Schriften zur Rechtstheorie

Heft 190

# Natur – Mensch – Recht

## Elemente einer Theorie der Rechtsbefolgung

Von

Andreas Fisahn

Duncker & Humblot · Berlin

ANDREAS FISAHN

# Natur – Mensch – Recht

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 190

# Natur – Mensch – Recht

Elemente einer Theorie der Rechtsbefolgung

Von

Andreas Fisahn

Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Fisahn, Andreas:**
Natur – Mensch – Recht : Elemente einer Theorie der Rechtsbefolgung / von Andreas Fisahn. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999
(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 190)
ISBN 3-428-09831-5

Alle Rechte vorbehalten
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 3-428-09831-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

# Vorwort

Die Arbeit wurde während meiner Beschäftigung an der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht an der Universität Bremen erstellt.

Die motivationale Quelle für die Arbeit bildete der Zweifel, der Zweifel einerseits an den Allmachtsphantasien der Politik, die im Diskurs des Müssens zum Ausdruck kommen: „... dann müssen wir dafür sorgen ..." Auf der anderen Seite stand der Zweifel an der Mode des Steuerungspessimismus in der Wissenschaft, bei dem ich den Verdacht nicht los werde, dass er der Frustration der Einflusslosen oder den Berechnungen der Einflussreichen entspringt. Am Ende habe ich gestaunt, wie produktiv der Zweifel gewendet werden kann.

Für die aufwendigen Korrekturarbeiten danke ich vor allem Ingrid Sommer, für die vielen Diskussionen danke ich Dr. Imke Sommer und Dr. Silke Benjes sowie für die kritische Durchsicht Prof. Dr. Alfred Rinken, Prof. Dr. Gerd Winter und Herbert Sommer. Ein Dank für die moralische Unterstützung geht an die Mensagruppe. Für das offene und zugleich ironisch-kritische (Diskussions-)Klima an der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht bin ich meinen Kolleginnen und Kollegen sehr dankbar.

