

- 161 Siehe dazu Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Bd. 2, Reinbek 1972, S. 282 f.
- 162 Christie (Fn. 68) S. 16, 15.
- 163 Vgl. Simmel (Fn. 58) S. 316.
- 164 Dies zeigt gerade die Ausnahme des § 36 Beamtenrechtsrahmengesetz, nach der der Beamte auch außerhalb des Dienstes gewissen Restriktionen unterworfen ist.
- 165 Simmel a.a.O. S. 262 f.
- 166 Georg Simmel, Philosophie des Geldes, 6. Aufl. Berlin 1958 (Nachdruck der 5. Aufl. Berlin 1930) S. 299.
- 167 Für totale Institutionen ist es charakteristisch, daß sie die Rollendifferenzierung der bürgerlichen Existenz und damit langfristig auch das soziale Selbst des Individuums vernichten. Siehe dazu Erving Goffman, Über die Merkmale totaler Institutionen, in: ders., Asyle, Frankfurt 1973, S. 13–123 (25).
- 168 Manfred Klemm/Almuth Massing, Gesellschaft, Familie und Individuum, in: Horst E. Richter/Hans Strotzka/Jürg Willi (Hrsg.), Familie und seelische Krankheit, Reinbek 1976, S. 48–67 (49).
- 169 Dies reicht vom kollektiven Grußabbruch bis zu gemeinsamen Anstrengungen, beim Vermieter eine Kündigung zu erreichen. Siehe dazu Pfeil (Fn. 23) S. 180; Angela Güttges, Zur Interaktion zwischen Randgruppenfamilien und Behörden am Beispiel der Familie W., in: Richter, a.a.O. S. 102–110.
- 170 Siehe dazu die Kritik von Klaus F. Röhl, Das Dilemma der Rechtsstatsachenforschung, Tübingen 1974, S. 137 ff.
- 171 Eine tiefergehende Analyse ist nicht erwünscht, wie sich an der Rüge einer wissenschaftlichen Mitarbeiterin des Justizministeriums ablesen läßt: „Mitunter befassen sich Schiedskommissionen in Beratungen noch mit teilweise neben der Sache liegenden pädagogischen und psychologischen Problemen, anstatt zielgerichtet sachbezogen die Schuld festzustellen“; Ursula Gebert, Vergehen und Verfehlungen Jugendlicher vor Schiedskommissionen, Der Schöffe 23 (1976) S. 42–44, 51 (44).
- 172 Ludwig Reiter/Egbert Steiner/Hans Strotzka, Wert-, Ziel- und Normenkonflikte in der Familientherapie: Zur Beziehung von Familienarbeit und Recht, in: Richter a.a.O. S. 68–101 (90 f.).
- 173 Siehe dazu den Projektbericht des National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice (U.S. Department of Justice, Law Enforcement Assistance Administration), Citizen Dispute Settlement: The Night Prosecutor Program of Columbus (Ohio), Washington 1974, S. 11 ff.
- 174 „Heute ist der Schiedsmann eine weithin unbekannte Einrichtung der Rechtspflege geworden, und die meisten Rechtssuchenden müssen beim Versuch, eine Privatklage zu erheben, vom Gericht oder vom Rechtsanwalt erst auf die Notwendigkeit hingewiesen werden, einen Sühneantrag beim zuständigen Schiedsmann zu stellen“; Falke (Fn. 63) S. 79.

ex: Blankenburg, Erhard/Klaus, Ekkehard/Rottleuthner, Hubert (Hrsg.) Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980: 83-98).

Erhard Blankenburg

Recht als gradualisiertes Konzept. Begriffsdimensionen der Diskussion um Verrechtlichung und Entrechtlichung

Summary

From a nomological position 'law' can be defined according to the object of inquiry. As a sociologist, one tends to do this in terms which lead to empirical operationalization. This is done in analysing three of the law-jobs: conflict resolution, regulation of behavior and binding administrative decision. It is found useful to define the criteria which differentiate the legal from the non-legal in terms of 'more or less law'. Such gradual distinctions allow a better understanding of the current discussion on legalization and delegalization. Both can actually be observed as a trend, each of them, however, being on different conceptual dimensions.

1. Fragestellung: Der Versuch, Grade der Verrechtlichung aufzuzeigen

Der Versuch, das Thema „Alternativen zum Recht“ durch eine Reihe von Beiträgen verschiedener Herkunft und Reichweite auszuleuchten, führt je nach Rechtsgebiet zu spezifischen Schwierigkeiten der Begrifflichkeit. Die Grenzziehung zwischen dem, was man als „Alternative“ hierzu bezeichnet, ist keineswegs eindeutig. Sie hängt von dem Begriff ab, den man sich vom „Recht“ macht. Zwar kann man vom Geltungsanspruch her die Welt in Kategorien des Rechts aufteilen, das Verhalten von Individuen und Organisationen ist jedoch immer nur selektiv von Rechtsnormen gesteuert. Faktisch gibt es immer die radikale Alternative zum Recht als „Rechtlosigkeit“. Schon hier beginnen die Mehrdeutigkeiten in Anlehnung an begriffliche Traditionen: vom Betroffenen aus gesehen kann Rechtlosigkeit das Fehlen eines *Anspruchs* bedeuten, als Charakterisierung eines sozialen Bereichs kann es bedeuten, daß Verhaltensweisen trotz des Geltungsanspruchs von Recht *tatsächlich* hiervon abweichen, also faktisch nicht „rechtlich“ geregelt sind. Neben der Sinn-ebene des Anspruchs und der des Verhaltens kann „Recht“ aber auch materiell und normativ definiert sein, wobei dann als sein Gegensatz das „Unrecht“ angesehen wird.

Dabei muß man „Rechtlosigkeit“ nicht als einzige Alternative zum Recht sehen, sondern es lassen sich auch im Recht schon Abstufungen des Mehr oder Weniger an Geregeltigkeit beobachten. Bei klassifikatorischen Gegenüberstellungen geht verloren, daß es zwischen rechtlicher Geregeltigkeit und Ungeregeltigkeit mehrere Zwischenstufen gibt: In dem Versuch der Gradualisierung des Rechtsbegriffs folge ich Black (1), der allerdings dabei eine Reihe von Begriffsdimensionen unterschiedslos nebeneinandergestellt hat: so spricht er von „mehr Recht“, je häufiger Gerichte angerufen, Beschwerden eingelegt oder Rechtsregeln aufgestellt werden; einen Prozeß zu gewinnen, ist nach Black „mehr Recht“ als ihn zu verlieren; eine Norm

zu befolgen, „mehr Recht“ als sie zu übertreten. Es fällt nicht schwer, aufzuweisen, daß hier verschiedenartige Dimensionen unterschiedslos auf einen quantitativen Nenner gebracht werden. Jedoch sollte man mit solcher Kritik nicht jeden Versuch der Gradualisierung insgesamt über Bord werfen. Lebensbereiche können dem Anspruch nach mehr oder weniger rechtlich reguliert sein; rechtliche Regeln können faktisch mehr oder weniger befolgt werden; hat man einmal „Rechtsregeln“ aufgestellt, so können diese mehr oder weniger formalisiert sein. Jede dieser Dimensionen separat erlaubt sinnvolle Aussagen darüber, wieweit soziale Beziehungen durch Recht reguliert sind.

Dabei löst sich die Vorstellung von „Alternativen zum Recht“ auf in Gradualisierungen von „mehr oder weniger Recht“. Dies läßt sich mit immer neuen Begriffsunterscheidungen erreichen, die für die rechtssoziologische Analyse von heuristischem Wert sind. So etwa hat die Unterscheidung von mehr oder weniger „rechtlichen“ Rollen eine Tradition in der Rechtssoziologie: idealtypisch wird unterschieden zwischen dem „Richter“, der bindende Entscheidungen trifft, gegenüber der Rolle des „Vermittlers“, der in Verhandlungen zwischen zwei Parteien als Dritter eintritt, ohne jedoch irgendeiner der beiden eine Entscheidung oktroyieren zu können (2). Von der Entscheidungsform her gesehen, können wir das „Richten“ als „Recht“, das „Vermitteln“ als eine „Alternative zum Recht“ bezeichnen, obwohl diese innerhalb von rechtlichen Verfahren (etwa als „Vergleich“) selbst vorgesehen ist. Insofern kann man hier von einer „Alternative“ zum *idealtypischen Modell des rechtlichen Entscheidens* innerhalb von rechtlichen Verfahren sprechen.

