

# Peter Nahamowitz

## Wirtschaftsrecht im »Organisierten Kapitalismus«

Die folgenden Überlegungen sollen zu einer adäquaten analytischen Erfassung des modernen Wirtschaftsrechts beitragen. Sie sind unmittelbar angestoßen durch die manifeste Bedeutungszunahme des Wirtschaftsrechts in der rechtswissenschaftlichen Diskussion während der letzten Jahre (I). Wirtschaftsrechtstheorie kann ohne die Markierung des gesellschaftstheoretischen Bezugssystems nicht auskommen; zur Wahl stehen unter »bürgerlichen« Vorzeichen der Neoliberalismus und die Theorie der »mixed economy«, unter »kritischen« Vorzeichen die Marxsche Gesellschaftstheorie sowie deren neomarxistische Fortführung als Theorie des »Organisierten Kapitalismus« (II). Auf der Basis des zu präferierenden Konzepts des »Organisierten Kapitalismus« können dann Aussagen über die Form der staatlichen Wirtschaftssteuerung durch Gesetz einerseits (III), die Instrumentalisierbarkeit und »Richtigkeit« des Wirtschaftsrechts andererseits (IV) gemacht werden. Den Abschluß bilden Überlegungen zur Aufgabe einer »kritischen« Wirtschaftsrechtstheorie (V).

### *1. Der aktuelle Bedeutungsgewinn des Wirtschaftsrechts in der rechtswissenschaftlichen Diskussion*

Seit Mitte der 70er Jahre ist in die Wirtschaftsrechtstheorie unverkennbar Bewegung gekommen. Nicht nur im Vergleich zu den 50er und frühen 60er Jahren, die ziemlich eindeutig im Zeichen der analytischen Sterilität des Ordoliberalismus als der quasi »amtlichen« Ideologie des »CDU-Staates« standen, hat sich die Diskussion innovativ verdichtet und ausgeweitet. Sogar im Verhältnis zur ab Mitte der 60er Jahre einsetzenden neuen Phase, in deren Verlauf einerseits staatliches Planungs- und Steuerungsbewußtsein sich in Gesetzgebung<sup>1</sup> und Literatur<sup>2</sup> Durchbruch verschaffte, andererseits durch die Studentenbewegung Gesellschaftskritik<sup>3</sup> angestoßen wurde, sind neuartige Konzepte aufgetaucht und neue Akzente gesetzt worden. In den letzten Jahren ist es zu einer auffälligen Häufung wirtschaftsrechtlicher Publikationen mit weitreichendem, teils historisch-empirisch, teils analytisch ausgerichtetem, teilweise marxistisch, teilweise liberal bzw. konservativ beeinflusstem Erklärungsanspruch gekommen. Von den neuen Publikationen haben einige den Charakter

<sup>1</sup> Stabilitäts- und Wachstumsgesetz und die Neufassung des Art. 109 GG, beide vom 8. 6. 1967.

<sup>2</sup> Stern/Münch/Hansmeyer, Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, Stuttgart 1972 (1. Aufl.); P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971; Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, herausgegeben und eingeleitet von U. Scheuner, Frankfurt 1971; zu den einzelnen Phasen der wirtschaftspolitischen Entwicklung in der Bundesrepublik vgl. jüngst H.-H. Hartwich, Wirtschaftsordnung und Grundgesetz, in: Beilage zur Wochenzeitschrift Das Parlament 4/80.

<sup>3</sup> R. Wiedhölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt 1968; H.-H. Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Opladen 1970.

systematischer Gesamtdarstellungen, womit das langjährige Rincksche Monopol<sup>4</sup> zum engen Oligopol aufgeweicht ist, andere geben sich mit fundierten Einzelanalysen zufrieden. Auf der »linken« Seite des politischen Spektrums sind das Weltmarktbuch von R. Knieper, das Lehrbuch von N. Reich, die historisch-systematischen Untersuchungen von G. Brüggemeier und meine (systematisch intendierte) Studie über die Bundesgesetzgebung 1967–69 anzusiedeln<sup>5</sup>. Auf der fortschrittlich-liberalen Seite finden sich das Lehrbuch von E. Steindorff und die Studie von D. Hart/Ch. Joerges über Verbraucherrecht<sup>6</sup>. Eine politisch konservativ-liberale Richtung vertreten das Lehrbuch von H.-J. Mertens, Ch. Kirchner, E. Schanze, dasjenige von F. Rittner, der monumentale Sammelband von Mestmäcker über »Recht und ökonomisches Gesetz«, der von H.-D. Assmann, Ch. Kirchner, E. Schanze herausgegebene Sammelband über die »Ökonomische Analyse des Rechts« und die Habilitationsschrift von B. Rebe<sup>7</sup>. Neuartige, aus den Sozialwissenschaften kommende Paradigmen finden explizite und systematische Verwendung nun auch in der Wirtschaftsrechtstheorie: »Organisierter Kapitalismus« (Brüggemeier, Nahamowitz), »mixed economy« (Assmann, Hart/Joerges), der Systemfunktionalismus (Assmann) und die »Ökonomische Analyse des Rechts« (Kirchner, Schanze).

Während der qualitative und quantitative Bedeutungszuwachs von wirtschaftstheoretischen Fragestellungen und von ökonomiebezogenen Rechtsproblemen im rechtswissenschaftlichen Aufmerksamkeitspektrum offensichtlich Reflex des insgesamt seit 1973/74 stark unbefriedigenden, nur durch temporäre Zwischenhochs aufgehellten Wirtschaftsverlaufs ist und sich diese rechtswissenschaftspolitische Entwicklung angesichts der schlechten Auspizien für die nähere ökonomische Zukunft fortsetzen dürfte, ist in den kritischen Sozialwissenschaften ein eindeutig gegenläufiger Trend zu konstatieren. Dort haben (polit-)ökonomische Fragestellungen stark an Aktualität zugunsten eher politischer und soziokultureller Probleme verloren; die Wirtschaft ist im Verhältnis zu Politik und Kultur seit einiger Zeit in den Hintergrund getreten. Diese Schlußfolgerung jedenfalls legen eine Reihe politologischer und soziologischer Neuerscheinungen nahe. In der Politikwissenschaft ist das Paradigma des »Neokorporatismus« aus einiger Prominenz gelangt<sup>8</sup> und wird nun systematisch über »politische Kultur« geforscht<sup>9</sup>. In der politischen Soziologie sorgt die Alternativbewegung für Diskussionsstoff<sup>10</sup> und wird unter dem Etikett »Silent Revolution« (R.

4 G. Rinck, *Wirtschaftsrecht*, Köln u. a. 1977 (5. Aufl.; 1. Aufl. von 1963).

5 R. Knieper, *Weltmarkt, Wirtschaftsrecht und Nationalstaat*, Frankfurt 1976; N. Reich, *Markt und Recht*, Neuwied und Darmstadt 1977; G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, 2. Bd., Frankfurt 1977/79; P. Nahamowitz, *Gesetzgebung in den krisischen Systemjahren*, Frankfurt u. New York, 1978.

6 E. Steindorff, *Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Darmstadt 1977; D. Hart/Ch. Joerges, *Verbraucherrecht und Marktökonomik: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik*, in: H.-D. Assmann, G. Brüggemeier und dies., *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein/Ts. 1980.

7 H.-J. Mertens, Ch. Kirchner, E. Schanze, *Wirtschaftsrecht*, Reinbek bei Hamburg 1978; F. Rittner, *Wirtschaftsrecht*, Karlsruhe 1979; E.-J. Mestmäcker, *Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, Baden-Baden 1978; ders., *Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem*, Baden-Baden 1978; H.-D. Assmann, Chr. Kirchner, E. Schanze (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg/Ts. 1978; B. Rebe, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, Bielefeld 1978.

8 U. v. Alemann, R. G. Heinze (Hrsg.), *Verbände und Staat. Vom Pluralismus zum Korporatismus*, Opladen 1979; K. von Beyme, *Der Neokorporatismus und die Politik des begrenzten Pluralismus in der Bundesrepublik*, in: *Stichworte zur »Geistigen Situation der Zeit«*, hrsg. von J. Habermas, Frankfurt 1979, 1. Bd.: *Nation und Republik*, 229 ff.

9 H. Brüggemann u. a., *Über den Mangel an politischer Kultur in Deutschland*, Berlin 1979; S. Greiffenhagen, R. Praetorius (Hrsg.), *Handwörterbuch zur politischen Kultur Deutschlands*, im Erscheinen. Vgl. auch die Sammelbesprechung von D. Berg-Schlosser über »Politische Kultur der Bundesrepublik«, in: *PVS-Literatur*, 1/80, 36 ff.

10 W. Kraushaar, *Autonomie oder Getto*, Frankfurt 1978.

Inglehart) die Verdrängung »materialistischer« Werte (Wohlstand, Sicherheit, Karriere usw.) durch »postmaterialistische« (Autonomie, Partizipation, Solidarität u. a.) in den Einstellungen der europäischen Bevölkerung behauptet. Schließlich scheint sich gegenwärtig eine intensive Regionalismusdebatte anzubahnen<sup>11</sup>. Die Fahne der Politikökonomie wird nur noch vereinzelt, wenn auch mit relativ erfolversprechenden, weil realanalytisch ausgerichteten Untersuchungen hochgehalten<sup>12</sup>.

## II. Der gesellschaftstheoretische Bezugsrahmen des Wirtschaftsrechts

Wirtschaftsrechtstheorie setzt die Analyse des sozialen Gesamtsystems, in dem Wirtschaftsrecht entsteht und seine Wirkung entfaltet, voraus. Genese, Form und Funktionalität von Wirtschaftsrecht sind einsichtig allein vor dem Hintergrund eines gesellschaftstheoretischen Gesamtentwurfs. Die vier derartigen, gegenwärtig in der Wirtschaftsrechtstheorie mit einiger Verbreitung auffindbaren Konzeptualisierungen werden im folgenden kritisch vorgestellt.

### 1. Wirtschaftsgesellschaft als staatlich zu veranstaltende Wettbewerbsordnung

Der Neo- oder Ordoliberalismus<sup>13</sup> verkörpert im Vergleich zum neoklassischen, um den Gleichgewichtspreis zentrierten Marktmodell ohne Staat einen Zugewinn an Realitätssicht insofern, als eine frei auf atomistisch gestreutem Privateigentum beruhende »Wettbewerbsordnung« nicht als Gegebenheit vorausgesetzt, sondern als eine durch staatliche »Ordnungspolitik« (aktive Antimonopol- und Antikartellpolitik) je aufs Neue zu gewährleistende angesehen wird. Diesem ordnungspolitischen Ziel haben sich alle staatlichen Teil- und Einzelpolitiken unterzuordnen, so daß auf diese Weise die Wirtschaftspolitik Konsistenz und Einheitlichkeit gewinnt – ein Postulat, welches im Monetarismus der Chicagoer Schule (M. Friedmann) als Forderung nach Verzicht auf eine stop and go-Konjunkturpolitik und Beschränkung auf eine Politik der stetigen Geldmenge auftaucht (wodurch sich der Monetarismus als modernste Variante des Neoliberalismus ausweist). Zur Perhorreszierung wirtschaftspolitischer ad-hoc-Interventionen ohne einheitliches Ordnungskonzept einerseits, wirtschaftlicher, die Elastizität und »Gerechtigkeit« des Marktsystems eliminierender Machtballung in Form von Monopolen und Oligopolen andererseits,

<sup>11</sup> Handbuch des westeuropäischen Regionalismus, hrsg. von J. Blaschke, Frankfurt 1980.

<sup>12</sup> Abgesehen von den dem »Policy-Science-Ansatz« verpflichteten Arbeiten von F. W. Scharpf, sind vor allem die Untersuchungen von V. Ronge, Bankpolitik im Spätkapitalismus. Politische Selbstverwaltung des Kapitals?, Frankfurt 1979 und U. Jürgens, Selbstregulierung des Kapitals, Frankfurt, New York 1980 zu nennen. Der Rückzug der Politikökonomie aus den Sozialwissenschaften dürfte zu einem guten Teil einer (für die Wirtschaftsrechtstheorie nicht charakteristischen) Forschungssituation geschuldet sein, die mit »Krise des Marxismus« umschrieben worden ist. Exemplarisch ablesbar ist diese an der kürzlich vorgenommenen programmatischen Revision marxistischer Theoreme durch einen selbst jahrelangen Verfechter eines »intakten« Marxismus. J. Hirsch diagnostiziert unverblümt die Fehlerhaftigkeit zentraler marxistischer Entwicklungshypothesen. Die Entwicklungsdynamik der kapitalistischen Gesellschaft scheine »weder in einem umfassenden ökonomischen Zusammenbruch zu kulminieren, noch erzeugt sie im industriellen Proletariat den Vollstrecker revolutionärer Umwälzungen«. Obwohl »fundamental krisenhaft«, habe sich das »imperialistische Kapital« als unerwartet anpassungsfähig erwiesen. Damit ist sowohl dem kapitallogischen Marxismusansatz als auch dem konkurrierenden Konzept des »Klassenkampfs« eine Absage erteilt (vgl. Alternativbewegung – eine politische Alternative?, in: Parlamentarisches Ritual und politische Alternativen, hrsg. von R. Roth, Frankfurt 1980, 137).