Bremen, Februar 1999 *Andreas Fisahn*

# Inhaltsverzeichnis

**Einleitung** ..... 15

*1. Kapitel*

**Konzeptionen der Rechtsbefolgung**

A. Das Problem: Vollzugsdefizite im Umweltrecht ..... 27

I. Vollzugsdefizit im Wasserrecht – Querschnittsbetrachtungen ..... 29

1. Mangelnde Umsetzung rechtlicher Standards ..... 29

a) Konstanzer Wasserrecht ..... 29

b) Industrieabwässer der Bundesrepublik ..... 30

2. Norm – Interaktion – Bargaining ..... 32

a) Kommunale „Gegenwehr" ..... 32

b) Implementation in Unternehmen ..... 33

c) Interaktion im Nordharz ..... 35

3. Probleme des Forschungsansatzes ..... 35

II. Umweltnormen im Längsschnitt ..... 38

III. Recht und Steuerung ..... 41

1. Theoretische Konsequenzen der Querschnittsbetrachtungen ..... 41

a) „Dickicht der Behörden" ..... 41

b) Politikverflechtung ..... 42

c) Autopoetische Kommunikation ..... 43

d) Grenzen regulativen Rechts ..... 44

2. Fazit und Problemstellung ..... 45

3. Theorieangebote ..... 49

B. Subjektiver Juridismus – Das utilitaristische Theorem ..... 52

I. Die klassische Argumentation – Hobbes ..... 52

II. Die ökonomische Theorie des Rechts – Rechtsbefolgung als Kosten-Nutzen-Kalkül ..... 57

III. Neue politische Ökonomie – Die Kritik des Ordnungsrechts ..... 67

C. Objektiver Soziologismus ..... 72

I. Durkheim – Recht als Ausdruck gesellschaftlicher Solidarität ..... 73

1. Durkheims Fragestellung ..... 73

2. Arbeitsteilung und gesellschaftliche Solidarität ..... 75

3. Formen der Solidarität und Formen des Rechts ..... 77

II. Die Psychoanalyse und die Internalisierung von Werten ..... 85

III. Programmierung durch internalisierte Werte – Parsons ..... 90

1. Handlung – Norm – Recht ..... 90

a) Probleme der Interpretation Parsons ..... 90

b) Orientierungsmodi ..... 93

c) Normative Muster ..... 94

d) Internalisierung von Werten und Normen ..... 97

e) Die Handlungstheorie als Grundlage der Systemtheorie ..... 98

f) Normative Integration von Handlung und Gesellschaft ..... 100

g) Recht und Handlungstheorie ..... 101

2. Systemtheorie und Recht ..... 103

a) Grundlagen des Systembegriffs ..... 103

b) Grundannahmen der späten Systemtheorie ..... 104

c) Legitimation der normativen Ordnung durch das kulturelle System ..... 105

3. Die Funktionen des Rechts ..... 107

a) Recht im Kontext der Systemtheorie ..... 107

b) Probleme des objektivistischen Verständnisses von Recht ..... 108

D. Rechtsbefolgung und Legitimation ..... 111

I. Materiales Natur- und Vernunftrecht ..... 113

1. Problemstellung ..... 113

2. Lösung – unrichtiges Recht ..... 114

3. Konsequenzen für die Rechtsbefolgung ..... 115

II. Legitimität durch Legalität ..... 119

1. Max Weber: Legalitätsglauben und legitime Herrschaft ..... 119

2. Legalitätsglaube und Rechtsbefolgung ..... 123

a) Legalitätsglaube und Rationalisierung ..... 124

b) Schwächung des Legalitätsglaubens aufgrund traditionaler Vorbehalte gegenüber der modernen Legalität ..... 126

3. Legitimation durch Verfahren – Zustimmung der Rollenspieler ..... 128

a) Integration des Verfahrensbeteiligten – Gerichtsverfahren ..... 129

b) Ambivalenz des Verfahrens ..... 130

c) Wahlverfahren ..... 132

III. Demokratie – Akzeptanz durch Zustimmung? ..... 135

1. Versuch einer Systematisierung ..... 135

a) Die liberale Auffassung ..... 137

b) Die republikanische Auffassung ..... 138

c) Staatsdenken ..... 140

d) Verfassungsdenken ..... 141

2. Demokratiekonzeption und Rechtsbefolgung ..... 142

a) Republikanisches Staatsdenken und Rechtsbefolgung ..... 142

b) Liberales Verfassungsdenken und Rechtsbefolgung ..... 143

c) Republikanisches Verfassungsdenken und Rechtsbefolgung ..... 144

3. Resümee ..... 148

*2. Kapitel*

**Re-Produktion der Struktur in der sozialen Praxis**

A. Giddens Theorie der Strukturierung ..... 154

I. Dualität der Struktur – Re-Produktion und Handeln ..... 156

1. Sprache – Handeln – Praxis ..... 157

2. Intention und Handeln ..... 160

3. Handeln und Unbewusstes ..... 164

II. Das Konzept der Alltagsroutinen – Garant der Reproduktion ..... 166
1. Grundbegriffe des psychischen Apparats ..... 166
a) Unbewusstes und Bewusstes ..... 166
b) Praktisches und diskursives Bewusstsein ..... 167
2. Fundierungen: Lebenswelt und Seinsgewissheit ..... 169
a) Routinisierungen in der Lebensweltanalyse ..... 170
(1) Lebenswelt ..... 170
(2) Wissensvorrat ..... 172
(3) Erfahrung und Relevanz ..... 174
(4) Routinesituationen ..... 175
(5) Gewohnheitswissen ..... 176
b) Probleme ..... 178
3. Alltagsroutinen und Sicherheitsbedürfnis ..... 181
III. Alltagsroutinen in der Interaktion ..... 183
1. Takt und (soziale) Regeln ..... 183
2. Rolle und soziale Regel ..... 186
3. Sozial- und Systemintegration ..... 188

