

Studien zur
europäischen Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des
Max-Planck-Instituts
für europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

Band 259

Moderne Regulierungsregime 1



Vittorio Klostermann
Frankfurt am Main
2011

Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen

Herausgegeben von
Peter Collin
Gerd Bender
Stefan Ruppert
Margrit Seckelmann
Michael Stolleis



Vittorio Klostermann
Frankfurt am Main
2011

Die Herausgeber danken dem Exzellenzcluster
Die Herausbildung normativer Ordnungen.

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Vittorio Klostermann GmbH
Frankfurt am Main 2011

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der
Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet,
dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen
Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme
zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Druck: Wilhelm & Adam, Heusenstamm
Typographie: Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier  ISO 9706

Printed in Germany
ISSN 1610-6040
ISBN 978-3-465-04122-1

Vorwort VII

Einführung/Schlüsselbegriffe und Schlüsseldiskurse

PETER COLLIN (Frankfurt/M.)
 Einleitung: »Gesellschaftliche Selbstregulierung« und
 »Regulierte Selbstregulierung« – ertragreiche Analyse-
 kategorien für eine (rechts-)historische Perspektive? 3

MANFRED HETTLING (Halle)
 »Gemeinsinn«. Motivationale Voraussetzungen für Sozial-
 mobilisierung in der bürgerlichen Gesellschaft 33

SIBYLLE HOFER (Bern)
 Die Diskussion um den Begriff »Privat-Autonomie« in der
 ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts 63

Europäische Perspektiven

KLAUS-GERT LUTTERBECK (Greifswald)
 Französische munizipale Verwaltung als gesellschaftliche
 Selbstregulierung? Ansätze im Recht, in der Theorie und in
 der Praxis (erste Hälfte des 19. Jahrhunderts) 87

ANDREAS FAHRMEIR (Frankfurt/M.)
 Regulierte Selbstregulierung in Großbritannien 113

THORSTEN KEISER (Frankfurt/M.)
 Selbstregulierung im entstehenden Nationalstaat:
Autogoverno und *Corpi intermedi* in Italien 127

Referenzgebiete des Rechts

CHRISTIAN SCHUBEL (Budapest)
 Aktienrecht: Staatliche Regulierung und wirtschaftliche
 Selbstorganisation im wechselseitigen Zusammenspiel 151

MARGRIT SECKELMANN (Speyer)
Patentrecht: Staatliche Steuerung oder gesellschaftliche Selbst-
steuerung des wissenschaftlich-technischen Fortschritts?
Regulierte Selbstregulierung bei der Patenterteilung in aus-
gewählten deutschen Territorien des frühen 19. Jahrhunderts 169

KARL OTTO SCHERNER (Mannheim)
Handelsrecht: Selbstregulierung und Regulierung beim Eisen-
bahnfrachtgeschäft und im Versicherungswesen in der ersten
Hälfte des 19. Jahrhunderts 195

JÜRGEN BRAND (Wuppertal)
Arbeitsrecht: Gesellschaftliche Selbstregulierung in der Welt der
Arbeit des 19. Jahrhunderts, oder: Im Westen nichts Neues 231

Praxisfelder

BORIS GEHLEN (Bonn)
Selbstregulierung der Wirtschaft als evolutorischer Prozess:
Die preußischen Handelskammern zwischen staatlichem Auftrag
und regionaler Interessenorganisation (ca. 1800 bis 1870) 253

FLORIAN TENNSTEDT (Kassel)
Die Hilfs- und Unterstützungskassen in Preußen. Selbst-
regulierung der sozialen Vorsorge für den Krankheitsfall 275

RALF ROTH (Frankfurt/M.)
Verflechtungen von Vereins- und Verwaltungstätigkeit als
Form kommunaler Selbstregulierung 293

STEFAN RUPPERT (Frankfurt/M.)
Vereinskirche, Körperschaft oder Staatskirche – Die protestan-
tischen Kirchen auf dem Weg zur regulierten Selbstregulierung ... 311

Autoren 339

Regulierte Selbstregulierung ist für öffentliche Zwecke in Anspruch genommene gesellschaftliche Selbstorganisation. Man findet sie heute in vielerlei Gestalt. Gemeinsam ist allen Varianten eine Kombination aus einem staatlichen Steuerungsanteil, der in Form von rechtlichen Rahmenregelungen, Aufsichtsrechten, Finanzierungsvorbehalten und dergleichen daherkommt, und einem Eigenregulierungsanteil der gesellschaftlichen Akteure. Dieser kann beispielsweise in Selbstnormierung, in der Übernahme von Kontrollaufgaben und in autonomer Konfliktentscheidung zum Ausdruck kommen. Im Zusammenspiel von staatlichen Zielvorstellungen mit dem Eigeninteresse und der Eigenlogik privater Akteure sollen gesellschaftliche Problemlagen effektiver und effizienter bewältigt werden als im hergebrachten Top-Down-Modus der hierarchisch operierenden Verwaltung – so jedenfalls die Vorannahmen und Erwartungen.