<sup>13</sup> Es handelt sich um ein Konzept Freiburger Nationalökonomien und Juristen, welche sich bereits zu Anfang der 30er Jahre in einem losen Kreis zusammengefunden hatten. Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern u. Tübingen 1952; W. Röpke, Civitas Humana, Zürich 1946 (2. Aufl.); A. von Hayek, Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971; F. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933 (Nachdruck 1964).

wurde der Neoliberalismus durch die Erfahrung der Weltwirtschaftskrise 1928/32 gebracht. Ähnlich der neomarxistischen Monopoltheorie, welche die monopolistische Verkrustung der kapitalistischen Wirtschaft mit ihren Folgewirkungen von Überkapazität, Investitionsunlust und Preisunelastizität für die Krise verantwortlich machte,<sup>14</sup> ortete der Neoliberalismus den krisengenerierenden Kausalfaktor in der Vermachtung der Wirtschaft. Ihre relative historische Legitimität gewinnen die Begrenzung der Staatsfunktionen auf die Setzung von »Spielregeln« und Rahmenbedingungen für die Wirtschaft und die normative Orientierung an einer Gesellschaft auf der Basis von Privateigentum freier Menschen, wie sie der Neoliberalismus emphatisch fordert, angesichts des Machtmißbrauchs des totalitären nationalsozialistischen »Behemoth«. Diese historische Erfahrung – neben den offensichtlichen Leistungsdefiziten der »sozialistischen« Planwirtschaften – dürfte auch zu seiner theoretischen und politischen Attraktivität als Basisideologie der Erhard'schen »sozialen Marktwirtschaft« beigetragen haben.

Aus einer späten Arbeit F. Böhm's<sup>15</sup> lassen sich die weiteren klassischen, überwiegend noch unerwähnten, ordoliberalen »essentials« herausdestillieren: Blindheit gegenüber dem objektiv-werttheoretisch konstruierbaren Ausbeutungscharakter und den historisch belegbaren Krisenphänomenen und sozialen Ungleichgewichten des Kapitalismus sowie – damit verbunden – Apologie des (gestreuten) Privateigentums als einer »zahme(n) Einrichtung«; Reduktion des Staates auf »pflegehaft-gärtnerische« Tätigkeit im Sinne liberalstaatlicher Basisfunktionen und Ablehnung einer pluralistischen Prozesspolitik mit ihrem »unneutralen Eingriff in den etablierten Lenkungsmechanismus der marktwirtschaftlichen Ordnung« bzw. einer Umstellung der staatlichen Lenkung auf »Handbetrieb«; Idealisierung des Marktpreises als eines funktionierenden Knappheitsindikators; Optimismus bezüglich der wenigstens annähernden Realisierbarkeit einer freien Wettbewerbswirtschaft (wegen der dahin drängenden Marktkräfte (!)); Präferenzierung der subjektiven Werttheorie und Perhorreszierung »überhöhter«, über dem »Knappheitslohn« liegender Löhne; Ignorierung von Partizipationspostulaten der organisierten Arbeitnehmerschaft; endlich in Böhm's charakteristisch rechtszentrierter Sichtweise: die Konzeptualisierung des nachfeudalen, bis in die Gegenwart sich erstreckenden Gesellschaftstypus als »Privatrechtsgesellschaft«, der die Marktwirtschaft »zugeordnet« sei.

Die Kritik an diesen neoliberalen Glaubenssätzen, deren analytische Schwäche manifest, deren politischer Einfluß aber groß ist<sup>16</sup>, kann sich auf drei Punkte beschränken. *Erstens* verkennt der klassische Neoliberalismus (Eucken, Böhm) systematisch die Systemnotwendigkeit umfassender – und nicht nur ordnungs- i. S. wettbewerbspolitischer – staatlicher Marktinterventionen; dieser soziale Überlebensimperativ hat historisch zu einer sich schubweise intensivierenden Verschränkung von Staat und Wirtschaft im Kapitalismus geführt. Weder die marxistische Krisenanalyse noch die Keynes'sche Diagnose eines strukturellen »Fehlers im System«, welcher nur durch staatliche, kreditfinanzierte Beschäftigungspolitik kaschiert werden kann, werden ernst genommen. Einige Neoliberale der zweiten Generation (K. Biedenkopf, J. Mestmäcker, F. Rittner) allerdings sehen die Dinge (z. T. wohl motiviert durch die Existenz der interventionistischen Art. 91a, 104a Abs.

<sup>14</sup> M. Dobb, *Die Entwicklung des Kapitalismus*, Frankfurt 1970; P. A. Baran, P. M. Sweezy, *Monopolkapital*, Frankfurt 1973.

<sup>15</sup> *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in: *Ordo* 1966, 75 ff.

<sup>16</sup> In der gegenwärtigen Konjunkturpolitik zumindest dreier führender westlicher Industrieländer (USA, BRD, UK) scheint sich eine kräftige Renaissance des Neoliberalismus in Gestalt des Monetarismus abzuzeichnen. Der Beleg für die konjunkturpolitische Untauglichkeit und sozialpolitische Undurchführbarkeit dieses Konzepts dürfte nicht lange auf sich warten lassen.

4, 109 Abs. 2 GG) weniger dogmatisch. »Ein Wirtschaftsrecht, das hoheitliche Kompetenzen allein gegen Wettbewerbsbeschränkungen einsetzt, hat es niemals in der Wirklichkeit, allenfalls in theoretischen Modellen gegeben. Der Sozialstaat kann sich noch weniger als seine Vorgänger darauf beschränken«<sup>17</sup>. *Zweitens* macht der Neoliberalismus sich Illusionen über die Realisierungsmöglichkeiten einer freien Wettbewerbsordnung, präziser: er verkennt die Irreversibilität und zwingende Unaufhaltsamkeit im Vermachtungsprozeß der Märkte, wie sie nun bereits seit Jahrzehnten sich manifestieren. Daraus hat die Theorie des »funktionsfähigen Wettbewerbs«, den Neoliberalismus seinerseits lernfähig weiterentwickelnd (wie dieser die neoklassische Gleichgewichtsökonomie lernbereit überholt hatte), insofern die Konsequenz gezogen, als das »weite« Oligopol nun als Realität akzeptiert und als wettbewerbspolitische Idealität gepriesen wird<sup>18</sup>. *Drittens* ist die Konzeptualisierung der kapitalistischen Gesellschaft als »Privatrechtsgesellschaft« mit der geschichtlichen Wirklichkeit nicht vereinbar. Der damit behauptete historische Primat des Rechtsphänomens verkennt nicht nur idealistisch die Genese der zentralen Privatrechtsinstitute aus dem kapitalistischen Industrialisierungsprozeß<sup>19</sup>; das Konzept der »Privatrechtsgesellschaft« als eines dem Anspruch nach analytisch ausreichendem auch für die moderne Gesellschaft ignoriert zudem die seit Jahrzehnten erkannte – und offensichtlich bereits im 19. Jahrhundert zutage getretene – Unzulänglichkeit des Privatrechts als eines sozialen Steuerungsmediums wegen dessen struktureller Angewiesenheit auf die Ergänzung durch staatliche ad-hoc-Maßnahmen (Maßnahmegesetze, vgl. dazu unten III.).

## 2. Wirtschaftsgesellschaft als naturwüchsiger Herrschafts- und Krisenzusammenhang

Unter dem Eindruck des englischen Hochkapitalismus im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts hat K. Marx auf der Ebene des »Kapitals im allgemeinen«, d. h. auf der abstrakten Darstellungsebene seines Hauptwerks »Das Kapital«, den Versuch unternommen, mit der Entfaltung der ökonomischen »Bewegungsgesetze« der kapitalistischen Produktionsweise die Entwicklungsdynamik der kapitalistischen Gesellschaft als ganzer analytisch zu erfassen. Ausgehend von der Analyse der Ware und der dialektischen Unterscheidung von Wert und Gebrauchswert wird mit Hilfe der Wert- und Mehrwerttheorie der vorgebliche Äquivalententausch Arbeitskraft gegen Lohn als strukturelles, z. B. unabhängig vom sozialen Entgegenkommen des Unternehmers bestehendes, Ausbeutungsverhältnis entschleiert, welches in der Form der Aneignung des von der produktiven Arbeit geschaffenen Mehrwerts durch die

17 F. Rittner, *Wirtschaftsrecht*, Karlsruhe 1979, 47. Diese Neoliberalen der 2. Generation unterscheiden sich bei grundsätzlicher Billigung des Staatsinterventionismus von den mehr interventionistisch orientierten Wirtschaftsrechtlern überwiegend nurmehr durch ihre starke normative Betonung des Subsidiaritätsprinzips staatlicher Wirtschaftslenkung gegenüber den Marktprozessen und der Priorisierung des Wettbewerbsrechts im System des Wirtschaftsrechts, gegenüber linken und linksliberalen Wirtschaftsrechtlern durch ihre restriktive Interpretation des Art. 15 GG und ihre Zurückhaltung gegenüber Demokratisierungs- und Partizipationspostulaten in der Wirtschaft (vgl. Rittner, a. a. O., 36).

18 E. Kantzenbach, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, Göttingen 1967. Ich habe den Eindruck, daß die Konzeption des »freien Wettbewerbs« (F. A. v. Hayek, E. Hoppmann), welche die neueste und gegenwärtig dominierende wettbewerbspolitische Konzeption des Neoliberalismus darstellt, aus einem umfassenden anti-etatistischen Ressentiment heraus im objektiven Ergebnis noch mehr zu einer Absicherung des vermachteten status quo in der Wirtschaft beiträgt (vgl. H. J. Spiels, *Preismissbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen als ordnungspolitisches Problem?*, Königstein 1980, 202). Es ließe sich dann von Eucken/Bohm über Kantzenbach zu Hoppmann eine Stufenfolge zunehmender objektiver Akzeptanz der kapitalistischen Konzentrationsprozesse konstatieren.

19 F. Wieacker, *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*, in: ders., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt 1974, 55 ff.

Kapitalistenklasse sich perpetuiert. Die »Bewegungsgesetze« des Kapitals, welchen Marx zwar nur den Charakter von Tendenzen zubilligt, die durch Gegentendenzen bis zu einem gewissen Grad und für einen gewissen Zeitraum konterkariert werden können, die sich aber dennoch letztlich naturwüchsig, in einem »anarchischen« Produktionsprozeß »hinter dem Rücken der Produzenten« durchsetzen, führen zu einem permanenten Akkumulations- und Wachstumszwang, zu periodischen Überproduktionskrisen, zu stetiger Konzentration und Zentralisation des Kapitals, zur Verelendung des Proletariats, zur Polarisierung der Gesellschaft in nur noch zwei feindliche Lager, schließlich zum Fall der Profitrate. Vor allem der Fall der Profitrate, dieses »belebende(n) Feuer(s) der Produktion«<sup>20</sup>, führt schließlich mangels ausreichender Profitmöglichkeiten für das anlagesuchende Kapital zu einem Zustand, in dem die Produktion »einschlummert«<sup>21</sup>. Die ökonomische Krise führt über die soziale zur politischen Krise, in der das Proletariat den kapitalistischen Staat revolutionär umstürzt und die »Diktatur des Proletariats« errichtet<sup>22</sup>.

Die Marxschen Theoreme sind revisionsbedürftig, und zwar bereits aus methodologischen Gründen. Der Marxsche Anspruch, mit der Entfaltung der Logik des »Kapitals im allgemeinen« Struktur und Entwicklung der Gesellschaft als ganzer analytisch bestimmen zu können, beruht auf der vereinfachenden und abstrahierenden Modellprämisse einer in der Form der freien Konkurrenz gänzlich durchkapitalisierten Wirtschaft *und* der evolutionstheoretischen Unterstellung, daß »die Welt auf dem Wege sei, ganz kapitalbestimmt zu werden«<sup>23</sup>. Diese Marxsche doppelte Abstraktionsannahme mag in Anbetracht der empirischen Verhältnisse im zeitgenössischen, freihändlerisch-konkurrenzbestimmten England den charakteristischen Grundzug der gesellschaftlichen Entwicklung getroffen haben. Für Deutschland, dessen Phase einer freien Konkurrenz nur wenige Jahre währte (wenn es sie überhaupt in diesem Land je gegeben hat) und in dem ein autoritärer »Staatskapitalismus« eigentlich durchgängig präsent war, war das nie der Fall. »Gerade auch deutsche Erfahrungen eines immer schon »staatsinterventionistisch« gestützten Kapitalismus sprechen dafür, daß das »Kapital im allgemeinen« als das Verhältnis von Kapital zu Kapital nie (zu ergänzen wäre: »allein«, P.N.) geschichtsbestimmend gewesen ist. Gerade in der Verbindung von Kapital und Staat sowie von Kapital und Arbeiterbewegung . . . ist die »Bremsung« der gesellschaftlichen Dynamik allgemein wirksam geworden . . .«<sup>24</sup> Diese in der deutschen Entwicklung besonders deutlich manifestierte politische Organisationskraft und Lernfähigkeit des Kapitalismus – Eigenschaften, welche unterdessen aber Signum aller modernen »westlichen« Wirtschaftssysteme sind –, haben bei Marx keine systematisch-theoretische (nur punktuelle und dazu überaus widersprüchliche<sup>25</sup>) Berücksichtigung erfahren. Die gegenwärtige »Krise des Marxismus« dürfte ihren Grund darin haben, daß der – angesichts der deutschen Konstellationen – von Beginn an in die Marxsche Analyse eingebaute Abstraktionsfehler in allen hochentwickelten kapitalistischen Gesell-

20 MEW 25, 269.

21 ebd.

