

Peter Badura

Das Recht als gesellschaftliches Gestaltungsmittel

Von dem englischen Rechtshistoriker Sir Henry Maine stammt das Wort, daß die auffälligste Tatsache im Mechanismus des modernen Staates die Energie der gesetzgebenden Körperschaft sei. Der Ton ist hier darauf gelegt, daß die Energie der gesetzgebenden Körperschaften die Eigenart des modernen Staates in erster Linie bestimmt. Außerdem weist dieser Satz auf den Zusammenhang zwischen der Bedeutung und der Wirkungsweise gerade der gesetzgebenden Gewalt und der jeweiligen geschichtlichen Vorstellung vom Staat und seinen Aufgaben hin.

Wenn man das Recht ein „gesellschaftliches Gestaltungsmittel“ nennt, so meint man, daß die Rechtsordnung durch die gesetzgebende Gewalt geschaffen und verändert wird und daß auf diese Art und Weise eine Beeinflussung und Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse durch neues Recht möglich ist. Das Recht ist, wie das Thema sagt, ein „Mittel“ der Gestaltung der Gesellschaft. Angesichts dessen muß man zuerst fragen: Wessen Mittel eigentlich? Wer gestaltet die Gesellschaft durch das Recht? Wer ist das Subjekt dieser Gestaltung, die das Recht als Mittel benutzt? Die Antwort darauf könnte, wenn man nur als Jurist spräche, einfach lauten: Die gesetzgebende Gewalt. Aber wenn man weiter fragt, zeigt sich, daß diese eine Funktion des Staates ist, so daß es eigentlich um die Frage geht, ob und in welcher Weise davon gesprochen werden kann, daß der Staat die Gesellschaft durch die Tätigkeit der gesetzgebenden Gewalt gestaltet. Und weiter geht es um die Frage, ob und in welcher Weise das Recht überhaupt dazu geeignet ist, als ein Mittel dieser Gestaltung zu dienen.

Die damit aufgeworfenen Probleme sind offenkundig nicht solche der formalen Eigenschaften des Rechts und der juristisch analysierbaren Geltung von Rechtssätzen. Vielmehr handelt es sich um politisch und ideologisch zu beurteilende Probleme und zwar wohl insbesondere um die folgenden, womit zugleich in gewisser Weise das Programm meines Vortrages umrissen wird: Hat der Staat, wie er in unserer Sozial- und Verfassungsordnung organisiert ist, die Aufgabe zur Gestaltung der Gesellschaft? Mit welchen Zielen soll gegebenenfalls diese Gestaltung erfolgen? Ist dieser Staat überhaupt zu einer Gestaltung der Gesellschaft befähigt? In welcher Weise läßt sich gerade das Recht als ein Mittel der sozialen Gestaltung oder — wie man auch sagen könnte — „sozialer Kontrolle“ begreifen? Und schließlich: In welcher Weise bestimmt und begrenzt die Rechtsidee — die Gerechtigkeit — die dem Recht zugewiesene Aufgabe, gesellschaftliches Gestaltungsmittel zu sein?

I.

Tritt man diesen Fragen näher, muß man sich als erstes darüber klar sein, was es heißt, daß das Recht, mit dem wir es zu tun haben, *positives* Recht ist.

Die Betrachtungsweise, daß das Recht ein Instrument, gewissermaßen ein Werkzeug sei, diese instrumentale Betrachtungsweise vom Recht ist, wenn

man auf den geschichtlichen Hergang zurücksieht, keineswegs selbstverständlich. Es ist eine verhältnismäßig neuartige Eigenschaft, die dem Recht so zugewiesen wird. Sie beruht auf der erst in der europäischen Neuzeit wirksam gewordenen Vorstellung von der Positivität des Rechts. Was bedeutet das?

In unserer gegenwärtigen Gesellschaftsordnung und in allen hochzivilisierten Gesellschaftsordnungen der Gegenwart ist Recht positives Recht, d. h. von einem staatlichen Organ in einem besonderen Verfahren gesetztes und allen sonstigen sozialen Verhaltensregeln gegenüber vorrangiges Recht. Das Recht ist eine staatliche Rechtsordnung, deren Geltung in erster Linie von der Einhaltung bestimmter formaler Kriterien abhängt. Der Staat besitzt innerhalb eines bestimmten Territoriums das Monopol oder zumindest die Prerogative der Rechtsetzung, was bedeutet, daß nur die vom Staat oder kraft staatlicher Ermächtigung gesetzte Rechtsregel, der Rechtssatz, ein Verhalten mit normativer Endgültigkeit erlauben oder verbieten kann.

Dieser Begriff des positiven Rechts, der eigentlich immer gemeint ist, wenn wir in der Anschauung der heutigen Realitäten von „Recht“ sprechen, stellt eine notwendige und untrennbare Verbindung her zwischen der politischen Organisation der Gesellschaft im Staat und dem Recht. Es ist gewissermaßen ein staatlicher oder etatischer Rechtsbegriff und dieser historisch gesehen neuartige Rechtsbegriff stammt erst aus der Entstehung, aus der Idee und aus der Wirklichkeit, des neuzeitlichen souveränen Staates. Damit ist ein Problem aufgeworfen, das zunächst nur bezeichnet werden soll, nämlich daß in dem Maße, in dem die Souveränität des Staates, die Zentralisation der hoheitlichen, der politischen Gewalt in der Hand des Staates durch die Demokratisierung des politischen Prozesses und durch die Autonomisierung einzelner Sozialbereiche verändert oder gar aufgelöst wird, sich auch die Eigenart des Rechtes und seine Funktion als ein gesellschaftliches Gestaltungsmittel ändern müssen.

Wenn gesagt wurde, daß der Begriff von Recht als positives Recht der staatlichen Rechtsordnung eine Folge der Entstehung des Staates als der neuzeitlichen Form der Ausübung von Herrschaft ist, ist dieser Tatbestand mit wenigen Worten zu umreißen. Der Staat ebenso wie sein Recht, wie wir es heute kennen, sind eine Erscheinung der jüngeren Geschichte, die aus dem Zusammenbruch der mittelalterlichen Gesellschaft hervorgegangen ist. Diese Erscheinung hängt zusammen damit, daß die agrarische Naturalwirtschaft des Mittelalters vor allem durch die Entwicklung des städtebürgerlichen Handels und Handwerks abgelöst worden ist durch die kapitalistische Geldwirtschaft, und damit, daß die einheitliche Glaubenswelt des Mittelalters durch die Reformation zerstört worden ist.