In diesem Verständnis ist Regulierte Selbstregulierung mittlerweile zu einem Schlüsselbegriff der rechts- und politikwissenschaftlichen Diskussion geworden. Indes lässt sich mit dieser Kategorie nicht nur ein aktuelles Phänomen umschreiben. Setzt man sie als Suchbegriff ein, stößt man schnell auf vergleichbare Konstellationen in der Vergangenheit. Sinnvoll erscheint es dabei, die Untersuchung auf die letzten zweihundert Jahre zu begrenzen. Denn die beiden konstituierenden Pole Regulierter Selbstregulierung, nämlich der Staat als Anspruchsinhaber eines Gesetzgebungs-, Vollzugs- und Jurisdiktionsmonopols auf der einen und die sich organisierende bürgerliche Gesellschaft als Ort privater Gestaltungsmacht mit den Mitteln des bürgerlichen Rechts auf der anderen Seite, existieren erst seit Beginn des 19. Jahrhunderts. Regulierte Selbstregulierung formiert sich erst über das Zusammenspiel dieser beiden Regulierungskomplexe. Sie ist Treffort staatlicher und nichtstaatlicher Selbstorganisation.

Die historischen Dimensionen Regulierter Selbstregulierung, ihrer rechtlichen Ausformungen, aber auch ihrer ökonomischen, kulturellen und sozialpolitischen Kontexte herauszuarbeiten, ist Aufgabe des am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte angesiedelten Projekts »Regulierte Selbstregulierung in rechtshistorischer Perspektive«. Es handelt sich um ein Teilprojekt des Frankfurter Exzellenzclusters »Die Herausbildung normativer Ordnungen«. In dieses bettet es sich ein durch die Zielstellung, das Mit- und Gegeneinander von Regelungsansprüchen, die dabei zum Einsatz gekommenen Rechtfertigungsnarrative und deren Spiegelung durch Recht historisch nachzuzeichnen.

Wesentliche Impulse gewinnt das Projekt aus der Einbeziehung anderer Wissenschaftler. Dies geschieht in der Form von Tagungen. Das Ergebnis der

ersten Tagung,¹ die vom 9. bis zum 11. Juli 2009 in Bad Homburg stattfand, dokumentiert der vorliegende Sammelband. Das Hauptaugenmerk lag auf der Genese gesellschaftlicher Selbstorganisation vor allem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Welche Formen bürgerlicher Selbstregulierung entwickelten sich, wie bildeten sie sich rechtlich ab und wie interagierten sie mit staatlichen Steuerungsansprüchen?

Der erste Teil führt in das Thema ein und stellt Schlüsselbegriffe und Schlüsseldiskurse vor. Peter Collin eröffnet einen ersten Blick auf die Vielgestaltigkeit des Phänomens Selbstregulierung, indem er Typen von Selbstregulierungsakteuren sowie Selbstregulierungs- und Regulierungsmodi skizziert. Manfred Hettling beschreibt »Gemeinsinn« als grundlegende sozio-emotionale Ressource bürgerlicher Selbstorganisation. Und Sibylle Hofer zeigt in der Diskussion über »Privatautonomie«, wie die damalige Privatrechtswissenschaft um die Konzeption einer Ordnung rang, in der Vertragsfreiheit mit ihrer Einschränkung durch Gemeinwohlaspekte in Einklang gebracht werden konnte.

Im zweiten Teil wird der Versuch unternommen, die Analysekategorie Selbstregulierung für andere europäische Gesellschaften fruchtbar zu machen. Andreas Fahrmeir zeigt, dass die englischen Strukturen von vornherein viel offener für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Selbstregulierung waren, damit allerdings auch für Kompetenzkonflikte und Machtasymmetrien. Klaus-Gert-Lutterbeck veranschaulicht für die französischen Verhältnisse das Spannungsverhältnis zwischen einer intermediären Kräften feindlichen Staats- und Verwaltungsorganisation und einer diese Strukturen aufweichenden, auf Selbstorganisation angelegten kommunalen Praxis. Und Thorsten Keiser verdeutlicht, wie in Italien zwischen den Restbeständen der Ständegesellschaft, Kirche, sich konsolidierender Staatlichkeit und staatlicher Ohnmacht Formen gesellschaftlicher Selbstorganisation konzipiert und realisiert wurden.

Der dritte Teil widmet sich Referenzgebieten des Rechts, also Rechtsmaterien, die – jede auf ihre Weise – ein Exzerzierfeld gesellschaftlicher Selbstregulierung darstellten. Im Aktienrecht, vorgestellt von Christian Schubel, wird die Selbstregulierung der Aktiengesellschaften von einem stark staatliche Bedürfnisse in den Vordergrund stellendem Konzessionssystem überwölbt, unter dessen Schirm sich aber auch gesellschaftsfreundliche Schutzmechanismen herausbilden konnten. Margrit Seckelmann zeigt, wie sich das Patentrecht zwischen merkantiler Steuerung, verschiedenartigen staatlich-privaten Regulierungsmodi und – jedenfalls in freihändlerischen Konzep-

1 Die zweite Tagung (»Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat«) fand im Juni 2010 statt. Die dritte Tagung (»Regulierte Selbstregulierung in westlichen Gesellschaften des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts«) ist für den Juni 2011 geplant.

tionen – völliger Deregulierung bewegte. Karl Otto Scherner sondiert im Handelsrecht, welche Gestaltungsräume der Selbstgesetzgebung der Wirtschaft – vor allem in Form von »Allgemeinen Geschäftsbedingungen« – eröffnet wurden. Und Jürgen Brand beschreibt das Arbeitsrecht als eine von staatlichem Gesetzesrecht kaum erfasste Sonderordnung, die vor allem von Austauschprozessen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern geprägt war.