22 K. Marx, F. Engels, Manifest der kommunistischen Partei, Berlin 1968.

23 F. Eberle, E. Hennig, Anmerkungen zum Verhältnis von Theorie und Empirie, in: Gesellschaft, Beiträge zur Marxschen Theorie 2, Frankfurt 1974, 83.

24 ebd., 87.

25 Den Lernprozeß der englischen Fabrikgesetzgebung im 19. Jahrhundert bezeichnet Marx einerseits zutreffend als »erste bewußte und planmäßige Rückwirkung der Gesellschaft auf die naturwüchsige Gestalt des Produktionsprozesses« sowie als eine gegen die »Maschinerie in der Hand des Kapitals« gerichtete »Reaktion der in ihrer Lebenswurzel bedrohten Gesellschaft«, schließlich als »Sieg der Politischen Ökonomie der Arbeiterklasse«; andererseits wird die Fabrikgesetzgebung der Kapitallogik einverleibt: sie ist dann »notwendiges Produkt der großen Industrie« und »Moment der Naturgesetze der modernen Produktionsweise«. (Vgl. Das Kapital I, MEW 23, 504, 431, 299.)

schaften, die daran gegangen sind, ihre Überlebensanstrengungen, gesteuert vom politisch-administrativen System, zu verwissenschaftlichen und zu systematisieren, immer gravierender als Realitätsverleugnung erfahrbar wird. Und die gegenwärtige Trendwende in der sozialwissenschaftlichen Literatur setzt die Sozialfaktoren wieder in ihr ebenfalls (neben der Ökonomie) gesellschaftsbestimmendes Recht ein, welche der Marx'schen Abstraktionsleistung im »Kapital« zum Opfer gefallen sind: Politik, Kultur und moralische Wertsysteme, und die für die Marx/Engelschen *politischen* Schriften durchaus zentrale Bedeutung hatten.

Mit der fehlenden gesellschaftstheoretischen Triftigkeit der Marx'schen Kapitalanalyse verlieren auch gewisse Versuche, eine materialistische (Wirtschafts-)Rechtstheorie zu entwickeln, ihre Basis. Ebenso wie jene durch die Empirie falsifiziert ist, sind es auch diese. Zwischen Ordoliberalismus und »kapitallogischer« Rechtstheorie ergibt sich ja eine signifikante Übereinstimmung insofern, als beide Rechtstheorien dazu neigen, lediglich das abstrakte und allgemeine, das »bürgerliche« Gesetz zur Kenntnis zu nehmen. Der Ordoliberalismus kommt zu dieser selektiven, den seit langem typischerweise konkretistisch-interventionistischen Stil der Gesetzgebungstätigkeit verkennenden, Wahrnehmung auf der Basis der Auffassung, daß die bürgerliche Wirtschaftsgesellschaft von Beginn an »Privatrechtsgesellschaft« gewesen und es geblieben sei; die materialistische Rechtstheorie »leitet« das allgemeine und abstrakte Gesetz aus dem Abstraktionsprozeß des bürgerlichen Warentausches »ab«, ohne die überwiegend andersgeartete Gesetzgebungswirklichkeit zur Kenntnis zu nehmen, geschweige zu erklären<sup>26</sup>. Der Ordoliberalismus in der klassischen Version F. Böhms postuliert die Trennung von Staat und Gesellschaft, der kapitallogische Marxismusansatz behauptet ganz ähnlich die nicht nur institutionelle, sondern auch funktionale »Besonderung« des Staates gegenüber der Produktionssphäre. Beidem entspricht die Hypostasierung des allgemeinen, nicht-interventionistischen Gesetzes. Beide Rechtstheorien teilen damit die Auffassung der »Vorausgesetztheit« und inneren Autonomie des Wirtschaftsprozesses im Verhältnis zur Politik. Gegensätzlich sind jedoch die analytischen und prognostischen Folgerungen aus dieser Basisannahme: Gerechtigkeit und sich steigernde, »ewige« Prosperität hier, Ausbeutung und Selbstdestruktion dort.

### 3. Wirtschaftsgesellschaft als »mixed economy«

Die Theorie der »mixed economy« ist in den 60er Jahren in den USA, entwickelt von aufgeklärten liberalen Politikwissenschaftlern und Wirtschaftstheoretikern (M. D. Reagan, A. Shonfield, M. Weidenbaum)<sup>27</sup>, zu Popularität gelangt. In der Bundesrepublik vertritt F. W. Scharpf ein Konzept der »gemischten Wirtschaft«<sup>28</sup>. Für die Wirtschaftsrechtstheorie hat in jüngster Zeit H.-D. Assmann diese Konzeptualisierung des Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor fruchtbar zu machen versucht<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Vgl. z. B. D. Lapple, Zum Legitimationsproblem politischer Herrschaft in der kapitalistischen Gesellschaft, in: Bürgerlicher Staat und politische Legitimation, hrsg. von R. Ebbighausen, Frankfurt 1976, 129; ähnlich F. Hase, in: KJ 1975, 64 f, mit der Kritik von Th. Blanke et al., ebd., 24.

<sup>27</sup> M. D. Reagan, *The Managed Economy*, New York 1963; A. Shonfield, *Geplanter Kapitalismus*, Köln-Berlin 1968 (Original: *Modern Capitalism. The Changing Balance of Public and Private Power*); M. Weidenbaum, *The Modern Public Sector*, New York 1969.

<sup>28</sup> F. W. Scharpf, *Politischer Immobilismus und ökonomische Krise*, Kronberg 1977. In den 50er Jahren bereits propagierte E. R. Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, DOV 1956, ein Konzept der gemischten Wirtschaft.

<sup>29</sup> H.-D. Assmann, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in: ders., G. Brüggemeier et al., *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, a. a. O.; jüngst erschienen: ders., *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, Königstein/Ts. 1980. Diese Arbeit konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Der Untertitel von Shonfields Untersuchung zeigt an – obwohl der Autor nicht ausdrücklich den Begriff der »mixed economy« verwendet, sondern von »new capitalism« spricht, können seine Ausführungen als repräsentativ gelten –, was dieses Konzept thematisiert: die modernen Veränderungen im Verhältnis von Staat und Wirtschaft. Über gewichtige Differenzen zwischen den einzelnen kapitalistischen Ländern, was die »Schlüsselinstitutionen« und »Wirtschaftsmethoden« angeht, hinweg, sieht Shonfield folgende übereinstimmende Merkmale des neuen Kapitalismus: 1. die enorme Steigerung der wirtschaftspolitischen Interventionsmacht des öffentlichen Sektors, 2. das stete Vordringen der Sozialfürsorge, 3. die Stabilisierung des Marktes durch Monopolmacht und verschiedene Formen wirtschaftlicher Kooperation, 4. jährliche Steigerungen des Realeinkommens, ermöglicht durch den systematischen Ausbau von Forschung und Entwicklung und den Einsatz aktiver Arbeitsmarktpolitik, 5. das »Streben nach vernunftgemäßer Koordination« auf den relevanten wirtschaftlichen und staatlichen Ebenen, welches schließlich in »langfristiger nationaler Planung« kulminiert.

Wissenschaftspolitisch und analytisch liegt Shonfield, korrespondierend seinem aufgeklärten Liberalismus, auf der Linie des »Policy-Science«-Ansatzes. Der Wirtschaftsprozess ist in dieser Sichtweise abhängig von richtiger oder falscher Handhabung der Politik; gegenüber staatlicher Steuerung grundsätzlich immune, allein der privaten Verfügung unterstehende Handlungsreservate werden nicht systematisch berücksichtigt. Folgerichtig stehen bei Shonfield »aktive Politik«, »Planung« und »Keynesianismus« als Postulate im Mittelpunkt. Politisch ist Shonfield Vertreter eines um Pluralismus und Korporatismus zentrierten Liberalismus. Das »sozialistische Rezept, die »Kommandohöhen« der Wirtschaft zu erobern«, lehnt er ab<sup>30</sup> und plädiert unter Berufung auf Keynes für einen Korporatismus halb-autonomer, das allgemeine und das eigene Interesse verbindender Körperschaften im Rahmen des demokratischen Staates<sup>31</sup>. Seine Analyse führt Shonfield zur optimistischen Zukunftsvision eines sich zugleich stetig und dynamisch entwickelnden, höchstens durch kleine Rezessionen unterbrochenen Wirtschaftswachstums.

Die Theorie der »mixed economy«, Shonfields Ausführungen belegen es, übersieht einerseits den nach wie vor prinzipiell gegebenen Ausbeutungscharakter der kapitalistischen Produktionsweise und unterschätzt andererseits die grundsätzlich weiterbestehende, tiefgreifende Krisenanfälligkeit der kapitalistischen Wirtschaft. Bezüglich des zweiten Punktes ist sie, ein typisches Kind der optimistischen 60er Jahre, durch die schwere Rezession 1974/75 um Illusionen ärmer geworden. Die Theorie der »mixed economy« und der »Policy-Science«-Ansatz mit ihrem gemeinsamen Steuerungs- und Planungsoptimismus sehen sich seitdem mit der Renitenz einer kapitalistischen Ökonomie konfrontiert, welche sich in hartnäckiger Massenarbeitslosigkeit, verringerten Wachstumsraten und inflationären Aufblähungen äußert. Zu diesem Bild paßt es, daß politische Planung in allen westlichen Ländern nach einem vorübergehenden Zwischenhoch wieder auf dem Rückzug bzw. bereits ganz von der Bildfläche verschwunden ist (»planification« in Frankreich, PPBS in den USA, »innere Reformen« in der BRD)<sup>32</sup>. Resümierend kann man sagen, daß die Metamorphose des Kapitalismus nicht so grundlegend ist, wie die amerikanischen

<sup>30</sup> A. Shonfield, Geplanter Kapitalismus, a. a. O., 264.

<sup>31</sup> ebd., 275.

<sup>32</sup> Das Ende von Planung in der BRD zeigen zwei Ereignisse deutlich an: Die Beendigung der Landesentwicklungsplanung in Niedersachsen durch das Kabinett Albrecht sowie die Versetzung der Planungsabteilung der Staatskanzlei in das Landwirtschaftsministerium (!) nach der letzten Hessen-Wahl durch Ministerpräsident Börner. Das Festhalten an der Mittelfristigen Finanzplanung hat überwiegend nur noch symbolische Funktion.

Theoretiker der »mixed economy«, der »managed economy« und des »new capitalism« unterstellen (sie aber tiefgreifender ist, als die Marx-Orthodoxie es wahrhaben will).

Natürlich beweist auch die Theorie der »mixed economy« Lernfähigkeit. Das Konzept einer gemischten Wirtschaft, welches H.-D. Assmann, in Anlehnung an Scharpf, präsentiert, zeigt in ausreichendem Maße »Krisenbewußtsein«. Die wirtschaftliche Krisenanfälligkeit bildet ein wesentliches Strukturmerkmal der »mixed economy« neben Monopolisierung, 3-Sektoren-Modell des Marktes (Staats-, Monopol-, Konkurrenzsektor) und einem systematischen Staatsinterventionismus in eine »privatkapitalistische« Wirtschaftsorganisation mit der Folge eines »eigentümlichen Verschränkungsverhältnisses beider Bereiche, das weder als Autonomie noch als Determinationsverhältnis, sondern eher als eine balancierende Abhängigkeit beider Systeme voneinander zu bezeichnen ist«<sup>33</sup>. Die rechtlichen Folgen eines intensiven Staatsinterventionismus sind die Auflösung des Privatrechts und das Vordringen sozialtechnologisch funktionalisierter Maßnahme-, Steuerungs-, und Plangesetze<sup>34</sup>.

Auch diese realistisch modernisierte Version von »mixed economy« ignoriert die »Basisungerechtigkeit« des kapitalistischen Verwertungsprozesses: die politisch vielfältig gelenkte und temperierte, im Kern aber weiterhin private Aneignung des gesellschaftlich erarbeiteten Mehrwerts. Das farblos-affirmative Sprachgebilde »mixed economy« verleitet darüber hinaus zu Mißverständnissen über die Elemente der Mischung: Sind einige Wirtschaftssektoren etwa sozialistisch-planwirtschaftlich, andere wiederum kapitalistisch-marktwirtschaftlich strukturiert? Beide Defizite, das analytische und das sprachliche, vermeidet die Theorie des »Organisierten Kapitalismus«, welche, wie ich meine, im Wettstreit der gesellschaftstheoretischen Modelle den Vorzug verdient.

