

Peer Zumbansen

Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat
Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag

Internationale Studien zur Privatrechtstheorie, Band 1

International Studies in Private Law Theory, vol. 1

Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2000

ISBN: 3-7890-6928-0

€56,00

Internationale Studien zur Privatrechtstheorie

Nach lang anhaltenden, schon von Max Weber diagnostizierten Tendenzen der Überlagerung des Privatrechts mit öffentlich-rechtlichen Normen ist spätestens seit den 70er Jahren eine Gegenbewegung in Gang gekommen: die Erosion jener öffentlich-rechtlichen Elemente durch De-Regulierung und Privatisierung. Handelt es sich hier um eine Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? Zweifel sind angebracht. Denn Privatisierung ist regelmäßig von erstaunlich intensiver Re-Regulierung begleitet. Sie entwickelt sich nicht endogen, sondern die Anstöße kommen 'von außen', sind politisch vermittelt und verantwortet. Angemessener scheint es, von neuartigen *governance regimes* zu sprechen, an denen häufig staatliche wie private Akteure beteiligt sind, die aber auch als selbstorganisierende Regimes im privaten Sektor begegnen. Immer stellen sich Folge-Fragen: Wie steht es um die Verantwortlichkeit für das "Regieren ohne Regierung"? Welche sozialen Problemlösungsfähigkeiten, welche normativen Qualitäten werden in den neuartigen Konstellationen dem Privatrecht abverlangt?

Die Etablierung neuer Regimes ist vor allem auf Prozesse der Europäisierung und Globalisierung zurückzuführen. Verlauf und Ergebnisse dieser Entwicklungen waren und sind überraschend. In Europa schien die ordoliberalen Programmatik einer transnationalen wettbewerblichen Verfassung der Wirtschaft sich zu realisieren und mit den amerikanischen und britischen Umorientierungen der Wirtschaftspolitik zu konvergieren. Während sich in der Tat eine redistributive Politik kaum behaupten kann, reüssiert gleichwohl eine massive regulatorische Politik. Europa wird vielfach als *regulatory state* qualifiziert, in dessen Rahmen sich die Sphären privatwirtschaftlicher Autonomie und mit ihnen der Geltungsbereich des Privatrechts erweitern. Die Dynamik der Wirtschaftsintegration führt aber auch gerade im Privatrecht zu erheblichen Veränderungen und Verwerfungen. Auf europäischer Ebene werden immer neue Verbraucherschutzrechtliche Initiativen auf den Weg gebracht, auf der Ebene der Mitgliedstaaten Inkohärenzen und zahllose neue Abstimmungsprobleme in Kauf genommen.

Immer deutlicher wird aber auch, daß diese Entwicklungen nicht nur den territorialen Nationalstaat überfordern, sondern sich auch im Rechtsraum der EU nicht domestizieren lassen. Die weiterreichende Globalisierung nicht nur der Wirtschaft, sondern ganz verschiedener gesellschaftlicher Teilbereiche verstärkt die Emergenz von *private governance regimes* auf transnationaler Ebene. Angesichts des Defizits einer institutionalisierten Weltpolitik treiben globalisierte Gesellschaftssektoren neue private Formen der Verrechtlichung heraus, deren Politisierung sie jedoch nicht vermeiden können.

Zugleich internationalisiert sich die Rechtswissenschaft. Sie trifft indes auf sehr unterschiedliche nationale Entwicklungslagen der Privatrechtstheorie. Ein Blick in die führenden Zeitschriften zeigt: in der traditionell pragmatisch orientierten anglo-amerikanischen Rechtskultur findet ein Theorieschub ohnegleichen statt, in der traditio-

nell wissenschaftslastigen kontinentalen Rechtskultur verstärkt sich hingegen die Orientierung der Dogmatik an der Rechts- und Wirtschaftspraxis. Drüben immer mehr Rechtswissenschaft ohne Recht, hüben immer mehr Rechtspraxis ohne Theorie. Gleichzeitig begibt sich die Privatrechtswissenschaft in beiden Rechtskulturen intensiv auf die Suche nach einer neuen Orientierung. Der aussichtsreichste Kandidat scheint ein konstitutionelles Denken als neue Grundlagenwissenschaft des Privatrechts zu sein, das auf den Bedeutungszuwachs des Privatrechts mit der Entwicklung von Kriterien und Verfahren für eine Rechtsverfassung der neuen Privatregimes reagiert. Gleichzeitig wird sich aber ein solches konstitutionelles Denken von der auf die institutionalisierte Politik fixierten Sichtweise des Verfassungsstaats emanzipieren müssen.

Die Schriftenreihe setzt von vornherein auf Theoriepluralismus und sucht die ausschließliche Ausrichtung privatrechtlichen Denkens, etwa auf Theorien ökonomischer Provenienz, auf Systemtheorie, kritische Theorie, Poststrukturalismus, Dekonstruktion etc. zu vermeiden. In einem Forum für rivalisierende Privatrechtstheorien sollen vielmehr deren Geltungsansprüche und rechtspraktische Konsequenzen, gerade auch in ihrer wechselseitigen Kritik, thematisiert werden. Besondere Aufmerksamkeit soll theoretisch informierten, empirisch detaillierten und rechtsdogmatisch ausgefeilten Einzelanalysen von solchen Rechtsinstitutionen gelten, in denen sich aktuelle Transformationsprozesse auf der innerstaatlichen, europäischen und globalen Ebene abspielen. Die Reihe soll zur Internationalisierung der Privatrechtswissenschaft beitragen, nicht im Sinne der traditionellen Rechtsvergleichung, nicht im Sinne internationalrechtlicher Teildisziplinen, sondern als Reflexion der Privatrechtsdogmatik, die über nationale Grenzen hinaus den vielfältigen Transformationen der Rechtspraxis nachspürt.

Die Zusammensetzung des Herausgeberkreises spiegelt die internationale und theoriepluralistische Ausrichtung der Reihe wider. Die Kooperation von drei Verlagen aus Deutschland, Großbritannien und Frankreich soll ihre internationale Verbreitung sichern. Ihre Schriften, Monographien und Sammelbände, werden in einer der drei Sprachen erscheinen.

Hugh Collins, London School of Economics, London

Christian Joerges, Europäisches Hochschulinstitut, Florenz

Antoine Lyon-Caen, Université Paris-X-Nanterre

Gunther Teubner, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt/Main

James Whitman, Yale University, New Haven

Vorwort

Die nun in etwas überarbeiteter Fassung vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1998/99 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt/M., als Dissertation angenommen. Sie ist Ergebnis von Begegnungen mit Texten, alten und neuen, aber auch von Begegnungen mit Lehrern, Kollegen und Freunden. In erster Linie möchte ich mich bei Rudolf Wiethölter für die begleitende, fördernde und herausfordernde Unterstützung bedanken, die ich seit vielen Jahren erfahre. An seinem Lehrstuhl habe ich immer wieder Anregungen erhalten und immer neu den Zauber und die Kraft des „entzauberten“ Rechts kennenlernen dürfen. Auch Klaus Günther schlug seit den ersten Tutorien die Brücke zwischen dem Philosophie- und dem Jurastudium. Auch ihm möchte ich für die Behutsamkeit und Feinsinnigkeit danken, mit der er mein Studium und die damit verbundenen Suchbewegungen begleitet hat. Ilse Staff hat mich seit den ersten Tagen des Jurastudiums begleitet und mir die Ehre erwiesen, die Disputation zu leiten.

In anregenden Gesprächen mit Gunther Teubner hatte ich Gelegenheit, die Arbeit aus unterschiedlichen Perspektiven und mit weiteren Markierungen zu diskutieren. Auch für die Anregungen und Kommentare von Ingwer Ebsen bin ich sehr dankbar. Immer lehrreich und konstruktiv ist die Hilfe gewesen, die ich von Kilian Bälz, Joachim Comes, Agustin Ferraro, Dominik Hanf, Oliver Hein, Michael Hirsch, Marcus Kieper, Judith Knieper, Regina Kreide, Stefan Magen und Christian Walter erfahren habe. Danken möchte ich auch meinen Rettern und Rittern Jörg Becker, Andreas Feneis, Sung-Kee Kim, Andreas Maurer, Jens Schmalbach und Lars Schmidt sowie Clarissa Weilbacher für ihre Hilfe.

Ohne die Unterstützung von Günter Frankenberg, Klaus Günther, Christian Joerges und Rudolf Wiethölter wäre es mir nicht möglich gewesen, ein sehr lehrreiches Jahr in Harvard verbringen zu dürfen. Die dortigen Seminare und die Gespräche waren Beispiele einer entgrenzten Wissenschaft und halfen bei der Eingrenzung meiner eigenen.

Ich möchte mich beim DAAD, bei der FAZIT-Stiftung und der Harvard Law School sehr für die Unterstützung für das Auslandsstudium und bei der FAZIT-Stiftung zusätzlich für die Übernahme des Druckkostenzuschusses bedanken. Dem Nomos-Verlag danke ich für die Aufnahme in das Verlagsprogramm. Das Buch wurde mit dem Walter-Kolb-Gedächtnis-Preis 1999 ausgezeichnet. Gewidmet ist es meinen Familien.

Der Prolog ist eine chassidische Geschichte, die Doris v. Drateln in einem Interview Christian Boltanski erzählte.

Peer Zumbansen, Frankfurt am Main, Frühjahr 2000

Ein heiliger Mann ging in den Wald, wo er an einer bestimmten Stelle ein Feuer anzündete und ein Gebet sprach, zur Erlösung der Welt. Jahre später ging einer seiner Schüler in den Wald an die bestimmte Stelle, konnte aber das Feuer nicht entzünden. So sprach er nur das Gebet. Als Jahre später der nächste Schüler in den Wald kam, wußte er nicht das Feuer anzuzünden und hatte außerdem das Gebet vergessen. Sehr viele Jahre später kam ein Schüler, der nicht wußte, wie das Feuer anzuzünden sei, sich nicht an das Gebet erinnern konnte und auch die Stelle im Wald nicht kannte. Er sagte: „Ich kann nur noch diese Geschichte erzählen, und das muß reichen.“

- 1.5.3.2 Akteure II: Verbände **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.5.3.3 Akteure III: Der Bürger **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2. Die produktive Kraft der Verfassung .. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1 Das Wechselspiel von Materialisierung und Formalisierung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.2 Der überforderte Staat **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- II. Die wohltätige Wirkung der Versachlichung der Industriegesellschaft..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 1. Herleitung und Begründung der Beschreibungsperspektive **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.1 Die Niederlage der repräsentativen Demokratie? **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.2 Die Gegenüberstellung von Rechtsstaat und Sozialstaat **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.3 Daseinsvorsorge **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.4 Die Daseinsverantwortung des Staates **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.5 Abhängigkeiten und Ermächtigungen:
Das Konzept der Teilhabe..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.6 Selbstprogrammierung der Verwaltung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2. Die vermeintliche Unvereinbarkeit von Rechtsstaat und Sozialstaat **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1 Die Position Forsthoffs **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.2 Die Sozialstaatlichkeit des Grundgesetzes **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.3 Gerechtigkeitspostulate auf Verfassungsebene und die Gefährdung des Staates **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3. Wohlfahrtsstaat oder Sozialstaat ? **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.1 Jenseits der Trennung von Staat und Gesellschaft..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.2 Die Prinzipien des Sozialrechts **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.3 Rollendifferenzierungen als Ansatzpunkte sozialrechtlicher Dogmatik..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 4. Auf der Suche nach dem Sozialstaat . **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- B. Gesellschaft **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

I. Vom Wohlfahrtsstaat zur Wohlfahrts-gesellschaft? **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

1. Gesellschaft als Leitbegriff **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.1 Selbststeuerungspotentiale **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.1.1 Der Mensch als Ausgangspunkt **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.1.2 Die Sicherheitsgewähr des Staates **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.1.3 Die Idee der Selbstgesetzgebung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.1.4 Einschluß- und Ausschlußmechanismen **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.2 Rahmenbedingungen **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.2.1 Bürgerliche Gesellschaft **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.2.2 Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Öffentlichkeit und Privatheit **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
2. Die Renaissance des Gedankens der unterstützten Eigenverantwortung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1 Subsidiarität als Ordnungsprinzip? **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1.1 Freie Wohlfahrtspflege zwischen Tradition und Funktion **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1.1.1 Die traditionellen Akteure der Freien Wohlfahrtspflege **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1.1.2 Von der Kostendeckung zum prospektiven Leistungsentgelt **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1.1.3 Zusammenarbeit **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1.1.4 Ökonomisierung der Wohlfahrtspflege **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1.2 Distanz und Sorge. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.2 Die Bedeutung der Schiedsstellen **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.3 Zeit der Selbstregulierung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.4 Nach dem Korporatismus **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

- 2.4.1 Formen staatlicher Verantwortung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 2.4.2 Solidaritätshoffnungen **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 3. Eigenverantwortung und Sozialrecht **..Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.1 Subsidiarität als Kollisionsmaßstab **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.2 Vorläufige Aussichten auf ein Kollisionsrecht **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.3 Keine Rückkehr zur Eigenvorsorge **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

II. Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

- 1. Verortung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 2. Wechselwirkungen **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 3. Funktionsunterschiede..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.1 Die Bürgerlichkeit des Privatrechts und des öffentlichen Rechts **..Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.2 Der Vertrag im öffentlichen Recht **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.2.1 Entwicklungspotentiale **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.2.2 Aufgabenerfüllung durch Vertrag **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.3 Rechtsverhältnisse zwischen öffentlichem und Privatrecht **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 4. Sozialrecht, Risikorecht und Schnittmengenrecht als Konvergenzrecht **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

C. Vertrag **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

I. Das vertragliche Argument..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

- 1. Vertragssemantik..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.1 Herrschaft und Vereinbarung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.2 Privatrecht unter Anpassungsdruck **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.3 Bürger und Konsument **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.4 Autonomes Handeln und Wohltätigkeit **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 2. Privatautonomie I: Selbstbestimmung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

3. Privatautonomie II: Steuerungsmerkmal der Gesellschaft..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.1 Wohlfahrtsstaat und Wohlfahrtsrecht **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.2 Staat, Gesellschaft, Privatrechtsgesellschaft **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3.3 Die Gewaltenteilung in der „Privatrechtsgesellschaft“ **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 4. Privatautonomie III: Doppelte Autonomie des Subjekts **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- II. Private versus Public Ordering **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
1. Vertrag als Steuerungsressource **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.1 Die Herkunft des Vertrages I: Herrschaft und Vereinbarung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.2 Die Herkunft des Vertrages II: Freiheit und Gleichheit..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.3 Private Ordering I: Erste Annäherungen **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.4 Veränderungen des Privatrechts **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.4.1 Vertrag als Beziehung **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.4.2 Rechtsmodell Markt **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.5 Gemeinwohlbezug durch Kennzeichnung schützenswerter Güter **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.6 Die These von der Reinheit des Privatrechts **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.6.1 Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Privatrechts... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.6.2 Die falsche Kritik am Konzept der Privatrechtsgesellschaft **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.6.3 Das moderne Selbstverständnis des Privatrechts **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1.7 Die Kategorie des Risikos... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 2. Private ordering II: Privatrecht..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.1 Bürgerliches Formalrecht..... **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.2 Materialisierungen und Prozeduralisierungen **Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2.3 Privatautonomie und öffentliche Autonomie I: Prägungen **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

