

Ulrich K. Preuß

Entwicklungsperspektiven der Rechtswissenschaft*

1. Historische Entwicklung der Rechtswissenschaft

Geschichte und Entwicklung der Rechtswissenschaft – neben Theologie, Medizin und Philosophie eine der vier klassischen Fakultäten der mittelalterlich-europäischen wie der durch Humboldt reformierten deutschen Universität – sind aufs engste mit gesellschaftlichen Modernitätsschüben und der Herausbildung des »okzidentalischen Rationalismus« wie auch deren Krisen verbunden. Die Rezeption des formalisierten Römischen Rechts im Europa des 13. bis 16. Jhdts. machte Juristen zu den unentbehrlichen Geburtshelfern territorialer Herrschaft und einer kapitalistischen Verkehrswirtschaft in Europa¹; die Entwicklung des rationalen Naturrechts im 17. und 18. Jhd. und seine geistige Verbindung mit der Aufklärung prägten gleichermaßen den aufgeklärten Absolutismus wie die liberalen und demokratischen Ideen der Französischen Revolution. Die praktischen Leistungen seiner rationalen Ethik äußern sich vor allem in einer vertragsrechtlichen Konstruktion politischer Herrschaft² und, aus ihr resultierend, der Entwicklung des Konzeptes des Verfassungsstaates³, der Herausbildung eines der Staatsraison verpflichteten Europäischen Völkerrechts⁴, strafrechtlicher Kodifikationen, die die ersten Schritte zum Tatbestands- und Schuldstrafrecht vollzogen und Folter und Leibesstrafen abschufen⁵, sowie in dem Erlaß der großen privatrechtlichen Kodifikationen, unter denen das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, der französische Code Civil von 1804 und das Österreichische Allgemeine Gesetzbuch von 1811 herausragen. Alle diese Kodifikationen waren vom Geist der sittlichen Fundierung einer planvoll-rationalen

* Dies ist die leicht überarbeitete Fassung des Beitrags, den ich auf dem Symposium der Universität Bremen über »Perspektiven der Fachdisziplinen« am 20. Mai 1987 für die Rechtswissenschaft vorgelegt habe. Meinen Kollegen am Fachbereich danke ich für vielfältige Hinweise und Anregungen, ohne sie damit für den Text mithaftbar machen zu wollen. – Der Anmerkungsapparat beschränkt sich entsprechend dem Überblickcharakter des Textes auf wenige Nachweise der weiterführenden Literatur.

¹ Vgl. hierzu F. Weacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 97 ff., 124 ff.; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I, München 1988, S. 58 ff.

² Vgl. speziell zur deutschen Entwicklung H. Denzer, *Spätaristotelismus, Naturrecht und Reichsreform: Politische Ideen in Deutschland 1600–1750*, in I. Fetscher/H. Münkler (Hrsg.), *Pipers Handbuch der Politischen Ideen*, Bd. 3, München/Zürich 1985, S. 233 ff., 249 ff., sowie generell zu den Vertragstheorien in demselben Band W. Euchner u. a., *Die Vertragstheoretiker und deren Kritiker*, S. 353 ff.

³ Hierzu C. J. Friedrich, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1953; K. Lorenz, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., Tübingen 1975, S. 127 ff., 132 ff.; vgl. auch M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 3. Aufl., Opladen 1988, S. 119 ff.

⁴ W. Preiser/E. Reibstein, Art. *Völkerrechtsgeschichte*, in Strupp/Schlochauer (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin 1962, S. 680, 695 ff., 703 ff.; O. Kimmich, *Die Entstehung des neuzeitlichen Völkerrechts*, in Fetscher/Münkler (Anm. 2), S. 73 ff.

⁵ E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 166 ff. (§§ 155 ff.), 269 ff. (§ 253); F. Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts (1930)*, Neudruck Aalen 1973, S. 34 ff.

Gesellschaftsgestaltung durchdrungen und unterstellten die Möglichkeit der Herstellung einer gesellschaftlichen »Synthesis« durch Recht.

Der die Moderne nicht mehr loslassende Widerspruch zwischen der Ethik und der Positivität des Rechts, d. h. seiner Unverfügbarkeit und gleichzeitig seiner Setzung und damit seiner Verfügbarkeit für gesellschaftliche Zwecke, schien für eine kurze historische Epoche in den Kodifikationen aufgehoben. Sie konnten freilich der Dynamik einer sich auch in Deutschland seit dem zweiten Drittel des 19. Jhdts. herausbildenden kapitalistischen industriellen Erwerbsgesellschaft nicht standhalten. Diese erzwang mit der immer umfassender werdenden Mobilisierung aller materiellen Ressourcen (einschließlich der Arbeitskraft) für den marktvermittelten wirtschaftlichen Erwerb eine Logik der Ressourcenallokation, die das Recht in ein Regulierungsinstrument zur Konstituierung von Märkten verwandelte, es damit ethisch weitgehend neutralisierte und verfügbar machte. Die Positivität des Rechts, also seine Setzung durch eine souveräne politische Gewalt und seine darin implizierte jederzeitige Änderbarkeit im Hinblick auf sich permanent verändernde Lebensverhältnisse, verlangte eine Entkoppelung des Rechts von ethischen Imperativen, ohne doch auf die Begründung seiner Eigenständigkeit gegenüber dem politischen Willen des Souveräns verzichten zu können. Die Antwort war der rechtswissenschaftliche *Positivismus*: die Idee, durch die Entwicklung allgemeiner Rechtsbegriffe wie Gesetz, Vertrag, Person, (subjektives und objektives) Recht, Wille, Sache etc. und deren logische Verknüpfung zugleich mit der Autonomie des Rechts auch seine inhaltliche Richtigkeit zu gewährleisten⁶, wobei freilich einschränkend gesagt werden muß, daß sich die wenigsten Positivisten dieser rechts-ethischen Implikation ihres wissenschaftlichen Treibens bewußt waren.

Der Rechtspositivismus hatte eine bedeutsame Funktion bei der Herausbildung der industriellen Marktgesellschaft im Deutschland des 19. und beginnenden 20. Jhdts. Im Verfassungs- und Verwaltungsrecht schuf sie die begrifflichen Instrumente einer säkularisierten bürokratischen staatlichen Herrschaftsorganisation, indem sie mit den Begriffen der juristischen Person des Staates und der Staatssouveränität das Konzept einer rationalen Herrschaft durch Legalität entwickelte, damit das Problem der Legitimität politischer Herrschaft entpolitisierte und den obrigkeitlichen Anstaltsstaat zum Modell rationaler Herrschaft stilisierte⁷; das Konzept staatsbürgerlicher Freiheit konstituierte eine von der politischen Mitwirkung weitgehend ausgeschlossene und ausgegrenzte Privatrechtsgesellschaft, in der Marktbeziehungen dominant waren. Die Reichsverfassung vom 16. April 1871 ist ein getreulicher Ausdruck dieses Konzepts einer Verfassung als Staatsorganisationsstatut. Im Zivilrecht schuf die Pandektenwissenschaft eine Begrifflichkeit, die sich nach den Vorstellungen ihrer Protagonisten von allen sozialen Inhalten zu befreien hatte und ein lückenloses System konstituierte, in der alle gegenwärtigen und zukünftigen rechtlichen Konflikte bereits in abstracto eine Lösung gefunden haben, die nur noch vom Rechtsanwender auszusprechen sei. Die darin liegende Abstraktion von konkreten Lebensverhältnissen, Interessen, gesellschaftlichen Gegensätzen und auch moralischen Prinzipien beseitigte die feudalrechtlichen Bindungen einer hierarchisch gegliederten Gesellschaft und verhalf der »Republik des Marktes« zum Durchbruch. Im Bürgerlichen Gesetzbuch, das am 1. Jan. 1900 in Kraft trat, fand dieser juristische Formalismus seine letzte große Kodifikation⁸.

6 Hierzu R. Dubuschar, *Vorstudien zur Rechtswissenschaft. Eine Einführung in die juristische Theorie und Methode anhand von Texten*. Stuttgart u. a. 1974. S. 18 ff.

