

Karl-Heinz Ladeur, *NEGATIVE FREIHEITSRECHTE UND GESELLSCHAFTLICHE SELBSTORGANISATION*, Siebeck Mohr: Tübingen 2000, XIV, 349 S., DM 148,--.

## I. Das Erbe von Staat und Gesellschaft

Wie wird der Staat der Zukunft aussehen? Wie die Gesellschaft? Mit der Mehrdeutigkeit der zweiten Frage ist der Finger auf die Wunde der gegenwärtigen Suche nach alternativen Wegen jenseits des Interventions- und Wohlfahrtsstaats des letzten Jahrhunderts gelegt. Allein, ein Medikament ist nicht in Sicht. Denn es scheint, als kämen wir aus dem dualistischen Bezugssystem, aus dem auch die Frage stammt, noch lange nicht heraus. Ob vom Rückzug, vom Abbau oder Ende des Staates oder von der Veränderung der Staatlichkeit, etwa von *governance without government*<sup>1</sup> die Rede ist, oder ob statt dessen Gesellschafts- und Gemeinschaftsvorstellungen des Kommunitarismus oder der katholischen Soziallehre und des dort entfaltenen Subsidiaritätsprinzips für die Verteidigung der Privatrechtsgesellschaft in Anschlag gebracht werden: immer scheint sich die Suche zwischen den Polen von Staat und Gesellschaft zu bewegen. Dass diese Suchbewegung nicht nur einem begrifflichen Rahmen verhaftet, sondern in einen historisch gewachsenen, komplexen semantischen Bedeutungskontext eingebettet ist<sup>2</sup>, zeigt sich spätestens dann, wenn die Versuche, eine politische Ordnung jenseits des Nationalstaats zu denken<sup>3</sup>, regelmässig mit dem Problem konfrontiert werden, auf die *Wiederholung* der zwischen Staat und Gesellschaft changierenden Konzepte angewiesen zu bleiben.<sup>4</sup> Die Konzeptualisierung der Weltgesellschaft erfolgt auf dem affirmativen Wege der Ortung und Kompetenzzuschreibung zwischen- und überstaatlicher Akteure, die in der Folge mit einer Reihe normativer Forderungen konfrontiert werden. So erwecken die Auseinandersetzungen um die Weiterentwicklung der EU, die Ökologisierung der WTO oder die Demokratisierung des IMF ein wenig den Eindruck, als handele es sich nicht darum, die Arten und Formen der Organisationen und Institutionen grundsätzlich auf ihre Adäquatheit hinterzufragen, sondern allein um Versuche, isolierte Eigenschaften in den Vordergrund zu stellen, dabei aber übergreifende Perspektiven und Fragestellungen nicht zu thematisieren.<sup>5</sup>

---

1 Siehe etwa *Rosenau/Czempiel* (eds.), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics* (1992); *Rosenau*, *Along the Domestic-Foreign Frontier - Exploring Governance in a Turbulent World* (1997); *Zumbansen*, Spiegelungen von „Staat und Gesellschaft“ - Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte, in: Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste (Hrsg.), *Globalisierung als Gegenstand von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, ARSP Beiheft 79, 13-40.

2 Siehe *Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: *ders.*, *Die Postnationale Konstellation*, Frankfurt 1998, 91-169 (91 f.)

3 Siehe hierzu besonders *Neyer*, Politische Herrschaft in der postnationalen Konstellation. Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates, Habilitationsschrift, Bremen 2001; *Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaates, Frankfurt 1998; *ders.*, Sovereignty and Law in a Denationalized World, in: Appelbaum/Felstiner/Gessner (eds.), *Rules and Networks* (2001), 39 ff.

4 *Zumbansen*, Spiegelungen von „Staat und Gesellschaft“, (Fn. 1), 13 ff.; *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, Tübingen 1998; jetzt auch sehr erhellend *Graser*, „Demoikratie“? Konsistenzängste im deutschen Staatsrecht, *Leviathan* 31 (2003), 345-361.

5 Siehe dagegen *Joerges*, The Impact of European Private Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, in: *European Law Journal* 3 (1997) 378-406 (386 ff.), der einem Mehrebenen-Untersuchungsansatz zur Erfassung der neuartigen Rechts- und Organisationsform der EU zu folgen vorschlägt. In erster Linie wird damit der Anspruch aufgegeben, durch rechtliche Intervention eine gleichförmige Integration der europäischen Privatrechtssysteme zu erreichen. Vielmehr akzeptiert dieser Erklärungsansatz die dezentralisierte Weiterentwicklung des Rechts in gegebenenfalls engeren Bereichsgrenzen, die freilich nicht unbedingt mit den nationalstaatlichen Grenzen identisch sein müssen „...alienating markets