- 2.4 Privatautonomie und öffentliche Autonomie II: Sicherungen**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 2.5 Soziale Selbststeuerung.....**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 2.6 Soziale Steuerung durch Vertragsrecht**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- 3. Überforderungen der Vertragskategorie?**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- D. Anschlüsse**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- I. Staat - Gesellschaft - Vertrag: Drei Ordnungsmuster**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1. Staat.....**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2. Gesellschaft.....**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3. Vertrag.....**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- II. Jenseits von Staat und Gesellschaft.....**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 1. Verfassung als Vertrag? Vertrag als Verfassung?**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 2. Das Privatrecht und die Aufgaben des Staates**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 3. Grundrechte und Demokratie.....**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
 - 4. Akteure und Modelle.....**Fehler! Textmarke nicht definiert.**
- Literaturverzeichnis.....**Fehler! Textmarke nicht definiert.**

Einleitung

I. Staat, Gesellschaft, Vertrag: Drei Diskurse

Wie wird der Staat der Zukunft aussehen? Wie die Gesellschaft? Mit welchen Erfahrungen begegnen wir dem Erwartungsdruck, und welche Beschreibungen der Vergangenheit werden morgen noch fruchtbar gemacht werden können? Die Sperrigkeit der Begriffe "Staat" und "Gesellschaft" für sich allein genommen reicht hin, um auf der Suche nach einer Antwort in Verlegenheit zu geraten. Vor dem Hintergrund einer nicht abreißen den Debatte über die Zukunft des Staates wächst jedoch die Notwendigkeit, sich mit der prägenden Kraft von Politik- und Rechtsmodellen auseinanderzusetzen, welche an der dualistischen Begrifflichkeit von staatlicher Steuerung einerseits und gesellschaftlicher Selbstorganisation andererseits ausgerichtet sind. Die Krise wohlfahrtsstaatlicher Arrangements und die grenzüberschreitenden Wirtschaftsentwicklungen

gen werden durchgängig innerhalb dieses Bezugsrahmens thematisiert, wobei es regelmäßig um ein Mehr oder Weniger an Staat, ein Mehr oder Weniger an Gesellschaft geht.¹

Diese "Diskussionsbedingung" scheint an sich fast trivial zu sein, bezeichnet sie doch nichts anderes als zwei Pole rechts-, politik- und allgemein gesellschaftswissenschaftlicher Programmarbeit. Gerade aber der Blick auf einzelne Bereiche der Staatsdebatte zeigt, in welchem Maße die Pole von "Staat und Gesellschaft" die Programmarbeit von vornherein binden, in Bahnen lenken und die Innovationsfähigkeit rechtlicher Instrumentarien selbst behindern. Die Privatisierungsdebatte etwa operiert mit einem Katalog an Stufenmodellen, der sich ganz und gar dem dualistischen Bild staatlicher Verantwortung und gesellschaftlicher Freiheit verdankt. Bestimmend bleiben dabei Vorverständnisse über die allgemeinwohlbezogene Eingriffs-, Leistungs-, Kontroll- und Aufsichtsfunktion des Staates auf der einen und die am Individuum orientierten Austausch-, Konkurrenz- und Freiheitsräume der Gesellschaft auf der anderen Seite. Die Kluft zwischen Gemeinwohlorientierung und egoistischem Gewinnstreben scheint nicht anders überbrückbar zu sein als durch Politikmodelle, die einzig und allein mit Misch-, Auf-fang- oder Schnittmengenkonzepten arbeiten. Die Sphären von Staat und Gesellschaft, von Politik und Markt, von Öffentlich und Privat bleiben ihrer Natur nach voneinander geschieden, auch wenn es aufgrund von Interventionen und aufgabenbedingter Synergieeffekte zu Querverbindungen, Überlagerungen und Grenzverschiebungen kommt. Außen vor bleiben damit aber Überlegungen, die auf eine wechselseitige Hereinnahme von Erfahrungen zielen. Lernerfahrungen, die das öffentliche Recht, die Grundrechtslehre und die Verwaltungswissenschaft im Rechts-, Sozial-, Umwelt- und Risikostaat gemacht haben und noch machen werden, finden so keinen Eingang in die internen Problembeschreibungsformeln des Zivilrechts. Und umgekehrt. Im Rückgriff der Privatisierungsmodelle auf das Zivilrecht wird in diesem ein allein durch horizontale Austausch- und Mehrwertbeziehungen geprägtes Privat- und Marktrecht gesehen, welches zum größten Teil noch zur Eigensteuerung anhand seines Leitprinzips der Privatautonomie in der Lage sei. Tiefgreifende Weiterentwicklungen des Privatrechts durch die Wahrnehmung und Verrechtlichung von Interessen, Betroffenheiten und Schutzbedürfnissen, in zunehmendem Maße auch aufgrund europäischer Rechtssetzung, werden in den herkömmlichen Beschreibungen von Privatisierungspotentialen und -grenzen nicht ausreichend zur Kenntnis genommen. Die Thematisierung von Verkehrskreisstandards, Verantwortungsschwellen und Machtungleichgewichten findet in jeder Teilrechtsordnung weitestgehend isoliert voneinander statt. Aber auch dort, wo es zum Zugriff des Verwaltungsrechts auf Regelungen des Privatrechts kommt, unterbleibt eine wechsel-

1 Zur Herausforderung tradierter Staatsvorstellungen siehe jüngst Böckenförde, Die Zukunft politischer Autonomie, 103, 106 ff.; Hobe, Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, 521, 523 ff.; Arnaud, De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation, 11, 24 ff.; Walter, Die Folgen der Globalisierung für die Europäische Verfassungsdiskussion, 1, 7 ff.; Berthold, Der Sozialstaat im Zeitalter der Globalisierung; Habermas, Der europäische Nationalstaat unter dem Druck der Globalisierung, 424 ff.; Zürn/Wolf, European Law and International Regimes: The Features of Law Beyond the Nation State, 272 ff.; Seeleib-Kaiser, Wohlfahrtssysteme unter Bedingungen der Globalisierung, 3, 9 ff.

seitige Befruchtung der rechtstheoretischen Begriffs- und Regelbildung. Die sich in besonders starkem Maße auswirkende Orientierung der jeweiligen Entscheidungsfindung an Rollen, an Kontexten und an "beteiligten Interessen" kennt die jeweilige Teilrechtsordnung nur für sich selbst. Kein Anschluß hingegen wird gefunden an die Lernerfahrungen, die mit entsprechenden Instrumenten in der anderen Rechtsordnung gemacht werden.

Daß dieser Zustand nicht länger ohne weiteres hingenommen werden kann, davon zeugen die Suchbewegungen innerhalb und zwischen den Wissenschaften des öffentlichen Rechts und des Privatrechts.² Während letzteres, auf den nachhaltigen Erfahrungen der Materialisierung besonders der siebziger Jahre aufbauend, Modelle prozeduralen Rechts, sogenannten Risikorechts bis hin zu Ideen eines konstitutionalisierten Privatrechts zu erproben beginnt, haben die Erfahrungen mit dem Recht des kooperativen Staats innerhalb des öffentlichen Rechts dazu geführt, sich mehr und mehr mit den Entwicklungsmöglichkeiten eines flexiblen, lernfähigen und bürgernahen Verwaltungsrechts auseinanderzusetzen.³ Diese Erprobungen setzen einen Kommunikationsprozess in Gang, der es hoffentlich erlauben wird, möglichst viel von der jeweils anderen Art und Weise zu lernen, mit der der allenthalben erfahrene Problemdruck zu verarbeiten gesucht wurde.

Die vorliegende Arbeit nimmt sich diesen bereits gemachten und den in Zukunft erhofften Lernerfahrungen in einer bestimmten Weise an. Ausgangsthese ist die Annahme einer Vorgeprägtheit der jeweiligen Problemverarbeitung durch die Hintergrundbegrifflichkeit von Staat, Gesellschaft und "Staat und Gesellschaft". Diese Begrifflichkeit hat in besonderem Maße die Anpassungsformen des öffentlichen Rechts wie auch des Privatrechts an die Herausforderungen der - in den Worten Forsthoffs - technischen und sozialen Realisation - geprägt. Entsprechend kann beobachtet werden, daß Lösungsformeln regelmäßig dem Begriffshorizont dieser zweipoligen Unterscheidung entlehnt wurden und daß gerade deshalb eine wechselseitige Annäherung des öffentlichen Rechts und des Privatrechts - bei allen Überschneidungen und Überlagerungen - weitestgehend ausgeblieben ist. Damit wird eine Auseinandersetzung mit juristischer Semantik notwendig, die sich in dem Aufeinandertreffen eingeübter Routine und Überraschung, erlebter Regelmäßigkeit und Ausnahme und schließlich in dem Gegensatz von Erfahrung und Erwartung entfaltet. Die Erfahrungen der Vergangenheit und die besonderen Formen, sich dieser Vergangenheit zu bemächtigen, sich ihrer zu versichern und sie sich zu eigen zu machen, sind der Hintergrund, vor dem Erwartungen in die Zukunft formuliert werden. Diese Erwartungen sind mehr als die Hoffnung des Naiven auf Besserung eines bedauernswerten Zustands, und sie sind auch mehr als die Furcht vor der Verschlechterung einer wie auch immer als gegeben akzeptierten Gegenwart. Unsere

2 Jüngst De Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht; Keller, Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht; Neuner, Sozialstaat und Privatrecht; Fuchs, Zivilrecht und Sozialrecht; s. auch die Beiträge in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen.

3 Vgl. etwa die pointierte Übersicht bei Treutner, Kooperativer Rechtsstaat; Voigt (Hrsg.), Der kooperative Staat; eindringlich bereits Ritter, Der kooperative Staat, 389 ff.

Erwartungen bauen auf unserer jeweiligen Form der Thematisierung der Vergangenheit auf. In der Berufung auf den Gesetzestext, auf frühere Entscheidungen und auf die - wie wir Juristen gerne sagen - Literatur benennen wir Vergangenheitsbestände, in den Worten Reinhart Kosellecks, "Erfahrungsräume" und damit auch Erlebens- und Zurechnungskontexte als in der Vergangenheit gekennzeichnete Grundlagen für die Skizzierung der in die Zukunft projizierten Erwartungshorizonte.⁴ Vom Staat zu reden, heißt dann - von einem bestimmten Standpunkt aus - gleichzeitig auch von seiner Entwicklung von den Anfängen bis hin zum derzeit beschriebenen Umwelt-, Risiko- und Supervisionsstaat zu sprechen. Die Bezugnahme auf die Handlungsbefugnisse und -möglichkeiten des Staates im Gegensatz zu einem Verweis auf die Selbststeuerungskräfte der Gesellschaft verdanken sich regelmäßig einer ganz bestimmten Beschreibung von Erfahrungen. Dem "Staat" wie auch der "Gesellschaft" werden bestimmte Vergangenheiten sowie darauf aufbauende Entwicklungsperspektiven zugeordnet. „Gesellschaft“ kann vor der Folie eines sich vom Interventionsstaat zum Wohlfahrts-, Präventions- und Umweltstaat weiterentwickelten Rechts- und Sozialstaats verstanden werden als notwendig staatsfern. Sie wird andererseits aber erst durch den Staat als Zentrum politischer Selbstverwaltung in Hinsicht auf ihre Selbstorganisation ermöglicht. Dabei steht „Gesellschaft“ immer noch unter dem Herausforderungsdruck, die legitimatorischen Voraussetzungen einer ausgewogenen Entwicklung in Freiheit und Gleichheit mitlaufend zu generieren.⁵ In dieser mehr oder weniger selektiven Rekonstruktion liegt - bewußt oder unbewußt - die Hauptvorarbeit für die in der und für die Zukunft zu fällenden Entscheidungen. Unsere Erwartungen sind von den bei dieser Rekonstruktion sichtbar gewordenen Wechselfällen der Vergangenheit geprägt, beeinflusst, sogar gebunden. Die Thematisierung der Herausbildung bestimmter Kategorien, Rechte, Institutionen und Zuschreibungsformeln mit Blick auf die Vergangenheit belegt die aufs Morgen gerichtete Programmatik mit einer schweren Hypothek. Gleichzeitig aber macht sie die Ecken und Kanten, die Verwerfungen und Verzerrungen in auf den ersten Blick geradlinig verlaufenen Entwicklungen deutlich. Nicht zuletzt ermöglicht sie eine Erinnerung der mit den benannten Begriffen verbundenen Erfolge, aber auch Enttäuschungen. Die Thematisierung von Theorien unter Einbeziehung ihrer Entstehungsabläufe eröffnet einen Erinnerungsprozeß, in dessen Verlauf das klebrige Band zwischen den alten Rechten/Unrechten und den neuen Ideen/Interessen⁶ sichtbar wird. Dabei soll gleich zu Beginn unterstrichen werden, daß weder "Staat" noch "Gesellschaft" klare oder einfache Verweisungen auf tatsächliche Zuordnungen und Verhältnisse bezeichnen. Vielmehr verdanken sich diese Zuschreibungsformeln der Tatsache, daß sich im Recht Thematisierungen von Problemstellungen zum Zwecke der Komplexitätsreduktion auf die Semantik von „Staat“ oder „Gesellschaft“ beziehen. Damit kommt es jedoch sofort zu voraussetzungsvollen Weiterverweisungen. Die jeweilige Assoziation bestimmter Ordnungszusammenhänge mit einem der beiden Begriffe stellt

4 Siehe Koselleck, 'Erfahrungsraum' und 'Erwartungshorizont' - zwei historische Kategorien, 349 ff.

5 Siehe dazu Depenheuer, Bürgerverantwortung im demokratischen Rechtsstaat, 110; jüngst Volkmann, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung.

6 Siehe Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen, 12.

in sich wieder ein selbstbezügliches und autodynamisches System der Vergewisserung dar. Die Rede vom Staat bleibt weiterhin die bestimmende Form der Selbstbeschreibung der Politik⁷, während der Begriff der Gesellschaft das jeweils andere bezeichnet: „Gesellschaft“ als das - in sehr unbestimmter Weise - noch zu Konstituierende, als die Gemeinschaft auf dem Weg zur politischen Selbstkonstitution.