Häufig nehmen wir uns innerhalb bestehender Rechtsformen gradualisierte Unterscheidungen vor, die wir als „Alternativen zum Recht“ auf einen idealtypischen Begriff bringen. Die Dimensionen, an denen wir solche idealtypischen Alternativen bestimmen, können dabei in sich gradualisierbar sein: etwa kann man den „Vergleich“ als „weniger rechtlich“ charakterisieren, sowohl da ihm das Merkmal autoritativer Entscheidung fehlt, als auch weil er prozedural meist mit einem geringeren Maß an Verfahrensgebundenheit erzielt wird als ein Urteil.

Auf ähnliche Weise kann man auch bei anderen Phänomenen des Rechtlichen graduelle Abstufungen wie Alternativen aufweisen. Rechtliche Institutionen haben nicht nur die Funktion, Konflikte zu regeln, sondern auch diejenige, imperative Normen (Verbote oder Gebote) durchzusetzen. Auch hier können wir unterscheiden zwischen Lebensbereichen, die „mehr rechtlich“ geregelt sind, und solchen, die relativ „rechtsfrei“ bleiben. Recht ist begrenzt durch Intimitätsgrenzen, innerhalb deren seine Verhaltensvorschriften als illegitim zurückgewiesen werden: so etwa wird der Versuch, Sexualnormen zu verrechtlichen, und auch werden Regelungsversuche des Familienlebens (etwa der Erziehung von Kindern oder der Herrschaftsbeziehung zwischen Mann und Frau) als Eingriffe in einen persönlichen Bereich angesehen (3). Allerdings zeigt sich an den Beispielen, daß die Intimitätsschwelle legitimen rechtlichen Eingriffs je nach Kultur verschieden festgelegt wird: so etwa sind wir Zeitgenossen einer zunehmenden Verrechtlichung von familiären Beziehungen, wenn Ansprüche von Kindern gegenüber ihren Eltern einklagbar oder die Rechte der Frau gegenüber dem „pater familias“ formalisiert werden. „Verrechtlichung“ kann in einem solchen Fall heißen, daß kodifizierte Regeln aufgestellt werden, daß damit „mehr Recht“ an die Stelle mehr informeller Regelung tritt (Erwartungsebene). Es kann aber auch heißen, daß längst bestehende Rechtsregeln nun „mehr“ durchgesetzt werden, daß also die Wirksamkeit von Recht sich graduell erhöht (Handlungsebene).

Man könnte weitere Alternativen zum Recht aufweisen, ebenso wie weitere Gradualisierungen einführen. Die Fülle von Alternativitäten entspricht dabei der Vielzahl von Bestimmungsdimensionen für das, was wir „Recht“ nennen. An der Definition von „Recht“ entscheidet sich auch, wo man die Grenze zieht zwischen „alternativen Rechtsformen“, die *im* Recht bleiben, und „Alternativen *zum* Recht“. Mir geht es nicht so sehr um verbindliche Festlegung einer Definition, sondern um den heuristischen Wert der Konzepte von Alternativität zum Recht und Gradualisierung des Rechts. Ich will dies im folgenden an den Aufgaben des Rechts: der Regelung von Konflikten, der Regulierung von Verhalten und der Bindung von Entscheidungen demonstrieren.

2. Mehr oder weniger rechtliche Formen der Regelung von Konflikten

„Ein Einkäufer drückte die übliche Einstellung von Geschäftsleuten so aus: ‚Wenn irgendein Konflikt hochkommt, kriegst du den anderen ans Telefon und sprichst über das Problem. Man läuft nicht zu einem Rechtsanwalt, wenn man im Geschäft bleiben will, sondern da muß man sich anständig benehmen.‘ Oder wie ein Geschäftsmann sich ausdrückte: ‚Man kann jeden Streit beilegen, wenn man die Rechtsanwälte und Buchhalter heraushält. Die verstehen einfach nicht das Gesetz des Gebens und Nehmens, das man im Geschäftsleben braucht.‘“ (4).

Macaulay zeigt, daß nicht einmal Geschäftsleute, von denen man am ehesten auf Kalkulierbarkeit angelegte, somit an rechtlich festgelegten Vertragsformen ausgeordnete Interaktion erwartet, sich im Konflikt auf das Recht berufen – wieviel weniger werden wir dies in anderen Sozialbereichen antreffen. Zwar geht jeder in unserer Gesellschaft täglich eine Vielzahl von Rechtsgeschäften ein: sei dies beim Einkaufen, beim Benutzen öffentlicher Verkehrsmittel oder beim Erscheinen am Arbeitsplatz. Sogar das Verhältnis zu Nachbarn, das Familienleben und die Abhängigkeit der Kinder von ihren Eltern sind rechtlich fixiert. Jedoch hilft die Betrachtung der rechtlichen Normen wenig, wenn man Verhaltensregelmäßigkeiten solcher sozialen Interaktion erklären will. Rechtliche Regelungen treten erst im Falle eines Konflikts manifest in den Vordergrund: wenn das Netz von gegenseitigen Erwartungen und Abhängigkeiten als Regulativ versagt und Instanzen oder Mechanismen zur Konfliktentscheidung herbeigerufen werden. Beziehungen zwischen Geschäftsleuten, zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, oder aber zwischen Familienmitgliedern unter Berufung auf Rechtsansprüche regeln zu wollen, hieße dessen Leistungsfähigkeit zu überfordern. Man mag sein Verhalten zwar in Konformität und Rechtsregeln einrichten, kann aber in informellen Beziehungen diese nicht ohne Kosten thematisieren (5). Typisch werden Rechtsregeln am ehesten dann zitiert, wenn auch schon von dem Abbruch sozialer Beziehungen – zumindest als Drohung – gesprochen wird. Erst recht gilt die Einschränkung der Thematisierung weiter auf dem Weg zur Mobilisierung von Rechtsinstanzen (z. B. von Gerichten). Die Hemmung, in bestimmten sozialen Situationen rechtliche Regelungen zu „thematisieren“, kann dazu führen, daß rechtliche Geltungsansprüche gar nicht erst aufgestellt werden. Sie kann aber auch bedeuten, daß sie zwar bestehen, aber weitgehend unwirksam sind. Dies wird deutlich im Konfliktfall, bei vielen Sozialbeziehungen typischerweise sogar erst bei ihrer Auflösung: Jetzt, im Streit werden sie zitiert, und damit wird die Sozialbeziehung auf eine mehr formalisierte Ebene verschoben. Für viele Sozialbeziehungen bedeutet solche Formalisierung zugleich ihr Ende:

Rechtsregeln werden typisch bei der Festlegung der Folgen der Auflösung einer Ehe oder eines Arbeitsvertrages herangezogen.

Daher gelangen vor das Familiengericht oder vor das Arbeitsgericht Konflikte in der überwiegenden Zahl erst dann, wenn die Konsequenzen von Scheidung und Kündigung zu regeln sind. Gerichte werden nur in Ausnahmefällen angerufen, um Verhaltensnormen innerhalb fortbestehender Sozialbeziehungen durchzusetzen (6).

Wenn soziale Beziehungen aufrechterhalten werden, dann setzt dies häufig voraus, daß informelle Regelungen wirksam sind und Konflikte mit informellen Regelungsformen ausgetragen werden können. Allerdings können sich Lebensbereiche graduell danach unterscheiden, wieviele formalisierte Regeln Geltung beanspruchen (Erwartungsebene) und sie können sie weiter graduell unterscheiden, wieweit solche Geltungsansprüche wirksam werden (Handlungsebene).

Zwar kann die Regelung von Konflikten nicht als einzige Leistung von Recht betrachtet werden: es ist ja nicht auszuschließen, daß viele Sozialbeziehungen deshalb reibungslos verlaufen, weil alle Beteiligten sich an Rechtsregeln orientieren. Jedoch ist solche Konformitätswirkung von Rechtsansprüchen schwer erkennbar. Ähnlich wie Geigers Begriff der „Norm“ an der Reaktion im Fall der Abweichung orientiert ist, kann man auch im Fall von Vertragsnormen den Rechtscharakter der Regelung nur im Konfliktfall – an der Thematisierung von Recht – erkennen. Bei reibungslosen Sozialbeziehungen kann man – ebenso wie bei der Einhaltung von Verhaltensnormen – kaum entscheiden, wieweit die Konfliktlosigkeit auf der Konformitätswirkung von Rechtsnormen beruht. Reibungslose Sozialbeziehungen können bestehen, soziale Normen können befolgt werden, um soziale Nachteile zu vermeiden, sie können aus Interesse an der Aufrechterhaltung positiver Beziehungen, wegen der Vorteile, die sich aus normkonformem Verhalten ergeben, motiviert sein oder auf bloßer Gewöhnung beruhen. Normkonformes Verhalten zu erklären wird kaum mit einem einzigen Ansatz gelingen, weil hier verschiedene Interessen gleichzeitig wirken und weil oft Widersprüchliches und Ambivalentes ein Gemenge von Motivationen bildet. Jedoch ist für unsere Fragestellung gleichgültig, wieweit Rechtsregeln eine Erklärung für Konformität darstellen – wir fragen nach der Thematisierung und Mobilisierung von Recht im Falle eines Konfliktes und hierbei nach nicht-rechtlichen oder weniger rechtlichen Formen der Austragung.