Die seit Thomas Hobbes und Adam Smith thematisierte Zerbrechlichkeit sozialer Interaktion, deren strukturelle Gefährdung durch nicht gebändigten Egoismus und schließlich die parallele Einholung durch autoritäre Domestizierung (Staat) auf der einen und wohlstandssteigernde Ausbeutung und Kooperation (Gesellschaft) auf der anderen Seite bleiben somit noch auf lange Zeit Referenzpunkte einer Verständigung über staatliche Steuerung und gesellschaftliche Selbstorganisation.<sup>6</sup> Aber dem sich zwischen Abstufungen von Wohlfahrts-, Interventions- oder Umweltstaat einpendelnden Ordnungsanspruch entgehen die Phänomene gesellschaftlicher Selbstorganisation, die sich nicht in der „privaten“ Seite eines sogenannten „public-private Partnership“ erschöpfen. Gemeint sind hier die Praktiken und Institutionen gesellschaftlicher Selbstregulierung in Verbänden, Gesellschaften und Vertragsverbindungen<sup>7</sup>, die sich einer Zuordnung innerhalb des Staat-Gesellschaft-Schemas deswegen entziehen, weil sie in sich die Unterscheidung wiederholen und auf eigene Weise neu formulieren.<sup>8</sup> Die Enthüllung des privatrechtlichen Sozialmodells des 19. Jahrhunderts als für Dogmatik und Rechtspolitik folgenreicheres Weltbild des 20. durch Franz Wieacker hat ebenso wie die Studien Franz Böhms, Roscoe Pounds oder Emanuel Gaillards über ‚private Macht‘ zu unserer nachhaltigen Sensibilisierung für die sozialen und systematischen Untiefen des bürgerlichen Formalrechts geführt. Damit musste eine Umorientierung eines vorrangig an der Abwehr staatlicher Eingriffe in die Privatsphäre ausgerichteten Grundrechtsverständnisses einhergehen. Mit der verfassungsrechtlichen Perspektiverweiterung auf Leistungsrechte aber hat das öffentliche Recht seinen Status als über der Gesellschaft stehend endgültig verloren, und in der Folge immer kleinlauter auftretende Abgrenzungsfragen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht dienen – negativ – noch der Selbstvergewisserung hinsichtlich des fragwürdig gewordenen Trennungsschemas und – positiv – schon der übergreifenden Kennzeichnung von Steuerungsaufgaben, -kompetenzen und -kapazitäten.<sup>9</sup> Die damit verbundene Benennung der

---

from their traditional environments“ (ebda. 391). Dieser auf Dezentralität und Kollision bauende Erklärungsansatz ist nicht nur für Harmonisierungsdiskurse im Privatrecht, sondern auch für die gegenwärtige Verfassungsdebatte bestimmend: *ders.*, Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts, in: *ders./Teubner* (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht (2003), 183-212 (205 ff.). Siehe dazu auch *Jachtenfuchs*, The Governance Approach to European Integration, *Journal of Common Market Studies* 39 (2001), 245-264; *Scott/Trubek*, Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union, *European Law Journal* 8 (2002), 1-18; *Hodson/Maher*, The Open Method as a New Mode of Governance: The Case of Soft Economic Policy Coordination, *Journal of Common Market Studies* 39 (2001), 719-746.

- 6 Siehe etwa die von Hegelschen Vorstellungen geprägten Ausführungen hierzu bei *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1996), 235-282; demgegenüber wird die Bedeutung eines politischen Gesellschaftsbegriffs, der von der Idee der Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung her konstruiert ist, zumeist wenn nicht vernachlässigt, dann jedenfalls als selbstverständlich in Anspruch genommen, siehe dazu besonders *Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie (1992), 180 ff.
- 7 Dazu jetzt umfassend *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2003), 2. Kapitel.
- 8 Siehe dazu etwa *Frankenberg*, Shifting Boundaries: The Private, the Public, and the Welfare State, in: Michael B.Katz/Christoph Sachße (eds.), *The Mixed Economy of Social Welfare*, Baden-Baden 1996, 72-94; *G.F.Schuppert*, Staat, Markt, Dritter Sektor – oder noch mehr?, in: Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse/Renate Mayntz/Fritz W. Scharpf (Hrsg.), *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, Band 1, Baden-Baden 1987, 47-87; *ders.*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstrukturen, *Die Verwaltung* 31 (1998), 415-447; skeptisch dazu *Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der ‚Informations- oder Wissensgesellschaft‘, in: Hoffmann-riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (2000), 101-131; jüngst *Zumbansen*, Vertragsregimes im „Dritten Sektor“: Zur Verortung des Verwaltungsrechts angesichts des Zusammenwachsens privat- und öffentlichrechtlicher Handlungsformen, in: Kötz/Rawert/K.Schmidt/Walz (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook* 2002 (2003), 61-85 (76 ff.).
- 9 Siehe statt vieler *D.Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: *ders.* (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, 613-646.

sozialen Akteure zur Erbringung *öffentlicher* Aufgaben findet immer selbstverständlicher irgendwo *zwischen* den Sphären des öffentlichen Rechts und des Privatrechts statt.<sup>10</sup>

Damit wird auch der Druck des Privatrechts auf das nur zögerlich eine Kontrollfunktion ausübende Verfassungsrecht stärker, ungeachtet der Kritik an den immer noch nicht ausgereiften Drittwirkungstheorien.<sup>11</sup> In diesen schwingt denn noch zu oft eine demokratievergessene Thematisierung des Staat-Gesellschaft-Gefüges mit, welche in zu starkem Maße eine politische Staatssphäre von einer vermeintlich unpolitischen Markt- und Gesellschaftssphäre trennt und damit keinen direkten und positiven Begriff von Selbstgesetzgebung gewinnen kann. Statt sich mit den verfassungsrechtlichen Wirkungen innerhalb der Privatrechtsordnung auseinanderzusetzen, wird die Ausstrahlung des Verfassungsrechts auf privatrechtliche Beziehungen regelmäßig als Nothilfeprogramm für die Korrektur von Entgleisungen und Abweichungen präsentiert. Jedenfalls kommt die Ambulanz „in echten Extremfällen“<sup>12</sup> aus Karlsruhe, und der Glaube an zwei unterschiedliche Welten - Staat hier, Gesellschaft dort - bleibt unverbrüchlich erhalten.