7 Vgl. hierzu P. v. Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*. Frankfurt/M. 1974.

8 Hierzu Wieacker (Anm. 1), S. 468 ff.

Die Novemberrevolution von 1918 und die auf ihrer Grundlage errichtete Weimarer Republik entzogen dem juristischen Positivismus auf allen Rechtsgebieten den Boden. Die Weimarer Republik war – politisch-soziologisch gesprochen – eine industrielle Massengesellschaft auf der Grundlage einer weitgehend unangetasteten kapitalistischen Produktions- und Verteilungsstruktur in der Form eines modifizierten parlamentarischen Regierungssystems; der Widerspruch zwischen politischer Demokratie und dem darin enthaltenen Anspruch auf Massenwohlfahrt und den Machtstrukturen und Imperativen einer kapitalistischen Ökonomie kam in ihr in aller Schärfe zum Ausbruch und veränderte auch grundlegend die Fragestellungen der Rechtswissenschaft. Nicht mehr die Freisetzung einer liberalisierten Privatrechtsgesellschaft und der Freizügigkeit ihres Markthandelns sowie die rationale Organisation eines in sich geschlossenen bürokratischen politischen Machtapparates war das Programm, sondern die Entwicklung der begrifflichen Grundlage für ein »distributives« Recht und die Konflikte, die aus den Interessengegensätzen einer auf die Herstellung von sozialer Gerechtigkeit zielenden politischen Demokratie unter den Bedingungen einer kapitalistischen Ökonomie notwendigerweise resultierten. Dies erforderte die verlorengegangene Rückbesinnung auf die eingangs erwähnte, für das moderne Recht konstitutive Spannung zwischen seiner ethisch fundierten Unverfügbarkeit und seiner Positivität, die sich noch dadurch komplizierte, daß das souveräne Volk als Rechtsschöpfer und als Legitimationsgrund für alles Recht auf die historische Bühne trat.

Im Verfassungsrecht führte das – wenn man von der allerdings bedeutsamen Ausnahme Hans Kelsens absieht – zu den untereinander wiederum sehr unterschiedlichen »antipositivistischen« Verfassungslehren von C. Schmitt, R. Smend und H. Heller⁹, während das Verwaltungsrecht noch weitgehend seine formalistische Struktur behielt. Im Privatrecht ist besonders die Herausbildung des Arbeitsrechts hervorzuheben¹⁰, durch das die Sonderstellung der Arbeitskraft unter den marktfähigen Gütern und insbesondere das Streikrecht eine erste rechtliche Anerkennung erfuhren. In den Kriminalwissenschaften führte die bereits seit dem Ende des 19. Jhdts. im Vordringen begriffene, insbesondere von Liszt verfochtene Erklärung der sozialen Determiniertheit von Straftaten und der Gedanke der sozialen Verteidigung zur (allerdings nur punktuellen) Erweiterung des Sanktionensystems um Maßregeln der Erziehung, der Besserung und der Sicherung¹¹. Insgesamt war jedoch der Weimarer Republik ein zu kurzes Dasein beschieden, als daß die Rechtswissenschaft den Herausforderungen der wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie befriedigend hätte gerecht werden können. Das blieb und bleibt eine Aufgabe, die erst wieder seit dem Ende der 60er Jahre aufgenommen wurde. In der Epoche des Nationalsozialismus rächte sich aufs grausamste, daß es der Jurisprudenz nicht gelungen war, sich als Wissenschaft zu konstituieren, die ihre eigenen spezifischen Rationalitätskriterien erarbeitet hatte¹². Die hemmungslose Dienstbarkeit gegenüber dem Regime äußerte sich in ihrer Selbstaufgabe als gegenüber den faktischen Machtverhältnissen distanzlose Rechtfertigungsideologie oder als perfektes technisches Instrumentarium der Herrschaftsperfektionierung. Die als »Katastrophe«

9 Hierzu *W. Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik. 2. Aufl. Baden-Baden 1983; zu Kelsen *H. Dreier*, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Baden-Baden 1986.

10 Vgl. hierzu *Th. Ramm* (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918–1933. Neuwied/Berlin 1966; *Th. Blanke u. a.* (Hrsg.), Kollektives Arbeitsrecht. Quellentext zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland. Reinbek 1975; *W. Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht. Baden-Baden 1984, S. 28 ff.

11 Vgl. *G. Radbruch*, Der Erziehungsgedanke im Strafwesen (1932) sowie Autoritäres oder soziales Strafrecht? (1933), abgedr. in ders., Der Mensch im Recht. Göttingen 1957, S. 50 ff. bzw. 63 ff.

12 Zu diesem Postulat *R. Wiethölter*, Rechtswissenschaft. Frankfurt/M. 1968, S. 26 ff.

empfundene militärische Niederlage führte auf der Grundlage des Mißverständnisses, der juristische Positivismus habe zur begrifflichen Wehrlosigkeit gegenüber dem NS-Regime geführt, zu einer Renaissance des Naturrechts, die allerdings nur verdeckte, daß man sich weiterhin vor den Aufgaben einer modernen Rechtswissenschaft drückte: einer Begründung der Autonomie und Rationalität des Rechts in seiner komplexen Verschränkung mit ethischen Prämissen, politischen Prozessen und der Dynamik des gesellschaftlichen Wandels.

II. Gegenwärtige Situation

Wie die skizzierte Entwicklung der Rechtswissenschaft gezeigt hat, ist sie enger als viele andere Wissenschaften mit gesellschaftlichen Entwicklungen und Umbrüchen verbunden. Dies erklärt sich daraus, daß zentrale gesellschaftliche Einrichtungen überhaupt erst durch Recht konstituiert werden und ihm nicht vorgegeben sind; sein Doppelcharakter als institutionalisierte Gerechtigkeit und als gesellschaftliches Steuerungsmedium läßt sich nur um den Preis der Auflösung der Rechtswissenschaft einerseits in Moral, andererseits in eine politische Machttechnik, aufheben. So kann es denn auch als eine der wichtigsten »Entdeckungen« der Rechtswissenschaft seit etwa den 60er Jahren gelten, daß das Recht nicht ausschließlich der Schrankenziehung und Abgrenzung quasi-natürlich vorgegebener Freiheits- und Machtsphären dient, sondern die Funktion hat, Ordnungszusammenhänge zu stiften, in denen unterschiedliche und gegensätzliche Interessen und normative Werthaltungen institutionell vermittelt sind. Die Erkenntnis dieser Vergesellschaftung und in der Folge auch Politisierung des Rechts, die zuweilen mit kulturkritischem Unterton auch als eine »Vermassung« qualifiziert wurde¹³, war in der Weimarer Republik das »Privileg« der linken Jurisprudenz gewesen¹⁴, auch wenn sich in der Interessenjurisprudenz¹⁵ oder in den Bemühungen einer Integration der sog. Generalklauseln in die formalen Abstraktionen des BGB dieser soziale Bezug des Rechts bereits deutlich spiegelte.

Das traditionelle Konzept der Verfassung als einer Staatsverfassung setzte den Staat als bürokratisches Machtzentrum voraus; das Recht hatte lediglich die Funktion, durch subjektive Rechte, Kompetenz- und Verfahrensregeln dieser Macht Fesseln anzulegen. Dieses System der Schrankenziehung war blind gegenüber den komplexen Konstitutionsprozessen politischer Macht, und erst ein Konzept der Verfassung als rechtlich organisierter Prozeß der Vermittlung gesellschaftlicher Vielfalt und Heterogenität zur Einheit eines politischen Gemeinwesens¹⁶ löste den Anspruch ein, dem Recht die zentrale Funktion gesellschaftlicher Integration zuzuweisen, nachdem die Religion diese Rolle im Zuge der Säkularisierung längst verloren und die unrationalisierte politische Gewalt zu einem vorher nicht gekannten Ausmaß an

13 G. Dahm, *Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts*. Stuttgart/Köln 1951, S. 175 ff.

14 Vgl. nur die Betonung der aktiv gesellschaftsorganisierenden Funktion des Rechts in den Schriften von H. Heller, z. B. in dessen *Staatslehre oder Rechtsstaat oder Diktatur?*, in ders. *Gesammelte Schriften*. Leiden 1971. Bd. 3, S. 81 ff., Bd. 2, S. 443 ff.; vgl. auch F. L. Neumann, *Wirtschaft, Staat, Demokratie*. Aufsätze 1930–1954 (hrsg. v. A. Söllner). Frankfurt/M. 1978.

15 Dazu *Dubuschar* (Anm. 6), S. 142 ff.

16 Sehr einflußreich in dieser Richtung W. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates* (1945). Darmstadt 1971; bedeutsame Etappen auf dem Weg zu dieser Umorientierung H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin 1953; P. Haberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (1962). 2. Aufl. Karlsruhe 1972; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1966). 16. Aufl. Heidelberg 1988.