2.1. „Urteilen“ und „Vermitteln“ als idealtypische Alternativen

Rechtskonflikte können schon mit einer bloßen, aber expliziten Bezugnahme auf rechtliche Regelungen beginnen, sie können mit der Drohung rechtlicher Durchsetzung gesteigert werden und sie werden manifest verrechtlicht durch das Anrufen rechtlicher Instanzen; das heißt, in der Regel der Gerichte. Dabei gibt es eine Reihe möglicher Gründe, warum der Anteil der Gerichte an der Lösung von Konflikten nur sehr selektiv ist: Privatrechtliche Konfliktregelungen setzen erst jenseits einer „Intimitätsschwelle“ ein; schon die Hinzuziehung eines Dritten verleiht dem Konflikt eine objektivierte Qualität; und dies zunehmend in dem Maße, in dem dieser Dritte ein Außenstehender ist, und auch zunehmend, indem seine Rolle verfahrensmäßig geregelt wird. Auf der Dimension der Verfahrensgebundenheit würde man jedes Mehr an verfahrensmäßiger Regelung als „mehr Recht“ bezeichnen. Materiell jedoch besteht immer noch ein Unterschied, ob der hinzugezogene Dritte eine bloß

vermittelnde Rolle einnimmt, ohne eine Entscheidung zum Inhalt des Konflikts zu treffen, oder aber ob er durch Bezug auf allgemeingültige Normen eine Entscheidung fällt, die auch unabhängig vom Einverständnis der Parteien durchgesetzt werden kann. Im ersten Fall sprechen wir von der Rolle des „Vermittlers“, erst im zweiten von der Rolle des „entscheidenden Richters“ und damit von der „Verrechtlichung“ eines Konflikts im verfahrensmäßigen wie im materiellen Sinn.

Je komplexer eine soziale Beziehung, desto wahrscheinlicher ist, daß Konfliktregelungen von einem „Vermittler“ wahrgenommen werden. Je mehr der Dritte die Rolle des entscheidenden Richters einnimmt, desto eher wird er komplexe Konflikte auf ein justiziables Maß reduzieren. Dies deshalb, weil rechtliche Entscheidungen auf leicht operationalisierbare Folgen abstellen. Recht kann nicht eine komplexe Erwartungshaltung wie „Vertrauen“ herstellen, es kann lediglich erreichen, daß die Folgen eines Vertragsbruches vorhersehbar geregelt sind. Und auch hierbei wird die Reduktion auf das Justiziable deutlich an dem Umwandeln von Verhaltenserwartungen in Geldforderungen: So etwa läßt sich im Arbeitsgerichtsprozeß beobachten, wie aus einem ursprünglich komplexen Konflikt um Einhaltung von Arbeitsbedingungen, Konflikten mit Vorgesetzten und Kollegen, das Aufrechnen von Überstunden, Fehlzeiten und Urlaubsansprüchen sich zum Aushandeln um eine Geldsumme vereinfacht (7). Ähnlich reduziert sich Schadensersatz oder die Mängelrüge nach einem Kauf auf das Aufrechnen von Geldsummen – Ärger oder die Störung einer Sozialbeziehung lassen sich nicht durch ein Gerichtsurteil rückgängig machen.

Die Grenzen des Justiziablen sind sehr eng gezogen – sie sind für den an eine Auslegung des Rechts gebundenen „Richter“ enger als für einen „Vermittler“, der sich bei der Auswahl von abzuhandelnden Themen nicht auf das „rechtlich Relevante“ beschränken muß. Der „Vergleich“ als Alternative im Recht ermöglicht, Themen zu diskutieren und Kompromisse auszuhandeln, Folgen zu berücksichtigen und außerrechtliche Zusammenhänge einzubeziehen (8). Innerhalb eines Gerichtsverfahrens geschieht dies allerdings vor dem Hintergrund – und oft auch mit der expliziten Ankündigung –, daß hinter dem Vermittlungsversuch die Möglichkeit des Urteils steht.

Die vom Richter monopolisierte Verhandlungsführung des Zivil- (und auch des Arbeitsgerichts-)prozesses in Deutschland erlaubt dem Richter, zwischen den Rollen des Vermittlers und des Urteilenden innerhalb der Verhandlung zu wechseln. Dabei kann man einige Gesetzmäßigkeiten beobachten, die vermutlich als Bedingungen der Verrechtlichung generalisierbar sind: so ist vermittelndes Verhalten wahrscheinlicher, wenn die Parteien in der Verhandlung anwesend sind, noch mehr, wenn diese sich gegenseitig kennen. Je mehr die Prozeßführung auf Rechtsanwälte delegiert ist, desto eher bleibt sie innerhalb der Grenzen des Justiziablen, desto eher werden Prozesse daher durch Urteil entscheidbar.

2.2. Außergerichtliche Alternativen der Konfliktaustragung

Vergleiche sind am häufigsten dann, wenn zwischen den Parteien fortdauernde Sozialbeziehungen bestehen. Sind sich die Parteien gegenseitig unbekannt (wie etwa bei Verkehrsunfällen), oder aber streiten sie lediglich noch um die Bedingungen der Auflösung ihrer Sozialbeziehung (wie etwa bei Ehescheidungen oder Kündigungs-

prozessen), dann fällt ihnen die Hinnahme eines Urteils leichter. Der Vergleich innerhalb eines Gerichtsverfahrens wird also unter den gleichen Bedingungen wahrscheinlicher, unter denen im übrigen auch außergerichtliche Konfliktlösungen eher anzutreffen sind. In manchen Lebensbereichen finden wir hierfür sogar außergerichtliche Formalisierungen der Konfliktaustragung. Auch dies läßt sich am Arbeitsrecht demonstrieren: bei Arbeitsgerichtsprozessen fällt auf, daß Klagen aus kleineren Betrieben gegenüber Großbetrieben überrepräsentiert sind (i.e. ein Vergleich von Prozeßraten: die Anzahl der Arbeitsgerichtsprozesse je Beschäftigten der Branche in einem Jahr ist in Kleinbetrieben deutlich größer als in Großbetrieben). Eine plausible Erklärung hierfür kann man aus der Beobachtung entnehmen, daß in großen Betrieben, insbesondere wenn sie eine Personalabteilung und auch einen Betriebsrat haben, Konflikte schon viel stärker rechtlich strukturiert vor Gericht kommen. Sowohl die Personalabteilung als auch der Betriebsrat haben in der Regel schon einen großen Teil von Streitigkeiten erledigt und tragen nur noch diejenigen vor Gericht, die in den formalisierten vorgerichtlichen Konfliktlösungsversuchen nicht beigelegt werden konnten (9). Innerbetriebliche Verfahren zur Konfliktbeilegung sind eine Alternative zur „Vergerichtlichung“. Sie bleiben jedoch im Rahmen des Rechts, setzen womöglich sogar eine „Verrechtlichung“ der innerbetrieblichen Konflikte voraus. Bei kleineren Betrieben dagegen, insbesondere bei personalisierten Arbeitgeber-Arbeitnehmerbeziehungen, gibt es oft keine organisierte Vertretung der Arbeitnehmer und keine internen Schlichtungsinstanzen. Neben den informellen Konfliktregelungen gibt es hier daher nur noch die Gerichte als Instanz. Ähnlich wie in Familienbeziehungen entspricht der geringen Verrechtlichung der alltäglichen Beziehungen in Kleinbetrieben, daß die Thematisierung von Recht hier als nachträgliche Interpretation erst durch den Gang zum Gericht erfolgt.

2.3. Zusammenfassung: Thesen zur Verrechtlichung und Entrechtlichung von Konflikten

Generell kann man sagen, daß die Anonymisierung von Sozialbeziehungen die „Verrechtlichung“ von Konfliktaustragungen wahrscheinlicher macht. Man sollte deshalb annehmen, daß mit der Zunahme anonymer Sozialbeziehungen unter den Bedingungen einer urbanisierten und mobileren Gesellschaft die Prozeßraten der Gerichte ansteigen. Jedoch muß „Verrechtlichung“ nicht immer auch „Vergerichtlichung“ heißen. In vielen Sozialbereichen wird sie vielmehr vorweggenommen und durch außergerichtliche Schlichtungsinstanzen implementiert. Diese haben meist den Vorteil, daß sie besser in der Lage sind, fließende Übergänge von formaler zu informeller Konfliktaustragung zu handhaben.

