sinnvoll als historisch universales Phänomen analysieren. Vielmehr kommt es darauf

40 *Habermas*, (Fn. 3), Bd. 2, S. 527.

41 *Habermas*, (Fn. 3), Bd. 2, S. 530.

42 Ähnlich die Begriffsfassung von *Voigt*, Gegentendenzen zur Verrechtlichung. Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat, in: *ders.*, Gegentendenzen zur Verrechtlichung (1983), S. 17 ff.; *Horst Dreier*, Rezension zu Voigt, Verrechtlichung (1980), Zeitschrift für Rechtssoziologie 4 (1983), S. 101 ff.; *Ronge*, Rechtsetzung durch Tarifvertrag? Zur Koexistenz von staatlichem und nicht-staatlichem Recht in: *Voigt* (Hrsg.), Abschied vom Recht? (1983), S. 278 ff.; *Werle*, Aspekte der Verrechtlichung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 3 (1982), S. 1 ff.; *Simitis*, (Fn. 32), S. 74, 88 und passim.

an, je einen bestimmten Verrechtlichungstyp herauszuarbeiten, der nur vor seinem jeweiligen geschichtlichen Hintergrund verständlich wird. Das zur Zeit drängende Problem dürfte sein, wie man den typisch sozialstaatlichen Verrechtlichungsschub bewältigt, in dem das Recht als Steuerungsmedium der Interventionen und Kompensationen des Sozialstaates eingesetzt wird. Dann erscheinen die vorher angesprochenen Begriffe von Verrechtlichung teilweise als zu abstrakt angesetzt, teilweise nur als Teilphänomene eines größeren Problemzusammenhangs. Wachstum des Rechts etwa ist dann nicht eine Erscheinung, die als solche analysiert oder gar bekämpft werden kann, sondern die erst im Zusammenhang sozialstaatlicher Steuerung der Gesellschaft angemessen zu verstehen ist. »Normenflut« ist nicht primär ein Problem des Rechts als solchem, sondern wird zum Problem des Interventionsstaates. Konfliktentfremdung durch Recht wiederum fällt dann aus dem hier gewählten Analyserahmen heraus, soweit es sich um den Bereich der klassischen Justiz handelt, wird aber als Problematik der Justizialisierung von Konflikten erneut aktuell, soweit diese durch typisch sozialstaatliche Interventionen ausgelöst worden sind. Die Einschränkung autonomer gesellschaftlicher Handlungsspielräume schließlich wird heruntergestuft zu einem unter anderen Problemen sozialstaatlicher Verrechtlichung, in der sich die Ambivalenz von Freiheitsverbürgung und Freiheitsentzug ausdrückt.

Als zweite Folgerung drängt sich auf, daß – trotz der Polit-Formeln von »de-regulation« und »de-legalization« – Entrechtlichung als Gegenstrategie gar nicht ernsthaft zur Debatte steht.[43] Wenn es zutrifft, daß die sozialstaatliche Verrechtlichung Teil eines epochalen Entwicklungsschubes ist, dann ist sie nicht durch bloße politische Entscheidung rückgängig zu machen, schon gar nicht als isolierte Entscheidung über mehr oder weniger Recht. Die »Normenflut« kann nicht durch Deiche und Dämme im Recht aufgehalten werden, allenfalls läßt sie sich kanalisieren. Ebensowenig sind Verrechtlichungsprozesse der industriellen Beziehungen rückgängig zu machen, mit Sicherheit nicht durch Umstellen der Gewerkschaftspolitik von kooperative auf konfliktorische Strategien. Und eine Entjustizialisierung von Konflikten erscheint in der größeren Entwicklungsperspektive bloß noch marginal. Die vollzogene Ausdifferenzierung unterschiedlicher Lebensbereiche in der sozialstaatlich verfaßten Gesellschaft läßt »Alternativen zum Recht« nicht zu, allenfalls Alternativen im Recht.

43 So auch besonders deutlich *Hopt*, Verrechtlichung und Wettbewerbsbeschränkungen: oben S. 266 ff., 287.

Man sollte also nicht mit schein-radikalen Entrechtlichungsforderungen suggerieren, es stünde der Verrechtlichungsprozeß als solcher zur Disposition. Vielmehr müßte man wohl die ganze Alternative Verrechtlichung versus Entrechtlichung aufgeben zugunsten einer Problemformulierung, die den sozialstaatlichen Verrechtlichungsschub als historisches Faktum akzeptiert, sich aber zugleich mit Entschiedenheit den dysfunktionalen Folgeproblemen des Phänomens stellt. Gleiches gilt für eine normative Bewertung. Sicherlich stehen uns heute die problematischen Folgen der sozialstaatlichen Verrechtlichung deutlicher vor Augen als zu Beginn der Entwicklung. Das darf aber über die freiheitsverbürgende Funktion des interventionsstaatlichen Verrechtlichungsprozesses nicht hinwegtäuschen.[44] Auch unter normativen Gesichtspunkten sollte die sozialstaatliche Verrechtlichung als solche akzeptiert werden und reformerische Aufmerksamkeit sollte sich dem Kompensieren von Nebenfolgen zuwenden, wobei freilich jede Kompensation mit Notwendigkeit ihrerseits dysfunktionale Folgen nach sich zieht, was wiederum Korrekturen notwendig macht und so weiter und so weiter.[45]

II. *Merkmale*

Um etwas genauer zu sehen, wie sich das Recht im sozialstaatlichen Verrechtlichungsschub selbst wandelt, empfiehlt es sich, an Max Webers berühmte Unterscheidung von formaler und materialer Rechtsrationalität anzuknüpfen. Dabei wird deutlich welche Wirkungen es hat, wenn die formale Rationalität des klassischen rechtsstaatlichen Rechts von einer materialen sozialstaatlichen Orientierung abgelöst oder überlagert wird.[46]
Vor mehr als einem halben Jahrhundert hatte Max Weber, dessen soziologisches Interesse vornehmlich dem Spannungsverhältnis von materieller und formaler Rationalität in den verschiedensten Lebensbereichen galt, das moderne europäische Recht und – in geringerem Ausmaße – das anglo-amerikanische Recht als »formal-rational« gekennzeichnet.[47] Die

44 *Habermas*, (Fn. 3), S. 530 ff.; *Voigt*, Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft, in: *ders.*, Verrechtlichung (1980), S. 15 ff., 30 f.; *Zacher*, Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts oben S. 11 ff.
45 Parallele Argumentation bei *Simitis*, (Fn. 32), passim.
46 *Max Weber*, (Fn. 37).
47 *Max Weber*, (Fn. 37), S. 329 ff.

Formalisierung des Rechts ist einer der von Weber analysierten großen Rationalisierungsprozesse der Neuzeit, der sich parallel zur Ausdifferenzierung der Handlungssphären Wirtschaft, Politik und Wissenschaft abgespielt hat. Formale Rationalität besteht danach in dem Maße, in dem sich professionell trainierte Juristen an universalistischen Normstrukturen orientieren, konkreter: in dem im Rechtsverfahren »ausschließlich eindeutige generelle Tatbestandsmerkmale materiell-rechtlich und prozessual beachtet werden«.[48] Im modernen Rechtsformalismus entspricht einer begrifflich »zunehmend logischen Sublimierung und deduktiven Strenge des Rechts« zugleich ein verfahrensmäßiges Element, eine »zunehmende rationale Technik des Rechtsgangs«.[49] Weber analysierte bestimmte rechtliche Entwicklungsprozesse, in denen mächtige gesellschaftliche Interessen das Recht so beeinflußten, daß es von einer primär materialen, also einer inhaltlich-ethischen Orientierung zu einer formalen, also einer begrifflich abstrakten und verfahrensmäßig rationalisierten Orientierung überging.
Zugleich aber wies Max Weber auch nachdrücklich auf bestimmte antiformale Tendenzen in der neueren Rechtsentwicklung hin.[50] Im Vertragsrecht etwa manifestierten sich solche Re-Materialisierungen in einer »zunehmende(n) Partikularisierung des Rechts« und einer wachsenden legislativen und richterlichen Kontrolle der Vertragsinhalte. Für Weber bedeutete dies eine Gefährdung formaler Rationalität durch Normen anderer qualitativer Dignität: »ethische Imperative oder utilitaristische oder andere Zweckmäßigkeitsregeln oder politische Maximen, welche sowohl den Formalismus des äußeren Merkmals wie denjenigen der logischen Abstraktion durchbrechen«.[51] Nach Max Weber muß die innere Qualität der hochentwickelten Rechtskultur Schaden nehmen, »wenn soziologische und ökonomische oder ethische Räsonnements an die Stelle juristischer Begriffe treten«.[52]
Weber führte diese neuerliche Partikularisierung des Rechts auf verschiedene Ursachen zurück. Im Vordergrund stehen die »sozialen Forderungen der Demokratie«,[53] also sozialstaatliche Interventionen in autonome Sozialbereiche. Von einem Teil der Rechtsinteressenten (Arbeiterschaft) werden materiale Anforderungen an das Recht gestellt. Daneben aber

48 *Max Weber*, (Fn. 37), S. 125.
49 *Max Weber*, (Fn. 37), S. 331.
50 *Max Weber*, (Fn. 37), S. 332 f.
51 *Max Weber*, (Fn. 37), S. 125.
52 *Max Weber*, (Fn. 37), S. 346.
53 *Max Weber*, (Fn. 37), S. 356

treiben Interessenkreise der Wirtschaft andere Materialisierungen des Formalrechts heraus. Und schließlich sind es Juristen selbst, die von Weber so genannten »Rechtsideologen«, die »ein soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate (›Gerechtigkeit‹, ›Menschenwürde‹) verlangen«.[54]

Gegenüber den übermächtigen Prozessen formaler Rationalität des Rechts jedoch erschienen für Max Weber diese materialen Tendenzen alles in allem nur marginal. Ganz anders werden in heutigen Entwicklungstheorien diese Tendenzen eingeschätzt. »Materialisierung des Formalrechts« erscheint heute als der dominante neuere Entwicklungstrend, zu dessen Erklärung man evolutionistische Ansätze heranzieht.[55] Dieser Trend der sozialstaatlichen Verrechtlichung, der sich als Materialisierung des Formalrechts äußert, »bezeichnet eine Vielzahl von meist rechtlichen Steuerungsinterventionen in die klassisch als selbstregulierend vorgestellten Autonomiebereiche«[56] der Industrie- und Arbeitswelt. Interventionsgründe sind hauptsächlich – im Arbeitsrecht nicht anders als im Gesellschaftsrecht, Kartellrecht und Sozialrecht – das Auftreten von Phänomenen wirtschaftlicher Macht und/oder ein gesellschaftlicher Bedarf an Sozialschutz. Etwas näher läßt sich die sozialstaatliche Verrechtlichung durch drei Wandlungsprozesse gegenüber dem Formalrecht kennzeichnen, durch Wandel in der Funktion des Rechts, in seiner Legitimation und in seiner Normstruktur.[57]

1. *Funktion*

Gegenüber dem klassischen Formalrecht gewinnt das materiale Recht in der industriellen Arbeitswelt eine neue gesellschaftliche Funktion. Es ist nicht mehr nur auf die normativen Imperative einer entwickelten Marktgesellschaft zugeschnitten, sondern auf die politischen Interventionsbedürfnisse des modernen Wohlfahrtsstaates. Es ist instrumentalisierbar für die Zwecke des politischen Systems, das nun für gesellschaftliche Prozesse die Verantwortung übernimmt und zwar sowohl in der Definition von Zielen, in der Auswahl normativer Mittel, im Anordnen konkreter Verhaltensprogramme als auch in der Implementierung von Normen.[58] Am deutlichsten wird die Instrumentalisierung im Sozialrecht selbst und zwar in den beiden Dimensionen, die Zacher mit Externalisierung und Internalisierung umschreibt, wobei die internalisierenden Wandlungen, in denen klassisches Formalrecht selbst für soziale Zwecke umfunktioniert wird, besonders aufschlußreich sind.[59] Das gleiche gilt für das individuelle wie das kollektive Arbeitsrecht, die beide aus Gründen des Sozialschutzes der Arbeitnehmer in politische Verantwortung genommen werden.[60] Für das Gesellschaftsrecht und das Kartellrecht sind freilich Relativierungen angebracht. Zwar ist auch das Kartellrecht als eine staatliche Veranstaltung zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs konzipiert. Die »visible hand« des Staates greift in das Marktgeschehen ein, um bestehende Marktmacht zu bekämpfen, das Entstehen von Marktmacht zu verhindern und den Mißbrauch von Marktmacht auszuschließen. Aber seine volle politische Instrumentalisierung über wettbewerbspolitische Zwecke hinaus ist problematisch, jedenfalls umstritten.[61] Auch im Gesellschaftsrecht ist die interventionsstaatliche Instrumentierung nicht so deutlich ausgeprägt; jedoch auf Teilgebieten wie der rechtlichen Festlegung der Grenzen des Gesellschaftszwecks (Stichwort: Sozialpflichtigkeit), der Publizität und insbesondere der Mitbestimmung und der Unternehmensverfassung interveniert der »activist state« recht massiv in unternehmensrechtliche Strukturen.[62]

2. *Legitimation*

Aus dieser neuen Funktion bezieht das materiale Recht zugleich eine neue innere Legitimation. Während sich das formale Recht klar auf die Ausgrenzung abstrakter Handlungssphären für privatautonomes Handeln be-

54 *Max Weber*, (Fn. 37), S. 336.

55 Besonders deutlich bei *Eder*, Zur Rationalisierungsproblematik des modernen Rechts, in: Soziale Welt 29 (1978), S. 247 ff. Zu Materialisierungstendenzen im amerikanischen Recht vgl. *Unger*, (Fn. 36), S. 192 ff.; *Trubek*, Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development, in: Yale Law Journal 83 (1972), S. 11 f.; *Turkel*, Rational Law and Boundary Maintenance, in: Law and Society Review 15 (1980-81), S. 41 ff.; zur deutschen Entwicklung vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 514 ff. Neuere eingehende Analysen der Materialisierungsprozesse bei *Wiethölter*, (Fn. 8); *Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts (1980).

56 *Hart*, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, in: Die Aktiengesellschaft 3 (1984), S. 66 ff.

57 Zu diesen Dimensionen und ihrer Anwendung auf einen dritten Rechtstyp, den Typ des reflexiven Rechts, vgl. *Teubner*, (Fn. 9), S. 23 ff.

58 Vgl. die Quellenangaben in (Fn. 55).

59 *Zacher*, (Fn. 44), S. 23 ff.

60 *Simitis*, (Fn. 32), S. 92 ff.

61 *Hopt*, (Fn. 43), S. 245 ff.

