

Begriffs- oder Interessenjurisprudenz - falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht

Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm

von *Rudolf Wiethölter*, Frankfurt

I.

Gerhard Kegel — ein kämpferisches Leben für die »kollisionsrechtliche Gerechtigkeit« als praktische Theorie. Diesen Titel würde wohl wählen können, wer auf eine wissenschaftliche Biographie zielte. Im klassischen (aristotelischen) Sinne ist *G. Kegel* ein *phronimos*: jemand, der auf Feldern nicht absolut sicheren Wissens durch seine — im buchstäblichen Sinne — vorbildliche und meisterhafte praktische Vernünftigkeit im Beispiel wie in der Tat (»praktisch« etwa: im anwendungsorientierten Lehrbuch wie im Gutachten zu einem »Fall«) das Richtige trifft, es erkennt, begreift, indem er es tut. Solche Praxis als Theorie (praktische Theorie, Theorie für/von Praxis), *Gerhard Kegels* Lebenswelt, ist, was wir Juristen am meisten und ständig suchen. Auf sie ist mein Beitrag gerichtet.

Ein *phronimos*, mit Weitblick und Urteilskraft, Leidenschaft und Augenmaß zugleich, weiß, daß seine Welt nicht vom »crackpot and sectarian element of our academic community« bedroht wird, sondern von sozialen Entwicklungen und wissenschaftlichen Fortschritten selbst, die, wenn sie zur Schwächung bisheriger Fundamente führen, als »Krise« und, wenn solche Fundamente sich beschleunigt und radikal transformieren, als »Revolution« zu kennzeichnen sind. Wer Krise — und nicht Revolution — sagt, nimmt dabei vorweg, daß sie (nicht zuletzt natürlich: auch mit seiner Hilfe!) in letzter Instanz zur Bewährung, nicht zur Zerrüttung der Fundamente führen wird. *G. Kegel* hat so — die letzten Sätze sind nichts anderes als eine Paraphrase seiner Einleitung von Vorlesungen über »The crisis of Conflict of Laws« 1964 in der Haager internationalrechtlichen Akademie — sehr frühzeitig einen Zusammenhang von — modischer formuliert — »revolutionärer« und »normaler« Wissenschaft zum Thema gemacht, der in meinem Beitrag den Horizont für einige Fragen bilden soll. In einem Bezugsdreieck von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftsgeschichte und Wissenschaftssoziologie läßt sich nämlich — dies ist meine methoden-theoretische These — mit Aussicht auf Ergiebigkeit, also nicht in der Absicht feiertäglicher Schmeichelei oder nörgelnder Besserwisseri, diskutieren, ob Internationales Privatrecht (IPR) in konstruktiven Krisen oder in kritischer Revolution sich befindet. Selbstverständlich sind hier nur Ausschnitte dieser Problematik zu fassen.

Ihr Ansatz und ihre Ergebnisse in Thesenform vorweg: »Gerechtes« Recht als »positives« Recht — mehr und anderes können wir schlechterdings nicht suchen wollen — in letzter Instanz »selbstgerechtes« Recht als soziale Praxis. Die selbstgerechte IPR-Welt, *Gerhard Kegels* Lebensideal (als kollisionsrechtliche Gerechtigkeit), ist das moderne *abstrakte* (»private«) Recht für die heutigen Angehörigen zivilisierter Nationen. Die selbstgerechte Sach-Norm-Welt, *Gerhard Kegels* Antichrist, ist das moderne *kon-*

krete («politische») Recht für die heutigen Angehörigen zivilisierter Nationen. Beide Welten freilich sind unentrinnbar differenzierte Einheits-Systeme von »Kollisionsnormen« und »Sachnormen« zugleich, als – modischer formuliert – Bezug von Objekt-norm- und Metanormwelt. Alle Streitstoffe liegen in den *inhaltlichen* Diskrepanzen der Rechtskonzeptionen im Ganzen begründet, nicht in formalen Streitstichpunkten wie z. B. Sachnorm versus Kollisionsnorm, Statutentheorie versus Rechtsverhältnistheorie, Privates Recht versus Öffentliches Recht, Begriffsjurisprudenz versus Interessenjurisprudenz usw. Was *G. Kegel* »Gerechtigkeit« nennt – als Orientierung der höchsten Ebene möglicher Interpretations-»Ableitungen« –, ist in meinem Beitrag unter dem Stichwort »Wirtschaftsverfassung« zu finden. Isoliert von Kontexten taugen beide Stichworte nicht einmal als Metaphern. »Gerechtigkeit« mag dabei zwar gerechter, »Wirtschaftsverfassung« positiver klingen. Mit derartigen Assoziationen ist nichts vom Problem zu ergreifen, das für jede Konzeption darin besteht, das Verhältnis von »Gerechtigkeit« und »Positivität« methodologisch wie theoretisch zu bestimmen. Dieser Fragestellung ist mein Beitrag gewidmet. Im Thema stützt er sich auf das methoden-theoretische Dioskurenpaar Begriffs- und Interessenjurisprudenz, *G. Kegels* Wegbegleiter seit 25 Jahren.

Die Kernthese noch knapper: »Wirtschaftsverfassungsrecht« (WVR) ist als praktizierbare Einheit von »Ideen« und »Systemen« (von Rechtsprinzipien und Sachinstituten) Kollisionsrecht (nationaler wie internationaler Ausrichtung), mit – beanspruchtem, aber unerreichtem – Vorrang vor IPR; »IPR« ist als Rechtsanwendungsrecht (vom Typ solchen Kollisionsrechts) *Inhaltsrecht* (internationale »Wirtschaftsverfassung«), in »Krise«, aber nicht »revolutionär« bedroht; »Begriffs- und/oder Interessenjurisprudenz« sind aufhebbar als »System«-Jurisprudenz, d. h. als methoden-theoretische (praktizierbare) Einheit von Objekt- und Metabereichsjurisprudenz; mit »IPR« und »WVR« lassen sich heute die *Rivalitäten* im – ohnehin ständigen, aber ständig »neuen« – Kampf um die (internationale) Gesellschaftsordnung als Rechtsverfassung treffen.

Mein Beitrag mag zuweilen »verschlungen« anmuten. Die durchgehende Darstellung via indirecta ist aber angesichts des Gegenstandes und der Methode unvermeidlich. Für Fragen an *G. Kegel*, die sich gerade weder von seinen noch etwa von meinen Antworten vorgängig immer schon leiten lassen, mithin nicht linear, sondern reflexiv gestellt werden sollen, ist auch und schon die Fragestellung gleichsam wie die (selbstgerechte?!) Kollisionsnorm i. V. zur (selbstgerechten?!) Sachnorm (vor ihr?!, für sie?!, durch sie?! – und/oder umgekehrt?! – nur »zirkulär« (in anderer Terminologie: »dialektisch«, »hermeneutisch«, »vollständig systemisch«, »selbstreflexiv«) zu entwickeln. Erst in den Ergebnissen werde ich deshalb einige Präzisierungen vorstellen können, die ihrerseits – hoffentlich – den Gang der Überlegungen wiederum erhellen.

Zunächst aber – anstelle einer längeren Einleitung und nach bewährtem Vorbild – zwei Fälle.

II.

(1) »Ein französischer Vater und seine englische Tochter stürzen mit einem Flugzeug tödlich ab. Der Vater hat die Tochter zur Erbin eingesetzt und einen Freund zum

Ersatzerben. Die Tochter hat ihren Vater eingesetzt und eine Freundin als Ersatzerbin. Freund und Freundin verlangen jeder beide Nachlässe. Der Vater wird nach französischem, die Tochter nach englischem Recht beerbt. Erben kann nur, wer den Erblasser überlebt. Über Lebens- und Todesvermutungen entscheidet das Heimatrecht der betreffenden Person, also hinsichtlich des Vaters französisches Recht, hinsichtlich der Tochter englisches Recht. Nach französischem Recht wird Überleben der Tochter, nach englischem Überleben des Vaters vermutet« (*G. Kegel*)¹.

(2) Ein Grundbuchamt fertigt infolge eines Versehens einen Hypothekenbrief zweimal aus. Die Reihenfolge ist nicht aufzuklären. Zwei Hypothekengläubiger, förmlich legitimiert und gutgläubig ohne Fehl und Tadel, verlangen jeder den nur eine Hypothek abdeckenden Versteigerungserlös ganz für sich (Kerntext einer Sechs-Wochen-Aufgabe in der ersten juristischen Staatsprüfung, anno 1977).

Auch der spöttischste unter den Spöttern unserer beiden Gebiete wird sich von der Behauptung um seinen Spott bringen lassen müssen, die beiden Fälle seien nicht typisch für IPR und WVR. Daß sie es auf bestimmte Weise doch seien, gehört zu den Thesen, die ich entfalten und begründen möchte. Selbstverständlich ist damit nicht gemeint, die beiden Fälle repräsentierten den praktischen Problemdruck von IPR und WVR. Auf die Verwirklichung der *konkreten* Anwendungsbedingungen aus dem *Modell* von Familienabsturz und Grundbuchpanne werden wir auch weiterhin warten müssen. Sie in Lehrbüchern der Möglichkeit nachkonstruiert zu finden, zielt auf *Theorie* und *Methode* in Rechtszonen, in denen es wie nirgendwo sonst um Quadraturen von Kreisen geht (IPR – national von Geblüt, international von Gemüt, WVR – »politische« Verfaßtheit von »Ökonomie« als »Recht«), zielt auf die Regeln, denen wir im Zugriff auf jene Fallstrukturen folgen, nicht auf die Vor-Fälle selbst. *Kegels* Regel²: Weil in solcher Gleichgewichtslage weder im Reiche der Kollisionsnormen noch im Reiche der materiellen Rechte Verschiebungen zu rechtfertigen seien, »bleibt nur übrig, den Knoten zu durchhauen und unser eigenes IPR durch einen materiellrechtlichen Satz zu ergänzen, der widerstreitende Kommorientenvermutungen gegeneinander aufhebt: es ist gleichzeitiger Tod anzunehmen (wie nach § 11 VerschG.). Der Freund bekommt also den Nachlaß des Vaters, die Freundin den der Tochter.« Die »herrschende« Regel in Begriffs- und Interessenjurisprudenz zum Doppelbrief (*Ph. Heck* und *M. Wolff*): Rechtsgemeinschaft als Folge der Rechtskollision, die zur Teilung nach gleichen Quoten führt.

Bei solchen Regeln bleiben mehr Fragen offen, als Regeln lieb sein dürfte. Sie seien zunächst in Form noch unsystematischer Kurzkommentare angezeigt, damit ihre dann systematischere Vorstellung im Frageinteresse umso durchsichtiger werden kann.

1. Zum IPR

»Ein Tertium neben Kollisions- und Sachnormen gibt es nicht« (*P. H. Neuhaus*)³. Dagegen *G. Kegel*: Es gibt das Dritte doch, als materielles Recht (Sachnorm) im IPR. Es

1 Internationales Privatrecht (4. Aufl. 1977), S. 155.

2 A.a.O. (Fn. 1).

3 Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts (2. Aufl. 1976), S. 5.

verschlägt wenig, ob man stattdessen andere Ausdrücke einführt. Die Alternative scheint jedenfalls unausweichlich: Wer *nur* Sachnormen und Kollisionsnormen kennt, wird sich im Absturzfall auf eine Sachnorm mit eigener (ad hoc) einseitiger Kollisionsnorm oder auf eine neue (Super-)Kollisionsnorm stützen müssen; er ist uns dann freilich eine Begründung schuldig, warum und wie er solche Normen produziere. Wer *materielles* Recht im IPR kennt, ist nicht nur zu fragen, was dieses Kunstprodukt sei, sondern vor allem, wie er – umgekehrt – zu Kollisionsrecht im materiellen Recht stehe. Ähneln nicht, jetzt schon etwas systematischer und themabezogener gefragt, jene scharfe Differenzierung in Sach- und Kollisionsnormen modernen Methodenlehren analytischer Observanz, mit präzisen Unterscheidungen nach Objektbereichen und Metabereichen, mit Differenzierung nach Begriffen und (Aussage-)Sätzen, gegen die *alle* tradierten Erscheinungsformen von Begriffs-, Interessen- und Wertungsjurisprudenz an Präzision und Differenziertheit nichts vermöchten, so daß – vielleicht – eine präzisierende und differenzierende juristische Methoden- und Theoriearbeit *vom IPR her* neue Chancen gewinnen könnte? Und ähneln nicht jene Verbindung von Sach- und Kollisionsnormen, die man wohl auf ersten Blick als unsaubere Vermischung unterschiedlicher »Ebenen« empfinden möchte, der klassischen Bildung von *Begriffen* als in sich vermittelten Totalitäten je eines Ganzen aus allen seinen Teilen, gegen welche doch wohl, ebenfalls auf ersten Blick, sowohl Begriffs- wie Interessen- wie Wertungsjurisprudenz, stets gegen tradierte Natur- und Vernunftrechtsphilosophie gewendet, gerade zu Felde gezogen waren? Oder ließe sich mit einer solchen Begriffsbildung der Anschluß finden an moderne – wissenschaftstheoretische, wissenschaftsgeschichtliche, wissenschaftssoziologische – Fragestellungen, bei denen es gerade und genau um die Aufdeckung der verschlungenen Beziehungen von »Objekt«- und »Meta«-Beziehungen geht, als Frage etwa nach der Möglichkeit, daß eine geordnete Menge von Elementen (noch/auch) sich selbst als Element enthalten könne, als Frage etwa nach – modisch formuliert: »vollständig systemischen«, »selbstreflexiven«, »doppelt relationalen«, traditionell formuliert: »hermeneutischen«, »dialektischen« – Wechselbezüglichkeiten? Wer so fragt, setzt sich selbstverständlich allen bekannten und im Kern uralten Antinomie-Einwänden aus, geläufig etwa als Trilemma: aut regressus ad infinitum in Begründungspyramiden aut dogmatische Setzungen als willkürlich-relativer Begründungsabbruch aut Zirkularität von Grund und Begründetem. Es geht jedenfalls um sehr viel mehr (und anderes) als Fragespielereien von der Art, ob die Kategorie des materiellen Rechts im IPR (genauer: die Kategorie von ad hoc-materiellem Recht infolge des regelhaft-allgemeinen IPR, die sich ebenso – symmetrisch – als ad hoc-Kollisionsrecht infolge des regelhaft-allgemeinen materiellen Rechts formulieren ließe) nicht eher als Meta-Kollisionsnorm für (Objekt-)Kollisionsnormen zu begreifen sei, für die es – selbstverständlich und buchstäblich – eine noch höhere, also meta-meta-rechtliche Recht-Fertigung geben müsse. *Inhaltlich* – und diese Dimension scheint in Kollisionsrechten leicht und schnell verloren zu gehen – hätte eine derartige Rechtfertigung, im Beispiel des Ausgangsfalles, zu tun mit einer gleichsam über-nationalrechtlichen *Ausgleichung* (nicht mit *einer* nationalrechtlichen Anwendung) von Erbfolgerechts*prinzipien*. Unstreitig ist solche Ausgleichung nicht mehr im Wege der internationalprivatrechtlichen Angleichung zu leisten. Das Problem ist vielmehr von *Verfassungsrang*. Es ist noch zu behandeln. Denn als »selbstgerechte Sachnorm« – dies

als Kürzel für *Kegels* Zweifel – ist es ersichtlich so wenig zu treffen wie als »selbst-gerechte Kollisionsnorm« – dies als Kürzel für Zweifel *an Kegel*.

2. Zum WVR

Der Hypothekenbrief in doppelter und dann folgenreicher Ausfertigung regt wahrscheinlich niemanden auf. Aber die gebotene Lösung läßt aufhorchen, widerspricht doch das Teilungsprinzip den nicht nur im deutschen Recht für Forderungsbeziehungen gültigen Lösungen. Ganz unabhängig von einer eindringlicheren Einschätzung der Rechtsnatur des Hypothekenbriefes (zwischen Forderungsverbriefung und Liegenschaftsrechtsschutz) gilt es, die »Tendenzwende« von Prioritätsprinzipien bei gegenläufigen Interessen zur Organisation von Verlustausgleich kraft Interessenvergemeinschaftung zu erfassen, die in Fällen von »unaufhebbaren Gleichgewichtslagen« die – aufzuhebenden – Rechts-Kollisionen zu steuern scheint. So wie anstelle von Kommorienten z. B. rivalisierende Staatsinterventionen oder sich kreuzende Wettbewerbsbeschränkungen zu setzen wären, will man Vorfälle von zugleich internationalem Rang wie praktischem Gewicht würdigen, so müßten an die Stelle des doppelten Hypothekenbriefes Erscheinungen wie z. B. Mitbestimmung, Arbeitslosigkeit, Stagflation treten, um Sachverhalte zu gewinnen, die WVR erfordern und die alle von – zumindest und wiederum buchstäblich – doppelter Ausfertigung und Folgewirksamkeit des Anknüpfungsgrundes leben: Die Interessen jeweils pro et contra (z. B. Mitbestimmung) greifen zu auf das nicht für beide ausreichende Befriedigungssubstrat. Wie aber, z. B., Arbeitnehmerinteressen an und Arbeitgeberinteressen gegen Mitbestimmung »vergemeinschaften«? An den Strukturen der Problematik änderte sich – im Blickwechsel etwa vom doppelten Hypothekenbrief zur Mitbestimmung – freilich nichts: Alle Kollisionen von Rechten – als Möglichkeit, sich durch Verwirklichung Geltung zu verschaffen –, sind prinzipiell verwiesen an eine Alternative von *Ausweichen* – darauf gründet sich ersichtlich traditionelles IPR in seiner Systematik (z. B. im Absturzfall: englisches oder französisches Recht) – oder *Ausgleichen* – darauf gründet sich neueres WVR in seinen ungesicherten und umstrittenen Orientierungen. Diese prinzipielle Alternative ist als Differenz von »Vertrag« (»privatem« Recht) und »Organisation« (»politischem« Recht) weiterzuverfolgen. Zunächst gilt es aber, die für Einschätzungen erforderlichen Bezugssysteme knapp vorzustellen: ein Dreieck von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftsgeschichte, Wissenschaftssoziologie (unter III), Voraussetzungen von Recht und Rechtswissenschaft heute (unter IV), das grundsätzliche Verhältnis von Begriffs- und Interessenjurisprudenz (unter V), den Inhalt dessen, was hier als »WVR« verwendet wird (unter VI), *G. Kegels* IPR-»Paradigma« (unter VII).

III.

Gutes und richtiges Fragen, um das es in diesem Beitrag gehen und für das in diesem Abschnitt ein allgemeiner Bezugsrahmen gesucht werden soll, ist sicher nicht leicht. »Das ist jedoch nicht die rechte Art zu fragen«, höre ich meinen Lehrer, den verehrten Jubilar⁴. Zu fragen, »aber nicht in der Qualität eines Schülers, der sich alles vorsagen läßt,

⁴ Gedächtnisschr. Ehrenzweig (1976), S. 82.

was der Lehrer will, sondern eines bestellten Richters, der die Zeugen nötigt, auf die Fragen zu antworten, die er ihnen vorlegt«, belehrt mich *I. Kant*. Wie aber dann Rechts-Fragen an den (auch: gegen den) eigenen Rechts-Lehrer *richten*? Entscheidet nicht der »bestellte Richter« — nicht unähnlich einer selbstgerechten Sach- oder auch Kollisionsnorm — über seine Fragen selbst? Wie dem auch sei, in beiderlei Hinsicht schreibe ich die Kernfrage offen an meinen Lehrer (als »Zeugen«) *G. Kegel* nieder, zugleich rückbezüglich an mich selbst, den »richtenden« »Schüler«: Wie lassen sich Maßstäbe gewinnen zur Einschätzung von Fußstapfen — nicht nur des einzelnen, sondern ganzer »Forschergemeinschaften« als sozialer Praxis —, aus denen nicht selbstgerecht ausbrechen kann, wer zu gehen gelernt hat wie alle oder die meisten anderen auch?

Im IPR registrieren wir seit längerer Zeit — und im Anschluß an Vorläufer, die als »Schulen«-Streit im IPR bekannt geworden sind — fundamentalere Auseinandersetzungen. *P. H. Neuhaus* hat sie in polemischer, aber präziser Zuspitzung gekennzeichnet⁵. *E. Rehbinder* hat sie in scheinbar parteiloser, aber fairer Präsentation gewürdigt⁶. Auffällig ist, daß Freundes- wie Gegnerlager gute »Argumente« haben, aber wie die Königskinder nicht zueinander finden. An den »Argumenten« kann es am wenigsten liegen. Ich möchte in meinem Beitrag weder in den Lagern der Hauptrivalen Stellung beziehen, also z. B. auch nicht mit den »Kegelianern« gegen die »Kegelianer« zu Felde ziehen, aber auch nicht über die »Kegelianer« hinaus im Niemandsland Posto fassen, noch eine — ohnehin nur heuchlerisch betretbare — neutrale Vergleichsplattform erklimmen, um ein weltliches Gottesurteil zu riskieren. In der Absicht, meinen Lehrer *G. Kegel* und seine Arbeit wie auch einen seiner Schüler und seine Arbeit, also mich selbst, zu verstehen und beider Absichten und Arbeiten gleichsam über die betroffene Subjektivität hinaus als Anteilchance von Juristenarbeit an »Kritik« und »Erkenntnisfortschritt« in der Rechtswissenschaft zu begreifen, richte ich das Augenmerk vielmehr auf ein Problem, das uns alle angeht: Wo und wie sind eigentlich die Bedingungslose möglicher Rechtswissenschaft verteilt, nach denen auch im IPR »positives« Recht — und es ist ja wohl unser säkulares Juristenschicksal auf unabsehbare Zeit — zugleich »richtiges« Recht — und es ist ja wohl unsere dauerhafte Suche nach der Gerechtigkeit selbst, je für eine Zeit in Gedanken erfaßt — sein kann? Dieser Betrachtungsansatz klingt vermessen und soll so-

5 Neue Wege im europäischen Internationalen Privatrecht? *RabelsZ* 35 (1971), 401—428; *Neuhaus* findet das IPR allgemein bedroht durch den Umbau von Zuständigkeiten und die fortschreitende Rechtsangleichung; methoden-theoretisch beklagt er die Ablösungen »begriffsjuristischer« Präzisionsarbeit durch normfreie Interessenabwägungen; *Neuhaus* hat jüngst in die Grundlagendiskussion erneut eingegriffen (2. Auflage der »Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts«, 1976) und dabei die nähere Zukunft des IPR vor allem als durch sein Verhältnis zum Internationalen Verfahrensrecht bestimmt und belastet gekennzeichnet.

6 *E. Rehbinder*, Zur Politisierung des Internationalen Privatrechts, *JZ* 1973, 151—158; *Rehbinders* Fazit: die »politische Schule« sei theoretisch bestechend, praktisch aber kaum durchführbar; graduelle Transformationsschritte seien der erfolgreichere Weg. Über die größeren Entwicklungszüge des IPR berichtet ferner *E. Steindorff*, Entwicklungen des deutschen Internationalen Privatrechts, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, (1974), S. 155—175; seine Einschätzung: Im Konflikt zwischen »Verteidigern« des IPR und den »Radikalen« gegen das IPR seien die Interessen der Verteidiger in einem dritten Lager, dem der »Reformer« besser aufgehoben. Gegen Strukturwandel jüngst: *E. Lorenz*, Zur Struktur des internationalen Privatrechts, 1977.

gleich auf eine präzisere Fassung zurückgenommen werden. Es geht darum, den methoden-theoretischen Gehalt der IPR-Konzeption G. Kegels an einem Maßstab zu würdigen, von dem ich meine, er könne und müsse sogar unser aller methoden-theoretische Arbeit beherrschen. In einem Schlagwort-Satz: Selbstreflexion in einem Rahmen von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftssoziologie, Wissenschaftsgeschichte. Dieses Referenzdreieck bezieht aufeinander: die *gesellschaftstheoretische* Frage nach sozialem Handeln unter Berücksichtigung der Subjekt- wie Objektposition wissenschaftlich Handelnder, die alle zugleich ihre Geschichte haben, die *wissenschaftstheoretische* Frage nach Voraussetzungen und Auswirkungen solcher — von Geschichte wie von Gesellschaft — mitbestimmten Arbeit und die *geschichtstheoretische* Frage nach dem möglichen Sinn, den möglichen Zielen, dem möglichen Fortschritt von sozialem und wissenschaftlichem Handeln. Etwas genauer läßt sich dieser Rahmen durch Hinweis auf die wichtigsten Bestandteile angeben⁷.

Bestimmte Elemente, Aufgaben und Kennzeichen arbeitsteilig betroffener Einzelwissenschaften stehen im Vordergrund: einmal ein soziales und wissenschaftliches Modell, an dem sich eine Tradition wissenschaftlicher Forschung orientiert, von den akzeptierten Frage- und Untersuchungszusammenhängen und Interpretationsprinzipien über die Lebensformwelten der betroffenen Professionen bis hin zur regulativen Praxis selbst, dann ein Standard von Fertigkeiten und Arbeitsrezepten als know-how im Alltag, schließlich die soziale Leistungseffizienz, das Ansehen der Betroffenen, ihr Anteil an der Verarbeitung anfallender Probleme; kurzum: das Bewußtsein, das Orientierungsverhalten und das methodologische Instrumentarium kennzeichnen ein wissenschaftliches Arbeitsgebiet. Seit einer Reihe von Jahren hat für diesen Zusammenhang ein Wort Karriere gemacht: *Paradigma*.