Unser Gebrauch des Begriffs „Verrechtlichung“ und damit auch die Bestimmung der „Alternativen zum Recht“ bei Konfliktlösungen hat sich auf zwei Phänomene bezogen: zunächst darauf, daß ein Konflikt vor Gericht getragen und hier durch Urteil entschieden wird; dann darauf, daß Konflikte vorgerichtlich geregelt werden und daß hier formalisierte Verhaltensregeln und Instanzen mit einem Minimum an Verfahrensregeln für die Konfliktaustragung bestehen. Unsere Überlegungen zu den Bedingungen der Verrechtlichung begründen, warum diese in unserer urbanisierten und mobilen Gesellschaft zunehmen, wobei der Geschäftsanfall der Gerichte deshalb weniger stark zunimmt, als zu erwarten wäre, weil Verrechtlichungen im vor-

gerichtlichen Bereich einen Teil der Konfliktaustragungen vorwegnehmen. Die Erklärung für solche Vorwegnahme kann leicht gegeben werden, da gerichtliche Auseinandersetzungen finanzielle Kosten verursachen, Zeit beanspruchen und auch soziale Kosten im Sinne der Belastung von andauernden Sozialbeziehungen mit sich bringen. Diese Argumente gelten in abgeschwächter Form auch für die formalisierten Konfliktaustragungen im vorgerichtlichen Raum, und sie geben daher auch hier Veranlassung, zunächst informelle Konfliktlösungen zu versuchen, und die formalisierten Formen als Eskalation des Konflikts anzusehen. Hinzu kommt, daß rechtliche Verfahren eine beschränkte Thematisierungsfähigkeit haben und daher den Konfliktstoff reduzieren. Dies sind die Gründe, warum Elemente informeller Konfliktlösungen von Richtern ebenso wie von außergerichtlichen Instanzen innerhalb von Verfahren ermöglicht werden. Deutlich wird dies, wenn Richter oder andere Instanzen von der Rolle des Urteilenden zu derjenigen des Vermittelnden wechseln. Je mehr sie dies tun, als desto „weniger rechtlich“ können wir das Verfahren bezeichnen.

2.4. „Vermeiden“ und „Politisieren“ von Konfliktaustragung

Nach unseren bisherigen Ausführungen könnte es den Anschein haben, als ob wir uns in modernen Gesellschaften auf einer Einbahnstraße zu immer stärkerer Verrechtlichung befinden. Hiergegen lassen sich jedoch auch gegenteilige Beobachtungen anführen: Moderne Gesellschaften mit ihrer Zunahme an anonymen Beziehungen vermehren zugleich auch die Möglichkeiten, Konfliktsituationen zu vermeiden (10). Geographische oder soziale Mobilität, das Wechseln des Arbeitsplatzes oder des Lebensgefährten, das Verlagern von Aktivitäten: alle diese Möglichkeiten des Vermeidens von Konflikten haben zu einer Gesellschaft geführt, in der zwar Kontakte häufiger, damit aber auch Konflikte leichter beendbar und eher durch „aus-dem-Wege-Gehen“ lösbar geworden sind. Meideverhalten ist insbesondere vor rechtlichen Konflikten beobachtbar: das eingangs zitierte Beispiel der nichtvertraglichen Beziehungen zwischen Geschäftsleuten wird gerade dadurch leichter durchsetzbar, daß vor einer Verrechtlichung immer die Drohung des Abbruchs sozialer Beziehungen steht.

Vermeiden kann Resignation, oder auch „Einsicht“ sein. Häufig genug ist es auch während rechtlicher Verfahren beobachtbar: Anerkenntnisurteile oder das „Nichtzahlen eines Kostenvorschusses“ lassen zumeist implizit verstehen, daß eine Partei nachgegeben hat. Wenn schon mehr als die Hälfte aller Prozesse vor den Zivilgerichten durch solche Erledigungsarten beendet werden, wieviel häufiger wird das Vermeiden von Konfliktaustragung vor der Mobilisierung von Recht sein: entweder wenn der erste Schritt auf dem Weg zum Gericht schon getan und ein Rechtsanwalt konsultiert wird, dieser aber vom Prozeß abrät; oder aber auch wenn ein Konflikt einmal in rechtlichen Kategorien perzipiert ist, dann aber keine weiteren Schritte unternommen werden. So wie der Gang zum Gericht über mehrere Schwellen von der Wahrnehmung eines Konflikts in rechtlichen Kategorien, über die Konsultierung eines Anwalts bis zur Klageerhebung führt, so ist Vermeidungsverhalten bei jeder dieser Schwellen zu beobachten.

Am gegensätzlichen Pol der Reaktion auf Konfliktlagen sind die Formen des Ausbrechens aus rechtlich kanalisiertem Auseinandersetzungen zu sehen: etwa in der

Form der „Politisierung“ eines Konfliktes. Konflikte am Arbeitsplatz liefern auch hierzu die besten Beispiele. In der Arbeiterbewegung hat die Kontroverse, ob militante Durchsetzung gemeinsamer Interessen, oder aber Verrechtlichung, und damit auch Einbindung der Gewerkschaften längerfristig im Interesse der Arbeiterklasse ist, eine lange Tradition. Die Frage kann auf der Ebene kollektiver Vereinbarungen anders beantwortet werden als auf der Ebene innerbetrieblicher Konflikte – in beiden Fällen jedoch bieten Solidarisierung und kollektive Interessendurchsetzung eine Alternative zur Interessenverfolgung mit rechtlichen Mitteln. Tatsächlich werden bei beiden Strategien immer wieder Kompromisse eingegangen. Das Betriebsverfassungsgesetz etwa ist eine sehr stark verrechtlichte Variante gesetzlich kanalisierter Machtauseinandersetzung. Gleichzeitig basieren die Gewerkschaften ihre Macht jedoch auf der Streikdrohung, ebenso wie sie individuelle Konflikte vor Gericht tragen und ihre Mitglieder rechtlich beraten.

Dennoch können wir die politische Auseinandersetzung, die gerade auch gegen das geltende Recht opponiert, in vielen Situationen als Alternative zum Rechtsweg bei der Lösung von Konflikten ansehen. Dies obwohl Machtkämpfe partiell meist auch rechtlich kanalisiert und verfahrensmäßig eingebunden werden, etwa durch Normierungen von Streikbeschlüssen, die eine Entsprechung in der Normierung von Kriegserklärungen oder in der Demonstrationsanmeldung finden. Auch Bürgerinitiativen erfinden immer neue Formen des Protests, die nicht rechtlich vorhergesehen sind, aber sie nutzen dabei gleichzeitig auch die Gerichte und ihre Legitimationswirkung. Wir können daher auch politisierte Konflikte einordnen nach dem Grad, zu dem sie rechtliche Strategien benutzen.

Fassen wir zusammen, worin der heuristische Ertrag der Betrachtung von Konfliktregelungen *nach der Dimension des Formalisierungsgrades* und in den Alternativen von „*Richten*“ und „*Vermitteln*“ besteht: er hat uns gezeigt, daß man Verhaltensregelmäßigkeiten zwar nicht aus den Geltungsansprüchen rechtlicher Regelung erklären kann, da diese oft nur im Falle eines Konfliktes manifest werden. Jedoch wirken materielle Rechtsregeln ebenso wie die Formalisierung der Konfliktaustragung als Antizipation auf das Verhalten zurück. Dort, wo es Widerstände gegen die Regelung von Verhalten durch Recht gibt, kann rechtliche Konfliktaustragung nur die Folgen des Abbruchs von Sozialbeziehungen regeln. Die solchermaßen aufgezeigte Unfähigkeit von Recht, eine Sozialbeziehung zu regeln, kann vorweggenommen werden, indem der Konflikt politisiert wird oder aber die Konfliktsituation insgesamt vermieden wird. Vor solcher Radikalität, allerdings gibt es eine Reihe abgestufter Vermeidungsmöglichkeiten: etwa das Vermeiden von Formalisierungen der Konfliktaustragung, indem eine informelle Regelung zur Norm erhoben wird, oder aber innerhalb formalisierter Verfahren das Angebot, ein rechtliches „Urteil“ zu vermeiden, sei dies durch den Rückzug vom Konflikt oder durch Vermittlungsangebote, die durch die Möglichkeit eines gerichtlichen Vergleichs formalisiert werden können.

