

Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts?

Zur neueren Diskussion über das Verhältnis
von öffentlichem Recht und Privatrecht

Thomas Vesting

I. Einleitung: Die These von Ernst-Joachim Mestmäcker - II. Bürgerliche Gesellschaft und Privatrechtsgesellschaft - 1. Begriffliches - 2. Ausgangspunkte - III. Die „bürgerliche Gesellschaft“ im ausgehenden 20. Jahrhundert - 1. Von der Privatrechtsgesellschaft zur industriellen Massengesellschaft - 2. Von der industriellen Massengesellschaft zur „Wissensgesellschaft“ - 3. Vom Nationalstaat zur Weltgesellschaft - IV. Zur Kooperation von öffentlichem Recht und Privatrecht - 1. Öffentliches Recht und „marktwirtschaftliche“ Steuerungselemente - a) Telekommunikationsrecht - b) Rundfunkrecht - c) Umweltrecht - 2. Publizierung und Pluralisierung des Privatrechts - V. Schlußbetrachtung.

I. Einleitung: Die These von Ernst-Joachim Mestmäcker

In den letzten achtzig Jahren haben Zivilrechtler wiederholt einen Autonomieverlust des Privatrechts beobachtet und beklagt. Für diese Abschwächung der Eigengesetzlichkeit des bürgerlichen Rechts hat man immer wieder - und dies nicht zuletzt - das Vordringen des öffentlichen Rechts verantwortlich gemacht. Nachdem Max Weber noch vor dem Ersten Weltkrieg das Einströmen systemfremder Begriffe in das moderne Formalrecht diagnostiziert hatte¹, registrierte Julius Hedemann nur wenige Jahre nach Weber einen „beträchtlichen Abbau an bürgerlichem Recht zugunsten der Publizistik“ sowie „eine bedeutende Zunahme an Zwang“.² Nach dem Zweiten Weltkrieg sprach Franz Wieacker in ähnlicher Weise von einer „Machtergreifung des öffentlichen Rechts“, „die sich in diesem einen Jahrhundert meist lautlos, aber beharrlich und entschieden“ vollzogen habe.³ Fünfzehn Jahre später beklagte Bernhard Großfeld einen „Ansturm des öffentlichen Rechts“, der den Schwerpunkt der

Rechtsentwicklung aus dem alten Privatrechtssystem verdrängt und zunehmend in Materien des öffentlichen Rechts ausgelagert habe.⁴ Auf der Zivilrechtslehrertagung von 1987 erneuerte Wolfgang Zöllner diese Diagnose schließlich ein weiteres Mal. Zöllner meinte nicht weniger vor sich zu sehen als einen „Verlust privatrechtlicher Ordnungsvorstellungen zugunsten privatrechtsfremder, ja privatrechtsfremder Ordnungsstrukturen“; und auch er ließ keinen Zweifel daran, daß mit privatrechtsfremden Strukturen in erster Linie die Beimischung, Durchsetzung und Überlagerung privatautonom gestalteter Rechtsverhältnisse durch öffentlich-rechtliche Vorsorge- und Zwangselemente gemeint war.⁵

Die Lage schien für das Privatrecht also äußerst düster, und Wolfgang Zöllner konnte seiner Zunft denn auch nicht mehr anbieten als die Hoffnung auf die „Herausbildung von Gegenbewegungen“.⁶ Seit dem Zusammenbruch des Sowjetreichs hat sich diese Situation jedoch offensichtlich geändert. Eine grundlegende Trendwende deutet sich an. Diese Trendwende könnte das alte Privatrechtssystem auferstehen lassen und dem Privatrecht die ihm gebührende Vorrangstellung wieder einräumen. So jedenfalls sieht es Ernst-Joachim Mestmäcker.⁷ Für Mestmäcker stellt sich das abrupte Ende des Sozialismus als Ende eines Experiments dar, in dem der von Anfang an untaugliche Versuch unternommen worden ist, die Dynamik einer freien Gesellschaft durch eine „bewußte und planmäßige Organisation“ zu ersetzen.⁸ Während die kommunistische Diktatur in ihrem quasi-religiösen Glauben an die Verheißungen einer kommenden Gemeinschaft nicht mehr hinterlassen habe als eine wirtschaftlich und moralisch zerstörte Welt, habe sich die bürgerliche Gesellschaft als endgültiger Sieger im Kampf der Weltanschauungen durchgesetzt - trotz vieler Abgesänge und Nachrufe, die ihr auch von Seiten der Wissenschaft zuteil geworden seien. Das ist für Theoretiker der Privatrechtsgesellschaft zwar kein Grund zu uneingeschränkter Selbstzufriedenheit. Aber dieser Sieg bedeutet für Mestmäcker doch zweifellos, daß der Sozialismus endgültig abgewirtschaftet hat, „mit der Idee des Sozialismus kein Staat zu machen, keine Solidarität zu stiften und keine Humanität zu wahren ist“.⁹ Heute, so Mestmäcker, seien wir mehr denn je auf die Anfänge der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts verwiesen, deren Ideen und Institutionen „sich als einzige Grundlage für die Möglichkeit einer menschenwürdigen Gesellschaft“ erwiesen hätten.¹⁰

Zweifellos hat Ernst-Joachim Mestmäcker mit dieser These zunächst einmal recht. Eine Alternative zu der Gesellschaft, in der wir leben, ist nicht mehr auszumachen. Mehr noch: Jeder Versuch, normative Haltepunkte in einer Welt rasanter und tiefgreifender struktureller Veränderungen zu finden, ist auf die Fundamente der westlichen Liberalismus angewiesen. Keine Rechts- oder Verfassungstheorie kommt umhin, sich der Anfänge der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts zu vergewissern, will sie denn auf der Höhe der Zeit sein. Auch darin kann man Mestmäcker nur beipflichten. Aber die Art und Weise, in der Mestmäcker meint, das Programm einer Wiederanknüpfung an das bürgerliche Recht durchzuführen zu können, ist über weite Strecken nicht akzeptabel. Weder deskriptiv noch normativ. Deskriptiv nicht, weil der weltweite Siegeszug des westlichen Kapitalismus und die aus diesem Siegeszug resultierende Dynamik einer beschleunigten Selbsttransformation der modernen Gesellschaft mit dem Schlagwort der „bürgerlichen Gesellschaft“ verfehlt wird. Und normativ nicht, weil vor diesem Hintergrund auch Mestmäckers Vision einer globalen Wirtschaftsgesellschaft zu kurz greift. Mestmäckers Vorstellungen können nicht überzeugen, weil die historischen Voraussetzungen, auf denen die bürgerliche Gesellschaft des 18. und 19. Jahrhunderts einst ruhte und auf denen *ihr* Recht errichtet werden konnte, sich im ausgehenden 20. Jahrhundert nicht einfach wiederholen lassen.

II. Bürgerliche Gesellschaft und Privatrechtsgesellschaft

1. Begriffliches

Mestmäckers Ausgangspunkt ist der Begriff der bürgerlichen Gesellschaft. Den Begriff der „bürgerlichen Gesellschaft“ verwendet Mestmäcker in einem weiten Sinn. Bürgerliche Gesellschaft meint nicht lediglich Wirtschaft im Sinne eines isoliert gedachten Teilsystems der modernen Gesellschaft wie etwa bei Niklas Luhmann. Bürgerliche Gesellschaft steht vielmehr für ein Sozialmodell, das die gesamte Gesellschaft prägt und ihre rechtlichen Strukturen einschließt. Diese weite Fassung des Begriffs der bürgerlichen Gesellschaft wird auch ohne weiteres verständlich, wenn man sich klar macht, daß die Theorie der bürgerlichen Gesellschaft das Produkt einer gemeineuropäischen geistesgeschichtlichen Bewegung ist, an der britische Ökonomen und amerikanische Staatsgründer ebenso beteiligt waren wie französische Revolutionstheoretiker und deutsche

Philosophen. Für Mestmäcker waren es insbesondere die britischen Theoretiker, die die Grundaxiome des Sozialmodells der bürgerlichen Gesellschaft konstruiert haben. Dabei übersieht Mestmäcker zwar, daß der moderne Begriff der bürgerlichen Gesellschaft erst eine Schöpfung Hegels ist¹¹, dennoch wird man Mestmäcker darin zustimmen müssen, daß Locke der bedeutendste und einflußreichste Theoretiker der bürgerlichen Gesellschaft war. Seine Schriften - und nicht die von Hobbes, Rousseau, Smith oder Kant - sind die heiligen Schriften des modernen (anglo-amerikanischen) Bürgertums.