Im vierten Teil schließlich werden einzelne Praxisfelder gesellschaftlicher Selbstregulierung vorgestellt. Sondiert wird für bestimmte institutionelle Komplexe bzw. Gestaltungsbereiche, wie sich gesellschaftliche Selbstorganisation etablierte und dabei mit staatlichen Regelungsambitionen konfligierte oder kooperierte. Boris Gehlen beschreibt die Genese der Handelskammern, die einerseits staatlichen Informationsbedürfnissen dienen sollten, aber andererseits zu erfolgreichen Institutionen wirtschaftlicher Interessenvertretung avancierten. Florian Tennstedt schildert die Entwicklung der ursprünglich weitgehend staatsabstinenten Krankenkassen, die aber zunehmend staatlicher Steuerung ausgesetzt waren, bis sie schließlich in der zweiten Jahrhunderthälfte in öffentlich-rechtliche Organisationsformen überführt wurden. Ralf Roth veranschaulicht die Komplexität selbstregulativer Strukturen auf gemeindlicher Ebene, die in den Verflechtungen von Vereinen mit der Kommunalverwaltung zum Ausdruck kam und die Gründung und den Betrieb zahlreicher infrastruktureller, sozialer und kultureller Einrichtungen prägte. Stefan Ruppert schließlich beschreibt die Kirchen als Institutionen, die sich mehr und mehr aus dem landesrechtlichen Kirchenregiment lösten, gleichwohl aber wie kaum eine andere nichtstaatliche Einrichtung in den Staat integriert blieben; kirchliche Selbstverwaltung blieb letztlich immer staatlich-kirchliche Mischverwaltung.

Den Herausgebern ist es ein dringendes Bedürfnis, Institutionen und Personen für ihre Hilfe zu danken. Ort der Tagung war die wunderschöne Begegnungsstätte des Forschungskollegs Humanwissenschaften Bad Homburg. Gelingen konnte die Veranstaltung nur wegen der engagierten Betreuung durch das dortige Verwaltungsteam. Durch die Tagung führten sachkundig die Moderatoren Naoko Matsumoto, Erk Volkmar Heyen, Heinz Mohnhaupt und Thomas Simon. Die Redaktion besorgte fachkundig Karl-Heinz Lingens. Herr Alexander Noé stand uns als studentische Hilfskraft immer in zuverlässiger Weise zur Seite. Und schließlich bedanken wir uns bei den Autoren für ihre Bereitschaft, sich einer für sie neuen Forschungsfrage zu stellen.

Frankfurt am Main, August 2010

Peter Collin
Gerd Bender
Stefan Ruppert
Margrit Seckelmann
Michael Stolleis

Einführung/Schlüsselbegriffe und
Schlüsseldiskurse

»Gesellschaftliche Selbstregulierung«
und »Regulierte Selbstregulierung« –
ertragreiche Analysekategorien für eine
(rechts-)historische Perspektive?

I. *Vorbemerkung*

Regulierte Selbstregulierung ist ein Schlüsselbegriff der gegenwärtigen Diskussion um die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft.¹ In den 1980er Jahren vor allem von Teubner als strategisches Rechtsmodell für eine indirekte Steuerung durch Recht in die Diskussion eingebracht,² fand der Terminus in den 1990er Jahren Eingang in die Staatsrechtswissenschaft und wurde dort – teils in mehr verwaltungswissenschaftlicher,³ teils in mehr verwaltungs- und staatsrechtlicher Absicht – weiter entfaltet: einerseits als deskriptive Kategorie, die bestimmte Erscheinungsformen staatlich-privater Koordination erfasst, andererseits als programmatischer Begriff, der der Entwicklung von Staatlichkeit die Richtung weisen soll. Oft ist er dabei eingebettet in typisierende Staats- oder Verwaltungsbeschreibungen, die nicht selten eine historische Abfolge von einem obrigkeitlichen Steuerungsregime zu einem Modell kooperativer Koordination nahelegen.⁴ Jedoch hat man den Eindruck,

