EUROPÄISCHES HOCHSCHULINSTITUT, FLORENZ

ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

EUI WORKING PAPER No. 88/354

AMERIKANISCHE UND DEUTSCHE TRADITIONEN DER SOZIOLOGISCHEN JURISPRUDENZ UND DER RECHTSKRITIK

von

Christian JOERGES

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

All rights reserved
No part of this paper may be
reproduced in any form without
permission of the author.

(C) Christian Joerges
Printed in Italy in June 1988
European University Institute
Badia Fiesolana
- 50016 San Domenico (FI) -
Italy

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Vorbemerkung

Die beiden Beiträge dieses Working Papers sind im Anschluß an ein Symposium über "Amerikanische und deutsche Traditionen der soziologischen Jurisprudenz und der Rechtskritik" im Juli 1986 in Blumenthal bei Bremen entstanden. Dieses Symposium war ein ebenso reizvolles wie aufwendiges Projekt. Die planerischen Vorüberlegungen begannen bereits im Anschluß an eine "Conference on Reflexivie Law and the Regulatory Crisis" im Jahre 1983 in Madison, Wisc.* Sie wurden danach von William H. Clune und David M. Trubek, Madison, Wisc. und von dem Unterzeichneten getragen. Die Unterstützung der Stiftung Volkswagenwerk hat dann die Durchführung des Symposiums ermöglicht. Die Überarbeitung der Konferenz-Materialien nahm dann nochmals zwei Jahre in Anspruch.

Diese Materialien werden in englischer Sprache publiziert**. Dieser Umstand rechtfertigt eine deutsche Vorveröffentlichung, wenngleich dabei die zahlreichen inhaltlichen Bezugnahmen auf die Beiträge zu jener Publikation vorerst nicht nachvollziehbar sind.

Die erste der hier abgedruckten Arbeiten "Zum historischen Kontext einer deutsch-amerikanischen Debatte über soziologische Jurisprudenz und Rechtskritik" (S. 3ff.) ist als Einführung in die Thematik des Symposiums gemeint; der zweite unternimmt den Versuch, den mit dem Titel "Gesellschaftstheoretische Rechtswissenschaft und Critical Legal Studies" (S. 30ff.) gekennzeichneten aktuellen Ausschnitt jener Debatte zu systematisieren. Beide Beiträge sind jeweils alles andere als erschöpfend; beim ersten ist dies schon aus seiner Kürze genügend ersichtlich, beim zweiten ergibt sich dies aus der Art der Thematik.

Teile dieses Manuskripts haben David Kennedy (Cambridge, Mass.) und Joseph H. Weiler (Ann Arbor) kritisch kommentiert, andere Teile habe ich in einem Seminar von Jürgen Habermas (Frankfurt a.M.) vorgetragen. Die Hinweise, die ich erhalten habe, sind in dieser Fassung noch kaum berücksichtigt. Aber dies wird noch geschehen und für weitere Kritiken bin ich dankbar.

San Domenico di Fiesole (Fi),
Mai 1988

Christian Joerges

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

* D.M. Trubek (Hrsg.),. Conference on Reflexive Law and the Regulatory Crisis. Compilation of Papers, University of Wisconsin Law School, Madison 1983

** Ch. Joerges / D.M. Trubek (Hrsg.), Critical Legal Thought: An German-American Debate, Baden-Baden: Nomos

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

ZUM HISTORISCHEN KONTEXT EINER DEUTSCH-AMERIKANISCHEN DEBATTE ÜBER SOZIOLOGISCHE JURISPRUDENZ UND RECHTSKRITIK

Inhaltsübersicht

1. Die Kritik der Begriffsjurisprudenz und der "analytical jurisprudence"

   a) Rudolf von Jhering
   b) Oliver Wendell Holmes

2. Jherings Erbe

   a) Freirechtsbewegung und soziologische Jurisprudenz
   b) Die Internationalität von Problemlagen und die Nationalität der Rechtswissenschaft

3. Die Nachkriegszeit

Aus der deutschen Sicht gibt es gute Gründe, zur Rekonstruktion des Kontextes einer Debatte über rechtskritische Ansätze historisch relativ weit auszuholen und an die Vorläufer und Begründer der "soziologischen Jurisprudenz" im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert zu erinneren. Der historische Rückblick offenbart zunächst, daß von einer "Internationalisierung" der rechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion im Sinne einer Gleichartigkeit von Problemlagen, einer Parallelität von Entwicklungen und Diskussionsmöglichkeiten in jener Epoche durchaus die Rede sein kann. Allerdings sind dann immer auch die Prozesse und Katastrophen der deutschen Gerichte ins Gedächtnis zu rufen, die zur

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Unterdrückung jener Ansätze und ihrer Vertreibung geführt haben; von dieser Geschichte ist die deutsche Gesprächssituation gegenüber den USA bis heute bestimmt.

1. Die Kritik der Begriffsjurisprudenz und der "analytical jurisprudence"

Die deutschen und amerikanischen Wegbereiter der soziologischen Jurisprudenz hatten vieles gemeinsam. Sie nahmen Anstoß an den Diskrepanzen zwischen der systematisch durchgebildeten Begriffswelt der Rechtswissenschaft und den "realen" sozialen Funktionen des Rechts, an den Widersprüchen zwischen dem formalen Stil juristischer Selbstdarstellungen und der informal-materialen Praxis der juristischen Entscheidungsfindung - und sie begaben sich auf die Suche nach praktikablen Alternativen.

a) Rudolf von Jhering

Die Schlüsselfigur, die jenen Umorientierungsprozeß zum Teil vorweggenommen und seine Prämissen vorausbedacht hat, ist für Deutschland Rudolf von Jhering. In seiner sogenannten ersten Werkperiode hatte von Jhering die Pandektenwissenschaft von all ihren philosophischen Voraussetzungen abgelöst und mit seiner

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
©The Author(s). European University Institute.

"naturhistorischen" Methode die "Konstruktionsjurisprudenz" als vollendete Fachwissenschaft etabliert[1]. In den sechziger Jahren begann er anonym über sich selbst zu spotten[2], um dann die eigentliche Geburtsstunde der soziologischen Jurisprudenz unter einem martialisch klingenden Titel einzuläuten: In seinem Vortrag "der Kampf ums Recht" qualifizierte Jhering das Recht in einer radikalisierten Absatzbewegung gegenüber allen naturrechtlichen und philosophischen Begründungsversuchen, gegenüber der Geschichtsphilosophie der historischen Rechtsschule und nicht zuletzt gegen sich selbst in seiner konstruktionsjuristisch-systematischen ersten Werkperiode "von seiner realistischen Seite als Machtbegriff"[3], als "Zweckbegriff", mitten hineingestellt in

---

1. Vor allem: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Theil, 2. Abtlg., Leipzig 1858 (S.334-414 wieder abgedruckt in: W. Krawietz, Hrsg., Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, 11-82). - Die Anziehungskraft der "herrschenden" deutschen Rechtswissenschaft auf die USA im 19. Jahrhundert wird hier vernachlässigt: vgl. hierzu D.S. Clark, Tracing the Roots of American Legal Education - A Nineteenth-Century German Connection, RabelsZ51 (1987), 313ff.

2. Der 1. der "Vertraulichen Briefe über die heutige Jurisprudenz" erschien in 3 Preußische Gerichtszeitung Nr. 41 (16.6.1961), wieder abgedruckt in: Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum (Leipzig 1884), zitiert nach dem Nachdruck der 13. Auflage (Leipzig 1923), Darmstadt 1980, 3ff.

3. R. von Jhering, Der Kampf ums Recht (1872), zitiert nach der von Ch. Rusche herausgegebenen Sammlung "Der Kampf ums Recht", Nürnberg 1965, 188ff., 195.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

das chaotische Getriebe menschlicher Zwecke, Bestrebungen, Interessen"[4].

b) Oliver Wendell Holmes

Unabhängig von Jhering, aber in einer analogen Frontstellung gegenüber den den systematischen Bemühungen der "analytical jurisprudence" dechiffrierte in den USA Oliver Wendell Holmes praktische Erfahrungen als den realen Träger der Entwicklung des Common Law[5], propagierte einen gründlichen Regelskeptizismus, um schließlich zu erklären: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law"[6].

Der intensivste deutsche Kommentator von Holmes hat sein Denken als Nihilismus, als Atheismus und Darwinismus gebrandmarkt und

---

4. A.a.O., 195.

5. O.W. Holmes, The Common Law, Boston 1881, 1f.: "The life of the law has not been logic; it has been experience." The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed".

6. O.W. Holmes, The Path of the Law (1897), zitiert nach: ders., Collected Legal Papers (1920), Nachdruck: New York 1952, 167ff., 173.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

peinlichen Fragen ausgesetzt[7]. Der gleiche Autor geht mit Jhering sehr viel behutsamer um[8]. Er erträgt den autodidaktischen Dilettantismus Jherings im Umgang mit nicht-juristischen Wissensgebieten - auf den amerikanische Kommentatoren sehr früh und unnachsichtig hingewiesen haben[9] - , er nimmt es hin, daß die realpolitisch-obrigkeitsstaatlichen und die "fortschrittlichen, sozialen, ja sozialistischen"[10] Seiten Jherings nicht recht zusammenstimmen wollen, und er nimmt die normativen Bekenntnisse ernst, mit denen Jhering seinen Darwinismus und seine Äquivokationen

---

7. W. Fikentscher, Gedanken zu einer rechtsvergleichenden Methodenlehre, in: Recht im Wandel. Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlags KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1965, 141ff., 154; ders., Rechtswissenschaft und Demokratie bei Justice Oliver Wendell Holmes. Eine rechtsvergleichende Kritik der politischen Jurisprudenz, Karlsruhe 1970, 34-38; ders., Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 2, Tübingen 1975, 178f., 212, 220.

8. Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band 3, Tübingen 1976, bes. 240-43. Vgl. demgegenüber N. Reich, Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas, Heidelberg 1967, 44ff. sowie M. Reimann, Holmes' "Common Law" and German Legal Science, Typoskript Ann Arbor, Mich. 1986, der Holmes' strategischen Umgang mit der deutschen Rechtswissenschaft und die Verwandtschaft zwischen Holmes und Jhering herausstellt (vor allem Abschnitt IV 1).

9. M.R. Cohen, On Continental Legal Philosophy (Reviews dating from 1914-1916), in: ders., Law and the Social Order. Essays in Legal Philosophy, New Brunswick-London, 1982, 286ff. (305: "Despite its great influence upon Continental Law and jurisprudence, Jhering's 'Zweck im Recht' is a work of antiquated psychology and mediocre philosophic power").

10. W. Fikentscher, a.a.o., 156.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

von Macht und Recht einebnete - und er müßte, wenn er Holmes entsprechend behandelte[11], zu einem vorsichtigeren Urteil kommen[12].

2. Jherings Erbe

Jhering hatte der deutschen Rechtswissenschaft ein schwieriges Erbe hinterlassen: Er hatte das Recht in ein politisches Handlungsprogramm umgedeutet, er hatte sich deshalb eine Verbindung der normativen Rechtsarbeit mit "gesellschaftswissenschaftlichen" Analysen zugemutet - ohne diese programmatischen Ansprüche theoretisch und methodisch einlösen zu können[13]. An den Ambivalenzen

---

11. Vgl. nur "The Path of the Law", a.a.o. (Fn. 6), 194 sowie N. Reich, Sociological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas, Heidelberg 1967, 42ff.

12. Vgl. neben dem Nachw. in Fn. 8 noch H. Schelsky, das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht, Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie 3 (1972) 47ff., bes. 68-69.

13. Webers Qualifizierung des Formalrechts als lückenloses System abstrakt-genereller Regeln, deren Anwendung bloß "logische" Operationen nach fachimmanenten Kriterien erfordern und zulassen soll (vgl. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5., von J. Winckelmann besorgte Auflage, Tübingen 1972, 496ff., 503ff.), liest sich wie eine Paraphrase der einschlägigen Passagen aus Jherings "Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Theil, 2. Abtheilung, Leipzig 1858 (S. 334-414 wieder abgedruckt in: W. Krawietz, (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, 11-82). Die soziologische Literatur zur Weberschen Rechtssoziologie hat, wenn ich recht sehe, nicht beachtet, daß die Exponenten des

(Footnote continues on next page)

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

von Jherings Intentionen und an den unbewältigten theoretischen Voraussetzungen und methodischen Schwierigkeiten seiner Umorientierung der Rechtswissenschaft mußten sich die Geister scheiden. Es ist jedenfalls möglich und auch aufschlußreich, die sich um die Jahrhundertwende und danach herausbildenden Richtungen der Soziologie des Rechts und der soziologischen Jurisprudenz von Jherings Erbe her zu interpretieren.

a) Freirechtsbewegung und soziologische Jurisprudenz

Max Weber hat in seiner soziologischen Analyse des Rechts, die das moderne Recht in den Kontext gesamtgesellschaftlicher Rationalisierungsprozesse stellte, bekanntlich die Errungenschaften des Formalrechts verteidigt und so gleichsam den frühen Jhering gegen dessen Spätwerk zu rehabilitieren versucht. Max Webers

---

(Footnote continued from previous page)

Formalrechts sich sehr wohl über die Freiheiten im klaren waren, die sie im Namen der interpretatio logika und des Systemdenkens in Anspruch nahmen (vgl. speziell zum frühen Jhering R. Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986, 221-229.) Ob Max Weber selbst diese rechtsschöpferisch-diskretionären Elemente des Formalrechts durchschaut hat, ist zweifelhaft, obwohl die Bemerkungen in der Rechtssoziologie, in denen Weber die "antiformalen Tendenzen" seiner Zeit (auch) auf inhärente Schwierigkeiten des Formalrechts zurückführt (a.a.o., bes. 512f.) zeigen, daß er sich jedenfalls von den Ideologen der Subsumtionstechnik nicht täuschen ließ.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Rehabilitation des Formalrechts, die seiner Anerkennung der Rechtswissenschaft als eigenständiger Disziplin und gleichzeitig dem Weberschen Programm einer verstehenden Soziologie entsprach, hat weder die zeitgenössischen Nachfolger Jherings noch die herrschende Theorie und Praxis der Rechtswissenschaft nachhaltig beeindruckt. Jherings Deutung des Rechts als politisches Handlungsprogramm wurde mit langfristigem Erfolg von der Tübinger Schule der Interessenprudenz aufgenommen, freilich auch durch die Vorstellung diszipliniert, daß sich die Rechtsanwendung an der gesetzgeberischen Programmatik, an den gesetzgeberischen Bewertungen von Interessenkonflikten zu orientieren habe [14]. Diese Jherings Rechtstheorie gleichsam methodisch halbierende Programmatik beherrscht das juristische Selbstverständnis in Deutschland bis heute[15].

Demgegenüber haben die eigentlichen Begründer der "soziologischen Jurisprudenz" sehr viel unglücklicher operiert. Im Jahre 1906

---

14. Ph. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912. Vgl. die aufschlußreichen Annotationen von R. Dubischar in der Neuauflage der wichtigsten methodischen Schriften Hecks (Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932), Bad Homburg v.d.H. - Berlin-Zürich 1968, 9ff.

15. Vergl. repräsentativ H.-M. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Theorie der Norm und des Gesetzes, Heidelberg-Karlsruhe 1981, 58f.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

erschien unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius die Streitschrift von Hermann Kantorowicz, die den "Kampf ums Recht" in die Rechtswissenschaft hineintragen sollte[16]. Die Freirechtsbewegung, die sich um dieses Manifest sammelte, hat Lombardi Vallauri als die prophetisch-eschatologische Bewegung von Juden und Sozialisten charakterisiert[17]. Tatsächlich handelte es sich um eine Bewegung von Innovatoren und Außenseitern aus Wisssenschaft und Praxis, die sich in erster Linie als Protest gegen "die herrschende Idealvorstellung vom Juristen" artikulierte, die den "Wahn" der Subsumtionstechnik "durchschauen und zerstören" wollte, um für die Idee zu werben, daß das "nur freies Recht, mit der Spontaneität seiner Entscheidungen und der Gefühlmäßigkeit seiner Inhalte" den Zwängen und den sozialen Aufgaben der richterlichen Entscheidung gerecht werden könne[18].

Diese Programmatik mag geradezu naiv erscheinen. Aber sie wurde auf der Grundlage einer intensiven Auseinandersetzung mit den Traditionen der deutschen Jurisprudenz und einer Reflexion der

---

16. Hermann Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.

17. L. Lombardi-Vallauri, Geschichte des Freirechts, Frankfurt 1971, 41.

18. H. Kantorowicz, a.a.O., 7, 3, 15.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

allgemeinen Wissenschaftsentwicklung formuliert[19]. Sie hat mit ihren Begleitforderungen nach einer realistischen und wissenschaftlichen Rechtsfindung ein breites Spektrum von Ansätzen gefördert, deren Ausarbeitung (und deren Schwierigkeiten) bis heute aktuell geblieben sind: Eugen Ehrlich suchte in seiner Theorie des "lebenden Rechts" eine Synthese von empirischer Rechtssoziologie und normativer Rechtswissenschaft - die Konsequenzen einer "wissenschaftlichen" Behandlung des Rechts für das Verhältnis zwischen Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft sind in der Nachfolge Jherings immer wieder neu durchdacht worden und bleiben dennoch ein unerschöpfliches Thema; Arthur Nußbaum abstrahierte in seiner Programmatik einer "Rechtstatsachenforschung" von den theoretischen und methodischen Problemen der Sozialwissenschaften und orientierte sich stattdessen an den praktischen Entscheidungsbefürfnissen der Juristen[20] - diese Art des Zugangs zur Wirklichkeit des Rechts wird bis heute dankbar als Alternative zu den Irrungen und Wirrungen

---

19. E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München-Leipzig 1913; vgl. K.A. Ziegert, The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law, International Journal of the Socociology of Law 7 (1979), 225ff. sowie den Aktualisierungsversuch von D. Nelken, Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law, Legal Studies 4 (1984), 157ff.

20. A. Nußbaum, Die Rechtstatsachenforschung, ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, Tübingen 1914; Zur Distanz gegenüber Ehrlich und Kantorowicz vgl. K.F. Röhl, Rechtssoziologie, Köln-Berlin-Bonn-München 1987, 47-49.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

sozialwissenschaftlicher Theoriediskussionen aufgegriffen[21]; Hugo Sinzheimer und seine Nachfolger haben die sozialkritischen Motive des Freirechts in eine sozial-reformistische Programmatik überführt, die auf eine rechtliche Transformation liberal-kapitalistischer Gesellschafts- strukturen abzielte[22] - um die Konsequenzen gesellschafts- kritischer Analysen für das Recht und die Rolle des Rechts bei der Reform oder der Veränderung gesellschaftlicher Strukturen kreisen die Diskussion kritischer Juristen bis heute.

b) Die Internationalität von Problemlagen und die Nationalität der Rechtswissenschaft

Die Geschichte der Beziehungen zwischen den Ansätzen der deutschen soziologischen Jurisprudenz, der Rechtssoziologie und der Soziologie des Rechts und der Entwicklung des amerikanischen Rechtsdenkens in

---

21. Vgl. nur A. Chiotellis / W. Fikentscher, Zur Einführung: Rechtstatsachenforschung - Ein heute noch erfüllbares Programm?, in: dies., (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung. Methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht, Köln 1985, 1ff.; A. Heldrich, Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186 (1986), 74ff.

22. H. Sinzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909), wieder abgedruckt in: ders., Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Band 2, Frankfurt-Köln 1976, 3ff.; vgl. die Analyse von H. Rottleuthner, Drei Rechtssoziologien: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber, in: E.V. Heyen (Hrsg.), Historische Soziologie der Rechtswissenschaft (Ius Commune; Sonderheft 26), Frankfurt 1986, 227 ff., 232ff., 250f.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

der Nachfolge von Holmes ist eine Geschichte verpaßter Gelegenheiten und verspätet- unzeitgemäßer Rezeptionen.

Max Weber hatte sich mit dem Common Law intensiv und offenbar irritiert beschäftigt[23]. Für ihn stellte sich die Aufgabe, die im Vergleich zu den kontinentalen Rechten gleichsam unterentwickelte Rationalität des Common Law mit dem Entwicklungsvorsprung des englischen Kapitalismus und seinen eigenen Annahmen über die Interdependenzen zwischen Formalrecht und Kapitalismus in Übereinstimmung zu bringen[24]. Die Rechtssoziologie Webers fand zunächst kaum Beachtung und die Chancen einer Kritik von Webers Prognosen zur Zukunft des Formalrechts und der "antiformalen Tendenzen" im modernen Recht auf der Grundlage angelsächsischer Erfahrungen blieben ungenutzt[25].

---

23. Vgl. Max Weber, a.a.O. (Fn. 13), 509-511.

24. Vgl. speziell zum "England-Problem" D.M. Trubek, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, Wisconsin Law Review 1972, 720ff., 746-748 und aus der seitherigen Literatur vor allem H. Treiber, "Wahlverwandtschaften" zwischen Webers Religions- und Rechtssoziologie, in: ders. / S. Breuer (Hrsg.), Zur Rechtssoziologie Max Webers. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung, Opladen 1984, 6ff., 49-55.

25. Ein Beispiel: Zur Erläuterung seines Begriffs der Formalität im Vertragsrecht bezieht Weber sich auf die Rechtsprechung des Supreme Court, der zufolge gesetzliche Begrenzungen der Arbeitszeit "schon rein formal, aufgrund der naturrechtlichen Präambeln der Verfassung nichtig seien" (a.a.O.). Weber hat dabei offenbar den berühmten Lochner-Entscheid vor Augen

(Footnote continues on next page)

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

Die rechtswissenschaftlichen Antipoden Webers befanden sich von vornherein in einer schwierigen Lage, die sich dann auch noch dramatisch zuspitzen sollte. Der von Hermann Kantorowicz im Jahre 1906 eingeläutete "Kampf um die Rechtswissenschaft" [26] wurde von deren Repräsentanten und namentlich von der sich gerade formierenden Interessenjurisprudenz höchst energisch geführt[27]. Aber nicht etwa nur diese Gegenkritik, sondern der erste Weltkrieg und seine Folgen

---

(Footnote continued from previous page)

(Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). Im Zusammenhang mit Webers Diagnosen und Bewertungen der "antiformalen" Tendenzen des modernen Rechts wäre es sinnvoll gewesen, ihn mit entsprechenden amerikanischen Entwicklungen zu konfrontieren, also zum Beispiel dem Umstand, daß der Supreme Court in Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908) sich von dem "materialen" Raisonnement eines "Brandeis-brief" hat beeindrucken lassen.

26. A.a.O. (Fn. 16).

27. Vgl. zu diesen Auseinandersetzungen W. Kallfass, Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz, Frankfurt a.M. 1972, 87-89 sowie die Dokumentation von G. Ellscheid / W. Hassemer (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, Darmstadt 1974. - Heck gab sich im Jahre 1936 - inzwischen immerhin 78 Jahre alt - dazu her, die pluralistischen Grundlagen seiner Position zu verleugnen und die Interessenjurisprudenz dem Nationalsozialismus als angemessene Methodenlehre der "großen Rechtserneuerung" anzudienen (Ph. Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936). Diese Anpassungsleistung verstärkte er dann auch noch durch den Hinweis auf die jüdische Abstammung der Freirechtler und die arische Reinheit seiner eigenen Schule (Ph. Heck, Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AcP 142 (1936), 129ff. , 151).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

markieren den Anfang vom Ende der freirechtlichen Bewegung[28]. Nach dem Krieg und nach der Ablösung der Wilhelminischen Monarchie durch die Weimarer Republik mußte die freirechtliche Bewegung sich zunächst einmal mit sich selbst beschäftigen. Jetzt gewann Max Webers Kritik der "antiformalen Tendenzen im modernen Recht"[29] angesichts der neuen Konfliktkonstellationen zwischen einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber, einer in weiten Teilen antidemokratischen und antirepublikanischen Gesellschaft und einer konservativen Justiz, die das Recht zur Überprüfung des Gesetzgebers in Anspruch nahm, eine neue Bedeutung. Die Freirechtsschule geriet in den Verdacht, die "Klassenjustiz" zu fördern[30], und Kantorowicz, ihr führender Repräsentant, hatte allen Grund, seine rechtspolitischen Prioritäten neu zu definieren[31].

---

28. Vgl. R. Lautmann / M. Meuser, Verwendungen der Soziologie in Handlungswissenschaften am Beispiel von Pädagogik und Jurisprudenz, KölnZfSS 528 (1986), 686ff., 697.

29. M. Weber, a.a.O. (Fn. 13), 510ff.

30. So E. Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjustiz, Berlin 1927, 36ff.; vgl. K. Muscheler, Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie, Berlin 1984, 50ff. - Fraenkel hat bei seiner Kritik die Intentionen der Freirechtler keineswegs diskreditieren wollen (a.a.O., 24).