#### 4. Wirtschaftsgesellschaft als »Organisierter Kapitalismus«

Die neomarxistische Theorie des »Organisierten Kapitalismus« blickt auf eine Tradition zurück, die so lang ist wie die des Wirtschaftsrechts selbst. Die Lern- und Organisationsfähigkeit der kapitalistischen Gesellschaft hat als erster marxistischer Theoretiker der Austromarxist und führende sozialdemokratische Theoretiker der Weimarer Republik, R. Hilferding, systematisch berücksichtigt. Diese gesellschaftliche Fähigkeit ist Grundlage seiner Theorie des »Organisierten Kapitalismus«, ein Begriff, den Hilferding erstmals 1915 in seinem Artikel »Arbeitsgemeinschaft der Klassen?« gebraucht. Dort kommt Hilferding, nach einer verbalen Verbeugung vor dem »Seherblick« des »Genies« Marx diesem gegenüber sofort kritisch zur Sache. Hilferdings Kritik trifft Marx in dessen Fundament: der prinzipiellen Ausblendung kapitalistischer Lernfähigkeit. »Marx sah und konnte zu seiner Zeit gar nichts anderes sehen, als vor allem die revolutionierenden Tendenzen des Kapitalismus. Was er unterschätzt hat (und wir Späteren noch lange mit ihm), das sind die Anpassungen, die gerade der Kampf der Arbeiterklasse, die sozialdemokratische und gewerkschaftliche Bewegung in der kapitalistischen Gesellschaft erzeugt haben. . . . Um es paradox zu sagen: die konterrevolutionären Wirkungen der Arbeiterbewegung haben die revolutionären Tendenzen des Kapitalismus geschwächt«<sup>35</sup>. Auf dieser Basis systematischer Berücksichtigung kapitalistischer Anpassungskapazität, – modern gespro-

<sup>33</sup> H.-D. Assmann, a. a. O., 244 f., 313 ff.

<sup>34</sup> ebd., 246 ff.

<sup>35</sup> R. Hilferding, Arbeitsgemeinschaft der Klassen?, in: Der Kampf, Oktober 1915, Nr. 10, 321 f.

chen: die systemtheoretische Grundannahme verwendend, daß Gesellschaftssysteme ihr Überleben mittels Strukturveränderung sicherstellen –, gibt Hilferding folgende konzentrierte Begriffsbestimmung des »Organisierten Kapitalismus«, die zentrale Thesen aus seinem Hauptwerk »Das Finanzkapital«<sup>36</sup> zugleich abschwächt und fortführt: »Die neueste Phase der hochkapitalistischen Entwicklung erzeugt aus sich heraus noch andere konservierende Tendenzen. Die rapide Entwicklung des Weltkapitalismus seit der Mitte der Neunzigerjahre des vorigen Jahrhunderts hat die Depressionsperioden verkürzt, die chronische Arbeitslosigkeit gemildert. Die entwickeltesten Länder des Kapitalismus – Deutschland und die Vereinigten Staaten – kennen seit dieser Zeit keine industrielle Reservearmee im alten Sinn, sie bedürfen für Landwirtschaft und Industrie fortwährend der Zufuhr fremder Arbeitskräfte, auf denen dann auch in erster Linie der Druck der Krisen lastet. Das Finanzkapital – die Beherrschung der monopolistisch organisierten Industrie durch die kleine Zahl der Großbanken – hat die Tendenz, die Anarchie der Produktion zu mildern und enthält Keime zu einer Umwandlung der anarchisch-kapitalistischen in eine organisiert-kapitalistische Wirtschaftsordnung. Die ungeheure Stärkung der Staatsmacht, die das Finanzkapital und seine Politik erzeugt hat, wirkt in derselben Richtung. Anstelle des Sieges des Sozialismus erscheint eine Gesellschaft zwar organisierter, aber herrschaftlich, nicht demokratisch organisierter Wirtschaft möglich, an deren Spitze die vereinigten Mächte der kapitalistischen Monopole und eines Staates stünden, unter denen die arbeitenden Massen in hierarchischer Gliederung als Beamte der Produktion tätig wären. Anstelle der Überwindung der kapitalistischen Gesellschaft durch den Sozialismus träte die den unmittelbaren materiellen Bedürfnissen der Massen besser als bisher angepaßte Gesellschaft eines organisierten Kapitalismus«<sup>37</sup>.

Ebenso wie das Marxsche Paradigma des »Kapitals im allgemeinen« stellt der Hilferdingsche »Organisierte Kapitalismus« eine, wahrscheinlich am Bild der deutschen Kriegswirtschaft orientierte, Abstraktion dar. Sie ist legitim, weil sie den »organisierten«, die Überlebensfähigkeit des Kapitalismus erklärenden, Grundzug der modernen Entwicklung mit ihren Merkmalen zunehmender (auch finanzkapitalistischer) Oligopolmacht, hohem Staatsanteil am Bruttosozialprodukt und politischer Dauerintervention so wie gut integrierter Arbeitnehmerschaft trifft. Dennoch bringt auch sie ihr Opfer der dilemmatischen Verknüpfung von Theorie und Empirie<sup>38</sup>. Die harmonistischen Visionen (Vereinigung von Staat und Monopolen, Arbeiter als »Beamte der Produktion«) abstrahieren allzu stark von den real weiter fortbestehenden Interessengegensätzen (zwischen »großem« Kapital und Staat, zwischen den Kapitalfraktionen untereinander, zwischen Staat, Kapital und Arbeitnehmerschaft). Und die allzu starke Ausblendung der Unkontrollierbarkeit kapitalistischer Krisenanfälligkeit wird später durch die Empirie der Weltwirtschaftskrise 1928/32 dramatisch falsifiziert.

Die Theorie des »Organisierten Kapitalismus« hat zu Recht bis in die Gegenwart ihre Anziehungskraft behalten. In den 20er bis 40er Jahren zeigten sich besonders E. Lederer, F. Naphtali, F. Pollock und M. Horkheimer beeinflusst<sup>39</sup>. In den 60er und 70er Jahren argumentieren auf dieser Linie J. Habermas, W.-D. Narr, C. Offe und

36 R. Hilferding, *Das Finanzkapital*, 2. Bd., Frankfurt 1973 (2. Aufl.). Hier entwickelt H. die Vision eines »Generalkartells« als einer die gesamte Produktion bewußt regelnden, mit Zentralbank und Staatsapparat kooperierenden, monopolistischen Supremanz.

37 *Arbeitsgemeinschaft der Klassen?*, a. a. O., 322.

38 Dazu bahnbrechend F. Eberle, E. Hennig, a. a. O. (Anm. 13).

39 F. Naphtali, *Wirtschaftsdemokratie*, Köln und Frankfurt 1977 (4. Aufl.); F. Pollock, *Studien des Kapitalismus*, hrsg. von H. Dubiel, München 1975; M. Horkheimer, *Autonitärer Staat*, in: *Kritische Theorie der Gesellschaft*, Bd. III, o. O. 1968; E. Lederer, *Kapitalismus, Klassenstruktur usw.*, hrsg. v. J. Kocka, Göttingen 1979.

H.-U. Wehler (für das Wirtschaftsrecht: G. Brüggemeier und in der Sache wohl auch R. Knieper), um nur einige der wichtigeren Autoren zu nennen<sup>40</sup>. Vor allem Habermas und Offe haben die Theorie des »Organisierten Kapitalismus« weiterentwickelt, methodisch durch die Integration von Marxscher Politökonomie und moderner Systemtheorie, inhaltlich durch die Ausdifferenzierung des Gesellschafts-systems in das politische System als dem Steuerungszentrum, das ökonomische System als dem Erzeuger materieller Werte und das soziokulturelle System als dem normativen Wertesystem<sup>41</sup>. Durch die neuen ökonomischen Aufgaben des politischen Systems (Organisation des wissenschaftlich-technischen Fortschritts, Qualifikation der Arbeitskraft, Kompensation von regionalen und sektoralen Strukturschäden ebenso wie von Umweltschäden, Konjunkturregulierung, sozialpolitische Maßnahmen), welche zu den liberalkapitalistischen (innere und äußere Sicherheit, Recht, Geld, Währung usw.) hinzutreten, werden auf der Basis einer veränderten Wert- und Mehrwertproduktion die Produktionsverhältnisse »politisiert« (bzw. »repolitisiert«) und damit das kapitalistische Organisationsprinzip von Lohnarbeit und Kapital »affiziert«<sup>42</sup>, ohne daß jedoch die antagonistische und krisenhafte Grundstruktur gänzlich beseitigt würde. Zu Recht konzipieren Habermas und Offe den »Organisierten Kapitalismus« systemtheoretisch als lernfähiges, auf Bestandsbedrohung mit Strukturwandlungen antwortendes Sozialsystem: Die aufgezeigten Veränderungen der Produktionsverhältnisse »lassen sich als Reaktionsbildungen gegen die endemische Krise verstehen«<sup>43</sup>. Der von Marx analysierte Bann des Warenfetischismus ist durchbrochen, und »alle Beteiligten (sind) zu mehr oder weniger guten Praktikern der Werttheorie geworden«<sup>44</sup>. Dadurch ist die Immanenz ökonomischer »Gesetze« und Tendenzen, wie sie Marx vor Augen hatte, zerbrochen. Das bedeutet nach Habermas und Offe jedoch keineswegs die souveräne Kontrolle des Wirtschaftsprozesses durch den Staat<sup>45</sup>. Durch derartige Vorbehalte werden die Hilferdingschen optimistischen Einseitigkeiten und Überzeichnungen vermieden. Die Kritik an Habermas sei an dieser Stelle nur angedeutet. Habermas vernachlässigt die oligopolistischen Organisationsleistungen (aktuelles Stichwort: »Selbstverwaltung des Kapitals«) zugunsten der staatlichen und verwickelt sich in Widersprüche in der Einschätzung der staatlichen Steuerungsmacht (einmal nur »reaktive Vermeidung von Krisen«, andererseits »initiative« Einschaltung in den Reproduktionsprozeß<sup>46</sup>). Auf der einen Seite bilden sich die »gesamtgemeinschaftlichen Prioritäten« immer noch »naturwüchsig, nämlich als Nebenfolgen privater Unternehmensstrategien« heraus, was eine »politische Allokation knapper Ressourcen« unmöglich macht; auf der anderen Seite hat die Politik immerhin die Macht, in erheblichem Umfang den Marktmechanismus zu »ersetzen«<sup>47</sup>. Diese Mehrdeutigkeiten dürften ihren sachlichen Grund allerdings in der fehlenden analysierbaren Eindeutigkeit der Struktur des »Organisierten Kapitalismus« selbst haben.

»Organisierter Kapitalismus« bezeichnet in der Tat jenes dem eindeutigen analyti-

40 J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt 1973; C. Offe, *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Frankfurt 1972; ders., *Krisen des Krisenmanagement*, in: M. Jänicke (Hrsg.), *Herrschaft und Krise*, Opladen 1973; H.-U. Wehler, *Der Aufstieg des organisierten Kapitalismus und Interventionsstaates in Deutschland*, in: *Organisierter Kapitalismus*, hrsg. von H. A. Winkler, Göttingen 1974, 36 ff.; G. Brüggemeier, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, a. a. O. und R. Knieper, a. a. O. (Anm. 5).

41 J. Habermas, a. a. O., C. Offe, *Krisen des Krisenmanagement*, a. a. O., 197.

42 J. Habermas, a. a. O., 50 ff., 79.

43 ebd., 56.

44 ebd., 85.

45 Vgl. W.-D. Narr, C. Offe (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität*, Köln 1975, Einleitung.

46 J. Habermas, a. a. O., 54 und 86.

47 ebd., 51 und 53.

schen Zugriff schwer zugängliche »Mischungsverhältnis« aus monopolistischer und staatlicher Systemregulierung einerseits (»Organisation« des Kapitalismus), der nach wie vor latent bestehenden Wirksamkeit einiger der von Marx analysierten »Entwicklungstendenzen« andererseits (»Naturwüchsigkeit« des Kapitalismus). Diese Mischung aus Organisation und Anarchie bringt heute solch verschobene und uneindeutige, insgesamt nicht als »gesetzmäßige« faßbare Phänomene hervor wie: einen zwar regulierten Konjunkturverlauf, in dem jedoch die klassische Zyklizität immer noch am »rumoren« ist; unaufhaltsame Konzentration und Zentralisation des Kapitals, die aber dennoch in ihrer vollen Dynamik gebremst sind durch staatliche Kartell- und Fusionsverbote; Auseinanderdriften von reich und arm, von mächtig und ohnmächtig in der Gesellschaft, aber nicht in der »reinen« Form zunehmender Polarisierung von Proletariat und Kapitalistenklasse; weiterhin bestehende Ausbeutung, wenn auch wohl zugunsten der Arbeiterklasse verschoben; das Nebeneinander von liberal-klassischen und von neuen ökonomischen Staatsfunktionen (vor allem Sorge für Konjunktur, Wachstum, Wirtschaftsstruktur, Umwelt und soziale Befriedung); das Pendeln der staatlichen Steuerungskapazität zwischen der Vergeblichkeit einer Intention bleibenden Steuerung und tatsächlichem Erfolg, zwischen (wie i.d.R. anzunehmen) Reaktion und Aktion. Dieses vertrackte Mischungsverhältnis auszuloten, wäre das lohnende Ziel einer künftigen empirischen Forschung, welche ihre Ergebnisse auf analytischer Ebene nicht bereits präjudiziert hat.