- 1 ANDREAS VOSSKUHLE, »Regulierte Selbstregulierung« – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates* (Die Verwaltung, Beiheft 4), Berlin 2001, S. 197–200. – Für Diskussion, Kritik und wertvolle Hinweise danke ich Gerd Bender, Erk Volkmar Heyen, Stefan Ruppert, Margrit Seckelmann und Michael Stolleis.
- 2 GUNTHER TEUBNER, *Das regulatorische Trilemma*, in: *Quaderni Fiorentini* 13 (1984), S. 109–149, 122 ff.
- 3 So CLAUDIO FRANZIUS in seinen Vortrag »Regulierte Selbstregulierung als Koordinationsstrategie« (Workshop »Regulierte Selbstregulierung – theoretische Reflexionen in aktueller und historischer Perspektive«, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, 13. Januar 2010).
- 4 Siehe z. B. KARL-HEINZ LADEUR, *Von der Verwaltungshierarchie zum administrativen Netzwerk?*, *Die Verwaltung* 26 (1993), S. 137–165; HANS-HEINRICH TRUTE, *Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation – Zur Entwicklung des umweltrechtlichen Instrumentariums zwischen klassischem Ordnungsrecht*

dass sich solche Periodisierungen eher von zeitgenössischen staatsrechtlichen und herrschaftssoziologischen Konstruktionen sowie zeitgeistigen Schwerpunktsetzungen leiten lassen als von einem Blick auf die historische Praxis. Denn wenn man unter regulierter Selbstregulierung erst einmal ganz allgemein – eine Präzisierungsversuch wird weiter unten vorgenommen – eine staatliche Indienstnahme nichtstaatlicher Gestaltungsmöglichkeiten versteht (was umgekehrt allerdings auch mit einer Indienstnahme des Staates durch gesellschaftliche Kräfte zur Lösung ihrer Koordinierungs- Finanzierungs- und Durchsetzungsprobleme einhergeht oder zumindest einhergehen kann), dann präsentiert sich schon das 19. Jahrhundert, zugespitzt formuliert, als »Jahrhundert der regulierten Selbstregulierung«.

Der vorliegende Sammelband ist nur ein Teil des Gesamtprojekts »Regulierte Selbstregulierung in rechtshistorischer Perspektive«. ⁵ Seine Beiträge befassen sich schwerpunktmäßig mit der Herausbildung von Formen gesellschaftlicher, mit staatlichen Gestaltungsansprüchen konkurrierender und interagierender Selbstorganisation. ⁶ Im Vordergrund steht also die Genese des gesellschaftlichen Elements regulierter Selbstregulierung; es geht, wenn man so will, um die *conditio sine qua non* regulierter Selbstregulierung. Zeitlich ist diese Genese im 19. Jahrhundert anzusiedeln, wobei sich die Beiträge dieses Bandes auf dessen erste Hälfte konzentrieren.

Dabei stellt sich allerdings die Frage, wann man eigentlich von Selbstregulierung im Sinne regulierter Selbstregulierung sprechen kann. Fasst man hierunter jedwede Form der Koordinierung privater Belange, würde nicht nur das Feld zu untersuchender gesellschaftlicher Aktivitäten eine schier unendliche Ausdehnung erfahren, auch das staatliche Regulierungselement würde an Konturen verlieren – letztlich wäre hierunter jede staatliche Regelung

und moderner Verwaltung, Umwelt- und Technikrecht 48 (1999), S. 13–52; ähnliche Typisierungen in der Verwaltungswissenschaft bei WERNER JANN, Politik und Verwaltung im funktionalen Staat, in: DERS./KLAUS KÖNIG/CHRISTINE LANDFRIED/PETER WORDELMANN (Hg.), Politik und Verwaltung auf dem Weg in die transindustrielle Gesellschaft. Carl Böhrer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 253–280, 261 ff.; ihm folgend GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000, S. 62 ff.

5 Das Projekt »Regulierte Selbstregulierung in rechtshistorischer Perspektive« des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main ist ein Vorhaben im Rahmen des Exzellenzclusters »Die Herausbildung normativer Ordnungen«.

6 Folgen soll ein Sammelband zur »Regulierten Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat«, der die sich verstärkende staatliche Instrumentalisierung seit den 1870er Jahren in den Vordergrund stellt, sowie zur »Regulierten Selbstregulierung in westlichen Demokratien der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts«, in dem die Entwicklung analoger Ordnungsmuster untersucht werden soll.

zählen, sofern sie nicht lediglich auf die Ausgestaltung intra- oder zwischenstaatlicher Relationen zielt. Für eine Eingrenzung kann das aktuelle Verständnis regulierter Selbstregulierung Anregungen liefern, welches allerdings auf seine historische Verwendbarkeit hin zu prüfen ist. Das soll im Folgenden geschehen. Im Anschluss daran wird der Versuch unternommen, das historische Begriffsverständnis weiter zu entfalten und durch Binnendifferenzierungen handhabbar zu machen.

II. *Gesellschaftliche Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung – definatorische Versuche in aktueller und historischer Perspektive*

In der öffentlich-rechtlichen⁷ Diskussion besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass zunächst zwischen staatlicher Steuerung/staatlicher Regulierung und privater Selbstregulierung zu unterscheiden und dann im »Zwischenraum«, als »Mischform«, regulierte Selbstregulierung anzusiedeln ist.⁸ Beim Verständnis von Selbstregulierung im Sinne regulierter Selbstregulierung wird eine deutliche Präferenz sichtbar, ihr eine bestimmte funktionale Ausrichtung zuzuweisen und sie hierdurch von »privater« Selbstregulierung abzugrenzen.⁹ Die wohl herrschende¹⁰ Auffassung in der Staatsrechtslehre versteht unter

7 Zwar finden sich ähnliche Formulierungen auch in der Politikwissenschaft und in der Soziologie, hier vor allem als »gesellschaftliche Selbstregelung« bei RENATE MAYNTZ/FRITZ W. SCHARPF, *Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren*, in: DIES. (Hg.), *Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung*, Frankfurt am Main 1995, S. 9–38, allerdings werden hiermit Bedeutungsgehalte verknüpft, die von den rechtswissenschaftlichen nicht unerheblich abweichen.

