

Kapitel 12 Große Hypothesen der Rechtssoziologie

§ 58 Die Besonderheit von Struktur- und Entwicklungstheorien des Rechts

Literatur: *Carbonnier*, Die großen Hypothesen der theoretischen Rechtssoziologie, KZfSS Sonderheft 11, 1967, 135 ff.; *Comte*, Plan der wissenschaftlichen Arbeiten, die für eine Reform der Gesellschaft notwendig sind, 1822, dt. 1973; *Grawert*, Ideengeschichtlicher Rückblick auf Evolutionskonzepte der Rechtsentwicklung, Der Staat 1983 S. 63 ff.; *Merton*, On Sociological Theories of the Middle Range, in: *ders.*, Social Theory and Social Structure, 3. Aufl. 1968 S. 39 ff., *Popper*, Das Elend des Historizismus, 4. Aufl. 1974; *Rottleuthner*, Theories of Legal Evolution: Between Empiricism and Philosophy of History, Rechtstheorie Beiheft 9, 1986, 217. ff.; *Stein*, Legal Evolution, 1980; *Varga*, Macrosociological Theories of Law, Rechtstheorie Beiheft 9, 1986, 197 ff.; *Zemen*, Evolution des Rechts, 1983

I. Hypothesen verschiedener Reichweite

In der Soziologie unterscheidet man nach dem Vorschlag von *Robert K. Merton* drei Arten von Theorien oder Hypothesen:

- (1) Großtheorien
- (2) Theorien mittlerer Reichweite
- (3) mikrosoziologische Theorien.

Das Unterscheidungskriterium ist die Reichweite der Theorien, die sich von Individuen und Kleingruppen bis zur Gesamtgesellschaft erstrecken kann. Dabei ist die Unterscheidung zwischen den drei Gruppen alles andere als scharf.

Empirische Sozialforschung bezieht ihre Daten überwiegend aus der Beobachtung von Individuen und Kleingruppen. Die Daten werden in der Regel auch nur in **Theorien von geringer Reichweite** integriert. Ein Beispiel aus der Rechtssoziologie wäre etwa die Annahme:

- (1) Zivilprozesse werden überwiegend vom Kläger gewonnen.
Auch Zusatzannahmen, die aus dieser deskriptiven Theorie eine kausale machen, bleiben im Bereich von Mikrotheorien, z. B.:
- (2) Der Kläger gewinnt häufiger, weil er häufiger im Recht ist.
- (3) Der Kläger gewinnt, weil regelmäßig ein soziales Gefälle zum Beklagten besteht.
- (4) Der Kläger gewinnt, weil es größere Aufwendungen erfordert, aktiv zu klagen, als sich passiv verklagen zu lassen, und weil er deshalb nachhaltiger und erfolgreicher selektiert.

Als Beispiel **einer Theorie mittlerer Reichweite** nennt *Merton* die Rollen- und die Bezugsgruppentheorie, aber auch *Max Webers* berühmte These, nach welcher der westliche Kapitalismus ein Produkt calvinistisch-protestantischer Ethik ist. Ein Bei-

spiel aus der Rechtssoziologie wäre die Annahme, daß soziale Überlegenheit ihre Fortsetzung auch im Rechtsbereich finde, daß soziale Macht regelmäßig auch Rechtsmacht sei usw. Große Theorien machen Aussagen über die Gesamtgesellschaft. Eine große Theorie ist die marxistische, die die soziale Entwicklung insgesamt als eine Abfolge von Klassenkämpfen deutet und dem Recht einen ziemlich bedeutungslosen Platz im ideologischen Überbau der Produktionsverhältnisse zuweist (§ 2, 4).

Die Beispiele zeigen, daß die Theorien mit der Zunahme ihrer Reichweite immer allgemeiner werden. Je allgemeiner eine Theorie, desto schwerer ist es anzugeben, wie sie durch empirische Sozialforschung bewiesen oder widerlegt werden könnte, denn es werden immer mehr Operationalisierungsschritte notwendig, um beobachtungsfähige Variablen zu bestimmen. *Merton* meinte daher, die Soziologie solle sich auf Theorien mittlerer Reichweite konzentrieren.

Große Theorien bewegen sich weitgehend im Bereich der Spekulation. Oft kann man nur noch schwer zwischen Philosophie und Soziologie unterscheiden. Dafür ist die marxistische Theorie wieder ein gutes Beispiel. Um anzudeuten, daß Großtheorien letztlich nicht bewiesen werden können, spricht man besser statt von Theorien von bloßen Hypothesen, obwohl auch diese Sprachregelung nicht ganz befriedigend ist, weil man unter Hypothesen in der Regel den Entwurf prüfbarer Theorien versteht.

So schwierig es ist, fundierte Aussagen von der Art großer Hypothesen empirisch zu begründen, so reizvoll ist es andererseits, mit solchen Hypothesen zu operieren. Jeder möchte gern eine Gesamtvorstellung von der Entwicklung der Welt und der menschlichen Gesellschaft gewinnen. Er möchte »seinen Standort bestimmen« und »wissen, wohin die Reise geht«. So haben die meisten Menschen bewußt oder unbewußt ihre eigene Großtheorie von der Gesellschaft.

Auch in den Sozialwissenschaften sind eine Reihe großer Hypothesen entwickelt worden. Da das Recht ein wesentlicher Bestandteil der Gesellschaft ist, machen auch fast alle Großtheorien der Gesellschaft Aussagen über das Recht. Die Evolution von Staat und Recht ist seit *Plato*, *Aristoteles* und *Polybios* ein klassisches Thema der Rechtsphilosophie. Die Gründerväter der Soziologie, die noch an dem intellektuellen Klima des 19. Jahrhunderts Teil hatten, das durch die darwinistische Evolutionstheorie geprägt war, haben fast jeder eine eigene Theorie dieser Art entwickelt. Das gilt für *Marx* und *Comte* ebenso wie für *Weber* und *Durkheim*. Mit dem ersten Weltkrieg trat die Suche nach universalen Entwicklungsgesetzen der Gesellschaft, und mit ihnen nach universalen Entwicklungsprinzipien des Rechts, in den Hintergrund. Erst im letzten Jahrzehnt ist auch in der Rechtssoziologie das Interesse an den Entwicklungsgesetzen des Rechts neu erwacht.

II. Entwicklungs- und Strukturhypothesen

Bei großen Hypothesen denkt man in erster Linie an die Entwicklungstheorien des Rechts. Sie sind die interessanteren, denn sie versuchen in der Regel, nicht nur die Vergangenheit zu erklären, sondern auch eine Prognose für Zukunft zu bieten. Als Beispiel sei noch einmal die marxistische Theorie genannt, die den Fortgang der gesellschaftlichen Entwicklung in aufeinanderfolgenden Stadien beschreibt. Neben den Entwicklungstheorien gibt es aber auch große Strukturhypothesen, die allgemeine Aussagen über des **Verhältnis des Rechts zu anderen Teilsystemen der Gesellschaft machen**. Sie verdienen nicht weniger Aufmerksamkeit. Die wichtigsten Strukturhypothesen sind die These von der notwendigen Ineffektivität des Rechts und die These vom cultural lag.

III. Große Hypothesen: Universale Gesetze oder bloße Trends?

Ob und wieweit es sich bei den hier so genannten großen Hypothesen überhaupt um Hypothesen im Sinne von Theorieentwürfen, d. h. um verallgemeinerungsfähige Gesetzmäßigkeiten handelt oder um bloße Trendbeschreibungen, die nur für eine bestimmte historische Epoche gelten, ist ein schwieriges wissenschaftstheoretisches Problem. Mit ihm hat sich besonders der Physiker und Wissenschaftstheoretiker *Karl R. Popper* in seinem Buch »Das Elend des Historizismus« auseinandergesetzt.

Als Historizismus bezeichnet *Popper* eine von ihm bekämpfte Richtung der Sozialwissenschaften, die dadurch gekennzeichnet sein soll, daß sie nach langfristigen oder Großprognosen Ausschau hält. Er meint, diese Richtung sei durch den Erfolg der Theorie Newtons stark beeindruckt, besonders von deren Fähigkeit, die Stellung der Planeten weit in die Zukunft vorauszusagen, und strebe daher dasselbe hohe Ziel an nach dem Motto: Wenn es der Astronomie möglich ist, Sonnenfinsternisse zu prognostizieren, warum sollte es der Soziologie nicht möglich sein, Revolutionen vorherzusagen? (S.30). Im Unterschied zu den Naturwissenschaften lehnen aber die von *Popper* so genannten Historizisten experimentelle Methoden und Verallgemeinerungen ab. Sie suchen vielmehr nach besonderen historischen Gesetzen, welche die aufeinanderfolgenden Epochen der Geschichte miteinander verbinden.

Popper unterscheidet sodann zwischen technologischen Prognosen und Prophezeiungen. **Prophezeiungen** nennt er Vorhersagen von Entwicklungen, die schicksalhaft über die Welt kommen sollen wie der Lauf der Sterne oder nach der Vorstellung der Zeugen Jehovas der letzte Tag. **Technologische Prognosen** dagegen geben an, welche Maßnahmen wir ergreifen müssen, um bestimmte Erfolge zu erzielen. Dieser Unterschied ist natürlich relativ vom Stand von Wissenschaft und Technik abhängig. Die Meteorologie beschert uns bis heute nur Wetterprognosen, die wir wie Prophezeiungen geschehen lassen müssen. Aber vielleicht wird sie eines Tages auch

angeben, wie man das Wetter machen kann. *Karl Marx* hat den prophetischen Charakterzug seiner Theorie im Vorwort zum »Kapital« - nicht ohne Ambivalenz - so formuliert:

»Auch wenn eine Gesellschaft dem Naturgesetz ihrer Bewegung auf die Spur gekommen ist ..., kann sie naturgemäße Entwicklungsphasen weder überspringen noch wegdekretieren. Aber sie kann die Geburtswehen abkürzen und mildern.«

Popper meint, daß ein **historisches Entwicklungsgesetz**, selbst wenn es ein solches geben sollte, nicht bewiesen werden könnte, weil man keine Chancen habe, damit zu experimentieren und wiederholte Beobachtungen anzustellen, um es zu überprüfen. Das Problem liegt darin, daß man fast von jeder Theorie sagen kann, daß sie mit vielen Tatsachen übereinstimmt. Als bewiesen oder bescheidener, als bewährt, kann man eine Theorie aber nur dann bezeichnen, wenn sich keine Tatsachen auffinden lassen, die sie widerlegen. Theorien, die sich mit der menschlichen Gesellschaft befassen, sind stets nur probabilistischer Art. Wenn ein Kriminologe etwa ein »Gesetz« formuliert, nach dem unter bestimmten Voraussetzungen ein einmal wegen einer Straftat Verurteilter rückfällig wird, so gilt dieses nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit. Einzelne Verurteilte, die nach diesem »Gesetz« rückfällig werden sollen, können sich durchaus straffrei halten. Es sind wiederholte Beobachtungen und statistische Verfahren notwendig, um die Theorie zu bestätigen oder zu widerlegen. Solche Verfahren lassen sich auf einmalige Vorgänge nicht anwenden.

Gegen diesen Einwand könnte man die sogenannten **Zyklustheorien** ins Feld führen. Sie bestreiten, daß die Entwicklung der menschlichen Gesellschaft einmalig sei und greifen den alten Gedanken auf, daß der Lebenszyklus von Geburt, Kindheit und Tod oder der Kreislauf der Jahreszeiten auch auf die Entwicklung von Gesellschaften oder der Gesellschaft schlechthin übertragen werden könne. Die bekannteste Theorie dieser Art aus neuer Zeit hat *Oswald Spengler* in seinem Buch »Der Untergang des Abendlandes«⁴⁶⁶ entwickelt. Da uns solche Zyklustheorien als große Hypothesen der Rechtssoziologie nicht beegnen, brauchen wir uns mit ihnen hier nicht weiter auseinanderzusetzen.

Eingehen müssen wir aber auf die Behauptung, daß ein Entwicklungsprozeß, selbst wenn er einzigartig sein sollte, an einem **Trend**, einer Tendenz oder einer Richtung zu erkennen sei, über die sich Hypothesen formulieren lassen, die an der zukünftigen Erfahrung überprüfbar sind. *Popper* bestreitet nicht, daß sich solche Trends beschreiben lassen. Er macht aber geltend, daß Trends keine Gesetze sind. Der Unterschied ist folgender: Ein Gesetz ist ein sog. All-Satz. Es besagt, daß unter den Randbedingungen, die das Gesetz beschreibt, in jedem Falle eine bestimmte Folge eintritt. Ein Satz, der die Existenz eines Trends behauptet, ist dagegen ein Es-

⁴⁶⁶ *Oswald Spengler*, *Der Untergang des Abendlandes*. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte, Bd. I: Gestalt und Wirklichkeit, 1918, Bd.II: Welthistorische Perspektiven, 1922.

§ 58 Die Besonderheit von Struktur- und Entwicklungshypothesen des Rechts?

gibt-Satz. Er besagt, daß zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort eine Beobachtung gemacht werden kann, enthält also kein universales Gesetz. Das bedeutet praktisch, daß man die Existenz von Trends nicht zur Grundlage wissenschaftlicher Prognosen machen kann. Ein Trend kann sich in jedem Augenblick umkehren. Als Beispiel nennt *Popper* das Jahrhunderte anhaltende Bevölkerungswachstum, das jedenfalls in den westlichen Industrienationen plötzlich beendet zu sein scheint. Trends gibt es also wirklich. Doch ihr Andauern hängt vom Andauern bestimmter Randbedingungen ab (*Popper*, S. 100). Das Problem besteht darin, die Bedingungen anzugeben, unter denen der Trend sich fortsetzt. Praktisch läßt sich das nur bewerkstelligen, indem man umgekehrt versucht, sich Bedingungen vorzustellen, unter denen der betreffende Trend verschwinden würde. Vor allem gegen Marx gerichtet meint *Popper*, das Elend des Historizismus sei das Elend der Phantasielosigkeit. Der Historizist glaube fest an seinen Lieblingstrend, etwa einen Trend zur »Akkumulation der Produktionsmittel«, und versäume darüber, nach den Bedingungen zu suchen, von denen dieser Trend abhängig sei. Vor allem aber, so lautet *Poppers* Argument, könnten diese Bedingungen durch menschliche Erfindungen verändert werden, die schlechthin nicht vorhersehbar seien.

Tatsächlich bieten alle großen Hypothesen der Rechtssoziologie kaum mehr als Trendbeschreibungen im Sinne *Poppers*. Etwas anderes gilt allenfalls für die Strukturhypothesen. Sie lassen sich möglicherweise als universale Gesetze verstehen und formulieren. Wir wollen uns durch wissenschaftstheoretische Skrupel jedoch nicht davon abhalten lassen, die in der Rechtssoziologie diskutierten großen Hypothesen zur Kenntnis zu nehmen. Wir müssen nur wissen, daß wir uns auf ebenso ungesichertem Boden bewegen wie der Börsenspekulant, der seine Geschäfte auf Trendkurven gründet.

§ 59 Strukturhypothesen: Recht und sozialer Wandel

Literatur: *Dreitzel* (Hrsg.), Kultur und sozialer Wandel, 2. Aufl. 1972; *Dror*, Law and Social Change, in: *Aubert*, Sociology of Law, 1969, 90 ff.; *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913; *Friedman/Ladinsky*, Social Change and the Law of Industrial Accidents, Columbia Law Review 67, 1967, 50 ff.; *Friedmann*, Recht und sozialer Wandel, Frankfurt/M 1969; *Handler*, Social Movements and the Legal System, 1978; *Heldrich*, Höchststrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels, JbRSoz 3, 1972, 305 ff.; *Ogburn*, Social Change: With Respect to Culture and Original Nature, 1922; *ders.*, Die Theorie des »Cultural Lag«, in: *Dreitzel*, 1972, 328 ff.; *ders.*, Kultur und sozialer Wandel. Ausgewählte Schriften, 1969; *Schelsky*, Das Ihering-Modell sozialen Wandels durch Recht, JbRSoz 3, 1972, 47 ff.; *Schreckenberger*, Sozialer Wandel als Problem der Gesetzgebung, Verwaltungsarchiv 1977, 28 ff.; *Seagle*, Law, the Science of Inefficacy, 1952; *Sumner*, Folkways, 1906; *Vierkandt*, Die Stetigkeit im Kulturwandel, 1908; *Winter*, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, 1969; *Wiswede/Kutsch*, Sozialer Wandel, 1978.

I. Die These von der kulturellen Verspätung des Rechts (cultural lag)

Die Theorie des cultural lag ist 1922 von dem amerikanischen Soziologen *William F. Ogburn* (1886- 1959) formuliert worden:

»Ein cultural lag tritt ein, wenn von zwei miteinander in Wechselbeziehungen stehenden Kultur-elementen das eine sich früher oder stärker verändert als das andere und dadurch das zwischen ihnen bisher vorhandene Gleichgewicht stört.« (1972, 328).