7 Alle Hinweise sind nicht danach gewählt, daß sie vorhandene Materialien vollständig erfassen, nur erste Einführungen geben oder meine Belesenheit dokumentieren sollen, sondern ausschließlich von der Absicht dieses Beitrages bestimmt, die innerhalb differenzierter Methodentheoriearbeiten erreichten Qualitäten von Ansprüchen an wissenschaftliche Selbstreflexivität und Entwicklungsadäquanz in Kollisionsrechte vom Typ des IPR und des WVR einzubeziehen; zur Paradigma-Diskussion *Th. S. Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), deutsche Ausgabe: *Die Struktur wissenschaftlicher Revolution* (1967); dazu sog. Postscript 1969, abgedruckt in: *P. Weingart*, *Wissenschaftssoziologie*, I, 1972, S. 287—319; *I. Lakatos*, *A. Musgrave* (Hrsg.), *Criticism and Growth of Knowledge* (1970), deutsche Ausgabe: *Kritik und Erkenntnisfortschritt* (1974); *P. Feyerabend*, *Against Method* (1975), deutsche Ausgabe: *Wider den Methodenzwang* (1976); *K. R. Popper*, *Objective Knowledge* (1972), deutsche Ausgabe: *Objektive Erkenntnis* (1973); *P. A. Schilpp*, (Hrsg.), *The Philosophy of Karl Popper* (I, II, 1974); *F. Kambartel*, *J. Mittelstraß* (Hrsg.), *Zum normativen Fundament der Wissenschaft* (1973); *W. Diederich*, *Theorien der Wissenschaftsgeschichte*, 1974; zur »Finalisierung von Wissenschaft« *G. Böhme*, *R. v. d. Daele*, *W. Krohn*, *Z. f. Soziologie* 1972, 302—316; 1973, 128—144; zur Wissenschaftssoziologie i. e. S. jetzt *R. König*, *N. Stehr* (Hrsg.), *Wissenschaftssoziologie*, 1975 (darin u. a. *E. Klaus*, *Programm einer Wissenschaftssoziologie der Jurisprudenz*, S. 100—121); *R. Rilling*, *Theorie und Soziologie der Wissenschaft* (1975); *P. Weingart* (Hrsg.), *Wissenschaftssoziologie* (I 1972, II 1974); zur rechtswissenschaftlichen Konzeption einer Privatrechtsgeschichte der Neuzeit als Sozialgeschichte vgl. jetzt insbes. *J.-M. Scholz* (Hrsg.), *Vorstudien zur Rechtshistorik* (1977) (darin *Scholz*, *Historische Rechtshistorie*, S. 1—175); zum Grundlagenverhältnis von Kritik, Krise, Konstruktion vgl. die Hauptpositionen bei *H. Albert*, *Konstruktion und Kritik* (1972), *R. Koselleck*, *Kritik und Krise* (1973), *E. Nordhofen*, *Das Bereichsdenken im kritischen Rationalismus* (1976).

1. Im Anschluß an den Wortschöpfer, *Th. Kuhn*, lassen sich mit »Paradigma« eine Reihe von Einsichten umschreiben.

a) Verbindliche Kriterien je für die Wahl und Sichtung von Problemen, von denen vermutet wird (kraft und während der Paradigma-Geltung!), daß es für sie Lösungen gibt. Was sich so nicht erfassen läßt, ist dann kein Problem oder klammert Lösungen als nicht sinnvoll aus oder stürzt das Paradigma in Krisen. Mithin ist keine theoretische Argumentation stark genug, eine paradigmatisch geregelte Argumentation zu entkräften, deren Paradigma sie nicht teilt. Wissenschaftliche Überzeugungsprozesse sind mit gesellschaftlichen Interessenverteilungen vorab verbunden.

b) Änderungen eines geltenden Paradigmas wurzeln in Krisen des vom Paradigma vermittelten Zusammenhangs sozialer Interessen und methodologisch-theoretischer Einschätzungen. Aber noch auf die Einschätzung einer Krise hat das »herrschende« Paradigma den größeren Einfluß als das seiner Kritiker. Neue Probleme oder andere Problemeinschätzungen führen deshalb eher und häufiger zu Anpassungen des bisherigen Paradigmas an die veränderten Umstände als zur Entbindung eines »neuen« Paradigmas aus solchen Veränderungen. Die oft (meist nachträglich) zu bemerkenden Ambivalenzen in »Reformen« auslösenden »kritischen Zeiten« bestätigen diese Erfahrung und zeigen zugleich, daß (»reine« Hände können nicht stark werden, »starke« Hände nicht rein bleiben!) Kritikpotentiale, die sich aktueller Problematik nicht entziehen, nicht (mehr) ihre eigenen Absichten verfolgen (können), sondern sich buchstäblich auf (in!) ihren »Gegner« einlassen: Problem von Tradition und Veränderung als Gretchenfrage an jede »kritische« Theorie.

c) Normale, mithin »praktisch« erfolgreiche, effiziente Problemverarbeitung ist angewiesen auf »funktionierende« Wissenschaftlergemeinschaften, nicht zuletzt also auf die Notwendigkeit (und die entsprechende Einsicht in solche Notwendigkeit) verbindlicher Standards, Fertigkeiten, Reaktionen. So wird z. B. verständlich, warum »man« auf »abweichende« Auffassungen nicht ernsthaft einzugehen braucht und sie hilfsweise, wenn es doch geschieht, in der Kraft des eigenen Paradigmas umzingelt, widerlegt, sich mit ihnen also buchstäblich auseinandersetzt. So wird erst recht verständlich, warum auch in »Krisen« die »Kritik« dem Kritisierten mehr nutzt als dem Kritiker, es sei denn, die »Krise« zwingt wirklich zu einer Umkehr der Denkungsart (»Umänderung der Denkart« in der Formulierung *I. Kants*, der das systematische Verhältnis von »Kollisionsnormen« und »Sachnormen« philosophisch revolutioniert hat) und Veränderungen gesellschaftlicher und wissenschaftlicher Verhältnisse.

d) »Paradigma« (von *Th. Kuhn* später auch als »disciplinary matrix« und »exemplar« umschrieben; die Einzelheiten sind hier unwichtig) ist mithin das eine jeweilige Forschergemeinschaft (scientific community) beherrschende Grundmuster ihrer Theoriekonzepte, Arbeitsweisen, Wertorientierungen, Dogmatikkategorien, Problemeinschätzungen, praktischen Entscheidungsorientierungen, durch welches wissenschaftliches Arbeiten – allgemein als Lösung von Rätseln qualifiziert – zugleich ermöglicht wie begrenzt wird: Im Paradigma-Bannkreis erst lassen sich rätselhaft Probleme als Probleme feststellen und auch lösen. Diese Arbeitsweise und Entscheidungsorientierung kennzeichnet Kuhn als »normale« Wissenschaft, Wissenschaft im Alltag, befaßt mit alltäglichen,

»normalen« Fällen. Bei »kritischen« Fällen, gar bei »Krisen« insgesamt dieser normalen wissenschaftlichen Arbeit, also in Situationen, in denen häufig oder ständig unter dem Paradigma-Konzept Probleme nicht (mehr) zu lösen sind, kann (nicht: muß!) sich ein verändertes (neues, dann seinerseits wiederum »normale« Wissenschaft steuerndes) Paradigma »revolutionär« durchsetzen. »Revolutionäre« Wissenschaft (in der Terminologie von *Th. Kuhn*) ist hierbei die Arbeit an »Kritik und Krise« des bisherigen Paradigmas. Ihre Chancen — nicht unähnlich jenen bei politischen Revolutionen — sind nicht nach Art von Gesetzmäßigkeiten bestimmbar, sind nicht rational begründbar, sind nicht vorhersehbar oder zu planen, sondern gleichsam komplexe Wachablösungen in Zusammenhängen sozialen Wandels.

2. Der geradezu paradigmatische Einfluß *Th. Kuhns* auf die neuere Grundlagendiskussion in Wissenschaftsphilosophie, Wissenschaftssoziologie, Wissenschaftsgeschichte liegt in seinem Einfluß auf die »Umänderung der Denkart« hinsichtlich bisheriger Vorstellungen über Fortschritt, Wachstum und Entwicklungen der Wissenschaften begründet. Hatte man sie sich bis dahin — in der Nachfolge idealistischer Aufklärungsphilosophie vor allem — eher als linear-aufsteigend vorgestellt, als Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit, gar zur Logik von Forschung selbst stilisiert, so daß sich eine universal zuständige und verbindliche Wissenschaftstheorie als Methodologie etablieren konnte, tritt mit *Th. Kuhn* eine Richtung wieder hervor, die den nicht gesetzmäßigen Verlauf von Geschichte, sozialer Entwicklung, wissenschaftlichem Fortschritt betont. Kein Wunder, daß inzwischen auch und gerade die Sozialwissenschaften die Überlegungen *Kuhns*, der sie auf Naturwissenschaften begrenzt hatte, rezipieren. Denn im Kern geht es um den »klassischen« Streitstoff der Neuzeit: Geschichtsphilosophie, Theorie sozialen Wandels, Verhältnis von »Wissenschaft« und »Praxis«, »Positivismusstreit«, also um »Geschichte«, »Gesellschaft«, »Natur« selbst.

3. Hier ist deshalb auch nicht im einzelnen weiter zu verfolgen, in welcher Weise *Th. Kuhn* Vorläufer gehabt — insoweit wären zumindest Großteile der nachidealistischen und vortheoretischen Philosophietradition von Belang — oder neben Anhängern Kritiker gefunden hat. In der Kritik an *Kuhn* ragen vor allem *K. R. Popper*, *I. Lakatos* und *Paul Feyerabend* heraus. *Popper* hält in Variationen am methodologischen Kritizismus fest und wirft *Kuhn* folgerichtig Dogmatismus und Relativismus vor. *Lakatos* nimmt *Kuhn* wie *Popper* ernst, indem er beide radikalisiert, gleichsam ihre Vermählung vollzieht: er will das Grundverhältnis von »Kritik« und »Konstruktion«, von Neuorientierung und Bewährung historisch wie methodologisch zugleich bestimmen, indem er Methodologien als Forschungsprogramme (research programmes) begreift, die nicht in unmittelbarer, sondern nur in mittelbarer Beziehung zu historisch-gesellschaftlichen Verhältnissen stehen (und deshalb auch nur auf diesem Umweg zu kritisieren sind!) und den wissenschaftlichen Fortschritt nach Art von Wettbewerb um Problem-Verarbeitungen bewirken. Nach *Lakatos* sind Theorien weder als richtig noch als falsch erweisbar, sondern nur im Rahmen ganzer Serien von Theorien (Theoriebündel als Forschungsprogramme) praktisch folgenreich auf Ablösbarkeit hin zu prüfen. *Feyerabend* hat die Radikalisierung dann auf die Spitze getrieben mit einer sog. anarchistischen Wissenschaftstheorie (»anything goes«). Nach ihm läßt sich überhaupt nicht (mehr) verbindlich sagen, was wissenschaftliche Arbeit erfolgreich gewährleisten kann.

Diese Auseinandersetzungen, wie auch Einschätzungen der einzelnen Programme, sind nicht in den Details wichtig. Wichtig ist hier die in ihnen behandelte grundsätzliche Verklammerung von »Gesellschaft« und »Wissenschaft«, von – sogleich auf das IPR bezogen – »Soziologie« und »Recht« auch auf der Ebene von Wissenschaft selbst. Es mag nicht unnötig sein zu erwähnen, daß *Kuhn* (wie *Popper* und *Lakatos* auch, anders als *Feyerabend*) im Lager der analytischen Wissenschaftsphilosophie steht, also in der Tradition *I. Kants*.

Ganz gleich, ob wissenschaftlicher Fortschritt – jetzt genauer: erfolgreiche Ablösung eines »ingerichteten und ausgeübten« Paradigmas, eines Forschungsprogramms durch ein anderes, wobei »Erfolg« auf die soziale und wissenschaftliche Einschätzung der »erfolgreichen« Problemverarbeitung verwiesen ist, also nicht zuletzt auf den »Erfolg« derer, die über den »Erfolg« zu entscheiden haben – in dieser oder jener Erscheinungsform heutiger Verklammerung von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftsgeschichte, Wissenschaftssoziologie besser zum Ausdruck kommt, es ist diese Verklammerung selbst, die soziologisch wie methodologisch wie historisch bestimmte Einschätzungen der neueren IPR-Entwicklungen ermöglichen kann. Solche Einschätzungen, die an bestimmte Kriterien eben jener Verklammerungskonzeption gebunden sind (im Vordergrund: keine methodologische Konstruktion [Legitimation] ohne historisch-soziale Kritik an ihr, keine historisch-soziale Kritik ohne methodologische Konstruktion für sie!, Dogmatismus und Relativismus [also: »Irrationalität«!]) als unentrinnbarer Fraktionierungszwang [Parteinahme, Nichtneutralität!]), legen zumindest unsere bisherige IPR-Entwicklung als *Problem* besser und gründlicher frei, so daß – und damit wäre ein Maß an *Selbstreflexivität* erreicht, das sich aus der neueren wissenschaftsphilosophischen Grundlagendiskussion gewinnen läßt – auch und noch die Arbeit an dem und über das Problem Gegenstand von »Kritik« und »Konstruktion« werden kann. Es geht also um nicht mehr, aber auch nicht weniger als darum, noch über die Bedingungen der Möglichkeit der »normalen« und der »revolutionären« IPR-Wissenschaft – in Grenzen natürlich – (mit) zu reflektieren. Mehr ist aber wohl nach keinem Wissenschaftskonzept erreichbar. Es scheint freilich, daß in der Jurisprudenz – auch im IPR – soviel bisher aber nicht einmal angestrebt worden ist.

4. Für den Grundlagenstreit im IPR läßt sich aus dem skizzierten umfassenderen Grundlagenstreit einiges lernen.

a) Der – jeweils und allgemein akzeptierte – Ausgangspunkt wissenschaftlicher Untersuchungen und Erfahrungen der Verarbeitung von Problemen bedeutet nicht schon einen Konsens in der Einschätzung solcher Probleme. Während Theorien wie z. B. der kritische Rationalismus auch insoweit noch Alternativen konkurrieren lassen wollen, zeigt die von *Th. Kuhn* angestoßene Diskussion, daß Entscheidungen über die Bewährung, die Richtigkeit, die Brauchbarkeit solcher Alternativen ihrerseits von einem Paradigma abhängen, daß mithin solche Vorschlagskonkurrenten keine gleichen Chancen erhalten können. Ein Paradigma ist zwar nicht zugleich ein Meta-Paradigma für die Lösung des Problems von Paradigma-Konkurrenzen. Das erinnert an selbstgerechte Sachnormen als – noch selbstgerechtere – Kollisionsnormen, die sich zugleich als – erst recht selbstgerechte – Meta-Kollisionsnormen aufspielen. Ein Paradigma wirkt aber wie eine Verbots-Norm (nach Art von Erwartungssicherungen oder Verhaltenssteuerungen)

für Paradigma-Konkurrenten. Deshalb ist es unmöglich, innerhalb eines vorab gesetzten (gebilligten) Paradigmas das Paradigma selbst in Frage zu stellen. Anders ausgedrückt: Probleme anders einzuschätzen als eine paradigmatisch »geregelte« Wissenschaftlergemeinschaft es tut, stempelt den Kritiker im günstigsten Falle zum respektierten Außensteiter, dem dann in einsamen Fußnotenfriedhöfen das Grab geschaufelt wird, im ungünstigen, also dem »normalen« Falle zum Systemfeind, der Ausbootung erlebt oder selbst bewirkt. »Rationale Kritik« am Paradigma selbst hat folglich nur sehr begrenzte Chancen, weil sie entweder als nicht rational oder als nicht konstruktiv sanktioniert werden kann. Wenn also ein Paradigma als Problem (und nicht lediglich Probleme kraft Paradigma!) diskutiert werden sollen, gilt es, dieses Paradigma so deutlich wie möglich vorzustellen, seine Leistungen, seine Grenzen, seine Voraussetzungen, seine »Krisen«. Denn ohne Lösung vom Paradigma (mithin als »Umänderung der Denkart«) ist es selbst mit alternativen Lösungen nicht einmal vergleichbar, geschweige denn von ihnen ablösbar.

b) Die grundlegenden Überzeugungsmuster, die zu einem Paradigma gehören, sind unentrinnbar eingebettet in gesellschaftliche Verhältnisse, soziale (Welt-)Anschauung, rivalisierende Parteinahmen. Ein Zirkel ist dabei, dies ist eine Trivialität, unvermeidlich und avanciert zum Hauptproblem: Gesellschaftliche Verhältnisse, über die wir etwas wissen und in denen wir etwas tun wollen, entstehen und vergehen nicht ohne unser Wissen und Tun, so wie wir nicht frei von ihnen etwas wissen und tun können. Hier *sitzt* die – ganz gleich ob via directa oder via indirecta vermittelte – Einheit von »Theorie« und »Praxis« einer Gesellschaft (mit ihrer Geschichte und ihrer Wissenschaft und Kunst): Wissenschafts*praxis* »regelt« (durch institutionell-organisierte Prozesse) ihre Rationalität*stheorie* nicht weniger als diese Theorie jene Praxis durch Methodologie »regelt«. Für Jurisprudenz folgt daraus eine Alternative ihrer »Methodologie«: Entweder ist sie reflektierter, eingerichteter und ausgeübter Bestandteil der Gesellschaftstheorie (in moderner Sprechweise: Bestandteil von Objektbereichstheorien) – dann gibt es keine konkreten (»technischen«) Handlungsanweisungen für die juristische Arbeit am und im Einzelfall, weil deren Handlungsweisen vielmehr als Möglichkeiten durch die Bedingungen eben jener Gesellschaftstheorie – als sozialer Praxis – (mit)festgelegt sind. Oder sie ist präzise Methodologie (in moderner Sprechweise: Bestandteil von Metabereichstheorien) – dann gibt es isolierbare Handlungsanweisungen und verbindliche Verfahrensformen, welche die Unabhängigkeit der Strukturierung vom betroffenen Material sichern sollen. In beiderlei Richtung entfalten sich heute »Schulen« und »Parteien« in der Jurisprudenz. Demgegenüber scheint die traditionelle Jurisprudenz der letzten 150 Jahre – und auf diese Erscheinung ist noch einzugehen – eher dadurch gekennzeichnet zu sein, daß sie jenes nicht (mehr) blieb, dieses (noch) nicht wurde, daß sie, m. a. W., zwar von adäquater Gesellschaftstheoriebeteiligung abgekoppelt wurde, in ihrer Verselbständigung aber nicht den Weg wissenschaftlicher Metatheorie als Methodologie nahm. Genau diese, in beziehungsvolle IPR-Sprache gekleidet, Heimatlosigkeit, die Wohnsitz- wie Staatsangehörigkeitslosigkeit, läßt die »juristische Methode« frei als Disposition der über sie Verfügenden vagabundieren. Es gilt, hier die angemessene »Anknüpfung« an ein zuständiges »Gebiet« zu finden, im IPR dann gleichsam doppelstöckig, nämlich zunächst als von (inhaltlicher) Gesellschaftstheorie oder (als Metho-

dologie) Metatheorie bestimmte »Kollisionsnorm« für die internationalprivatrechtliche Methodologie, sodann als von solcher Methodologie her interpretierte (zu gewinnende) »Kollisionsnorm« für die Auswahl und Zusammensetzung von materiellrechtlichen Lösungsprogrammen.

c) Schließlich – und nicht zuletzt – wird im Zusammenhang von Gesellschaftstheorie, Wissenschaftsphilosophie, Methodengeschichte und praktizierender Wissenschaftlergemeinschaft die Fundamentalität einer Auseinandersetzung zwischen »Schulen« deutlich, die in der Gesellschafts-Wissenschaftstheorie grob als Kerndifferenz von Objektbereichstheorien (Systemtheorien, historisch-materialistischen Theorien, kritischen Theorien) und Metatheorien (analytischer Philosophie) zu kennzeichnen wäre, die – entsprechend – in der Rechtswissenschaft als Differenz von »formalen« und »inhaltlichen« Rechtstheorien erscheint und die im IPR vor allem als Distanz zwischen »Kollisionsrechten« und »Sachrechten« zum Problem wird. Diesen Zusammenhang möchte ich zunächst – und kurz – entfalten (dazu unter IV). Denn es geht mir nicht darum, *Th. Kuhn*, seine Freunde oder Gegner zu feiern oder zu verdammen, sondern die mit ihren Namen verbindbaren möglichen Präzisierungen von ergiebigen Fragen zu nutzen, um sie – nicht nur dem Jubilar, *G. Kegel*, sondern insgesamt dem IPR als scientific community – zu stellen: Wie hast Du es mit dem Verhältnis von »kritischem« (»revolutionärem«, *G. Kegel*: »Frei von Denkwang«!) zum »dogmatischen« (»normalen«, »alltäglichen«, entsprechend *G. Kegel*: Gebunden vom Denkwang!) Zugang zu Deiner Wissenschaft?

IV.

1. Alle folgenden Teile sind dem unter III skizzierten Zusammenhang dergestalt gewidmet, daß jeweils seine wichtigsten Stücke an Hauptproblemen heutigen Kollisionsrechts erprobt werden:

a) Die Fragen nach Theorie und Methodologie jener Normen, die als Kollisionsrecht beanspruchen, nicht »in der Sache« zu entscheiden, sondern über Entscheidungen zu entscheiden, zielen auf ein Verständnis von »Objekt-« und »Metaobjektbereich« eines allgemeinen Kollisionsrechts;

b) die Fragen nach *Begriffsbildung* und *Interessenwürdigung* jener Normen, die als Kollisionsrecht beanspruchen, auf ihrer eigenen Stufe Entscheidungsprogramme zu sein, zielen auf »Dogmatik« und »die Verfassung« eines allgemeinen Kollisionsrechts;

c) die Fragen nach den institutionell-organisierten Verfahrensverwendungen jener Normen, die als Kollisionsrecht beanspruchen, sozialen Problemdruck zu verarbeiten, zielen auf die Lebenswelt-Praxis eines allgemeinen Kollisionsrechts (der Kollisionsrechtler).

Der übersichtlicheren Entfaltung solcher Fragen dienen als Grundlage zunächst einige schematisierende Überblicke: unter 2. die entscheidenden statisch-analytischen Elemente unseres überlieferten Rechtsprogrammes, das im Maße seiner »Kritik und Krise« moderne Rechtsprobleme erschließbar macht; unter 3. das Spektrum des möglichen dynamisch-politischen Geschehens unter Verfassungsregeln; unter 4. die grundsätzlichen Alter-

nativen eines methodisch-theoretischen (sowohl wissenschaftlichen wie praktischen) Zugriffs (als unausweichliche Selektion, d. h. Parteinahme) auf jeweiliges Material.

2. Versucht man, den ursprünglichen Begriff »Bürgerlichen Privatrechts« in knappen Formeln zu fassen, so ist vielleicht der folgende analytische Zugriff hilfreich.

a) »*Politisch*« ist die vorausgesetzte und durchgehaltene Trennung von »Staat« und »Gesellschaft« Verbürgung von Koexistenz (Politik, Staat) in Frieden (Recht, Freiheit); der Staat ist Mittel zum Zwecke der Rechtsverwirklichung, als »Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit«; allgemeines, gleiches und bestimmtes Gesetz, Öffentlichkeit und private Autonomie bilden die Herzstücke; alle Rechtskategorien im einzelnen (prototypisch: Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt) wurzeln darin.

b) »*Ökonomisch*« steuert Marktwettbewerb unsichtbar die Vernetzungen von Konsum und Produktion; rechtliches Herzstück ist der Vertrag.

c) »*Sozial*« ist die »bürgerliche« Position von einem »Haben« (als Verbürgung dauerhafter Identifikation) abhängig; »Eigentum« ist die rechtliche Zentralkategorie.

d) »*Wissenschaftlich*« gelten von ihren Voraussetzungen abgekoppelte Erklärungsprogramme über verallgemeinerungsfähige Gesetzmäßigkeiten als Inbegriff moderner und fortschrittsverbürgender Arbeitsweisen; »Positivismus« zielt auf Erschließung von Tatsächlichem, von Gegebenem, von Wirklichkeit, nicht auf metaphysische Deutung oder prophetisches Handeln.

e) »*Sozialpsychologisch*« (kulturanthropologisch) geben »justice« und »prudence«, Grundkategorien ursprünglich der schottischen Moralphilosophie im 18. Jahrhundert, den Inbegriff von Bedingungen wieder, unter denen gesellschaftliche Identität zu »funktionieren« vermag: als freies Handeln unter (Rechts-)Rahmenregeln und als verantwortungsgebundene (»kluge«, »schickliche«, »gehörige«, »angemessene«) Ausnutzung der Freiheitsspielräume.

Im ganzen beherrscht so der Bürger als Wähler (Eigentümer) und als Konsument die Szenerie politischer Soziologie, so daß parlamentarische Gesetzgebung, Marktwettbewerb, Vertrag, Konkurs die rechtlichen Verfahrenszentren bilden. Konsens und Normalität (Homogenität) sind dabei ebenso Prämissen wie Resultate des geregelten Soziallebens. Alle Formen von Gegnerschaft (Unfrieden) sind auf diesen Grundlagen reduzierbar auf geistige (öffentliche) Diskussion und geschäftliche (marktorientierte) Konkurrenz als Spielarten zulässiger Auseinandersetzung. *IPR* entnationalisiert das Programm – unter den Bedingungen seiner Elemente – und transformiert es so prinzipiell weltweit, *Verfassungsrecht* stellt das Programm auf – je vorläufige – Dauer.

Zum Grundlagenmodell gehört nur mittelbar, jedenfalls nicht als unmittelbarer Systemeckpfeiler: der Bürger als Produzent (Arbeiter, Unternehmer). Seine Position markiert dann im 19. und 20. Jahrhundert das »Arbeitsrecht« und das »Wirtschaftsrecht«. *IPR* bleibt auf diesen Feldern prinzipiell unzuständig (oder genauer: es läuft unmittelbar ins Leere, vermag aber mittelbar, eben von seinen eigenen Grundlagen her, den Anschluß zu halten); *Verfassungsrecht* transformiert sich zur Sozialverfassung, die Arbeit und Wirtschaft umgreift. Im Maße inneren sozialen Unfriedens, zunehmenden Problemdrucks, rivalisierender Herrschaftsansprüche »repolitisieren« sich die sozialen Friedensverhältnisse. Zum Kernproblem wird – nicht erst heute – die Unterstellbarkeit

(Herstellbarkeit) grundsätzlichen Konsenses über Zielorientierungen, Verfahrensweisen, Organisationsformen, Institutionsbildungen einer »Koexistenz in Frieden« (national wie international). Ist »vernünftige Identität« für »komplexe Gesellschaft« (noch) möglich? Das ist eine Kurzformel für die Fragestellungen, auf die in einer Ranghöhe von Verfassungen (Verfassungsrecht) Antworten gesucht werden. Einen sicheren Ruhepunkt in der Erscheinungen Flucht findet man dabei nicht. »IPR« ist in dieser Region, je nach Sicht, erst recht aus dem Spiel oder aber Spielführer und Schiedsrichter zugleich. WVR ist in dieser Region nicht ein beliebiges Verfassungssystemstück, sondern avanciert in dem Maße, wie »Wirtschaft unser Schicksal« ist, zur beherrschenden Verfassungsfrage selbst. Unter den Stichworten Kollisionsrecht für Verfassung, Verfassungsrecht über IPR, IPR vor (nationalem) Verfassungsrecht haben sich einige Elemente der betroffenen Problematik in jüngster Zeit bemerkbar gemacht. Ich greife die Fragestellung unter dem Stichwort Kollisionsrecht als (Wirtschafts-)Verfassungsnormen, (Wirtschafts-)Verfassungsgrecht als Kollisionsnormen etwas allgemeiner auf.

