

## Freisetzendes und eingrenzendes Recht

Die Bundesrepublik ist durch eine Doppelstruktur des Rechts, der Bürokratien, der politischen und sozialen Netzwerke und Diskurse, ja sogar mancher Rollen der einzelnen Person geprägt. Die eine Struktur ist die der immer neuen Entfesselung des Individuums, sei es eine Person oder ein Unternehmen, sodaß es ungehemmt produzieren und verkaufen bzw. kaufen und konsumieren kann. Die andere Struktur ist die der immer neuen Eingrenzung des Individuums, wenn seine Freisetzung zu sozialen Kosten führt.

### I.

Die Struktur der Freisetzung hat verschiedene Facetten. Diese wandeln sich im Laufe der Geschichte.

Eine Facette ist die der unbezahlten Aneignung fremder Substanzmittel. Sie ist vor Zeiten als Landnahme (»Einhegung«) gesehehen, sodaß die Bauern in Lohnarbeit treten und sich damit einer zweiten unbezahlten Aneignung, nämlich ihrer Mehrarbeit, ausliefern mußten. Sie geschieht heute auf eine Weise, indem Landschaft verbraucht wird und Boden, Wasser und Luft als kostenlose Abfalldeponie dienen, sodaß Erholung, Nahrung, Trinkwasser und vielleicht bald auch reine Luft nur noch als Ware zu haben sind und jede Person zum allround-Fremdversorger wird.

Eine andere Facette ist die der Freisetzung individueller Erfindungsgebe und deren wirtschaftlicher Verwertung. Sie hat zur Erschließung immer neuer Produktivkräfte und Produktionsmittel geführt: der verschiedenen Energiequellen, der Ersetzung von menschlicher Arbeit durch Maschinen und dieser durch Biotechniken, weiterhin des Ausbaus der Steuerungstechniken durch die Informatik. Sie hat immer neue, möglichst kurzlebige Waren auf den »Markt« gebracht, an dessen Tropf die Konsumenten zu hängen ihr ebenfalls gelang.

Eine dritte Facette sind die der Freisetzung dienenden staatlichen Infrastrukturleistungen, die schwer privat ausgegrenzt und verkauft werden kön-

nen und deshalb öffentlich produziert werden müssen. Sie reichen von den Straßen über die Sozialisationsinstanzen bis zur Polizei.

Welche Rolle spielt das Recht dabei? Der Fall zeigt, daß es wenig Sinn hat, von »dem Recht« zu sprechen, ohne Rücksicht auf den inhaltlichen Kontext, in dem es steht. »Freisetzendes« Recht ist – im Unterschied zu der noch zu besprechenden Schutzgesetzgebung, an die die Kritiker des »regulativen Ansatzes« meist denken – durchaus wirksam. Allerdings wäre es falsch anzunehmen, daß das Recht zuerst gesetzt wird und dann kausal bestimmte Strukturen erzeugt. Vielmehr ist es zugleich Bestandteil, Ausdruck und unter Umständen auch (nachträgliche) Rationalisierung dieser Strukturen. Aber es wirkt, im Unterschied zu der Schutzgesetzgebung, nicht kontrafaktisch, sondern synergetisch.

Um welche Art Recht handelt es sich? Zu ihm gehören Grundwerte wie die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die von der Einbindung in Kollektive befreit, das Privateigentum, dessen Mehrung und Verteidigung gegen andere akzeptiert wird, die Freiheit der Forschung, die den immensen Ideen hunger stillt, die Gehorsamkeit gegenüber Gesetz und vertraglicher Bindung, die in einem delikaten Verhältnis der Doppelmoral stehen muß zu der Fähigkeit, unter Umständen gegen Gesetz und Verträge zu verstoßen, das Prinzip der Subsidiarität staatlicher Ingerenz, das staatliche Monopol physischer Gewalt, das aber nicht notwendig private strukturelle Gewalt ausschließt, das auf Notlagen reduzierte Sozialstaatsprinzip, der von der wirtschaftlichen Prosperität abhängende (und diese deshalb hegende) Steuerstaat, die Freistellung der Wissenschaft von der gesellschaftlichen Rechtfertigung ihrer Projekte, das Recht auf Wahl der Ausbildung nach Können und Motivation.

Diesen Grundwerten entsprechen konkrete Rechtsformen, die dem gesellschaftlichen Verkehr zur Verfügung gestellt werden und ihn flüssig machen, z. B. die Aktiengesellschaft, das privatrechtliche Eigentum an Sachen, das Patentrecht, der Schutz des Betriebsgeheimnisses, die technische Normung, die Vertragstypen mit der grundsätzlichen Abschlußfreiheit, Ausgleichssysteme wie das Haftungsrecht, die Mängelhaftung und der Bereicherungsausgleich.

Den Grundwerten entsprechen weiterhin konkrete Rechtsformen, die den gesellschaftlichen Verkehr vor sich selbst, d. h. vor in ihm angelegten Überreibungen, schützen, z. B. die Berufszulassung, damit schwarze Schate nicht die ganze Branche desavouieren, die obligatorische Versicherung gegen Anlagen-, Arbeits-, Produkt- oder Verhaltensrisiken, damit Arbeiterinnen oder Nachbarn, Käuferinnen oder Verkehrsteilnehmer nicht abgeschreckt werden, das Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsrecht, das die

Verkehrsformen, wenn jemand sie benutzt, sanktioniert, die polizeiliche Generalklausel und das Strafrecht/Strafvollzugsrecht, wenn jemand die »nicht-kontraktuellen Voraussetzungen« der Verkehrsformen (Durkheim) verletzt.