Als Beispiel beschrieb *Ogburn*, wie der Straßenbau erst mit erheblicher Verzögerung auf die Produktion leistungsfähiger Automobile reagierte. Auf das Recht angewendet besagt die These vom cultural lag, daß sich die Anpassung des Rechts an die gesellschaftliche Wirklichkeit in einem zeitlichen Abstand vollzieht, daß das Recht notwendig hinter der Wirklichkeit herhinkt. Während *Ogburn* aber nur ganz allgemein auf das Phänomen aufmerksam machte, daß sich aufeinander bezogene Kulturelemente unterschiedlich schnell entwickeln können, ist über das Recht die speziellere Vorstellung verbreitet, daß es stets das anpassungsbedürftige Element bilde. Der Gedanke stammt schon von *Eugen Ehrlich*:

»Jede Rechtsentwicklung beruht daher auf der gesellschaftlichen Entwicklung, und alle gesellschaftliche Entwicklung besteht darin, daß sich die Menschen und ihre Verhältnisse im Laufe der Zeit ändern (S. 319) ... Es ist klar, daß dieser nie rastenden Entwicklung des gesellschaftlichen Rechts gegenüber das starre und unbewegliche staatliche Recht nur zu oft im Rückstande bleibt. Das Recht, wie es auch sein mag, ist stets eine Form der Herrschaft des Toten über den Lebenden: so hat Herbert Spencer die berühmten Worte Goethes in seine Sprache übersetzt (S. 323) ... So sind unsere Gesetzbücher regelmäßig auf eine viel frühere Zeit als ihre eigene eingestellt, und alle juristische Kunst der Welt vermöchte nicht, aus ihnen das wirkliche Recht der Gegenwart herauszuschälen, eben weil sie es nicht enthalten. ...Das ganze Recht einer Zeit oder eines Volkes in die Paragraphen eines Gesetzbuches sperren zu wollen, ist überhaupt ungefähr ebenso vernünftig, wie wenn man einen Strom in

einen Teich fassen wollte: was davon hineinkommt, ist kein lebender Strom mehr, sondern totes Gewässer, und viel kommt überhaupt nicht hinein.« (S. 394)

Ehrlich's Rechtssoziologie hat in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts einen erheblichen Einfluß auf die Entwicklung der Sociological Jurisprudence in den USA (§ 9) genommen. Er wird daher meistens aus zweiter Hand mit den Worten des Justice *Oliver W. Holmes* zitiert:

»The law, as it depends on learning is indeed, as it has been called, the government of the living by the dead.«⁴⁶⁷

Moderner und sehr viel blasser spricht man heute von einer Phasenverzögerung⁴⁶⁸ oder von einer soziologischen Differenz⁴⁶⁹.

Veränderungen in der Gesellschaft pflegen sich erst mit einer erheblichen Verzögerung im Recht niederzuschlagen. So war z. B. das BGB, das bis heute das Privatrecht beherrscht, schon zur Zeit seiner Entstehung veraltet. Obwohl längst das industrielle Zeitalter angebrochen war, lebt das BGB noch immer aus dem Geist einer vorindustriellen Gesellschaft von Handwerkern, Kaufleuten und Grundeigentümern. Die **wirtschaftlich-technische Entwicklung** reißt immer neue Lücken auf. Zunächst waren es die Elektrizität, der Automobilverkehr und das Telefon, dann die Datenverarbeitung und die Atomtechnik, die Möglichkeiten der Organtransplantation und der Lebensverlängerung in der Medizin oder im grenzübergreifenden Bereich die Nutzbarkeit des Festlandssockels, der Meere oder des Weltraums. *Ogburn* nannte als Beispiel die Regelung der Entschädigung für Betriebsunfälle, die in den USA erst nach 1910 langsam Gestalt annahm und die nach seiner Meinung der Entwicklung der industriellen Arbeitswelt dreißig bis vierzig Jahre hinterherhinkte. Er wies aber auch darauf hin, daß die unabhängige Größe, also diejenige, die voraussetzt, nicht technologischer Art sein muß, sondern ebenso ideologischer oder rechtlicher Art sein kann. Sein Beispiel waren Änderungen des Primogeniturrechts, die erst mit einer gewissen Verspätung zu Veränderungen im ökonomischen System der Landwirtschaft führten. Die Tatsache, daß Beispiele kultureller Verspätung, die uns heute besonders interessieren, solche sind, in denen der technische Wandel vorangeht, ist also eine Zeiterscheinung, die mit der Theorie nicht notwendig verbunden ist.

Allerdings ist die **Grundstruktur des Rechts als eines beharrenden, konservativen Elements** als solche weithin unbestritten. Aber bei dieser Feststellung darf es nicht bewenden, denn sie ist eher trivial. Definitionsgemäß besteht das Recht aus den Teilen der Sozialstruktur, die zu einer besonderen Verfestigung gefunden haben, die gewöhnlich Institutionalisierung genannt wird (§ 43). Auch bei einer Funktions-

⁴⁶⁷ *Speeches*, Boston 1918, S. 67 f.

⁴⁶⁸ *Fritz Werner*, Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit, Karlsruhe 1965, S. 6.

⁴⁶⁹ *Maibhofer*, Ideologie und Recht, S. XIV.

betrachtung (§ 59,3) wird immer wieder darauf abgestellt, daß eine wichtige Funktion des Rechts darin besteht, Verhaltens- und Erwartungssicherheit zu schaffen. Es ist daher billig, dieses statische Element des Rechts zu betonen, wenn man damit, wie häufig, Rechtskritik üben will. Solche Kritik muß schon spezifischer ausfallen. Sie muß geltend machen, daß das Recht einer bestimmten Gesellschaft oder Teile davon nicht länger funktional sind, sondern aus angebbaren Gründen pathologisch genannt werden können. Allerdings scheint es - darauf hat bereits zu Beginn unseres Jahrhunderts der Soziologe *Alfred Vierkandt* (S. 84, 153) hingewiesen -, daß die Institutionen der Gesellschaft die Bedingungen, unter denen sie entstanden sind und funktional waren, tendenziell überdauern:

»Objekte, die uns einmal nützlich gewesen sind, behalten offenbar den entsprechenden Gefühlston noch lange Zeit, nachdem dieser Nutzen aufgehört hat, ein Umstand, der den Kulturwandel außerordentlich verzögert. ... Nur bei starken Nötigungen, bei drastischen Schäden, überhaupt bei größlicher Dringlichkeit wird auf einen Wandel in Moral, Recht oder Sitte zu rechnen sein, während im andern Fall unzweckmäßig gewordene Normen noch lange andauern werden, vorhandene Lücken noch lange ihrer Ausfüllung harren müssen.«

Rechtliche Institute entstehen aus den politisch-sozialen Bedingungen ihrer Zeit. Sie erstarren nach dem Wegfall dieser Randbedingungen in dogmatischen Figuren. In der rechtspolitischen Diskussion ist daher, ebenso wie im juristischen Schrifttum, immer wieder davon die Rede, daß dieses oder jenes Rechtsinstitut überholt oder eine bestimmte Vorschrift nicht länger zeitgemäß sei. Wie problematisch es dennoch ist, wertend von einem Hinterherhinken des Rechts zu sprechen, haben *Friedman* und *Ladinsky* an Hand der Entstehung der amerikanischen Arbeitsunfallgesetzgebung gezeigt: Wenn in der Gesellschaft neue technische und soziale Entwicklungen nach neuen rechtlichen Lösungen zu rufen scheinen, dann gibt es nicht die eine, wahre Lösung, sondern es ringen verschiedene Interessengruppen um die Durchsetzung ihrer Vorstellungen. Was bei rückschauender Betrachtung als Periode unzureichender Anpassung erscheint, war tatsächlich die Zeit, in der die Streitpunkte fixiert und unterschiedliche Lösungen erörtert wurden und die streitenden Gruppen um die Festbeschreibung der für sie günstigsten Lösung kämpften. Es war die Zeit tastender Versuche zum Ausgleich verschiedenartiger Meinungen und Interessen, ohne daß sich nach der Art des Problems und dem politischen Kräfteverhältnis eine eindeutige Lösung aufgedrängt hätte. Was später als zeitgerechte Lösung erscheint, war dann vielleicht nur ein Kompromiß, der sich als haltbar erwiesen hat.

II. Die These von der notwendigen Ineffektivität des Rechts

Der prinzipielle Abstand des Rechts von der aktuellen Entwicklung der Gesellschaft schließt nicht aus, daß das **Recht** seinerseits zum **Instrument sozialen Wandels** wird. Es muß daher unterschieden werden zwischen bloßer Anpassung des Rechts an

die Verhältnisse in seiner Umwelt und dem Recht als Vorreiter sozialen Wandels. Man kann nicht alles zugleich ändern. Damit einzelne Rechtsnormen zum Hebel des Soziallebens werden können, bedarf es einer festen Grundlage, auf der sie sich abstützen können. Daher ist es gerade das statische Element, das das Recht in bestimmten, eng abgegrenzten Bereichen in Stand setzt, den sozialen Wandel entschieden voranzutreiben.

Die Vorstellung, daß das Recht sozialen Wandel bewirken könne, wird allerdings mit der These von der notwendigen Ineffektivität (oder von der **Marginalität**) des Rechts bestritten. Diese These geht zurück auf den amerikanischen Soziologen *William Graham Sumner* (1840-1910). Er stellte in einer bahnbrechenden Untersuchung über soziale Normen die Behauptung auf, die Gesetzgebung habe nur wenig oder gar keinen Einfluß auf das Verhalten. Er bestritt zwar nicht, daß Gesetze eingehalten werden; sei dies der Fall, dann geschehe es aber deshalb, weil sie mit der bereits herrschenden Sitte übereinstimmten, möglicherweise sogar ihren Ursprung in ihr hätten oder zumindest von ihr getragen würden. Jedoch maß Sumner den Gesetzen wenig neugestaltende Kraft zu.

»Man hat vergeblich versucht, die neue Ordnung durch Gesetzgebungsakte zu kontrollieren. Das einzige Ergebnis war der Beweis, daß die Gesetzgebung keine neuen Sitten schaffen kann« (S. 53 ff., 87 ff.). Gewöhnlich zitiert man englisch: »Stateways cannot change folkways.«

Differenzierter war die Stellungnahme von *Eugen Ehrlich* (S. 302 ff.). Er meinte, man werde sich an den Gedanken gewöhnen müssen, daß gewisse Dinge durch ein Gesetz überhaupt nicht bewirkt werden könnten, ferner, daß für die Folgen eines Gesetzes die Absicht seines Schöpfers ganz gleichgültig sei, und schließlich auch daran, daß für die Folgen eines Rechtssatzes nicht die Auslegung maßgebend sei, die die Juristen ihm gäben. Staatliche Befehle seien am wirksamsten, wenn sie bloß negativ seien, wenn sie die Menschen nicht zu einem Tun, sondern zu einem Unterlassen zwängen, wenn sie verbieten, bekämpfen, zerstören, ausrotten wollten. Das zeige sich besonders am Straf- und Polizeirecht. Dagegen müsse der Staat viel zaghafter vorgehen, wo er die Menschen zu einem positiven Tun veranlassen möchte.

In den seltenen Fällen, in denen der Staat große positive Leistungen durchgesetzt habe, so vor allem in der Heeres- und Steuerverwaltung, da sei auf Grund vielhundertjähriger Erfahrung eine ganz besonders geschulte und geschickte Technik dafür entstanden. Wo staatliches Recht sonst noch positiv wirke, handele es sich wohl ausnahmslos um unmittelbaren Warenverkehr der Behörden mit der Bevölkerung oder um Fälle, in denen diese wenigstens einigermaßen einsehe, daß sie sich aus eigenem Interesse staatlichem Recht fügen müsse. Darauf beruhe zum größten Teil das Prozeßrecht. Der bedeutendste neuere Erfolg des Staates sei die Sozialversicherung. Sein Unglück sei es, daß ihm alles, was er einrichte, zur Behörde werde. Selbst Anstalten für den Unterricht, Kunst, Wissenschaft und Wohlfahrt, selbst Schulen, Museen, Ausstellungen, Eisenbahnen, Tabakregie und Spitäler: Sie verlören dadurch nicht bloß die Fähigkeit, sich den wechselnden Bedürfnissen des Lebens anzupassen, sondern auch den Anhang in der Bevölkerung, der sie zum Werkzeug gesellschaftlichen Fortschritts machen könne.

Es ist kein Zufall, daß diese pessimistischen Äußerungen noch aus der Zeit um die Jahrhundertwende stammen. Sie atmen den Geist der historischen Rechtsschule von Savigny und Puchta, von der Ehrlich deutlich beeinflußt war. Inzwischen hat nicht nur ein atemberaubender technischer und wirtschaftlicher Wandel stattgefunden. Auch das Recht hat sich in vieler Beziehung gewandelt. Das gilt zunächst für die allgemeine Einstellung gegenüber dem Recht, die zu einer instrumental geworden ist. Der Gedanke ist selbstverständlich, daß das **Recht als Mittel zum Zweck sozialer Veränderungen** dienen kann. Aber auch die Rechtstechnik hat sich geändert. In Parlamenten und vor allem in Ministerien ist eine gewaltige Gesetzgebungsbürokratie entstanden und mit ihr ein nicht weniger imposanter Unterbau von Behörden, die die Durchführung neuer Gesetze einleiten, überwachen und sanktionieren können. Auch der Einfluß der Gerichte ist durch eine straffe Zentralisierung der Rechtsprechung, die in einer allgemein akzeptierten Verfassungsgerichtsbarkeit gipfelt, sowie durch eine perfektionierte Publikationstechnik gewachsen. Dadurch, daß gesellschaftliche Gruppen die Gerichte als Forum der Interessendurchsetzung entdeckt haben (Händler 1978, vgl. auch § 51, 2b), ist die Implementation richterlicher Entscheidungen nicht länger Privatsache, sondern steht oft unter gesellschaftlicher Überwachung. Z. B. könnte kein bedeutender Arbeitgeber es wagen, die von der Arbeitsgerichtsbarkeit gezogenen Grenzen der Absperrung zu überschreiten, ohne die massive Reaktion der Gewerkschaften befürchten zu müssen. Es hat daher einiges für sich, wenn z. B. heute etwa Wolfgang Friedmann (S. 10) geradezu das Gegenteil der alten Ineffektivitätshypothese behauptet:

»Die schöpferische und gestaltende Kraft des Rechts war nie stärker als in unserer hochindustrialisierten Gesellschaft.«

Andere halten wiederum bis heute gerade das anglo-amerikanische Recht für ganz besonders schwerfällig und ungeeignet für zügige Reformen⁴⁷⁰. Pauschale Annahmen dieser Art sind indessen kaum diskutierbar. Die Rechtssoziologie beobachtet mit besonderem Interesse, wie gerade in den USA soziale Bewegungen, die keinen Zugang zum etablierten politischen Kräftespiel von Parteien und Bürokratie gefunden haben, den sozialen Wandel mit Hilfe der für sie leichter zugänglichen Gerichte vorantreiben. Als Beispiel mag hier nur die Rechtsprechung in der Rassenfrage genannt werden. Die Entscheidung des Supreme Court von 1954 in Sachen Brown vs. Board of Education, die die Segregation in der Schule untersagte, und die zunächst mit dem Einsatz der Nationalgarde durchgesetzt werden mußte, hat geradezu revolutionäre Bedeutung für die Beseitigung der rassischen Diskriminierung in den USA erlangt. Hier wurde nicht nur der cultural lag einer nicht mehr zeitgemäßen Rassendiskriminierung geschlossen, sondern das Recht ging weit darüber hinaus und ist bis

⁴⁷⁰ Manfred Rehbinder, Buchbesprechung, Rechtstheorie 1, 1970, 247 ff.; Seagle, Law, the Science of Inefficacy, 1952.

heute fortschrittlicher als das soziale Bewußtsein mindestens in den Südstaaten der USA (*Heldrich*; vgl. § 14, 4).

Es läßt sich nicht ernsthaft bestreiten, daß das Recht Wirkung zeigt und daß es insbesondere auch als Instrument sozialen Wandels dienen kann. Die Diskussion hat sich daher den Detailfragen zugewandt, den Fragen etwa, wo die Grenzen solcher Sozialgestaltung durch Recht liegen, welche Sektoren der Gesellschaft einer Steuerung durch Recht in besonderer Weise zugänglich sind und welche eher Widerstand leisten, welche Steuerungsmittel im einzelnen geeignet sind und wo typische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Rechtsnormen auftreten. Dabei hat man sich von dem einfachen Modell von Norm und Sanktion, die durch einen Rechtsstab, etwa durch Staatsanwalt, Polizei und Gerichte verwaltet werden, entfernt und versucht nunmehr, die Durchsetzung von Recht als komplexen Implementationsvorgang zu beschreiben und zu analysieren (§ 36).

III. Die Funktion des Rechts in der Gesellschaft

Literatur: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, JbRSoz 1,1980, darin bes. *Fechner*, Funktionen des Rechts in der menschlichen Gesellschaft, S. 91 ff., *Lubmann*, Zur Funktion der »subjektiven Rechte«, S. 321 ff., *Maihofer*, Die gesellschaftliche Funktion des Rechts, S. 11 ff., *Schott*, Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften, S. 107 ff., *Priester*, Rationalität und funktionale Analyse, S.457 ff.; ferner: *Görlitz*, Politische Funktionen des Rechts, 1976; Funktionen des Rechts, ARSP Beiheft Neue Folge 8, 1974; *Levellyn*, The Normative, the Legal, and the Law-Jobs, Yale Law Journal 41, 1940, 1355 ff.; *Rehbinder*, Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts, FS René König, 1973, 355 ff.