62 Vgl. *Kübler*, Verrechtlichung von Unternehmensstrukturen oben S. 225 ff.

schränkt hatte,[63] so legitimiert sich das materiale Recht damit, daß es soziales Verhalten direkt und ergebnisorientiert steuert.[64] Die Rechtfertigung verschiebt sich von Autonomie auf Regulierung. Selbst in den noch heute eher formal orientierten Gebieten des Unternehmens- und Kartellrechts schlägt die Direktregulierung durch. Im Gesellschaftsrecht konstatiert man (eher verunklarend) eine neue »Ethisierung«, die im wesentlichen auf Anteilseigner- und Minderheitenschutzregeln hinausläuft.[65] Deutlicher wird der regulierende Eingriff wieder bei den Regeln zur Mitbestimmung im Aufsichtsrat.[66] Im Kartellrecht sucht man die Legitimation weniger in der direkten als in der indirekten Steuerung von wirtschaftlichem Verhalten. Marktverhaltensregeln und Mißbrauchsaufsicht stellen jedoch auch hier klare Phänomene der ergebnisorientierten Direktsteuerung dar.[67]

3. *Struktur*

Dieser Funktions- und Legitimationswandel, den sozialstaatliche Verrechtlichungsprozesse auslösen, schlägt auch spürbar auf die Normstruktur, auf die innere Ordnung des Rechts durch. Die Wirkungen reichen vom Funktionsverlust des allgemeinen Gesetzes bis hin zu Änderungen der Interpretationsmethoden.[68] Schon frühzeitig wurde im Arbeitsrecht die Tendenz zur Partikularisierung erkennbar.[69] Hatte klassisches Formalrecht im Begriff der Rechtsperson von gesellschaftlich-relevanten Merkmalen abstrahiert und war es damit auf die Kritik gestoßen, in falschen Abstraktionen faktische Machtpositionen zu verschleiern oder sie gerade dadurch durchzusetzen, so wurde im neuen Arbeitsrecht mit der Definition von Arbeitgeber/Arbeitnehmer die Klasse rechtlich relevanter

63 Für die Situation in USA vgl. *Kennedy*, Legal Formality, in: The Journal of Legal Studies (1973), S. 351 ff.; *ders.*, Form and Substance in Private Law Adjudication, in: Harvard Law Review (1976), S. 1685 ff.; *Heller*, Is the Charitable Exemption from Property Taxation an Easy Case? General Concerns about Legal Economics and Jurisprudence, in: *D. Rubinfeld*, (Hrsg.) Essays on the Law and the Economics of Local Governments (1979); *Unger*, (Fn. 36), S. 166 ff.

64 Vgl. die Quellenangaben in: (Fn. 55).

65 *Wiedemann*, Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmensrecht, in: Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht (1980), S. 147 ff.

66 *Kübler*, (Fn. 62).

67 *Hopt*, (Fn. 43), S. 245 ff., 251 ff.

68 Vgl. die Quellenangaben in: (Fn. 55).

69 Dazu *Simitis*, (Fn. 32), S. 88 ff., 99 ff.

Merkmale bewußt erweitert.[70] Das Arbeitsrecht machte also das Formalrecht in dem Sinne material, daß es bisher rechtsexterne Merkmale internalisierte. Diese Umstellung des Rechts von generellen Normen auf positionsspezifische Rollen dürfte eine der wesentlichsten Veränderungen im Laufe moderner Verrechtlichung darstellen.[71] Auch hier sind wieder zentral Arbeitsrecht und Sozialrecht betroffen, während im Kartellrecht und Gesellschaftsrecht die Wandlungen weniger deutlich hervortreten. Die Partikularisierung dürfte ihr kartellrechtliches Pendant in dem Abstellen auf eine spezifische Marktstruktur finden, wonach das gleiche Verhalten unterschiedliche rechtliche Beurteilung je nach Marktstituation erfährt.[72] Und auch im Gesellschaftsrecht wurde unter dem Stichwort »Rolle und Recht« ein Zunehmen positionsspezifischen Denkens notiert.[73]

Ein weiteres Strukturmerkmal sozialstaatlicher Verrechtlichung ist der unaufhaltsame Aufstieg des »Zwecks im Recht«. Nicht umsonst fehlte in Savignys Methodenkanon die teleologische Methode, deren Dominanz über die anderen Methoden heute mehr oder weniger explizit anerkannt ist.[74] Ja, die Formel der »Politik des Gesetzes« geht darüber noch hinaus und legitimiert auch im deutschen Recht das in den USA geläufige Denken in terms of policies.[75] Gerade Gesellschaftsrecht und Kartellrecht können als nun schon klassische Bereiche für den Konflikt zweier Denkungsarten im Recht gelten. Policy-orientiertes Rechtsdenken dringt in Bereiche klassischen Formalrechts ein und führt zu kaum lösbaren Aporien, wie sie sich etwa im Verhältnis von Mitbestimmungsrecht und Satzungsautonomie zeigen[76] oder im Konflikt zwischen einem bürgerlich rechtlichen und einem kartellrechtlichen Vertragsbegriff.[77] Dies läßt

70 *Rottleuthner*, (Fn. 12).

71 Dazu *M. Rehbinder*, Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie (1967), S. 197 ff.; *Teubner*, Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1980), § 242, Rdn. 50 ff.; *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln (1981), S. 192 ff.

72 *Hopt*, (Fn. 43), S. 268 f.

73 *Lutter*, Rolle und Recht, in: FS für Helmut Coing (1982), S. 565 ff.

74 Zur rechtsvergleichenden Entwicklung der Methodenlehre, vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts (1975 ff.); *Krawietz*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung (1978), S. 86 ff.

75 *Steindorff*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: FS für Karl Larenz (1973), S. 217 ff.; in rechtsvergleichender Perspektive *ders.*, Legal Consequences of State Regulation, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. 17, Kap. 11.

76 Vgl. dazu mit ausführlichen Literaturnachweisen *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht (1980), S. 607 ff.; *Kübler*, Gesellschaftsrecht (1981), S. 367 ff.

77 Dazu *Hopt*, (Fn. 43), S. 240 ff. m. w. N.

sich verallgemeinern: Die vorherrschende Regelorientierung wird zunehmend von instrumentaler Orientierung überlagert. »Sovereignty of purpose« – nach Selznick das Hauptmerkmal eines responsiven Rechts – kann sich nur im Zusammenhang sozialstaatlicher Verrechtlichung herausbilden.[78] Statt präzis definierte Rechtsnormen (Konditionalprogramme) strikt anzuwenden, verwalten jetzt die Rechtsexperten eher offen definierte Standards und vage Generalklauseln (Zweckprogramme). Dies bedingt eine dramatische Umstellung des juristischen Denkstils, die mit dem Ausdruck Folgenorientierung zwar auf den Begriff gebracht ist, aber deren Folgen für die Rechtsdogmatik noch längst nicht ausgearbeitet, geschweige denn gelöst sind.[79]

Folgenorientierung führt uns auf ein letztes Folgephänomen der Verrechtlichung, das in den letzten Jahren mit Interesse und Beunruhigung registriert worden ist. Besonders im Kartellrecht ist deutlich geworden, in welchem Ausmaß sozialwissenschaftliches Denken im weitesten Sinne inzwischen die juristische Begriffsbildung und Entscheidungsfindung beeinflußt.[80] Und das betrifft nicht nur die akademische Diskussion, sondern geht tief in die Entscheidungspraxis des Kartellamts und der Gerichte hinein. Ob es sich um die großen ideologischen Fragen der Wettbewerbsfunktionen (Freiheitsschutz oder wirtschaftliche Ergebnisse)[81] handelt, oder um die Frage, ob Kartellrecht auch für andere wirtschaftspolitische Ziele instrumentalisierbar ist, oder ob technische Probleme des Als-Ob-Wettbewerbs in § 22 GWB oder Fragen der Bestimmung von Marktmacht[82] zu lösen sind, immer ist juristische Argumentation wirtschaftswissenschaftlich subventioniert. Dies kann auch kaum anders sein, denn wie könnte das Kartellrecht glaubhaft machen, über die konkrete Streitentscheidung hinaus die Erhaltung oder Wiederherstellung von

78 *Nonet/Selznick*, (Fn. 36), S. 78 ff.

79 *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1974); *Teubner*, Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, in: Rechtstheorie 6 (1975), S. 179 ff.; *Rottleuthner*, Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, in: ARSP Beiheft – Nr. 13 (1979), S. 97 ff.; *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen (1981).

80 Exemplarisch die Diskussion zwischen *Gotthold*, Neuere Entwicklung der Wettbewerbstheorie, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 145 (1981), S. 286 ff. und *Möschel*, Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht S. 145 (1981), S. 590 ff.

81 *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1983), § 3; *Reich*, Markt und Recht (1977), S. 29 ff.

82 Etwa *Klauss*, Die Bestimmung von Marktmacht. Eine Untersuchung von Machtkriterien unter Berücksichtigung der Zusammenschlußkontrolle des »Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen« in der Bundesrepublik Deutschland (1975).

Wettbewerb betreiben zu wollen, wenn es verfügbares gesellschaftliches Wissen über die politische Steuerung von Märkten außer acht ließe?

Im Gesellschaftsrecht ist dies nicht anders. Die großen rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Debatten um Unternehmensverfassung und Wirtschaftsverfassung kommen ohne sozialwissenschaftliche Subventionierung nicht aus. Ob nun über Begriffe wie »Unternehmen als Organisation« explizit auf Organisationstheorie zurückgegriffen wird[83] oder ob in verfassungsrechtlicher Einkleidung Effektivitätsprognosen angestellt werden[84] oder ob in scheinbar streng dogmatischer Manier das Gesellschaftsrecht über solche Grundbegriffe wie »Organisation« und »Gruppe« neu durchdacht wird,[85] immer werden Theorien über das Verhältnis von Organisation und Markt, Politik und Recht benötigt.

Man kann die allerorten zu verspürende Öffnung der Rechtswissenschaft zu Ökonomie, Soziologie, Politikwissenschaft nicht bloß als Modeerscheinung der unruhigen sechziger und siebziger Jahre abtun. Sicher trug man gestern kritische Theorie, Systemtheorie und »law and society« und heute schmückt man sich mit ökonomischer Analyse des Rechts, »property rights« und »public choice«.[86] Das sind natürlich Modewellen, doch liegt der Grund tiefer: die sozialwissenschaftliche Öffnung ist engstens mit dem Verrechtlichungsphänomen selbst verknüpft. Denn regulatorisches Recht versteht sich als instrumentales Recht, als Mittel der Sozialgestaltung, das bestimmte soziale Veränderungen hervorrufen will und dazu soziales Wissen benötigt.

Im Selbstverständnis des klassischen Formalrechts kam es dagegen auf einzelne Effekte gerade nicht an. Im eigenen Wirkungsmodell sollte Recht nur einen formalen Rahmen für die Entfaltung von gesellschaftlicher Autonomie abgeben, ohne daß damit einzelne Steuerungswirkungen intendiert waren. Die Zählebigkeit des Formalrechts erklärt sich insbe-

83 *Raiser*, Das Unternehmen als Organisation: Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre (1969); *ders.*, Unternehmensziele und Unternehmensbegriff, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, S. 144 (1980), S. 206 ff.; auch dessen Kritiker können nicht umhin, sich auf außerjuristische Theorien einzulassen, vgl. etwa *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, (1980), S. 307 ff.

84 *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz – Gemeinschaftsgutachten (1977), S. 123 ff.; *Kübler/Schmidt/Simitis*, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe. Zur Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes 1976 (1978), S. 145 ff., 197 ff.; BVerfG 50, 290 ff.

85 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtes, Bd. I, Teil I, Die Personengesellschaft (1977), §§ 1, 4, 7.

86 Als neuere gründliche Bestandsaufnahme vgl. den Einleitungsaufsatz von Walz in: *ders.*, (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Zivilrecht (1983), S. 1 ff.

sondere daraus, daß es sich von einzelnen Auswirkungen auf die Gesellschaft unabhängig macht und wenn überhaupt etwas, dann nur einen Zustand allgemeiner Freiheit herbeiführen will. Die Krise des Formalrechts ist entsprechend nicht als eine Wirkungskrise zu verstehen. Es hat in der Praxis nach seinem eigenen Selbstverständnis prächtig funktioniert. Von diesem inneren Modell des Formalrechts her wird auch das selbstbewußte Diktum Windscheids vom »Juristen als solchen«, der sich um »ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen nicht kümmert«,[87] plausibel, das uns heute arrogant oder nur noch weltfremd erscheint.
Erst auf dem Umweg über die Politik, die unter dem Druck von sozialen Problemen und Klassenbewegungen sozialstaatliche Konzeptionen erarbeitete, geriet – wie Max Weber gezeigt hat – das Formalrecht in eine Krise seiner eigenen Identität. Erst der Widerspruch zwischen politischen Anforderungen der Kompensation von Industrialisierungsfolgen und den Strukturen des klassischen Formalrechts löste die Krise des Formalrechts aus, auf die das Recht mit Materialisierungstendenzen geantwortet hat.
Materiales Recht als politisches Steuerungsinstrument hingegen ist von seinem Selbstverständnis her auf die Auslösung gesellschaftlicher Wirkungen angelegt. Wenn diese Wirkungen nicht eintreten, betrifft dies unmittelbar seine Legitimität. Entsprechend ist der materiale Rechtstyp genötigt, sich wirkungsanalytischer Hilfe zu versichern. Sozialwissenschaft wird also für das Recht unmittelbar relevant, insofern sozialwissenschaftliche Wirkungsanalysen die Effektivität des Rechts aufhellen können. Der Umfang der sogenannten Soziologisierung des Rechts ist entsprechend keine Größe, die je nach intellektueller Mode beliebig von Juristen variierbar wäre, sondern hängt mit den Wandlungen des Rechts im Wohlfahrtsstaat selbst zusammen.
Wir können nun an dieser Stelle als ein *erstes Zwischenergebnis* festhalten: Verrechtlichung heißt nicht bloß Wachstum des Rechts, sondern bezeichnet einen Prozeß, in dem der intervenierende Sozialstaat einen neuartigen Rechtstyp, das regulatorische Recht, hervorbringt. Erst beide Elemente zusammengenommen – Materialisierung *und* sozialstaatliche Absicht – machen die Besonderheit des heutigen Verrechtlichungsphänomens aus.[88]

87 *Windscheid*, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, in: *ders.*, Gesammelte Reden und Abhandlungen (1904), S. 101 ff.

88 Mit gewissen Nuancierungen liegt dieser Begriff von sozialstaatlicher Verrechtlichung allen Beiträgen in diesem Bande zugrunde. *Simitis*, (Fn. 32), S. 88, 92 ff. betont stärker die Steuerungsabsicht des Sozialstaates, gleichgültig ob nun in Form der Direktregulierung oder

Regulatorisches Recht, das durch den Primat materieller Rationalität im Unterschied zu formaler Rationalität gekennzeichnet ist, weist folgende Merkmale auf: In seiner Funktion ist es auf die Steuerungsbedürfnisse des Sozialstaates zugeschnitten, in seiner Legitimation steht steuernde und kompensierende Regulierung im Vordergrund, in seiner Struktur ist es eher partikularistisch, zweckorientiert und angewiesen auf sozialwissenschaftliche Theoriesubventionen. Als Teil eines größeren geschichtlichen Prozesses ist Verrechtlichung nicht per politischer Entscheidung rückgängig zu machen. Ernsthaft zur Diskussion stehen nur Überlegungen, wie dysfunktionale Folgeprobleme von Verrechtlichung zu mildern sind.