Konkrete Rechtsformen der Infrastrukturleistungen sind z. B. das gemein-derechtliche Subsidiaritätsprinzip, das die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auf das erforderliche Minimum reduziert, das energiewirt-schaftsrechtliche Versorgungsgebot,<sup>1</sup> die Fundierung der Steuern auf die wirtschaftliche Wertschöpfung, das Gebot der Wirtschaftlichkeit des öffent-lichen Finanzgebarens, aber auch – im Interesse größerer Flexibilität – die Freistellung staatlicher Subventionierung der Forschung und Entwicklung vom Parlamentsvorbehalt, d. h. der Steuerung durch parlamentarische und damit öffentlicher Kritik ausgesetzte Vorgaben,<sup>2</sup> schließlich der Schul-zwang, der Anschluß- und Benutzungszwang für Strom, Wasser, Abfallbe-seitigung u. a.

## II.

Die Freisetzung des Individuums führt mit einer gewissen Zwangsläufigkeit zu Folgen, die von vielen als unerträglich empfunden werden, was Schutz-normen nach sich zieht. Die beiden bekanntesten Folgen sind: formale Frei-heiten des Kontrahierens peremptureren und verstärkten faktische Ungleich-heit der Konkurrenten und Kontrahenten auf dem Arbeits- und Gütermarkt. Und: die individuell-betriebswirtschaftliche Rechnung externalisiert Kos-ten, die zu Umweltschäden und Ressourcenraub führen. Es entsteht dann kritische Öffentlichkeit. Betroffene organisieren sich, selbst wenn sie nach der ökonomisierenden Logik kollektiven Handelns eigentlich nicht or-ganisierbar sind. Netzwerke ähnlich Denkender spinnen sich in Bürokratien hinein, Wahlen werden beeinflußt, besondere Ministerien, Behörden, Ab-teilungen werden gebildet, und schließlich wird eingrenzendes Recht ge-setzt, d. h. Schutzgesetzgebung zugunsten von Arbeitnehmern, von Ver-brauchern, und von denjenigen, die sich zu Anwälten der Umwelt machen. Typischerweise ist es Schutzgesetzgebung für inländische Klientelen, denn ausländische Betroffene haben keinen Zugang zum inländischen politischen

System. Leben sie im richtigen Land, einem, das z. B. Mitglied der Euro-päischen Gemeinschaften ist, so steht ihnen (zunehmend) der Weg über die supranationalen Instanzen offen, denn auf der supranationalen Ebene wie-derholt sich die Doppelstruktur einerseits der Freisetzung des international agierenden Kapitals von nationalen Bindungen und andererseits der Ein-grenzung der daraus entstehenden sozialen Kosten. Leben sie dagegen im falschen Land, insbesondere den Ländern der niedrigen Löhne, der cash crop-Produktion, der billigen Rohstoffextraktion, der Abfalldeponierung, so fehlt ihnen nicht nur der supranationale Weg, vielmehr werden sie mehr oder weniger subtil durch ihre eigenen Eliten oder die ausländischen Inve-storen am Aufbau einer kritischen Öffentlichkeit gehindert.

Doch auch die inländisch erzeugte Schutzgesetzgebung erweckt Zweifel hinsichtlich ihrer Durchschlagskraft. Schon ihre verfassungsrechtliche Fundierung zeigt eine deutliche Nachrangigkeit. Das Sozialstaatsprinzip ist erfolgreich gegen Primärverteilungskonzepte zu einer bloßen Garantie eines Existenzminimums kleingearbeitet worden.<sup>3</sup> – Das Gleichheitsgebot ist ge-gen Konzepte der Herstellung von Chancengleichheit zu einem – zudem formalen – Gleichbehandlungsgebot entschärft worden.<sup>4</sup> – Die Eigentums-garantie hat das Bundesverfassungsgericht zwar sehr radikal zur Disposi-tion des Gesetzgebers gestellt, indem es die abstrakte gesetzliche Dimen-sionierung möglicher privater Positionen nur durch eine formbare Institut-sgarantie begrenzte und hinsichtlich bereits bestehender Positionen bei an-gemessenen Übergangsfristen eine entschädigungslose Auflösung zuließ,<sup>5</sup> doch hat die in praxi relevantere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an der traditionellen Konzeption weitgehend festgehalten, nach der es für die Frage, ob eine Enteignung vorliegt, nur auf die individuelle Rechtsposi-tion, ihre (richterlich zu bestimmende) Sozialpflichtigkeit und die Ein-griffsschwere ankommt.<sup>6</sup> – Alle Freiheitsrechte sind, neben dem allgemei-nen Gesetzesvorbehalt und den speziellen Vorbehalten gesetzlicher Ein-griffe, von Rechtsprechung und Doktrin unter den zusätzlichen Schutz des Übermaßverbots gestellt worden, das unverhältnismäßige, nicht erforder-liche und ungeeignete Eingriffe verbietet. – Ein Umweltgrundrecht, auch ein nicht materielles, sondern auf Verfahrensgarantien zielendes, hat keine

1 S. § 1 Energiewirtschaftsgesetz.

2 Anderes gilt nur, soweit solche Subventionierung als »wesentliche Entscheidung« anzusehen ist, vgl. BVerfG 77, 170 (231), 49, 89 (126). Dem BVerfG ist bisher kein einschlägiger Fall vorgelegt worden.