## II. Komplexität, Ungewissheit und Lernbedürftigkeit: Die unsichtbare Hand der Wissensproduktion

Wie steht es um die Möglichkeiten, diese Perspektive durch eine andere zu ersetzen? Das jüngste Buch von *Karl-Heinz Ladeur* will genau dieses erreichen. Auf der Grundlage einer systemtheoretisch ernüchterten Auseinandersetzung mit dem Verlust der Einheit von Recht, Moral und Religion geht es *Ladeur* um die Zurkenntnisnahme der Autonomie des Rechts. Weil *Ladeur* den Versuch als aussichtslos beschreibt, das Gerechtigkeitsproblem des säkularisierten Rechts mithilfe unterschiedlich stark ausgearbeiteter Normativitätstheorien zu lösen, muss er die Frage nach der Geltung des Rechts anders beantworten. Dafür richtet er den Blick zunächst auf das wirkungsmächtige Staat-Gesellschaft Modell und die an dieses geknüpften politischen Hoffnungen und stellt demgegenüber Elemente einer alternativen Sichtweise auf politische Herrschaft und gesellschaftliche Ordnung zur Diskussion. Entfaltet wird, mehr oder wenig historisch, die Vielschichtigkeit gewachsener und umkämpfter *Institutionen*, um deren radikale Neubestimmung im Wege einer Rationalitätsumstellung zu kennzeichnen. Dabei wird ein Gesellschaftsbild erkennbar, welches im tiefsten Maße von einer besonderen Qualität der Dezentralität, des Fragmentarischen und der Unbestimmtheit geprägt ist. „Die Einheit der hierarchisch gestifteten Ordnung wird durch eine polykontexturale relationale Logik der funktional differenzierten

10 Siehe hierzu *Chr. Engel*, Institutionen zwischen Staat und Markt, in: Die Verwaltung 34 (2001), 1-24.

11 Siehe aus der Rechtsprechung jüngst BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 - siehe dazu *Röthel*, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen, NJW 2001, 1334-1335; *Zumbansen*, Public Values, Private Contracts and the Colliding Worlds of Family and Market, Feminist Legal Studies 11 (2003), 73-87; BGHZ 146, 301 = NJW 2001, 1789; vgl. zur grundlegenden Bürgerschaftsentscheidung des BVerfG die Überlegungen zu einem Systemkollisionsrecht von *Teubner*, Ein Fall struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), KritV 83 (2000), 388-404; *O. Gerstenberg*, Privatrecht, Verfassung und die Grenzen judizieller Selbstregulierung, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral (2000), 141-156; siehe dagegen *Isensee*, Vertragsfreiheit im Griff der Grundrechte – Inhaltskontrolle von Verträgen am Maßstab der Verfassung, in: Hübner/ Ebke (Hrsg.), FS Großfeld (1999), 485-514; umfassend jetzt *M. Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz (2001); *Ruffert*, Eigenständigkeit des Verfassungsrechts und Erkenntnisvorrang des Privatrechts (2001); siehe dazu die Anmerkungen von *Ladeur*, in: Miller/Zumbansen (eds.), Annual of German & European Law 1 (2003), *im Erscheinen*; zur privatrechtlichen Risikosteuerung siehe die Beiträge in Hart (Hrsg.), Privatrecht im Risikostaat (1997); *H.-H. Trute*, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), 167-223; *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag (2000), 241 ff.

12 *.Diederichsen*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, Jura 1997, 57-64 (64).

Kodierungen des Rechts, der Wirtschaft, der Politik etc. transformiert...“<sup>13</sup> Die Steuerung der Gesellschaft durch das Recht bzw. den Staat kann danach nicht mehr in der eingriffs- und schutzorientierten Weise gedacht werden, wie dies für die Genese des Interventions- und Wohlfahrtsstaats charakteristisch gewesen ist. Vielmehr verfängt sich rechtliche Steuerung in technischer Hinsicht in komplexen Informationsasymmetrien und Implementationsschwierigkeiten, während es von politischer Warte aus zum Spielball entgegengesetzter Vorstellungen von *social engineering* und gesellschaftlicher Selbstorganisation durch Wettbewerb wird.<sup>14</sup> Der Übergang vom Interventionsstaat, der auf Problemlagen mit hoheitlichen Eingriffen reagieren will, zum Wohlfahrtsstaat, welcher die zu lösenden Probleme als *lösbar* begreift, ist auch dann nicht mehr rückgängig zu machen, wenn man sich der Hoffnungslosigkeit des letztgenannten Steuerungsanspruchs bewußt geworden ist. Zu tief ist politisches Handeln in gesellschaftliche Kommunikationen verwickelt, als dass eine saubere Trennung zwischen Staat und Markt überhaupt denkbar wäre.<sup>15</sup>