Die Diskussion über die Bewältigung neuer Aufgaben durch das Recht, über die sinkende Regelungskraft des Gesetzesrechts und die unterschiedlichen Spielarten informellen, situativen und kooperativen Verwaltungshandelns als Antwort auf festgestellte Implementationsdefizite sind - ebenso wie die bisher erprobten und noch anstehenden Privatisierungsprogramme - gekennzeichnet durch eine schwerwiegende semantische Erblast. Der in der Staatsrechtslehre überlieferte Staat-Gesellschaft-Dualismus prägt die angesprochenen Problemlösungsdebatten durchgängig und markiert so einen engen begrifflichen und programmatischen⁸ Rahmen. Staat und Gesellschaft können so als Fluchtpunkte der gegenwärtigen juristisch-dogmatischen, rechtshistorischen und – philosophischen Argumentation verstanden werden. In den in Bezug genommenen oder nur mitgeschleiften Begriffen Staat und Gesellschaft sind historische, also auch wissenschaftshistorische, Erfahrungen gespeichert, die zur Folge haben, daß jegliche Formulierung von Erwartung in diesem Bezugsraum formuliert zu werden scheint. Staat und Gesellschaft formieren – zumindest in unserer Diskussion⁹ - unsere Beobachtungen, Urteile und konzeptuelle Einschätzungen in einer Weise, die dazu führt, daß es, unabhängig wie weit entwickelt bereits die Tendenz von „Staat“ zu „Markt“ zu sein scheint, stets erforderlich ist, sich diese Hintergrundprägungen vor Augen zu führen. Erst dann wird es möglich, die wechselseitige Abhängigkeit der der Kritik unterzogenen wie der in Angriff genommenen Modelle gewinnbringend zu kennzeichnen. Auf diese Weise wird sichtbar, daß es zum einen nicht allein um die Untersuchung der unterschiedlichen Elemente eines vielbeschworenen Staatsversagens sondern auch um die eines Marktversagens geht, zum anderen, daß es zwischen beiden Erscheinungen Zusammenhänge und Einflüsse gibt.

Die Veränderungen der Rechtspraxis durch das Ineinandergreifen von öffentlichem Recht und Privatrecht¹⁰, durch die Zunahme privater Rechtssetzung und nicht-staatlicher Rechtsfindung, führt zur Entwertung der innerhalb des bisherigen semantischen Bezugssystems gemachten Erfahrungen. Der Rahmen von „Staat und Gesellschaft“ mit seinen Teilrechtsordnungen und Grenzziehungen ist ein historischer und

7 Willke, Staat und Gesellschaft, 13; siehe auch Luhmann, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, 67.

8 Siehe etwa König/Beck, Modernisierung von Staat und Verwaltung, 21.

9 Vgl. z.B. Leibholz, Staat und Gesellschaft in England, 206 ff.; siehe jüngst Wollmann, Politik- und Verwaltungsmodernisierung in den Kommunen, insbes. 347 ff., zu der Verwaltungsmodernisierungsdebatte in den angelsächsischen Staaten und den entsprechend anderen Ausgangspositionen; Budäus/Finger, Stand und Perspektiven der Verwaltungsreform in Deutschland, 315 f.: „Für die Zukunft nicht mehr zukunftsfähig scheint – die historisch bedingte klassische Trennung von Staat und Gesellschaft (...).“

10 Vgl. dazu bes. unten, B II.

müßte auch als solcher reflektiert werden.¹¹ Die Privatisierungsdebatte seit den achtziger Jahren scheint aber vielfach genau das Gegenteil zu beweisen. Wo es dort um den Staat, um dessen Rückzug, Erschöpfung oder gar dessen Ende geht, wird mit dem Staatsbegriff gleichzeitig auch alles in den Strudel hineingerissen, was bisher unter seinem semantischen Dach beherbergt wurde. Dazu gehört in erster Linie die Politik. Diese soll nur als im Staat zentralisierte, von diesem gehütete, in seinen Bahnen zustandekommende und sich dort entfaltende gedacht werden können. Das ist aber gerade deshalb bedauerlich, weil das Kind mit dem Bade ausgeschüttet zu werden droht. Scharfsinnige Analysen, die anstatt von einem Ende des Staates von einer Veränderung der Staatlichkeit sprechen und vor diesem Hintergrund Konzepte der Verantwortungsteilung vorschlagen¹², drohen ungehört zu bleiben, da die noch andauernde Konzentration auf den Staatsbegriff innerhalb einer Debatte über neue Politik, neue Steuerungsformen und Strukturmodelle einem strengen Über- und Unterordnungsprinzip geschuldet ist, nach dem unter die überkommenen Schlüsselbegriffe die Systeme von Politik, Recht, Wirtschaft, Kultur und Wissenschaft gereiht werden, ohne daß sich hier eine Chance eröffnen würde, aus dieser Ordnung auszubrechen.

Im Rahmen von drei größeren Abschnitten (A - C) soll den Konnotationen der Staat-Gesellschaft-Begrifflichkeit im Rahmen juristischer Programmarbeit nachgegangen werden, wobei der dritte Abschnitt einen Versuch darstellt, in der Kategorie des Vertrags die bis dahin gekennzeichneten Lernerfahrungen zu bündeln und nach den Chancen und Entwicklungsperspektiven von Recht jenseits der strengen Trennungslinien zu fragen. In einem Schlußkapitel (D) geht es um die zusammenfassende Würdigung der bisherigen Ergebnisse im Hinblick auf die anstehenden Veränderungen der Rechtssetzungsbedingungen durch die nachhaltige Krise des Sozialstaates und die damit verbundenen Fragen nach der Benennung und Beschreibung neuer juristischer Akteure und Modelle.

1. Die Trennung von Staat und Gesellschaft und die Privatrechtsgesellschaft

Der erste der folgenden drei Diskurse bezieht sein Thema vom Begriff des Staates. Auf der Suche nach dem Gegenstand der Staatslehre zeigt sich rasch, daß diese Disziplin in Schwierigkeiten ist.¹³ In erster Linie wird hierfür die Unzulänglichkeit einer rein juristischen Betrachtungsweise verantwortlich gemacht, die nicht über solche Beschreibungsformeln verfügt, die eine angemessene Abbildung der sich rasch verändernden Tatsachen- und Normenwelt erlauben. Nach dem Ende von Georg Jellineks „Zwei-Seiten-Lehre“, die zwischen einer auf die „Rechtslehre des Staates“ gestützten Personeneinheit und einem auf die „Soziallehre des Staates“ begründeten gesellschaftlichem Gebilde

11 So auch Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft; Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem; Rupp, Die Trennung von Staat und Gesellschaft; Luhmann, Staat und Gesellschaft.

12 Siehe dazu jüngst die Beiträge in Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat.

13 Siehe hierzu zuletzt Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, 1067 m.w. N..

unterschieden hatte¹⁴, gerät die Kategorie des Staates mit den zunehmenden Ausgliederungen von Souveränitätsrechten an überstaatliche Zusammenschlüsse¹⁵ und einen grenzüberschreitenden und –ignorierenden Wirtschaftsverkehr in starke Verlegenheit. Und dennoch zeichnet sich die Debatte um einen Umbau des Sozialstaats, um Privatisierungs- und um davon zu unterscheidende Deregulierungsspielräume durch einen hartnäckigen „Staatsvorbehalt“ aus.¹⁶

Dagegen rücken die "inneren" Entgrenzungen des nationalen Sozialstaats im Vergleich zur kulturell und politisch integrierten *societas civilis* nicht erst mit der Diskussion kommunitaristischer Ansätze ins Blickfeld.¹⁷ In der Konzeption der bürgerlichen Gesellschaft des 18. und 19. Jahrhunderts ist bereits die Trennung zwischen der politischen (öffentlichen) und der ökonomischen (privaten) Sphäre des Menschen angelegt. Hierfür mag das Wort Böckenfördes herangezogen werden, wonach der Rechtsstaat von normativen (und sozialen) Voraussetzungen zehrt, die er selbst nicht hervorbringen kann. Dies bedeutet mit Blick auf die Veränderungen in der Dogmatik des öffentlichen Rechts und hier besonders innerhalb der Grundrechtstheorie und des Verwaltungsrechts, daß soziale Teilhabe- und Verfahrenspositionen sowie horizontale Regelungsmuster im Rahmen kooperativen Verwaltungshandelns aus der Perspektive einer wechselseitigen Annäherung, Ergänzung und Verschiebung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht gesehen werden müssen.¹⁸ Während die Verwaltungsrechtswissenschaft die Frage klären muß, wie weit staatliche Regelungsansprüche zugunsten gesellschaftlicher autonomer Selbstorganisation zurückgenommen werden können¹⁹, greift die gesellschaftsphiloso-

14 Hofmann, ebenda.

15 Siehe Hobe, Der kooperationsoffene Verfassungsstaat; ders., Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung; Walter, Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion.

16 Zu diesem Begriff vgl. nochmals Hofmann, a.a.O., 1066, 1068.

17 Vgl. hierzu zuletzt Reese-Schäfer, Neue Entwicklungen kommunitaristischer Politik, 65 ff.; Türk, Prozedurale Gerechtigkeit versus substantielle Gerechtigkeit, 96 ff.; Brugger, Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes, 337 ff.; s. die vorbildliche Darstellung und Diskussion bei Forst, Kontexte der Gerechtigkeit; Nickel, Gleichheit in der Differenz? Kommunitarismus und die Legitimation des Grundgesetzes, 398 ff.; s. auch die Beiträge in: Honneth, (Hrsg.), Kommunitarismus; Frankenberg (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, und in: Brunkhorst/Brumlik (Hrsg.), Gemeinschaft und Gerechtigkeit.

18 Vgl. den Überblick über die Entwicklung in der Verwaltungswissenschaft bei Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 12 ff.; s. weiter die Beiträge in Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts; Lange, Staatliche Steuerung aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, 173 ff.

19 Vgl. die Berichte von Schmidt-Preuß und Di Fabio, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung; jüngst Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe; Trute, Verwaltung und Verwaltungsrecht, 954 f.; dazu auch Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 109 ff.; ders., Die Privatisierungsdiskussion in der deutschen Staatsrechtslehre, 541 f.; ders., Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand, private Anbieter und Organisationen des dritten Sektors, 17 f. S. auch die Berichte von Hengstschläger, Osterloh und Bauer zum Thema: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, 165 ff.; 204 ff. und 243 ff. Vgl. den Begleit Aufsatz zum selben Thema von Schoch, 962 ff.; Lecheler, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, 555 ff.

phische Diskussion ergänzend die demokratiethoretischen Implikationen einer „Privatisierung“ öffentlicher Aufgaben auf.²⁰ Hier schwanken die Einschätzungen zwischen starker Skepsis und euphorischen Hoffnungen auf das Kommen einer civil society. Demgegenüber werden innerhalb des bürgerlichen Rechts, besonders unter der Erfahrung punktueller Interventionen und Inhaltskontrollen, Modelle eines vergleichsweise "reinen" und unverfälschten Privatrechts diskutiert.²¹ Die Idee einer „Privatrechtsgesellschaft“ bezeichnet hier eine Gesellschaft freier und gleicher Individuen, deren Rechtsbeziehungen in erster Linie von privatrechtlichen Vorschriften bestimmt ist, und wo es einer öffentlich-rechtlichen Intervention nur zur Wiederherstellung der als existent angenommenen Gleichheitsverhältnisse bedarf.²² Ein anderer Diskussionsstrang innerhalb der Privatrechtstheorie zielt auf die Thematisierung der durch die Grundrechtsintervention zutage getretenen politischen Defizite innerhalb des Trennungsschemas von öffentlichem Recht und Privatrecht.²³ Im Unterschied zu anfänglich noch vergleichbaren Modellen von Privatrechtsgesellschaft, die das Individuum als Marktbürger konzeptualisieren und dabei auf den Wettbewerb als vorrangiges Regelungskonzept zählen, geht diese hier favorisierte Begründung von der Verbindung zwischen privater und politischer Autonomie aus. Entgegengewirkt werden soll dabei in erster Linie solchen Konzeptionen von Marktfreiheit, welche zur Begründung von Privatautonomie lediglich in Form eines Systemannexes kommen. In nuce: vom Marktbürger zu sprechen, muß eben auch heißen, vom Bürger zu sprechen. Hierbei geht es um eine Begründung von Privatautonomie, die das Privatrechtssubjekt immer auch als politisches Subjekt, als Bürger und damit als Selbstgesetzgeber ansieht.

20 Vgl. die Darstellung des Entstehungskontextes von Privatisierungskonzepten bei Offe, „Unregierbarkeit.“ Zur Renaissance konservativer Krisentheorien, 299 ff.; Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem; Grande, Privatisierung und Regulierung aus politikwissenschaftlicher Sicht, 37 ff.

21 Siehe beispielsweise den Beitrag von Diederichsen, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, 57 ff.; jüngst ders., Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre; Bydlinski, „Privatrechtsgesellschaft“ und Rechtssystem, 7 ff.; Zöllner, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, 93 f.: „Privatrechtstheorie als materiale, inhaltliche Theorie hätte die tragenden Prinzipien privatrechtlicher Ordnung und ihre Gründe herauszuarbeiten. Gerade die Privatrechtswissenschaft ist aufgerufen, anhand einer solchen Theorie auf die innere Konsistenz der Privatrechtsordnung zu achten und Durchbrechungen ihrer tragenden Grundsätze entgegenzutreten, und zwar auch dort, wo Verfassungsrecht nicht verletzt ist.“

22 Vgl. Mestmäcker, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, 177 ff.; Zöllner, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, 92 ff.; ders., Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 21 ff.; vgl. hierzu die Kritik von Günther, „Ohne weiteres und ganz automatisch“?, 473 ff.; jüngst auch Vesting, Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts?, 183 ff.

23 Vgl. hierzu Wiethölter, Art. Bürgerliches Recht; Joerges, Politische Rechtstheorie - Impulse und Suchbewegungen, 184 ff.; Günther, „Ohne weiteres und ganz automatisch“?, 473 ff.; Habermas, Faktizität und Geltung, 472 ff.; Gerstenberg, Gesellschaftliche und private Autonomiesphären und Regulierung durch Privatrecht: Von der Privatautonomie zur deliberativen Autonomie, 25 ff.

2. Der vermeintliche Rückzug des Staates

Eine als nicht hintergebar verstandene Trennung von Staat und Gesellschaft schiene aus dieser Perspektive als zu wenig flexibel, um das Ineinandergreifen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Gewährleistungsverantwortung²⁴ einerseits und die Wechselwirkungen zwischen Ordnungen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts andererseits zu erfassen und zu durchdringen.²⁵ Die Kennzeichnung der Verzahnungen zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht²⁶ liefert Erkenntnisse darüber, welche Verwirklichungsbedingungen individueller, grundrechtlich geschützter Freiheit vor diesem Hintergrund denkbar sind. Dabei scheint eine radikale Beseitigung der Grenzen in keiner Weise geeignet, die Rechtsentwicklung angemessen abzubilden. Vielmehr muß es Aufgabe einer Rechtstheorie sein, sich der historischen und dogmatischen Gebundenheiten einzelner Rechtsinstrumente an das Trennungsmodell zu vergegenwärtigen und auf diese Weise Möglichkeiten ihrer Überwindung oder Fortentwicklung aufzuzeigen.

