

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg11>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 11 (2007)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg11/056-063>

Rg **11** 2007 56–63

Gerd Bender

Tempoverschleppung?

Anmerkungen zur Gesellschaftssteuerung und zu deren Recht

Abstract

The insight that law is conceived to be positive, i. e. the fact that law can and will be changed by and through the actions of the political actors, has been one of the most important factors in the history of legal differentiation. This factor gained even more in importance once the concept of the positivity of law was combined with the concept of the democratic welfare state and with its ambitions of social control. This article tries to reconstruct the historical dynamic of this structural cluster. Starting with the major changes which occurred in the positivity of law during the second half of the 19th century, the stimulations and constraints determining this process of accelerated legal production leading up to the current era of globalization are identified. However, the common assumption that globalization heralds the end of the secularistic dynamic of legalization is disputed; it will be shown that a new regulatory mix of international and national law, of self-produced legal regimes with global ambitions and of an even more intensified national regulation, seems rather more plausible.



Tempoverschleppung?

Anmerkungen zur Gesellschaftssteuerung und zu deren Recht

Im Jahre 1837 erschien Andersens Märchen von des Kaisers neuen Kleidern. Dramaturgischer Höhepunkt ist ein Tabubruch. Der eitle Kaiser, der sich prachtvoll gewandet glaubt, ist nackt, und jetzt plötzlich wird es gesagt. In der Folge finden sich alle irgendwie befreit. Ein Jahrzehnt später – kein Märchen, sondern Rechtsgeschichte – spricht Julius Herrmann Kirchmann über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft und über die drei berichtigenden Worte des Gesetzgebers, die ganze Bibliotheken zur Makulatur werden lassen. Eine berühmte Rede, ein berühmter Tabubruch, wer wollte das bezweifeln, aber ob sich alle befreit fühlten, wird man bezweifeln dürfen. Seither steht die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz in Rede, und bis in die Jetztzeit hinein stellt Kirchmanns Offenbarung eine gute Anschlussmöglichkeit für entsprechende wissenschaftstheoretische Bilanzen dar.¹

Diesen Themenstrang werde ich nicht aufnehmen. Erfahrungsgemäß sorgt die Wissenschaftlichkeitsfrage für schlechte Laune und je nach Naturell für unangenehme Angriffslust oder für Melancholie. Ich wende mich einem anderen Aspekt zu, für den Kirchmanns Tabubruch nicht minder steht. Es ist die Positivität des Rechts, die Kirchmann akzentuiert. Unter der Fuchtel des politischen Gesetzgebers – oder auch, so muss man hinzufügen, unter der Fuchtel der hohen Gerichte, welche die Position eines politischen Gesetzgebers im Wege eines *role taking* besetzen – wird die Veränderlichkeit des Rechts zur Institution. Von nun an ist allein das Wissen um seine Nicht-Stetigkeit stetig. Die Rechtslage wird flüchtig und die normative Zukunft ist weit offen. »Erst dann gilt Recht positiv,

wenn die Entscheidbarkeit und damit die Änderbarkeit des Rechts permanente Gegenwart wird und als solche ertragen werden kann. Zur Positivität gehört, dass das »jeweils« geltende Recht als Selektion aus anderen Möglichkeiten bewusst wird und kraft dieser Selektion gilt. Das jeweils geltende Recht schließt diese anderen Möglichkeiten zwar aus, eliminiert sie aber nicht aus dem Horizont des Rechtserlebens, sondern hält sie als mögliche Themen des Rechts präsent und verfügbar für den Fall, dass eine Änderung des geltenden Rechts opportun erscheint. Soweit Änderungsmöglichkeiten präsent sind, nimmt auch das Festhalten am geltenden Recht die Form einer Entscheidung an: Die Änderbarkeit des Rechts ist dann laufend aktuell, und damit wird auch das Unterlassen von Änderungen ein Verhalten, das rechenschaftspflichtig gemacht werden kann.«

Diese komplexe Definition der Rechtspositivität stammt natürlich nicht von Kirchmann, sondern von Luhmann. Sie findet sich in seinem Aufsatz über »Die Positivität des Rechts«² und sie kombiniert die prachtvollen Themen der Kontingenz, der Möglichkeitsselektion und der Latenz der zunächst abgelehnten Möglichkeiten in virtuoser Weise auf engstem Raum. Der heraufziehende Gesetzgebungsstaat schafft Bedingungen, unter denen man in radikaler Weise nicht wissen kann, welches Recht in Zukunft an der Stelle des gegenwärtigen gelten wird. Wenn man Glück hat, ist man durch Rückwirkungsverbote vor Überraschungen notdürftig geschützt, ansonsten hat man den Risiken, dass alles schon über kurz ganz anders kommen kann, als es jetzt ist, gefasst ins Auge zu sehen.