Im Mittelpunkt der Theorie der bürgerlichen Gesellschaft steht bekanntlich die Theorie des Gesellschaftsvertrages als Theorie der Begründung, Legitimation und Begrenzung von Herrschaft. Mestmäcker weist in diesem Zusammenhang auf zwei Punkte hin. Zum einen auf die Weiterentwicklung der Sozialvertragslehre durch Locke, die im Unterschied zu Hobbes zu einer engeren Selbstbindung politischer Herrschaft geführt habe. Des weiteren insistiert Mestmäcker darauf, und auch diese Beobachtung scheint mir zutreffend zu sein, daß es das Eigentum war, mit der die bürgerliche Freiheitsidee entstanden ist, und nicht die Religionsfreiheit, die Meinungsfreiheit oder die Pressefreiheit. Locke ist für Mestmäcker der wichtigste Vertreter des Besitzindividualismus, weil er im Schutz des Privateigentums den einzigen Zweck der Errichtung einer bürgerlichen Gesellschaft erkannt habe. Allerdings: In einem weiten Begriff des Eigentums. Bei Locke, so Mestmäcker, umfasse der Eigentumsbegriff nicht nur das Eigentum an Sachen und Rechten, sondern das Recht auf Leben, Freiheit und (Grund-) Eigentum (life, liberty, estate). Lockes Vorstellung von Eigentumsfreiheit umschließt also auch die Berufsfreiheit und damit nicht zuletzt: das Recht auf Eigentum als das Recht auf die Früchte der eigenen Arbeit.

Nur vor diesem geistesgeschichtlichen und sozialhistorischen Hintergrund wird auch klar, was Mestmäcker mit dem von Franz Böhm geprägten Begriff der Privatrechtsgesellschaft meint. Privatrechtsgesellschaft steht nicht für Manchester-Kapitalismus und Wirtschaften im rechtsfreien Raum. Eine Privatrechtsgesellschaft setzt vielmehr „eine überaus anspruchsvolle rechtliche und gesellschaftliche Umwelt voraus“.¹² Der Begriff der Privatrechtsgesellschaft steht aber auch nicht für ein lediglich rechtstechnisch-dogmatisches Programm im Stil der Begriffsjurisprudenz. Das Privatrecht, darin bleibt Mestmäcker ganz der Tradition der politischen Ökonomie des 18.

und 19. Jahrhunderts verpflichtet, ist für ihn der zentrale rechtliche Funktionsträger einer modernen Wirtschaftsgesellschaft. Das Privatrecht ist nicht etwa politisch neutral. Im Gegenteil! Das Privatrecht ist das zu Recht gewordene Programm des politischen Liberalismus. Es verkörpert nicht weniger als den Kernbestandteil einer am aufklärerischen Ideal der Freiheit orientierten Verfassung. Mit dem Begriff der Privatrechtsgesellschaft meint Mestmäcker also keinen neuen Vulgärliberalismus¹³, sondern das äußerst anspruchsvolle Sozialmodell einer auf dem freien Bürger- und Unternehmertum beruhenden Ordnung der spontanen Selbstorganisation. Allerdings weiß Mestmäcker, daß die Wirtschaftsgesellschaft von heute in erster Linie eine Gesellschaft der Organisationen ist. Daher ist es die Aufgabe eines adäquaten Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts das Verhalten von Organisationen rechtlich so zu steuern, daß der Suchmechanismus des Marktes dauerhaft in Bewegung bleibt. Denn nur ein funktionierender Wettbewerb kann die Flexibilitätsvorteile des Marktes sichern und damit wirtschaftliche Freiheit und allgemeinen Wohlstand gewährleisten.

2. Ausgangspunkte

So sehr Mestmäcker nun aber eine Reihe von Korrekturen und Modifikationen am Sozialmodell der bürgerlichen Gesellschaft vornimmt, so sehr bleibt er den zentralen Grundaxiomen dieses Modells doch verhaftet. Das zeigt sich auch in der hier eingenommenen Perspektive, denn gerade seine Lesart des Postulats der Trennung von Staat und Gesellschaft erscheint bei näherem Hinsehen kaum haltbar. Mestmäcker kombiniert die Trennungsthese nämlich mit einer vorab positiven Bewertung der Selbstorganisationsfähigkeit des Marktes einerseits und einer vorab negativen Bewertung staatlicher Intervention andererseits. Diese analytische Vorentscheidung taucht bei Mestmäcker in der Regel als Forderung nach einer notwendigen Machtbalance in der Gesellschaft und der Gesellschaft im Verhältnis zum Staat auf¹⁴, und diese Gewaltenteilungslehre hat sowohl normative wie deskriptive Gründe. Deskriptiv resultiert Mestmäckers Gewaltenteilungslehre aus der Übernahme einer kognitivistisch konzipierten Wettbewerbstheorie, wie sie August von Hayek entworfen hat.¹⁵ Die Wettbewerbstheorie können wir an dieser Stelle vernachlässigen, da in unserem Zusammenhang eindeutig der normative Strang dominiert. Normativ knüpft Mestmäcker direkt an die Theoretiker der bürgerlichen Gesellschaft an. So wie bei Locke der weite Begriff der Eigentumsfreiheit und damit das freie Individuum im Mit-

telpunkt der Gesellschaft steht, so ist es auch bei Mestmäcker die Idee des bürgerlichen Subjekts, „dem die Verantwortung für die Verfassung von Staat und Gesellschaft zur Wahrung der immer gefährdeten Freiheit zugewiesen ist“.¹⁶ Zu den Voraussetzungen der rechtlichen Umwelt einer Privatrechtsgesellschaft gehören für Mestmäcker deshalb besonders die Garantien der grundrechtlichen Freiheiten, die sich im Zusammenhang mit einer rechtsstaatlichen Verwaltung herausgebildet haben bzw., wie Mestmäcker auch sagt, dieser mühsam abgerungen werden mußten.¹⁷

III. Die „bürgerliche Gesellschaft“ im ausgehenden 20. Jahrhundert

1. Von der Privatrechtsgesellschaft zur industriellen Massengesellschaft

Das Sozialmodell der bürgerlichen Gesellschaft wurde zu Beginn des 19. Jahrhunderts auch in Deutschland wirkungsmächtig.¹⁸ Aber es bedarf doch keiner allzu langen Darlegungen, daß das Modell einer sich selbst regulierenden im Sinne einer staatsfrei *gedachten* Gesellschaft gerade in Deutschland nur kurzzeitig bestimmend gewirkt hat. Mit der industriellen Revolution in den fünfziger Jahren entstanden mächtige Gegenbewegungen: das Aufkommen der Organisationen der Arbeiterbewegung; Bismarcks Reaktion auf die Arbeiterfrage in Form der staatlichen Sozialversicherung seit 1883; die Kriegswirtschaft mit gesteuerter Rüstungsindustrie, staatlicher Rohstoffkontrolle und Energiewirtschaft sowie staatlicher Lohn- und Preispolitik; die Weimarer Republik mit ihr ausgedehntes parakonstitutionelles Schlichtungs- und Verbändewesen; der enorme Ausbau staatlicher Daseinsvorsorge seit der Jahrhundertwende - all dies sind ganz wesentliche Momente einer Gegenbewegung, die schließlich von der liberalen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts zur industriellen Massengesellschaft des 20. Jahrhunderts geführt hat. Diese Bewegung hat den Umbau des liberalen Staates in einen planenden und intervenierenden Vorsorgestaat eingeleitet und bewirkt. Weimar war der erste konstitutionelle Versuch, die sozialstaatliche Massendemokratie zu stabilisieren, ein Prozeß, der durch den Nationalsozialismus zwar politisch negiert, aber insgesamt weiter vorangetrieben wurde. Während der NS-Staat jedoch daran scheiterte, diesen Übergang politisch dauerhaft zu verarbeiten, ist dies im organisierten Pluralismus der Bundesrepublik schließlich gelungen. Ja, erst hier hat der

eigentliche Schub hin zur sozialstaatlichen Massendemokratie eingesetzt, und erst hier ist der Wandel zur Massendemokratie auch konstitutionell verarbeitet worden (Art. 20 Abs. 1 GG).¹⁹