III. *Grenzen*

1. *Regulatorisches Trilemma*

Welche sind nun die dysfunktionalen Folgeprobleme von Verrechtlichung? Bei einer solchen abstrakten Fragestellung muß man sich, will man nicht in der Normenflut ertrinken, auf die Inseln prinzipieller Fragen retten. Mit den Schlagworten des Rechtswachstums, der Konfliktenteignung, der Entpolitisierung hatten wir je schon wichtige Folgeprobleme der Verrechtlichung angesprochen,[89] die man freilich beliebig erweitern könnte. Gegenüber solchen Teilproblemen lautet nun die prinzipielle Frage: Gibt es Anzeichen dafür, daß das regulatorische Recht unübersteigbare Wirkungsgrenzen erreicht hat? Stößt Verrechtlichung schon heute auf ihre »limits to growth«?
Will man dazu eine theoretische Orientierung gewinnen, so sollte man nochmals Max Webers Begriffe von formaler und materialer Rationalität des Rechts aufgreifen, diese nun aber von einer anderen Seite her beleuchten. Weber hatte zwei einander widersprechende Entwicklungstendenzen beschrieben. Einerseits steigert das Rechtssystem seine »formale« Spezialisierung, Professionalisierung und innere Systematisierung, andererseits

in anderen Rechtsformen, während *Kübler*, (Fn. 62), S. 185 ff. eher den Aspekt des direktregulierenden zwingenden Rechts betont. M. E. macht erst die Kombination beider Elemente das brisante Problem der Verrechtlichung aus, wenn nämlich Recht den kombinierten Anforderungen von politischer Zielsetzung und unmittelbarer Sozialgestaltung ausgesetzt wird.

89 Siehe oben Abschnitt I.1 bis I.3.

ist es zunehmenden »materialen« Anforderungen der Rechtsinteressen, den sozialstaatlichen Forderungen der Demokratie etc. ausgesetzt.[90] Aus der Sicht der Systemtheorie handelt es sich dabei um einen Konflikt zwischen der gesellschaftlichen Funktion des Rechts, anläßlich von Konflikten gesellschaftliche Erwartungen zu bilden, auf die hin es sich mehr und mehr spezialisiert, und den regulatorischen Leistungen, die dem Recht von seinen gesellschaftlichen Umweltsystemen abgefordert werden.[91]

Dies legt es nahe, die Materialisierung des Formalrechts als einen Prozeß umzuinterpretieren, in dem zwei gegenläufige Trends gleichzeitig verstärkt werden. Auf der einen Seite wird die »Formalisierung« des Rechts gesteigert in dem Sinne, daß Recht an der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft teilnimmt und seine Autonomie bis zu einem Punkt ausbildet, der von Soziologen heute als autopoietische Selbstreferenz bezeichnet wird.[92] Dieser Begriff kann hier nicht in all seinen Verästelungen vorgestellt werden, es muß eine grobe Kennzeichnung genügen. Die authentische Definition lautet: »Die autopoietische Organisation wird als eine Einheit definiert durch ein Netzwerk von Bestandteilen, die 1. rekursiv an demselben Netzwerk der Produktion von Bestandteilen mitwirken, das auch diese Bestandteile produziert, und die 2. das Netzwerk der Produktion als eine Einheit in dem Raum verwirklichen, in dem die Bestandteile sich befinden«.[93] Ein solches autopoietisches System bezieht sich in allen Operationen immer auf sich selbst und produziert seine Elemente aus den Beziehungen zwischen seinen Elementen. Ein autopoietisches System produziert und reproduziert sich selbst. Für das Recht etwa bedeutet autopoietische Selbstreferenz, daß es sich in seiner Gültigkeit nur auf Normativität stützt und sich damit endgültig von allen außerrechtlichen

90 Siehe *Max Weber*, (Fn. 37).

91 Siehe *Teubner*, (Fn. 9), S. 48 im Anschluß an *Luhmann*, (Fn. 15), S. 94 ff. und *ders.*, Funktion der Religion (1977), S. 245 ff.

92 Die Begriffe Selbstreferenz/Autopoiese werden sowohl in der Biologie als auch in den Sozialwissenschaften benutzt, um ein System zu identifizieren, das die Elemente, aus denen es besteht, produziert und reproduziert. Allgemein *Maturana, Varela, Uribe*, Autopoiesis: The Organization of Living Systems, Its Characterization and a Model, in: Bio Systems 5 (1974), S. 187 ff.; *Varela* Principles of Biological Autonomy, (1979). Zu einer sozialwissenschaftlichen Verwendung vgl. *Hejl*, Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme (1982); *ders.*, Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die soziologische Systemtheorie, in: Rechtstheorie 13 (1982), S. 45 ff.; *Luhmann*, Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik 2, (1981), S. 9 ff.; in Bezug auf das Rechtssystem *ders.*, (Fn. 26).

93 *Maturana*, Die Organisation lebender Systeme, in: *ders.*, Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit (1982), S. 158 ff.

Bezügen – Politik, Moral, Wissenschaft – und von naturrechtlichen Begründungen löst und nur noch innerrechtlich sich selbst reproduzieren kann.[94]

Auf der anderen Seite wird aber mit steigender Formalisierung, ja sogar durch sie bedingt, die »Materialisierung« des Rechts gesteigert. Je mehr sich das Rechtssystem auf seine Funktion der Erwartungsbildung durch nachgeschaltete Konfliktregulierung spezialisiert, um so mehr bildet es Normen und Prozeduren aus, die zur zukunftsgerichteten Verhaltenssteuerung benutzt werden können. Man muß es so paradox formulieren: *Indem Recht in seinem Funktionsbezug autonom gesetzt wird – Formalität –, gerät es in steigende Abhängigkeit von den Leistungsanforderungen seiner gesellschaftlichen Umwelt – Materialität.* Und das heißt unter heutigen Bedingungen: Das autonome, positive, hochformalisierte und professionalisierte Recht wird, wenn es zu Zwecken sozialstaatlicher Steuerung instrumentalisiert wird, spezifizierten Anforderungen der Politik einerseits, der regulierten Lebensbereiche andererseits ausgesetzt. Dieses Spannungsverhältnis von steigender Autonomie und steigender Interdependenz begründet zugleich die Notwendigkeit und die Problematik der modernen Verrechtlichung.

Die Problematik steckt genau im »Widerspruch« von steigender Autonomie und gleichzeitig steigender Abhängigkeit. Wenn gesellschaftliche Teilbereiche wie Wirtschaft, Politik, Recht, Kultur, Wissenschaft so autonom werden, daß sie nicht nur sich selbst programmieren, sondern sozusagen nur noch auf sich selbst reagieren, dann sind sie nicht mehr unmittelbar füreinander zugänglich. Politik produziert im eigenen Machtkreislauf bindende Entscheidungen, Recht reproduziert sich im Entscheidung-Regel-Kreislauf seine Normativität, und die Wirtschaft ist im Geldkreislauf sozusagen kurzgeschlossen. Wechselseitige Beeinflussungen finden natürlich ständig statt, sind aber nicht nach dem einfachen Kausalschema wirksam. Externe Anforderungen werden nicht nach dem Stimulus-response-Schema direkt in interne Wirkungen umgesetzt, sondern sie werden nach Kriterien eigener Selektivität in die jeweiligen Systemstrukturen gefiltert und eingepaßt in die Eigenlogik des Systems. Für die Umwelteinflüsse auf das Recht heißt das, daß selbst die mächtigsten gesellschaftlichen Pressionen juristisch nur insoweit wahrgenommen und verarbeitet werden, wie sie auf den inneren »Bildschirmen« der rechtlichen Wirklichkeitskonstruktionen erscheinen. Umgekehrt werden rechtliche Regulierungen von den Umweltsystemen nur als äußere Auslöser für in-

94 *Luhmann*, (Fn. 26).

terne Abläufe abgenommen, die vom Recht gar nicht mehr beherrschbar sind.

Man ist dann mithin genötigt, Vorstellungen von wirksamer Fremdsteuerung aufzugeben, so als könnten Recht oder Politik gesellschaftliche Teilbereiche zielorientiert steuernd beeinflussen. Demgegenüber müßte man die Wirkung des regulatorischen Rechts weitaus bescheidener als bloße *Auslösung von Selbststeuerungsprozessen* beschreiben, deren Richtung und Wirkung im vorhinein kaum prognostiziert werden kann. Die Kybernetiker halten dafür den Begriff »black box« bereit.[95] Eine äußere Beeinflussung gesellschaftlicher Lebensbereiche bleibt möglich, nur aber – und das ist entscheidend – in den Bahnen und in den Grenzen der jeweiligen Selbststeuerung und Selbsterhaltung. Und dies bezeichnet das *regulatorische Trilemma. Jeder regulatorische Eingriff, der diese Grenzen überschreitet, ist entweder irrelevant oder hat desintegrierende Wirkungen für den gesellschaftlichen Lebensbereich oder aber desintegrierende Wirkungen auf das regulatorische Recht selbst zur Folge.*[96]

Die Sache wird durch die sozialstaatliche Instrumentierung des Rechts noch komplizierter. Sie wird erschwert dadurch, daß bei sozialstaatlicher Regulierung durch Recht nicht nur das Rechtssystem und der jeweilige gesellschaftliche Lebensbereich beteiligt sind, sondern immer auch das politische System, und daß das Rechtssystem und das politische System ihrerseits autonome selbstbezügliche Sozialsysteme darstellen, die sich nicht unmittelbar beeinflussen können, sondern nur wechselseitig Selbststeuerungsprozesse auslösen und auch dies nur unter der Beachtung der Grenzen ihrer je eigenen Selbststeuerung. Wenn man Verrechtlichungsprozesse in dieser Sicht als komplizierte Beziehungen zwischen drei sich selbst steuernden Sozialsystemen ansieht, dann wird plausibel, daß »regulatory failures« eigentlich die Regel und nicht die Ausnahme bilden müssen und dies nicht nur als Problem menschlicher Unzulänglichkeiten oder gesellschaftlicher Machtstrukturen, sondern vor allem als ein Problem der mangelnden *»strukturellen Kopplung« von Politik, Recht und gesellschaftlichem Lebensbereich.*[97]

Der eigentlich unwahrscheinliche Fall einer gelungenen strukturellen Kopplung von politischer Entscheidung, rechtlicher Normierung und gesellschaftlicher Verhaltenssteuerung ist nur dann gegeben, wenn einerseits Relevanzschwellen erfolgreich überschritten werden, andererseits aber die jeweiligen Schranken der Selbstproduktion eingehalten werden. Gelingt diese strukturelle Kopplung nicht, dann gerät das Recht unausweichlich in das erwähnte regulatorische Trilemma. Wir können nun genauer sehen, daß dieses Trilemma des Rechts sowohl in Bezug auf den regulierten Lebensbereich als auch in Bezug auf die Politik besteht. Denn »Verrechtlichung« muß in einem komplizierten Phasenprozeß erst politischen Machtaufbau und politische Steuerungsentscheidung, dann rechtliche Normierung und Anwendung und schließlich den gesellschaftlichen Implementationsprozeß durchlaufen. Zunächst wird im politischen Prozeß die sozialstaatliche Steuerungsentscheidung »verrechtlicht«, das heißt, Politik wird in Recht umgesetzt. Diese erste Stufe der »Verrechtlichung« ist schon problematisch, denn sie muß einerseits den Relevanzkriterien des Rechts genügen und darf andererseits nicht die Selbststeuerungsbedingungen, sowohl die des Rechts als auch die der Politik selbst, beeinträchtigen. In der zweiten Stufe der »Verrechtlichung« wird durch regulatorisches Recht der gesellschaftliche Lebensbereich »verrechtlicht«, wobei hier nun Recht einerseits gesellschaftliche Relevanzschwellen überschreiten muß, andererseits aber die Grenzen eigener Selbststeuerung und die gesellschaftlicher Selbststeuerung nicht überschreiten darf. Mit anderen Worten: Das regulatorische Trilemma besteht an beiden Grenzen des Rechts, zur Politik und zum gesellschaftlichen Lebensbereich hin, und zwar (1) als Problem der wechselseitigen Indifferenz, (2) der gesellschaftlichen Desintegration durch Recht und (3) der rechtlichen Desintegration durch Gesellschaft.

2. *Wechselseitige Indifferenz*

Wenn Robert Fischer als Vorsitzender des Kartellsenats beim Bundesgerichtshof die Novellierungspraxis des Kartellgesetzes derart kritisiert hat, daß das GWB kein Gesetz mehr sei, sondern ein Roman, daß Paragraphen, die sich über drei Seiten hinziehen, nicht mehr justiziabel seien, daß politische Kompromisse die Rechtsanwendung orientierungslos lassen und daß die ständige Novellierung eine dogmatische Rechtsklärung immer wieder obsolet mache,[98] dann bezeichnet er damit ein drastisches Beispiel, wie die Politik die Relevanzkriterien des Rechts verfehlen kann.

95 *Glanville*, The Form of Cybernetics: Whitening the Black Box (1979), S. 35 ff.

96 Vergleiche auch dazu *Teubner*, After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law, in: *ders.*, Dilemmas of Law in the Welfare State (1984).

97 Zum schwierigen Begriff der strukturellen Kopplung autopoietischer Systeme *Maturana*, Einleitung, in: *ders.*, Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit (1982), S. 20; *Hejl*, (Fn. 92).

98 *Fischer*, in: Kurzinformation Wirtschaft und Wettbewerb 1978, S. 6.

Solche vom Recht nicht mehr verarbeitbaren normativen Vorgaben der Wettbewerbspolitik bezeichnet Hopt als eine der wesentlichen Ursachen der Wachstumskrise des Kartellrechts.[99] Die Reaktion des Rechts darauf ist wachsende Indifferenz gegenüber politischen Vorgaben solcher Art. Der Gesetzgeber produziert ständig Novellierungen, um Richtungsänderungen zu signalisieren.