Auf der Basis eines mehr oder weniger für die Beteiligten verbindlichen Klassenkompromisses zwischen Kapital und Arbeit ergibt sich im Bereich politischer Herrschaft eine labil-stabile Gemengelage aus (neo-)korporatistischem Zusammenspiel zwischen Verbänden und Staat, welches sich nach Bedarf zum zementierten Machtkartell eines elitären »Blocks an der Macht« (N. Poulantzas)<sup>48</sup> verfestigen kann, aus weiterbestehendem pluralistischem Interessenkampf und -egoismus (auch im um »Politikverflechtung«<sup>49</sup> bemühten Staatsapparat) und aus populistischen, undomestizierten Bewegungen mit radikalen Forderungen (Steuerparteien, »alternative« und »grüne« Strömungen). Im »Überbau«-bereich von Werten, kulturellen Standards und Ideologien stützt sich der »Organisierte Kapitalismus« auf ein teils naturwüchsiges, teils organisiertes System der »politischen und kulturellen Hegemonie« der herrschenden Schichten, jenem »großartigen Komplex von Schützengräben und Befestigungen« (A. Gramsci<sup>50</sup>) zur Aufrechterhaltung des Systems.

Dieser heterogenen, gleichwohl weithin auf Überleben ausgerichteten Struktur des »Organisierten Kapitalismus« entspricht ein Gesetzgebungsstil, der durch Heterogenität einerseits, die Konsistenz eines absolut »prinzipienfesten Opportunismus« (N. Luhmann<sup>51</sup>) andererseits ausgezeichnet ist. Das Gesetz wird tendenziell zum »opportunistisch instrumentalisierten Produkt politischer Steuerungskunst, damit aber auch flexibler Kompromisse und mehr oder weniger lautloser Arrangements im Einzelfall«<sup>52</sup>.

48 N. Poulantzas, Politische Macht und gesellschaftliche Klassen, Frankfurt 1974.

49 F. W. Scharpf et al., Politikverflechtung, Kronberg/Ts. 1976; dies. (Hrsg.), Politikverflechtung II, Kronberg/Ts. 1977.

50 Vgl. A. Kramer, Gramscis Interpretation des Marxismus, in: Gesellschaft, Beiträge zur Marxschen Theorie 4, Frankfurt 1975, 96 f.

51 Um dieses auf die öffentliche Verwaltung gemunzte Postulat kreist ein Großteil der verwaltungswissenschaftlichen Forschung Luhmanns, vgl. nur Opportunismus und Programmatik in der öffentlichen Verwaltung, in: Politische Planung, Opladen 1975 (2. Aufl.).

52 P. Nahamowitz, Gesetzgebung, a. a. O., 123.

In den gesellschaftlichen Strukturen des »Organisierten Kapitalismus« haben sich seine bestandsbewahrenden Tugenden: lernbereite Flexibilität, Anpassungsfähigkeit bis zum Opportunismus, Kompromißfähigkeit, materialisiert. Den Systemeigenschaften entspricht eine Formbestimmtheit des Gesetzes, die nicht eindeutig und prinzipiell vorgegeben, sondern »elastisch« und komplex ist. Ebenso wenig kennt staatliche Interventionsintensität in die Wirtschaft absolut gültige Prinzipien und Schranken. Für diese These sollen im folgenden – nach einigen vorbereitenden Bemerkungen – Belege anhand empirischen Gesetzesmaterials angeführt werden. Nach herkömmlicher Betrachtungsweise tritt das moderne Wirtschaftsrecht in der doppelten Form von Gesetzesrecht und von Richterrecht auf<sup>53</sup>. Nicht zuletzt die wirtschaftspolitische »Aufladung« des Bereicherungs- und Deliktsrechts<sup>54</sup> ist das Resultat judikativer Rechtsfortbildung. Die quantitative und qualitative Gewichtigkeit dieser beiden Formen positivierten Wirtschaftsrechts in ihrem Verhältnis zueinander ist bisher empirisch nicht erforscht. Ich halte jedoch die (nicht näher begründete) Behauptung G. Brüggemeiers vom Funktionsverlust des Gesetzes zugunsten eines zunehmenden Anteils von »Richterrecht secundum, praeter und contra legem«<sup>55</sup> für unzutreffend. Vielmehr scheint mir beides richtig zu sein: die quantitative und qualitative Bedeutungszunahme von Gesetzesrecht und von Richterrecht in einer sich irreversibel verrechtlichenden Gesellschaft.

Plausibler scheint mir Brüggemeiers These von der innerhalb des Gesetzesrechts sich vollziehenden »Substitution des klassischen Konditional-Programms durch wirtschaftspolitische Zweckprogramme« zu sein<sup>56</sup>. Beispiele für das Vordringen von Zweckprogrammen finden sich zahlreich im Wirtschaftsrecht, nicht nur im gewöhnlich herangezogenen § 1 Stabilitäts- und Wachstumsgesetz, sondern auch in § 1 Arbeitsförderungsgesetz<sup>57</sup>, in § 25 des Gesetzes über forstwirtschaftliche Zusammenschlüsse von 1969 (BGBl. I, 1546)<sup>58</sup>, in § 2 Nr. 1 des Hochschulbauförderungsgesetzes von 1969 (BGBl. I, 1556)<sup>59</sup> und vielen anderen Gesetzen. Dennoch bedarf dieses Phänomen, z. B. Verschachtelungen von Konditional- und Zweckprogrammen in einer Norm, noch der systematischen empirischen Aufklärung.

Der weiteren historischen Aufklärung bedarf die in der aktuellen Wirtschaftstheorie vorgetragene These von der Auflösung des klassischen Privatrechtssystems (vor allem also: BGB und HGB) zum Wirtschaftsrecht hin, bzw. seiner Ablösung durch dieses und dem damit verbundenen Formwandel vom »bürgerlich«-rechtsstaatlichen Gesetz zum Maßnahmegesetz<sup>60</sup>. Die Einsicht in die Ideologehaltigkeit des Postulats sowohl von der ungebrochenen Geschlossenheit als auch der universellen und exklusiven Funktionstüchtigkeit des klassischen, durch Formalität,

<sup>53</sup> Zu Recht bemerkt aber H.-J. Mertens, in: ders. et al., Wirtschaftsrecht, a. a. O., 162, daß auch AGB, Satzungen einer AG, DIN-Normen usw. Formen des Wirtschaftsrechts darstellen.

<sup>54</sup> R. Knieper, Recht der Konditionen: vergebliche Versuche, Bereicherung zu rechtfertigen; W. Vogeli, Funktionswandel des Delikts- und Schadensrechts. Beide in: KJ 1980, Heft 2.

<sup>55</sup> G. Brüggemeier, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, a. a. O., 72.

<sup>56</sup> ebd.

<sup>57</sup> Ziel des § 1 AFG ist »daß ein höherer Beschäftigungsstand erzielt und aufrechterhalten, die Beschäftigungsstruktur verbessert und damit das Wachstum der Wirtschaft gefördert wird«.

<sup>58</sup> Danach können forstwirtschaftliche Zusammenschlüsse staatliche Beihilfen für Ersünvestitionen erhalten, die »der Verbesserung der forstwirtschaftlichen Erzeugung und der Förderung des Absatzes von Forsterzeugnissen dienen«.

<sup>59</sup> Danach haben Bund und Länder darauf hinzuwirken, daß die wissenschaftlichen Hochschulen »ein ausreichendes und ausgeglichenes Angebot an Forschungs- und Ausbildungsplätzen« gewährleisten.

<sup>60</sup> Das ist die zentrale, auch im Titel programmatisch zu Tage tretende, rechtstheoretische These des Sammelbandes von H.-D. Assmann, G. Brüggemeier et al., Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, a. a. O., vgl. dort vor allem Brüggemeier, 22 und Assmann, 246 f., 250.

Generalität und Abstraktheit gekennzeichneten Privatrechtssystem<sup>61</sup> ist nicht neu. Bereits in den 20er Jahren vermerkte J. W. Hedemann die Auflösungstendenzen des Privatrechtssystems unter dem Schlagwort von der »Publizierung des Privatrechts«, eine Bestimmung, die J. Habermas anfangs der 60er Jahre aufgriff, zur »Durchbrechung des klassischen Privatrechtssystems« umformulierte, durch die Beobachtung der »Privatisierung des öffentlichen Rechts« ergänzte (in Anlehnung an H. Huber) und gesellschaftstheoretisch durch die Verschränkung der vormalig getrennten Sozialsphären des Privaten und Öffentlichen, der neuen Existenz einer »repolitisierten Sozialsphäre« erklärte<sup>62</sup>. Einige Jahre zuvor hatte E. R. Huber in seiner Auseinandersetzung mit E. Forsthoffs emphatischem, um das abstrakte und generelle Gesetz zentrierten Rechtsstaatsbegriff, den Nachweis der Existenz und politischen Bedeutsamkeit sogenannter Maßnahmegesetze bereits für das ganze 19. Jahrhundert mit einer Aufzählung nicht nur politischer und kultureller, sondern auch ökonomisch relevanter Gesetze geführt<sup>63</sup>. Und U. K. Preuß treibt – unter ausdrücklicher Wendung gegen die (von Assmann und Brüggemeier übernommene)<sup>64</sup> These F. Neumanns vom Funktionswandel des Gesetzes im Verlauf der Entwicklung vom Konkurrenz- zum Monopolkapitalismus (und damit auch gegen Habermas, der Neumann folgt) – die empirische Entzauberung des Exklusivanspruchs des klassischen Gesetzes auf die Spitze: Dieser Gesetzestypus sei in Deutschland nie dominant gewesen<sup>65</sup>. Dieser zugegebenermaßen noch auszulotende theoretische und historische Hintergrund legt, entgegen der These vom Funktions- und Formwandel des Gesetzes bzw. von der ursprünglichen funktionalen Universalität und Exklusivität eines sich mit Wirtschaftsrecht schlechthin gleichsetzenden Privatrechtssystems, die Erkenntnis eines nicht nur seit Jahrzehnten, sondern bereits im vorigen Jahrhundert in Deutschland bestehenden, empirisch gravierenden und durch Maßnahmegesetze zu kompensierenden privatrechtlichen Steuerungsdefizits nahe. Dafür spricht historisch, daß sich – entgegen neoliberaler Geschichtsklitterung – in Deutschland der Kapitalismus eben niemals in der reinen Form der »Privatrechtsgesellschaft«, sondern immer schon mit den stark interventionistischen Zügen eines staatlich gut abgestützten Kapitalismus präsentierte.

Während über den politischen und rechtstheoretischen Stellenwert von Maßnahmegesetzen im 19. Jahrhundert noch die Meinungen geteilt sind, herrscht heute Einigkeit über die große *aktuelle* Bedeutung dieses Gesetzestyps. Neben diese Gesetze mit typisch situationsbezogenem, »opportunistischem« Regelungscharakter treten neuerdings verstärkt auch Gesetze mit Plancharakter<sup>66</sup>, ebenso die ein

61 Das Postulat der Exklusivität des Privatrechts konnte natürlich angesichts der historischen Gleichursprünglichkeit von Verfassungen und von Strafrecht in der bürgerlichen Gesellschaft ohnehin nur für den Bereich von Güterproduktion und Gütertausch gelten; und auch dort bestand immer schon ein Gewerbepolizeirecht.

62 J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied und Berlin 1971 (5. Aufl.), 180 f.

63 »Die auf die Karlsbader Beschlüsse folgenden Bundesgesetze von 1819, ebenso wie zahlreiche spätere Bundes-Ausnahmegesetze, die der Abwehr bundesfeindlicher Bewegungen dienten, das Jesuitengesetz vom 4. Juli 1871 und die Vielzahl der anderen Kulturkampfgesetze, schließlich das Sozialistengesetz vom 21. Oktober 1878 . . .« (Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, a. a. O., 204).

64 Vgl. Anm. 60.

65 »Genauere, auch empirische Untersuchungen haben ergeben, daß das »rechtsstaatliche Gesetz« im Sinne einer abstrakten und generellen Norm weder praktisch noch theoretisch jemals in Deutschland allgemeine oder auch nur vorherrschende Geltung beanspruchen konnte. Die gegenteilige Annahme, von der namentlich auch Neumann ausgegangen zu sein scheint, ist einer Verwechslung der lautstarken liberalen Propaganda der frühkonstitutionellen Zeit mit der herrschenden sozialen Realität zum Opfer gefallen« (Nachträge zur Theorie des Rechtsstaates, in: *Der bürgerliche Rechtsstaat*, hrsg. von M. Tohidipur, Frankfurt 1978, 82).