Barbarei geführt hatte. Es sei übrigens vermerkt, daß es sich hierbei um theoretische Wandlungen im Rahmen des rechtswissenschaftlichen mainstream handelt, die weder von »rechts«¹⁷ noch von »links«¹⁸ unangefochten waren. Der auf Konsens und Integration gerichteten Neukonzeption des Verfassungsrechts setzte die »Rechte« die im Staat und seiner Autorität institutionalisierte Einheit des Rechts, die »Linke« die Kritik der mangelnden Integrationsfähigkeit des Rechts in einer durch ökonomische Ausbeutung und Ungleichheit und durch politische Machtkonzentration charakterisierten Gesellschaft entgegen. Immerhin reflektierte doch das »integrationistische Zentrum« zutreffend den Tatbestand, daß mit einem autoritären Etatismus kein »moderner« Staat mehr zu machen war.

Diese Umorientierung war insofern äußerst folgenreich, als sie das Tor zu neuartigen Fragestellungen und methodischen Ansätzen aufstieß, zugleich aber auch neue Folgeprobleme auslöste, deren Bearbeitung die Rechtswissenschaft zumindest in der nächsten Dekade beschäftigen wird. Es handelt sich um das Problem der Verrechtlichung¹⁹. Der Begriff der Verrechtlichung bezeichnet sowohl einen gesellschaftlichen Prozeß wie auch in kritischer Absicht die damit aufgeworfenen Probleme. Er beschreibt das Phänomen der Ausdehnung des Rechts auf immer mehr gesellschaftliche Lebenssachverhalte, die bisher rechtlich nicht oder wenig durchnormiert waren, ebenso wie die zunehmende Spezialisierung und Differenzierung rechtlicher Regelungen. In der Perspektive einer historischen Entwicklungslogik der westlichen kapitalistischen Industriegesellschaften stellt sich der heute beobachtbare Verrechtlichungsschub als der vorläufige Endpunkt eines Prozesses dar, dessen erste Stufe zur rechtlichen Bindung des absolutistisch-bürokratischen Staatsapparates (Rechtsstaat) führte, dessen zweite die Konstituierung einer politischen Öffentlichkeit durch das allgemeine und gleiche Wahlrecht und durch die Organisationsfreiheit von Verbänden und politischen Parteien (Demokratie) herbeiführte und dessen dritte die Konstitutionalisierung des ökonomischen Prozesses mit dem Ziel einer distributiven Gerechtigkeit (Sozialstaat) bewirkt hat²⁰.

In allen drei Phasen übernahm das Recht spezifische Sozialfunktionen: in der ersten konstituierte es eine private Marktgesellschaft, schirmte sie gegen bürokratische Wohlfahrtsinterventionen ab und rationalisierte sowohl den Prozeß der Selbststeuerung einer Privatrechtsgesellschaft wie auch die Funktionsweise der Apparate politischer Herrschaft; in der zweiten Phase ermöglichte es die öffentliche Thematisierung der Legitimation politischer Herrschaft und damit der Grenzziehung zwischen gesellschaftlicher Selbststeuerung und politischer Fremdsteuerung; in der dritten, heute durchaus noch nicht abgeschlossenen Phase löst sich die auf Freiheiten, Rechte, Befugnisse und Kompetenzen, d. h. auf die gleichsam kommunikationslose Willensmacht von Rechtssubjekten konzentrierte Rechtsbegrifflichkeit auf und thematisiert den Charakter der zwischen ihnen stattfindenden Prozesse; eine Vertragsbeziehung zwischen zwei Personen betrifft nicht lediglich deren Sphären, sondern hat gleichzeitig eine darüberhinausgehende Bedeutung insofern, als erst die

17 Beispielhaft und zugleich auch repräsentativ hierzu die Arbeiten von E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954–1973*. 2. Aufl. München 1976.

18 Vgl. hierzu V. Neumann, *Rechts- und verfassungstheoretische Positionen der staatsrechtlichen Linken*, in: *Der Staat*, Bd. 21 (1982), S. 551 ff.; eine Auseinandersetzung mit diesem kritischen Bericht ist an dieser Stelle nicht möglich.

19 Hierzu F. Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen*. Frankfurt/M. 1985 sowie den gleichnamigen Rezensionssaufsatz von Th. Blanke *KJ* 1988, S. 190.

20 Zu diesem Phasenmodell der Rechtsentwicklung des bürgerlichen Staates J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 2. Frankfurt/M. 1981, S. 522 ff.; vgl. auch Ph. Nonet/Ph. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York u. a. 1978, sowie H. H. v. Arnim, *Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland*. München 1984.

gesamtgemeinschaftliche Institutionalisierung und Garantie der Vertragskategorie diese inter-individuelle Beziehung als Rechtsbeziehung konstituiert. Durch diese Blickerweiterung gerät das gesamte gesellschaftliche Beziehungsgeflecht in den Blick, das nicht nur die Sphären zweier Rechtssubjekte umfaßt, sondern darüber hinausgehend rechtlich nicht beteiligte Dritte einbezieht und die Reflexion ihrer Interessen ermöglicht. Die prozedurale Gerechtigkeit von Tauschprozessen ist nun nicht länger die unausgesprochene normative Basis der Steuerungsfunktion des Rechts; vielmehr öffnet sich der rechtliche Diskurs wieder den Fragen einer nunmehr distributiven Gerechtigkeit. Die rechtliche Strukturierung dieser Externalitäten bestimmt denn auch die rechtswissenschaftlichen Konzeptualisierungsbemühungen bis auf den heutigen Tag.

1. Im *öffentlichen Recht* äußert sich diese neue Perspektive zunächst auf der Ebene des Verfassungsrechts. Zwei eng miteinander verbundene Fragestellungen sind hier hervorzuheben. Sie betreffen die Grundrechtstheorie und die Beziehungen zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz. Die Grundrechtstheorie²¹ hatte bereits am Ende der Weimarer Republik entdeckt, daß die Grundrechte nicht lediglich subjektive Abwehrrechte des Individuums gegen die Verwaltung waren, sondern daneben eine institutionelle Dimension als gesellschaftliche Einrichtungen haben, in der das gesamtgesellschaftliche Interesse an den jeweiligen grundrechtlich garantierten Lebensbereichen zum Ausdruck kam – entwickelt wurde dieser Gedanke zuerst an der Eigentumsgarantie. Nach dem Kriege wurde dann deutlicher erkannt, daß die grundrechtlich geschützten Lebensbereiche wie das Eigentum, die öffentliche Kommunikation, die Privatsphäre der Individuen etc. von einer Vielzahl politisch-administrativ vermittelter komplementärer Vorleistungen abhängig sind, die einen derart prägenden Einfluß gewonnen haben, daß die Vorstellung einer privatisierten staatsfreien Sphäre unvollziehbar geworden ist. Die Vermittlung grundrechtlicher Lebensbereiche erfolgt nicht mehr durch wechselseitige Ab- und Ausgrenzung, sondern durch politische Gestaltung ihrer sozialen, insbesondere ökonomischen Voraussetzungen²².

Rechtliche Regelung durch Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung erhält den Charakter einer normativ orientierten Sozialgestaltung, in der auf unterschiedlichen Ebenen eine Zuordnung und Kompatibilisierung unterschiedlicher gesellschaftlicher Handlungsfelder sowie individueller und kollektiver Interessenlagen vorgenommen wird. Die Rigidität des Formalrechts, durch das Lebens- und Interessensphären gegeneinander abgegrenzt werden, wird durch eine offene, flexible und an unterschiedliche Kontexte anschlussfähige Begrifflichkeit verdrängt und wirft damit die Frage einer Rationalisierung dieser neuen rechtlichen Wertungsprozesse auf²³. Zunehmend verschiebt sich damit das Problem der rechtlichen Rationalisierung dieses Prozesses auf die Frage nach der Ausgestaltung der entsprechenden Verfahren und nach den Rechten und Kompetenzen seiner Akteure. Verwaltung und Justiz, vor allem aber das Bundesverfassungsgericht, erfahren im Prozeß der Implementation der offenen gesetzgeberischen Programme bzw. der Kontrolle ihrer Verfassungsmäßigkeit einen Bedeutungszuwachs, der mit der überkommenen Vorstellung ihrer Funktion als Gesetzesvollzug und -anwendung nicht länger überein-

21 Hierzu E.-W. Bockenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, S. 1529 ff.; U. K. Preuß, Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktuonsweise des subjektiven Rechts. Frankfurt/M. 1979, S. 147 ff.