Jedoch, auf den inneren Bildschirmen des Rechtssystems tauchen diese Signale nicht mehr auf, sie verschwinden sozusagen spurenlos im System. Eine solche Indifferenz von Recht und Politik ist natürlich nicht auf das Kartellrecht beschränkt. Gerade auf dem Gebiet anderer wirtschaftssteuernder Gesetze wurde konstatiert, daß die mangelnde Justitiabilität moderner legislativer Ordnungsentscheidungen auf der Mikro- und Makroebene die traditionelle rechtsförmige Kontrolle und Steuerung problematisch werden läßt.[100] Dies ist ein in der Struktur von Politik und Recht als Systemen mit unterschiedlicher Selbstreferenz notwendig angelegter Konflikt. »Deshalb ist die politische Selektion rechtlicher Entscheidungsprämissen über parlamentarische Legislative ein Dauerproblem für das Rechtssystem.«[101]

Allerdings hat diese Indifferenz ihre zwei Seiten. Nicht nur muß Politik ihre Entscheidungen auf rechtsrelevante Kriterien abstimmen, auch Recht kann und muß seine Relevanzkriterien in Richtung auf die Politik verändern. Das Vordringen der Interessenabwägungsmethode, die steigende Policy-Orientierung von Rechtsentscheidungen zeigen solche Richtungsänderungen im Recht selbst an. Entsprechend trifft Politik gelegentlich auf rechtliche Indifferenz, wo doch eigentlich nur relative Grenzen der Kopplung von Politik und Recht erreicht wären. Das Recht kann seine konkreten Strukturen ändern und dabei seine selbstreproduktive Organisation unberührt lassen.[102]

Der Konflikt zwischen klassischem Gesellschaftsrecht und aktuellem Mitbestimmungsrecht ist dafür ein gutes Beispiel.[103] Die in der Literatur vertretene Formel vom Vorrang der Satzungsautonomie oder allgemeiner des Gesellschaftsrechts vor dem Mitbestimmungstelos[104] entspräche einer

99 *Hopt*, (Fn. 43), S. 272.
100 *Brüggemeier*, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: *Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts (1980), S. 80 f.
101 *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts (1981), S. 45.
102 Allgemein *Maturana*, (Fn. 97), S. 20, 22 f.
103 Vgl. die ausführliche Diskussion mit umfangreichen Nachweisen bei *Wiedemann*, (Fn. 76), S. 607 ff.
104 *Martens*, Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes, in: Aktiengesellschaft 1976, S. 114 ff.

solchen Indifferenz des Rechts gegenüber einer politisch gewollten Veränderung. Die wegweisenden Mitbestimmungsentscheidungen der Obergerichte, insbesondere des BVerfG aber auch, wenn auch in geringerem Umfang, des BGH,[105] zeigen aber, daß es sich hier nicht um absolute Grenzen der Rechtsrelevanz, sondern nur um relative Grenzen handelte. Das Mitbestimmungsgesetz ist ein geradezu klassisches Beispiel vielfacher politischer Formelkompromisse, deren produktive rechtliche Verarbeitung jedoch möglich ist, wie es vom Bundesverfassungsgericht vorexerziert wurde. Erst wenn die Anpassungsgrenzen des Rechts tatsächlich erreicht sind, tritt wechselseitige Indifferenz mit Notwendigkeit auf. Theoretisch läßt sich dieser Punkt eindeutig bestimmen, nämlich dann, wenn nicht mehr bloß Strukturen, sondern die selbstreproduktive Organisation tangiert ist. Man hat es bei wechselseitiger Indifferenz mit einem wichtigen Anwendungsfall des »symbolic use of politics« zu tun.[106] In der Politik werden große Reformen entschieden, die aber die Gesellschaft erst gar nicht erreichen können, weil sie schon bei ihrer Umsetzung in Recht verlorengegangen sind.

Indifferenz kann auch erst auf der zweiten Stufe des Verrechtlichungsprozesses auftreten, wenn die Umsetzung von Politik in anwendungsfähiges Recht zwar gelungen ist, die rechtliche Normierung aber auf einen Lebensbereich auftrifft, dessen Strukturen sich als schlicht resistent gegen rechtliche Änderungen erweisen. Es ist das Verdienst von Philip Selznick, auf den wichtigen Zusammenhang von »conceptual readiness« des Rechtssystems und der »opportunity structure« des Sozialbereichs aufmerksam gemacht und diesen Zusammenhang konkret am Beispiel Arbeitsrecht und Unternehmensverfassung ausgearbeitet zu haben. In »Law, Society and Industrial Justice« weist Selznick im Detail nach, wie im Industriebereich Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Sicherungen nur deshalb erfolgreich implementiert werden konnten, weil die bürokratischen Entscheidungsprozeduren von Wirtschaftsunternehmen sich rechtsförmiger Regelung sozusagen öffneten.[107] In der speziellen Ordnung des gesellschaftlichen Bereichs muß sozusagen eine Relevanzordnung bestehen, die für rechtliche Signale ausreichend empfänglich ist.[108] Oder umgekehrt: Recht muß Steuerungssignale einer solchen Wellenlänge wählen, die im Regulierungsbereich auch empfangen und umgesetzt

105 BVerfG 50, S. 290 ff., BGH NJW 1982, S. 525.
106 *Edelman*, The Symbolic Use of Politics, (1964).
107 *Selznick*, Law, Society, and Industrial Justice (1969).
108 *Ott*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972), S. 372 ff.

werden können. Auch hier bietet wieder das Kartellrecht Beispiele für eine strukturbedingte Rechtsresistenz. Nicht umsonst ist das GWB einmal polemisch als »Papiertiger« bezeichnet worden.[109] Dieses Bild macht deutlich, worum es geht: um den nur symbolischen Gebrauch des Rechts. Zugleich aber suggeriert das Bild, es stünden nur Machtprobleme in Frage. Sicher entstehen Durchsetzungsprobleme aus Machtasymmetrien: unzureichende politische Macht- und Finanzressourcen des Kartellamts oder der entsprechenden regulatory agency, übergroße Macht- und Finanzressourcen von Wirtschaftsunternehmen. Solchen Asymmetrien kann man in der Tat nur mit einer Verstärkung staatlicher Kontrollressourcen begegnen. Doch sollte man über der offensichtlichen Machtfrage nicht das tiefer liegende strukturelle Problem übersehen, das darin besteht, daß Regulierungsbereiche mit Indifferenz reagieren, wenn regulatorisches Recht die Relevanzkriterien des gesellschaftlichen Selbststeuerungsmechanismus verfehlt. Und wenn man hierauf mit einer Verstärkung der Machtressourcen reagiert, kann man zwar die Indifferenz brechen, erreicht damit aber nicht die gesuchte strukturelle Kopplung, sondern handelt sich womöglich nur die partielle Desintegration der Selbstproduktion ein.

Dies ist eine vielkritisierte Wirkung der Verrechtlichung, auf die wir im folgenden noch eingehen müssen. Doch ist vorher ein Mißverständnis auszuräumen.[110] Wenn hier die Selbstreproduktion und Selbststeuerung gesellschaftlicher Lebensbereiche betont wird, denen regulatorische Rechtseingriffe nur äußerlich bleiben können, dann ist damit nicht Partei genommen gegen eine politische Instrumentalisierung des Kartellrechts und für eine Position, wie sie etwa von Hayek vertritt, nämlich Wettbewerb als nicht steuerbares Entdeckungsverfahren, das vom interventionistischen Konstruktivismus tunlichst nicht behelligt werden sollte. Vielmehr soll gerade der widersprüchliche Charakter der Verrechtlichung herausgestellt werden, daß auf zahlreichen Politikfeldern Verrechtlichung heute faktisch beides zugleich verwirklichen muß, politische Instrumentierung des Rechts und regulatorischen Eingriff in prinzipiell sich selbst steuernde Sozialsysteme, und daß es dann darum geht die Grenzen dieser unwahrscheinlichen Kombination herauszufinden, mit dem Ziel, Bedingungen der Kompatibilität, der »strukturellen Kopplung« definieren zu können.

109 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft (1968), S. 259.

110 Etwa bei *Macaulay*, Private Government, in: Trubek (Hrsg.), Reflexive Law and the Regulatory Crisis, (1983), S. 114 ff.; und *Reich*, The Regulatory Crisis: Ideology or Reality? in: Trubek (Hrsg.), Reflexive Law and the Regulatory Crisis (1983).

3. *Gesellschaftliche Desintegration durch Recht*

»Kolonialisierung der Lebenswelt« – unter diesem dramatischen Titel hat Jürgen Habermas das Dilemma der sozialstaatlichen Verrechtlichung herausgearbeitet.[111] Wir hatten schon vorher gesehen, wie Habermas die sozialstaatliche Verrechtlichung versteht: als rechtliche Konstitutionalisierung des ökonomischen Handlungssystems. Indem regulatorisches Recht Klassenkonflikte eingrenzt und den Sozialstaat ausgestaltet, hat es freiheitsverbürgenden Charakter. Zugleich aber offenbart Verrechtlichung ein Dilemma. Nicht nur als unerwünschte Nebenfolge, sondern aus der Struktur der sozialstaatlichen Verrechtlichung selbst ergeben sich negative Effekte, die auf eine Zerstörung lebensweltlicher Strukturen hinauslaufen. Das Sozialrecht selbst ist der wichtigste Beleg für dieses Dilemma. Gegenüber der traditionellen Armenpflege stellt die moderne Sozialversicherung sicher einen historischen Fortschritt dar, jedoch haben der bürokratische Vollzug und die monetäre Einlösung der Rechtsansprüche auf Geldeinkommen im Versicherungsfall belastende Konsequenzen für die soziale Situation, für das Selbstverständnis des Betroffenen, für die Beziehungen zu seiner sozialen Umwelt. Die fremde Wenn-dann-Struktur des konditionalen Rechts kann nicht angemessen und schon gar nicht präventiv auf die Verursachung des Ausgleichstatbestandes reagieren. Rechtliche Subsumtion und bürokratische Bearbeitung unterwerfen das konkrete Lebensproblem einer »gewalttätigen Abstraktion«.[112]

Versucht man das Beispiel des Sozialrechts unserem allgemeinen Analyserahmen einzupassen, dann wird die folgende Wirkungsgrenze der Verrechtlichung deutlich. Recht greift in selbstregulierende Situationen in einer Weise ein, die die Bedingungen der Selbstreproduktion gefährdet. Habermas sieht dies als ein allgemeines Dilemma der Verrechtlichung im Sozialstaat. Im Sozialrecht, im Familienrecht und im Bildungsrecht zeigt sich, daß die selbsreproduktiven Sphären der Lebenswelt, die Bereiche von Sozialisation, sozialer Integration und kultureller Reproduktion, in ihren eigenen Bedingungen der Selbstreproduktion durch sozialstaatliche Verrechtlichung gefährdet werden.[113]

111 *Habermas*, (Fn. 3), S. 522 ff.

112 *Habermas*, (Fn. 3), S. 530 ff.; 532.

113 *Habermas*, (Fn. 3), S. 540 ff.; *Pitschas*, Soziale Sicherung durch fortschreitende Verrechtlichung? Staatliche Sozialpolitik im Dilemma von aktiver Sozialgestaltung und normativer Selbstbeschränkung, in: Voigt (Hrsg.), Verrechtlichung (1980), S. 50 ff.; *Tennstedt*, Zur Ökonomisierung und Verrechtlichung in der Sozialpolitik, in: *Murswieck* (Hrsg.), Staatliche Politik im Sozialsektor (1976), S. 139 ff.

Auch um den Preis, die normative Absicht von Habermas zu verfehlen, sind wir genötigt, die Abstraktion noch weiter zu treiben. Gefährdungen der Selbstorganisation und Selbstreproduktion durch regulatorischen Eingriff des Rechts sind nicht auf die Sphäre der »Lebenswelt« beschränkt. Auch in anderen selbstregulierenden Sozialbereichen, die Habermas dem »System« zurechnet, sind solche desintegrierenden Konsequenzen von Verrechtlichung spürbar.

Fraenkel etwa hatte davon gesprochen, daß der Preis der Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen in einer »Versteinerung« politischer Verhältnisse bestehe.[114] In der Tat führt das Argument der Entpolitisierung auf die Grenzen der Verrechtlichung von Politik. Freilich, gerade im modernen Sozialstaat sind politische Prozesse in starkem Maße verrechtlicht, aber doch in einer Weise, daß Aufbau von Macht zur Herstellung bindender Entscheidungen durch sie ermöglicht wird und nicht ersetzt wird durch die rechtseigenen Kriterien von Recht und Unrecht.

Nichts anderes gilt für den Bereich Arbeit und Wirtschaft. Simitis hat auf die dilemmatische Struktur von Arbeitsschutznormen hingewiesen: Unter dem deutschen Arbeitssicherheitsgesetz nicht anders als unter dem amerikanischen Occupational Safety and Health Act gewinnt der Arbeitnehmer zwar verstärkten Gesundheits- und Sicherheitsschutz, zugleich aber muß er »die fortschreitende Offenlegung seines persönlichen Lebensbereiches genauso hinnehmen, wie er gehalten ist, sich den Konsequenzen zu fügen, die sich um seines Schutzes willen, für seinen Lebenslauf ergeben«.[115] Ähnliches gilt für den Ausbau rechtsstaatlicher Sicherungen im Arbeitsbereich. Wenn bei Kündigungen, Versetzungen, Einstellungen der Arbeitgeber rechtsstaatlich an objektive und nachprüfbare Kriterien gebunden werden soll, dann sind damit Schablonisierungen verbunden, die die Betroffenen zur Anpassung zwingen.[116]

4. *Rechtliche Desintegration durch die Gesellschaft*

Eine dritte Grenze der Verrechtlichung ist erreicht, wenn regulatorisches Recht seinerseits desintegrierenden Anforderungen aus Politik und Gesellschaft ausgesetzt ist. In der Verrechtlichungsdebatte, die sich auf die gesellschaftlichen Auswirkungen des »creeping legalism« konzentriert,

114 *Fraenkel*, (Fn. 28).
115 *Simitis*, (Fn. 32), S. 118.
116 *Simitis*, (Fn. 32), S. 119 f.

wird häufig dies nicht minder wichtige Phänomen übersehen. Verrechtlichung der Gesellschaft kann fatale Rückwirkungen auf das Recht selbst haben.[117] Die politisch-gesellschaftlichen Regulierungsnachfragen lassen das Recht an seine Leistungsgrenzen stoßen. Und dies nicht in dem Sinne mangelnder Effektivität des Rechts bei seiner Implementation, sondern gerade umgekehrt: Aus dem erfolgreichen Bemühen um gesteigerte Effektivität rechtlicher Steuerung treten dadurch, daß das Recht sich der Eigenlogik der anderen Systeme anpaßt, Rückwirkungen auf die innere Struktur des Rechts ein, die dieses womöglich nicht mehr verarbeiten kann. Recht wird sozusagen von zwei Seiten in die Zange genommen. Auf der einen Seite von der sozialstaatlichen Politik, die rechtlichen Vollzug und damit die Anpassung des Rechts an die Logik politischer Steuerungsentscheidungen fordert, auf der anderen Seite von den regulierten Sozialbereichen, auf deren Eigenlogik sich das Recht einlassen muß, wenn es erfolgreich implementiert werden soll. Diese Doppelanforderungen an das Recht können so weit gehen, daß seine eigene selbstreproduktive Organisation gefährdet wird.

Wie eine solche paradoxe Gefährdung des Rechts durch Verrechtlichung im einzelnen aussehen kann, hat kürzlich Niklas Luhmann für den Teilbereich der Politik demonstriert.[118] Er unterscheidet zwischen normativen Elementen im Recht, als Repräsentanten der Selbstreferenz des Rechts, in denen Rechtsentscheidungen produziert werden, und kognitiven Elementen, als Repräsentanten der Offenheit des Rechts, in denen sich Recht an seine Umwelt anpaßt. Beide Elemente sind notwendig, stehen aber in einem prekären Spannungsverhältnis zueinander. Wenn nun Recht für sozialstaatliche Regulierungsaufgaben in Anspruch genommen wird, dann wird das prekäre Spannungsverhältnis in einer Weise belastet, daß es die selbstreferentielle Struktur des Rechts gefährdet. Luhmann gibt besonders zwei politische Überlastungen des Rechts an: die Änderungsgeschwindigkeit politischer Steuerungsentscheidungen, die dem Fallrecht und der Dogmatik nicht ausreichend Zeit zu eigenständiger Entwicklung lassen, und die Ergebnisorientierung politischer Steuerung, die das Recht mit dem Problem der Folgenkontrolle belasten. Obwohl man mit Luhmann darüber streiten kann, ob es sich hier wirklich schon um absolute Belastungsgrenzen handelt und nicht nur um relative, wonach das Recht sich also im größeren Umfang insbesondere in Bezug auf Folgenorientierung umstellen könnte, wird man der Analyse im Prinzip zustimmen müssen.