66 Als Beispiel für ein »Plan-Gesetz« nennt Badura (a. a. O., 186) das Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstraßen von 1971.

bestimmtes politisches Programm beinhaltenden »Richtlinien-Gesetze«, welche direktiv Exekutive und die künftige Gesetzgebung verpflichten, und die »Ermächtigungs-Gesetze«, welche durch ihre generalklauselartigen Ermächtigungen der Exekutive ein flexibles Reagieren ermöglichen sollen<sup>67</sup>. Ein Beispiel für ein *kombiniertes* »Richtlinien-, »Ermächtigungs- und (»Rahmen-)Plan-Gesetz« ist das bereits erwähnte, im Rahmen der Gemeinschaftsaufgaben ergangene Hochschulbauförderungsgesetz von 1969. Es gibt programmatische Richtlinien (nach § 2 Nr. 1 sollen die »Wissenschaftlichen Hochschulen nach Fachrichtungen, Zahl, Größe und Standort ein zusammenhängendes System bilden, durch das ein ausreichendes und ausgeglichenes Angebot an Forschungs- und Ausbildungsplätzen gewährleistet wird«), enthält generalklauselartige Ermächtigungen für die Exekutive (z. B. nach § 2 Nr. 3 für die Schaffung baulicher Voraussetzungen für ein »ausgewogenes Verhältnis von Forschung und Lehre und für eine funktionsgerechte Hochschulstruktur«) und legt den formal-organisatorischen Rahmen für eine gemeinsame Hochschulplanung von Bund und Ländern (gemeinsamer Rahmenplan, Planungsausschuß, Beteiligung des Wissenschaftsrats) fest. – Nicht zuletzt ist auf die gesetzestechnische Erscheinung des »Omnibusgesetzes« (W.-D. Narr<sup>68</sup>) hinzuweisen; dabei handelt es sich um »Sammel-« bzw. »Artikel-Gesetze«, welche sachlich nur lose zusammenhängende Gesetze in verschiedenen Artikeln zu einem Gesetz zusammenfassen<sup>69</sup>. Resümierend wäre festzustellen, daß sich in der Gegenwart ein »komplexer« Gesetzestyp herausbildet, der sich der komplexen Struktur des »Organisierten Kapitalismus« mit seinen ad hoc anfallenden Regelungserfordernissen, weitgespannten bürokratischen Planungs- und Regulierungsbedürfnissen, verschachtelten Kompetenzregelungen und parlamentarisch-gesetzestechnischen Erfordernissen anpaßt.

Auch über das nach Intensitätsgraden abgestufte System staatlichen Eingreifens in die Ökonomie gibt das Gesetzesmaterial, wenn auch nur begrenzt<sup>70</sup>, Auskunft. Den höchsten Interventionsgrad hat die staatliche Regulierung des *Agrarsektors* durch diverse »Marktordnungen« auf EWG-Ebene. Hier ist ein System von Richt-, Schwellen- und Interventionspreisen, von Einfuhr- und Ausfuhrlicenzen, von Produktionserstattungen usw. an die Stelle des Marktes getreten. Ähnlich tief griff der Staat in die *Mühlenindustrie* ein. Hier zeigte sich das typische Funktionsproblem des organisiert-kapitalistischen Wirtschaftssystems, der Hang zur Überkapazität, besonders drastisch. Zeitweilig war hier ein Genehmigungserfordernis für Investitionen in Kraft – ein Beispiel staatlicher Investitionskontrolle par excellence<sup>71</sup>. – In der Interventionsintensität eine Stufe darunter finden sich Besteuerungen bzw. gewerberechtliche Auflagen und Verpflichtungen, mit denen ein staatlicherseits erwünschtes Verhalten erzwungen werden soll. Als Kernstück des »Verkehrspolitischen Programms der Bundesregierung für die Jahre 1968–72« wurde dem *Straßengüterverkehr* eine befristete Sondersteuer (»Leber-Pfennig«) auferlegt, um die Konkurrenzlage der Bundesbahn zu verbessern; außerdem konnte dem privaten Güterver-

67 Badura, ebd.

68 W.-D. Narr, Rationalität und Regierung – Bemerkungen zum Programming-Planning-Budgeting System (PPBS), in: KJ 1971, 11.

69 Z. B. beinhaltet das Steueränderungsgesetz 1969 (BGBl. I, 1211) u. a. das Investitionszulagengesetz (Art. 1), das Gesetz über steuerliche Maßnahmen bei Auslandsinvestitionen der deutschen Wirtschaft (Art. 2), Vorschriften über die Gründung der Ruhrkohle AG (Art. 8) sowie das Spar-Prämienengesetz (Art. 10).

70 P. Badura (a. a. O., 284) weist darauf hin, daß ein nicht unerheblicher Teil der Wirtschaftssteuerung der internen Regelungsmacht der Exekutive in Form von Richtlinien und ähnlichen Verwaltungsvorschriften überlassen ist.

71 Vgl. z. B. Sechstes Gesetz zur Änderung des Mühlengesetzes von 1969 (BGBl. I, 1405); Gesetz über abschließende Maßnahmen zur Schaffung einer leistungsfähigen Struktur des Mühlenwesens von 1971 (BGBl. I, 2098). Erst kürzlich ist auf EWG-Ebene eine staatliche Produktionsregulierung in der *Stahlindustrie* zwecks Verhinderung von Überproduktion erneuert worden.

kehrsunternehmer die Bezirksgenehmigung mit der Auflage erteilt werden, bestimmte, von der Behörde vorgeschriebene Güterlinien zu bedienen, um die dortige Stilllegung von Eisenbahnstrecken zu kompensieren<sup>71</sup>. Auf ähnliche Weise, wenn auch insgesamt etwas weniger drakonisch, versuchte die öffentliche Hand der jahrzehntelangen Strukturkrise im *Steinkohlenbergbau* Herr zu werden; es wurde z. B. ein »Bundesbeauftragter für die Steinkohlenbergbaugebiete« und ein »Kohlenbeirat« eingesetzt, welche Empfehlungen zum Abbau der Produktionskapazitäten geben sollten, deren Nichtbefolgung mit Subventionsstreichungen sanktioniert werden konnte<sup>72</sup>. – Eine Intensitätsstufe unter der Auferlegung von Sondersteuern und Auflagen sowie der Streichung von Subventionen findet sich die »weiche«, auf Akzeptanz hoffende, Wirtschaftslenkung mittels *Gewährung* von Investitionssubventionen, z. B. zur Förderung bestimmter Forschungsvorhaben und bestimmter Regionen (vgl. die diversen Berlin-Hilfe-Gesetze) oder zur Ankurbelung der Konjunktur, wobei in der Regel 7,5–25% der Investitionssumme erstattet werden. – Vollends verläßt die öffentliche Hand die Sphäre des hoheitlichen Tätigkeitskreises, wenn sie den Boden (formeller und informeller) korporatistischer Verhandlungen und Abstimmungen betritt, um ein bestimmtes privates Wohlverhalten zu erzielen (konzertierte Aktion gemäß § 3 Stabilitäts- und Wachstumsgesetz, Umweltpolitik, Wettbewerbspolitik)<sup>73</sup>. – Schließlich – und am indirektesten – steuert der Staat den Wirtschaftsprozess durch *eigene* Leistungserbringung, z. B. durch das gezielte Angebot einer unternehmensfreundlichen Infrastruktur oder durch (globale, sektorale und regionale) konjunkturpolitische Nachfrageausübung (z. B. nach Art. 91a, 104a IV GG). – Im Spekultativen muß die Annahme symbolisch-generalpräventiver staatlicher Wirtschaftssteuerung qua bloßer Existenz gewisser Institutionen mit Eingriffs- und Drohfunktion bleiben. Es stellt sich z. B. die Frage, ob nicht das bloße Vertrauen darauf, daß der Staat nach Art. 109 Abs. 2 GG schon in der Rezession gegensteuern werde, bereits konjunkturstabilisierende Wirkung auf die private Investitionswilligkeit hat; oder ob die bloße Existenz des Kartellamtes bereits zu einer gewissen Zurückhaltung bei wirtschaftlichen Zusammenschlußplänen zwingt; oder ob die Existenz der höchstgerichtlich sanktionierten »Stiftung Warentest« die Unternehmen zu strengerer Qualitätskontrolle nötigt.

Auch hier zeigt sich also das Bild komplexer staatlicher Interventionsformen und -strategien, wobei auch einmal, wenn Not am Mann ist, »ordnungspolitische« Skrupel pragmatisch außerachtgelassen und Markt und Unternehmerautonomie eliminiert werden. Das aber stellt die Ausnahme dar, und man kann sogar umgekehrt die These aufstellen, daß der kapitalistische Staat gerade deswegen ein solch feingespinnenes System von Interventionen geflochten hat, weil das rhythmusgestörte Herz ökonomischen Wachstums, die »ordnungspolitisch« gehätschelte private Investitionsautonomie, zwar auf vielfältige Weise zum Schlagen gebracht, aber nicht operativ entfernt werden und im Wege der Organverpflanzung durch ein anderes ersetzt werden darf.

71 Gesetz über die Besteuerung des Straßengüterverkehrs von 1968 (BGBl. I, 1941); Sechstes Gesetz zur Änderung des Güterkraftverkehrsgesetzes von 1969 (BGBl. I, 357). Zur Analyse des Entscheidungsprozesses dieses spektakulären Legislativaktes vgl. J. Kussau, L. Oertel, Der Prozeß der Problembearbeitung in der Ministerialverwaltung: Das Verkehrspolitische Programm für die Jahre 1968–1972, in: P. Grottian, A. Murswiek, (Hrsg.), Handlungsspielräume der Staatsadministration, Hamburg 1974.

72 Gesetz zur Anpassung und Gesundung des deutschen Steinkohlenbergbaus und der deutschen Steinkohlenbergbaugebiete von 1968 (BGBl. I, 365).

73 Für die Handlungsstrategien des Kartellamtes vgl. J. Gotthold, R. Vieth, Erfüllung von öffentlichen Aufgaben durch Verhandlungen mit Privaten im Bereich der Wettbewerbspolitik (BKartA), Ms. für die Bremer Tagung »Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft«, Oktober 1980. Vgl. auch G. Winter, Tauschformiges Recht, zum Beispiel Wohnungsbausubvention und Abwasserabgabe, KJ 1978, 254 ff.

In der ursprünglichen Regierungsvorlage des Gesetzes mit dem Titel »Gesetz zur Förderung der wirtschaftlichen Stabilität«<sup>75</sup>, welche dem Bundestag Anfang September 1966 zugesandt wurde, war durch die Formulierung des § 1 der »Wahrung des Geldwerts« innerhalb des magischen Vierecks von Preisstabilität, Wirtschaftswachstum, hohem Beschäftigungsstand und Außenhandelsgleichgewicht der Vorrang eingeräumt worden – eine Reaktion auf die verstärkten Preissteigerungen seit Mitte der 60er Jahre in der Bundesrepublik. Wenig später wurde deutlich, daß die inflationsbekämpfende Hauptstoßrichtung des Gesetzentwurfs der aktuellen Konjunktursituation einer um sich greifenden Rezession unangemessen war. Nach Bildung der Großen Koalition, einer Rekordzahl von über 600 000 Arbeitslosen im Januar 1967 und der Vorlage eines neuen Arbeitspapiers durch Wirtschaftsminister Schiller und Finanzminister Strauß änderte der zuständige Bundestagsausschuß für Wirtschafts- und Mittelstandsfragen Anfang Mai 1967 den Gesetzestitel in »Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft«, räumte in dem neu gefaßten § 1 dem »stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstum« und dem »hohen Beschäftigungsstand« den gleichen Rang ein wie der »Stabilität des Preisniveaus« und verstärkte das expansive Interventionsinstrumentarium des Gesetzes im Verhältnis zum restriktiven. Durch diese, aktuellen konjunkturpolitischen Imperativen gehorchende, partielle Zielvariation erhielt das prinzipiell eher als ordnungspolitisch-kompetenzzuweisende Maßnahme zu klassifizierende Gesetz seinen prozeßpolitischen »touch«.