8 GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, *Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft*, in: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates* (Die Verwaltung, Beiheft 4), Berlin 2001, S. 201–252, 250; UDO DI FABIO, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56 (1997), S. 235–282, 238; HANS-HEINRICH TRUTE, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, DVBl. 1996, S. 950–964, 951.

9 ANSELM CHRISTIAN THOMA, *Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht*, Berlin 2008, S. 32 ff.; i.E. auch DI FABIO, *Verwaltung und Verwaltungsrecht* (Anm. 8), S. 238.

10 Siehe allerdings MATTHIAS SCHMIDT-PREUSS, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56 (1997), S. 160–234, 162, mit einem sehr weiten Verständnis von Selbstregulierung.

Selbstregulierung im Sinne regulierter Selbstregulierung also nicht jedwede Koordination zwischen privaten Akteuren, sondern nur jene, die zumindest auch auf die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks gerichtet ist.¹¹ Selbstregulierung im Sinne regulierter Selbstregulierung wird demzufolge definiert als Verwirklichung öffentlicher Zwecke durch organisierte gesellschaftliche Akteure – als »instrumentelle« Selbstregulierung.¹² Dieser funktionalen Konturierung¹³ korrespondiert auch eine entsprechende Charakterisierung des staatlichen Steuerungsinstrumentariums. Regulierung im Sinne regulierter Selbstregulierung umfasst danach nur jene Maßnahmen, die auf die Aufrechterhaltung der Funktion für die Durchsetzung öffentlicher Zwecke gerichtet sind, nicht jedoch jene Regeln, die lediglich auf die Austarierung privater Interessen abzielen. Diese begrifflichen Ausführungen muten zunächst pedantisch an, sind jedoch erst einmal erforderlich, um erste mögliche Anhaltspunkte für eine historische Betrachtung zu gewinnen, also für die Beantwortung der Frage, in welchem Maße sich der in der gegenwärtigen Diskussion gewonnene Begriff für eine historische Analyse privat-staatlicher Verflechtungen als nutzbringend erweist.

Dabei ist vorab klarzustellen: Die Begriffe Selbstregulierung und Regulierung sind der Rechts- und Wirtschaftsgeschichte keineswegs unvertraut. Allerdings waren sie bisher mit einem anderen Bedeutungsgehalt versehen worden. Für eine erste Interpretationslinie steht vor allem das von Dieter Grimm vertretene Erklärungsmuster der Entwicklung einer bürgerlichen Gesellschaft, in das sich die Termini Regulierung und Selbstregulierung wie folgt einbetten: Bis zur Herausbildung des Interventionsstaates prägten danach zwei Charakterzüge den Verfassungsstaat der bürgerlichen Gesellschaft: Erstens wird ein Deregulierungsprozess konstatiert, nämlich in Bezug auf

11 ANSELM CHRISTIAN THOMA, *Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht*, Berlin 2008, S. 38.

12 DI FABIO, *Verwaltung und Verwaltungsrecht* (Anm. 8), S. 238; DORIT BOSCH, *Die »Regulierte Selbstregulierung« im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag*, Frankfurt am Main u. a. 2007, S. 69 f.; SABINE FRENZEL, *Stromhandel und staatliche Ordnungspolitik*, Berlin 2007, S. 263; CHRISTOPH LEIFER, *Das europäische Umweltmanagementsystem EMAS als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Tübingen 2007, S. 54 f.; ähnlich auch TORSTEN STEFANIAK, *Der Wettbewerb in der Energiewirtschaft zwischen staatlicher Regulierung und selbstregulativer Verantwortung*, Baden-Baden 2008, S. 15.

13 Allerdings gerade diese Instrumentalisierungsfunktion als unvereinbar mit einem liberalen Gesellschaftsmodell kritisierend THOMAS VESTING in seinem Vortrag »Das Konzept regulierter Selbstregulierung und der moderne liberale Verfassungsbegriff« (Workshop »Regulierte Selbstregulierung – theoretische Reflexionen in aktueller und historischer Perspektive«, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, 13. Januar 2010).

die Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse. Der Staat wich zurück und machte Platz für die private Selbstkoordinierung – die Selbstregulierung – der Individuen, vor allem durch Vertrag. Und zweitens fand Regulierung in Bezug auf die Einhegung staatlicher Steuerungsansprüche statt. Staatliche Steuerung durfte, als Eingriff in Freiheit und Eigentum, nur noch in Form bzw. auf der Grundlage eines Gesetzes stattfinden, was eine entsprechende Rechtsproduktion zur Folge haben musste und hatte.¹⁴