22 Besonders deutlich herausgearbeitet bei H. Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung. Opladen 1975 sowie in den Beiträgen des Sammelbandes von J. Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie. Frankfurt/M. 1979.

23 Hierzu K.-H. Ladewig, »Abwägung« – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus. Frankfurt/M.–New York 1984.

stimmt und neue Überlegungen in Richtung auf eine Binnenkonstitutionalisierung dieser Organe herausfordert. Insbesondere das Verwaltungsrecht hat sich aus einem System von Schranken gegenüber bürokratischen Interventionen in private Lebenssphären zu einem zentralen Medium der Verteilung von Ressourcen und Lebenschancen und der Steuerung des wirtschaftlichen und technologischen Prozesses entwickelt. Die rechtliche Rationalisierung dieses Vorganges steht noch an ihrem Anfang, zumal die hier eingeschlagene Strategie der gesellschaftlichen Kompatibilisierung durch Prozeduralisierung und eine neue Abwägungsdogmatik solange in der Luft hängt, wie Kriterien für eine rationale Theorie der Gerechtigkeit nicht entwickelt worden sind.

2. Auch im *Zivilrecht* haben sich seit dem Ende der 60er Jahre bedeutsame neue dogmatische Entwicklungen vollzogen. Hier galt es zunächst, in der Auseinandersetzung mit der Privatrechtsverfassung der bürgerlichen Gesellschaft die Frage nach den sozialen Funktionen des Zivil- und Wirtschaftsrechts wieder auf die Tagesordnung zu setzen. Die Konzeptualisierung des Privatrechts als Wirtschaftsrecht ist dabei selbst bereits ein Element dieser Entwicklung²⁴. Wirtschaftsrecht konstituierte sich – wie das Arbeitsrecht – als Antipode des bürgerlichen Formalrechts, wie es in den Großen Kodifikationen des 19. Jhdts. (ADHG, BGB, HGB, ZPO) zum Ausdruck kam. War das Privatrecht dem Konzept der gesellschaftlichen Selbststeuerung über den Markt durch die rationalen Entscheidungen privatautonomer Subjekte verpflichtet, so bedeutet das Wirtschaftsrecht die Korrektur dieser Prämissen: es setzt die Steuerungsfähigkeit der Wirtschaft und auch die Schutzbedürftigkeit der Wirtschaftssubjekte voraus. Dieser an Steuerungs- und Schutzaufgaben orientierte Begriff des Wirtschaftsrechts knüpft zwar an die positive Herausbildung einschlägiger Regelungsmaterien an; er ist aber weniger gegenstandsbezogen und rechtssystematisch, sondern vielmehr methodisch und gesellschaftstheoretisch gemeint: die Kategorie »Wirtschaftsrecht« bezeichnet programmatisch einen das gesamte Privatrecht betreffenden Umorientierungsprozeß und bedeutet eine Wendung vom Formal- zum Interventionsrecht durch Materialisierung.

Inzwischen hat die Diskussion eine weitere Entwicklung zum »postinterventionistischen« Recht vollzogen, nachdem sich gezeigt hat, daß die interventionistische Strategie der Verrechtlichung durch »control and command« ihrerseits in eine Krise geraten ist. Sie äußert sich in verschiedenen Formen²⁵: in Regulierungsdefiziten, weil der regulierte Bereich in seiner eigenen Struktur mit dem Typus rechtlicher Regulierung nicht harmoniert und sie nicht »annimmt« (Beispiel: Kartellrecht, z. T. auch Umweltrecht); in desintegrierenden Überregulierungen, in denen das Recht gewissermaßen mit der Regulierung zugleich auch den regulierten Sozialbereich zerstört (Beispiel: interaktionsgeprägte Sozialbereiche wie Bildungs-, Sozial-, Familienrecht, Stichwort »Kolonialisierung der Lebenswelt«); in einer »Politisierung«, »Ökonomisierung«, »Pädagogisierung« etc. des Rechts, d. h. seiner Auslieferung an materielle Zielsetzungen und deren Relevanzkriterien mit der Konsequenz, daß es seine Autonomie und seine eigenen Rationalitäts- und Relevanzkriterien verfehlt und seinerseits irrelevant wird (Beispiel: Stabilitätsg, Mißbrauchskontrolle nach

²⁴ Vgl. R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft* (Anm. 12), S. 246 ff.: ders., *Entwicklung des Rechtsbegriffs*, in V. Gessner/G. Winter (Hrsg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft* (Jahrb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 8), Opladen 1982, S. 38 ff.; dort auch G. Brüggemeier, »Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung« – »Mischverfassung des demokratischen Interventionskapitalismus« – »Verfassungstheorie des Sozialstaats«. Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft?, S. 60 ff.; vgl. auch D. Hart, *Vom Bürgerlichen Recht zur politischen Verwaltung. Zum Funktionswandel des Privatrechts*, in: KJ 1974, S. 273 ff.

²⁵ Vgl. G. Teubner, *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, in ders. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin/New York 1986, S. 299 ff.

dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB]). Das Konzept einer Fremdsteuerung gesellschaftlicher Lebensbereiche durch Recht war und ist die Antwort auf die evidenten Defizite des den Schutz von Verfügungsfreiheiten organisierenden Formalrechts, indem es nicht nur Zwecke, Bedürfnisse und Interessen in die Rechtskategorie einführte, sondern das Recht als gesellschaftliches Steuerungsmedium konzeptualisierte. Es unterstellte damit die Kompatibilität des Rechts mit prinzipiell allen Sozialbereichen und seine wenn nicht beliebige, so doch hochgradige Instrumentalisierbarkeit. Die angedeuteten Kennzeichen einer rechtlichen Regulierungskrise haben nun das Problem der Autonomie der regulierten gesellschaftlichen Teilsysteme, der des Rechts selbst sowie der Charakteristika ihrer Interdependenzbeziehungen und Verkoppelungsmöglichkeiten in den Vordergrund der rechtswissenschaftlichen Arbeit gerückt. Darauf wird sogleich noch näher einzugehen sein.

3. Eine ähnliche Entwicklung, wie sie für das öffentliche und das Privatrecht skizziert wurde, läßt sich für den Bereich des *Strafrechts/Kriminalwissenschaften* beobachten. Die Begründung des modernen Strafrechts bestand in der Herausbildung eines Systems rechtlicher Regelungen, die die Rechtssphäre des Individuums und seines Freiheitsraums gegenüber mehr oder weniger opportunistischen Ansprüchen der sozialen Kontrolle und Disziplinierung abgrenzten. Die Herausbildung des Tatstrafrechts – die Strafe wird durch eine Tat, nicht durch den »Unwert« des Täters ausgelöst, und die Tat ist eine vom Willen des Individuums bestimmte Handlung – sowie des Schuldstrafrechts – die strafrechtliche »Haftung« besteht nur nach dem Maß individueller Schuld – können als die wesentlichsten Stufen der Rationalisierung des Strafrechts²⁶ und der ihm zugrundeliegenden gesellschaftlichen Vergeltungsbedürfnisse angesehen werden. Die Klärung des Handlungsbegriffs, der Kausalität, der individuellen Zurechnung, der Differenzierung der Schuldformen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit führte zur Entwicklung eines hochentwickelten dogmatischen Systems²⁷, dessen Prämisse die Willensfreiheit des Menschen war.

Die Entdeckung der Straftat als eines sozialen Ereignisses und die Konzeptualisierung des Strafrechts als Rechtsgüterschutz, der Tat als Ergebnis der sozialen Bedingungen des Täters sowie der Strafsanktionen als Maßnahmen der Sozialverteidigung setzte bereits am Ende des vorigen Jahrhunderts – insbesondere durch die Arbeiten Franz v. Liszts²⁸ und seiner Schule – ein und führte vor allem mit dem Gedanken der Erziehung und der Resozialisierung zur interventionsstaatlichen Wende des Strafrechts. Daß der Nationalsozialismus sich für seine aggressive Vernichtungsideologie und Herrschaftspraxis des Strafrechts bemächtigte und diese (freilich nicht einheitliche) Entwicklung unterbrach, bedarf keiner Begründung²⁹. Nach einer durch die Renaissance des Naturrechts gekennzeichneten Regression zu den einstmals progressiven, inzwischen reaktionär gewordenen Prinzipien des Schuld- und Sühnstrafrechts³⁰ in den ersten beiden Jahrzehnten nach Kriegsende

26 Hierzu im einzelnen Schmidt (Anm. 5), S. 313 ff. (§§ 275 ff.), S. 381 ff. (§§ 319 ff.); vgl. auch die anti-liberale Kampfschrift von G. Dahm/F. Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* Hamburg 1933.