31. Vgl. K. Muscheler, Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz, Heidelberg 1984, 125-141, 161-173. - Es ist überraschend und schmerzlich, in der bislang vielleicht gründlichsten und jedenfalls ungemein informativen amerikanischen Analyse der Beziehungen zwischen dem Freirecht und dem Legal Realism so wenig über den Kontext der deutschen

(Footnote continues on next page)

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

Unter solchen Umständen darf man eine Internationalisierung rechtswissenschaftlicher Grundlagendiskussionen kaum erwarten. Eugen Ehrlich, dessen Werk in den USA sehr früh auf erhebliches Interesse gestoßen war, hatte am Vorabend des ersten Weltkrieges auf eine amerikanische Gastprofessur verzichten müssen[32]. Es blieb bei einer Publikation einiger Artikel in englischer Sprache[33]; Ehrlichs Hauptwerk, die "Grundlegung der Soziologie des Rechts"[34], erschien erst posthum 1936 in englischer Sprache - mit einem Vorwort von Roscoe Pound[35], der Ehrlichs anti-etatistisches "lebendes Recht"

(Footnote continued from previous page)

Diskussion zu finden: J.E. Herget / St. Wallace, The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism, 73 Va. L. Rev. 399 (1987) weisen zwar auf die Distanz Hecks zur freirechtlichen Bewegung hin (a.a.O., 418, vgl. aber auch 415), übergehen aber Hecks unglückliche und verunglückte Anbiederungen an den Nationalsozialismus, um stattdessen das Freirecht als einen intellektuellen Wegbereiter des national-sozialistischen Umgangs mit dem Privatrecht hinzustellen (a.a.O., 418, 419 Fn. 85).

32. Vgl. R. Pound, An Appreciation of Eugen Ehrlich, 36 Harv. L. Rev. 129, 130 (1922).

33. E. Ehrlich, Montesquieu and Sociological Jurisprudence, 29 Harv. L. Rev. 582 (1915/16); Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects, in: Science of Legal Method. The Modern Legal Philosophy Series, vol. 9, Boston 1917, 47.

34. Leipzig 1913.

35. Fundamental Principles of the Sociology of Law (translated by Walter L. Moll, introduced by Roscoe Pound), Cambridge 1936.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

allzu umstandslos für seine eigene Version der soziologischen Jurisprudenz in Anspruch nahm[36]. Kantorowicz war anders als Ehrlich ein durch und durch politischer Kopf. Er begann sich bereits während des ersten Weltkrieg statt für die angelsächsische Rechtstheorie umfassender für den "Geist der englischen Politik"[37] zu interessieren und seine Vortragsreisen nach England in den 20er und Anfang der 30er Jahre verfolgten allgemein-politische Ziele. Gewiß läßt sich der Legal Realism als "Erbe" des Freirechts bezeichnen[38]. Aber die Vermittlung dieser Erbschaft blieb den Erben undurchsichtig. Als E.W. Patterson im Jahre 1928 die "Rechtswissenschaft" Kantorowicz' amerikanischen Lesern zugänglich zu machen versuchte[39], hatten Kantorowicz' Erben sich ihr Erbe eigenständig erarbeitet[40]. Kantorowicz selbst jedenfalls empfand die

---

36. Vgl. D. Nelken, a.a.O. (Fn. 19).

37. H. Kantorowicz, Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands, Berlin 1929 (The Spirit of British Policy and the Myth of the Encirclement of Germany, London 1931); vgl. K. Muscheler, a.a.O. (Fn. 31), 108.

38. Vgl. W. Fikentscher, Methoden des Rechts, Band 2 (op.cit., Fn. 71; J.E. Herget / St. Wallace, a.a.O. (Fn. 31).

39. H. Kantorowicz, Legal Science. Summary of its Methodology. With notes by E.W. Patterson, Col. L. Rev. 28 (1928), 679.

40. Vgl. J. H. Schlegel, American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience, 28 Buffalo L. Rev. 459 (1979).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Realisten keineswegs als seine Nachfahren[41].

In Deutschland hat man bei den mühevollen Bestrebungen zur Etablierung einer soziologischen Jurisprudenz und während der Auseinandersetzungen in der Weimarer Republik die amerikanische Entwicklung zum Legal Realism offenbar kaum zur Kenntnis genommen[42]. Auch der Auftritt von Karl N. Llewelyn als Gastdozent in Leipzig im Wintersemester 1928-29[43] hat keine Wirkungen mehr entfalten können - das Erscheinungsjahr seines "Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika"[44] markiert ohnehin das Ende aller Gesprächsmöglichkeiten[45]. In der Folgezeit blieb die Auseinandersetzung mit dem Legal

---

41. Some Rationalism about Realism, 43 Yale L. J. 1239, 1241 (1934).

42. Siehe B.H. Oppermann, Die Rezeption des nordamerikanischen Rechtsrealismus durch die deutsche Topik-Diskussion, Diss. jur. Frankfurt 1985, 42-44.

43. Im WS 1928/29 und im WS 1931/32; vgl. M. Rehbinder, Karl N. Llewlellyn als Rechtssoziologe, KölnZfSS 16 (1964), 532ff., 533.

44. Leipzig 1933.

45. Vgl. die bittere und aufschlußreiche Besprechung von S. Klaus, 43 Yale L.J. 516 (1934). - Die ungemein niveauvolle Analyse von A. Auburtin, Amerikanische Rechtsauffassung und die neueren amerikanischen Theorien der Rechtssoziologie und des Rechtsrealismus, ZaöRV 3 (1932/33), 529ff., konnte keine Wirkung mehr entfalten.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Realism[46] - ebenso wie die Ausarbeitung der Programmatik der soziologischen Jurisprudenz[47] - den deutschen Emigranten vorbehalten.

3. Die Nachkriegszeit

In der Zeit nach dem 2. Weltkrieg haben sich in sämtlichen internationalrechtlichen Disziplinen die transatlantischen Kontakte rasch intensiver als je zuvor entwickelt und selbst in den dogmatischen Fächern sind rechtsvergleichende Erörterungen, in denen

---

46. Der bekannteste, aber problematische Beitrag stammt von H. Kantorowicz, Some Rationalism about Realism, a.a.O. (Fn. 41). Vgl. aber auch F. Morstein-Marx, Juristischer Realismus in den Vereinigten Staaten von Amerika, Revue International de la Theorie du Droit 10 (1936), 28ff. - Eine Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft in der Emigration gibt es nur in Bruchstücken. Zu Kantorowicz vgl. K. Muscheler, a.a.O. (Fn. 31), 106-124; zu Franz L. Neumann, vgl. Alfons Söllner, Franz L. Neumann - Skizzen zu einer intellektuellen und politischen Biographie, in: Franz L. Neumann, Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954 (hrsg. von Alfons Söllner) Frankfurt a.M. 1978, 7ff. Ferner z.B. H. Dubiel/A. Söllner, Die Nationalsozialismus-Forschung des Instituts für Sozialforschung - ihre wissenschaftsgeschichtliche Stellung und ihre gegenwärtige Bedeutung, in: Wirtschaft, Recht und Staat im Nationalsozialismus. Analysen des Instituts für Sozialforschung 1939-1942 (hrsg. von H. Dubiel und Alfons Söllner), Frankfurt 1981, 7ff. Für die Soziologie vgl. M.R. Lepsius, Sociology in Germany and Austria 1918-1945; The Emigration of the Social Sciences and its Consequences; The Development of Sociology in Germany after the Second World War, 1945-1967, European University Institute working paper nr. 104, San Domenico 1984.

47. Exemplarisch H. Sinzheimer, Die Aufgabe der Rechtssoziologie (1935) wieder abgedruckt in: ders., Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 2, Frankfurt-Köln 1976, 85ff.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

immer die USA im Mittelpunkt stehen, eine Selbstverständlichkeit geworden. Aber gerade im Bereich der soziologischen Jurisprudenz und der Rechtskritik hatten die Verhältnisse sich grundlegend geändert. Als die deutsche Rechtstheorie erneut begann, sich für den Legal Realism zu interessieren [48] und, angeregt vor allem durch Josef Essers "Grundsatz und Norm"[49], in den 60er Jahren den Legal Realism noch einmal zu einer Art Spätblüte brachte[50], hatte dieser seiner Qualität als wissenschafts-kritische und/oder reformpolitische Bewegung längst eingebüßt[51]. So mußte die deutsche Rezeption in einem doppelten Sinne akademisch bleiben: Sie konnte mit der sprichwörtlichen Gründlichkeit die theoretischen Voraussetzungen und die praktischen Leistungen des Legal Realism nachzeichnen, aber sie konnte dessen Impulse aus der Ferne nicht aktualisieren[52].

---

48. H. Coing, Neue Strömungen in der nordamerikanischen Rechtsphilosophie, ARSP 38 (1949/50), 537ff.

49. J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, 18-23.

50. G. Casper, Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken, Berlin 1967; W. Fikentscher, Methoden des Rechts, Band 2 (op.cit., Fn. 7), 273-326; W. Krawietz, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, Wien-New York 1978, 97-132.

51. Vgl. J. H. Schlegel, a.a.O. (Fn. 40).

52. B.H. Oppermann, a.a.O. (Fn. 44), registriert immerhin einen direkten Einfluß des Legal Realism auf die sogenannte Topik (Th. Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 4. Aufl., München 1969); nun weiß aber gerade die Topik mit den szientifischen, empirischen und sozialkritischen Elementen des Legal Realism nicht viel anzufangen.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Für die deutsche Rechtssoziologie war, weil es sie selbst nicht mehr gab, die Rezeption der amerikanischen Ansätze geradezu konstitutiv. Die Impulse für die Wiederbelebung der deutschen Rechtssoziologie gehören in den Kontext der geistigen und politischen Unruhen, die Ende der 60er Jahre - vorübergehend - auf die Rechtswissenschaft übergriffen[53]. So wie anno 1906 der "Kampf ums Recht" des Gnaeus Flavius als Signal gewirkt hatte, so provozierte nunmehr das Erscheinen von Rudolf Wiethölters "Rechtswissenschaft"[54] und sein Oxymoron von der "politischen Jurisprudenz" eine neue Grundsatzdebatte. Im Verlauf dieser Auseinandersetzungen wurden die sozialkritischen Traditionen der deutschen Rechtswissenschaft neu entdeckt[55]; die Beziehungen zu den "herrschenden" Strömungen waren gespannt und polemisch[56], obwohl sich sehr rasch zeigte, daß die Formel von der "politischen Jurisprudenz" und ihre kognitive Folgerung, die Forderung einer Umorientierung der

---

53. Exemplarisch: H. Rottleuthner, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt 1973; zuvor hatte der nach Berlin zurückgekehrte Ernst E. Hirsch als einsamer Rufer der Wüste gewirkt; vgl. E.E. Hirsch, Was kümmert uns die Rechtssoziologie?, Juristen-Jahrbuch 3 (1962/63), 131ff.; vgl. allgemein die Hinweise bei K. Röhl, a.a.O. (Fn. 20), 57-63.

54. Frankfurt 1968 (unter Mitarbeit von R. Bernhardt und E. Denninger).

55. Insbesondere die Werke von Ernst Fraenkel, Otto Kahn-Freund, Otto Kirchheimer, Franz Neumann, Hugo Sinzheimer.

56. Vgl. insbes. W. Fikentscher, Rechtswissenschaft und Demokratie bei Justice Oliver Wendell Holmes, a.a.O. (Fn. 7).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

"Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft "[57] eine breite Vielfalt von unterschiedlichen und sich miteinander streitenden Ansätzen vom Marxismus über die analytische Philosophie bis hin zur empirischen Rechtssoziologie abdeckten. Spätestens seit dem Erscheinen der Rechtssoziologie Niklas Luhmanns[58] wurde überdies klar, daß die Auf- und Ausbruchsversuche der neuen "Rechtsideologen" erneut von einem Kritiker begleitet wurden, der die Rechtskritik im Namen einer soziologischen Analyse des Rechtssystems zurückwies.

---

57. H. Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt 1973.

58. Bd. 1 und 2, Reinbek 1972.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

GESELLSCHAFTSTHEORETISCHE RECHTSWISSENSCHAFT UND CRITICAL LEGAL STUDIES: BERÜHRUNGSPUNKTE UND DIVERGENZEN

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Inhaltsübersicht

I. Die Kritik des Rechtsformalismus (S. 30)

1. Die bürgerliche Gesellschaft und ihr Recht

a) Formalismuskritik als Kapitalismuskritik
b) Die Moralität des Formalrechts
c) Die Uneinheitlichkeit des Formalrechts

2. Der "klassische Liberalismus" und sein "Rechtsbewußtsein"

a) Instrumentalismus
b) Strukturalismus
c) Dekonstruktivismus

3. Erste Zwischenbemerkung: Rechtsdiskurse und Gesellschaftsformationen

II. Materialisierungsprozesse und die Unbestimmtheit des Rechts (S. 55)

1. Die Materialisierungskonzepte und ihre Krisen

a) Die sozialstaatliche Transformation des Kapitalismus
b) Die Materialisierung des Formalrechts
c) Die normative Kritik

2. Die Widersprüchlichkeit und die Unbestimmtheit des Rechts

a) Das postliberale Recht
b) Unbestimmtheit
c) Dekonstruktivismus

3. Zweite Zwischenbemerkung: Die Ambivalenzen der Verrechtlichung und die Unbestimmtheit des Rechts

III. Die "Neue Unübersichtlichkeit" (S. 85)

1. Prozedurales, autopoietisches und flexibles Recht

a) Prozeduralisierung der Rechtskategorie
b) Autopoietisches Recht
c) Flexibilisierung des Rechts

2. Visionen, Desillusionierungen, lokale Praktiken

a) Grenzüberschreitungen in Rechtsdiskursen
b) Desillusionierungen
c) Auswege

3. Schlußbemerkung

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Wo konvergieren amerikanische und deutsche Kritiker der je eigenen "mainstream"-Tradition? Wann dürfen Konvergenzen als gemeinsame Lernerfahrungen mit dem modernen Recht interpretiert werden, als Einsichten in die Aussichtslosigkeit kritischer Anstrengungen, als Indiz für ihre Berichtigung? Welche Divergenzen sind durch die Unterschiede in den Rechtskulturen und philosophischen Traditionen bestimmt? Wo hat man es mit Reaktionen auf spezifische gesellschafts- und wissenschaftspolitische Konstellationen zu tun? Aus welchen Projekten kann die jeweils andere Seite neue Einsichten gewinnen oder sich gar neue Horizonte erschließen? Solche Fragen sind in einem Band mit deutschen und amerikanischen kritischen und gesellschaftstheoretischen Beiträgen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion unvermeidlich. Aber sie überfordern einen einzelnen Autor (oder jedenfalls mich), und ihre Niederschrift geschieht vor allem in der Absicht, die Art der Überforderung und den Umgang mit ihr kenntlich zu machen. G. Frankenberg[1] hat auf diese Schwierigkeit dadurch reagiert, daß er den Kulturkampf zwischen Moderne und Postmoderne zum Leitfaden seiner Präsentation und Diskussion amerikanischer Ansätze gewählt hat. Sein Beitrag erschließt einen Bezugsrahmen, der die deutschen Disputanten am meisten überrascht und auch provoziert[2] hat. Demgegenüber werde

---

1. G. Frankenberg, Der Ernst im Recht, KJ 1887, 281ff.

2. Auch über den Teilnehmerkreis des Bremer Symposiums hinaus; vgl. J. Perels, Die Rechtstheorie auf dem Weg zur neuen Beliebigkeit?, KJ 1987, 307ff.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
©The Author(s). European University Institute.

ich mich auf die Art des Umgangs mit rechtlichen Materialien, also auf die Auswirkungen unterschiedlicher theoretischer Orientierungen auf die rechtswissenschaftliche Arbeit konzentrieren. Rationalisierungen für einige solcher Vorgehensweise sind leicht. Juristen, die in der Sozialphilosophie, in der politischen Ökonomie, in der Gesellschaftstheorie, in der Moralphilosophie, dem Strukturalismus und Poststrukturalismus nach Arbeitsorientierungen suchen, finden dort schon deshalb keine fertigen Antworten vor, weil der akademische und rechtspraktische Umgang mit dem Recht in jenen Theoriegebäuden entweder gar nicht oder bloß in Ansätzen vorgedacht ist. Die mühevollen und irritierenden Suchprozesse, die dies zur Folge hat[3], sind nicht bloß individuell - lebensgeschichtlich bedingte Schwierigkeiten dilettierender Nicht-Philosophen, sondern entsprechen einer Problemlage, in der die Juristen sich vorfinden

---

3. Es ist kein Zufall, daß im Zuge der deutschen Protestbewegung der 60er Jahre Juristen nach allen Richtungen hin gleichzeitig ausgeschwärmt sind, um den Marxismus, die Kritische Theorie, die Systemtheorie, den Kritischen Rationalismus, die analytische Philosophie durchzumustern, und es kommt ebensowenig von ungefähr, daß in den Beiträgen des CLS-Movement ein ganzes Arsenal von "famous dead Europeans (and some living ones)" (J. Boyle, Critical Legal Studies: A Young Person's Guide, Typoscript 1985, 19) aufgeboten wird, daß man sich auch nicht scheut, für einen Beitrag Denkanstöße aus verschiedenen Richtungen gleichzeitig zu reklamieren (vgl. unten I 2 b bei Fn. 46f.). Sekundäranalysen, die den Bezugnahmen einzelner Autoren auf spezifische theoretische Projekte und bestimmte Philosophien nachgehen, kommen bezeichnenderweise zu der Einsicht, daß die Praxis des rechtskritischen Analysen sich nicht an die in ihren theoretischen Quellen auffindbaren Vorgaben halte (vgl. nur D.F. Brosnan, Serious but not Critical, 60 So. Cal. L. Rev. 259 (1987); J. Stick, Can Nihilism Be Pragmatic?, 100 Harv. L. Rev. 313 (1986).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

und zurechtfinden müssen. Die Frage nach den Implikationen philosophischer Auseinandersetzungen für das Recht und die Rechtsarbeit ist ein eigenständiges Thema, das den Juristen nicht bloß Rezeptionsanstrengungen, sondern auch eigene Beiträge abverlangt und sie zu Rückfragen berechtigt. Wenn deshalb die Konzentration auf die Transformation theoretischer Projekte in rechtswissenschaftliche Arbeitsorientierungen ihre Berechtigung hat, so muß allerdings dieser Versuch der "Materialisierung" der theoretischen Diskussion eine pragmatische Eingrenzung nach sich ziehen. Mein Bericht muß selektiv vorgehen. Er wird sich, soweit er zur Veranschaulichung von Arbeitsorientierungen exemplarische Beiträge heranzieht - und soweit von "Anschaulichkeit" überhaupt die Rede sein kann - auf das Privat- und Wirtschaftsrecht beschränken, während das Verfassungsrecht und das öffentliche Recht nur sporadisch, das Arbeits-, Sozial-, Familienrecht, die internationalrechtlichen Disziplinen u.v.a.m. überhaupt nicht berücksichtigt werden.

Ein Vergleich von Aussagen zum Recht und zur Art seiner Behandlung in amerikanischen und deutschen Ansätzen setzt die Identifikation übergreifender Bezugspunkte voraus. Das Schema, das meinem Bericht zugrunde liegt, kann, gerade weil es um eine Auseinandersetzung mit kritischen Ansätzen geht, eine gewisse Plausibilität in Anspruch nehmen: Die Kritik muß zunächst einmal ihren Gegenstand benennen - dieses Objekt bildet in den USA wie in Deutschland der "liberale" Rechtsformalismus (I). Die Kritik muß sodann ihre eigene Aktualität

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

darlegen, also in eine Gegenwartsdiagnose übergehen und zeigen, daß die formalistischen Erblasten weiterwirken oder doch nicht erfolgreich bewältigt worden sind - in dieser Dimension der Kritik treffen sich deutsche Analysen zur "Materialisierung" des Formalrechts und amerikanische These von der "Unbestimmtheit" gerade auch der "nach-klassischen" Entwicklungen (II). Schließlich darf man die Kritik nach ihren eigenen Maßstäben und nach ihren Perspektiven befragen - dies ist das zentrale, aber auch das schwierigste Thema gesellsschaftstheoretischer und kritischer Ansätze (III). - Wenn die Unterscheidung zwischen Gegenstand, Problemdiagnosen und Perspektiven Plausibilität beanspruchen kann, so soll sie doch keine Denknotwendigkeiten suggerieren. Die Strukturierung dieses Berichts ist ein Versuch, die amerikanischen und die deutschen Diskussionsbeiträge einander transparenter zu machen. Sie bleibt jedoch dem Kontext der deutschen Diskussion um die Rationalitätsstrukturen des modernen Rechts verhaftet und innerhalb der einzelnen Abschnitte wird darüber hinaus deutlich werden, wie sehr die eigenen Wahrnehmungen und Präferenzen die Berichterstattung beeinflussen. Etwas pessimistischer und realistischer: Der Versuch, deutsche Diskussionsentwicklungen transparent zu machen, wird bei den betroffenen Deutschen auf Vorbehalte stoßen; in der Berichterstattung über die amerikanische Diskussion werden Amerikaner sofort die Vernachlässigung der feministischen Rechtstheorie bemerken und gewiß zahlreiche Rezeptionslücken sowie ein unzulängliches Verständnis des Diskussionskontexts entdecken - all dies gehört zu den Risiken komparativer Analysen.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

I. Die Kritik des Rechtsformalismus

Die soziologische Jurisprudenz hat sich in Deutschland um die Jahrhundertwende als Kritik der "mechanischen", "wirlichkeitsblinden" Subsumtionstechnik der Rechtswissenschaft konstituiert, und die Vorläufer und die Träger des amerikanischen Legal Realism sind gegen die Vorstellung zu Felde gezogen, die rechtliche Praxis lasse sich als Anwendung objektiv vorgegebener Regeln begreifen[4]. Die deutsche Kritik am rechtlichen Formalismus greift jedoch weiter aus. Sie hat den Versuch unternommen, den Formalismus und seine Schwierigkeiten zu "erklären", sei es durch einen Rekurs auf gesellschaftlich-strukturelle Determinanten des Rechts und die Kritik dieser Strukturen, sei es durch die Rekonstruktion (und Kritik) seiner sozialphilosophischen und erkenntnistheoretischen Prämissen - und die aktuelle amerikanische Rechtskritik unterscheidet sich von Legal Realism gerade darin, daß sie dessen Kritik an der formalistischen Methode in eine Kritik am Gesamtkomplex der liberalen Theorie überführt.

1. Die bürgerliche Gesellschaft und ihr Recht

4. Vgl. die Hinweise in dem Beitrag "Zum historischen Kontext" in Fn. 14ff. sowie zum Freirecht unten c.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

In einer Bestandsaufnahme, die den Kontext kritischer Ansätze in Deutschland kenntlich machen soll, ist es unabdingbar, zuerst an die anspruchsvollste, aber eben auch theoretisch riskanteste Form der Kritik am Formalrecht zu erinneren. Die deutsche Protestbewegung der 60er Jahre war von Anfang an theoretisch vielseitig interessiert und zerstritten, aber sie hat sich zunächst wesentlich durch ihr Verhältnis zur Marxschen Theorie definiert - die Neubelebung der marxistischen Rechtstheorie war jedenfalls die provokanteste Ausdrucksform gegenüber der "herrschenden" Rechtswissenschaft.

a) Formalismuskritik als Kapitalismuskritik

Es ist ein problematisches Unterfangen, im Rückblick auf die späten sechziger und frühen siebziger Jahre bestimmte Diskussionsbeiträge für exemplarisch zu erklären. Dennoch: An den Arbeiten zweier Autoren lassen sich unterschiedliche Formen der Anknüpfung an die Marxsche Kritik der politischen Ökonomie kenntlich machen, die - bei jenen Autoren selbst und darüber hinaus - produktiv weitergewirkt haben.

In seiner Studie über "Legalität und Pluralismus" hat U.K. Preuß[5] eine Verfassungstheorie entwickelt, die sich streng an die Marxsche Analyse der bürgerlichen Gesellschaft bindet: Die bürgerlichen

5. Frankfurt 1973.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Verfassungen fingierten in ihren Versprechungen und normativen Konstruktionen die Entwicklungsstufe der vorkapitalistischen "einfachen Warenproduktion", in der sich der gesellschaftliche Zusammenhang durch den Warenaustausch zwischen individualisierten Produzenten herstellt. Das Spezifikum der entfalteten bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft bildet dagegen die Universalisierung des Warenverkehrs, d.h. die Subsumtion der Arbeitskraft unter die Warenform - und hieraus ergeben sich, so hat Marx geltend gemacht, die Zwänge der Kapitalverwertung, die in ökonomischen Konzentrations- und Krisenprozessen und in den durch die Institutionalsierung des Klassenverhältnisses bedingten sozialen Konflikten zum Ausdruck kommen müssen[6]. Auf diese Dialektik des Arbeits- und Verwertungsprozesses hat Preuß seine Analysen der Widersprüchlichkeit rechtsstaatlicher Verfassungen gegründet. Diese Verfassungen müßten einerseits allgemeine Handlungsfreiheiten garantieren und die Berechenbarkeit des gesellschaftlichen Zusammenhangs behaupten; sie müßten andererseits staatliche Maßnahmen zulassen, mit denen der Verwertungsprozeß des Kapitals gegen dessen selbstdestruktive Tendenzen geschützt und der Klassenkonflikt domestiziert wird. Diese Zwänge führen unvermeidlicherweise zu einer "zweistufigen" Legalität, die einerseits die rechtsstaatliche Form des allgemeinen Gesetzes

6. A.a.O., 42ff.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
©the author(s). European University Institute.

postuliert, die andererseits konkrete staatliche Maßnahmen legitimiert[7].