Auch auf die Frage nach der Funktion oder den Funktionen des Rechts in der Gesellschaft werden Strukturhypothesen des Rechts angeboten. Problematisch ist hier schon die Fragestellung, denn der Funktionsbegriff ist unscharf und entsprechend unklar fallen die Antworten aus. Eine funktionale Analyse ist nur sinnvoll, wenn sie in einem präzisen theoretischen Rahmen erfolgt, wie ihn die Systemtheorie (§ 46) liefert. Wichtig ist die **Angabe des Systembezugs**. Die Funktion ist eine zweistellige Relation. Es ist also zu fragen nach der Funktion eines Systems S_1 für ein bestimmtes System S_2 . Als System S_1 kommen entweder das Rechtssystem insgesamt oder einzelne seiner Subsysteme (der Prozeß, die Strafvollstreckung, das juristische Publikationswesen usw.; zur Funktion der Justiz vgl. § 57) in Betracht. Das System S_2 kann wiederum die Gesamtgesellschaft sein oder eines ihrer Teilsysteme (Wirtschaft, Politik, Religion usw.) oder ein noch weiter ausdifferenziertes Subsystem, also z. B. die Universität, die Weinwirtschaft oder die Müllabfuhr. Eine große Hypothese der Rechtssoziologie ist nur von der Frage nach der Funktion des Rechts für die Gesamtgesellschaft und ihre primären Teilsysteme zu erwarten.

Als Ausgangspunkt einer Erörterung der Rechtsfunktionen dient gewöhnlich ein Aufsatz von *Karl N. Llewellyn* (vgl. § 9), in dem er fünf »law-jobs« unterscheidet. Er nennt an erster Stelle die Konfliktbereinigung, ferner Verhaltenssteuerung und die Legitimierung und Organisation sozialer Herrschaft.

Diese drei Aufgaben gehören zu jedem Funktionskatalog. Weiter bezeichnet *Llewellyn* eine Funktion des Rechts, die stimulierend und integrierend zugleich sein soll (integrative, incentive, direction, net). Damit ist teils die aktive Beförderung sozialen Wandels gemeint, teils die Chance für die Bürger, sich innerhalb der vom Recht geschützten Freiräume zu entfalten. Als fünften »law-job« nennt *Llewellyn* die Rechtspflege (juristic method). Gemeint ist anscheinend die autonom fachmännische Verwaltung und Fortentwicklung des Rechts durch die Juristen, eigentlich gar keine Funktion des Rechts, sondern Struktur, also Voraussetzung dafür, daß und wie das Recht bestimmte Funktionen ausfüllt.

Für die Gesellschaft insgesamt bringt das Rechtssystem **Erwartungssicherung** und **Konfliktregelung**. Beides zusammen macht den wesentlichen Gehalt der sozialen Kontrolle aus (vgl. § 26, 5). Für das politische System beschafft das Recht **Legitimation**, und es ermöglicht ihm **Verhaltenssteuerung**. Für die übrigen Teilsysteme leistet das Recht vor allem eine **Abschirmung von der Politik**. Die Politik kann nicht unvermittelt auf Wirtschaft, Religion, Kunst oder Familie zugreifen, ohne sich rechtlicher Formen zu bedienen und dabei rechtlich definierte Grenzen zu wahren.

Diese und andere Antworten sind sehr allgemein. Will man sie näher ausführen, so gelangt man sehr schnell zu Fragestellungen, die aus anderem Zusammenhang bekannt sind, z. B. zu der Frage nach sozialer Kontrolle abweichenden Verhaltens durch Norm und Sanktion oder andere Prozesse (§§ 34 f.). Die Legitimationsfunktion des Rechts kann man mit der Fragestellung *Max Webers* (§ 22), mit derjenigen von *Lubmann* (§ 48) oder auch mit der marxistischen nach dem Verhältnis von Basis und Überbau behandeln. Die Frage nach der Steuerungsfunktion kehrt wieder als Frage nach der Effektivität des Rechts (§ 30). Bei der Frage nach der Funktion des Rechts lassen sich also die verschiedensten theoretischen Ansätze einbringen, die hier nicht wiederholt zu werden brauchen.

§ 60 Entwicklungshypothesen

Literatur: *Carbonnier*, Die großen Hypothesen der theoretischen Rechtssoziologie, KZfSS Sonderheft 11/1967, 135 ff.; *Maine*, Ancient Law, 1861; *Rehbinder*, Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat, KZfSS Sonderheft 11/1967, 197 ff.; vgl. ferner die Hinweise vor § 4 und § 6.

I. Die evolutionäre Basishypothese

a) *Von segmentärer zu funktionaler Differenzierung*

Die Entwicklungshypothesen sind zahlreicher und auch besser ausgearbeitet als die Strukturhypothesen. Sie alle gehen von einem Grundmuster aus, nach dem die Gesellschaft sich von einer segmentären zu einer funktional differenzierten entwickelt hat. Diese Vorstellung ist maßgeblich um die Jahrhundertwende in England von Herbert Spencer und in Frankreich von Émile Durkheim entwickelt worden. Sie besagt ganz grob, daß die menschliche Gesellschaft ursprünglich aus einer Vielzahl kleiner homogener Einheiten (Segmente) bestand, aus Familien, Horden oder Clans, wie sie bis heute in den einfachen Stammesgesellschaften beobachtet werden können. Diese konnten selbstgenügsam unabhängig voneinander existieren, indem sie jeweils alle zum Leben und zur Reproduktion der Gruppe notwendigen Funktionen in sich vereinigten. In der modernen Gesellschaft sind diese Funktionen dagegen auf eine Vielzahl von sozialen Gruppen und Rollen verteilt. Meistens spricht man in Anlehnung an den Titel von Durkheims bekanntem Buch von der sozialen **Arbeitsteilung**. Die Arbeitsteilung in der modernen Warenproduktion und bei der Bereitstellung von Dienstleistungen ist nur eine besonders augenfällige Teilerscheinung dieses viel grundsätzlicheren Phänomens der sozialen Differenzierung.

Das Ergebnis dieses Prozesses soll darin bestehen, daß sich die sozialen Beziehungen jedes Individuums vervielfacht haben, die einzelnen Beziehungen aber flüchtiger, häufiger wechselnd, formeller und spezialisierter geworden sind. Die faktische Verbreitung dieses neuen Typs funktional spezifischer sozialer Beziehungen ist allerdings kaum zu quantifizieren und wird deshalb gelegentlich überschätzt. Sie haben die informellen Sozialbeziehungen jedenfalls nicht völlig verdrängt.

Weit verbreitet ist auch die Vorstellung, daß sich die **Entwicklung über drei Stufen** vollzogen habe. Sie werden etwa als archaische oder primitive Gesellschaften, als frühe Hochkulturen und als moderne Gesellschaft der Neuzeit gekennzeichnet. Als eine Zwischenstufe auf dem langen Weg von der segmentären zur funktionalen Differenzierung wird dabei der Zustand der schichtenmäßigen Differenzierung (Stratifizierung) hervorgehoben. Auch insoweit besteht nur hinsichtlich der Einzelheiten Streit, insbesondere darüber, ob man das Phänomen der Stratifizierung in marxistischen Begriffen als Klassengesellschaft beschreiben soll, und welche Rolle ihm in der

modernen Industriegesellschaft der Gegenwart noch immer zukommt. Es braucht dabei kaum betont zu werden, daß die Unterscheidung zwischen segmentärer, schichtenmäßiger und sozialer Differenzierung nur als typenmäßige Charakterisierung gemeint sein kann, daß es also schon in den einfachsten Gesellschaften Ansätze zur Arbeitsteilung, etwa zwischen Mann und Frau, zwischen Jungen und Alten, gegeben hat, während auch in der modernen Gesellschaft neben der funktionalen eine segmentäre Differenzierung, etwa in Nationen, und vor allem eine soziale Schichtung fortbesteht.

b) *Autonomie des Rechts*

Schließlich wird die Vorstellung weitgehend geteilt, daß das Recht im Laufe seiner Entwicklung eine begrenzte Autonomie gewonnen habe. Damit soll gesagt werden, daß sich das Recht von den anderen Teilsystemen der Gesellschaft wie Politik, Wirtschaft, Religion oder Wissenschaft soweit verselbständigt hat, daß Veränderungen des Rechts nicht mehr nur als Folge außerrechtlicher Anforderungen erklärt werden können, sondern sich unabhängig von seiner Umwelt entwickeln, während umgekehrt Entwicklungen im Rechtssystem nicht ohne weiteres Einfluß auf die Umwelt des Rechts haben müssen. Ähnlich wie die Kunst in dem Sinne autonom geworden ist, daß sie sich nicht länger auf die Ausschmückung von Kirchen und Fürstenthümern zu beschränken braucht, muß das Recht nicht unvermittelt auf Anforderungen etwa der Wirtschaft oder der Politik reagieren, sondern kann ein Eigenleben entfalten. Das kommt zum Ausdruck in den begrifflichen und dogmatischen Strukturen des Rechts, in Methoden der Tatsachenermittlung und der juristischen Argumentation sowie in den typisch rechtlichen Verfahren der Entscheidungsfindung und Konfliktregelung. Äußere Entwicklungen in Politik und Gesellschaft bleiben darum für das Recht nicht folgenlos. Aber das Recht reagiert darauf nach seinen eigenen Maßstäben⁴⁷¹.

c) *Streitfragen*

Hauptstreitpunkte zwischen den verschiedenen Theorien ergeben sich vor allem aus der Frage, ob die Entwicklung der menschlichen Gesellschaft gerichtet ist oder ob sie zyklisch verläuft, ferner ob sich die Entwicklung stets und überall in bestimmten, aufeinanderfolgenden Schritten vollzieht oder ob in unterschiedlichen gesellschaftlichen Zusammenhängen einzelne Phasen übersprungen werden können, ob z. B. Entwicklungsländer unmittelbar aus einem archaischen in einen modernen Zustand gelangen. Und schließlich geht es immer wieder um die Frage, ob diese Entwicklung eine **Entwicklung des Fortschritts** in Richtung auf bessere Weltbeherrschung und

⁴⁷¹ Diese Vorstellung wird neuerdings mit der Vorstellung eines autopoietischen (reflexiven oder selbstbezüglichen) Systems theoretisch überhöht, vgl. dazu § 61, 4.

vollkommenere Selbstverwirklichung des Menschen ist. Die umgekehrte Frage, ob die **Entwicklung als Rückschritt** anzusehen sei, wie sie der Antike mit der Vorstellung eines goldenen Zeitalters vertraut war, scheint dagegen heute ferner zu liegen. Ausdrücklich werden solche Fragen in der wissenschaftlichen Diskussion indessen kaum gestellt und beantwortet, weil sie eine Bewertung verlangen, für die es an objektiven Maßstäben fehlt. Unterschwellig scheint jedoch mit vielen Theorien eine Bewertung einherzugehen. Erst recht unser Alltagsverständnis bewertet die Entwicklung regelmäßig optimistisch als Fortschritt oder pessimistisch als Rückschritt.

II. Die allgemeine Entwicklungshypothese

Die allgemeine Entwicklungshypothese besagt einfach: Alles Recht entwickelt sich (*Carbonnier*). Sie mutet heute trivial an. Aber als sie, wohl zum ersten Mal, von *Montesquieu* formuliert wurde (vgl. § 2, 2), war sie eher revolutionär. Bis dahin hatte vor allem die außerordentliche Dauerhaftigkeit der römischen Rechts, das vordergründig unverändert bald zweitausend Jahre die westliche Welt beherrschte, den Eindruck entstehen lassen, daß das Recht unwandelbar sei. Entsprechend erklärten die Naturrechtslehren des Rationalismus Gesellschaft, Staat und Recht mit Hilfe universeller, zeitloser Grundannahmen. Erst *Montesquieus* 1748 erschienenes Werk »De l'esprit des lois« führt zu einer Umbesinnung von den mathematischen Ordnungsmustern des Rationalismus auf die erfahrbare Verschiedenartigkeit und Veränderlichkeit rechtlich verfaßter Verbände.

Heute findet die allgemeine Entwicklungshypothese in der Rechtssoziologie keinen Widerspruch mehr. Es gibt kaum noch Versuche, in dem anscheinend endlosen Strom der Veränderung **unveränderliche Elemente** auszumachen. Selbst das von den Anthropologen immer wieder beschriebene Inzest-Tabu, das oft als Beispiel einer unveränderlichen Norm genannt wird, scheint nicht unerschütterlich zu sein. Es ist in der Tat außerordentlich verbreitet und dauerhaft. Indessen gibt es Anzeichen, daß selbst diese Regel veränderlich sein könnte⁴⁷². Auch das Reziprozitätsprinzip (vgl. § 18) wird gelegentlich als unveränderliches Rechtsprinzip genannt. Dafür gilt jedoch Ähnliches wie für die moderne funktionalistische Betrachtungsweise, die darauf hinweist, daß das Recht bei aller Verschiedenheit zu allen Zeiten gleichartige Funktionen erfüllt. Die Funktionen sind selbst nichts Reales, sondern bilden bloß Gesichtspunkte der soziologischen Analyse. Ebenso ist das Reziprozitätsprinzip nicht selbst Recht, sondern nur Element einer Theorie der Rechtsentstehung. Die allgemeine Entwicklungshypothese besagt nicht mehr und nicht weniger, als daß die positiven Regelungszusammenhänge, die als Recht bezeichnet werden, wie auch im-

⁴⁷² Vgl. *Wiswede*, Soziologie abweichenden Verhaltens, 1973, 14 f.; *Herbert Maisch*, Inzest-Tabu, in: *Spiros Simitis/Gisela Zenz*, Seminar: Familie und Familienrecht, Bd. 1, Frankfurt a. M. 1975, 181-192.

mer sie entstanden sind, sich in der Zeit verändern und daß die Funktionen, die dieses Recht versieht, eben auf verschiedene Weise erfüllt werden.

III. Die klassischen Theorien der Rechtsentwicklung

Die klassischen Theorien der Rechtsentwicklung verbinden sich jeweils mit dem Namen eines der Gründerväter der Rechtssoziologie. Daher ist über sie bereits bei der Darstellung der Geschichte der Rechtssoziologie berichtet worden. Hier brauchen sie nur noch einmal aufgezählt zu werden.

a) *Die marxistische Rechtstheorie*

Die wohl bekannteste große Hypothese der Rechtssoziologie folgt aus dem Entwicklungsgesetz des dialektisch-historischen Materialismus, das bekanntlich in sieben Entwicklungsstufen von der vorstaatlichen Gesellschaft ohne Klassengegensätze bis zur kommunistischen, klassenlosen Gesellschaft fortschreitet und dabei das Recht als Widerspiegelung der jeweiligen Produktionsverhältnisse ansieht, das am Ende mit dem Staat zum Absterben verurteilt ist (vgl. § 2, 4). Diese Theorie wird auch heute noch von manchen bemüht. Sie hat aber mindestens für die Gegenwart ihre Erklärungskraft verloren.

b) *Vom Statusrecht zum Kontraktrecht*

1861, zwei Jahre nachdem *Charles Darwin* »On the Origin of Species« veröffentlicht hatte, formulierte der englische Rechtshistoriker *Maine* seine These, nach der sich das Recht von einem Statusrecht zum (Zweck-)Vertragsrecht entwickelt hat (§ 2, 5). In neuerer Zeit hat *Rehbinder* es unternommen, diese These dahin fortzuentwickeln, daß an die Stelle des Einzelvertrags heute die Rolle getreten sei.

Tatsächlich ist eine Bewegung im Gange, die vom individuellen Zweckkontrakt fortzuführen scheint. Schon im Frühkapitalismus hat sich gezeigt, daß Vertragsfreiheit, wenn sie wirklich die Freiheit jedes einzelnen und seine Selbstverwirklichung gewährleisten soll, nur funktionieren kann, wenn die vorausgesetzte Gleichheit der Menschen nicht bloß Ideologie ist, sondern Realität. Das war und ist nicht der Fall. Die Menschen sind nicht nur nach ihren physischen und psychischen Fähigkeiten, sondern vor allem nach ihrer sozialen Ausgangsposition, nach Kenntnissen, Beziehungen und Besitz, durchaus ungleich. Freiheit ist nicht allein eine Frage der Rechtsstruktur, sondern ebenso sehr abhängig von Handlungskompetenz und Güterverteilung. Nur der Besitzende und (Aus-) Gebildete ist in der Lage, seine Verhältnisse wirklich privat-autonom zu gestalten. Der neue Rechtszustand erwies sich daher im Ergebnis nicht automatisch als fortschrittlicher als das alte Statusrecht. Vielmehr führte er in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu einer Situation, die als die soziale Frage bekannt ist. Sie konnte nicht privater Wohltätigkeit überlassen bleiben, sondern verlangte nach massiven staatlichen Eingriffen. Soziale Schutzgesetze, Gesetze zur Regelung des Marktes und zur Zählung der Technik, Gesundheitsfürsorge, Bildungszwang und umfassende Daseinsvorsorge bestimmen seither das Bild des Rechts im **Wohlfahrtsstaat**.