2. Läßt man unter den heutigen Verfassungskonzeptionen⁸ die schon »klassischen« (gleichsam die »älteren« modernen) Revue passieren, so wird das gesamte Spektrum wohl einigermaßen erschöpfend in den folgenden vier Orientierungen greifbar:

(a) Verfassung als die Art und Weise der Grundentscheidung über die politische (staatliche) Existenz einer Gesellschaft (eines Volkes, einer Nation); so die Richtungen der mit *C. Schmitt* verbindbaren »spät-bürgerlichen« Strategien.

(b) Verfassung als Arsenal von Kunstgriffen zur Gewährleistung von Freiheit; so die Richtungen der mit *E. Forsthoff* verbundenen Radikalisierung des bürgerlichen Rechtsstaats.

(c) Verfassung als Integration und Interpretation von gelebten sozialen Wertordnungen; so die vor allem von *R. Smend* ausgearbeitete geisteswissenschaftlich-politische Systemphilosophie.

(d) Verfassung als oberste, nicht weiter ableitbare Rechtsnorm; so die Richtungen der von *H. Kelsen* geforderten rigiden Trennung von Recht und Nichtrecht.

Stellt man ihnen die gleichsam »jüngeren« modernen und zwar — noch — nicht das Feld beherrschenden, es aber ebenfalls insgesamt repräsentierenden Verfassungskonzeptionen gegenüber, so wird das Ausmaß an kritischer Distanz zur älteren Schicht deutlich, die Unsumme anvisierter Probleme undeutlich.

(a) Verfassung als Sicherung sozialer (»heutiger«, »moderner«) Freiheitlichkeit in Rechtsform; so die »sozialstaatlichen« Orientierungen (repräsentativ: *P. Badura*); ihr Hauptproblem ist es, solche Freiheitlichkeit prinzipiell und konkret für *jedermann*, aber gleichzeitig nach *allgemeinen* Regeln zu gewähren (nicht lediglich zu gewährleisten).

⁸ Für die Arbeiten von *Abendroth*, *Forsthoff*, *Kelsen*, *Schmitt* und *Smend* sind Einzelhinweise wohl entbehrlich; *P. Badura*, zuletzt in *WiR* I (1974), S. 1—28; *Der Staat* 1975, S. 17—48; *JuS* 1976, S. 205—215; *Festschrift Bundesverfassungsgericht*, S. 1—21; *E. Denninger*, zuletzt in *JZ* 1975, 545—550; allgemeiner in: *Staatsrecht* (I, 1973), ferner in *Denninger* (Hrsg.), *Freiheitliche Demokratische Grundordnung* (1977), I S. 10—28; *N. Luhmann*, zuletzt in: *Der Staat* 1973, 1—22, 165—182; zur Grundlagendiskussion vgl. jetzt vor allem die repräsentative *Festschrift: Ch. Starck* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (I, II 1976).

(b) Verfassung als Institutionalisierungen kollektiver Lern- und Bildungsprozesse, der lernfähigen politischen Gesellschaft selbst; so die »linksliberalen« Orientierungen (repräsentativ: *E. Denninger*); ihr Hauptproblem ist es, solche Prozesse folgenreich an legitimierbaren und durchsetzbaren Inhalten zu orientieren und erfolgreich in Gang zu halten.

(c) Verfassung als Kampf um die Zentren materieller Produktion; so die »historisch-materialistischen« Orientierungen (repräsentativ: *W. Abendroth*); ihr Hauptproblem ist es, die Bedingungen der Möglichkeit solcher Machtkämpfe zugleich ins Bewußtsein zu heben und in der Gesellschaft zu verwirklichen.

(d) Verfassung als Strukturbedingungen für die Kompatibilität gesellschaftlicher Teilsysteme; so die »systemfunktionalistischen« Orientierungen (repräsentativ: *N. Luhmann*); ihr Hauptproblem ist es, aller Welt das Verhältnis von sozialen Systembedingungen (Strukturen) und realen Geschehensabläufen (Funktionen) auf die Qualitäten und die Richtungen von Möglichkeits-Verwirklichungen hin begrifflich zu machen.

Ganz gleich, wie man hier Partei nimmt, deutlich wird in allen jüngeren Lagern, daß sie hochkomplexe Zusammenhänge von »Politik«, »Ökonomie«, »Kultur« und »Recht« von Möglichkeiten her zu strukturieren und mit obersten Richtlinienprogrammen für Verwirklichungsprozesse auszustatten versuchen, daß für sie die Arbeits- und Wirtschaftswelt als Sozialwelt insgesamt ausdrücklich (und nicht nur indirekt) ins Zentrum rückt und daß sie ersichtlich auf nichts weniger als grundsätzliche und gründliche Umbauten sowohl der überkommenen Verfassungsvorstellungen wie der sozialen Praxis zielen. Ich möchte den so betroffenen Kern als — mangels besserer und/oder schon eingeführter Terminologie — »*Wirtschaftsverfassung*« (also nicht im engeren Sinne als nur »Wirtschaft« betreffende Verfassung), genauer dann später: als *WVR II* kennzeichnen.

3. Sicherlich wirken die skizzierten Verfassungsvorstellungen sehr statisch und blaß. Was in ihnen an gesellschaftlicher Dynamik steckt, steht hier nicht zur Debatte und läßt sich auch nicht kurz und knapp treffen. Hier reicht es aus, wenn innerhalb eines schnell entfaltbaren Spektrums von Möglichkeiten, die ja alle zumindest tendenziell Erscheinungszeichen unserer Wirklichkeit von heute sind, die Eckpunkte etwas schärfer hervorgehoben werden.

Verfassung im Sinne der bürgerlichen Rechtsstaatsentwicklung gründet in *Grundrechten* der ihre Konstruktionskriterien (freie, privatrechtliche Marktgesellschaft unter politischen Rahmengewährleistungen) ausfüllenden Bürger und in *politischer Regierungsgewalt* für jeweilige Mehrheiten in den Grenzen jener Konstruktionsgrundlagen. Politische Mehrheit von solchen Bürgern, die zugleich im Besitze des inhaltlich gerichteten Grundrechtsschutzes sind, führen als verwirklichte Idealsituation der Konstruktionsprinzipien zur Übereinstimmung von politischer Gewalt und privatem Recht als der bürgerlichen Verfassung selbst, die als Rechtsprinzip eher Prämisse denn Folge der richtig eingerichteten und ausgeübten Gesellschaft ist. Bei Widersprüchen, bei unversöhnlichen Differenzen in den grundlegenden Interessen und beherrschenden Zielen etwa zwischen einer politischen Mehrheit von Grundrechts-»Inhabern«, die allererst auf Gewährung von (neuen!?) Positionen pochen (Typ etwa: Recht auf Arbeit, auf Bildung, auf Mitbestimmung usw.) und einer politischen Minderheit von Grundrechts-»Inhabern«, die schlicht

auf Gewährleistung von (alten!?) Positionen pochen (Typ etwa: Berufsfreiheitsrecht als Unternehmer, Eltern- und Schülerrecht auf Gymnasien, Koalitionsrecht auf Tarifautonomie usw.) scheinen alle Verfassungs-*Entscheidungen* als Lösungen *politischer* Problematik von der *Rechts-Frage* abzuhängen, wie Verfassungs-*Grundrechte* als von Haus aus unantastbare subjektive soziale Herrschaftspositionen etwa stehen zu Verfassungs-*Recht* als Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregelungen gesamtgesellschaftlicher Herrschaftsverhältnisse. Und genau hier tritt dann die entscheidende Entwicklungs-Ambivalenz zu Tage, selbstverständlich in jeder der betroffenen Alternativen als öffentliche und allgemeine Machtfrage.

Sobald (und soweit) nämlich Konsens und Normalität (Homogenität), jene schon erwähnten Prämissen wie Resultate der »verfaßten« Gesellschaft, als Koexistenz in Frieden, zerbröckeln, sind »Staat« und »Gesellschaft« auf »Maßnahmen«, auf »Ausnahmezustände«, kurzum: auf »kämpferische Demokratie« angewiesen. In der verlängerten Linie einer von »politisch« (kraft Regierungsgewalt) durchsetzungsfähiger Mehrheit, die sich kraft Durchsetzung die erforderliche Grundrechtslegitimation »an-maßt«, her gesehenen Verklammerung (modischer: Funktionalisierung, traditionell: Eroberung) von »Staat« durch »Gesellschaft« liegt dann die »totalitäre Gesellschaft« (so die Kritik; Affirmativbezeichnung: »demokratische« Gesellschaft), für die »Staat« als strategisches Vehikel und Instrumentarium (in einem »Klassenkampf« gleich welcher Prägung) dient. In der verlängerten Linie einer von »rechtlich« (kraft Grundrechtsgewalt) durchsetzungsfähiger Gesellschaftsminderheit, die sich kraft Durchsetzung die erforderliche Regierungsgewaltlegitimation »an-maßt«, her gesehenen Verklammerung (modischer: Neutralisierung; traditionell: Unterdrückung) von »Gesellschaft« durch »Staat« liegt dann der »autoritäre Staat« (so die Kritik; affirmative Bezeichnung: »starker«, »neutraler Staat«), für den »Gesellschaft« dauerhaft als gegliederte »Ständeordnung« (gleich welcher Prägung) dient.

Wann immer im 19. und 20. Jahrhundert »Verfassung«, »Privatrechtsordnung«, »Arbeits- und Wirtschaftswelt« einerseits, Begriffs- und Interessenjurisprudenz andererseits jeweils umgerüstet wurden, hat man diese unentrinnbare Grenzwert-Ambivalenz genau durchschaut.

4. Zur Tradition unserer Rechtskultur gehört – als zugleich herrschende Meinung heute – die Vorstellung, es sei das Recht, das durch seine Normen soziale Werte (Interessen, Präferenzen, Parteinahmen) binde. Die – von mir geteilte – Gegenposition besteht darauf, daß noch die höchsten (z. B. Verfassungs-)Normen ihrerseits durch soziale Wertpräferenzen bestimmt seien. Etwas genauer, weil befreit von dieser – so schroff formuliert – falschen Alternative: Die herrschende Position ist verwiesen an ein Verständnis von Rechts-Ordnung als (ziel-)freiem Handeln von Menschen unter Regeln (Verfahren); ihre juristische Kernkategorie ist der *Vertrag*, ihre politisch-ökonomische Sphäre die »Zirkulation«; als Voraussetzung hat sie nötig den sozialen Konsens über ihre nicht anzutastenden Grundlagen, die sie zumindest als second-best-Einrichtung und Ausübung von Leben in Gesellschaft begreifen muß. Die Gegenposition ist verwiesen an ein Verständnis von Rechtsordnung als gebundenem Handeln von Menschen unter Ziel-Mittel- und/oder Regel-Ausnahme-Vorgaben (Plänen, Programmen) der »Gesellschaft« selbst; ihre juristische Kernkategorie ist die *Organisation*, ihre politisch-ökonomische

Sphäre die »Produktion«; als Voraussetzung hat sie nötig den sozialen Konsens über Vorstellungen und Verwirklichungen eines möglichen besseren Zustandes gegenüber dem als schlechter eingeschätzten vorhandenen Zustande. Beide Positionen sind mithin je an ein kompliziertes Netzwerk von inhaltlichen Prämissen (Zielen) und formalen Spielregeln angeschlossen. Davon interessieren hier zunächst nur die prinzipiellen Alternativen methoden-theoretischer Zugriffe auf – dadurch zu ordnende, strukturierende, systematisierende – Materialien (Gegenstände).

Als Juristen stehen wir zwischen »Normen« und »Wirklichkeiten«, allgemeiner: zwischen Theorien und Gegenständen (Erfahrungen, Geschichte, Praxis), im IPR spezifisch: zwischen Kollisionsnormen und Sachnormen, im VWR spezifisch: zwischen Verfassung und Sozialproblemen. Daß uns dabei kein »wandernder Blick« zu helfen vermag, weil niemand weiß, wo und warum des wandermüden Blickes letzte Ruhestätte sein wird, ist inzwischen Allgemeingut. Von den klassischen Alternativkonzeptionen – Rationalisten (»Norm« entscheidet) einerseits (im Kern: »Gott« belügt/betrügt uns nicht), Empiristen (»Wirklichkeit« entscheidet) andererseits (im Kern: »Natur« belügt/betrügt uns nicht) – ist im Durchgang durch idealistische und materialistische Philosophieschulen im 19. Jahrhundert unter der Kennmarke »Positivismus« nur der Problemstoff übriggeblieben, also die alten Fragen und die Suche nach neuen Antworten. Die großen Entwicklungslinien seither sind hier schlechterdings auch nicht in größter Verkürzung nachzuzeichnen, im einzelnen auch nicht so wichtig. Als Informations- und Merkposten reichen wohl die folgenden Alternativprogramme aus⁹.

a) *Analytische* Programme spalten ihre Gegenstandsbereiche in Objekt-(Inhalt-) Ebenen und Meta-(Verfahrens-)Ebenen und reduzieren so Meta-Theorien auf Methodologien; im Kern geht es darum, daß Verstandesbegriffe die Wirklichkeit als Material in Beziehung auf bestimmte *vorausgesetzte* Kategorien, Werte, Ideen ordnen und daß wissenschaftliche Arbeitsweise ausschließlich mit solcher Ordnung zu tun hat; methodisch zielen solche Theorien auf die Produktion von Hypothesen, auf Gewinn gesetzmäßiger Erklärungen als Grundlage für Voraussagen.

b) *Synthetische* Programme bestehen auf der begriffenen Einheit ihrer Gegenstandsbereiche und ihrer Arbeitsweisen; deutlich unterscheidbar sind als Richtungen:

⁹ Die folgenden Hinweise zielen auf beteiligte Rechtsprogramme; zur analytischen Rechtstheorie: *H.-J. Koch* (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* (1976); *K.-L. Kunz*, *Die analytische Rechtstheorie: Eine »Rechts«-theorie ohne Recht?* (1977); *E. von Savigny*, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie* (1976); zur system-funktionalen Rechtstheorie: *N. Luhmann*, *Rechtssoziologie*, (I, II, 1972); *R. Damm*, *Systemtheorie und Recht* (1976); *A. Görlitz*, *Politische Funktionen des Rechts* (1976); zur historisch-materialistischen Rechtstheorie: *N. Reich* (Hrsg.), *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie* (1972); *H. Rottleuthner* (Hrsg.), *Probleme der marxistischen Rechtstheorie* (1975); *B. Tuschling*, *Rechtsform und Produktionsverhältnisse* (1976); *H. Wagner*, *Recht als Widerspiegelung und Handlungsstruktur* (1976); zur kritisch-gesellschaftlichen Rechtstheorie: *D. Böbler*, *Zu einer historisch-dialektischen Rekonstruktion des bürgerlichen Rechts*, in: *Rottleuthner* (s. zuvor), S. 92–158; *G. Brüggemeier*, *Entwicklung des Rechts im Organisierten Kapitalismus* (I, II 1977); allg. Überblicke: *A. Kaufmann*, *W. Hassemer* (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (1977); *H.-W. Schönemann*, *Sozialwissenschaften und Jurisprudenz* (1976).

(1) historisch-materialistische Programme: Vernunftbegriffe sind kraft richtiger Angemessenheit an die Wirklichkeit *praktisch* die wahre Wirklichkeit selbst, als begriffene Einheit von Analysen und Strategien (gesellschaftliche Arbeit); methodisch zielen solche Theorien auf soziale Bewegungen, die sich, vermittelt durch Bewußtsein, tendenziell durchsetzen (lassen);

(2) system-funktionalistische Programme: kraft Abstraktionen und Kybernetisierungen von Beziehungsnetzen verlieren sich die sozialen »Subjekte« an die »Substanzen« reduktionsbedürftiger Komplexitäten; alle System-Variationen (Mutationen) und Selektionen wurzeln in institutionell erinnelter Geschichte und Organisation von Entscheidungszuständigkeiten; methodisch zielen solche Theorien auf sog. funktionale Äquivalente je für Problemlösungsaufgaben;

(3) kritisch-gesellschaftstheoretische Programme: Evolutionskonzepte spätkapitalistischer Gesellschaften befassen sich mit Problemen von Genesen und Geltungen sozialen Wandels und sozialer Legitimationen; methodisch zielen solche Theorien auf Problem-(Lösungs-)Verständigungen als Grundlage von Regelbildungen durch die von solchen Regeln Betroffenen.

Zu a und b) Selbstverständlich ist keine analytische Theorie radikal desinteressiert an (inhaltlichen) Objekten, keine synthetische Theorie unabhängig von Verfahrensweisen. Nahezu alle kümmern sich heute – mehr oder weniger – um den System-Zusammenhang von (inhaltlicher) Theorie und (formaler) Methodologie; die prinzipiellen Differenzen lassen sich erst dann entdecken, wenn man vergleichende Gesamt-System-Urteile ermöglichen könnte, Gesamtsysteme dabei je als Einheit von Theorien und Methodologien in bezug auf die Gesellschaft als »Natur« und »Geschichte«, in der sie wirken. Wie aber, kraft welcher »Methode« oder »Theorie«, diese Art von Meta-Gesamtsystem-Arbeit leisten? Klassische Philosophie hat diese Schwierigkeiten mit dem Begriff des »Begriffes« gemeistert. Unter »Begriff« wurden ursprünglich Vermittlungen von Ideen und Systemen, von Prinzipien mit Institutionen verstanden, ein »Ganzes« (»Wesen«), das auf diese Vermittlungsweise mit allen seinen Teilen (Erscheinungen) zusammenstimmt, das zugleich ein präzisierbares Verhältnis von »oben« und »unten«, von »Zwecken« und »Mitteln« bestimmbar machte, das – kurzum – Rationalität (im klassischen Sinne von Bezugnahme auf irgendeine Invarianz) ermöglichte und erforderte.

Die vor allem von *I. Kant* angestoßene Spaltung des »Begriffes« in *Begriffs*-Bildung und *Aussage-Sätze*, auf einer Grundlage der Trennung von Anschauen und Begreifen, macht Begriffe zu Elementen von Urteilssätzen. *Begriffe* sind dann Festlegungen von Gegenständen (modisch: Extensionen) und ihren Eigenschaften (modisch: Intensionen); *Sätze* sind dann Aussagen über »Fälle«, die entsprechend auf ihre Satz-Fall-Richtigkeit hin überprüft werden können in Verfahren, die durch Regeln gebunden sind. Weder »Natur«, die uns nicht belüge/betrüge, noch »Gott«, der uns nicht belüge/betrüge, verbürgen hier noch irgendeine sichere Erkenntnis, sondern der revolutionäre bürgerliche Mensch, ganz auf sich selbst gestellt, schafft sich den Neuaufbau von Zugriffen auf Sein und Sollen. Eine Kopernikanische Wende, ein – modischer gesprochen – Paradigmawechsel von grandiosem Format. Denn die Ent-Begrifflichung (*sit venia verbo*) als mutiger Verstandesschritt zur *Satz*-Bildung ist nichts anderes als der Emanzipations-Weg des sich befreienden Subjekts selbst. Der – vorläufige – Endpunkt solches Weges scheint in der herrschenden Wissenschaftstheorie als Methodologie erreicht zu sein. Heute steht aber wohl wieder und eher zur Debatte, ob dieses Subjekt nicht überfordert werde oder jedenfalls leerlaufe. Wer so denkt, scheint dem Begriff als »Ganzheits«-Bestimmung erneut verfallen. Diese Begriffsverwendung von »Begriff« will nämlich »Wirklichkeit«

sowohl angemessen, d. h. von außen her durch Umstrukturierung erfassen (als Bedingung für die objektive Geltung der im Begriff erfaßten Wirklichkeit) als auch so um(be)greifen, daß ihre, in Formbestimmungen faßbare notwendige (wesentliche) Entwicklung (im Unterschied von unwesentlichen, oberflächlichen, zufälligen Erscheinungsbildern) ermittelt (bestimmt) wird. Begriff und Wirklichkeit sind mithin immer schon in einem vorvermittelten Zusammenhang vereinigt.

Dieser Begriff des Begriffes liegt der *Begriffsjurisprudenz* zugrunde. Im *Rechtsbegriff* ist – ganz gleich, ob ausgesprochen oder nicht – ein rechtstheoretischer wie rechtspraktischer Zusammenhang von »Leben« und »Recht« als Einheit vernünftiger Wirklichkeit und verwirklichter Vernunft immer schon festgelegt. An dieser Konzeption hat Jurisprudenz bis heute, trotz wiederholten Wechsels ihrer Selbstbezeichnungen (Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz, Wertungsjurisprudenz etc.) festgehalten, muß sie auch festhalten, wenn und solange sie an dem Anspruch festhalten will, »positives« Recht zugleich als richtiges »Recht« zu gewährleisten. Diese Mischung ist nämlich nichts anderes als Philosophie und Geschichte, die »praktisch« werden.

Ihre praktischen Anweisungsprogramme wurzeln in der Aufdeckung solcher Zusammenhänge, im handelnden Erkennen als erkennendem Handeln. Wissenschaftslogisch regelt sich der Zusammenhang als Einheit von »logischen« und »historischen« Kategorien. Ein Begriffsjurist dieser Orientierung vermag deshalb, um ein ganz beliebiges Beispiel zu greifen, mit der »Bestimmung«, eine Toto-Tip-Gemeinschaft sei (oder sei nicht) eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sowohl systematisch-dogmatisch-wissenschaftlich (theoretisch) »korrekt« wie problemlösend-politisch (praktisch) »richtig« zu entscheiden. Im IPR hat G. Kegel in seinen Werken hunderte solcher korrekten und richtigen Entscheidungsvorschläge ausgearbeitet. Bei näherem Zusehen ist freilich – wie schon früher, so erst recht heute – auszumachen, daß diese Begriffs-Arbeit (buchstäblich als »Produktion«!), der an Bestimmung *objektiver* Geltung von Wirklichkeit als vernünftiger gelegen ist, nicht verzichten kann auf den *Vorrang* ihrer logischen Kategorien, also auf den Vorrang der beanspruchten *angemessenen* Erfassung von Wirklichkeit im Lichte (im Namen) ihrer »wirklichen Vernunft«, oder im Klartext: auf den Vorrang *ibrer* »Weltanschauung« (Lebensvorstellungen, Philosophie, Zielsetzungen, Gesellschaftstheorie, Parteinahme, Wertpräferenzen – die Auszeichnungen sind beliebig fortsetzbar).