Soweit sich heute immer mehr eine Sichtweise aufzudrängen scheint, die von dem fortschreitenden Kompetenz- und einem vermeintlich damit verbundenen Bedeutungsverlust des Staates ausgeht, ist diese Ansicht kritisch zu untersuchen. Ob von einem Rückzug des Staates oder einem Siegeszug des Marktes als des vermeintlichen Komplementärbegriffs der Gesellschaft gesprochen werden kann oder sollte, ist in erster Linie davon abhängig, welche Bedeutung mit den Begriffen des Staates und der Gesellschaft verbunden wird. Es ist keineswegs ausgemacht, daß verstärkte behördliche Rechtssetzung und zunehmende Bürgerbeteiligung in Verfahren und Kommissionen nicht lediglich eine weitere Erscheinungsform staatlicher Tätigkeit darstellen.²⁷

Erst im Anschluß an die Klärung dieser Frage kann die Diskussion um den Formenwandel öffentlicher Aufgabenerfüllung sinnvoll einsetzen.²⁸ Dabei wird sich zeigen, wie stark die Vorstellungen etwa einer *Verantwortungsteilung*²⁹ an „Staat“ und an „Gesellschaft“, also an den bekannten Ordnungsmustern politischer Organisation ausgerich-

24 Siehe dazu jüngst Hoffmann-Riem, Finanzkontrolle als Steuerungsaufsicht im Gewährleistungsstaat; Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstrukturen, 441; ders., Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, 299 ff.; Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 13 ff.

25 Vgl. Schmidt-Aßmann, Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts, 407 ff.

26 Vgl. etwa Trute, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, 167 ff.

27 Siehe etwa den Hinweis bei Vesting, Widerkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts?, 195.

28 Vgl. Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstrukturen, 438 ff.

29 Trute, Verwaltungs und Verwaltungsrecht, 950 ff.; Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 102 ff.; s. nun die Beiträge in: Schuppert (Hrsg.), Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat.

tet sind.³⁰ Dabei scheint die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen dem öffentlichen Recht auf der einen und dem Privatrecht auf der anderen Seite gerade auch dem Umstand geschuldet, daß die Instrumentarien, mit deren Hilfe wir die seit einiger Zeit stattfindenden Umwälzungen in der Art der Aufgabenerfüllung beschreiben, diesem Trennungsmodell noch verhaftet sind. Wie Christoph Gusy klargestellt hat, werden die beiden Sektoren (i.e. Staat, Gesellschaft) noch (so lange) in der Beschreibung des „Neuen“ vorkommen, so lange die Maßstäbe noch nicht gefunden sind, mit denen etwa die prozessrechtliche Trennung zwischen beiden Modellen ersetzt werden könnte.³¹ Fraglich ist indes, ob der Hinweis auf die Rechtswegzuständigkeiten oder auch das unterschiedliche Haftungsregime des öffentlichen Rechts und des Privatrechts eine solche Blockade tatsächlich legitimieren kann. Zweifel daran hat schon vor vielen Jahren etwa Fritz Baur geäußert und auf die Beschränktheiten dieser Argumentation hingewiesen.³² In unserem Zusammenhang geht es um die Kennzeichnung der an diesem Trennungsmodell ausgerichteten Diskurse über Möglichkeiten und Folgen der Weiterentwicklung des Verhältnisses von staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung.

II. Von „Public Ordering“ zu „Private Ordering“ ?

Die Rekonstruktion von drei Diskursen, *sub verbo* Staat, *sub verbo* Gesellschaft und *sub verbo* Vertrag, ermöglicht dabei eine Kennzeichnung auch der rechtsdogmatischen Verarbeitung des Anforderungsdrucks, der mit den Schwierigkeiten staatlicher Steuerung in instrumenteller wie auch finanzieller Hinsicht wie dem Versagen des Marktes als Selbstregulativ weiter wächst.³³ Die Autonomieverluste eines auf Selbstregulierung angelegten Rechts kollektiver Interessenvertretung und die Suchbewegungen eines Privatrechts, welches in den Bereichen der Risikoregulierung in zunehmendem Maße „öffentliche“ Aufgaben wahrnehmen muß, deuten auf die Notwendigkeit hin, das Verhältnis zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ aus Sicht einer demokratischen Rechtstheorie zu hinterfragen. Wo im Verwaltungsrecht verstärkt auf privatrechtliche Instrumente zurückgegriffen wird, geschieht dies im Vertrauen auf eine gewachsene zivilistische Dogmatik, die aufgrund ihrer theoretischen Anlagen (Eigentum, Vertrag, Wettbewerb) für die richtige Alternative zu den überkommenen, hierarchisch ansetzenden Handlungsformen des öffentlichen Rechts gehalten wird.³⁴ „Gesellschaftsdiskurse“ über Möglichkeiten einer „Zivilisierung des Sozialstaats“³⁵ und über die auf Eigenverantwortung

30 Siehe etwa Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, 332, 336: „Gewiß: Die tradierte Unterscheidung zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ ist nicht das einzige und vielleicht nicht einmal mehr das zentrale Kriterium zur Erfassung der neuen sozialen Gewaltenteilung. Doch ist sie als analytisches Kriterium zur angemessenen Deutung tertiärer Sektoren nach wie vor unverzichtbar.“

31 Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, 336 f.

32 Baur, Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, 41 ff.

33 Siehe Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 12 ff.

34 Siehe die Hinweise bei Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, 275 ff.

35 Frankenberg, Solidarität in einer „Gesellschaft der Individuen“?, 211 ff.

tung setzende Umorientierung des Wohlfahrtsstaates zu einer „Wohlfahrtsgesellschaft“³⁶ unterstützen diese Entwicklung.

Die Wechselbezüglichkeit des Denkens in bezug auf Staat beziehungsweise Gesellschaft ermöglicht Lernerfahrungen. So werden in „Gesellschaftsdiskursen“ die politischen Errungenschaften wieder zum Thema gemacht, die im Mittelpunkt der „Staatsdiskurse“ gestanden haben. Aus dieser Perspektive gehen Gesellschaftsdiskurse immer aus den vorangegangenen Staatsdiskursen hervor und machen auf die dort gespeicherten Freiheitsgewinne und -verluste aufmerksam. Der Begriff der Lernerfahrungen selbst verweist auf ein grundlegendes Problem der juristischen Selbstthematisierung: indem methodische Regeln gesucht, gefunden und verwendet werden, mit deren Hilfe die im Recht zu bewältigende „Verarbeitung der Wirklichkeit“ abgebildet werden kann, liegt es auf der Hand, daß diesen Metaregeln das geltende Vorverständnis, der Bestand an überlieferten Überzeugungen und die Dynamik eingeübter Routine anhaftet. Das Verständnis des Verhältnisses von Gesetz und Verordnung verdankt sich so in gleichem Maße dem historischen Erfahrungsbestand, wie die Problematik etwa einer Drittwirkung von Grundrechten ohne eine überlieferte Erfahrung des staatsrechtlichen Dualismus von „Staat und Gesellschaft“ gar nicht denkbar wäre. Unsere hier zugrunde gelegten Leitbegriffe Staat, Gesellschaft und Vertrag stellen somit Ordnungsmuster, strukturelle Zuschreibungen und umfassende semantische Artefakte dar, mit deren Hilfe das Rechtssystem über sich selbst Auskunft gibt. Ein andauernder Umbau des Verwaltungsstaates, die Forderung nach und Förderung von staatsferner Selbstvorsorge, Selbstorganisation und Selbstverwaltung wie auch die weitreichende intra- und interorganisatorische Vernetzung von privaten Wirtschaftsakteuren, nicht zuletzt mit Hilfe eines irgendwo zwischen „Organisation“ und „Vertrag“ changierenden Langzeit- und Netzwerkvertragsrechts³⁷, stellen Anwendungs- und Erprobungsgebiete neuer Ordnungsmuster dar.³⁸ Diese begründen die Notwendigkeit der Suche nach neuen Metaregeln. Solche mögen abgeleitet, aus der Konfrontation mit geltenden Interpretationsmustern oppositionell skizziert oder auch lediglich experimentell zur Verfügung gestellt werden. Um deren Festschreibung geht es im Folgenden jedenfalls nicht. Vielmehr soll den Ansatzpunkten für die Entfaltung neuer Ordnungsmuster oder solcher Ordnungsmuster und deren Fortentwicklung nachgegangen werden, die sich für die Selbstbeschreibung einer modernen Rechtstheorie anbieten. In diesem Rahmen kommt der Idee der Lernerfahrungen die wichtige Rolle zu, eine Selbstbeschreibung zu ermöglichen, die die bisherigen Ordnungsmuster ins Licht rückt und die von ihnen bestimmten Zuschreibungen und Distinktionen nachvollziehbar macht. Erst auf dieser Grundlage wird es möglich sein, Entwicklungsperspektiven zeitgemäßer juristischer Selbstbeschreibung aufzuzeigen.

36 Evers/Olk, Wohlfahrtspluralismus - Analytische und normativ-politische Dimensionen eines Leitbegriffs, 9 ff.; Margalit, *The Decent Society*; dazu Honneth, *Eine Gesellschaft ohne Demütigung?*

37 Siehe insbesondere Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*; Rohe, *Netzverträge*; Lange, *Das Recht der Netzwerke*.

38 Vgl. jüngst Ladeur, *Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels*, 65 ff., 68.

Ob die Auswahl der drei Ordnungsmuster für die Erreichung des Ziels geeignet ist, kann mit Blick auf die Begriffe von Staat und Gesellschaft schon deswegen angenommen werden, weil sie einzeln und in ihrer Kombination den allenthalben benennbaren Bezugsrahmen bezeichnen, in dem sich unsere Rechtstheorie bisher bewegt hat. Eine besondere Rolle kommt hier dem dritten Begriff unserer Aufzählung zu. Während der Begriff des Vertrages nicht aus den beiden ersten Begriffszusammenhängen weggedacht werden kann, weil er in Form eines wie auch immer ausgestalteten Gesellschaftsvertrages als Strukturprinzip scheinbar dauerhaft im Hintergrund von „Staat und Gesellschaft“ zu stehen scheint, entfaltet er seinen theoretischen Gehalt erst im Rahmen eines dritten, eigenen Diskurses, der auf die Kennzeichnung „privater“, horizontaler Ordnungsmodelle zielt. Unter Berücksichtigung der ablesbaren Entwicklungen der Vertragsrechtstheorie sollen die Betrachtungen unter dem Leitbegriff „Vertrag“ die Regelungsmöglichkeiten eines Privatrechts sichtbar machen, welches nicht mehr das materialisierte Schutzrecht der siebziger Jahre ist³⁹, aber auch nicht das vermeintlich pure Marktrecht, wie es besonders im Rahmen einer Neubegründung einer Privatrechtsgesellschaft vertreten wird.⁴⁰

Der Schwerpunkt der Arbeit liegt demnach auf dem dritten Kapitel, in dem es um die Umsetzung der in den beiden ersten „Diskursen“ gewonnenen Ergebnisse auf eine Privatrechtstheorie im Hinblick auf ein Recht vor dem Hintergrund und gleichzeitig jenseits der Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht geht. Auf der Folie der in den vorausgeschickten Abschnitten gekennzeichneten Steuerungs- und Selbstregulierungspotentiale soll die Idee des „private ordering“, einer Form der „privaten Selbstregulierung“ näher betrachtet werden.⁴¹ Die Untersuchungen im Abschnitt C (Vertrag) bauen demnach auf den normativen, verfassungsrechtlichen und gesellschaftstheoretischen Prämissen auf, die sich in den beiden ersten Diskursen herausgebildet haben. Andererseits knüpfen sie jedoch an die speziell im Vertragsrecht gemachten Erfahrungen mit der Erweiterung der Teilnehmerperspektive, der zunehmenden Risikoverteilung bei der Vertragsauslegung beispielsweise bei Langzeit- und anderen Relationalverträgen an.⁴²

39 Eingehend Reich, Markt und Recht; Raiser, Die Zukunft des Privatrechts; aus neuerer Zeit vgl. der konzise und nüchterne Bericht bei Hesse/Kauffmann, Die Schutzpflicht in der Privatrechtssprechung, 219 ff. Polemisch Zöllner, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, 98: „Privatautonomiekritik der 60er und 70er Jahre (...) ist aber über das notwendige Ziel hinausgeschossen und hat vielfach Positionen bezogen, die in ein dem Selbstverantwortungsgedanken fernes, staatlich fürsorgendes Recht hinüberleiten. Die Schubkraft dieser theoretischen Gegenbewegung war groß genug, den Gesetzgeber zu einer großen Zahl von Schranken der Vertragsfreiheit zu ermutigen, die über die klassischen Gebiete mit Sozial-Touch wie Arbeitsrecht und Mietrecht weit hinausgreifen, sich immer neuerer Gruppen von als schutzwürdig und schutzbedürftig deklarerter Personen annehmend und die Zugehörigen solcher Gruppen – wie z.B. die Verbraucher – als der Selbstverantwortung und Selbstbestimmung unfähig einordnend.“

40 Vgl. die Nachweise bei Hart, in: Alternativkommentar zum BGB, Rz. 20 ff. vor § 116.

41 Dieser Begriff geht zurück auf das Werk von Hart und Sacks, The Legal Process.

42 Vgl. hierzu jüngst Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag; aus der amerikanischen Diskussion vgl. Macneil, „Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, NeoClassical, and Relational Contract Law“, 854 ff; ders., „Relational Contract: What we do and what we do not know“, 483 ff; Daintith, The Design and Performance of Long-

Nur wenn die Privatrechtstheorie die im modernen Verwaltungsrecht konstatierten Autonomieverluste bei der Ausbildung kooperativen „flexiblen“ Rechts mitsamt der verfassungsrechtlichen Problematik für die beteiligten Grundrechtsträger theoretisch verarbeitet, kann es als – ergänzendes oder mehr und mehr autonomes - Steuerungsrecht überhaupt in Frage kommen. Für die wachsende Ergänzung der öffentlich-rechtlichen Handlungsformenlehre durch ein eher horizontal angelegtes Recht sind demnach die Entwicklungen im Vertragsrecht von entscheidender Bedeutung.⁴³ Privatrechtliche Beziehungen stellen voraussetzungsreiche Verflechtungen zweier oder mehrerer Vertragspartner dar, die der Einbettung in materielles Sonderprivatrecht und Verfassungsrecht bedürfen, um den Interessen und Schutzbedürfnissen der Vertragsparteien selbst und der Dritter gerecht zu werden.

1. Krise und Kritik des Wohlfahrtsstaates

„Ist der Staat klug, so wird er ohnehin nur Aufgaben übernehmen, deren Bewältigung er von nichtstaatlichen Kräften nicht erwarten kann.“⁴⁴

Die Reihenfolge Staat, Gesellschaft, Vertrag bedarf einer Erläuterung. Sie ist damit zu begründen, daß die zu beobachtenden Schwierigkeiten, gesellschaftliche Organisation durch den Staat (oder: im Staat) zu bewerkstelligen, einerseits auf das Bedürfnis nach alternativen Ordnungsmodellen hinweisen, andererseits aber die Frage aufwerfen, zu welchem Preis diese Grenzen der Wirksamkeit des Staates hinzunehmen sind. Belege für diese Fragestellungen sind allenthalben zu finden. Unter den Stichworten *Umbau*, *Abbau* beziehungsweise *Ende* ist der Wohlfahrtsstaat schon lange Thema.⁴⁵ Ideen zu einer anderen Form gesellschaftlicher Organisation nehmen nicht mehr vom Begriff des Staates ihren Ausgang.⁴⁶ Vielmehr ist zu beobachten, daß Staat und Verwaltung eine

Term Contracts, 164 ff; aus jüngerer Zeit: Esser, „Institutionalizing Industry: The Changing Forms of Contract“, 593 ff.