An diesem Beispiel, dem noch zahlreiche andere folgen könnten, wird die instrumentelle Verwendbarkeit des Wirtschaftsgesetzes deutlich. In der Hand des politisch-administrativen Steuerungszentrums gerät es faktisch zum flexibel auf konjunkturelle und politische Imperative reagierenden Werkzeug ohne eigenständige, auf eine spezifisch »rechtliche« Richtigkeit gestützte Substanz. Recht geht tendenziell in systemischer Prozeßsteuerung, d. h. in inkrementalistischer Politik auf – das moderne Wirtschaftsgesetz ist typisch sedimentierte und segmentierte ad-hoc-Politik. Damit ist M. Webers These von der relativ eigenständigen Entwicklungslogik des Rechts<sup>76</sup> die Grundlage entzogen. Die Richtigkeitskriterien für Recht und Politik unterscheiden sich nicht, wie bereits die Redeweise von der »Politik des Gesetzes«<sup>77</sup> nahelegt. Der Anspruch inhaltlicher Richtigkeit, den die »Politik des Gesetzes« – entgegen der Auffassung dezisionistischer Rechtslehren (C. Schmitt, N. Luhmann) – zumindest implizit erhebt, bezieht sich dann auf die sozialkybernetische Eignung der Steuerungsmaßnahme zur Wahrung des Systembestands. Im Falle des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes wird die konjunkturpolitische Effektivität des dort normierten keynesianischen Wirtschaftslenkungsinstrumentariums geltend gemacht. Neben diesem sozialtechnologischen Richtigkeitsanspruch erhebt die Politik des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes allerdings noch einen doppelten ethisch-praktischen Richtigkeits-/Wahrheitsanspruch. Dieser bezieht sich einmal auf ihre Prämisse, daß nämlich die Bekämpfung von Unterbeschäftigung bzw. Inflation überhaupt eine sozialpolitisch angemessene Aufgabe sei (die auch nicht dem Marktvertrauen der neoklassischen Gleichgewichtstheorie überlassen bleiben dürfe), zum anderen darauf, daß die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, zu deren Stabilisierung sie

75 BT-Drucksache V 890.

76 Vgl. z. B. Rechtssoziologie, in: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1972, 412.

77 E. Steindorff, Die Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: *Festschrift für K. Larenz* 1973, 217 ff.

beitragen will, als ganze mit Gründen zu rechtfertigen sei. Die legitime, unabhängig von Gewalt und Zwang bestehende Geltung des Gesetzes – wichtigste Voraussetzung seiner instrumentellen Effektivität – basiert nicht auf der Legitimität seines formallegalen Zustandekommens bei beliebigen Inhalten, wie der Dezisionismus gegenaufklärerisch suggerieren möchte<sup>78</sup>, sondern letztlich auf dem Vertrauen der Wirtschaftsbürger, Bürokraten und Politiker, daß der zwanglose und ungehinderte argumentative Diskurs, fände er nur statt, den erhobenen dreifachen inhaltlichen Richtigkeitsanspruch schon bestätigen würde. Ich vermute, daß der Wahrheitsanspruch der meisten anderen wirtschaftsgesetzlichen Politiken eine analoge Struktur aufweist; dabei erscheint es mir wichtig zu betonen, daß faktische Instrumentalisierbarkeit und inhaltlicher Richtigkeitsanspruch keineswegs inkompatible Konstituenten eines Begriffs von Wirtschaftsrecht sind, sondern die aus letzterem fließende legitime Geltung Voraussetzung der ersteren ist.

Mag die im Dienst der Systembewahrung opportunistische Instrumentalisierbarkeit von Wirtschaftsrecht für das Richterrecht – wegen der relativen Eigenständigkeit des Justizsystems und dessen Distanz zu unmittelbaren Steuerungserfordernissen des Gesellschaftssystems – weit weniger typisch sein als für das Gesetzesrecht, charakteristisch ist die instrumentelle Funktion wieder für das normative Material, welches unter Zugrundelegung eines »realistischen« Rechtsbegriffs ebenfalls Wirtschaftsrecht ist: die Satzungen eines Unternehmens, AGB, DIN-Normen usw., und welches ganz spezifischen unternehmerischen und wirtschaftlichen Interessen dienstbar gemacht ist.

Der instrumentelle Charakter der wirtschaftspolitischen Gesetzgebung wird allgemein anerkannt<sup>79</sup>. In Frage steht allein der Grad und das Ausmaß ihrer sozialkybernetischen Vereinnahmung. H.-J. Mertens insistiert auf dem Doppelcharakter des Wirtschaftsrechts: Neben der instrumentellen Funktion als Medium der Systemsteuerung dürfe seine konstitutive, freiheitsverbürgende Rolle nicht ausgeblendet werden<sup>80</sup>. Unklar bleibt, ob Mertens empirisch oder normativ argumentiert. Auf der *empirischen* Ebene (Recht *ist* freiheitskonstituierend und seine instrumentelle Funktion steht dazu in einem »Spannungsverhältnis«<sup>81</sup>) macht die These wenig Sinn. Einmal deswegen, weil Recht, wie z. B. die Praxis totalitärer Staaten zeigt, den gerade dort oftmals lautstark erhobenen Anspruch einer gerechten Regelung dementierend, seine freiheitskonstituierende Kraft objektiv gänzlich einbüßen kann, es aus *eigener Kraft* der totalen Indiennahme für Herrschaftszwecke nichts entgegensetzen kann. Dem Recht ist Freiheitlichkeit empirisch nicht immanent. Sodann deswegen, weil in der Realität des »Organisierten Kapitalismus« systemsteuernde und freiheitskonstituierende Rechtsfunktion nicht, wie von Mertens, gegeneinander ausgespielt werden können, sondern Systemsteuerung mit »Freiheitsverbürgung« zusammenfällt. Es handelt sich nämlich bei der »Freiheit«, die Mertens meint, primär um die verschiedenen Ausprägungen der kapitalistischen Akkumulationsfreiheit (Eigentums-, Gewerbe-, Vertrags-, Erbfreiheit), wie sie vor allem in BGB und GG durch systemspezifische »Basisnormen« garantiert sind. Die kapitalistisch-marktwirt-

78 N. Luhmann, Soziologie des politischen Systems, in: ders., Soziologische Aufklärung, Opladen 1972, 167.

79 C. Ott, Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. III, 1972; P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, a. a. O., 285; E. Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht, a. a. O., 7; H.-J. Mertens, in: ders. et al., Wirtschaftsrecht, a. a. O., 187 ff.; H.-D. Assmann, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in: ders., G. Brüggemeier et al., Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, a. a. O., 246 ff.

80 H.-J. Mertens, a. a. O., 187 ff.

81 So die Formulierung von Mertens, ebd.

schaftliche Systemidentität im Kern und als ganze zu schützen, ist aber gerade das Steuerungsziel der instrumentellen Wirtschaftsgesetzgebung im »Organisierten Kapitalismus«, wie nicht zuletzt die Entstehungsgeschichte des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes exemplarisch zeigt<sup>82</sup>. Zwischen instrumenteller und »freiheitsverbürgender« Funktion des Wirtschaftsrechts ergibt sich also prinzipiell keine Differenz. Gerade das Festhalten an der durch konstitutive Basisnormen sanktionierten »freiheitlich«-kapitalistischen Grundordnung mit ihren konjunkturellen Wechselfällen und ihrem eingebauten Basiskonflikt von Kapital und Arbeit macht im Gegenteil immer wieder und ad hoc kompensierende, harmonisierende, konfliktverlagernde und im Notfall sogar: »freiheits- und marktinkonforme (z. B. Lohn- und Preisstopps) Gesetzgebungsmaßnahmen als »Feuerwehreinsätze« des Systems geradezu notwendig. Die Entgegensetzung von Systemsteuerung und Freiheitsverbürgung durch Recht macht nur Sinn auf dem Hintergrund der empirisch illusionären, klassisch-neoliberalen These von der Selbstregulationsfähigkeit des Marktes, der im Grunde nicht nur keiner Staatseingriffe bedürfe, sondern dessen Freiheit durch diese gefährdet und dysfunktionalisiert werde. Die Obsoleszenz dieser These hat Th. W. Adorno bündig dargetan: »... der wirtschaftliche Interventionismus (ist) nicht, wie die ältere liberale Schule annahm, systemfremd aufgepfropft, sondern systemimmanent, Inbegriff der Selbstverteidigung«<sup>83</sup>. Der von Mertens gesehene Gegensatz zwischen Systemsteuerung und marktwirtschaftlicher »Freiheitsverbürgung« durch Recht könnte nur aufbrechen, wenn der Gesetzgeber systematisch daranginge, die Systemstruktur des »Organisierten Kapitalismus« radikal nach links zu verändern, eine Möglichkeit, die für die hochentwickelten westlichen Gesellschaftssysteme höchst unwahrscheinlich ist. Auf der *normativen* Ebene (Recht *soll* Freiheit verbürgen) wäre Mertens unter der Bedingung zuzustimmen, daß der Freiheitsbegriff aus den Fesseln eines kapitalistisch-liberalen Vorverständnisses gelöst und mit dem Ideal menschlicher Emanzipation und Autonomie schlechthin in eins gesetzt würde, welches es mit Hilfe des Rechts gegen einen »Organisierten Kapitalismus«, der sich zum impermeablen System zusammenschließen droht, abzuschirmen gilt. Für H.-D. Assmann hat das Wirtschaftsrecht die Aufgabe, seiner politischen Instrumentalisierung, deren Realität der Autor durchaus konzidiert, durch eigene, konsistent um Marktwirtschaft und Rechtsstaat zentrierte »Ordnungsentwürfe« Widerstand entgegenzusetzen. »Es gehörte von jeher zu den Postulaten des Rechts, Rechtsänderungen durch den Gesetzgeber Schranken entgegenzusetzen, die letztlich aus Vorstellungen über den gesellschaftlichen Ordnungszusammenhang abgeleitet werden«<sup>84</sup>. Der Autor begnügt sich jedoch nicht mit dieser normativen Setzung, sondern bemüht empirische Argumente gegen die Auffassung einer prinzipiell unbegrenzten politischen Instrumentalisierbarkeit des Wirtschaftsrechts. Weder sei die für eine umfassende Instrumentalisierung notwendige hierarchische Gesellschaftsstruktur (Staat als übergeordnetes Steuerungszenrum und Gesellschaft als Steuerungsobjekt) gegeben, noch könne angesichts der Komplexität und Interdependenz des gesellschaftlichen Steuerungsobjekts mit seinen langen, unüberschaubaren Kausalketten eine unilineare Ursache-Wirkungs-Steuerung erfolgen; weder können ein für allemal die sozialen Grenzen rechtlicher Steuerung festliegen, noch sei die

82 Soweit ersichtlich, macht in der etablierten Wirtschaftsrechtstheorie als einziger L. Raiser den funktionalen Bezug des gesamten Wirtschaftsrechts auf Systemerhaltung explizit. Das »einzigste Band, das das Wirtschaftsrecht als Teilsystem konstituiert«, sei »in der Funktion zu sehen, die diesen Normen zur Stützung und Sicherung der jeweils ... praktizierten Wirtschaftsordnung zukommt« (Die Aufgaben des Privatrechts, Kronberg 1977, 212).

83 Th. W. Adorno (Hrsg.), Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft?, Stuttgart 1969, 23.

84 H.-D. Assmann, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, a. a. O., 242.

Zielbildung des Gesetzes eindeutig genug; schließlich setze »das Recht aufgrund seiner eigenen Struktur (Normativität und Konsistenz des Systems) der reinen Instrumentalisierung Widerstände entgegen. Recht kann nur in dem Maße geändert werden, in dem die Änderung noch darstellungsmäßig in das bestehende Recht integrierbar ist«<sup>85</sup>. Ich halte die Argumentation für nicht überzeugend. Daß der kapitalistische Staat über eine nur »relative« Autonomie- und Steuerungskapazität verfügt und sich primär an den privaten Eigentums- und Verfügungsvorbehalten bricht, mag für einen Theoretiker der »mixed economy« und des »Policy-Science«-Ansatzes neu sein, für die marxistisch aufgeklärte Gesellschaftstheorie gehört diese Erkenntnis zum gesicherten Bestand; die staatlichen Lenkungsmaßnahmen sind prinzipiell immer nur (i.d.R. reaktive) Steuerungsversuche; sie erfolgen nach dem Prinzip des »trial and error«, ein Verfahren, für das die Positivität des Rechts wie maßgeschneidert ist. Rechtsnormen, die nicht greifen, können ergänzt und abgeändert werden. Die systemspezifisch und systemunspezifisch bedingte Unsicherheit des Steuerungserfolges und die internen Irrationalitäten des rechtlichen Steuerungsverfahrens (»Verwässerung« des ursprünglichen Steuerungszwecks infolge organisierten Gruppeneinflusses, Kompromißbildung, unklare Zielbildung usw.) hindern nicht, daß im »Organisierten Kapitalismus« Recht vom selber anarchisch-pluralistisch (nicht monolithisch) strukturierten politisch-administrativen System subjektiv als Instrument eingesetzt wird und objektiv als solches wirkt – und sei es, daß der »Steuerungserfolg« in der gesetzlichen »Schein«- bzw. Nichtlösung und damit Verschleppung einer wirklichen Problemlösung besteht. In der politischen Realität wird die Effektivität eines Wirtschaftsgesetzes allerdings gewöhnlich »irgendwo« zwischen der bloße Absicht bleibenden Steuerung und dem vollen Steuerungserfolg liegen<sup>86</sup>. Im übrigen bleiben auch sich als weitgehend unbrauchbar erweisende Instrumente Instrumente, Gesetze verlieren mangels Steuerungsqualität nicht ihren instrumentellen Charakter. Der totalen sozialtechnologischen Vereinnahmung könnte Recht aus sich heraus, mit dem Argument innerer Stimmigkeit und Konsistenz, nichts entgegensetzen; welchen inhaltlichen Zwecken es dienstbar gemacht werden kann, entscheidet letztlich allein die soziale Akzeptanz, d. h. die gesellschaftlich-ideologischen Machtverhältnisse. Hier entscheidet es sich, ob der (dreifache) Geltungsanspruch des Gesetzes folgebereit akzeptiert oder diskursiv als ideologisch entschleiert wird.

Ich habe den Eindruck, daß die idealistische Überschätzung der eigenen Resistenzkraft von Recht gegenüber ökonomischen und politischen Instrumentalisierungen auch juristische Standesinteressen zur materiellen Basis hat. Juristen lassen sich die Eigenständigkeit ihrer Materie nicht gerne bestreiten. In Anbetracht seines Insistierens auf »Ordnung« durch Recht könnte man insofern, nach den Neoliberalen der ersten Generation (Böhm, Eucken) und denjenigen der zweiten Generation (Bieden-

85 ebd., 265, 269, 332.