»Interessenjurisprudenz«, »Wertungsjurisprudenz« (oder gar »Freirecht«) können diesem Bannkreis nur um den Preis ihrer Selbstaufgabe entfliehen. Spätestens seit Ph. Hecks Tagen ist, wer als Jurist auf sich hält, zwar nicht mehr Begriffsjurist i. S. der neueren Strömungen, mithin nicht mehr eine Art Mystiker, sondern »Methodologe« mit klarer Trennung von »Sein« und »Sollen«, von Normen und Sachverhalten, nicht zuletzt also von Kollisionsnormen und materiellen Rechten, von Verfassung und Sozialproblemen. Natürlich geht es nicht ohne Begriffsbildungen. Alle herrschenden Strömungen gegen Begriffsjurisprudenz sind dabei bis heute nicht über die Alternative hinausgelangt, ihre Begriffe entweder *aus* positiven »gesetzlichen« (»geltenden«) Rechtssätzen »ableiten« (moderne Kritik hält ihnen insoweit vor allem Semantik und Entscheidungslogik als unerledigte Probleme entgegen) oder *für* positive »rechtliche« (»geltende«) Rechtssätze »herzustellen« (moderne Kritik hält ihnen insoweit vor allem Dogmatik

und politische Gewaltenteilung als unerledigte Probleme entgegen). Zum genaueren Verhältnis von »Interessen« (dann als Objekt von Wertungen begriffen) und »Erkenntnissen« (dann als Wertung von Objekten begriffen) haben wir Juristen verdächtig wenig zu sagen gewußt, oder genauer: bisher nichts beigesteuert, das nicht aus Arsenalen der – oben kurz gekennzeichneten – Begriffsjurisprudenz stammte. Kein Wunder übrigens. Denn ohne Voraussetzungen lassen sich überhaupt keine *Er-Fahrungen*, *Wahr-Nehmungen*, *Fest-Stellungen* usw. machen. Daß rivalisierende Theorieprogramme *ihre* Voraussetzungsprogramme unterschiedlich setzen und befolgen, ist sicher wichtig, aber von sekundärem Gewicht. Daß z. B. »analytische« Programme dabei solche Maß-Nahmen an *ihrem* bisherigen »Wissen« ansetzen, »hermeneutisch-dialektische« Programme an *ihrer* Bildungstradition, »historisch-materialistische« Programme an *ihrem* Vorgriff auf Zukunft hängen, »systemfunktionalistische« Programme von *ihren* – u. U. heimlichen – Strukturen bestimmt werden, legt strategische Differenzpunkte fest, ändert aber nichts an der prinzipiellen methodologischen Gleichartigkeit, die freilich (schon deswegen) keine Gleichrangigkeit bedeutet, weil die Voraussetzungen und Auswirkungen der strategischen Differenzen auf der sog. Meta-(Kollisionsregel-)Ebene selbstverständlich nicht verloren gehen. Anders ausgedrückt: es gibt – sicher – keine selbstgerechten Methoden-Theorien, die zugleich *über* ihre eigene Richtigkeit (Vorzugswürdigkeit) richtig entscheiden könnten, noch weniger aber gibt es selbstgerechte Meta-Methodentheorien, die »neutral« und »gerecht« die Anwendungsbezirke der (Objekt-)Methodentheorien festlegen (»anknüpfen«) könnten. Es könnte (müßte?!) aber geben methodentheoretische »Gesamtsysteme« – als Einheit von Objekt- und Metabereichen –, die gleichsam als »selbstgerechte Gesamtsystem-Normen« zu tun hätten mit der Steuerung ihrer Objektbereichsnormen durch Metabereichsnormen und zugleich Rechtfertigung solcher Metabereichsnormen. Die klassische Bildersprache, den »Sitz« eines Rechtsverhältnisses zu bestimmen als *Rechts-Natur* des *Sach-Institutes* selbst, könnte dann vergessen werden von einer *praktischen Theorie*, die überlieferte Transzendentalphilosophie in der Einheit von »Sprache« und »Handeln« verdiesseitigt und historisch-soziologisch-wissenschaftslogisch (»Paradigma« – Funktion!) einbettet als »vernünftige« (regulative) Praxis in/kraft »richtig« eingerichteter und ausgeübter Gesellschaftsverhältnisse selbst. Ob man solche Arten von Wechselbezüglichkeiten eher traditionell »dialektisch« (es geht dann um »Ableitungen« aus logisch-historischen Abstraktionen), »hermeneutisch« (es geht dann um Halt in »bewährten Traditionen«) oder eher modisch »vollständig systematisch« (es geht dann um geschlossene Kreise von geordneten Mengen von Elementen, die sich selbst noch als Element enthalten), »funktional« (es geht dann um hohe Beliebigkeiten in Anpassungsprozessen), »selbstreflexiv« (es geht dann um Selbstanwendungsbedingungen von Meta-Strukturen) oder anders benennt (»zirkulär« und »spiralg« scheinen das Terminologie-Rennen inzwischen zu gewinnen), verschlägt wenig, außer daß Abscheu und Spott von den Vorverständnissen (mit)regiert werden. Meine These: Ohne solchen Zusammenhang »funktioniert« ohnehin keine Theorie/Methodologie; also sollten wir unser Hauptaugenmerk darauf richten. In IPR und WVR haben wir zwei Bereiche, die solche Arbeit buchstäblich auf höchstem Niveau erfordern. Methodologisch steht als Aufgabe im Vordergrund, den Status von Sätzen zu erfassen, die als – sei es »semantische« und/oder »dogmatische« und/oder »entscheidungsauslösende« – Sätze neben den Norm-Text-Sätzen insgesamt als entscheidungssteuernde Sätze den Anwen-

dungsbereich von Norm-Sätzen allererst festzulegen bestimmt und geeignet sind. Soweit sie über Anwendungsrivalitäten solcher Sätze, und zwar aus einem explizierten Zusammenhang von Objektbereichs- und Metasätzen heraus, entscheiden, handelt es sich um *kollisionsrechtliche Sätze*. Ich nenne sie allgemein »Rechtsgrundsätze«; G. Kegel spricht allgemein von »Rang-Kollisionsrecht«. In IPR und WVR haben wir es mit den herausragenden Exemplaren dieser Gattung zu tun.

Auf den bisherigen Grundlagen ist es nunmehr leichter möglich, den in der Jurisprudenz mit dem methoden-theoretischen Dioskurenpaar Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz verbundenen Streitgegenstand etwas genauer zu erfassen und auf Ergiebigkeit für die Grundsatzauseinandersetzungen in (um) IPR und WVR hin zu testen.

V.

1. Die moderne, streitfreie methodologische Einsicht, daß eine Regel nicht imstande sei, ihre eigene Anwendung zu regeln, eine Norm nicht ihre Anwendung sichere, ist ihrem Gehalt nach uralt, von heutiger analytischer Sprachphilosophie einerseits, von erneuerter praktischer Philosophie andererseits, nicht zuletzt auch von Entscheidungstheorien unterschiedlicher Spielarten aber ungemein verfeinert worden. Von diesen Verfeinerungen müßte gerade Begriffs- und Interessenjurisprudenz Aufklärung über ihr Tun gewinnen können. Fragen wie, z. B., ob nicht Interessenjurisprudenz, die durch Interessen-*Abwägung* dogmatisch-systematisch-wissenschaftlich »saubere« Arbeit zu leisten beanspruche, Begriffsjurisprudenz der »unsaubersten« Inversion sei, weil sie ihre »Bewertungen« aus ihren »Gegenständen« erst beziehe, oder Fragen wie, z. B., ob nicht Begriffsjurisprudenz, die eingestehe, daß ohne Anleihen aus dem gesellschaftlich-theoretisch-historisch »eingestifteten« Konsens-Stand einer Gesellschaft keinerlei Arsenal von »Rechtsprinzipien« (als Leitlinien des »richtigen« Rechts) für die Interpretation »geltender Rechtsätze« (als »positives« Recht), die einzig wahre Interessenjurisprudenz darstelle, solche Fragen führen über die sterilen, aber gängigen Spottgesänge gegen Begriffsjurisprudenz (eine Sache könne nicht über sich selbst urteilen!) oder gegen Interessenjurisprudenz (»Werters Leiden«!) in Ansätzen hinaus. Diese Ansätze gilt es, weiterzuentwickeln¹⁰.

10 Zur Entwicklung der Methodentheorie im 19. Jh. unentbehrlich: W. Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (1958); P. v. Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus (urspr. Diss. Göttingen 1953) (1974); sehr informativ R. Damm, Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre, in: Rechtstheorie 1976, 213—248; eine Rekonstruktion auf der Grundlage sprachanalytischer Philosophie jetzt durch H.-J. Koch (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht (1977) (bes. Einl. S. 13—157); zum Ende solcher Methodentheorie eindringlich W. Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung (1974) (bes. S. 55 ff.); zur Situation der juristischen Methodenlehre weiterführende Überlegungen bei R. Dubischar, Vorstudien zur Rechtswissenschaft (1974); F. Müller, Juristische Methodik und Politisches System (1976); A. Rincken, Einführung in das juristische Studium (1977), S. 198—257; unverzichtbar als Problemstudienbuch D. Simon, Die Unabhängigkeit des Richters (1975); zur Orientierung über Begriffs- und Interessenjurisprudenz vgl. jetzt die beiden Sammelbände: W. Krawietz (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz (1976); G. Ellscheid, W. Hassemer (Hrsg.), Interessenjurisprudenz (1974); zum Begriff des »Interesses« in neuerer Sicht: W. Fach, Begriff

2. Mit dem Wechsel der Perspektive von »Geschichte« (d. h. in juristischer Übersetzung: Fall-Lösung nach gegebenen oder zu bildenden »Gesetzen« als Interpretationsmaterialien [noch kürzer: Orientierung an »Texten«!]) zur »Gesellschaft« (in juristischer Übersetzung: Fall-Lösung nach bewährten oder zu bewährenden »Gesetzen« als Hypothesenmaterialien [noch kürzer: Orientierung an »Wirklichkeit«]) zieht der methodologische Rosenkrieg unserer Tage zwischen »analytischen« (methodologischen) und »dialektisch-hermeneutischen« (praktischen) Wissenschaftskonzeptionen erstmals und mit Verspätung in die Jurisprudenz ein. Es hilft nicht weiter, unsere Vergangenheit vor 1945 als »positivistisch« und nach 1945 als »nichtpositivistisch« zu würdigen. Einen Positivismus, der diesen Namen aus heutiger Sicht verdiente, hat es in der jüngeren Rechtsgeschichte (noch) nicht gegeben. Eine brauchbarere und zukunftsträgendere Fragestellung ist es wohl, wie »positives« Recht als zugleich »richtiges« Recht denn zu gewährleisten sei. Bei näherem Zusehen zeigt sich, daß alle einflußreichen Schulen-Häupter der jüngeren Rechtsgeschichte genau daran gearbeitet haben. Als Beleg möchte ich auf den entsprechenden »Produktionszusammenhang« bei *Savigny*, bei *Ihering*, bei *Ph. Heck* in Form eines Tableaus, das jeweils die Kernelemente verknüpft, hinweisen.

Savigny: Organisches Ganzes (das Kultursystem selbst) in ständiger Entwicklung; Verhältnis von Recht (= vorstaatlich; Rechtsverhältnisse als rechtliche Lebensverhältnisse) und Wirklichkeit in *Rechtsinstituten* (als Stoff, als Rechtsquelle, als Einheit von Rechtssätzen) gespeichert, die durch *wissenschaftliche* Abstraktion (diese als Aufhebung der Vereinzelung von Rechtsregeln und als Gewinn von Totalanschauung der Rechtsinstitute) gewonnen werden. *Rezeptiv* hängen von ihnen ab die *Rechtssätze* (diese als Rechtsregeln, als Form des Stoffes); *System* = das Ganze der Rechts-Institute; *Rechtsanwendung* = Rekonstruktion dieses Ganzen in jedem einzelnen Entscheidungsfalle; wissenschaftlicher *Juristenstand* = Repräsentation des Volkes qua Recht.

Ihering: Organisches Ganzes (das Industriesystem) in ständiger Entwicklung; Verhältnis von Recht (= nationalstaatliches Instrument) und Wirklichkeit in *Rechtsregeln* gespeichert (als Material, Inhalt von Rechtsverhältnissen: Rechtsregeln = *Rechtssätze* und *Rechtsprinzipien*), die durch Konstruktion zu *Rechtsinstituten* verarbeitet werden (und zwar produktiv!, Material = Anatomie, Struktur, Knochengerst!; Herstellung der Institute = Physiologie, Function, Muskelkraft!); dieser *Formgewinn* = *wissenschaftliches* Arbeiten; *System* = Klassifikation der Konstruktionen (»Handeln« vor/über »Erkennen«).

Ph. Heck: Verhältnis von *Rechtsnorm* und *Rechtsbegriffen* in Abkehr von Natur- und Vernunftrechten (diese = »Begriffsjurisprudenz«: d. h. *Rechtsbegriffe* [Oberrechtssätze; Grundsätze], die den *Rechtsnormen* vorgeschaltet sind, machen praktikierbare *Rechtssätze* für Einzelfälle herstellbar) durch »Interessenjurisprudenz« bestimmt, d. h.: *Rechtsbegriffe* aus *Rechtsnormen* ableibar oder entbehrlich für die Produktion von angewend-

und Logik des »Öffentlichen Interesses«, ARSP 1974, 231—264; W. Hirsch-Weber, Politik als Interessenkonflikt (1969); H. Neuendorff, Der Begriff des Interesses (1973); O. Sik, Ökonomie, Interesse, Politik (1966); M. Stolleis, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (Sammelbesprechung), Verw.Arch. 1974, 1—30; B. Willms, Funktion — Rolle — Institution (1971), S. 73—90 (Institution und Interesse).

baren *Rechtssätzen*; *Kodifikation* und *soziale Wirklichkeit* als Produktionsquelle von *Rechtssätzen* durch – dem Produzenten »Gesetzgeber« gegenüber – denkenden Gehorsam seiner loyalen »Statthalter«.

Wenn diese Kurzfassung einigermaßen korrekt und fair ausgefallen ist, dann zeigt sich, wie wenig Neues sich in den letzten knapp 200 Jahren ereignet hat. *Savigny* hat durchgehend und mit größtem Erfolg und in gewissenhaftester Weise »Interessen« bestimmt und gewürdigt. *Iherings* methoden-theoretisches Damaskus besteht in der Umstellung von »juristischen« Kategorien einer undeutlich gewordenen »sozialwissenschaftlichen« Provenienz auf »juristische« Kategorien einer deutlich werdenden »sozialwissenschaftlichen« Provenienz (im Kern: »Zweck«, von dem bis an *Iherings* Lebensende unklar blieb, ob er dem »Recht« ganz äußerlich bleiben müsse angesichts der von *Gerber/Laband* identifizierten, von *Ihering* nie bestrittenen Kette: Wesen des Rechts = Rechtssatz = Gesetz im materiellen Sinne = Abgrenzung von Freiheitssphären). Dieses Problem einer möglichen, dann auch dogmatisierbaren *Zweck-Jurisprudenz* (modischer: Folgenreflexion, Finalprogramme) ist bis heute ungelöst, als »Rechts«-Programm m. E. ganz sicherlich auch unlösbar. Jedenfalls hat ein *Ihering* selbst der verstiegensten Begrifflichkeit nie aus dem Auge verloren, daß alle Konstruktionen dem richtigen Geist der Zeit zu dienen hätten. *Ph. Heck* war und blieb Begriffsjurist reinsten Wassers, weil er auf schärfste Verhältnisbestimmung von Rechtsnormen und Rechtsbegriffen Wert legte. Was er bekämpfte, war »falsche« (unangemessene, nicht [mehr] zeitgerechte) Verhältnisbestimmung. Sein »denkender Gehorsam« ist dabei weniger eine Kategorie als ein ambivalentes Numinose (Fascinose wie Tremendum zugleich): denkend gehorchen heißt, sich dem Gehorsam entziehen, gehorsam denken heißt, sich einem Denk-Paradigma fügen. Von *Savigny* (bis *G. Kegel*) heißt das (s. dazu unter VII): »frei vom Denkwang« »stets unbefangen das rechtspolitische richtige Ergebnis suchen«, »die Tradition ist benutzt, aber maßvoll«. In der Sprache klassischer Hermeneutik ist dieser Bewegungsspielraum als Differenz/Distanz von *praeiudicium auctoritatis* und *praeiudicium praecipitantis* ausgedrückt: Autorität wirkt nur in gehöriger Distanz (das fordert eigene Aktivität) wie in der Vermeidung ungehöriger eigener Aktivität (das fordert fremde Autorität).

3. Im Anschluß an das knappe Tableau ebenso knapp meine These: Es gibt Rechtstheorie, die sich auf soziale Inhalte einläßt, nur als »politische« Rechtstheorie. Alle Differenzen liegen in diesen Inhalten und in den Verfahrensweisen; dabei ermöglichen weder »Natur- oder Vernunftrecht« noch »Begriffsjurisprudenz« noch »Rechtspositivismus« noch »Interessen- oder Wertungsjurisprudenz« verlässliche Problemorientierungen, sondern allein die Positivität von Recht (als in Grenzen veränderliche Verfügbarkeit über Spielregelverfahren der Verarbeitung von Problemstoff durch Juristen) und die Professionalisierung von Juristen (als soziale Rekrutierung, [aus-]bildungspolitische Sozialisation und berufliche Praxis der [Interpretations-]Produzenten von »Recht«). Auf die Bezeichnungen kommt dabei nichts an. Als Kernproblem ist zeitlos betroffen ein Verhältnis von *Rechtsnormen* und *Rechtsbegriffen*, aus deren Ein-Stimmung erst so etwas wie *Rechtssätze* in *Rechts-Fällen* sich formen lassen. Alle Natur- und Vernunftrechte (»Begriffsjurisprudenz«!) sind gezwungen, mit Hilfe von *Rechtsbegriffen*, die den *Rechtsnormen* vorgeschaltet werden *müssen*, praktikierbare *Rechtssätze* aufzustellen,

nach modernem analytischen Verständnis natürlich nicht unmittelbar, weil aus Begriffen keine Sätze »abzuleiten« sind, sondern mittelbar mit Hilfe von Oberrechtssätzen. Dieses Verfahren, das selbstverständlich ebenfalls nicht ohne Interpretation zu (Rechtsgrund-)Sätzen gelangt, mit deren Hilfe eine Norm erst als Aussage präzisiert wird, läßt sich bestenfalls solange als »Begriffsjurisprudenz« stilisieren, entsprechend dann verteidigen oder aber kritisieren, wie der Bezug der Rechtssatzgewinnung zu der umgreifenden sozialen (inhaltlichen) Rechtsbegriffsbildung im Halbdunkel bleibt, genauer: solange »Normgewinnung« und »Rechtsbegriffsbildung« einen einheitlichen, aber undeutlichen Produktionsvorgang darstellen. Die sog. »Interessenjurisprudenz«, oft auch und heute meist »Wertungsjurisprudenz« genannt, nimmt für sich in Anspruch, gerade in Abkehr von solcher für falsch gehaltenen Begriffsbildung die Rechtsbegriffe ausschließlich aus den positiven Rechtsnormen »abzuleiten« (was in analytischer Sicht ebenfalls ein Unding ist) oder sie für die Gewinnung von Normsätzen nicht nötig zu haben (was die Streiter für Gewaltenteilung auf den Plan rufen muß), während sie in Wirklichkeit – strukturell insoweit in nichts unterschieden von Natur- und Vernunftrecht und/oder Begriffsjurisprudenz – lediglich funktional den Bezugskreis (das Referenzsystem) auswechselt: die Interpretation (Gewinnung von Normsätzen und Rechtsbegriffen, beide als Mittel zum Zwecke der Produktion von in Einzelfällen praktizierbaren Rechtssätzen) lehnt sich nämlich nunmehr an die *Kodifikation* (statt z. B. an »ideales« oder »gemein-römisches« Rechtssystem) einerseits, an die *soziale Wirklichkeit* (statt an die »ideale« oder »gemein-römische« Wirklichkeit) der Zeit andererseits an; letztere ist es dann, die ihrer schnellen Veränderlichkeit wegen die ständige Veränderbarkeit von Rechtssätzen, einschließlich ihres Abstandes von der Kodifikation nach sich zieht und eine Stilisierung ermöglicht, kraft deren die Produktion von Rechtssätzen sich dem Produzenten »Gesetzgeber« zuschreiben läßt, dem lediglich und bestenfalls stiller Sinneswandel in Alterungsprozessen bescheinigt wird.

Zur Verdeutlichung noch zugespitzter formuliert: die sog. Interessenjurisprudenz ist die begriffsjuristische Methoden-Theorie der Kodifikationsepoch (politischer Positivismus als Machttheorie ihrem Inhalt nach), die sog. Begriffsjurisprudenz ist die Interessenjurisprudenz der vorkodifikatorischen Epoche (Naturrecht, Gewohnheitsrecht, Vernunftrecht als Anerkennungstheorie ihrem Inhalt nach). Beide, die Interessenjurisprudenz sogar mit großem Abstand vor der Begriffsjurisprudenz, sind »politische Jurisprudenz«¹¹ (nicht: politische Rechtstheorie!) in einem genuinen Sinne, wenn und weil sie durchweg ohne explizierte rechtstheoretische, sozialphilosophische Grundlage sich auf den Status »neutraler« Methodologien zu beschränken vermeinen und kraft ihrer Methodologie die selbständige, von »Gesetzen« nicht abhängige Nachprüfbarkeit von (sozialtheoretischen) Grundanschauungen des (sog. historischen) Gesetzgebers beanspruchen. Seit *Savignys* Tagen geben für den wissenschaftlich gebildeten Juristen (als den Prototypus eines Juristen) nicht »Gesetzgebung«, sondern »Volksgeist« (später dann: »soziale Wirklichkeit«) und »Rechtswissenschaft« die Bezugsorientierungen ab. Dem Heutigen

11 Als ein frühes Symbol für die universalisierte zeitgenössische politische Jurisprudenz *Ph. Hecks* erscheint mir seine Entfaltung der interessenjuristischen Methode an einem IPR-Exempel (Besprechung der 2. Aufl. *L. v. Bar*, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts) in einer wirtschaftsrechtlichen Fachzeitschrift (ZHR 38 [1891], 305–319).

ist es schwer verständlich, welche Scheingegensätze und Überstilisierungen der nunmehr fast 200 Jahre alte juristische »Volkskrieg« zwischen »begrifflicher« und »werten-der« Jurisprudenz zustande gebracht hat.

4. Läßt man mithin die im Schrifttum überreichlich strapazierten Scheindifferenzen zwischen den drei Programmen (*Savigny, Ihering, Heck*) weg und rückt man ihre theoretisch-methodologische Verwandtschaft in den Vordergrund, dann befremdet die Behauptung wohl nicht mehr, methoden-theoretisch sei seit *Savigny* kein Wandel vom Rang eines *Paradigmawechsels* zu verzeichnen. Es ist vielmehr bei einer Einheit von Rechtswissenschaft, Rechtsdogmatik, Rechtssystem geblieben, von der her Juristen »als solche« ihre Handlungsweisen legitimieren können. Die Logik des Justiz-Syllogismus ist das dogmatische System als Standeskunst. In der Tradition vor *Savigny* hatte in letzter Instanz eine communis opinio doctorum (im Laufe der Entwicklung – vor allem dann seit *Savigny* und *Puchta* – freilich immer stärker im Sinne einer Qualität, die heute üblicherweise als *scientific community* umschrieben wird, deren unter und für Juristen »eingerrichteter und ausgeübter Betrieb« sich zur entscheidenden Bedingung der Möglichkeit von Rechtssätzen entwickelt) Zweifelsfälle durch Präzisierung und Festlegung des Rechts nicht weniger und nicht anders geregelt als unter *Savignys* und *Puchtas*, später *Gerbers*, *Iherings* und *Hecks* Darstellung der Rechtsproduktion durch wissenschaftlich gebildete Juristen auch. Geändert haben sich die Erscheinungsformen dieser Darstellungen, nicht die Produktionsweisen: *Iherings* Wende »vom unbewußten Werden zum bewußten Machen«, von »Wahrheit« zu »Richtigkeit« (in heutiger Sprechweise: von Erkenntnis- und Gesellschaftstheorie zur Methodologie, noch genauer: von ausdrücklicher zu unausdrücklicher Entsprechung zwischen Theorie und Methode) spiegelt den juristen-methodologischen Anschluß an den Geist (genauer: an die sich ablösenden Geister) seiner Zeit, ähnlich *Savignys* Metapher vom Recht als dem Leben selbst, von einer bestimmten Seite gesehen, ähnlich *Hecks* Metapher vom »denkenden Gehorsam« des Juristen. In allen Fällen arbeiten Juristen mit einem Verhältnis von »logischen« und »historischen« Kategorien, das in seiner abstrakten Verwendungsweise allen Sozialwissenschaften eigen ist: Bestimmungen nämlich der Abstraktionsformen wie zugleich Bestimmungen der in/unter solchen Formen möglichen Entfaltungsspielräume für – dann solcher Theorie gemäß – Handelnde. Daß, wie schon erwähnt, in allen Fällen der Vorrang der logischen vor der historischen Kategorie gilt, heißt in Umgangssprache: die Vorab-Festsetzungen durch die »eingerrichtete und ausgeübte« Gesellschaft, die von *ihren* Juristen repräsentiert wird, die als Wissenschafts- und Handlungsgemeinschaft (Praxis) unverzichtbar *paradigmatisch* geordnet ist, regulieren die »empirische«, die »historische«, die »Fall«-Erfahrung. So bleibt »Methode«, was sie war: praktische »Kunst« und »Vernunft«, die sich nicht durch feste »Regeln« ermitteln, vermitteln läßt, sondern vor allem auf Erfahrung und praktische Urteilskraft sich stützt. Die überragende Bedeutung *praktischer Philosophie*, überhaupt einer *praktischen Theorie des Rechts* springt ins Auge. Sie hat ohnehin stets im Vordergrund gestanden. Nur ist dabei bis heute gern und oft verschleiert worden, was sie sei, was sie fordere und wozu sie taue. Alle Durchgänge von Naturrechten (welcher Orientierung auch immer, jedenfalls als Vorstellung dauerhaft vorgegebener-) »vernünftiger« Ordnung, kraft deren – interpretierten [Funktion von Juristen!] – Gehalts »positive« Rechtssätze erst ihren Inhalt gewinnen) zur Positivität von Recht (welcher Orientierung auch immer, jedenfalls als Vorstellung ständig

aufgegebener »gesellschaftlicher« Ordnung, kraft deren – interpretierten [Funktion von Juristen!?] – Gehalts »positive« Rechtssätze ihren Inhalt gewinnen) – solche Durchgänge (auch in ihrer Umkehrung) lassen unser Problem, wie denn »positives« Recht als »richtiges« Recht zu begreifen und zu gewährleisten sei, in Erscheinung treten, lösen es aber nicht. Eine Lösung ist wohl auch nur in der Verhältnisbestimmung von »Theorie« und »Methodologie« zu finden. Sie aber fordert gerade eine System-Plattform oberhalb (außerhalb?, innerhalb? wie sonst?) solcher Theorie und Methodologie. So wie *Savigny* mit dem Leitbild des wissenschaftlich gebildeten Juristen seiner Zeit den geistigen und sozialen Anspruch vorgesetzt hatte, sie aber ohne methodologische Rezepte für die alltägliche Kleinarbeit ließ, so versorgte dann *Puchtas* Begriffsjurisprudenz die Folgezeit mit einer Methodologie, die erst kraft ihres Rückzuges aus der anschaulichen und bildhaften Leuchtkraft der Gesellschaftstheorie den Juristen »als solchen« mit Hilfe der begrifflichen Kleinmünzprägungen arbeitsfähig machte in seiner Bezugseinheit von Rechtswissenschaft = Rechtsdogmatik = Rechtssystem. *Gerber* und *Ihering* haben diese Methodologie – jetzt als »produktive Jurisprudenz«, d. h. als spezifische und verselbständigte Produktionsweise von Juristen (nicht mehr als Reproduktionsleistung von Juristen, wie sie noch zu *Savignys* Vorstellung vom repräsentativen Anteil der Juristen an Sozialphilosophie gehörte) – auf ihren Höhepunkt und zugleich in ihre Krise geführt. Sie, besonders der spätere *Ihering* (mit seiner Wende von der »produktiven« zur »Zweck«-Jurisprudenz«), haben gleichsam vor den Toren einer erneuerungsbedürftigen methodologischen und theoretischen Rechtswissenschaft als Teil-Sozialwissenschaft, Recht jetzt als Systemleistung der Gesellschaft selbst begriffen, gestanden, diese Tore aber nicht mehr geöffnet, sondern sich darauf beschränkt, ihren Nachfahren die jeweils zeitgenössische Rechtspragmatik zu hinterlassen. Dieses Erbe hat dann vor allem *Ph. Heck* aufgenommen, verwaltet und weitergegeben. Erst ein solcher Weg hat das »spezifisch Juristische« freigesetzt. Es ist die – mittels Abstraktion und Isolierung der juristischen Kategorien bewirkte – Verselbständigung der Juristenarbeit gegenüber dem »Wechsel sozialer und politischer Krisen« (*Gerber*). Eine derartige Verselbständigungsentwicklung hat keinerlei unmittelbaren, eigenständigen Anteil mehr an den Auseinandersetzungen zwischen »Geschichte« (d. h. Veränderungen und Veränderbarkeiten von Gesellschaft) und »Theorien« (d. h. Sozialphilosophie in wissenschaftlichen Rekonstruktionen). Geschichte und Theorie markieren aber jenen, alle sozialen und historischen Wissenschaften seit rund 100 Jahren beherrschenden gesellschafts- wie wissenschafts- wie geschichtstheoretischen Konfliktstoff, bei dem es – unter dem Namen »Positivismusstreit«¹² inzwischen schon in mehreren zeitgenössischen Auflagen – darum geht, jeweilige Gesellschaft zu ihrem eigenen Problem zu machen, auf »Begriffe« zu bringen, in den »Interessen« zu würdigen. Kein Wunder, daß die verselbständigte Jurisprudenz je nach Sichtweise und Parteinahme als dysfunktional oder als funktional gelten kann. Das

12 Zum Positivismusstreit grundlegend *Tb. W. Adorno u. a.*, Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie (1969); *J. Habermas, N. Luhmann*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie (1971); zum Rechtspositivismus jetzt *W. Ott*, Der Rechtspositivismus (1976); allgemeiner *J. Blühdorn, J. Ritter* (Hrsg.), Positivismus im 19. Jahrhundert (1971); zur »Umkleidung« des Rechtsbegriffes durch die Totalität von Idee und System eindringlich: *E.-W. Böckenförde*, Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung, Arch. für Begriffsgeschichte, 12 (1968), 145–165.

steht hier nicht als Thema an. Es ist aber erst recht kein Wunder — und das gehört hier zum Thema —, daß solche Jurisprudenz nicht mehr und nichts anderes zu leisten imstande ist, als je die »Gesellschaft«, die »Geschichte«, die »Theorie«, von der eine »Zeit« ihren »Geist« empfängt, ihr, der Jurisprudenz, zu leisten aufträgt.