Der neuzeitliche Staat hat seine Existenz, die spezifisch durch den Begriff der Souveränität definiert werden kann, nach außen und nach innen erkämpfen müssen. Er hat sie zunächst nach außen erkämpft in den großen Nationalstaaten Europas, vor allem Englands und Frankreichs, die sich im 14. und 15. Jahrhundert ausbildeten, und zwar durch die Erstreckung der Unabhängigkeit von den mittelalterlichen Universalismächten Papsttum und Kaisertum. In Deutschland ist die dem englischen und französischen Nationalkönigtum entsprechende Selbständigkeit der territorialstaatlichen Landeshoheit erst

nach dem Dreißigjährigen Krieg im Westfälischen Frieden deutlich in Erscheinung getreten. In einer zweiten Phase der Entwicklung, die für das hier behandelte Thema im Vordergrund steht, hat der Fürstenstaat seine innere Souveränität gewonnen, das heißt ist es ihm gelungen, auf einem bestimmten Territorium die politische Gewalt in seiner Hand zu vereinigen und so zu konzentrieren. Dieser Vorgang wird gemeinhin mit der allgemeinen Formel beschrieben, daß der Staat die Stände sich unterworfen habe. Das ist das Zeitalter des Absolutismus, das im 17. und 18. Jahrhundert die Ausbildung des modernen Staates zum Abschluß bringt. Dieser Vorgang ist dadurch vorangetrieben worden, daß die durch die Reformation ausgelösten konfessionellen Bürgerkriege die Notwendigkeit hervorriefen, eine überlegene und nichtreligiöse, eine säkulare politische Gewalt zu begründen, um den Frieden in der Gesellschaft zu erreichen. Weiterhin hat der absolutistische Staat seine wirtschaftlichen Ressourcen und die Bedingungen einer blühenden Wirtschaft in der Weise gefördert, daß er durch die merkantilistische Wirtschaftspolitik das gesamte Wirtschaftsleben des Landes seinem regelnden Zugriff unterworfen hat.

Die Machtmittel, durch die der absolutistische Fürstenstaat die innere Souveränität zu stabilisieren vermochte, sind vor allem die Beamtenschaft und das stehende Heer gewesen. Die Entstehung der Beamtenschaft ist eine unmittelbare Folge des Machtwillens des absolutistischen Staates, der seine „Staatsdiener“ als beliebig verwendbare Werkzeuge des fürstlichen Willens organisiert und nach dem Leistungsgrundsatz und nicht nach der Standeszugehörigkeit beruft und befördert. Mit der so geschaffenen Beamtenschaft bewirkt der Fürstenstaat die von ihm erstrebte Umgestaltung und Organisation der Gesellschaft. Im stehenden Heer besitzt er ein ständig präsentenes Machtmittel, in einem Heer, das nicht auf feudaler Gefolgschaft beruht, sondern durch Anwerben von Berufssoldaten und Aushebung von „Landeskindern“ gebildet wird.

Neben diesen äußeren Machtmitteln ist die rechtsetzende Gewalt zu nennen als die ausschlaggebende Sozialtechnik, durch die der entstehende Staat in der Lage gewesen ist, die bestehenden Verhältnisse überhaupt zu verändern. Die gesetzgebende Gewalt oder besser allgemeiner: die rechtsetzende Gewalt des absolutistischen Staates ist das wesentliche soziale Mittel, durch welches es möglich gewesen ist, die moderne Gesellschaft hervorzubringen, die „Untertanen“-Gesellschaft, als welche sie im absolutistischen Staat zunächst erschien.

Der Staat und seine durch überlegene Macht zur Anerkennung gebrachte Rechtsetzungstätigkeit sind die wesentlichen Instrumente, mit denen die nachmittelalterliche Gesellschaft ihre neuen Ziele und ihre neuen Interessen durchzusetzen vermochte. Die gesetzgebende Gewalt zeigt sich hier als die wichtigste und umfassendste der Techniken, durch die der Staat in den bestehenden Gesellschaftszustand eingreift. Durch sie und nur durch sie ist der Staat in der Lage, sämtliche sozialen Zustände und Vorgänge nach seinem Willen zu beeinflussen.

Dieser Begriff von Recht — Recht als eine Technik, durch die man etwas erreichen kann — ist also ein durchaus neuzeitlicher. Das Mittelalter kennt einen solchen Begriff von Recht nicht, es unterscheidet auch nicht genau

zwischen Recht, religiösem Gebot, Sitte und Sittlichkeit. Für das Mittelalter ist Recht das überkommene gute und alte Recht, das der Idee nach unveränderlich ist. Entsteht Streit darüber, was Rechtens sei, wird das Recht durch den Richter „erkannt“. Es gibt Rechtsbücher, doch diese sind nicht Gesetzgebungsakte, sondern Niederschriften dessen, was man als das existierende Recht betrachtet. Das Recht kann „reformiert“, aber nicht im eigentlichen Sinne geändert werden. Das Recht wird seinem Inhalt nach als solches erkannt; es ist das „gute“ Recht, das man seinem Inhalt nach als gerechtes Recht erkennen kann.

Von diesem Begriff des Rechts, der dem Mittelalter selbstverständlich war, ist unser heutiger Begriff von Recht absolut unterschieden. Unser Recht, das positive Recht, ist etwas Gesetztes. Es entspringt dem Willen eines Gesetzgebers, im Absolutismus dem Willen des Souveräns; „Was der König will, das will das Gesetz“, wie ein altes Rechtspruchwort lautet. Als positives Recht setzt es sich gegen das alte Gewohnheitsrecht und gegen Sonderrechtsordnungen, wie das kanonische Recht, durch. Es wird nicht zuerst nach seinem Inhalt, sondern seiner Form nach als Recht erkannt. Man fragt in erster Linie, ob eine bestimmte Regel in der Weise entstanden ist, wie das für die Rechtserzeugung vorgeschrieben ist. Das Recht wird sogar als Befehl vorgestellt, so bei den Theoretikern des absolutistischen Staates. „Die bürgerlichen Gesetze sind . . . nichts anderes als die Gebote des mit der höchsten Gewalt im Staat Betrauten in bezug auf die zukünftigen Handlungen der Bürger“ (Hobbes). Hundert Jahre später schreibt der englische Jurist Blackstone: „Souveränität und Gesetzgebung sind in der Tat austauschbare Begriffe.“

Erst jetzt, in dieser Periode der Entstehung des Staates, kommt es zu einer klaren Unterscheidung der Verhaltensregeln zwischen dem Recht und der Moral oder Sittlichkeit. Dafür entsteht neben dem gesetzten Recht als eine Art Über- oder Gegenrecht das Naturrecht, in dem die Vorstellungen über Gerechtigkeit sich sammeln und gegebenenfalls gegen das gesetzte Recht ausgespielt werden können. Recht und Gesetz treten sich so entgegen und das Gesetz erscheint in erster Linie als staatliche Anordnung.

Durch die Souveränität also und durch das daraus abgeleitete Monopol der Rechtserzeugung des Staates vermochte die neuzeitliche Gesellschaft die mittelalterliche Gesellschaft zu revolutionieren, überwand die neuzeitliche Gesellschaft die Anarchie der existierenden, unterschiedlichen partikulären und regionalen Rechtsquellen, und kommt es zu der Vorstellung von einer Rechtsordnung als einer einheitlichen Ordnung der Gesellschaft. Der Staat als die politische Organisation der neuzeitlichen Gesellschaft tritt an die Stelle der mittelalterlichen Doppelherrschaft von weltlicher und geistlicher Gewalt und dementsprechend tritt die staatliche Rechtsordnung an die Stelle des weltlichen und des geistlichen Rechts.

II.

In einem zweiten Gedankengang muß die Frage gestellt werden, welche Form dieses neue und eigenartige Recht des modernen Staates hat. Die Antwort lautet: Das positive Recht ist Gesetz. Denn das positive Recht der westlichen Verfassungsstaaten ist in erster Linie Gesetzesrecht, d. h.

es besteht aus Rechtssätzen, die in einem besonderen Verfahren und in Bindung an ein Staatsgrundgesetz, die Verfassung, zustandekommen.