3. Wirksamkeit und Unwirksamkeit rechtlicher Regelung von Verhalten

Eine Frau zeigt bei der Polizei an, daß ihr Freund sie mit einem Eisen angegriffen habe, ihren Arm gebrochen und sie im Gesicht schwer verwundet habe. Der Mann wird festgenommen und wegen Überfalls mit einer tödlichen Waffe angezeigt. Verurteilt könnte er bis zu fünf Jahren Gefängnisstrafe erhalten.

Aber er wird nicht verurteilt. Es gibt nicht einmal ein Gerichtsverfahren. Stattdessen erscheinen Mann und Frau, nun Kläger und Beklagte anstatt Angeklagter und Opfer vor zwei Laien-Vermittlern, einem Schullehrer und einem arbeitslosen Zimmermann. Wenn die Parteien sich über die Folge der Streitigkeit einigen können und über ihre zukünftige Beziehung, dann wird das Strafverfahren eingestellt. Diese Begebenheit ist nicht untypisch für die Fälle, die vor die neue Schlichtungsstelle in Boston gelangen. Sie ist der jüngste Versuch, die Justiz zu entlasten und sozial angemessen zu gestalten (11).

Ähnlich wie bei Konfliktregelungen die Bereitschaft der Parteien zur Verrechtlichung von dem Ausmaß abhängt, in dem der Konflikt in fortbestehende, komplexe Sozialbeziehungen hineinreicht, so hängt auch die Mobilisierung des Strafrechts durch die Opfer von Delikten von der sozialen Beziehung ab, innerhalb der diese stattfinden. Das Beispiel von Felstiner ist nicht extrem, sondern eher typisch gewählt: bei Gewaltdelikten kommt es besonders häufig vor, daß sich Angreifer und Opfer kennen, ja sogar in einer längerfristigen Sozialbeziehung zueinander stehen: bei 83 % aller Vergewaltigungen, 69 % der Körperverletzungen, 36 % von Raubüberfällen (in New York 1971) kannten sich Opfer und Täter (12). Selbst bei solchen schweren Delikten ist die Dunkelziffer besonders hoch, da sie innerhalb bestehender Sozialbeziehungen stattfinden. Das Hinzuziehen eines Dritten, erst recht einer staatlichen Instanz würde bedeuten, daß der Konflikt eine *Intimitätsschwelle* überschreitet, und dies könnte die Sozialbeziehung mehr gefährden als der Konflikt selbst, es könnte zu Sanktionen führen, deren Folgen alle Beteiligten vermeiden wollen. Persönliche Bereiche, ethnische oder klassenspezifische Subkulturen, oder auch organisationsinterne soziale Segmentierungen entwickeln informelle Verhaltensregeln. Soweit die Nichtinanspruchnahme von Recht Bedingung für die Aufrechterhaltung der Sozialbeziehung ist, kann die Verrechtlichung gegen das Interesse auch des Opfers sein: Wenn ein Diebstahl am Arbeitsplatz innerhalb des Betriebes sanktioniert wird, wenn Kindesmißhandlung oder Vergewaltigung nicht zur Anzeige gebracht werden, wenn eine Messerstecherei in der Subkultur eines Wohnviertels ausländischer Arbeiter der Polizei nicht zur Kenntnis gebracht wird, so zeigt dies jeweils Vergesellschaftungen an, innerhalb derer eigene Sanktionsregeln gelten, die durch Verrechtlichung gefährdet würden. Das Anrufen des Strafrechts könnte das Ende der Sozialbeziehung bedeuten. Andere Gründe, rechtlicher Regelung auszuweichen, können in der Ineffizienz von Recht liegen: seine Verfahren sind langwierig und kostspielig, sie stellen eine möglicherweise unerwünschte Öffentlichkeit her. Hinzu kommt das berechtigte Mißtrauen in die Effektivität rechtlicher Sanktionen: das soziale Problem, in dessen Kontext eine Straftat entstand, mag durch jede Art der Vorstrafe, besonders wenn diese Freiheitsentzug einschließt, verschärft werden.

Einen Teil der Skepsis an seiner eigenen Regulierungsfähigkeit hat auch das Strafrecht als interne Alternativen übernommen. Zunächst einmal dadurch, daß sich die Polizei, erst recht aber Staatsanwaltschaft und Gerichte bei der Entdeckung von Straftaten weitgehend passiv verhalten. Der weitaus größte Teil aller Straftaten kommt zur Kenntnis der Strafverfolgungsinstanzen nur durch Anzeige von seiten des Opfers. (Insoweit ist die Stabilisierung des Strafrechts trotz seines eigenen Überwachungsstabes faktisch kaum vom Privatrecht unterschieden, bei dem schon vom Geltungsanspruch eine Mobilisierung des Rechts nur erfolgt, wo ein Kläger ist.) Darüber hinaus gibt es aber auch Abstufungen innerhalb des Strafrechts, vor allem mithilfe des Strafprozeßrechts. Selbst das angeblich dem Legalitätsprinzip verhaftete deutsche Strafprozeßrecht bietet legale Möglichkeiten solcher Abstufung: bei

Delikten innerhalb der Familie oder unter engen Freunden kann das „öffentliche Interesse“ verneint, und damit von einer Kriminalisierung abgesehen werden, bei geringfügigen Delikten (bei Betrug und bei Wirtschaftsdelikten de facto häufig) kann zumindest der Makel der Vorstrafe vermieden werden, wenn die Staatsanwaltschaft unter der Auflage etwa einer Geldleistung das Verfahren „einstellt“. De facto handelt es sich selbstverständlich auch hier um eine rechtliche „Sanktion“, allerdings ohne den Makel der „Vorstrafe“, d. h. daß sie sich innerhalb der juristischen Definition von „Kriminalisierung“ bewegt (13). Das Recht selbst kennt also alternative Strafformen, die typischerweise an eine Ermessensentscheidung geknüpft sind. Man kann beide Formen: die Nichtanzeige eines Opfers ebenso wie den Verzicht auf Kriminalisierung durch die Justiz als eine flexible Antwort sehen auf die Grenzen der Regulierungsfähigkeit des Strafrechts. Solche Flexibilität erlaubt es, „mit der Zeit zu gehen“: der Legitimitätsverlust einer Strafrechtsnorm kann sich in einer niedrigen Anzeigenneigung, aber auch in einem steigenden Verzicht auf Kriminalisierung ausdrücken.

Als „Entkriminalisierung“ bezeichnen Juristen meist jegliche Herausnahme einer Verhaltensnorm aus dem Strafrecht. Oft bedeutet diese lediglich, daß abweichendes Verhalten mit anderen Rechtsvorschriften (etwa als „Ordnungswidrigkeit“, also mit einer Verwaltungsstrafe) sanktioniert wird. Die Abstufung der Sanktionsfolgen mittels Alternativen innerhalb des Rechts läßt sich wiederum auf einer Skala anordnen, die an der Dimension der Schwere von Sanktionsfolgen orientiert ist: Freiheitsstrafen diskriminieren mehr als Geldstrafen, Geldstrafen (mit Registrierung als „Vorstrafe“) mehr als Verwaltungsstrafen.

Bei jeder empirischen Untersuchung des Geschäftsanfalls in der Justiz kann man Filter feststellen, die die große Zahl von kleinen Fällen von den wenigen größeren Fällen, die mit Sorgfalt und Zeitaufwand bearbeitet werden können, zu scheiden versuchen. Oft wird eine solche Trennung nach Gesichtspunkten der Kapazität reguliert: bei einem massenhaften Anfall von Bußgeldern aus Verkehrsvergehen, erst recht bei der Sanktionierung von Parksündern, ist der Sanktionsvorgang zur Buchhaltung minimiert. Erst Nichtzahlung oder Einspruch mobilisieren ein aufwendigeres, aber immer noch schriftlich (und damit „bürokratisch“) gehandhabtes Verfahren. Als 1969 eine Reihe von bis dahin kriminalisierten Delikten zu Ordnungswidrigkeiten herabgestuft wurden, war dies eine Anpassung an die Kapazitätsüberlastung der Gerichte, verbunden mit dem Wegfall des Makels einer „Vorstrafe“. Als eine nächste Stufe des Filters kann man den „Strafbefehl“ ansehen: auch hier werden häufig anfallende Bagatelldelikte des Strafrechts schriftlich und formularmäßig „erledigt“, wobei allerdings eine Vorstrafe registriert wird, und wobei eine mündliche Verhandlung vor Gericht durch Widerspruch erreicht werden kann.