Durch die Abschwächung der Vorherrschaft des liberalen Rechtsstaates ist sicherlich nicht der „aufgeklärte Absolutismus“ erneuert worden.²⁰ Aber mit dem Aufkommen der industriellen Massengesellschaft ist doch eine Interventionsphase eingeleitet worden, die das Sozialmodell der bürgerlichen Gesellschaft an seinen Wurzeln erfaßt und „sekundär“ modelliert hat.²¹ Aus der Gesellschaft der Individuen wurde eine Gesellschaft der Organisationen, und aus der liberalen Kultur der Freiheit eine massendemokratische Kultur der Normierung, Typisierung, Reglementierung und Standardisierung. Den Wandel zur Massengesellschaft und zur Massendemokratie mag man deshalb aus liberaler und geistesaristokratischer Sicht bedauern und beklagen, aber er hat seinen Grund nicht zuletzt darin, daß der liberalen Gesellschaft durch diesen Wandel ganz zentrale Grundlagen entzogen wurden, und zwar gerade solche, auf denen die Theoretiker des Besitzindividualismus ihr Gesellschaftsmodell noch unproblematisch errichten konnten. Mestmäcker sieht dies durchaus, wenn er einräumt, daß man aufgrund der „grundlegend veränderten wirtschaftlichen und technischen Verhältnisse der Gegenwart“ zur Lösung verfassungspolitischer Fragen nicht einfach auf die Theorien der bürgerlichen Gesellschaft zurückgreifen kann.²² Dabei verweist er auch in diesem Zusammenhang noch einmal ausdrücklich darauf, daß angesichts einer von Großorganisationen beherrschten Gesellschaft gerade der „personale Bezug des bürgerlichen Rechts“ problematisch geworden sei.²³ Aber im Ergebnis bleibt seine Haltung gegenüber diesen eigenen Einsichten ambivalent. Zwar erkennt er an, daß sich im Arbeits- und Sozialrecht auch ein neues sozialstaatliches Verständnis durchgesetzt hat, im großen und ganzen verharret er jedoch in *einer* liberalen Position, die durch eine zu starke Antithese auf sozialistische Gesellschaftsmodelle getrübt wird. Letztlich macht Mestmäcker in diesem Zusammenhang den gleichen Fehler, den er sozialistischen Theoretikern vorwirft: nämlich moralische und juristische Kategorien, die für Personen und Kleingruppen einmal stimmig gewesen sein mögen, auf die gegenwärtige Gesellschaft zu übertragen. Das Ziel des Wirtschaftsrechts, schreibt Mestmäcker, bestünde auch künftig darin, „die Politikfähigkeit des Staates ebenso zu erhalten wie die Selbständigkeit der Bürger und der von ihnen geschaffenen gesellschaftlichen Institutionen“.²⁴

2. Von der industriellen Massengesellschaft zur „Wissensgesellschaft“

Mit einem solchen Programm dürfte das Privatrecht für die künftige Entwicklung aber schlecht gerüstet sein. Sicher haben die Bürger ihre eigenen Institutionen und Unternehmen einmal selbst geschaffen, denn in der Entstehungsphase des modernen Kapitalismus herrschte gewiß nicht nur die unsichtbare Hand des Marktes. Für einen gewissen Zeitraum war sicherlich auch der bewußte Wille des modernen Bürgertums bestimmend, den Weg in die Moderne zu gehen und den Prozeß der Rationalisierung voranzutreiben. Der Puritaner, heißt es dazu bei Max Weber so treffend, *wollte* Berufsmensch sein. Aber schon die industrielle Massengesellschaft hat mit den hochgeschraubten bürgerlichen Vorstellungen von individueller Freiheit und Autonomie doch gründlich aufgeräumt. Schon hier war es nicht mehr die Autonomie gebildeter und ökonomisch unabhängiger Individuen oder bestimmter Gruppen, die sich im Medium diskursiver Vernunft über die gesellschaftliche Entwicklung verständigt hätten. Die Evolution der modernen Gesellschaft wurde jetzt immer mehr zu einem Produkt der Anschlußzwänge eigengesetzlicher Beziehungen und Strukturen, die sich neben und über den Menschen als unhintergehbare Sachgesetzlichkeit einer kollektiven Ordnung herausgebildet haben. Denn, auch das steht bereits bei Weber: Wir *müssen* Berufsmenschen sein!²⁵

Webers Metaphorik hat unterdessen an Aussagekraft verloren und wird künftig noch mehr an Aussagekraft verlieren. Denn bald wird es wohl auch keine Berufsmenschen mehr geben. Zumindest wird der lebenslange „Beruf“ in einen Normarbeitsverhältnis in Zukunft eher die Ausnahme sein. Aber an der „Herrschaft der Systeme“ wird sich nichts ändern. Die „Wissensgesellschaft“, die zur Zeit vor unseren Augen entsteht und die die industrielle Massengesellschaft allmählich ablöst, läßt sich noch weniger als jene im Sinne einer Wiederkehr bürgerlicher Selbständigkeit interpretieren. Warum nicht? Was sind die Kennzeichen der „Wissensgesellschaft“?

Sie ist vor allem eine Dienstleistungsgesellschaft. Daniel Bell war der erste, der diese neuartige Dienstleistungsökonomie zunächst in den Vereinigten Staaten beobachtet hat.²⁶ Die Relevanz der Dienstleistungsökonomie wird inzwischen auch in der Bundesrepublik immer größer. Banken, Versicherungen, Unternehmensberatungen, Werbeagenturen und Anwaltssozietäten rücken damit in die Mitte des öko-

nomischen Systems. Neben diesen Dienstleistungsbereich, und diesen teilweise überlappend, tritt darüber hinaus eine neuartige Informations- und Medienökonomie, der in der „Wissensgesellschaft“ eine Schlüsselfunktion zukommt. Dabei erfaßt die *Medienökonomie* hauptsächlich die Märkte der herkömmlichen audiovisuellen Industrien, Massenmedien, Telekommunikation und Computer. Die *Informationsökonomie* verändert dagegen vor allem die betrieblichen Produktionsformen.

Das allgemeine Kennzeichen der neuen digitalen Technologien besteht darin, daß sie menschliche Erfahrung noch stärker als bisher durch technisch aggregiertes Wissen ersetzen. Es verändern sich vor allem die Formen, in der die moderne Gesellschaft ihr produktives Wissen organisiert. Das Wissen wird nicht mehr in einzelnen Unternehmen konzentriert, sondern auf flexible *Netzwerke* von Programmen, Maschinen und Menschen zerstreut, und die wohl wichtigste *innergesellschaftliche* Folge dieser Entwicklung ist, daß die Unternehmen dadurch ihre klaren organisatorischen Grenzen verlieren. Dabei betrifft die *Flexibilisierung der Unternehmensbildung* nicht nur die interne Betriebsumwelt (Arbeitszeiten etc.). Flexibilisiert werden auch die Beziehungen nach außen, die jetzt ebenfalls mehr projektartig und egalitär ausgerichtet werden. Auf der Grundlage neuartiger Managementstrategien, durch strategische Allianzen, Joint-Ventures und die Entstehung virtueller Unternehmen, verliert die starre Großorganisation ihre frühere gesellschaftliche Ausstrahlungskraft. Der gleichmäßige Wandel innerhalb relativ stabiler Formen wird durch Vorgänge der flexiblen Selbstveränderung von Organisationen *und* Märkten abgelöst.²⁷