Wie aber verhält sich diese begriffliche Grundeinstellung zum normativen Fundament des demokratischen Rechtsstaates?<sup>16</sup> Das Projekt *Ladeurs* ließe sich etwa umschreiben als die Reformulierung des Phänomens der unsichtbaren Hand bei Adam Smith: „Ordnung entsteht in der Privatrechtsgesellschaft nicht auf wundersame Weise durch harmonischen Ausgleich von Egoismen, sondern durch produktive Erzeugung von Wissen, das als überschießender Effekt des privaten Handelns entsteht und die Anpassung an das Neue in Gang hält.“<sup>17</sup> Eine folgenreiche Perspektivenumstellung ereignet sich in Bezug auf die Grundrechte, wobei diese Umstellung nicht auf einmal geschieht, sondern sich in einem langsamen Entwicklungs- und Lernprozess herausbildet. Die von dem Gegensatzpaar Staat und Gesellschaft geprägte Sichtweise auf (politische) Herrschaft hier und (marktförmige) Privatautonomie dort kann negative Freiheitsrechte bislang nur als Instrumente der Abschirmung des Einzelnen von der politischen Intervention und seiner Vereinnahmung durch die Gesellschaft erhellen. Die Aufhebung des gesellschaftlichen Atomismus (Hegel) und die Einhegung (C.Schmitt) des Marktversagens erfolgt durch sozialstaatliche Intervention und die Mobilisierung einer Konzeption des „Öffentlichen“, die den Raum kommunikativer Auseinandersetzung der Bürger zur politischen Verwaltung des Systems beschreiben soll. Kennzeichnend hierfür sind die in Deutschland etwa nach dem Krieg vertretenen Modelle pluralistischer Ordnung, die von einem Vertrauen in die Selbstordnungskräfte einer demokratischen Gesellschaft unter gelegentlicher Zuhilfenahme staatlicher Unterstützung und Korrektur getragen wurden, in der Folge aber durch Spielarten des Korporatismus und „collective bargaining“ abgelöst wurden.<sup>18</sup>

---

13 *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte, 11.

14 Siehe hierzu auch die klaren Ausführungen bei *Amstutz*, Evolutorisches Wirtschaftsrecht (2002), Kap. II.

15 Damit aber auch zwischen Recht und seiner gesellschaftlichen Umwelt, deren eigene Zersplitterung vom Recht wiederum als eigene, systeminterne Zersplitterung rekonstruiert wird; s.dazu auch *Teubner*, Recht als autopoietisches System (1989), 123 ff.

16 Siehe hierzu etwa *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, in: Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 183 (1973); *ders.*, in: *ders.*, Staat, Nation, Europa (1999), 103-126.

17 *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2.

18 Siehe *Fraenkel*, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, Vortrag auf dem 45. Deutschen Juristentag (1964), B 1-29; *Preuß*, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen dargestellt am Beispiel kultureller Einrichtungen (1969); siehe hierzu auch die Rezension von *Häberle*, in: AöR 96 (1970), 651-659; zum Korporatismus vgl. *Grimm*, Verbände und Verfassung, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung (1991), 2. Aufl. 1994, 241-265; *Heinze*, Neokorporatistische Strategien in Politikarenen und die Herausforderung durch neue Konfliktpotentiale, in: von Alemann (Hrsg.), Neokorporatismus (1981), 137-157; *Kl. von Beyme*, Der Neokorporatismus - Neuer Wein in alte Schläuche?, in: Geschichte und Gesellschaft 10 (1984), 211-233;

Diese Modellbeschreibungen lassen sich nicht weiter linear fortsetzen. Nachdem Konzepte des *Öffentlichen* solchen Theorien Platz machten, die mit Problemstellungen von „Kollektivinteressen“, „mixed economy“ und „Wirtschaftsrecht“ operieren, um die Mischverhältnisse zwischen Staat und Gesellschaft zu erfassen, ereignet sich die etwa in der europäischen Verfassungsdiskussion zu beobachtende Renaissance des *Öffentlichen* genau vor dem Hintergrund dieser Ernüchterungen. Weil die angemessenen Beschreibungen sozialer Kommunikation nur noch aus den gesellschaftlichen Kontexten selbst zu gewinnen sind, und zu diesen gehören immer – gleichsam wie die Schalen einer Zwiebel – die sie einbettenden, umgebenden, historisch gewachsenen Strukturen nationalstaatlich ausgeprägter Institutionen, richtet sich das verfassungsschaffende Interesse in Brüssel und Straßburg auf Vergleichen, Zuhören, Lernen. Statt um Hoffnungen auf eine übergreifende, allgemein verbindliche Verfassung für ein europäisches Volk geht es zunehmend um die Rahmenstrukturen einer grenzüberschreitenden, integrierenden Streitkultur.<sup>19</sup>

Dagegen wird die begriffliche Leere der immer wieder auflebenden Vorstellungen von der „Privatrechtsgesellschaft“ vollends offenbar, wo sie den zivilgesellschaftlichen Bodensatz einer erwachsen gewordenen Konsumgesellschaft beschreiben soll, die endgültig glaubt, das Problem des *Marktbürgers* gelöst zu haben.<sup>20</sup> Dabei ist die ideengeschichtliche Absicherung der auf spontaner Ordnung und Ideenwettbewerb aufbauenden Privatrechtsgesellschaft bereits kurz nach der Geburt des steuernden Interventionsstaates Ende des 19. Jh. in Verlegenheiten gekommen, weil sich die Rolle des Staates schon damals nicht mehr darin erschöpfte, den „Rahmen“ für das sich vermeintlich autonom reproduzierende Marktsystem zur Verfügung zu stellen.<sup>21</sup> In den bundesrepublikanischen siebziger und achtziger Jahren verblasste das Bild einer selbst ordnenden Privatrechtsgesellschaft von Marktteilnehmern als Bürgern schließlich bis zur Unkenntlichkeit.<sup>22</sup> Die aus den Verrechtlichungsschüben der achtziger Jahre hervorgegangene Gesellschaft des beginnenden 21. Jh. zeichnet sich unter den Unsicherheitsbedingungen, welche aus der Umstellung unserer Zukunftsperspektiven von Folgenabschätzungen auf politische Risikokalkulationen

---

R.Czada, Konjunkturen des Korporatismus: Zur Geschichte eines Paradigmenwechsels in der Verbändeforschung, in: Wolfgang Streeck (Hrsg.), Staat und Verbände, PVS-Sonderheft 25 (1994), 37-64.