¹ DIETER SIMON, Jurisprudenz und Wissenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 7 (1988) 141 ff.

² NIKLAS LUHMANN, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: DERS., Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1981, 113 ff., 125.

Der große Motor der Gesetzgebung kommt auf Touren und mit seinen Umdrehungen beschleunigt sich der Strukturaufbau des Rechts. Die rechtliche Umwelt der Funktionssysteme, der anderen Funktionssysteme, wird turbulent.

Turbulente Umwelten sind immer auch problematisch. Vor allem dann, wenn ein System betroffen ist, das quasi substantiell mit dem Aspekt der Erwartungssicherheit verbunden ist, wird die problematische, die gefährliche Seite der Sache besonders präsent, ja man könnte sagen, dass die Flüchtigkeit des Rechts geradezu einen Akzent der Risikogesellschaft umreißt. Die Bereitschaft, vielleicht besser: die Fähigkeit, mit dem Risiko zu leben, wird durch Überleitungshilfen gefördert. Und in der Tat: Kaum dass der Gesetzespositivismus das Naturrecht in seinen diversen Spielarten überwunden hatte und der Beruf der Zeit zur Gesetzgebung endlich, endlich ohne Wenn und Aber anerkannt worden war, begibt sich die Gesellschaft auf die Suche nach Bremsmechanismen, die das Tempo der Rechtsproduktion wenigstens so weit verschleppen, dass die Balance zwischen Lernen und Nicht-Lernen, die Luhmann als eigentliche evolutorische Pointe der Positivierung geortet hat, einigermaßen erhalten bleiben könnte, wenn alles glatt läuft. In diesem Suchprozess macht sich die Gesellschaft mit der Beobachtung, das Recht sei positiv, vertraut. Er erstreckt sich über das vergangene Jahrhundert, und er ist der Gegenstand der folgenden Skizze. Keine Angst: Zum Ausgleich für die lange historische Strecke, die es zu absolvieren gilt, fasse ich mich kurz – auch hier, wie sollte es anders sein, ein Lösungsansatz via Zeit. Damit das Versprechen wahr wird, wird eher thesenartig vorgegangen.

1. Zur Hochzeit des deutschen Gesetzespositivismus, also zu Kaisers Zeiten (auf Andersens

³ FRANZ NEUMANN, in: DERS., Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt am Main 1967, 7 ff., 25.

Märchen komme ich nicht zurück, obwohl dies angesichts des Zweiten Wilhelm nicht eben fern läge), zu dieser Zeit also waren die Risiken der Positivität noch übersichtlich. »Der Liberalismus postulierte den Vorrang der parlamentarischen Gesetzgebung, um Gesetzgebung zu verhindern oder, soweit das nicht möglich war, diese Gesetzgebung den Interessen des Bürgertums dienstbar zu machen. Aber er liebte grundsätzliche Eingriffe nicht.« Dieses Zitat stammt von Franz Neumann und findet sich in dem für juristische 68er und für die Fast-schon oder Beinahe-noch-68er nicht minder legendären Aufsatz »Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft« von 1937,³ der als Substrat seiner bei Laski in England entstandenen Monographie zur Rule of Law anzusehen ist. Auf das deutsche Kaiserreich, mit dem meine Geschichte beginnt, passt das Zitat ganz gut, obwohl der Liberalismus, von dem Neumann spricht, dort sicher nicht eben allherrschend war. Aber hier hat die von Hans-Ulrich Wehler einmal apostrophierte Polykratie rivalisierender Machtzentren den Schaum der Gesetzgebung ganz ordentlich gebremst und eine dramatische Grundstimmung in Sachen Gesetzespositivismus und regulatorische Beschleunigung erst gar nicht aufkommen lassen. Vor allem war die Stellung des Bundesrats bei der Gesetzgebung sehr stark, und im Bundesrat dominierte Preußen. In Preußen herrschte das Dreiklassenwahlrecht, die Männer-Demokratie des Reichstagswahlrechts hatte einen starken Widerpart. Das Reichstagswahlrecht war ein Mehrheitswahlrecht und die Wahlkreise waren so geschnitten, dass der bevölkerungsarme Osten gegenüber den industrialisierten Regionen auch im Reichstag eine feste Burg des Konservatismus war und blieb. Und für den Fall, dass Dämme brachen: Der Gedanke an den Staatsreich war da-



mals nicht so fern, wie manche heute meinen mögen. Politik und Recht leben, wie man weiß, auf Tuchfühlung. Hier waren die Interdependenzen noch so, dass sich das Thema der Beschleunigung und der auf diese Beschleunigung gerichteten Palliative noch nicht so richtig stellte.