B. Struktureller Zwang – Kreatives Handeln – Regeln ..... 194
I. Freiheit und struktureller Zwang ..... 194
1. Beschränkung – Macht – Freiheit ..... 197
2. Reflexive Systemreproduktion und praktisches Bewusstsein ..... 201
Exkurs: Reflexivität der Moderne ..... 204
3. Raum-Zeit-Geographie ..... 205
II. Strukturreproduktion und kreatives Handeln ..... 207
1. Wissen um die Ressourcenverteilung ..... 208
2. Kreatives Handeln – eine andere Konzeption der Freiheit ..... 209
3. Probleme der doppelten Hermeneutik ..... 212
III. Regeln und Lernprozesse ..... 215
1. Differenzierungen des Regel-Begriffs ..... 215
a) Das Problem des Regel-Befolgens (Wittgenstein) ..... 216
b) Implikationen der sozialen Technik ..... 220
c) Werte und Technik ..... 222

2. Kritik: Recht und Regeln ... 223
a) Gesetz und Regellernen ... 223
b) Struktureller Zwang und Sanktion ... 226
3. Strukturen jenseits von Wissen und Routinen ... 227

C. Elemente einer „Theorie der Praxis" – Pierre Bourdieu ... 229

I. Zwischen Strukturalismus und Existentialismus ... 230
1. Kritik des Objektivismus ... 230
a) Kritik der objektivistisch-strukturalistischen Linguistik ... 231
b) Althusser ... 232
c) Lévi-Strauss ... 234
d) Bourdieus Kritik ... 234
e) Soziale Praktiken und Unbewusstes ... 236
2. Regelbefolgung ... 237
3. Kritik des Subjektivismus ... 238

II. Struktur und Praxis – der Kontext der Habitus-Theorie ... 241
1. Ökonomie und Strategie – die Entwicklung der Begriffe ... 241
2. Die französische Gesellschaft – die drei Formen des Kapitals ... 244
a) Die verschiedenen Arten des Kapitals ... 244
b) Der Gleichklang von Kapitalverteilung und Lebensstil ... 247
3. Ökonomie der Felder ... 250

III. Habitus ... 251
1. Unterschiedliche Dimensionen des Habitus ... 252
a) Geschmack – die individuelle Dimension des Habitus ... 252
b) Hexis – die körperliche Einübung des Habitus ... 253
c) Praktischer Sinn – Orientierung in der Ökonomie des Feldes ... 255
2. Habitus – inkorporierte Struktur ... 258
a) Strukturierende Struktur ... 258
b) Strukturierte Struktur ... 260
(1) Konditionierung und äußere Zwänge ... 260
(2) Symbolische Ordnung ... 262
(3) Dispositionen; Klassifikationsschemata ... 264
c) Die Formen der Aneignung des Habitus ... 266

3. Kritische Würdigungen ... 268
a) Einordnungen ... 268
b) Strukturdeterminismus? ... 268
(1) Das epistemologische Argument ... 270
(2) Das Argument des oversocialized man ... 271
(3) Lernprozesse und die Veränderung des Habitus ... 273
(4) Reflexiv-rationale Steuerung ... 274
c) Resümee ... 275

*3. Kapitel*

**Theorie der Rechtsbefolgung**

A. Vorbewusste Ordnung – reflexive Ordnung: Begriffsklärungen ... 279

I. Elemente einer Theorie der Rechtsbefolgung in den Werken von Bourdieu und Giddens ... 280

II. Vorbewusste Ordnung ... 287
1. Ordnung struktureller Zwänge ... 289
2. Symbolische Ordnung ... 291
a) Normativ-ethische Muster ... 292
b) Wahrnehmungs- und Bewertungsschemata ... 292
Exkurs: Klassifikationsschemata und die Konstruktion des Gegenständlichen ... 293
c) Allgemeine Verfahrensschemata ... 300
3. Einheit und Dichotomie der vorbewussten Ordnung ... 303

III. Reflexive Ordnung ... 313

Exkurs: Rechtsbegriff der reflexiven Ordnung ... 316

B. Divergenz und Konvergenz – der Wirkmechanismus des Rechts ... 324

I. Widersprüche zwischen den Ordnungen ... 324
1. Reflexivität: Interpretation und Überschreiten der vorbewussten Ordnung ... 325
2. Die Verarbeitung von Widersprüchen in der reflexiven Ordnung ... 328