Von der Qualität eines Paradigma-Wechsels der Juristenarbeit ließe sich vermutlich erst dann sprechen, wenn solche Zusammenhänge von Gesellschaft und Recht, Gesellschaft und Juristen in den »Fundamenten« berührt würden. Das war seit *Savigny* nicht der Fall. Einschätzungen gegenwärtiger (oder möglicher zukünftiger) Entwicklungen werden uns noch kurz (unter VIII–X) beschäftigen. Denn IPR und WVR sind — als Einheit einer Meta-Verfassung von allgemeinem Kollisionsrecht — die herausragenden Forschungsfelder. Zunächst aber, im Anschluß an die Skizze des tradierten Methoden-Arsenals, eine Skizze dessen, was WVR an Problemdruck und Lösungsmöglichkeiten birgt (unter VI), sodann (unter VII) ein Blick auf *Kegeles* Paradigma.

VI.

1. *Wirtschaftsverfassungsrecht heute*¹³ (abgekürzt: WVR II) hat mit Wellen von Wirtschaftsverfassungsrecht in den fünfziger und sechziger Jahren (abgekürzt: WVR I) nichts mehr gemeinsam. In den früheren Phasen ging es um additive und strategische Spekulationen über das Verhältnis von »staatlichen« und »gesellschaftlichen« Organisationsprinzipien, über »klassische« Verfassungskonstruktionen, über Absicherungen latenter politischer Hoffnungen von Parteien, Gewerkschaften und Industrieverbänden. WVR II hat es heute zu tun mit fundamentalen Rekonstitutions-Auseinandersetzungen über eine materiale Verfassungstheorie als soziale Gesellschaftstheorie, verbunden mit einer Rekonstruktion unserer Rechtsentwicklung als Gesellschaftsentwicklung. WVR II läßt sich insgesamt begreifen als Erscheinungsform einer wirksamen Ausarbeitung und

¹³ Über die Hauptpositionen im Wirtschaftsverfassungsrecht vgl. jetzt: *P. Badura*, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, 205—213; *D. Hart*, Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel der Wirtschaftsverfassung, ZHR 140 (1976), 31—45; *F. Kübler*, Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie (1975); *E. Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1977); allg. Überblicke bei *H. P. Christen*, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus (1970); *R. Zuck*, Wirtschaftsverfassung und Stabilitätsgesetz (1975); zum Wirtschaftsrecht als heutiger Ausdrucksform Bürgerlichen Privatrechts jetzt vor allem *G. Brüggemeier* (oben Fn. 9); ein wissenschaftstheoretisch-historischer Ansatz bei *Ch. Zöpel*, Ökonomie und Recht (1974); »Zur Effektivität der Rechtssoziologie: die Rekonstruktion der Gesellschaft durch Recht« *K. A. Ziegert* (1975); zu Krisentheorien: *M. Jänicke* (Hrsg.), Herrschaft und Krise (1973); *K.-P. Japp*, Krisentheorien und Konfliktpotentiale (1975); *W.-D. Narr*, *C. Offe* (Hrsg.), Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität (1975); zu Theorien des sozialen Wandels: *H. P. Dreitzel* (Hrsg.), Sozialer Wandel (1967); *W. Zapf* (Hrsg.), Theorien des sozialen Wandels (1969); *W. Zapf* (Hrsg.), Lebensbedingungen in der Bundesrepublik, 1977; zur neueren und neuesten politisch-ökonomischen Entwicklung: *H. Mommsen u. a.* (Hrsg.), Industrielles System und politische Entwicklung in der Weimarer Republik (1974); *H. A. Winkler* (Hrsg.), Organisierter Kapitalismus (1974); *W.-D. Narr* (Hrsg.), Politik und Ökonomie — Autonome Handlungsmöglichkeiten des politischen Systems (1975); als Gegengutachten zu den Gutachten des Sachverständigenrates vgl. jüngst *E. Uherek u. a.*, Vorschläge zur Beendigung der Massenarbeitslosigkeit, Bl.d.u.i.Pol. 1977, 625—645; *H. Baisch u. a.*, Die Wirtschaftskrise in der BRD, Leviathan 1977, S. 163—209.

Durchsetzung geradezu eines Grundgesetzes des Grundgesetzes (es wird methodologisch gesteuert über eine politische Produktion von Verfassungsgrundsätzen als Dogmatikregeln). Betroffen sind neuartige, unverbindlich-verbindliche *Verhaltens-»Verträge«* institutionell-organisatorisch einflußreicher Machtrepräsentanten (»Staat« — »Unternehmen« — »Gewerkschaften« — »Bundesbank« — »Kartellamt« usw.), weniger nach Art konzertierter Aktionen, planender Räte, gesprächiger Runden als nach Art wortreich-lautloser wechselseitiger Erwartungs- und Verhaltensnotifikationen.

Im Streit vor allem zwischen »Fiskalisten« und »Monetaristen« (diese beiden Pole symbolisieren die Alternativen nichtmarxistischer politischer Ökonomie) transformieren sich Grundlagen bürgerlichen Rechts zu einem diffusen Mosaik einer mixed economy, dessen Hauptsteine gegenwärtig gesetzt werden

a) in den politischen und rechtlichen Entwicklungen hinsichtlich Preis- und Investitionskompetenzen; der derzeitige Stand in einer knappen Einschätzung: *Arbeitsrechtlich* sind die Lohnpreise schon nahezu ganz auf Wirtschaftsverfassungsrecht hin »funktionalisiert«, d. h., die Kontraktverfassung (Tarifautonomie!) ist durch die Mitbestimmung nicht überrundet, sondern bestätigt worden; politisch-ökonomisch heißt das, daß die Produktionssphäre nicht in die Rechtsverfassung einbezogen wird, diese vielmehr auf Zirkulation (und Verteilung) beschränkt bleibt, die »klassischen« Rechtsgrundlagen mithin ihrerseits unangetastet bleiben; Lohnquoten werden in wachsendem Maße und unter »allgemeinem« (öffentlichen) Druck als Anteil an Produktivitätszuwächsen bestimmt; *wirtschaftsrechtlich* sind die Preise und Investitionen (mit Hilfe von neuartigen Marktwirtschaftsorientierungen — im Zentrum: Wettbewerb als Entdeckung!) auf die kaum noch von irgendeiner Seite mehr kontrollierbaren Aufgaben und Leistungen der Produktionssphäre hin funktionalisiert; das Bundeskartellamt hat inzwischen, nach einigen spektakulären Aktivitäten, die Chance verloren, »Preiskontrolle« auszuüben;

b) in der Entwicklung der Gewerkschaftsbewegung zu sog. kooperativen Kontraktsparteien; Gewerkschaften halten sich an ihre Eingrenzung auf die Zirkulationssphäre;

c) in der staatlichen Rahmenplanung, die Inflation und Arbeitslosigkeit nicht mehr wie in »klassischen« Krisenzeiten durch tiefe Täler und über hohe Berge führt, sondern durch auf Dauer gestellte Verschlingung von Währungsstabilitäts- und Beschäftigungskrisen parallel schaltet und so katastrophale Tiefs und mitreißende Hochs gleichsam ihrerseits entmarktet. Schöpfersiche Selbsterstörungen auf freien Märkten werden durch Vermachtungen im Wege von Nichtangriffspakten der stärksten Rollenrepräsentanten abgelöst. Dies sind die Ausdrucksformen politisch-ökonomischer Krisendaurchhaftigkeit, mit der alle westlichen Länder zu tun haben, die davon lebt, daß eben jene politisch-ökonomisch konzertierenden Kräfte sie herbeiführen, die genau dadurch schärfere, traditionelle, zyklische Krisen verhindern.

Diese Einschätzungen sind selbstverständlich nach allen Richtungen und buchstäblich nach »allen Regeln der Kunst« umstritten. Es geht auch nicht darum, eine richtige Einschätzung zu beanspruchen, sondern um die hier angeschnittenen Fragen von methodentheoretischen Zugängen zum IPR und zum WVR.

2. Wenn, wie schon ausgeführt (unter IV), unser Verfassungs-»Begriff« vom inhaltlichen Verhältnis *politischer* Regierungsgewalt zu Grundrechten abhängt und wenn unsere Verfassungs-»Tradition« mit Erbschaftsmassen politischer Ansprüche des »dritten« wie des »vierten« Standes zu tun hat, dann leuchtet es wohl ein, daß der inhaltliche Bezug materieller gesellschaftlicher Verhältnisse zu Rechtskategorien zum Verfassungsproblem des höchsten Ranges aufsteigt. Hierbei treten zwei Kernfragen auf den Plan, und um sie ranken in der Tat heute alle »Kämpfe um die Verfassung«, die vor allem unter dem

Topos »Wirtschaftsverfassung« in den zentralen Steuerungsbereichen »Ökonomie« und »Politik« jene Erbschaftsmassen des dritten und des vierten Standes zusammenstellen und neu aufteilen.

a) Auf der Ebene der Verfassung als *Rechtsgrundordnung* handelt es sich um die Frage, ob und wie etwa die gesellschaftliche Wirklichkeit an einem »Begriff« von Verfassung (und wenn ja, an welchem dann) zu messen sei, so daß sich z. B. »schlechte«, »falsche«, zu verwerfende Wirklichkeit an der »guten«, richtigen, anzuerkennenden Norm ausrichten (= »Politik« im Namen von »Recht«!) oder aber auch genau umgekehrt die Verfassungsnormenwelt erst auf einen Begriff bringen lasse, der »vernünftiger Wirklichkeit« angemessen wäre (= »Verfassungswidrigkeit« im Namen von »Vernunft« und/oder »Tatsachen«!). Je nach Orientierung scheint es dann nur noch eine Unterfrage von *Interpretationsherrschaft* zu sein, ob sich z. B. bei einem freiheitlichen demokratischen Rechts- und Sozialstaat, der sich vornimmt, *alle* historischen Problemerkbenchaften »gerecht« unter den Erben (aus denen allen er freilich zugleich besteht) aufzuteilen, das Element Demokratie eher dem Element Rechts-Staat oder eher dem Element Sozial-Staat zu beugen hat, ferner z. B., ob der »Staat«, der seinerseits — wie alle anderen Großrollenträger auch — vom sog. magischen Viereck (von *möglicher* Inflationsvermeidung, *tendenzieller* Vollbeschäftigung, *angemessenem* Wirtschaftswachstum, *prinzipiellem* Außenhandelsgleichgewicht) gebannt wird, national und international dieses oder jenes tun muß, tun darf, tun kann.

b) Auf der Ebene der Verfassung als *Grundrechtsordnung* handelt es sich um die Frage, ob und wie die sich heute abzeichnenden Vergesellschaftungstendenzen — d. h. die Entwicklungen von allgemeinen und gleichen Gesetzen hin zu Situationsvereinungen in Krisenherden auf der Grundlage gemischter (Markt *und* Plan) Wirtschaft — durchschlagen auf Grundrechte. Die heutigen Tendenzen werden allgemein gekennzeichnet als Transformation liberaler (subjektiver, privater) Abwehrrechte zu sozialen (objektiven, politischen) Teilhaberechten. Die Bewegung ist nach allgemeinem Urteil ambivalent. Einerseits erzwingt sie institutionell-organisatorische Verwirklichungspolitik; andererseits zeigt gerade dieser »Politisierungs«-Zwang die Kehrseite der Medaille; denn je nach Parteinahme entpuppt er sich als »kapitalistische Effizienz-Steigerung« oder als »unfreiheitliche Inpflichtnahme«. Eine *Grundrechtsordnung* als *Grundpflichtordnung* — und das alles vielleicht im Namen von *Grundwertordnung* (Wert-Pflichten als Grundrechte von Bekenntnis-Bürgern?) — scheint aber einer freiheitlichen Grundordnung die abschüssige politische Bahn ins rechtliche Boden- und Haltlose zu bereiten.

Mögliche Antworten auf diese beiden Zentralfragen unserer »Verfassung« laufen nicht von ungefähr auf Vorstellungen über inhaltlich verbindliche »Werte-Ordnungen« hinaus, die dann natürlich jeder in seinem *Sinne* und mit seinen *Zwecken* füllen möchte. In den Verfassungstheorien rivalisieren deshalb im Grunde auch nur zwei Konzeptionen. Für die einen ist Verfassung nichts anderes als oberste (reine) *Rechtsnorm* (rechtliche Ordnung von Politik); sie haben den Vorteil, klare »Prinzipien« mit klaren »Ableitungen« verbinden zu können, aber den Nachteil, im gesamten Verhältnis von »Recht« und »Politik« (gesellschaftlicher Wirklichkeit) nicht mehr zuständig zu sein. Für die anderen ist Verfassung eine *politische Ordnung* von Recht, freilich mit sehr unterschiedlicher inhaltlicher Füllung des Politischen; sie haben den Vorteil, »Recht« und »Wirklichkeit« *integrieren* zu können, aber den Nachteil, für die Legitimation von Recht auf *inhaltliche Parteinahme* (»Werte«!) nicht verzichten zu können. In der Verlaufsgeschichte von Weimarer Republik und deutschem Faschismus hat sich deshalb — kein Wunder — diese Verfassungsalternative zur Alternative von selbstmörderischem Legalismus und mörderischem Dezisionismus entfaltet. In traditioneller Sprache wird der skizzierte Verfassungs-Zusammenhang beschrieben als Verhältnis von »substanzialer Vernunft« (= *Möglichkeit* einer »richtigen«, »wahren« Wirklichkeit der Gesellschaft) und

»sozialer Herrschaft« (= *Wirklichkeit* einer im Lichte derartiger richtigen, wahren Möglichkeiten »vernünftigen« oder aber »unvernünftigen« Gesellschaft). In der alt-europäischen Gesellschaft galt es als gelöst, weil jeweils in harmonische Verfassung gebracht. Seit der Aufklärungsphilosophie wird es durchweg als kontrafaktisch gedeutet: es gelte, »wirkliche« Vernunft gegen unvernünftige Herrschaftswirklichkeit allererst zu verwirklichen. Die maßgebenden sozialtheoretischen Rosenkriege in unserer Zeit werden nun ausschließlich geführt, weil jene Fragen für die einen überhaupt nicht mehr, für die anderen aber zeitlos als brauchbar erscheinen. Entsprechend lauten dann die praktisch-politischen Fragen: Wer schaltet und waltet denn, wenn »Vernunft« und »Herrschaft« ausgeschaltet bleiben? Welcher Art von Vernunft richtet sich gegen welche Art von Herrschaft, wenn einsehbar Besseres gegen erfahrbar noch-nicht-Gutes zu Felde zieht? Wie lassen sich Kriterien für Vernunft und Herrschaft *verbindlich* gewinnen, nach welchen Bezugsgrößen *richten sich Interpretationen* für richtige oder falsche »Normen« und richtige oder falsche »Wirklichkeiten«? Wie gewinnt *man* ein Verhältnis von Norm und Wirklichkeit? Die Antworten auf diese Fragen lassen sich selbstverständlich nicht etwa durch Einteilung in »konservative« und »progressive« Lager bündeln. Der Streitstoff ist vielmehr aufgeteilt zwischen »Funktionalisten« einerseits, die in der Nachfolge aufklärerisch-idealistischer oder aufklärerisch-materialistischer Sozialhandlungsentwürfe die selbst gesetzten »vernünftigen« Regeln als Grundlage sozialer Systemspiele zum *Plan* für Verwirklichungsprogramme machen wollen, und »Funktionalisten« andererseits, die in der Nachfolge gesamtgesellschaftlich-institutionalistischer Sozialsystemmuster die in Gesellschaft immer schon (mit- und voraus-)gesetzten »vernünftigen« Regeln als Grundlage sozialer Systemspiele in der *Struktur* von Entfaltungschancen entdecken wollen. Im Kern wird also gestritten um die »Voraus-Setzungen« (oder die Voraus-Gegebenheiten, kurzum: die »Strukturen«) von *Funktions*-Abläufen nach ihren inhaltlichen Qualitäten wie nach ihren institutionell-organisatorischen Verfahrensweisen, nach ihren wissenschaftslogischen (methodologischen) wie nach ihren sozialphilosophischen (wissenschaftstheoretischen) *Paradigmen*, nicht zuletzt natürlich nach ihren Voraussetzungen und Auswirkungen in und auf Bewußtsein und Verhalten der handelnden Menschen selbst.

Probiersteine für Theorien sind Krisen in der Verarbeitung praktischer Probleme. Probierstein einer jeden Sozialtheoriebewährung ist deshalb heute die ausgearbeitete und durchsetzbare *soziale Krisentheorie*. Im Vordergrund aller Interessen an solchen Krisentheorien steht die Frage, ob solche Theorien eher am Stand von Produktivkräften und Produktionsverhältnissen zu orientieren oder aber eher als gesellschaftliche Legitimationskrisentheorien zu fassen seien oder ob sich für eine zeitgemäße Theorie eine Kombination solcher Ansätze aufdränge. Kein Wunder, daß in allen kritischen Theoriearbeiten der »Staat« in das analytische und strategische Zentrum rückt. Dieser »Staat« ist mithin nichts weniger als ein Bündel noch ungelöster Rätsel. Wenn Probierstein von Theorien praktische Krisen (Probleme) sind und wenn WVR zu tun hat mit internationaler Vernetzung der Gesamtsituation einer verfaßten Gesellschaft, dann rückt das Element »Staat« auch in den Vordergrund einer IPR-Theorie. Anders gewendet: Probierstein einer IPR-Theorie ist — ebenfalls — die praktische soziale Problemsituation (»Krisen«), nicht etwa eine abstrakt beschworene Krise des IPR selbst.

3. Selbstverständlich maße ich mir nicht an, die aufgeworfenen Fragen lösen zu können. Mir geht es hier ausschließlich darum, die im Verhältnis zum IPR parallelen Strukturprobleme des WVR genauer zu kennzeichnen. Alle Normen der obersten Stufe, ohne eigene inhaltliche Kraft, sind ganz besonders angewiesen auf Ausfüllung durch Meta-»Sätze«, jedenfalls nicht »rechtliche« Sätze im Sinne jener Qualität von Rechtsätzen, die erst als Ergebnis solcher Ausfüllung zustande kommen kann. Der methodentheoretische Status und die unverzichtbare inhaltliche Qualität von diesen Meta-»Sätzen« sind unser Gegenstand. So wie IPR *inhaltlich* das Problem der »richtigen« und »positiven« Einrichtung und Ausübung »privater« internationaler Rechtsverhältnisse entschieden haben muß, ehe es sich auf methodologische Spielregeln für die Beziehungen von Kollisionsnormen und Sachnormen einlassen kann, so ist keine WVR-Methodologie möglich ohne vorgängig entschiedene »Gesellschaftstheorie« der »richtigen« und »positiven« Einrichtung und Ausübung der »verfaßten« Gesellschaft. Angesichts der magisch-viereckig bestimmten Problemsituation ist dabei eine Eingrenzung auf *nationale* Wirtschafts-Ordnung schlechterdings unmöglich. Unser Ziel müßte es also sein (oder werden), geradezu ein »selbstgerechtes WVR« — als Einheit von Kollisionsnorm-Ordnung und einbezieharen Sachnorm-Ordnungen — zu konzipieren und praktizieren. Bevor diese Überlegung weiter verfolgt wird, soll aber zunächst noch das IPR-Paradigma *G. Kegels* ins Auge gefaßt werden.

VII.

G. Kegels IPR-»Paradigma« knapp, aber voll zu erfassen, mag vermessen sein, sei aber gewagt.

1. In einem ersten Zugriff gewinnt man es, indem man *Kegels* Paradigma-Vorbild, *Savigny*, paradigmatisch gewinnt.

Bei *Savigny* läßt sich an keiner einschlägigen und ergiebigen Stelle bezweifeln, daß sein IPR »Wirtschaftsverfassung« (im hier verstandenen weiten Sinne einer sozialen Gesamtverfassung der Gesellschaft) durch und durch ist.

»Je mannichfaltiger und lebhafter der Verkehr unter den verschiedenen Völkern ist, desto mehr wird man sich überzeugen müssen, daß es rätlich ist, jenen strengen Grundsatz« (*Savigny* meint: IPR-Orientierung aus staatlicher Souveränität) »nicht festzuhalten, sondern vielmehr mit einem entgegengesetzten Grundsatz zu vertauschen. Dahin führt die wünschenswerthe Gegenseitigkeit in der Behandlung der Rechtsverhältnisse, und die daraus hervorgehende Gleichheit in der Beurtheilung der Einheimischen und Fremden, die im Ganzen und Großen durch den gemeinsamen Vortheil der Völker und der Einzelnen geboten wird. Denn diese Gleichheit muß in vollständiger Ausbildung dahin führen, daß nicht bloß in jedem einzelnen Staate der Fremde gegen den Einheimischen nicht zurückgesetzt werde (worin die gleiche Behandlung der Personen besteht), sondern daß auch die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer *Collision der Gesetze*, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde. Der Standpunkt, auf den wir durch diese Erwägung geführt werden, ist der einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen, und dieser Standpunkt hat im Fortschritt der Zeit immer allgemeinere Anerkennung gefunden, unter dem Einfluß theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils, der daraus für alle Theile hervorgeht.«¹⁴

14 *F. C. von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts (VIII 1849), S. 26 f.

IPR wird so – modisch (systemtheoretisch) formuliert – zur Struktur von/für Kompatibilitäten privater Tauschzuständigkeiten; Kollisionsrecht ist auf den Abbau von Verkehrs-Behinderungen dergestalt gerichtet, daß formal-abstrakte Verkehrsfreiheiten allererst entstehen und sich durchsetzen können. *Savignys* IPR ist die selbstgerechte (ideelle Gesamt-)Sachnorm. Seine berühmte Änderung der »Blickrichtung« – statt Rechtssätze zu befragen, über welche Tatbestände sie herrschen (so die sog. Statutentheorie), werden Tatbestände befragt, unter welche Rechtssätze sie fallen – ist vollkommener Ausdruck eines Paradigma-Wechsels: »Rechtssätze« sind Entscheidungsprogramme eines eingerichteten und ausgeübten Paradigmas, *Rechtsverhältnisse* (»Tatbestände«) sind soziale Sachverhalte (noch) ohne feste Struktur (d. h. ohne Vor-Entschiedenheit kraft Theorie, Rechtssatzes), verwiesen an einen Prozeß, um das neue Entscheidungs-Paradigma (als System = Dogmatik = Wissenschaft) erst aufzubauen. *Luthers* protestantische Wende gegen den institutionalisierten Katholizismus, *Kants* kopernikanische Wende gegen die etablierten empiristischen und/oder rationalistischen Erkenntnisprogramme, *Savignys* Horizontwechsel von der Statutentheorie zur Rechtsverhältnistheorie sind »revolutionäre« Kehrtwenden als – zunächst ungewisser, schließlich gelingender – radikaler Neubeginn. Wer seinen Blick von Rechtsverhältnissen her auf Rechtssätze wirft, ist »frei vom Denkwang« seiner Vorgänger, »kann stets unbefangen das rechtspolitisch richtige Ergebnis suchen«; »die Tradition ist benutzt, aber maßvoll«¹⁵. Moderner formuliert: in der Verfügung über Rechtssätze erschließt sich die Interpretationsherrschaft über die Anwendungsbedingungen von Rechtssätzen, die im Maße durchgesetzter und regelhafter Befolgung als geltende sich erst entpuppen können, wobei die Interpretationen ihrerseits nur kraft (aus) einer systematischen Verwendungs-(Anwendungs-)Theorie möglich und begründbar sind, welche schließlich ihrerseits nur als komplexe (komplette) »Gesellschaftstheorie« Zusammenhänge von »geltender Rechtsordnung« und »sozialen Sachverhalten« reflexiv (systemisch, dialektisch, hermeneutisch) herstellen kann. Anders ausgedrückt: »Rechtsverhältnis« ist je ein Lebens-(Gesellschafts-)Verhältnis als *Rechtsproblem*. Probleme sind Fragen mit mehr als einer Antwort oder mit anderen als bisherigen Antworten. Probleme mögen ohne präzise Lösungsanweisungen sein, sie sind nie ohne (zumindest unpräzise) Lösungsvoraussetzungen.