Die Entstehung dieser besonderen Form des Rechts als Gesetz, die für uns heute die zentrale Form des Rechts ist, hängt zusammen mit der Ausbildung des bürgerlichen Verfassungsstaates oder, noch allgemeiner gesprochen, mit der Entstehung und Entwicklung der bürgerlichen Gesellschaft im 18. und 19. Jahrhundert. Es wird nunmehr die rechtsetzende Gewalt, die zunächst als in der Hand des Fürsten liegend vorgestellt worden war, als gesetzgebende Gewalt einem besonderen Legislativorgan zugewiesen, der „Legislative“, dem Parlament, d. h. der Volksvertretung, die die Gesellschaft repräsentiert und von der Exekutive unterschieden wird. Die Entstehung dieser Institution eines besonderen Legislativorgans ist die Folge der Verwirklichung des bürgerlichen gewaltenteilenden Verfassungsstaates.

Für die Gestalt und Wirkungsweise der so institutionalisierten gesetzgebenden Gewalt sind primär interessant Idee und Wirklichkeit des Parlamentarismus und Idee und Wirklichkeit der Verfassung. Welche Kraft und welche Wirkungsweise, welchen Inhalt das Recht haben kann, hängt davon ab, welche Kraft der Parlamentarismus besitzt; denn das ist die Institution, von der das Recht seinen Ausgang nimmt. Auf Idee und Wirklichkeit der Verfassung kommt es an, weil diese der Versuch ist, das gesetzgebende Organ durch ein Grundgesetz sowohl zu binden, was die Freiheiten der Bürger und das Verfahren der Rechtsetzung betrifft, als auch durch Richtlinien in eine bestimmte Richtung zu zwingen und dem gesetzgebenden Parlament auf diese Art und Weise bestimmte Direktiven seiner rechtsgestaltenden Aktivität zu geben.

Die Entstehung dieser Vorstellungen und Institutionen hängt zusammen mit der Entwicklung des liberalen Rechtsdenkens, mit der bürgerlichen Aufklärung. Das ist hier im einzelnen nicht zu schildern. Es ist nur wichtig, sich klarzumachen, daß die Vorstellung vom Recht und also auch die Vorstellung vom Recht als einem gesellschaftlichen Gestaltungsmittel in verschiedenen geschichtlichen Zuständen etwas Verschiedenes bedeutet, daß es also einen Unterschied macht, ob man dabei an das Fürstenrecht des Absolutismus denkt oder an das Gesetzesrecht des bürgerlichen Verfassungsstaates oder schließlich an das heute geläufige Plan- und Maßnahmerecht des Wohlfahrtsstaates. Rudolf Smend hat das so ausgedrückt, daß der Gesetzesbegriff jeweils nur das bezeichne, „was für eine bestimmte Zeit das Wesentliche und Charakteristische an der Positivierung des objektiven Rechts durch die staatliche Rechtsordnung ist“.

Die gesetzgebende Gewalt und das Gesetz wirken sozialgestaltend nur in einem negativen Sinne, nämlich derart, daß sie das Vergangene abräumen, die vorgefundenen feudalen und ständischen Hemmnisse der gleichen Freiheit beseitigen. Im übrigen aber sehen sie im Recht nicht so sehr ein auf die Zukunft gerichtetes Instrument der Sozialgestaltung, sondern wollen durch das Recht nur einen Ordnungsrahmen für die Selbstentfaltung und Selbstbewegung der Gesellschaftsglieder zur Verfügung stellen. Das bürgerliche Gesetzesrecht ist nicht in dem Sinn gestaltend, daß es unmittelbar auf die Entwicklung oder den Zustand der Gesellschaft einwirken will.

Wir haben gesehen, daß die verfassungsrechtliche Gewaltenteilung des bürgerlichen Verfassungsstaates die Gesetzgebung als eine selbständige Staatsfunktion konstituiert, daß sie das gesetzgebende Parlament als das politisch und verfassungsrechtlich zentrale Staatsorgan einrichtet und daß sie damit und deswegen das Gesetz als den ranghöchsten Rechtsakt im System der staatlichen Hoheitsakte feststellt. Damit ist das umschrieben, was man den „rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff“ nennt. Der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff ist somit verbunden mit einer spezifischen Rolle des Parlaments in einer durch Verfassung organisierten Gesellschaft. Das Gesetz ist ein Akt des Parlaments und der ideologischen Vorstellung nach als ein Akt der Gesellschaft selbst anzusehen, weil das Parlament die Gesellschaft repräsentiert.

Dieser rechtsstaatliche Gesetzesbegriff, der auch heute noch — vor allem in den theoretischen Systemen der Lehrbücher — weithin als der Gesetzesbegriff schlechthin angesehen wird, ist vornehmlich durch zwei Kriterien charakterisiert. Einmal dadurch, daß ihm die Auffassung zugrundeliegt, daß der Staat lediglich durch das Gesetz Freiheit und Eigentum der Gesellschaftsglieder bestimmen und beschränken darf. Dies hängt davon ab, daß die Gesetzgebung ideologisch wie eine Äußerung der Gesellschaft selbst behandelt wird, so daß danach die Gesellschaft sich durch das Gesetz praktisch selbst in der Freiheit und dem Eigentum ihrer Angehörigen bestimmt und beschränkt. Also läßt sich das (Gesetz-)Recht unter den Prämissen des bürgerlichen Verfassungsstaates dahin definieren, daß es Inhalt und Schranken von Freiheit und Eigentum bestimme. Zweitens besagt der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff, daß der Inhalt von Freiheit und Eigentum nicht durch Befehl, sozusagen von Fall zu Fall, bestimmt werden darf, sondern nur durch allgemeine Regeln. Das Gesetz soll etwas Allgemeines und auf die Dauer Angelegtes sein. Dementsprechend stellte man sich nach dem Maßstab des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs als Recht in erster Linie Kodifikationen vor, wie etwa das Preußische Allgemeine Landrecht oder das Bürgerliche Gesetzbuch.

Es liegt nach alledem auf der Hand, daß die ideologische Grundlage des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs die liberale Staatsauffassung ist, die dem Staat lediglich eine rechtsbewahrende Funktion zuschreibt. Der Staat soll Freiheit und Eigentum der Gesellschaftsglieder schützen und bestenfalls eventuelle Gefahren abwehren, die sich aus bestimmten Formen des Freiheitsgebrauchs oder der Eigentumsnutzung ergeben können. Er soll durch das Recht die Ordnung und Sicherheit der Gesellschaftsglieder bewahren, nicht dagegen eine im eigentlichen Sinne sozialgestaltende Tätigkeit entwickeln. Das vorzüglich als Gesetz erscheinende Recht ist deswegen in dieser Betrachtungsweise typischerweise ein Mittel der Herstellung und Bewahrung einer „vernünftigen“ Gesellschaftsordnung, dagegen nicht ein Instrument einer fortschreitenden Emanzipation aller Klassen oder auch nur der Garantierung sozialer Sicherheit oder wirtschaftlicher Stabilität. Denn diese Fragen — Emanzipation oder soziale Sicherheit oder wirtschaftliche Stabilität — werden nicht als Aufgaben des Staates angesehen und können also auch nicht zum wesentlichen Gegenstand des staatsgeschaffenen Rechts gemacht werden. Das Recht hat allein den Rahmen für die freie Entfaltung der Gesellschaft und der Individuen abzugeben. Die verwal-

tende Bürokratie, der starke und auch gestaltende Arm des Absolutismus, wird durch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung an das Gesetz gebunden und wird also als „vollziehende“ Gewalt dem gesetzgebenden Parlament unterworfen. Vor diesem Hintergrund stellte man Anfang des 19. Jahrhunderts das Gesetz als Wille, der ordnet, der Verwaltung als Tat, die vollzieht, gegenüber. Auf derselben Linie liegt der Satz Kants: „Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetz möglich ist.“ Damit wird die ordnungswahrende und friedenserhaltende Funktion des liberalen Rechts ausgedrückt, doch findet sich darin nichts von einem Recht als sozialem Gestaltungsmittel.