3. Widersprüche in der vorbewussten Ordnung ..... 330
a) Nachhinken der reflexiven Ordnung ..... 330
b) Vorauseilen der reflexiven Ordnung ..... 331
c) Hegemonie und Abweichung ..... 333

II. Divergenz – Konvergenz – Lernprozesse ..... 334

1. Konvergenz ..... 335

2. Divergenz ..... 338
a) Steuerung abweichenden Verhaltens ..... 339
b) Umsteuerung sozialer Praktiken ..... 341

3. Lernprozesse ..... 344

III. Vorbewusste Ordnung und rationale Strategien ..... 352

1. Interesse und vorbewusste Ordnung ..... 352

2. Nebeneinander von reflexiver und vorbewusster Ordnung ..... 360

3. Vorbewusste Ordnung und Vorverständnis ..... 363
a) Probleme der rechtsmethodologischen Orthodoxie ..... 363
b) Theorie der Praxis der Normanwendung ..... 367
c) Vorbewusste Ordnung und Vorverständnis ..... 373

C. Divergenz und Konvergenz in verschiedenen Rechtsgebieten ..... 376

I. Konvergenzen: Zivilrecht ..... 377

II. Divergenzen: Sozialstaatliche Rechte ..... 382

III. Divergenzen: Umweltrecht ..... 388

1. Aspekte der vorbewussten Ordnung im Hinblick auf die natürliche Umwelt 390
a) Erweiterte Produktion und Stoffverbrauch ..... 390
b) „Freier" Naturverbrauch und Natur als Feind ..... 399

2. Durchschlagen der vorbewussten Ordnung – Beispiele aus dem Umweltrecht 405
a) Eingriffsregelung ..... 405
b) Die Symbolik des Goldfisches ..... 415

3. Synthese ..... 424

**Literaturverzeichnis** ..... 430

**Personen- und Sachwortverzeichnis** ..... 449

# Einleitung

In der umweltrechtlichen Debatte ist das Vollzugsdefizit zu einem Allgemeinplatz geworden, der die Kritik des Rechts ebenso beflügelt wie dessen Rechtfertigung. Die Kritik zieht das Vollzugsdefizit als Argument heran, um Überkomplexität, Verrechtlichung und Normenflut im Umweltrecht oder im Recht der Risikoregulation zu beklagen; die Apologie schließt aus dem Vollzugsdefizit nicht auf die Schwäche des Rechts, sondern auf die Schwäche seiner Durchsetzung, auf mangelnde Kompetenzen, Neigungen oder Kapazitäten der mit dem Vollzug betrauten exekutivischen Organe. Entsprechend unterschiedlich fallen die Therapievorschläge aus: die einen setzten – idealtypisch – auf ein selbstexekutives Recht in einem schlanken Staat, die anderen setzen auf die Stärkung der Vollzugsorgane, eine höhere Kontrolldichte und -möglichkeit seitens des Staates und betroffener oder beteiligter Bürger oder Verbände. So unterschiedlich die Symptome wahrgenommen werden, so unterschiedlich fällt auch die Therapie aus.

Das gibt Anlass zu der Frage, welche Steuerungsleistungen Recht denn erbringen kann, wie Recht „vollzogen" wird, von wem es unter welchen Bedingungen befolgt, missachtet oder einfach ignoriert wird. Auch hier lassen sich – idealtypisch – zwei grobe Richtungen unterscheiden: die Steuerungsskeptiker weisen auf die Grenzen der intentionalen, zielgerichteten Steuerung durch Recht hin und akzeptieren allenfalls die Möglichkeit von Steuerung unter einem veränderten Steuerungsbegriff, der der Steuerung durch die „invisible hand" des Marktes entlehnt ist, die unabhängig vom Willen und Wissen der Akteure die Verteilung von Ressourcen „steuert". Damit wird Intentionalität und Zielgerichtetheit, das zielgerichtete Ansteuern bestimmter Orte oder Zustände, gegen den allgemeinen Sprachgebrauch aus dem Steuerungsbegriff hinausdefiniert. Die Apologeten der Steuerung durch Recht, insbesondere die Praktiker der politischen Gestaltung, halten am klassischen Steuerungsbegriff fest und gehen davon aus, dass rechtliche Normen und rechtlicher Zwang das Handeln von individuellen Akteuren mehr oder weniger effektiv bestimmen und gesellschaftliche Zustände gestaltet, intentional angesteuert werden können.