43 Vgl. hierzu jüngst die Aufarbeitung bei De Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, und Keller, Vorvertragliche Vertragsverhältnisse im Verwaltungsrecht, allerdings mit skeptischem Ausblick.

44 Herzog, Art. Subsidiaritätsprinzip, in: Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. 1987, Sp. 3568.

45 Siehe aus der jüngsten Literatur etwa Berger, Der Umbau des Sozialstaates, 11 ff.; Preis/Kellermann, Reform des Sozialstaats zwischen Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsschutz, 329 ff.; Hauser (Hrsg.), Reform des Sozialstaats II; Widmaier, Demokratische Sozialpolitik; Seeleib-Kaiser, Wohlfahrtssysteme unter Bedingungen der Globalisierung: Divergenz, Konvergenz oder divergente Konvergenz?, 1 ff.; Lampert, Krise und Reform des Sozialstaates, 23 ff.; vgl. auch Schulin, Empfiehlt es sich, die Zuweisung von Risiken und Lasten im Sozialrecht neu zu ordnen?, E 8 ff.; Dort finden sich weiter ausführliche Stellungnahmen zu dem damals diskutierten Pflegeversicherungsgesetz; vgl. auch Ritter, Probleme und Tendenzen des Sozialstaates, 393 ff, mit einem vergleichenden Überblick über demographische, sozial- und wirtschaftsstrukturelle Ursachen für den steigenden Druck auf die Systeme sozialer Sicherung; s. auch die polemische Schrift von Habermann, Der Wohlfahrtsstaat.

46 Evers/Olk, Wohlfahrtspluralismus - Analytische und normativ-politische Dimensionen eines Leitbegriffs, 9: „Ökonomische, sozialstrukturelle und kulturelle Entwicklungen der letzten Jahrzehnte haben dazu geführt, daß die in der Nachkriegsära zunächst vorherrschende Staatsfixiertheit gesellschafts- und sozialpolitischer Diskurse und -strategien in allen entwickelten westlichen Nationen

neue Rolle zugewiesen wird, die mit dem Stichwort der Aufsicht⁴⁷ wie auch der geteilten Verantwortung beschrieben werden könnte.⁴⁸ Der Staat erscheint in der Defensive, im Rückzug, im Zustand der Erschöpfung.⁴⁹ In diesem Moment scheinen Hoffnungen auf eine staatsferne, autonome, subsidiäre, gesellschaftliche Eigenorganisation auf.⁵⁰ Mit den Mitteln eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung soll den Steuerungs- und Leistungsdefiziten des Staates begegnet werden, sollen staatliche Aufgaben an die Gesellschaft delegiert oder ganz abgegeben werden.⁵¹ Ein weiteres ist der vermeintliche Rückzug des Staates aus dem Tätigkeitsfeld umfangreicher Normierung und Regelung sozialen Handelns.⁵² Aus dieser Perspektive erscheint die „Gesellschaft“ als Nachfolgerin des „Staates“ als die vordringende Organisationsform der politischen Gemeinschaft.

erodiert ist.“; Reese-Schäfer, Neuere Entwicklungen kommunitaristischer Politik, 72 mit Hinweis auf entsprechende Überlegungen in der Spitze der SPD.

- 47 Siehe etwa Schuppert, Staatsaufsicht im Wandel, 831 ff., der auf den Zusammenhang zwischen dem Verwaltungsmodus einerseits und der Ausübung von Lenkung und Kontrolle andererseits hinweist; Pabst/Schwartzmann, Privatisierte Staatsverwaltung und staatliche Aufsicht, 315 ff.
- 48 Vgl. dazu jüngst Hoffmann-Riem, Finanzkontrolle als Steuerungsaufsicht im Gewährleistungsstaat, 221 ff. m.w.N. (Fn.5); Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstrukturen, 427 ff.; Pitschas, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, 911 ff.; Blanke/Schridde, Bürgerengagement und Aktivierender Staat, 4; siehe vertiefend Türk, Prozedurale Gerechtigkeit versus substantielle Gerechtigkeit, 89 ff.; Berger, Der Umbau des Sozialstaates, 22.
- 49 Siehe jüngst Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 5: „Der Staat der Daseinsvorsorge ist auf dem Rückzug und die Selbstverständlichkeit, mit der über lange Zeit bestimmte Aufgaben Staat und Gemeinden zugeordnet wurden, schwindet.“ Vgl. bereits Schuppert, Rückzug des Staates?, 761 ff.; ders., Staatsaufsicht im Wandel, 833; König, Rückzug des Staates – Privatisierung der öffentlichen Verwaltung, 963 ff.; Ellwein/Hesse, Der überforderte Staat; Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, 330 ff.; Grande, Privatisierung und Regulierung aus politikwissenschaftlicher Sicht, 44 ff.; Habermas, Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien, 141 ff.; Kaufmann, Herausforderungen des Sozialstaates, unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses zunehmender Globalisierung; hierzu auch Fligstein, Is Globalisation the Cause of the Crises of the Welfare State?; jüngst Seeleib-Kaiser, Wohlfahrtssysteme unter Bedingungen der Globalisierung, 3 ff.
- 50 Vgl. dazu etwa Waschkuhn, Was ist Subsidiarität?; Schuppert, Selbstverwaltung, Selbststeuerung, Selbstorganisation - Zur Begrifflichkeit einer Wiederbelebung des Subsidiaritätsgedankens, 127 ff.; Sachße, Subsidiarität: Zur Karriere eines sozialpolitischen Ordnungsbegriffs, 717 ff; unter Bezugnahme auf den Begriff der „Bürgerverantwortung“ Stober, Vom sozialen Rechtsstaat zum egoistischen Rechthaberschutzstaat?, 775 ff; mit Blick auf die Europäische Union: Ronge, Legitimität durch Subsidiarität, 131 ff.
- 51 Vgl. etwa Klie/Meysen, Neues Steuerungsmodell und Bürgerschaftliches Engagement, 453, 454 f.; umfassend zum Zusammenspiel des Staates mit öffentlich- und privatrechtlichen Trägern: Becker, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht; s. auch Lüderssen, Die Zusammenarbeit von Medizinprodukteindustrie, Krankenhäusern und Ärzten, 47, spricht von einem „beeindruckenden, ja beängstigend raffinierten Komplex von Wechselbeziehungen“ zwischen staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung.
- 52 Vgl. jüngst Ossenbühl, Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierende Rechtssetzung, 1 ff; pointiert Di Fabio, Vertrag statt Gesetz? - Gesetzesvertretende und gesetzesausfüllende Verwaltungsverträge im Natur- und Landschaftsschutz, 338 ff.; Spindler, Umweltsschutz durch private Prüfungen von Unternehmensorganisationen: Die EG-Öko-Audit-VO, 205 ff; vgl. auch den Überblick bei Damm, Risikosteuerung im Zivilrecht, 117 ff; ders., Risikosteuerung im Privatrecht - Rechtsgüterschutz und Regelungsinstrumente, 13 ff.

Aus anderer Perspektive geht es um die adäquate Beschreibung des „Privatisierungsfolgenrechts“⁵³. Die Anforderungen, die eine gesteigerte private Aufgabenerfüllung an die institutionelle Absicherung des Modells der Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung stellen, tragen zu einem „Wandel vom Leistungsstaat zum Regulierungsstaat“ bei.⁵⁴ Der Staat, der bestimmte Aufgaben zur Wahrnehmung an wirtschaftliche Akteure abgibt, zieht sich damit zwar faktisch aus einem Aufgabenfeld zurück, nicht aber aus dem jeweiligen „Politikfeld“.⁵⁵ Die folgenden Ausführungen sollen dazu beitragen, diese Beschreibungen zusammenzuführen. Nicht die Verabschiedung des Staates ist das Thema, sondern die Beschreibung der Lernerfahrungen, die mit den strukturellen Veränderungen seiner Handlungsformen gemacht werden.⁵⁶ Erst vor diesem Hintergrund wird es möglich, die Dimensionen des Privatrechts als Steuerungsrecht jenseits der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht zu skizzieren.

2. Niemandsland

Das Übergangsfeld zwischen Staat und Gesellschaft ist nun in mehrfacher Hinsicht alles andere als einfach zu bestimmen.⁵⁷ Zum einen gilt es, die Erscheinung des intervenierenden Staates des ausgehenden 19. Jahrhunderts vom Staat des ausgehenden 20. Jahrhunderts zu unterscheiden.⁵⁸ Welcher Mittel bedient sich der Staat zur Erfüllung *eigener* Aufgaben?⁵⁹ Da die Charakterisierung dieser Aufgaben als „öffentlich“, „staatlich“ oder gemeinwohlbezogen von Beginn an von der Reflexion einer sozial,

53 Vgl. Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 82 ff.

54 Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 91 unter Verweis auf Wieland und Grande; siehe auch Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, 332: „Das gewandelte Paradigma lenkt den Blick vom „Ob“ staatlicher oder privater Aufgabenerfüllung auf das „Wie“ ihrer Wahrnehmung.“

55 Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, 333.

56 Vgl. hierzu etwa die Diskussion der nationalstaatlichen „Diskurse“ über Wohlfahrtsstaatlichkeit und Sozialpolitik bei Seeleib-Kaiser, Wohlfahrtssysteme unter Bedingungen der Globalisierung, 7 ff.

57 Siehe jüngst Berger, Der Umbau des Sozialstaates, 22, der zutreffend von Staat und Gesellschaft als institutioneller Vorstellungen spricht, die auf der Ebene des Nationalstaates aufeinander bezogen waren (sind) und sich in entwickelter Form ergänzten. Die entstehende Informationsgesellschaft bringe eine Fusion industrieller und tertiärer Elemente mit sich und bewirke so, daß binäre Muster nach dem Motto mehr oder weniger Staat, mehr oder weniger Markt versagten.

58 Siehe Stolleis, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, 129 ff.; zum Anforderungsdruck internationaler Anbindungen und der Globalisierungsprozesse auf den Staat, siehe jüngst Kirchhof, Der Staat als Organisationsform politischer Herrschaft und rechtlicher Bindung, 646 ff.; Hobe, Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, 521 ff.; ders., Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 256 ff.; Habermas, Der Europäische Nationalstaat unter dem Druck der Globalisierung, 425 ff.; Hoffmann-Riem, Das Grundgesetz – zukunftsfähig?, 659: „Vor den Herausforderungen der Globalisierung und Internationalisierung stehen alle Staaten relativ hilflos“; ders., Finanzkontrolle als Steuerungsaufsicht im Gewährleistungsstaat, 221 ff.; s. auch Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, 806 ff.

59 Zur Ausweitung der Staatsaufgaben im Sozialstaat vgl. BVerfGE 79, 311 <329>; s. zum Staatsaufgabenbegriff aus verfassungsrechtlicher Sicht jüngst Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung; vgl. schon Faber, Verwaltungsrecht; Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, 585 ff.; aus verwaltungsrechtlicher und – wissenschaftlicher Sicht Budäus/Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership. Neue Formen öf-

gemeinwohlbezogen von Beginn an von der Reflexion einer sozial, wirtschaftlich und kulturell ausdifferenzierten Gesellschaft abhängt, müssen solche Zuschreibungen versagen, die weiterhin im Horizont des überkommenen Trennungsschemas erfolgen. Versuche, über die entsprechende Kennzeichnung bestimmte Aufgaben dem Staat oder der Gesellschaft zuzuordnen, bleiben folgenlos, als sie, ohne Hereinnahme der historisch gewachsenen Verflechtungen zwischen den Sphären Staat und Gesellschaft in die eigene Theoriebildung, daran scheitern, diese Dichotomie selbst zum Thema zu machen und über sie hinauszugehen.⁶⁰ Solange der Dualismus sich in der Weise als modellbildend auf die Dogmatik von Kompetenzen und Schranken gerade auch intermediärer Institutionen auswirkt⁶¹, droht der Weg zur Ausbildung tragfähiger Konzeptionen verstellt zu werden.⁶² Dabei besteht die Herausforderung in der Öffnung des Rechts auch für solche Organisationsformen, die sich der Zuschreibung einer Intermediärstellung entziehen.⁶³ Wendet man den Blick beispielsweise auf Verbände als Beispiele solcher Organisationsformen „zwischen“ Staat und Gesellschaft, so zeigt sich⁶⁴, daß sich diese Bereiche in einem besonderen Dilemma befinden, weil ihre Auflösungserscheinungen aus juristischer Sicht nur punktuell thematisiert und verarbeitet werden können.⁶⁵ Für eine Sensibilisierung des Rechts für Formen der Eigenorganisation *neben* Staat und Gesellschaft⁶⁶ kommt es also auf die Thematisierung von *Befangenheiten* innerhalb unserer Rechts – Diskurse an.

Das Recht der freien Wohlfahrtsverbände ist ein Beleg für die Vermutung, daß eine Untersuchung von Ordnungsmustern im Wohlfahrtsstaat sich auf eine Weise auf die „gesellschaftlichen“ Organisationsmodelle einlassen muß, die immer auch eine Berücksichtigung ihrer „staatlichen“ Funktionsweise und Instrumentalisierung erlaubt.⁶⁷ *Chris-*

fentlicher Aufgabenerfüllung; Bauer, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, 89 ff; Ronellenfitch, Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, 708 ff; Kluth, Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, 1145 ff.; Blanke/Schridde, Bürgerengagement und Aktivierender Staat, 4 ff; Pitschas, Der „neue“ soziale Rechtsstaat, 771 f.; siehe auch König, Transformation von Staatsaufgaben, 177 ff.; vgl. grundlegend die Beiträge in Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts; ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben; vgl. auch Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 71 ff; Wahl, Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, 29 ff.

60 Siehe etwa Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, 77 ff.

61 Vgl. jüngst Berger, Der Umbau des Sozialstaates, 124 f.

62 Vgl. Rupp, Die Trennung von Staat und Gesellschaft.

63 Vgl. jüngst Priller/Zimmer/Anheier, Der Dritte Sektor in Deutschland, 12 ff.;

64 Denninger, Staatsrecht, Band 1, 31 ff, 44 ff.

65 Vgl. bereits Ritter, Der kooperative Staat, 394: „Ebenso wie das Institut Verwaltungsakt wird das Rechtsinstitut Vertrag von neuartigen Formen des Kooperierens zwischen Staat und Wirtschaft überwuchert. Bis heute ist es beispielsweise nicht gelungen, ein Gebilde wie die konzertierte Aktion juristisch exakt zu erfassen.“ Vgl. zu letzterer Wiesenthal, Die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen: Ein korporatistisches Verhandlungssystem der Sozialpolitik, 180 ff.