27 Vgl. im einzelnen zur dogmenhistorischen Entwicklung F. Schaffstein (Anm. 5); zur neueren Entwicklung G. Stratenwerth, *Die Stufen des Verbrechensaufbaus*, in: K. Lüderssen/F. Sack (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*. Bd. 1. Frankfurt/M. 1975, S. 251 ff., m.w.N.

28 Vgl. nur F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 1. Aufl. Leipzig 1881, 21./22. Aufl. Leipzig 1919; ders., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. Leipzig 1882.

29 Vgl. hierzu H. Rüping, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*. München 1981, S. 94 ff. m.w.N.; vgl. auch die Beiträge in *Redaktion Kritische Justiz* (Hrsg.), *Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Nationalsozialismus*. 2. Aufl. Baden-Baden 1983.

30 Hierzu Rüping (vorige Anm.), S. 113 ff. m.w.N.

wurde sie erst mit den 1966 und 1968 veröffentlichten Alternativ-Entwürfen liberaler Strafrechtslehrer zum Allgemeinen und zum Besonderen Teil des StGB³¹ wieder aufgenommen und führte zur Erweiterung des Strafrechts zur Kriminalwissenschaft. Sie öffnete den Zugang zu der Fragestellung nach den Definitionsprozessen, in denen abweichendes Verhalten als kriminelles Unrecht identifiziert wird, und zur Entdeckung jener »selektiven Normen« der Gesellschaft, durch die kriminalrechtliche Zuschreibungen bewirkt werden³². Es handelt sich hierbei um einen komplexen gesellschaftlichen Vorgang, in dem es um den Prozeß der Definition von »Gefährlichkeit«, der Zuschreibung von Gefahrenpotentialen zu Individuen, der Festlegung des gesellschaftlichen Anwendungskontextes (z. B. Strafrecht oder Psychiatrie) und der Kompatibilisierung mit den vorhandenen Ressourcen der sozialen Kontrollinstanzen geht. Auch diese sozialregulierende, interventionistische Kriminalpolitik, zu der sich das Strafrecht aus einer rein rechtsdogmatischen Wissenschaft entwickelt hat, hat Folgeprobleme aufgeworfen, die ebenfalls mit der begrenzten Regulierungskapazität und Instrumentalisierbarkeit des Rechts und den anspruchsvollen Kompatibilitätsanforderungen der Sozialbereiche zu tun hat, die der kriminalpoliischen Kontrolle unterworfen werden.

III. Entwicklungsperspektiven der Rechtswissenschaft

Der Charakter der Rechtswissenschaft als einer dogmatischen Wissenschaft, die den inneren Zusammenhang der Rechtsmasse durch Begriffsbildung und Systematisierung herstellt und dadurch Kriterien für die Auslegung und Anwendung des Rechts entwickelt, wird auch in der Zukunft Fragestellungen hervorbringen, die aus der Notwendigkeit der Erhaltung der inneren Logik und Kohärenz des Rechts resultieren. Auf dieser Ebene der innerdogmatischen Arbeit ist wissenschaftlicher Fortschritt im Sinne der Vertiefung und Verfeinerung der Begriffe und der Entdeckung neuer Zusammenhänge gewiß möglich und auch wahrscheinlich³³; das gleiche gilt für die methodisch unterschiedlichen Bemühungen der Rechtslehre um eine Steigerung der Überprüfbarkeit und Falsifizierbarkeit normativer Aussagen³⁴ – aber es ist zumindest ungewiß, wie weit sie in der Lage sein werden, die spezifische Entwicklungsdynamik des Rechts und der damit aufgeworfenen gesellschaftlichen Probleme zu konzeptualisieren.

Wie der bisherige Abriss der Entwicklung der Fragestellungen der Rechtswissenschaft gezeigt hat, folgten sie weniger der inneren Dynamik eines rechtsimmanenten Prozesses als vielmehr den Problemen, die aus den ambivalenten Wirkungen der Verrechtlichung gesellschaftlicher Lebensbereiche resultieren. Der erste Verrechtlichungsschub, der zur Konstitution des Rechtsstaats und zugleich zur Autonomisierung der Ökonomie durch Privatrecht (im Strafrecht: zur Autonomie des Subjekts und seines freien Willens) führte, organisierte eine negative Koordination vorrechtlich konstruierter Freiheiten; Recht war begrifflich ein System der Ab- und Ausgrenzung vorgegebener individueller Lebens- und Interessensphären. Die

31 Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Tübingen 1966; Besonderer Teil: Politisches Strafrecht. Tübingen 1968; Besonderer Teil: Sexualdelikte etc. Tübingen 1968.

32 Vgl. die Beiträge in K. Lüderssen/F. Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten I. Die selektiven Normen der Gesellschaft. Frankfurt/M. 1975.

33 Zu den spezifischen Merkmalen dogmatischer Rechtswissenschaft vgl. die Beiträge in W. Krawietz, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz. Darmstadt 1976.

34 Vgl. R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation. Frankfurt/M. 1978 (Neudr. 1983); H.-J. Koch/H. Rüßmann, Juristische Begründungslehre. München 1982.

rechtswissenschaftliche Aufgabe bestand in der begrifflichen Konstruktion des Rechtssubjekts und seiner Freiheit, während Probleme der strukturellen Kompatibilität des Rechts mit den verschiedenen rechtlich ausgegrenzten Sozialsphären keine Rolle spielten. Der interventionsstaatliche Verrechtlichungsschub, der die rechtswissenschaftlichen Fragestellungen seit den 60er Jahren beschäftigte, hatte es mit dem Folgeproblem der Externalitäten des subjektzentrierten Sozialmodells zu tun; er führte zur rechtlichen Konstituierung und Durchformung der wesentlichen Sozialsphären, insbesondere des Wirtschaftsprozesses. Hier bedeutete Verrechtlichung Regulierung durch Materialisierung des Formalrechts mit der wiederum problemerezeugenden Folge einer Autonomisierung der Verwaltung; vor allem aber bedeutete sie die Herausbildung immer spezialisierterer rechtlicher Regulierungen in immer kürzeren zeitlichen Abständen mit dem Ziel, den Eigensinn des Marktes, der technologischen Entwicklung sowie der kulturellen Reproduktion und ihrer sich zunehmend differenzierenden und autonomisierenden Handlungsstrukturen mit egalitär-sozialstaatlichen Gerechtigkeitspostulaten zu koordinieren.

Die oben erwähnten Regulierungsdefizite haben das Problem der strukturellen Vereinbarkeit des Rechts als Steuerungsmedium mit den Handlungsstrukturen der regulierten Bereiche in den Vordergrund der rechtswissenschaftlichen Arbeit gerückt. Es wird noch dadurch kompliziert, daß die Herausbildung funktionell spezifizierter und spezialisierter gesellschaftlicher Teilsysteme zu deren zunehmend sich steigender Autonomisierung und zugleich auch zu ihrer wechselseitigen Interdependenz führt. Nimmt man in Übereinstimmung mit der traditionellen Auffassung an, daß die Funktion des Rechts darin besteht, einen Zusammenhang zwischen den gesellschaftlichen Teilsystemen und damit gesellschaftliche Einheit zu stiften, so zeigen sich deutlich die Schwierigkeiten, die damit unter den heutigen Gegebenheiten verbunden sind. Die Eigenlogik des Rechts muß nicht nur mit der der gesellschaftlichen Teilsysteme und ihrer Rationalitäten kompatibel sein, sondern darüber hinaus auch deren strukturelle Vereinbarkeit untereinander herstellen, um seine Funktion der Rationalisierung des gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses erfüllen zu können. Darin liegt das – möglicherweise uneinlösbare – Programm der gesamtgesellschaftlichen Selbststeuerung durch Recht unter Bedingungen von Autonomie und Interdependenz gesellschaftlicher Teilsysteme³⁵. Es lassen sich verschiedene Bereiche unterscheiden, auf die sich die Forschungsarbeit in den nächsten Jahren konzentrieren dürfte:

1. Analyse der Anwendungs- und Akzeptanzbedingungen rechtlicher Regelungen

Hier geht es um Fragestellungen, die die bisher dominante Perspektive der Interpretation und Systematisierung des Rechtsstoffs verlassen und die institutionellen Bedingungen und Ressourcen der Rechtsanwendung thematisieren. Dies ist eine Reaktion auf die Erkenntnis, daß unverkennbar die Effizienz des Rechts als Steuerungsmedium wie auch die Verwirklichung seiner Regulierungsziele einerseits von institutionellen Rahmenbedingungen, zum anderen von seiner Binnenstruktur abhängen, in der das Potential zur Reflexion seiner eigenen Anwendungsbedingungen enthalten ist. Diese haben sich insofern grundlegend geändert, als die der rechtlichen Regulierung unterworfenen Sozialbereiche gleichsam »moving targets« darstellen, d. h. nicht als statische und subsumtionsfähige Sachverhalte festliegen, sondern sich, nicht zuletzt durch den Prozeß der Verrechtlichung selbst, in ständi-

³⁵ Vgl. R. Wietzholder, *Materialization and Proceduralization in Modern Law*, in: G. Teubner (Anm. 25), S. 221 ff.

ger Bewegung befinden, in der sich Kausalverhältnisse komplizieren, Interdependenzen, Einflußzonen und Schutzbedürfnisse verändern und die herkömmliche Trennung von Sachverhalt und Norm permanent unterlaufen. Der Genehmigungsprozeß einer großtechnischen Anlage (z. B. von Kernkraftwerken) ist ein deutlicher Beleg für diese Dynamisierung der Rechtsanwendung, für die der Begriff des »law processing« angemessener wäre. Dies erfordert eine Rechtsanwendungslehre, die neue Instrumente und Verfahren der Informationsbeschaffung, -selektion und -bewertung und neue Kriterien der Zurechnung und Verteilung von negativen und positiven Externalitäten (Schäden, Risiken und Wohlfahrtsgewinne) entwickelt. Als Beispiele seien Individualschäden nach industrieller Umweltbeeinträchtigung³⁶, Gesundheitskomplikationen im Gefolge von ärztlichen Mißgriffen oder von Medikamentengebrauch oder auch Wohlfahrtsgewinne aus technologisch induzierter Veränderung industrieller Produktionsprozesse genannt.

Ein weiteres Element einer zu entwickelnden Theorie des »law processing« ist das Merkmal der Ungewißheit³⁷, das in der Rechtsanwendung einen völlig neuen Stellenwert erhalten hat. Traditionellerweise ist die Konfliktregelung durch Recht mit dem Ziel der Rechtskraft die Behebung von (Rechts-)Ungewißheit durch Rechtsentscheidung. Die theoretische Voraussetzung dieses Konzepts war einerseits, wie erwähnt, die Statik eines subsumtionsfähigen (gesellschaftlichen) Sachverhalts, zum anderen aber die Annahme der Einheit des Rechts, des Staates und eines öffentlichen Interesses, die durch die Rechtsverwirklichung je neu authentifiziert und reproduziert wurde. In der Zukunft dürfte diese theoretische Prämisse eines auf die Herstellung von Gewißheit gerichteten und in der Einheit des Rechtssystems gründenden Rechtsanwendungsmodells problematisch werden. Schon heute ist erkennbar, daß gesellschaftliche Teilsysteme wie die Wirtschaft, die Verwaltung oder die Wissenschaft ihre Handlungsressourcen und -strukturen weniger nach dem Prinzip der Verwirklichung bestimmter Werte sondern nach dem der Öffnung, Erhaltung und Kontrolle von Möglichkeitsräumen organisieren, durch die sie den Prozeß ihrer Selbstveränderung steuern. Nicht die Erlangung von Gewißheit (i. S. der Ziel- und Wertverwirklichung), sondern der Umgang mit Ungewißheit strukturiert diese Sozialbereiche, und das Recht als integrales Element ihrer Reproduktion muß seinerseits nicht nur seine Regelungskapazität, sondern vor allem seine Kriterien für die Relevanz des notwendigen Wissens darauf einstellen. Dies alles fällt in den Bereich der Verfahrenslehre, die vermutlich die grundlegendsten Veränderungen erfahren wird.

Schließlich gehört in diesen Bereich der Analyse der Anwendungs- und Akzeptanzbedingungen des Rechts die wissenschaftstheoretisch zwar nicht sehr neue, aber bislang fast vollständig vernachlässigte Frage nach den Ressourcen, internen Handlungsstrukturen und Informationsverarbeitungskapazitäten des Rechts-, insbesondere des Justizapparates. Hier ist ein Gesichtspunkt hervorzuheben. Zwar werden bereits in bestimmten Bereichen der Justiz und der Verwaltung Computer eingesetzt, um schematisierbare Massenverfahren (Mahnverfahren, Bußgeldverfahren) rationaler zu »erledigen«; die Prämissen und die Folgen dieses Prozesses sind aber noch weitgehend unaufgeklärt. Die Möglichkeiten der Verarbeitung auch komplexer Informationen durch Computer dürfte neue Kriterien für die Sachverhaltsermittlung, für die Relevanz von Informationen, für die Berücksichtigung von Interdependenzen und neue Erkenntnisse über die logische Struktur des Rechts hervor-

³⁶ Vgl. G. Briggemeier, *Deliktsrecht*. Ein Hand- und Lehrbuch. Baden-Baden 1986, S. 452 ff.

³⁷ Vgl. K.-H. Ludeur, *Die Akzeptanz von Ungewißheit – ein Schritt auf dem Weg zu einem »ökologischen« Rechtskonzept?*, in: R. Voigt (Hrsg.), *Recht als Instrument der Politik*. Opladen 1986, S. 60 ff.

bringen³⁸, deren Integration in die Rechtstheorie – auch hier in erster Linie in die Verfahrenstheorie – noch aussteht und Programm für zumindest das nächste Jahrzehnt sein wird.

2. *Von der Konstitution subjektiver Freiheit über die Regulierung von Externalitäten zur Gestaltung von Interdependenzen*

Die Krise des regulatorischen Rechts resultiert nicht nur aus der unzulänglichen Kenntnis der Binnenstruktur und der im Rechtssystem selbst enthaltenen strukturellen Eigenarten, die die sozialen Anwendungsbedingungen des Rechts bestimmen, sondern aus der permanenten Steigerung der Komplexität der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse, d. h. aus der Steigerung der Gesamtheit der Möglichkeiten des Handelns und Erlebens, deren Aktualisierung je unterschiedliche Sinnzusammenhänge konstituiert. Es wurde bereits erwähnt, daß sich »moderne« gesellschaftliche Teilsysteme zunehmend weniger nach dem Kriterium der Ziel- und Wertverwirklichung als nach dem des rationalen Umgangs mit Handlungs- und Erlebnismöglichkeiten organisieren. Dies erklärt, daß Fragen einer problemadäquaten Prozeduralisierung des Rechts Vorrang vor der Begründung seiner materiellen Richtigkeit bekommen haben, da sie im Zuge des Zerfalls eines einheitlichen Rechtshorizonts immer häufiger kontingent werden. Die Anforderungen an die Leistungsfähigkeit rechtlicher Regulierung erhöhen sich daher insofern, als nunmehr die Koordinierung und Kompatibilisierung sich autonomisierender gesellschaftlicher Teilsysteme und ihrer internen Dynamiken und Entwicklungslogiken zu einem zentralen gesellschaftlichen Problem wird.

Es kann sicher nicht angenommen werden, daß dessen Lösung eine Funktion nur des Rechts ist. Sie ist aber gewiß eine Herausforderung auch an das Recht. Ein zentrales, dazu exemplarisches Feld zukünftiger rechtswissenschaftlicher Forschung in bezug auf diesen Problembereich bezieht sich auf die technologische Entwicklung und deren Steuerung. Die Exemplarität ergibt sich aus der soziologischen Eigenart von Technik: technisches Handeln ist Umweghandeln. Man wendet eine Technik an, indem man einen Umweg zum Ziel wählt, weil man auf diese Weise das Ziel schneller und/oder vollständiger erreicht. Sie bedeutet einen überlegten Verzicht auf unmittelbare Ziel- und Bedürfnisbefriedigung, verlangt die Aufgliederung des Umweges in spezialisierte Teilfunktionen und bewirkt, je länger die Umwegkette ist, eine um so differenziertere Arbeitsteilung³⁹. Diese Erkenntnis ist nicht neu. In der Wirtschaftswissenschaft gilt die Verlängerung der Produktionsumwege als ein Indikator für die Produktivität einer Volkswirtschaft, in der Organisations- und Verwaltungswissenschaft beruht die Theorie der Organisation und ihrer Effektivität auf dieser Einsicht, im Verfassungsrecht wird zu Recht in diesem Prozeß der Mediation von Unmittelbarkeit die Überlegenheit der Repräsentation über Identitätskonzepte der politischen Willensbildung gesehen. Die damit verbundenen Konsequenzen treten dagegen erst allmählich in unser Bewußtsein. Sie liegen in dem mit technischem Handeln verbundenen Prozeß der immer weiteren Verzweigung und Differenzierung von Funktionen und der daraus resultierenden Notwendigkeit der Kommunikation und Kooperation, die als objektiver Zwang zur beherrschenden gesellschaftlichen Realität wird und unserer Verfügung zu entgleiten droht. Man

³⁸ Vgl. hierzu *K.-H. Ladeur*, Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft, in: ARSP 1988, S. 218 ff.