86 Fragen der Effektivität von Wirtschaftsgesetzen sind seit einigen Jahren Gegenstand der sog. Implementationsforschung; für diese hatte vor allem die Arbeit von Scharpf et al. über Politikverflechtung (vgl. oben Anm. 49) Initiativwirkung. Scharpf et al. kommen zu dem Ergebnis, daß trotz eines hohen Bedarfs an staatlicher Steuerung der Erfolg der regionalen Strukturpolitik aus politisch-administrativen Gründen sehr gering ist. Mit politökonomischer Argumentation kommen Ronge/Schmieg, Restriktionen politischer Planung, Frankfurt 1973, zu einem ähnlich negativen Ergebnis im Bereich von Finanz- und Bildungsplanung. Gleichfalls unbefriedigend ist die Wirkung der Kartellgesetzgebung (vgl. die verschiedenen Monopol-Gutachten). Zu bedenken ist aber, ob nicht der Erfolg dieser Politiken und Gesetze negativ dahingehend zu bestimmen wäre, daß ohne sie die Verhältnisse noch um einiges anarchischer sich darstellten. Im übrigen gibt es Wirtschaftspolitiken, deren relativer Erfolg greifbarer ist, z. B. im Bereich der Globalsteuerung; die im internationalen Vergleich niedrige Arbeitslosigkeit in der BRD verdankt sich diverser milliardenschwerer Förderungsprogramme. Bei der Gewerkekontrolle dürfte die Gesetzeseffektivität sogar hoch einzuschätzen sein, sieht man einmal vom Umweltschutz ab.

kopf, Mestmäcker, Rittner), Assmann als Neoliberalen einer dritten, systemtheoretisch und staatsinterventionistisch informierten Generation bezeichnen. – Assmanns rechtszentrierte Sichtweise erfährt eine Pointierung, wenn er zu bedenken gibt, ob die immanenten Konsistenzanforderungen von Recht »als Kontrollmechanismus der Politik eingesetzt werden könnte(n)«<sup>87</sup>. Die Auslieferung der Gesellschaft an die Konsistenzkontrolle von Juristen wäre demokratisch weder wünschbar noch besitzt das (vom Rechtspositivismus und Ordoliberalismus ererbte) Konsistenzpostulat einen realistischen Gehalt: Politik und Recht einer Gesellschaft, deren ökonomische Struktur eine prekäre Mischung aus Organisation und Anarchie darstellt und zunehmend die Differenz eines arbeits- und funktionswilligen »Zentrums« und politisch kleinzuarbeitender, leistungsverweigernder »Außenbezirke« von ökonomischen »drop outs« (Dauerarbeitslose, Drogensüchtige, psychisch Kranke, Aussteiger und andere) ausbildet, deren politische Herrschaftsstruktur eine Gemengelage von immer noch existentem Klassenantagonismus und subkulturellen Basisströmungen, von gesellschaftlichem und politisch-bürokratischem Pluralismus, von vertikaler Politikhemmung und -verflechtung und von elitärem Korporatismus ist, und deren psychische Grundbefindlichkeit durch den immer unverträglicheren Gegensatz von autoritärer Arbeitsaskese in Produktion und Zirkulation und werbungsprovoziertem Hedonismus im Konsum gekennzeichnet ist, kurz: Politik und Recht einer derart widersprüchlich-diffusen, zugleich verflochtenen und fragmentierten, zugleich partialisierten und herrschaftlich homogenisierten Gesellschaft müssen zwar nicht funktionsunfähig, können aber nicht konsistent und homogen sein. Postulate zur Überwindung ihrer »stückhaften« und parzellierten Formbestimmtheit sind, ohne daß eine radikale Veränderung der Gesellschaftsstruktur vorausginge, »science-fiction« (und auch historisch wohl nie erfüllt gewesen). Auch wäre das *rechtliche* Konsistenzkriterium vollkommen dysfunktional in bezug auf die höchste Tugend funktionalistischer Systemsteuerung im »Organisierten Kapitalismus«: dem von Luhmann postulierten »prinzipiefesten Opportunismus« im Dienste des einzig konsistenten funktionalen Bezugspunktes: der Bewahrung von systemischer Ultra-stabilität, also von (»sozialem«) Kapitalismus und Marktwirtschaft (und weniger eindeutig: bürgerlichem Rechtsstaat). Dieser Imperativ kann sogar, wie bereits angedeutet, »systemfremde« und »ordnungspolitisch« unhaltbare Maßnahmen wie Lohn- und Preisstopps, Teilvergesellschaftungen u. a. geradezu erforderlich machen (vgl. z. B. die Gebräuchlichkeit von Lohn- und Preisstopps im kapitalistischen Musterland, den USA). Am inkrementalistischen Politik- und damit Gesetzestyp des »muddling through« (Ch. Lindblom)<sup>88</sup> führt im »Organisierten Kapitalismus« kein Weg vorbei. Versuche, in der Form der »Systempolitik« (A. Schick)<sup>89</sup> ein *sozialwissenschaftliches*, die Rationalitätsdefizite des Inkrementalismus vermeidendes Konsistenzkriterium zu realisieren, können als gescheitert angesehen werden.

Auch E. Steindorff betont den Doppelcharakter des Wirtschaftsrechts, das nicht nur Steuerungsfunktion habe, sondern auch ein besonderes »Gerechtigkeitsanliegen« vertrete. Anders als Mertens bzw. Assmann geht es ihm offensichtlich nicht in erster Linie um »Freiheit« bzw. »Marktwirtschaft« und »Rechtsstaat«, sondern um »Gerechtigkeit«, und zwar beispielhaft bei der »Versorgung der Bevölkerung« und bei der »Verteilung der Entscheidungsbefugnisse (einschließlich Mitbestimmung)«; wirtschaftsverfassungsrechtliche »Freiheit der Person durch Anerkennung subjektivi-

87 Assmann, ebd., 292.

88 Ch. Lindblom, The Science of »muddling through«, in: W. J. Gore, J. W. Dyson (eds.), *The Making of Decisions: A Reader in Administrative Behavior*, London 1964, 155 ff.

89 A. Schick, Systempolitik und Systembudgetierung, in: C. Offe, W.-D. Narr (Hrsg.), *Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität*, a. a. O., 178 ff.

ver Rechte« ist nicht das zentrale, sondern nur ein weiteres Element des Gerechtigkeitsbegriffs<sup>90</sup>. Der Richtigkeits-/Gerechtigkeitsanspruch wirtschaftsrechtlicher Normierungen kann jedoch nicht abgelöst von der Gerechtigkeit des Gesamtsystems des »Organisierten Kapitalismus« diskursiv überprüft werden, d. h. eine Auseinandersetzung mit den Argumenten der kritischen, auf Marx zurückgehenden Gesellschaftstheorie, welche auf dem Ausbeutungs- und Herrschaftscharakter auch des »Organisierten Kapitalismus« insistiert, erweist sich als erforderlich. Ohne »Gerechtigkeit« des Systems kann es schwerlich volle Gerechtigkeit von politischen und legislativen Einzelmaßnahmen im System geben. Jedenfalls sieht sich der ethische Richtigkeitsanspruch auch sozialer und demokratischer Reformmaßnahmen insofern mit einem Generaleinwand konfrontiert, als diese auch der Stabilisierung eines Gesellschaftssystems dienen, dessen Legitimität diskursiv mit theoretischen Argumenten, historischen Fakten und aktuellen Indizien insgesamt bestreitbar ist.

#### VI. Die Aufgabe einer »kritischen« Wirtschaftsrechtstheorie

Wissenschaft steht vor der Alternative, sich dem bestehenden Herrschaftszusammenhang des »Organisierten Kapitalismus« anzudienen, zumindest affirmativ zu beugen – dann nimmt sie eine konservative Funktion wahr – oder soziale Herrschaft aufzuspüren, unter Legitimationsdruck zu setzen und gegen deren nichtlegitimierte Formen aufklärerisch Front zu machen – dann erfüllt sie eine kritische Aufgabe<sup>91</sup>. Die nicht selbstverständliche, aber seit der bürgerlichen Aufklärung traditionsreich begründbare Entscheidung für Wissenschaft als Kritik weist auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts der Theorie eine doppelte Stoßrichtung zu. »Kritische« Wirtschaftsrechtstheorie hätte als *defensive* gegen den steigenden Vermachtungsgrad der Wirtschaft, die Kommerzialisierung immer weiterer, auch intimer, Lebensbereiche, eine auswuchernde und sich elektronisch perfektionierende staatliche, verbandliche und großwirtschaftliche Bürokratie sowie einen sich verfestigenden Elitenblock, generell: gegen den immer hermetischeren Zusammenschluß des Kapitalismus zu einem mit nichts anderem als Überleben beschäftigten »System«, mit der Macht der Überzeugung anzugehen; sie müßte also die von Marx (Durchkapitalisierung und Kapitalzentralisierung), M. Weber (Bürokratisierung), Luhmann (Gesellschaft als komplexitätsreduzierendes System) und C. W. Mills (power elite<sup>92</sup>) analysierten gesellschaftlichen Tendenzen ernst nehmen. Vor allem die sich beschleunigende ökonomische Konzentrationsbewegung mit der Folge, daß das wirtschaftliche – und tendenziell damit auch: politische – Schicksal der Gesellschaft, personalisierend gesagt, in den Händen weniger hundert Männer in den Leitungspositionen der Großwirtschaft liegt, stellt eine Bedrohung für die politische Demokratie dar. Die strukturelle Abhängigkeit der politischen Repräsentanten von den Investitionsentscheidungen einer kleinen, demokratisch nicht legitierten Gruppe von Wirtschaftsführern widerspricht dem Demokratieprinzip. In dem Kampf gegen die Tendenzen wirtschaftlicher Monopolisierung liegt auch der kritische Aspekt des Neoliberalismus. Eine »kritische« Wirtschaftsrechtstheorie hätte (auch im interna-

<sup>90</sup> E. Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht, a. a. O., 8. In diesem Geist eines »sozialen Kapitalismus« beharrte bereits L. Raiser auf dem den instrumentellen Charakter transzendierenden Gerechtigkeitsanspruch von Recht (vgl. Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, hrsg. von U. Scheuner, a. a. O., 109 ff.).

<sup>91</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung für die Soziologie J. Habermas, Kritische und konservative Aufgaben der Soziologie, in: ders., Theorie und Praxis, Frankfurt 1971 (4. Aufl.), 290 ff.

<sup>92</sup> C. W. Mills, The Power Elite, New York 1956.

tionalen Maßstab) auf der Entflechtung der Großkonzerne und Großbanken sowie der Entbürokratisierung der Apparate zu beharren und das bis jetzt bewahrte Quantum Basisnähe der Organisationen zu verteidigen.

Die Defensivstrategie bedarf jedoch der Ergänzung durch *offensives* Argumentieren. Offensiv wären Partizipation und Demokratie in der Wirtschaft einzufordern. Das aus der verfassungsrechtlichen Sozialstaatsklausel normativ begründbare Postulat der »sozialen« Demokratie<sup>93</sup> stützt sich gesellschaftsanalytisch auf das Argument, daß im »Organisierten Kapitalismus« die im liberalen Modell unterstellte Trennung von Staat und Wirtschaft zugunsten einer vielfältigen Verschränkung und Verflechtung beider Bereiche aufgehoben ist, wodurch die gesellschaftliche Voraussetzung für das Beharren auf der Unterschiedlichkeit der Steuerungsmedien (Privatautonomie in der Wirtschaft, Demokratie im Staat) entfallen ist und die einheitliche Steuerung beider Bereiche durch das Demokratieprinzip sich als notwendig erweist. Die konzeptionelle Entwicklung einer funktionierenden Synthese von direkter wirtschaftlicher Makroplanung, dezentraler Mitbestimmung und verbleibender Marktfunktion bleibt weiterhin Aufgabe. »Soziale« Demokratie und »Wirtschaftsdemokratie«<sup>94</sup> als »Entdeckungsverfahren« hätten vor allem auch Kombinationen von Basisbeteiligung der Betroffenen und gewerkschaftlicher Gestaltung experimentell zu testen. Die Beantwortung der Frage nach den gesellschaftlichen Realisierungsbedingungen eines derartigen Modells sozialer Demokratie verdiente eine eigene Untersuchung. Am Ende dieser Abhandlung mag es genügen, – in Anlehnung an die vor allem in der Planungstheorie bekannte These von der Reform als »Tochter der Krise« – die Vermutung zu äußern, daß die Situation einer »gemäßigten Krise«, welche nicht so gravierend ist, um den staatlichen »Behemoth« auf den Plan zu rufen, aber stark genug ist, um einschneidende Reformen dringlich erscheinen zu lassen, am ehesten die Chance einer Demokratisierung von Wirtschaft und Gesellschaft eröffnet.

93 Vgl. W. Abendroth, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12 (1954), 85 ff.

94 F. Naphthali, Wirtschaftsdemokratie, a. a. O.