Wegen des manchmal dirigistischen Charakters des modernen Rechts spricht man teilweise sogar von einer Rückkehr zum Statusrecht. Aber auch die Qualität der immer noch vorhandenen Vertrags-

freiheit hat sich verändert. Ähnlich wie in der Produktion Massenartikel die Einzelanfertigung verdrängt haben, tritt an die Stelle des individuell ausgehandelten Vertrages der Typenvertrag, der durch allgemeine Geschäftsbedingungen genormt wird. Vor allem aber, so die Diagnose *Rebbinders*, sei die Zweckvereinbarung heute wieder auf dem Rückzug. Eine neue Form von En-bloc-Vereinbarungen gewinne dagegen an Boden. Das Recht hält eine große Anzahl sehr verschiedener Positionen bereit, die dem Einzelnen teils aufgezwungen werden oder die er mit einem mehr oder weniger deutlichen Willensakt auf sich nimmt. Man wird Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, Kaufmann, Schüler oder Ehemann, Konsument, Student, Mieter, Bauherr, Kraftfahrer oder Rückfallverbrecher. Mit jeder dieser Positionen verbindet sich ein ganzes Bündel von Rollenerwartungen. Damit ist das Stichwort gegeben, mit dem *Rebbinder* die Evolutionshypothese von *Maine* fortsetzen will: **Vom Status über den Kontrakt zur Rolle**. Der Rollenbegriff, so meint *Rebbinder*, werde zum Schlüsselbegriff für die Analyse des modernen Rechts.

Dagegen läßt sich einwenden, daß es ein Kontraktrecht in dem von *Rebbinder* vorausgesetzten Sinn eigentlich nie gegeben hat. Der Mieter, der Arbeiter, der Beamte, Schüler, Soldat, Ehemann usw. waren unter der Doktrin der schrankenlosen Vertragsfreiheit nicht weniger in Rollen gefangen als heute. Der Individualvertrag im eigentlichen Sinne des Wortes war und ist die Ausnahme.

Die Organisation der Gesellschaft in sozialen Rollen dagegen ist nicht neu. Auch der alte Status im Sinne *Maines* läßt sich als eine soziale Position verstehen, auf die bestimmte Rollenerwartungen gerichtet sind. Um diesen Einwand auszuräumen, greift *Rebbinder* zurück auf die Unterscheidung zwischen **zugeschriebenen und erworbenen Rollen**. Man spricht von einer zugeschriebenen Rolle bei einer solchen, die dem Individuum ohne sein Zutun zuwächst wie die Alters- oder Geschlechtsrolle, die Rolle als Angehöriger einer bestimmten Rasse oder Nation und regelmäßig auch eines bestimmten Glaubens. Dagegen hängt die erworbene Rolle von der persönlichen Aneignung individueller Merkmale oder Eigenschaften ab (vgl. § 37, 1b). Mit dieser Unterscheidung verbindet sich die Vorstellung, daß in offenen und demokratischen Gesellschaften die verfügbaren Rollen durch individuelle Leistung erworben werden können.

Es mag dahinstehen, ob diese Vorstellung von der Verfügbarkeit sozialer Rollen nicht ebenso unrealistisch ist, wie zuvor diejenige von der Vertragsfreiheit. Jedenfalls kann man *Rebbinders* Hypothese von der **Rollenhaftigkeit des modernen Rechts** eine gewisse Plausibilität nicht absprechen. Rollen als Bündel von Verhaltenserwartungen bilden Handlungsmodelle. Sie geben an, was die Rollenspieler jeweils voneinander verlangen und erwarten können, z. B. der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber, der Mieter vom Vermieter, der Beamte von seinem Vorgesetzten usw. Versteht man die Rolle derart als Interaktionsmodell, so erklärt sich, warum im Zeitalter gesteigerter Interaktion die auf dem Prinzip der Privatautonomie aufbauende Willentheorie in der Rechtsgeschäftslehre mehr und mehr zugunsten des Vertrauensschutzes abgebaut wird. So erklären sich etwa die Lehren vom faktischen Vertragsverhältnis oder vom sozialtypischen Verhalten, die rollenhaftes Verhalten mit Rechtsfolgen verbinden wollen.

c) *Vom repressiven zum restitutiven Recht*

Durkheims These der Entwicklung vom repressiven zum restitutiven Recht ist bereits in § 4 dargestellt worden. Sie wird bis in die Gegenwart immer wieder diskutiert, auch wenn längst feststeht, daß sie nur mit vielen Vorbehalten und Einschränkungen geeignet ist, die Entwicklung des Rechts zu beschreiben. Die insbesondere von Ethnologen geübte Kritik legt es nahe, die von *Durkheim* beschriebene Entwicklungsreihe nach rückwärts um einen weiteren **vor-repressiven Rechtstyp** zu erweitern, der **archaisches Recht** genannt werden kann. Im Unterschied zu repressivem Recht

verkörpert archaisches Recht das Organisationsprinzip segmentierter Gesellschaften, die durch das Vorherrschen von Familien- und Stammeskulturen gekennzeichnet sind. Vergeltung und Reziprozität sind die wesentlichen Prinzipien des archaischen Rechts. Ein solches »primitives« Recht nimmt erst langsam repressive Züge an, wenn in der Gesellschaft Konflikte auftauchen, die die Kontrollkapazität des Verwandtschaftsprinzips übersteigen und einen Druck in Richtung auf die Organisation der Gesellschaft über Herrschaftsrollen ausüben.

In den modernen Demokratien westlicher Prägung wiederum, die ein selbst von *Durkheim* allenfalls erahntes Maß von Differenzierung erreicht haben, ist Repression noch keineswegs verschwunden. Im Zuge einer sich verstärkenden Arbeitsteilung wächst die Abhängigkeit von Leistungen anderer und damit auch die Möglichkeit, neue Formen der Repression zu erfinden. Daher stellen sich die verschiedenen Rechtssysteme als eine Mischung von Restitution und Repression dar.

d) Rationalisierung und Bürokratisierung als Kennzeichen modernen Rechts

Max Webers These von der Rationalisierung und Bürokratisierung des Rechts (vgl. § 6) ist heute aktueller als die große Hypothese *Durkheims*. Sie wird insbesondere im Zusammenhang mit dem Problem der Gesetzesflut und der zunehmenden Verrechtlichung weiter Lebensbereiche erörtert (näher § 60, 5). Ein Symptom dieser erstaunlichen *Weber-Renaissance* ist die Neubewertung, die *Weber* in dem Werk von *Habermas* erfahren hat. Während *Weber* für *Habermas* und seine Anhänger lange als die Verkörperung eines »halbierten Rationalismus« galt, ist er nunmehr zum Kritiker der Bürokratie avanciert, der den »eisernen Käfig« des Systems entdeckt hat.

Es ist nicht weiter umstritten, daß *Weber* mit seiner Rationalisierungsthese eine epochale Entwicklung zutreffend gekennzeichnet hat. Die Diskussion geht allein um die Frage, ob diese Tendenz nicht längst gebrochen ist. Die schon von *Weber* selbst hervorgehobenen Bestrebungen zu einer Rematerialisierung des Rechts haben sich inzwischen erheblich verstärkt, ja sie sind zu einem hervorragenden Merkmal der aktuellen Rechtsentwicklung geworden. Ein Beispiel wäre die Rückkehr vom formalen Konsensprinzip des Vertragsrechts zum materiellen Äquivalenzprinzip, wie sie nach dem ersten Weltkrieg in der Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts und heute in der Rechtsprechung zur Nichtigkeit von Ratenkreditverträgen wegen eines wucherähnlichen Tatbestandes nach § 138 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt. Die vorherrschende Einstellung der Juristen ist nicht länger das positivistische Subsumtionsideal, sondern eine von der Interessenjurisprudenz geprägte Zweckorientierung. Juristische Tätigkeit wird nicht mehr als bloße Ausführung von Konditionalprogrammen (§ 47, 2d) verstanden, sondern als Ausfüllung (Implementation) von Zweckprogrammen, die in Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen Raum für die Folgenberücksichtigung lassen. Das Recht folgt nicht länger der kantischen Maxime, Freiheitssphären für autonomes Handeln zu garantieren, sondern

tendiert dazu, soziales Handeln direkt und ergebnisorientiert zu steuern. Die Befürchtung, daß das Recht darüber zum bloßen Instrument der Politik werden müsse, hat sich bisher nicht realisiert. Anscheinend verhilft die Mediatisierung (§ 61) dem Recht zu der gleichen Autonomie, die es bisher aus seiner formalen Rationalität bezog. Bis heute ist es jedoch die von *Weber* vorgegebene Hypothese und sind es die von ihm geprägten Begriffe, mit denen diese Entwicklung beschrieben und analysiert wird.

IV. Die Entwicklungstheorien von Luhmann und Habermas

a) *Positivierung des Rechts als Kennzeichen einer modernen Gesellschaft*

Literatur: *Luhmann*, Evolution und Geschichte, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung Bd. 2, 150 ff.; *ders.*, Systemtheorie, Evolutionstheorie und Kommunikationstheorie, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung Bd. 2, 193 ff.; *ders.*, Differentiation of Society, Canadian Journal of Sociology 2, 1977, 29 ff.; *ders.*, Evolution des Rechts, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, 7 ff.; *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechtssystems, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1971, 35 ff.; vgl. ferner die Literatur vor § 46.

Niklas Luhmann hat auf der Grundlage der funktional-strukturellen Systemtheorie eine Evolutionstheorie entworfen. Ihr großes Thema ist die Ausdifferenzierung der Gesellschaft in immer neue soziale Systeme und damit verbunden eine immense Steigerung ihrer Komplexität (vgl. § 46, 2). *Luhmann* nimmt an, daß sich **Evolution in drei Schritten** vollzieht, die er Variation, Selektion und Stabilisierung nennt. **Variation** ist die durch Zufall oder wie auch immer erzeugte Möglichkeit neuer Formen oder Alternativen. In der Biologie spricht man von Mutationen. Aus einer Vielzahl solcher Neuerungen werden diejenigen ausgewählt, die den Anforderungen der Umwelt am besten angepaßt sind. Darwin sprach vom Überleben im Kampf um das Dasein (survival of the fittest). Der Soziologe redet abstrakter von **Selektion**. Schließlich müssen die so ausgewählten Neuerungen zur Normalität werden. In der Biologie geht es um die Reproduktion der brauchbaren Formen, also um Vermehrung. Für die Gesellschaft spricht *Luhmann* von der **Stabilisierung** neuer Möglichkeiten im System. Diese drei Schritte der Evolution treffen auf den verschiedenen Entwicklungsstufen der Gesellschaft auf unterschiedliche Voraussetzungen, aus denen sich jeweils spezifische Probleme der Rechtsentwicklung ergeben sollen.

Archaische Gesellschaften, in denen Segmentierung das dominante Organisationsprinzip der Gesellschaft ist, haben das Problem, überhaupt Alternativen im Sinne neuer Normvorstellungen zu erzeugen. Die Stellung des einzelnen in der Gesellschaft ist durch Verwandtschaft und Alter vorgeben. Was man von anderen zu erwarten hat, bestimmt in diesem Rahmen allein die Tradition. Es fehlt ein ausgeprägtes Zeitgefühl. Man lebt in der Gegenwart. Vergangenheit und Zukunft sind magischen Mächten ausgeliefert. Man kommt gar nicht erst auf neue Ideen, so daß diese sich auch nicht durchsetzen und festgeschrieben werden müssen.

Varietät stellt sich erst nach einer ersten Ausdifferenzierung der Gesellschaft ein. Mit der Herausbildung einer hierarchischen Ordnung entstehen Herrschaftszentren, die zu einer Willensbildung fähig sind. Weitere Ansätze zu neuen Normvorstellungen folgen aus der Ausdifferenzierung besonderer Einrichtungen zur Pflege der Religion und aus den einsetzenden Handelsströmen. *Lubmann* meint, in dieser Phase - die letztlich bis ins 18. oder gar 19. Jahrhundert gedauert hat - habe der Engpaß der Entwicklung in der unzureichenden Kapazität von Entscheidungsverfahren gelegen. Es gab allenfalls Ansätze solcher Verfahren. Noch im Mittelalter wurden Neuerungen oft als Wiederentdeckung älteren Rechts, notfalls mit Hilfe von Urkundenfälschungen, ausgegeben. Unter diesen Umständen konnte man sich noch nicht vorstellen, daß alles Recht änderbar ist. Das Naturrecht, das in der zweiten Hälfte dieser Epoche seine Blütezeit erlebte, hatte seine Funktion darin, die Grenzen des Änderbaren festzulegen.

In der Neuzeit ist die Variation der Anforderungen an das Recht grenzenlos geworden. Wir leben in einer pluralistischen Gesellschaft, in der jeder andere Vorstellungen darüber hat, wie das Recht sein sollte. Nunmehr gibt es aber auch Entscheidungsverfahren, die eine Auswahl aus der Fülle der Normzumutungen treffen können. Die große Leistungsfähigkeit des modernen Gesetzgebungsverfahrens beruht nach Meinung *Lubmanns* vor allem darauf, daß es den Vorgang der Rechtssetzung von der Rechtsanwendung im Einzelfall getrennt und auf Gesetzgebung und Gesetzesvollzug durch Rechtsprechung und Verwaltung verteilt hat. Wir leben in der Zeit des positiven Rechts, in der Recht nur kraft Entscheidung gilt und alles Recht geändert werden kann (vgl. § 47, 2).

Der Engpaß dieser jüngsten Entwicklung - so *Lubmann* - liegt bei dem dritten Evolutionsschritt, der Stabilisierung der selektierten Lösungen. Diese - so seine Vorstellung - geschieht mit Hilfe der juristischen Dogmatik. Die vorhandene Dogmatik ist aber noch zu sehr auf Rechtsanwendung zugeschnitten, entspricht also dem herkömmlichen Subsumtionsmodell. Sie konzentriert sich ganz auf die Anwendung schon vorhandener Normen und hindert damit das Entstehen eines »lernenden Rechts«. Was nach *Lubmann* fehlt, ist eine »eigentlich rechtspolitische Begrifflichkeit, die es gestattete, verschiedene Problemlösungen in ihren Konsequenzen zu vergleichen, kritische Erfahrungen zu machen, Erfahrungen aus verschiedenen Rechtsbereichen zu vergleichen, kurz: zu lernen« (Evolution des Rechts S. 19). Es geht darum, den Prozeß der Normenselektion, also insbesondere den Prozeß der Gesetzgebung, zu rationalisieren, so wie im 19. Jahrhundert der Prozeß der Rechtsanwendung verwissenschaftlicht wurde. *Lubmann* fährt fort:

»Infolgedessen führt die moderne Gesetzgebung zur unübersichtlichen Anhäufung von konkreten, ad hoc sinnvollen Regelungen und zur laufenden Arbeit an aufgetretenen Mängeln, ohne daß die sie leitende Begrifflichkeit eine sachliche Kontrolle in Richtung auf Verbesserung ermöglichte. Das wiederum macht einen sehr konkreten, fast noch archaischen Stil von Politik unvermeidlich, der sich

auf personale Herrschaftsapparate, Beziehungen und wechselseitige Förderung handgreiflicher Interessen stützt.« (a. a. O. S. 31)

An anderer Stelle ist insoweit von »tribalen Verhaltensmustern« die Rede. Wie genau diese Formulierung die politische Wirklichkeit trifft, hat 1984 das Verhalten der FDP bei der Behandlung des geplanten Amnestiegesetzes für Steuersünder gezeigt, als ein Landesverband nach dem anderen der Parteispitze die Gefolgschaft versagte. Ein Beispiel, wie die neue Begrifflichkeit aussehen könnte, mit der sich solche Verhältnisse überwinden ließen, gibt *Luhmann* nicht. Mit ihm wäre die Lösung aber auch schon greifbar, der Engpaß kein solcher mehr.

b) *Stufen der Entwicklung von Staat und Recht*

Literatur: *Eder*, Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften, 1980; *Eder/Habermas*, Zur Struktur einer Theorie der sozialen Evolution, in: Zwischenbilanz der Soziologie. Verhandlungen des 17. Deutschen Soziologentages 1976, S. 37 ff.; *Habermas*, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, 1973 (3. Aufl. 1975); *ders.*, Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, 1976 (3. Aufl. 1982); *ders.*, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde., 1981

In § 33 ist *Kohlbergs* Modell der moralischen Entwicklung beim Kinde vorgestellt worden. *Kohlberg* selbst hat nicht den - methodisch höchst problematischen⁴⁷³ - Versuch unternommen, sein Schema der individuellen Entwicklung auf die gesellschaftliche Entwicklung zu übertragen. Das haben andere an seiner Stelle getan, insbesondere *Habermas*, der dieses Schema als heuristisches Modell für eine evolutionstheoretische Rekonstruktion von Staat und Recht benutzt. In diesem Modell erscheint das Recht als institutionelle Verkörperung einer historischen Folge von präkonventionellen, konventionellen und postkonventionellen Rationalitätsstrukturen.

Eingebettet in eine allgemeine Evolutionstheorie hat *Habermas* eine Theorie der Staatsentstehung entwickelt. Er sucht den Motor der Evolution in den Austauschbeziehungen zwischen Gesellschaftssystem und Persönlichkeitssystem, indem er fragt: Welche Steuerungsprobleme im Gesellschaftssystem sind innovativ gelöst worden? Durch welche Lernkompetenzen sind solche Innovationen möglich geworden? Der Theorie liegt die allgemeine Annahme zugrunde, daß im Persönlichkeitssystem laufend Lernprozesse stattfinden. Darauf stützt sich die weitere Grundannahme, daß kommunikativer Fortschritt dem gesellschaftlichen gewissermaßen voranläuft. »Gesellschaften können evolutionär lernen, indem sie die in Weltbildern enthaltenen kognitiven Potentiale für die Umorganisation von Handlungssystemen nutzen. Für die soziale Evolution haben mithin Lernprozesse im Bereich des moralisch-praktischen Bewußtseins Schrittmacherfunktion.« (1976, S. 176). *Habermas* meint, die folgende Reihe entwicklungslogisch nachkonstruieren zu können:

⁴⁷³ *Erhard Blankenburg*, The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for »Reflexive Law«, LSR 18, 1984, 273-289.