Für das Privatrecht der bürgerlichen Gesellschaft hat G. Brüggemeier[8] die gleichen Quellen ausgeschöpft und die Basisinstitutionen, die Theorie und Methode des Privatrechts auf die Entwicklungslogik des Kapitals zurückbezogen. Seine Analyse der Strukturen des privatrechtlichen Formalismus fördert allerdings keine dem liberalen Privatrecht ab initio inhärente Abbildung des Marxschen Grundwiderspruchs zutage, sondern begreift die rechtlichen Reaktionen auf die ökonomischen Krisen und den sozialen Konfliktstoff der bürgerlichen Gesellschaft als Ausdifferenzierungsprozesse, in denen mit dem Wirtschaftsrecht neue Handlungskompetenzen zur Steuerung ökonomischer Krisen sowie zur Domestizierung ökonomischer Macht und mit dem Arbeits- und Sozialrecht Mechanismen zur Bewältigung des Klassenkonflikts

---

7. Dieser Ausgangspunkt bestimmt dann nicht nur die Auseinandersetzung mit der Verfassungstheorie der Weimarer Republik (a.a.O. 65ff., 84ff.), sondern auch das Verständnis des Grundgesetzes (a.a.O., 91ff., 102ff.). Die spätere Entwicklung und Revision des Ansatzes ist ersichtlich aus U.K. Preuß, Rationality Potentials of Law - Allocative, distributive and communicative rationality, Typoskript Bremen 1988.

8. Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrecht, in: H.-D. Assmann/G. Brüggemeier/D. Hart/Ch. Joerges, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts. Beiträge zur Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie, Königstein 1980, 9ff.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

entwickelt werden[9]. Diese Diagnose befreit sich bereits von jener "erstaunlichen Pedanterie, mit der Marx jede Äußerung zum Recht an konkrete ökonomische Beziehungen, vor allem der Produktionssphäre bindet"[10], weil sie lediglich noch einen Entstehungszusammenhang zwischen den von Marx analysierten Widersprüchen und den Entwicklungen des Privatrechtssystems behauptet, aber den Anspruch preisgibt, jene Entwicklungen selbst mit Hilfe der ursprünglichen Marxschen Analytik zu begreifen[11].

b) Die Moralität des Formalrechts

Weitaus verbreiteter als die skizzierten Verkoppelungen von Rechts- und Gesellschaftskritik waren und sind kritische Rekonstruktionen der sozialtheoretischen Grundlagen des Formalrechts. Gewiß begnügt man sich dabei häufig nur mit Verweisen auf ein Amalgam von Vorstellungsinhalten aus der englischen, französischen und deutschen Sozialphilosophie seit Thomas Hobbes und/oder der klassischen politischen Ökonomie. Aber solche Globalverweise auf "das" Sozialmodell der bürgerlichen Gesellschaft standen im Kontext einer

9. A.a.O., 32ff.

10. O. Negt, 10 Thesen zur marxistischen Rechtstheorie, in: H. Rottleuthner (Hrsg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Frankfurt 1975, 10ff., 35.

11. Den hier nur vage angedeuteten Schwierigkeiten der marxistischen Rechtstheorie ist H. Rottleuthner mit Geduld und Gründlichkeit nachgegangen: Marxistische und analytische Rechtstheorie, op.cit. (Fn. 10), 159ff.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
©The Author(s). European University Institute.

intensiven Aneignung der klassischen Sozialphilosophie[12] und ihre Programmatik läßt sich recht präzise bezeichnen: Ihr Ausgangspunkt ist die These, daß rechtswissenschaftliche Theorien und rechtliche Dogmatiken sich allemal explizit oder implizit an sozialphilosophische Vorstellungsinhalte anlehnen; demzufolge geht es der Rekonstruktion des "klassischen Formalrechts" darum, dieses Recht als Baustein in der Analytik der bürgerlichen Gesellschaft zu begreifen[13].

Die Entwicklung dieser Form der Auseinandersetzung mit dem Recht der bürgerlichen Gesellschaft stand unter dem Einfluß der Kritischen Theorie der Frankfurter Schule und ihrer (Neu-)Fassung in den frühen Schriften von J. Habermas[14]. Dementsprechend konzentrierte sich das

---

12. Vgl. nur G. Brüggemeier, Vorstudien zu einer Wettbewerbsrechtstheorie. Untersuchungen zu den theoretischen Grundlagen eines sozialen Ordnungskonzepts, Diss. jur. Frankfurt 1974.

13. Vgl. R. Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in: G. Brüggemeier/Ch. Joerges (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Bremen 1984 (ZERP Materialien, Heft 4), 25ff., 26f. (englische Fassung: Materialisation and Proceduralisation in Modern Law, in: G. Teubner (ed.), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin-New York 1985, 221ff., 222f.).

14. Der Begriff der politischen Beteiligung (1958), wieder abgedruckt in: J. Habermas, Kultur und Kritik. Verstreute Aufsätze, Frankfurt 1973, 9ff.; Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, Neuwied-Berlin 1962; Theorie und Praxis. Sozialphilosophische Studien, Neuwied-Berlin 1963. - Wiederum darf man sich den Einfluß nicht im Sinne einer Hierarchie zwischen der Philosophie als Oberwissenschaft und der

(Footnote continues on next page)

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Interesse an der sozialphilosophischen Tradition auf deren normativer Verheißungen und ihrer praktisch-gesellschaftlichen Verwirklichungsbedingungen. Derart inspirierte Auseinandersetzungen mit dem Formalismus in der deutschen Rechtswissenschaft und im deutschen Recht des 19. Jahrhunderts orientierten sich nicht etwa an den Analysen und der Begrifflichkeit Max Webers[15], sondern hielten sich vielmehr an die moralphilosophische Rechtslehre Kants. M.a.W.: Die Kritik am rechtlichen Formalismus setzte bei der Absetzbewegung der Rechtswissenschaft von der Sozialphilosophie ein, die Savigny mit seiner historischen Rechtsschule so erfolg- und folgenreich eingeleitet hat[16].

Habermas hat in seinen neueren Arbeiten, in denen das Recht allmählich zu einem zentralen Thema geworden ist, den Gedanken, daß im modernen Recht Vernunftpotentiale rekonstruierbar seien, nach

---

(Footnote continued from previous page)

Einzeldisziplin als Anwendungswissenschaft vorstellen. Die Schwierigkeiten einer reflexiven Gesellschaftstheorie, die ihre eigene Entstehung begreifen und ihren Verwendungszusammenhang antizipieren will, haben Juristen selbst verspürt (vgl. R. Wiethölter, Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik, Mainz 1971. Studium Generale der J. Gutenberg-Universität, 1973)).

15. Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Aufl. (hrsg. von J. Winckelmann), Tübingen 1972, 496ff., 503ff.

16. Vgl. etwa R. Wiethölter, Bürgerliches Recht, in: A. Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München 1972, 47ff., 50ff.; vgl. J. Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich, KJ 1987, 1ff., 7.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

zwei Richtungen hin präzisiert[17]. Es geht ihm zum einen um die universalistischen Gehalte des Formalrechts, die dessen - wie immer unvollkommene - Normrationalität ausmachen; er möchte zum anderen zeigen, daß die universalistischen Gehalte des Formalrechts zu dessen realen Wirkungsvoraussetzungen gehören. Zwar lasse sich das moderne Privatrecht als eine systemrationale Freisetzung individuell-strategischen Handelns beschreiben; seine Allgemeinheit belege jedoch symptomatisch den Bedarf nach einer universalistischen Legitimation, die das Rechtssystem auf verallgemeinbare Interessen verpflichtet[18]. Zwar habe der bürgerliche Staat sich zunächst als autoritäre, bürokratisch-organisierte politische Ordnung

---

17. Von der für die "klassische" Kritische Theorie so charakteristischen Form der "immanenten Kritik" hat Habermas sich frühzeitig distanziert (vgl. Der Begriff der politschen Beteiligung, a.a.O., Fn. 14, 53f.); dazu systematisch A. Honneth, Von Adorno zu Habermas. Zum Gestaltwandel kritischer Gesellschaftstheorie, in: W. Bonß/A. Honneth (Hrsg.), Sozialforschung als Kritik. Zum sozialwissenschaftlichen Potential der Kritischen Theorie, Frankfurt 1982, 87ff.; S.M. Benhabib, Die Moderne und die Aporien der Kritischen Theorie, ebenda, 127ff., 151f.

18. J. Habermas, Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts, in: ders., Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, Frankfurt 1976, 260ff., 265; vgl. ders., Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, a.a.O., Fn. 16, 8ff. - In der "Theorie des kommunikativen Handelns" (Bd. 2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft), Frankfurt 1981, 229ff., hat Habermas diese Aussagen präzisiert: Mit seinen impliziten moralischen Gehalten habe das Formalrecht der Ablösung religiöser und methaphysischer Weltbilder durch post-konventionelle Bewußtseinsstrukturen entsprochen; diese Verankerungen im Prozeß der Rationalisierung der Lebenswelt gehöre nicht nur zu den Entstehungsbedingungen, sondern auch zu den Voraussetzungen für die Bewahrung formalrechtlicher Errungenschaften.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

konstituiert[19]; aber bereits der (vordemokratische) Rechtsstaat bringe durch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (die deutsche Rule of Law) und die darin beschlossenen Garantien privater subjektiver Rechte das universalistische Prinzip der Bindung der öffentlichen Gewalt an vorgegebene Rechtspositionen zur Geltung[20] - der demokratische Rechtsstaat instituionalisiere dann unverzichtbare prozedurale Vorbedingungen für eine unparteilich-universalistische (diskursive) Willensbildung und binde hieran die öffentliche Gewalt[21]. Die praktischen Perspektiven der Kritik am Formalrecht ergeben sich aus dessen rekonstruierbarem Vernunftpotential, das seinerseits vom Prozeß der Rationalisierung der Lebenswelt getragen werde[22]: Das real existierende Formalrecht des Liberalkapitalismus habe den Maßstäben der universalistischen Prinzipien postkonventioneller Vernunft nicht standgehalten; es sei in dem Maße, in dem in der Entwicklung zum demokratischen Rechtstaat universalistische Prinzipien institutionalisiert wurden, unter Veränderungsdruck geraten.

c) Die Uneinheitlichkeit des Formalrechts

---

19. Zum Dualismus des Rechts als "Medium" und "Institution" vgl. unten II 1 c und III 1 a bei Fn. 97ff., 146ff.

20. Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. 2 (a.a.O., Fn. 18), 527f.

21. Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, a.a.O. (Fn. 16) 10f.

22. Vgl. Fn. 19.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

"Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er im Stande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorhergestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen"[23]. Die Aufregung, die diese Polemik des Gnaeus Flavius aus d. J. 1906 nach sich zog, wäre nicht verständlich, wenn sie das "offizielle" Selbstverständnis des rechtswissenschaftlichen Positivismus seinerzeit einfach verfehlt hätte. Und dennoch haben es, wie R. Ogorek gezeigt hat[24], die Juristen des 19. Jahrhunderts besser gewußt. Unter dem weiten Dach der "interpretatio logica" hatte sich in der Methodenlehre einer Akzentverschiebung von dem "voluntas legislatoris" hin zur "ratio juris" vollzogen - aber stets blieb die Einsicht lebendig, daß Gesetze das Recht höchst unvollkommen programmieren, daß in die Interpretation Elemente einer vorpositiven praktischen Vernunft eingehen[25]. In der Lehre von den Rechtsquellen wurden jene vorpositiven Elemente der Rechtsfindung

---

23. Gnaeus Flavius (alias H. Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906, 7.

24. Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts, Frankfurt 1986.

25. A.a.O., 39-169.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

namhaft gemacht: von Savigny und der historischen Schule als "Erkenntnis" kultureller Überlieferungen, als die dem Juristenstand aufgegebene Transformation der "stillwirkenden Kräfte" des "Volksgeistes" ins positive Recht; von der Begriffsjurisprudenz als Produktion von Rechtssätzen in rechtswissenschaftlichen Systemenzusammenhängen; im ausgehenden 19. Jahrhundert dann durch die Auffassung vom Richter als Amtsträger, dessen Spruchpraxis als "Rechtswillenserklärung" (von Bülow) staatliche Machtansprüche vollstreckt[26]. Den liberal gesonnenen Exponenten der Rechtstaatsidee dagegen ging es um die Bindung der staatlichen Macht. Sie propagierten , obwohl sie sich über die interpretativen Freiheiten der Rechtsprechung keine Illusionen machten, den unpolitsch-willenlosen Richter, um Kompetenzen und Kontrollfunktionen gegenüber dem Staat und seiner Verwaltung zu verschaffen[27].

Solche Befunde irritieren: Hat Gnaeus Flavius bloß "altvertraute Argumente"[28] wieder ausgegraben und dabei auch noch die politischen Konfliktkonstellationen mißdeutet? Ja und nein: Die freirechtlichen Einwände gegen die Bindungsfähigkeit des Richters durch die juristischen Methodenlehre waren stichhaltig; sie waren nicht etwa als Kritik einer rechtstaatlichen Bindung des Obrigkeitsstaats

---

26. A.a.O., 170-279.

27. A.a.O., 280-367.

28. A.a.O., 273.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
©The Author(s). European University Institute.

konzipiert, sondern richteten sich gegen die inhaltlichen Rechtsproduktionsvorstellungen der Begriffsjurisprudenz und ihrer anti-aufklärischen und anti-demokratischen Vorläufer. Richtig ist allerdings, daß die freirechtliche Offenheit, die auf produktiv-konstruktive Auswirkungen einer "dekonstruktiven" Kritik setzte, nach der Ablösung der konstitutionellen Monarchie durch die Weimarer Republik, in der sich ein demokratisch legitimierter Gesetzgeber einer weithin anti-republikanisch gesonnenen Richterschaft gegenüber sah, eine gänzlich andersartige Bedeutung gewann[29]. - Bestätigt der Nachweis des rechtschöpferischen Selbstbewußtseins der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts und verbreitete Willfährigkeit gegenüber einer demokratisch nicht legitimierten Staatsmacht die These von der zweistufigen Legitimität des bürgerlichen Rechts und des Rechtsstaats[30]? Wohl kaum: Die Einsichten der Rechtswissenschaft, daß die Rechtsinterpretation stets auch Rechtsproduktion ist, und die Folgeprobleme für die Legitimation dieser Rechtsproduktion lassen sich durch materialistische oder funktionalistische Erklärungen nicht auflösen. - An wessen Versprechungen soll man sich eigentlich halten, wenn man die "uneingelösten normativen Geltungsansprüche"[31] liberaler Rechtsvorstellungen einklagen will? Gewiß kann man in dem

---

29. Vgl. E. Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjustiz, Berlin 1927, 28ff.

30. Vgl. oben a.

31. J. Habermas, Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts, a.a.O. (Fn. 18), 267 und oben b.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Stimmenkonzert, in dem der rechtliche Formalismus sich artikuliert hat, die Wirkungsmacht der "Analytik der bürgerlichen Gesellschaft" und die Spuren post-konventioneller Moralvorstellungen entdecken. Aber die Entwicklung war weder einheitlich noch gradlinig, ihre Rekonstruktion als kollektiver Lernprozeß bleibt riskant[32].

2. Der "klassische Liberalismus" und sein "Rechtsbewußtsein"

Amerikanische Umschreibungen des Rechtsformalismus klingen vertraut: "Formality views the core of law as a system of general, autonomous, public and positive rules that limit, even if they do not fully determine, what one may do as an official or a private person", heißt es bei Roberto M. Unger[33]. Bei Duncan Kennedy, auf den Unger sich vor allem bezieht [34], kann man in dem von Unger herangezogenen [35] und in späteren Publikationen[36] eine Vielzahl von Belegstellen

---

32. Vgl. die selbstkritischen Überlegungen bei G. Frankenberg/U. Rödel, Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz. Die Freiheit politischer Kommunikation im Verfassungsstaat, Frankfurt 1981, 9ff. sowie B. Freitag, Theorie des kommunikativen Handelns und genetische Psychologie. Ein Dialog zwischen Jürgen Habermas und Jean Piaget, KölnZfSS 35 (1983), 555ff.

33. Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory, New York-London 1976, 204.

34. A.a.O., 203 Fn. 44.

35. Legal Formality, 2 J. Legal Stud. 351 (1973).

(Footnote continues on next page)

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

finden, die diesen Eindruck zu bestätigen scheinen: In seiner Regelhaftigkeit will das "klassisch-liberale" Recht an klar erkennbare Tatbestände anknüpfen und seine Allgemeinheit soll die Neutralität und Vorhersehbarkeit seiner Anwendung sichern[37]. Autonom ist dieses Recht dadurch, daß es die zur Rechtsanwendung erforderlichen inhaltlichen Vorgaben sich selbst entnehmen kann[38]. In seiner Formalität entspricht das klassisch-liberale Recht exakt den Ordnungsvorstellungen des ökonomischen Laissez faire-Liberalismus[39] und fügt sich in den Gesamtkomplex der liberalen sozial-philosophischen Tradition[40].

Solche Verortungen des Rechtsformalismus in einem idealtypisch stilisierten Liberalismus[41] müssen, weil sie die Geschichte der

---

(Footnote continued from previous page)

36. Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976); The Structure of Blackstone's Commentaries, 28 Buffalo L. Rev. 205 (1979); Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940, in 3 Research in Law and Sociology 3 (S. Spitzer ed.) (Greenwich, Conn. 1980).

37. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O., 1687-1690.

38. Legal Formality, a.a.O., 359; Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O., 1754.

39. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O., 1745-1748.

40. Legal Formality, a.a.O., 361-363.

41. Vgl. die vielzitierte Analyse von R. Unger, Knowledge and Politics, New York-London 1975, 29-144.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

amerikanischen Demokratie erfassen sollen, andere Akzente setzen als die Rekonstruktionen der deutschen Rechtsstaatsidee. Aber es sind nicht die Differenzen zwischen den amerikansichen und den deutschen Traditionen des Liberalismus, sondern vielmehr Unterschiede in ihrer Aneignung und Verarbeitung, aus denen sich Verständigungsschwierigkeiten ergeben. Die amerikanische Kritik am Rechtsformalismus hat ihre eigenen Metarmophosen durchgemacht.

a) Instrumentalismus

Für die marxistische Kritik des politischen Liberalismus und des rechtlichen Formalismus gibt es keinen europäischen Alleinvertretungsanspruch. Es gibt in den USA Ansätze für eine Erneuerung der marxistischen Rechtstheorie[42] und, häufiger noch, Bezugnahmen auf die Kritische Theorie der Frankfurter Schule[43].

---

42. Vgl. die Hinweise bei R.W. Gordon, New Developments in Legal Theory, in: D. Kairys (ed.), The Politics of Law: A Progressive Critique, New York 1982, 281ff., 284-289; J. Boyle, The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought, 133 U. Pa. L. Rev. 687, 721-735 (1985) sowie die Zusammenstellung von (wenigstens vorübergehend) marxistisch inspirierten Autoren des CLS-Movement bei A. Hunt, The Theory of Critical Legal Studies, Oxford J. of Legal Studies 6 (1986), 1ff., 10 Fn. 26.

43. Vgl. die Hinweise bei David Kennedy, Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship, 21 New England L. Rev. 209, 244-248 (1985-86) - Natürlich kann man, wenn man nur abstrakt genug ansetzt, über vereinzelte oder selektive Rezeptionen hinaus intime übergreifende Gemeinsamkeiten finden. So hält sich etwa J.A. Standen (Note, Critical Legal Studies as an Anti-Positivist Phenomenon, 27 Va. L. Rev. 983 (1986)), an den Anti-Positivismus, den "Anti-Konstruktivismus" und die utopischen Motive der Frankfurter Schule, um darauf die These zu

(Footnote continues on next page)

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

Einflußreicher als diese Anknüpfungen und Anlehnungen war jedoch die nicht-marxistische Kritik des Rechtsformalismus durch Morton J. Horwitz[44]. Für Horwitz bedeutet der amerikanische Formalismus, dessen Blütezeit er in der Mitte des 19. Jahrhunderts ansetzt, eine Synthese zweiter zunächst widersprüchlich erscheinener Traditionsbestände: der utilitaristisch begründeten und mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzten Umorientierung des Privatrechts auf funktionale Imperative einer zunehmend markt-orientierten Gesellschaft einerseits, der formalistischen, gegen redistributive staatliche Maßnahmen gerichteten Interpretation der amerikanischen Verfassung andererseits; das Erfolgsgeheimnis dieser Synthese sieht Horwitz in einem historischen Interessenbündnis zwischen der juristischen Profession und dem Unternehmertum. Dies ist eine sozialkritische, gegen evolutionär-optimistische Deutungen der amerikanischen Rechtsentwicklung gerichtete These. Sie begreift das Recht funktional-instrumentell und den Formalismus als eine interessengebundene Erfindung.

(Footnote continued from previous page)

stützen, das CLS-Movement habe die deutsche Metaphysik (?!) in die USA importiert (a.a.O., 998). Umgekehrt dürfte auch das Ansinnen europäischer Autoren, Verfeinerungen des Theorems von der "relativen Autonomie" des Rechts aufzugreifen (vgl. Hunt, a.a.O., 37ff.) oder sich auf den Kritikbegriff des frühen Horkheimer zu besinnen (vgl. R. Cotterrell, Critique and Law: The Problematic Legacy of the Frankfurt School, Tidskrift foer Raettssociologi 3 (1986), 1ff.) kaum Gehör finden.

44. The Rise of Legal Formalism, 19 Am. J. Legal Hist. 251 (1975); ders., The Transormation of American Law, 1780-1860, Cambridge, Mass. 1977.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

b) Strukturalismus

Nicht von den Inhalten, wohl aber vom Ansatz der Horwitzschen Kritik haben sich seine Nachfolger distanziert[45]. Stilbildend für den neuen Kritiktypus haben die Arbeiten Duncan Kennedys gewirkt[46]. Kennedy selbst bezeichnet seine Vorgehensweise als "in a loose sense dialectical, historical or the method of contradictions"[47]. Der lockere Ton verrät nicht etwa eine methodische Ignoranz und ihm ist auch mit Synkretismusvorwürfen oder Kohärenzforderungen schwer beizukommen[48].

---

45. Vgl. Die Kritik bei R.W. Gordon, Critical Legal Histories, 36 Stan. L. Rev. 57, 79f., 96-98, 100-102 (1984) sowie ausführlicher die Besprechung von D. Sugarman, British J. of Law and Soc. 1980, 297ff., 303-308.

46. Vgl. oben Fn. 35f. - An diesem Einfluß ändert sich durch den ausdrücklichen Widerruf der hier referierten Positionen nichts, zumal der Widerruf keine Distanzierung gegenüber der eigenen Wirkungsgeschichte enthält (vgl. P. Gabel/Duncan Kennedy, Roll Over Beethoven, 36 Stan. L. Rev. 1, 15f., 17, 24, 43f. (1984)) und Kennedy die widerrufenen Aussagen wenig später in modifizierter Form wiederholt hat: Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, 36 J. Legal Ed. 518, 551 (1986).

47. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O., 1712; vgl. The Structure of Blackstone's Commentaries, a.a.O., 210.

48. Den Vorwurf liest man häufig: B. Goodrich, Law and Modernity, The Modern L.Rev. 49 (1986), 545ff., 548 ("superficial ecclecticism") A. Hunt, a.a.O., (Fn. 42), 3 ("jumbled, incoherent ecclecticism"); K. Raes, Van juridisch relisme tot kritische rechtstheorie. The Critical Legal Studies Movement in de verenigde staten, NJB 1987, 777ff., 780 ("ongestoord ecclecticisme"). Indessen: die Verweisungungen Kennedys gelten theoretischen Traditionen, die keine auf das moderne Recht bezogene Analyse einfach "umsetzen" könnte, und das Bekenntnis, daß die Auseinandersetzung mit jenen Traditionen Spuren

(Footnote continues on next page)

© The European University Institute
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Das nicht nur für die Denkgewohnheiten der deutschen Formalismuskritik frappierenste Charakteristikum von Kennedys Analyse besteht darin, daß sie die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft suspendiert. Die Analyse beschränkt sich stattdessen auf Rechtstexte, Fälle, Doktrinen, Theorien - "that often unreal and phantastic rhetoric itself"[49]. Kennedys Auseinandersetzung mit dem Rechtsformalismus interessiert sich deshalb nicht so sehr für dessen soziale Parteilichkeit oder die Widersprüche zwischen normativen Versprechungen und gesellschaftlichen Verhältnissen, sondern vielmehr für die immanente Widersprüchlichkeit rechtlicher Texte selbst. In diesen Texten findet Kennedy, allen Bekenntnissen zur Regelhaftigkeit und zur Allgemeinheit von Regeln zum Trotz, auch in den Zeiten der Hochkonjunktur des Formalismus einen Bestand von Standards, Prinzipien, Policies, die der Rechtsanwendung eine inhaltliche Orientierung an Zwecken oder sozialen Werten abverlangen[50]. Vorklassische inhaltliche Rechtsbestände wirken, ungeachtet der Affinität des klassisch-liberalen Rechts zu ökonomischen Laissez faire-Doktrinen fort und entfalten sich: neben die subjektiven Rechte treten Reziprozitätssicherungen, neben die Gewährleistungen

---

(Footnote continued from previous page)

hinterlassen hat, besagt wenig über die Qualitäten des aus der Auseinandersetzung hervorgegangenen Produkts.

49. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O., 1738.

50. A.a.O., 1688.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

ökonomischer Handlungsfreiheiten regulative Kontrollen, das Prinzip der Selbstverantwortung des Individuums wird durch paternalistische Schutzregeln konterkariert[51] - und weil all diese Gegensätze im Recht und in der Gesetzgebung selbst wirksam sind, erweisen sich an "formalen" Modellen orientierte Rechtsanwendungsmethoden als undurchführbar[52].