3 BVerfGE 40, 121 (133): weitergehende Formulierungen (\*gerechte Sozialordnung\*) sind nicht viel wert, weil alles der Disposition des Gesetzgebers überlassen wird, s. BVerfGE 65, 182 (193); 69, 272 (314).

4 Vgl. E. Stein im Alternativkommentar zum Grundgesetz, Art. 3 Rz. 71 f.

5 BVerfGE 58, 300 ff.

6 BGHZ 90, 4 ff. und 17 ff. Dazu G. Winter, Über Plöcke im wandernden Rechtsboden, Krit. Justiz 1986, 459 ff.

Chance, nur eine Staatszielbestimmung des Umweltschutzes wird in die Verfassung aufgenommen werden.<sup>7</sup> Es erleidet damit das gleiche Schicksal wie das Recht auf Arbeit.<sup>8</sup>

Zweifel bestehen insbesondere aber hinsichtlich der Implementation einmal erreicher Schutzgesetzgebung. In der Tat finden sich empirische Bestätigungen für die Ineffektivität eingrenzenden Rechts in Fülle. Blickt man genauer hin, zeigen sich jedoch meist dennoch Effekte, die durch die klassische Normkonzeption (: Erwartung, die bei Abweichung mit unterschiedlicher Wahrscheinlichkeit sanktioniert wird) oder lineare input-output-Modelle (die uns übrigens die gleiche Symmentheorie gelehrt hat,<sup>9</sup> die uns nun davon abbringen will) gestellt werden. Läßt man sich auf einen ver-schlungenen Zusammenhang von Normwirkungen ein, so zeigt sich ein weites Feld latenter und vermittelter Effekte, die den Normzweck teilweise dennoch verfolgen, ihn aber auch verlassen oder geradezu ins Gegenteil verkehren können.

Solche latenten Wirkungsweisen können schon im Normprogramm selbst, mehr oder weniger versteckt, eingeschrieben sein. Eine solche, wie man sagen könnte, Selbstentkräftung des Programms findet sich z. B. bei sozial-staatlichen Leistungsrechten, die bei voller Ausnutzung die öffentlichen Haushalte überfordern würden. Indem z. B. das Sozialhilferecht statt eines Pauschalanspruchs einzelne situationsabhängige Teilansprüche gewährt, verlangt es der Antragstellerin eine gewisse Professionalität in der Darstellung der eigenen Not ab und setzt sie wiederholten Degradierungen aus. Hinzukommt die »passive Institutionalisierung« der Verwaltung, die nicht aktiv die Anspruchsberechtigten aufklärt und zur Antragstellung ermuntert. Diese und andere Filter sorgen dafür, daß die Nachfrage nach Sozialhilfe klein gehalten wird. Ein Nebeneffekt ist das »creaming the poor«, mit dem ein »creaming the political discontent« einherzugehen scheint. So werden diejenigen Bevölkerungsschichten zufriedener gestellt, die sich am ehesten noch politisch artikulieren würden, wenn sie leer ausgingen.<sup>10</sup>

Das »creaming the poor« kann so weit gehen, daß eine relativ besser gestellte Bevölkerungsgruppe geradezu vor schlechter gestellten »Problemgruppen« geschützt wird, obwohl nach dem Normzweck gerade die letzteren gefördert werden sollen. Das ist im sozialen Mietwohnungsbau zu beob-

achten. Private (weniger dagegen kommunale) Vermieter sortieren aus den Bewohnern um Sozialwohnungen diejenigen aus, die von den Bewohnern des Hauses als störend empfunden werden, z. B. alleinstehende Wohnungslose, Straftatlassene, ehemals Drogenabhängige, Sozialhilfeempfänger, große Familien. Dies gelingt, indem man die gesetzlichen Kriterien für dringliche Fälle so generell formuliert, daß ihnen auch weniger dringliche Fälle subsumiert werden können, die dann im Zuteilungsprozeß die wirklich Bedürftigen verdrängen.<sup>11</sup>