Eine andere Sichtweise setzt das Selbstregulierungsmoment voraus, thematisiert es aber nicht ausdrücklich. Gemeint sind vor allem wirtschaftshistorische Arbeiten, die sich auf Strukturen staatlicher Wirtschaftssteuerung – auf Wirtschaftsregulierung – konzentrieren. Diese wird in Anknüpfung an moderne wirtschaftswissenschaftliche Definitionen verstanden als »direkter hoheitlich-administrativer Eingriff in die unternehmerische Disposition bei der Gestaltung von Produkten und Produktionsprozessen«.¹⁵ Dieses Regulierungsverständnis weist Verbindungslinien zu einer im angelsächsischen Raum herrschenden Vorstellung von Regulierung auf, fokussiert sie aber im Unterschied zu dieser auf den Wirtschaftsbereich.¹⁶ Regulierungsrecht und Regulierungsverwaltung im Sinne einer steuernden Wirtschaftsaufsicht stehen auch im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit neuerer rechtshistorischer Vorhaben.¹⁷ Die Problematik eines historisch verwendbaren Regulierungsbegriffs wird dort durchaus auch gesehen.¹⁸ Letztlich stehen aber die Begriffe »Regulierung« und »regulierte Selbstregulierung« für unterschiedliche Forschungsansätze. Die historische Untersuchung von »Regulierung« nimmt erstens vor allem den Wirtschaftsbereich in den Blick, andere Sektoren, wie die Sozial- und Kulturpolitik, bleiben weitgehend ausgeblendet. Und zweitens wird durch

14 DIETER GRIMM, Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaates, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates (Die Verwaltung, Beiheft 4), Berlin 2001, S. 9–19, 13.

15 GEROLD AMBROSIUS, Regulativer Wettbewerb und koordinative Standardisierung zwischen Staaten, Stuttgart 2005, S. 8.

16 Letztere umfasste auch staatliche Maßnahmen »sozialpolitischer« Art, z. B. die Verteilung von Land an Siedler oder die Stimulierung privaten Hausbaus und schloss somit auch fördernde Instrumentarien ein; siehe z. B. EDWARD J. BALLEISEN, Regulation: Overview, in: The Oxford international encyclopedia of legal history, New York u. a. 2009, Bd. 5, S. 75–86.

17 So das beim Zentrum für Historische Grundlagen der Gegenwart (Universität Bonn) angesiedelte Projekt »Gestaltung der Freiheit – Regulierung von Wirtschaft zwischen historischer Prägung und Normierung«.

18 MATHIAS SCHMOECKEL, Dauerhaft engpassfreie Märkte durch »Regulierung«? Erfolgsgeschichte eines Begriffs, in: forum historiae iuris 6. Februar 2009 (www.forhistiur.de/zitat/0902schmoeckel.htm), mit einer instruktiven Darstellung der unterschiedlichen historischen Begriffsverwendungen.

die Fixierung auf Regulierung als top-down-Steuerung das Moment der mit dieser nicht nur konfligierenden, sondern auch kooperierenden gesellschaftlichen Eigenregulierung in den Hintergrund gerückt.

Bei Grimm hingegen ist es die doch etwas zu starre Modellierung von Staatlichkeit, die es ungeraten erscheinen lässt, an seinem Selbstregulierungs- bzw. Regulierungsverständnis anzuknüpfen. Bei ihm werden staatlich-gesellschaftliche Kooperation und die Herausbildung korporativer Strukturen erst im modernen Wohlfahrtsstaat, welcher auf den bürgerlichen Verfassungsstaat folgt, in den Blick genommen.¹⁹ Eine derartige Abschichtung lässt aber gesellschaftliche Aktivitäten, die sich nicht auf die Realisierung von Privatautonomie beschränkten, sondern in die Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten übergriffen und damit automatisch mit staatlichen Gestaltungsansprüchen in Berührung kamen, zu sehr aus dem Blickfeld geraten.

Genau dieses Moment der nichtstaatlichen Eigenregulierung öffentlicher Angelegenheiten ist es aber, welches die Unterscheidung zwischen der Realisierung von Privatautonomie und Selbstregulierung zum Ausdruck bringt und es rechtfertigt, mit diesem Begriff ein spezifisches Untersuchungsinteresse zu verbinden. Die heutige Staatsrechtslehre spricht hierbei von der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch nichtstaatliche Akteure. Hieran lässt sich anknüpfen. Allerdings hat der Begriff der öffentlichen Aufgaben – als Aufgaben, deren Erfüllung der Allgemeinheit zugute kommt bzw. an deren Erfüllung die Allgemeinheit ein Interesse hat – erst relativ spät eine begriffliche Konturierung erfahren.²⁰ Ein derartiges Aufgabenverständnis, überhaupt das Denken in Aufgabenkategorien, lässt sich nicht einfach auf das Selbstverständnis der historischen Akteure übertragen. Daher soll auf einen auch historisch vertorbaren Schlüsselbegriff zurückgegriffen werden, der allerdings wegen seiner Vagheit und auch Instrumentalisierbarkeit²¹ in Misskredit geraten ist: auf den Begriff des Gemeinwohls. Dieser soll allerdings nicht in einer substantialistischen Weise verstanden, also mit feststehenden Bedeutungsgehalten verbun-

19 Deutlich in DIETER GRIMM, Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt am Main 1987, S. 53–83 (80).

20 Klassisch HANS PETERS, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: ROLF DIETZ/HEINZ HÜBNER (Hg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, München/Berlin 1965, Bd. 2, S. 877–895, 878.