Die Pointe der strukturalistischen Interpretation besteht nun darin, daß sie in den Widersprüchen, die sie in den rechtlichen Materialien aufzeigt, zugleich eine spezifische Ordnung und Bedeutung[53] entdeckt, ein Thema oder ein Problem, um das die Gegensätze kreisen. Dieser inhaltliche Kern ist der "Grundwiderspruch" von Individualismus und Altruismus[54]. Kennedy nennt mehrere Bezugspunkte dieser Dichotomie: Sie sei nicht nur in den rechtlichen Materialien auffindbar, sondern im "Rechtsbewußtsein" der liberalen Epoche verankert[55], das die (widerspruchsvolle) Einheit des Rechts stiftet und seinerseits das Recht mit dem Gesamtkosmos der

---

51. A.a.O., 1728-1737.

52. Legal Formality, a.a.O. (Fn. 35).

53. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O., 1712.

54. A.a.O., 1717-1722.

55. Zur Datierung dieser Epoche vgl. Toward a Historical Understanding of Legal Consciousness, a.a.O. (Fn. 36), 23.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

politischen Philosophie und Ökonomie verbindet[56]; gleichzeitig hat sich die Dichotomie den Individuen selbst eingeschrieben: "We are divided, among ourselves and also within ourselves, between irreconcilable visions of humanity and society, and between irreconcilable visions of radically different aspirations for our common future"[57]. Der politische Liberalismus und sein Recht erweisen sich danach bloß als eine spezifische Verarbeitung jenes Grundwiderspruchs, als eine kollektiv geübte und individuell getragene Verdrängungsleistung, die sich rationalistischen Ordnungshoffnungen hingibt.

c) Dekonstruktivismus

---

56. Frühe Präzisierungsversuche lesen sich so: "Consciousness refers to the total Contents of a Mind, including images of the Self, of emotions, goals and values, and theories about the Self... Legal consciousness refers to the particular form of consciousness that characterises the legal profession as a social group, at a particular moment" (a.a.O., 23). "... a defining characteristic of Classical legal thought was the assimilation of a great deal of law to a single subsystem dominated by the concept of power absolute within its judicially delineated sphere. A second defining characteristic of Classicism, in contrast to pre-Classical and modern thinking, was the claim that very abstract propositions were nontheless operative" (a.a.O., 21).

57. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O. (Fn. 36), 1685; vgl. The Structure of Blackstone's Commentaries, a.a.O. (Fn. 36), 212 und zuletzt Freedom and Constraint in Adjudication, a.a.O. (Fn. 46), 548-554.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Hat diese Botschaft eine "positive" Seite oder verweigert sie sich jedem "konstruktivem" Ansinnen? Bei Duncan Kennedy finden sich Belegstellen für beide Lesarten. Das Rechtsdenken sei nicht nur ein "attempt do deny the truth of our painfully contradictory feelings", sondern auch "an effort to discover the conditions of social justice", "a utopian enterprise"[58]. Diesem utopischen Impuls der Kritik gibt Kennedy nach, wenn er den Altruismus als Gegenethik des "sharing and sacrifice" ausmalt[59]. Andererseits ist aber jene Utopie nur eine Interpretation vorgefundener Materialien, der sich kein Wahrheitsanspruch vindizieren läßt, die überdies unlösbar und ohne Aussicht auf eine Synthese an ihrem Gegensatz verhaftet bleibt[60]. Beide Lesarten, die spekulativ-visionare ebenso wie die skeptizistisch-destruktive, sind im CLS-Movement wirksam. Der entschiedenste Exponent des utopisch-visionären Stils der Kritik ist Unger[61]. Den entgegengesetzten Pol hält der Poststrukturalismus besetzt, dessen Exponenten sich von Jacques Derrida dazu inspieren

---

58. The Structure of Blackstone's Commentaries, a.a.O., 210.

59. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O., 1717, vgl. 1722.

60. Vgl. näher unten II 2 b.

61. Ungers Kritik am Rechtsformalismus geht ebenso wie die Kennedys von der Widersprüchlichkeit und der daraus resultierenden Undurchführbarkeit liberaler Theorien der Gerechtigkeit, der Trennung von Gesetz und Rechtsanwendung aus (Knowledge and Politics, a.a.O., Fn. 41, 67-100). Aber Ungers Rekonstruktion von Zusammenhängen der Rechtstheorie, der politischen Theorie und der "Psychologie" des Liberalismus zielt auf eine neue, die Antinomien von "theory and fact", "reason and desire", "rules and values" überwindenden Sozialtheorie (vgl. auch die Hinweise unten III 2 a).

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

lassen, das "dangerous supplement" rechtlicher Texte zu entschlüsseln[62]. In einer neueren systematisch gemeinten Präsentation der "Praxis des Dekonstruktivismus" werden die Ziele einer rechtswissenschaftlichen Aneignung Derridas expliziert: Es gehe um den Nachweis, daß zur Begründung rechtlicher Doktrinen angeführte Argumente jeweils auch deren Gegenteil belegen (dies ist die "Umkehrung der Hierarchien"); es gelte, die ideologischen Gehalte und Funktionen juristischer Doktrinen (d.h. ihre Aussagen über soziale Beziehungen) zu erkennen; gegenüber den konventionellen Interpretationsmethoden sei in einer neuen interpretativen Strategie das "freie Spiel" von Texten aufzuweisen[63].

Die dekonstruktive Praxis wird an einzelnen Autoren[64], an abgrenzbaren Gegenständen[65], an so komplexen Produkten wie der

---

62. Die Prominenz Derridas ist ein Phänomen für sich; vgl. etwa: G. Frug, The Ideology of Bureaucracy in American Law, 97 Harvard L. Rev. 1276, 1286-1292 (1984); C. Dalton, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine, 94 Yale L.J. 999, 1007-1009 (1985); G. Peller, The Metaphysics of American Law, 73 Cal. L. Rev. 1151 (1985); J. Leubsdorf, Deconstructing the Constitution 40 Stan. L. Rev. 181 (1987); J.M. Balkin, Deconstructive Practice and Legal Theory, 96 Yale L.J. 743 (1987); umfassender: T.C. Heller, Structuralism and Critique, 36 Stan. L. Rev. 127, 155-172, 182-197 (1984); David Kennedy, a.a.O., Fn. 43, 271-289).

63. J.M. Balkin, a.a.O., 744-755ff., 761ff.

64. Z.B. David Kennedy, The Turn to Interpretation, 58 So. Cal. L. Rev. 251 (1985).

65. Z.B. G. Frug, a.a.O.; C. Dalton, a.a.O.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

amerikanischen Verfassung[66], aber auch am "liberal thought" insgesamt[67] erprobt. Wie die Sprache selbst sei der Rechtsdiskurs ein "representational discourse", der sich gegenüber sozialen Beziehungen neutral gäbe, der aber seine eigene Abhängigkeit von diesem sozialen Kontext nicht verleugnen könne[68]. Ein wenig konkreter, aber auch trivialer und auf das liberale Recht bezogen: Die Protagonisten des Laissez faire postulierten einen natürlichen Egoismus; sie marginalisierten dabei den Altruismus und die Gemeinschaftsabhängigkeit der Individuen, obwohl doch der ökonomische Individualismus letztlich gemeinsame Werte und soziale Kooperationsbeziehungen voraussetze[69]. Als ideologisch gilt die Privilegierung des Egoismus (mitsamt seinen rechtlichen Institutionalisierungen) schon deshalb, weil sie sich als rationale Ordnung sozialer Beziehungen ausgebe und dabei ihr "dangerous supplement" unterdrücke. Die Auslegung autoritativer Rechtsmaterialien, die sich am Willen ihrer Urheber orientieren möchte, könne aber die Differenz zwischen deren "ursprünglichen" Intentionen und der Situation bei der Interpretation nicht auflösen; kein Surrogat für jenes Interpretationsprinzip sei imstande, "freie Spiel" des Textes zu verhindern[70].

---

66. J. Leubsdorf, a.a.O.

67. G. Peller, a.a.O.; J.M. Balkin, a.a.O.

68. G. Peller, a.a.O., 1153-1158, 1181-1191.

69. J.M. Balkin, a.a.O., 763.

70. J.M. Balkin, a.a.O., 785.

©The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

3. Erste Zwischenbemerkung: Rechtsdiskurse und Gesellschaftsformationen

Die Kritik am Rechtsformalismus hat sich auf beiden Seiten des Atlantiks an der Entdeckung informaler Elemente im Rechtsanwendungsprozeß entzündet; sie hat die Selbstdarstellungen des Rechtsformalismus als Ideologien denunziert, als Selbst- oder Fremdtäuschungen, die ihre Abhängigkeit von gesellschaftlichen Strukturen oder ihre Funktionalität für spezifische Interessen nicht eingestehen. Die unvermeidliche Anschlußfrage, wie denn die "wahren" Abhängigkeiten des Formalrechts zu denken seien, hat tiefgreifende Revisionen der Kritikansätze erzwungen. Die Hinwendung zu den sozialtheoretischen Prämissen des liberalen Rechts in Deutschland und zum "legal consciousness" in den USA hat die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft suspendiert, ohne sie erledigen zu können. Die amerikanische Konzentration auf das "legal consciousness" und seine Widersprüche wird ja erst durch die Annahme verständlich, daß eine Trennung von rechtlichen und sozialen Sphären grundsätzlich verfehlt sei, daß die gesellschaftliche Praxis sich über soziale, kollektiv geteilte Konstruktionen der Realität herstelle und diese Konstrukte aus den repräsentativen Rechtstexten erschließbar seien.

Zwei Schwierigkeiten, die diese Form der Behandlung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft mit sich bringt, seien hervorgehoben: Auch wenn man dem Rechtsbewußtsein des Formalismus eine konstitutive Bedeutung zumißt, muß man damit rechnen, daß die

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Funktionen des Rechts historisch kontingent sind, daß sich deshalb die am Formalismus geübte Kritik auf die post-formalen Entwicklungen nicht umstandslos übertragen läßt - und eine Präzisierung der Annahmen über die konstitutive Bedeutung des Rechtsbewußtseins, die für solche Kontingenzen offenbleibt, müßte dann doch wieder zur Frage nach dem Verhältnis der Rechtsordnung zu den Institutionen der politischen Herrschaft und zu den ökonomischen Strukturen der Gesellschaft, kurzum: zu der Frage nach den gesellschaftlichen Funktionen des Rechts zurückfinden. Eine zweite Schwierigkeit ergibt sich aus dem in den Ansatz der Kritik eingehenden Zwang, das Rechtsbewußtsein als in sich widersprüchliches Super-Aggregat zu denken, das sich den Individuen einschreibt und die Grenzen des gesellschaftlichen Rechtsdiskurses bestimmt. Die Verortung von rechtsdogmatischen, rechtspolitischen und rechtstheoretischen Kontroversen muß, wenn man den Kreis der Diskursbeteiligten nicht von vornherein eingrenzt, mindestens an den Intentionen der Abweichler vorbeigehen und die historischen Auseinandersetzungen um die Legitimation des Formalrechts zu einer sinnlosen Veranstaltung erklären. Der Übergang von der strukturalistisch-existenzialistischen Liberalismuskritik zur poststrukturalistischen Kritik des Rationalismus selbst ist dann durchaus folgerichtig.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The author(s). European University Institute.

II. Materialisierungsprozesse und die Unbestimmtheit des Rechts

Jede Auszeichnung bestimmter Strukturmerkmale, Idealtypen, Diskursformationen muß Auskunft darüber geben, wie sich die jeweiligen Abstraktionen angesichts der Komplexität gesellschaftlicher und rechtlicher Verhältnisse rechtfertigen lassen, und jeder Versuch, gegenwärtige Problemlagen des Rechts aus dem Verhältnis zum "klassischen Formalrecht" zu bestimmen, muß sich die Frage gefallen lassen, ob damit erneut eine das Recht determinierende Entwicklungslogik vorausgesetzt werden soll. Nach der Diskreditierung materialistischer Ableitungen und funktionalistischer Interpretationen des Formalrechts sind deterministische Entwicklungsvorstellungen gewiß kaum noch aktuell[71]. Gleichwohl bleibt der Befund interpretationsbedürftig, daß sich seit dem 19. Jahrhundert das staatlich-rechtliche Steuerungsinstrumentarium ausgeweitet hat, die Dogmatiken aller Rechtsgebiete umgestaltet wurden und das juristische Raisonnement sich umorientiert hat. Der deutschen Diskussion um die Materialisierung des Formalrechts geht es um die Kennzeichnung jener Veränderungsprozesse, um ihre Zuordnung zu sozialen und politischen

71. Vgl. H. Rottleuthner, Theories of Legal Evolution: Between Empiricism and Philosophy of History, Rechtstheorie (Beiheft 9) 1986, 217ff.; ders., Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland, ZfRSoz 1985, 206ff.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Problemlagen und um die Entwicklung rechtspolitischer und interpretativer Programme. Ein aktuelles amerikanisches Äquivalent zur deutschen Materialisierungsprogrammatik der 60er und 70er Jahre gibt es nicht - die amerikanischen Reformisten jener Epoche sind bescheidener, partikularistischer - eben pragmatischer - aufgetreten. Stattdessen ist in den Beiträgen des CLS-Movement ein Topos allgegenwärtig, der zwar keineswegs erst und ausschließlich zur Kennzeichnung "postliberaler" Entwicklungen gebraucht wird, der aber doch die Dilemmata der nach-formalistischen Rechtswissenschaft kennzeichnen soll: die Unbestimmtheit ("indeterminacy") des Rechts. Es wird sich zeigen, daß es zwischen dem Verlauf der deutschen Materialisierungsdiskussion und der amerikanischen Unbestimmtheits-These tatsächlich Überschneidungen gibt, daß sich allerdings auch die Differenzen der Formalismuskritik in den Analysen des postformalen Rechts nochmals reproduzieren.

1. Die Materialisierungskonzepte und ihre Krisen

"Materialisierung" ist ein beliebter, aber schwieriger Begriff. Deshalb hält man sich bei seiner Umschreibung gern an klassische Texte. Bekanntlich diagnostizierte Max Weber[72] "unformale" und

72. A.a.O. (Fn. 15), 504-513.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

"antiformale" Tendenzen, die er als Bedrohung der formalen Qualitäten des modernen Rechts empfand. Allerdings erschienen ihm die unformalen Tendenzen bloß als Reaktionen auf die Lebensferne des fachjuristischen Denkens; sie geben bloß Interessen nach, die das Formalrecht grundsätzlich begünstigt, und ergeben sich im übrigen aus der "internen Entwicklung" des Rechtsdenkens sowie der Schwierigkeit, die dem Formalrecht entsprechenden subjektivistischen Kriterien praktisch zu administrieren. Die "antiformalen" Tendenzen hingegen stellen "den Formalismus des Rechts grundsätzlich" in Frage. Sie haben ihren Ursprung im "Erwachen moderner Klassenprobleme", in "sozialen Forderungen der Demokratie" und in den Handlungszwängen der "monarchischen Wohlfahrtsbürokratie".

Max Weber ist, weil er die antiformalen Tendenzen als regressiv-irrationale Entwicklungen kritisierte, ein denkbar schlechter Kronzeuge für die Programmatik einer Materialisierung des Formalrechts. Sein Skeptizismus gründet sich (auch) auf Schwierigkeiten, die eine solche Programmatik zu bewältigen hat: Diese muß zunächst die sozialen, wirtschaftlichen und politischen Prozesse analysieren, in denen sich die post-formalen Veränderungen des Rechts vollziehen; sie muß sodann die neuen Strukturen des Rechts beschreiben und Techniken für seine Handhabung entwickeln; sie muß schließlich Webers Irrationalismus-Einwand entgehen, also die überlegene Rationalität des materialisierten Rechts ausweisen.

a) Die sozialstaatliche Transformation des Kapitalismus

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

In der gesellschaftsanalytischen Grundlegung der Materialisierungsidee ging es um nichts weniger als eine Programmatik für die Transformation der liberal-kapitalistischen Gesellschaftsformation in eine soziale Demokratie, die die Klassenstrukturen und die ökonomischen Krisen des Kapitalismus überwindet. Diese Programmatik hatte es seit jeher mit einer doppelten oder dreifachen Frontstellung zu tun. Auf der einen Seite richtete sie sich gegen die Ordnungsvorstellungen des ökonomischen und des politischen Liberalismus; auf der anderen Seite mußte sie sich gegen marxistische Staatstheorien abgrenzen, denen eine Überwindung des Kapitalismus nur im Rahmen einer "antimonopolistischen Bündnisstrategie" denkbar erschien oder denen sich Hoffnungen auf eine Transformation des Kapitalismus als bloße "Sozialstaatsillusion"[73] darstellten.

Die Geschichte der sozialstaatlichen Programmatik (und die Geschichte ihrer Abgrenzungen) reicht in die Weimarer Republik zurück. Sie beginnt mit den Entwürfen für eine demokratische Arbeits[74]- und Wirtschaftsverfassung[75] und Hermann Hellers Theorie

---

73. Vgl. die seinerzeit viel gelesene Analyse von W. Müller/Ch. Neusüß, Die Sozialstaatsillusion, Sozialistische Politik 1970, 4ff. sowie den Überblick bei H.-D. Assmann, Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy. Auf der Suche nach einem Sozialmodell für das Wirtschaftsrecht, Königstein 1980, 240ff.

74. Vgl. z.B. H. Sinzheimer, Formen und Bedeutung der Betriebsräte (1919); Die Zukunft der Arbeiteräte (1919), beide Arbeiten wieder abgedruckt in: H. Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden (hrsg. von O.

(Footnote continues on next page)

©The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

des "sozialen Rechtstaates"[76]. Die Materialisierungs-Debatte der sechziger und siebziger Jahre hat sich juristisch an der Erneuerung der Hellerschen Sozialstaatstheorie durch W. Abendroth[77] und analytisch namentlich[78] an den gesellschaftlichen Analysen von C.

(Footnote continued from previous page)

Kahn-Freud/T. Ramm), Frankfurt-Köln 1976, Bd. 1, 321ff. und 351ff. sowie die Dokumentation bei G. Brüggemeier, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Materialien zum Wirtschaftsrecht Bd. 1: Von der Gründerzeit bis zur Weimarer Republik, Frankfurt 1977, 295-319 und D. Kettler, Legal Reconstitution of the Welfare State: Latent Social Democratic Legacy, 21 Law Soc. Rev. 9, 29-34 (1987).

75. Vgl. z.B. F. Neumann, Über die Voraussetzungen und den Begriff einer Wirtschaftsverfassung (1931), wieder abgedruckt in: F. Neumann, Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954 (hrsg. von A. Söllner), Frankfurt 1978, 76ff.

76. H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, Tübingen 1930. Auf der reichen Sekundärliteratur vgl. I. Maus, Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik, in: dies., Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, 173ff.

77. Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1954), wieder abgedruckt in: ders., Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie. Aufsätze zur politischen Soziologie, Neuwied-Berlin 1967, 109ff.

78. Aber keineswegs ausschließlich: So hat U. Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied 1979, eine materialistisch-sozialstaatliche Zivilrechtstheorie entwickelt, die in einer "sozialen Auslegung" symptomatische Brüche der postformalen Rechtsentwicklung ausnutzen und einen "marktwirtschaftskompensatorischen" Rechtsgebrauch anleiten soll (a.a.O., 66ff., 91ff.); dazu ausführlich Ch. Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem. Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts, Heidelberg 1981, 24-30, 37-40, 46-49, 52-55.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Offe und J. Habermas zu orientieren versucht. In diesen analytischen Grundlagen sollte sie sich dann auch verlieren.

Offe kennzeichnete bereits in seinen frühen Schriften die wechselseitige Abhängigkeit zwischen der privatkapitalistisch organisierten Ökonomie und den staatlich-administrativen Steuerungsstrategien als ein krisenanfälliges Arrangement, ohne seine Analysen mit Prophezeiungen über die mittel- oder längerfristigen Auswirkungen der diagnostizierten Krisenpotentiale zu verbinden[79]. Den späteren Arbeiten sind politisch-strategischen Perspektiven für eine demokratisch-sozialstaatliche Transformation des Kapitalismus schwerlich zu entnehmen - die (relativen) Erfolge des "Wohlfahrtstaates" haben die Entwicklung des "Sozialstaats" offenbar zum Stillstand gebracht[80]. Habermas hat schon Anfang der siebziger Jahre und entschiedener als Offe die Konfliktpotentiale spätkapitalistischer Gesellschaften als Legitimationsprobleme umformuliert[81]: Dem Staat (dem administrativen System) sei es

---

79. Vgl. insbes. C. Offe, Strukturprobleme des kapitalistischen Staates, Frankfurt 1972.

80. Vgl. etwa C. Offe, Competitive Party Democracy and the Keynesian Welfare State: Factor of Stability and Desintegration, 15 Policy Sciences 225 (1983); Korporatismus als System nichtstaatlicher Makrosteuerung, Geschichte und Gesellschaft 10 (1984), 234ff. - Zur Terminologie vgl. auch die Hinweise bei U.K. Preuß, The Concept of Rights in the Welfare State, in: G. Teubner (ed.), Dilemmas of Law and the Welfare State, Berlin-New York 1986, 151ff., 152-154.

81. J. Habermas, Legitimationsprobleme des Spätkapitalismus, Frankfurt 1973.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

gelungen, die Instabilitäten des Marktsystems und auch den klassischen Konflikt zwischen Kapital und Arbeit durch marktkomplementäre, marktsubstitutive und -kompensatorische Maßnahmen latent zu halten. Dabei müsse zwar das politisch-administrative System auf höchst widersprüchliche Anforderungen reagieren, die ein rationales politisches Handeln tendenziell ausschließen ("Krisen der Systemintegration") und Legitimations- wie Motivationskrisen nach sich ziehen ("Krisen der Sozialintegration"). Aber die Ausdrucksformen dieses neuen Krisenpotentials in den Neuen Sozialen Bewegungen beschränken sich einstweilen auf einen diffusen negativen Dissentismus - das Sozialstaatsprojekt, so formuliert Habermas später, sei in eine unübersichtlichen Lage geraten [82].

Die knappen Hinweise auf zwei Autoren[83] dürften bereits hinlänglich verständlich machen, warum die rechtswissenschaftlichen Bemühungen, dem Sozialmodell des Liberalismus ein "materialisiertes" Alternativmodell gegenüberzustellen, teils unvollkommen, teils nur tentativ vorangetrieben wurden. N. Reich hat den Versuch unternommen, die Habermas-Offesche Analytik des Staatshandelns in

---

82. J. Habermas, Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien, in: ders., Die Neue Unübersichtlichkeit, Frankfurt 1985, 141ff.

83. Für eine geradezu kompendienhafte Darstellung der gesamten Rechtswissenschaft, politische Soziologie und Ökonomie umfassenden Diskussion vgl. H.-D. Assmann, a.a.O. (Fn. 73).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

eine Theorie des Wirtschaftsrechts zu übersetzen[84]. G. Brüggemeier, der die Idee einer normativ-analytischen Programmatik zur Präzisierung einer Verfassungstheorie des Sozialstaats am entschiedensten verfolgt hat[85], ist gerade deshalb bei der Präsentation seiner Entwürfe immer zurückhaltender geworden[86]. Man darf dies auch anders formulieren: Ebenso wie der Wohlfahrtsstaat sich nicht nur gegen den "klassischen" Kapitalismus, sondern auch

---

84. N. Reich, Markt und Recht, Neuwied-Darmstadt 1977, 64ff.; ders., Zum Verhältnis von Markt und Recht als Gegenstand sozialökonomischer Theoriebildung, ARSP 63 (1977), 485ff. Zur Kritik vgl. D. Hart/Ch. Joerges, Verbraucherrecht und Marktökonomik. Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik, op.cit. (Fn. 8), 83ff., 168-177; H.-D. Assmann, a.a.O. (Fn. 73), 185, 251 und implizit N. Reich selbst: Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen. Erfahrungen mit der amerikanischen FTC und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Verbraucherschutzrechts, Heidelberg 1984, 133-139.

85. Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, a.a.O. (Fn. 74), 17-29; Privatrechtstheorie als Aufgabe, ARSP 64 (1978), 87ff.; Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, a.a.O. (Fn. 8). Die kongeniale Programmatik einer "materialen Verfassungstheorie als sozialer Gesellschaftstheorie mit einer Rekonstruktion unserer Rechtsentwicklung als Gesellschaftsentwicklung" hatte R. Wiethölter sich vorgenommen, dieses Programm aber dann so nicht durchgeführt (vgl. Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, in: W. Abendroth u.a., Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation, Frankfurt 1977, 158ff., 161).

