

§ 61 Vom formalen Rechtsstaat zum informalen Verhandlungsstaat

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

I. Merkmale der aktuellen Rechtsentwicklung

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

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

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

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

II. Mediatisierung und Prozeduralisierung

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Der kooperative Staat

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

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

⁴⁸⁷ Allgemeine Staatslehre 1964, 612 ff.

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

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

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

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

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

IV. Reflexives Recht

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

§ 61 Vom formalen Rechtsstaat zum informalen Verhandlungsstaat

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

a) Das »regulatorische Trilemma«

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

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

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

»Jeder regulatorische Eingriff, der diese Grenzen überschreitet, ist entweder irrelevant oder hat desintegrierende Wirkungen für den gesellschaftlichen Lebensbereich oder aber desintegrierende Wirkungen auf das regulatorische Recht selbst zur Folge⁴⁸⁸«.

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

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

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

b) *Auslösung von Selbststeuerungsprozessen*

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

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

V. »Der Handel mit Gerechtigkeit«⁴⁹⁰

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

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

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

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

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

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

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