Der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff darf nicht als etwas Selbstverständliches oder Geschichtsüberhobenes aufgefaßt werden. Wie alle Vorstellungen vom Recht und vom Gesetz ist auch der geschilderte rechtsstaatliche Gesetzesbegriff relativ, bezogen auf einen bestimmten Zustand, in dem sich der Staat, die Gesellschaft, die Verfassung befinden, und dementsprechend nicht ein für allemal als Ergebnis festzuhalten. Die Grundlagen des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs sind, wie jedem von uns geläufig, vor allem durch folgende Vorgänge verändert worden:

Zuerst durch die durchgängige und egalitäre Demokratisierung des politischen Prozesses, die den Vorrang von „Bildung und Besitz“, der für den liberalen Rechtsstaat charakteristisch ist, nicht mehr akzeptiert. Zweitens durch die Umorientierung der Staatsaufgaben angesichts der großen Erschütterungen des 18., des 19. und vor allem des 20. Jahrhunderts, der Kriege, Krisen, Inflationen, durch welche die Gesellschaft grundstürzend verändert worden ist und die Voraussetzungen sowohl der bürgerlichen Gesellschaft wie ihres Gesetzesbegriffs entfallen sind. Damit hängt zusammen, daß die inhaltliche Festlegung dieser neuen Staatsaufgaben stark bestimmt ist durch die Erfolge der sozialistischen und der revisionistischen Arbeiterbewegung und daß demzufolge nicht Bewahrung von Ordnung, sondern Sozialgestaltung und Gesellschaftsplanung als wesentliche Ziele erscheinen, und nicht Freiheit und Eigentum die Parole ist, sondern Arbeit, Wohlfahrt und soziale Sicherheit. Diese ganze Entwicklung pflegt man etwas vereinfacht und schlagwortartig in der Weise zu kennzeichnen, indem man sagt, daß sich das Verfassungsrecht und seine ideologische Maxime vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat entwickelt hätten, und meine Aufgabe ist es, zu zeigen, was das für die Funktion der Gesetzgebung und für die Gestalt des Gesetzes bedeutet, die ja eben gerade davon abhängen. In einem Satz von Scheuner ist das klar und kurz ausgedrückt: „Die Gesetzgebung . . . in der die bürgerlich-rechtliche Rechtsquellenlehre nur ihre rechtsetzende Seite sieht, ist im modernen Staat längst das eigentliche Mittel der rechtlichen Festlegung, der planenden Formulierung und damit der dirigierenden Durchsetzung seiner politischen Zielsetzung geworden.“ Ich will versuchen, mit einigen Gesichtspunkten und Erwägungen zu zeigen, was das heißt: wohlfahrtsstaatliche Sozialgestaltung durch das Recht.

III.

Das ausschlaggebende Merkmal des *sozialen Rechtsstaates*, von dem ausgegangen werden muß, wenn man die Funktion des Rechts in der gegen-

wärtigen Zeit verstehen will, ist die dem Staat aufgebene umfassende Verantwortung für den Zustand und auch für die Entwicklung der Gesellschaft und für die soziale Lage der Gesellschaftsglieder. Es gibt keinen privaten Bereich in dem Sinne mehr, daß privates Risiko und private Verantwortung als Grundlage genommen und als Reservat dem gesellschaftlichen und damit staatlichen Gestaltungsanspruch entgegengesetzt werden können. Dem liegt die Vorstellung einer begrenzten Solidarität der Gesellschaftsglieder zugrunde, so daß nicht einfach Freiheit gegen Gesellschaft oder Freiheit gegen Staat gesetzt werden können. Vielmehr geht man von vornherein davon aus, daß die Freiheit der Gesellschaftsglieder in einem gewissen Umfang durch ihre Solidarität verdrängt ist. Es ließe sich sagen, daß als Grundlage des sozialen Rechtsstaates eine teilweise Vergesellschaftung der individuellen Freiheit vorgestellt wird. Das Recht hat unter diesem Blickwinkel die Funktion, diese gesellschaftliche Solidarität durch gestaltende, lenkende und leistende Aktionen, Programme, Maßnahmen, Pläne zu verwirklichen.

1. Mit der Formel vom sozialen Rechtsstaat wird nicht auf Bestehendes verwiesen, sondern eine Aufgabe bezeichnet, ein bestimmtes Ziel staatlicher Tätigkeit. Dieses Ziel ist nicht einfach Sozialgestaltung, sondern ist ein bestimmtes Ziel der Sozialgestaltung, nämlich Sozialgestaltung im Sinne der *sozialen Gerechtigkeit*. Soziale Gerechtigkeit ist die besondere Vorstellung von Gerechtigkeit, die für den sozialen Rechtsstaat charakteristisch ist. Diese Vorstellung unterscheidet sich etwa von der liberalen Rechtsidee, wonach sich die Tätigkeit der gesetzgebenden Gewalt, jedenfalls dem Grundsatz nach, in der Herstellung und Bewahrung der Ordnung und in der Abgrenzung und dem Schutz der koexistierenden Freiheiten erschöpfen soll. Die soziale Gerechtigkeit ist nicht beharrend, sondern dynamisch und richtet sich auf die Zukunft. Sie fordert, daß das Recht die in der Gesellschaft je vorgefundene und sich reproduzierende Verteilung von Gütern, Lasten und sozialen Chancen nicht als gerechtfertigt ansehen und hinnehmen, sondern daß das Recht auf ihre fortdauernde und evolutionäre Umschaffung mit dem Ziel einer demokratischen Emanzipation hinwirken soll. Für diese Rechtsidee ist klar, daß das Recht ein Instrument staatlicher Sozialgestaltung ist, und zwar im Sinne der Beschränkung des Egoismus der einzelnen und der Gruppen, um den einzelnen von Unterdrückung, Ausbeutung, Verelendung und sozialer Diskriminierung zu befreien. So gesehen, verwirklicht die soziale Gerechtigkeit auch den genossenschaftlichen Grundcharakter des demokratischen Prinzips, nämlich in der Weise, daß durch diese Zielsetzungen und ihre Erfüllung die Bedingungen der sozialen und politischen Freiheit hergestellt und erhalten werden sollen.

2. Tatsächlich kann man die Vorstellung von der sozialen Gerechtigkeit und von der Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit durch das Gesetz nicht trennen von der Art und der Arbeitsweise der demokratischen Staatsidee. Die *demokratische Staatsidee* wirkt sich aus sowohl auf die Art und Weise, wie das Parlament arbeitet, als auch darauf, welche Aufgaben der Staat haben soll, indem mit Hilfe dieser Staatsidee und ihrer Wirklichkeit in der egalitären Emanzipation über das allgemeine und gleiche Wahlrecht der Staat seine umfassenden Aufgaben und Verantwortungen überhaupt erst erhält.