86. Das einstweilen letzte Ergebnis sind "Bausteine" für das Modell einer "Organisationsverfassung", die sich negativ von der liberalen Kontraktverfassung abgrenzen, aber eben noch nicht zu einem positiven Modell aggregieren lasse; vgl. G. Brüggemeier, "Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung" - "Mischverfassung des demokratischen Interventionskapitalismus" - "Verfassungstheorie des Sozialstaates". Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? - Eine Problemskizze, in: V. Gessner/G. Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Opladen 1982 (Jb.f.Rechtsth.u.Rechtssoz. 8), 60ff.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

gegen die Sozialstaatsidee durchgesetzt hat, so lassen auch seine "mixed economy" und seine Sozialpolitik der Idee einer Wirtschafts- und Arbeitsdemokratie keine realistischen Entfaltungsmöglichkeiten.

b) Die Materialisierung des Formalrechts

Der Dogmatismus marxistischer Staatsanalysen, aber auch die Unsicherheiten einer sozialstaatlich motivierten Rekonstruktion gesellschaftlicher Entwicklungslagen hat die Bereitschaft gefördert, die Analyse der gesellschaftlichen Abhängigkeiten des Rechts auf sich beruhen zu lassen und sich dem Recht selbst zuzuwenden. Diese Rückkehr zum Recht bedeutete nun allerdings keine Rehabilitierung konventioneller Dogmatiken und Methodenlehren. Die Kritik am Formalrecht hatte ja gezeigt[87], daß in dessen Prinzipien und Konstruktionen inhaltliche Prämissen über die Gestaltung sozialer Verhältnisse eingehen, daß sich über die Frage nach den Richtigkeitsgarantien des Formalrechts idealisierte Konzeptualisierungen der sozialen Wirklichkeit ("Sozialmodelle") erschließen lassen[88]. Gleichzeitig hatte die erneuerte Kritik an

87. Vgl. oben I 1 b.

88. Vgl. die vielzitierte Studie von F. Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953 (berechtigte Anfragen zu Wieackers Terminus bei J. Schmidt, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform. Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Schuldverträgen, Berlin 1985, 17ff.).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

der juristischen Methodenlehre die Einsicht wiederbelebt[89], daß die Canones der juristischen Interpretation eben schlechterdings nicht in der Lage sind, die Kluft zwischen Rechtsatz und Rechtsanwendung zu schließen[90]. So lag es nahe, die juristischen Theorien und Dogmatiken auf ihre sozialtheoretischen Prämissen hin zu analysieren und in richterlichen Urteilen entsprechende "Theoriesplitter und Versatzstücke von Theorien" zu suchen, die als extra-legale Konstrukte die Rechtsbildung und Rechtsanwendung beeinflussen[91]. Diese Analysetechnik setzte sich über die "klassischen" Methodenlehren, über die an den "Wertentscheidungen des Gesetzgebers" orientierte interessenjuristische Methode und auch über die Abwägungsempfehlungen der sogenannten Wertungsjurisprudenz hinweg; sie verflüssigte zugleich die Grenzen juristischer, politischer, sozialtheoretischer und moralischer Diskurse; sie zeigte, daß Unstimmigkeiten liberaler Doktrinen weiterwirken und nicht eingestanden werden, daß sich aber in der Literatur und vor allem in der Rechtsprechung selbst die materialen Antipoden klassisch-liberaler Doktrinen immer stärker entfaltet hatten[92].

---

89. Vgl. oben I 1 c.

90. Vgl. H. Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt 1973, 187-208; ders., Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt 1973, 1-60.

91. D. Hart, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem. Zum Verhältnis von Vertrags- und Ökonomietheorie, Kronberg 1975, 9.

92. Dies wurde an zahlreichen Kernmaterien des Zivilrechts wie dem Vertragsrecht, dem Bereicherungsrecht, dem Deliktsrecht demonstriert. Im Übrigen sei lediglich auf zwei jeweils
(Footnote continues on next page)

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Aber dieses Interpretationsverfahren stieß an Grenzen seiner Ergiebigkeit. Zunächst einmal setzt die Rekonstruktion von sozialtheoretischen Prämissen voraus, daß sich das juristische Material in die Prämissenwelt, auf die der Interpret es beziehen will, überhaupt einfügt. Nun ist es zwar frappierend zu beobachten, daß sich die klassischen Modellwelten (mitsamt ihren Ungereimheiten) als ungemein bestandskräftig erweisen, daß sie reformuliert werden und die Reformulierungen die alten Antinomien nicht aufzulösen vermögen[93]. Sobald aber diese Kritik ins Positive gewendet und der

---

(Footnote continued from previous page)

eigenständige Akzente setzende wirtschaftsrechtliche Monographien verwiesen: C. Ott, Recht und Realität der Unternehmenskorporation. Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person, Tübingen 1977; W.R. Walz, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung. Grundlinien einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik, Heidelberg 1980.

93. Dies ist das Leitmotiv der Kritik an der "ordoliberalen" Theorie von der Interdependenz von (wettbewerblicher) "Wirtschaftsverfassung" und (demokratischer) "Staatsverfassung"; vgl. R. Wiethölter, Privatrecht als Gesellschaftstheorie?, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, 645ff.; D. Hart, Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel der Wirtschaftsverfassung, ZHR 140 (1976), 31ff.; J. Gotthold, Neuere Entwicklungen der Wettbewerbsrechtstheorie, ZHR 145 (1981), 286ff. - Der Terminus "ordoliberal" ist unübersetzbar, für seine rechtliche Konzeption aber gibt es durchaus amerikanische Äquivalente: Die ordoliberale Theorie läßt sich als ein Versuch kennzeichnen, das Grundgesetz für eine rechtliche Verteidigung des liberalen Sozialmodells gegen sozialstaatliche Veränderungen in Anspruch zu nehmen, als ein "freezing into the legal system the whole structure of laissez-faire" wie sie Kennedy für die U.S.A. schon in der spätklassischen Periode ausmacht (Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O., Fn. 36, 1733-1756). - In F.A. von Hayek, Der Weg zur Knechtschaft (The Road to Serfdom, 1944), Erlenbach-Zürich 1952; Die Verfassung der Freiheit (The Constitution of Liberty, 1960), Tübingen 1971) haben

(Footnote continues on next page)

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

sozialtheoretische Gehalt von "Materialisierungstendenzen" expliziert werden soll, sträubt sich dem Interpreten die Feder. Die Ergebnisse der Rechtsprechung stellen sich als Unsystem von einander widersprechenden Prinzipien, von Regeln und Regeleinschränkungen, von Ausnahmen und Rückausnahmen dar; die juristische Doktrinen erweisen sich spätestens dann, wenn man sich nicht mehr auf einen einzelnen Autor konzentriert, als ein unentwirrbares Geflecht. Ebenso wie die Ausarbeitung einer materialen Verfassungstheorie des Sozialstaats an der "Neuen Unübersichtlichkeit" scheiterte, so geriet auch die positive Explikation der Materialisierungstendenzen ins Stocken.

Eine zweite Schwierigkeit, an der sich die Programmatik der Materialisierung des Formalrechts vergeblich abgemüht hat, ergab sich bei der Suche nach einer den sozialen Inhalten des materialisierten Rechts entsprechenden Umstrukturierung rechtlicher Programme und ihrer Administration. Die Alternative zur Generalität des klassisch-liberalen Gesetzes ist die Partikularität des Maßnahmegesetzes, die Alternative zur Bestimmtheit seiner Regeln und ihrer Tatbestandsmerkmale sind unbestimmte Generalklauseln und abstrakte Prinzipien, die Alternative zur mechanischen Subsumtion unter fertige Regeln ist die Produktion "richtiger" Ergebnisse (die

---

(Footnote continued from previous page)

amerikanische Neoliberale und deutsche Ordoliberale der "zweiten Generation" ohnehin einen gemeinsamen theoretischen Kronzeugen.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. ©The Author(s). European University Institute.

Herstellung gerechter Verhältnisse). Mit der Formel von der "politischen Verwaltung" haben R. Wiethölter[94] und D. Hart[95] diese dreifache Umorientierung zu konturieren versucht. Die Formel sollte die interventionistischen Regelungen auf die Verwirklichung inhaltlich-politischer Zielvorstellungen verpflichten; sie sollte gleichzeitig die Aufgabe der Rechtssprechung bei der Handhabung von Generalklauseln kennzeichnen. Zwar wurden solche Vorstellungen nicht als Beschreibung einer beobachtbaren (oder sich auch nur abzeichnenden) Praxis, aber doch als grundsätzlich mögliches Leitbild vorgestellt. Deshalb ist es berechtigt[96], sie mit Gegenfragen zu den kognitiven (sozialwissenschaftlichen, planungstheoretischen) Kompetenzen von Justiz und Verwaltung oder zu der Eignung judizieller Verfahren als Implementationsinstrumente für politische Programme zu behelligen und sie vor allem mit ihren eigenen Prämissen zu konfrontieren: An welchen Programmen soll die Administration des Rechts sich orientieren, wenn das Rechtsystem

---

94. Wirtschaftsrecht, in: A. Görlitz, op.cit. (Fn. 16), 531ff., 532.

95. Vom bürgerlichen Recht zur politischen Verwaltung, KJ 1974, 274ff.

96. Vgl. E. Schmidt, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153ff., 155-159; G. Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege in: F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen, Baden-Baden 1984, 289ff., 313ff. (englische Fassung: Juridification - Concepts, Aspects, Limits, Solutions, in: G. Teubner (ed.), Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Area of Labour, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law, Berlin-New York 1987, 3ff., 19ff.) und D. Hart selbst: Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, AG 1984, 66ff., 77f.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

selbst eine widerspruchsvolle Vielzahl von Programmelementen integrieren muß? Und wie soll die politische Verwaltung diese Integrationsleistungen erbringen, wenn die "materialisierte" Verfassungstheorie nicht einmal als Entwurf bereitliegt?

c) Die normative Kritik

Die weitreichendsten Revisionen an der Materialisierungsidee hat Habermas durch eine Uminterpretation der Krisenpotentiale des Spätkapitalismus als Konflikte zwischen System und Lebenswelt, zwischen Systemintegration und Sozialintegration vorbereitet und dann durch die Entwicklung seiner dualistischen Rechtskategorie zu einem (vorläufigen?) Abschluß gebracht[97]. "Die meisten Materien" des Zivil-, Wirtschafts- und Verwaltungsrechts und auch das Arbeitsrecht begreift Habermas als "Organisationsmittel" für das Wirtschaftssystem, wobei das Recht mit den Steuerungsmedien der Wirtschaft (Geld) und des Verwaltungssystems (Macht) derart kombiniert sei, "daß es selber die Rolle eines Steuerungsmediums" übernehme. Gewiß bleiben die ausdifferenzierten Subsysteme an die Lebenswelt gebunden; das Recht muß "als Medium" über rechtliche Institutionen ("Rechtsnormen, die durch den positivistischen Hinweis

97. Vgl. schon "Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus", a.a.O. (Fn. 81), 9ff. und sodann in der "Theorie des kommunikativen Handelns" (a.a.O., Fn. 18), Bd. 1 (Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung), 332ff., Bd. 2, 229ff. und vor allem 487ff.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
©The Author(s). European University Institute.

auf Verfahren nicht hinreichend legitimiert werden können"[98]) den Anschluß an das "Rechtsbewußtsein der Alltagspraxis" halten. Trotz dieser Abhängigkeit gewinnen jedenfalls das Privat- und Arbeitsrecht durch ihre Funktionsweise als "Medium" eine eigentümliche Stabilität. Habermas stellt sich das Verhältnis von Lebenswelt und Wirtschaftssystem als eine Austauschbeziehung vor, in der die Individuen "als Beschäftigte" ihr Einkommen erhalten und "als Konsumenten" ihren Güterbedarf befriedigen [99]. Es ist nicht zu sehen, warum diese Individuen sich für die Funktionsweisen des Wirtschaftssystems und dessen rechtliche Steuerung interessieren sollten, solange nur das sozialstaatlich gestützte "neue Gleichgewicht zwischen normalisierter Beschäftigten- und aufgewerteter Konsumentenrolle" [100] leidlich gewahrt bleibt. Ausgerechnet im Sozialrecht, also in den auf soziale Teilhabe und sozialen Ausgleich abzielenden ("materialisierten") Rechtsbereichen sowie im Familien- und Schulrecht stellt sich das Krisenpotential dramatischer dar, weil dieses Recht nicht bloß in "ohnehin formal organisierte", sondern direkt "in kommunikativ strukturierte Handlungsbereiche" eingreift[101].

---

98. Theorie des kommunikativen Handelns, a.a.O., Bd. 2, 536.

99. A.a.O., 571ff., 510.

100. A.a.O., 514 (Hervorh. im Original).

101. A.a.O., 539 (Hervorh. im Original).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Mit seinem Dual vom Recht als Steuerungsmedium und Recht als Institution hat Habermas bei Juristen wenig Verständnis gefunden[102]. Es ist in der Tat schwer nachvollziehbar, wie sich jene "Funktionsimperative" des Wirtschafts- und Verwaltungssystems erkennen und im Recht wiederfinden lassen. Die rechtswissenschaftliche (Selbst-)Kritik an der Materialisierungsidee setzt ja gerade bei der Beobachtung an[103], daß die Gesetzgebung immer wieder nur partikulare, vorläufige und korrekturbedürftige, unsystematische Regelungen zustande bringt, daß die Rechtsprechung sich eben nicht auf bloß ökonomische Rationalitätsmuster verpflichten läßt, sondern auch soziale Schutzpositionen festschreibt, daß es gerade auch das Privat- und Wirtschaftsrecht weder mit einem "natürlichen" Marktgeschehen noch einer systematisch regulierten Wirtschaft, sondern vielmehr mit jeweils höchst unterschiedlich organisierten und rechtlich vorstrukturierten Sozialbereichen und Handlungszusammenhängen zu tun hat. In diesem Geflecht sind ein legitimes oder legitimationsfähiges Institutionenrecht und ein nicht begründungsbedürftiges Medienrecht kaum unterscheidbar. Die normative Problematik des Materialisierungsprozesses scheint eher darin zu bestehen, daß für die Entscheidungen zwischen den einander vielfach widersprechenden Regelungen und Rechtsprinzipien keine Meta-Kriterien zur Verfügung

---

102. Vgl. nur R. Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, a.a.O. (Fn. 13), 30ff.

103. Vgl. oben b.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The author(s). European University Institute.

stehen und die Rechtsproduktion selbst sich nicht an Verfahren bindet, die Rechtsansprüche von Gruppen und Individuen auf "vernünftige" Begründungswänge verpflichten könnte - auf diese Deutung wird noch zurückzukommen sein[104].

2. Die Widersprüchlichkeit und die Unbestimmtheit des Rechts

In der deutschen Sozialstaatsdiskussion ging es um die konkreten Bedingungen und die Perspektiven für eine Transformation des liberal-kapitalistischen "Systems". Nun wäre es womöglich der Mühe wert, dem Schicksal vergleichbarer Projekte in den USA seit dem New Deal-Reformismus nachzuspüren. Die neuere amerikanische Rechtskritik hat indessen andere Schwerpunkte gesetzt.

a) Das postliberale Recht

Im Anschluß an seine allgemeine Liberalismuskritik, die Prämissen der liberal-sozialphilosophischen Tradition freilegt und die prinzipielle Unlösbarkeit ihrer Problemstellungen zu demonstrieren versucht[105], hat Roberto M. Unger sich der Rolle des Rechts in der liberalen Rechtstradition in einer Weise zugewandt, die den in

---

104. Unten III 1 a.

105. Vgl. oben I 2 a; Ungers Liberalismuskritik gehört zum "Repertoire" des CLS-Movement, seine hier herangezogene Anschlußuntersuchung bezeichnenderweise aber nicht.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Deutschland vertrauten Mustern der Konstruktion von Sozialmodellen und der Rekonstruktion von rechtlichen Entwicklungsstufen am nächsten kommt[106]. Unger entdeckt im Spätliberalismus ("superliberalism") zwei Tendenzen, die Revisionen klassisch-liberaler Ordnungsvorstellungen erzwingen und die Rule of Law unterminieren: einen Interventionismus in vormals staatsfreie Bereiche, der den Staat in redistributive, regulative, planerische Aufgaben verstrickt und zum Wohlfahrtsstaat transformiert; eine "Annäherung" von Staat und Gesellschaft, die in der Anerkennung und Behandlung privater Organisationen als Träger politischer Macht zum Ausdruck kommt und den Staat zum "corporate state" umformt[107]. In diesen Transformationsprozessen verändern sich die Strukturen und der Stil des Rechts. Die staatlichen Interventionen müssen inhaltlich begründet werden, sie beziehen sich jetzt auf komplexe und variable Kontexte; die Wahrnehmung der neuen Aufgaben geschieht in der Auseinandersetzung und in Verhandlungen mit mächtigen "privaten" Akteuren. Unter solchen Bedingungen wird ein allgemein-abstraktes Regelsystem dysfunktional. Das Recht muß zu flexiblen Regelungsformen (abstrakten Prinzipien und Generalklauseln) greifen, es wird instrumentiert und als instrumentierbar begriffen - und verliert dadurch den Schein systematischer Geschlossenheit. Die Inanspruchnahme des Rechts für konkrete Regelungsaufgaben erzwingt den Übergang zu zweckorientierten Begründungsformen, zu prozeduralen

---

106. R.M. Unger, Law in Modern Society, a.a.O. (Fn. 33).

107. A.a.O., 193.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

und materialen Richtigkeitskriterien und zu einer partikularistischen Abwägung von Interessen[108].

Anders als Max Weber deutet Unger diese anti-formalen Tendenzen des modernen Rechts keineswegs bloß als regressiven Verfallsprozeß, sondern vielmehr als Reaktion auf die Konflikte zwischen den Versprechungen und die Erfahrungen der Wirklichkeit liberaler Gesellschaften[109]. Er sucht - und findet - im wohlfahrtsstaatlich-korporativen Postliberalismus Ansätze für eine Überwindung der abstrakten Gerechtigkeitsvorstellungen des liberalen Formalismus durch partikularistisch-konkrete Gerichtigkeitsintuitionen, für eine Ablösung legalistischer Gesellschaftsbeziehungen und sozialer Herrschaftsstrukturen durch solidarische Verantwortungsverhältnisse ("solidarity is the social face of love")[110]. Die Zukunftschancen dieser Alternativen bleiben allerdings ungewiß, und die Frage, wie sich denn die Ablösung der "association of interests" durch einen "shared purpose of the generating principle of social order" wenigstens denken lasse, bleibt vorerst (?) ungelöst[111].

Das moderne Recht ist, so können wir resümieren, gerade deshalb widersprüchlicher und unbestimmter geworden, weil sich die liberalen

---

108. A.a.O., 193-200.

109. A.a.O., 153.

110. A.a.O., 206.

111. A.a.O., 214, 238-268; vgl. unten III 2 a.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Formen sozialer Herrschaft nicht aufrecht erhalten lassen und die postliberalen Strukturen nicht in der Lage sind, die Auseinandersetzungen um die Zukunft der sozialen Ordnung stillzustellen.

b) Unbestimmtheit

Ungers Analysen radikalisieren die Kritik am klassischen Rechtsanwendungsmodell, die in Deutschland seit der Freirechtsschule geläufig ist, und ebenso die Skepsis gegenüber der Kohärenz eines materialisierten Rechts, das sich schon Max Weber "allzu greifbar in der großen Mehrzahl und gerade in vielen prinzipiell wichtigen Bestimmungen als Produkt und technisches Mittel eines Interessenkompromisses" darstellte[112]. Aber Ungers Analysen bleiben der Vorstellung verhaftet, daß die Ablösung liberaler durch postliberale Rechtsstrukturen Veränderungen gesellschaftlicher Organisationsprinzipien und Herrschaftsbeziehungen anzeigen, und sie sind von der Hoffnung getragen, daß eine "method of common meaning or of interpretative explanation"[113] die Antinomien der liberalen Sozialphilosophie überwinden könne. In den strukturalistisch

112. Wirtschaft und Gesellschaft, a.a.O. (Fn. 15), 502; vgl. R.M. Unger, The Critical Legal Studies Movement, 96 Harv. L. Rev. 561, 571 (1983).

113. Law in Modern Society, a.a.O., 246 (a "program of institutional reconstruction", The Critical Legal Studies Movement, a.a.O., 601).

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

inspirierten Schriften ist von diesen "konstruktiven" Elementen der Ungerschen Analyse wenig übriggeblieben.

Gewiß finden sich in den frühen Arbeiten Duncan Kennedys, die hier wegen ihrer stilbildenden Bedeutung nochmals exemplarisch herangezogen werden sollen, erstaunlich rigide und mit Jahreszahlen versehene Unterscheidungen, die sich mit Ungers Analysen der Entwicklung vom klassischen Liberalismus zum postliberalen Recht überschneiden: Den klassischen Individualismus habe seit der Jahrhundertwende ein neues (modernes) Rechtsdenken abgelöst. Dieser Ablösungsprozeß habe die Strukturen des Formalrechts und die Methoden der Rechtsanwendung verändert, zur Anerkennung antiliberaler Werte und Vorstellungen (über die Reziprozität von Rechtsbeziehungen, die Berechtigung regulativer Eingriffe und paternalistischer Schutzvorkehrungen[114]) geführt. Aber all diese Aussagen sind als Beobachtungen über den rechtlichen Diskurs gemeint; sie indizieren lediglich Veränderungen des allgemeinen Rechtsbewußtseins. Das Verhältnis dieses Diskurses zur "gesellschaftlichen Realität" läßt Kennedy unbestimmt[115], die Frage nach den Entstehungsgründen des klassischen Bewußtseins und den Ursachen seiner Veränderungen bleibt offen[116]. Die auf den

---

114. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O. (Fn. 36), 1733-1737.

115. A.a.O., 1738.

116. The Structure of Blackstone's Commentaries, a.a.O. (Fn. 36), 220.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Rechtsdiskurs konzentrierte Analyse behauptet gleichwohl eine spezifische Abhängigkeit des modernen vom klassischen Rechtsbewußtsein. Dessen Grundwidersprüche seien nicht etwa einfach in Vergessenheit geraten oder gar überwunden worden, sondern hätten sich nur weiter entfaltet. Insbesondere seien die antiindividualistischen Elemente des modernen Rechts immer nur ad hoc gegen die Ungerechtigkeit, Immoralität oder Irrationalität einzelner Ergebnisse (Auswirkungen) formalistischer Rechtsvorschriften durchgesetzt worden[117]; der daraus resultierende Bedeutungszuwachs von Prinzipien und Rechtszwecken im Rechtsanwendungsprozeß habe dessen liberale Deutung vollends unterminiert, ohne eine konstruktive Alternative zu produzieren. Letztlich ergibt sich die Unauflösbarkeit der inhaltlichen und methodischen Inkohärenzen des modernen Rechts aus der Art des Grundwiderspruchs selbst: Beide Prinzipien, Individualismus wie Altruismus, sollen sich existentialistisch in den Individuen selbst eingeschrieben haben, beide Seiten des Widerspruchs würden nach wie vor gleichzeitig als unaufgebbare Werte empfunden[118].

---

117. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O. (Fn. 36), 1732.

118. "The opposed rhethorical modes lawyers use reflective a deeper level of contradiction. At this deeper level, we are divided among ourselves and also within ourselves, between irreconcilable visions of humanity and society..." (a.a.O., 1685). Auch nach seinem Widerruf der "fundamental contradiction" (oben Fn. 46) hat Kennedy diese These wiederholt. "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", (a.a.O., Fn. 46) beschreibt einen Richter, der seine "progressiven" Einstellungen zur Geltung bringen will.

(Footnote continues on next page)

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Die Behauptung, daß kontradiktorische Widersprüche das Recht infiziert haben, erschließt die Bedeutung der viel diskutierten These von der "indeterminacy" des Rechts. Eine verbreitete Lesart dieser These konzentriert sich auf ihre Implikationen für die Rechtsanwendung und die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Urteile: in dem Gesamtbestand "geltender" Präjudizien und potentiell anwendbarer Gesetze können findige juristische Experten allemal fündig werden, ihren Sachvortrag entsprechend einrichten, das Arsenal juristischer Interpretationstechniken in der einen oder anderen Richtung manipulieren. Diese Lesart der Unbestimmtheitsthese ist indessen trivial. Ihr läßt sich die Erfahrung entgegenhalten, daß trotz aller Unsicherheiten in praxi häufig genug hinlänglich sichere Prognosen über den Ausgang von Prozessen möglich sind[119], daß ohnehin die übergroße Mehrzahl rechtlicher Fragen störungsfrei und routinehaft erledigt wird[120], daß sich im übrigen Unsicherheiten durch extralegale Schlichtungsverfahren begrenzen lassen. All dies ist richtig. Aber die Beobachtung, daß "hard and easy cases" de facto allemal

---

(Footnote continued from previous page)

sich dabei in die Botschaften rechtlicher Texte vertieft, seine Verstrickungen in Rollenzwänge und Erwarungsnetze bedenkt und letztlich, in seinen ursprünglichen Intuitionen verunsichert, hilflos auf der Strecke bleibt.

119. Vgl. z.B. Ch. M. Yablon, The Indeterminacy of the Law: Critical Legal Studies and the Problem of Legal Explanation, 6 Cardozo L. Rev. 917 (1985) und dagegen J.M. Singer, The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory, 94 Yale L.J. 1, 20 (1984).