Eine gerade in der Bundesrepublik beliebte Methode der Selbstentkräftung des Rechts macht von der Besonderheit Gebrauch, daß nach westdeut-schem Verwaltungsrecht die Klagebefugnis von betroffenen Dritten stark begrenzt wird. Ein Gesetz, das de facto auch einzelne Dritte schützt, z. B. das Erholungsraum bewahrende Naturschutzgesetz, gilt als Norm, die nur der Allgemeinheit und nicht einzelnen Personen zugute kommen will, wes-halb den letzteren auch keine Klagebefugnis zuerkannt wird. Vollzieht die Verwaltung das Gesetz nicht, gibt es keinen Kläger. Der Gesetzgeber kann also, wenn er den offiziellen Text inoffiziell entschärfen will, einerseits pu-blikumswirksam die schärfste Sprache sprechen und muß dabei andererseits zum Ausdruck bringen, daß er im Allgemeininteresse, nicht im Indi-vidualinteresse, handelt. Ein anderes Beispiel, das zugleich zeigt, wie interes-sierte Zeitschriftenartikler und ihnen folgend die Gerichte dem Gesetz-  
text nachträglich eine entkräftete Dogmatik einfüllen können, stellt das immissionsrechtliche Vorsorgegebot dar. Es zwingt zu behördlichem Ein-schreiten selbst bei solchen Immissionen, die nur geringfügige oder wenn auch hohe, so doch wenig wahrscheinliche Schäden verursachen, oder bei denen sich aus dem Stand der Wissenschaft nur ein Schädlichkeitsverdacht, kein -nachweis ergibt. Schreitet die Behörde nicht ein, so können diejeni-gen, die sich zusätzlichen Schutz erhofft hätten, nicht klagen, weil das Vor-sorgegebot als nur die Allgemeinheit, nicht als auch Individuen schützend angesehen wird.<sup>12</sup>

Eine weitere latente Wirkungsweise, die den Normzweck verläßt oder sogar pervertiert, besteht in der Bearbeitung (statt Erfüllung) von Erwartungen. Man kann sie auch als symbolischen Effekt bezeichnen. Die These von Murray Edelman:<sup>13</sup>

11 G. Winter, W. Winter-v. Gregory, Die Zuteilung von Sozialwohnungen, Düsseldorf 1983, S. 67 ff.  
12 BVerwGE 65, 313 (320); vgl. M. Kloepfer, K. Messerschmidt, Umweltrecht, München 1989, S. 262 f.  
13 M. Edelman, Politik als Ritual, Frankfurt 1976, S. 18.

»Wenn politische Handlungen die Menschen aufbringen oder zufriedenstellen, dann nicht durch Gewährung oder Verweigerung ihrer substantiellen Forderungen, sondern hauptsächlich durch Veränderung dieser Forderungen und Erwartungen.«

kann auch auf die Erzeugung und Anwendung von Recht übertragen werden. Ein Beispiel ist die Mobilisierung des Strafrechts als Mittel der Wirtschaftsverwaltung. Die Einleitung eines Strafverfahrens dient in diesem Bereich kaum der wirklichen Erzeugung von Veränderungsberbereitschaft bei dem privaten Verhandlungspartner, sondern signalisiert eher, daß man die Hoffnung aufgegeben hat und die konstruktive Beziehung gestört ist. Sie bietet der Behörde dagegen die Gelegenheit, der Öffentlichkeit zu demonstrieren, daß sie ihre Aufgabe ernstnimmt, sowie potentiellen anderen Obstrukteuren zu bedeuten, daß sich Kooperation lohnt. Auch geht es in dem Verfahren selbst nicht eigentlich um die Bestrafung eines realen Verhaltens, sondern um die Bestrafung der in der Obstruktion gezeigten Mißachtung der behördlichen Autorität.<sup>14</sup>

Ein klassisches Beispiel symbolischer Rechtswirkung ist die amerikanische Kartellgesetzgebung, wie sie von Thurmann Arnold analysiert worden ist.<sup>15</sup> Nach Arnold hat sie den Konzentrationsprozeß real nicht behindert, sondern eher noch gefördert. Die großen Unternehmen galten in der öffentlichen Meinung der USA ursprünglich per se als skrupellos, was Politiker bis hin zu Roosevelt zu vehementer Kritik (»trust busting«) veranlaßte. Sie widersprachen dem Ideal der freien Konkurrenz der Individuen. Hätte man die Konzentration nun wirklich verhindern wollen, wäre dies nach Arnold zum Beispiel durch progressive Steuersätze erreichbar gewesen. Stattdessen kam es zu einer Bearbeitung der öffentlichen Wahrnehmung. Die Anti-Trust-Gesetzgebung und -verwaltung eröffneten zwar einen Kreuzzug gegen die Trusts und befriedigten so die kritische öffentliche Meinung. Zugleich stellen sie aber die großen Unternehmen Individuen gleich, sodaß jene Unternehmen nicht mehr prinzipiell das Ideal der freien Konkurrenz verletzen. Nur die schlimmsten Praktiken, z. B. direkte Preisabsprachen, wurden unterdrückt; im übrigen blieb alles beim Alten.

Ein anderes Beispiel dafür, wie Recht nicht die Realität, sondern die Wahrnehmung und Bewertung der Realität verändert, ist die Mitbestimmungssetzung. Es ist empirisch für den Montanbereich festgestellt worden,

daß Mitbestimmung das Unternehmensverhalten kaum verändert.<sup>16</sup> Dennoch wurde sie vom Montanbereich auf die Gesamtwirtschaft ausgeweitet. Denn sie läßt die Arbeitnehmervertreter zumindest glauben, daß sie wirklich mitbestimmen. Oder, positiver gewendet: die Arbeitnehmer haben gelernt, wie sehr ihr eigenes Interesse mit dem des Unternehmens parallel läuft. So vermerkt auch das Bundesverfassungsgericht wohlgefällig: »Die Mitbestimmung ist namentlich als geeignet angesehen worden, die Marktwirtschaft politisch zu sichern.«<sup>17</sup>