66 Siehe dazu jüngst Engel, Institutionen zwischen Staat und Markt, 1: „Bevor wir in das Zwischenreich aufbrechen, müssen wir uns vor Augen führen, woher wir kommen.“

67 Eindringlich Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, der für den Bereich der Kostenerstattung in der Sozial- und Jugendhilfe, dem Kranken- und Rentenversicherungsrecht sowie der Arbeitsförderung auf die Schwierigkeiten hinweist, die Rechtsnatur der Aufgabe der

troph Sachße und *Friedrich Tennstedt* haben in ihrem zweiten Band der „Geschichte der Armenfürsorge“ die korporatistischen Strukturen der Wohlfahrtsverbände im Kaiserreich beschrieben und hier auf die Verflechtungen hingewiesen, die noch heute dazu führen, daß ein monopolartig strukturiertes Gefüge von Verbandsakteuren die Wohlfahrtspolitik beherrscht.⁶⁸ Mit Blick auf die Entwicklungstendenzen innerhalb des institutionalisierten Gefüges der Wohlfahrtsverbände wird im zweiten Abschnitt (B. I.) die These untersucht, es sei ein grundsätzlicher Wandel „vom Wohlfahrtsstaat zur Wohlfahrtsgesellschaft“⁶⁹ zu beobachten.⁷⁰ Inwiefern sich diese Beschreibung dazu eignet, angemessene Rechtsfiguren zu entwerfen, hängt auch davon ab, ob es gelingt, die vorherrschenden dogmatischen Instrumente einer weiteren Analyse unter Verarbeitung der zur Verfügung stehenden theoretischen Kategorien zu unterziehen. Die hier vorgelegten Überlegungen behandeln Erscheinungsformen solcher „neuen“ oder „veränderter Staatlichkeit“ und zielen auf die Beantwortung der Frage, in welchem Maße sich die Leitbegriffe „Staat“ und „Gesellschaft“ selbst noch als adäquate Ordnungsmuster eignen. Die Betrachtung des „Dreiecks“ zwischen Träger, Leistungserbringer und -empfänger⁷¹ einerseits und die staatliche Steuerung des Komplexes „Wohlfahrtspflege“ andererseits zeigen, daß die hier angesiedelten Beziehungen weitreichende Fragen nach der Wirksamkeit verfassungsrechtlicher Vorgaben und einfachgesetzlicher und vertraglicher

Leistungsträger, sowie die Rechtsbeziehung zwischen diesen und den Leistungserbringern zu klären. Dabei verabschiedet er die rechtsdogmatisch folgenlose Begrifflichkeit der „öffentlichen Aufgabe“ sowie den Subsidiaritätsgrundsatz, vgl. 33 ff., 41. Vgl. zu den gegenwärtigen Suchbewegungen die Beiträge von Olk, Manderscheid und Merchel in: Rauschenbach/Sachße/Olk (Hrsg.), *Von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen*, 98-122, 228-247, 297-320. Siehe auch Evers/Olk, *Wohlfahrtspluralismus - Analytische und normativ-politische Dimensionen eines Leitbegriffs*, 9 ff.

68 Sachße/Tennstedt, *Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland*, Band 2: *Fürsorge und Wohlfahrtspflege 1871 – 1929*; aus jüngerer Zeit Backhaus-Maul/Olk, *Von Subsidiarität zu „out-contracting“: Zum Wandel der Beziehungen von Staat und Wohlfahrtsverbänden in der Sozialpolitik*, 106; Heinze, *Neokorporatistische Strategien in Politikarenen und die Herausforderung durch neue Konfliktpotentiale*, 145 ff.; Rauschenbach/Sachße/Olk, *Von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen*, Oder: über die Schwierigkeit, Solidarität zu organisieren, 11 ff. Siehe, zu dieser Charakterisierung sozialer Arbeit und der Unmöglichkeit, Solidarität zu organisieren, Neumann, *Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat*, 435: „Die freien sozialen Einrichtungen entwickeln sich zu modernen Dienstleistungsunternehmen, deren soziale Angebote weitgehendst austauschbar sind.“

69 Vgl. nochmals Evers/ Olk, *Wohlfahrtspluralismus*, 35 ff.

70 Vgl. den gesellschaftstheoretischen Ansatz bei Margalit, *The Decent Society*, bes. 222 ff: „The Welfare Society“. In dieser Arbeit unterscheidet Margalit zwischen dem Wohlfahrtsstaat und der Wohlfahrtsgesellschaft. Dabei zielt diese Unterscheidung in erster Linie auf die Qualität des jeweiligen „Regimes“. Dem Wohlfahrtsstaat komme in der Geschichte regelmäßig die Rolle des Initiators von Ausgrenzungen, Stigmatisierungen und Abhängigkeiten zu. Demgegenüber stehe im Mittelpunkt der Idee der welfare society die Abwesenheit jeglicher Art von „Erniedrigung“. Innerhalb der welfare society wird diese denn auch noch einmal von einer charity society unterschieden. Das Hauptproblem der Gewährung irgendeiner Form sozialer Unterstützung im Wohlfahrtsstaat, aber auch in der charity society liege in der fehlenden „Symmetrie“ der Mitleidsbeziehung, ebenda: 233 f.

71 Vgl. hierzu jüngst Meyer, *Wettbewerbliche Neuorientierung der freien Wohlfahrtspflege*, 102 ff.; vgl. auch Schoch, *Vereinbarungen zur qualitätsorientierten Arbeit bei der Hilfe in Einrichtungen*, 1 f.; BGHZ 89, 250 <253f.>.

Feinsteuerungen im Bereich der Wohlfahrtspflege aufwerfen.⁷² Diese stellen Teilprobleme innerhalb des Komplexes von dezentralisierten Verselbständigungen und gesellschaftlicher Akteure mit öffentlichen Aufgaben dar.⁷³

Aus der Fülle möglicher Untersuchungsfelder ist die freie Wohlfahrtspflege nur ein Beispiel. Dieser Bereich stellt hinsichtlich seiner institutionellen Struktur und seiner Veränderungen unter dem Anforderungsdruck der letzten Jahre jedoch ein Musterbeispiel des Umbaus des Sozialstaates dar.⁷⁴ In jüngster Zeit werden auf diesem Feld eine ganze Reihe alternativer Steuerungsmodelle diskutiert, die dazu anregen, die „Umbauarbeiten“ sowohl aus rechtsdogmatischer als auch normativer, d.h. gesellschaftsphilosophischer Perspektive zu hinterfragen.⁷⁵ Ein weiterer Grund ergibt sich aus der Beobachtung ihrer Rechtsnatur. Die „freien Wohlfahrtsverbände“ stellen eine besondere Erscheinung sogenannter intermediärer Kräfte dar.⁷⁶ Sie sind in der Ausgestaltung der Art und Leistungserbringung relativ frei, finanziell jedoch besonders von öffentlichen Geldern abhängig. Das im Bundessozialhilfegesetz festgelegte Vorrangprinzip der Verbände der freien Wohlfahrtspflege gegenüber staatlichen und anderen Anbietern galt lange als umstritten und kann – aufgrund der Initiativen des Gesetzgebers in den letzten Jahren – als gegenstandslos angesehen werden.⁷⁷ Das Verhältnis zwischen Sozialleistungsträgern und Erbringern erschien dabei lange Zeit als von intransparenten Konstellationen wechselseitiger Interessenabgleichung geprägt.⁷⁸ Dieser Sachverhalt schien in Hinblick auf sein Anforderungsprofil solchen korporatistischen Konstellationen zu entsprechen, wie sie lange Gegenstand gesellschafts- und rechtswissenschaftlicher Untersuchungen waren.⁷⁹ In den neunziger Jahren sollte es dann zu einer Reihe legislativer In-

72 Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 172 f., hält das Bild vom Dreiecksverhältnis zwischen Leistungsträger, -erbringer und Leistungsberechtigtem nicht für eine adäquate Beschreibung der Rechtsverhältnisse, da der Hilfeempfänger von den Vereinbarungsverfahren zwischen Träger und Einrichtung ausgeklammert wird.

73 Dazu Neumann, Der informelle Sozialstaat, 119 ff.

74 Eingehend Meyer, Das System der Freien Wohlfahrtspflege aus ordnungspolitischer Sicht, 341 ff.

75 Vgl. dazu Preuß, Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates, 106 ff.

76 Vgl. Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 5 f. Bezug genommen wird hier regelmäßig auf die sechs Spitzenverbände in der Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege: Arbeiterwohlfahrt, der deutsche CARITAS Verband, das Diakonische Werk der EKD, der Paritätische Wohlfahrtsverband, das DRK und die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland.

77 Vgl. den Verweis in § 93 Abs. 2 Satz 1 BSHG auf die in § 10 BSHG genannten Träger. Siehe dazu Schellhorn/Jirasek/Seipp, BSHG (1997), Rz. 13, 68 zu § 93; Schoch, Vereinbarungen zur qualitätsorientierten Arbeit bei der Hilfe in Einrichtungen, 6 f.: „Die Wohlfahrtsverbände stehen seither in ungeschützter Konkurrenz mit den freigewerblichen Anbietern.“; vgl. noch Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 46, 177 ff., in Hinblick auf die dadurch bewirkte Förderung der Verbände gegenüber den freien sozialen Einrichtungen, ebenda, 436.

78 Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 425 ff., 434 f.; zur Einschätzung der „Überwucherung“ des Rechtsinstituts „Vertrag von neuartigen Formen des Kooperierens“ siehe nochmals Ritter, Der kooperative Staat, a.a.O.

79 Von Beyme, Der Neokorporatismus - Neuer Wein in alte Schläuche?, 211 ff.; Teubner, Polykorporatismus: Der Staat als „Netzwerk“ öffentlicher und privater Akteure; Czada, Konjunkturen des Korporatismus: Zur Geschichte eines Paradigmenwechsels in der Verbändeforschung, 37 ff.;

erventionen kommen, die im Zusammenhang mit der von der Bundesregierung angestrebten Haushaltskonsolidierung tendenziell zu einer Ökonomisierung der Wohlfahrtspflege führten. Im Mittelpunkt steht hierbei die Umstellung der Finanzierungsgrundlagen der Leistungserbringung⁸⁰ im Rahmen der Förderung eines wettbewerblich organisierten „Anbietermarktes“.⁸¹ In dem Maße, in dem der Gesetzgeber einige Jahre eine gesellschaftliche Selbstorganisation des Bereichs der freien Wohlfahrtspflege initiierte, gab er Rahmenbedingungen vor, welche sich – nach relativ fruchtlosem Verlauf der Experimentierphase – zu einem komplexen Regelwerk verdichten sollten, mit dem Ergebnis, daß mit Wirkung ab 1.1.1999 ein detailliert reguliertes Vertragsrecht in Kraft getreten ist.⁸² Diese Entwicklungen sind Beispiel sozialpolitischer Deregulierung und Re-Regulierung und unterstreichen die Wechselbezüglichkeit staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung.

3. Öffentliches Recht oder Privatrecht?

Fraglich bleibt die Zuordnung dieses Regelungsgebietes zu einer der Teilrechtsordnungen.⁸³ Im Sozialrecht wird seit jeher eine Gemengelage zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht festgestellt, die zur mittlerweile verbreiteten Kategorisierung durch den Begriff des „Wohlfahrtsmixes“ geführt hat.⁸⁴ Das Recht der freien Wohlfahrtspflege befindet sich in seiner Entwicklung bis in die jüngste Zeit unter gesellschaftlichem Druck, der in eigene Kategorien übersetzt werden muß, und dabei zum Experimentierort für rechtliche Mischorganisationsformen wird. In dem Maße, wie die hier institutionalisierte Fürsorge als Ziel und Programm auf ihre Funktionsweise aber auch Legitimation befragt wird, zeigt sich die Notwendigkeit eines Rechtsbestandes, der diesen Reflexionsanforderungen gerecht werden kann.⁸⁵

Lehmbruch, Der Beitrag der Korporatismusforschung zur Entwicklung der Steuerungstheorie, 735 ff.

80 Vgl. z.B. Mehls, Leistungsverträge statt Zuwendungen?, 127 ff.

81 Vgl. dazu Backhaus-Maul, Trägerkonkurrenz und Wirtschaftlichkeitsmaximen im Sozialsektor, 280 ff.; Trube, Sozialhilfe und neue Steuerungsmodelle, 122 ff., 145 ff.

82 Siehe Vigener, Auswirkungen des Gesetzes zur Reform des Sozialhilferechts auf das Pflegesatzwesen, 61 ff.

83 Siehe dazu Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, 110 ff.

84 Jüngst Strunk, Das Sozialamt als lernende Verwaltung, 301; s. die Diskussion bei Heinze/Strünck, Kontraktmanagement im Windschatten des „Wohlfahrtsmix“? Neue kommunale Steuerungsmodelle für das System der Wohlfahrtsverbände, 294 ff.; aus historischer Sicht: Sachße/Tennstedt, Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland, Band 2, 12: „Der Ausbau der Fürsorge zur Wohlfahrtspflege, die Ausdifferenzierung immer neuer Leistungen, Techniken und Adressatengruppen reagieren nuremehr vermittelt auf den Druck gesellschaftlicher Probleme. Sie folgen vor allem der selbstreferentiellen Eigendynamik des Fürsorgesystems. Die Eigeninteressen der neuen fürsorglichen Dienstleistungsberufe, die Spannungen zwischen unterschiedlichen Statusgruppen von Fürsorgeempfängern, von öffentlicher und privater Fürsorge, von Reich und Gemeinden sind allesamt Ausdruck dieser Eigendynamik, an der sich die Bedürfnisse der Hilfesuchenden neuerlich brechen.“

85 Vgl. Assmann, Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy; Katz/Sachße (Hrsg.), The Mixed Economy of Social Welfare; zu den Schwierigkeiten, den Begriff des „Sozialrechts“ als Ergänzung und

Die näher zu erörternden Rechtsverhältnisse im Rahmen des „Wohlfahrtspluralismus“ werfen im Zuge der Veränderungen, die das gesetzlich geregelte Vorrangprinzip der Wohlfahrtsverbände erfahren hat, zahlreiche Fragen auf. Der Begriff des Wohlfahrtspluralismus soll dabei nach Meinung einiger als analytische Kategorie zur Untersuchung des institutionellen Arrangements zwischen staatlichen Trägern, Verbänden, privaten Leistungserbringern und –empfängern dienen.⁸⁶ Hinsichtlich der möglichen Kategorisierung der Anspruchs- und Leistungsbeziehungen als Beleihung, als Auftrags- oder andersartiges Vertragsverhältnis besteht die Problematik jedoch nur vordergründig in der sauberen Zuordnung zum öffentlichen Recht oder Privatrecht. Vielmehr geht es darum, die Steuerungsprinzipien des im einzelnen zugrunde gelegten Rechts aufzudecken, um so die gegenseitigen Abhängigkeiten beziehungsweise Prägungen zwischen den Teilrechtsordnungen beschreiben zu können.