G. Kegel hält gleichsam *Savignys* Paradigma, in einer dann vor allem von *E. Rabel* angestoßenen Radikalisierung, für eine Möglichkeit, im IPR dauerhaft die richtige Arbeitsweise zu stiften, frei vom Denkwang der Vorläufer, stets unbefangen auf der Suche nach dem rechtspolitischen Ergebnis, unter Benutzung der Tradition, aber maßvoll. »Über allem liegt ein ruhiges Licht« (so *Kegel* über *Savigny*)¹⁶. *Gerhard Kegels* Sorge ist, in dieser Bildersprache, unruhiges Dunkel oder flackerndes Irrlicht, »Wandel auf dünnem Eis«¹⁷.

2. Gegen alle Ansätze, das IPR müsse von Grund auf neu geschaffen werden, *G. Kegel*: »Der bessere Weg aber ist: man geht von den geltenden Kollisionsnormen aus,

15 *G. Kegel* a.a.O. (Fn. 1) S. 88.

16 A.a.O. (Fn. 15).

17 So die ungemein treffsichere Überschrift seines Diskussionsbeitrages zum Vortrag von *Juenger*, Zum Wandel des internationalen Privatrechts (1974), S. 35–44.

prüft ihre Zwecke und bildet das Recht vorsichtig fort. Reform, nicht Revolution ist geboten«¹⁸. Daß diese letzten Sätze wortgleich schon in der dritten Auflage seines IPR-Lehrbuches, 1971, zu finden sind, mag symbolisch stehen für die gekennzeichnete auf Dauer gestellte Orientierung. Freilich: daß jetzt von geltenden Kollisionsnormen auszugehen und anhand ihrer Überprüfungen Recht fortzubilden sei, heißt in Paradigma-Sprache, daß der »revolutionäre« Großumbau im ganzen gelungen und vollendet sei, die »normale« und alltägliche Wissenschaft jetzt ihr Werk tun möge. Hinter der Bescheidenheit dieses Blickwechsels gegenüber *Savigny* versteckt sich die am Muster *Savignys* entworfene Daueraufgabe. Müßte sie nicht modisch umschrieben werden als »permanente Revolution«? Ohne mit Worten untrefflich zu streiten: *G. Kegel* hat in seiner Lebensarbeit das IPR noch einmal, wie keiner vor ihm, »voll zum Klingen« gebracht, ein ständig besseres IPR, dem etwas Besseres als IPR greifbar nicht entgegensteht. Genau das aber ist *Savignys* »Revolution«, auf Dauer eingerichtet, behütet und verteidigt. Eine wirkliche Revolution, mithin ein grundstürzender Paradigma-Wechsel, ist derzeit nirgendwo erkennbar. Von den USA her »droht« *Reform* als affirmative (systemfunktionale) Aufrechterhaltung und Anpassung, vom »politischen« IPR her »droht« Frage- und Problemdruck. Solche Erkenntnisse lassen sich aus dem Zusammenhang des wissenschaftstheoretischen, wissenschaftshistorischen, wissenschaftssoziologischen »magischen Dreiecks« gewinnen, das als Diskussionsmaßstab hier vorgeschlagen und kurz vorgestellt worden ist, Erkenntnisse, die gewiß nicht zur Beruhigung dienen können, aber eine Weiterarbeit ermöglichen sollten, »frei vom Denkwang«, unter Benutzung der Tradition, »aber maßvoll«.

3. *G. Kegels* Paradigma, in einem einzigen Schlüsselsatz gesucht, findet sich — wo auch sonst? — im Kapitel »Qualifikation«; denn über sie führt, wie verstellt auch immer, der Zugang zu einer unverschleierte Kerngestalt von IPR-Theorie. »Aber es geht hier nicht« (gemeint ist die Kritik an der Qualifikationstheorie *M. Wolffs*, daß man den »Geist« ausländischen Rechts nicht dadurch verletzen solle, daß man seine Gebilde falsch, nämlich »unwissenschaftlich« anwende) »um wissenschaftliche Anwendung von Systembegriffen, sondern um rechtspolitische Entscheidungen der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit, die bloß unter dem Gesichtspunkt von Systembegriffen von den Kollisionsnormen ausgedrückt werden«¹⁹. Die Ausarbeitung von Dogmatik auf der Grundlage dieser Theorie hat *Kegel* seit nunmehr fast dreißig Jahren kontinuierlich und ohne Brüche in den Eckpfeilern beschäftigt.

Am Beginn stehen die drei grundlegenden methoden-theoretischen Zugänge zur Qualifikation²⁰, zum Renvoi²¹, zur Angleichung²². Später folgen (in Kommentar- und Lehrbuchform) das konsequente und radikale Emanzipations-System eines IPR mit seinen Verästelungen en detail. Jüngst riegen schließlich Verteidigungsoffensiven die Angriffe

18 A.a.O. (Fn. 1) S. 96.

19 A.a.O. (Fn. 1) S. 139.

20 Der Gegenstand des internationalen Privatrechts, Festschr. Raape (1948), S. 13—33.

21 Bespr. Pagenstecher, JZ 1952, 191.

22 Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Festschr. Lewald (1953), S. 259—288.

vor allem aus Richtungen »selbstgerechter Sachnorm«-Theorien ab und sichern so den erreichten IPR-Systemzustand²³.

In diesen Grundlagenarbeiten finden sich die Elemente des *Kegelschen* Paradigmas.

a) Die Einschätzung des Paradigma-Verdienstes *Savignys*: es liege nicht in der formalen Überwindung der Statuentheorie durch die Rechtsverhältnistheorie, sondern in der differenzierenden Konstruktion einer Ordnung, von der her Entscheidungen sich systematisch, dogmatisch, wissenschaftlich orientieren ließen.

Was heißt das? Rechtsverhältnisse reduzieren bei (seit) *Savigny* den Volksgeist anwendungsfertig auf Rechte im subjektiven Sinne (insgesamt als objektive Rechtsordnung dann begriffen) in/durch Einzelfallentscheidungen. Rechtsverhältnisse sind weder reine Objekte von Wertungen noch reine Wertungen von Objekten, sondern immer schon vorvermittelte allgemeine Entscheidung über die Zu-Ordnungen von Sachverhalten an ein bestimmtes Recht im Wege der Anknüpfung; Rechtsverhältnisse setzen m. a. W. nicht (schon) bestimmte Rechtssätze voraus, sondern *sind* (produzieren!) diese Rechtssätze (damit entgeht übrigens *Savigny* folgerichtig dem gegen die Statuentheorie erhobenen Zirkel einwand).

b) Das prinzipielle Verhältnis von Sachnorm und Kollisionsnorm: jeglicher Herrschaftsbereich von Sachnormen wird ausschließlich durch Kollisionsnormen »geregelt«; erforderliche Interpretationen (z. B. über Rechtsfolgen) werden ausschließlich von Kollisionsnormen her (im Wege von Qualifikationen usw.) gesteuert, Wirklichkeitsbezüge ausschließlich durch Tatbestände (und nicht etwa Rechtsfolgen) von Kollisionsnormen hergestellt; der Gegenstand des IPR wird mit Qualifikationstheorien verknüpft durch »Zwecke« (Gründe) und »Wirkungen« des IPR.

Was heißt das? Die Differenz von Rechtsnormbezug (Kollisionsnorm als oberste Instanz) und Rechtsbegriffsbezug (Produktion von Entscheidungen im Wege von »Qualifikationen«) bleibt methoden-theoretisch offen (dunkel); gleichwohl steckt in den verdeckten Anwendungsprämissen der Qualifikationstheorie ein komplettes gesellschaftstheoretisches Programm (sub verbo »Gerechtigkeit«); denn die Qualifikationstheorie (nicht die Norm) bestimmt über die Auswahl von Gegenstandsbereichen, und sie ist ihrerseits bestimmt (nicht von Normen, sondern) von der Auswahl unter obersten Wertungs-Alternativen; erklärungs- (und rechtfertigungs-)bedürftig sind mithin die Vermittlungs-Bestimmung (Verknüpfung) von »Gegenstand des IPR« und einer von inhaltlicher Theorie (Zwecke, Gründe, Wirkungen) angeleiteten Methodologie (»Qualifikation« als Theorie von/für/in Praxis selbst).

c) Die Verwendungsweisen von Begriffs- und Interessenjurisprudenz: geklärte Problem-Strukturen erst (dieses Feld bestellt Begriffsjurisprudenz; betroffen sind systemgebundene Möglichkeiten von Entscheidungen, gleichsam der allgemeine Teil des IPR, jedenfalls als Struktur-Forschung auf Gattungen von Problemerscheinungen bezogen) ermöglichen es, *Interessen* zu sichten und zu bewerten (dieses Feld bestellt Interessenjurisprudenz; betroffen sind Rechtsanzeichen [nicht Recht!], Grundsätze [die klärungsbedürftig sind], gleichsam der besondere Teil des IPR, jedenfalls als Einzelfall-Entscheidungen).

23 Ausgearbeitet vor allem jetzt in: Die selbstgerechte Sachnorm, Gedächtnisschr. Ehrenzweig (Fn. 4), S. 51—87.

dung auf konkrete Problemverarbeitung bezogen); Begriffs- und Interessenjurisprudenz sind gleichwertig und gleich notwendig.

Was heißt das? Begriffsjurisprudenz als »Allgemeines« und Interessenjurisprudenz als »Besonderes« erfordern die Einheit des »Ganzen«, von der her erst eine systematische Rationalität (als »begriffene« *Einheit* von Idee und System, von *Allgemeinem und Besonderem*, von Ganzem und Teilen, von Oben und Unten, von Zweck und Mitteln, von Ziel und Wegen, von Wesen und Erscheinungen, von Form und Stoff, von Struktur und Funktion, von Meta- und Objektbereich (die Bezugsebenen-Paare ließen sich fortsetzen, weil es sich stets und nur darum handelt, durch »Über-Setzungen« je eine inhaltlich spezifische Verwendung des klassischen Begriffes des »Begriffes« zu präsentieren) sich bilden kann. Genau dieser »Begriff« des IPR bleibt bei *Kegel* ebenfalls offen, genauer: wird gefüllt durch pauschalen Verweis an »Interessenjurisprudenz« in der Nachfolge *Pb. Hecks*; *Kegel* beschreibt »Interessen« (z. B. als Parteiinteressen, Verkehrsinteressen, Ordnungsinteressen, Machtinteressen usw.), und er *benennt* den obersten Orientierungspunkt für Interessen-Bewertungen (»internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit«), aber es fehlen alle zentralen Vermittlungs- und Bestimmungselemente sowohl in Form einer »Theorie« entweder der »begriffenen« Einheit oder der planmäßig vollzogenen Trennung von Objekt- und Metabereichen (also von »Interessen« als Objekt der Wertungen und der »Gerechtigkeit« als Wertungen der Objekte) als auch in Form einer »Methodologie« entweder der festliegenden Handlungsweisen für gelingende (erfolgsversprechende, »funktionale«) Arbeit im »begriffenen« System oder der festzusetzenden Handlungsanweisungen für die Arbeit in Objekt- und/oder Metabereichen. Meine Vermutung (als These): *G. Kegel* ist insoweit ganz auf der Höhe der Interessenjurisprudenz geblieben, er hat gleichsam *Savigny* mit *Heck* verbunden, beide im Anschluß an *E. Rabel* sogar kollisionsrechtlich radikal emanzipiert, aber er hat nicht Anschluß an neuere methoden-theoretische und inhaltliche Rechtsprogramme gehalten (gesucht?, gefunden?). In die Form von Lob-Kritik-Ambivalenz gewendet: *G. Kegel* ist unübersteigbar *praktisch* einflußreich, vorbildlich, erfolgreich kraft einer Theorie, die aus der Verallgemeinerung *seiner* »Praxis« (als Handlungsweise, nicht als Handlungsanweisung) lebt. Sozialtheorie-geschichtlich wäre das entsprechende Leitbild für eine solche praktische Theorie nach wie vor in *Max Weber* und seiner Nachfolge zu finden. Kein Wunder, daß *G. Kegel* – jetzt vor allem in den Attacken gegen »selbstgerechte Sachnorm«-Theorien ganze Serien ironischer Blitze gegen Sachnormprogramme schleudert, die mit selbsternannten Kollisionsnormprogrammen natürlich in alle Fallen sog. naturalistischer Fehlschlüsse tapsen (das tut selbstverständlich jede Theorie selbstgerechter Kollisionsnormen genau so; im Wege des blitzenden Ironie-Renvoi trifft die Attacke sich also selbst, freilich nur an der gewählten Frontlinie), ohne den Bumerang-Effekt fürchten zu müssen; denn eine methodologische Arbeit mit Ideal-Typik als Modellkonstruktion (so explizit *Max Weber* und seine Nachfolger, so implizit *G. Kegel*) für Interpretationen als *Handlungsangebote* verzichtet ausdrücklich auf den Anspruch, »empirische« Wirklichkeit abzubilden oder »normative« Vorbilder für Wirklichkeit zu setzen; sie ist (in der Theorie) nichts von beiden und gerade dadurch (in praxi!) beides zugleich.

d) Die Konzeption einer genuinen »internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit«: sie ist auf eine Auflösung jenes Basisrätsels verwiesen, das darin besteht, entweder Pyrami-

den von endlosen Meta-Meta-Referenzsystemen aufbauen (in Kegels IPR-Sprache: »sehr allgemeine Interessen« immer noch mehr verallgemeinern!?) oder den Durchbruch/Ausbruch zirkulärer (selbstreflexiver) Systeme nachvollziehbar machen (in Kegels IPR-Sprache: »Strukturen« mit »Interessen« vermitteln!?) zu müssen. Dieses Rätsel löst uns *G. Kegel* nicht ausdrücklich.

Was heißt das? Jene Neutralität des Kollisionsrechts gegenüber allen materiellen Rechten lebt – ähnlich einer »neutralen« Verfassung, einem »neutralen« Staat – von der Gleich-Wertigkeit (Gleich-Gültigkeit im doppelten Wortsinne) der materiellen Rechte als der Bedingung (Prämisse wie Resultat!) ihrer Möglichkeit; anderenfalls fallen *notwendig* Umkonstruktionen in den Kollisionsnormen (genauer: in den Verwendungsweisen solcher Kollisionsnormen) als Problem an; Kollisionsnormen – gleichsam als der größte gemeinschaftliche Teiler oder das kleinste gemeinschaftliche Vielfache je der betroffenen materiellen Rechte – sind unverzichtbar an Präferenzentscheidungsordnungen (kraft legitimierbarer Referenzsysteme dafür!) geknüpft, von denen her erst die Kollisionsnorm (genauer: der Kollisionsrechtler) über Vorzug oder Kombination von materiellen Rechten bestimmen kann; freilich fallen die Bedingungen solcher Möglichkeiten bei *inkompatiblen* (antagonistischen) Objekt-Feldern (»Interessen«, Sachnormen) folgerichtig aus, z. B. i. V. »privatrechtlicher« Autonomie zu »politikrechtlicher« Heteronomie. Solche Inkompatibilitäten sind heute Fragen von – nationaler oder internationaler (Wirtschafts-)Verfassung selbst, die als abstraktes Referenzsystem nicht zu übersteigen, wohl aber durch allgemeine Strukturierungen und besondere Entscheidungsprogramme zu füllen ist. Daß man – z. B. *G. Kegel* – kraft einer IPR-Gerechtigkeit an einem IPR-System festhalten kann, ohne derartige Möglichkeitsbedingungen (mit) zu reflektieren, entpuppt sich so als Festhalten an einem Paradigma trotz (wegen?!) wachsenden Problemdruckes, ist im Falle eines internationalen Privatrechts in letzter Instanz Parteinahme für ein *selbstgerechtes Kollisionsrecht*. Es ist Meta-Privatrecht als Gesellschaftstheorie²⁴, (international-)verfassungsrechtlich auf Dauer eingerichtet und ausgeübt, kollisionsrechtlich-methodisch über entsprechende »Qualifikationen« gesteuert, paradigmatisch (theoretisch-historisch-soziologisch) gegen Gefahren (»Krisen«, »Revolutionen«) gut gefeit²⁵.

24 Zum Privatrecht als Gesellschaftstheorie vgl. *meinen* Beitrag in: Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen, Festschr. Raiser (1974), S. 645–695.

25 Dagegen die temperamentvolle Philippika von *H. U. Jessurum d'Oliveira*, *De ruïne van een paradigma: de konfliktregel* (1976); eine Serie von Vorarbeiten für eine systematische Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts hat *Ch. Joerges* vorgelegt, vor allem: *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts* (1971) (*J.* zeigt, daß die amerikanische IPR-»Revolution« nichts anderes sein kann und will als Modernisierung durch Systemfunktionalismus, mit undeutlichen und wechselnden Inhalten, im ganzen eine Suche nach erneuerbaren Strukturen von heutigen Problemeinschätzungen her, ohne daß dabei die vorgegebenen Systemgrenzen überschritten werden); ferner: *Die klassische Funktion des Internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, *RabelsZ* 36 (1972), 421–491 (*J.* beschreibt darin die Krise des IPR als Zerfall innerstaatlicher und internationaler Basistheorie); schließlich in: *ZHR* 140 (1976), 259–268 (Bespr. von *Ch. Kirchner*, *Internationale Marktaufteilungen*, 1975) und *ZHR* 138 (1974), 549–568 (Bespr. von *J. Gentinetta*, *Die lex fori internationaler Schiedsgerichte*, 1973) – *J.* kennzeichnet hier den Leerlauf traditioneller Anknüpfungen. Joerges hat bisher für seine Krisen-Kritik die Rationalitätsmuster und die Theoriekonzepte des kritisierten IPR-

4. *Kegels* Paradigma, so möchte ich es zusammenfassen, ist die prinzipielle Nachfolge in *Savignys* Paradigma-Wechsel (als »wissenschaftliche Revolution«) vom »politischen« Vernunftrecht zum »privaten« Vernunftrecht (Anknüpfung an Rechtsverhältnisse), methoden-theoretisch begleitet von einer ebenfalls prinzipiellen Übernahme der pragmatisch-funktionalistischen Interessenjurisprudenz *Ph. Hecks* (unter Übernahme selbstverständlich auch ihres Dilemmas: Interessen werten zu müssen, ohne die Wertungstheorie und Wertungsmethodologie präzisieren zu können/dürfen) sowie der Emanzipationsstrategie *E. Rabels*. In allen Ansätzen hat *G. Kegel* genau durchschaut, daß eine Ordnung (ein System) von Rechtssätzen (erst recht von Rechtssätzen über Rechtssätze) nicht aus den Inhalten solcher Rechtssätze »abgeleitet« werden kann, sondern vorrangig ist (als Meta-Rechtssatz-System). Nicht (genauer: nicht ausdrücklich) behandelt hat *G. Kegel* die *crux crucium*: wenn erst Anwendungsbedingungen eines Meta-Rechtssatz-Systems Inhaltsqualitäten von (Objekt-)Rechtssatz-Systemen zustande bringen, dann rücken die Inhaltsqualitäten *und* die Anwendungsbedingungen (und zwar: zugleich!) solcher Meta-Rechtssatz-Systeme ins Zentrum unseres Interesses. *Savigny* konnte sich auf den Geist seiner Zeit und die Einrichtung seiner Gesellschaft verlassen. *E. Rabel* ist nicht müde geworden, ihrem Zerfall im Wege universaler Rechtsvergleichung zu begegnen²⁶. *G. Kegel* hat unerbittlich-scharfsinnig gegen *Rabel* darauf bestanden, für solche universalistische (materialisierte) Rechtsvergleichung, die lediglich die *quaestio facti*, nicht aber die *quaestio iuris* löse, ihrerseits noch die Rechtfertigungsebene zu begründen und sie dann in letzter Instanz in seiner »kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit« gefunden. Bei dieser doppelten Emanzipation des Kollisionsrechts – vom materiellen Recht und von der universalisierten materialen Rechtsvergleichung – ist freilich die *quaestio iuris* nach wie vor unbeantwortet und so auch nicht zu beantworten. Zu suchen (zu finden) ist – dies als Kürzel für meine Thesen und meine Arbeitsweise – eine höchste Ebene (Ordnung, System) als letzte begründende und zugleich zu begründende Instanz für die Festlegung von Geltungsbedingungen von Rechtssätzen (ihren Inhalten nach); diese »Ordnung« ist nicht (kann nicht sein) von inhaltlicher Rechtssatzqualität, sondern – als Einheit von Meta- und Objektsystemen (und solche Einheit bleibt sie auch, wenn man sie methodologisch-analytisch trennt) – von Gesellschaftstheorie-Qualität als immer schon eingerichteter und ausgeübter sozialer Praxis selbst, mit zwar *begrenzten* (Strukturen!) Entwicklungsmöglichkeiten, aber jedenfalls stets mit mehr (anderen) Möglichkeiten als je verwirklicht sind. Für diese Art *praktischer Theorie* (als einer ständigen Aufgabe) benutze ich im Rechtsbereich als »obersten« inhaltlichen Begriff die Vokabel »*Wirtschaftsverfassungsrecht*« und als »obersten« methoden-theoretischen Begriff die Vokabel »*Rechtsgrundsätze*«. Beide schließen sich zusammen zu einem Konzept, das ich unter der Vokabel »*politische Rechtstheorie*« vertrete.

Paradigmas (noch) beibehalten; eine Theorie-Ebene, von der her die Chancen und Grenzen einer solchen Kritik aber ihrerseits noch (mit) zu reflektieren sind, so daß auch (noch) eine Krise von Krisen-Kritik und ihre Kritik (reflexiv) einschätzbar wird, ist vorläufig ein unerreichtes, durchweg nicht einmal gesuchtes Ziel; auf einige methoden-theoretische Grundlagenüberlegungen dazu zielt mein Beitrag hier.

²⁶ Zur »Rechtsvergleichung als Grundlagendisziplin der Rechtswissenschaft« neuestens *F. Kübler*, JZ 1977, 113–118.

Ich behaupte, daß ein Rechts-Grundsatz-Recht, das – selbstverständlich (s. dazu unter V) – auch den Durchgang im IPR von *Savigny* über *Heck* bis *G. Kegel* beherrscht hat, ohne solche gesellschafts-theoretische und methoden-theoretische Reflexionsarbeit nichts anderes sein (werden) kann als »politische Jurisprudenz« (»funktionierende« Natur-der-Sache-Jurisprudenz als Leben und Handeln »funktionierender« Juristen). Anders gewendet: *G. Kegel* ist weniger ein Jurist, der Begriffs- und Interessenjurisprudenz gleichrangig, weil gleich notwendig verwendet, als ein Jurist, der gegenüber Gesetz und Recht (konkret: IPR) denkenden Gehorsam übt; seine – wie guter Juristen überhaupt – Kategorien lassen sich mit Begriffs- und/oder Interessenjurisprudenz nicht stilisieren.

In den folgenden Überlegungen möchte ich auf den skizzierten Grundlagen noch drei Zusammenhänge kurz aufgreifen: einige Kennzeichnungen und Hintergründe von sich abzeichnenden Paradigma-Wechseln in der Vergangenheit (unter VIII), dann einige Anzeichen und Vordergründe eines sich – möglicherweise – abzeichnenden Paradigma-Wechsels in der Gegenwart (als Zeitgenossen können wir dabei selbstverständlich nicht die erst in Zukunft vergangene Gegenwart »paradigmatisch«, gar im Sinne eines Paradigma-Wechsels einschätzen) – dazu unter IX –, schließlich einige Hypothesen zu einer »modernen« Theorie von/für Praxis, die auf Universalisierung zielt, hier also vor allem auf IPR und WVR.

VIII.

1. Zwei Stimmen zur Paradigma-Problematik in der Rechtswissenschaft:

a) *Franz-Wieacker*²⁷: »Durch das Zusammentreffen dieser beiden Voraussetzungen« (*Wieacker* meint damit: einerseits *Savignys* von *Kant* entlehnten Begriff des subjektiven Rechts als unbedingter Herrschaft nur über geldwertes Vermögen, andererseits *Savignys* Methodenlehre, die seinem Rechtsbegriff genau entspreche, weil alle Zweckfreiheit gerade zum Rechts- und Sittlichkeitsbegriff gehöre, und die sich deshalb in ihrer Formalität des heimlichen Einverständnisses mit der Gesellschaft ihrer Zeit nicht zu vergewissern vermöge) »entsteht das Paradox, daß eine Rechtswissenschaft, deren Axiome genau der Struktur ihrer Gesellschaft entsprachen, es sich gleichzeitig durch ihren logischen Formalismus zum Prinzip machte, die Beziehung zur gesellschaftlichen Wirklichkeit mit ihren Werten, Interessen und Konflikten bewußt auszublenden.«

b) *Niklas Luhmann*²⁸: »Kriege mit falschen Fronten« (*Luhmann* meint z. B. den zwischen Begriffs- und Interessenjurisprudenz) »erzeugen oft irreparable Schäden, weil der Sieger einen falschen Sieg siegt und notwendige Systementwicklungsentscheidungen nicht getroffen werden. Als Erbe der Interessenjurisprudenz haben wir einige dogmatische Gewinne zu verzeichnen, vor allem aber einen Trend zu einer massiven und unreflektierten Soziologisierung der Rechtsanwendung, ohne daß die Soziologie selbst Instrumente oder Theorien dafür anlieferte. Diese Entwicklung wäre konsequent, wenn es wirklich nur darum geht, die faktischen Interessenlagen in der Gesellschaft gegenüber den aus Begriffen abgeleiteten Scheinargumenten zur Geltung zu bringen. Aber: Ist das nicht eine viel zu einfache Sicht auf das Problem? Die Wendung der Rechtstheorie, die *Rudolf von Ihering* eingeleitet hat, läßt sich so einfach nicht formulieren.« ... »*Iherings* Konzept der juristischen Konstruktion verlangt in seiner Konsequenz den Übergang zu einem anderen Systembegriff, nämlich die Auffassung des Rechtssystems als eines Systems der sozialen Realität,

27 Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution, Jur JB 9 (1968/69), 1–28 (9), mit leichten Änderungen wiederabgedruckt in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1974), S. 55–78 (61).