Die soziale Gerechtigkeit ist nicht eine Grenze, wie normalerweise Regelungen einer Verfassung über die rechtliche Freiheit, sondern vielmehr eine Richtlinie, eine Direktive; sie gibt die Richtung an, in der der Gesetzgeber handeln soll, wenn er gerechte Gesetze machen will. Der wohlfahrtsstaatliche Auftrag setzt voraus, daß die Institutionen der gesetzgebenden Gewalt so konstruiert sind, daß sie zu einer permanenten Reform fähig sind. Ja vielleicht müßte die permanente Reform sogar als der wesentliche Gegenstand der Gesetzgebungstätigkeit betrachtet werden und müßten Institutionen existieren, die gerade diese Aufgabe ermöglichen. Die Reform des Gesellschafts- und Rechtszustandes wäre nicht als ein Ausnahmefall anzusehen, sondern als der Normalfall. Der wesentliche Bereich, in dem sich die Arbeit der demokratischen permanenten Reform realisierte, sind das Wirtschaftsleben und das Bildungswesen.

Im Bereich des Wirtschaftslebens macht die Idee des Wohlfahrtsstaates den Versuch, zwischen der in gewissen Grenzen aufrechterhaltenen privatkapitalistischen Freiheit und der Sozialverantwortung eine Verbindung herzustellen. Die Idee des Wohlfahrtsstaates stellt sich als ein dritter Weg zwischen Liberalismus und Sozialismus vor, indem sie soziale Gerechtigkeit durch Evolution, Sozialreform anstrebt, nicht durch sozialistische Revolution. Konsequenterweise erscheint der Wohlfahrtsstaat unter sozialistischem Blickwinkel als ein Versuch der Stabilisierung des kapitalistischen Systems, das in diesem Zusammenhang „staatsmonopolistischer Kapitalismus“ genannt wird.

Zu den Voraussetzungen der Idee des Wohlfahrtsstaates gehört die Annahme, daß trotz der Beibehaltung der grundsätzlichen Freiheit des Vertrages, des Eigentums und des Gewerbes eine wenn auch langfristig wirksame, aber dennoch wirksame Evolution mit Hilfe der Gesetzgebung des parteienstaatlichen Parlaments möglich ist, daß man also beispielsweise einerseits das Eigentum als Basis der Privatinitiative festhalten kann, andererseits aber die Teile der Ausübung des Eigentums, die hemmend oder schädlich sind, durch die Gesetzgebung ändern oder beseitigen kann. In diesem Sinne kann man mit Ulrich Preuß von einer „Politisierung“ der privaten Verfügungsrechte in dem Maße und in der Richtung sprechen, als von ihnen soziale Macht ausgehen kann. Diese Rede von der „Politisierung“ hat den Sinn, daß man die Bereiche des im liberalen Verständnis Privaten, der privaten Verfügungsmacht, die eine soziale Bedeutung besitzen, vor allem dadurch, daß sie Machtausübung gegenüber anderen zulassen, zum Gegenstand der politischen Auseinandersetzung zu machen habe, was nichts anderes heißt, als zum Gegenstand einer gesetzgeberischen Entscheidung, mit anderen Worten, daß man das Recht einzusetzen habe, um die politisierungsbedürftigen Bestandteile vor allem des privaten Produktivkapitals zu beeinflussen.

Es ist eine Grundfrage der Verfassungspolitik — und zugleich das Grundproblem des Rechts als eines gesellschaftlichen Gestaltungsmittels —, ob die auf die Institutionen der parlamentarisch-parteienstaatlichen Demokratie angewiesene Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik die Mängel und Gefahren der kapitalistischen Wirtschaftsordnung, die aus den Macht- und Ausbeutungschancen des privaten Sondereigentums an den Produktionsmitteln

und des verbandsmäßig organisierten Eigentümerinteresses hervorgehen, soweit zu kontrollieren vermag, daß man von einer wohlfahrtsstaatlichen „Bändigung“ des Kapitalismus sprechen kann.

Gegen diese Möglichkeit wird vor allem eingewandt, daß die politische Kraft der parlamentarischen Demokratie nicht ausreiche, um den emanzipatorischen Auftrag der Demokratie gegen die gesellschaftlichen Herrschaftsverhältnisse durchzusetzen, oder, anders gesagt, daß die politische Demokratie nicht nur zufällig — wegen der Korruption der Parteien oder der öffentlichen Meinung —, sondern notwendig „formal“ bleiben müsse. Von der Beurteilung dieser Frage hängt es ab, in welcher Weise und in welchem Umfang das aus der parlamentarischen Gesetzgebung hervorgehende Recht als gesellschaftliches Gestaltungsmittel zu wirken vermag. Auf diesen Punkt ist noch einmal zurückzukommen.

Die Mittel des wohlfahrtsstaatlichen Handelns, die Wege wohlfahrtsstaatlicher Politik zur sozialen Gerechtigkeit sind vor allem folgende: Sozialpolitik mit dem Ziel der sozialen Sicherheit, Wirtschaftspolitik mit dem Ziel planender und lenkender „Wachstumsvorsorge“ (Ipsen), Bildungspolitik mit den Zielen gleicher Bildungschancen und gesellschaftlicher Mobilität und Gesellschaftspolitik mit dem Ziel demokratischer Emanzipation. Der soziale Rechtsstaat ist nicht nur eine Angelegenheit der Sozialpolitik, sondern eine umfassende Aufgabe, eine Aufgabe, die den Gesamtzustand der Gesellschaft betrifft.

In Verfolgung wohlfahrtsstaatlicher Wirtschaftspolitik hat der Staat die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des Marktes übernommen (Wettbewerbspolitik, Marktordnungen) und die Schlüsselstellungen des Wirtschaftsprozesses seiner Kontrolle unterworfen (Bodenschätze, Bodennutzung, Wasserhaushalt, Energieversorgung, Transport und Verkehr). In diesem Rahmen sind eine Anzahl wirtschaftlicher Bereiche bis zu einem gewissen Grade oder vollständig vergesellschaftet (verstaatlicht). Ein besonders typisches Mittel der wohlfahrtsstaatlichen Wirtschafts- und Sozialpolitik ist der Einsatz finanzwirtschaftlicher Faktoren — der Währungs- und Kreditpolitik, der Steuerpolitik, die die Einnahmen, und der Haushaltspolitik, die die Ausgaben der öffentlichen Hand betrifft —, um so die Ausgaben der öffentlichen Hand, die Investitionen der Unternehmen und die Konsumtion der Haushalte zu beeinflussen.

3. Die Art und Weise und, was auch nicht unterschätzt werden darf, das Zeitmaß, in dem die wohlfahrtsstaatliche Politik durch Sozialgestaltung wirklich wird, hängen von der Arbeitsfähigkeit und der politischen Kraft des *parlamentarischen Systems* ab. Denn allein das Parlament kann nach der Verfassung politische Ziele durch seine gesetzgebende Gewalt verbindlich und damit wirksam machen, nämlich bindende Verhaltensregeln aufstellen. Von Verfassungen wegen können bindende Verhaltensregeln nur durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes aufgestellt werden, so daß das Gesetz die rechtliche Form einer erfolgreichen politischen Entscheidung ist.