Diese Entwicklung verlangt nicht nur, neue, komplexitätsgerechte juristische Selbstbeschreibungen für das Unternehmensrecht zu entwickeln.²⁸ Sie belegt überdies, daß es auch in Zukunft nicht der Mensch ist, der diese neue Welt gestaltend prägt, mag man die Wissensgesellschaft auch mit Namen wie Bill Gates assoziieren. Die „Wissensgesellschaft“ ist das Resultat einer spontanen, evolutionären Bewegung, die sich in ihrer Gesamtheit nicht auf die Leistungen eines Subjekts oder gar auf die Leistungen bestimmter Individuen zurückführen läßt. Vielmehr ist es die moderne Gesellschaft selbst, die durch den Übergang zur Wissensgesellschaft eine weitere Komplexitätssteigerung erfährt, so daß die Anschlußzwänge einer kollektiven Ordnung, die auf unbegrenztes Wachstum angelegt ist, noch deutlicher spürbar werden. Das aber bedeutet, und darauf muß

insistiert werden, daß es eben die Gesellschaft ist, die sich die materiellen *und* humanen Ressourcen sucht und einverleibt, die sie für ihre eigene Komplexitätssteigerung benötigt - und nicht ein wie auch immer gearteter autonomer Wille des Menschen.

Sicher bleiben staatlich organisierten Gesellschaften damit bestimmte Gestaltungsspielräume. Insbesondere - das läßt sich derzeit in der Bundesrepublik beobachten - kann man sich durch permanentes Aufschieben von Entscheidungen und Reformen den Anpassungen verweigern, die aufgrund der beschleunigten Selbsttransformation der modernen Gesellschaft unabdingbar werden. Aber die Idee des Humanismus, auf die sich Mestmäcker so gern in Namen der Theorien der bürgerlichen Gesellschaft beruft, die Idee, daß der Mensch das Maß der Gesellschaft ist und das „freie Unternehmertum“ die Seite der Selbstbestimmung repräsentiert, rückt die Gegenwart in ein verklärendes und damit falsches Licht. Auch private Organisationen und Unternehmen stehen heute mehr denn je vor den Problemen selbstgeschaffener Anschlußzwänge. Damit ist ihre Autonomie ebenfalls von vornherein begrenzt, und von hier aus gesehen ist es keineswegs zwingend, daß Marktwirtschaft und Unternehmensautonomie jeder Form staatlicher Organisation und Intervention überlegen sind, auch wenn man einräumt, daß der Markt unter Komplexitätsbedingungen zumeist eine sehr viel spontanere und flexiblere Ordnungsbildung als staatliche Organisationen erlaubt.

3. Vom Nationalstaat zur Weltgesellschaft

Der Einwand, daß die moderne Gesellschaft durch den Übergang zur Wissensgesellschaft eine weitere Komplexitätssteigerung erfährt, die sich in dem Begriff der bürgerlichen Gesellschaft nicht abbilden läßt, wird vielleicht noch etwas deutlicher, wenn man hinzunimmt, daß die Wissensgesellschaft noch eine weitere, wenn man so will, äußere Seite hat: Sie geht mit einer weiteren *Verdichtung weltgesellschaftlicher Verflechtungen* einher. Die Wirtschaft wird mit noch höheren Geschwindigkeiten konfrontiert, in der Finanz- und Kapitalströme weltweit zirkulieren, Kapitalmassen umgeschlagen, Produktionsorte verlegt, Produktlinien modifiziert oder ganze Produktionen von heute auf morgen stillgestellt werden müssen. Entgegen allen Spekulationen über das Wiedererstarken des Nationalstaates forciert die Wissensgesellschaft gerade solche Tendenzen, die schon die klassische Industriegesellschaft über die nationalstaatlichen Grenzen hinausgetrieben haben. In den Bürotürmen von New York, London,

Tokyo, Hongkong, Paris und Frankfurt hat sich die Wissensgesellschaft längst eine eigene materielle Basis geschaffen, und aus diesen Zentren dringt sie immer tiefer in die nationalen Wirtschaftsräume ein. Mit Hilfe einer Kapitalbeschaffung über Finanzmärkte, die auf einer weitgehenden Entkoppelung der 'symbolischen' Ökonomie von jeder 'realen' Wirtschaftstätigkeit beruhen, unterwirft sie die Nationalstaaten einem immer stärker werdenden wirtschaftlichen Konkurrenzkampf. Dafür steht die Entwicklung des gemeinsamen europäischen Marktes ebenso wie der Aufstieg Japans zur drittgrößten ökonomischen Macht der Welt. Dafür steht aber auch die rasante Entfaltung des ostasiatischen Wirtschaftsraums mit seinen Zentren Hongkong, Bangkok und Shanghai. Und dafür steht schließlich auch die enorm gestiegene Zahl solcher Unternehmen, die heute in mehreren Staaten gleichzeitig operieren. Dabei lösen gerade die digitalen Technologien die Unternehmen aus ihren territorialen Verankerungen. Die digitalen Technologien leiten damit eine globale Delokalisierung ein, in der die traditionellen Vorstellungen von Raum und Zeit so gut wie keine Rolle mehr spielen, mit der Folge, daß der Sitz eines Unternehmens auch immer weniger über seine nationale Loyalität aussagt. Das Ergebnis ist, daß sie nationalen Besonderheiten der einzelnen Industrieregionen der Welt soweit eingeebnet werden, daß unterschiedliche Wissenschafts-, Wirtschafts- oder Mediensysteme kaum mehr denkbar erscheinen.²⁹

Auch diese Entwicklung läßt sich nicht in der Metapher einer Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft einfangen. Denn sie dürfte so ziemlich das genaue Gegenteil, von dem bewirken, was sich etwa Kant einmal unter Weltbürgertum, weltbürgerlichen Zuständen und Weltöffentlichkeit vorgestellt hat. Nun ist Mestmäcker Realist genug, um vor akademischen Entwürfen einer „international vernetzten Zivilgesellschaft“ geschützt zu sein.³⁰ Ja, er ist einer der wenigen, die schon sehr früh und mit großer Weitsicht die Folgen der Verflechtung der nationalen Wirtschaftsräume zum Gegenstand ihres juristischen Schaffens gemacht haben.³¹ In dem hier im Mittelpunkt stehenden Vortrag räumt er deshalb ein, daß den Zielen der Privatrechtsgesellschaft „aus wirtschaftlichen und politischen Gründen auf nationaler Ebene allein nicht mehr entsprochen werden kann“.³² Aber auch auf das Phänomen der *Verdichtung weltgesellschaftlicher Verflechtungen* antwortet Mestmäcker sehr einseitig mit der Vision einer globalen Wirtschaftsgesellschaft. Wenn man es sehr stark schematisiert: Mestmäcker hält die angelsächsische Antwort auf die „Globalisierung der Märkte“ für die einzig möglich Antwort, mit dem

Problem des rauher werdenden Weltmarktes erfolgreich umzugehen. Deshalb verfiert er auch in international-rechtlichen und europarechtlichen Zusammenhängen eine einseitige Ausrichtung auf die juristische Absicherung des Wettbewerbs.³³

Damit liegt Mestmäcker sicher nicht fernab von jeder Realität. Das neue Weltrecht scheint sich vor allem in Formen des internationalen Privatrechts herauszubilden und damit weit abseits aller staatlichen Einflußpotentiale und herkömmlichen Rechtshierarchien.³⁴ Aber schon auf der Ebene des EG-Rechts ist diese Sicht äußerst einseitig. Mestmäcker konzentriert sich hier zu sehr auf die Grundfreiheiten des EG-Vertrages und ihre Durchsetzung durch den EuGH.³⁵ Dagegen werden alle Formen des supranationalen Interventionismus, die durch Maastricht ja erheblich erweitert worden sind, mit dem Verdikt einer nicht justiziablen Wirtschaftsplanung belegt. Wirtschaftsplanung, so Mestmäcker, könne zwar, wie der Fall der Landwirtschaftspolitik zeige, mit Hilfe der Gesetzgebung durchgesetzt werden, sie entziehe sich aber „der inhaltlichen Korrektur mit Hilfe der Rechtsprechung“.³⁶