28 Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1974), S. 11 f.

als eines Teilsystems der Gesellschaft. Das Wort »Interesse« signalisiert diese Wendung, formuliert sie aber nicht ausreichend. Es geht darum, Systembildungsleistungen immer zunächst der Gesellschaft selbst zuzuschreiben und erst von dieser Voraussetzung her nach Leistungen der Selbstorganisation und Selbstabstraktion gesellschaftlicher Teilsysteme und nach den Bedingungen ihrer Möglichkeiten zu fragen.«

F. Wieacker beschreibt die frühe Station einer beginnenden Rückentwicklung von Gesellschaftstheorie als Rechtstheorie auf Methodologie als pragmatische Juristenalltagsarbeit, die aber gerade in dieser Qualität ihrer Gesellschaft voll und erfolgreich zur Verfügung steht. N. Luhmann kennzeichnet die – vorläufige – Endstation dieser Entwicklung, die auf erneuten Anschluß an Gesellschaftstheorie drängt, um erst dann wiederum brauchbare Alltagsprogramme (Dogmatik) für heute verbürgen zu können.

2. Aus F. Wieackers Bericht läßt sich lernen, wie (und warum) ein Paradigma – nach erfolgreichem Wechsel – aus der »revolutionären« in die Phase einer alltäglichen »normalen« Wissenschaft²⁹ (die Begriffe wiederum i. S. Th. Kuhns) gleitet. Aus N. Luhmanns Ansprüchen an einen fundamentalen Paradigmawechsel läßt sich die Belastung durch solche Ansprüche begründen. Eher symbolisch als unmittelbar hilfreich möchte ich in solcher Lage durch Verweisung auf eine »Paradigma«-Diskussion ein Interesse wecken für einen Erfahrungszusammenhang, der unsere zukünftige Arbeit mitzubestimmen verdiente. Denn wenn in den einflußreichen »Umrüstungs«-Zeiten unserer jüngeren Vergangenheit die (oben unter IV skizzierten) unentrinnbaren Grenzwert-Ambivalenzen einer Verfassungsneuorientierung als zugleich methodentheoretischer Neuorientierung eines allgemeinen Kollisionsrechts tatsächlich deutlich zutage getreten sind, so müßte für ein solches »Kollisionsrecht« der obersten Stufe der »Umsturz« durch den Faschismus eine unerschöpfliche und repräsentative Lernquelle für uns Juristen sein. Ich selbst finde sie, was den Gegenstand dieses Beitrags angeht, im »wirtschaftsverfassungsrechtlichen« Streit zwischen C. Schmitt und H. Heller 1932/33 und im »methodologischen« Streit zwischen Ph. Heck und E. Forsthoff 1935/36.

a) C. Schmitt sprach im November 1932 über »Gesunde Wirtschaft im starken Staat«³⁰. Seine These in einem Satz: der starke Staat sei die politische Einheit des Volkes als Ergebnis einer erfolgreichen Transformationsbewegung; in ihm erst könne Wirtschaft (als »gesunde«) die führende integrierte und integrierende Systemposition auf Dauer gewinnen. H. Heller kritisierte diese Position unter dem Titel »Autoritärer Liberalismus«³¹. Seine These in einem Satz: Der »totale Staat« sei eine Unmöglichkeit, hinter ihm verberge sich die kapitalistische Wirtschaft als »autoritärer Liberalismus«.

b) E. Forsthoff griff 1935³² vor allem die Interessenjurisprudenz Ph. Hecks an: sie passe nicht zur Weltanschauung des völkischen Staates, weil sie ausschließlich dem jeweils stärksten sozialen Interesse diene; in Ph. Heck habe sich das wirtschaftliche Denken vollendet. Ph. Heck verteidigte die Interessenjurisprudenz: eine neue nationalsozialistische Methoden-Theorie sei nicht nötig, die Interessenjurisprudenz stelle sie dar³³.

29 Unerschöpfliche Direktinformationen über Rechtswissenschaft als Produktion von Recht nach wie vor bei G. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht (I 1828, II 1837; Nachdruck 1965).

30 Mitteilungen des Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland und Westfalen, N.F. 21 (1932), 13–32.

31 Gesammelte Schriften (II, 1971), S. 643–653.

32 Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert, ZStW 96 (1935), 49–70.

33 Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Recht und Staat 118 (1936).

Prägnanter und kompromißloser lassen sich Fronten in Paradigma-Wechsel-anfälligen Zeiten durch Beteiligte wohl nicht besetzen³⁴. Sapiienti sat? Mag man über Sieg und Niederlage, Macht und Ohnmacht, Einsicht und Naivität damals so oder so urteilen, daß Begriffs- und Interessenjurisprudenz damit nichts zu tun hatten, sollte im Urteil nicht beliebig ausfallen dürfen. Denn die Messerprobe auf die Leistungskraft tradierter Juristenmethodologie einerseits und die Konsequenzen einer radikalisierten privaten Rechtsordnung als politischen Verfassungsprogramms andererseits sind die nach wie vor unbewältigten Jahrhundertfragen. Hier fallen unsere lebensgeschichtlichen und erst dann unsere wirtschaftsverfassungsrechtlichen und internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormentscheidungen. Vor allem aber: unsere Blicke auf einen »erfolgreichen« Paradigmawechsel zu Beginn des vorigen Jahrhunderts und auf einen »erfolglosen« Paradigmawechsel in den dreißiger Jahren unseres Jahrhunderts können kein Anlaß sein, strukturellen Wandel von Recht gleichsam zum selbstgerechten Paradigma-Wechsel zu entwickeln. Wichtiger und schwieriger ist es, die Anzeichen für strukturelle Defizite des bisherigen allgemeinen und obersten Kollisionsrechts und die Chancen wie auch Grenzen für die Veränderungsarbeit selbst zu präzisieren.

3. Für das Verhältnis von IPR und Verfassung kann – wiederum eher symbolisch als systematisch – als Exempel für Strukturwandel allgemeinen und obersten Kollisionsrechts der sog. Spanier-Fall dienen³⁵. Ein lediger spanischer Mann, der seit 1962 in der Bundesrepublik Deutschland lebte und 1967 den Austritt aus der katholischen Kirche erklärt hatte, und eine deutsche Frau, evangelisch, früher mit einem ebenfalls evangelischen Deutschen (nur standesamtlich) verheiratet, dann von ihm in Deutschland geschieden, haben, weil sie in Deutschland heiraten wollen, aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht heiraten durften, eine Zeit lang jenen Funken Grundsatzfeuer geschlagen, der zu Paradigma-Auseinandersetzungen zu gehören scheint. Inzwischen ist Alltags- und Funkstille wieder eingekehrt, ein sicheres Zeichen, daß Probleme von Paradigma-Wechsel-Qualität gar nicht anlagen.

Der Spanier-Fall ist freilich ein gutes Beispiel für falsche, schiefe, scheinhafte Paradigma-Fragestellungen, falsch und schief deshalb, weil nicht »neue Tatsachen« alte Theorien ins Wanken bringen oder weil »neue Theorien« sich *ihre* Tatsachen gefügig machen, sondern weil schlicht die »angemessene« – ebenso zulässige wie gut begründbare – Problemlösung nicht »funktioniert« hat. Ohne eine Serie »falscher«, jedenfalls sehr gut ablehnbarer und (weil!?) praktisch bekämpfbarer BGH-Entscheidungen wäre das Bundesverfassungsgericht nicht tätig geworden. Aber solche Diskrepanzen sind üblicherweise frühe Symptome für tiefer sitzende »Leiden«, so wie eine Krisen-Diskussion nicht lediglich und nicht stets Krisen nur beschwört, sondern sie auch aufdeckt.

34 So wie es im Streit *Schmitt/Heller* um die »richtige« Gesellschaft geht, so im Streit *Forsthoff/Heck* um die »richtigen« Juristen für diese Gesellschaft; zu diesem Zusammenhang jetzt gründlich *I. Maus*, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus (1976); *C. Schmitt* über Savigny (in: Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, [1943/44], Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Aufl. (1973), S. 386–429, bes. S. 408 ff.): Konkretes Ordnungsdenken (unter Bezugnahme auf Savignys These, der »Stand der Juristen« werde zum »Subjekt für lebendiges Gewohnheitsrecht, also für wahren Fortschritt«); eindeutig insoweit auch *E. Forsthoff*, Recht und Sprache, 1940.

35 BVerfGE 31, 58–87 (4. 5. 1971).

Hier soll die Spanier-Fall-Diskussion deshalb auch keine Neuauflage erhalten³⁶. Von bleibendem Interesse sind vielmehr einige damals aufgebrochene Symptome tieferer Leidenschaft, die schon 1971 (und auch seither) nicht berührt worden sind.

a) Die »privaten« Kollisionsrechtler sehen in »Verfassung« nur die politische Organisation für Regierungsgewalt, vergänglich wie alles »Politische« auch sonst, und im »IPR« gespeicherte, Beständigkeit verbürgende Fallereferenzen, orientiert an dauerhaft-zeitlosen Rechtskonzeptionen (Gerechtigkeit selbst). Die »politischen« Verfassungsrechtler sehen im »IPR« das einfache Gesetz (neben zahllosen anderen) und in der »Verfassung« die alles soziale Leben, nicht einmal auf die Bundesrepublik beschränkbar, durchdringende Rechtsgrundordnung.

So kamen und kommen aus der Sicht von Verfassungsrecht die methoden-theoretischen grundsatzkollisionsrechtlichen Vor-Erfahrungen des IPR und aus der Sicht von IPR die »Verallgemeinerungen« von Grundsatzkollisionsrecht als umfassende Gesellschafts-Verfassung nicht folgenreich zur Geltung.

b) Das BVerfG kann nicht (und hat es auch nicht getan) IPR oder ausländisches Recht »verwalten«. Es interpretiert und löst politischen (als rechtlichen) Problemdruck, signalisiert anderen politischen Instanzen »Erwartungen«, verändert das Orientierungsklima und »regelt« soziale Gesamtsituationsschwierigkeiten, kurzum: es wendet »die« (»seine«!?) Verfassungstheorie der Bundesrepublik auf Vor-Fälle an (zur Bedeutung s. o. unter IV und VI). Denn ob jener Spanier jene Deutsche in Deutschland soll heiraten können, setzt nicht weniger voraus als eine Verfassungs-Kollisionsnorm³⁷ (nicht eine Kollisionsnorm für die Verfassung!) *oberhalb* Artikel 6 GG wie Artikel 4 GG, von der her erst eine Problemeinschätzung, ob eigentlich »Ehe/Familie« oder aber »Religion« betroffen sei, möglich ist; genau solche Problemeinschätzung ist immer schon vorgängig bestimmt durch »komplexere« Sichtweisen für höherrangige (»allgemeine«), letztlich »gesamtverfassungs-rechtliche« Orientierungen, wie sie umgekehrt auch auf solche Orientierungen zurückwirkt. Konkreter: Im Spanier-Fall schieben sich in die Entscheidungen Problemlösungen zur Integrationspolitik von Gastarbeitern, internationalen Beziehung nicht nur zu Spanien oder/und zum Vatikan, lang- und mittelfristigen Arbeitsmarktstrategie, sozialen Pazifizierung usw., usw., mithin ein Set von — sicherlich nicht rein »rechtlichen« — Gesichtspunkten und Folgenüberlegungen, die aber ihrerseits

36 »Embarras de richesse« — so G. Kegel, *RabelsZ* 36 (1972), 27—34; er empfindet deutlich den Grundkonflikt von gesellschaftspolitischem Zwecksteuerungsrecht und privatrechtlichem selbstgerechten IPR.

37 H. Bernstein, Ein Kollisionsrecht für die Verfassung, *NJW* 1965, 2273—2276; im Verhältnis deutscher Verfassungsgrundrechte und europäischen Gemeinschaftsrechts entwickelt sich im Anschluß an BVerfGE 37, 271 ein Grundsatzstreit gleichsam zu einem »Kollisionsrecht für die EG-Verfassung«, während in Wahrheit betroffen ist die Ablösung kollisionsrechtlicher Fragen eines älteren Typs (*Vorrang* EG oder staatlicher Grundrechte?) durch solche eines neueren Typs (Aufbau einer Meta-Verfassung, die für Kompatibilitäten nationalen wie europäischen Verfassungsrechts sorgt); aller Streit betrifft ausschließlich den Kampf um den Aufbau und den Inhalt dieser Verfassung (als Kollisionsrecht); ein repräsentativer Beitrag dazu: B. Börner, *NJW* 1976, 2041—2048; ausdrücklich »für ein europäisches Grundgesetz« plädiert jetzt G. Brunner, *FAZ* v. 24. 9. 77, S. 10/11.

erst die »rein« rechtliche (dogmatische, alltägliche) Entscheidungsbegründung – mittelbar – ermöglichen.

Natürlich ist auch ein BVerfG auf »Recht« als Kategorie angewiesen. Es mobilisiert heute gern und oft *Grundrechte*, um sie freilich »makroökonomisch«, »gesamtgeseftlich«, »sozialverträglich«, »international-beziehungspolitisch« zu extrapolieren, d. h. genauer: mit ihrer Hilfe ad hoc und zugleich verallgemeinerungsfähig Meta-Verfassungsrecht als Methodologie wie als Inhaltsordnung zu konstruieren, um dann – mit Hilfe solcher Theorie und Methode – Einzel-Fall-Entscheidungen »abzuleiten«. Verfassungsrecht ist selbstgerechtes Meta-Kollisionsrecht für alles (auch IPR, unter Bedingungen selbstverständlich) und für jedermann (auch Spanier, unter Bedingungen selbstverständlich). Diesen Zusammenhang habe ich als »Wirtschaftsverfassung« und als »Rechtsgrundsätze«, beide als allgemeines Kollisionsrecht begriffen, gekennzeichnet. Er rechtfertigt die thematische Verbindung von WVR und IPR unter dem methoden-theoretischen Bezug auf Begriffs- und Interessenjurisprudenz als *Problem*.

c) Am wenigsten aufgenommen (schon 1971, erst recht seither) ist ein Grundsatz-Konflikt, der weder »Verfassungsrecht« noch »IPR« zu berühren scheint, eine Art Zwei-Reiche-Lehre, die immer ein verlässliches Zeichen für Paradigma-Wechsel darstellt. IPR hat es zu tun und will es zu tun haben mit »Juristen« bestimmter Prägungen, Erfahrungen, Orientierungen, Ausbildung, »Praxis«, kurzum: mit Juristen seines *Paradigmas*. Verfassungsrecht hat es zu tun und will es zu tun haben mit »Juristen« seines *Paradigmas*. Eine solche Zwei-Reiche-Lehre entschied den Paradigma-Wechsel zu *Savignys* Zeiten, wie in jüngster Zeit *Udo Wolter*³⁸ minuziös herausgearbeitet hat. Damals stritt nicht »Rechtsverhältnistheorie« gegen »Statutentheorie«, sondern – in einem Satz – neuere gegen ältere *Rechtsquellentheorie* als Arsenal für/von *Juristenpraxis*. Die Ausspielung von – 'mal als ältere, 'mal als jüngere Schicht qualifiziert – kanonischem gegen römisches Recht und umgekehrt hat nie und auf keinem Felde diese zwei *Bereiche* kollisionsrechtlich »geregelt«, sondern spiegelt *zwei Reiche* unterschiedlich orientierter und praktizierender Juristen mit unterschiedlichen Weltbildern, Verfügungsmaterialien (»Quellen«-Texten), und »praktisch-politischen« Aufgaben in *ihrer* Gegenwart und für *ihre* Zukunft. Schärfere formuliert: *Savigny* war nicht weniger »methodologischer Bigamist«, wie man später *Pb. Heck* beschimpft hat, d. h.: beide orientieren sich »historisch« wie »systematisch«, in Wahrheit aber immer und primär als führende Juristen ihrer Zeit an *ihrer* eigenen praktischen Vernunft, Klugheit, ihrem Weitblick, und nichts als der »Erfolg« gibt ihnen schließlich recht. Von solcher Qualität ist auch die heutige methoden-theoretische wie wirtschaftsverfassungsrechtliche Zwei-Reiche-Front. Pointierter: Nicht Vorrang des GG vor IPR oder des IPR vor GG steht zur Debatte, sondern eine gesamtgesellschaftliche »Verfassung« (diese vertreten von – als GG-Juristen stilisierbaren – Bürgern) gegen eine andere gesamtgesellschaftliche »Verfassung« (diese vertreten von – als IPR-Juristen stilisierbaren – Bürgern). »Private (auch internationale) Rechtsgesellschaft« gegen »politische (auch internationale) Rechtsgesellschaft« sind mißverständliche, aber nicht unpassende Umschreibungen der Lager, die als oberste Kollisionsrechtler im IPR und WVR um Zuständigkeiten und »Erfolg« rivali-

38 *Ius canonicum in iure civili* (1975).

sieren, freilich – und das war mein Gegenstand – unter Paradigmaspielregeln. »Professionalisierung von Juristen«, ihre Kompetenzen, ihre Fach- und Zunft-Organisationen, ihre öffentliche Effizienz, ihre *Praxis* als letzte Legitimation von Praxis selbst sind mithin die »Kollisionsnormen«, unter denen Juristen operieren, eine »selbstgerechte Paradigma-Norm« in praxi. Anders sind Funktionsbedingungen selbstverständlich auch gar nicht denkbar. Zum Problem wird ausschließlich, wie eine solche gesellschaftliche Systemteilwelt »lernfähig« (und zwar über sich selbst, also selbstreflexiv, nicht linear, also durch Belehrung je der Außenwelt nur) wird und bleibt.

4. In den folgenden – ausgewählten, aber vielleicht wichtigsten – Stichworten geht es mir deshalb auch nicht darum, zu beanspruchen, »überzeugende« »Argumente« (Überzeugung und Argument sind ja ihrerseits abhängige Größen) etwa für einen Paradigma-Wechsel vorzustellen. Die angeregte Grundlagendiskussion muß sich ihrerseits selbst rechtfertigen oder bleibt »erfolglos«, hat also »unrecht«. Diese Stichworte sind geläufig. Es käme nur darauf an, sie im IPR und WVR systematischer und grundsätzlicher heranzuziehen.

a) Durchgehende Transformationen von »Kausalität« (juristisch: adäquate Kausalität, soziale Adäquanz usw.) zu »Verhältnismäßigkeits«-Bestimmungen (d. h. »Funktionalitäten« i. S. »objektiver Möglichkeiten«, die systembegrenzt in der Rechtswelt die bisher konstitutiven »subjektiven Möglichkeiten« (Leben aus subjektiven Rechten) ablösen, ergänzen, überholen). In WVR und IPR hieße das, gesamtgesellschaftliche Voraussetzungen für die Entfaltung privater Autonomie in den Vordergrund zu rücken.

b) *Normzweck*-Strategien kündigen durchgehende Abhängigkeiten juristischer Strategien von außerjuristischen, sozialen *Systemreferenzen* an. In WVR und IPR hieße das, methoden-theoretisch die Abhängigkeiten der Rechtssatz-Produktionen von den vorausgesetzten Sozialtheorien in den Vordergrund zu rücken.

c) *Folgenreflexion* beansprucht, Zukunftsorientierung (Planung) in die von Haus aus gerade folgen-entlastete Rechtswelt einzubeziehen. Zweckprogramme anstelle von Konditionalprogrammen sind ein Stichwort für diese außerordentlich umstrittene Tendenz. In WVR und IPR hieße das, Entscheidungsarbeit auf Vernetzungen von Auswirkungen zu beziehen. Es kann bedeuten, daß Rechtsarbeit als isolierte Einzelfallarbeit ganz oder jedenfalls stärker in den Hintergrund tritt.

d) *Legitimation durch Verfahren* ist ein – wiederum umstrittenes – Schlagwort, unter dem Rückzug juristischer Entscheidungsprogramme aus der normativen (Gerechtigkeit als Ideal) in eine Wirkungs-Perspektive (erfolgreiche Sozialhilfe als gesellschaftliche Teilleistung) proklamiert wird. In WVR und IPR hieße das, vor allem zu fragen, ob wir das nicht schon längst (aber vielleicht nicht »erfolgreich«) tun.

5. Die Liste läßt sich erheblich verlängern. Unter allen Stichworten handelt es sich um Einsichten darin, daß wir Juristen nicht tun, was wir zu tun vorgeben, z. B. Interessen abzuwägen (das geht nicht, jedenfalls nicht mit Interessenjurisprudenz)³⁹, Normen an-

39 Zur Unfähigkeit der Interessenjurisprudenz, Interessen »abzuwägen«, neuestens G. Struck, *Interessenabwägung als Methode*, in: *Dogmatik und Methode*, Festschr. Esser (1975), S. 171–191; vgl. dort auch die Arbeiten zur Einschätzung heutiger Funktionen von Dogmatik von

zuwenden (das geht nicht, jedenfalls nicht mit unseren Instrumentarien), gerechte Entscheidungen zu fällen (das geht nicht, jedenfalls nicht mit gutem Willen, geradem Sinn und warmem Herzen allein). Jedes Kollisionsrecht ist prinzipiell in der Gefahr, statt Güter-»Abwägung« schlicht »Guts«-Abwägung zu betreiben, d. h. allgemeiner: *ein* Interesse avanciert zugleich – als allgemeines (jedenfalls allgemeineres) zum Schiedsrichter über sich selbst und die Konkurrenten. In unserer Zeit wäre aber zumindest erforderlich, solche Welt selbstgerechter Kollisionsnormen genauer zu durchschauen und ein unverzichtbares »selbstgerechtes Meta-Systemrecht« zu legitimieren. Das ist die methodentheoretische Aufgabe. Die inhaltliche (wirtschaftsverfassungsrechtliche) Aufgabe ist es, den sozialen Kampf um homogene Interessen, um verallgemeinerungsfähige Interessen zumindest, unter Bedingungen zu bringen und zu halten, in denen nicht die selbsternannten Schiedsrichter von gestern bestimmen, welche Spiele wie stattzufinden haben. Geltungsbedingungen für die Verallgemeinerungsfähigkeit von Interessen wären darum das Geschäft der Wissenschaft, auch und gerade im IPR und WVR.

IX.

1. IPR in Krisen? Die es sagen, sind eine Minderheit, erfolglos, ohnmächtig. Die Kritik solchen Krisengeredes (solcher Kritiker) ist erfolgreich als »herrschende« Theorie und als eingerichtete und ausgeübte Praxis. Soll wissenschaftliche Auseinandersetzung nicht lediglich auf Erfolg, Durchsetzung, Ablösung angewiesen sein, letztlich also auf sozialen Machtkampf, müßte sie sich auf *Foren* einlassen, vor denen über die Krise, dann auch die Kritik der Krise, folgerichtig weiterhin über eine Krise der Kritik der Krise oder – fortsetzbar – eine Kritik der Krise der Kritik der Krise, verbindlich und folgenreich zu streiten wäre. Die Verfahrensordnung und maßgeblichen Kollisionsnormen dafür werden üblicherweise als »wissenschaftlicher Pluralismus« umschrieben. Überlegungen in den früheren Abschnitten haben vielleicht deutlich machen können, was davon (und warum) zu halten ist. Eine Alternative dazu könnte es sein (oder werden), herrschende Konzeptionen verbindlich und folgenreich an ihren eigenen Maßstäben und an ihren Erfolgen »infrage« stellen zu lassen. Das ist im Ansatz die Paradigma-Konzeption. Im IPR wie WVR hieße es, Probleme und Problemlösungen vorzustellen, an denen sich Kritiker und Kritisierte alternativ versuchen. Freilich, diese Chance kann nicht als Praxis, nicht als Realität bestehen: Man kann nicht deutsch-türkische Verlobte zugleich (und alternativ) nach Heimatrechten und Ortsrecht »verheiraten«. Und weil die eingerichtete und ausgeübte Praxis *handelt*, ihre Kritiker aber nur *reden*, setzt sich das Ungleichgewicht noch in der Einschätzung eines Problems als »Problem« selbstverständlich fort, einer Problemlösung als »einfacher«, »besser«, »praktischer«, »gerechter« usw. Genauer und tiefer: es mag »einfacher«, »praktischer« usw. sein, einen Deutschen und

R. Dubischar, W. Futter, J. Köndgen, D. de Lazzer, E. Schmidt; Umriss einer juristischen Argumentationstheorie jetzt bei *G. Struck*, Zur Theorie juristischer Argumentation (1977), und *Ch. Clemens*, Strukturen juristischer Argumentation (1977); zur »Abwägungs«-Problematik im Verfassungsrecht (als Zeichen, daß es nicht mehr [wie im IPR] um Konkurrenzen an sich verträglicher, sondern um Rivalitäten unverträglicher Geltungsansprüche geht, also um Verfassung als Kollisionsrecht) neuestens *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht (1976), und *W. Rüfner*, Grundrechtskonflikte, in: *Starck* (wie oben Fn. 8), S. 453–479.

eine Türkin in Deutschland nach deutschem Recht die Ehe schließen zu lassen als unter Beachtung beider Heimatrechte. Mit einer solchen Lösung sind aber wie in einem Brennpunkt alle Systemteile der rivalisierenden Lösungen im ganzen mit angewendet (entsprechend: gegeneinander ausgespielt), also z. B. ein voll ausgebautes Privatrecht in dem einen, ein voll ausgebautes Verwaltungsrecht in dem anderen Falle. Die Kriterien »leichter«, »erfolgreicher«, »praktischer« usw. beziehen sich auf das Gesamtsystem in allen seinen Einzelentfaltungen, nicht auf den Einzelercheinungsfall. Entsprechend ist Kritik und Krise eines Systems auch nur beziehbar auf solche vermittelten Zusammenhänge von »Ganzem« und allen »Teilen«. Der Kreis schließt sich erneut: je komplexer, undurchdringlicher, unveränderlicher, also buchstäblich unverbesserlicher die eingerichtete und ausgeübte Praxis in ihre »Theorie« eingebettet ist, desto folgenloser die »theoretische« Kritik an solcher Praxis, desto aussichtsreicher, wenn überhaupt, nur ein Umbau der organisiert-institutionellen Verfahrensweisen, entsprechend der Handlungsorientierungen (z. B. an Routine-Rollen), der Ausbildungsvoraussetzungen für »Nachwuchs« usw. Trotz (besser: gerade wegen) solcher Schranken möchte ich an einigen (viel diskutierten) Beispielen ein solches Verhältnis von »konstruktiver« Praxis und »kritischer« Theorie kurz vorstellen.