Das Recht ist in diesem Sinne ein Instrument der Politik: Als Staatsrecht, indem es Richtlinien für die obersten Organe der Exekutive aufstellt (z. B. das Stabilitätsgesetz), Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen

schafft oder im Haushaltsgesetz Ermächtigungen zur Verausgabung öffentlicher Mittel gibt; als Verwaltungsrecht, indem es unmittelbar wirksame Gebote und Verbote für die Verwaltungsunterworfenen begründet und legale Handlungsgrundlagen für die Verwaltung beschafft; als Privatrecht, indem es die Zuteilung der Güter und die Ausübung der Privatautonomie ordnet. Der sozialgestaltende Charakter auch des Privatrechts wird leicht dadurch verschleiert, daß man sich die Privatautonomie als eine Art vorgegebenes Prinzip, als eine Art vorrechtlich existierender Fähigkeit der individuellen Persönlichkeit vorstellt. Tatsächlich ist die Privatautonomie auch ein staatlich gesetztes Rechtsprinzip und wird der wirtschaftliche Prozeß durch die Gestaltung des Privatrechts beeinflusst — durch die Ordnung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und der Güterverteilung, durch die Festlegung der Bedingungen und Formen der Bildung von Gesellschaften.

Der für die wohlfahrtsstaatliche Sozialgestaltung kennzeichnende instrumentale Charakter des Gesetzes tritt besonders auffällig in der wirtschaftspolitischen Gesetzgebung zu Tage, etwa in den als besondere Kategorien schon geläufig gewordenen Formen des Maßnahme-Gesetzes, des Plan-Gesetzes und des Richtlinien-Gesetzes. Das Maßnahme-Gesetz stellt nicht, wie das verwaltungsrechtliche Gesetz des liberalen Rechtsstaates, in auf dauerhafte Geltung angelegter Abstraktheit und Allgemeinheit der Exekutive Ermächtigungen zum „Vollzug“ im Einzelfall zur Verfügung, sondern greift als situationsbezogene normative Aktion selbst intervenierend und gestaltend in einen Sozialbereich ein, um in ihm einen gewünschten Zustand herzustellen oder zu erhalten. Durch das Plangesetz will der Gesetzgeber eine bestimmte Entwicklung eines Sozialbereiches für eine gewisse Zeit festlegen, wie etwa im Gesetz über den Ausbauplan für die Bundesfernstraßen vom 27. Juli 1957. Im Richtlinien-Gesetz wird weder geregelt noch geordnet noch direkt gestaltet, sondern ein bestimmtes politisches Programm durch gesetzesförmigen Parlamentsakt normiert, um in Zukunft für eine bestimmte Zeit für die Exekutive aber auch für die künftige Gesetzgebung verbindlich zu sein, mit der Folge, daß sich dadurch auch innerhalb der gesetzgebenden Akte eine Differenzierung ergibt.

Das Eigentum ist typisch eine Institution der Rechtsordnung, an der sich die sozialgestaltende Kraft und die sozialgestaltende Wirkungsweise des Rechtes zeigen muß. Nur scheinbar ist das Eigentum in der Verfassung (Art. 14 GG) ein privates Institut, eine dem einzelnen für sich selbst überlassene Angelegenheit. Die umfassende Gesetzgebung über das Grundeigentum und im Wirtschaftsverwaltungsrecht zeigt, daß zumindest das Produktivkapital und der Grund und Boden etwas sind, was als „gesamtgesellschaftliche Funktion“ (Wieacker) wirksam ist und dementsprechend durch die Gesetzgebung mehr oder weniger umfassend geordnet und verändert wird. Durch gesetzliche Regelungen etwa über Wirtschaftsplanung, Mitbestimmung und Investivlohn wird notgedrungen der Inhalt des Eigentums als Rechtsinstitut verändert. Ein weiterer interessanter Vorgang ist, daß sich durch eine derartige Gesetzgebung das Eigentum inhaltlich aufspaltet, das Eigentum an Grund und Boden, das Eigentum an privaten Gebrauchsgütern und das Eigentum an Produktionsmitteln eine je unterschiedliche Verfassung gewinnt. Das aber ist nur möglich geworden auf der Grundlage der Vorstellung, daß der Gesetzgeber durch das von ihm geschaffene Recht den Inhalt des Eigen-

tums feststellt, gestaltet, bestimmte sozialpolitische, wirtschaftspolitische und gesellschaftspolitische Ziele vermittelt der rechtlichen Regelung des Eigentums zu verwirklichen sucht. Die Zentralfrage der Eigentumsverfassung ist heute das Problem der Kontrolle wirtschaftlicher Macht und der gerechten Verteilung des Volkseinkommens (Stein). Vor fünfzig Jahren hätte man sicher darin die Zentralfrage der Eigentumsgarantie nicht gesehen.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß zwar die Verfassung Freiheit und Eigentum in den Grundrechten garantiert. Doch erfolgt diese Garantie nicht als statische Berechtigung und in Gestalt einer vorgegebenen fixen Größe, als Anspruch auf eine bestimmte Summe, die man vor Gericht einklagen kann, sondern als eine Funktion der Bedürfnisse und Interessen der Gesellschaft und der sozialen Gruppen. Nicht zuerst als individualistisches Reservates, vielmehr zuerst als sozialnützlich Element der Wirtschaftsordnung wird das Eigentum und werden andere Freiheiten gewährleistet, die einen sozialökonomischen Bezug haben und den wirtschaftlichen Prozeß bestimmen.

Die wohlfahrtsstaatliche Politisierung oder Instrumentalisierung des Eigentums und anderer sozialrelevanter Freiheitsbereiche gibt dem Staat eine bisher unbekannte Machtfülle. Diese Politisierung betrifft neben dem Eigentum, um ein Beispiel zu nennen, das mir nahelegt, auch die Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 III GG), wie eben alle die Freiheitsbereiche, die der soziale Rechtsstaat auf Grund der von ihm in Anspruch genommenen Aufgaben als sozialrelevant betrachtet und in seine Gesellschaftsprogrammatik einbezieht.

Unter den Bedingungen des Wohlfahrtsstaates wird das als gesellschaftliches Gestaltungsmittel gehandhabte Recht zu einem virtuell totalen Programm der gesellschaftlichen Zustände und Entwicklungen. Die vielfach beklagte, aber prinzipiell unvermeidliche Nebenfolge dessen ist die massenhafte „Produktion“ von Recht und ist die „Bürokratisierung“ des Rechts. Wegen der ihm zugemuteten Funktion ist das heutige Recht nicht eine mit feierlichen Worten und in guter Sprache ausgedrückte, auf Dauer angelegte Ordnung bestimmter Bereiche. Es ist weithin nur noch für Experten begreifbar und dieses Expertenhafte, das das heutige Recht auszeichnet, ganz im Gegensatz zum Recht und zur Rechtsidee früherer Zeiten, ist eine notwendige Folge seiner zweckrationalen und instrumentalen Funktion. Der Zusammenhang der wohlfahrtsstaatlichen Staatsaufgaben mit der riesenhaften Gesetzesproduktion, der raschen Änderbarkeit der Rechtszustände und dem Expertenhaften des Rechts, das sich als Programm in erheblichen Teilen gar nicht an den rechtsunterworfenen Bürger, sondern an die Experten richtet, die in Verwaltung und Rechtsprechung mit dem Recht umzugehen haben — selbst für diese Experten ist das Recht in seiner heutigen Gestalt verhältnismäßig schwierig zu verstehen und zu handhaben —, ist praktisch und unvermeidlich.