21 Siehe nur MICHAEL STOLLEIS, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974; ANDRÉ STEINER, Das Gemeinwohlkonzept als Element der Wirtschaftsordnungen des Nationalsozialismus und der DDR, in: Jürgen Schneider (Hg.), Öffentliches und privates Wirtschaften in sich wandelnden Wirtschaftsordnungen, Stuttgart 2001, S. 227–242.

den werden,²² sondern als Argumentationstopos – wenn man so will als Rechtfertigungsnarrativ. Der Begriff des Gemeinwohls öffnete sich im 19. Jahrhundert sowohl staatlicher als auch bürgerlicher Inanspruchnahme. Er unterlag nicht mehr nur dem Deutungsmonopol der »Policey«, sondern verklammerte aus dem Ancien Régime überkommene Ordnungsvorstellungen (Armenpolizei, Gesundheitspolizei, Sicherheitspolizei, Gewerbepolizei usw.) mit einem erwachenden bürgerlichen Gestaltungsdrang, also obrigkeitliche mit partizipativen Elementen. In den Politikentwürfen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wird dieses Zusammenspiel in verschiedenen Nuancierungen theoretisch ausgearbeitet, mal in eher staatsfixierter Perspektive, mal in stärkerer Betonung bürgerlicher Selbstbestimmung.²³

Um Selbstregulierung im Sinne regulierter Selbstregulierung also von staatlicher Eigenvornahme auf der einen und bloßer Realisierung von Privatautonomie auf der anderen Seite abzugrenzen, bietet sich folgende Definition an: Koordinierung gesellschaftlicher Interessen in Bezug auf ein gemeinsames Ziel mit (zumindest potentieller) Gemeinwohlrelevanz. Dabei ist vorauszusetzen, dass diese Koordinierung einen bestimmten Grad an institutioneller Verfestigung und Verstetigung aufweist.²⁴

Natürlich tun sich bei einer derartigen Gegenstandsbestimmung noch Grauzonen auf. Wann ist die Selbstkoordinierung privater Akteure gemeinwohlrelevant? In einem weiten Sinne könnte damit jeder Fall erfasst werden, in dem es zu einer Berührung von Gemeinwohlbelangen kommt. Hierunter würde dann auch deren Gefährdung fallen, das Gemeinwohl würde dann als Grenze bürgerlicher Interessenentfaltung zum Tragen kommen.²⁵ Eine solche Sichtweise birgt aber die Gefahr, den Gegenstandsbereich ins Unendliche

22 In sozialphilosophischer Betrachtungsweise wäre eine derartige Aufladung des Gemeinwohlbegriffs allerdings legitim; siehe dazu HERFRIED MÜNKLER/KARSTEN FISCHER, Einleitung: Gemeinwohl-Konkretisierungen und Gemeinwohl-Erwartungen im Recht, in: DIES. (Hg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht. Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen, Berlin 2002, S. 9–23, 18.

23 HERFRIED MÜNKLER/HARALD BLUHM, Einleitung: Gemeinwohl und Gemeinsinn als politisch-soziale Leitbegriffe, in: DIESS. (Hg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn. Historische Semantiken und politische Leitbegriffe, Berlin 2001, S. 9–30, 22 ff.; MATTHIAS BOHLENDER, Metamorphosen des Gemeinwohls. Von der Herrschaft »guter polizey« zur Regierung durch »Freiheit« und »Sicherheit«, in: ebd., S. 247–274, 268 ff.; MANUEL FREY, Vom Gemeinwohl zum Gemeinsinn, in: ebd., S. 275–301, 277.

24 Für die Anregung danke ich STEFAN RUPPERT.

25 In diese Richtung letztlich SIBYLLE HOFER, Die Diskussion um den Begriff »Privat-Autonomie« in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (in diesem Band).

auszuweiten, denn letztlich kann nahezu jede Koordinierung privater Belange unter dem Gesichtspunkt der Gemeinwohlgefährdung thematisiert werden. Daher empfiehlt es sich, die Gemeinwohlrelevanz in einem positiven Sinne zu verstehen und nur auf jene Aktivitäten zu erstrecken, denen von den Zeitgenossen ein Bezug zur Förderung von Gemeinwohlzielen attestiert wird. Gemeinwohl ist in diesem Fall nicht Grenze, sondern richtungsweisende Inhaltsbestimmung von Selbstregulierung.