117 Deutlich bei *Zacher*, (Fn. 44), S. 70 f.
118 *Luhmann*, (Fn. 26).

Selbst wenn Recht, wofür manches spricht, durch die Entwicklung eigener Stoppregeln der Folgenkontrolle, durch neuere abstraktere dogmatische Begriffsbildung seine Anpassungs- und Lernkapazitäten steigern kann, stößt es doch irgendwann auf absolute Grenzen, in denen die Normativität als solche in Gefahr ist. Auch hier muß man deutlich Strukturveränderungen im Rahmen der selbstreproduktiven Organisation und Änderung dieser Organisation selbst trennen, ohne doch im vorhinein den Strukturspielraum selbstreproduktiver Organisation schon bestimmen zu können.

Doch ist damit nur die eine Seite der Selbstgefährdung des Rechts durch Verrechtlichung angesprochen, nämlich die über den erzwungenen Einbau politischer Kriterien in das Recht. Nicht minder stark wird die Normativität des Rechts belastet durch den Einbau gesellschaftlicher Kriterien, durch die erzwungene Anpassung des Rechts an die Eigenlogik der regulierten Sozialbereiche. Wieder ist das Kartellrecht ein gutes Beispiel. Möschel hat für die Mißbrauchskontrolle des § 22 GWB gezeigt, wie das Wettbewerbsrecht aus konzeptionellen und aus praktischen Gründen an seine Grenzen stößt.[119] Wie soll das Recht seine Normativität aufrechterhalten und sich zugleich auf eine Regelungsstruktur einlassen, deren Elemente derart wechselseitig voneinander abhängen, daß sie sich, wenn sie als Merkmale des relevanten Marktes, der Marktbeherrschung und des Mißbrauches festgelegt werden, als eine Art »moving targets« einer festen juristischen Subsumtion immer wieder entziehen?[120]

Freilich können bis zu einem gewissen Grade wirtschaftswissenschaftliche Analysen einspringen. Das Kartellrecht ist ja wie gesagt ein schlagendes Beispiel für eine solche Verwissenschaftlichung des Rechts. Das Phänomen läßt sich verallgemeinern. »Normbereichsanalysen«, um diesen von Friedrich Müller geprägten Ausdruck zu benutzen,[121] werden auf vielen Rechtsgebieten benötigt, um die regulatorische Absicht überhaupt verwirklichen zu können. Doch hat auch diese Verwissenschaftlichung des Rechts ihre Grenzen. Am Beispiel der ökonomischen Analyse des Rechts ist die Befürchtung geäußert worden, durch eine solche »Ökonomisierung« des Rechts werde das proprium des Rechts, seine Normativität,

119 *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB (1981), § 22,4.

120 *Möschel*, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1974), S. 166, 171.

121 *Müller*, Normstruktur und Normativität: Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation (1966), S. 168 ff.

gefährdet.[122] Auch und gerade als Sympathisant einer »soziologischen Jurisprudenz« muß man solche Wirksamkeitsgrenzen des Rechts ins Auge fassen, um Chancen und Gefahren einer sozialwissenschaftlichen Öffnung des Rechts realistisch abschätzen zu können.

Wir können demnach als *zweites Zwischenergebnis* festhalten: Verrechtlichung wirft viele Probleme auf, mangelnde Effektivität der Regulierung etwa oder unbeabsichtigte Nebenfolgen, sei es im Regelungsbereich, sei es in anderen gesellschaftlichen Teilbereichen. Das sind aber sozusagen nur die Alltagsprobleme des Phänomens. Fragt man, ob prinzipielle Wirkungsgrenzen erreicht sind, dann muß man sich auf das Problem der strukturellen Kopplung des Rechts mit sozialstaatlicher Politik einerseits, mit den verschiedenen gesellschaftlichen Lebensbereichen andererseits, konzentrieren. Der tiefere Grund für dieses Problem ist die Autonomie gesellschaftlicher Teilsysteme, die so weit getrieben ist, daß sie sich als selbstreferentielle Systeme nicht unmittelbar beeinflussen können, sondern jeweils nur von außen unkontrollierbare Selbststeuerungsprozesse anzustoßen in der Lage sind. Die prinzipiellen Grenzen struktureller Kopplung sind erreicht, wenn entweder Relevanzkriterien nicht erfüllt sind oder aber die Bedingungen selbstproduktiver Organisation gefährdet werden. Überschreiten Verrechtlichungsprozesse die Grenzen struktureller Kopplung, dann gerät das Recht unausweichlich in ein regulatorisches Trilemma. Das heißt entweder: Wechselseitige Indifferenz von Recht, Politik und/oder gesellschaftlichem Lebensbereich ist die eine Alternative. Oder aber: Verrechtlichung hat desintegrierende Folgen für die betroffenen gesellschaftlichen Teilsysteme. Oder schließlich: Recht selbst wird desintegrierenden Anpassungszwängen der Politik und/oder der gesellschaftlichen Teilbereiche ausgesetzt.

IV. *Auswege*

Eine zufriedenstellende »Lösung« des regulatorischen Trilemmas ist nicht in Sicht. Wie schon gesagt, das Phänomen der Verrechtlichung als solches ist als Teilaspekt sozialstaatlicher Entwicklung nicht durch Entrecht-

122 *Assmann*, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in: *Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts (1980), S. 305 ff.

lichungsstrategien rückgängig zu machen. Ernstzunehmen sind nur unterschiedliche Ansätze, gravierende Folgeprobleme der Verrechtlichung zu bearbeiten. Je nachdem wie positiv oder negativ man Verrechtlichungsprozesse einschätzt und welche Probleme man dabei als relevant wahrnimmt, kommt man zu sehr unterschiedlichen Lösungsrezepten. Im folgenden soll uns als Kriterium der Beurteilung die Frage dienen, inwieweit die unterschiedlichen Ansätze dem regulatorischen Trilemma dadurch auszuweichen geeignet sind, daß sie dem Problem der strukturellen Kopplung von Recht, Politik und Regulierungsbereich implizit oder explizit Rechnung tragen.

1. *Implementation*

Sofern man grundsätzlich an der umfassenden Steuerungsaufgabe des Rechts festhält, wird man das Problem der Verrechtlichung auf Effektivitätsfragen konzentrieren. Klarsten Ausdruck hat diese Problemsicht in einem neuen Zweig rechtssoziologischer und politikwissenschaftlicher Forschung gefunden, in der sogenannten Implementationsforschung.[123] Ausgangspunkt ist ein immer wieder konstatiertes »Vollzugsdefizit« regulatorischen Rechts, etwa im Umweltschutz, im Verbraucherschutz oder in anderen Politikfeldern. Implementationsforschung soll die Ursachen dieses Vollzugsdefizits aufdecken und politische Empfehlungen zu seiner Überwindung aussprechen. Hintergrundtheorien sind regelmäßig Theorien politischer Steuerung der Gesellschaft, unter anderem mit Mitteln des Rechts. Das politische System übernimmt die Gesamtverantwortung für gesellschaftliche Prozesse und ist insbesondere dafür verantwortlich, Fehlentwicklungen – besonders im Wirtschaftsbereich – auszugleichen oder zu kompensieren.
Das Problem struktureller Kopplung wird dann auf ein technisches Effektivitätsproblem reduziert. Wenn politische Steuerung versagt, dann müssen Machtressourcen und Finanzmittel soweit gesteigert werden und die eingesetzten Steuerungsmittel so verfeinert werden, daß die gewünschten Wirkungen schließlich eintreten. Die Krise des regulatorischen Rechts ist demnach dadurch zu überwinden, daß man die instrumentale Effizienz des Rechts erhöht. Entsprechend wird es dann darum gehen, die kognitiven, organisationellen und machtmäßigen Ressourcen so zu verstärken, daß Recht seinen Steuerungsaufgaben auch tatsächlich gerecht werden kann. In diesem Sinne wird sich Rechtsdogmatik noch stärker von primär rechtsanwendender auf eher rechtspolitische Orientierung, auch in ihrer Begrifflichkeit, umstellen müssen.[124] Rechtswissenschaft wird sich endgültig als Teil jener Sozialwissenschaften begreifen, die Steuerungswissen produzieren.[125] Recht ist dann primär Sozio-Technik.[126] Ökonomische und soziologische Analysen werden herangezogen unter dem Gesichtspunkt der Effizienz. Das bedeutet insbesondere, daß Recht seine eigene Durchsetzung in der Sozialwirklichkeit und deren Sozialfolgen ins Kalkül aufnehmen muß.[127]
Die Konjunktur der Implementationsforschung in den letzten Jahren läßt sich genau hieraus erklären, nämlich als Ausdruck des Bemühens, auf die Krise des regulativen Rechtes mit verstärktem Einsatz sozialwissenschaftlicher Methoden zu antworten. Der Implementationsforschung liegt ein klar instrumentaler Begriff von Recht zugrunde, wonach Recht als Mittel der Sozialgestaltung bestimmte soziale Veränderungen hervorrufen soll. In politischen Prozessen wird ein bestimmtes Ziel definiert, dieses wird in ein Programm umgesetzt und dieses Programm wiederum soll Verhaltensänderungen bei den beteiligten Akteuren hervorrufen. Die Implementationsforschung arbeitet mit einem relativ einfachen Kausalmodell: Das Ziel determiniert das Programm, dieses determiniert das Verhalten von Implementeuren und Adressaten, dieses Verhalten ruft den gewünschten Effekt hervor. Die Implementationsforschung setzt nun besonders an den letzten Gliedern dieser Kette an und versucht herauszufinden, warum bestimmte Vollzugsdefizite auftreten, warum bestimmte Programme sich nicht in den gewünschten Verhaltensänderungen und in den gewünschten Veränderungen der Sozialsituation niederschlagen. Erkenntnisleitendes Interesse ist, die Effektivität von regulativem Recht zu erhöhen, indem die Kausalzusammenhänge im Vollzugsbereich sichtbar gemacht werden und damit der Sozialgestaltung offen stehen.
Interessant ist nun an der kritischen Zwischenbilanz, die Renate Mayntz

123 Etwa *Mayntz*, Implementation politischer Programme. Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet, in: Die Verwaltung 10 (1977), S. 51 ff.; *dies.*, Implementation politischer Programme Bd. I (1980), Bd. II (1983); *Windhoff-Heritier*, Politikimplementation. Ziel und Wirklichkeit politischer Entscheidungen (1980); *Sabatier/Mazmanian*, The Implementation of Public Policy: A Framework of Analysis, in: Policy Studies Journal 8 (1980), S. 538 ff.

124 *Nonet/Selznick*, (Fn. 36).
125 *Ziegert*, Zur Effektivität der Rechtssoziologie. Die Rekonstruktion der Gesellschaft durch Recht (1975).
126 *Podgorecki*, Law and Society (1974).
127 Vgl. die Nachweise in (Fn. 79).

kürzlich gezogen hat, das Eingeständnis, daß diese Hoffnungen sich nicht erfüllen lassen und daß Korrekturen schon am Ansatz notwendig sind.[128] Diese weisen präzise in die Richtung unseres Begriffs von »struktureller Kopplung«. Das betrifft einmal die theoretische und praktische Beherrschung von Kausalzusammenhängen. Mayntz stellt fest, daß in der Implementationsforschung das Ideal der analytischen Wissenschaftstheorie nur beschränkt einlösbar ist, nämlich die Aufstellung überprüfbarer Kausalhypothesen und die Entwicklung einer axiomatisierten Theorie. Stattdessen müsse man sich mit weitaus bescheideneren Ergebnissen begnügen: (1) der begrifflichen Durchdringung der Phänomene in Kategorien und Typologien; (2) der historischen Einzelfallmethode der Nacherzählung, die nur ganz vorsichtige Verallgemeinerungen zulasse; (3) der Rücknahme von präzisen Einzelprognosen auf das Modell der Hayekschen pattern predictions, also der bloßen Voraussage von allgemeinen Strukturmustern. Begründet wird all dies mit der hohen Komplexität des Untersuchungsgegenstandes.

Das bedeutet nichts anderes, als daß der bisher anspruchsvollste Versuch, der Krise des regulativen Rechtes durch sozialwissenschaftliche Wirkungsforschung abzuhelfen, an der Komplexität des Untersuchungsgegenstandes aufzulaufen droht. Damit werden erneut – diesmal aufgrund forschungspraktischer Erfahrung – die Grenzen des regulativen Rechtes deutlich. Sozialwissenschaft ist heute und womöglich prinzipiell nicht in der Lage, ausreichend komplexe Wirklichkeitsmodelle zu entwickeln, um die Wirkungschancen regulativen Rechtes auf das Implementationsfeld im notwendigen Detail kontrollieren und steuern zu können. Von unserem Ansatz her ist dies auch nicht verwunderlich. Wenn es richtig ist, daß gesellschaftliche Regulierung wegen der Autonomie gesellschaftlicher Lebensbereiche nichts anderes kann als prinzipiell unkontrollierbare Selbststeuerungsprozesse auszulösen, dann sind einfache Kausalmodelle schlicht ungeeignet zur Analyse und Kontrolle der Folgen rechtlicher Regelungen. Dann muß sowohl der Regulierungsanspruch des Rechts als auch der Analyseanspruch der begleitenden Sozialwissenschaft zurückgenommen werden. Aber heißt zurücknehmen auch zugleich, den Anspruch aufzugeben?

Interessant ist der Ausweg, den Mayntz selbst weist. Pattern predictions erlauben nur Voraussagen von recht allgemeinen Konstellationen. Regulatives Recht im engeren Sinne von direkter Verhaltenssteuerung wird als wenig adäquate und veraltete Strategie beschrieben und sollte von Anreizprogrammen und persuasiven Strategien abgelöst werden. Die wissenschaftliche Begleitung von pragmatischer Implementation soll nicht mit Kausalmodellen, sondern mit sogenannten Kongruenzmodellen erfolgen und schließlich werden Hoffnungen in die Einräumung von kalkulierter Autonomie im Bezug auf Implementeure wie Akteure gesetzt.

128 *Mayntz*, Zur Einleitung: Probleme der Theoriebildung in der Implementationsforschung, in: *dies.* (Hrsg.), Implementation politischer Programme Bd. II (1983), S. 7 ff.

2. *Deregulierung*

Heißt der Ausweg also »deregulation«? Wenn sich schon eine Staatsinterventionen nicht prinzipiell abgeneigte Implementationsforscherin wie Renate Mayntz von von Hayeks »pattern predictions« faszinieren läßt, dann ist auch die normative Konsequenz nicht mehr weit, Verrechtlichung wieder zurückzuschrauben auf die klassische Rahmenordnung für den sich selbst steuernden Entdeckungsprozeß Wettbewerb. M. E. sind jedoch sorgfältige Differenzierungen angebracht, um die Kritik der »deregulation« Bewegung an Verrechtlichungsprozessen angemessen einschätzen und institutionelle Schlußfolgerungen ziehen zu können.[129] Wir müssen mindestens drei Stränge der Kritik auseinanderhalten: (1) Kosten Nutzen-Analysen, (2) ökonomische Versionen der »capture-theories« und (3) die ordnungspolitische Kritik am »konstruktivistischen Interventionismus«.