4. Die wohlfahrtsstaatlichen Bedingungen der Gesetzgebung werfen die weitere Frage auf, wie man sich heute die *Eigenart des Rechts* vorstellen soll, worin, herkömmlich gesprochen, Begriff und Wesen des Rechts unter Berücksichtigung der heutigen Gegebenheiten gesehen werden müssen.

Als eine allgemeine Bestimmung, auf die sich wohl jedermann wird einigen können, läßt sich sagen, daß das Recht eine Methode der Organisation der Gesellschaft oder — mit einem rechtssoziologischen Wort — der „sozialen Kontrolle“ ist. Je nachdem, ob man das Erkenntnisinteresse primär auf das Element der „Kontrolle“ oder auf das Element des „Sozialen“ legt, wird man zu unterschiedlichen Auffassungen darüber kommen, was die Eigenart des Rechts sei.

Für den älteren Zustand des Rechts, etwa für die Zeit des Absolutismus und auch für die Vorherrschaft der liberalen Rechtsidee, ist es charakteristisch, den Ton auf die durch das Recht bewirkte „Kontrolle“ zu legen. Das ältere Rechtsdenken betont das obrigkeitliche Moment des Rechts, das Moment, durch daß der Untertan unterworfen wird. Das Recht erscheint als Befehl des Fürsten, der Obrigkeit, des Staates. Diese Linie setzt sich fort bis in die ältere Schule des Rechtspositivismus um die Jahrhundertwende, die als Wesensmerkmal des Rechts seinen Zwangscharakter hervorhebt. Georg Jellinek etwa untersucht in seiner Allgemeinen Staatslehre in erster Linie die Frage, wie das Recht zu wirken vermag und wie man das Recht durchsetzen kann, also nicht so sehr den Inhalt als den Zwangscharakter des Rechts.

Diese Betrachtungsweise, die sich am Modell der mit einer Sanktion versehenen Anordnung orientiert, ist mit einer bestimmten Vorstellung über die Funktion des Rechts verbunden. Sofern nämlich hauptsächlich daran gedacht wird, daß das Recht Frieden stiften und Ordnung schaffen soll, muß der Rechtsphilosoph in dem friedensstiftenden und ordnungsschaffenden Moment des Rechts den Hauptpunkt sehen, d. h. in der „Garantie“ des Rechts durch seinen psychisch wirkenden und gegebenenfalls physisch durchsetzbaren Zwangscharakter.

Diese Betrachtungsweise liegt heute allein deswegen ferner, weil die Rechtsordnung zunehmend aus Ermächtigungen an Behörden für die Vergabe von Leistungen besteht. Es braucht nur auf die außerordentliche Bedeutung des Sozialversicherungsrechts verwiesen zu werden. Daran können auch die rechtstheoretischen Überlegungen nicht vorübergehen. Die Vorstellung vom Zwangscharakter des Rechts muß deshalb an Überzeugungskraft verlieren.

Der heute eher fruchtbare Ansatzpunkt ist, das Recht als ein System von Verhaltensregeln aufzufassen, die in einem bestimmten Verfahren erzeugt sind, Geltung in einem normativen Sinn besitzen und mit bestimmten Wirkungen ausgestattet sind. Dabei darf die Fragestellung nicht auf die normative Eigenart des Rechts beschränkt werden, auf seine Eigenschaft, garantiert zu sein und durchgesetzt werden zu können, sondern muß die gesellschaftliche Funktion des Rechts in den Vordergrund gestellt werden, wenn Sinn und Eigenart des Rechts deutlich werden sollen.

Unter diesem Blickwinkel lassen sich eine geschichtliche und eine rationalistische Auffassung vom Recht unterscheiden. Die geschichtliche Betrachtungsweise des Rechts, die besonders deutlich in der historischen Rechtsschule, dem Höhepunkt des deutschen Rechtsdenkens in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, hervortrat, läßt das Recht „wachsen“, „organisch“ zustandekommen, nicht aus der „Willkür“ des Gesetzgebers, sondern aus dem

„Volksgeist“ hervorgehen. Das Recht kann danach nicht „gemacht“ werden und Werkzeug einer bestimmten Politik sein. Anders das rationalistische Rechtsdenken, das vor allem durch die Aufklärung in Gang gekommen ist. Dieses geht davon aus, daß das Recht die Aufgabe habe, als Instrument der gesetzgebenden Vernunft dem sozialen Fortschritt zu dienen. Das Recht entsteht danach nicht in einer irgendwie undurchschaubaren Weise, etwa wie die Sprache oder ein Volkslied, sondern das Recht kann in Verfolgung bestimmter Ziele bewußt gesetzt werden.

In der heute so selbstverständlich erscheinenden rationalistischen Deutung des Rechts — Recht als Instrument einer vernunftgeleiteten Politik — liegt allerdings eine nicht zu unterschätzende Gefahr. Es genügt nicht, mit zukunftsgerichtetem Optimismus darauf hinzuweisen, daß mit Hilfe des Rechts der soziale Fortschritt erreicht werden kann, wenn nur die verfolgte Politik „richtig“ ist. Man muß sich darüber klar sein, daß das Recht nicht mehr Recht ist, wenn es nichts anderes ist, als ein Ausdruck eines bestimmten sozialen Nutzens. Einfach zu sagen, das Recht sei die Verwirklichung bestimmter sozialer Interessen oder desjenigen, was für eine bestimmte Gesellschaft nützlich ist, macht das Recht von einem Parteiprogramm oder überhaupt vom politischen Handeln gar nicht mehr unterscheidbar. Zwar ist das Recht ein Werkzeug der Politik und Ausdruck erfolgreicher Politik, aber es ist deswegen nicht dasselbe wie politisches Handeln. Indem der Politiker, genauer: das einen politischen Willen formende Parlament, die Form des Rechts wählt, unterwirft es sich auch den in der „Form“ des Rechts enthaltenen Kriterien der Gerechtigkeit, die sich dagegen sträuben, zum Instrument beliebiger Zwecke gemacht zu werden. Eine Rechtsphilosophie, die lediglich diese Eigenschaft des Rechts, Instrument einer bestimmten Politik zu sein, berücksichtigt, heißt „naturalistisch“, weil sie das Recht als bloße Widerspiegelung dessen, was „natürlich“, d. h. sozial existiert, auffaßt. Schwäche und Gefahr dieser Art des Rechtsdenkens hat *Wieacker* treffend gekennzeichnet: „Dieser handelnde Naturalismus, der von einer Wirklichkeitserklärung zu einer Rechtspolitik überging, die keine Gerechtigkeit kannte als die jeweiligen Einzelzwecke ihres Machtwillens, ist vielleicht die größte Gefahr, die dem Rechtsgedanken in den letzten Jahrhunderten der europäischen Rechtsgeschichte entstanden ist.“