(1) *Vorhochkulturelle Gesellschaften*

In den archaischen oder primitiven Gesellschaften der Jäger und Sammler wird die Sozialintegration durch den alles umfassenden Familien- und Verwandtschaftsverband bewirkt. Konkrete Handlungen und Handlungsfolgen werden nach dem Lust-Unlustprinzip gelernt und beurteilt. Die Legitimität der gesellschaftlichen Ordnung hängt an dem status quo ante. Konflikte werden unter Gesichtspunkten eines moralischen Realismus geregelt, nämlich durch Bewertung von Handlungsfolgen und Kompensation entstandenen Schadens. Es entstehen Steuerungsprobleme, wenn Bevölkerungsumfang und -dichte so zunehmen, daß die familiäre Organisation Tausch und Kooperation nicht mehr hinreichend konfliktfrei regeln kann.

(2) *Archaische Hochkulturen*

In dieser Situation führt ein entwicklungslogisch nachkonstruierbarer Lernschritt zur Entstehung der archaischen Hochkulturen. Die Gesellschaftsmitglieder nehmen die strukturelle Überforderung des (archaischen) Rechts durch sich häufende Konflikte wahr und lernen, zwischen konkreten Handlungen und Normen zu differenzieren. Da es nun möglich wird, Konflikte unter dem Gesichtspunkt geltender Normen zu beurteilen, kann eine Führungsrolle mit Rechtsprechungsfunktionen ausgestattet und unter geeigneten Randbedingungen stabilisiert werden. Die Rolle des Herrschers avanciert zum Schrittmacher der Evolution, sobald ihr die Funktion der Rechtsprechung zuwächst. Menschen aus verschiedenen Abstammungslinien können sich nunmehr als zu einer Gesellschaft gehörig begreifen. Die Identität des Zusammenhangs wird durch die Rolle des Führers oder Königs repräsentiert, der Recht sprechen kann, ohne an den konkreten Erwartungskontext gebunden zu sein. Mythische Deutungsmuster übernehmen gleichzeitig über ihre kognitive Erklärungsfunktion hinaus praktisch politische Rechtfertigungsfunktion. Im alten Griechenland war der Name der Themis, der Gattin des Zeus, gleichbedeutend mit Recht. Das genealogische Erklärungsschema legitimiert den Herrscher. Die Pharaonen leiteten ihre Herkunft von den Göttern ab. Als Nebenfolge der Ausdifferenzierung von Herrschaftspositionen ergibt sich die Möglichkeit, die Organisations- und Verteilungsprobleme im Bereich der gesellschaftlichen Arbeit von den Strukturen des Verwandtschaftssystems abzukoppeln. Sobald Kooperation und Tausch auf der Grundlage institutionalisierter Herrschaft neu geregelt werden, entstehen soziale Klassen. Diese erlauben erst die Lösung des ursprünglichen Steuerungsproblems. Denn die Klassenstruktur ermöglicht durch Arbeitsteilung den geregelten Einsatz von verfügbaren, aber bisher nicht systematisch ausgenutzten Produktivkräften, der Entwicklung des gesellschaftlichen Reichtums, der zunehmend ungleich verteilt wird, so daß die Schichtung sich weiter verfestigt.

(3) *Entwickelte Hochkulturen*

Noch vor der Zeitenwende entstehen entwickelte Hochkulturen. Sie unterscheiden sich von frühen Hochkulturen durch ihre Größe und Komplexität. Der Grad der Ausdifferenzierung von gesellschaftlichen Teilsystemen und das Ausmaß vertikaler Differenzierung (Stratifikation) haben zugenommen. Dabei ändert sich freilich das Organisationsprinzip der politischen Klassengesellschaft nicht grundlegend. Es wandelt sich aber das Weltbild. Mit den wahrnehmbaren sozialen Unterschieden wächst nicht nur der Legitimationsbedarf. Die Institutionen und die herrschenden Deutungsmuster entwickeln sich auseinander. Die Beteiligten lernen, zwischen der Person des Herrschers und seiner Rolle im politischen System zu unterscheiden. Der Herrscher wird nicht mehr ohne weiteres mit der legitimen Ordnung identifiziert. Er kann, wenn er gegen sie verstößt, im Namen des Rechts kritisiert und bekämpft werden. Es bildet sich eine konventionelle, von konkreten Bezugspersonen unabhängige Moral heraus. Damit entsteht der Bedarf nach einer Legitimation der bestehenden Ordnung und nicht mehr nur des Herrschers und seiner Dynastie. Diesem kann ein genealogisch aufgebautes, mythisches Weltbild nicht genügen. Man lernt, die Mythen zu problematisieren und abstrahierend zu rationalisieren. Es entstehen die kosmologischen Weltbilder des frühen Naturrechts und die verschiedenen Hochreligionen, die nun zur Legitimationsgrundlage des Staates werden. Wir sind hier in der Zeit des klassischen Altertums.

(4) *Frühe Moderne*

Am Ende der entwickelten Hochkulturen steht eine durch die Schriftform ermöglichte weitgehende Formalisierung und Positivierung des Rechts. Das wichtigste Beispiel ist die Kodifikation des Corpus Juris durch Justinian. Sie ist Voraussetzung für das zentrale Charakteristikum der Evolution des Rechts im 16. Jahrhundert. Der Herrscher wird vom Richter zum Gesetzgeber. Im gesellschaftlichen Bereich können Handel und bürgerliche Stadt sich weitgehend freimachen von politischer Herrschaft. Das Weltbild wird weiter rationalisiert durch naturrechtliche Konstruktionen, die nicht länger von einem kosmologischen Weltbild ausgehen, sondern prinzipiell begründbar sein wollen durch Vernunft. Der Herrscher als Gesetzgeber wird legitimiert durch die von Jean Bodin begründete Lehre von der Souveränität des Staates. Grundlage des Merkantilismus wird Hugo Grotius' Lehre, nach der nicht nur Staaten, sondern auch Individuen Verträge schließen können und sie halten müssen.

(5) *Die Neuzeit*

Die Neuzeit beginnt am Ende des 18. Jahrhunderts mit dem Aufbruch in den demokratischen Staat und die bürgerliche Gesellschaft. Die Steuerungsprobleme dieser Epoche ergeben sich aus der Ausdifferenzierung des Wirtschaftssystems, das den Produktionsprozeß über den Markt dezentral und unpolitisch regelt. »Der Staat or-

ganisiert die Bedingungen, unter denen die Bürger als konkurrierende und strategisch handelnde Privatleute den Produktionsprozeß tragen. Der Staat selbst produziert nicht, es sei denn subsidiär für Unternehmer, für die bestimmte funktionsnotwendige Investitionen noch nicht oder nicht mehr rentabel sind. Mit anderen Worten: der Staat entwickelt und garantiert das bürgerliche Privatrecht, den Geldmechanismus, bestimmte Infrastrukturen, insgesamt die Bestandsvoraussetzungen eines depolitisierten, von sittlichen Normen und Gebrauchswertorientierungen freigesetzten Wirtschaftsprozesses. Da der Staat nicht selbst kapitalistisch wirtschaftet, muß er die Ressourcen für seine Ordnungsleistungen aus privatem Einkommen abzweigen. Der moderne Staat ist Steuerstaat. Es ergibt sich eine Konstellation von Staat und bürgerlicher Gesellschaft, um deren Analyse sich zunächst Hegel und später die marxistische Staatstheorie immer wieder bemüht hat.«

Nach außen wird der moderne Staat zum Nationalstaat. Diese Entwicklung ermöglicht ein Gefühl kollektiver Identität, die die formal egalitären Strukturen des bürgerlichen Privatrechts und nachfolgend der politischen Demokratie im Inneren mit den partikularistischen Strukturen der Selbstbehauptung souveräner Staaten nach außen subjektiv vereinbar macht.

Besondere Legitimationsprobleme ergeben sich, sobald zum Bewußtsein kommt, daß die moderne bürgerliche Gesellschaft Stratifikation nicht auflöst, sondern sozio-ökonomische Klassenstrukturen in Reinkultur ausprägt. Für die kognitive Bewältigung dieser Probleme ist entscheidend, daß das Niveau der Rechtfertigung reflexiv wird. An die Stelle inhaltlicher Prinzipien, wie Natur oder Gott, tritt das formale Prinzip der Vernunft. Nachdem letzte Gründe nicht mehr plausibel gemacht werden können, erhalten die formalen Bedingungen der Rechtfertigung selber legitimierende Kraft. Prozeduren und Voraussetzungen vernünftiger Einigung werden selber zum Prinzip. Auf diese Formel bringt *Habermas* die Vertragstheorien von *Hobbes* und *Locke* über *Rousseau* und *Kant* bis hin zu *John Rawls*. Das Ergebnis ist eine Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, die das bürgerliche Privatrechtssystem, Grundfreiheiten des Staatsbürgers und den kapitalistischen Wirtschaftsprozess als eine Freiheit garantierende und Wohlfahrt maximierende Ordnung legitimiert.

c) *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*

Die zweite Etappe der Neuzeit, unsere Gegenwart, gilt *Habermas* als die Epoche des Spätkapitalismus. Nach seiner Analyse bleibt die Organisation der Produktionsbeziehungen weiterhin dem Markt überlassen und damit naturwüchsig, widersprüchlich, anarchisch und krisengeneigt. Die Gegenvorstellung geht dahin, daß die Wirtschaft politisch gelenkt werden müsse. Aber der kapitalistische Staat entzieht sich dieser Aufgabe. Im Gegenteil, er versucht, den Markt vor seinen selbstdestruktiven Kräften zu schützen.

Die größte Gefahr drohte dem kapitalistisch organisierten Markt ursprünglich von der internationalen Arbeiterbewegung, nachdem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Klassengegensatz voll bewußt geworden war. Diese Legitimationsbedrohung wurde aber durch den geregelten Wettkampf der politischen Parteien zunächst abgewendet. Voraussetzung für das Funktionieren der Parteiendemokratie ist jedoch, daß der Staat die negativen Nebenwirkungen des Wirtschaftsprozesses auffängt und sich selbst glaubwürdig als Wohlfahrtsstaat präsentiert. Dazu muß sich wiederum der Wirtschaftsprozeß ungestört entfalten, damit der Staat die notwendigen Mittel abschöpfen kann. Der Staat steht daher vor der Aufgabe der Krisenkontrolle und der Wachstumssicherung. Er muß Wettbewerbsverzerrungen aller Art ausgleichen und übernimmt die externen Kosten der Marktwirtschaft, z. B. die Kosten der Ausbildung, der Infrastruktur und den Umweltschutz. Schließlich bemüht er sich um die Korrektur sozialer Ungleichheit.

Die Erfüllung dieser Aufgaben ist problematisch und zehrt an der Legitimation des Staates, denn sie zwingt ihn, nachhaltig in die privat organisierte Wirtschaft einzugreifen und doch zugleich die Autonomie des Marktes und damit das Eigentum zu schonen. Staatsinterventionen können gar nicht erfolgreich sein, denn sie setzen nicht durch unmittelbare Steuerung des Wirtschaftsprozesses bei den Ursachen an. Der Staat ist ferner außerstande, den Weltmarkt, multinationale Unternehmen und globale Waffensysteme zu kontrollieren und sich den Einflüssen des weltumspannenden Nachrichten- und Personenverkehrs zu entziehen. Immerhin ist es dem Staat unter diesen schwierigen Bedingungen gelungen, die disfunktionalen Nebenwirkungen des kapitalistischen Wirtschaftsprozesses soweit abzufangen, daß er von der Öffentlichkeit noch akzeptiert wird. Unter der Oberfläche sieht *Habermas* aber delegitimierende Konflikte sich häufen. Symptome bilden die permanente Finanzkrise, Inflation, Arbeitslosigkeit, intensiverte Verteilungskämpfe und ein Trend von der Parteiendemokratie zu Bürgerbewegungen. Der Staat muß gleichzeitig an vielen Fronten kämpfen und sich rechtfertigen. Er verschleißt darüber seine Kräfte und macht sich lächerlich, da seine Entscheidungen unbeachtet bleiben. Hilflos treibt er von einem Feuerwehreinsatz zum anderen.

Aber dann löst sich *Habermas* von seinem marxistischen Ausgangspunkt. Er kritisiert nicht nur die Theorie, die den spätkapitalistischen Staat als bloße Verlängerung wirtschaftlicher Zwänge oder als den systematisierten Agenten des vereinigten Monopolkapitals ansieht. Er verwirft auch die These, daß der Staat »in letzter Instanz« scheitern müsse an der Aufgabe, die Widersprüche des Kapitalismus zu reparieren. Er will die Frage, ob und bis zu welchem Grad die westlichen Industrienationen ihre sozioökonomischen Probleme in den Griff bekommen, als empirisches Problem behandelt wissen.

Habermas behauptet auch gar nicht, daß tatsächlich eine Legitimationskrise besteht. Er meint aber, aus seinen theoretischen Überlegungen ableiten zu können, daß

Legitimationsprobleme den Engpaß der weiteren Entwicklung bilden. Die Basisideologie des fairen Tausches sei unter den disfunktionalen Nebeneffekten des Marktes zusammengebrochen. Der Legitimationsbedarf wachse um so mehr, als die Probleme zunehmend als politische diskutiert würden. Bereiche, die als kulturelle Gegebenheiten angesehen wurden und bis dahin zur Umwelt des politischen Systems gehörten, würden nun in den Planungsbereich der Verwaltung einbezogen. Wie *Luhmann* weist *Habermas* auf den Umstand hin, daß praktisch jedes Thema heute zum Gegenstand von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung werden kann.

Für die unmittelbare Gegenwart konzidiert *Habermas* den demokratischen Institutionen und Verfahren jedoch noch immer die legitimierende Kraft, um politisch administrative Entscheidungen freizuhalten von den aktuellen Bedürfnissen und Motiven der Bürger. Die Institutionen produzieren Massenloyalität, aber vermeiden Partizipation und konservieren damit jenen Privatismus, der es gestattet, fehlende Legitimation durch systemkonforme Belohnungen zu ersetzen.

Diese Legitimationsbasis wird jedoch aus zwei Richtungen bedroht. Der soziale Wandel untergräbt das Fundament privatistischer Orientierung. Im Hintergrund bürgerlicher Kultur finden Lernprozesse statt, die nicht mehr unterdrückt werden können. Der Privatismus mit seiner Orientierung an Familie, Konsum, Freizeit und Statuswettbewerb verliert seine Basis, seit immer größere Gruppen wie Studenten und Arbeitslose vom Produktionsprozeß ausgeschlossen bleiben und Arbeit nicht mehr zu lohnen scheint. Friedens- und \kologiebewegung scheinen *Habermas* zu bestätigen.

Der Konkurrenzkapitalismus, so *Habermas*, hat zum ersten Mal in der Geschichte ein universalistisches Wertesystem aufgerichtet, weil der Tauschverkehr nach einer allgemeinen Regelung verlangte und das Konzept des fairen Austauschs eine wirksame ideologische Basis abgab. Nachdem diese Basis zerfallen ist, tritt ein neuer Legitimationsbedarf in die Lücke. Ebensowenig wie die Wissenschaft gezielt hinter den einmal erreichten Stand des Wissens zurückfallen kann, verläßt moralisches Denken, solange ein praktischer Diskurs überhaupt erlaubt ist, die einmal erreichte Ebene moralischen Bewußtseins, so *Habermas'* idealistische Annahme. Nachdem der Standard diskursiver Argumentation sich mit Hilfe der Wissenschaft einmal ebenso verbreitet habe wie der Standard eines allgemeinen Rechts in der bürgerlichen Gesellschaft, müßten sich beide verbinden mit dem Ergebnis, daß die Geltung aller Normen abhängig werde von einer diskursiven Begründung durch die Betroffenen. Auf diese Weise werde sich Legitimation im normativen Sinne als faktische Voraussetzung für die Stabilität von Herrschaft erweisen. Der Staat dürfe Gehorsam weder befehlen noch kaufen. Er müsse seine Legitimation allein aus diskursiver Anerkennung ableiten.

In seinem großen Werk »Theorie des kommunikativen Handelns« hat *Habermas* diese Vorstellungen weiter ausgearbeitet. Er betont nunmehr, daß im Prozeß der fortschreitenden Verrechtlichung die »Lebenswelt« - gemeint sind unmittelbar erleb-

ten zwischenmenschlichen Beziehungen - »kolonialisiert« würden, und fordert, das Recht müsse diejenigen Bereiche aussparen, die spontane soziale Kommunikation erforderten (vgl § 60, 5d). In einer Kritik⁴⁷⁴ ist davon die Rede, daß *Habermas* hier die Vision einer »kommunikativen Brüdergemeinde« vorgestellt habe. Jedenfalls begibt sich *Habermas* damit auf das Gebiet der sozialphilosophischen Spekulation, die wir in unserem rechtssoziologischen Zusammenhang nicht weiter verfolgen können.