Weder die Skepsis der einen noch der Optimismus der anderen erschien mir am Ausgangspunkt meiner Überlegungen besonders überzeugend. Schon die Alltagserfahrung und -beobachtung lehrt, dass die Steuerung durch Recht – den klassischen Steuerungsbegriff vorausgesetzt – z. T. sehr erfolgreich ist, z. T. das Ziel zu verfehlen scheint, in vielen Fällen aber als mehr oder weniger langwierige Annäherung an das Steuerungsziel zu beschreiben ist. Oder anders herum: ein Teil der rechtlichen Vorschriften wird von den Rechtsadressaten „befolgt", andere Teile

werden offenbar nicht „befolgt" oder nur annähernd „befolgt", das Handeln wird nur über längere Zeitspannen umgestellt. Diese Alltagsbeobachtung bietet genug Veranlassung den Bedingungen der Rechtsbefolgung oder Nichtbefolgung genauer nachzugehen, zu versuchen, die unterschiedlichen Wirkungsweisen des Rechts aufzuspüren, den Wirkmechanismus des Rechts zu erklären, ohne dass einseitig nur der Steuerungserfolg oder Steuerungsmisserfolg in den Blick gerät.

Möglich erscheint dies durch eine Konzeption, die zwischen Struktur- und Handlungstheorie vermittelt, was impliziert, dass die handlungstheoretischen oder subjektiven Modelle der Rechtsbefolgung ebenso unzureichend sind wie die strukturtheoretischen oder objektiven Modelle des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft. Dies macht es notwendig, zunächst diesen Erklärungsansätzen in ihrem handlungs- und strukturtheoretischen Kontext im Hinblick auf die Relevanz für eine Theorie der Rechtsbefolgung kritisch nachzuspüren. Das geschieht im ersten Kapitel. Im zweiten Kapitel werden anhand der praxistheoretischen Überlegungen von Anthony Giddens und Pierre Bourdieu Ansätze einer Vermittlung von Struktur- und Handlungstheorie oder von Subjektivismus und Objektivismus aufgezeigt und diskutiert, die im dritten Kapitel fruchtbar gemacht werden für die Konstruktion einer Theorie der Rechtsbefolgung, die versucht Steuerungsleistungen und -misserfolge des Rechts im Blick zu behalten. Das wiederum führt zu dem Versuch, die theoretischen Konzeptionen an verschiedenen Regulierungsbereichen „auszuprobieren", d. h. von der Theorie der Rechtsbefolgung auf die Wirklichkeit des Rechts und auf das Recht in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zurückzukommen.

Dieser grobe Überblick über die Teile der Untersuchung soll hier weiter differenziert werden, so dass der Gedankengang der Untersuchung sichtbar wird. Eine genaue Betrachtung exemplarisch ausgewählter Studien zum Vollzug des Umweltrechts, konkreter zum Vollzugsdefizit im Wasserrecht zeigt, dass das Vollzugsdefizit nicht statisch verstanden werden kann. Querschnittsbetrachtungen ergeben eine Abweichung des Ist-Zustandes vom rechtlich intendierten oder gebotenen Sollzustand, führen also zu dem Ergebnis, dass ein Vollzugsdefizit existiert, die rechtlichen Normen nur unzureichend in die soziale Wirklichkeit transferiert werden. Längsschnittbetrachtungen, also Analysen der Entwicklung des Ist-Zustandes unter dem Gesichtspunkt der Durchführung umweltrechtlich gebotener Maßnahmen oder der Einhaltung vorgeschriebener Standards und Grenzwerte über einen längeren Zeitraum zeigen jedoch, dass eine Annäherung des Ist-Zustandes an den rechtlich gebotenen Soll-Zustand erfolgt. Das Umweltrecht wird über die Zeit nicht immer „gleich schlecht" befolgt und umgesetzt, sondern es sind langfristige Veränderungen im Verhalten der Rechtsadressaten mit entsprechenden positiven Wirkungen unter dem Aspekt der rechtlichen Zielvorgaben zu beobachten. Dieses Ergebnis empirischer Untersuchungen (1. Kap. A.) lässt sich durch Alltagsbeobachtungen bestätigen.