³⁹ Hierzu *H. Sachsse*, Technik und Verantwortung. Probleme der Ethik im technischen Zeitalter. Freiburg 1972, insbes. S. 51 ff.

kann daher Technik auch als den Prozeß der fortwährenden Steigerung von gesellschaftlichen Dependenz und Interdependenzen bezeichnen.

Betrachtet man – aus rechtswissenschaftlicher Sicht – die bisherigen Formen der rechtlichen »Regulierung« dieses technologisch induzierten Prozesses, so kann man von der ersten als der Phase des »freisetzen« Rechts auf der liberalen Entwicklungsstufe sprechen, die auf der interventionenstaatlichen Stufe durch die Phase des »kontrollierenden« Rechts ergänzt (nicht abgelöst) wurde⁴⁰. Es waren die Schritte von der rechtlichen Konstituierung von subjektiver Freiheit – Freiheit der Wissenschaft und Forschung, des Gewerbes und des Berufes, des Eigentums und des Marktes als den rechtlichen Formen, durch die der technologische Prozeß und seine lineare Fortschrittsdynamik freigesetzt wurde – zur Entdeckung und Regulierung von Externalitäten, d. h. der Erkenntnis der Notwendigkeit einer bewußten Kontrolle und Verteilung der Schäden, Risiken und Produktivitätsgewinne der unauflösbar mit dem Wirtschaftswachstum verbundenen technologischen Entwicklung. Heute stehen wir vor einer neuen Entwicklungsstufe, deren Problemwahrnehmung sich nicht mehr auf die Fragen der »Technologiefolgenabschätzung«, d. h. auf die Kontrolle einer als unumkehrbar und quasi-naturwüchsig unterstellten Entwicklung, beschränken kann und wird, sondern insofern als Phase des »gestaltenden« Rechts zu konzipieren ist, als es den Anspruch erhebt, die Dynamik des Aufbaus von Interdependenzen und des Netzwerks von Möglichkeitsräumen mit rechtlichen Maßstäben zu konfrontieren.

Im *öffentlichen Recht* wird das – vergleichbar mit der Entdeckung und dogmatischen Ausformung der Planung und ihres Instrumentariums in der Phase des Übergangs zum interventionistischen Recht – zur Notwendigkeit der Entwicklung neuartiger rechtlicher Steuerungstechniken führen, die über die in jener Phase konzipierten Mechanismen des Interessenausgleichs bei der Verteilung von negativen und positiven Externalitäten hinaus die Kapazität der Koordinierung gesellschaftlicher Teilsysteme durch die Herstellung ihrer wechselseitigen Kompatibilität, Offenheit und Anschlußfähigkeit enthalten müssen. Dabei spricht einiges für die Annahme eines grundlegenden epistemologischen Wandels der Erkenntnisperspektive, wie sie der radikale Konstruktivismus in anderen Wissenschaftsbereichen (z. B. Philosophie, Psychologie, Soziologie, Managementwissenschaften, Sprach- und Literaturwissenschaft) vollzogen hat⁴¹. Er beruht auf der Erkenntnis der Selbstreproduktion, Autonomie und Geschlossenheit gesellschaftlicher Teilsysteme und bemüht sich nicht um die Erkenntnis von Inhalten, Gegenständen und Objekten (im Recht: Werte, Ziele, subjektive Rechte), sondern von jenen Prozessen, durch die sie sich auf sich selbst beziehen und selbst reproduzieren. Eine rechtliche Theorie der Verkoppelung und Kompatibilisierung gesellschaftlicher Teilsysteme wird daher – neben der oben (III. 1.) skizzierten Analyse der Bedingungen der Selbstreproduktion des Rechtssystems selbst – eine Beziehung zwischen den Relevanzkriterien jener Teilsysteme und denen des Rechts herzustellen haben, um wechselseitige Anschlußpunkte zu entdecken. In dieser Perspektive liegt möglicherweise ein Ansatz zum Umgang mit dem Interdependenzproblem, insofern sich damit Möglichkeiten der Steuerung der internen Wahrnehmungskriterien sozialer Teilsysteme im Hinblick auf ihre wechselseitige Koordinationsfähigkeit ergeben können.

Hinter dieser Fragestellung steht unverkennbar das Problem der Organisation von gesamtgesellschaftlicher Verantwortung unter Bedingungen der Krise eines einheit-

⁴⁰ Hierzu G. Winter, *Gentechnik als Rechtsproblem*, in: DVBl. 1986, S. 585, 586 ff.

⁴¹ Vgl. S.J. Schmidt (Hrsg.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*. Frankfurt/M. 1987.

lichen und homogenen Begriffs von öffentlichem Interesse. Klassische öffentlich-rechtliche Kategorien wie die des subjektiven öffentlichen Rechts, des Gesetzes oder des öffentlichen Interesses werden im Angesicht dieser neuen Anforderungen ebenso neu konzeptualisiert werden müssen wie die Theorie der Demokratie: Selbst-Verwirklichung und Selbst-Bestimmung werden den Charakter von »Selbst-Reflexion« annehmen, d. h. jegliches Handeln und Wahrnehmen unter das Diktat der Rückbezüglichkeit auf die Bedingungen von Handeln und Wahrnehmen stellen.

In dem vom *Privat-* zum *Wirtschaftsrecht* entwickelten Bereich der rechtlichen Regulierung von Produktion, Verteilung und Konsum wird sich die rechtswissenschaftliche Forschung auf die Klärung der Interdependenzbeziehungen zwischen Wirtschafts- und Rechtssystem und den daraus resultierenden Veränderungen der wirtschaftsrechtlichen Kategorien konzentrieren. In den zentralen Bereichen des Vertrags-, Haftungs-, Unternehmens-, Wettbewerbs- und Konsumentenschutzes, in denen die Transformation in ein »Sozialrecht der Wirtschaftsbeziehungen« noch keineswegs abgeschlossen ist, wird die Frage nach der Regulierung von Externalitäten durch den neuen Horizont der Internalisierung, d. h. der Selbstverarbeitung der Sozialfunktionen rechtlich vermittelten wirtschaftlichen Handelns erweitert werden, wie sie an einzelnen Problemen wie dem der »corporate responsibility« im Unternehmensrecht oder im Umwelthaftungsrecht bereits diskutiert werden.

Im Bereich der *Kriminalwissenschaften*, in dem sich die bisherige Forschung auf die Probleme der sich partiell vom Schuldstrafrecht lösenden Strukturmerkmale der sozialen Kontrolle konzentriert hat, wird sich die Forschung zunehmend mit den Phänomenen beschäftigen, die aus den unbewältigten Konflikten zwischen Rationalisierungsprozessen in gesellschaftlichen Teilsystemen und ihren Folgen in lebensweltlich strukturierten Bereichen ergeben. Angesichts der eher noch zunehmenden Herausbildung heterogener Subkulturen, Minderheiten, Lebensstile und sozialer Bewegungen wird die Analyse der sozialen Prozesse der Definition abweichenden Verhaltens als kriminell in Zukunft weiterhin aktuell bleiben. Zugleich dürften im Zuge der Entmaterialisierung der sozialen Verhaltenssteuerung auch die Formen der sozialen Kontrolle zunehmend entsinnlicht werden, ohne daß sie deshalb weniger intensiv sein müssen. Hier werden vermutlich gegenläufige Bewegungen zu beobachten sein, die in der Tendenz zur Sublimierung sozialer Kontrolle übereinstimmen: einerseits Untersuchungen über Alternativen zum gegenwärtigen System der Kriminalstrafen (Wiedergutmachung statt Strafe, private Konfliktregelung [informal controls], Abschaffung der Gefängnisse und der Freiheitsstrafe), andererseits Strategien des Zugriffs auf die psychischen Systeme von Individuen und Gruppen, um sie mit den Rationalitätsanforderungen der dominanten Sozialsysteme kompatibel zu machen.