Besonders in den USA sind die sog. regulatory agencies, die wie die Securities Exchange Commission gesellschaftsrechtliche und auch sozialrechtliche Probleme und wie die Federal Trade Commission kartellrechtliche Fragen und wie der National Labor Relations Board arbeitsrechtliche Probleme angehen, von ökonomischer Seite eingehenden Kosten-Nutzen-Analysen unterworfen worden.[130] Die Urteile über diese Art von Verrechtlichung sind brutal: »What the regulatory commissions are trying to do is difficult to discover; what effect these commissions actually have is, to a large extent unknown; when it can be discovered, it is often absurd«.[131] Ökonomische Kosten-Nutzen-Analysen erbrachten oft horrende Kosten der Regulierung: Geschätzte negative Bilanz der Regulie-

129 Eine vorzügliche Diskussion von Regulation und Deregulation findet sich bei *Mitnick*, (Fn. 4).

130 Vgl. *McCraw*, Regulation in America A Review Article in: Business History Review 49 (1975), S. 159 ff.

131 *Coase*, Comment, in: American Economic Review 54 (1964), S. 194 ff.

rung der Gewässerverschmutzung von 1972 bis 2000: 107 Milliarden Dollar; Gütertransportregulierung jährlich 4–8 Milliarden Dollar; Arzneimittelregulierung jährlich 350 Millionen Dollar.[132] Solche Kosten-Nutzen-Analysen sind sicherlich nützliche Untersuchungen, deren Ergebnisse in die Debatte darüber einfließen sollten, in welchem Ausmaß und in welcher Weise regulatorische Verrechtlichung stattfinden sollte. Freilich muß man wirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Analysen vorsichtig begegnen und sie nur als einen Maßstab unter anderem benutzen. Während sich ökonomische Belastungen in Form von Kosten relativ leicht messen lassen, sind die *sozialen* Nutzen einer Regulierung oft nur schwer oder auch gar nicht zu quantifizieren. Man muß sich also sehr davor hüten, ökonomische Effizienzkriterien ausschließlich an die Stelle von meist komplexeren rechtlichen oder politischen Interessen- und Wertabwägungen treten zu lassen.

Der zweite Begründungsstrang für »deregulation« ist in ökonomischen Versionen der sog. »capture theories« zu finden. Bernstein, als der bekannteste Vertreter der politikwissenschaftlichen »capture theory« hatte die These aufgestellt, daß die regulatory agencies einem typischen »life cycle« unterworfen seien. Im ersten Stadium der Verrechtlichung würden sie ihre regulatorischen Aufgaben mit öffentlicher Unterstützung aktiv, ja aggressiv anpacken, dann aber in der nächsten Phase entwickelten sie sich zu müden und trägen Organisationen, die leicht von den regulierten ökonomischen Interessen erobert werden, daher »capture theories«.[133] Diese These, die von politik-ökonomischen und pluralismuskritischen Autoren wie Kolko, McConnell und Lowi aufgegriffen und weiterentwickelt wurde,[134] fand überraschend neue Unterstützung von exponierten Vertretern der Chicago School.[135] Stigler etwa kommt zu der pointierten Schlußfolgerung, »that regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefits«.[136] Verrechtlichung wird als eine von der Politik angebotene und von der regulierten Wirtschaft nachgefragte Ressource betrachtet. Im Tausch gegen politische Unterstützung

132 Solche Angaben bei *McCraw*, (Fn. 130), S. 172; *Feick*, Zur Kritik regulativer Politik in den Vereinigten Staaten, in: Politische Vierteljahresschrift 21 (1980), S. 51 f.

133 *Bernstein*, Regulating Business by Independent Commissions (1955).

134 *Kolko*, Railroads and Regulation 1877–1916, (1965); *McConnell*, Private Power and American Democracy (1966); *Lowi*, The End of Liberalism (1969).

135 Z. B. *Stigler*, The Theory of Economic Regulation, in: Bell Journal of Economics and Managements Science 2 (1971), S. 3 ff.; *ders.*, The Process of Economic Regulation, in: The Anti-Trust Bulletin 17 (1972), S. 207 ff.; *ders.*, The Citizen and the State: Essays on Regulation (1975).

136 *Stigler* (1975), (Fn. 135), S. 114.

können die an regulativen Politiken interessierten Wirtschaftszweige eine ihren Interessen entsprechende Verrechtlichung erhalten. De-regulation strategies, die auf solchen Analysen aufbauen, erscheinen also durchaus nicht unvernünftig, sondern setzen gerade an dysfunktionalen Folgen des Verrechtlichungsphänomens an. Allerdings betreffen sie kaum die von uns angesprochenen prinzipiellen Grenzen der Verrechtlichung.

Diese werden eher schon von einer ordnungspolitisch motivierten De-Regulierungsstrategie berührt. Auch hier steht Chicago an vorderster Front.[137] Regulative Staatseingriffe erscheinen als die »visible paw«, als die sichtbare Tatze der staatlichen Wirtschaftspolitik, die die unsichtbare Hand des Marktwettbewerbs daran hindert, ihre segensreichen Wirkungen zu entfalten. Angestrebt ist eine weitgehende Selbstorganisation der Gesellschaft über Märkte. Milton Friedman hätte, wie er selbst sagt, am liebsten eine »völlig anarchistische Welt«, gibt sich aber dann doch mit einem »völlig ungebundenen Kapitalismus« zufrieden.[138] Selbst klar erkannte Marktmängel werden dem Staatseingriff vorgezogen. Konsequenz ist die Forderung nach kompletter wirtschaftlicher Entregulierung.

Einen anspruchsvolleren Begründungsansatz vertreten von Hayek und seine Schule.[139] Sozialstaatliche Interventionen durch Verrechtlichung wird als »konstruktivistischer Interventionismus« kritisiert. Die Kritik wird besonders im Kartellrecht artikuliert, ist aber einer Verallgemeinerung auf jegliche Wirtschaftsregulierung zugänglich.[140] Gemäß dieser Kritik beruhten die von Interventionisten behaupteten Zusammenhänge von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen auf einer theoretisch unzureichenden Ableitung und seien empirisch nicht einlösbar. Sie gingen von der irrealen Vorstellung aus, komplizierte Marktprozesse in einfachen Modellen von Kausalbeziehungen zwischen wenigen Variablen abbilden zu können, und nötigten zu irreführenden wirtschaftspolitischen Konsequenzen. Die Steuerung von Marktergebnissen durch Eingriffe in Marktstrukturen sei prinzipiell nicht möglich und führe zu einem willkürlichen Wirtschaftsinterventionismus. Diese Schule setzt dagegen die Konzeption von »Wettbewerb als Entdeckungsprozeß«. Sie faßt soziale Strukturen und Prozesse als komplexe Phänomene auf, die nicht auf einfache sog. ökonomische Gesetze reduziert werden können. Der Markt wird als komplexes, kybernetisches System erfaßt. Die Elemente dieses Sy-

137 Vgl. dazu die Darstellung und Kritik bei *Feick*, (Fn. 22), S. 53 ff.

138 *Milton Friedman*, in: Der Spiegel Nr. 48/1970.

139 *v. Hayek*, Die Theorie komplexer Phänomene (1972); *ders.*, Law Legislation and Liberty, Bd. 1–3 (1973–79).

140 Besonders pointiert z. B. *Hoppmann*, Fusionskontrolle (1972).

stems sind die Individuen und die Unternehmen. Sie interagieren spontan aufgrund allgemeiner Verhaltensregeln, der Systemcharakter ist selbstregulierend, umweltoffen und evolutorisch.

Das bedeutet im einzelnen: Wettbewerb ist ein dynamischer Prozeß, der nicht in statischen Modellen eingefangen werden kann. Die Daten und Informationen, die in diesen Prozeß eingehen, sind prinzipiell nicht überblickbar, so daß sich wissenschaftlich begründbare Voraussagen nur auf das Auftauchen einer allgemeinen Struktur, nie aber auf einzelne Marktergebnisse beziehen können (»pattern predictions«). Das ist aber kein Schaden, da die soziale Institution Wettbewerb gerade bewußt als ein Informations-, Such- und Lernprozeß eingesetzt wird. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren ist jedem wissenschaftlichen Prognoseverfahren überlegen. Deshalb ist es unsinnig, die institutionellen Voraussetzungen des Wettbewerbs von seinen Ergebnissen, von den sog. ökonomischen Wettbewerbsfunktionen her bestimmen zu wollen. Sinnvoll allein ist, über ein Spielregelsystem die allgemeinen Bedingungen der Wettbewerbsfreiheit zu sichern.

M. E. handelt es sich hierbei um einen bemerkenswerten Versuch, das Zentralproblem der Verrechtlichung, das Problem der strukturellen Kopplung von Recht und Regulierungsbereich anzugehen – ein bemerkenswerter Versuch, der sich aber zugleich durch seine normative Hypostasierung von vornherein diskreditiert. Bemerkenswert ist er deshalb, weil er die absoluten Wirkungsgrenzen der Verrechtlichung anvisiert: Interventionistische Eingriffe in selbstregulierende Systeme sind im Prinzip von außen nicht kontrollierbar. Zugleich wird der Versuch unternommen, im Begriff der »pattern predictions« und im Begriff des Rechts als Spielregelsystem Bedingungen der strukturellen Kopplung von Recht und Wettbewerb zu formulieren. Über diese beiden Begriffe ist prinzipiell die Möglichkeit gegeben, trotz der Begrenztheit menschlichen Wissens über komplexe selbstregulatorische Prozesse dennoch politisch-rechtlich zu handeln. Das ist auch der Grund, weswegen der Begriff der pattern predictions für die Implementationsforschung, die an ihre kognitiven und organisationellen Grenzen stößt, so attraktiv erscheint. Und man sollte daran denken, diese Denkmodelle über das Entdeckungsverfahren Wettbewerb auf andere selbstregulierende Teilsysteme, die dem rechtlichen Zugriff ausgesetzt werden, auszudehnen.[141]

141 Vgl. dazu die aufschlußreichen Überlegungen bei *Gotthold*, Jenseits von Geld und Recht. Chancen und Grenzen kommunaler Sozialpolitik für soziale Brennpunkte, in: *Krüger/Pankoke* (Hrsg.), Kommunale Sozialpolitik (1984).

Nicht akzeptabel erscheint jedoch, wie diese Theorie wirtschaftliche Teilrationalität hypostasiert. Normativ wird ein absoluter Vorrang der Wettbewerbsfreiheit gegenüber sonstigen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Zielen postuliert. Rechtliche Spielregeln dürften sich nur auf die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit beziehen. Das ist für Juristen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht akzeptabel. Verfassungsrechtlich wird man wohl so viel sagen können, daß Zielkonflikte nicht über einen absoluten Vorrang der Wettbewerbsfreiheit gegenüber sonstigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zielen gelöst werden. Vielmehr scheint der auch sonst verfassungsrechtlich gewählte Weg gangbar, nämlich eine Vermittlung der Ziele im Sinne »praktischer Konkordanz«, wobei ein hoher gesetzgeberischer Spielraum besteht.

Gesellschaftstheoretisch ist die Position deshalb nicht akzeptabel, weil sie die Teilrationalität des Wirtschaftssystems – Markt und Wettbewerb – für das Ganze hypostasiert und nicht sehen will, daß es gerade die Aufgabe sozialstaatlicher Verrechtlichung ist, die Rationalität anderer gesellschaftlicher Teilsysteme gegenüber der Wirtschaft zur Geltung zu bringen.[142] Man kann nicht die Funktion des Rechts zurückschneiden auf die bloße Erhaltung selbstregulatorischer Strukturen, sondern muß sehen, daß eine wichtige Funktion von Recht gerade darin besteht, die Teilrationalitäten unterschiedlicher selbstregulatorischer Systeme miteinander abzustimmen.[143] Diese Aufgabe wird nicht überflüssig dadurch, daß selbstregulatorische Systeme sich dem unmittelbar steuernden Zugriff entziehen. Sie bleibt notwendig, wird nur ungleich schwieriger.

Und damit sind unsere Überlegungen an einen Punkt gelangt, an dem die m. E. interessantesten Alternativen der Verrechtlichung auftauchen. Es werden Auswege aus der Verrechtlichungsproblematik gesucht, die *sowohl von der Notwendigkeit der sozialpolitischen Instrumentierung des Rechts als auch von der Notwendigkeit der strukturellen Kopplung mit selbstregulatorischen Lebensbereichen* ausgehen. Als Problem wird formuliert: Gibt es Möglichkeiten und Wege, daß Recht sich vom direkten regulatorischen Zugriff auf indirektere, abstraktere Formen der Sozialsteuerung umstellt, also auf die politisch-rechtliche Steuerung von gesellschaftlicher Selbstregulierung?

142 Vergleiche mit unterschiedlichen Nuancierungen *Habermas*, (Fn. 3), S. 530 ff.; *Willke*, Gesellschaftliche Kriterien ökonomischer Rationalität, Ms. (1983).

143 Dazu näher *Teubner*, (Fn. 9), S. 49 ff.

Als Lösungsalternativen jenseits von Formalisierung und Materialisierung des Rechts werden heute Strategien diskutiert, die auf abstraktere, indirektere Steuerung durch Recht hinauslaufen. Recht wird von unmittelbarer Regulierung der Sozialbereiche entlastet, dafür aber mit der aktiven Steuerung selbstregulatorischer Prozesse belastet.[144]

Die Krise des regulatorischen Rechtes wird hier nun diagnostiziert als gesellschaftliche Immunreaktion gegenüber rechtlichen Interventionen. An Verrechtlichungsproblemen wird deutlich, daß verschiedene Sozialsysteme ihrer jeweiligen Eigenlogik folgen, die sich nicht ohne weiteres mit anderen vereinbaren läßt. Materiale Rechtsprogramme verfügen als sozialstaatliche Steuerungsmedien über Funktionsmodi, Rationalitätskriterien und Organisationsmuster, die den Strukturen der regulierten Bereiche nicht ohne weiteres angemessen sind. Hintergrundstheorien sind regelmäßig Großtheorien von Gesellschaft und Recht, meist Varianten des Systemfunktionalismus oder der kritischen Theorie oder mannigfache Kombinationsversuche. Normativ verfügen diese Ansätze über höchst unterschiedliche Perspektiven, von der Emanzipation des Menschen bis zur geräuschlosen Systemtechnologie, je nach Theoriezusammenhang und normativer Präferenz. Sie haben jedoch ein Problem gemeinsam. Ist normative Integration in einer Gesellschaft noch möglich, die sich durch innere Widersprüche, durch desintegrierende, ja disruptive Konflikte zwischen den Eigenlogiken hochspezialisierter Subsysteme auszeichnet?[145] Sie gehen davon aus, daß weder Staat noch Recht diese Integration leisten können, wie es vielleicht noch Durkheims Vorstellung von organischer Solidarität war. Jedoch müssen Politik und Recht wichtige strukturelle Vorbedingungen für eine solche Integration leisten.