Anderer Beispiele zeigen, wie Normen zwar durchaus auch die Realität und nicht nur deren Wahrnehmung und Bewertung verändern, das Erreichte jedoch weit hinter den Normzweck zurückfällt. Die im Tatbestand formulierten Wirklichkeitsbilder und die in der Rechtsfolge vorgesehenen Maßnahmen werden nicht nach dem Subsumtionsmodell ausgefüllt, sondern im Entscheidungsprozeß zwischen Behörde und Adressaten sowie u. U. auch Dritten ausgehandelt.<sup>18</sup> Der »Buchstabe« des Gesetzes wird zum Baustein der Verhandlungsposition der Interaktionspartner. Die Position der Behörde wird verstärkt, wenn die Tätigkeit des Betriebes genehmigungspflichtig ist, wenn die Behörde die Öffentlichkeit beteiligen muß, wenn sie Sanktionen verhängen könnte etc. Die Position des Betriebes wird gestärkt, wenn er auf behördliches Handeln oder Unterlassen oder auf Entscheidungsklagen könnte. Die Rechtspositionen werden im Aushandlungsprozeß keineswegs immer ernst genommen, sondern als Verhandlungsmasse ins Spiel gebracht. Die Behörde erzielt dann vielleicht einen sicheren Teilerfolg bald und verzichtet auf einen unsicheren Vollerfolg nach langwierigem Prozeß. Manchmal ergeben sich auch kontrainventionale Folgen: im Scheidungsrecht verzichtet die Frau vielleicht auf den Unterhaltsanspruch im Austausch gegen das Sorgerecht für die Kinder. Manchmal kann die Behörde über das Ziel hinausschießen: sie erteilt eine Genehmigung und läßt sich dies, obwohl sie dazu verpflichtet ist, noch vergolden, sei es durch an sich legale Leistungen, sei es schlicht durch Bestechung. Manchmal überzeichnet sie ihre Ausgangsposition, etwa, wenn der Anklagevertreter die Anklagepunkte vervielfacht (»overcharging«) um im plea bargaining Verhandlungsmasse zu haben.<sup>19</sup>

Daß die Wirkungen symbolisch bleiben statt Realität zu verändern, oder

16 Mitbestimmung im Unternehmen. Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, Köln 1970, insbes. S. 79, 81, 83, 17 BVerfGE 50, 250 (351).

18 S. W. Hoffmann-Riem, Konfliktmittler in Verhandlungsverhandlungen, Heidelberg 1989.

19 K. F. Schumann, Der Handel mit Gerechtigkeit, Frankfurt 1977, S. 133.

daß sie, wenn sie Realität verändern, auf haben Wege stehen bleiben, hat mit der Priorität des freisetzenden Rechts zu tun. Diese ermöglicht, Kapital und Macht zu bilden, bevor sich die negativen Folgen zeigen und eingrenzendes Recht zur Debatte steht. Eine Niederlage in der rechtspolitischen Debatte kann dann immer noch durch rechtsdogmatische Uminterpretation oder durch Widerstand gegen die Implementation weitgemacht werden, mit dem systemstabilisierenden Seiteneffekt, daß die betroffenen Schutzpetenten *glauben* können, sich durchgesetzt zu haben, was aber tatsächlich *nicht* oder nur (aber immerhin) *halb* der Wirklichkeit entspricht. (Die Theorie kommunikativer Systeme kann diesen Sachverhalt nicht differenziert erfassen, weil sie nicht zwischen Wirklichkeit und Kommunikation über Wirklichkeit unterscheidet.<sup>20</sup> Die materialistische Theorie ist insoweit fruchtbarer, weil sie diesen Unterschied macht.)

### III.

Trotz der Implementationsprobleme des eingrenzenden Rechts ist die auf das Individuum setzende Gesellschaft mit ihrer Doppelstruktur von Freisetzung und Eingrenzung bisher dem Anschein nach nicht schlecht gefahren. Sie hat sich als elastisch genug erwiesen, negative Folgen entgegen allen Zusammenbruchsprognosen immer wieder abzumildern und wegzunüppern.

Auch hier sollen keine solchen Prognosen gestellt werden. Dennoch besteht Anlaß genug, dem äußeren Schein der allgemeinen Wohlfahrt einige beängstigende, kaum noch latente Probleme entgegenzustellen. Ich nenne die drei meines Erachtens wichtigsten: die Diskriminierung eines großen Bevölkerungsteils in der »Zweitrittel-Gesellschaft«, der Verlust der natürlichen Lebensgrundlagen und der Reichtum auf Kosten der Dritten Welt.

Es liegt nahe, angesichts dessen an die radikale Alternative zu denken: statt Doppelstruktur Freisetzung – Eingrenzung Zusammenfügung beider in einem einheitlichen Konzept der eingegrenzten Freiheit. Dessen zentralistische Variante, die Volk und Staat identifiziert, ist aber längst gescheitert. Über ihre Ursachen und die Möglichkeiten eines dritten Weges wird noch viel, kann hier aber nicht diskutiert werden.<sup>21</sup> Jedenfalls hat das Einheitskonzept weitgehend sowohl die produktive individuelle Energie erschaffen wie die öffentliche Artikulation der Betroffenenkritik verstummen lassen.