4. Vertragsrecht als Selbststeuerungsrecht

Die Untersuchungen des zweiten Abschnitts (B.) laufen auf den Begriff des Vertrags zu. Er steht als Leitbegriff gleichzeitig für das Ziel einer Ordnung wie auch für deren kritische Selbstbetrachtung. Die Praxis der „bewährten Zusammenarbeit“, wie das Bundesverfassungsgericht die Kooperation zwischen staatlichen und freien Trägern der Sozialhilfe nannte⁸⁷, stellt sich als ein nur schwer durchschaubares Ineinander vielfältiger Rechts- und Zusammenarbeitsverhältnisse dar.⁸⁸ Bis in die jüngste Zeit entnahmen die beteiligten Akteure das hier Anwendung findende Recht in großem Maße nicht veröffentlichten Vereinbarungen und Kooperationsabkommen zwischen Sozialhilfeträgern und Spitzenverbänden, welche in großer Entfernung von rechtlicher Kontrolle und Untersuchung wie beispielsweise im Fall von Verwaltungsvorschriften⁸⁹, rechtsstaatlich einen höchst unsicheren Status hatten.⁹⁰ Gegenstand der folgenden Untersuchungen ist daher auch die Frage nach den durch die Intervention des Gesetzgebers bereits erkennbar gewordenen Veränderungen auf diesem Gebiet.

Die Rechtsbeziehungen im „Sachbereich Wohlfahrtspflege“ bieten eindrucksvolles Anschauungsmaterial für die Erprobung weitzielender Individualisierungserwartungen einerseits und der gerade auch im Privatrecht im Vordringen befindlichen Renaissance von Theorien eigenverantwortlicher, staatsferner privater Regulierung andererseits. Das Dreieck zwischen Träger, Leistungserbringer und -empfänger ist bei näherer Betrachtung ein Bermudadreieck für jene a-historischen Hoffnungen auf die Wiederkehr einer

Aufhebung der Zweiteilung von öffentlichem Recht und Privatrecht zu etablieren, siehe de Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 16 m.w.N.

86 Siehe Heinze/ Strünck, Kontraktmanagement im Windschatten des „Wohlfahrtsmix“, 298, die auf die Mischung einer Vielzahl von Steuerungstypen hinweisen, z.B. „Korporatismus und Wettbewerb, Selbstorganisation und staatliche Bereitstellung.“

87 BVerfGE 22, 180 <202>.

88 Vgl. Neumann, Der informelle Sozialstaat, 129 ff; ders., Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 412 ff; Heinze/Strünck, Kontraktmanagement im Windschatten des „Wohlfahrtsmix“, 298.

89 Vgl. BVerwGE 72, 300 <319>: „Kompetenz zur Normkonkretisierung“.

90 Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, a.a.O.

aus frei und unabhängig disponierenden Individuen bestehenden bürgerlichen Gesellschaft. Angesichts der weitreichenden Entwicklungen im Gebiet der freien Wohlfahrtspflege und dem Recht der Pflegesatzvereinbarungen soll den Schwierigkeiten nachgegangen werden, mit der alle vereinfachenden Stellungnahmen zu Selbstregulierungsmechanismen qua Vertragsrecht zu rechnen haben.⁹¹ Dabei dürfen sie sich nicht auf eine oberflächliche Heranziehung von Modellen von *Vertragsgerechtigkeit* beschränken, ohne die Komplexität und die strukturelle Verflechtung in den jeweiligen Regelungsbereichen zur Kenntnis zu nehmen.⁹² Besonders Volker Neumann hatte auf eine Zusammenführung der gesellschaftstheoretischen Erkenntnisse der Verbandforschung mit dem Verfassungsrecht hingewiesen unter der Leitvorstellung, daß die verfassungsrechtliche Perspektive bei der verfassungstheoretischen Auseinandersetzung mit Verbänden nicht verloren gehen dürfe.⁹³

4.1 Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag

Die Beschreibung unterschiedlicher Ordnungsmuster gesellschaftlicher Organisation unter den Leitbegriffen Staat, Gesellschaft und Vertrag basiert auf der Hoffnung, auf diesem Wege zeigen zu können, wie jeder der drei Begriffe gleichzeitig auch immer mit den beiden anderen verflochten ist, weil er zugleich Erinnerung an ein vorangegangenes Modell wie auch Versprechen eines anderen, zukünftigen und besseren ist. Dabei nimmt in der hier zugrunde gelegten Reihenfolge der Begriff des Staates eine Sonderrolle ein, weil er institutionell eine Form der Organisation darstellt, welche sich aus Gründen innerer und äußerer Sicherheit gebildet und die vorhergehende Geschichte radikal verändert hat. Im Staat ist eine Form der Begrenzung gesellschaftlichen Handelns sichtbar geworden, welche sich von gewachsenen wechselseitigen Abhängigkeitsbeziehungen dadurch unterscheidet, daß sie mit den Befugnissen und Pflichten betreffenden Regeln einen Rahmen vorgibt, innerhalb dessen sich die Gesellschaft entfalten sollte. Der Staat entzieht der Gesellschaft im Wege der Konzentration die politische Macht, und mit Hegel wird der Weg zurück zu einer wechselseitigen Durchdringung von Staat und civil society endgültig versperrt. Der Bürger der vom Staat unterschiedenen Gesellschaft bleibt von der Freiheitsgewährung durch den Staat abhängig. Sein Wirken in der Gesellschaft steht unter der wachenden „Begleitung“ durch den Staat. Hier endet die revolutionäre Kraft des bürgerlichen Subjekts, welches in der Realität des Marktes nur zu

91 Vgl. bereits Geis, Die öffentliche Förderung sozialer Selbsthilfe; s. zur bisherigen Rechtslage: Schmitt, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht; Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat; vgl. auch Maximilian Fuchs, Zivilrecht und Sozialrecht.

92 Siehe z.B. Zöllner, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 7, der sein „Lebensthema“, die Reichweite der Privatautonomie, unter ausschließlicher Bezugnahme auf vermeintlich rein marktbezogene Austauschbeziehungen diskutiert.

93 Neumann, Freiheitsgefährdung im kooperativen Sozialstaat, 37, 417 f., 438 mit Verweis auf die Handelsvertreterentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 81, 242. Siehe auch die Rezeption des Folgeurteils, BVerfGE 89, 214, bei Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 313 f.; Tonner, Bürgschaftsrechtssprechung, 901 ff.; Zum Schadensrecht vgl. Hesse/Kauffmann, Die Schutzpflicht in der Privatrechtssprechung, 220; vgl. jüngst BGH JZ 1999, 947 – Papierreißwolf, m. Anm. Foerste; Meyer, Die neue BGH-Rechtssprechung zur Produkthaftung gegenüber Kindern, 1319 ff.

schnell die Diskrepanz zwischen seinem welthistorischen Auftrag und seinem tatsächlichen Elend erfahren muß.⁹⁴

Wenn nun in den ersten beiden Abschnitten (A, B) die Frage nach der juristischen Thematisierung politischer Ordnung unter dem Semantikdach von „Staat“ einerseits, „Gesellschaft“ andererseits, gestellt werden soll, so läßt sich das nur unter der Einschränkung rechtfertigen, daß es um den Versuch einer Bestandsaufnahme von Thematisierungsprozessen geht. Es sollen Entwicklungsabschnitte nachgezeichnet werden, die einen Blick darauf erlauben, welche Ergebnisse die Thematisierung politischer Ordnung in bezug auf Staat und auf Gesellschaft hervorgebracht hat und weiter hervorbringt. Mit Ergebnissen sind hier nicht jeweilige Endpunkte universeller Freiheitskonzeptionen und ihrer institutionellen Ausgestaltung gemeint. Die Suche nach „Ergebnissen“ zielt auf die Kennzeichnung der Kontexte, in denen Erwartungen, Hoffnungen, Utopien und soziale Forderungen formuliert wurden. Die Erwartungen an das Recht sind in der Vergangenheit aus der Perspektive der Trennung von Staat und Gesellschaft formuliert und in Rechtskategorien umgesetzt worden. Dies setzt sich auch noch in dem Moment fort, wo allgemein die Überholtheit dieser strengen Trennung festgestellt wird.⁹⁵ Während eine normativierende Sichtweise bestimmend bleibt, die mit der Zurückdrängung des staatsrechtlichen Dualismus den Verlust genau der Perspektive beklagt, aus der der Abwehrcharakter der Grundrechte gewonnen wurde, werden gesellschaftswissenschaftliche Beobachtungen einer Auflösung der Dichotomie in ein vermeintlich gleichberechtigtes Gefüge mehrerer Teilgesellschaftssysteme, zu denen auch der Staat zählt, eher ablehnend aufgenommen.⁹⁶ Vor diesem Hintergrund soll hier der Versuch unternommen werden, Versäumnisse bei der produktiven Umsetzung der Einsicht in die historische Bedingtheit der Staat-Gesellschaft-Unterscheidung als einer angemessenen Beschreibung des Rechts zu benennen.⁹⁷

Die im dritten Teil erfolgende Problematisierung des Vertrages als eines dritten Ordnungsmusters baut auf der Vorstellung auf, daß in der Vertragssemantik Vermittlungsprozesse unterschiedlicher Ordnungsvorstellungen abgespeichert sind, die durch die Vertragskategorie immer wieder neu thematisiert werden können. Dem Vertrag kommt in der politischen Ideengeschichte eine wichtige Rolle zu, war er es doch, der das Organisationsschema einer rationalen Ordnung zur Verfügung stellen sollte. Obwohl *Bewegungs-* und *Vermittlungsbegriff*, ist somit der Vertrag von den *Statikbegriffen* Staat und Gesellschaft nicht zu trennen. Nun wird hier der Begriff des Vertrags nicht dazu eingeführt, um die lang ersehnte Theorie der Vermittlung oder Versöhnung zwischen beiden Sphären vorzuschlagen. Vielmehr ergeben die folgenden Betrachtungen, daß von einer strengen Trennung zwischen diesen Sphären so nicht ausgegangen werden kann. Die

94 Willms, Revolution und Protest oder Glanz und Elend des bürgerlichen Subjekts.

95 Vgl. zum Selbstverständnis der zeitgemäßen Staatsrechtslehre, Hofmann, Von der Staatssoziologie zur Soziologie der Verfassung.

96 Vgl. die Auseinandersetzung bei Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, 30, 32.

97 Vgl. Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit.

Staatsbezüglichkeit eines Argumentationsmusters stellt lediglich die andere Seite, das Gegenüber der Orientierung derselben Argumentation an der Gesellschaftssemantik dar. Staat und Gesellschaft sind somit methodische Weichenstellungen desselben Diskurses. Indem zwischen ihnen aber eine kategoriale Trennung angenommen wird, werden Denkkzusammenhänge auseinandergerissen und komplexere Lösungen zugunsten schematischer Zuschreibungen unmöglich gemacht.

In der Vertragssemantik nun wiederholt sich dieser Vorgang. Indem auf die Natur des Rechtsgeschäfts und der Akteure abgestellt wird, werden Vorentscheidungen hinsichtlich der normativen Maßstäbe getroffen, die als solche innerhalb der juristischen – richterlichen – „Verwaltung“ des Sachverhalts später nicht mehr erkennbar sind.⁹⁸ Im Vertrag kreuzen sich die oben gekennzeichneten Diskurse wieder. Das Prekäre der Vertragssemantik liegt in der *Wiederholung* der wechselseitigen Mißverständnisse, die in den Staats- und Gesellschaftsdiskursen identifiziert wurden. Der Vertrag wird somit zu einer Verbindungsstelle der Staats- wie der Gesellschaftssemantiken ebenso wie auch der dort involvierten stillschweigenden Mißverständnisse. Der Vertrag steht gleichsam für den autonom herbeigeführten Eintritt in ein Rechtsverhältnis, welches den Vertragspartnern unter der Voraussetzung Sicherheitsgewähr bietet, daß die Regeln von den Parteien anerkannt werden.⁹⁹ Der Vertrag als Organisationsprinzip von Austauschbeziehungen hat bis heute Weiterentwicklungen gespeichert, deren normativer Gehalt an den der Ordnungsmuster des „Staates“ und der „Gesellschaft“ anschließt.¹⁰⁰ In Objektivierungen, Standardisierungen und Materialisierungen ist aus dem Vertrag als meist bilaterales Einigungsband ein höchst komplexes, oft multipolares und von programmatischer Steuerung begleitetes Konstrukt geworden, bei dem das Prinzip der Privatautonomie eines unter anderen ist. Die Erosionen des Programms der liberalen Wirtschaftsverfassung¹⁰¹ können als Anpassungsschübe des Prinzips an die von außen herangetragenen Steuerungserwartungen dargestellt werden. Hierbei bleibt der Vertrag in dem Maße Organisationsprinzip, in welchem er den strukturellen Druck in unterschiedlichsten Steuerungskontexten verarbeiten kann.

98 Siehe etwa Alfred Fouillée, *La Science Sociale Contemporaine* (1896), 410: „Qui dit contractuel, dit juste“, zitiert bei Ewald, *A Concept of Social Law*, 49.

99 Vgl. aus jüngerer Zeit grundlegend Oechsler, 168 ff. (zur Darstellung und Kritik des sogenannten Willensdogmas). Zu den Weiterentwicklungen, ebenda; Atiyah, *Freedom of Contract and the New Right*, 355 ff.; Teubner, *Legal Irritants*, 11 ff.; Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*.