Das wiederum ist indessen eine Schlußfolgerung, die mit Mestmäckers eigenen Einsichten kaum vereinbar sein dürfte. Das zeigt sich besonders deutlich am Beispiel des Umweltschutzes. Sofern man Umweltschutz nicht nur der Politik überlassen will - und dazu haben sich sowohl die EG als auch die Bundesrepublik entschieden (Art. 130r EGV, 20a GG) - wird ein solches Unternehmen kaum ohne planerische Elemente im weiteren Sinn auskommen. Mestmäcker weiß, daß die Theorien der bürgerlichen Gesellschaft in einer Geschichtsphilosophie des Fortschritts fundiert waren. Daß diese Geschichtsphilosophie an Überzeugungskraft eingebüßt hat, weil Wissenschaft und Technik zu einer äußerst risikoreichen Strategie des unbegrenzten Wachstums geführt haben, gibt Mestmäcker zu. Er sagt, daß an die ökologische Selbstgefährdung der modernen Gesellschaft „in den Theorien der bürgerlichen Gesellschaft noch nicht gedacht“ wurde.³⁷ Mestmäcker meint aber, den Wegfall dieser Voraussetzungen dadurch übergehen zu können, daß er auf mögliche Alternativen verweist, und dabei verfängt er sich auch in diesem Zusammenhang wieder in einer einseitig antithetischen Fixierung auf den Sozialismus. Schon die hypothetische Fassung einer staatlich verordneten Bedürfniswirtschaft auf der Grundlage allgemeiner Verzichtsbereitschaft und asketischer Moral sei ein Modell, das zweifeln läßt,

„ob es sich lohnt, auf einer Erde zu leben, die auf diese Weise gerettet worden ist“.³⁸

Das ist sicher richtig, denn wer möchte schon gern verzichten. Aber Mestmäckers daran anschließender Hinweis auf Hans Jonas und das „Prinzip Verantwortung“ hilft auch nicht weiter. Die Frage ist doch gerade, wie man eine umweltverträgliche Wirtschaft in einer Welt ohne politische Spitze und ohne politisches Zentrum juristisch implementieren kann. Das erfordert die Suche nach neuen, intelligenten Umweltmanagementsystemen, die *jenseits* des traditionellen Ordnungsrechts entwickelt werden müssen.³⁹ Ein allgemeines ontologisches Prinzip Verantwortung greift hingegen zu kurz, da es kein stabiles Subjekt mehr gibt, an das diese Verantwortung noch adressiert werden könnte. Aber auch die Wettbewerbstheorie im Stile von Hayeks dürfte sich letztlich nicht in ein plausibles Modell überführen lassen, weil die Theorie des Entdeckungsverfahrens lediglich formal auf die Aufrechterhaltung spontaner Ordnungsbildung zugeschnitten ist. Der Wert der spontanen Ordnungsbildung wird von Öffentlich-Rechtlern sicher notorisch unterbewertet, das Modell versagt aber dann, wenn die Ordnungsbildung bereits im Normalvollzug risikoreiche und katastrophische Züge annimmt.

IV. Zur Kooperation von öffentlichem Recht und Privatrecht

Wir erleben also nicht die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft, sondern sind Zeugen ihres endgültigen Verschwindens. Das gilt - wie gezeigt - nicht nur für die Idee der bürgerlichen Gesellschaft und des bürgerlichen Individualismus, es gilt auch für die Ebenen von Staat und Recht. Was sich hier, auf der Ebene von Politik und Recht, abzuzeichnen scheint, ist vor allem eine voranschreitende Loslösung der politisch-rechtlichen Instanzen aus dem Einflußbereich des Nationalstaates herkömmlicher Prägung⁴⁰, eine Entwicklung, die es vor allem notwendig macht, die durch den EU-Vertrag eingeleitete Höherlegung des administrativen Steuerungsniveaus weiter voranzutreiben. Diese Höherlegung des administrativen Steuerungsniveaus muß und sollte aber zugleich durch neue Formen des politischen Interventionismus begleitet werden, da auch die Bundesrepublik auf den immer stärker werdenden wirtschaftlichen Konkurrenzkampf seit den späten siebziger Jahren mit einer umfassenden Privatisierungsstrategie geantwortet hat⁴¹, eine Strategie, die angesichts des allgemeinen Finanzdrucks der öffentliche Haushalte sicher noch

weiter zunehmen wird. Dennoch lassen sich die neuen Formen des politischen Interventionismus mit der Vorstellung einer Privatrechtsgesellschaft, deren Selbstorganisationsfähigkeit auf den Prinzipien der Privatautonomie beruht und diese lediglich durch ein rahmenförmiges Wettbewerbsrecht flankiert, wiederum schlecht erfassen. Mestmäckers These von der Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft ist sicher auch in diesem Zusammenhang ein Stück weit zutreffend. Der umfassende Privatisierungsschub der letzten beiden Jahrzehnte ist Ausdruck und Resultat eines veränderten Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, und schon deshalb wird der Staat der Wissensgesellschaft ein anderer sein als der Staat der Industriegesellschaft. Die These von der Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts ist aber insofern unzutreffend, als die damit einhergehende Umstellung auf mehr Wettbewerb wenig damit zu tun hat, auf staatliche bzw. suprastaatliche Kontrolle und Interventionen zu verzichten.

1. Öffentliches Recht und „marktwirtschaftliche“ Steuerungselemente

Wie sich in der Vergangenheit immer wieder gezeigt hat, werden die Anforderungen an politische Interventionsstrategien bei der Liberalisierung ehemaliger Monopole nicht geringer, sondern komplexer. Ein Grund für diese Komplexitätssteigerung besteht darin, daß die Ansprüche auf gleiche Lebensbedingungen und soziale Gerechtigkeit, also die großen Zielsetzungen der sozialstaatlichen Massendemokratie, auch in der Wissensgesellschaft Themen der Politik bleiben - und gerade in den kontinentaleuropäischen Ländern nicht einfach im Sinne des angelsächsischen Modells beantwortet werden können. Staat und Politik kommen deshalb nicht umhin, dieses Gleichheitsinteresse weiter zu verarbeiten. Ein weiterer Grund besteht darin, daß der Umweltschutz eines der vorrangigen politischen Zielsetzungen der Zukunft bleiben muß. Ohne die Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen kann es keinen Wettbewerb geben. Dieses Bündel von Zielen schlägt sich im Rechtssystem in einer zunehmenden Ausdifferenzierung nieder. Diese Ausdifferenzierung geht aber gleichzeitig mit einer stärker werdenden Verzahnung und Verschränkung vormals getrennter Rechtsmassen einher. Dadurch wird die alte Zweiteilung von öffentlichem Recht und Privatrecht teilweise aufgelöst: Das Recht wird zwar sektoral kanalisiert, aber zugleich sachbereichsspezifisch re-integriert, wobei privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente in neuartige Kooperationsverhältnisse treten.⁴²

Diese Kooperationsverhältnisse begründen zwar nicht unbedingt einen Vorrang des öffentlichen Rechts. Sie sprengen Mestmäckers Vision einer Wiederkehr des bürgerlichen Rechts im Sinne der Reinheit einer privatautonomen Privatrechtsgesellschaft jedoch endgültig. Dazu drei Beispiele.

a) *Telekommunikationsrecht*

Im Bereich der Telekommunikation haben sich die Märkte seit den späten sechziger Jahren zunehmend globalisiert. Insbesondere der amerikanische Markt hat seit dieser Zeit eine Produktvielfalt und Dynamik hervorgebracht, die sich im herkömmlichen Rahmen der staatlichen Daseinsvorsorge - und eines darauf ausgerichteten wirtschaftlichen Umfelds - nicht mehr verarbeiten ließ.⁴³ Das neue Telekommunikationsrecht hat auf diese Entwicklung in doppelter Weise geantwortet: Es wird einerseits durch den Grundgedanken beherrscht, daß das Entdeckungsverfahren des Marktes Formen hoheitlich bürokratischer Leistungserbringung prinzipiell überlegen ist. Seine Instrumente sind deshalb vor allem darauf zugeschnitten, einen funktionsfähigen Wettbewerb zu sichern. Dazu benutzt das neue Telekommunikationsgesetz klassische Mittel des Ordnungsrechts wie die staatliche Kontrollerlaubnis. Daneben gibt es ein umfangreiches Instrumentarium für die Preisregulierung, bei der vorwiegend wettbewerbsrechtliche Instrumente zum Einsatz kommen.