Dies ist der Ausgangspunkt für die Suche nach Erklärungsmodellen für die Rechtsbefolgung oder den Wirkmechanismus des Rechts. Dabei stößt man zu-

nächst auf einen Erklärungsansatz, der sich durch den Begriff subjektivistischer Juridismus kennzeichnen lässt. Er dürfte die „gängige" Vorstellung von Rechtsarbeitern über den Wirkmechanismus des Rechts und die Gründe für Rechtsbefolgung sein. Dem subjektivistischen Juridismus liegt die Vorstellung einer rational-bewussten Kalkulation der Vor- und Nachteile der Rechtsbefolgung unter Einbeziehung ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit zugrunde. Dieses Modell wird unter Einbeziehung seiner handlungstheoretischen Grundlagen insbesondere im ersten Kapitel (1. Kap. B.) kritisch diskutiert, die Kritik durchzieht aber wegen der vergleichsweise großen Verbreitung dieses Erklärungsansatzes die gesamte Untersuchung. Kritisiert wird handlungstheoretisch, dass dieses Modell der Wirkmechanismen des Rechts die Rechtsadressaten weitgehend überfordert, strukturtheoretisch, dass beschränkende oder konstitutive außerrechtliche Bedingungen individueller Handlungen unzureichend berücksichtigt werden. Das bedeutet nicht, dass es nicht Handlungsbereiche oder -situationen gibt, in denen dieses Modell zumindest vordergründig zutreffend ist, es scheint nur nicht geeignet, das alltägliche Handeln mit Rechtsbezug zu erfassen.

Das Gegenmodell wird als objektivistischer Soziologismus bezeichnet. Recht wird nach diesem Modell aus objektiven Strukturen, strukturellen Zwängen, konsensualen Wertvorstellungen oder systemischen Anforderungen nur abgeleitet. Erörtert werden exemplarisch die Konzeptionen von Durkheim und Parsons (1. Kap. C.); andere objektivistische Konzeptionen wie etwa die von Althusser oder Luhmann werden im Verlauf der weiteren Untersuchung einbezogen. Zusammenfassend lässt sich der objektivistische Soziologismus dadurch charakterisieren, dass den durch objektive Strukturen determinierten Handlungsweisen der Vorrang vor „freien" Handlungsentscheidungen eingeräumt wird. Recht bekommt dann nur die Funktion, die sich aus den Strukturen ergebenden Regeln oder Erwartungshaltungen interpretierend aufzugreifen, zu fixieren und so über die Zeit zu stabilisieren. Recht verliert seinen Charakter als Steuerungsinstrument, das intentional verändernd auf die Gesellschaft einwirkt, d. h. die Bedeutung des frei gesetzten, intentional gestaltenden Rechts wird durch den objektivistischen Soziologismus vernachlässigt.

In einem dritten Schritt werden Legitimationstheorien auf ihre impliziten Vorstellungen zum Wirkmechanismus des Rechts bzw. des legitimen Rechts befragt (1. Kap. D.). Dabei zeigt sich, dass die Legitimationstheorien Erklärungsansätze des Juridismus und des Soziologismus aufgreifen und spezifisch miteinander verkoppeln, ohne dadurch jedoch den Widerspruch zwischen beiden Modellen aufzuheben und ein adäquates Modell der Rechtsbefolgung zu entwickeln. Diskutiert werden die modifizierten Naturrechtstheorien, die dem subjektivistischen Juridismus einen objektiven Wertekonsens, konsensuale Vorstellungen über Gerechtigkeit und gerechtes Recht hinzufügen, anhand derer die Normimperative von den Akteuren überprüft werden sollen. Umgekehrt knüpfen Legalitätstheorien an objektive Bedingungen und Beschränkungen der Handlungsoptionen an und verlängern sie