2. Schon in den letzten Jahren des Kaiserreichs kamen die Dinge in Schwung. Die soziale Frage und die Anforderungen des ökonomisch-technischen Komplexes waren es, die nach beschleunigter Rechtsproduktion geradezu verlangten. Ein Teil des Bedarfs konnte durch freilich noch ziemlich instabiles und inkonsistentes »selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft« (Tarifverträge, Techniknormen, AGB) gedeckt werden. Ansonsten ventilierte die Legislative vor allem in der Sozial- und Arbeitspolitik neue politische Programme, freilich ohne größere Abschlüsse. Die große Wende kam erstens mit dem nicht mehr verhüllten Übergang zum Wohlfahrtsstaat, der sich als interventionistisch selbstbeschreibt, der sich auf politische Steuerung festlegt, auch wenn das Wort noch nicht verwendet wird, und zweitens mit dem Übergang zur Demokratie, die vom und mit dem Wechsel lebt, und zur Verbindung beider Makrostrukturen zu einer dynamisierten Einheit in und mit Weimar. Jetzt erschien der entfesselte Gesetzgeber der Gesellschaftssteuerungs-Zeit am Horizont. Und für viele war dieser neue Horizont von einer noch eben ungeahnten Düsternis gezeichnet. Sie pfllegten die Vision vom alles überformenden und die Staatlichkeit selbst zersetzenden Beschleunigungsstaat. Und – natürlich – war es Carl Schmitt, der dieses negative Szenario, das bis heute viele Varianten gefunden hat, in einer nicht wieder erreichten Weise plastisch werden ließ, als er im Januar 1933 die »Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland« erwog:

»Nun gibt es aber noch eine andere Bedeutung des Wortes vom totalen Staat, und das ist leider diejenige, die für die Zustände des heutigen Deutschland zutrifft. Diese Art totaler Staat ist ein Staat, der sich unterschiedslos in alle Sachgebiete, in alle Sphären des menschlichen Daseins hineinbegibt, der überhaupt keine staatsfreie Sphäre mehr kennt, weil er überhaupt nicht mehr unterscheiden kann. (...) Warum soll der Staat nicht wirtschaftliche, kulturelle und andere Unternehmungen subventionieren ... Dieses kostbare Warum nicht? ist die ganze Staatslehre des pluralistischen Parteienstaats und die geistige Grundlage seiner Totalität. Das ist natürlich eine Totalität nur im Sinne des bloßen Volumens und das Gegenteil von Kraft und Stärke. Der heutige deutsche Staat ist total aus Schwäche und Widerstandslosigkeit, aus der Unfähigkeit heraus, dem Ansturm der Parteien und der organisierten Interessen standzuhalten. Er muss jedem nachgeben, jeden zufriedenstellen, jeden subventionieren, und den widersprechendsten Interessen gleichzeitig zu Gefallen sein. Seine Expansion ist die Folge, wie gesagt, nicht seiner Stärke, sondern seiner Schwäche.«⁴

3. In diesem Kontext – so zeigen es Neumann und ihm folgend viel später dann Ingeborg Maus und ihr folgend etwa Haase/Ladeur, Fangmann, Meinck, um nur einige in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts Gernegelesene zu nennen⁵ – in diesem Kontext von Steuerung und Demokratie verändern sich die rechtstheoretischen Fronten. Der Status des Gesetzespositivismus verschob sich ins Kritische. Er gerät in Verruf, da er in den Augen seiner Gegner keine Mittel hat, die Demokratie des Wohlfahrtsstaats zu bremsen. Wie kaum anders zu erwarten, gibt es so etwas wie eine Naturrechtsrenaissance, die aber nicht

4 CARL SCHMITT, Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (Januar 1933), in: DERS., Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923–1939, 3. Aufl., Berlin 1994, 213.