3. Informationsrecht – das Recht der zweiten industriellen Revolution?

Im engsten Zusammenhang mit den bisher erörterten Entwicklungstendenzen steht der Komplex, der unter dem Stichwort der Informatisierung der Gesellschaft seit über einem Jahrzehnt auch in der Rechtswissenschaft bearbeitet wird⁴². Die Merkmale der Interdependenz und der Entmaterialisierung sozialer Beziehungen sind hier miteinander verbunden. Ob es, wie das vertreten wird, gerechtfertigt ist, von

⁴² Vgl. W. Steinmüller (Hrsg.), *Verdattet und vernetzt. Sozialökologische Handlungsspielräume in der Informationsgesellschaft*. Frankfurt/M. 1988

einem säkularen Prozeß der Industrialisierung der geistigen Arbeit zu sprechen, nachdem die der körperlichen Arbeit die Folge der ersten industriellen Revolution gewesen sei⁴³, mag hier auf sich beruhen. Unbestreitbar ist, daß der sich gewiß intensivierende Prozeß der informationellen Steuerung sozialer Prozesse nach der Herausbildung eines Rechts der informationellen Beziehungen verlangt, das in der Informationsgesellschaft dieselbe Bedeutung haben wird wie das Recht der industriellen Beziehungen in der Industriegesellschaft. Punktueller Ansätze zu einem derartigen Recht sind bereits vorhanden: die Konzeption eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, noch sehr selektiv auf bestimmte Beziehungen des Bürgers zum Staat bezogen⁴⁴, war nur denkbar auf der Grundlage der Erkenntnis sowohl der gesteigerten Vernetzung und Interdependenz von Sozialbereichen wie auch der sozialen Steuerungsfunktion von Informationen. Ein anderes, heute sehr aktuelles Beispiel ist die Unterminierung wesentlicher Elemente des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts durch die Möglichkeiten der informationellen Feinsteuerung von Produktions- und Verteilungsprozessen, denen gegenüber die »industriellen« Arbeitnehmerrechte kaum noch greifen. Die Neuregelung des § 116 AFG ist in dieser Perspektive als ein gelungener Versuch zu begreifen, die Interdependenz des industriellen Produktionsprozesses einerseits zu steigern, andererseits die daraus resultierenden erhöhten Risiken für Unterbrechungen seiner Vernetzung den Arbeitnehmern aufzubürden. Die zukünftige Entwicklung der Rechtswissenschaft wird sich mit einem bloß reaktiven Zugriff auf diese Probleme nicht begnügen können, sondern auf der Grundlage eines vertieften theoretischen Verständnisses des Charakters informationeller Steuerung um eine systematische Entwicklung eines eigenständigen Informationsrechts bemühen müssen, wie es sich in dem Zusammenwachsen der traditionellen Gebiete des Post-, Fernmelde-, Rundfunk- und Presserechts zu einem Telekommunikationsrecht bereits weitgehend vollzogen hat⁴⁵ und sich in anderen sozialen Sphären – hervorzuheben ist hier das Sozialrecht⁴⁶ – ebenfalls herausbilden wird.

4. Theorie der Normativität des Rechts

Schließlich läßt sich die Vermutung äußern, daß die theoretische Arbeit an der rationalen Begründung von Normen und Gerechtigkeitskriterien ihre augenblicklich in der Rechtswissenschaft etwas vernachlässigte Bedeutung wiedergewinnen wird. Die hier vorausgesehene Dominanz der Probleme der inneren Rationalisierung sowie der Anschlußfähigkeit des Rechtssystems an andere gesellschaftliche Teilsysteme wird aufgrund der gewachsenen Kontextabhängigkeit der Effizienz rechtlicher Regulierung notwendigerweise auch die Frage nach dem legitimen Inhalt von Recht herausfordern; denn in dem Maße, in dem das Recht seine Einheit weniger in der homogenen Autorität der Staatsperson findet und sich nach Genese und Geltung bereichsspezifisch differenziert und damit gesellschaftlich pluralisiert, wird diese Einheit in dem konstituierenden Prinzip des Rechts gesucht werden

43 W. Steimmüller, Informationsrecht – das Arbeitsrecht der zweiten industriellen Revolution?, in: DVR 1982, S. 179 ff.

44 Vgl. A. Podleeb, Kommentierung von Art. 2 Abs. F, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare. Neuwied/Darmstadt 1984 (dcmn. 2. Aufl. 1989), insbes. Rzn. 41 ff.

45 Vgl. J. Scherer, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik. Baden-Baden 1985.

46 Vgl. H. Schmidt, Das Sozialinformationssystem der Bundesrepublik Deutschland. Eutin 1977; zur neuesten Entwicklung W. Steimmüller/J. Rieß, Die Verwendung der Versicherungsnummer in den Gesetzentwürfen zur Strukturreform im Gesundheitswesen. Univ. Gutachten Bremen 1988.

müssen: der Verheißung von Gerechtigkeit⁴⁷. Hier kann weder ein vorrechtlicher Wertkonsens vorausgesetzt werden noch läßt sich dieses Versprechen durch bloße Verfahrensgerechtigkeit einlösen, und eine Theorie normativer Evolution ist nicht in Sicht⁴⁸. Vermutlich ist sie auch gar nicht möglich, da die Rechtswissenschaft ihre historische Entwicklung nicht der inneren Entwicklungslogik des Rechts als vielmehr der je neuen Auseinandersetzung mit den realen gesellschaftlichen Bedingungen für individuelle Freiheit, soziale Gerechtigkeit und kollektive Selbstbestimmung verdankt.

Diese Bedingungen unterliegen an der Schwelle zum 21. Jhd. einem grundlegenden Wandel: die rapide Steigerung der technischen Vermittlung unserer Zivilisation geht mit ihrer zunehmenden Verletzlichkeit einher und produziert immer rigidere soziale Kooperations- und Anpassungszwänge. Sie erzeugen soziale Kontrollbedürfnisse, die die tradierte Konzeption des Subjekts, seiner Selbstbestimmung und seiner sozialen Pflichten in einem schleichenden Prozeß umdefinieren und unterlaufen; die Vermessung und Verdattung der Individuen ebenso wie die staatliche Eroberung ehemals staatsbürgerlicher Freiheitssphären unter dem Rechtstitel der Gefahren- und Risikoversorge sind nur die markantesten Beispiele, die durch Entwicklungen vor allem im Bereich der sozialen Sicherung ergänzt werden könnten. Die Lockerung überkommener sozialer Solidaritätsbeziehungen⁴⁹ und die damit einhergehende Schwächung der auf ihnen beruhenden Formen sozialer und politischer Interessendurchsetzung haben ebenso wie die unzulängliche Empfänglichkeit der politischen Institutionen für neue soziale Bedürfnisse die Möglichkeiten demokratischer Selbstbestimmung in beunruhigender Weise geschwächt. In der Rechtswissenschaft sind jedenfalls Ansätze für eine Theorie der Demokratie, die dem vorhandenen gesellschaftlichen Reflexionspotential zu seinem Ausdruck und zu seinem Recht verhelfen würde, nicht erkennbar. Und schließlich deuten die »Krise des Normalarbeitsverhältnisses«⁵⁰ und die daraus resultierenden Wandlungen der sozialstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung Veränderungen der in mühseligen Kämpfen durchgesetzten Standards für soziale Gerechtigkeit an, die es rechtfertigen, von einer Krise des Wohlfahrtsstaates zu sprechen. In all diesen Bereichen gefährdeter Freiheit und Gerechtigkeit ist die Bewährungsprobe der Jurisprudenz noch nicht bestanden.

47 Hierzu die auch in der Bundesrepublik einflußreich gewordene Arbeit von *J. Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt/M. 1979; *O. Höffe*, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*. Frankfurt/M. 1987.

48 Hierzu sehr aufschlußreich *G. Frankenberg/U. Rödel*, *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz. Die Freiheit politischer Kommunikation im Verfassungsstaat*. Frankfurt/M. 1981, insbes. S. 9 ff., 319 ff.

49 Hierzu *U. Beck*, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt/M. 1986, insbes. S. 121 ff.; als Ergänzung dazu dringend empfehlenswert *A. Evers/H. Nowotny*, *Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*. Frankfurt/M. 1987, insbes. S. 59 ff.

50 Vgl. *U. Mückenberger*, *Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses*, in: *Zeitschr. f. Sozialreform* Jg. 31 (1985), S. 415 ff. u. 457 ff.