120. Vgl. L.B. Solum, On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma, 54 U. Chi. L. Rev. 462 (1987); K. Hegland, Goodbye to Deconstruction, 58 So. Cal. L. Rev. 1203 (1985).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

ihre Erledigung finden, trifft nicht die These, daß in den Ungereimtheiten des Rechts kontradiktorische Regeln und Prinzipien zum Ausdruck kommen und für die Entscheidung in derartigen Kollisionsfällen keine rationalen Maßstäbe zur Verfügung stehen, daß die "Abwägungen", mit denen solche Entscheidungen motiviert werden, nicht etwa inhaltlich, sondern bloß durch den Zwang zur Entscheidung "gerechtfertigt" werden können.

c) Dekonstruktivismus

In den Arbeiten Kennedys finden sich trotz seines theoretischen Agnostizismus gegenüber dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft und gegenüber den sozialen Ursachen für Veränderungen im Recht immer noch Hinweise auf Korrespondenzen (strukturelle Verbindungen) zwischen dem klassischen Recht und der Laissez faire-Ökonomie[121], zwischen der Entfaltung der Widersprüchlichkeit des Rechts in der Mixed Economy und dem bürokratischen Wohlfahrtsstaat[122]; und ungeachtet seines grundsätzlichen normativen Skeptizismus plädiert Kennedy für einen ad hoc-Paternalismus, der auf intuitive und empathische Einsichten in Schutzbedürfnisse vertraut, der das Risiko einer Fehlwahrnehmung solcher Bedürfnisse, das sich aus der Distanz zwischen dem rechtlichen Akteur und den betroffenen Individuen oder

---

121. Form and Substance in Private Law Adjudication, a.a.O. (Fn. 36), 1745ff.

122. A.a.O., 1776.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. ©The Author(s). European University Institute.

Gruppen ergibt, jedenfalls dann nicht scheut, wenn er es mit "mobilised people" zu tun hat, die ihren Interessen und Bedürfnissen Ausdruck verleihen können[123].

Der dekonstruktivistische Flügel des CLS-Movement versagt sich solche Konzessionen. Gewiß soll die Kritik des liberalen Formalismus deutlich machen, daß die Privilegierung des Subjekts und seines freien Willens gegenüber dem sozialen Kontext, der Gesellschaft gegenüber dem Staat, der Politik des Laissez faire gegenüber dem Interventionismus, der Objektivität in der Rechtsanwendung gegenüber den subjektiv-irrationalen Werturteilen, unbegründbare Hierarchien aufgebaut hat, die ihr "dangerous supplement" unterdrücken. Aber jeder systematische Versuch, diese Verhältnisse umzukehren, begeht den gleichen Fehler, weil er seinerseits die Kontingenzen des Sozialen aufheben muß, die soziale "Wirklichkeit" objektiviert und festschreibt und so selbst wieder eine rationalistische Überlegenheit proklamiert, die es nicht geben kann[124].

Diese sehr allgemeinen Vorbehalte gegen eine "Materialisierung" des Rechts sind in Analysen einzelner Segmente des "legal thought" konkretisiert worden. G. Frugs Auseinandersetzung mit der Ideologie

---

123. Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md. L .Rev. 563, 638-649 (1982).

124. Vgl. die Analysen der "konstruktiven" Elemente des Legal Realism bei G. Peller, a.a.O. (Fn. 62), 2019-2064, sowie J.M. Balkin, a.a.O. (F. 62), 770-772.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

der Bureaukratie im amerikanischen Recht[125] beginnt mit einer Kritik an dem aussichtslosen Versuch formalistischer Bureaukratievorstellungen, die diskretionären Elemente des bureaukratischen Handelns (des Handelns von Verwaltungen und Unternehmungen) zu verleugnen. Frug identifiziert dann vier neue Leitbilder für die (Um-)Organisation und Kontrolle von Bureaukratien (das Experten-, das Rechtsschutz-, das Markt- und das pluralistische Modell), analysiert ihre Verwandtschaften[126] und mißt sie an den selbstgesetzten Ansprüchen und an dem Ideal einer partizipatorischen Demokratie, die Frug als einen Prozeß beschreibt, "by which people create for themselves their form of organised existence within which they live"[127]. Aber nicht dieses - ohnehin recht abstrakte und blasse Ideal - konturiert seine Kritik, sondern das Verhältnis zwischen dem objektivisitischen Funktionsmodus von Bureaukratien und dessen "gefährlichem Supplement", dem "Ermessen". Weil es keiner Bureaukratiekonzeption gelungen ist, dieses diskretionäre Element zu bändigen (durch formale Regeln, durch das Fachwissen von Experten,

---

125. The Ideology of Bureaucracy in American Law, 97 Harv. L. Rev. 1276 (1984). - Frugs Zuordnung von gruppenrechtlicher Doktrinen zu bestimmten "Bureaukratiemodellen" entspricht genau dem oben zu 1 b geschilderten Typus deutscher Analysen.

126. Auch hier gibt es Übereinstimmungen: Die Affinitäten zwischen dem formalrechtlichen Modell der Bureaukratie und den von Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts entdeckten Marktmechanismen zur Kontrolle von Managern würden deutsche Autoren durch die Qualifikation der Chicago-Schule als eine spezifische Variante der "Materialisierung" des Formalrechts zum Ausdruck bringen.

127. A.a.O. (Fn. 125), 1296, vgl. 1386.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

durch gerichtliche Interventionen, durch den Markt oder durch politische Prozesse)[128], sind auch die an sich (warum?) wichtigen Unterschiede zwischen den Modellen[129] letztlich bedeutungslos.

Ein zweites Beispiel: C. Dalton[130] beginnt ihre Dekonstruktion der Vertragsdoktrin ebenfalls mit einer methodischen und sozialen Liberalismuskritik[131] und konstatiert einen im ausgehenden 19. Jahrhundert einsetzenden, vom Legal Realism geförderten und später diffundierenden Veränderungsprozeß: Das Willenserfordernis beim Vertragsabschluß wird durch den "implied contract" zurückgedrängt, die private Vertragsgestaltung mit Hilfe von "duress"-, "substantive unfairness"- und "unconscionability"-Doktrinen kontrolliert, subjektive werden von objektiven Auslegungsmthoden überlagert. Deutsche Autoren haben derartige Phänomene als Materialisierungstendenzen gekennzeichnet, d.h. auf soziale Veränderungen zurückzuführen und gleichzeitig als normative Verbesserungen zu begreifen versucht[132]. Nach der dekonstruktivistischen Lesart wurde die "will theory of contract" zurückgedrängt, als (weil?) "the realists made it impossible to

---

128. A.a.O., 1382.

129. A.a.O., 1360.

130. A.a.O. (Fn. 62).

131. A.a.O., 1006 (Fn. 12), 1007.

132. Vgl. oben 1 b.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

believe any longer that contract is private"[133], und die Inhaltskontrolle von Verträgen wurde möglich, weil (?) die formalistische Duress-Doktrin - vor allem wegen des arbiträren Ausschlusses des "economic duress" - allzu offene Angriffsflächen bot[134]. Das Desinteresse an den Fragestellungen der deutschen Materialisierungsdiskussion, das sich in derart beiläufigen Bemerkungen manifestiert, erklärt sich aus der dekonstruktivistischen Interpretation der objektiven Elemente der liberalen Vertragsdoktrin als deren "dangerous supplement" und aus der Interpretation der postliberalen Umorientierungen als vergeblichem Versuch, den subjektiven Erblasten zu entkommen. Die deutsche Revision der Materialisierungsprogrammtik hat die Uneinheitlichkeit und Partikularität der Vertragsrechtsentwicklung zur Kenntnis nehmen müssen und die Idee einer "politischen Verwaltung" des Vertragsrechts sowohl mit Rücksicht auf die kognitiven und politischen Überforderungen von Gesetzgebung und Rechtsprechung als auch wegen der normativen Schwächen interventionistischer Verrechtlichungskriterien verabschiedet[135]. C. Dalton beobachtet, daß "the realist challenge to the 'privateness' of contracts had been assimilated and diffused"[136], daß die unterschiedlichen Elemente widerspruchsvoll weiter koexistieren. Die

---

133. C. Dalton, a.a.O., 1012f.

134. A.a.O., 1029.

135. Vgl. oben 1 b und c.

136. A.a.O., 1014.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

prinzipielle Unauflösbarkeit dieser Widersprüche führt sie auf zwei Themen zurück, um die die jeweils privilegierte Seite und deren jeweiliges "dangerous supplement" unaufhörlich kreisen: die Frage nach der Macht ("What is the threat and the promise to me of other individuals?") und dem Wissen ("On what basis can I share my understanding of the world with others?") bei der Gestaltung sozialer Beziehungen - und diese Fragen entstehen aus der Spaltung von Ego and Alter, von Subjekt und Objekt[137].

3. Zweite Zwischenbemerkung: Die Ambivalenzen der Verrechtlichung und die Unbestimmtheit des Rechts

Die deutsche Materialisierungsdiskussion ist von den Diskrepanzen zwischen dem "Sozialmodell" des Formalrechts und des sozio-ökonomischen Wirklichkeit des organisierten Kapitalismus ausgegangen. Die Programmatik des Materialisierung war die Suche nach einem Modell für eine sozialstaatliche Verfassung, das zwar präskriptiv gemeint war, das aber doch keine abstrakte Utopie, sondern eine Entwicklungsmöglichkeit bezeichnen sollte. Die Rücknahme dieser Programmatik geschah unter dem Eindruck der "Unübersichtlichkeit" sozialer Konfliktlagen, der problematischen Folgen von Verrechtlichungsprozessen, der Verunsicherung über die Maßstäbe zur Beurteilung kollidierender Interessen. Im Ergebnis

---

137. A.a.O., 1000; zu den Perspektiven dieser Argumentation vgl. unten III 2 c.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

berühren sich diese Revisionen mit der amerikanischen These, daß sich im nachklassischen Recht die Widersprüchlichkeit des Formalrechts nur entfaltet habe, aber nicht durch eine kohärente Alternative überwunden worden sei. Aber die deutsche These, daß es für die Entscheidung über kollidierende Bedürfnisse und Interessen keine "material" vorgegebenen Maßstäbe gebe und die amerikanische These, daß rechtliche Entscheidungen wegen der immanenten Widersprüchlichkeit des Rechts unbestimmbar bleiben, entstammen gänzlich unterschiedlichen Kontexten. Die sozialstaatliche Programmatik hatte sich gegen die These abgegrenzt, daß der von Marx analysierte Grundwiderspruch von Kapital und Arbeit auch die Konfliktkonstellationen im Spätkapitalismus bestimme. Die Revision dieser revisionistischen Position bedeutet nicht etwa eine Rückkehr zur marxistischen Orthodoxie; ihr geht es vielmehr um die Entwicklung neuer Formen für die Auseinandersetzung mit kollidierenden Rechtsansprüchen. Nun hat die Indeterminacy-These ab initio mit einer materialistischen Theorie des Staates und des Rechts ungemein wenig zu tun. Aber die Behauptung, daß die nachklassischen Entwicklungen nach wie vor um die ursprünglichen Widersprüche des liberalen "legal consciousness" kreisen, setzt doch eine historische Kontinuität zwischen dem klassischen und dem post-klassischen Rechtsdiskurs voraus, die erst durch eine "grundsätzliche" Überwindung seiner Beschränkungen unterbrochen werden könnte.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
©The Author(s). European University Institute.

III. Die "Neue Unübersichtlichkeit"

Die Gegenüberstellung deutscher und amerikanischer Auseinandersetzungen mit dem Rechtsformalismus und den postliberalen Rechtsentwicklungen hat von dem Versuch abgesehen, den jeweiligen gesellschafts- und wissenschaftspolitischen Kontext zur Erklärung für die unterschiedlichen Orientierungen heranzuziehen. Aber in die Auswahl und die Anordnung der deutschen Ansätze sind Interpretationen dieses Hintergrundes eingegangen, die sich ohne allzu waghalsige Spekalutionen mit den beobachteten Differenzen zu dem amerikanischen Beiträgen in Vebindung bringen lassen. Die deutsche Wiederbelebung der mit der Weimarer Republik untergegangenen Traditionen stand im Zeichen einer allgemeinen Aufbruchsstimmung, die in relevante politische Akteure (Parteien, Gewerkschaften) hineinreichte - einer Konstellation, die bei der Gründung der Conference on Critical Legal Studies im Jahre 1977 gewiß nicht einmal fingiert wurde[138]. Aber auch nachdem sich die ambitiösen Projektionen gesellschaftlicher Strukturreformen in der deutschen Diskussion verflüchtigt haben und im Verlauf dieses Prozesses das Spektrum der gesellschaftstheoretischen Ansätze größer

---

138. Vgl. T.C. Heller, A Brief Rejoinder to the Discussion of the CCLS, ZfRSoz 1 (1980), 126ff.; J.H. Schlegel, Notes Toward an Intimate, Optionated and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies, 36 Stan. L. Rev. 391 (1984); M. Kelman, A Guide to Critical Legal Studies, Cambridge, Mass.-London 1987, 1-14.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

und auch diffuser geworden ist, bleiben die Diskrepranzen zwischen den deutschen und den amerikanischen Theoriepräferenzen und Themenschwerpunkten frappierend. Sie müssen, wenn sie sich überhaupt erklären lassen, über bloß vorübergehend aktuelle politische Konstellationen hinaus mit tiefer verankerten Deutungen der je eigenen Situation und Geschichte in Verbindung gebracht werden.

1. Prozedurales, autopoietisches und flexibles Recht

In ihren Diagnosen der aktuellen Lage des Rechtssystems stimmen die bislang referierten deutschen Ansätze weitgehend überein. Das positive Recht ist inkohärent und der Versuch, eine substantielle "Einheit der Rechtsordnung" in der Summe der geltenden Gesetze und ihrer richterlichen Interpretationen zu entdecken, zum Scheitern verurteilt. Die Grenzen des juristischen Diskurses sind porös; die Akteure, die im Prozeß der Rechtsproduktion Ansprüche anmelden und ihre Einflüsse ausüben, schöpfen bei den Realitätsdefinitionen, die sie in rechtliche Kategorien transformieren, aus höchst heterogenen Quellen und ihrer Argumentationen beruhen "in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen oder auf einer Kombination dieser Erwägungen, welche nicht Sache des Juristen als solchen sind"[139]. Die Verfahren der Rechtsproduktion, die

139. B. Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Leipziger Rektoratsrede vom 31. Okt. 1884), in: ders., Gesammelte Reden und Abhandlungen (hrsg. von P. Oertmann), Leipzig 1904, 100ff., 112.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
©The Author(s). European University Institute.

formell in den Händen "des" Gesetzgebers, "der" Justiz und "der" Verwaltung liegen, werden materiell durch strategische Einflußnahmen "Verfahrensfremder" mitbestimmt, und die Verfahrensergebnisse stellen sich häufig genug bloß als rechtliche Ratifizierung extralegaler, lautstark oder lautlos erzielter Kompromißformeln und Verhaltensabstimmungen dar. Gewiß mögen diese Formulierungen die Ausgangspunkte der deutschen Diskussion[140] nur unvollkommen treffen. Aber die Frage nach dem Zusammenhalt des Rechts, nach den Spezifika des rechtlichen Diskurses, nach den Funktionen des Rechts bei der Lösung gesellschaftlicher Probleme verweisen doch jedenfalls auf thematische Schwerpunkte, in denen sich unschwer unbewältigte Probleme der Programmatik einer "Materialisierung des Formalrechts" wieder entdecken lassen.

a) Prozeduralisierung der Rechtskategorie

Das Formalrecht hat eine sozial ungerechte Gesellschaftsordnung ideologisch legitimiert, aber es hat gleichzeitig moralisch begründete und unverzichtbare Prinzipien institutionalisiert; die postformalen Entwicklungen des Rechts haben eine chaotische Mannigfaltigkeit von Regeln und Prinzipien produziert, aber sie sind nicht nur faktisch irreversibel, sondern haben auch den

140. D.h.: der in diesem Band diskutierten, aber in ihrer Gesamtbedeutung doch wohl nur marginalen Ansätze.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Gerechtigkeitsgehalt des modernen Rechts gesteigert; Gesellschafts-(Sozial-)Modelle für die Ausgestaltung eines demokratischen Sozialstaats und strategische Konzepte für seine Verwirklichung sind nicht verfügbar, aber rechtliche Entscheidungen müssen zu konkurrierenden Interessen und inkompatiblen Bedürfnisinterpretationen Stellung nehmen. Klaus Günther geht es in seiner Unterscheidung zwischen "Begründungs"- und "Anwendungsdiskursen"[141] um eine Auflösung all dieser Paradoxien. Die Habermas'sche kommunikative Moraltheorie, von der Günther ausgeht[142], mißt die Geltung moralischer Normen am Universalisierbarkeitsprinzip: "... die Folgen und Nebenwirkungen (einer Norm), die sich jeweils aus ihrer allgemeinen Befolgung für die Befriedigung der Interessen eines jeden Einzelnen (voraussichtlich) ergeben", müssen "von allen Betroffenen akzeptiert (und den Auswirkungen der bekannten alternativen Regelungsmöglichkeiten vorgezogen) werden können"[143]. Auf die Differenzierung zwischen der "Begründung" des Geltungsanspruchs von Normen und ihrer "Anwendung" in konkreten Kontexten (den relevanten Aspekten des Einzelfalles), in denen nochmals das

---

141. Anwendungsdiskurse. Eine Untersuchung zum Problem der Anwendung von Normen in kognitivistischen Theorien der Moral und des Rechts, Diss. jur. Frankfurt 1987.

142. Vgl. namentlich J. Habermas, Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm; Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, in: ders., Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt 1983, 53ff., 127ff.

143. J. Habermas, a.a.O., 75f.

©The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Universalisierbarkeitsprinzip herangezogen werden muß[144], gründet Günther seine Kritik der liberalen Subsumtionslogik (die hinter das im Formalrecht an sich erreichte postkonventionelle Niveau eines von konkreten Tugendgeboten emanzipierten moralischen Universalismus zurückfällt)[145]. Auf diese Differenzierung gründet er gleichzeitig seine Verteidigung moderner Materialisierungstendenzen. Günther begreift die Entwicklung des postformalen Rechts als die Geschichte einer "Rekontextualisierung" des Formalrechts, in deren Verlauf das Universalisierbarkeitsprinzip auf die Folgen einer Regelanwendung erstreckt wird, die Ungerechtigkeit einer Durchsetzung von liberalen Rechtsnormen in veränderten sozialen Kontexten erfahren und im Lichte jenes Prinzips interpretiert wird. In den zunehmenden Unsicherheiten bei der Regelanwendung und auch in Divergenzen bei der Rechtsanwendung, die sich in rechtssystematisch inkohärenten Entscheidungen zeigen, kann danach die Bereitschaft zu einer situationsangemessenen Applikation von Regeln und Prinzipien zum Ausdruck kommen.

---

144. K. Günther, a.a.O., 117f.; vgl. zum folgenden bereits K. Günther, Materialisierung als Rekontextualisierung des Formalrechts, Typoskript Frankfurt 1984; vorläufige Überlegungen zu einer Theorie der prozeduralen Applikation, in: G. Brüggemeier/Ch. Joerges (Hrsg.), op.cit. (Fn. 13), 74ff.; The Core of Moral Universalism in Modern Law, Typoskript Frankfurt-Florence 1984.

145. Vgl. hierzu Duncann Kennedy, Legal Formality, a.a.O. (Fn. 35), dessen Kritik der liberalen Rechtsanwendungsdoktrinen sich auf die Vorstellung konzentriert, daß die substantiellen Vorgaben von Regeln durch deren "Anwendung" in konkreten Konflikten zur Geltung gebracht könnten.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Das materialisierte Recht bleibt freilich selbst deshalb moralisch defizitär, weil es den Prozeß der Rekontextualisierung festzuschreiben versucht - sei es durch konkretistische Detailregelungen, die sich dann immer wieder als unangemessen erweisen, sei es durch stets abstrakter gefaßter Generalklauseln, die ihre "Anwendungsfähigkeit" fingieren. Eine Überwindung dieser Defizite wird erst dann (oder nur in dem Maße) denkbar, in dem der Bezug rechtlicher Regelungen auf ihren Hintergrundkontext reflexiv reorganisiert wird, in dem die Anwendung rechtlicher Normen insgesamt derart kontextsensibel ausgeweitet wird, daß sie alle relevanten Aspekte einer Situation erfaßt und die Interessen aller Betroffenen in einer unparteilichen Urteilsbildung berücksichtigt.

Dies alles mag, so darf der Nicht-Philosoph fragen, in der Moraltheorie richtig sein. Aber wie soll man sich die Wirkungsweise des Universalisierbarkeitsprinzips im tagtäglichen Kampf ums Recht in den real existierenden Verfahren der Gesetzes- und Rechtsproduktion vorstellen? Die Habermas'sche Disjunktion zwischen dem Recht als Medium und dem Recht als Instituion, die den Wirkungsbereich der Moral einschränkt[146], lehnt Günther ab. Seine Konzessionen an die "Funktionsimperative" ausdifferenzierter gesellschaftlicher Systeme, an zeitliche Zwänge, an kognitive Grenzen der Rechtsadministration und den politischen Opportunismus der Gesetzgeber sind anders konstruiert: Das Rechtsystem sei

---

146. Vgl. oben II 1 c.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The author(s). European University Institute.

insgesamt an die funktionalen Anforderungen verselbständigter gesellschaftlicher Handlungsbereiche und deren Entscheidungsbedürfnisse und -zwänge gebunden. Aber es sei ihnen eben auch nicht einfach ausgeliefert, sondern bleibe immer auch den in der Lebenswelt verankerten Begründungsansprüchen ausgesetzt[147]. Wenn und soweit die praktische Administration des Rechts Angemessenheitsargumentationen einfach abbricht und sich mit bloßen Regelbefolgungen und autoritativen Entscheidungen begnügt, müssen sich die Begründungsanforderungen auf das Gesetzgebungsverfahren konzentrieren[148].

Die Anfragen des nicht-philosophischen Praktikers erledigen sich durch solche Auskünfte nicht. Die komplexen Sachfragen, auf die sich vor allem höchstrichterliche Rechtsentscheidungen vielfach beziehen, sind den am Entscheidungsverfahren beteiligten Juristen nur begrenzt zugänglich und auch der Sphäre der Lebenswelt weit entrückt. Der Gesetzgebungsprozeß, auf den Günther verweist, ist den Begründungszwängen, die von moralischen Prinzipien ausgehen, nicht unterworfen; die Verlagerung von Entscheidungsverantwortungen an die Justiz pflegt vielmehr das argumentative Niveau tendenziell zu verbessern. Beispiele, in denen dabei das von Günther anvisierte Begründungsniveau erreicht wird (und die auch mit den kognitiven

147. The Core of Moral Universallism in Modern Law, a.a.O. (Fn. 144), 21ff.

148. Anwendungsdiskurse, a.a.O. (Fn. 141), 473f.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Engpässen und den begrenzten Durchsetzungsmöglichkeiten der Justiz umzugehen verstehen), lassen sich namhaft machen[149]. Gegenbeispiele aber sind eher leichter aufzufinden[150] - und die Gleichzeitigkeit gegenläufiger Erfahrungen erscheint symptomatisch: Die Entdeckung gelungener rechtlicher Konfliktlösungen, dürfte von spezifischen (und nicht gerade wahrscheinlichen) Voraussetzungen abhängig sein. Die Rechtsgarantien der Prozeßordnungen reichen einstweilen allein kaum dazu aus, die gesellschaftlichen Akteure im Rechtsproduktionsprozeß von der strategischen Ausnutzung jeweiligen Vorteile abzubringen. Die aus einer Rekonstruktion "gelungener" Beispiele ablesbaren Hinweise auf die institutionellen Voraussetzungen für das Wirksamwerden des Unparteilichkeitsprinzips

---

149. Vgl. R. Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, a.a.O. (Fn. 13), 45ff. (deutsche Fassung), 235ff. (englische Fassung).

150. Vgl. Ch. Joerges, Quality Regulation in Consumer Goods Markets: Theoretical Concepts and Practical Examples, in: T. Daintith /G. Teubner (eds.), Contract and Organisation. Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory, Berlin-New York 1986, 142ff. - Wer solche Beispiele vor Augen hat, wird die Chancen des Dworkinschen Herkules, die Prinzipien des geltenden Rechts in einen kohärenten Zusammenhang zu bringen (R. Dworkin, Law's Empire, Cambridge Mass.-London 1986, 165ff. 176ff. 313ff.) skeptischer beurteilen als Günther (Anwendungsdiskurse, a.a.O., 483 ff.). - Auf den radikalen Skeptizismus der Unbestimmtheitsthese des CLS-Movement (oben II 2 b und c sowie III 2 b und c) reagiert Dworkin mit einer Art Beweislastregel: "The internal skeptic must show that the flawed and contradictory account is the only one available" (a.a.O., 274). Diese Antwort trifft die Behauptung, daß es überhaupt keine gelungenen Beispiele für den rechtlichen Umgang mit kollidierenden Interessen und Prinzipien gebe. Andererseits darf man daran erinnern, daß Herkules auf Erden gescheitert ist und hieran die Forderung knüpfen, daß die Rechtstheorie die praktisch-politischen Grenzen ihrer normativen Vorstellungen systematisch bedenken muß.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

unter und gegen "Systembedingungen" müssen systematisch weiter aufgeklärt werden, bevor ein Urteil darüber möglich ist, ob die "Prozeduralisierung des Rechts" rechtswissenschaftliche Arbeitsperspektiven eröffnet oder bloß als moralische Instanz fungieren kann.

b) Autopoietisches Recht

Die deutschen Beiträge dieses Bandes sehen sich fast durchgehend genötigt, ihre Argumentationen in den Kontext der nun bald zwei Jahrzehnte andauernden[151] Debatten zwischen J. Habermas und N. Luhmann zu stellen. Diese Form der vergleichenden Diskussion und doppelten Abgrenzung ist symptomatisch. Sie zeigt aber nicht etwa an, daß man es bei den sich an Habermas anlehnenden Vorstellungen über eine Prozeduralisierung des Rechts oder bei den sich an Luhmann orientierenden systemtheoretischen Ansätzen mit etablierten Schulrichtungen zu tun hätte. Die gegenwärtig beobachtbare Prominenz makrotheoretischer Debatten in den Foren für Rechtssoziologie und Rechtskritik mag neue Orientierungsbedürfnisse anweigen, aber ihre Interpretation bleibt riskant. Auf der einen Seite dürfte sie einfach damit zusammenhängen, daß die empirische rechtssoziologische Forschung nicht in dem einstmals erwarteten

151. Vgl. J. Habermas/N. Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?., Frankfurt 1971.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Ausmaß stattfindet[152]- aber dieser Umstand hat vielfältige Ursachen[153]. Auf der anderen Seite kann man allerdings den Eindruck gewinnen, daß die Kritik an der systemtheoretischen Rechtstheorie[154] geradezu identitätsstiftende Ersatzfunktionen übernehmen muß und eine akute Mangellage vorzeigbarer kritischer Projekte anzeigt[155].