5 Repräsentativ INGEBORG MAUS, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: MEHDI TOHIDIPUR (Hg.), Der bürgerliche

Rechtsstaat, Frankfurt am Main 1978, 13 ff.

so recht vorankommt. Viel perspektivischer ist es, den Grundrechtsteil der Reichsverfassung auf den Plan zu rufen. Die zweistufige Legalität erscheint in säkularisierter Gestalt, der Appell an fragwürdige Externalitäten (etwa »christliches Naturrecht«) kann unterbleiben und der vorgeblich unbegrenzten Politik lässt sich trotz dieses Verzichts begegnen. Konkret ist der Gleichbehandlungsgrundsatz besonders einschlägig, der jetzt auch den Gesetzgeber binden soll. Damit steht die Maßnahmegesetzgebung in Frage, ein ganz entscheidendes Instrument des schnellen, des »motorisierten« Gesetzgebers mithin. Des Weiteren kann man die Grundrechte noch nach den Kategorien »Verfassung als Grundentscheidung hier und Verfassung als Programmsatz dort« dichotomisieren, und das richterliche Prüfungsrecht schließlich, das das Reichsgericht erfand, ist in diesem Re-Arrangement der Rechtstheorie mehr als ein Nebending.⁶

4. Am Ende Weimars werden diese Zähmungen des demokratischen Tempos gewogen und für zu leicht befunden. Der Katechon wird jetzt im Regime-Wechsel zu einem, wie es nun heißt, »qualitativ totalen« Staat⁷ gesucht, der zwischen Freund und Feind zu unterscheiden wisse und deshalb zur Berechenbarkeit zurückführe, und er wird dort auf fatale Weise nicht gefunden. Die staatsrechtliche Risikoprognose verfehlt die Zukunft und der vermeintliche Leviathan des Nationalsozialismus verschwelt im regulatorischen Chaos des entfesselten Behemoth.⁸ – Nach der Despotie folgt eine weitere – jetzt etwas solidere – Naturrechtsrenaissance, vor allem aber wieder ein – jetzt durch ein reguläres Verfassungsgericht betreutes – Grundrechtssystem mit oder ohne Werteordnung, jedenfalls aber mit verfassungsmäßigem Prüfungsrecht. Auf dessen Grundlage lässt es sich im Kontaktbereich von

Recht und Politik mit großem Anspruch operieren. Der Gesetzespositivismus ist einstweilen diskreditiert; man hat ihm die Verantwortung für juristische Verstrickungen und ordinäre Willfähigkeiten zugewiesen – was gäbe es da noch zu seinen Gunsten einzuwenden. Jetzt ist alles – auch die Politik der Ära Adenauer tut das ihre – in ruhiger Bahn, im Schatten der zwiegestuften Legalität kann man sich mit der Positivität des Rechts, mit dem Gesetzgebungsstaat, der langsam anrollenden Normenflut und mit der kontingenten Juridifizierung der Welt überhaupt gelassen vertraut machen und seine eigenen Strukturen reorganisieren. Das, die Gelegenheit, Strukturen zu reorganisieren, während das Spiel doch weiterläuft: dies genau ist – Beobachtungen im Sportsystem lassen grüßen – die Leistung der Tempoverschleppung *at its best*.

5. Im Zuge der ersten bundesdeutschen Wirtschaftskrise ändert sich die politische Programm-
lage.⁹ Staatsintervention ist Trumpf, Inklusion wird forciert, man setzt auf die Expansion von Bildung und Wohlfahrt, wenn man diese Kategorien überhaupt noch unterscheiden mochte. Der Staat stellt sich ganz explizit auf Steuerung – auf Globalsteuerung – ein, das Stabilitätsgesetz wird zum Gründungsdokument, der Neo-Keynesianismus zur Gründungstheorie der neuen Ära. Die Gesetzgebungstätigkeit boomt und das Richterrecht als Quasigesetzgebung hat keineswegs das Nachsehen, sondern boomt – angefeuert von neuen juristischen Methodenlehren – auch. Der Gesetzespositivismus wird durch gründliche Rechtsgeschichte von seiner vermeintlichen historischen Schuld befreit und wieder salonfähig. Rechtstheoretische Bemühungen entlarven die Techniken der Entschleunigung, die Weimar kreierte, und gehen – von ihren eigenen Enthüllungen echauffiert – auf Distanz.