Das Filtersystem alternativer Rechtsformen erlaubt informelle Grenzziehungen: nicht alle Gerichte oder Staatsanwaltschaften der Bundesrepublik handhaben die rechtlichen Möglichkeiten in gleicher Weise; geringfügige Gesetzesänderungen, oder aber schon Richtlinien des ausführenden Landesjustizministers sorgen für die Anpassung an Opportunitätsgesichtspunkte der Justizbehörden. Etwa zeigen Organisationsvergleiche Unterschiede von Behörde zu Behörde darin, wo die Grenze zwischen bürokratisiertem Verfahren und mündlicher Verhandlung vor Gericht gezogen wird (14). Dennoch kann Rechtssicherheit im Sinne der Vorhersagbarkeit durchaus gegeben sein: Richtlinie und örtliche Usancen bilden gerade bei massenhaft auftretenden Bagatelldelikten ein stabiles Verhaltensmuster, das vorhersagbare und glei-

che Behandlung von gleichen Fällen weitgehend gewährleistet. Entscheidend allerdings ist, daß solche Verhaltensmuster schneller und mit geringerem Aufsehen zu ändern sind, als dies bei Gesetzesnovellierungen der Fall wäre.

Für den Juristen bleibt das Filtersystem eines von alternativen Formen *im* Recht und ist kategorial geschieden von den Alternativen zum Recht, die sich aus geringer Anzeigenneigung und dem Vermeiden des Einschaltens von Behörden ergeben. Von den Verhaltensdispositionen der Betroffenen auf der einen Seite, des Rechtsstabes auf der anderen gesehen, jedoch liegt beiden die gleiche Intention der Abstufung rechtlicher Formalität zugrunde: Intimitätsbereiche, Scheu vor Kosten und Dauer von Rechtsverfahren, die Unangemessenheit seiner Folgen bilden bei den Betroffenen Schwellen zum Recht. Der Rechtsstab antwortet auf diese mit abgestuften Rechtsformen. Ein kleiner Schritt genügt, um die Grenze zwischen beiden zu verschieben. Wenn öffentliche Verkehrsunternehmen bei Schwarzfahrern mit einem formularmäßigen, internen Verfahren Geldbußen einziehen, so ist dies von der „Einstellung des Verfahrens unter Auflage einer Geldbuße“ eines Staatsanwalts nur noch durch den Aufwand zu unterscheiden und innerhalb von Betrieben gibt es fließende Übergänge, von der nur durch Gehorsamsgrenzen eingeschränkten Sanktionsgewalt eines Vorgesetzten zu einer verfahrensmäßig geregelten „Betriebsjustiz“ (15). Und diese ähnelt durchaus den Nachbarschaftsgerichten in Boston oder den gesellschaftlichen Gerichten in sozialistischen Ländern (16).

Zusammengefaßt: Ebenso wie bei unseren Unterscheidungen von Formen der Konfliktaustragung, so finden wir auch bei der rechtlichen Regulierung von Verhalten unterschiedliche *Grade der Formalisierung*. Auch die Schwelle von der Verrechtlichung, die zum Vermeiden und zur alternativen Sanktionsform führt, kehrt hier wieder. Soweit die Instanzen strafrechtlicher Kontrolle vom Anzeigeverhalten der Opfer abhängig sind, gelten hier ähnliche Bedingungen der Mobilisierung von Recht wie bei der privatrechtlichen Konfliktaustragung. Hier tolerieren die Instanzen die Nichtwirksamkeit von Recht durch ihr passives Verhalten. Am ehesten auf Überwachung und Entdeckung durch die Instanzen angewiesen sind Formen der Bagatellkriminalität. Der Massenhaftigkeit ihres Auftretens entspricht dabei eine zunehmende Herausnahme aus dem Strafrecht und die Bürokratisierung des Sanktionsvollzugs.

4. Der Grad rechtlicher Bindung und die Entscheidungsspielräume des Verwaltungshandelns

Zum Vollzug des Bundesemissionsschutzgesetzes: Formal gesehen beginnt das Verfahren für die Genehmigung industrieller Anlagen mit der Antragstellung und endet mit dem Erlass eines positiven oder ablehnenden Bescheides. Informell finden jedoch vielfach vor der Antragstellung zwischen Behörde und Betreiber Vorverhandlungen statt, deren Ablauf teilweise dem formalen Verfahren entspricht, und die nach Inhalt, Teilnehmerkreis und Dauer des eigentlichen Genehmigungsverfahrens nicht selten als eine Art „notarielle Beurkundung“ vorausgegangener Entscheidungen erscheinen lassen. Vorverhandlungen stellen bei größeren Vorhaben die Regel dar. Sie dauern im Regelfall ebenso lange wie das formale Genehmigungsverfahren. Bei Großanlagen können sie ein Vielfaches der Zahl des formalen Verfahrens in Anspruch nehmen. Am Ende der Vorverhandlungen steht fest, ob und unter welchen Auflagen und Bedingungen das Vorhaben genehmigt werden kann. Falls die Anlage nicht genehmigungsfähig ist, wird regelmäßig kein Antrag mehr gestellt. Demzufolge kommt es nur äußerst selten zu förmlichen Ablehnungsbescheiden (17).

Staatliche Verwaltungen handeln nach ähnlichen Gesetzmäßigkeiten wie andere Organisationen auch: das Interesse an reibungslosem Ablauf von Entscheidungen und insbesondere das Bestreben, längerfristige soziale Beziehungen nicht zu gefährden, machen sie zu Tauschgeschäften bereit. So geht dem Antragsverfahren auf Errichtung industrieller Anlagen eine Verhandlung über deren Auswirkungen auf die Luftverschmutzung voraus. Dadurch erhält die Verwaltung frühzeitige Informationen und kann Konflikte vorwegnehmen. Das Industrieunternehmen auf der anderen Seite kann seine Baupläne und seinen Antrag partizipierend auf das von der Genehmigungsbehörde Akzeptierte einstellen und damit ebenfalls Konflikte vermeiden. Wer kontinuierlich mit Verwaltungen zu tun hat, kennt das doppelte Organisationssystem: was Aktenmäßigkeit und Rechtsgebundenheit an Rigidität erzeugen, wird durch informelles Aushandeln ausgeglichen. Die vorgeschriebenen Dienstwege und Verfahren werden damit zum Ritual, das zwar taktisch benutzt und kalkuliert werden muß, das aber darüber hinaus nicht den tatsächlichen Entscheidungsprozeß trägt.

Verschiedentlich ist auf die „Brauchbarkeit“ solcher „Illegalität“ hingewiesen worden (18). Man braucht nicht bis zu der These zu greifen, daß Normverstöße zur gelegentlichen Sanktionierung, und damit symbolischen Stärkung nützlich sind. Vielmehr lassen sich aus den Schwächen jeder Norm, ihrer abstrakten und starren Regulierung, der Schwerfälligkeit von Änderungen funktionale Argumente für eine auf Dauer gestellte Legalität ableiten: alternative Entscheidungssysteme zur rechtlichen Programmierung vermitteln zwischen den Widersprüchen von organisatorischen Zielsetzungen und Rollenerwartungen, sie passen sich an sich verändernde Umweltbedingungen an, und sie korrigieren überzogene und lassen überlebte Normen langsam vergehen.

Solche Feststellungen klingen in allgemeiner Fassung so, als ob sie funktionale Notwendigkeit seien, und damit universale Geltung beanspruchen. Jedoch erweisen sie sich im empirischen Test als graduell in unterschiedlichem Maß richtig. Ihre Überprüfung ist durch Vergleich verschiedener Rechtssysteme möglich: so etwa, wenn man das deutsche Verwaltungsrecht mit dem der amerikanischen Bundesverwaltung vergleicht. Während die deutsche Verwaltung durch rechtliche Bindung und potentielle richterliche Kontrolle an eine präzise Vorweg-Normierung gebunden ist, bleibt den amerikanischen „agencies“ ein großer Spielraum für politische Entscheidungen auch auf der unteren Ebene. Gebunden an oft vage formulierte Programmziele müssen sie auch ihre Ausführungsentscheidungen politisch legitimieren, während die deutsche Verwaltung durch Verweis auf ihre rechtliche Bindung von Legitimationsleistungen weitgehend entlastet ist. Die „Kosten des Rechtsstaats“ liegen in dem Zwang zur Vorweg-Normierung eines Verwaltungsprogramms, das zugleich generalisierend und bis ins Detail präzise ist. Gesetzliche Bindung und richterliche Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen sind aus dem Mißtrauen gegenüber Behördenmacht entstanden, sie stellen aber gegenüber einer sich politisch legitimierenden Verwaltung eher eine Verringerung der Kontrollmöglichkeiten dar (19).