- 19 Siehe *Frankenberg*, The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism, in: *European Law Journal* 6 (2000), 257-276; *ders.*, Why care? - The trouble with social rights, *Cardozo Law Review* 17 (1996), 1365-1390; *Grimm*, Does Europe need a Constitution?, in: *European Law Journal* 1 (1995), 282-302; *Habermas*, Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe need a Constitution?', *ebda.*, 303-307; vgl. weiter die Beiträge in: Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.), Welche Verfassung für welches Europa? (2001); siehe aber auch die skeptischen Anmerkungen zum Verfassungskonvent von *Scott*, The culture of constitution making? „Listening“ at the Convention of Europe, 3 *German Law Journal* No. 9 (1 September 2002), erhältlich unter: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=193>; zuletzt *Jarlebring*, Taking Stock of the European Convention, 4 *German Law Journal* No. 8 (1 August 2003), pp. 785-799, abrufbar unter: [http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol04No08/PDF\\_Vol\\_04\\_No\\_08\\_785-799\\_european\\_Jarlebring.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol04No08/PDF_Vol_04_No_08_785-799_european_Jarlebring.pdf).
- 20 Kritisch hierzu *Wiethölter*, Art. Wirtschaftsrecht, in: Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft* (1972), 531-539 (534 ff.); *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat (2000), 260 ff.; *Ladueur*, „Deliberative Demokratie“ und „Dritter Weg“ – eine neue Sackgasse?, *Der Staat* 41 (2002), 3-27; *G.-P-Calliess*, Das Zivilrecht der Zivilgesellschaft, in: Chr.Joerges/G.Teubner (Hrsg.), *Rechtverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie* (2003), 239-269 (248 f.).
- 21 Siehe *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953; *Wiethölter*, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Coing/Kronstein/Mestmäcker (Hrsg.), *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*, Festschrift für Franz Böhm zum 70. Geburtstag (1965), 41-62; *Brüggemeier*, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts* (1981), 9-81.
- 22 Freilich fast ohne Auswirkungen auf die zeitgenössische Rechtstheorie: vgl. etwa *F.Bydlinski*, Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft“ (1994); Mayer/Scheinflug, *Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union* (1996).

resultieren,<sup>23</sup> durch eine dezentrale Wissensgeneration aus.<sup>24</sup> Private Akteure, Vertragspartner, Unternehmer oder Beliehene sind angemessen nurmehr als eingebunden in ein vielschichtiges und multipolares Geflecht von Interaktionen und Interdependenzen zu verstehen. Hierin bewerkstelligen sie die Verknüpfung von Wissen und Handeln im Rahmen einer dezentralen, ständig anders zu verortenden Gesellschaftsstruktur, die selbst nicht mehr in dem Ableitungsschema „Staat und Gesellschaft“ erfasst werden kann. Weil dieser kontextuale gesellschaftliche, aber weiterhin „privat“ genannte Raum die Bedeutung des Privaten und damit auch des Öffentlichen selbst wieder in Frage stellt, radikalisiert und im Ergebnis verabschiedet, greifen Kategorisierungen seiner politischen Qualität zu kurz, die im Referenzsystem des dualistischen System von politischem Staat und marktförmiger Gesellschaft verbleiben.<sup>25</sup>

### III. Modelle, Institutionen, Akteure

Welche Auswirkungen hat dieser Perspektivenwechsel nun auf die Beschreibung der gesellschaftlichen Institutionen und Akteure? Grundsätzlich verändert sich die Rolle des Staates, was sich etwa an den Schwierigkeiten ablesen läßt, die mit der Grundrechtsauslegung einhergehen. „Das Mißverständnis der ‚negativen Freiheitsrechte‘, nämlich die Reduktion auf *staatsgerichtete* Abwehrrechte, die einen ‚Raum‘ privater Willkür schützen [...], ist deshalb folgenreich, weil die Grenze zwischen grundrechtlicher Freiheit und (sozial-)staatlichem Schutz der Freiheit dadurch verwischt wird. Das BVerfG sieht die Grundrechte immer schon in der ‚Gemeinschaftsbindung‘, die auch diesseits des Sozialstaatsprinzips zu staatlicher Ausgestaltung des Freiheitsrechts legitimiert. Damit wird der Staat selbst zu einer Art Grundrechtstreuhand, der die objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte insbesondere durch Auferlegung von Schutzpflichten zu aktualisieren hat.[...]“<sup>26</sup> Die Funktion der negativen Freiheitsrechte besteht also nicht in der einseitigen Abwehr staatlicher Bevormundungsansprüche, denn ihr Inanschlagbringen setzt die Aktivität des Staates bereits voraus. Die Negation dieser am staatlichen Steuerungs- und Gewährleistungsanspruch ausgerichteten „negativen Freiheitsrechte“ soll nach Ansicht *Ladeurs* vielmehr der Ermöglichung gesellschaftlicher Selbstregulierung dienen. In einer enthierarchisierten Gesellschaft haben diese Freiheitsrechte dem Auffinden verstreuten Wissens und dezentrierter Kapazitäten mit dem Ziel gesellschaftlicher Selbstorganisation zu dienen. Damit wird der sich ankündigende Bruch mit dem herkömmlichen Grundrechtsverständnis<sup>27</sup> weiter vorangetrieben, wobei es nicht um eine Kompetenzverschiebung im Sinne üblicher Privatisierungs- oder Delegationstheorien vom Staat zum Markt geht. Um das normative Legitimationsdefizit einer funktional ausdifferenzierten Wissensgesellschaft ausgleichen zu wollen, werden im Staatsrecht und der Verwaltungswissenschaft beispielsweise Konzeptualisierungen verschiedener *Verantwortungsstufen* staatlichen Handelns vorgeschlagen.<sup>28</sup> Dabei ist weiterhin zu ermitteln, welche Rolle dem Staat nach seinem Durchgang durch Funktionsbeschreibungen als Rechts-,