2. Beispiele für Schwierigkeiten und Schwächen eines Systems gelten für Kritiker selbstverständlich immer als exemplarische und repräsentative Strukturdefizite, für Kritisierte sind sie ebenso selbstverständlich Ausnahmen von Regeln (meist sogar als Bestätigung), Gebietsfremde (vom IPR her z. B. dann an Internationales Verfahrensrecht, Völkerrecht, Rechtsvereinheitlichung, Transnational- oder Vergemeinschaftungsrecht abzugeben), »Sonder«-Bereiche (das IPR hat sich geradezu um den Preis von Sonderanknüpfungen in seiner klassischen Reinheit erhalten können, freilich mit der Gefährdung, schließlich als Allgemein-(Regel)-Feld auf Null zu schrumpfen). An diesem Spiel möchte ich mich nicht beteiligen. Meine Beispiele wollen Leidens-Sitze an Symptomen kennzeichnen, wiederum, wie hier nicht anders möglich, durch Verweisung auf fremde Forschungsprogramme oder Arbeitsergebnisse. Ich greife — stellvertretend für zahllose — drei Muster heraus.

a) Das »stille« (private) IPR — in Deutschland im wesentlichen als Familien- und Erbrecht, in den USA eher als Deliktsrecht betroffen — gilt als Paradigma-immun. Jüngst ist *Sp. Simitis*⁴⁰, in der Form äußerst behutsam, in der Sache unnachdsichtig, dadurch in diese Idylle eingebrochen, daß er die *praktische* Wurzel des geltenden IPR freilegt, Gutachten als Entscheidungsprogramme. Seine These in einem Satz: Gutachten seien unentbehrlich, noch weniger entbehrlich sei ein »Kollisionsrecht«, das sie entbehrlich mache. Schaut man seine Analysen und Vorschläge genauer an, so tritt eine Ambivalenz zutage, die noch in der Kritik das Kritisierte nachahmt: »rechtlich« läßt *Simitis* alles beim alten, »politisch« ändert er es grundstürzend um (wie IPR es auf seine Weise auch tut!). *Simitis* ist für »neues« IPR, aber gegen jede »politische« neue Schule, er ist für lex-fori-Programme, aber nicht prinzipiell und durchgehend, er ist gegen abstrakte Regeln, aber nicht für eine (von den stattdessen geforderten konkreten Fallstrukturen her eigentlich ihrerseits erforderte) neue IPR-Methodologie. Des Rätsels Lösung ergibt

40 Über die Entscheidungsfindung im internationalen Privatrecht, StAZ 1976, 6—15.

sich aus der eindringlichen und überzeugenden »politischen« Sichtweise. *Simitis* durchschaut die durchgehende Ablösung einer von Normen gesteuerten Fall-Entscheidungs-Praxis durch — national wie international — *organisierte* Problemlösungsinstitutionen. In seinem Beitrag ist im Kern betroffen die Arbeit, als Praxis, von Standesbeamten in Bereichen, die von Teileingliederungen der Gastarbeiter als sozialem und komplexem Dauerproblem bestimmt wird. *Simitis* durchschaut allgemeiner, also auch unabhängig von Standesbeamten und Gastarbeitern, den Zusammenhang von »Recht« und Organisationsstrukturen alltäglicher Berufsarbeit, in denen es um Orientierungen, Identifikationen (Entfremdungen) von Behörden (als Allgemeinbegriff für »Verwaltung«) geht, die nicht (mehr) selbst handeln können, noch weniger freilich als »Verkäufer« vorproduzierter Güter (Vorproduktion z. B. auch durch »Gutachten« als Rahmenrichtlinien, Orientierungsleitlinien usw.) handeln und leben können, weil sie sich direkter Kommunikation, d. h. auch: eigener Kompetenz, Überzeugungsstärke, »erfolgreicher« Sozialarbeit nicht entziehen können. Das Problem betrifft heute alle *Ämter*⁴¹ (also nicht lediglich im öffentlich-rechtlichen Sinne!) und wurzelt in den Verhältnis-Beziehungen von Teil-Systemen je zu ihren Umwelten, die von Handlungs-Programmen bestimmt werden, welche hohe Beliebigkeiten in der Einzelentscheidung erfordern und gewährleisten, aber ebenso korrekt und perfekt den Anschluß an übergreifende Allgemein-Programme einhalten und »bewähren« müssen. Solche *Praxis* wird nicht von »Rechtsregeln«, die nach Art ein- oder zweiseitiger Kollisionsnormen Sachverhalte mit Kollisionsnormen »verknüpfen«, gesteuert, sondern von einer Theorie von Praxis selbst, die dauernden Anschluß an Gesellschaftstheorie (ebenfalls als Praxis) ebenso gewährleistet wie von ihr im Alltag — dogmatisch, »normal« — als abgekoppelt gelten und nur darin »erfolgreich« funktionieren kann.

b) *Multinationale Unternehmen*⁴², von der Parteien Gunst und Haß verwirrt, schwankt ihr Charakterbild, sind Lieblings- wie Stiefkinder von IPR und WVR zu-

41 Zu einer Umorientierung des IPR kraft Einsichten in veränderte Positionen und Funktionen von Richtern vgl. *A. Flessner*, Fakultatives Kollisionsrecht, *RabelsZ* 34 (1970), 547—584.

42 Zum systemtheoretischen Zugriff auf »Die Weltgesellschaft« vgl. *N. Luhmann*, ARSP 1971, 1—35; alle einschlägigen traditionellen Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Wirtschaftsrecht behandelt *B. Grossfeld*, Praxis des Internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts (1975); moderneren IPR-Problemen von »Multis« geht nach *E. Rehbinder*, Das auf multinationale Unternehmen anwendbare Recht, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974 (1974), S. 124—154; zum einschlägigen Währungsrecht jetzt *N. Horn* (Hrsg.), Monetäre Probleme im internationalen Handel und Kapitalverkehr (1975); zu »politischen« Grundfragen *E. Piehl*, Multinationale Konzerne und Internationale Gewerkschaftsbewegung (1974), und *V. Bethkel* *S. Kroopmann*, Multinationale Unternehmen und Entwicklungsländer (1975); die langfristige Entwicklungsalternative von Wettbewerbsfreiheit und Wirtschaftsstrukturpolitik präzisiert *E.-J. Mestmäcker*, Multinationale Unternehmen im nationalen und internationalen Wirtschaftsrecht, in: Recht und Macht in Politik und Wirtschaft (1976), S. 109—135; *L. Raiser*, Der Ordnungsrahmen des Internationalen Wirtschaftsrechts, *Festschr. Böhm* (1975), S. 485—497, beschreibt eine Situation lautloser Weltwirtschaftsverfassung, die den Industrieländern einseitig zugute komme und der man zumindest mit Verhaltensmaximen als Rechtsgrundsätzen entgegenwirken müsse; *R. Knieper*, Weltmarkt, Wirtschaftsrecht und Nationalstaat (1976), zielt, vordergründig am Beispiel multinationalaler Unternehmen, auf eine universalisierbare linke »Staats«-Theorie als Weltgesellschaftskritik mit langfristigen Strategieperspektiven.

gleich. Zu fragen, ob sie *unter* staatlichen Rechten oder *über* staatlichen Rechten (ketzerischer noch: oder *mit* staatlichen Rechten) handelten, verstrickt in Hilflosigkeiten (in praxi) und phantastische Konstruktionen (auf Papier). Internationales Gesellschaftsrecht als Teil des IPR wird mit der Problematik so wenig fertig (wer IPR-Anknüpfungen seinerseits erfolgreich verknüpfen kann, braucht von Kollisionsnormen nichts zu befürchten, die bestenfalls Verweisungen analytisch-tautologischer »Einseitigkeit« »to whom it may concern« zustande bringen können, also für Multis an Multis!) wie WVR als in internationaler (Wirtschafts-)Umwelt wirkendes Sozialsystem (das magische Viereck von Wachstum, Inflation, Arbeitslosigkeit, Außenhandel findet in Multis geradezu seine Meta-Magie).

Das Hoffnungsprogramm der politischen Ökonomie des 18. und 19. Jahrhunderts, daß nämlich eine Balance von politischer Herrschaft im Inneren und nach außen und ökonomischer Wohlfahrt im Inneren wie nach außen *auch* international »Freiheit« unter »Rechtsgesetzen« verbürge, ist (noch?) nicht erfüllt. Ansätze zu einer Weltwirtschaftsordnung im 20. Jahrhundert sind bislang gescheitert. Die gegenwärtige Hoffnung, Verhaltenskodices der Multis, gleichsam als Selbstbeschränkungsabkommen der »verträglichen« Vernunft und Klugheit, muß sich entweder zum Eingeständnis entwickeln, erst die Multis seien die wahren Weltbürger in einer freien Weltbürgergesellschaft, oder auf ein ungemein anstrengendes und langfristiges Arbeitsprogramm einlassen, an dem IPR und WVR wohl nur in neuen Anteilsrollen beteiligt sein werden. Was, wenn deutsches Mitbestimmungsrecht wegen Verstoßes gegen ein deutsch-amerikanisches Handelsabkommen völkerrechtswidrig ist? Was, wenn eine einzige Rieseninvestition tausende Arbeitsplätze im Land X schafft, in Deutschland »wegrationalisiert«? Was, wenn Gewinnverlagerungen aus drei Jahren die Deutsche Bundesbank um ihren Schlaf bringen? Nicht, daß irgend jemand Antworten haben sollte, ist der Sinn solcher Fragen. Nur: in der Anwendung staatlichen Rechts oder in der Freiheit von staatlichem Recht sind die Antworten sicher nicht zu finden. Unsere jüngere Geschichte hieß, daß eine soziale Systemeinheit (»Staat«) sich mühsam im Inneren bändigte und Verträglichkeit mit der Außenwelt suchte. Multis sind kein »Über«staat, aber sie unterlaufen, überspielen, nutzen eine ungeordnete, unregelte Staaten-Welt. Deswegen ist die Beschreibung internationalen Wirtschaftskollisionsrechts, z. B. durch G. Kegel, in Form von Anwendungen z. B. des Steuer-, Enteignungs-, Währungs-, Wettbewerbsbeschränkungs-, Embargorechts usw., im ganzen Extrapolation aus der Liebes-Ehe einer Französin mit einem Italiener, die beide gern im Dom von Schleswig getraut werden möchten. Dies wahrlich nicht als Spott, sondern eher als Ausdruck von Ohnmacht und Resignation. Zur Zeit scheinen nämlich die großen Alternativen zu werden: (west-)weltweites Wettbewerbsfreiheitsrecht als universalisierbare Wirtschaftsverfassung, vielleicht angestoßen durch EG, einerseits, nationale und internationale Bündnispolitik als politisch-ökonomische Struktur- und Regionalpolitik andererseits. Im Keim ist es die — alte wie neue — Alternative von »Privatrechtsgesellschaft« und »politischer Gesellschaft«. Die — längst schon »international« bestimmten — Nationalentwicklungstendenzen (WVR) schlagen selbstverständlich und ständig auf die — immer noch national bestimmten — Internationalrechtseentwicklungen (darunter IPR) zurück. Das gilt auch umgekehrt. Ein Meta-(»Welt«-) Systemkollisionsrecht (WVR plus IPR) also? Als Problem und Aufgabe (für »revolu-

tionäre« Wissenschaft) sicherlich, als Lösungsrezept (für »normale Wissenschaft«) sicherlich nicht.

c) *Entwicklungshilfe und Rohstoffversorgung*⁴³ entscheiden heute über Gedeih und Verderb der »Industriestaaten« in ihrem Einfluß auf wie in ihrer Beeinflussung durch »Entwicklungsländer«. Auf diesem Felde laufen wiederum WVR und IPR mit ihren Kollisionsnormen zwar nicht leer, aber weithin und buchstäblich auf. Als Entwicklungstendenz scheint sich in wachsendem Maße herauszustellen eine Wende weg vom traditionellen »IPR«, begriffen als je bilateral fungierendem Verkehrsprivatrecht, hin zu — vor allem über institutionell-organisierte Verfahren gesteuerten — Vernetzungen von Interessen und Nutzen der Beteiligten und Betroffenen. Nicht, als Beispiele, die vertragliche Lieferung von X gegen Lieferung Y, nicht die Gründung einer juristischen Person in A oder B usw., sondern, z. B., der Aufbau von Eigenproduktionsanlagen in der Rechtsform X unter graduellen Umsetzungen der Kapitalbeteiligung, partieller Belieferung mit technologischem know-how, Anlernen landeseigener Führungskräfte, einzugehenden Abnahmeverpflichtungen, flankierenden Sicherungsverträgen, staatlichen Subventionen, internationalen Abkommen — solche Serien von Programmen bestimmen eine globale *Organisation* von Zwecken und Mitteln, bei der alle betroffenen Interessen gerade ihrer prozeßpolitisch, nicht inhaltsrechtlich festgelegten Vergemeinschaftung wegen je ihr *suum* finden. Im Kern sind Transformationsprozesse von Kontrakt-Programmen zu Organisations- und Verfahrensprogrammen betroffen. Nicht der je einmalige Tausch von Gütern, sondern die planmäßig-langfristige, im Rahmen festgelegte und gesicherte Verlaufsgeschichte von zu verwirklichenden Projekten rückt in den Vordergrund. Möglicherweise spiegelt sich in solcher Entwicklung die sich ohnehin abzeichnende Transformation von *Kontraktverfassungsrecht*, d. h. klassischem »Privatrecht«, in *Organisationsverfassungsrecht*, d. h. »modernes« Nichtprivatrecht. Davon sind nicht die Einzelheiten schon gut greifbar, die Tendenz aber überdeutlich. Ob man insoweit von stiller Auszehrung des IPR oder von Politisierung des Rechts oder gar von Paradigma-Wechsel spricht oder in Zukunft sprechen kann, schlägt wenig angesichts der konkreteren Aufgaben, die in WVR wie IPR anstehen und zunächst ganze Bündel von Feldforschungen und Aufarbeitungen erfordern, bevor erneut »dogmatisch«-methodologische alltägliche Anwendungsarbeit folgen kann. Paradigmatische Arbeit ist es in einem buchstäblichen Sinne.

X.

Begriffs- oder Interessenjurisprudenz als falsche Fronten in IPR und WVR — so mein Thema als These. In den Schilderungen und Einschätzungen unter I—IX habe ich versucht, die entscheidenden Daten und Bedingungen für eine Begründung zusammenzustellen. Verfassungsrecht (Gesellschaftstheorie) als (auch international bezogenes) Kollisions-

43 Zur Transformation von IPR in ein Wirtschaftsintegrationsrecht als Entwicklungsvölkerrecht jenseits des bisherigen Wirtschaftsvölkerrechts jetzt vor allem *E. Petersmann*, Internationales Wirtschaftsintegrationsrecht (1974); eine erste großangelegte Neueinschätzung moderner Tendenzen im Recht internationaler Rohstofferschließung und Entwicklungshilfe jüngst bei *Ch. Kirchner, E. Schanze, F. G. von Schlabrendorff, A. Stockmayer, Th. W. Wälde, M. Fritzsche, R. Patzina*, Rohstofferschließungsvorhaben in Entwicklungsländern (I, 1977), s. dort bes. S. 301 ff. zur Differenz von Kontrakt- und Organisationsverfassung.

recht und IPR als (auch national bezogene) Gesellschaftstheorie (Verfassung) finden methoden-theoretisch in *Rechtsgrundsätzen* und gesellschafts-theoretisch (inhaltsrechtlich) in »*Wirtschaftsverfassungsrecht II*« ihre verbindende oberste Einheit, in meiner Terminologie: »politische Rechtstheorie« als »System«-theorie. Nimmt man den paradigmatischen Rahmen von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftsgeschichte, Wissenschaftssoziologie ernst, wie hier vorgeschlagen, so kann es sich nur um eine *praktische Theorie* handeln. Zum Abschluß deshalb, als Ergebnis und Zusammenfassung zugleich, kurz ihre wichtigsten Elemente.

1. Angewendet werden im Recht Grundsätze (Wissenschaft = System = Dogmatik) und nicht »Gesetze«. Solche Anwendungsarbeit trifft im Wege von Regel-Ausnahme-Handeln (nach allerdings diffus bleibenden Orientierungen (Legitimation durch Verfahren? Legitimation durch Erfolg?, Legitimation durch Überzeugungsbildung?)) praktisch das Richtige (ein mögliches Richtiges), indem sie es verwirklicht. Rechtssätze sind also weniger durch Entscheidungshintergrundwissen ausgezeichnet und bestimmt als vielmehr ihrerseits Legitimationsbasis für plausible Entscheidungen. Sie sind nicht »Erklärungen«, nicht »Aufklärungen«, sondern *Recht-Fertigung* in (per) Praxis selbst. *Allgemeine rechtliche Gesetze* wären demgegenüber solche, die alle betreffenden Einzelfälle nur ihrer Art nach regeln, also (freiheitliches) Handeln *unter* Gesetzen, nicht *gemäß* Gesetzen ermöglichen, also (nur) *Verbote* für bestimmte Ereignisse aufstellen (d. h. Sätze, daß etwas nicht der Fall sein könne/dürfe). Allgemeine rechtliche Gesetze sind daher nicht als Grundlage von/für Erklärungen, Prognosen usw. tauglich, sondern als Norm-Richtschnur für freie Entfaltungen in gesetzten Grenzen. Sätze, mit denen Juristen dabei arbeiten, die weder rein deskriptiv-empirisch noch rein normativ sind, vielmehr mit dem Anspruch auftreten, als *Angebot* einer objektiv möglichen und deshalb richtigen Interpretation (d. h. »Wissenschaft«) und einer entsprechend möglichen (und deshalb richtigen) Handlungsweise (d. h. »Politik«) zu gelten, sind *Modelle* (wissenschaftliche und soziale Konstrukte), idealtypische *Begriffe*, mit deren Hilfe Wirklichkeit interpretiert (verstanden) und Handlungsweisen (Praxis) ermöglicht werden.

2. Hypothesen (*Theorien*) in historischen, sozialen (also auch: rechtlichen) Feldern sind *Problemeinschätzungen*, d. h. Sätze, die nicht *voll* empirisch-deskriptiv sein können, weil keine vollen Widerlegungschancen bestehen, die aber auch nicht *voll* normativ sein können, weil sie Behauptungen über *gegebene* Situationen bleiben. Dabei ist es unvermeidlich, ja geradezu das Ziel, daß die vollzogenen Detailschätzungen den Vor-Entwurf des *Ganzen* (für das Ganze) beglaubigen, der seinerseits also nie ganz widerlegbar ist, weil er – als Richtlinie für Bestätigungen (d. h. Nichtwiderlegung) – die Ordnung des Daten- (Beobachtungs-, *Fall*-)Materials gerade mit lenkt. Die Differenz (bei sog. nicht-nomologischen Hypothesen) von Erklärungen, Prognosen einerseits und Trend-, Tendenzeinschätzungen, Modellbildungen, Planprogrammen, Zielprojektionen andererseits wird *praktisch* aufgehoben, weil stets normative Entscheidungen (Verbote für Widersprechendes) unter Unsicherheitsbedingungen betroffen sind, so daß die Differenz von Sein und Sollen überrundet (hintergangen) wird. *Praxis* also wird *die* Instanz von (theoretischer) Bewährung, weil Gegenstand der Theorie hier nie das allgemein Wiederholbare (ein »Gesetz«!) ist, sondern je die *Eigenartigkeit* eines *Falles* (der Aufgabe!) im »Lichte« des Richtlinienprogramms.

3. »Objektive Möglichkeiten« (also ein Arsenal von in praxi verwirklichtbaren *möglichen* Fällen) fordern den Brückenschlag zwischen Gedankenexperiment (Gedankenspiel) und Tat, jeweils in Situationen mit zwar alternativen Handlungs- (Entscheidungs-)möglichkeiten, aber unter Handlungszwängen. Dies ist der klassische Bereich der »praktischen Urteilskraft« und der »Erfahrung«. Für ihn ist — u. a. — dienlich Dialektik/Rhetorik (Topik) als »Wissen von Nichtwissen«, das sich jeweils in »beweglichen« Situationen, die zu Handlungen zwingen, bewähren muß (vor allem durch »Erfolg«). Die wichtigste heimliche Strukturierung solchen Wissens liegt in den *Beständen* solchen immer schon vorhandenen Wissens (das klassische *certum* als Gewißheit!) und in der *Anmessung* neuen Wissens (das klassische *aptum*: An-gemessenes, maß-volles, verhältnismäßiges Handeln!). Dieses Feld bestellt die *praktische Theorie* (praktische Philosophie, praktische Wissenschaft, praktische Politik)⁴⁴, die heute vor allem von Hermeneutik/Dialektik und Systemtheorien (stärker noch als von Analytik) neu belebt wird. Ihre Ziele sind selbstorganisierende und lernfähige Sozialsysteme als Entwicklungssysteme, also mit Mutation und Selektionen, d. h. mit Notwendigkeit und Zufall, mit Spontaneität und Planung zugleich. Verbindungen von Wissenschaftstheorie, Wissenschaftsgeschichte und Wissenschaftssoziologie wollen die »Gesetzmäßigkeiten« in Verläufen solcher »System«-Bewegungen beurteilen und auch ermöglichen. *Gesetzmäßigkeit* heißt dann nämlich, Spielräume zu schaffen und zu erhalten für Möglichkeiten zur Bestätigung und zur Freigabe von vermuteten Erfahrungen über soziales Wissen als Praxis, mithin Handlungschancen unter Zufall (Freiheit) wie auch Notwendigkeit (Erforderlichkeit) zugleich. Es handelt sich um Sozialwissenschaft (Geschichtsphilosophie) in praktischer Absicht.

4. Praktische Philosophie (in ihrem klassischen Zentrum stand: die Tugend als Verbürgung richtiger praktischer Ziele, die Klugheit als Verbürgung richtiger Mittelwahlen) hat es stets mit praktischer Verständigkeit (Vernünftigkeit) zu tun gehabt und zu tun. Freilich ist ihr klassischer Endzweck (die Glückseligkeit) in der Neuzeit abgelöst worden

44 Eine umfassende Neukonstruktion von praktischem Vernunftrecht (auf der Grundlage *I. Kants*, ergänzt durch — etwas — Entscheidungstheorie und — viel — Spieltheorie) jetzt durch *J. Rawls*, *A Theory of Justice* (1971), deutsche Ausgabe: *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1975); dazu *O. Höffe* (Hrsg.), *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit* (1977); es handelt sich um eine ökonomische Theorie des Rechts als Vernunftphilosophie; zum Stand der ökonomischen Theorie des Rechts vgl. den Bericht von *N. Horn*, *AcP* 176 (1976), 307—333; in Kürze erscheint: *H. D. Assmann, Ch. Kirchner, E. Schanze* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts* (Textbuch); für den Zusammenhang von Gesellschaft, Geschichte, Theorie und Praxis, also für eine soziale Geschichtstheorie in praktischer Absicht: *K. Acham*, *Analytische Geschichtsphilosophie* (1974); *H. M. Baumgartner, J. Rüsen* (Hrsg.), *Seminar: Geschichte und Theorie* (1976); *O. Marquardt*, *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie* (1973); *H. Schnädelbach*, *Geschichtsphilosophie nach Hegel* (1974); grundlegend die Arbeiten von *K. O. Apel* (repräsentativ: *Transformation der Philosophie*, I, II 1973) und *J. Habermas* (repräsentativ: *Theorie und Praxis* 1971; *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973; *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, 1976); zur heutigen Diskussion über »praktische Philosophie« vgl. vor allem *R. Bubner*, *Handlung, Sprache und Vernunft* (1976); *M. Riedel* (Hrsg.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie* (I 1972, II 1974); *E. Tugendhat*, *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie* (1976); zur praktischen Bedeutung von Rhetorik jetzt *J. Kopperschmidt*, *Rhetorik* (1973), und *H. Schanze* (Hrsg.), *Rhetorik* (1974).

durch Methodologie (*Descartes*), durch Rechtsformen als Verbürgung von Sicherheit (*Hobbes*), durch politische Klugheit von Führungseliten (*Vico*), durch Freiheitsgesetze (*Kant*). Heute aber haben wir es wohl eher (nach »Krisen« in jenen Paradigmen!) zu tun mit Verallgemeinerungsfähigkeiten (d. h. mit Legitimations- wie Loyalitätsbedingungen zugleich) eines »Systems« von Normen (Richtlinien, Plänen, Programmen, »Werten«) und Bedürfnissen (»Interessen«). Eine *praktische Theorie* des Rechts, die zugleich lernbar, erfahrbar und praktizierbar sein will, müßte sich also richten auf die Verbindungen von praktischer und analytischer Philosophie als »System«-Philosophie für Juristen.

Gerhard Kegel hat *eine* solche (nicht die, nicht meine) *praktische Theorie* stets vor Augen gehabt und ist für sie eingetreten. Mein Wunsch an den Jubilar, als Einheit von Kritik und Dank zugleich, gleichsam als ein Meta-Glückwunsch: *G. Kegel* möchte, »revolutionärer Wissenschaftler«, der er zeitlebens — als »Produzent« — gewesen ist, auch in einigen »Umsatzgeschäften« (in der Darstellung für Lernende, in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit ihrerseits durch »Wissen von Nichtwissen« Geschlagenen) *am* Paradigma, nicht *im* Paradigma arbeiten.