Wie im Strafrecht und Privatrecht, so sind allerdings auch bei der Kontrolle von Verwaltungshandeln außerrechtliche Alternativen schon innerhalb des Rechts teilweise vorweggenommen: Beteiligungsrechte sichern eine Vielzahl von Antrag- und Planungsverfahren, für politische Legitimationsversuche sprechen Öffentlichkeitsarbeit und „konzertierte Aktionen“ von der ministerialen bis zur lokalen Ebene. Handlungsspielräume, die die rechtliche Bindung von Verwaltungshandeln anpas-

sungsfähig machen, sind schon im Recht als „Ermessen“ und durch wechselnde Interpretationsfähigkeit von Generalklauseln gegeben. Große Teile öffentlicher Verwaltung werden durch die Professionalisierung des Stabes kontrolliert: Ärzte, Lehrer, Sozialarbeiter und sogar Polizisten üben Tätigkeiten aus, deren Vollzug schwer einsehbar ist, und bei denen Verhaltensstandards daher mit Hilfe von Sozialisation und gegenseitiger professioneller Kontrolle gewährleistet sein müssen. Letztlich gilt dies auch für die Juristen; und damit finden wir „Professionalisierung“ nicht nur als Alternative zum Recht, sondern ebenso als Bedingung für Recht: bei extremer politischer Polarisierung von Verwaltungsbeamten und Richtern, also ohne einen grundlegenden materiellen und methodischen Konsens, kann rechtliche Normierung und gerichtliche Nachprüfung das Verwaltungshandeln nicht effektiv binden.

Für die Rechtstheorie ist es eine Alternative, ob die Entscheidungssituation eines Verwaltungsbeamten, Polizisten, Staatsanwalts oder Sozialarbeiters eine bestimmte Entscheidung verlangt, oder aber ob sie einen Entscheidungsspielraum überläßt, innerhalb dessen mehrere Entscheidungen „richtig“ sein können. Analysiert man jedoch die Tätigkeiten insbesondere professionalisierter Berufsgruppen im Staatsdienst, so stellt man fest, daß de facto nur ein gradueller Unterschied besteht zwischen „enger“ und „weiter“ Auslegung von Verwaltungsvorschriften.

Was wir oben als graduelle Entscheidung eingeführt haben: ein „Mehr oder Weniger“ an Formalisierung von Verfahrensregeln, können wir auch auf materielle Rechtsregeln anwenden: „mehr Recht“ bedeutet, daß materielle Normen detaillierter kodifiziert sind, „weniger Recht“, daß größere Entscheidungsspielräume bestehen. Unabhängig von der faktischen Rechtsausübung sind dabei die Vorstellungen der Dogmatik in verschiedenen Rechtsordnungen „mehr oder weniger rechtlich“ festgelegt: das angelsächsische Recht etwa kennt für Entscheidungsspielräume von Rechtsanwendern den Ausdruck „discretion“, i. e. eine rechtliche Bindung einer Entscheidung, die allerdings mehrere Möglichkeiten zuläßt. Mit dem deutschen Begriff von „Ermessen“ dagegen wird unterstellt, daß es für eine rechtliche Entscheidung nur *eine* richtige Lösung gibt – wenn diese auch nicht explizit kodifiziert sein mag, so liegt dieser Vorstellung von „Ermessen“ doch ein „Mehr an Recht“ zugrunde als derjenigen von „discretion“. Deutsche Juristen pflegen hier in Alternativen zu argumentieren: entweder es besteht eine kodifizierte Rechtsnorm, die eine Geltung beansprucht, oder sie besteht nicht. Angelsächsische Juristen argumentieren mit einem gradualisierten Begriff des Grades der Festlegung: „mehr rechtlich“ geregelt ist danach eine Regel, die eindeutig und damit leicht einklagbar ist, „weniger rechtlich“ eine Regel, die mehrere Entscheidungen offenläßt und damit entscheidend die gerichtliche Überprüfung erschwert.

Von der deutschen Verwaltungstradition wird gesagt, daß sie mehr als in anderen Ländern die strikte gesetzliche Bindung von Verwaltungshandlungen zum Prinzip erhoben hat, und daß die Einschränkung von Entscheidungsspielräumen der Obrigkeit einen wesentlichen Anteil am Begriffsumfang des Konzepts der „Rechtssicherheit“ ausmacht. Unsere rechtlich-administrative Kultur neigt entsprechend mehr zu der Alternative strikter Vorwegnormierung als zur Gewährung von Entscheidungsspielräumen. Insofern kann man sie als „strikt rechtlich geregelt“ bezeichnen als es vergleichsweise die angelsächsische Rechtskultur ist. Jedoch bleibt eine solche Kennzeichnung zunächst auf der Ebene der Argumentation zur Legitimierung von obrigkeitlichem Eingriff: die strikte Vorwegnormierung orientiert sich an einer lega-

len Herrschaftslegitimierung, während das situative Ausfüllen von Entscheidungsspielräumen sich am Erfolg angesichts politisch erwünschter Standards oder Ziele ausweisen muß. Wieweit solche Unterschiede sich tatsächlich im Verhalten des Verwaltungsstabes niederschlagen, ist eine Frage, die nur durch eine empirische Entscheidungsanalyse beantwortet werden kann.

5. Gibt es eine generelle Tendenz zur Verrechtlichung?

Unser Versuch, einige Phänomene aufzuzeigen, an denen der Begriffsumfang des Wortes „rechtlich“ aufgezeigt werden kann, hat gezeigt, daß hierin eine Reihe von Dimensionen eingehen. Je nach Kontext, je nach Rechtsgebiet und sogar je nach dem Selbstverständnis der entsprechenden professionellen Subkultur lassen sich Grade der Verrechtlichung oder auch Alternativen zu einem festgelegten Begriff von „Recht“ ausmachen. Entsprechend variiert der Begriffsumfang dessen, was man als „Verrechtlichung“ bezeichnet, und wozu in der Diskussion eine Reihe von zeitgeschichtlichen Trendaussagen gemacht werden. Arbeitsrechtler etwa diskutieren die zunehmende Kanalisierung der Auseinandersetzung zwischen den Tarifparteien durch Gesetze, und die zunehmende Fixierung von arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen als „Verrechtlichung“. Sie stellen diesem die Alternative eines organisierten Arbeitskampfes unter Verzicht auf die Legitimation durch bürgerliche Rechtsformen gegenüber (20).

In der von Marx ausgelösten rechtstheoretischen Diskussion zum „Absterben des Staates“ wird von einer dialektischen Einheit von „Rechtsform“ und „Rechtsinhalt“ gesprochen, wobei in dem Entwurf einer klassenlosen Gesellschaft mit den bürgerlichen Rechtsinhalten auch die Rechtsform zu überwinden sei. Wenn dennoch von osteuropäischen Rechtstheoretikern von einer „Leitfunktion des Rechts in der sozialistischen Übergangsgesellschaft“ gesprochen wird, so geschieht dies jedenfalls unter Hinweis auf Funktionsänderungen von Recht und damit einhergehenden Alternativen zur bürgerlichen Rechtsform. Teilweise werden ähnliche Tendenzen auch für spätkapitalistische Gesellschaften konstatiert und dabei von einer „Zerfaserung“ der Rechtsform gesprochen (21). Dabei wird, ebenso wie wir es hier getan haben, eine idealtypische Rechtsform mit strikter Kodifizierung postuliert, der gegenüber die Zunahme an Zweckprogrammierung, Generalklauseln und ausfüllungsbedürftigen Entscheidungsspielräumen als „moderne“ Rechtsformen erscheinen. Eine ähnliche Trendaussage macht Luhmann, wenn er angesichts der Planungsdiskussion ein Vordringen der Zweckprogrammierung als Alternative zur konditionalen Programmierung eingeleitet sieht, die zwar rechtliche Bindung weitgehend aufhebt, ohne jedoch die Rechtsform insgesamt dabei aufzugeben (22).