20 Z. B. N. Luhmann, Ökologische Kommunikation, Opladen 1986, S. 68 ff.

21 S. aber die Ansätze bei Heuer und Molhau in diesem Band.

Ich möchte mich damit begnügen, einige Mängel der beschriebenen Doppelstruktur zu nennen und Teilreparaturen vorzuschlagen, solche allerdings, die die Strukturen selbst betreffen und nicht nur auf eine Nachbesserung des eingrenzenden Rechts zielen.<sup>22</sup>

Ein Mangel liegt in den immanenten Beschränkungen der Öffentlichkeit, die sich jeweils bilden muß, wenn es zu Schutzgesetzgebung kommen soll. Öffentlichkeit entsteht vorwiegend am »Spektakel« (dem Sichtbaren) und als »Protest« (als öffentliches Zeugnis). Das Unsichtbare, noch nicht Bezeugbare, bleibt deshalb vernachlässigt. Weiterhin nehmen an der Öffentlichkeit Viele nicht teil, das diskriminierte eine Einwohnerdrittel nicht und erst recht die betroffenen Ausländerinnen nicht. Schließlich ist Öffentlichkeit zur Aufmerksamkeit nur zeitlich begrenzt fähig. Deshalb bedarf sie der rechtlichen Unterstützung, um ihr Zugang zu vorhandenem Wissen zu verschaffen (z. B. Akteneinsichtsrechte), um ihren Teilnehmerkreis auszuweiten (z. B. grenzüberschreitende Verfahrensteilnahmerechte, und zwar auch für ferne, aber nicht minder betroffene Personen), und um sie auf Dauer zu stellen (z. B. Verbandsrechte).

Ein weiterer Mangel auf der Seite des eingrenzenden Rechts liegt in der Überforderung der es vollziehenden Verwaltung, was zu einer Inflationierung des informellen Aushandelns und Kooperierens im Gesetzessvollzug führt. Soweit diese »flexiblen Formen« wegen ihrer Ubiquität gar als Element der Rechtsgeltung angesehen werden,<sup>23</sup> handelt es sich um eine soziologische Täuschung, die die normative Bedeutung des Phänomens überschätzt. Wer die genannten Formen dagegen sorgfältig in rechtlich zulässige und unzulässige sortiert,<sup>24</sup> muß sich vor einer legalistischen Täuschung hüten, die die faktische Bedeutung des Rechts überschätzt. Zu bewältigen ist das Problem nur bei strikter Trennung zweier Betrachtungsweisen: Selbstverständlich werden Normen *de facto* nicht vollständig programmgemäß vollzogen und ist die Verwaltungspraxis eher durch Problemlösung, Aushandeln (und Nichtstun) geprägt. Wird das Recht aber auch *normativ* zum Tauschposten im Aushandlungsprozeß, so ergibt sich eine paradoxe Folge für den parlamentarischen Prozeß. Bei der Gesetzgebung muß nun strategisch übertrieben werden, wenn man einen bestimmten gesellschaftlichen Zustand herbeiführen will. Nur wird die übertriebene Zielbeschreibung in

22 Zum folgenden s. auch G. Winter, Perspektiven des Umweltrechts, Deutsches Verwaltungsjahrbuch 1988, 659 ff.

23 A. Randelzhofer, D. Wilke, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, Berlin 1981.

24 E. Böhne, Informales Verwaltungshandeln im Gesetzesvollzug, Jahrbuch für Rechtssoziologie Bd. 7, Opladen 1980, S. 20 ff.; W. Hoffmann-Riem, a.a.O.

der normativ denkenden Öffentlichkeit für bare Münze genommen und ist deshalb nicht durchsetzbar. Ein Paradox folgt auch im praktischen Rechtsvollzug: wenn der Gesetzesadressat von vornherein weiß, daß das Gesetz von der Behörde nicht für bare Münze genommen, sondern als bargaining chip angesehen wird, vermindert sich durch diese selbe Erkenntnis der Tauschwert um ein weiteres Stück. Deshalb muß im normativen Diskurs immer wieder auf der Ernsthaftigkeit der geplanten oder geltenden Schutzgesetzgebung bestanden werden.

Insgesamt und auf Dauer ist aber die Kapazität des eingrenzenden Rechts (und seiner Basis in den entsprechenden Bürokratien, Öffentlichkeiten, politischen Netzwerken, Rollensegmenten) vermutlich zu gering, um gerade auch die sich subkutan akkumulierenden Folgeprobleme des freisetzen Rechts (und seiner Basis) zu bewältigen. Deshalb müssen Mängel und Reformen auch in diesem Letzteren gesucht werden, damit so der Problemdruck für das eingrenzende Recht von vornherein geringer wird.

Der Hauptmangel liegt in dem, was zugleich sein Hauptvorteil ist: der Freisetzung des individuellen, ja solipsistischen Kosten-Nutzen-Kalküls der Produzenten, Händler wie auch Konsumenten. Die Frage ist, ob man den Mangel beseitigen kann, ohne den Vorteil zugleich auszuschließen. Die Entwicklung neuer Techniken und Produkte vom Auto über die Kernkraft bis zur Informations- und Gentechnik, die jener Freisetzung geschuldet ist, zeigt in ihrer immer größeren Geschwindigkeit, daß der Spielraum groß genug ist, sie zu bremsen, ohne sie ganz zu stoppen. Solche Bremsen, m.a.W. die Folgenberücksichtigung, muß dem individuellen Kalkül internalisiert werden, sodaß schon in den ersten Phasen der Vorbereitung einer ökonomischen oder technischen Entscheidung die Folgen mitbedacht werden.