23 Vgl. *Luhmann*, Soziologie des Risikos (1991); *R. Wolf*, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: *Leviathan* 15 (1987), 357-391.

24 *Ladeur*, Postmoderne Rechtstheorie (1992), 176 ff.; vgl. auch *Teubner*, Das Recht hybrider Netzwerke, in: *ZHR* 165 (2001), 550 ff.

25 *Ladeur*, Negative Freiheitsrechte, 171 ff.; siehe hierzu auch *Michaels*, Globale Wirtschaft und lokale Gesetzgebung, in: *ZVglRWiss* 100 (2001), 182-195, 195.

26 *Ladeur*, Bundesverfassungsgericht als 'Bürgergericht'? Rechtstheoretische Überlegungen zur Einzelfallorientierung der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, *Rechtstheorie* 2000, 67-99, 80.

27 Vgl. dazu besonders *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 2 (1990), 5-33.

28 Siehe hierzu *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, oben Fn. 8; *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *DVBl.* 1996, 950-964.

Sozial-, Wohlfahrts-, Umwelt-, Präventions-, Sicherheits-, Supervisions- und Gewährleistungsstaat weiterhin zukommen soll.<sup>29</sup>

So berechtigt der an dieser Stelle regelmäßig erfolgende Hinweis auf die herausragende Bedeutung politischer Kontrolle und demokratisch legitimer Machtausübung auch ist,<sup>30</sup> droht die Staatsbezogenheit entsprechender Konzepte doch in zweierlei Hinsicht bedenklich. Zum einen stellt sich die Frage, ob das vermeintliche Zurückschrauben des staatlichen Regelungsanspruchs und die Heranziehung von Subsidiaritätsvorstellungen („Mehr Selbstverantwortung!“) oder Wettbewerbsmodellen („Mehr Markt!“) im Ergebnis nicht doch der bekannten Subtraktionsmethode (Staat - x = Gesellschaft) verpflichtet bleibt.<sup>31</sup> Die Neuauflage des Subsidiaritätsprinzips, gerade auch in nicht-europarechtlichen Diskussionen<sup>32</sup>, reflektiert zudem auch das Bedürfnis nach Horizonterweiterung und Alternativenreichtum. So leuchtet der Begriff gesellschaftlicher Selbstregulierung für das US-amerikanische Politikmodell, welches von einem starken Begriff der Gesellschaft ausgeht, viel eher ein, als vor dem Hintergrund einer kontinentaleuropäischen Staatstheorie, welche im Zweifel „Gesellschaft“ immer erst durch die Subtraktion vom Staat zu gewinnen vermag.<sup>33</sup> Zum anderen aber scheint auch das Denken in Verantwortungsstufen nicht den Raum gesellschaftlich ausdifferenzierter, pluralistischer und heterarchischer Handlungskontexte vollständig ausleuchten zu können.<sup>34</sup> Über diesen Befund kann man nicht sehr glücklich sein, so lange man politische „Verantwortung“ wenn auch nicht dem Staat, so doch noch dem Individuum zuweisen will, sie also keineswegs verabschieden, sondern im Sinne bürgerlicher Eigenverantwortung und Selbstgesetzgebung verstehen will, d.h. in Bezug auf *citoyen* und *bourgeois*. Ein diese Ansprüche verwirklichendes Modell erforderte allerdings eine gesellschaftliche Selbstbeschreibung, die sich wegen des kaum verarbeiteten Übergangs von alteuropäischer Reziprozität zu post-metaphysischer Komplementarität, der unwiederbringlich verloren gegangenen Einheit des Rechts und des offenen normativen Horizonts konfligierender