Diese eher herkömmlichen Instrumente werden jedoch - andererseits - mit Mechanismen der regulierten Selbstorganisation kombiniert. Das gilt etwa im Bereich der Sicherung der Interkonnektivität der Netze. Hier wurde im neuen TKG-Gesetz im wesentlichen das ONP-Modell übernommen. Danach ist jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben, um die Interoperabilität verschiedener Netze zu gewährleisten (§ 36 TKG). Erst wenn eine Verhandlungslösung zwischen Privaten nicht zustandekommt, greift der Staat in der Form der Regulierungsbehörde ein. Ihm obliegt dann das Recht und die Pflicht, die Zusammenschaltung nach Anhörung der Beteiligten anzuordnen (§ 37 Abs. 1 TKG). Noch weiter geht das Gesetz im Bereich der sozialstaatlichen Infrastruktursicherung. Hier wird die verfassungsrechtliche Vorgabe der Gewährleistung von Universaldiensten, d.h. eine flächendeckende Grundversorgung mit angemessenen und ausreichenden Telekommunikationsdienstleistungen, über ein mehrstufi-

ges kompensatorisches System von Dienst- und Geldleistungspflichten gesichert, das über ein Fonds finanziert werden soll.⁴⁴ Die Einzelheiten sind kompliziert, aber an die Stelle des hoheitlichen Handelns tritt eine staatliche Gewährleistungsverantwortung, und um diese Verantwortung ausfüllen zu können, kombiniert das neue TKG ganz unterschiedliche privat-rechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente.

b) Rundfunkrecht

Eine ähnliche Entwicklung läßt sich im Rundfunkrecht beobachten. Hier hat vor dem Hintergrund neuer technischer Entwicklungen ebenfalls der Abbau eines staatlichen Monopols stattgefunden, nämlich des öffentlich-rechtlichen Fernsehens. Die Sicherung von Meinungsvielfalt wird jetzt über eine duale Rundfunkordnung gewährleistet, also über eine Strategie der strukturellen Diversifikation von Unternehmensverfassungen. Dabei wird das sozialstaatliche Element über eine verfassungsrechtlich verbürgte Bestands- und Entwicklungsgarantie eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens gesichert. Im Rundfunkrecht spricht man auch davon, daß der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die „Grundversorgung“ sichert und sichern müsse. Hinzu kommt eine Säule von privaten Rundfunkveranstaltern. Diese bewegen sich zwar im Rahmen der Privatautonomie, sie sind aber ebenfalls nicht aus der Pflicht der Vielfaltssicherung entlassen, sondern werden in vielfacher Weise mit Hilfe neuer Instrumente für diese verfassungsrechtliche Zielsetzung funktionalisiert. Neben klassischen Mitteln des Ordnungsrechts und einer wettbewerbsrechtlich orientierten Konzentrationskontrolle, gibt es im neuen Rundfunkstaatsvertrag eine Fülle von Instrumenten der Vielfaltssicherung, bei der ebenfalls öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente koordiniert und kombiniert werden: Schaffung besonderer Institutionen zur Überwachung und Beobachtung von Konzentrationsprozessen; Einräumung von Programmzeit für Dritte; kompensatorische Vielfaltssicherungen wie Programmbeiräte bei Überschreiten gewisser Marktanteils Grenzen usw.⁴⁵

Besonders deutlich werden die Kombination der beiden Rechtsgebiete auf der Ebene des lokalen Rundfunks. Hier hat etwa Nordrhein-Westfalen ein besonderes rundfunkspezifisches Unternehmensverfassungsrecht geschaffen: das sogenannte Zwei-Säulen-Modell, das auf einer Trennung von Kapitalgeber und redaktioneller Entscheidungsmacht beruht.⁴⁶ In Bayern gibt es die sogenannten Medienbe-

triebsgesellschaften, die die Flexibilitätsvorteile des Privatrechts für die lokale Vielfaltssicherung nutzen sollen. Sie schließen mit lokalen Anbietern Verträge, die von der Landeszentrale genehmigt werden. Finanziert wird das Modell über eine öffentlich-rechtliche Zwangsabgabe, die im Wege des Privatrechts von den Medienbetriebsgesellschaften eingezogen wird.⁴⁷ Auch hier also eine Kombination und Koordination privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Formen in unterschiedlichsten Zusammenhängen.

c) *Umweltrecht*

Eine ähnliche Bewegung der Verzahnung beider Teilrechtsordnungen läßt sich schließlich auch im Umweltrecht beobachten. Im Umweltrecht haben sich neben dem traditionellen Ordnungsrecht und dem Planungsrecht ebenfalls eine Fülle neuer Instrumente herausgebildet. Diese neuen Instrumente des Umweltrechts lassen sich allgemein dadurch charakterisieren, daß sie weniger auf klassisch-hoheitliche Verbote bzw. Genehmigungen setzen, sondern eher auf eine *dauerhafte* Kooperation zwischen Verwaltung und Privaten aufbauen und in diese Prozesse „marktwirtschaftliche Elemente“ integrieren. Zu diesen neuen Instrumenten des Umweltrechts gehören etwa Umweltabgaben, Verschmutzungsrechte bzw. Umweltzertifikate, auch gewisse Spielarten von Kompensationsmodellen (Emissions-Banking).⁴⁸

Diese neuen Instrumente haben teilweise noch Modellcharakter. Ein Beispiel der Umsetzung indirekter Umweltpolitik ist aber die 1991 erlassene Verpackungsverordnung, die auf dem Grundgedanken beruht, einen staatlich formulierten Umweltbelang, nämlich Reduktion von Abfallstoffen, in die Sprache der Preise zu übersetzen und so in der Wirtschaft über berechenbare Kosten und Gewinnerwartungen Resonanz für ein Anliegen zu erzeugen, das sich aus der Sicht der einzelnen Unternehmen normalerweise als externes Problem darstellt.⁴⁹ Ein anderes Beispiel für ein auf Kooperation und Lernen angelegtes Konzept ist das Umweltmanagement und -betriebsprüfungssystem für Industriebetriebe, das die EG-Kommission entwickelt hat. Dieses sog. Öko-Audit zielt auf den Aufbau einer umweltschutzsichernden Unternehmens- und Betriebsorganisation, bei dem sich Unternehmen freiwillig einer privat organisierten Überwachung durch private Umweltgutachter im Rahmen eines betrieblichen Umweltmanagements unterstellen können.⁵⁰ Dieses Modell basiert einerseits auf dem Gedanken, den medien- und öffentlich-

keitswirksamen Imagegewinn, den die Unternehmen durch die Vergabe eines entsprechenden Teilnahmezeichens erzielen, für die Steigerung einer umweltschutzbezogenen Selbstbeobachtung in den Unternehmen zu funktionalisiert. Der entscheidende Fortschritt des Umwelt-Audits liegt aber darin, daß es erstmalig Anreize schafft, über die betriebliche Normierung von Umweltmanagementsystemen eine kontinuierliche Verbesserung des betrieblichen Umweltschutzes voranzutreiben. Diese Aufgabe soll wiederum nicht allein durch staatliche Vorgaben und Kontrollen gelöst werden, sondern durch den Rückgriff auf private Normungsorganisationen.⁵¹ Auch hier ein intelligenter Regelungsmix, der sich weitgehend jenseits der alten Unterscheidung von Staat und Privatrechtsgesellschaft bewegt.