6 Zur Verfassungslandschaft Weimars MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus, München 2002, Kap. 3 u. 5.

7 Wiederum CARL SCHMITT (Fn. 4), 212/213.

8 So der Titel der großen NS-Monographie von FRANZ NEUMANN, Toronto 1944.

9 Zu diesem Kontrast etwa GERD BENDER, Rechtssoziologie in der alten Bundesrepublik. Prozesse, Kontexte, Zäsuren, in: DIETER SIMON (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, Frankfurt am Main 1994, 100 ff., 122 f.

Der Mainstream freilich lässt die Debatte um formalen oder materialen Rechtsstaat, die jetzt wie eine Reminiszenz an Geschichte entbrennt, schnell hinter sich. Bonn ist auch in der Rechtstheorie nicht Weimar. Es geht nicht um Rückblick, sondern um Innovation. Namentlich im Verfassungsrecht, das in den Weimarer Gräben nicht verharren will, zeigen sich zwei Neuerungen, die in unserem Kontext Interesse verdienen:

Erstens: Man macht sich mit dem Gedanken vertraut, dass Grundrechte sich auch als Partizipationsrechte lesen lassen. Sieht man sie so, dann tritt der verfassungsjuridische Katechon wie ein Beschleuniger, wie ein Triebwerk des Wohlfahrtsstaats in Erscheinung. Der Hüter der Verfassung hat neue Möglichkeiten. Er ist nicht länger festgelegt auf die Rolle eines Hüters der Langsamkeit. Er kann auch anders. Die neuen Möglichkeiten passen wunderbar zur Ambition des Wohlfahrtsstaats. Dieser kann die Partizipationsrechte, sofern politiksensibel zugeteilt, aufgreifen und konditionieren. So wird das Subjekt – oberflächlich in eigener Sache tätig – zum Ausgangspunkt der staatlichen Steuerung und zur Anschlussstelle für politische Programme. Luhmann hat die Sozio-Logik des subjektiven Rechts als Beispiel für die politische Inklusion des Subjekts brillant entwickelt, und es lohnt sich wirklich nachzulesen. »Das subjektive Recht bleibt nicht ein Recht der subjektiven Willkür, das sich selbst begründet ... Es behält seine Form, aber es wird durch eine Vielzahl von Regulierungen eingeschränkt; es wird gewissermaßen nochmals abstrahiert zur rechtstechnischen Form für das Anbringen von Bedingungen, die den eigentlichen sozialpolitischen Sinn der Rechtsgewähr realisieren. ... Die Kontrolle geht auf den Adressaten der Rechte über: auf den, der sie zu erfüllen hat; denn dieser Adressat ist der Wohlfahrts-

staat, der zugleich die Bedingungen der Rechtsgewähr formuliert und sie im Rahmen seiner Zweckprogramme variiert.«¹⁰

Als zweite Neuerung erwähne ich die Temporalisierung von Gesetzgebung durch höchstrichterliche Rechtsprechung. Es folgen zwei Beispiele, die Rudolf Wiethölter bereits im 82er Jahrbuch für Rechtslehre und Rechtssoziologie begutachtete.¹¹ Erstens: Das mit allem Recht berühmte Mitbestimmungsurteil von 1978 lässt dem Gesetzgeber einen weiten Prognosespielraum. Aber die Prognose muss überprüft werden, wann immer irgendein Anlass entsteht zu zweifeln. Bei pflichtwidrigem Unterlassen dreht Verhältnismäßigkeit in Unverhältnismäßigkeit, Verfassungsmäßigkeit in Verfassungswidrigkeit. Der Weg zum Zeitgesetz als Normalfall ist nicht mehr weit. Zweitens: Das Bundesarbeitsgericht hat im Jahre 1980 entschieden, dass Aussperrungen dann und soweit zulässig sind, als sie zur Wahrung der materiellen, also der tatsächlichen, industriesoziologisch messbaren Kampfparität erforderlich sind. Dies sei im Jahre 1978, das es zu beurteilen galt, in einem bestimmten Maß der Fall. Da es sich aber beim Maßstab Kampfparität anders als in der Ära Nipperdey nicht länger um bloß formale Waffengleichheit, sondern um faktengebundene Macht handeln soll – so jedenfalls das BAG als Ersatzgesetzgeber –, sind die Dinge auch hier in Fluss geraten. Wenn sich das System der industriellen Beziehungen anders entwickelt, als 1978/80 unterstellt, gerät das vom BAG gesetzte Aussperrungsrecht in Verfall. Beide Fälle zeigen: Mit der Setzung von Recht ist von Rechts wegen noch lange nicht Schluss. Gesetztes Recht zieht Rechtfertigungsdiskurse *nach* sich, in gewisser Weise endet das Gesetzgebungsverfahren nimmer – ein wahrhaft lang währendes Parlament. – Nur nebenbei bemerkt: Mit der Frage, welche Chancen sich für die

10 NIKLAS LUHMANN, Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 2, Frankfurt am Main 1981, 89.

11 Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – am Beispiel des sog. Sonderprivatrechts), in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 8 (1982) 38 ff.