Man kann die Aufzählung von Trendaussagen, die sich teils auf eine „Entrechtlichung“, teils auf Veränderungen der Rechtsform im Sinne eines Abrückens vom Idealtyp beziehen, auch in der Diskussion über „Entkriminalisierung“ oder über „delegalization“ fortführen. In manchen Diskussionszusammenhängen wird nicht mehr vom Inhalt von Rechtsnormen gesprochen, sondern von ihrer faktischen Inanspruchnahme. In der Regel werden dabei Trendaussagen aufgestellt, die von abnehmender Kriminalisierung im Sinne abnehmender Sanktionsschwere und zunehmender „Therapeutisierung“ der Reaktion auf delinquentes Verhalten spricht. „Delegalization“ bezieht sich auf analoge Phänomene im Bereich der Konfliktaus-

tragung und die Rolle, die Gerichte hierbei spielen. Verschiedentlich ist dabei eine Trendaussage anzutreffen, daß in spätindustriellen Gesellschaften die Bedeutung der Gerichte für das Austragen sozialer Konflikte zurückgehe. Dies wird damit begründet, daß mit der Zunahme von Großunternehmen und mit zunehmender Bürokratisierung interne Schlichtungs- und Beschwerdeverfahren an die Stelle der Auseinandersetzung vor Gericht treten. Danach wäre die „Vergerichtlichung“ von Konflikten am ehesten dort anzutreffen, wo das Wirtschaftsleben von der Konkurrenz vieler kleiner Unternehmen bestimmt ist, nicht mehr jedoch dort, wo Interessenskonflikte in einem Netz von Großorganisationen ausgetragen werden (23).

Alle solche Trendaussagen jedoch beziehen sich lediglich auf Teilbereiche des Rechts. Da sie zudem unterschiedliche Dimensionen des „Rechtlichen“ angeben, können Behauptungen über „Verrechtlichungstendenzen“ und solche über „Entrechtlichungstendenzen“ durchaus ohne Widerspruch nebeneinander stehen. Die Phänomene des Rechts sind zu vielfältig, um erwarten zu können, daß generelle Aussagen über Tendenzen ihrer Veränderung auf einen einfachen Nenner zu bringen wären.

Anmerkungen

- * Für Kritik und Anregungen an einer früheren Fassung des Manuskripts danke ich besonders Ralf Rogowski und Hubert Rottleuthner.
- 1 Donald Black, *The Behavior of Law*, New York (Academic Press) 1976.
- 2 Vgl. Thorstein Eckhoff, Die Rolle des Vermittelnden, des Richtenden und des Anordnenden bei der Lösung von Konflikten, in: KZfSS, Sonderheft 11 (1967) S. 241–270; ähnlich Vilhelm Aubert, *Competition and Dissenses – Two Types of Conflict and Conflict Resolution*, in: *Journal of Conflict Resolution* 7 (1963), S. 26–42.
- 3 Vgl. ähnliche Hypothesen zur Theorie der Konfliktform bei Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt*, Tübingen 1976, S. 170–183.
- 4 Stewart Macaulay, *Non Contractual Relations in Business*, in: *Am.Soc.Review* 55 (1963).
- 5 Vgl. Niklas Luhmann, *Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen*, in diesem Band S. 99.
- 6 Erhard Blankenburg, Ralf Rogowski, Siegfried Schönholz, *Phenomena of Legalization – Observations in a German Legal Court*, in: *European Yearbook for Sociology of Law*, Den Haag 1979.
- 7 Ebenda.
- 8 Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied 1964; insbes. S. 61–72.
- 9 Vgl. Klaus Röhl, *Der Vergleich – eine Alternative zum Recht?* In diesem Band S. 279.
- 10 William Felstiner, *Avoidance as Dispute Processing*, *Law and Society Review* 9 (1975) S. 695–706.
- 11 Vgl. William Felstiner, *Lasting Agreement about Underlying Problems – or the Ideology of Mediation as an Alternative to Criminal Prosecution*, in diesem Band S. 195.
- 12 Zitiert nach Felstiner, ebenda, vgl. Angaben auch zu anderen Delikten in der viktimologischen Literatur, zusammenfassend Hans Joachim Schneider, *Viktimologie*, Tübingen 1975.
- 13 Am deutlichsten läßt sich der Begriffsumfang der Kriminalisierungsdiskussion an der Diskussion um die „Entkriminalisierung“ ablesen. Siehe ausführlicher bei Erhard Blankenburg, Klaus Sessar, Wiebke Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozeß strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin 1978 S. 322–331.
- 14 Ausführlich in der Diskussion um die sogenannte „Entkriminalisierung des Ladendiebstahls“, vgl. Wolfgang Naucke, Erwin Deutsch, *Gutachten D/E zum 51. Deutschen Juristentag*, München 1976.
- 15 Richard Rosellen, Gerhard Metzger-Pregizer, *Betriebsjustiz und Straßjustiz als alternative Formen der Normdurchsetzung*, in diesem Band S. 219.
- 16 Felstiner, op. cit., in diesem Band; sowie Jacek Kurczewski, *Aspekte der Laiengerichtbarkeit*, in diesem Band S. 425.

- 17 Eberhard Bohne, Informales Verwaltungshandeln im Gesetzesvollzug, Manuskript, erscheint in: Band 7, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie.
- 18 So etwa Niklas Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, Opladen 1964, S. 304 ff.
- 19 Fritz Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, Tübingen 1970.
- 20 Vgl. Rainer Erd, Verrechtlichung industrieller Konflikte, Frankfurt 1978.
- 21 Vgl. Oskar Negt, 10 Thesen zur marxistischen Rechtstheorie, in: Hubert Rottleuthner (Hrsg.) Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Frankfurt 1975, S. 10 ff.
- 22 Niklas Luhmann, Politische Planung, Opladen 1971.
- 23 Vgl. Arbeitskreis für Rechtssoziologie (Wolfgang Kaupen), Empirische Bezugspunkte zur Reform der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Manuskript Köln 1974, dazu: Theo Rasehorn, Justiz und Wirtschaftsstruktur, in: ZRP S. 177–182; sowie Joel Grossman, Austin Sarat, Courts and Conflict Resolution: Problems in the Mobilization of Adjudication, American Political Science Review 1976.

Niklas Luhmann

Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen

Summary

Law as a system depends on other systems. It can only exist in a societal environment that produces many and different issues which have to be decided according to law. Its cases are created in face-to face interaction systems. Therefore, it must be examined how legal issues are raised and how they become a topic of face-to-face interaction. When such issues are raised, they get to be related to external systems which cannot be disposed of within the interaction. In every-day life there are many reasons making it unlikely for conflicts or commitments to be articulated with respect to law. One of the conditions for the creation and survival of legal culture seems to be the lowering of this threshold (normally rather high) for transforming issues into topics. However, whether this is a necessary prerequisite for industrial societies may be questioned with reference to the highly different conditions prevailing in such countries as Japan, Mexico or Germany.

I.

Alle menschliche Kommunikation verläuft unter normativ gesetzten Prämissen. Sie setzt Strukturen voraus, die kontrafaktisch stabilisiert sind, das heißt auch dann gelten, wenn im Einzelfall gegen sie verstoßen wird. Bereits Sprache ist nur möglich, wenn bestimmte Regeln richtigen Sprechens vorausgesetzt werden können, die nicht jedesmal revidiert werden müssen, wenn jemand dagegen verstößt, sondern im Gegenteil Verstöße als solche markieren. Weitere normative Prämissen beziehen sich auf die Anerkennung der offenkundigen Realität des Hier und Jetzt, auf die Anerkennung der unmittelbaren Vorgeschichte der Interaktion, die man gemeinsam erzeugt und im Gedächtnis hat, ferner auf allgemein institutionalisierte Wertgrundlagen und schließlich auf elementare Rechtsgrundsätze, namentlich auf den Ausschluß unmittelbarer Gewaltanwendung. In diesem Sinne hatte man gesagt: *ubi societas ibi ius*.

Kommunikationsprobleme haben jedoch, obwohl strukturabhängig, eine gewisse Eigenständigkeit. Sie sind nicht identisch mit Strukturproblemen und auch nicht identisch mit dem Grade der Realisation von Strukturen. Die allgemeine Einsicht, daß Recht Interaktionserwartungen stabilisiert (1), gibt deshalb wenig her für die Frage, ob und aus welchen Anlässen über Recht kommuniziert wird. Die Entscheidung, ob man etwas sagen soll und was man sagen soll, ist weder durch Systemstrukturen noch durch Kommunikations-Codes voll festgelegt. Sie läßt sich auch nicht in einen bloßen Interpretationsvorgang auflösen. Hermeneutik ist eine sehr späte, sekundäre Erscheinung, ausgelöst durch einen Überschuß von Struktur über Kommunikationspotential. Im Kommunikationsprozeß reagiert man auf die Tatsache, daß Kommunikationspartner ebenfalls kommunizieren (kommuniziert haben, kommunizieren werden), daß sie ihre Rede selbst auswählen und daß sie negieren