V. Die Hypothese vom Anschwellen des Rechtsstoffs und der Verrechtlichung der Gesellschaft

Literatur: *Bühler*, Grundsätzliches zum Thema »Gesetzesflut« und der »aufgeblähten Verwaltung«, JZ 1959, 297 ff.; *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, JbRSoz 9, 1983; *Voigt* (Hrsg.), *Verrechtlichung*, 1980; *ders.* (Hrsg.), *Abschied vom Recht*, 1983; *Lange*, Eindämmung der »Vorschriftenflut« im Verwaltungsrecht?, DVBl. 1979, 533ff; *Mayer-Maly*, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, 1969; *Vogel*, Zur Diskussion um die Normenflut, JZ 1979, 321 ff.; *Zacher u. a.*, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, 1984

a) Dimensionen der Verrechtlichung

Die Entwicklung des Rechts im Sinne einer quantitativen Zunahme behaupteten schon die Evolutionstheoretiker der Jahrhundertwende. Der Nationalökonom *Adolph Wagner* formulierte seinerzeit das »Gesetz der wachsenden Ausdehnung der öffentlichen bzw. Staatstätigkeiten«. Dagegen meinte *Eugen Ehrlich*, daß der Höhepunkt dieser Entwicklung entweder schon überschritten sei oder bald überschritten werde. Aber bisher hat die Entwicklung eher die von *Wagner* vorhergesagte Richtung genommen. Die Bürokratisierung des Staatsapparats ist weiter fortgeschritten. Durch die Erweiterung der Staatsaufgaben auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, der Organisation des Wohlfahrtsstaats und durch den enormen Bedarf rechtlicher Regelungen, die auf die moderne Technik reagieren, hat das Recht neue, bis dahin ungeahnte Dimensionen angenommen. Heute ist die Rede von der Gesetzesflut oder von der zunehmenden Verrechtlichung der Gesellschaft weit verbreitet. Es ist ein beliebtes Spiel geworden, Gesetze und Verordnungen, Paragraphen und Gesetzblattseiten, Gerichtsurteile und juristische Publikationen zu zählen⁴⁷⁵. Die Gesetzesflut ist tatsächlich so groß, daß das BVerfG (E 48, 1) sich mit dem Fall befassen mußte, daß die gesetzgebenden Körperschaften des Bundes das 3. G zur Änderung des Milch- und FettG ändern wollten, ohne zu wissen, daß dieses Gesetz bereits außer Kraft getreten war.

⁴⁷⁴ *Ernst Vollrath*, Jürgen Habermas' fundamentalistischer Fehlschluß, *Der Staat* 1983, 406-414, 412.

⁴⁷⁵ Zur quantitativen Analyse der Gesetzgebung *Rottleuthner*, *Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland - Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen*, ZfRSoz 6, 1985, 206-254.

Bei der näheren Beschreibung der Gesetzesflut werden drei Aspekte hervorgehoben, nämlich

- (1) die Normenflut (»Vergesetzlichung«)
- (2) die Bürokratisierung
- (3) die Prozeßflut (»Justizialisierung«).

Bei der **Vergesetzlichung** geht es darum, daß die Zahl und die Themen der Gesetze zunehmen. Bei der **Bürokratisierung** handelt es sich um den Ausbau der Verwaltung, wie er zuerst von *Max Weber* beschrieben worden ist (vgl. 50). **Justizialisierung** schließlich meint die wachsende Beteiligung der Gerichte bei der Regelung konflikthafter Beziehungen. Diese Erscheinungsformen der Verrechtlichung zeigen sich insbesondere in neuen Politikbereichen wie der Sozial-, Bildungs- und Umweltpolitik. Längst ist aber auch, mindestens rhetorisch, eine Gegenbewegung in Gang gekommen, so daß sprachlich noch unerfreulicher von Entregelung, Entbürokratisierung und Entrechtlichung die Rede ist.

b) *Gründe für das Anschwellen des Rechts*

Die Gründe für die quantitative Evolution des Rechts sind vielfältig und greifen ineinander. Im Vordergrund steht die funktionale **Differenzierung der Gesellschaft**. In dem Prozeß der sozialen Arbeitsteilung übernimmt das Recht die Aufgabe der Koordination zwischen den verschiedenen Funktionsträgern. Das kann man sich gut an dem Beispiel der Familie veranschaulichen. Solange die Familie oder Kleingruppe unspezifisch alle Funktionen vom Beistand bei der Geburt bis zur Bestattung ihrer Toten in sich vereinigte, bedurfte es nur weniger Regeln, die hauptsächlich den Erwerb oder Verlust der Gruppenmitgliedschaft betrafen. Heute ist die Geburt ins Krankenhaus verlagert worden. Für Bekleidung und Ernährung sorgt eine emsige Industrie. In die Erziehung teilen sich Kindergärten, Schulen, Betriebe, Universitäten. Für die Pflege bei Krankheit oder Alter kümmern sich Ärzte, Apotheken, Krankenhäuser und Altersheime, und für die Bestattung sind Kirchen und Beerdigungsunternehmen zuständig. Dieses Bild der Arbeitsteilung läßt sich fast beliebig weiter ausmalen.

Die **Koordination aller spezialisierten Funktionen erfordert** einen großen **Regelungsaufwand**. Die Geburt geschieht unter dem Netz von Krankenhausaufnahme- und Arztvertrag und Versicherungsbedingungen. Babynahrung und Kinderwagen sind von Verbraucherschutz und Produzentenhaftung umgeben. Kindergärten, Schulen und Universitäten regeln die Mitgliedschaft in Gesetzen, Satzungen, Gebühren und Studienordnungen usw. Für Alters- und Pflegeheime warten wir dringend auf ein neues Gesetz. Hand in Hand mit dieser funktionalen Differenzierung ist mit Wissenschaft, Kultur, Freizeitbetätigung, Sport usw. eine Fülle neuer, sekundärer Bedürfnisse entstanden, die jeweils wieder von besonderen sozialen Institutionen versorgt werden. Es ist leicht einzusehen, daß die Koordination dieser immer weiter

vorangetriebenen Differenzierung und Spezialisierung einen enormen Regelungsaufwand erfordert. Diesen muß weitgehend das Recht bereitstellen.

Der Regelungsbedarf wird weiter dadurch erhöht, daß mit dem Funktionsverlust des Familien- und Stammesverbandes ein **Abbau der nichtrechtlichen Arten und Mittel der sozialen Kontrolle** verbunden ist⁴⁷⁶. In die gleiche Richtung wirken die Gesellschaftswissenschaften und in ihrem Gefolge die auf breiter Ebene einsetzende Reflexion über gesellschaftliche Zusammenhänge. Sie ziehen immer mehr verdeckte, aber doch faktisch befolgte und wirksame Sozialregeln in das Licht des Bewußtseins. Ist aber eine bisher unreflektiert als selbstverständlich hingenommene Regel erst ins Bewußtsein gehoben, so wird sie nicht mehr spontan befolgt und ihre Verbindlichkeit von Betroffenen, denen sie unbequem ist, angezweifelt oder bestritten. Sie verliert ihren Tabu-Charakter. Die Überlebenschance eines habituellen Standards wird weiter dadurch gemindert, daß die mit der Bewußtmachung unvermeidlich verbundene verbale Festlegung die Flexibilität der Norm herabsetzt. Das Ergebnis ist ein fortschreitender Abbau des *cake of customs*. Auf die Dauer führt die unvermeidliche rationalwissenschaftliche Betrachtung des Normensystems, die Aufdeckung und Bewußtmachung bisher spontan befolgter Normen, zu einem **Verlust an Selbstregulationsvermögen**, und in der Folge zu einem Anschwellen des speziell zur sozialen Normierung bestellten Regelungsapparats und damit im Ergebnis zur Verrechtlichung immer weiterer Lebensbereiche.

Beschleunigt wird diese Entwicklung dadurch, daß die ohnehin immer zahlreicheren Gesetze in immer schnellerem Tempo wieder geändert werden. Das **Recht ist variabel** geworden. Neue Zustände bedürfen neuer Normen. Oft sind es die Normen selber, die neue Zustände und damit die Notwendigkeit neuer Normen begründen. Wenn ein Gesetz, gewollt oder ungewollt, den Zustand A in den Zustand B überführt hat, z. B. die Wohnungsnot beseitigt oder eine Hochkonjunktur ausgelöst hat, muß es aufgehoben oder geändert werden. Nur selten ist die schnelle Folge neuer Gesetze allerdings dadurch verursacht, daß die alten ihr Ziel erreicht haben. Viel häufiger hat sie ihren Grund darin, daß gesetzgeberische Maßnahmen ihren Zweck verfehlen und dann durch besser geeignete Vorschriften ersetzt werden müssen.

Schließlich drängen die **Folgeprobleme der Technisierung und Industrialisierung** in den Vordergrund. In den letzten Jahren erleben wir, wie ganz neue Komplexe von Rechtsnormen entstehen zur Eindämmung der Gefahren, die von der Technik ausgehen, zum Gefahrenschutz, Datenschutz, Strahlenschutz und vor allem zum Umweltschutz. Man wird daher auch heute noch sagen müssen, daß die viel beklagte Hypertrophie des Rechts mit der Folge einer Gesetzesflut einem Trend entspricht, der schwer zu ändern ist. Man darf die Tatsache, daß moderne Gesetze im-

⁴⁷⁶ Dazu *Franz von Benda-Beckmann*, Individualisierung und Kriminalität - Eine ethnographische Betrachtung, *ZfRSoz* 3, 1982, 14-30.

mer kurzlebiger, dafür aber um so zahlreicher werden, nicht länger pauschal als Fehlentwicklung betrachten, sondern muß sie als eine notwendige Begleiterscheinung des beschleunigten Entwicklungstempos der Gesellschaft verstehen lernen.

Die Entwicklung spiegelt sich im Rechtsbewußtsein der Gesellschaft. Bis in das 19. Jahrhundert hinein umfaßten die Gerechtigkeitsvorstellungen des Publikums kaum mehr als die Erwartung eines fairen Verfahrens vor einem möglichst unbestechlichen Richter. Krankheit, Unfall und Not wurden als Schicksalsschläge ebenso akzeptiert wie die teilweise grausamen Bestrafungen. Mit dem technischen Zeitalter begann sich diese Einstellung zu wandeln. Der zunehmenden Beherrschbarkeit der Natur entspricht die wachsende **Erwartung einer Berechenbarkeit und Sicherung der persönlichen Lebensumstände**. Sie äußert sich in Rechtsansprüchen bei Schaden, Unfall, Krankheit und Not. An die Stelle des Schicksals ist die Suche nach dem Haftpflichtigen getreten.

c) Verrechtlichungsschübe

Bei historischer Betrachtung lassen sich in der Neuzeit vier Verrechtlichungsschübe unterscheiden⁴⁷⁷.

- (1) Die erste Phase erhöhten Rechtsbedarfs kam mit der Staatenbildung mit der Folge der Schaffung von Staatsbürokratien und Militär.
- (2) Eine zweite Phase war die der Nationenbildung um die Wende zum 19. Jahrhundert, die vor allem durch Einführung der allgemeinen Wehrpflicht und öffentlicher Schulen neuen Regelungsbedarf mit sich brachte.
- (3) Die dritte Phase ist gekennzeichnet durch den Übergang zum rechtsförmigen Verfassungs- und Steuerstaat seit dem Ausgang des 19. Jahrhunderts.
- (4) Die vierte Phase schließlich wird ausgefüllt durch die Entwicklung des Wohlfahrtsstaats im 20. Jahrhundert. Auf diese Phase konzentriert sich die aktuelle Verrechtlichungsdiskussion mit ihren zahlreichen Publikationen zur »Krise des Wohlfahrtsstaats«.
- (5) Eine weitere Phase ist durch die Europäisierung und durch die Globalisierung des Rechts eingeleitet.

d) Folgen der Verrechtlichung

Die Folgen der Verrechtlichung werden beschrieben als

- (1) Konfliktenteignung
- (2) Entpolitisierung
- (3) Kolonialisierung der Lebenswelt
- (4) Verlust der Regulationsfähigkeit.

⁴⁷⁷ *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, S. 524; *Voigt*, JbRSoz 9, 1983, 21 f.

Zu 1: **Konfliktenteignung** meint die Bereitstellung rechtsförmiger Konfliktregelungsverfahren, die die Streitregelung von den Beteiligten weg auf Dritte verlagern. Sie ist Hintergrund der Alternativendiskussion, die das Ziel verfolgt, die heteronome rechtsförmige Konfliktregelung wieder durch parteiautonome Verfahren zu ersetzen (dazu ausführlich § 56).

Zu 2: **Entpolitisierung** meint die Überführung koalitionsbildender gesellschaftlicher Konflikte (vgl. § 51, 3c) in ein rechtsförmiges Verfahren. Besonders für den Bereich der Arbeitsbeziehungen ist wiederholt darauf hingewiesen worden, daß die Verrechtlichung die Aktions- und Kampfmöglichkeiten der Gewerkschaften, insbesondere den Streik, drastisch einschränkt⁴⁷⁸.

Zu 3: Auf diese inzwischen modische Formel hat *Habermas*⁴⁷⁹ die Folgen der Verrechtlichung für die sozialen Beziehungen des Individuums gebracht (vgl. § 60, 4c a. E.). Sie war der Sache nach längst von *Toennies* als Entwicklung von Gemeinschaft zu Gesellschaft beschrieben worden (§ 39, 4). Er verweist darauf, wie Sozialversicherung und Familienrecht die vielschichtigen Hilfeleistungen eines engeren Sozialverbandes in individuelle Rechtsansprüche für genau spezifizierte allgemeine Tatbestände umwandeln, die auf bürokratischen Leistungsvollzug ausgerichtet sind. Die monetäre Entschädigung, mit der die »Wechselfälle des Lebens« abgegolten werden, erscheint ihm als »gewalttätige Abstraktion« der in den »Kontext einer Lebensgeschichte und konkreten Lebensform eingebetteten« Bedürfnissituation. Krankheit und Tod, Eintritt der Altersgrenze oder Verlust des Arbeitsplatzes ließen sich nicht in Geld umrechnen. Der Unangemessenheit dieser systemkonformen Entschädigungen sollen soziale Dienste Rechnung tragen, die therapeutische Hilfestellung geben. Sie sind indessen ihrerseits wieder bürokratisch in einer **Therapeutokratie** organisiert, die mit ihrer professionellen Kompetenz den Klienten in Unselbständigkeit gefangen hält.

Zu 4: Die alte These von der notwendigen Ineffektivität des Rechts ist im Hinblick auf die Bedingungen der Jetztzeit zur These von der **Krise des Wohlfahrtsstaates** geworden, der die Fähigkeit verloren habe, die Gesellschaft durch Recht zu steuern (näher § 61, 1 u. 4).

⁴⁷⁸ Dazu *Rainer Erd*, Verrechtlichung industrieller Konflikte, Frankfurt/New York 1978; *Ernst Fraenkel*, Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts (1932), in: *Thilo Ramm*, Arbeitsrecht und Politik, Neuwied 1966, S. 247-260; *Moritz*, Begrenzung gewerkschaftlicher Politik durch Arbeitsrecht, in *Voigt*, Verrechtlichung, 1980, S. 170ff.; *Spiros Simitis*, Zur Verrechtlichung von Arbeitsbeziehungen, in: *Zacher u. a.*, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984, S. 73-165.

⁴⁷⁹ Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2, 522 ff.

e) *Ein Blick auf die Prozeßflut*

Literatur: Daniels, Ladders and Bushes: The Problem of Caseloads and Studying Court Activities over Time, ABF Research Journal 1984, 751 ff.; Friedman, Total Justice, 1985; Galanter Reading, The Landscape of Dispute: What We Know and Don't Know (and think We Know) About our Allegedly Contentious and Litigious Society, UCLA Law Review 31, 1984, 4 ff.; Geschäftsbelastung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Bundestagsdrucksache 10/5317, 1985; Rottleuthner, Verfahrensflut und Verfahrensebbe, ZRP 1985, 17 ff.; Schuster/Siebert, Tabellen zum Thema »Rechtsmittelstatistik«, in: Rechtsmittel im Zivilprozeß, 1985, 333 ff.

Wie vorsichtig solche Trendbeschreibungen aufgenommen werden müssen, zeigt ein näherer Blick auf die sogenannte Prozeßflut. Nur bei einer sehr kurzfristigen Betrachtung oder bei Beschränkung auf bestimmte Gerichtszweige kann von einer Prozeßflut die Rede sein. So hat sich tatsächlich die Zahl der Eingänge in den jüngeren Gerichtszweigen in den letzten zwei Jahrzehnten geradezu dramatisch entwickelt.

| | Eingänge (1. Instanz) bei den | | | |
|------|-------------------------------|---------------------------|---------------------|----------------------|
| | Arbeits- gerichten | Verwaltungs- gerichten | Sozial- gerichte | Finanz- gerichten |
| 1960 | 171 084 | | 228 154 | |
| 1965 | 178 165 | 42 530 | 159 298 | |
| 1970 | 172 944 | 48 279 | 141 011 | |
| 1975 | 297 162 | 89 910 | 126 851 | 22 511 |
| 1980 | 327 271 | 131 441 | 148 735 | 42 140 |
| 1981 | 347 520 | 132 580 | 154 371 | 50 970 |
| 1982 | 386 789 | 129 102 | 170 093 | 54 326 |
| 1983 | 365 635 | 119 513 | 173 458 | 49 435 |

Die Zahl der Verwaltungsgerichtsverfahren hat sich von 1970 bis 1980 verdreifacht. Fast ebenso stark ist der Geschäftsanfall bei den Finanzgerichten gestiegen. Beim Bundesverfassungsgericht waren 1980 etwa doppelt so viele Verfahren anhängig wie zehn Jahre zuvor. Der Eingang bei den Arbeits- und bei den Zivilgerichten hat in dem genannten Zeitraum um ein Drittel zugenommen. Die Zivilgerichtsbarkeit hat seit 1980 noch einmal ein Drittel zugelegt. Auch bei den Strafgerichten ist der Geschäftsanfall erheblich gestiegen, und zwar bei den Amtsgerichten, die die Masse der Verfahren abwickeln, auf mehr als das Eineinhalbfache. Besonders eindrucksvoll ist die Entwicklung bei den Ordnungswidrigkeiten. Die Zahl der Hauptverhandlungen und der Rechtsbeschwerden hat sich hier verdreifacht.