2. Publizierung und Pluralisierung des Privatrechts

Das öffentliche Recht weitet sich also nicht nur aus, sondern es verändert sich auch. Aber auch aus der Sicht des Privatrechts kann man zeigen, wie dieses schon im Übergang zur sozialstaatlichen Massendemokratie „sekundär“ modelliert worden ist. Und zwar gerade in solchen Sachbereichen, in denen die Privatautonomie als Ordnungsprinzip zu kurz greift, weil die stillschweigenden Voraussetzungen des Sozialmodells der bürgerlichen Gesellschaft im Übergang zur industriellen Massengesellschaft entfallen sind. Das zeigt sich etwa an der Debatte über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, also der Ausstrahlung des Verfassungsrechts über Generalklauseln und andere auslegungsbedürftige Begriffe in das Zivilrecht und die sogenannten Sonderprivatrechte.⁵² Das Arbeitsrecht, bei dem die Grundrechtsbindung besonders intensiv ist, ist vielleicht das beste Beispiel, wie über die juristische Argumentation mit „Grundwerten“ faktische Ungleichgewichte kompensiert und in „sekundär“ modellierte Gleichgewichtslagen überführt werden. Ähnliches ließe sich auch für das Mietrecht zeigen oder für bestimmte Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁵³ In der Tendenz vergleichbar sind die Ergebnisse der Debatte um richterliche Inhaltskontrolle oder die Kompensation gestörter Vertragsparität.⁵⁴ Es gibt aber auch im Privatrecht eine Reihe von Entwicklungen, die sich als erste Reaktionen auf die „tertiäre Modellierung“ des Sozialmodells der bürgerlichen Gesellschaft interpretieren lassen. Die Weiterentwicklung des Produkthaftungsrechts steht etwa in diesem Zusammenhang, da das Produkthaftungsrecht sie insbesondere auf die Regulierung neuer Risiken und Risikolagen zugeschnitten ist.⁵⁵

V. Schlußbetrachtung

Hinter der These vom Verlust privatrechtlicher Ordnungsvorstellungen steht im Prinzip die These einer Abkehr vom Leitbild der Privatrechtsgesellschaft im Sinn der Idee der privatautonomen Gestaltung von Rechtsbeziehungen. Es gibt unterschiedliche Formen der Kritik an dieser Entwicklung, die Kampfansage gilt jedoch in aller Regel dem *strategischen* Recht des Interventions- und Vorsorgestaates. Das strategische Recht, wie es insbesondere im Planungsrecht der siebziger Jahre seinen Niederschlag gefunden hat, wird für die Herabsetzung der Präzision juristischer Arbeit verantwortlich gemacht; für eine Abschwächung der Rationalität der Rechtspflege, weil es Subsumtion durch Vorverständnisse und logische Strenge durch die Abwägung kollidierender Ziele und Interessen ersetzt. Dieser generelle Vorbehalt gegen jede Art der Materialisierung des Rechts, von Max Weber in der ihm eigenen Tiefe vor mehr als siebenzig Jahren vorhergesagt⁵⁶, ist gerade unter Zivilrechtlern noch heute lebendig. Das Festhalten an einem methodischen Ideal, das im 19. Jahrhundert einmal funktioniert haben mag, mag verständlich sein; es gibt durchaus nicht unbedenkliche Entwicklungen der Materialisierung.⁵⁷ Man kann aber nicht dauerhaft darüber hinweggehen, daß dem Privatrecht und seinem Methodenideal heute keine universelle Gültigkeit mehr zukommt. Dies hat nicht nur methodische Gründe, und aufgrund der fortschreitenden Anpassungszwänge der nationalen Rechtsordnungen an das anglo-amerikanische Rechtsdenken wird dieses Ideal künftig weitere Einschränkungen hinnehmen müssen. Langfristig gesehen dürfte das zu starre Festhalten an diesem Ideal deshalb zu einer Selbstblockierung des Rechtssystems führen.

Das öffentliche Recht hat von hier aus gesehen mehr Lernfähigkeit entwickelt und insbesondere in den siebziger Jahren bewußt mit den Annahmen dieses Modells gebrochen. Insbesondere das Bundesverfassungsgericht hat von einem system- und prinzipienbezogenen Denken auf instrumentelles Recht umgestellt, und mit dieser Umstellung auf folgenorientierte-funktionale Argumentationsfiguren den Übergang zur sozialstaatlichen Massendemokratie dogmatisch nachvollzogen und verarbeitet.⁵⁸ Mestmäcker zeigt, wie man in einem solchen Umfeld auch und gerade als Privatrechtler erfolgreich sein kann - und zwar sehr viel erfolgreicher als die meisten Öffentlich-Rechtler dies eingestehen würden. Auch bei Mestmäcker bleiben Vorbehalte gegen das materiale Denken, aber als Theoretiker

der Privatrechtsgesellschaft hat er sich nicht mehr primär an den Postulaten rechtsinterner Kohäsion, Systematik, Widerspruchsfreiheit usw. orientiert. Auch er hat sich zu einer sachbereichsspezifischen strategischen Schwerpunktsetzung der eigen juristischen Arbeit entschlossen: Wettbewerbsrecht, Wirtschaftsrecht der internationalen Telekommunikation, Rundfunkrecht usw.⁵⁹

Bis zu diesem Punkt ist sein Programm überzeugend. Die Kritik muß aber dort ansetzen, wo Mestmäcker die Entwicklung zur „Wissensgesellschaft“ so umdeutet, daß sie als Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts erscheint. Eine solche Wiederkehr ist nicht auszumachen, und sie kann auch kein Leitbild für die Gesellschaft des ausgehenden 20. Jahrhunderts sein. Der Grundgedanke des bürgerlichen Liberalismus seit Locke war die Freisetzung einer Wirtschaftsgesellschaft aus einer normativ-religiösen Ordnung, um Freiheit, Wachstum, Wohlstand und Fortschritt zu sichern. Wenn die Kritik am Liberalismus seit Nietzsche, wenn Autoren wie Max Weber, Heidegger, Carl Schmitt, Benjamin, Adorno und Luhmann eines bewirkt haben, dann die Fortschrittsmetaphysik zu zerstören, die in dieses Modell von Anfang an eingeschrieben war. Und das ist gut so. Wir wissen heute, daß unbegrenztes Wachstum noch nicht einmal das Problem der Arbeitslosigkeit beseitigen würde, geschweige denn auch nur im Ansatz das Problem der ökologischen Selbstgefährdung der modernen Gesellschaft bewältigen könnte. Mestmäcker erinnert zu Recht daran, daß die Hoffnung auf das „ganz Andere“ jenseits der liberalen Gesellschaft, wie sie im Kommunismus, aber auch im Faschismus und Nationalsozialismus wirkungsmächtig geworden ist, letztlich aus Gegenentwürfen zur bürgerlichen Gesellschaft selbst hervorgegangen ist; aus Gegenentwürfen, die wiederum, wie zu ergänzen wäre, ein Produkt der inneren Selbstzerissenheit und des Selbsthasses des Bürgertums waren.⁶⁰ Das Ende des Sozialismus sollte deshalb als Chance begriffen werden, über die Ursachen dieser Selbstzerissenheit, über die dunkle Seite des Liberalismus, die von seiner hellen Seite nicht zu trennen ist, ohne ideologische Vorbehalte nachzudenken.

Ein solches Nachdenken, eine solche Diskussion ist jedenfalls für das Rechtssystem unabdingbar. Wie die Beispiele gezeigt haben, sind es gerade vielfach Mischformen von öffentlichem Recht und Privatrecht, die in strategisch relevanten Sachbereichen heute zum Einsatz kommen. Meiner Ansicht nach ist von diesen neuen Steuerungsinstrumenten die indirekte Unternehmenssteuerung, die auf der

Grundlage derartiger Mischformen auf die Induzierung von im wesentlichen freiwilligen Lernprozessen angelegt ist, die Interventionsstrategie, die künftig noch am ehesten Aussicht auf Erfolg verspricht. Dazu bedarf es jedoch einer „tertiären Modellierung“ des bürgerlichen Rechts, in der die Kritik am Liberalismus sehr viel konsequenter als bei Mestmäcker verarbeitet werden müßte.⁶¹ Eine direkte Wiederanknüpfung an das bürgerliche Recht im Sinne eines Einfrierens von Rechtskomplexität auf der Ebene der Wettbewerbssicherung wäre nur um den Preis einer funktionalen Nicht-Äquivalenz zu haben. Und das heißt: Um den Preis der Steigerung des Risikos der Selbstzerstörung der modernen Gesellschaft.