Dies gilt zum einen für die Kostenseite des Kalküls. In seiner Hinsicht häufen sich zur Zeit die Vorschläge, aus dem Mangel eine Tugend zu machen und – soweit es ökologische Folgeprobleme angeht – die Umweltkosten durch Abgaben den Verursachern zurückzuführen. Manche Vorschläge gehen soweit, das ganze Steuersystem von der Basis Wertschöpfung auf die Basis Wertvernichtung durch Ressourcenverbrauch umzustellen.<sup>25</sup> Man könnte hieran Vieles im Einzelnen aussetzen, vor allem Probleme der Gleichheit, der Zielgenauigkeit, der Verbrauchsmessung, der Aktualisierung der »Preise« aufzeigen, insgesamt betrachtet führt sich hier aber m. E. die Durchkapitalisierung der Gesellschaft selbst ad absurdum. Es kommt so, wie in der Fabel vom König Midas, der sich gewünscht hatte, daß alles

25. D. Teufel, Öko-Steuern als marktwirtschaftliches Instrument im Umweltschutz, Zeitschrift für Rechtspolitik 1988, 373 f.

was er berührt, zu Gold wird, und daran fast verhungerte.<sup>26</sup> Ganz im Gegenteil sollte das auf die Geldrechnung verengte individuelle Kalkül von dieser Verengung befreit und für die Wahrnehmung der Kosten in ihrer »Stofflichkeit« geöffnet werden. Es ist ja ohnehin nicht so, daß Unternehmen nur produzieren und verkaufen. Sie müssen zugleich auf ihre soziale und politische Akzeptanz achten, und warum sollte es nicht unter Umständen billiger sein, sich umweltverträglich zu *verhalten* als sich als umweltverträglich *darzustellen*. Tatsächlich ist zu vermuten, daß viele Abwehrklämpfe der Industrie gegen Umweltschutzaufgaben nur dazu dienen, Zeit für die Produktionsumstellung zu gewinnen. Dies könnte rechtlich unterstützt werden durch Einbau von entsprechenden Sensoren und Reflexionsschleifen in den betrieblichen Entscheidungsprozeß. Ein bereits teilweise realisierter Beispiel ist der Betriebsbeauftragte für verschiedene Aspekte des anlagenbezogenen (warum nicht auch: produktbezogenen?) Umweltschutzes,<sup>27</sup> ein anderes Beispiel sind rigorose Offenlegungspflichten hinsichtlich des Ressourcenverbrauchs und der Umweltbelastung durch Produktion und Produkte, von der Einschränkung des Schutzes von Betriebsgeheimnissen über die umfassende Produktkettenkennung bis zur betrieblichen Ökobilanz.

Problematischer, weil tabuisiert, sind Regelungen, die die Nutzenseite des individuellen Kalküls zur stofflichen Wahrnehmung hin öffnen sollen. In einer Warengesellschaft zählt der Tauschwert, nicht der Gebrauchswert. Von der Verkäuferin zu verlangen, daß sie auf den mangelnden Gebrauchswert der sich gut verkaufenden Ware hinweist, wäre naiv. Ein Stück weiter hilft u. U. staatlich unterstützter Warentest, der aber, weil er sich selbst wiederum verkaufen muß, das Problem der sicheren Warenmenge nicht lösen kann. Diese besteht darin, daß Waren nicht nur qualitativ schlecht sein können, sondern, daß die Menge, die konsumiert wird, zu groß ist, weil in ihr Energie und Rohstoffe verschwendet und unnötige Umweltbelastung aus Produktion und Abfall verursacht wird. Abstrakt ist zum Beispiel vermutlich fast Allen klar, daß der private Autoverkehr früher oder später drastisch eingeschränkt werden muß, weil der Nutzen die Kosten (Energieverschwendung, Klimaveränderung, Waldsterben, Unfälle) nicht rechtfertigt. Dennoch werden die Autos zwar besser, aber nicht weniger werden. Weder private noch staatliche Lösungen werden ernsthaft ins Werk gesetzt.

26. Glücklicherweise gab es damals in Phrygien noch einen sauberen Fluß, in dem Midas seine Melaise auswaschen konnte. Vgl. Ovid, Metamorphosen, Kap. XI (Den Hinweis verdanke ich meinem Vater, W. Winter).

27. S. dazu E. Rehbinder, Andere Organe der Unternehmensverfassung, Ztschr. f. Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1989, 305 ff.

Diese Unfähigkeit, nach Nutzungspunkten zu selektieren, ist möglicherweise die Achilleferse des Rechts der Warengesellschaft.