Die Lösungsformel heißt: rechtliche Strukturvorgaben für gesellschaftliche Selbstregulierung. »Prozeduralisierung« etwa wird als Sammelbegriff angeboten für die Rolle des Rechts, die Einrichtung von »lernfähigen sozialen Systemen« zu fördern und gesellschaftlich zu kontrollieren (Wiethölter).[146] Im wesentlichen geht es um drei Dinge: (1) Sicherung gesellschaftlicher Autonomie durch eine »äußere Verfassung« (Habermas),[147] um eine rechtliche Garantie für »semi-autonomus social fields« (Moore);[148] (2) strukturelle Vorgaben für wirksame Selbstregulierung etwa nach Art der »externen Dezentralisierung« von öffentlichen Aufgaben (Lehner, Gotthold) oder im Sinne interner Reflexion gesellschaftlicher Wirkungen (Teubner, Hart);[149] (3) Kanalisierung von Inter-System-Konflikten durch »Relationierungsprogramme« bzw. neo-korporatistische Vermittlungsverfahren (Willke), durch »negotiated regulations« (Harter, Reich), durch halb-formelle Verfahrensweisen des »Entdekkungsverfahrens Praxis« (Joerges), oder durch rechtliche Abstimmung unterschiedlicher Systemrationalitäten (Scharpf, Assmann, Ladeur).[150]

Auf eine Kurzformel gebracht: Statt soziales Verhalten direkt zu normieren, beschränkt sich Recht auf die Regulierung von Organisation, Verfahren und Neuverteilung von Steuerungsrechten.

Worum geht es konkret? »Negotiated regulation« ist ein erstes Stichwort, unter dem solche indirekten Steuerungen durch Recht heute diskutiert werden.[151] Das Kartellrecht etwa bietet reichlich Anschauungsmaterial für Regulierung durch Verhandlung, wobei Lösungen unter dem Druck rechtlicher Sanktionen auf dem Verhandlungswege zustande kommen.[152] Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ist ein wichtiges Beispiel. Hier werden, vor dem Hintergrund der Drohung mit einer Untersagungsverfügung Modifikationen des Zusammenschlußvorhabens kooperativ ausgearbeitet.

144 Zu dieser Forderung *Bohnert/Klitzsch*, Gesellschaftliche Selbstregulierung und staatliche Steuerung. Steuerungstheoretische Anmerkungen zur Implementation politischer Programme I, in: *Mayntz*, Implementation politischer Programme (1980), S. 200 ff.; *Ronge*, (Fn. 42).

145 Vgl. einerseits *Habermas*, (Fn. 3), S. 334 ff.; andererseits *Luhmann*, Die Weltgesellschaft, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 2 (1975), S. 51 ff.

146 *Wiethölter*, (Fn. 8).

147 *Habermas*, (Fn. 3), S. 544, 546.

148 *Moore*, (Fn. 5); *Galanter* (Fn. 4).

149 *Lehner*, Grenzen des Regierens (1979), S. 178 ff.; *Gotthold*, Privatisierung oder Entbürokratisierung kommunaler Sozialpolitik, in: *Voigt* (Hrsg.), Abschied vom Recht? (1983), S. 249 ff.; *Teubner*, (Fn. 9), S. 47 f.; *Hart*, Contract and Consumer Protection: Organizing Counter-vailing Power – on the Development of Substantive and Reflexive Elements in Modern Contract Law, in: *Trubek* (Hrsg.), Reflexive Law and the Regulatory Crisis (1983).

150 *Willke*, (Fn. 10), S. 62 f.; *Harter*, (Fn. 6); *Reich*, (Fn. 110); *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem (1981), S. 111 ff., 132 ff.; *Scharpf*, Die Rolle des States im westdeutschen Wirtschaftssystem: Zwischen Krise und Neuorientierung in Staat und Wirtschaft (1979); *Assmann*, (Fn. 122); *ders.*, Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy (1980), S. 324 ff.; *Ladeur*, Verrechtlichung der Ökonomie – Ökonomisierung des Rechts? in: *Gessner/Winter* (Hrsg.) Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft (1982), S. 74 ff.; *ders.*, Konsensstrategien statt Verfassungsinterpretation? in: Der Staat 29 (1982), S. 391 ff.; *ders.*, Politische Ökonomie verwaltungsgerichtlicher Planungskontrolle, in: *Voigt* (Hrsg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung (1983), S. 102 ff. Freilich darf nicht übersehen werden, daß zwischen den hier als parallel gekennzeichneten Positionen deutliche Unterschiede in theoretischem Ansatz und normativer Bewertung bestehen.

151 *Harter*, (Fn. 6), und *Reich*, (Fn. 110).

152 Dazu die aufschlußreiche Diskussion bei *Hopt*, (Fn. 43), S. 281 ff. m. w. N.

»Bargaining in the shadow of law« beschreibt den Mechanismus, dessen Wirksamkeit auf vielen Rechtsgebieten nachgewiesen worden ist.[153] Die bloße Existenz von materiellem Recht mit Sanktionsandrohung verschafft den Akteuren, privaten oder staatlichen, gegenüber dem »Naturzustand« Verhandlungspositionen, die sich letztlich auf das Verhandlungsergebnis auswirken. Die Vorteile liegen auf der Hand: Gegenüber einer starren pauschalierenden autoritativen Lösung sind auf dem Verhandlungsweg flexible, situationsgerechte und kooperative Lösungen zu erwarten. Das Problem struktureller Kopplung wird in der Weise angegangen, daß die offizielle Funktion des Rechts, *Verhaltensänderungen* anzuordnen in den Hintergrund tritt, während seine latente Funktion, *Verhandlungssysteme* zu steuern, entscheidend wird.

Es gibt zahlreiche Untersuchungen, die die weite Verbreitung dieses Phänomens belegen.[154] Regelmäßig ist der Verlauf so, daß Recht zunächst primär dazu eingesetzt werden sollte, durch negative Sanktionen ein bestimmtes Verhalten zu erzwingen, daß dann aber Vollzugsdefizite auftauchten, die die Beteiligten dazu brachten, die Erzwingungssysteme in Verhandlungssysteme umzuwandeln. Man kann dies so interpretieren, daß in diesem Falle das regulative Recht einem latenten Funktionswandel unterliegt. Als Direktsteuerung menschlichen Handelns gelangt es sehr schnell an seine Grenzen und wird heimlich uminterpretiert in eine Art prozeduralen Rechts. Das Drohpotential der rechtlichen Sanktionen wird gerade nicht eingesetzt, sozusagen liquidiert, sondern bleibt als rechtlich garantierte Verhandlungsmacht innerhalb eines sich selbststeuernden Verhandlungssystems erhalten. Ja, es gibt sogar Interpretationen regulatorischen Rechts, die davor warnen, die Implementation von Recht zu ernst zu nehmen. »Strict enforcement by the book« erscheint oft unvernünftig und gefährdet die prekäre Regulierungssituation.[155]

Ein kritischer Umschlagpunkt ist dann erreicht, wenn nicht nur die Beteiligten regulatorisches Recht mehr oder weniger offen und mehr oder weniger legitim in verhandlungssteuerndes Recht uminterpretieren, sondern wenn das Recht selbst auf Direktregulierung verzichtet, und stattdessen sich darauf konzentriert, Verhandlungssysteme zu strukturieren. Natürlich liefert das Arbeitsrecht das historische Paradigma.[156] Staatliche Arbeitsschutzgesetzgebung und die bloße Regulierung der Tarifautonomie stellen in gewissen Grenzen funktionelle Äquivalente für Ziele des Arbeitnehmerschutzes dar. Wegen offenkundiger Leistungsvorteile wurde häufig die indirekte Steuerung der verfahrensmäßigen Regulierung des Tarifverhandlungssystems gewählt. Ohne den Schwerpunkt auf konkrete Inhaltskontrollen zu setzen, tendiert dort das staatliche Recht dahin, kollektive Vereinbarungen nur dadurch indirekt zu steuern, daß es auf die innere Organisation der Tarifverbände Einfluß nimmt, ihre rechtliche Anerkennung von bestimmten Strukturvoraussetzungen abhängig macht, Verfahrensnormen für das Verhandlungssystem und kampfweise Auseinandersetzung entwirft, die Kompetenzen der kollektiven Akteure ausweitet oder einschränkt. Dadurch wird nicht nur versucht, über eine Balancierung ihrer Verhandlungsmacht indirekt die Qualität der Verhandlungsergebnisse zu steuern. Wichtiger als die Neuarrangements von sozialer Macht mit Mitteln des Rechts sind Rechtsstrategien, die darauf abzielen, die »öffentliche Verantwortung« der konfligierenden Parteien im industriellen Konflikt zu erhöhen. Nicht gemeint sind hier die eher naiv anmutenden Versuche, durch explizite Normierung einer »Gemeinwohlklausel« den Tarifpartnern oder dem Tarifsystem als solchem eine öffentliche Verantwortlichkeit auferlegen zu wollen. Die Entwicklung von »Reflexionsstrukturen« im industriellen Konfliktsystem, von Strukturen also, in denen die gesellschaftlichen Folgen ins Handlungskalkül aufgenommen werden, ist eher von einer institutionellen Beeinflussung von Organisationsgröße und inneren Organisationsstrukturen zu erwarten. Vergleichende empirische Studien stützen bis zu einem gewissen Grad die Vermutung, daß die gesellschaftsweiten Effekte innerhalb der Entscheidungsprozesse des Tarifsystems in einem größeren Ausmaß »reflektiert« zu werden pflegen, wenn das kollektive Arbeitsrecht ein zentralisiertes »Industriegewerkschaftssystem« im Gegensatz zu einem dezentralisierten »shop steward«-System mit berufsmäßig orientierten Gewerkschaften systematisch begünstigt.[157]

153 *Mnookin/Kornhauser*, Bargaining in the Shadow of the Law. The Case of Divorce, in: Yale Law Journal 88 (1979), S. 950 ff.; *Galanter* (Fn. 4).

154 Vergleiche dazu ausführlich *Treiber*, Regulative Politik in der Krise? in: *Trubek*, Reflexive Law and the Regulatory Crisis (1983).

155 *Bardach/Kagan*, Going by the Book – The Problem of Regulatory Unreasonableness (1982).

156 Dazu die eindringliche Darstellung von *Simitis*, (Fn. 32), S. 94 ff. Vgl. die arbeitsrechtlichen Analysen bei *Wiethölter*, (Fn. 8); vgl. auch *Mückenberger*, Der Arbeitskampf als staatlich inszeniertes Ritual, in: Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 16 (1980), S. 241 ff.

157 *Streeck/Seglow/Bayley*, Railway Unions in Britain and West Germany. Structural Sources of Crossnational Differences and Similarities (1978); *Streeck*, Gewerkschaftsorganisationen und industrielle Beziehungen, in: *Matthes* (Hrsg.), Sozialer Wandel in Westeuropa, (1979), S. 206 ff.; *Groser*, Stabilität und Wandel im System der Arbeitsbeziehungen, in: Politische Vierteljahresschrift 20 (1979), S. 258 ff.

Obwohl auch hier vor Generalisierungen zu warnen ist, zeigt sich doch eine gewisse Überlegenheit des prozeduralen gegenüber dem materialen Recht. Simitis: »Prozedurale Regeln sind nahezu überall symptomatisch für eine Verrechtlichungsphase, in der die Steuerung über materiale Regeln, schon wegen ihres prinzipiell punktuellen Ansatzes und ihrer beschränkten Anpassungsfähigkeit an die sich verändernden sozialen und ökonomischen Bedingungen nicht mehr ausreicht«.[158]

Sicherlich kann das kollektive Arbeitsrecht kein Muster für eine universelle Anwendung im Recht der Wirtschafts- und Arbeitswelt abgeben. Entsprechende Bemühungen auf anderen Gebieten, ein auf Gegenmacht basierendes Verhandlungssystem zu installieren, haben sich als nur bedingt entwicklungsfähig erwiesen, so besonders auf dem Gebiet des Verbraucherrechts.[159]

In den USA wurde ein vielfach beachteter Vorschlag zur »negotiated regulation« gemacht.[160] Um eine zu starke Verrechtlichung – »lawyering«, wie es so schön heißt – zu vermeiden, die die Konflikte nur aufheizt, sollen Verhandlungen über Regulierung zwischen den beteiligten Gruppen geführt werden, die von einem mit gewissen rechtlichen Kompetenzen ausgestatteten »convenor« vermittelt und moderiert werden. Ersichtlich will man sich hier die Erfahrungen der amerikanischen arbitration zunutzemachen. Ähnliche Vorschläge sind in Frankreich in Bezug auf Mietrechtsprobleme und in Bezug auf Verbraucherrecht gemacht worden.[161] Regelmäßig läuft dies auf die staatlich inszenierte Veranstaltung eines Verhandlungssystems hinaus mit Beteiligung der einschlägigen Interessenverbände, was dann in »accords negotiés collectivement« resultieren soll. Die Problematik der Parallele zum kollektiven Arbeitsrecht liegt auf der Hand: Organisationsfähigkeit und Konfliktfähigkeit von Verbraucherverbänden sind nicht entfernt mit gewerkschaftlichen Möglichkeiten zu vergleichen.

Gerade das Verbraucherrecht, aber auch andere Bereiche des Vertragsrechts zeigen, daß die Technik der »externen Dezentralisierung« dann versagt, wenn soziale Macht- und Informationsasymmetrien die rechtliche Fernsteuerung von autonomen selbstregulatorischen Prozessen zur Farce machen. Unausweichliche Konsequenz, deren Erfolgschancen aber

158 *Simitis*, (Fn. 32), S. 102.
159 *Hart/Joerges*, Verbraucherrecht und Marktökonomik, in: *Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, S. 83 ff.; *Joerges*, (Fn. 150), S. 52 ff.
160 *Harter*, (Fn. 6).
161 Vgl. die Darstellung bei *Reich* (Fn. 110), S. 28.

eher skeptisch zu beurteilen sind, wäre dann die gezielte rechtliche Stärkung von Verhandlungsmacht, um solchen Asymmetrien entgegenzuwirken. Jedoch mögen funktionale Äquivalente darin gefunden werden, daß mit staatlich-rechtlicher Hilfe »künstlich« autonome öffentliche Institutionen geschaffen werden, die Verbraucherinformationen liefern oder die Verbraucherinteressen für ihre wirtschaftlich-politische Repräsentation wirksam organisieren (vgl. als erste Ansätze in dieser Richtung z. B. Stiftung Warentest, Verbraucherzentralen, öffentliche Verbrauchervertretungen).[162] Auch hier bestünde die Rolle des staatlichen Rechts nicht in materialer Regulierung von Marktprozessen, sondern in prozeduraler und organisationaler Vorstrukturierung von »autonomen« sozialen Prozessen. Über die Anordnung von Organisationsnormen zwingt das Recht hochspezialisierte, einseitig ausgerichtete Institutionen, widersprüchliche Anforderungen ihrer gesellschaftlichen Umwelten in das eigene Entscheidungskalkül aufzunehmen. Die Konsequenz einer solchen verbraucherrechtlichen Perspektive, die die Schwächen eines rechtlichen Interventionismus überwinden könnte, werden von Joerges folgendermaßen gekennzeichnet: »Das Recht hätte dann nicht autoritativ darüber zu befinden, was das Verbraucherinteresse ist, es könnte sich damit begnügen, Kompetenzen für die Artikulation von Verbraucherinteressen zu bestimmen und deren Wahrnehmung zu sichern. Der Justiz fiele dann nicht die Aufgabe zu, eigene Zweckprogramme zu entwickeln, oder Zielkonflikte zwischen konkurrierenden Politiken zu entscheiden; sie könnte sich damit begnügen, Koordinationsprozesse zu gewährleisten und Einigung zu erzwingen«.[163]