Zukunft des Rechts mit diesen Rechtsdiskursen verbinden, beschäftigt sich Wiethölter's komplexe Version von Prozeduralisierung, die für mehr oder gar für anderes stehen will, als Steuerung via Verfahrensrecht. Die Frage, ob es sich in diesem Sinne lohnt, über ein überschießendes Moment zu reflektieren, verfolge ich heute aber nicht, auf die handfeste und auch außerhalb der kritischen Theorie-Tradition einfach zugängliche Dimension Verfahrenssteuerung komme ich so gleich zurück.

6. Die Debatte um die Beschleunigung¹² erhält in der Gesellschaft der Steuerung mit den 80er Jahren eine neue Dimension. Dies hat zumindest zunächst nicht mehr so viel zu tun mit juristischen Vorkehrungen der Entschleunigung, über die wir bislang handelten. Die Debatte um den Gesetzespositivismus kann die Gemüter nicht mehr erregen, die Realität der Rechtspositivität hingegen birgt freilich noch immer Zündstoff. Es geht heute eher um soziologisch induzierte Themen und, wenn man das vielleicht schon etwas alteuropäische Wort noch verwenden will, um Themen der Staatstheorie. Die mit den späten 70ern zaghaft beginnende, dann sich zusehends vertiefende Debatte über Verrechtlichung, Implementationsdefizite und über die Krise des materialen Rechts hat die Ära der Steuerungseuphorie jäh beendet. Die akzelerierten Maßnahmen des Wohlfahrtsstaates gerieten im Zuge soziologischer Befunde in den Verdacht, für dreierlei Verwüstungen verantwortlich zu sein:
1. Für die Störung der gesteuerten Bereiche, deren selbstorganisatorisches Prozessieren deformiert werde. Im Zuge der Deformation stehe die Leistungsfähigkeit der Teilsysteme auf dem Spiel.
 2. Der Staat selbst leide unter seiner Selbst-Überforderung. Finanz-, Sinn- und Legitimitätskrisen seien Zeichen an der Wand. Und
 3. – das regula-

torische Trilemma¹³ komplettierend: Das Steuerungsmittel Recht schließlich setze seine formalen Qualitäten aufs Spiel, bildlich gesprochen werde es im Prozess der Steuerung ausgepowert oder gar verheizt. Angesichts dieser und ähnlicher Beschreibungen driftet die Ökonomie auf breiter Front zu Angebotspolitik und Neo-Liberalismus. In der Rechtstheorie und in der politischen Soziologie beginnt die Suche nach dem dritten Weg, während die Hintergrundfigur Luhmann in Steuerungspessimismus verharret. – Auf Luhmann und Steuerung komme ich aber am Ende nochmals zurück.

In der neuen Rechts- und Politiktheorie geht es nicht um Interventionsstop und steuerungspolitischen Stillstand, sondern – wenn man so will – um ein Prozessieren der Steuerung auf verschlungenen und deshalb zielführenden Umwegen. Man setzt (es folgen diverse Teubner- und Wilke-Stellen aus den Achtzigern) auf »reflexives Recht« und »dezentrale Kontextsteuerung«, auf eine »abstraktere, indirektere Steuerung« also, die sich von »unmittelbarer Regulierung des Sozialbereichs entlastet, dafür aber mit der aktiven Steuerung selbstregulatorischer Prozesse belastet«. Es sind Verhandlungssysteme und ihre Verfahren, die in den Vordergrund der politischen Strategie gerückt werden, »lernfähige soziale Systeme«, die es zu »fördern« und zu »kontrollieren« gilt. Regulierte Selbstregulierung¹⁴ also als Antwort auf die Verwerfungen des Materialrechts, gemischte Verhandlungssysteme als Elemente des via Neo-Korporatismus erweiterten Staats und ganz generell »komplexere Rekombinationen von autonomer Selbstorganisation und gesellschaftlich verbindlichen Kontextvorgaben«. So – nur so – lässt sich das Top-Risiko, in das die Gesellschaft hineindriftet, unter Kontrolle halten: »die Auflösung der Gesellschaft in freischwebende Funktionsbereiche«.