"Einordnungen" der Systemtheorie, die sich an der vertrauten politischen Semantik orientieren, finden die einschlägigen Signale rasch. Denn die systemtheoretische Rechtstheorie hat sämtliche Phänomene, an denen sich die Kritik am Formalrecht und an der Rechtswissenschaft entzündet hat, uminterpretiert und alle sozialkritisch inspirierten Veränderungshoffnungen für illusionär erklärt: Die Widersprüche im Recht und die Unbestimmtheit seiner Methoden gehören - auch schon im Zeitalter des Formalismus und der Begriffsjurisprudenz - einfach zur Normalität selbstreferentieller

---

152. Man vergleiche nur die programmatische "Mitteilung der Herausgeber: Zum ersten Heft der Zeitschrift für Rechtssoziologie", ZfRSoz 1980, 1ff. mit den Beiträgen in den letzten Jahrgängen dieser Zeitschrift.

153. Vgl. K.F. Röhl, Rechtssoziologie, Köln-Berlin-Bonn-München 1987, 61-62; R. Lautmann / M. Meuser, Verwendungen der Soziologie in Handlungswissenschaften am Beispiel von Pädagogik und Jurisprudenz, KölnZfSS (1986), 685ff., 697ff.

154. Auch diese Kritik hat eine fast 20-jährige Tradition; vgl. J. Münstermann, Zur Rechtstheorie Niklas Luhmanns, KJ 1969, 325ff.

155. G. Teubner hat sich gegen die Übernahme dieser Funktion verwahrt und gleichzeitig die Kundgabe einschlägiger Signale verweigert; vgl. "Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation", Florence 1985, 5-6.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Systeme[156]. Politische Instrumentalisierungen und Materialisierungen des Rechts stoßen, auch wenn der "sozialstaatliche Verrechtlichungsschub" als irreversibler Prozeß hinzunehmen ist, auf ihre durch die Ausdifferenzierung des Rechts, der Wirtschaft und der Politik als autopoietische Systeme gesetzten Grenzen; eine Substitution rechtlicher Entscheidungen durch politisch-inhaltliche Vorgaben ist praktisch undurchführbar und kann allenfalls zur Entdifferenzierung der Gesellschaft führen. Der normative Impetus der Materialisierungsvorstellungen erscheint ebenso chancenlos wie die Idee einer Prozeduralisierung des Rechts, weil sich in den ausdifferenzierten Systemen nur systemspezifische Reflektionsmoralen herausbilden können[157]. In der "Porösität" des juristischen Diskurses und der Verlagerung der Rechtsproduktion auf dezentrale Netzwerke "manifestiert sich eine neue Art der Episodenverknüpfung, die auf eine 'Verdrahtung' mit spezifischen Kommunikationskreisläufen hinausläuft"[158]; solche Erscheinungen gefährden jedoch die Autonomie des Rechtssystems nicht, solange sie nur Programmstrukturen (die Art der Verknüpfung von Normativität und

---

156. Vgl. G. Teubner, "And God Laughed...". Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law, Typoskript Florenz 1988. Aus den Schriften N. Luhmanns vgl. vor allem: Die Rückgabe des zwölften Kamels. Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts, Typoskript Florenz 1984, 22ff.

157. Verrechtlichung, a.a.O. (Fn. 96); Prozeduralisierung, in: G. Brüggemeier/Ch. Joerges, op.cit. (Fn. 13), 91f.

158. Episodenverknüpfung: Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht, in: D. Baecker u.a. (Hrsg.), Theorie als Passion. Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag, Frankfurt 1987, 423ff., 437.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Faktizität) verändern, den Rechtscode (die Unterscheidung Recht/Unrecht) aber nicht berühren[159].

Kann man sich bei der "Einschätzung" dieser Aussagen einfach auf die politische Semantik verlassen? Zunächst müßte man wissen, ob es überhaupt möglich ist, die systemtheoretischen Beobachtung des Rechtsystems in diesem selbst zur Geltung zu bringen. Wenn Systeme autopoietisch geschlossen operieren, darf man sich solche Übertragungen nicht als Aktualisierung von Fremd-Beobachtungen des Rechts durch das Rechtssystem vorstellen[160]. Dem systemtheoretisch belehrten Beobachter bleibt aber die Möglichkeit, diese Aktualisierung dadurch anzuregen, daß er sich in die Rechtsdiskurse einschaltet, in denen über dogmatische Grundbegriffe, über rechtliche Regelungsmöglichkeiten und über die Interpretation gesellschaftlicher Zusammenhänge gestritten wird. Sobald er dies tut, kommt er nicht umhin, den Status seiner Beobachtungen zu verändern: Der Rechtsdiskurs ist normativ; wer sich in ihn hineinbegibt, muß "strikt heuristisch"[161] gemeinte Annahmen normativ umformulieren. Dabei verwandeln sich die Beobachtungen der

---

159. A.a.O. 442.

160. Vgl. N. Luhmann, Closure and Openness: On Reality in the World of Law, in: G. Teubner (ed.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, Berlin-New York 1988, 335ff., 337.

161. Introduction to Autopoietic Law, in: ders., (ed.), Autopoietic Law, op.cit., 1ff., 2; N. Luhmann würde sagen: Die Annahmen, die in die Realitätskonstruktionen der Theorie autopoietischer Systeme eingehen (a.a.O., 343).

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The author(s). European University Institute.

Systemtheorie teils in normative Orientierungen (z.B.: die Autonomie des Rechtsystems mit ihrer Recht/Unrecht-Codierung soll vor Entdifferenzierungen bewahrt, die zivilisatorischen Errungenschaften relativ autonomer Ordnungen sollen geschützt werden), teils in rechtliche Problemdefinitionen (z.B.: das Recht soll sich auf Konflikte zwischen den Rationalitätsmustern funktional differenzierter Teilsysteme einstellen, das an Individuen und Gruppenorientierte auf systemisches Denken umstellen, das Vertragsrecht als Rekonstruktion gesellschaftlicher Umweltanforderungen begreifen). Der Wechsel von der Beobachter- in die Teilnehmerrolle erfordert eine Einstellung, die sich mit N. Luhmanns ironischen Beschreibungen des juristischen Diskurses[162] nicht verträgt. Wichtiger aber: Die Teil- und Binnensysteme, die der systemtheoretisch orientierte Beobachter auf seine Realitätsbeschreibungen und Problemdefinitionen verpflichten will, nehmen an dem juristischen Diskurs nicht teil; die Akteure dieses Diskurses mögen systemisch (mit-)denken, aber sie können die Funktionen, Leistungen, Reflektionen der Systeme dadurch nicht substituieren. Nun geht ein solcher Einwand gewiß an der These (und ihren Begründungen) einfach vorbei, daß sich der gesellschaftliche Zusammenhang überhaupt nicht über Individuen und Gruppen herstelle. Aber er besagt immerhin, daß der systemtheoretischen Beobachtung die normativen Elemente des juristischen Diskurses unzugänglich bleiben

---

162. Vgl. nur: Die Rückgabe des zwölften Kamels, a.a.O. (Fn. 156), 32f.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

und daß eine normative Umformulierung der systemtheoretischen Beobachtungen diesen Mangel nicht wettmachen kann, daß also rechtliche Problemlagen sich letztlich nicht ausschließlich systemtheoretisch rekonstruieren lassen[163].

c) Flexibilisierung des Rechts

Habermas' Rekonstruktionen moralischer Gehalte des Formalrechts und die Idee einer moraltheoretischen Begründung für die Prozeduralisierung der Rechtskategorie überschätzen die Kräfte der praktischen Vernunft; die systemtheoretischen Analysen der Kontingenzen des Rechts sind nicht radikal genug und überschätzen die Leistungen von Systemen - mit diesen Kurzformeln läßt sich K.-H. Ladeurs "Destruktion" der "konstruktiven" deutschen Projekte kennzeichnen. Seine Alternative einer "Flexibilisierung" des Rechts kommt der strukturalistisch und der post-strukturalistisch motivierten Skepsis der amerikanischen Rechtskritik unter allen deutschen Ansätzen am weitesten entgegen. Aber Ladeurs Alternative bleibt doch, wie sich an ihren Perspektiven erkennen läßt, ein sehr deutsches Projekt.

---

163. Entsprechende Schwierigkeiten, wie sie hier für das Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik behauptet werden, sieht K. Günther in dem Verhältnis zwischen dem "Code" des Rechtssystems und den über seine "Programmierungen" vermittelten Umweltanpassungen (Anwendungsdiskurse, a.a.O., Fn. 141, 467).

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

Im Zentrum von Ladeurs Rekonstruktion der Anfänge des modernen Rechts steht ein artifizielles Produkt: das nur in der Erkenntnistheorie autonome, in Wahrheit aber politisch vom absolutistischen Staat abhängige und psychologisch gespaltene, durch sein Über-ich auf eine Verzichtsethik programmierte Subjekt[164]. Das Recht der "Gesellschaft der Individuen" stellt sich insgesamt als eine spezifische Diskursformation dar, die sich den Individuen mit den beiden Polen der Subjektivität einschreibt: mit der Fiktion eines erkenntnistheoretisch und moralisch autonomen Subjekts und mit der Kontrolle dieses Subjekts durch den Souverän, durch die Sachgesetzlichkeiten der Sozialordnung, durch moralische Universalitätsansprüche. Ladeurs Analyse der Entwicklung des modernen Rechts ist die Analyse des Zerfalls jener Diskursformation. Der "negativen" Philosophie (Nietzsche, Wittgenstein, Heidegger) kommt dabei eine Vorreiterfunktion zu. Die Kritik der auf das Subjekt fixierten Reflexionphilosphie gehört aber in den Kontext sich verändernder historischer Bedingungen, die seit der Jahrhundertwende den um das Rechtsubjekt zentrierten Rechtsdiskurs affizieren. In Max Webers Theorie des Formalrechts kündet sich diese Veränderung an. Weber will zwar das Recht noch auf eine einheitliche Rationalitätsstruktur festlegen, aber dabei lösen sich bereits beide Pole der Rechtssubjektivität (die Individualität der Rechtsperson

164. K.-H. Ladeur, "Abwägung" - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt -New York 1984, 121-184; vgl. schon ders., Von der Gesetzesvollziehung zur strategischen Rechtsfortbildung, Leviathan 1979, 332ff.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

und die Universalität des personifizierten Staates) auf. Das Formalrecht soll jetzt Handlungszusammenhänge (Märkte/Bureaukratien) stabilisieren und die Interdependenzen und Widersprüche der Gesellschaft müssen von Politikern permanent austariert werden[165]. Die Desintegration der "Gesellschaft der Individuen" geht jedoch über Webers Stabilisierungsversuche hinweg. Die Verallgemeinerung der Rechtssubjektivität ermöglicht im sozialen Bereich die Formierung kollektiver Akteure mit inkommensurablen Interessen; für die staatlich-politische Einwirkung auf die Gesellschaft entwickelt sich ein diffuser Set von Strategien, der sich keinem einheitlichen Muster mehr zuordnen läßt, sondern ökonomische, politische, soziale und institutionelle Interdependenzen berücksichtigt und operativ ausnutzt[166]. Unter den neuen Bedingungen der "Gesellschaft der Organisationen" kann das Recht keine kohärente gesellschaftliche Ordnung mehr repräsentieren. Die "prozessierende Rationalität der Konzertierung" strategischer Einflußnahmen, die wechselseitige Abstützung rechtlicher Strategien und nicht-rechtlicher ideologischer Praktiken müssen die "Integration" der Gesellschaft

---

165. "Abwägung", a.a.O., 135f., 149f., 208f.

166. A.a.O., 153f.; zur Situation im Deutschland der 20er Jahre und zur nationalsozialistischen Reaktion vgl. K.-H. Ladeur, Sprachformationen und Rechtsparadigma. Eine modelltheoretische Skizze des deutschen Verwaltungsrechts im 20. Jahrhundert, in: E. von Heyen, Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten (Ius Commune. Sonderheft 21), Frankfurt 1984, 189ff., 200ff.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

übernehmen[167].

Die deutsche Pointe des Ladeurschen Ansatzes besteht nun darin, daß er seine Analysen nicht (mehr) nur zur Destruktion "herrschender" Vorstellungen benutzt, sondern nach rechtlichen Formeln zur Stabilisierung der Instabilität sucht und diese Formeln dann auch in Interpretationsvorschlägen und Forderungen zu aktuellen rechtspolitschen Themen konkretisiert[168]. Es gelte, die Heterogenität rechtlicher Diskurse, die "Unordnung" partikularer Rechte zu respektieren und sich mit "Kompatibilisierungen" ihrer Pluralität zu begnügen. Die Rechtsetzung müsse zu experimentellen, Optionen eröffnenden und erhaltenden Formen finden, die Verwaltung habe sich als Katalysator von Entwicklungsmöglichkeiten zu begreifen, die Rechtsinterpretation (Dogmatik) habe sich auf den Verlust der Einheit des Rechts einzustellen und zur Strukturierung horizontaler Interdependenzen überzugehen[169].

---

167. "Abwägung", a.a.O., 172f., 214; vgl. schon K.-H. Ladeur in: F. Hase/K.-H. Ladeur, Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System. Studien zum Rechtsstaatsproblem in Deutschland, Frankfurt-New York 1980, 224ff.

168. Z.B.: Jenseits von Regulierung und Ökonomisierung der Umwelt: Bearbeitung von Ungewissheit durch (selbst-)organisierte Lernfähigkeit - Eine Skizze, ZfU 1987, 1ff.; Rundfunkverfassung für die "Informationsgesellschaft"? Selbstorganisation von "taste communities" als Alternative zum Markt und zur Öffentlichrechtlichen Integration, Publizistik 31 (1986), 147ff.

169. "Abwägung", a.a.O., 200ff., 221ff.; vgl. K.-H. Ladeur, Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie. Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmann Konzept der "Einheit des

(Footnote continues on next page)

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Ladeur scheint überzeugt, daß diese Formeln nicht nur Denknotwendigkeiten und -möglichkeiten, sondern auch - wenigstens in Feldern wie dem Umweltrecht - praktischen Handlungszwängen oder doch - wie im Medienrecht - der Entwicklungslage der "relationalen" Gesellschaft entsprechen. Aber wie soll der Übergang von der Entdeckung pluraler Diskursformationen zu "konstruktiven", wie immer offen und plural ausgestalteten Regelungsverfahren ohne Kriterien für diese Verfahren möglich sein[170]. Und wie, wenn nicht durch das Recht, kann gewährleistet werden, daß die "relationale" Gesellschaft

---

(Footnote continued from previous page)

Rechtssystems", Rechtstheorie 16 (1985), 383ff., 422ff. (englische Fassung: Perspectives on a Post-Modern Theory of Law: A Critique of Niklas Luhmann, "The Unity of the Legal System", in: G. Teubner (ed.), Autopoietic Law, op.cit., Fn. 160, 242ff., 272ff). - In konkretere Kontexte übersetzt: Das Umweltrecht hat sich auf die prozeßhaften Veränderungen seines Gegenstandsbereichs (der Belastungen ausgesetzten Umwelt) einzustellen und für die Koordination, Subordination, Kompatibilisierung verschiedener Akteure und Interessen zu sorgen. Deshalb sollen Umweltregulierungen (Grenzwerte) in offenen Kommissionsverfahren gefunden werden, in denen alle relevanten Disziplinen und auch jeweils "fundierte" Gegenpositionen zu Wort kommen. Die gesetzliche Überprüfung soll sich dann auf die Gewichtung der Belange, die Begründung einer Grenzwertfestsetzung und die einzelnen Verfahrensschritte beschränken, während der Verwaltung ein Planungsermessen zuzugestehen sei (K.-H. Ladeur, Zum planerischen Charakter der technischen Normen im Umweltrecht - Zugleich ein Beitrag zum Wyhl-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts -, UPR 1987, 253ff., 258f.).

170. Vgl. die Argumentation von A. Wellmer, Zur Dialektik von Moderne und Postmoderne. Vernunftkritik nach Adorno, Frankfurt 1985, 106-107.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

ihre Offenheit nicht einfach nach dem Vorbild anarchischer Wettbewerbsprozesse organisiert[171]?

2. Visionen, Desillusionierungen, lokale Praktiken

Die Frage nach den Perspektiven der Kritik ist der neuralgische Kern der deutsch-amerikanischen Debatte. Eine Reihe von Gründen für diese Verständigungsschwierigkeiten sind im Zusammenhang mit den Diskussionen über den Rechtsformalismus und die postliberalen Entwicklungen im modernen Recht bereits gekennzeichnet worden[172]. Die amerikanische Formalrechtskritik hat die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft suspendiert, um sich auf Analysen des Rechtsdiskurses und dessen Verankerung im Kosmos liberaler Traditionen zu konzentrieren. Demgegenüber bemühen die deutschen Ansätze sich nach wie vor um Rekonstruktionen des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft, mit deren Hilfe die sozialen Funktionen des Rechts bestimmt und die Einflußmöglichkeiten des Rechts abgegrenzt werden. Diese Differenzen haben Konsequenzen für die Auseinandersetzungen mit den antiformalen Tendenzen im

---

171. Mit "herzlichen Grüßen ins Chaos" hat G. Teubner auf Ladeurs Kritik des reflexiven Rechts reagiert (Anmerkungen zu Ladeurs Konzept des "strategischen Rechts", in: G. Brüggemeier/Ch. Joerges, Hrsg., op.cit., Fn. 13, 340ff., 346). Eine freundlichere Lesart der konkreten Regelungsvorschläge Ladeurs kann darauf verweisen, daß implizit die Flexibilisierung des Rechts immer wieder durch Überlegungen begrenzt wird, in denen K. Günther Angemessenheitsargumentationen und die Attraktivität des Universalisierbarkeitsprinzips wiedererkennen würde.

172. Vgl. oben I 3 und II 3.

© The Author(s). European University Institute. Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

modernen Recht. Diese Tendenzen werden in den amerikanischen Analysen überwiegend bloß als Entfaltung der ursprünglichen Widersprüchlichkeit des liberalen Diskurses interpretiert, während sie in den deutschen Beiträgen mit der Komplexität gesellschaftlicher Verhältnisse, mit den Integrationsproblemen funktional differenzierter Gesellschaften, mit der Ablösung der Gesellschaft der Individuen durch die relationale Gesellschaft der Organisationen in Verbindung gebracht werden. Für den Anspruch, mit dem die Kritik auftritt, und für die Perspektiven, die sie sich setzt, haben diese Unterschiede eine paradoxe Konsequenz. In den deutschen Ansätzen bilden die jeweiligen gesellschaftstheoretischen Annahmen den Ausgangspunkt fär Problemdiagnosen; zugleich bezeichnen sie Grenzen von Entwicklungsmöglichkeiten. So respektiert die "Prozeduralisierung" des Rechts "Systemzwänge"; die "Flexibilisierung" des Rechts soll lediglich Entwicklungsmöglichkeiten offenhalten; die autopoietische Rechtstheorie geht ohnehin davon aus, daß gegen die Einstellung des Rechtsystems auf die Funktionsbedingungen funktional differenzierter Gesellschaften nichts einzuwenden und nichts auszurichten sei. Demgegenüber tritt die amerikanische Kritik, soweit sie sich auf die Rationalität des Rechts bezieht, radikaler und, was dem gesamtgesellschaftlichen Kontext ihrer Projekte betrifft, zumeist sehr viel bescheidener auf.

a) Grenzüberschreitungen in Rechtsdiskursen

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

Auf Roberto M. Unger treffen diese generalisierenden Kennzeichnungen wiederum[173] nicht zu. Unger geht es um nichts Geringeres als eine neue politische Philosophie in praktischer (Veränderungs-)Absicht, die sich den vom CLS-Movement im allgemeinen als unlösbar behandelten Fragen stellt, die den normativen Skeptizismus, den Existenzialismus, den Strukturalismus und den Poststrukturalismus zurückweist und überdies noch als prospektive Theorie gesellschaftlicher Transformationsprozesse angelegt ist[174]. Im Gesamtzusammenhang seiner politischen Philosophie hat Unger die Programmatik einer "expanded or deviationist doctrine" entwickelt und exemplarisch veranschaulicht, wie er sich den Beitrag der Rechtswissenschaft zur Erneuerung der Gesellschaft vorstellt[175].

Wie die (hier berücksichtigten) amerikanischen Autoren insgesamt geht Unger davon aus, daß die soziale Welt als Konstruktion zu

---

173. Vgl. zur Liberalismuskritik Ungers oben I 2 vor a und zu seiner Analyse postklassischer Rechtsentwicklungen oben II 2 a.

174. Vgl. Knowledge and Politics, op.cit. (Fn. 41); Law in Modern Society, op.cit. (Fn. 33); Passion. An Essay on Personality, New York-London 1984; das dreibändige Opus Politics, a Work in Constructive Social Theory, Cambridge-New York-New Rochelle-Melbourne-Sydney 1987 ist mir noch (April 1988) nicht zugänglich. - Aus der immer noch spärlichen Sekundärliteratur vgl. D. Cornell, Toward a Modern/Postmodern Reconstruction of Ethics, 133 U. Pa. L. Rev. 291, 327-358 (1985); P. Goodrich, Law and Modernity, The Modern L. Rev. 49 (1986), 545ff.; N.T. Duxbury, Look Back in Unger: A Retrospective Appraisal of Law in Modern Society, Modern L. Rev. 49 (1986), 658ff.; H. Collins, Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement, J. of Law and Society 14 (1987), 387ff.

175. The Critical Legal Studies Movement, a.a.O. (Fn. 112).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

begreifen ist, daß folglich den Formationen des Bewußtseins eine Schlüsselfunktion für das Verständnis und für die Veränderung der sozialen "Wirklichkeit" zukomme. Unger insistiert dabei aber auf einer spezifischen Bedeutung gerade des Rechts und der Funktionen rechtlicher Auseinandersetzungen. Die Stabilität politischer und ökonomischer Institutionen sei immer davon abhängig, daß sie sich als gerechte oder doch praktisch notwendige Ordnungen darstellten[176]. Diese Abhängigkeit könne sich die Kritik am Recht zu Nutze machen; aber die Kritik sei erst dann chancenreich, wenn sie eine glaubwürdige Theorie sozialer Veränderungen, regulative Ideen für die Rekonstruktion von ökonomischen und politischen Institutionen und dementsprechende rechtliche Kategorien entwickele[177].

Von diesen Annahmen ausgehend, skizziert Unger die institutionellen Vorbedingungen für eine Hierarchien und Klassen überwindende Demokratie, für die Umorganisation von Regierungen, für eine die Dichotomien von Marktsteuerung und staatlichen Kontrollen ablösende dezentralisierte Wirtschaftsverfassung - und neue Rechtskategorien, die diesen Visionen einer neuen Gesellschaft entsprechen und sie tragen würden[178]. Der "Superliberalismus" dieser Vision sei, so betont Unger, nicht aktionistisch, sondern nur über vielfältige,

176. A.a.O., 582.

177. A.a.O., 583-586.

178. A.a.O., 586-602.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The author(s). European University Institute.

beschwerliche und auch riskante Teilveränderungen erreichbar. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft in diesem Veränderungsprozeß sei begrenzt, aber auch unverzichtbar: Sie soll sich von den regulativen Ideen für die Gesamtverfassung der Gesellschaft leiten lassen und zugleich zeigen, daß diese Ideale keine abstrakten Utopien bleiben müssen, sondern vielmehr im Recht selbst angelegt sind und in den rechtlichen Entwicklungen konkreter entfaltet werden können.