-
- 1 *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), 1980, S. 505 ff.
 - 2 *J. W. Hedemann*, *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, 1919, S. 11 f.
 - 3 *F. Wieacker*, *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnung*, in: *ders.*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1960, S. 39, 36.
 - 4 *B. Großfeld*, *Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe*, 1977, S. 78.
 - 5 *W. Zöllner*, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, *AcP* 188 (1988), S. 85 ff.
 - 6 *W. Zöllner*, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, *AcP* 188 (1988), S. 100.
 - 7 *E.-J. Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 177 ff.; vgl. auch *E.-J. Mestmäcker*, *Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft*, *Rechtstheorie* 19 (1989), S. 273 ff.
 - 8 *E.-J. Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 179.
 - 9 *E.-J. Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 179.
 - 10 *E.-J. Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 179.
 - 11 *M. Riedel*, *Der Begriff der bürgerlichen Gesellschaft*, in: *ders.*, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 1969, S. 135 ff.
 - 12 *E.-J. Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 184; vgl. dazu allgemein *E.-J. Mestmäcker*, *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem*, 1978.
 - 13 Dazu instruktiv *J. Ross*, *Staatsfeindschaft. Anmerkung zum neuen Vulgärliberalismus*, *Merkur* 51 (1997), S. 93 ff.
 - 14 *E.-J. Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 190.
 - 15 Vgl. insb. *A. v. Hayek*, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: *ders.*, *Freiburger Studien*, 1969, S. 249 ff.; eine Anknüpfung an v. Hayek findet sich etwa in *E.-J. Mestmäcker*, *Der verwaltete Wettbewerb*, 1984, S. 3 ff.
 - 16 *E.-J. Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 184.
 - 17 *E.-J. Mestmäcker*, *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 183.
 - 18 Dazu *M. Stolleis*, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung*, 1996, S. 41 ff., 55 ff.

-
- 19 Zu diesem Einwand vgl. auch *M. Stolleis*, Auferstanden aus der Wende: Die bürgerliche Gesellschaft und ihr Recht?, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), S. 500 ff.
- 20 Dahin tendiert jedoch *M. Stolleis*, Auferstanden aus der Wende: Die bürgerliche Gesellschaft und ihr Recht?, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), S. 502; ähnlich auch *H. J. Berman*, *Recht und Revolution*, 1991, S. 72.
- 21 Zu dieser Entwicklung allgemein *K.-H. Ladeur*, *Abwägung. Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts*, 1984.
- 22 *E.-J. Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 187.
- 23 *E.-J. Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 187.
- 24 *E.-J. Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 190; kritisch zu dieser Annahme auch *K. Günther*, Ohne weiteres und ganz automatisch?, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), S. 473 ff.
- 25 *M. Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I.* (1920), 1986, S. 203.
- 26 *D. Bell*, *Die nachindustrielle Gesellschaft* (1973), 1979, insb. S. 129 ff.
- 27 *J. M. Guéhenno*, *Das Ende der Demokratie*, 1994, S. 89 ff.; *K.-H. Ladeur*, Die Neuordnung der Telekommunikation, *KritV* 74 (1991), S. 176 ff.
- 28 Vgl. dazu die Überlegung bei *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft. Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*, 1995, S. 58 ff., 247 ff., 252 ff.
- 29 Zu dieser Perspektive *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 555 f., 571 ff.; *ders.*, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1991, S. 616 ff., 619.
- 30 *J. Habermas*, Kants Idee des ewigen Friedens, *KJ* 28 (1995), S. 293 ff.
- 31 Vgl. nur *E.-J. Mestmäcker*, Die Vermittlung von europäischem und nationalem Recht im System unverfälschten Wettbewerbs, 1969.
- 32 *E.-J. Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 190.
- 33 Vgl. nur *E.-J. Mestmäcker*, Auf dem Weg zu einer Ordnungspolitik für Europa, in: *E.-J. Mestmäcker/H. Möller/H.-P. Schwarz* (Hrsg.), *Eine Ordnungspolitik für Europa: FS für Hans von der Groeben*, 1987, S. 9 ff.
- 34 *G. Teubner*, Des Königs viele Leiber. Die Selbstdestruktion der Hierarchie des Rechts, *Soziale Systeme* 2 (1996).
- 35 Kritisch dazu *C. Joerges*, *Wirtschaftsrecht. Nationalstaat und der Vertrag von Maastricht*, *Leviathan* 1993, S. 493 ff.
- 36 Kritisch dazu *E.-J. Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 191.
- 37 *E.-J. Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 181.
- 38 *E.-J. Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), S. 181.
- 39 Dazu grundlegend *K.-H. Ladeur*, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft. Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*, 1995.
- 40 Dazu *J. M. Guéhenno*, *Das Ende der Demokratie*, 1994.
- 41 Vgl. den Überblick bei *G. F. Schuppert*, Die Privatisierungsdiskussion in der deutschen Staatsrechtslehre, *StWStP* 6 (1995), S. 541 ff.
- 42 Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung*, 1996, S. 7 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung*, 1996, S. 261 ff.; *H.-H. Trute*, Wechselseitige Verzahnung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: *W. Hoffmann-*

-
- Riem/E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung, 1996, S. 167 ff.; H. J. Berman, Recht und Revolution, 1991, S. 66, 71 f.
- 43 Vgl. E. Grande, Vom Monopol zum Wettbewerb? Die neokonservative Reform der Telekommunikation in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland, 1989.
- 44 J. Scherer, Das neue Telekommunikationsgesetz, NJW 1996, S. 2953 ff.; vgl. auch Th. Vesting, Innovationssteuerung im Telekommunikationsrecht, 1997 (im Erscheinen).
- 45 Vgl. dazu näher Th. Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 313 ff.
- 46 Dazu M. Stock, Nordrhein-Westfälisches Rundfunkrecht, 1994, S. 75 ff.
- 47 U. Bumke, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, S. 11 ff.
- 48 Zu diesen Instrumenten vgl. A. Voßkuhle, Prinzipien und Instrumente des Umweltrechts, in: W. Kahl/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundkurs Umweltrecht, 1995, S. 73 ff.
- 49 U. di Fabio, Die Verfassungskontrolle indirekter Umweltpolitik am Beispiel der Verpackungsverordnung, NVwZ 1995, S. 1 ff.
- 50 Zur Darstellung G. Lübbe-Wolff, Die EG-Verordnung zum Umwelt-Audit, DVBl. 1994, S. 361 ff.
- 51 K.-H. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft. Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, 1995, S. 260 ff.
- 52 Vgl. dazu nur aus jüngerer Zeit C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201 ff.
- 53 Dazu näher S. Oeter, Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), S. 529 ff.
- 54 G. Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; L. Faulstich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992.
- 55 Siehe Th. M. J. Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996.
- 56 M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 1980, S. 505, 511 f.
- 57 S. Oeter, Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), S. 531 ff.
- 58 Grundlegend dazu K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 1995, Rn. 86 ff.; P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: ders. (Hrsg.), Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S. 79 ff.
- 59 Zu den Arbeitsschwerpunkten von E.-J. Mestmäcker vgl. nur das umfassende Schriftenverzeichnis abgedruckt in: U. Immenga/W. Möschel/D. Reuter (Hrsg.), FS für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1996, S. 1091 ff.
- 60 F. Furet, Das Ende der Illusion, 1996, S. 17 ff.; K.-H. Ladeur, Carl Schmitt und die Nichthintergebarkeit der politischen Theologie, PVS 37 (1996), S. 665 ff., 682 f.
- 61 Einen Entwurf in diese Richtung bietet K.-H. Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie, 1992.