Diese Zahlen werden jedoch durch eine **Langzeitbetrachtung** erheblich relativiert. Bei einer Analyse der Entwicklung der Prozeßhäufigkeit im deutschen Rechtsraum seit 1881 stellt sich heraus, daß die Gerichte zwischen 1881 und 1933 wesentlich häufiger angerufen wurden als in der Bundesrepublik seit 1950. Dabei hatte das Deutsche Reich in der fraglichen Zeit etwa die gleiche Einwohnerzahl wie die Bundesrepublik. Geradezu frappierend ist die Prozeßflut, die von der Justizstatistik für die Zeit vor 1933 ausgewiesen wird. Die Prozeßrate lag 1931 mit über 10 Mill. Mahnverfahren, über 4 Mill. Zivilprozessen und bis zu 4 Mill. Güteverfahren (1931) bei 65,5 Mill. Gerichtseingesessenen über fünf Mal höher als heute in der Bundesrepublik. Es liegt nahe, diese fast unglaublichen Zahlen mit der Weltwirtschaftskrise in Verbindung zu bringen. Ähnlich ist der weit geringere Anstieg der Prozesse seit 1980 mit der weit milderen Wirtschaftskrise jedenfalls eher erklärbar, als mit strukturellen Veränderungen des Rechtssystems. Die häufig anzutreffende Annahme, daß der Abbau von Zugangs- und Erfolgsbarrieren, eine verbesserte Aufklärung des Bürgers und eine allgemeine Schärfung des Rechtsbewußtseins zu einer Zunahme von Rechtsstreitigkeiten führt⁴⁸⁰, ist hinsichtlich der ordentlichen Gerichte nicht hinreichend belegt. Zwar hat die Inanspruchnahme der neueren Gerichtsbarkeiten erheblich zugenommen, aber die Gesamtzahl der Prozesse liegt in der Bundesrepublik immer noch niedriger als im Deutschen Reich vor dem 1. Weltkrieg. Anscheinend können eine Schärfung des Rechtsbewußtseins und bessere Rechtskenntnis auch zu größerer Rechtstreue führen und so viele Konflikte gar nicht erst entstehen lassen. Die Verrechtlichung betrifft besonders jene Gebiete, für die die jüngeren Gerichtszweige zuständig sind. Diese werden in der Tat stark in Anspruch genommen. Aber insoweit gibt es keine langfristigen Vergleichsmöglichkeiten. Es fragt sich auch, ob die Verrechtlichung in diesen Bereichen nicht eher zur Vermeidung von Rechtskonflikten beiträgt. Schließlich gibt es keinen Beleg dafür, daß der Bürger heute mehr als früher geneigt sei, die Gerichte bei kleinen Streitigkeiten anzurufen. Im Gegenteil zeigt sich langfristig der Rückgang der Prozeßzahlen gerade bei den für solche Streitigkeiten zuständigen Amtsgerichten.

⁴⁸⁰ Vgl. *Helmut Klages*, Ursachenfaktoren der Inanspruchnahme der Ziviljustiz, in: Deutscher Richterbund (Hrsg.), *Grenzen der Rechtsgewährung*, Köln 1983, S. 195-219. Vgl. demnächst auch die Referate über »Gründe und Ursprünge aktueller Geschäftsbedürfsüberlastung der Gerichte aus soziologischer Sicht« auf dem Internationalen Prozeßrechtskongreß vom 24. bis 28.8.1987 in Utrecht. Einen ausgezeichneten Überblick über die Entwicklung der Justizforschung gibt *Stempel*, *Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1986, 242 ff.

| Zahl der Zivilprozeßsachen (1 Instanz) | | | |
|--|------------------------|------------------------------|-------------|
| | Amtsgericht | Amtsgericht | Landgericht |
| 1881 | 1 179 030 | _____ | 174 443 |
| 1885 | 1 151 950 | _____ | 162 944 |
| 1890 | 1 328 755 | _____ | 200 085 |
| 1895 | 1 636 613 | _____ | 220 117 |
| 1900 | 1 872 096 | _____ | 308 820 |
| 1905 | 2 194 385 | _____ | 357 149 |
| 1910 | 2 832 576 | _____ | 327 058 |
| 1915 | 1 392 339 | _____ | 197 425 |
| 1920 | 995 097 | Güteverfahren ⁴⁸¹ | 597 652 |
| 1925 | 2 749 290 | 2 232 845 | 608 624 |
| 1930 | 3 580 284 | 3 699 364 | 512 392 |
| 1957 | 996 925 | _____ | 206 596 |
| 1960 | 884 063 | _____ | 211 658 |
| 1965 | 845 667 | _____ | 253 507 |
| 1970 | 855 279 | _____ | 340 691 |
| 1971 | 781 441 | _____ | 369 102 |
| 1972 | 797 910 | _____ | 395 885 |
| 1973 | 820 940 | _____ | 441 978 |
| 1974 | 895 605 | _____ | 507 058 |
| 1975 | 978 115 | _____ | 439 190 |
| 1976 | 962 980 | Familiengericht | 424 569 |
| 1977 | 896 166 | 193 069 | 337 483 |
| 1978 | 867 387 | 246 571 | 263 090 |
| 1979 | 888 194 | 281 465 | 283 801 |
| 1980 | 932 696 ⁴⁸² | 308 392 | 328 080 |
| 1981 | 1 011 933 | 328 288 | 376 952 |
| 1982 | 1 089 990 | 380 121 | 419 429 |
| 1983 | 1 218 101 | 374 085 | 343 006 |

f) *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*

Eine quantitative Evolution des Recht ist nicht zu bestreiten. Die Entwicklung verläuft jedoch nicht eindeutig und geradlinig immer nur in eine Richtung. Es gibt auch Gebiete, auf denen das Recht im Rückzug ist. Über die Ländergrenzen hinweg ver-

⁴⁸¹ Dazu Röhl, Erfahrungen mit Güteverfahren, DRiZ 1983, 90 ff.; Paul Schuster, Zivilprozeß und Güteverfahren, in: Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, 189-198.

⁴⁸² Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeitsgrenze von 3000 DM auf 5000 DM.

liert die rechtliche Kontrolle sexuellen Verhaltens an Bedeutung. Religionsdelikte sind praktisch bedeutungslos geworden. Andere Lebensbereiche bleiben zwar weiterhin rechtlich geregelt. Die Eindringtiefe des Rechts hat sich jedoch verringert, indem z. B. das Verschuldensprinzip im Eherecht durch das Zerrüttungsprinzip und im Haftungsrecht durch die Gefährdungshaftung ersetzt wird. In wieder anderen Bereichen verliert das fortbestehende Recht an Bedeutung, weil es nicht in Anspruch genommen wird. Ein Beispiel gibt der rechtliche Schutz von Ruf und Ehre, für den, wie der Rückgang der Zahl der Privatklagen zeigt, nur noch geringer Bedarf besteht. Ebenso lassen sich Gegenteiligkeiten zur Vergerichtlichung ausmachen. Obwohl insgesamt gesehen die Tendenz, Konflikte vor dritte Personen zu bringen und sie in Rechtsformen auszutragen, enorm gestiegen ist, ist doch das eigentliche Gerichtssystem nicht entsprechend gewachsen, ohne daß es dadurch an Bedeutung verloren hätte (§ 57).

§ 61 Vom formalen Rechtsstaat zum informalen Verhandlungsstaat

Literatur: *Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, JbRSoz 6, 1980; *von Beyme*, Der Neokorporatismus - Neuer Wein in alte Schläuche?, *Geschichte und Gesellschaft* 10, 1984, 211 ff.; *Bobne*, Der informale Rechtsstaat, 1981; *Plea Alternative Bargaining*, LSR Sonderheft 2/1979; *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, JbRSoz 8, 1982; *Ritter*, Der kooperative Staat, *Archiv des öffentlichen Rechts* 104, 1979, 389 ff.; *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, 1984; *Schumann*, Handel mit Gerechtigkeit, 1977; *Schuppert*, »Quangos« als Trabanten des Verwaltungssystems, *Die öffentliche Verwaltung* 34, 1981, 153 ff.; *Teubner*, Reflexives Recht, ARSP 1982, 14 ff.; *ders./Willke*, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, *ZfRSoz* 5, 1984, 4 ff.; *Teubner* (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1986; *Stephan Tomerius*, Kooperatives Verwaltungshandeln und Demokratieprinzip, *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 8, 1997, 289-312; *Erhard Treutner*, Kooperativer Rechtsstaat. Das Beispiel der Sozialverwaltung, 1998.

I. Merkmale der aktuellen Rechtsentwicklung

Keine der in § 60 genannten Theorien gibt eine befriedigende Erklärung der jüngsten Entwicklung und eine Prognose auch nur für die nahe Zukunft. Für die Vergangenheit läßt sich von *Durkheims* Beschreibung des modernen Rechts als restitativ, von *Maines* Charakterisierung dieses Rechts als Vertragsrecht und *Webers* Rationalisierungshypothese wohl sagen, daß sie das gleiche soziale Phänomen erfassen wollen und sich insoweit jedenfalls nicht widersprechen, mögen sie auch ganz unterschiedliche Ansatzpunkte wählen. Eine gewisse Übereinstimmung besteht auch darin, daß das, was diese drei Klassiker als modernes Recht behandelten, heute durch neue Entwicklungen abgelöst worden ist. Auch die Symptome der aktuellen Rechtsentwicklung sind kaum kontrovers. Man spricht von einer **Rematerialisierung des Rechts**, von zunehmender Zweckorientierung, davon, daß das Recht sich nicht länger damit begnügt, Sphären privatautonom Handelns abzugrenzen, sondern direkt und ergebnisorientiert soziale Prozesse reguliert. Es geht etwa um die Korrektur von Marktdefiziten im Wettbewerbsrecht oder mit Hilfe des AGB-Gesetzes oder um kompensatorische Maßnahmen wie im Prozeßkosten- und Beratungshilfegesetz oder noch allgemeiner um die sozialstaatliche-materielle Planung gesellschaftlicher Abläufe und ihre ökologische Absicherung.

Kontrovers ist allenfalls die Behauptung einer **Krise des Wohlfahrtsstaates**⁴⁸³. Weit verbreitet ist die Vorstellung, seit Ende der sechziger Jahre zeige sich, daß die Steuerkapazität des Rechts nicht ausreiche, um krisenhafte Entwicklungen zu meistern. Führende westliche Industrienationen, allen voran die USA, reagierten dar-

⁴⁸³ Dazu etwa: *OECD* (Hrsg.), *The Welfare State in Crisis*, Paris 1981; *Voigt* (Hrsg.), *Recht als Instrument der Politik*, 1986; *Günther Schmid*, *Krise des Wohlfahrtsstaates*, PVS 1984, S. 6-30; *Teubner* (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1986.

auf im Sinne des sog. Neoliberalismus mit teilweiseem Verzicht auf interventionistische Maßnahmen. Doch damit seien die alten Probleme nur zurückgekehrt, weil ungezügelter Wachstum nicht nur die soziale Symmetrie, sondern auch die natürliche Umwelt zu zerstören drohe. Diese Krisenvorstellung ist indessen zu kurzfristig angelegt und wird von übertriebenen Erwartungen an die Wirksamkeit des Rechts geleitet. Von ungezügelter Wachstum kann zur Zeit keine Rede sein, wird doch überall eher fehlendes Wachstum beklagt. Aus größerer Distanz entsteht aber auch der Eindruck als ob gerade diejenigen Staaten, die über ein ausdifferenziertes modernes Rechtssystem verfügen, darunter die USA und die Bundesrepublik, ihre wirtschaftlichen, sozialen und nicht zuletzt ihre Umweltprobleme am besten in den Griff bekommen. Dennoch ist eine neue Entwicklung in Gang gekommen, die über die unmittelbare Staatsintervention hinausführt.

II. Mediatisierung und Prozeduralisierung

Heute erleben wir nicht einfach eine (Re-)Materialisierung des Rechts in dem Sinne, daß es unmittelbar soziale Prozesse und Zustände regeln will, sondern eine indirekte, gleichsam mediatisierte Einflußnahme. Das Recht stellt vielfach nur Verfahren bereit, in denen letztlich die Entscheidungen erarbeitet werden müssen⁴⁸⁴. Dabei ist weniger an Gerichtsverfahren zu denken, als vielmehr an die Schaffung von Organisationen und die Verteilung von Kompetenzen, in deren Rahmen die Nächstbeteiligten ihre Konflikte austragen und ihre Angelegenheiten selbst regulieren sollen. Die bekanntesten sind das Tarifvertragsgesetz und die verschiedenen Mitbestimmungsregelungen in Betrieb und Behörde. Aber auch alle wichtigeren Verwaltungsverfahren sehen die Beeiligung verschiedener Behörden sowie der Beteiligten und Betroffenen vor. Im technischen Bereich verweist der staatliche Gesetzgeber auf Regeln, die unterhalb des förmlichen Gesetzes stehen, auf technische Normen etwa oder ethische Standards, die von Fachleuten oder den Nächstbeteiligten zu entwickeln sind. Für das Umweltschutzrecht ist bemerkt worden, daß die Gerichte »den Schwerpunkt ihrer Nachprüfung von der schwierigen Beurteilung technischer und naturwissenschaftli-

⁴⁸⁴ Dazu *Rudolf Wiethölter*, Materialization and Proceduralization in Modern Law, in: *Teubner*, Dilemmas of Law in the Welfare State, 1986, 221-249; *Klaus Eder*, Prozedurale Rationalität. Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung, *ZfRSoz* 7, 1986, 1-30. Kritisch zeigt *Erhard Blankenburg* (Die rechtliche Autonomie nordamerikanischer Indianer-Reservate, *ZfRSoz* 7, 1986, 53-60), wie in den Indianer-Reservaten, denen das Privileg eigenen materieller Rechts zugestanden wird, wenn sie die Kriterien des due process des amerikanischen Verfahrensrechts erfüllen, das traditionelle Gewohnheitsrecht zerstört wird.

cher Streitfragen mehr auf eine Verhaltens- und Verfahrenskontrolle der eigentlichen Entscheidungsträger verlagern"⁴⁸⁵

Ein Aspekt dieser Entwicklung ist der **Abbau des Befehlsmodells des Rechts** (vgl. § 25, 6a) und seine Ersetzung durch weniger direkt eingreifende Rechtsformen. Nach dem Befehlsmodell sind Verhaltens- und Sanktionsnormen die Bausteine des Rechts. Das Selbstverständnis der Juristen war von dem Befehlsmodell des Rechts ebenso geprägt wie die Rechtssoziologie, wenn sie in der Nachfolge *Max Webers* und *Theodor Geigers* Rechtsnormen als Spezialfall sozialer Normen und diese wiederum als sanktionsbewehrte Verhaltensforderungen interpretierte (vgl. § 25). An die Stelle von Konditionalprogrammen treten mehr und mehr Zweckprogramme. Sie beschreiben zu bewirkende Wirkungen, Verkehrssicherheit etwa oder die Erhaltung des Wettbewerbs. Es bleibt Sache des Anwenders, als Mittel zum Zweck geeignete Verhaltensweisen zu wählen. Zwischen Programmvorgabe und Vollzug schiebt sich der Vorgang der Implementierung (§ 36). Die Entwicklung zu Zweckprogrammen oder Direktiven verbindet sich mit einer Mediatisierung des Rechts derart, daß der Gesetzgeber sich nicht länger unmittelbar an den Bürger als **Adressaten der Rechtsnorm** wendet, sondern seine Befehle an **soziale Organisationen** richtet, hauptsächlich an Verwaltungsbehörden, aber auch an Betriebe, Verbände oder Vereine (vgl. § 49, 5). Die Implementierung vollzieht sich in bürokratischen Planungs- und Entscheidungsprozessen, bei denen vielfach mehrere Organisationen zusammenwirken und auch die letztlich betroffenen Bürger die Möglichkeit zur Partizipation erhalten. Davon erwartet man eine größere Kapazität für die Verarbeitung von Komplexität, wie sie z. B. im Umweltrecht anzutreffen ist, wo Wissenrückstände und die Dynamik der Verbreitung umweltbelastender Substanzen es unmöglich machen, alle umweltpolitischen Qualitätsziele nach Art eines Konditionalprogramms in Gesetzen, Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften zu normieren.