Hierzu zählen dann z. B. Betätigungen, die den Ausbau von Infrastrukturen, den pfleglichen Umgang mit natürlichen Ressourcen, die soziale Fürsorge und Vorsorge, die Stützung des kleinen Gewerbes, aber auch die Wirtschaftsförderung insgesamt, die Förderung von Kultur und Wissenschaft oder die Religionsausübung betreffen. Dazu gehört aber auch die kommunale Selbstverwaltung, die verschiedene Gemeinwohlzwecke auf örtlicher Ebene bündelt. Dass es sich hierbei um öffentliche Partialbelange handeln kann, die mit anderen öffentlichen Partialbelangen konfliktieren können, ist unschädlich. Und schließlich müssen auch jene Organisationsformen wirtschaftlicher Betätigung hierzu gerechnet werden, deren Zielrichtung in Bezug auf Gemeinwohlbelange zunächst inhaltlich neutral erscheint, die staatlicherseits jedoch nur dann anerkannt – und genehmigt – werden, wenn ihnen ein gemeinwohlförderndes Potential beglaubigt wird, also die frühen Aktiengesellschaften bis zur Aktienrechtsreform der 1870er Jahre²⁶ – wobei hier schon die Grenzen an Konturenschärfe verlieren.

26 Dies gilt nicht nur für die Eisenbahnaktionengesellschaften (Regulativ, die Eisenbahn-Kommissariate betreffend, vom 24. November 1848 [Preußisches Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 390]: Eisenbahngesellschaften als »gemeinnützige Anstalten«), sondern – wie neuere Forschungen zeigen – auch für Aktienbanken. Für den Hinweis danke ich Frau CHRISTIN DÖRR (Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität), die derzeit an einer Dissertation zur Konzessionierung von Aktienbanken im 19. Jahrhundert arbeitet. Teilweise kann man diesen Befund auch für Versicherungsgesellschaften gelten lassen; dazu KARL OTTO SCHERNER, Handelsrecht: Selbstregulierung und Regulierung beim Eisenbahnfrachtgeschäft und im Versicherungswesen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (in diesem Band). Ausführlich zur Ausdifferenzierung öffentlicher Belange bei der Konzessionierung von Aktiengesellschaften CHRISTIAN SCHUBEL, Aktienrecht: Staatliche Regulierung und wirtschaftliche Selbstorganisation im wechselseitigen Zusammenspiel (in diesem Band).

III. Entfaltungsdimensionen gesellschaftlicher Selbstregulierung und regulierter Selbstregulierung

1. Selbstregulierungsdeterminanten und -impulse

Fragt man zunächst nach Leitorientierungen, die die Herausbildung von Formen gesellschaftlicher Selbstregulierung geboten und rechtfertigten, richtet sich der Blick unweigerlich auf jene geistigen Anregungen, die die Epochenwende des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts bestimmten: die von der französischen Revolution ausstrahlenden Freiheitsimpulse, der Blick auf das nichtabsolutistische England, das maßgeblich von der kantischen Philosophie geprägte neue Staatsverständnis,²⁷ das Adam Smith'sche Konzept der einer eigenen Logik gehorchenden Wirtschaft, welche den Staat als Wohlstandsorganisator ablöste;²⁸ deutsches frühliberales Denken aus der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts²⁹ floss hierin teilweise ein und wirkte dadurch weiter.

Ohne Zweifel wirkten diese Faktoren außerordentlich belebend. Sie dienten als Legitimationsgrundlage für die Abkehr vom absolutistischen Anspruch auf Wohlfahrtsdefinition und von ständischer Zwangsorganisation. Sie lösten eine Neuorientierung der Staatszwecklehre und den Aufschwung des Assoziationswesens aus. Der naturrechtliche *cives* löst sich aus der Untertanenschaft, die *libertas civilis* wandelt sich von einer Freiheit im Staat zu einer Freiheit vom Staat.³⁰ Dennoch sind Differenzierungen und Relativierungen angebracht. Denn erstens bargen jene Anregungsfaktoren auch selbstregulierungsfeindliche oder zumindest -hemmende Komponenten. Französische Organisationsmodelle wurden doch als recht zentralstaatszentriert wahrgenommen,

27 Siehe nur MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, München 1988, S. 325 f.

28 Zum Einfluss von Smith in Deutschland siehe nur WILHELM TREUE, Adam Smith in Deutschland. Zum Problem des »Politischen Professors« zwischen 1776 und 1810, in: WERNER CONZE (Hg.), Deutschland und Europa. Festschrift für Hans Rothfels, Düsseldorf 1951, S. 101–133; MARIE-ELISABETH VOPELIUS, Die altliberalen Ökonomen und die Reformzeit, Stuttgart 1968.

29 JÖRN GARBER, Von der nützlichen zur harmonischen Gesellschaft: Norddeutscher Philantropismus (J. H. Campe) und frühliberaler Ökonomismus (A. Hennings im Vor- und Einflußfeld der Französischen Revolution), in: ARNO HERZIG/INGE STEPHAN/HANS G. WINTER (Hg.), Sie, und nicht wir: Die französische Revolution und ihre Wirkungen auf Norddeutschland und das Reich, Hamburg 1989, S. 245–287, 274.

30 MICHAEL STOLLEIS, Untertan – Bürger – Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert, in: RUDOLF VIERHAUS (Hg.), Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung, Heidelberg 1981, S. 65–99, 84.