12 Zum Gesamtkontext die Monographie von HARTMUT ROSA, *Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne*, Frankfurt am Main 2005.

13 So der Titel des richtungsweisen Aufsatzes von GUNTHER TEUBNER, in: *Quaderni Fiorentini* 13 (1984) 109 ff.

14 Aus der voluminösen Literatur etwa DIETER GRIMM, *Regulierte*

Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats, in: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats* (Die Verwaltung, Beiheft 4), Berlin 2001, 9 ff. oder GERD BENDER, *Regulierte Selbstregulierung. Der Fall Tarifautonomie*, in: MILOŠ VEČ u. a. (Hg.), *Selbstorganisation. Ein Denksystem für Natur und Gesellschaft*, Köln u. a. 2006, 355 ff.

Natürlich sind dies nur Stücke aus der Theorie des indirekten, des listenreichen Staates und seines Rechts. Aber sie zeigen, worum es dieser Theorie im Grundsatz gegangen sein mag, und worum nicht: Nicht darum, das Finale des Staates einzuläuten und von der Idee der Steuerung zu lassen, sondern um eine, wie man heute sagen würde, überlegene Governance: um die Entzauerung des überdramatisierten und überinszenierten Staates, um Komplexitätszuwächse des politischen Systems mit einer immer vielfältigeren Peripherie aus Verbänden, Quangos und anderen intermediären Wesenheiten und um ein gewissermaßen neo-interventionistisches Recht, das diesem renovierten politischen System entspricht und nicht in den lahmen Trott eines politischen Abstentionismus mit großen Risiken im Gepäck verfällt. Im Verhältnis zum materialen Recht des Staates geht es um kaskadenförmige Regulierung, um eine Art von private-public-partnership im Geschäft der Regulation.

7. Und die Globalisierung? Führt sie die grundlegenden Veränderungen herbei? Stoppt sie die Tempozuwächse der Regulation, die ein beherrschendes Thema des prä-globalen Jahrhunderts war? Neigt sich die Blütezeit der Regulierung jetzt doch dem Ende zu, sodass sich die Frage nach dem Katechon und allem, was sich darum rankte, alsbald von selbst erledigt?¹⁵ – So einfach wird es nicht sein, was immer man sich in dieser Angelegenheit auch wünschen mag. Dem Anschein nach geht das Regulieren weiter, ja manches deutet darauf hin, dass die Regulationsmaschine im Globalisierungskontext eher weiter befeuert denn erstickt wird.

In jüngster Zeit wird immer wieder darauf hingewiesen, dass sich die Bedeutung des internationalen Rechts mit großem Tempo steigert. Es trifft auf die nationalen Rechtsordnungen, die

mit dem Erscheinen des internationalen Rechts, produziert durch »internationale Organisationen und politisch inaugurierte regulatorische Regimes«, nicht etwa untergehen. Die Differenzierungsverhältnisse komplizieren sich. Wie es bei Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner heißt: »Die nationale Differenzierung des Rechts wird jetzt von einer sektoriellen Fragmentierung überlagert.«¹⁶ Und neben diese staatsnahen Weltrechtsstrukturen tritt als problematischer Dritter jener gleichfalls mit großer Geschwindigkeit prozessierende Bereich nicht-staatlicher Privatregimes, die das eigentliche Global Law without a State¹⁷ zutage fördern. Dieses neue Recht entspringt den globalisierten Funktionssystemen, von denen Willke in seinem Buch über Atopia als »laterale Weltsysteme« spricht. Diese Systeme stehen für ihn im Zentrum der postnationalen Konstellation, und sie sind es, die das Großrisiko der Globalisierungszeit verkörpern. In Willkes Worten: »Die postnationale Konstellation strebt in ihrer naturwüchsigen Eigendynamik auf eine Herrschaft der Einäugigen zu. Einäugigkeit meint eine Ausprägung des Beobachtungsmodus sozialer Funktionssysteme, wonach sie ihre Fähigkeit verloren haben, ihren gesellschaftlichen Kontext als Bedingung ihrer eigenen Möglichkeit zu sehen«,¹⁸ eine Fähigkeit wiederum, die in Willkes Theorie als notwendige Bedingung für Selbststeuerung verankert ist.