Es genügt nicht, auf die politischen Quellen und Wirkungen des Rechts zu verweisen. Zwar haben gerade die Juristen die politische Eigenart und die politischen Voraussetzungen und Wirkungen des Rechts zu oft und zu lange verkannt oder zu gering eingeschätzt. Zwar wurden die Juristen positivistisch in dem Sinne, daß sie nur noch das normative System des Rechts, die formale Seite des Rechts betrachteten. Andererseits aber — das wäre das entgegengesetzte und ebenso falsche Extrem — läßt sich das Recht nicht einfach nivellieren auf den Gesichtspunkt, daß es nichts anderes sei als der Ausdruck einer bestimmten Politik. Die sozialistische Kritik des bürgerlichen Verfassungsstaates und seines Rechts hebt diesen Punkt der naturalistischen Qualität des Rechts, die Annahme, daß durch das Recht lediglich die existierenden sozialen Machtverhältnisse reproduziert würden, polemisch und einseitig hervor. Die sozialistische Kritik des bürgerlichen Rechtsbegriffs wendet sich gegen den „abgeleiteten“ Charakter des nichtsozialistischen Rechts. Sie stellt dem nach ihrer Vorstellung nur klassenbedingten, nämlich die klassen-

gespaltenen sozialen Zustände reproduzierenden Recht des liberaldemokratischen Verfassungsstaates das sozialistische Recht als einen völlig neuen historischen Typ des Rechts gegenüber. Der „abgeleitete“ Charakter des bürgerlichen Verfassungsstaates bestehe darin, daß es die gegebenen Eigentumsverhältnisse und die aus ihnen entstehenden sozialen Beziehungen zwischen den Menschen fixiere und dem Schutz und der Erhaltung dieser Verhältnisse diene. Demgegenüber wird das sozialistische Recht als „mächtiger Hebel der ökonomischen und gesellschaftlichen Umgestaltung“ verstanden. Die Funktion des (bürgerlichen) Rechts als soziales Gestaltungsmittel wird also in der sozialistischen Kritik als mehr oder weniger peripher beiseitegeschoben. Die auf Grund der Institutionen der parlamentarischen Demokratie mögliche Gestaltung der Gesellschaft könne nicht sehr weit gehen. Denn — vereinfacht gesagt — der Staat könne nicht besser sein als die durch ihn organisierte Gesellschaft, und dementsprechend könne auch das Recht dieses Staates nicht viel besser sein als der rechtserzeugende Staat und die den Staat bildende Gesellschaft.

IV.

Soll das Recht ein gesellschaftliches Gestaltungsmittel sein, ist die Kernfrage der Verfassungspolitik, welche Kraft der Gesetzgeber der parlamentarischen Demokratie hat und auf Grund der durch ihn nicht beeinflussbaren sozialen und politischen Gegebenheiten haben kann. Diese Frage nach der *politischen Kraft* der parlamentarischen Demokratie ist entscheidbar erstens mit Hilfe der bereits vorliegenden Erfahrungen, die nicht in jeder Hinsicht positiv sind. Die Antwort hängt zweitens ab von einer Analyse und Beurteilung der verfassungsrechtlich organisierten Herrschaftseinrichtungen, der gesellschaftlichen Machtverhältnisse und des Zusammenhangs dieser beiden Faktoren. Und drittens kommt es dabei auch darauf an, welchen Maßstab sozialer Gerechtigkeit man für richtig hält. Wenn man etwa den Standpunkt einnimmt, daß sich eine bestimmte Art der Organisation der Gesellschaft und ihrer Verfassungseinrichtungen angeben ließe, die notwendige Bedingungen der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit seien — so die sozialistische Theorie von Staat und Recht —, liegt es auf der Hand, daß bei dieser Prämisse die parlamentarische Demokratie, die unterschiedliche Voraussetzungen der und Wege zur sozialen Gerechtigkeit zuläßt, niemals eine insgesamt günstige Beurteilung finden kann. Doch ist das eben eine Folge des gewählten Maßstabes, der nicht notwendig akzeptiert zu werden braucht.

Sucht man eine Lösung im Rahmen des geltenden Verfassungsrechts und der bestehenden Realitäten, muß sich das Interesse primär der Organisation und Arbeitsweise der politischen Parteien und der organisierten Interessen zuwenden. Dabei wäre besonders das Verhältnis der Parteien zu den Verbänden zu betrachten. Die Verbände wirken nicht nur „von außen“, als Lobbyisten, auf den Staat, die Bürokratie und das Parlament, ein, sondern ebenso „von innen“. Verbandsabgeordnete, Ämterpatronage, Beiräte und ähnliche Erscheinungen sind wesentliche Daten für die Untersuchungen der Frage einer „Unterwanderung“ der parteienstaatlichen Demokratie durch die Verbände. Insofern als das Verbandswesen ein legitimer Bestandteil des demokratischen politischen Prozesses ist, können dieser Einfluß und die Vielfalt dieses Einflusses nicht prinzipiell mißbilligt werden. Andererseits kann nicht abgestritten werden, daß die so in den politischen Prozeß eingebrachten Interes-

sen als ein Hemmnis der Gestaltungsfreiheit der Demokratie und damit des parlamentarisch geschaffenen Rechts wirken können. Weiter muß man sich vor Augen halten, daß die Verbände bis zu einem gewissen Grade ein eigenes Rechtsetzungsrecht in Anspruch nehmen können. Die Tarifautonomie der Tarifpartner beispielsweise bedeutet, daß ein nicht unwesentlicher Teil der Sozialgestaltung durch Recht der unmittelbaren Verfügungsgewalt des Staates entzogen und diesen großen Gruppen überantwortet ist, die die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, soweit sie der Tarifautonomie unterliegt, mehr oder weniger nach ihren besonderen politischen Vorstellungen bewirken. Was auf der anderen Seite die Parteien betrifft, besitzen sie zwar nach den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des parlamentarischen Systems de jure ganz allein den Zugang zum Hebel der Gesetzgebung. Aber sie sind politische Gruppen und haben dementsprechend auch politische Rücksichten zu nehmen. Wie die Erfahrung zeigt und wie organisations- und wahlsoziologische Überlegungen ergeben, ist das Gewicht dieser politischen Rücksichten, die die Parteien zu nehmen haben, verhältnismäßig groß, sowohl in Richtung auf das, was man für die Wählerinteressen hält und woraus die Wahltaktik der Parteien entspringt, als auch in Richtung auf das, was sich als Verbandseinfluß bemerkbar macht und woraus sich die Verbandstaktik der Parteien ableitet.

Die verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Probleme, die sich aus der Wahltaktik und der Verbandstaktik der Parteien ergeben, dürften grundlegender sein als gewisse Außerlichkeiten des parlamentarischen Betriebs. Vorkehrungen, die Rolle der Abgeordneten gegenüber der Ministerialbürokratie und gegenüber den Verbänden zu stabilisieren, etwa durch parlamentarische Hilfsdienste, Assistenten usw., treffen, so nützlich sie sind, den Kernpunkt nicht. Die Fähigkeit des Gesetzgebers, die gesellschaftlichen Verhältnisse durch Recht zu gestalten, kann beeinflusst, wenn nicht gelähmt werden durch die aus der Konkurrenz um die Wählerstimmen hervorgehende Wahltaktik der Parteien, durch die auf den Einfluß der organisierten Interessen antwortende Verbandstaktik der Parteien, aber bis zu einem gewissen Grade auch durch die Autonomisierung der Rechtsetzung, die die Einheitlichkeit der Sozialgestaltung durch Recht formell aufhebt. Die wesentlichste Gefahr, die mit den genannten Erscheinungen verbunden ist, ist, daß kurzfristige Interessen und Taktiken die für das Schicksal der Gesellschaft letzten Endes maßgeblichen langfristigen und prinzipiellen Ziele in den Hintergrund drängen. Deswegen möchte ich mit der These schließen, daß Gerechtigkeit und Wirksamkeit der Sozialgestaltung durch Recht zuerst daran zu messen sind, in welcher Weise die Gesetzgebung zur Lösung der langfristigen Grundfragen der Gesellschaft beiträgt.