Staats- und Verwaltungslehre haben diese Entwicklung lange vor der Rechtssoziologie entdeckt. Bereits 1952 beschrieb *Scheuner* die zunehmende Ablösung der Staatsintervention durch wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung⁴⁸⁶. 1964 sprach *Herbert Krüger* von der Notwendigkeit einer »auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft«. Nach seiner Vorstellung bedarf der eine moderne Wirtschaft steuernde Staat »der Heranziehung und Verwertung des Wissens, des Sachverständnisses, der Erfahrung und der Instinkte der unmittelbar Beteiligten selbst-, von ihrem guten Willen ganz zu schweigen«. Für ihn verwirklicht sich die Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft

⁴⁸⁵ Minderheitsvotum der Richter *Simon* und *Heußner* zum »Mülheim-Kärlich-Beschluß« des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 53, 38 ff., 82. Dazu jetzt ausführlich *Rainer Wolf*, Der Stand der Technik, Opladen 1986, mit der These, daß die das Umweltschutzrecht bestimmende Formel vom »Stand der Technik« nicht die Funktion einer steuernden und lenkenden Norm besitzt, sondern eineFormel darstellt, die den »Primat des Rechts« und die Normsetzungskompetenz des Staates in Frage stellt.

⁴⁸⁶ *Ulrich Scheuner*, Wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung, Die öffentliche Verwaltung 1952, 610-615.

nicht nur »in gemeinsamer Erarbeitung von Wirtschaftsplänen und Wirtschaftsprogrammen«, sondern »erst eigentlich in jener Verbindung, die man ... als ein ständiges Miteinander-in-Fühlung-Stehen umschreiben kann«⁴⁸⁷.

III. Der kooperative Staat

Um den neuen Stil öffentlicher Verwaltung zu kennzeichnen, ist vom kooperativen Staat (nicht zu verwechseln mit dem korporativen Staat) oder von *government by contract*, also **Verwaltung durch Vertrag**, die Rede, der den Eingriffsstaat ablöst. Dieser Staat verzichtet darauf, durch Gesetze und Verwaltungsakte zu regieren. Statt dessen paktiert er mit Bürgern oder ihren Organisationen. Selbst förmliche Verwaltungsakte werden vorher verabredet. Oft treten Aktennotizen oder Bestätigungsschreiben an deren Stelle. In vielen Rechtsgebieten, so im Immissionsschutz-, Wasser-, Energiewirtschafts-, Bau-, Gewerbe-, Wirtschaftsförderungs- und Kartellrecht gelten informelle Kontaktaufnahmen zwischen Behörde und Antragsteller oder Betroffenen als unverzichtbar. Hier werden die Voraussetzungen eines begünstigenden Verwaltungsaktes ausgehandelt oder die Notwendigkeit eines behördlichen Eingriffs ausgeräumt. Im Immissionsschutz- und Baurecht sind Sanierungsabsprachen üblich, die Anordnungen oder Untersagungsverfügungen überflüssig machen sollen. Das Kartellamt läßt sich von fusionswilligen Firmen bestimmte Zusagen geben und verzichtet dafür auf ein Fusionsverbot. Das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen begnügt sich mit »geschäftsplänmäßigen Erklärungen« an Stelle von Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaft umgeht die verfahrensmäßig komplizierte Erteilung eines Negativattests über die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit und gibt sich mit einem bloßen Verwaltungsschreiben zufrieden.

In allen diesen Fällen vermeidet die Behörde ebenso wie die Betroffenen eine formelle Bindung. Die Behörde behält sich vor, insbesondere bei einer Änderung der Sachlage weitergehende Anordnungen zu erlassen, und auch die Betroffenen behalten die Möglichkeit, sich etwa bei unvorhergesehenen technischen oder wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Absprache zu entziehen. So zielt das informelle Verfahren darauf, die Probleme unter Vermeidung des Rechtsweges wirksam und flexibel zu lösen. Ursächlich dafür ist nicht zuletzt die formale Rationalität rechtsstaatlicher Verfahren, die durch aufwendige Aufklärungspflichten, Anhörungs- und Mitwirkungsrechte, Veröffentlichungserfordernisse und Fristen und vor allem Rechtsbehelfe diese Verfahren unpraktisch macht und zu informellen Lösungen führt. In der wirtschaftspolitischen Praxis ist seit dem G zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I 582) die **konzertierte Aktion** zum

⁴⁸⁷ Allgemeine Staatslehre 1964, 612 ff.

Synonym für das gewandelte Verhältnis von Staat und Wirtschaft geworden, obwohl sie als Planungsinstitution bislang nicht die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt hat (Ritter). Als Beispiel mag die konzertierte Aktion »Steinkohle« dienen, die zur Gründung der Ruhrkohle AG führte, ferner die konzertierte Aktion »Gesundheitswesen« (§ 405a RVO), die zeitweise den Kostenanstieg dämpfen sollte.

Das Bild des kooperativen Staates ist nicht überall eindeutig. Es gibt **gegenläufige Strömungen** sowohl in Gestalt rigiderer staatlicher Steuerungsversuche als auch in der Gesellschaft, wo die Suche nach alternativen Lebensformen teilweise zu einem neuen Privatismus führt.

»Aber«, so urteilt Ritter (S. 411 f.), »Geschichte vollzieht sich nicht gleichmäßig. Insgesamt spricht fast alles dafür, daß die Tendenz zum kooperativen Staat sich durchsetzen wird. Die Entwicklung ist in Bayern nicht anders als in Berlin und sie ist keineswegs auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt. Sie entspricht nicht nur der komplexen Struktur einer hochentwickelten Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft. In ihr vereinigen sich auch unterschiedliche ideologische Antriebskräfte: emanzipatorische Ansprüche mit syndikalistischen Elementen, ständestaatliches Gedankengut mit sozialstaatlichem Engagement, technokratische Attitüden mit Kapitalverwertungsinteressen.«

Solche Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft läßt sich nicht mit einer amorphen Masse einzelwirtschaftlicher Marktteilnehmer realisieren, sondern sie fordert die gruppenhaft organisierte Wirtschaftsgesellschaft. Sie ist in Branchen wie dem Steinkohlebergbau der Energiewirtschaft, der Luft- und Raumfahrt, der Werft- oder der Mineralölindustrie längst Wirklichkeit. Aber auch individuelle Marktteilnehmer sind in berufsständischen oder Interessenverbänden zusammengeschlossen. **Der kooperative Staat ist zugleich ein korporativer Staat.**

Eine kurze Bestandsaufnahme korporativer Einrichtungen kommt schnell auf eine stattliche Reihe. Neben der altbekannten kommunalen **Selbstverwaltung** steht die traditionelle Selbstverwaltung der Universitäten, der Sozialversicherungseinrichtungen, der berufsständischen Organisationen im weitesten Sinne (Handels-, Handwerks-, Ärzte-, Apotheker- und Anwaltskammern usw.). Die Organisationen der Verbraucher, Parteien und die Gewerkschaften gehören hierher ebenso wie die Rundfunkanstalten. Im Kultur- und Wissenschaftsbereich ist an die Max-Planck-Gesellschaft, Goetheinstitute, die Deutsche Forschungsgemeinschaft und die verschiedenen Stiftungen zu denken. In England und Amerika spricht man von einer Quango-Explosion, von dem Ausufern von »Quasi-non-governmental-Organizations« (Schuppert). Eher abwehrend ist von **Neokorporatismus** die Rede, also von jener Bewegung, die eine ständische Organisation der Gesellschaft an die Stelle des Parlamentarismus setzen wollte.

IV. Reflexives Recht

Teubner hat es unternommen, die aktuelle Rechtsentwicklung auf einen neuen Begriff zu bringen, auf den Begriff des reflexiven Rechts.

§ 61 Vom formalen Rechtsstaat zum informalen Verhandlungsstaat

Er entwirft ein »Konzept der externen Dezentralisierung, wonach öffentliche Aufgaben zwar auf halbstaatliche oder private Institutionen übertragen werden, aber dennoch in dem Sinne öffentlich bleiben, daß sie politisch verantwortet werden müssen. Delegationen auf korporatistische Gremien, halbstaatliche Verbände, auf die Tarifpartner oder auf kommunale gesellschaftliche Organisationen sind Beispiele für solche externe Dezentralisierung. Die politische Gesamtverantwortung wird auf eine rechtliche Rahmenregelung, auf eine »Sozialverfassung«, also auf Partizipationsrechte und Entscheidungsverfahren, zurückgenommen. Dem übergeordneten Rechtssystem verbleibt jederzeit die Möglichkeit zur Korrektur und Revision der institutionellen Arrangements, wenn sich die Ergebnisse der darin ablaufenden gesellschaftlichen Lernprozesse als politisch unzutraglich erweisen sollten.« (1982, 28).

a) Das »regulatorische Trilemma«

Ausgangspunkt der (normativen) **Forderung nach einer Selbstverwaltung in dezentraler Autonomie** ist die empirische Behauptung, daß die moderne Gesellschaft eine zentrale Steuerung gar nicht mehr zulasse. Voraussetzung für eine zentrale Steuerung sei nämlich eine hierarchisch strukturierte Gesellschaft, in der Staat und Politik die Spitze und das Steuerungszentrum der Gesellschaft bildeten. Die moderne Gesellschaft sei jedoch in »prinzipiell gleichgeordnete, selbstreferentielle und eigendynamische Teilsysteme« gegliedert.

»Parteien, Gewerkschaften, Verbände, Großbanken, Konzerne, Universitäten, das Gesundheitssystem und andere gesellschaftliche Teilsysteme und Organisationen beruhen in ihrer Entstehung und in ihrer Spezialisierung auf der Ordnungs- und Steuerungsleistung des Staates - eine Ordnungsleistung, die dieser auf Grund des Gewalt- und Steuermonopols und mit den Mitteln rechtlich kodierter Macht erbringen konnte. Aber die gesellschaftlichen Teile sind inzwischen so komplex, einflußreich und eigenständig handlungsfähig geworden, daß es zur Frage und zum Problem wird, ob überhaupt und inwieweit und mit welchen Kosten sie staatliche Begrenzung und Steuerung dulden.« (*Teubner/Willke*, S. 8).

Als theoretische Begründung hat *Teubner* die Vorstellung eines »regulatorischen Trilemmas« angeboten. Es soll sich daraus ergeben, daß das Recht im Zuge seiner (von *Weber* beschriebenen) Formalisierung zunächst autonom geworden ist und nunmehr als selbstbezügliches (»autopoietisches«) System auf Anforderungen anderer gesellschaftlicher Teilsysteme, hier also der Politik, nur nach seiner eigenen Logik reagiert und umgekehrt. Daraus folgt das 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 Folge⁴⁸⁸.«

Das Konzept des reflexiven Rechts gewinnt seinen besonderen Reiz und zugleich seine besondere Problematik daraus, daß *Teubner* und *Willke* es in eine **Theorie selbstreferentieller oder autopoietischer Systeme** (vgl. § 46, 3) verpackt haben. Das bedeutet indessen nicht, daß die in so glitzernder Verpackung vorgestellten Sachaussagen nicht interessant und diskussionswürdig wären. Die Autoren

⁴⁸⁸ So die Formulierung in »Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege«, in: *Zacher u. a.*, Verrechtlichung von wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984, 316.

nehmen zwar zunächst die sozialwissenschaftliche Tradition einer prononcierten Kritik an den Arbeits- und Lebensverhältnissen im Wohlfahrtsstaat auf, stellen dann aber, versteckt hinter einem imposanten Theoriegebäude, die Chancen einer Selbstrevision der Moderne zur Diskussion, über die lange Zeit kaum jemand zu sprechen wagte. Tatsächlich haben sie damit erhebliche Aufmerksamkeit erregt⁴⁸⁹.

b) *Auslösung von Selbststeuerungsprozessen*

In der aktuellen Situation sehen *Teubner* und *Willke* Herausforderung und Chance zugleich. Sie behaupten nicht, daß staatliches Recht schlechthin wirkungslos sei, meinen aber, Gesellschaftsteuerung sei auf die Fähigkeit der Teilsysteme zur Selbstorganisation und Selbststeuerung angewiesen. Diese Fähigkeit gelte es auszuschöpfen. Ohne die verschiedenen Teilsysteme von Wirtschaft und Technik, Wissenschaft und Kultur im einzelnen beherrschen und steuern zu müssen, könnten Recht und Politik durch rechtliche Vorgaben dennoch eine Gesamtsteuerung bewirken, wenn sie das Selbstregulationsvermögen von Teilsystemen nutzten. *Teubner* und *Willke* erklären daher das Recht zum bloßen »Kontext« sozialer Systeme. Sie wollen es darauf beschränken, »strukturelle Voraussetzungen für selbstregulatorische Prozesse in anderen Sozialzusammenhängen zu schaffen«. Normiert werden sollen die Verfahren der Entscheidungsbildung, nicht aber deren Inhalte:

»Reflexives Recht zielt auf regulierte Autonomie. Die Rolle des reflexiven Rechts besteht ... darin, integrative Mechanismen für Verfahren und Organisation innerhalb der betroffenen Teilsystem selbst bereitzustellen, ihnen eine Sozialverfassung zu geben, die ihre Eigendynamik respektiert, ihnen aber zugleich jene gesellschaftlichen Restriktionen auferlegt, die aus den Bedingungen des Zusammenspiels aller Teile als Kontextregeln für jedes einzelne Teile folgen.« (S. 7)

V. »Der Handel mit Gerechtigkeit«⁴⁹⁰

Ein Aspekt der Mediatisierung des Rechts ist das **Vordringen des Richterrechts**. Es entsteht dezentral, bleibt flexibler als das Gesetz, und antwortet »responsiv« auf aktuelle Probleme, die an die Gerichte herangetragen werden. Es wird gefördert durch die Vorliebe der modernen Gesetzgebung für eine abstrakte, indirekte und

⁴⁸⁹ *Gunther Teubner*, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, LSR 17, 1983, 249-284; *ders.*, Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 13, 1984, 109-149; *Erhard Blankenburg*, The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for »Reflexive Law«, LSR 18, 1984, 273-289; *Gunther Teubner*, Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg, LSR 18, 1984, 291-301; *Niklas Luhmann*, Einige Probleme mit »reflexivem Recht«, ZfRSoz 6, 1985, 1-18; *Richard Münch*, Die sprachlose Systemtheorie. Systemdifferenzierung, reflexives Recht, reflexive Selbststeuerung und Integration durch Differenz, ZfRSoz 6, 1985, 19-28; *Peter Nahamowitz*, »Reflexives Recht: Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzepts, ZfRSoz 6, 1985, 29-44.

⁴⁹⁰ Nach dem Titel des Buches von *Schumann*, 1977.

generalklauselartige Normgebung, die für die unterschiedlichsten Deutungen offensteht. Die Entwicklung zu weniger festgelegten Normen macht selbst vor dem Strafrecht nicht Halt. Ein Beispiel bietet das Jugendstrafrecht, das im Vergleich zum Erwachsenenstrafrecht inhaltlich weniger festgelegt, im Verfahren weniger formalisiert und in den Strafformen weniger autoritativ und damit eine »weniger verrechtlichte Alternative zum allgemeinen Strafrecht« ist (*Blankenburg*, JbRSoz 6, 1980, 83 ff.). Selbst dort, wo das Recht noch nach dem Befehlsmodell formuliert ist, verschwimmen unter dem Einfluß einer hochentwickelten Auslegungstechnik, die sich immer weniger naiv auf den Wortlaut verläßt, die Grenzen der Tatbestände, und es schwindet zugleich die Legitimität der klassischen Sanktionen.

Im Bereich der Konfliktregelung gewinnen die sog. Alternativen Formen der Streitregelung, also Vermittlung, Schlichtung oder Schiedsverfahren an Bedeutung (vgl. § 56 f.). In den USA scheint im Strafverfahren das plea bargaining, das Aushandeln der Verurteilung zwischen Staatsanwalt und Verteidiger, zum Normalfall geworden zu sein. Zivile Schadenersatzklagen dienen dort in erster Linie dazu, den außergerichtlichen Einigungsprozeß voranzubringen. Auch in der Bundesrepublik ist eine Aufweichung des Legalitätsprinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips zu beobachten. Im Zivilprozeß sind es die Richter selbst, die Verhandlungslösungen vorantreiben. **Verhandeln im Schatten des Rechts** (bargaining in the shadow of the law)⁴⁹¹ oder dessen, was die Beteiligten dafür ansehen, ist zum Schlagwort geworden.

Die Aushandlungsprozesse beschränken sich nicht auf individuelle Konflikte, wie sie im Rechtsstreit ausgetragen werden. Die gesamte Steuerung des sogenannten Wohlfahrtsstaates funktioniert nicht länger hierarchisch durch Parlament und Regierungsspitze, sondern in einem gigantischen Aushandlungsprozess, indem die verschiedenen Interessen durch eine begrenzte Zahl von Korporationen repräsentiert werden. Es mag schon immer solche **Aushandlungsprozesse** gegeben haben. Neu ist, daß sie **nicht länger latent** bleiben, sondern aus rechtlichen Grauzonen in das Licht juristischen Bewußtseins und sogar der Anerkennung treten. Die Folge ist eine Aufweichung oder, positiver gewendet, eine **Flexibilisierung des Rechts**. Da sie mit einer erhöhten Regelungsdichte einhergeht, hat sie keineswegs zwangsläufig eine Vergrößerung des individuellen Handlungs- und Freiheitsraums zur Folge. Auf Seiten der Betroffenen verlangt die Flexibilisierung neue Fähigkeiten im Umgang mit dem Recht. Verhandlungs- statt Handlungskompetenz ist gefragt. Eine neuartige soziale Selektivität steht zu erwarten.

⁴⁹¹ *Mnookin/Kornhauser*, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, Yale Law Journal 88, 1979, 950 ff.; vgl. auch *Robert Cooter/Stephen Marks/Robert Mnookin*, Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior, Journal of Legal Studies XI, 1982, 225-251.