8. Und das nationale Recht? Wie geht es hier weiter? Dass von einem Verschwinden nicht ernstlich die Rede sein kann, wurde schon gesagt. Aber auch, dass Stasis die Systemverhältnisse prägen könnte, ist nicht eben wahrscheinlich. Nichts deutet wirklich darauf hin, dass die Steuerungstätigkeit der Nationalstaaten erliegen könnte, und der deutsche Fall enthält solche Hinweise schon gar nicht. In den Bereichen, in

15 Zum Mega-Thema etwa MICHAEL ZÜRN, *Regieren jenseits des Nationalstaats. Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1998.

16 ANDREAS FISCHER-LESCANO, GUNTHER TEUBNER, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main 2006, 36.

17 GUNTHER TEUBNER, *Global Law without a State*, Dartmouth 1997.

18 HELMUT WILLKE, *Atopia*, Frankfurt am Main 2001, 192.

denen die Souveränität persistiert, marschiert die Regulation fast so, als ahnte sie eine neue Morgenröte. Den Institutionen des Sozialstaats wird eine Kur nach der anderen verabreicht, die Familien- und Bevölkerungspolitik reichert das Arsenal der Anreizprogramme mit immer neuen Erfindungen an, auch regulatorisches Neuland kann wieder erschlossen werden, wie ein Blick auf die Rückkehr des Staates in die einkommenspolitische Arena erweist – Entsenderecht, gesetzliche Mindestlöhne und Kombilohnprogramme als Anhaltspunkte. Gleichzeitig sieht Wolfgang Streeck, der die indirekte Form der Staatlichkeit wie kaum ein anderer Beobachter kennt, den Neo-Korporatismus auf dem Rückzug.¹⁹ Der listenreiche Staat besitzt vielleicht doch nicht die Zukunftsfähigkeit, die man vor kurzem noch erwartet hat.

Jetzt wird das »Durchregieren« wieder en vogue, und der Staat sammelt die Ressourcen (»große« Föderalismusreform, forcierte Geldbeschaffung), um die Wahrscheinlichkeiten dieses Durchregierens zu erhöhen. Fast scheint es so, als sei der nationale Staat entschlossen, das »Gegenfeuer« zur Globalisierung, das Pierre Bourdieu einst eindringlich verlangte, in einem neuen Schub der regulativen Beschleunigung nun doch noch zu entfachen. Von einem unter Sozialwissenschaftlern einigermaßen verbreiteten Steuerungspessimismus wird man sich jedenfalls wohl kaum aufhalten lassen. Luhmann, fast schon zum Säulenheiligen der Abstentionisten aufgestiegen, hat von Steuerbarkeiten, die im strikten

Sinne zu verstehen wären, also etwas anderes sein müssten als bloße Beeinflussungen, tatsächlich nichts gehalten. Zugleich hat er aber auch die Abgründigkeiten des Steuerungspessimismus und die allfälligen »Unentrinnbarkeiten« klar gesehen. »Es fällt schwer, ja es ist so gut wie unmöglich, den Begriff der Steuerung ganz aufzugeben und die Zukunft einfach kommen zu lassen, wie sie kommt.«²⁰

Und in der Tat: Die Politik weiß um die Erwartungen, die nach einem Jahrhundert der Steuerung auf sie gerichtet sind. Sie schaut ihnen tagtäglich ins Auge. Und sie weiß, dass unter Positivitätsbedingungen auch Nichtstun begründungsbedürftig wäre – man erinnert sich. Noch immer scheint die Politik entschlossen, den Erwartungen Rechnung zu tragen, noch immer sieht sie sich zur Steuerung berufen und – so sie das Spiel beenden wollte und denn danach suchte – sie fände schwerlich Alternativen. Wenn sie sich nicht ignorieren oder wenigstens temporalisieren lassen (man weiß: Die Maßnahmen müssen erst greifen!), dann werden die Pathologien der Steuerung in forcierten Zyklen des Nachbesserns, des Revidierens, des Umsteuerns etc. etc. bearbeitet. Schon deswegen ist auch weiterhin für Tempo gesorgt, und es ist das positivierte Recht, das der beschleunigten Politik, dem eiligen Sisyphos unserer Epoche, in Treue fest zur Seite steht.

Gerd Bender

19 Etwa: No longer the Century of Corporatism. Das Ende des »Bündnisses für Arbeit«, MPIfG Working Paper 03/4, Mai 2003 oder DERS., A. HASSEL, The Crumbling Pillars of Social Partnership, in: West European Politics 2003, 101 ff.

20 NIKLAS LUHMANN, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1988, 324.