100 Siehe jüngst Hillgruber, *Der Vertrag als Rechtsquelle*, 348 ff.

101 Vgl. dazu Hart, *Kommentierung vor § 116*, in: *AK-BGB*, Rz. 35; ders., *Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel Wirtschaftsverfassung*, 31; siehe auch Badura, *Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts*, 206 f.: „Aggressiv wie defensiv gebraucht nimmt der Begriff der Wirtschaftsverfassung einen normativen Überschuß in Anspruch, eine werbende Bedeutung über die bloße Abkürzung für die dem Verfassungsgesetz entnehmbare Regelung von Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsordnung hinaus. Dabei verschwimmt leicht die Grenze zu einem von der Positivität des Verfassungsgesetzes sich lösenden Begriff von Wirtschaftsverfassung als der idealen und darum gewollten Wirtschaftsordnung.“

4.2 Veränderungen der Staatlichkeit als Ende des Staates?

Die Palette der Umbaumaßnahmen eines an die Grenzen seiner Finanzierbarkeit geratenen Wohlfahrtsstaates, die nahezu alle Bereiche der Daseinsvorsorge als Infrastrukturverwaltung umfassen, bildet die Kulisse, vor der diese Diskurse stattfinden. Diese Umbaumaßnahmen führen tendenziell zu einem Anpassungsdruck in allen Gebieten, in denen die rechtlichen Vorgaben immer neu an den Anforderungen der Beteiligten ausgerichtet werden müssen.¹⁰² Diese Entwicklungen können nicht sämtlich behandelt werden. Vielmehr ist es erforderlich, sich der übergreifenden Entwicklungstendenzen aus einer bestimmten Richtung zu nähern. Die teilweise Umstellung staatlichen Handelns auf Mechanismen der Selbstregulierung befördert die Tendenzen, die in vielen Bereichen an die Stelle parlamentarischer Deliberation getretene Selbstprogrammierung der Verwaltung durch verschiedene Selbststeuerungsformen auf der Ebene der Gesellschaft zu ersetzen.¹⁰³ Gleichzeitig bleibt der Staat als Aufsichtsinstanz präsent.¹⁰⁴ Die vermeintliche Wiederbelebung von Eigenverantwortung und Autonomie, welche den Staat - unter Berufung auf ein oft nicht näher ausgewiesenes Subsidiaritätsprinzip - zurückdrängt¹⁰⁵, kann aber auch als eine weitere Auflösung von Legitimationsmustern verstanden werden. Denn dort wo die Exekutive Bereiche der Aufgabenerfüllung ausgliedert, bleibt sie in verstärktem Maße der Ort immer differenzierterer und detaillierterer Rechtsetzung, was zu einer erhöhten Abhängigkeit der Legislative von der Ministerialbürokratie führt.¹⁰⁶ Und mehr noch: die Ausgliederung der Aufgaben aus dem Leistungsangebot der Verwaltung kann dazu führen, daß diese nunmehr noch die Verantwortung, nicht aber weiterhin die Zuständigkeit einschließlich der Sachnähe und des erforderlichen Fachwissens hat. Experte ist das leistende Unternehmen. Für die Verwaltung kann das heißen: „Wer hinterher hinkt, kann nicht lenken.“¹⁰⁷

Insgesamt deuten die verstärkt auf Kooperation, Anpassung und Flexibilität auszurichtenden komplexer gewordenen Verhandlungs- und Entscheidungsvorbereitungsmechanismen zwischen Staat und gesellschaftlichen Kräften¹⁰⁸ - gerade im Zusammenhang mit der starken Tradition des institutionellen Wohlfahrtsstaates in Deutschland - eher auf einen *Umbau* des Verwaltungshandelns als auf dessen tatsächliche Minimierung

102 Vgl. etwa Ellwein/Hesse, Der überforderte Staat; Hoffmann-Riem, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, 433 ff.; Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 48 ff.

103 Siehe Benz, Regulierung, Deregulierung und Reregulierung - Staatsentlastung, 63: „Übergang von imperativem zu kooperativem oder konsensuellem Verwaltungshandeln, aber auch der vermehrte Einsatz etwa von Anreizen als Mittel staatlicher Steuerung - mit dem Ziel einer Aktivierung (und Steuerung) der gesellschaftlichen Selbststeuerung unter Bereitstellung von Organisations- und Verfahrensregeln.“

104 Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, 343: „Regulierte Privatisierung ist jedenfalls kein taugliches Instrument zur Verminderung der oft beklagten ‚Normenflut‘.“

105 Vgl. hierzu unten, B I 2.

106 Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, 343.

107 Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, 348.

108 Vgl. jüngst Czerwick, Verhandlungsdemokratie, 415 ff.

hin.¹⁰⁹ Dieser Umbau erfolgt weiterhin unter enormem Herausforderungsdruck. Wo der Staat mit dem grundsätzlichen Problem konfrontiert wird, gesellschaftliche Teilsysteme mit teilweise hoch komplexen Eigenrationalitäten unter großem Wissensbedarf durch Recht zu steuern¹¹⁰, verselbständigt sich die angestrebte und auf die Fahnen der Deregulierung geschriebene Prozeduralisierung, welche gemeinhin zunächst als Umstellung hierarchisch, also von oben nach unten strukturierter Entscheidungsfindung auf die Einrichtung horizontal angelegter Verfahren aufgefaßt wird. Versteht man demgegenüber Prozeduralisierung als einen auf Flexibilitätssteigerung, Kontextsensibilisierung und Funktionsbereiche miteinander in Beziehung setzenden Lernvorgang, so erscheint auch die Trennung von Teilrechtsordnungen in einem anderen Licht. Aus der Perspektive des Privatrechts als eines Selbststeuerungs- und Selbstverwaltungsrechts, dessen Aufgabe in erster Linie in der Bereitstellung von Handlungskompetenzen, aber auch in der Zuschreibung von Verantwortungen besteht, stellt sich das öffentliche Recht nicht länger als etwas gänzlich anderes dar. Dieses Privatrecht ist dann vom öffentlichen Recht schon deshalb nicht mehr in der herkömmlichen Art zu scheiden, weil sich die Ordnungsaufgaben in beiden Regimes immer mehr überschneiden. Die Verobjektivierungen und Standardisierungen bei der Erfassung von Sachverhalten im öffentlichen Recht wie im Privatrecht ebenso wie die das Haftungsrecht grundsätzlich kennzeichnende Umstellung von Kausalitätsfeststellungen auf Funktionalitätsbeschreibungen und die damit verbundenen Benennungen von Kontexten und Verkehrskreisen, von Rollen und typischen Fallkonstellationen können als Weichenstellungen für ein *Gemeinrecht* (Bullinger 1968) verstanden werden. Ob es ein solches *Gemeinrecht* geben kann, wird aus dogmatischer Sicht bezweifelt. Das sollte einen jedoch nicht davon abhalten, die Bereiche zu kennzeichnen, in denen das Recht seine dogmatischen Konturen nicht durch die tendenzielle Zuordnung zu einer der beiden bekannten Teilrechtsordnungen gewinnt¹¹¹, son-

109 Benz, Regulierung, Deregulierung und Reregulierung, 64, 65: „Wahrscheinlicher ist deshalb eine Veränderung der staatlichen Organisation, insbesondere der Verwaltung, eine teilweise Verlagerung von Aufgabenwahrnehmung auf Private unter Beibehaltung der grundsätzlichen staatlichen Verantwortung, und - damit verbunden - eine Veränderung in den Handlungsformen und in der Art der Regulierung, ohne den grundsätzlichen Anspruch einer Steuerung durch Recht aufzugeben.“ Vgl. dazu Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, 199: „Trotz ihres an die innerstaatliche Souveränität erinnernden Klangs gewinnt die Kategorie der staatlichen Letztverantwortung eine eigene Funktion erst im Bereich zwischen staatlichem und gesellschaftlichem Handeln.“

110 Vgl. eingehend Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 52 f., 74 ff. und *passim*; siehe auch die Referate Schochs und Trutes zum Thema: „Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung“ auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1997, a.a.O., 216 ff., jeweils m. w. N., sowie den begleitenden Aufsatz von Ebsen, 1039 ff. Aus soziologischer Perspektive Brock/Junge, Die Theorie gesellschaftlicher Modernisierung und das Problem gesellschaftlicher Integration, 172 ff., die den Integrationsprozeß als gänzlich durch den Transfer zwischen Bereichen der spezialisierten Wissensentwicklung charakterisiert ansehen. Dabei binden sie die Produktion von Wissen an spezifische Kontexte, soziale Arrangements, die sie mit Max Webers Idee des „Berufes“ als Voraussetzung von Spezialisierung beschreiben, ebenda, 173; zur Funktion von „Wissen“ als Charakteristikum moderner, post-industrieller Gesellschaften, siehe auch Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft.

111 Siehe de Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 42 ff., 43, der Bullingers Idee eines *Gemeinrechts* als mit dem geltenden Recht nicht vereinbar ansieht.

dern durch die Kennzeichnung von Kontexten, Funktionsbereichen, von Autonomiesphären¹¹² als durch Recht gesicherte Freiheitsräume.¹¹³ Der eigentliche Gewinn der Zusammenführung der Erfahrungen von Einheit und Differenz in den Teilrechtsordnungen liegt schließlich in der Ermöglichung einer Selbstreflexion des Rechts auf seine vielfältigen Steuerungs- und Regelungsaufgaben jenseits der dualistischen Zuteilung in öffentlich oder privat.¹¹⁴

Die folgenden Ausführungen versuchen somit, mit Bezug auf die genannten Leitbegriffe Argumentationsschemata kenntlich zu machen. Diese sollen zeigen, in welchem Maße isolierte Diskurse über die Organisation politischer Herrschaft (Regierung, government, administration, governance) dazu führen, daß Lernchancen verpaßt werden. Die oben angedeutete Hoffnung in den „Staat“ ist nicht irgendeine Hoffnung, sondern zielt auf menschliche Selbstverwirklichung unter Freiheitsbedingungen. Die besonders in der jüngeren politischen Philosophie mit dem Begriff der „Gesellschaft“ verbundenen Erwartungen beziehen sich auf die soziale Sphäre, innerhalb derer Anerkennung und Identität erlangt werden. Dieses für weite Teile der Gesellschaftswissenschaft und der Rechtsphilosophie geltende Primat hat freilich seinerseits eine Perspektivenverschiebung zur Folge, da die als Freiheitssphäre verstandene Gesellschaft zu vorschnell von seiner Staatsgeprägtheit abstrahiert zu werden Gefahr läuft.¹¹⁵ So gesehen ist die Aussage, daß der Begriff des Staates für den Garanten der freiheitlichen Organisation der Gesellschaft steht, gleichzeitig richtig und falsch. Im folgenden wird sich zeigen, daß im Begriffshorizont von Staat und Gesellschaft Erfahrungen gespeichert wurden, die für die Zukunft gerade deswegen nur noch unter besonderen Bedingungen nutzbar gemacht werden können. Ihre Systematisierung erfolgte unter dem semantischen Dach von „Staat“, „Gesellschaft“ und „Staat und Gesellschaft“, damit also innerhalb eines weiterhin wirkungsvollen, konzeptuellen Rahmens.¹¹⁶

Hier ist schon auf die vermeintliche Alternative zu einem traditionsverhafteten und einem Formalrechtsverständnis verpflichteten Bewahrungsethos hinzuweisen. Wo die Gegner der strikten Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht, etwa von Verfassungsrecht und Privatrecht, ihr Heil in materialisiertem Recht zu finden suchen, also in einer Rechtssetzung und –fortbildung, die sich in erster Linie durch den Verweis auf eine zwischen Recht und Gesellschaft entstehende Gerechtigkeitskluft rechtfertigen will, gilt ebenso: diese Materialisierungen sind selbst das Produkt historischer Konstel-

112 Siehe Teubner, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, 10 ff.

113 Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, 221-249, 221f; ders., Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, 27f.

114 Siehe nochmals Teubner, Nach der Privatisierung, 19: „An den besagten strukturellen Orten selbst, inmitten der Pluralität sozialer Systeme werden interne und externe Konflikte ausgetragen, die letztlich um die Definition ihrer sozialen Identität kreisen.“ Vgl. zu diesem Ansatz auch Cohen/Sabel, „Directly-Deliberative Polyarchy“, 313 ff, und dazu Gerstenberg, „Law’s Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel“, 343 ff.

115 Daß das Konzept des Gesellschaftsvertrages hierfür lediglich in einem Zirkelschluß entwickelt werden kann, betont Gellner, Origins of Society, in: Anthropology and Politics, 30.

116 Vgl. dazu die treffende Kritik bei Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, 1065 ff.

lationen und durch diese bestimmter Problemwahrnehmungen¹¹⁷. Auch sie stehen konzeptuell im Schatten des Semantikdachs aus Staat und Gesellschaft, dem hierauf aufbauenden Verständnis von öffentlichem Recht und Privatrecht¹¹⁸ und gründen somit auch auf den in diesem Rahmen gemachten Erfahrungen.¹¹⁹ Gleichwohl stellen diese Erfahrungen den Lernbestand dar, den sich die Rechtslehre von morgen vergegenwärtigen muß. Denn die allenthalben geforderte Anpassung des Rechts an die Wirklichkeit ist ein höchst fragwürdiges Unterfangen, solange das semantische Instrumentarium ohne die Zurkenntnisnahme seiner historischen und konzeptuellen Bedingtheit bestätigt oder verabschiedet werden soll.

4.3 Das neue Gesicht der Politik

Soweit die Bühne dieses Schauspiels der sich im Um- oder Abbau befindende Wohlfahrtsstaat ist, drängt sich unabweisbar die Frage nach den zukünftigen Formen von Recht, Politik, Wirtschaft, aber auch Kultur und Erziehung auf. Welche Formeln können nachhaltige Wirkungskraft entfalten und eine adäquate Problembeschreibung gewährleisten? Supervisionsstaat? Wissensgesellschaft? Neue Ökonomie? Soll es zur Ausbildung tragfähiger Institutionalisierungen gesellschaftlicher Konsolidierung kommen, muß auf dem mit "Staat" und "Gesellschaft" gemachten Erfahrungsbestand aufgebaut und gleichzeitig der Mut dafür gefunden werden, sich von bekannten Interpretations- und Beschreibungsschemata gegebenenfalls zu verabschieden. Schon vor diesem Hintergrund stellt sich das Problem des Sozialstaats nicht länger allein als eines von Finanzierungsengpässen dar. Ebenso wenig besteht die Aufgabe sozialer Sicherung lediglich in der Bereit- und Sicherstellung einer materiell verstandenen Grundversorgung. Im Rahmen einer kulturell sich immer weiter ausdifferenzierenden pluralistischen Gesellschaft¹²⁰ und der Ausbildung weltweit vernetzter Produktions- und Absatzregime kommen dem Sozial- wie auch dem Wirtschaftsrecht neue Rollen zu, die sich dem Nationalstaatsparadigma nicht mehr ohne weiteres unterordnen lassen.¹²¹

In dem Maße, in dem die deutsche Sozialstaatsdebatte jedoch vor dem Hintergrund der Wechselseitigkeit von Privatisierung auf der einen und neuer und feinerer Steuerungsformen – Stichwort: Verantwortungsteilung – auf der anderen Seite geführt wird, muß der Blick auf die Kapazitäten des öffentlichen Rechts und des Privatrechts zum „Auffangen“ des unbestrittenermaßen weiterhin bestehenden sozialen Drucks, aber auch der neuen Anforderungen unter dem Ungewißheitsparadigma gerichtet werden.

Aus dieser Perspektive stehen die drei Begriffe - Staat, Gesellschaft, Vertrag - in einem wechselseitigen Bezugsverhältnis. Die Erfahrungen des einen Ordnungsmusters werden

117 Siehe aus jüngerer Zeit vortrefflich Damm, Privatautonomie und Verbraucherschutz, 129 ff.

118 Pointiert jetzt de Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 6 ff.

119 Siehe jüngst Ladeur, Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels, 65 f.

120 Siehe etwa Nickel, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik.

121 Siehe Treutner, Soziale Sicherheit zwischen Globalisierung und Europäisierung; Berthold, Der Sozialstaat im Zeitalter der Globalisierung; Seeleib-Kaiser, Wohlfahrtssysteme unter Bedingungen der Globalisierung: Divergenz, Konvergenz oder divergente Konvergenz?

von den jeweiligen anderen reflektiert und in die eigene Konstituierung aufgenommen. Das heißt aber auch, daß es sich nicht um ein Hierarchieverhältnis handelt. Staat, Gesellschaft, Vertrag ergänzen sich gegenseitig hinsichtlich ihrer Möglichkeiten der Verwirklichung des politischen Versprechens der Freiheit.