Neben diesen Ansätzen, das freigesetzte Individuum für Folgen verantwortlich zu machen, also einzuschränken, stehen andere, die es aus selbst gewohlenen Verstrickungen wieder befreien. Das klassische Instrument hierfür ist das Wettbewerbsrecht. Zum Teil deckt es ein gerade auch ökologisch gefährliches Phänomen mit ab, nämlich die (nicht exakt definierbaren) Großprojekte, die meist nur auf vermachteten Märkten starten können, um dann alle Ressourcen an sich zu ziehen, wodurch den Konkurrenten, die Alternativen, z. B. andere Technologien, entwickeln wollen, der Atem genommen wird. Das Wettbewerbsrecht, das eher dem eingrenzenden Recht zuzuordnen ist, stellt nun aber, wie oben gezeigt, gerade einen Paradoxfall von Nicht- oder Halbimplementation sowie (in Gestalt von sog. Bereichsausnahmen wie z. B. der Energiewirtschaft) Selbstentkräftung dar. Stattdessen wäre es vermutlich effektiver, Unternehmen, die Großprojekte planen, dadurch wirklich freizusetzen, daß der Staat ihnen die Zuschüsse verweigert.

Die Doppelstruktur Freisetzung – Eingrenzung fügt zwei Seiten zwar in ein an sich fruchtbares Spannungsverhältnis zusammen, doch bleiben die beiden Seiten letztlich borniert, weil die kritische Öffentlichkeit eine solche der von negativen Folgen Betroffenen, also eine partielle ist, und das »reintalisierende« produzierende Individuum dementsprechend eingeschränkt Rücksicht nimmt, wenn es sich nicht ohnehin auf sein solipsistisches Kalkül zurückzieht. Das Sankt-Florians-Prinzip ist durchaus Realität. Man muß also weiter fragen nach solchen Einrichtungen und deren Recht, die das Allgemeine erfassen, das heißt über den Tag, die Einzelinteressen, die unmittelbare Ursache, den nationalen Rahmen hinausblicken und auf die Systemstrukturen reflektieren. Zum Beispiel muß gesichert sein, daß eine Gesellschaft erkennt, daß die Arbeitszeitverkürzung eine immense Bedeutung in einer prima facie ganz anderen Arena hat, nämlich der ökologischen, und zwar positiv als Absorption von Arbeit wie negativ als Ausweitung der Freizeit.

Wenn es in einer pluralistischen Gesellschaft auch schwer ist, über das Allgemeine Einigung zu erzielen und es gar verbindlich neu zu regeln, so muß es dennoch untersucht und öffentlich diskutiert werden. Verzichtbar ist die ständig und detailliert eingreifende, die sich der Diskussion nicht stellende, sondern vorgefundene Wahrheiten verkündend und die der Gesellschaft ein bestimmtes, mit vereinten Kräften zu erreichendes Ziel steckende Regelung des Allgemeinen. Aber es muß eine Treppe von Foren geben, auf der jedes Interesse, das sich auf einer unteren Stufe als allgemeines gerieren

darf, auf einer höheren als partikulares erweist und rechtfertigen muß.<sup>28</sup> Deshalb verdienen diejenigen Instanzen, die das individuelle Kalkül und die partielle Betroffenheit zu transzendieren vermögen, besondere Aufmerksamkeit und einen auf dieses Vermögen zielenden rechtlichen Rahmen. Hierzu gehören die Wissenschaft und ein Wissenschaftsrecht, das die Forschung von betreibenden und betroffenen Interessen auf Distanz hält, hierzu gehören look out-Instanzen im politischen Vorfeld wie eine Technologiefolgen abschätzende Institution,<sup>29</sup> weiterhin durchaus auch die »etatistische Reserve« einer fachkundigen Bürokratie,<sup>30</sup> einer zu Strukturformen fähigen Legislative und einer fairen Prozeduren und Minderheiteninteressen sanktionierenden Judikative, schließlich gehören hierzu internationale Organisationen, die die auf nationaler Ebene verlorengehende Distanz zwischen Wirtschaft und Staat international wiederherzustellen vermögen.

<sup>28</sup> Das gilt auch für neuere Versuche einer Theorie der Selbstorganisation der gesellschaftlichen Subsysteme und deren »Äquilibration« (K. H. Ladeur, Vorüberlegungen zu einer ökologischen Verfassungstheorie, in: Demokratie und Recht 1984, S. 285 ff.). Es muß auch hier eine relativ distanzierte Instanz geben, die die Struktur der Selbstorganisation und Äquilibration organisiert. *Diesbezüglich* spontane Ordnung aus dem Chaos zu erwarten (vgl. I. Prigogine, I. Stengers, Dialog mit der Natur, München 1986, S. 176 ff., 193 ff., übersieht in vornehmlich biologisch-physikalischer Analogie, daß Sozialsysteme sich im Unterschied zu biologischen und physikalischen *unterschiedlich* ordnen können, nämlich auch z. B. totalitär. Vgl. auch die Betonung der Ordnungsleistungen einer (allerdings nicht explizierten) Metaebene bei G. Teubner, a.a.O., S. 149 ff.

<sup>29</sup> Vgl. den Bericht der Enquete-Kommission »Einschätzung und Bewertung von Technikfolgen« BT-Drucks. 10/5844 v. 14. 7. 1976.

<sup>30</sup> Zu dieser deutschen Tradition s. vergleichend St. Leibfried, Die Verwaltung der etatistischen Reserve, Leviathan 1975, S. 473 ff. und 1976, S. 97 ff.