Am ausführlichsten hat Unger diese transformatorischen Aufgaben am Beispiel des Vertragsrechts erläutert[179]. Der Ausgangspunkt seiner Argumentation sind die ursprünglichen Grenzen und die späteren Erosionen des Anwendungsbereichs des "klassischen" Vertragsrechts. Die Beschränkung des Vertragsrechts auf kommerzielle Interaktionen, die Familien- und Freundschaftsbeziehungen von seinem Geltungsanspruch ausnehmen, interpretiert Unger als einen Ausdruck gegensätzlicher Anschauungen über die angemessene Strukturierung des vom geschäftlichen Egoismus strukturierten privaten Vertragshandelns einerseits, der privaten Gemeinschaftsbeziehungen andererseits. Beide Bereiche habe das Recht durch die Fiktion der Machtfreiheit des Vertragshandelns und durch die Verleugnung innerfamiliärer Machtstrukturen ideologisch verzeichnet. Aber der Gegensatz zwischen

179. A.a.O., 616-644. - Unger hat sich angewöhnt, auf Fußnoten zu verzichten. Das mag angesichts der Hypertrophie und der autoritären Gestik dieser Technik eine sinnvolle Demonstration sein. Die Folge ist aber, daß vor allem die Argumentation mit Rechtsprechungsentwicklungen, die für Unger einen erheblichen Stellenwert hat, auch für interessierte ausländische Leser weithin undurchsichtig bleibt.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Vertrags- und Gemeinschaftsbeziehungen, die wechselseitige Interdependenz beider Sozialsphären und die Kritik ihrer ideologischen Verzeichnungen inspiriert eine alternative Doktrin: die Idee einer auf sozialen Interdependenzen gründenden Obligation. Auch innerhalb des ursprünglichen Anwendungsbereichs des Vertragsrechts entdeckt Unger entsprechende Möglichkeiten. Die Institutionalisierung von Märkten durch das Rechtsprinzip der Vertragsfreiheit werde durch vielfältige Techniken im Namen von Fairnessgeboten erodiert - mit Rücksicht auf soziale Abhängigkeiten durch die Ausdifferenzierung des Arbeitsrechts, mit Rücksicht auf Machtungleichheiten durch diskretionäre und indirekte Vertragskontrollen. Wiederum verweist der Gegensatz zwischen Freiheit und Fairness, zwischen dem Geltungsbereich der Vertragsfreiheit und der Berechtigung zwingender Regelungen, den die herrschenden Vertragsrechtsdoktrinen vergeblich in Regeln und Ausnahmen zu begreifen versuchen, auf die Gegenvision einer aus wechselseitigen Abhängigkeiten entstehenden Obligation. Die Verwirklichung dieser Gegenvision kann auf die normative Abhängigkeit der Interaktionsformen von Gemeinschaftsbeziehungen und des Fairnessgebots für die Ausgestaltung von Obligationen setzen. Sie hängt aber gleichzeitig davon ab, daß sich die ökonomischen und politischen Institutionen im Sinne der zuvor entworfenen gesamtgesellschaftlichen Perspektiven verändern - es ist die Aufgabe der "deviationist contract doctrine", solche Veränderungsprozesse schrittweise normativ zu antizipieren und dabei die regulative Idee des "superliberalism" allmählich zu konkretisieren.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The Author(s). European University Institute.

Diese grobe Skizze kann den Reichtum der Ungerschen Analyse des Vertragsrechts nur andeuten. Aber sie ermöglicht doch einige vergleichende Beobachtungen. Ungers "deviationist doctrine" trifft sich darin, daß sie Doktrinen als rechtliche Konzeptualisierungen gesellschaftspolitischer Ordnungsvorstellungen interpretiert, methodisch mit der im Kontext der Sozialstaatsdiskussion entwickelten Programmatik der Materialisierung des Formalrechts[180]. Ebenso entspricht die Forderung, die Entwicklung dogmatischer Konzeptionen auf das regulative Ideal einer neuen Verfassung der Gesellschaft zu beziehen, deutschen Bemühungen um eine Rekonstruktion von Rechtsentwicklungen im Rahmen einer materialen Verfassungstheorie[181]. Von diesen Ansätzen unterscheidet die "deviationist doctrine" sich dadurch, daß sie ihre transformativen Visionen entschiedener als Alternativen zu den Interdependenzgefügen, Prinzipien und Gegenprinzipien des positiven Rechts entwickelt. Man kann gerade wegen dieser Differenzen Ungers Ansatz als Möglichkeit zur Überwindung der normativen und konzeptuellen Engpässe lesen, in die sich die deutsche Sozialstaatsdiskussion hineinmanövriert hat[182]. Aber diese Korrektur wäre anspruchsvoller und riskanter als die Selbst-Korrektur der Materialisierungsprogrammatik durch die Idee einer Prozeduralisierung der Rechtskategorie. Die (deutsche) normative

---

180. Vgl. oben I 1 b bei Fn. 91 sowie Fn. 125f.

181. Vgl. oben I 1 a bei Fn. 85.

182. Vgl. oben I 2 b bei Fn. 93ff. und I 2c.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Orientierung am Universalisierbarkeitskriterium soll lediglich die Voraussetzungen für die intersubjektive Geltung moralischer Normen klären, und in der rechtlichen Programmatik der Prozeduralisierung geht es in erster Linie um die Institutionalisierung von Voraussetzungen für eine "vernünftige" kollektive Willensbildung und für angemessene Entscheidungen über kollidierende Rechtsansprüche. Demgegenüber scheint Unger der politischen Philosophie eine sehr viel weitergehende Antizipation richtiger Inhalte und dem Recht sehr viel mehr zuzutrauen als bloß die unparteiliche Entscheidung über kollidierende Interessen[183].

b) Desillusionierungen

"'Trashing' is wat de meeste Critical Scholars bezighoudt"[184]. Diese Kennzeichnung des CLS-Movement und die irritierte Anfrage, die in ihr mitschwingt, sind auch ohne Übersetzung verständlich: Worin besteht der Sinn einer Rechtskritik, wenn kontradiktorische Widersprüche das moderne Recht beherrschen wie die Erbsünde die Menschheit und die Aufklärung über die Grenzen der praktischen Vernunft jede Hoffnung auf eine Lösung jener Widersprüche als Illusion entlarvt? Die Antworten auf diese Anfrage sind aus den

183. Vgl. schon oben II 2 a bei Fn. 110.

184. J. v. Petegehem, "Critical legal studies": Deconstructie of romantisch kartesianisme?, Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 16 (1987), 187ff., 189.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository. © The author(s). European University Institute.

allgemeinen theoretischen Grundlagen der amerikanischen Diskussion allein nicht ableitbar. Diese Antworten reflektieren immer auch mehr oder weniger umfassend die Rahmenbedingungen der Kritik: die Relevanz des akademischen Rechtsdiskurses für die Rechtspraxis und die "politische Kultur", die Funktionen des Rechts in sozialen Auseinandersetzungen, die Stabilität der politischen Verhältnisse und der demokratischen Traditionen Amerikas. Dementsprechend nuancenreich fallen die Antworten aus und dementsprechend schwierig sind sie für ausländische Beobachter interpretierbar.

Eines der elaboriertesten und konsequentesten Bekenntnisse zum "trashing" hat Mark Kelman abgelegt[185]. Die Kritik darf sich, so lautet seine Botschaft, nicht auf die Anklage der gesellschaftlichen Verhältnisse beschränken, die sie vorfindet, und nicht bei den Theorien haltmachen, die diese Verhältnisse legitimieren. Sie muß ebenso radikal mit den Gegenentwürfen besserer Welten oder den Strategien zu ihrer Verwirklichung verfahren - und zu den Konsequenzen stehen. So registriert der Trasher dankbar, daß etwa Unger in seinen konstruktiv-transformatorischen Visionen über bloß emotional überzeugende Formeln, von denen man nicht wissen kann, was sie bedeuten sollen, hinauskommen möchte; aber er hält skeptische (realistische) Distanz gegenüber der Idee einer auf Moralität gegründeten Gesellschaftsverfassung[186]. Der Trasher ist bereit,

185. M.G. Kelman, Trashing, 36 Stan. L. Rev. 293 (1984).

186. A.a.O., 344.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

höchst kritische Beschreibungen der gesellschaftlichen Verhältnisse in den USA und anderswo zu übernehmen[187]. Aber er sieht ebenso die technischen und die normativen Dilemmata aller auf die Veränderung gesellschaftlicher Institutionen gerichteten Reformanstrengungen[188]. Dem Trasher bleibt der Rückzug auf lokale Praktiken. Als Rechtslehrer hat er es mit Doktrinen, mit Studenten, Kollegen - kurzum: einer konkreten Arbeitsumwelt zu tun. Seine Kritik kann die Unvernunft oder (tragische) Komik rechtswissenschaftlicher Rationalisierungen entlarven und dabei demonstrieren, daß der wissenschaftliche Diskurs endlos und prätenziös um substantielle Fragen kreist, zu denen die professoralen Protagonisten in Wahrheit keinen privilegierten Zugang besitzen[189]. Hier scheint das Trashing eine spezifische theoretische Grundlage und eine praktische Perspektive zu finden. Offenbar manifestiert sich die Vermachtung der Gesellschaft in Mikropraktiken, an denen jede Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse ansetzen muß[190]. Aber der professorale Trasher, der sich in dieser Einstellung dem Geschäft der Wissenschaftskritik zuwendet, muß doch erfahren, daß ihn das

---

187. A.a.O., 337f.

188. A.a.O., 388-340; auf die mit diesen Vorbehalten verbundene Debatte um die empirische Rechtsforschung kann hier lediglich verwiesen werden: vgl. F. Munger/C. Seron, Critical Legal Studies versus Critical Legal Theory: A Comment on Method, 6 Law & Policy, 257 (1984); W.C. Whitford, Lowered Horizons: Implementation Research in a Post-CLS World, Wisc. L. Rev. 1986, 755.

189. A.a.O., 323.

190. A.a.O., 321, 345.

© The author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Objekt der Kritik zu eben den abstrakten ("high falutin, technical, and ritzy") Übungen zwingt, deren Sinnlosigkeit er eigentlich entlarven möchte[191]. - Anything goes? Nothing goes: Der Zirkel des Trashing schließt sich hermetisch, wenn die Verhältnisse insgesamt und auch noch die Vernunft selbst unvernünftig sind.

c) Auswege

Die Selbstblockade der Rechtskritik ist schwer auszuhalten. Kelman signalisiert die Bereitschaft, in praktischen Auseinandersetzungen reformistische Positionen mit Argumenten auszustatten[192]. Dies wäre kaum mehr als ein dezisionistischer Ausweg. Es bleibt die Hoffnung, daß die Destruktion des rationalistischen Diskurses utopisch-spekulative Energien freisetzen könne. Diese Hoffnung liest man häufig[193]. Die Begründungen variieren. Duncan Kennedy etwa hatte seine Rekonstruktion der Widersprüchlichkeit des liberalen Rechts derart angelegt, daß die im Formalrecht angelegten Gegenprinzipien selbst als Hoffnungsträger fungieren konnten und überdies für - wie immer unvollkommene - pragmatische Parteinahmen zugunsten dieser

---

191. A.a.O., 326.

192. A.a.O., 299; vgl. ders., A Guide to Critical Legal Studies, op.cit. (Fn. 138), 5 -

193. M.G. Kelman, a.a.O., 321, Fn. 68 verweist vor allem auf A.D. Freeman, Truth and Mystification in Legal Scholarship, 90 Yale L.J. 1029 (1981,): "The point of delegitimation is to expose possibilities more truly expressing reality, possibilities of fashioning a future that might at least partially realise a substantive notion of justice...", a.a.O., 1030.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Gegenprinzipien plädiert[194]. Eine methologische Variante der "konstruktiven" Umwendung des radikalen Skeptizismus ist J.M. Singers Versuch, eine postmoderne Argumentationsmöglichkeit zu beschreiben, die zum einen die Grenzen zwischen rechtlichen, politischen und moralischen Diskursen überwindet und sich zum anderen von der Suche nach Letztbegründungen befreit[195]. Ein rechtsdogmatisches Beispiel schließlich gibt Claire Dalton in ihrer Behandlung des Vertragsrechts[196].

Meine Anfragen zu diesen theoretischen, methodischen und doktrinellen Beiträgen wiederholen sich: Ist es möglich, die "liberale" Diskursformation insgesamt als eine spezifische Konfiguration von Prinzipien und Gegenprinzipien oder als Relation zwischen dominanten Konzeptionen und ihren "dangerous supplements" zu begreifen? Bedeutet die Konzentration der Rechtskritik auf den rechtlichen Diskurs, daß Transformationsprozesse verkürzt dargestellt werden? Kann das Plädoyer für einen alternativen Diskurs ohne Rationalitätsunterstellungen auskommen und auf Konzeptualisierungen der Funktionen gerade des Rechts verzichten? Es

194. Vgl. oben I 2 c bei Fn. 58f. und II 2 c bei Fn. 123; nach dem Widerruf der "basic contradiction" (oben Fn. 46) freilich bleiben von diesen Utopien nur noch authentische Augenblicke spontaner Freiheitsäußerungen (Roll Over Beethoven, a.a.O., Fn. 46, 43).

195. The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory, 94 Yale L.J. 1 (1984); dazu die Kritik von J. Stick, Can Nihilism be Pragmatic?, 100 Harv. L. Rev. 332 (1986).

196. Oben III 2 c bei Fn. 130ff.

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.

muß genügen, diese Anfragen am Beispiel von Daltons Behandlung des Vertragsrechts zu konkretisieren.

Das klassische Vertragsrecht hat sich, so zeigt Dalton, niemals völlig von öffentlichen Regelungsansprüchen emanzipieren und als wirklich unabhängiges Privatrecht etablieren können[197]. Warum darf man demgegenüber nicht einfach sagen: Die Idee der allein auf die Willensübereinstimmung der Beteiligten gegründeten "Richtigkeit" von Verträgen war normativ unhaltbar, weil sie von den sozialen Kontexten jener Willensäußerungen abstrahierte, und sie ist auch praktisch-politisch niemals durchgesetzt worden? In den nachklassischen Entwicklungen der Vertragsrechtdoktrinen spürt Dalton sensibel und scharfsinnig dem Fortwirken der liberalen Widersprüchlichkeit nach. Indessen: In den Methoden der Vertragsauslegung, in den Entwicklungen und systematischen Ergänzungen der Irrtumslehren, in dem Vordringen objektiver Inhaltskontrollen und in den Überlagerungen des Vertragsrechts durch faktische Verträge, bereicherungsrechtliche Wertabschöpfungen, deliktsrechtliche Verhaltenspflichten (und durch zahllose wettbewerbsrechtliche, kartellrechtliche und sonstige Regulierungen) werden vormals "außer-rechtliche" Voraussetzungen des Vertrages rechtlich berücksichtigt. Sind die "neuen" Inkohärenzen, die sich aus der Ausdifferenzierung immer neuer und immer speziellerer Vertragsrechtsordnungen ergeben in der Sprache der "alten"

197. A.a.O., (Fn. 62), 1010ff.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

Widersprüchlichkeit hinreichend erfaßbar? Die modernen objektivistischen Vertragsrechtsdoktrinen haben ihr subjektivistisches Supplement gewiß nicht ablegen können. Aber trifft diese Beobachtung die zentralen Schwierigkeiten der Versuche, von Staats wegen die "Richtigkeit" von Vertragsinhalten vorab festzulegen[198]? Am Beispiel der nichtehelichen Lebensgemeinschaft führt Dalton vor[199], wie sie sich eine Integration der von den Vertragsrechtsdoktrinen negierten Themen vorstellt. Sie zeigt, daß in den unterschiedlichen rechtlichen Konstruktionen jener Lebensgemeinschaften spezifische Vorstellungen über die Beziehungen zwischen Frauen und Männern, über die Rollenverteilungen und über die Sexualität in diesen Beziehungen eingehen. Sind die Probleme einer Verrechtlichung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, die diese Analyse freilegt, und die Perspektiven für eine Beurteilung, die Dalton entfaltet, bloß beliebige Sichtweisen? Ich kann sie nicht anders lesen als denn überzeugende Argumente gegen doktrinelle Fehlwahrnehmungen und als Plädoyer für eine Rekontextualisierung der Doktrin, die angemessenere Beurteilungen ermöglichen würde.

3. Schlußbemerkung

Der erste deutsch-amerikanische Gedankenaustausch über Rechtskritik und Rechtssoziologie im Jahre 1980 ist nicht besonders fruchtbar

---

198. Bei Fn. 135.

199. A.a.O., 1095ff.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

ausgefallen. Die deutschen Berichterstatter, verwirrt über die Vielfalt, die Experimentierlust und die Emotionalität der amerikanischen Debatten, haben nach Klarheit verlangt und hierfür Lesehilfen angeboten; Thomas Heller hat leicht konsterniert, aber höflich reagiert und, statt die Fragestellungen nicht-empirischer, nicht-analytischer, nicht-pragmatischer Theorieansätze zu verteidigen, den Kontext ihrer Entstehung zu erläutern versucht[200]. Meine Berichterstattung ist der Mahnung, zunächst einmal die Berechtigung der referierten Strömungen gegenüber der empirischen Rechtssoziologie, der analytischen Philosophie oder auch der marxistischen Staatstheorie darzulegen, nicht nachgekommen, hat aber auch den Kontext gerade der amerikanischen Ansätze vernachlässigt. Sie hat stattdessen einen bestimmten deutschen Diskussionszusammenhang zu entfalten versucht und Fragestellungen, die in diesem Zusammenhang entstanden sind, an die amerikanischen Beiträge herangetragen. Dieses Unternehmen ist nur sinnvoll, wenn die Gegenstände der Auseinandersetzungen auf beiden Seiten des Atlantiks eben nicht allein von historischen und aktuellen Besonderheiten bestimmt sind, wenn es also tatsächlich im Kern um international virulente Themen geht. Dies scheint mir in der Tat der Fall zu sein. Mein Bericht hätte, statt den "internen" Diskussionszusammenhang der deutschen und amerikanischen Ansätze zu

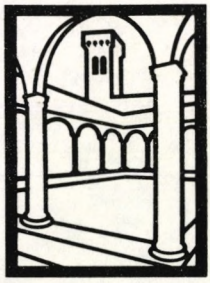
---

200. Vgl. E. Klausa, K.F. Röhl, R. Rogowski, H. Rottleuthner, Rezensionen eines Denkansatzes: Die Conference on Critical Legal Studies, ZfRSoz 1 (1980), 85ff. und die Replik von T.C. Heller, a.a.O. (Fn. 138).

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

betonen, auch von den jeweiligen "internen" Differenzen ausgehen können, um transatlantische "konstruktive" Gemeinsamkeiten aufzuzeigen oder Verbindungen zwischen normativen und kognitiven Skeptikern herzustellen. Er hätte den inneramerikanischen Einwänden gegen die verschiedenen Richtungen der CLS-Movement nachgehen und sie mit den deutschen Vorbehalten sowie der innerdeutschen Resonanz gesellschaftstheoretisch orientierter rechtswissenschaftlicher Ansätze vergleichen können. Für die These, daß die hier dokumentierte deutsch-amerikanische Debatte eben nicht bloß Differenzen der je eigenen Geschichte und Kultur reproduziert, wären auf diese Weise vielfältige Belege zu gewinnen.

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.



EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the European University Institute, Florence.

A complete list and copies of Working Papers can be obtained free of charge - depending on the availability of stocks - from:

The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I - 50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

Please use order form overleaf

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

PUBLICATIONS OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

To The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I - 50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

From **Name** .....
Address .....
.....
.....
.....

Please send me:

☐ a complete list of EUI Working Papers

☐ the following EUI Working Paper(s):

No.: .....

Author, title: .....
.....
.....
.....
.....

Date: .....

Signature: .....

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

PUBLICATIONS OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE JUNE 1988

87/300:	A. ELZINGA, P. NABER, R. CIPPOLLINI, F. FACCIOLI, T. PITCH	Decision-Making About Girls by the Criminal Justice System in Holland and Italy
87/301:	S. LEES, J. SHAW, K. REISBY	Aspects of School Culture and the Social Control of Girls
87/302:	Eleanor MILLER, Rosa ANDRIEU-SANZ and Carmen VAZQUEZ ANTON	Becoming a Teenage Prostitute in Spain and the U.S.A.
87/303:	Mary EATON and Lode WALGRAVE	A comparison of crime and its treatment amongst girls in Britain and Belgium
87/304:	Annie HUDSON Edna OPPENHEIMER	Towards an effective policy for delinquent girls
87/305:	G. VAN DER LAAN and A.J.J. TALMAN	Computing, Economic Equilibria by Variable Dimension Algorithms: State of the Art
87/306:	Paolo C. GARELLA	Adverse Selection and Intermediation
87/307:	Jean-Michel GRANDMONT	Local Bifurcations and Stationary Sunspots
87/308:	Birgit GRODAL/Werner HILDENBRAND	Income Distributions and the Axiom of Revealed Preference
87/309:	Eric PEREE/Alfred STEINHERR	Exchange Rate Uncertainty and Foreign Trade
87/310:	Giampaolo VALDEVIT	American Policy in the Mediterranean: The Operational Codes, 1945-1952 *
87/311:	Federico ROMERO	United States Policy for Postwar European Reconstruction: The Role of American Trade Unions *
87/312:	Pietro REICHLIN	Output-Inflation Cycles in an Economy with staggered wage setting
87/313:	Neil KAY, Jean-Philippe ROBE and Patrizia ZAGNOLI	An Approach to the Analysis of Joint Ventures *
87/314:	Jane LEWIS	Models of Equality for Women: The Case of State Support for Children in 20th Century Britain

* :Working Paper out of print

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

PUBLICATIONS OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE JUNE 1988

87/315: Serge NOIRET	Nuovi motivi per studiare i meccanismi delle leggi elettorali. Una riflessione metodologica a proposito della legge del 1919 in Italia
87/316: Alain GOUSSOT	Les sources internationales de la culture socialiste italienne à la fin du 19e siècle et au début du 20e siècle. Problèmes de la composition de l'idéologie du PSI et ses rapports avec la circulation des idées en Europe
87/317: Eamonn NOONAN	Württtemberg's exporters and German protection, 1931-36
87/318: Jean-Pierre CAVAILLE	Theatrum Mundi. Notes sur la théatralité du Monde Baroque.
87/319: Peter RAPPOPORT and Lucrezia REICHLIN	Segmented Trends and Nonstationary Time Series
87/320: Douglas GALE	A Strategic Model of Labor Markets with Incomplete Information
87/321: Gianna GIANNELLI	A Monopoly Union Model of the Italian Labour Market
87/322: Keith PILBEAM	Sterilization and the Profitability of UK Intervention 1973-86
87/323: Alan KIRMAN	The Intrinsic Limits of Modern Economic Theory
87/324: Andreu MAS-COLELL	An Equivalence Theorem for a Bargaining Set
88/325: Angela GROPPI	"La classe la plus nombreuse, la plus utile et la plus précieuse". Organizzazione del lavoro e conflitti nella Parigi rivoluzionaria.
88/326: Bernd MARIN	Qu'est-ce que c'est "Le Patronat"? Quelques enjeux théoriques et observations empiriques
88/327: Jean BLONDEL	Decision-Making Processes, Conflicts, and Cabinet Government
88/328: Ida KOPPEN	The European Community's Environment Policy. From the Summit in Paris, 1972, to the Single European Act, 1987

* :Working Paper out of print

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

		of Austria
88/330:	Milica UVALIC	"Shareholding" in Yugoslav Theory and Practice
88/331:	David CANNING	Convergence to Equilibrium in a Sequence of Games with Learning
88/332:	Dalia MARIN	Trade and Scale Economies. A causality test for the U.S., Japan, Germany and the UK
88/333:	Keith PILBEAM	Fixed versus Floating Exchange Rates Revisited
88/334:	Hans Ulrich Jessurun d'OLIVEIRA	Die EWG und die Versalzung des Rheins
88/335:	Felix Fitzroy and Kornelius Kraft	Piece Rates with Endogenous Monitoring Some Theory and Evidence
88/336:	Norbert LORENZ	Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften - verfassungsrechtliche Chancen und Grenzen einer europäischen Integration erläutert am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs und Italiens -
88/337:	Domenico Mario NUTI	On Traditional Cooperatives and James Meade's Labour-Capital Discriminating Partnerships
88/338:	Pietro REICHLIN and Paolo SICONOLFI	Government Debt and Equity Capital in an Economy with Credit Rationing
88/339:	Alfred STEINHERR	The EMS with the ECU at Centerstage: A proposal for reform of the European Exchange rate system
88/340:	Frederick VAN DER PLOEG	Monetary and Fiscal Policy in Interdependent Economies with Capital Accumulation, Death and Population Growth
88/341:	David CANNING	Optimal Monetary Policy in an Economy without a Forward Market for Labour
88/342:	Gunther TEUBNER	"And God Laughed..." Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law
88/343:	Jean BLONDEL	Ministerial Careers in Western European Governments

* :Working Paper out of print

© The Author(s). European University Institute.
Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.

PUBLICATIONS OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE JUNE 1988

88/344:	Joerg MAYER	Intervention Mechanisms and Symmetry in the EMS
88/345:	Keith PILBEAM	Exchange Rate Management and the Risk Premium
88/346:	Efisio ESPA	The Structure and Methodology of International Debt Statistics
88/347:	Francesc MORATA and and Jaume VERNET	Las Asambleas Regionales en Italia y España: Organizacion Institucional y Reglas de Funcionamiento
88/348:	Milica UVALIC	The Investment Behaviour of the Labour-Managed Firm: An Econometric Analysis
88/349:	Massimo PANEBIANCO	Latin-American Identity in the International and Economic Structure
88/350:	Gregorio ROBLES	La Cour de Justice des CE et les Principes Gãnãraux du droit
88/351:	Alan KIRMAN	On Ants and Markets
88/352:	Gianna GIANNELLI	Labour Demand, Pricing and Investment Decisions in Italy: An Econometric Analysis
88/353:	Niall O'HIGGINS	The Progressivity of Government Taxes and Benefits in Ireland: A Comparison of Two Measures of Redistributive Impact
88/354:	Christian JOERGES	Amerikanische und deutsche Traditionen der soziologischen Jurisprudenz und der Rechtskritk
88/355:	Summary of Conference debates and abstracts of selected interventions	The Future Financing of the EC Budget EPU Conference 16-17 October 1987

* :Working Paper out of print

Digitised version produced by the EUI Library in 2020. Available Open Access on Cadmus, European University Institute Research Repository.
© The Author(s). European University Institute.