»Social contract« bezeichnet einen weiteren Entwicklungstrend, in dem sich die Rolle des Rechts von direkter Verhandlungssteuerung zu eher indirekter Verfahrenssteuerung wandelt.[164] Social contract ist nur eine Sonderform zahlreicher »neo-korporatistischer Arrangements«, die international zunehmende Beachtung gefunden haben.[165] Im Gegensatz zu pluralistischer Interessenvermittlung, in der organisierte Interessen ihren Einfluß nur im Vorhof staatlicher Macht geltend machen, läuft das korporatistische Syndrom auf eine freiwillige Kooperation zwischen Staat

162 *Joerges*, (Fn. 150), S. 133.
163 *Joerges*, Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts, Aktiengesellschaft 1983, S. 57 ff., 65.
164 Siehe die Einschätzung von *Simitis*, (Fn. 32), S. 135 ff. m. w. N.
165 Als informative Einführung *Alemann/Heinze*, Verbände und Staat (1979); *Alemann*, Neokorporatismus (1981).

und gesellschaftlichen Interessen, vornehmlich auf eine Entscheidungssymbiose zwischen Staat, Gewerkschaften und Wirtschaftsverbänden, hinaus. Die Gründe für diese Entwicklung sind im wesentlichen im Macht- und Rationalitätszuwachs gesellschaftlicher Teilsysteme zu finden, denen gegenüber klassische Rechtsformen der staatlichen Steuerung versagen.[166] Diese »Entzauberung des Staates«[167] führt zu neuen Formen der Verrechtlichung, zu neuen »Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft«.[168] Entscheidendes Kennzeichen ist nach Winter die »Vermeidung imperativer Eingriffe« und zwar durch »vorübergehendes Zusammenwirken, bei dem der Staat ein Stück seiner – ihm selbst nicht mehr sicheren – Herrschaft und die Wirtschaft ein Stück – ihrer selbst nicht mehr sicheren – Freiheit aufgibt, und zwar durch dauerhaften Einbau staatlicher Rationalität in private Organisationen, indem gesamtgesellschaftliche Konflikte im Teilsystem selbst wiederholt werden, durch private »Besetzung« staatlicher Organisation und damit einhergehendem Distanz- und Generalisierungsverlust des Staatsapparats bis hin zu einer Verflechtung, bei der die beiden Parteien kaum noch als Organisation mit Struktur- und Funktionsgrenzen auszumachen sind, vielmehr eine neue Identität bilden«.[169]

Mit dem Ausdruck »Relationierungsprogramm« ist ein Begriff in die Diskussion gebracht worden, der die neuartige Rolle des Rechts in solchen neo-korporatistischen Arrangements kennzeichnen soll.[170] Gegenüber dem Konditionalprogramm des klassischen Formalrechts und dem Zweckprogramm des sozialstaatlichen Steuerungsrechts unterscheidet es sich dadurch, daß es auf Organisation und Verfahren zur Abstimmung unterschiedlicher Rationalitäten und Medien gesellschaftlicher Teilsysteme ausgerichtet ist. Nicht mehr die klassischen Rechtsformen, Verbote und Anreize stehen im Vordergrund, sondern prozedurale Steuerungen, in denen der Staat organisierte gesellschaftliche Interessen in Verfahren der Programmformulierung, Entscheidungsfindung und Implementierung einbindet.

166 *Schmitter,* Modes of Interest Intermediation and Models of Social Change in Western Europe, in: Comparative Political Studies (1977), S. 7 ff.; *Winkler,* Corporatism, in: European Journal of Sociology (1976), S. 100 ff.

167 *Willke,* (Fn. 10).

168 Siehe dazu die Diskussion theoretischer Ansätze und konkreter Verflechtungsformen, in: *Gessner/Winter* (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft (1982).

169 *Winter,* Literaturbericht zum Thema, in: *Gessner/Winter,* Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft (1982), S. 28.

170 *Willke,* (Fn. 10), S. 62 ff.; *Teubner/Willke,* Kontext und Autonomie, Zeitschrift für Rechtssoziologie (1984).

Der Verrechtlichungsprozeß wird also durch solche Trends zur »Entstaatlichung« nicht etwa gestoppt, sondern nur in neue Bahnen umgeleitet. Dabei ist neben den eben angesprochenen Relationierungsprogrammen ein weiteres Phänomen bemerkenswert, das Simitis im Arbeitsrecht von einer »zweiten Generation von Arbeitnehmerschutzvorschriften« sprechen läßt,[171] das aber darüberhinaus verallgemeinerbar ist. Es geht um die innerorganisatorischen Folgen des Neo-Korporatismus. In der amerikanischen Arbeitsrechtsentwicklung wurde die »duty to bargain« durch die »duty of fair representation« ergänzt: Die Verhandlungspflicht des Arbeitgebers impliziert die Pflicht für die Gewerkschaften, sich für die Interessen all ihrer Mitglieder einzusetzen. Dies ist der Ausgangspunkt für eine Verrechtlichungswelle, die die bisher als autonom verstandene innere Organisation der Arbeitnehmervertretungen betrifft. Das Phänomen läßt sich von Gewerkschaften auf sämtliche organisierte Interessen ausdehnen, die in neo-korporatistische Verhandlungssysteme eingebunden sind. Durch die Einbindung verlagert sich ein Großteil gesellschaftlicher Probleme in das Innere der Großorganisationen selbst, die Abstimmung von Interessen, der Aufbau von Legitimation, die Implementierung der ausgehandelten Politik. Das bedeutet die Verlagerung von »externer« Marktkoordination auf »interne« Politikprozesse der Organisationen. Die Binnenstruktur der Organisation wird damit zur »Achillesferse des Korporatismus«.[172] Damit wird Organisationsverfassung zu einem zentralen Steuerungsproblem des staatlichen Rechts.

Das führt uns unmittelbar zum letzten Problemkreis, der Rolle des Rechts gegenüber privaten Großorganisationen. Wie Kübler herausgearbeitet hat, finden sich auch im Gesellschafts- und Unternehmensrecht Tendenzen zu einer Materialisierung des vormals neutralen Formenrechts.[173] Doch auch hier scheinen staatliche Regulierung und richterliche Kontrolle des »corporate behavior« die Grenzen ihrer Kontrollkapazität zu erreichen, und das nicht nur wegen vordergründiger politischer Trendwenden, sondern aus strukturellen Gründen.[174] Unser Ansatz würde nun

171 *Simitis,* (Fn. 32), S. 142 ff.

172 Eine Diskussion des Zusammenhanges von neo-korporatistischen Strukturen und den Binnenstrukturen der Organisation bei *Teubner,* Zu den Regelungsproblemen der Verbände. Neo-Korporatismus und innerverbandliche Opposition, in: Juristenzeitung 1978, S. 545 ff.; *ders.,* Neo-korporatistische Strategien rechtlicher Organisationssteuerung, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen (1979), S. 487 ff.

173 *Kübler,* (Fn. 62), S. 185 ff.

174 *Mayntz,* Regulative Politik in der Krise, in: *Matthes,* Sozialer Wandel in Westeuropa (1979), S. 55 ff.

nicht notwendig zu einer Verstärkung staatlicher Machtressourcen führen, sondern eher zu einer Umstellung auf abstraktere Kontrollmechanismen: Rechtsnormen zu entwerfen, die systematisch »Reflexionsstrukturen« innerhalb des wirtschaftlichen Systems stärken. »Unternehmensverfassung« und »neokorporatistische Verhandlungssysteme« sind die einschlägigen Stichworte. Die offene Frage ist, ob sich solche Kontrollmechanismen dahin dirigieren lassen, daß sie als »corporate conscience« effektiv fungieren, d. h. das Wirtschaftssystem bzw. die Unternehmung dazu zwingen, gesellschaftliche Außenkonflikte zu »internalisieren«. Und zwar in der Weise, daß interne Entscheidungsprozesse zugleich auch nicht-wirtschaftliche Interessen der Arbeitnehmer, der Verbraucher, der allgemeinen Öffentlichkeit berücksichtigen. Ist es völlig ausgeschlossen, daß ökonomische Zielstrukturen innerhalb der Unternehmung, die in den letzten Jahrzehnten schon erhebliche Wandlungen von Gewinnorientierung zu einer Wachstumsorientierung durchgemacht haben, sich erneut wandeln, so daß sie Probleme der ökologischen Balance in das Zielbündel effektiv mit aufnehmen? Und muß dies wirklich der Punkt sein, »where the law ends«, um mit Christopher Stone zu sprechen, oder ist dies nicht gerade der Punkt, an dem Recht eine institutionelle Chance erhält: die »reflexive« Kontrolle wirtschaftlichen Verhaltens zu veranlassen, die externe soziale »troubles« in organisationsinterne »issues« für die Mikropolitik der Unternehmung zu transformieren geeignet ist?[175]
Weder Machtabbau noch Steigerung individueller Partizipation im emphatischen Sinne der »partizipatorischen Demokratie« sind die vorrangigen Ziele, sondern die überlegte Planung von internen Organisationsstrukturen, die die Institutionen – Unternehmen, öffentliche Verbände, Gewerkschaften, Massenmedien, öffentliche Verbände, Gewerkschaften, Massenmedien, Erziehungseinrichtungen – sensibel machen gegenüber den sozialen Effekten, die ihre Strategie zur Maximierung ihrer spezifischen Rationalität auslösen. Hauptfunktion solcher reflexiver Binnenstrukturen wäre es, interventionistische Staatskontrollen durch effektive Binnenkontrollen zu ersetzen. Strukturelle Bedingungen für ein »organizational conscience« zu schaffen, das die Balance zwischen Funktion und Leistung des Sozialsystems reflektiert, dies wäre in unserer Definition die integrative Rolle eines reflexiven Rechts.
Auf den ersten Blick wirken diese verschiedenen Ansätze und Entwicklungstrends sehr heterogen. Sie finden aber ihre Einheit darin, daß sie in

175 *Stone*, Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behaviour (1975).

durchaus unterschiedlicher Weise das Zentralproblem der Verrechtlichung, das Problem struktureller Kopplung von Recht, Politik und gesellschaftlichen Lebensbereich angehen. Mit dem Begriff »strukturelle Kopplung« ist auch genau das Stichwort gegeben, das für künftige rechtstheoretische und rechtspraktische Bemühungen um ein Verständnis des Verrechtlichungsphänomens weiterführende Perspektiven eröffnen kann. Für ein angemessenes Rechtsverständnis scheint es unumgänglich, Folgerungen aus der oben angesprochenen gesellschaftlichen Autonomie, genauer der autopoietischen Organisation gesellschaftlicher Subsysteme zu ziehen. Politisch-rechtliche Intervention in komplexe selbstreproduktive Systeme hätte sich vom Leitbild hierarchischer Interaktionsbeziehungen zu verabschieden und müßte sich auf retikulare Interaktion gleichgeordneter Kommunikationssysteme einstellen. Das verweist Rechtsintervention auf den indirekten Weg »dezentraler Kontextsteuerung«.[176] Die hochgetriebene Autonomie der gesellschaftlichen Teilsysteme bedingt die Notwendigkeit und die Möglichkeit dieser Steuerungsform: Steuerungsimpulse sind nur noch möglich in der Form der Konditionalisierung der Randbedingungen, die als beobachtbare Differenzen die Informationsbasis der jeweiligen zirkulären Geschlossenheit abgeben.
Und dies bedeutet nicht etwa nur Steuerung im klassisch-liberalen Sinne einer residualen Kontextsteuerung, die den gesellschaftlichen Teilsystemen die Rahmenbedingungen ihrer Freiheit zu Selbstorganisation gewährt. Vielmehr käme es gerade auf eine *rechtsinterne Modellierung der autopoietischen Organisation gesellschaftlicher Subsysteme an* mit dem Ziel, strategische Variablen zu deren Veränderung zu identifizieren und über deren Beeinflussung umweltadäquate Reflexionsprozesse zu institutionalisieren. Daß damit die inneren Möglichkeiten des Rechts überfordert sind, ist nicht auszuschließen. Doch sprechen theoretische Überlegungen nicht prinzipiell gegen diese Steuerungsform, sondern sollten sie eher nahelegen.
Eine zweite Möglichkeit dezentraler Kontextsteuerung liegt darin, die Geschlossenheit und Undurchdringlichkeit komplexer Sozialsysteme als »black boxes« voll zu akzeptieren und die Rechtssteuerung nur auf die Außenbeziehungen, die Interaktionsbeziehungen zwischen den Teilsystemen, zu konzentrieren. Die Chance der Rechtswirksamkeit läge dann darin, daß das Recht seinen Operationsmodus nicht anderen Bereichen

176 Siehe *Teubner/Willke*, (Fn. 170); *dies.*, Dezentrale Kontextsteuerung im Recht intermediärer Verbände, in: *Voigt* (Hrsg.), Verrechtlichung (1980), S. 46 ff.

mehr oder weniger aufzwingen müßte, sondern sich auf die Normierung des eigenständigen Interaktionssystems beschränken könnte. Dann bedürfte es keiner Isomorphie der Operationsmodi von Recht und Gesellschaft, sondern »nur« noch deren »struktureller Kopplung«. Rechtstheorie und Rechtspraxis auf solche Konzepte umzustellen, wäre die fällige Konsequenz aus der gesellschaftlichen Erscheinung der Selbstreferenz und Selbstreproduktion sozialer Systeme.

Darüberhinaus jedoch ist vor übertriebenen Hoffnungen zu warnen.[177] Man muß damit rechnen, daß eine Umstellung von Fremdsteuerung des Rechts auf Steuerung von Selbststeuerung neuartige gravierende Folgeprobleme nach sich zieht, die in dieser Form bei direkter Verhaltenssteuerung nicht auftauchen. »Ungenauigkeit« rechtlicher Steuerung bzw. erhöhte Kosten der Koordination bei dezentraler Steuerung sind ziemlich unausweichliche Nebenfolgen einer »Prozeduralisierung« des Rechts.[178] Und schließlich bleibt klarzustellen, daß es nicht um eine totale Umstellung des Rechts auf neue Steuerungsformen geht. So wie klassisches Formalrecht von Materialisierungsprozessen nicht abgelöst, sondern höchstens überlagert wird, so geht es auch hier nur um relative Dominanz. Es steht allenfalls eine Schwerpunktverlagerung rechtlicher Steuerung auf prozedurale Mechanismen zu erwarten. Solche flexibleren Rechtsstrategien können zahlreiche Verrechtlichungsprobleme nicht lösen und sie werden auch den Verrechtlichungsprozeß als solchen nicht umkehren. Im Gegenteil, auch die rechtliche Steuerung von Selbstregulierung wird den Verrechtlichungstrend fortsetzen, nur eben – und das wäre entscheidend – ihn vielleicht in gesellschaftsverträglichere Bahnen umleiten.

177 *Blankenburg*, The Poverty of Evolutionism, in: Law & Society Review 18 (1984), verwendet große Energien darauf, Illusionen über »prozeduralisiertes« Recht zu zerstören, die in dieser Form freilich auch niemand gehegt hat.

178 *Kübler*, (Fn. 62), S. 210 ff.