- 
- 29 Siehe hierzu *Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat, oben Fn. 7, 111 ff.; vgl. auch, in Anschluss an Arbeiten David Sciullis, *Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), 1-28, 8 ff., der die Emergenz von Wissensgeneration und gesellschaftlicher Selbstregulierung übernehmenden Institutionen eines „societal constitutionalism“ beobachtet, die sich insbesondere in normproduzierenden und deliberativen ‚Kollegialformationen‘ ausbilden: „Das Wichtige daran ist, daß deliberative Demokratisierung nicht auf politische Institutionen beschränkt gesehen, sondern explizit in ihrer Ausdehnung auf gesellschaftliche Akteure in nationalen und internationalen Kontext beobachtet wird.“ (ebda., 9) Siehe etwa zur normvorbereitenden Arbeit der Regierungskommission ‚Corporate Governance‘ das Interview mit dem Vorsitzenden, Theodor Baums: Reforming German Corporate Governance: Inside a Law Making Process of a Very New Nature, in: 2 German Law Journal No. 12 (15 July 2001), abrufbar unter <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=43>.
- 30 Siehe etwa *P.Kirchhof*, Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, NJW 2001, 1332-1334; zur privaten Regelsetzung auf dem Gebiet des Unternehmensrechts *Ulmer*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, ZHR 163 (2002), 150-181; *Lutter*, Kodex guter Unternehmensführung und Vertrauenshaftung, in: Schweizer/Burkart/Grasser (Hrsg.), FS Druey (2002), 463-478; *Bachmann*, Der „Deutsche Corporate Governance Kodex“: Rechtswirkungen und Haftungsrisiken, WM 2002, 2137-2143; *Zumbansen*, The Privatization of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation, in: Juridikum 2002, 136-145; zuletzt *Borges*, Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht – zur Bindung an Corporate Governance-Kodices, ZGR 32 (2003), 508-540.
- 31 Siehe dazu *Wiethölter*, Art. Bürgerliches Recht, in: A.Görlitz (Hrsg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (1972), 47-55.
- 32 Siehe dazu jetzt die Beiträge in Rechtstheorie, Beiheft 20 (2002), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft (Hrsg. v. Blickle/Hüglin/Wyduckel).
- 33 *Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, oben Fn. 2.
- 34 Siehe *Schuppert* (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor (1999).

Wertungsansprüche nur schwer noch behaupten kann.<sup>35</sup> Angesichts des semantischen Übergewichts des Staatsbegriffs<sup>36</sup> in den hierzulande geführten juristischen Gesellschaftstheorie-Diskursen ist aber weder im Staatsrecht noch im Völkerrecht mit einer nahen Ausbildung eines breite Anerkennung findenden Politikmodells zu rechnen, welches gesellschaftspolitische, herrschaftslegitimierende Prozesse an andere als im bekannten Sinne *politische*, nämlich an *soziale* Institutionen knüpfen würde. Die Einstellung auf dezentrale, stark fragmentierte Konstitutionalisierungsprozesse gesellschaftlicher Teilgruppen und -bereiche vollzieht sich auch jenseits des Nationalstaats nur langsam, weil die terminologischen Bemühungen sich weiterhin an ‚bekannten‘ Institutionen abzuarbeiten haben.<sup>37</sup>

#### IV. Jenseits von Steuerung

Um das gesellschaftliche Potential zur Selbstgesetzgebung realisieren zu können, muss das Rechtssystem offen gehalten werden für die Hereinnahme konfligierender Wertungen und Standards, freilich ohne hierbei auf ein geschlossenes Wertesystem zurückgreifen zu können. Das Rechtssystem als ganzes muss sich auf eine azentrische und wechselhaft verlaufende Ausdifferenzierung gesellschaftlicher Aktivität einstellen.<sup>38</sup> „Die Ordnung ist an den Willen zur Gestaltung einer offenen Welt gebunden [...], zugleich aber nur als unbeabsichtigter kollektiver Effekt denkbar. Nur auf dieser Grundlage ist die Bildung von Erwartungen möglich (die eben keine Gewissheit ist), können sich Erfahrungen bilden, ist Lernen möglich.“<sup>39</sup>

Die Suche nach alternativen Steuerungsformen durch oder außerhalb des Rechts führt in die Welt dezentralisierter, interdependenter und wechselseitig und strukturell irritierender Diskurse als Normbildungsprozeduren. Vorstellungen von Einheit und Konvergenz scheinen gegenüber solchen von Ko-evolution und Autonomie eindeutig die Verlierer zu sein. „Die Offenheit des modernen Rechtssubjekts, das keine feste Identität hat und sich selbst erst durch Bindungen definiert, und das Prozessieren dieser Bindungen über Beziehungsnetzwerke erzeugen ein „Sozialkapital“, das als positive Externalität allen zur Verfügung steht. Es erzeugt ein Regelvertrauen, das als funktionales Äquivalent zur Bindung an Tradition betrachtet werden kann. Diese Leistung des Rechts ist nach dem Bruch mit der Tradition, dem Gegebenen, von großer Bedeutung für die Möglichkeit des Handelns unter Ungewissheitsbedingungen.“<sup>40</sup> *Ladueur* beschreibt das Recht als autonom, weil es

35 *Luhmann*, Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 1 (1983), 9-71.

36 Siehe nur *Möllers*, Staat als Argument (2000); *Zumbansen*, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat (2000); jüngst *Graser*, „Demoikratie“?, oben Fn. 4.

37 Sehr deutlich bei *Walter*, Constitutionalizing (In)ternational Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law, in: German Yearbook of International Law 44 (2001), 170-201.

38 Vgl. dazu *Ladueur*, Der „Eigenwert“ des Rechts - die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts, in: Meier-Schatz (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts. Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR], Beiheft 28 (1998), 31-56, 39 f.; *Teubner*, Recht als autopoietisches System (1989), 123 ff.; ders., Legal Irritants: How unifying Law ends up in New Divergences, in: Hall/Soskice (eds.), Varieties of Capitalism (2001), 417-441 (dt. Fassung: Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes, in: Dux/Welz (Hrsg.), Moral und Recht im Diskurs der Moderne, 2001, 351-381); siehe im Kontext einer Diskussion um einen Europäischen Code Civil: *Legrand*, Against a European Civil Code, in: Modern Law Review 60 (1997), 44-63; *Smits*, A European Private Law as a Mixed Legal System, Maastricht Journal of European and Comparative Law 5 (1998), 328-340; Schmidt, Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, JZ 2001, 674-683; *Joerges*, Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts, oben Fn. 5.

39 *Ladueur*, Das selbstreferenzielle Kamel. Die Emergenz des modernen autonomen Rechts, in: ZfRSoz 21 (2000), 177-188 (181).

40 *Ladueur*, Das selbstreferenzielle Kamel, oben Fn. 34, 186.

selbst die Voraussetzungen seiner Regelmäßigkeit bereitstellt. Die Regelanwender, in deren Händen das Recht liegt, sind mit der Ausgestaltung ihrer sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und sonstigen Beziehungen betraut, während gleichzeitig dieses Rechtsnetzwerk an Verknüpfungen die *Erwartungsbildung* (vormals Hoffen) und *Erwartungssicherung* durch Positivität erst erlaubt. „Die Gesellschaft vertraut darauf, dass das über das Prozessieren von Bindungen erzeugte distribuierte Netzwerk von Zwängen und Optionen ein implizites Wissen enthält, das der Deliberation in der Öffentlichkeit, aber auch dem ad hoc erfolgenden Interessenkalkül von Individuen und Gruppen überlegen ist. Es enthält eine distribuierte ‚Ideenpopulation‘, an die angeknüpft werden kann und muss, weil nicht immer wieder von vorne angefangen werden kann.“<sup>41</sup>

Während es zunächst schien, als werde hier zugunsten einer Öffnung des Rechts für soziales Handeln in der „Risikogesellschaft“ gleichsam alles verabschiedet, was an normativen Trümmern in Rechtstheorie und Rechtsdogmatik weiterleben will, unterstreicht *Ladeur*, dass die Bewahrung der Hoffnungen, aber auch der Enttäuschungen, also die Erfahrungen im Namen von Freiheit und Gleichheit, von Autonomie und Demokratie, zum Kern gesellschaftlicher Selbstregulierung durch Recht gehören. Gerade durch die Abkehr des Rechts von dem Versuch der Lösung des Gerechtigkeitsproblems als Legitimationsproblem wird die Verknüpfung von Recht und Moral und damit „Gerechtigkeit“ wieder denkbar. Die Positivität des Rechts wehrt sich gegen eine momentane Interessennahme, indem sie als symbolisches System eine „Kombinatorik erzeugt, die letztlich an das Experimentieren mit Bindungen und die darüber erzeugten Erfahrungen gebunden bleibt.“ So werden in der gesellschaftlichen Selbstregierung Erprobungskontexte und Risikohorizonte mit Rückbesinnung, Reflexion und Erinnerung an die semantischen Durchgänge unserer Begrifflichkeiten und Konzepte durch unterschiedliche Ausbildungs- und Interpretationsstadien zusammengeführt. Im Hintergrund von Vertragsschluss, Rechtsprechung und Gesetzgebung kommt es so auch zur Thematisierung von Kämpfen, von Siegen und Niederlagen. So scheint es, dass weder der Bestand lange gehegter Hoffnungen und Erwartungen in Vergessenheit gerät noch jene historisch-gesellschaftlichen Versprechen, deren Erkennen und Entfaltung sich allein in der Hinwendung und Ernstnahme ereignet.<sup>42</sup> Zu deutlich sind die Hinweise auf die vermeintlich eindeutig staatlichen oder gar *öffentlichen* Aufgaben im Privatisierungsdiskurs der Gegenwart, als dass damit nicht hinreichend klar würde, dass diese gesellschaftlichen Hoffnungen ihren Platz und Ausdruck suchen. Verglichen zu dieser Tiefenwirkung ist die weiterhin erhitzte Debatte um Daseinsvorsorge, Privatisierung und Verantwortungsteilung nur ein schwacher Ausdruck einer genuin gesellschaftspolitischen Debatte. Das Recht spiegelt auf diese Weise seine Bereichsbezogenheit und damit auch seine unterschiedlich ausgestalteten Funktionen wider, aber auch seine überschießenden Anknüpfungen an Moral und Religion.

Frankfurt

Peer Zumbansen

41 *Ladeur*, Das selbstreferenzielle Kamel, oben Fn. 34, 187.

42 Siehe hierzu *Koselleck*, *Vergangene Zukunft der Neuzeit*, in: ders., *Vergangene Zukunft* (1979), 17-37; *Wiethölter*, *Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht*, Florenz 1982, auf englisch in: *Joerges/Trubek* (eds.), *Critical Legal Thought. An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, 501 ff.; *Zumbansen*, *Die vergangene Zukunft des Völkerrechts*, in: *KJ* 37 (2001), 46 ff.; *ders.*, *Spiegelungen von Staat und Gesellschaft* (oben Fn. 1); *ders.*, *Das soziale Gedächtnis des Rechts, oder: Juristische Dogmatik als Standeskunst*, in: *Joerges/Teubner* (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht* (2003), 151-179.